

## מי קובע את עקרונות היסוד של השיטה המשפטית? פסקי-הדין בעניין ביטול עילת הסבירות ובעניין נבצרות ראש הממשלה

מאת

**ברק מדינה\* ואילן סבן\*\***

שני פסקי-הדין שניתנו בראשית שנת 2024, בג"ץ הסבירות ובג"ץ הנבצרות, הם שיאו של מהלך שבו התווה בית המשפט העליון את גבולות כוחה של הכנסת לחוקק תיקונים לחוקי יסוד. החיבור מאפייין את הדוקטרינה בדבר המגבלות על הסמכות המכוננת, תוך ניסוחה באופן שונה מעט מזה שבו היא מנוסחת בפסיקה, לשם מתן הסבר והצדקה לפסיקה בנושא. החיבור דן בשלושה סוגי מגבלות על הרשות המכוננת: א) מגבלות שהכנסת בחרה לקבוע מפורשות על כוחה שלה; ב) מגבלה שנובעת מעקרון שלטון החוק, ולפיה הכנסת מוסמכת לשנות את כללי המשחק רק אם תכלית השינוי עניינית, אך לא לשם קידום אינטרסים של הקואליציה או הממשלה (האיסור על "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת); ג) מגבלות על תוכן הכללים שהכנסת רשאית לקבוע, שנובעות מהזהות של ישראל כדמוקרטיה ליברלית. החיבור כולל שני חלקים עיקריים: הראשון מוקדש לניתוח אנליטי של שילוב הדוקטרינות שנקבע בצמד פסקי-הדין; והשני עוסק ביישום הדוקטרינות בשלושה תחומים: שיטת הבחירות והמשטר, תוקפן של חקיקה והחלטות מינהל והיקפה של הביקורת השיפוטית. במסגרת זו נבחנות, בין היתר, גבולות סמכות הכנסת לבטל את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולהגביל את הביקורת השיפוטית.

בצד ההיבט האנליטי, החיבור עומד גם על ההקשר של הפסיקה הנדונה, שעניינו האפיון של מעשיהם של ראש הממשלה נתניהו, הממשלה ה-37 והקואליציה בכנסת ה-25 כסכנה קיומית לזהות של מדינת ישראל כדמוקרטיה ליברלית. אפיון זה מדגיש את החשיבות של הבנת ההקשר של פסקי הדין הנדונים כאשר מבקשים להעריכם.

**מבוא. א. גבולות הסמכות של הכנסת לקבוע נורמות חוקתיות ולשנותן: עקרונות יסוד. 1.** מקור הסמכות של הכנסת לקבוע את כללי המשחק. 2. המקור לתיחום גבולות הסמכות של הכנסת לקבוע את כללי המשחק. 3. מגבלות מפורשות ("כבילה עצמית"). 4. מגבלה "טבועה" בדבר תכלית ראויה: אין לשנות את כללי המשחק לשם קידום אינטרסים של הקואליציה הנוכחית ("שימוש לרעה" בסמכות המכוננת). 5. מגבלה "טבועה" בדבר תוכן ההסדר: הדרישה שהתיקון יעלה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. 6. הערכה ביקורתית: למי מסורה סמכות "המילה האחרונה"? **ב. גבולות הסמכות של הכנסת לקבוע נורמות חוקתיות ולשנותן: יישום. 1.** קביעת כללי המשחק בתחום

\* פרופ' מן המניין וראש הקתדרה על-שם לנדקר-פרנץ' לחקר ההגנה על מיעוטים, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים.

\*\* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. המחברים מודים לזהר כהן, ירון צרפתי, גילה שטופלר ואורי שפראך, לשופטים האנונימיים ולחברי המערכת של כתב העת "משפטים" על הערותיהם המצוינות.

שיטת הבחירות והמשטר. 2. קביעת כללי המשחק בעניין תוקפן של חקיקה והחלטות מינהל.  
3. קביעת כללי המשחק בעניין הביקורת השיפוטית. ג. הערות סיכום.

## מבוא

השיח המשפטי בישראל, ובעיקר השיח הציבורי, פונה תכופות – ולאחרונה גם באופן מודגש וסוער – לשאלת יחסי-הכוח בין הרשויות הפוליטיות לבין המערכת המשפטית. מיהו "הדובר האחרון", הדובר העליון, של המשפט הישראלי? זו כמובן שאלה מרכזית מאד, אך התשובה לה אינה בינארית והיא גם אינה השאלה החשובה היחידה. "כללי היסוד" של ישראל – ערכי-היסוד שלה והנורמות המגבשות את מוסדות השלטון שלה ואת סמכויותיהם – נקבעים באופן דינמי, כתוצר מתמשך של פעולה משותפת, הסכמה, ולעיתים חיכוך והכרעה, של השחקנים העיקריים בחברה. משמע, האזרחים ("הריבון"), הכנסת, בית המשפט העליון והממשלה. הפעולה הקולקטיבית הזו מניבה את "הזהות החוקתית" של ישראל, וזהות זו היא מקור-מפתח למענה לשאלות יסוד של משפט ומשטר המתגלעות בחיינו ומחייבות אותנו להכרעה. שני פסקי-הדין שניתנו בראשית שנת 2024, בג"ץ **הסבירות**<sup>1</sup> (שנפסק בהרכב של חמישה-עשר שופטים) ובג"ץ **הנבצרות**<sup>2</sup> (שהוכרע בהרכב של אחד-עשר שופטים), הם שיאו של מהלך, שבו התווה בית המשפט העליון את גבולות כוחה של הכנסת לחוקק תיקונים לחוקי יסוד. ההבחנה היסודית שעליה מושתתים פסקי-הדין הללו היא בין חובתה של הכנסת לפעול *בהתאם לכללי המשחק*, שעומדת בבסיס פסקי-הדין בעניין **בנק המזרחי**, שניתן בשנת 1995, לבין גבולות סמכותה של הכנסת *לשנות את כללי המשחק עצמם*, שבהם עוסקים שני פסקי-הדין שבמוקד חיבור זה.

במבט ראשון נדמה שכל-אחד משני פסקי-הדין הללו מבוסס על דוקטרינה אחרת שמכוחה מוגבל כוחה של הכנסת כרשות מכווננת. בג"ץ **הסבירות**, שבו הוכרז על בטלותו של תיקון לחוק-יסוד: השפיטה, מבוסס על גרסה מסוימת של הדוקטרינה בדבר "תיקון חוקתי לא-חוקתי". חלק הארי של פסק-הדין (הארוך במיוחד) מוקדש לבחינה אם ההסדר שנקבע בתיקון לחוק היסוד "[סותר] חזיתית את המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"<sup>3</sup>. הכרעת הרוב, שהשיבה על-כך בחיוב, קובעת ש"התיקון נושא העתירות, אשר מבטל באופן גורף את הביקורת השיפוטית על סבירות כלל החלטות הדרג הנבחר, פוגע פגיעה קשה ביותר בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק. [...] לפיכך אין מנוס מן הקביעה כי בחוקקה את תיקון מס' 3 חרגה הכנסת מסמכותה המכווננת וכי דין התיקון – בטלות"<sup>4</sup>. לעומתו, בג"ץ **הנבצרות** מבוסס על הדוקטרינה בדבר "שימוש לרעה" בסמכות הכנסת. לפי עמדת הרוב שם, ההחלה המיידית של תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה, שבו נקבעו תנאים מחמירים במיוחד להכרזה שנבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו, חורגת מסמכות הכנסת משום שהתיקון "כונן לצורך קידומה של תכלית פרסונלית מובהקת – למנוע אפשרות כי ייקבע שנבצר מראש הממשלה המכהן למלא את תפקידו"<sup>5</sup>.

1 בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (1.1.2024) (להלן: "בג"ץ הסבירות").

2 בג"ץ 2412/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (3.1.2024) (להלן: "בג"ץ הנבצרות").

3 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 96 לפסק-הדין של הנשיאה חיות.

4 שם, פס' 97 לפסק-הדין של הנשיאה חיות.

5 בג"ץ **הנבצרות**, לעיל ה"ש 2, פס' 28 לפסק-הדין של ממלא מקום הנשיא פוגלמן.

כמפורט בהמשך המאמר, למעשה המדובר כאן בפיתוח של תפיסה עקרונית אחת, שמשלבת את שתי הדוקטרינות.

המטרה העיקרית של חיבור זה היא לאפיין את הדוקטרינה בדבר המגבלות על הסמכות המכוננת. הפרשנות שמוצעת כאן שונה במידת מה מן האופן שבו מנוסחת הדוקטרינה בפסיקה, בעיקר בכל הקשור להכרה בשילוב הזה של שתי המגבלות ולהגדרתה של המגבלה שמכונה בפסיקה "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת. אנו מבקשים בפרשנות זו להסביר את ההכרעות בצמד פסקי הדין הללו ובשורת פסקי הדין שניתנו בשנים האחרונות בתחום זה.

התפיסה העקרונית שמסבירה את צמד פסקי-הדין הנדונים ואת הפסיקה שקדמה להן היא שהמגבלות על כוחה של הכנסת כרשות מכוננת הן משלושה סוגים: מגבלה אחת, עניינה מגבלות שהכנסת בחרה לקבוע מפורשות על כוחה שלה כרשות מכוננת, מכוח הוראות נוקשות, לרבות מגבלות באשר לרוב הדרוש לשינוי הוראה בחוק-יסוד. מגבלה שנייה, נובעת מעקרון שלטון החוק, ולפיה הכנסת מוסמכת לשנות את כללי המשחק אם מטרתו של השינוי עניינית, כלומר אם הוא מבטא הערכה עקרונית כללית, שהתוכן הרצוי של כלל משחק כלשהו שונה מזה הנוכחי. הכנסת אינה מוסמכת לשנות כללים קיימים אם תכליתה העיקרית של החקיקה ותוצאתה המובהקת היא העדפה ממשית של אינטרסים של הממשלה המכהנת והקואליציה דהיום בכנסת. מגבלה זו, שמכונה בפסיקה "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת, עוסקת לכן בעיקרה בהבחנה בין תכלית מותרת לתכלית אסורה. מגבלה שלישית, עוסקת בתוכנם של הכללים שהכנסת קובעת או מבקשת לשנות, ועניינה הבטחת קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כלומר שמירה על הזהות החוקתית של המדינה. הדין הוא שתיוקן לחוק יסוד שמשנה את כללי המשחק יוכרו בטל אם החומרה המצטברת של שני סוגי הפגמים האחרונים – תכלית התיוקן אינה ראויה ותוכנו סותר את הזהות החוקתית של ישראל – היא מעל רף גבוה מסוים. עם זאת, במקרה שבו יש מידת חומרה רבה במיוחד אפילו רק של אחד הפגמים, די יהיה בכך כדי לקבוע שהכנסת חרגה מסמכותה; אך במקרים הנפוצים יותר, שבהם מידת החומרה של כל אחד מהפגמים היא ממשית אך אינה קיצונית, נדרשת הערכה של עוצמת החומרה המצטברת של שני סוגי הפגמים, כדי להכריע בסוגית תוקפו של התיוקן לחוק היסוד.

טענה יסודית שמוצעת בחיבור זה היא שפסקי הדין הללו הם התפתחות טבעית ומוצדקת של פסיקה ענפה, שימיה כימיו של בית המשפט העליון. כוחה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק – את ההסדרים בדבר שיטת הבחירות והמשטר, את הכללים בדבר הכרעות שלטוניות ואת הסמכות לביקורת שיפוטית – מוגבל על בסיס המקור שממנו נובעת סמכות זו לקביעת כללי המשחק. הסמכות אינה נובעת מנורמה בסיסית כלשהי, חיצונית לשיטה המשפטית. הסמכות נובעת משילוב של ההיסטוריה החוקתית, תפיסות הציבור ושיקולי מדיניות. שילוב זה עצמו הוא גם שקובע את המגבלות על כוחה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם. הכנסת לא הוסמכה לשנות את כללי המשחק לתכלית שעיקרה קידום אינטרסים צרים של ממשלה מכהנת או כנסת מכהנת או תוך הפרה של הזהות החוקתית של מדינת ישראל.

בצד ההיבט האנליטי, לו מוקדש עיקר החיבור, מה שמייחד את החקיקה לביטול עילת הסבירות ולקביעת תנאי הנבצרות הוא שמטרתן לאפשר לממשלה ה-37 ולראש הממשלה נתניהו לפעול שלא כדין. החקיקה נועדה לאפשר לנתניהו ולקואליציה התומכת בו בהווה

להמשיך להפר את ההגבלות שנקבעו בפסק-הדין שהתיר לו לכהן בתפקיד, חרף כתב האישום נגדו, והיא שלב ראשון אך מרכזי מאד בתוכנית שעליה הכריזה הממשלה, לצמצום ניכר של הביקורת השיפוטית, עד כדי ביטולה כמעט כליל. על רקע זה יש להבין את הדברים הבאים של השופטת ברון בבג"ץ הסבירות, ככל הנראה החריפים ביותר שנכתבו מעולם בפסק-דין של בית המשפט העליון על התנהלות הממשלה והכנסת, ואשר מספקים תיאור מזוקק של ההיבט ההקשרי של ההחלטה להכריז על בטלותם (או דחיית תחילת תוקפם) של התיקונים לחוקי היסוד:<sup>6</sup>

"בימים אלה, בחלוף 75 שנה מאז אותו רגע היסטורי של הכרזת העצמאות, מרחפות מעל מדינת ישראל סכנות קיומיות, מחוץ ומבית. [...] מדינת ישראל נתונה במלחמה עקובה מדם נגד אויב ברברי שקם עלינו לכלותנו. על סכנות אלה שמחוץ נגבר ביד חזקה ובזרוע נטויה. אך הדמוקרטיה הישראלית נתונה בימים אלה גם בסכנה מבית. [...] יש מי שמנסים לגמד את גודל האירוע, לייחס לתיקון לחוק אגביות זניחה, כאילו מדובר בעניין פעוט ושולי. אך זוהי שעה אקוטית שבה אנו מצויים בשמירה על עקרון הפרדת הרשויות, עצמאות מערכת המשפט, שלטון החוק וזכויות הפרט – שמירה על צביונה של המדינה, על ערכי הדמוקרטיה וערכי מגילת העצמאות. לא ניתן לעמוד מנגד."

האפיון הזה של מעשיהם של ראש הממשלה, הממשלה והקואליציה בכנסת *מסכנה קיומית* מדגיש את החשיבות של הבנת ההקשר וההשלכות של החקיקה הנדונה בהכרעה בדבר תוקפה. במבט רחב יותר, אפיון הזהות החוקתית של מדינת ישראל כמשקפת מחויבות לערכי יסוד של דמוקרטיה מבטא מתח גובר והולך בין ההיבט הנורמטיבי של אפיון זה לבין ההיבט התיאורי שלו. ההיבט הנורמטיבי עוסק בממד הביקורתי, זה שתכליתו תחימת גבולות סמכותן של הכנסת ושל הממשלה, והוא מבטא במידה רבה מודל של שלטון אידיאלי וצודק. מנגד, ההיבט התיאורי עניינו המצב הנוהג בפועל, ובאשר אליו, הולך ונוצר פער ניכר בין המדיניות שנוהגת בפועל לבין עקרונות יסוד של דמוקרטיה. הפער הזה נובע ממדיניות הממשלה בשני תחומים עיקריים: בראש ובראשונה, משטר הכיבוש וההתנחלות בגדה המערבית / יהודה ושומרון; וכן החתירה השיטתית של הממשלה תחת עקרון שלטון החוק, תוך העדפה של אינטרסים אישיים וסקטוריאליים על חשבון האינטרס הציבורי הכללי. מופיע כאן מרכיב פרדוקסלי ממשי. מצד אחד, הפער הזה בין הרצוי למצוי מחליש במידת מה את ההכשר הציבורי להחלת הביקורת השיפוטית בהסתמך על הזהות החוקתית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שהרי פער זה מכרסם ביסוד הדמוקרטי של זהות זו. מצד שני, פער זה עצמו הוא שמדגיש את הסכנה הקיומית למהותה הדמוקרטית של ישראל, שהיא הבסיס העיקרי להכשר הדמוקרטי למהלכי הגנה מכיוונה של הביקורת השיפוטית.

המאמר כולל שני חלקים עיקריים: *החלק הראשון* מוקדש לניתוח אנליטי של שילוב הדוקטרינות שנקבע בצמד פסקי-הדין (פרק א'). תחילה מוצגים עקרונות היסוד של התפיסה שלפיה כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק מוגבל. במסגרת זו נדון במקור הסמכות של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם (תת-פרק א.1) ובגבולות הסמכות הזו (תת-פרק א.2). בעקבות זאת נדונות שלוש המגבלות על סמכות הכנסת: המגבלה הנובעת מכבילה עצמית (תת-פרק א.3); אפיון מחדש של הדוקטרינה בדבר "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת, ולפיו עניינה למעשה בקביעה אם תכליתו של התיקון של כללי המשחק – יהיה זה

<sup>6</sup> בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) ברון.

תיקון שנעשה בחוק-יסוד או בחוק רגיל – היא תכלית ראויה (תת-פרק 4.א); והמגבלה שעניינה תוכן ההסדר שרשאית הכנסת לקבוע, תוך התבססות על הזהות החוקתית של המדינה, ובכלל זה הרחבה של ההבחנה בין "שינוי" של כללי המשחק לבין "פגיעה" בהם (תת-פרק 5.א). החלק הראשון נחתם בדיון ביקורתי בתפיסה העקרונית הנדונה (תת-פרק 6.א). במסגרת זו נבחן היחס שבין ההלכה הנדונה כאן לבין הלכת בנק המזרחי.

בעקבות זאת, החלק השני של המאמר מוקדש להתבוננות ביישומן של הדוקטרינות הנזכרות (פרק ב'). הדיון כולל בחינה של שלושה התחומים העיקריים שבהם עוסקים כללי המשחק: שיטת הבחירות והמשטר (תת-פרק 1.1); תוקפן של חקיקה והחלטות מינהל (תת-פרק 2.2); והיקפה של הביקורת השיפוטית (תת-פרק 3.3). במסגרת חלק זה נבחנות, בין היתר, ההשלכות הצפויות של ביטול עיגון קיים בחוקי היסוד לכללי משחק מוכרים (בעיקר, ביטול חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) ושל קביעת פטור מתחולתם של כללי משחק מסוימים (למשל, חקיקת פסקת התגברות) או הגבלת הביקורת השיפוטית (למשל, קביעה בחוק-יסוד של דרישות סף בדבר זכות עמידה או שפיטות).

בהערות סיכום לחיבור מוצע דיון לא ממצה באתגר שנובע מן הפער הגובר שבין ההיבט התיאורי של הזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין ההיבט הנורמטיבי (פרק ג). בצד תיאור הפער, נבחנות השלכותיו על ההכשר הדמוקרטית להחלת ביקורת שיפוטית על סמכות הכנסת לשנות את כללי המשחק.

## **א. גבולות הסמכות של הכנסת לקבוע נורמות חוקתיות ולשנותן: עקרונות יסוד**

מדינה דמוקרטית מאופיינת על-פי אוסף של כללי משחק. אלה עוסקים בעיקר בשלושה תחומים: שיטת הבחירות והמשטר (מכלול ההיבטים שקשורים לשיטת הבחירות לכנסת, ובכלל זה הזכות לבחור ולהיבחר ועימה הזכות לאזרחות, וכן אופן הקמת הממשלה והעברתה מתפקידה, הכשירות לכהן בכנסת ובממשלה וכדומה), אמות המידה לקביעת תוקפן של חקיקה והחלטות מינהל (חלוקת הסמכויות בין הכנסת לממשלה, הליכי החקיקה והליכי מינהל, והגבלות על תוכן ההכרעות השלטוניות המותרות, ובכלל זה החובה לכבד זכויות אדם וכללי המשפט המינהלי), והסמכות לביקורת שיפוטית (אופן בחירת השופטים והסמכות לביקורת שיפוטית על הכרעות שלטוניות). יסוד הכרחי בדמוקרטיה הוא שלטון החוק (או "ממשלה מוגבלת"). משמעותו של שלטון החוק היא שכללי המשחק מגבילים את כוחן של רשויות השלטון.

בצד ההכרה בחובה לכבד את כללי המשחק, השאלה הקשה היא כיצד נקבעים כללי המשחק הללו ומי מוסמך לשנותם, ובהתאם לכך, מהן המגבלות על תוכנם של כללי המשחק שמוותר לקבוע. התשובה המקובלת לכך בעולם הדמוקרטי ידועה במידה רבה: קביעת כללי המשחק אמורה להיעשות, ככל הניתן, באופן שיהיה קרוב ככל האפשר למצב שבו המכוננים נתונים "מאחורי מסך בערות". לשם כך נחוץ שכללי המשחק ייקבעו וישונו אך ורק בהסכמה רחבה במיוחד, ובדרך כלל על-ידי גוף שהוא נפרד ממוסדות השלטון ה"סדירים", כלומר אלה שפעולתם מוסדרת על-ידי כללי המשחק הללו.<sup>7</sup> ידועה פחות התשובה לשאלה כיצד

<sup>7</sup> לדין ראו, למשל, JAMES M. BUCHANAN AND GORDON TULLOCK, THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (1962).

צריכים להיקבע כללי המשחק בנסיבות, כמו אלה שבישראל, שבהן התנאים הללו – רוב מיוחד, גוף נפרד – אינם מתקיימים.

על-פי הגישה הנוהגת בישראל, כפי שהיא מתבטאת בעמדת הרשויות הפוליטיות, בעמדת הרשות השופטת ובעמדות הציבור, עמדה שנתמכת גם בשיקולי מדיניות, הסמכות לקבוע את כללי המשחק ולשנותם מסורה לכנסת; אולם, לאור התנאים "הלא-אידיאליים" שבהם פועלת הכנסת, סמכותה זו מוגבלת.

### 1. מקור הסמכות של הכנסת לקבוע את כללי המשחק

הבסיס שעליו מושתתת ההכרה בסמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק (כלומר, סמכותה ה"מכוננת"), שכמפורט בהמשך הוא גם הבסיס למגבלות על סמכותה זו, הוא שילוב של שלושה סוגים של מקורות: מקור משפטי-פורמאלי, שעניינו הנורמות המשפטיות הרלוונטיות, כלומר, הכרזת העצמאות, חקיקת הכנסת והתקדימים שנקבעו בפסיקה באשר לסמכותה המכוננת של הכנסת; מקור חברתי-סוציולוגי, שעניינו תפיסות העומק של החברה בעניין סמכותה של הכנסת לקבוע את כלל המשחק ולשנותם; ומקור מוסרי, שעניינו שיקולי מדיניות בשאלה, האם ראוי להכיר בסמכות זו של הכנסת, בהתחשב במכלול המאפיינים הרלוונטיים.<sup>8</sup> ברוח גישתו של רונלד דבורקין, בדבר אפיון ה"תיאוריה" שמסבירה בצורה הטובה ביותר את המשפט הקיים,<sup>9</sup> זהו שילוב בין בחינה אמפירית במהותה, "מלמטה למעלה", בדבר אפיון "הנורמה הבסיסית" מתוך החקיקה, הפרקטיקה הפוליטית הנוהגת ותפיסות הציבור, לבין בחינה נורמטיבית, "מלמעלה למטה", שעניינה קביעת תוכנה של הנורמה הבסיסית לפי בחינה מה ראוי וצודק, בחינה שנועדה לעצב, לכוון לטובה, את הפרקטיקה. כמפורט להלן, לפחות בכל הקשור להכרה בסמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק שלושת המקורות הללו מוליכים לתוצאה דומה, ולפיכך נדחה להמשך הדיון את בירור השאלה מהו האופן שבו יש להכריע בעניין כאשר המקורות הללו מוליכים לתוצאות סותרות.

הגישה שפותחה בפסיקה אינה מבוססת על "נורמה בסיסית" קבועה בזמן וחיצונית (אקסוגנית) לשיטה המשפטית. הסיבה לכך היא שאין בנמצא נורמה בסיסית כזו. הסברה שהכרזת העצמאות היא נורמה בסיסית, במובן זה שהיא, בלשונו של השופט שטיין, "מסד הסמכות הבלעדי לחקיקת חוקי המדינה ולכינון חוקתה",<sup>10</sup> אינה מדויקת. יש לשער שבכוונת

<sup>8</sup> לדין בגישה זו ראו למשל Richard H. JACK BALKIN, LIVING ORIGINALISM 64–73 (2011); Fallon Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787 (2005).

<sup>9</sup> Ronald Dworkin, *Hard Cases*, 88 HARV. L. REV. 1057 (1975).

<sup>10</sup> בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 33. במקומות מסוימים בפסק-דינו מאפיין השופט שטיין את ההכרזה כביטוי ל"כלל ההכרה" (למשל, פס' 38), אך גישתו מבוססת בעיקר על-כך שההכרזה היא "מעשה פורמלי מסמך" (למשל, פס' 9), כלומר נורמה בסיסית. ראו גם שם, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: "המנדט ליצירתם של הסדרים חוקתיים במדינת ישראל מבוסס על ההסמכה שבהכרזת העצמאות, ועל כן צריך להיות מוגבל לעקרונות שנקבעו בה". ראו גם שם, פס' 11. ראו גם גישתו של השופט מזוז בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 10–11 (8.7.20201); וכן אהרן ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – כרך א: תורת הזכויות החוקתיות 282–284 (יצחק זמיר עורך, 2023) (להלן: ברק, כבוד האדם): "הכרזת העצמאות היא ביטוי לנורמה הבסיסית בישראל". לגישה מרחיבה עוד יותר, שלפיה הכרזת העצמאות היא החוקה עצמה, שכן מועצת העם, שחברה את ההכרזה, פעלה כ"אסיפה המכוננת המקורית", והכנסת פועלת

מכוון ההכרזה לא העניקה לכנסת, כלומר לרשות המחוקקת, את הסמכות לקבוע את כללי המשחק, דהיינו לקבוע את שיטת הבחירות והמשטר, את המגבלות על סמכויות הכנסת, את הסמכות לביקורת שיפוטית וכדומה. בהכרזה נקבעה הבחנה בין "השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה", כלומר הכנסת (והממשלה), שיוקמו "בהתאם לחוקה", לבין "האספה המכוננת", שהיא הגוף שאמור היה לעסוק בחיבור החוקה, כלומר לקבוע את כללי המשחק.<sup>11</sup>

כידוע, שני חלקיה של ההוראה המרכזית הזו בהכרזה הופרו: פקודת המעבר לאספה המכוננת, תש"ט-1949, ביטלה את ההפרדה המתוכננת בין האספה המכוננת לבין הרשות המחוקקת וקבעה, לפחות זמנית, את "השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה" שלא בהתאם לחוקה, שהרי זו טרם כוננה; ובכובעה זה, הכנסת הראשונה הוסיפה וקבעה, לא בחוקה אלא *בחוקה רגילה*, את הכללים הנוגעים להקמת "השלטונות הסדירים", כלומר את שיטת הבחירות והמשטר (תחילה בחוק המעבר, תש"ט-1949 ואז גם בחוק הבחירות לכנסת השנייה, תשי"א-1951), ורק מאוחר יותר, החל ב-1958, הוחלפה חקיקה זו בהדרגה בהסדרים שנקבעו בחוקי יסוד. משמעות הדבר שאם "מסד הסמכות הבלעדי" לקביעת כללי המשחק היה הכרזת העצמאות, לכנסת כלל לא היתה סמכות לקבוע את כללי המשחק או לשנותם.

אך איש אינו חולק על סמכותה של הכנסת לקבוע את שיטת הבחירות והמשטר ולשנותן, כפי שאכן עשתה לאורך השנים, ולקבוע כללי משחק אחרים.<sup>12</sup> אין זאת אלא שהכרזת העצמאות, כשהיא לעצמה, אינה ממלאת תפקיד זה של מסד בלעדי או נורמה בסיסית. בה בעת, הכרזת העצמאות היא מקור חשוב לחיזוק המסקנה שלכנסת יש סמכות לקבוע את כללי המשחק. מקור הסמכות המכוננת של הכנסת הוא כאמור שילוב של שלושה גורמים. האחד

לכן רק כ"אסיפה מכוננת נגזרת", שכפופה לאמור בהכרזה, ראו אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-היסוד" **ספר ברונזון** כרך שני – בני סברה 119, 135 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).  
<sup>11</sup> בהכרזה נקבע כך: "אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט [...] ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם ישראל". בפסק דינו בבג"ץ **הסבירות** (שם, פס' 36), ציין השופט שטיין כי המנשר, שפורסם על ידי מועצת המדינה הזמנית מיד לאחר פרסום ההכרזה על הקמת המדינה, "מציין במפורש את העובדה שמועצת המדינה הזמנית קיבלה את סמכויותיה מהכרזת העצמאות, וכי אין לה מקור אחר ממנו ניתן לשאוב את הסמכות לחוקק חוקים ולכונן חוקה" (ההדגשה הוספה). אולם, המנשר, שממילא אינו יכול לשמש מקור הסמכה עצמאי, קובע, בסעיף 1, כי "בתוקף הכרזת העצמאות [...] מכריזה בזה מועצת המדינה הזמנית לאמור: מועצת המדינה הזמנית היא הרשות המחוקקת". הכרזת העצמאות, וכמוה המנשר, קבעו ברורות שמועצת המדינה הזמנית, כמו גם "מוסדות המדינה הסדירים" אינם הרשות המכוננת. לשיטתו של השופט שטיין (שם, פס' 33), "קיומן וגבולותיהן של סמכויות [הכנסת] נגזרים מהכרתו של העם, שישב בציון בהקמת המדינה, בכוחה של הכנסת לחוקק חוקים ולכונן חוקה – כפי שתועד[ה] במסמכי ההקמה של המדינה, ובראשם הכרזת העצמאות. הכרה זו, בגבולות שניתנה, מהווה מסד הסמכות הבלעדי לחקיקת חוקי המדינה ולכינון חוקתה באמצעות חוקי יסוד". כאמור, הכרזת העצמאות לא תיעדה הכרה של העם – כמועד הקמת המדינה – בכוחה של הכנסת לכונן חוקה (ובודאי לא בכוחה לעשות כן "באמצעות חוקי יסוד", עניין שנקבע כידוע רק בשנת 1950, בהחלטת הררי).  
<sup>12</sup> ראו ברוך זו, באשר להכרח המעשי להכיר בכך שלכנסת סמכות לכונן חוקה, כלומר לקבוע את כללי המשחק, ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, פס' 41 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1995) (להלן: עניין **בנק המזרחי**).

הוא המקור הפורמאלי-משפטי, שעניינו העובדה שגופי השלטון השונים – החל ממועצת המדינה הזמנית (שפעלה מכוח הכרזת העצמאות ואשר חוקקה את פקודת המעבר לאספה המכוננת) ועבור באספה המכוננת (הכנסת הראשונה) והכנסות שבו אחריה – פעלו באופן שמבטא את עמדתם כי לכנסת מסורה הסמכות לקבוע את כללי המשחק ולשנותם, חרף העובדה שהדבר מנוגד כאמור להוראות ההכרזה. גם בית המשפט הכיר בסמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק, בוודאי אלה העוסקים בקביעת שיטת הבחירות ושיטת המשטר, ובהמשך, מאז הלכת בנק המזרחי שניתנה לפני כשלושים שנה, גם בסמכותה לקבוע כללים שמגבילים את כוחה שלה כרשות מחוקקת. בצד זאת, לאור העובדה שהמקור הפורמאלי-משפטי אינו חד-משמעי, בהינתן הוראות הכרזת העצמאות, ולאור החשיבות הייחודית של הסמכות לקביעת כללי המשחק, שעניינה עצם השאלה אם הכנסת מייצגת את העם ומוסמכת לקבוע את אופן הייצוג, בלתי נמנעת היזקקות גם לשני המקורות הנוספים. המקור השני הוא החברתי-סוציולוגי, שמכונה בפסיקה "הכרתו של העם [...]. בכוחה של הכנסת [...] לכוון חוקה".<sup>13</sup> הכרה זו של העם היא עניין רציף, שנתון לתהליך של עיצוב מתמשך לאורך השנים. הכרת הציבור בסמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק – בוודאי את שיטת הבחירות והמשטר – היא עניין שדומה שאינו שנוי כלל במחלוקת. לכל אלה נוסף המקור השלישי, המוסרי, שעניינו שיקולי מדיניות, שעליהם נעמוד בהמשך, שעיקרם ההערכה שמוטב שהכנסת, שהיא הרשות הנבחרת היחידה בשיטה המשטרית הקיימת, תהא המוסמכת לקבוע את כללי המשחק.

## 2. המקור לתיחום גבולות הסמכות של הכנסת לקבוע את כללי המשחק

המקורות שמהם נובעת סמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם, אינם קובעים סמכות זו היא בלתי-מוגבלת. ההפך הוא הנכון. כמפורט בפרקים הבאים, המקורות הללו תוחמים את סמכותה של הכנסת בהקשרים הנדונים. המקורות הפורמאליים קובעים שורה של מגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת. אלה באים לידי ביטוי, בראש ובראשונה, בהוראות ההכרזה על הקמת המדינה, שבצד המגבלה הפורמאלית שלפיה כללי המשחק יעוגנו ב"חוקה", שתיקבע על-ידי "אספה מכוננת" שתיבחר במיוחד לשם כך, קובעות גם קווים מנחים באשר למהותה של המדינה כיהודית ודמוקרטית. כאמור לעיל, ההכרזה אינה המקור הבלעדי לסמכותה של הכנסת, כלומר אינה הנורמה הבסיסית; אך הוראותיה, בדבר הענקת הסמכות המכוננת לאסיפה המכוננת (שהועברו מאסיפה זו לכנסת) הן גורם חשוב, לא בלעדי, לאפיון סמכויות הכנסת. לכך נוספת חקיקת הכנסת לאורך השנים, ובכלל זה סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, ותקדימים של בית המשפט, כמפורט בהמשך. ההערכה מהי עמדת הציבור בעניין זה אינה חד-משמעית, שכן בצד ההכרה בסמכותה של הכנסת לקבוע את שיטת הבחירות ואת שיטת המשטר, יש ספק ממשי באשר לשאלה אם כוחה זה של הכנסת בלתי-מוגבל. שיקולי המדיניות מוליקים אף הם, כמו המקור הפורמאלי-המשפטי, להכרה במגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת. כאמור, שיקולים אלה הם שמבססים את קיומה של סמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם, והם גם שמציבים מגבלות על סמכות זו. הגורם המרכזי בהקשר זה, כמפורט בהמשך, הוא העובדה הכנסת מוסמכת לחוקק את כללי המשחק

<sup>13</sup> בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 33 לפסק דינו של השופט שטיין. ראו גם עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 12, פס' 44 ו-46 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ולשנותם ברוב רגיל, בתחולה מיידית. לאור כך שכללי המשחק נועדו, בראש ובראשונה, להגביל את רשויות השלטון עצמן, מתחייבת הכרה בכך שסמכות הכנסת מוגבלת. הכרה זו מבוססת, כאמור, על פירוש היקפה של סמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם.<sup>14</sup> הגישה שמיושמת בישראל שונה מן המקובל במשפט המשווה ובספרות האקדמית, שם מוכרות שתי דוקטרינות עיקריות שמכוחן הסמכות המכוננת עשויה להיות מוגבלת. דוקטרינה אחת שמקובלת במשפט המשווה, המכונה "תיקון חוקתי לא חוקתי", מבוססת על ההבחנה בין סמכות מכוננת ראשונית ומשנית. הסמכות המשנית, שעניינה הסמכות לתקן את החוקה, מוגבלת מכוח הוראות החוקה עצמה. ההגבלה יכולה להיות מפורשת בחוקה (בהתבסס על "הוראות נצחיות" או נוקשות) ולעיתים היא משתמעת מתוך החוקה.<sup>15</sup> כפי שציין אהרן ברק, אפשרית "פרשנותה התכליתית של פסקת התיקונים", שמכוחה "פסקת התיקונים מאפשרת רק תיקונים השומרים על מהותה וזהותה של החוקה".<sup>16</sup> "מהותה וזהותה של החוקה" היא הזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ואסור לסטות ממנה, אלא בדרך של כינון חוקה חדשה. הדוקטרינה השנייה אינה מבחינה בין סמכות מכוננת ראשונית ומשנית אלא מבוססת על מקור הסמכות לכונן את החוקה. התפיסה היא שמקור זה הוא שמגביל את הסמכות המכוננת.<sup>17</sup> לשיטתם של התומכים בגישה זו בהקשר הישראלי, מקור הסמכות של הכנסת הוא הכרזת העצמאות, שמשמשת "נקודת האחיזה הארכימדית" להגבלת כוחה של הכנסת כרשות מכוננת.<sup>18</sup> היישום של כל אחת מהדוקטרינות הללו מעורר קושי בהקשר הישראלי: מצד אחד, חוקי היסוד אינם חוקה שלמה, ואין גם "פסקת נצחיות" או "פסקת תיקונים" כללית, שעליה ניתן לבסס את הדוקטרינה הראשונה;<sup>19</sup> ומצד שני, כאמור לעיל, ספק רב אם הכרזת העצמאות יכולה לשמש מקור הסמכות של הכנסת לכונן חוקה.

התפיסה שאומצה בפסיקה מבטאת שילוב של שתי הדוקטרינות שתוארו, שמתאם לנסיבות המיוחדות של ישראל: מצד אחד, כמו בדוקטרינה השנייה, ההגבלה על כוחה של הכנסת נובעת ממקור הסמכות שלה לכונן חוקה (ולא מ"פסקת תיקונים", מפורשת או

<sup>14</sup> ראו ברוח זו יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** לא 771 (2001).

<sup>15</sup> ראו Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Power* (2017); יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" **ספר אליקים רובינשטיין כרך ב** 1349, 1375 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2021). להפניה לתפיסה ברוח זו ראו גישתו של השופט זוסמן בע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט 365, 389 (1965): "ישנה כללים חוקתיים שהם כה יסודיים והם ביטוי של דין על-חוקתי, עד כדי לקשור את מחוקק החוקה בכבודו ובעצמו".

<sup>16</sup> ברק, כבוד האדם, לעיל ה"ש 10, בעמ' 210.

<sup>17</sup> שם, בעמ' 279–281.

<sup>18</sup> שם, בעמ' 282. ראו גם לעיל ה"ש 10.

<sup>19</sup> לגישה שונה ראו בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ: "קיימת לגישתי בחקיקת היסוד תשתית טקסטואלית מספקת, גם אם לא מפורשת, לקיומה של מגבלה מהותית שנטלה הכנסת על עצמה – המכפיפה את כוחה המכונן לעקרונות היסוד של 'מדינה יהודית ודמוקרטית'". ראו גם גישתו של קלוד קליין, שלפיה תיקון חוקי היסוד מבטא הפעלת "סמכות מכוננת נגזרת", שמטבעה היא מוגבלת מכוח הוראות חוקי היסוד הקיימים: קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון" **משפטים** כח 341, 357 (1997).

משתמעת); מצד שני, ברוח הדוקטרינה הראשונה, מקור זה אינו חיצוני לחוקה עצמה, אלא הוא הזדהות החוקתית של המדינה, כפי שהתפתחה וממשיכה להתפתח לאורך השנים, כלומר "המעריך החוקתי בכללותו, כפי שהתפתח במהלך שנות קיומה של המדינה".<sup>20</sup> זהו ההסבר למה שנראה תמוה במבט ראשון, כיצד ניתן ליישב בין הקביעה בפסיקה, שבישראל אין מוכרת הדוקטרינה בדבר "תיקון חוקתי לא-חוקתי", לבין הכרה במגבלות על סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק.<sup>21</sup> כפי שהבהירה הנשיאה חיות בפסק דינה בבג"ץ הסבירות, "הבסיס למסקנה באשר לגבולותיה של הסמכות המכוננת הנתונה לכנסת הוא [...] המערך החוקתי הקיים בכללותו – קרי, אותם 'נתונים קונסטיטוציוניים' שעל בסיסם גובשה לכתחילה תורת הרשות המכוננת. זאת, בשונה מגישות אחרות המסיקות את קיומן של מגבלות על הסמכות המכוננת מ'כללי מסגרת' שנקבעו בהכרזת העצמאות [...] או מעקרונות על-חוקתיים בלתי כתובים".<sup>22</sup> במובן זה, הגישה שאומצה בפסיקה אינה מבטאת אימוץ מלא של הגישה שמזוהה בפסיקה בעיקר עם עמדתו של השופט חשין, שלפיה קיימים עקרונות יסוד בלתי כתובים, שמגבילים את כוחה של הכנסת.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> עניין חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה חיות. לדיון נרחב יותר במושג "הזדהות החוקתית" ראו ברק מדינה "הזדהות החוקתית של מדינת ישראל, הזכות להשתתפות שווה בהכרעות חברתיות וה'רפורמה' המשפטית" משפט וממשל כח (2024).

<sup>21</sup> דוגמה לכך היא פסק הדין של הנשיאה חיות בעניין חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 15–16. מצד אחד, הנשיאה חיות קבעה שם, בהמשך לפסיקה קודמת, כי אין מקום להכיר בתחולתה של הדוקטרינה בדבר תיקון חוקתי לא חוקתי: "בעניין חוק ההדחה [בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פס' 25 (27.5.2018)] ציינתי כי 'לעת הזו, ובהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה [...] יש בעייתיות לא מבוססת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה'. מדעתי זו לא שיניתי ואני אכן סבורה כי בעקרון, שאלת אימוצה של דוקטרינה מקיפה לבחינת חוקתיותם של תיקונים לחוקה, מן הראוי שתוכרע עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכדי חוקה מלאה. ברי, אפוא, כי אותן דוקטרינות במשפט המשווה שעליהן עמדתי לעיל אינן ניתנות ליישום כמות שהן בשיטתנו". מצד שני, מיד בהמשך לכך הוסיפה הנשיאה חיות כך: "עם זאת, משמעות הדבר אינה בהכרח כי בהיעדר דוקטרינה מקיפה כזו, סמכויותיה של הרשות המכוננת בישראל הן בלתי-מוגבלות. [...] לגישתי, בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימת מגבלה אחת, צרה ביותר, החלה על הכנסת כבועה כרשות מכוננת והיא כי אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. [...] מגבלה זו נובעת מהטקסט החוקתי, ומן המערך החוקתי בכללותו, כפי שהתפתח במהלך שנות קיומה של המדינה – מהם ניתן להסיק כי רכיבים אלה בחוקה המתגבשת אינם ניתנים לערעור". ראו ברוח דומה גם פסק דינה של הנשיאה ביניש בבג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 310–311 (2011); וכן בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פס' ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (6.9.2017).

<sup>22</sup> בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 66. ראו גם שם, פס' 91: "הביקורת השיפוטית המהותית על חוקי היסוד מתמקדת במטרה על גבולות סמכותה של הרשות המכוננת, ואינה נשענת על קיומן של נורמות כלשהן המצויות מעל לחוקי-היסוד במדרג הנורמטיבי". לעמדה דומה ראו שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית: "המעריך החוקתי בכללותו, אותם 'נתונים קונסטיטוציוניים' שביססו את עצם סמכותה של הרשות המכוננת, הם גם אלה הקובעים את מגבלותיה [...]". עם זאת, לשיטתו של השופט עמית (שם), "ניתן לגזור את מקור הסמכות גם מהכרזה על הקמת מדינת ישראל [...] וגם מהעקרונות העל-חוקתיים". ראו גם פסק דינה של הנשיאה חיות בפרשת חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 16.

<sup>23</sup> למשל, עמדתו של השופט חשין בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 757 (2006); ובע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997). ראו ברוח דומה גם גישתו של השופט זוסמן בעניין ירדור, לעיל ה"ש 15, בעמ' 390. לעמדה לפיה גישה כמו זו שנקבעה בהלכת חסון מבטאת למעשה את גישתו של השופט חשין ראו, למשל, יואב דותן "חצי יובל לפסק דין

המגבלות על כוחה של הכנסת, שנובעות מן הזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אינן, בהיעדר אסמכתא פורמלית להן, "משאלת לב" בלבד, כלשונו של השופט שטיין.<sup>24</sup> המגבלות הללו הן הטעם שבגינן החלטות הכנסת מחייבות ולכנסת סמכות לקבוע את כללי המשחק. אילו היו ערכי היסוד הללו של השיטה רק משאלת לב, זה היה מעמדה גם של הסברה שלכנסת יש סמכות מכוונת.

כמפורט להלן, המדובר למעשה בשלוש מגבלות עיקריות על הסמכות המכוונת: *מגבלה אחת*, עניינה מגבלות שהכנסת בחרה לקבוע מפורשות על כוחה שלה כרשות מכוונת, מכוח הוראות נוקשות ("כבילה עצמית"). המדובר בדרך כלל במגבלות באשר לרוב הדרוש לשינוי הוראה בחוק-יסוד. *מגבלה שנייה* נובעת מעקרון שלטון החוק, ומכוחה הכנסת מוסמכת לשנות את כללי המשחק אם מטרתו של השינוי *עניינית*, כלומר אם הוא מבטא הערכה עקרונית כללית, שהתוכן הרצוי של כלל כלשהו שונה מזה הנוכחי. הכנסת אינה מוסמכת לשנות כללים קיימים אם תכליתה העיקרית של החקיקה ותוצאתה המובהקת היא *העדפה ממשית של אינטרסים של הממשלה המכהנת והקואליציה בכנסת*. מגבלה זו עוסקת לכן בהבחנה בין תכלית מותרת לתכלית אסורה (מגבלה זו מכונה בפסיקה "שימוש לרעה" בסמכות המכוונת). *מגבלה שלישית* עוסקת בתוכנם של הכללים שהכנסת קובעת או מבקשת לשנות, ועניינה הבטחת קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כלומר שמירה על הזהות החוקתית של המדינה. מיד נפרט באשר לתוכן של שלוש המגבלות הללו. נקדים לכך שתי הערות קצרות באשר לזיקה שבין המגבלות הללו לבין פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ראשית, שלוש המגבלות הללו דומות במהותן לפסקת ההגבלה: הדרישה להסמכה בחוק; הדרישה לתכלית ראויה; ולצדה הדרישה שהתיקון לא יפגע, לפחות לא באופן שאינו מידתי, בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אין מדובר בהחלה ישירה של פסקת ההגבלה, שכן לפי התפיסה המקובלת, הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – בעיקר, סעיפים 1א, 8 ו-11 – אינן מוכרות כ"פסקת נצחיות".<sup>25</sup> אולם, מבחינה מהותית, ההיגיון שעומד ביסוד הוראות פסקת ההגבלה (לעניין פגיעה בזכויות אדם) חל גם לעניין הנדון כאן (תיקון כללי המשחק) ומכאן ההצדקה להחלת אמות מידה דומות במהותן.<sup>26</sup>

שנית, היבט נוסף שבו הפסיקה בנושא מבטאת היקש מן ההלכה הנוהגת בעניין פסקת ההגבלה עניינו ההבחנה בין "שינוי" לבין "פגיעה", שנקבעה עור בפרשת **בנק המזרחי**. במקור נקבעה הבחנה זו בהקשר של סמכות הכנסת כרשות מחוקקת לסטות מהוראה שקבועה

---

בנק המזרחי: שאון תופי המהפכה וקולו של הפיקולו – מורשתו החוקתית של השופט מישאל חשין" **משפט ועסקים** כו 1 (2022).

<sup>24</sup> בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 21 לפסק דינו של השופט שטיין: "לדידי, נורמות חוקתיות שזכו להיקרא 'ערכי היסוד של השיטה' תהיינה ראויות לשם זה רק אם הן מעוגנות במעשיהם של מכוני החוקה המוסמכים – מייסדי המדינה וחברי הכנסת אשר באו אחריהם – וזאת, כל אימת שלמעשים אלו יש אסמכתא פורמלית. באין אסמכתא פורמלית כאמור, הצהרה שיפוטית [...] כי ערך חברתי כזה או אחר נמנה עם ערכי היסוד של מטרנו החוקתי לא תהא נכונה ברמה העובדתית. הצהרה מעין זו אינה אלא משאלת-לבו של המצהיר, הא ותו לא. היא לא מהווה חלק ממשפטנו החוקתי".

<sup>25</sup> למשל, בג"ץ 1368/94 **פורת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נז(5) 913 (1994); עניין **חסון**, לעיל ה"ש 10, פס' 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות. עוד ראו בעניין זה יניב רוזנאי "הדרך שלא נלקחה" (CON-S-IL) 22.5.2024.

<sup>26</sup> ראו ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" **עיוני משפט** מ 595 (2017).

בחוק-יסוד. ההבחנה המסורתית קובעת כי תנאי הכרחי לשינוי של כלל משחק שקבוע בחוק-יסוד הוא חקיקתו בחוק-יסוד. הרשות המחוקקת רשאית לסטות מהוראה שקבועה בחוק-יסוד, כלומר "לפגוע" בהוראה זו, רק אם אין בכך כדי לשנות, להלכה או למעשה, את הכלל עצמו (ובכפוף לבחינה אם הפגיעה מוצדקת בנסיבות העניין, כלומר אם היא לתכלית ראויה והיא מידתית).<sup>27</sup> כאשר הכנסת מחוקקת, למשל, חוק שמגביל אינטרס שמוגן מכוח זכות אדם חוקתית, או חוק שמתיר לממשלה לקבוע בעצמה "הסדרים ראשוניים" או חוק שמתיר בנסיבות מסוימות כהונה בתפקיד מסוים חרף הכלל האוסר על ניגוד עניינים, היא "פוגעת" בכלל החוקתי. ככל שהפגיעה מתוחמת לנסיבות מסוימות, בלא לרוקן את הכלל מתוכן, מוכר עקרונית כוחה של הכנסת לעשות כן, גם בכובעה כרשות מחוקקת (בכפוף לדרישות בדבר תכלית ראויה ומידתיות, מכוח ההחלה, ישירות או בהיקש, של פסקת ההגבלה).<sup>28</sup> לא כך כאשר הכנסת מבקשת לשנות את הכלל עצמו, כלומר כאשר נקבעת נורמה כללית חדשה באשר לגבולות הסמכות של הכנסת או הממשלה. לשם כך נחוצה הפעלת הסמכות המכוננת, כלומר קביעת השינוי בחוק יסוד. אך הדרישה הזו היא רק תנאי הכרחי. הגישה שעולה מן הפסיקה היא שאין בכוחה של הכנסת, גם כרשות מכוננת, לבטל כליל כללי משחק שנובעים מן הערכים המכוננים של המדינה.<sup>29</sup> הבחנה זו עשויה להסביר, כפי שנראה בתת-פרק ב.2 להלן, את ההבדל בין ההלכות שנקבעו בפרשות מישראל (לעניין חקיקת "פסקת התגברות" בחוק-יסוד: חופש העיסוק) ו-חסון (לעניין חקיקת "פסקת ההתיישבות היהודית" בחוק-יסוד: הלאום), שרק "פוגעות" בכלל הרלוונטי, לאור כך שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נותר על כנו, לבין בג"ץ הסבירות, שם ביקשה הכנסת לבטל לגמרי את הכלל הנדון (חובת הממשלה לפעול בסבירות).<sup>30</sup>

בשורות הבאות ננסה לאפיין את שלוש המגבלות האמורות, תוך התמקדות בעיקר בשתי המגבלות הטבועות על סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת, כפי שאנו מציעים לפרשן, ובעקבות כך נציע גם דיון ביקורתי בהן. בחלק השני של החיבור, בהמשך, נצביע על-כך

<sup>27</sup> עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 12, פס' 39 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) שמגר, ופס' 59–61 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם בג"ץ 729/10 **תנועת דרוור ישראל נ' ממשלת ישראל**, פס' 34 לפסק דינה של השופטת ביניש (24.5.2012). עוד ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 101–106** (2005).

<sup>28</sup> למשל, עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 36, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: "מענה למצב חירום אינו חייב להיעשות במתכונת של תיקון בחוק יסוד דווקא [...] אלא בחקיקה רגילה. [...] באותם מקרים שבהם יחוקק חוק שפוגע בחוק יסוד, למשל בשל דוחק השעה, הוא לא ייחשב בטל מניה וביה, אלא יוכל להיחשב תקף וראוי, ככל שיעמוד במבחניה של פסקת ההגבלה – אם נחקק לתכלית ראויה, היא הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ויעמוד בדרישת המידתיות". דוגמה לחקיקה מסוג זה היא הענקת הסמכות להתקין תקנות לשעת חירום שלא בהתאם לתנאים שבחוק-יסוד: הממשלה, כדי להתמודד עם מצב החירום שנבע ממגפת הקורונה (חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020), שתוקפו הוכר בבג"ץ 5469/20 **אחריות לאומית ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל** (4.4.2021). ראו גם עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 21, פס' 6 לפסק דינו של השופט מלצר.

<sup>29</sup> ראו ברוח זו JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 239 (1993): "The Bill of Right [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"

<sup>30</sup> ראו להלן הטקסט שאליו נלוות ה"ש 169 ואילך.

ששילוב המגבלות הזה נוהג בישראל מימים ימימה, הרבה לפני צמד ההכרעות השיפוטיות הנדון כאן, ונבחן את אופן יישומו של שילוב מגבלות זה במגוון סוגיות.

### 3. מגבלות מפורשות ("כבילה עצמית")

המגבלה הראשונה, שתחולתה אינה שנויה במחלוקת ממשית ולכן תידון כאן בקצרה, עניינה סייגים שהכנסת בחרה לקבוע מפורשות על כוחה שלה כרשות מכוננת. הסייג העיקרי הוא זה הנובע מהוראות נוקשות שבחוק היסוד, באשר לתנאים לשינוי הסדר כלשהו ("כבילה עצמית"). המדובר בדרך כלל במגבלות באשר לרוב הדרוש לשינוי הוראה בחוק-יסוד. בצד דרישת רוב של 61 חברי-כנסת, שנקבעה בחלק מחוקי-היסוד, כתנאי לקביעת שינויים בהסדרים קיימים, בחוקי היסוד נקבעו מגבלות ממשיות יותר בשני תחומים צרים בלבד: הסדר אחד נקבע בסעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת, שנחקק בשנת 1992, ובו נקבע כי הארכת תקופת כהונתה של הכנסת מעבר לתקופה לה נבחרה טעונה תמיכה של לפחות 80 חברי-כנסת, דרישה שמוחלת, מכוח סעיפים 45 ו-45א לחוק היסוד, גם לעניין שינוי דרישת הרוב עצמה, וכן הצדקה עניינית לכך ("נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן"), שניתן להניח שקיומה ייבחן בדרך של ביקורת שיפוטית. הסדר שני נקבע באשר לביטול הריבונות הישראלית בשטח כלשהו של המדינה, והוא מעוגן, ביחס לכלל שטח המדינה, בחוק-יסוד: משאל עם (שמכוחו נדרש לשם כך רוב של 80 חברי-כנסת או 61 חברי-כנסת ואישור במשאל עם), וביחס לירושלים, בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (דרישת רוב של 80 חברי-כנסת). עם זאת, הוראות אלה עצמן, לגבי התנאים לויתור על ריבונות, ניתנות לשינוי ברוב של 61 חברי-כנסת בלבד.

לפי הלכת **בנק המזרחי**, הכנסת מוסמכות לכבול, בחוק יסוד, את כוחה לשנות הוראה בחוק יסוד, אך לא נשללה שם האפשרות שסמכות זו לכבילה עצמית היא מוגבלת.<sup>31</sup> ניתן להעריך שגם סמכות זו נתונה לשתי המגבלות שיידונו מיד, בעיקר למגבלה בדבר תכליתו של התיקון לחוק יסוד. משמעות הדבר שאם תכליתה העיקרית של הוראת הכבילה היא לעגן סטטוס קוו מסוים באמצעות הגבלת כוחו של הרוב בכנסת לסטות ממנו, בשונה מתכלית בדבר קביעת כלל ההכרעה הראוי בהקשר הנדון, תוקפה מוטל בספק של ממש.<sup>32</sup>

כבילה עצמית עשויה לנבוע גם מפרשנות שיפוטית של תיקון לחוק יסוד, ככל שגם לאחר התיקון נותרו על כנן הוראות אחרות בחוקי היסוד, בעיקר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הגישה שננקטת בפסיקה מבטאת העדפה של פרשנות הרמונית של חוקי היסוד, כך שבמקרה של אי התאמה בין הוראות התיקון לבין האמור בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נקבעת פרשנות מצמצמת, ולעיתים מצמצמת מאד של התיקון. דוגמאות בולטות לכך, שיידונו בפרק ב.2 בהמשך, הן הפרשנות שניתנה בעניין **מישראל** ל"פסקת ההגבלה" שהוספה לחוק-יסוד: חופש העיסוק, והפרשנות של סעיפים 4 ו-7 לחוק-יסוד: הלאום שנקבעה בפרשת **חסון**.

<sup>31</sup> עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 12, פס' 35 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) שמגר. ראו גם להלן ה"ש 34. לדין ראו ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" **משפט וממשל** 1 ו 509 (2003); דותן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 785–791; אילן סבן "המשך המדרון: התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בגדה המערבית, בירושלים או ברמת-הגולן בקבלתן ברוב מיוחס" **משפט וממשל** כה 29 (2023).

<sup>32</sup>

#### 4. מגבלה "טבועה" בדבר תכלית ראויה: אין לשנות את כללי המשחק לשם קידום אינטרסים של הממשלה והקואליציה הנוכחיות ("שימוש לרעה" בסמכות המכוננת)

מגבלה "טבועה" אחת על סמכות הכנסת עוסקת בתכליתו של התיקון לכללי המשחק. הכנסת מוסמכת לשנות את כללי המשחק רק אם מטרתו של השינוי עניינית, כלומר אם הוא מבטא הערכה עקרונית כללית, שהתוכן הרצוי של כלל כלשהו שונה מזה הנוכחי. הכנסת אינה מוסמכת לשנות כללים קיימים אם תכליתה העיקרית של החקיקה ותוצאתה המובהקת היא העדפה ממשית של אינטרסים צרים של הממשלה המכהנת והקואליציה בכנסת.

מטעמים היסטוריים, מגבלה זו מכונה איסור על שימוש לרעה בסמכות המכוננת. מקורו של המושג "איסור על שימוש לרעה בסמכות" במשפט המינהלי האנגלי, והוא אומץ משם בפסיקה בישראל, ועיקרו האיסור על שימוש בסמכות שלטונית "למטרות פרטיות או מתוך מניעים אנוכיים או בלתי כשרים".<sup>33</sup> האיסור על שימוש לרעה בסמכות המכוננת הוזכר באופן אגבי בעניין בנק המזרחי, כאשר לאפשרות שהכנסת תקבע הוראת "כבילה עצמית", בדרך של עיגון ההוראה בחוק-יסוד, בעניין שאינו נמנה לפי טיבו עם כללי המשחק של השיטה הדמוקרטית, סוגיה שנותרה שם ללא הכרעה.<sup>34</sup> מאוחר יותר הוחלה דוקטרינה זו לבחינת תוקפו של חוק-יסוד שמתקן הוראה בחוק-יסוד קיים: שינוי של חוק-יסוד קיים תקף רק אם נעשה בחוק יסוד, והמגבלה הנדונה מוסיפה סייג ל"מבחן הצורני" לזיהוי נורמות חוקתיות. על-פי מובן זה של הדוקטרינה, הבחינה הנדרשת היא אם התיקון שקבעה הכנסת, מתאים, מבחינת תכליתו ותוכנו, להיכלל בחוק-יסוד. אם התשובה לכך היא בשלילה, התיקון אינו נחשב חוק יסוד, חרף הכותרת שנחנה לו הכנסת, קביעה שהיא רלוונטית רק אם מדובר בחקיקה שנועדה לשנות הוראה בחוק יסוד. תחילה הוחלה גישה זו בפסק-הדין בעניין בר-און, שניתן בשנת 2011, בסוגיית התוקף של התיקון לחוק-יסוד שנועד לפטור כנסת וממשלה

<sup>33</sup> בג"ץ 80/54 נוחימובסקי נ' שר המשפטים, פ"ד ח 1491, 1498–1499 (1954) (השופט ברנזון): "בעל סמכות חוקית, העושה בה שימוש למטרות פרטיות, או מתוך מניעים אנוכיים או בלתי כשרים [...] הרי משתמש הוא לרעה בסמכותו, ומעשהו פסול. [...] [התשובה לשאלה] אימתי מעשה הוא בלתי מתקבל על הדעת במידה כזאת שהוא בגדר שימוש לרעה בסמכות [...] תלויה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה, ומובן שיש להביא בחשבון את כל הנסיבות והגורמים הנוגעים לעניין".

<sup>34</sup> הנשיא ברק ציין, בלי להכריע, כי אינו שולל את האפשרות ש"חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה שימוש לרעה" בדיבור 'חוק-יסוד', תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום" לא תיחשב נורמה בעלת מעמד חוקתי, שמגבילה את כוחה של הכנסת כרשות מחוקקת: עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 12, פס' 58. באופן דומה ציין שם השופט כץ כי "אם באחד הימים יתקבל בכנסת חוק יסוד, המשוריין פרוצדורלית או עניינית-מהותית, 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", תידרש הכרעה בשאלת היקף סמכותה המכוננת של הכנסת (שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט כץ). דוגמא לבעייתיות אפשרית מסוג נוסף מושמעת שם על ידי השופט חשין. הדוגמא היא של כנסת המבקשת ליצור כבילה עצמית תובענית להוראה חוקתית מסוימת, אך מגבשת את הכבילה הזו ברוב שהוא קטן מהרוב הנדרש בגדרה של הכבילה העצמית. "הנושא הוא נושא חוקתי, והכנסת מוסיפה ומחליטה כי לא ניתן יהיה לשנות אותו חוק יסוד אלא ברוב של 80 חברי-כנסת. מובן שהחוק מתקבל ברוב רגיל, כמקובל בכנסת" (שם, פס' 69 לפסק דינו של השופט חשין). ואולם פגם אפשרי זה, שגם מפניו מבקש השופט חשין להזהיר, נוגע לפגיעה בערכי הדמוקרטיה, ולכן הקושי הוא מהסוג השלישי, זה שנעמוד עליו מיד.

מסוימות מן החובה לחוקק חוק תקציב שנתי ולקבוע תחתיו חוק תקציב דו-שנתי,<sup>35</sup> ולאחר מכן גם במספר פסקי-דין שבאו בעקבותיו, בעיקר עניין שפיר משנת 2021.<sup>36</sup> בלשונה של הנשיאה חיות, "מרכז הכובד של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת מצוי [...] בשאלה אם הנורמה שעוגנה בחוק היסוד היא אכן נורמה המצויה במדרג חוקתי, על פי המבחנים הנוהגים עמנו לזיהוי הסדרים מסוג זה. [...] תפקידו של בית המשפט בהקשר זה הוא להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות, שאינן מצויות במדרג המתאים לכך, אל תוך המארג החוקתי באופן שעלול לגרום לשחיקה וזילות במעמדם של חוקי היסוד".<sup>37</sup> בחינה של הפסיקה, כמו גם הערכה מהו הדין הרצוי, מוליכות למסקנה כי אפיון זה של המגבלה מפני שימוש לרעה בסמכות המכוננת אינו מדויק, בשלושה היבטים: ראשית, המגבלה אינה עוסקת בשאלה אם חקיקה מסוימת צריכה להיחשב חוק יסוד אם לאו, אלא בתוקפה של כל חקיקה שמתיימרת לקבוע או לשנות כללי משחק שלטוניים. בהתאם לכך, התחולה של מגבלה זו אינה מוגבלת למצבים שבהם החקיקה נועדה לשנות הוראה בחוק-יסוד קיים (שאו נחוץ להכיר במעמדה כחוק-יסוד, כתנאי להכרה בתוקפו של השינוי). המגבלה הנדונה על כוחה של הכנסת חלה גם כאשר מדובר בחקיקת הוראה בחוק-יסוד שאינה סותרת הוראה קיימת בחוק-יסוד (כפי שהיה, למשל, בבג"ץ הנבצרות).<sup>38</sup> כמו כן, המגבלה הנדונה חלה כנראה גם ביחס לתיקון חקיקה "רגילה", שבה נקבעו "כללי משחק" בעלי אופי חוקתי, אף אם התיקון אינו סותר הוראה בחוק-יסוד.<sup>39</sup> דוגמה לכך היא ההכרעה בעניין התנועה לטוהר המידות, בשנת 2023,<sup>40</sup> והפסיקה, שתידון בהמשך, שבה נשלל תוקפם של תיקונים לחוקים "רגילים" שעסקו בכללי הבחירות לכנסת.<sup>41</sup> דובר שם במקרים שבהם

<sup>35</sup> עניין בר-און, לעיל ה"ש 21, בעמ' 301.

<sup>36</sup> בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.21).

<sup>37</sup> שם, פס' 31 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>38</sup> ראו בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, פס' 33 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן: "אחד ממאפייניו של חוק במדינה דמוקרטית הוא תחלתו הכללית [...]". דרישת הכלליות נובעת מעקרון שלטון החוק, והיא מהווה אחד היסודות החיוניים לתוקפה של חקיקה כנורמה משפטית מחייבת". ראו גם פסקי הדין של הנשיאה (בדימוס) חיות, פס' 12 והשופט גרוסקופף, פס' 6א ו-24-25. להעדפת הגישה המצומצמת, שלפיה עניינה של הדוקטרינה רק בקביעת מעמדו של התיקון במדרג נורמטיבי מסוים ראו, בדעת מיעוט, עמדת השופט סולברג, שם, פס' 8-17, ועמדת השופט מינץ, פס' 8-18.

<sup>39</sup> למשל, באמרת אגב, בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (18.1.2023): "[...] שימוש לרעה בסמכות הוא, בראש ובראשונה, שימוש למטרה זרה החורגת מגדר המטרות שלשמן הוקנתה הסמכות [...]". כך ביחס לכל סמכות הנתונה לגוף שלטוני, ובכלל זה, לכאורה, גם הסמכויות השונות הנתונות לכנסת בכובעיה השונים" (ההדגשה הוספה).

<sup>40</sup> בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (30.7.2023) (להלן: עניין חוק טבריה). נדון שם שינוי חוק "רגיל" בדבר תנאי הכשירות להיות מועמד בבחירות לרשויות המקומיות. נקבע כי החלתו של התיקון לעניין מערכת הבחירות שכבר היתה בעיצומה – ולא רק לקראת הבחירות הבאות – נעשתה לתכלית פרסונלית, כלומר כדי לפטור מועמד מסוים, שהקואליציה בכנסת חפצה ביקרו, מהמגבלה שנבעה מהחוק הקיים, ולפיכך נקבע (בדרך של פרשנות) שהחוק יחול רק במערכת הבחירות הבאה ואילך.

<sup>41</sup> ראו פרק ב.1 להלן. משום כך, נראה שההערכה של השופט סולברג בבג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, פס' 8, כי אילו ההסדר בעניין נבצרות ראש הממשלה היה נחוקק בחוק רגיל, הוא לא היה מוכרו בטל (או תחלתו לא היתה נדחית לכנסת הבאה), אינה משקפת את הדין הנוהג כיום. רק בהקשרים שבהם אין מדובר בשינוי כללי המשחק הדרישה לכלליות אינה מוליכה בהכרח לשלילת תוקפה של חקיקה. ראו, למשל, בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 35 (2.4.2013); בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, פס' 10 לפסק דינה של

התיקון, שנקבע בחוק "רגיל", נועד לשנות את כללי המשחק, לשם קידום תכלית פסולה, ומשום כך הוכרז על בטלותו (או על דחיית מועד תחילת התוקף שלו).

שנית, עניינה של המגבלה אינו בשאלה אם התיקון מתאים, מבחינת תוכנו, להיחשב בעל מעמד חוקתי, אלא בשאלה אם תכליתו העיקרית של התיקון ראויה או פסולה. כפי שהבהיר השופט גרוסקופף בבג"ץ הסבירות, בדברים שמשקפים את עמדת חלק מהשופטים שם, "הדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בסמכות אינה בוחנת אם מבחינת תוכנה ראויה ההוראה להיכלל בחוקה, אלא האם השימוש בסמכות המכוננת נעשה לשם הגשמת תכלית ראויה – דהיינו אחת מהתכליות שלשמן הוקנתה לכנסת הסמכות המכוננת. על כן קביעת הוראת חוק יסוד שתוכנה ראויה שיהווה חלק מהחוקה העתידית של מדינת ישראל, עדיין עלולה להיות בגדר שימוש לרעה בסמכות, למשל, אם התכלית להכללתה היא פרסונלית, ולא כללית, וזאת ללא צידוק מספיק".<sup>42</sup> ברוח דומה קבע השופט רובינשטיין בעניין המרכז האקדמי, כי "כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות".<sup>43</sup> ביסוד מגבלה זו מונח ניגוד העניינים המוסדי שבו פועלת הכנסת: הכנסת היא זו שקובעת את כללי המשחק, ברוב רגיל, והיא גם מי שכפופה להם. כללי המשחק נועדו להגביל את כוחה של הכנסת, ושימוש בכוחה שתכליתו העיקרית היא השתחררות ממגבלה שכוכלת את כוחה שלה, סותר את מהותם של הכללים כמגבלות. מכאן הקביעה של ממלא מקום הנשיא פוגלמן, כי "חקיקת חוקי יסוד פרסונליים חורגת – כמעט בהגדרתה – מסמכות כינון החוקה".<sup>44</sup>

שלישית ולבסוף, לאור כך שהמגבלה הנדונה עוסקת בהבחנה בין תכלית ראויה לתכלית פסולה של שינוי כללי המשחק, הרי שיהא זה חלקי לאפיין אותה רק כאיסור על חקיקה שתוכנה "פרסונלי".<sup>45</sup> הדרישה שבה מדובר כאן, בדבר כלליות הקביעה של כללי המשחק, משמעותה החובה להפעיל את הסמכות לקבוע את כללי המשחק "כך שהנורמות שייקבעו

השופטת ברק-ארז, וכן שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. עם זאת, אם החוק פוגע בזכות חוקתית, העובדה שתכליתו העיקרית פרטית עשויה להוליך לקביעה שהפגיעה אינה כדין. למשל, בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002). לדיון ראו מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים יב 173 (2018); ראו גם יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח 535, 554 (1997).  
בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 32. לפי גישה זו, "חקיקת חוקי יסוד שכל תכליתם קידום עניינים פרטניים אד-הוק, ולא הסדרה כללית וקבועה, חורגת במקרה הרגיל מחובת האמון הציבורי המוטלת על חברי הכנסת, ודינה להתבטל" (שם, פס' 30). עניין זה נדון בפסק הדין באמרות אגב (שכן התיקון שנדון שם נועד לשנות הוראה קיימת בחוק יסוד, ולכן גם לפי הגישה המצמצמת, הוא אינו תקף אם תכליתו פסולה), ועמדותיהם של השופטים באשר להיקפה של הדוקטרינה אינן אחידות. השופטת רונן נקטה עמדה דומה לזו של השופט גרוסקופף (שם, פס' 23 דינה של השופטת רונן), ואילו הנשיא (בדימוס) חיות אפיינה שם את המגבלה בדבר שימוש לרעה כעוסקת בזיהוי המדרג הנורמטיבי של הנורמה ולא בחריגה מסמכות הכנסת (פס' 59) וכמוה השופט כבוב (פס' 28). עמדת השופטת ברק-ארז (שם, פס' 30), אינה חד-משמעית בהקשר זה.

<sup>43</sup> עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 21, פס' ל'.

<sup>44</sup> בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, פס' 38.

<sup>45</sup> ביטוי מובהק לכך ניתן על-ידי השופט הנדל בעניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 21, פס' 6: "נורמה המיועדת והמאפשרת לשחקן [אחד] (קרי, הממשלה המכהנת) להתגבר על משוכות פוליטיות, אך מציבה רף גבוה יותר בפני שחקן [אחר] (ממשלה עתידית שלא תיהנה מהוראת השעה ותידרש להתמודד עם פיקוח פרלמנטרי מחמיר), נושאת [...] אופי פרסונאלי. משום כך [...] לא ניתן לייחס לה אופי ומעמד חוקתיים. [...] חוק המנוסח 'באופן שהמחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים עליהם החוק יחול' – גם אם אינו נוקב במפורש בשמו – חוטא, על פניו, לדרישת הכלליות".

יבטאו עמדה עקרונית [באשר] לדרך ההתנהגות הראויה<sup>46</sup>. משמעות הדבר שגם אם מבחינת תוכנה והיקף תחולתה החקיקה היא כללית – כפי שהיה, למשל, בעניין הנבצרות של ראש הממשלה – היא תיחשב מפרה את המגבלה הנדונה אם תכלית קביעתה של הנורמה היא פרטית. תכלית פסולה, שבגינה התיקון שמחוקקת הכנסת הוא "שימוש לרעה" בסמכותה, היא ניסיון להעניק לממשלה המכהנת (או לקואליציה) פטור מהכללים הקיימים או טובת הנאה אחרת שנובעת משינוי הכללים<sup>47</sup>. הכנסת אינה רשאית לשנות את הכלל אם התכלית העיקרית של המהלך היא השגת פטור מן הכפיפות לכלל כלשהו, כדי להכשיר חוק או מעשה שלטוני אחר שלאור הכלל הקיים אינו חוקי. בלשונו של השופט ג'ובראן, "שיקולי הנוחות הפוליטית אינם יכולים [...] למשול בכיפה, ואין זה ראוי כי משטר דמוקרטי חוקי יוכפף לצורכי השעה [של הממשלה]"<sup>48</sup>. ברוח דומה קבעה השופטת ברק-ארז בפרשת שפיר, בשנת 2021, כי "תכליתו של תיקון לחוק-יסוד] אמורה להיות תמיד קידומו של הפרויקט החוקתי. ממילא הדבר לא יכול להיעשות לצורך פתרון בעיה נקודתית או קצרת מועד"<sup>49</sup>. ההערכה הנחוצה לשם יישום המגבלה היא מהי התכלית העיקרית של התיקון של כללי המשחק: שינוי הכללים על בסיס שיקולים עניינים, שהיא תכלית ראויה; או השגת פטור מתחולת הכללים, לצורך קידום אינטרסים צרים של הממשלה או הקואליציה בכנסת, שהיא תכלית פסולה. ההערכה מהי התכלית העיקרית של התיקון מחייבת לייחס משקל רב לתכלית

<sup>46</sup> בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, פס' 33 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן. ראו גם שם, פס' 32 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "מרכז הכובד [...] בשאלה אם השימוש בסמכות המכוננת על מנת לקבוע הוראה זו נעשה לתכלית לשמה הוענקה – הסדרת עקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית באופן כללי וקבוע, אשר יכלול את ידיו של הרוב המזדמן בכנסת" (פס' 32). ראו בעניין זה גם מדינה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 530–538.

<sup>47</sup> ראו בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, פס' 38 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן: "חוקי היסוד אמורים לשקף את ערכי היסוד ואת העקרונות שנוהגים בחברה, וככאלה אין הם יכולים לשקף אינטרס פרטיקולרי של רוב מקרי כזה או אחר". ראו גם אריאל בנדור "חוקי-היסוד כבסיס לחוקה – הצעה לחוקת ישראל" משפט וממשל ה' 15, 18 (2000): "על כללי המשחק להיקבע לפני המשחק, ולא להיות נתונים בקלות לשינוי במהלכו רק כדי להתאימם לאינטרסים של השחקנים שבידיהם יתרון באותה עת"; מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 602: "הנורמות המוסדיות הן פרי בחירה חברתית מסוימת, ובמקרים אלה ברור הצורך בקביעה שלהן מראש, מאחורי 'מסך בערות', באופן שאינו ניתן לשינוי בהתאם לאינטרסים צרים של רוב מזדמן".

<sup>48</sup> עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 21, פס' 8 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. ראו גם בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, פס' 38 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן: "חוקי היסוד אמורים לשקף את ערכי היסוד ואת העקרונות שנוהגים בחברה, וככאלה אין הם יכולים לשקף אינטרס פרטיקולרי של רוב מקרי כזה או אחר".

<sup>49</sup> עניין שפיר, לעיל ה"ש 36, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. ראו גם בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פס' 122 ו-143 לפסק דינו של השופט מלצר (12.7.2021): "ההגנה על [...] כללי המשחק המוסדיים, נועדה, בין היתר, כדי למנוע מנציגי הציבור לפעול למען קידום האינטרסים האישיים שלהם או של מפלגותיהם, חלף האינטרס הציבורי הכללי, או האינטרסים של בוחריהם. [...] הנורמות המוסדיות נדרשות להיקבע במנותק, עד כמה שניתן, מהאינטרסים האישיים של קובעיהן, [...] מאחורי 'מסך של בערות'. [...] התיקון לחוקי-היסוד [...] מעורר חשש שמא הוא נעשה בכדי לקדם את האינטרסים הפוליטיים קצרי-המועד של מי שהתקשרו בהסכם הקואליציוני. [...] התיקון לחוקי-היסוד לא נעשה [...] מתוך שאיפה לעגן מודל שלטוני יציב, רצוי ומשופר לעתיד (מה שמותר בעקרון החל מהכנסת העוקבת), אלא בראש ובראשונה כדי להתאים בדיעבד את שיטת המשטר לתוצאות הבחירות שהיו [...] והרצון להבטיח את קיום ההסכם הקואליציוני".

הסובייקטיבית של החקיקה הנדונה,<sup>50</sup> ולצדה גם לתכליתה האובייקטיבית, כלומר להשלכות שנובעות מן ההסדר שנחקק. בהתאם לכך, ההערכה מהי התכלית העיקרית של התיקון מבוססת על בחינה מצטברת של שלושה גורמים עיקריים: א) הנסיבות שהובילו לחקיקת התיקון לחוק היסוד; ב) אופיו של הליך חקיקת התיקון; ו-ג) צורתו של התיקון, מבחינת היקף התחולה שלו.

הגורם הראשון, בדבר הנסיבות שהובילו לחקיקת התיקון, עוסק בשאלה אם הוא נעשה לאור ההערכה שפעולה או מדיניות מסוימת שבה חפצה הממשלה אסורה לפי הדין הקיים. העובדה שהמניע לחקיקה הוא הכשרת פעולה בלתי חוקית מסוימת או לפתור בעיית אי-כשירות לכהן בתפקיד כלשהו אינה מספיקה אמנם, כשהיא לעצמה, לביסוס המסקנה שזו גם התכלית העיקרית של החקיקה. עקרונית, יתכן כי מדובר במצב דברים שלגביו יש אמנם לקואליציה אינטרס להשיג פטור מתחולתו של כלל מסוים, אך הוא הוביל למסקנה שראוי להסדיר מחדש את הכלל הנדון.<sup>51</sup> עם זאת, קיומו של אינטרס צר מסוג זה יוצר חזקה, שניתנת לסתירה, כי תכליתו פסולה.<sup>52</sup> מכאן החשיבות של בחינת ההיסטוריה החקיקתית, לשם בירור קיומה של תכלית שאינה כללית.

הגורם המשמעותי יותר הוא השני, זה שעוסק באופיו של הליך חקיקת התיקון. ההכרה בסמכותה של הכנסת לעצב את כללי המשחק מבוססת על ההערכה כי יש היבטים שבהם יש מתחם של הסדרים אפשריים והבחירה ביניהם מחייבת הפעלת שיקול דעת. החשש לפעולה מתוך ניגוד העניינים המוסדי של הכנסת פוחת ככל שהתיקון נעשה בהליך ראוי, ובכלל זה הסתמכות על בחינה מקצועית, לפי המלצות של ועדה ציבורית והתחשבות בעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה ולכנסת. בעיקר קטן החשש משימוש לרעה בסמכות כאשר המדובר בתיקון שנחקק ברוב גדול בכנסת, בתמיכה גם של סיעות שבאופוזיציה, כאשר לתומכים בשינוי אינטרסים מנוגדים.<sup>53</sup> כמו כן, בהקשרים מסוימים, דחיית מועד תחילת התוקף של תיקון לחוק היסוד מועילה אף היא להפחתת החשש לניגוד עניינים, ככל שהיא מסייעת לדמות את ההחלטה לכוז שמתקבלת "מאחורי מסך בערות". לא כך כאשר מאפיינים אלה אינם מתקיימים. אם הליך החקיקה נעשה ביוזמת הקואליציה ובתמיכתה בלבד, בהליך מהיר וללא התחשבות בעמדות של גורמים מקצועיים בלתי תלויים, אזי ככל ששינוי כללי המשחק מיטיב עם אינטרסים של הממשלה או הקואליציה, קמה חזקה, שעדיין ניתנת לסתירה, שהתכלית העיקרית של התיקון היא מתן פטור לקואליציה ולממשלה מכלל משחק שמגביל

<sup>50</sup> בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, פס' 20 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. לביקורת על גישה זו ראו שם, פס' 31–35 לפסק דינו של השופט סולברג.

<sup>51</sup> למשל, בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל (12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים): "הרקע לחקיקה אינו פוסל אותה. חקיקה נועדה, בין היתר, לפתור בעיות שהתרחשו במציאות. היכולת להגיב בצורה דינמית, ולתקן באופן מיידי כשלים שנחשפו, מצויה בארגון הכלים של המחוקק. כל עוד החקיקה מציעה פתרון כללי לבעיה כללית, אין פסול בכך שאירוע ספציפי הוא שהעלה את הבעיה על שולחנו של המחוקק". ראו גם עניין בר-און, לעיל ה"ש 21, בעמ' 296; בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999).

<sup>52</sup> ראו בפירוט בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, פס' 46–54 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן; עניין התנועה לטוהר המידות, לעיל ה"ש 40, פס' 61 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן; וכן עניין ממשלת החילופים, לעיל ה"ש 51, עמדתו של השופט מלצר.

<sup>53</sup> למשל, בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 43 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

אותן.<sup>54</sup> בדומה לכך, החלה מיידית של התיקון, כבר במועד כהונתה של הכנסת שחוקקה אותו, יוצרת חזקה (ניתנת לסתירה) לשימוש לרעה בסמכות הכנסת ולכן לחריגה מסמכותה לשנות את כללי המשחק.<sup>55</sup> לחזקה זו משקל רב במיוחד בנסיבות שבהן משמעותה של ההחלה המיידית היא תחולה רטרואספקטיבית של השינוי בכללי המשחק (כלומר, ההחלה המיידית של התיקון משנה את המצב המשפטי של פעולות שכבר נעשו).<sup>56</sup>

הגורם השלישי הוא צורת התיקון, ובו מתמקד המבחן שנקבע בפרשת **שפיר**, באשר לזיהוי קיומה של תכלית פסולה לחקיקה לתיקון חוק-יסוד.<sup>57</sup> מבחן זה כולל שלושה מבחני-עזר: יציבותו של התיקון של כלל המשחק, כלליותו וכן התאמתו למארג החוקתי. עניינה של דרישת היציבות בכך שהתיקון יהיה בעל אופי קבוע ויציב. העובדה שתיקון חוק-יסוד נקבע כ"הוראת שעה", כך שתחולתו מוגבלת לתקופת כהונתה של ממשלה או כנסת מסוימת, מפרה דרישה זו. תיקון כללי המשחק בדרך של "הוראת שעה" אינה אסורה כשהיא לעצמה;<sup>58</sup> אך תחימה זו בזמן מעצימה את החשד שמדובר בתיקון שתכליתו קידום אינטרס צר כלשהו.<sup>59</sup> בה בעת, המדובר במבחן-עזר בלבד, ובית המשפט ציין לא אחת כי יציבות התיקון, כשהיא

<sup>54</sup> למשל, בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 21 לפסק דינה של השופטת רונן: "במקרה דנן [...] יש להביא בחשבון גם את העובדה שהתיקון התקבל ללא הסכמה של אף אחד מחברי הכנסת מטעם האופוזיציה; ואת העובדה שתחולתו של התיקון היא מיידית, וכי הוא ישפיע על אתר על הממשלה הנוכחית. לאור כל אלה, [מתעצם] החשש מפני ניגוד העניינים המוסדי בו מצויה הרשות המכוננת"; עניין **התנועה לטוהר המידות**, לעיל ה"ש 38, פס' 41–40 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן: "על מרכזיותה של התכלית הפרסונלית מעידה גם המהירות שבה ביקשה הכנסת להעביר את התיקון. [...] סוגיות מורכבות שנוגעות לתיקון לא לובנו ולא תוקנו, הגם שהועלו בדיונים בוועדה. [...] היעדר ליבון ראוי של סוגיות אלו אינו מעיד, כשלעצמו, על תכליתו הפרסונלית של החקיקה; אלא מהווה עדות נוספת לחיפזון בקידומה של הצעת החוק. [...] התנהלות זו, מחלישה במעט את הטענה כי [העניין הפרסונלי] היה רק המניע לחקיקה".

<sup>55</sup> ראו בג"ץ **הנבצרות**, לעיל ה"ש 2, פס' 53 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן: "כוונת המחוקק ביחס למישור התחולה עשוי להעיד על התכלית שעמדה לפני המחוקק בכינונו של חוק היסוד". ראו גם עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 51, עמדתו של השופט מלצר (בין היתר, בפס' 121 לפסק דינו) לעומת עמדתו של השופט הנדל (פס' 18). ראו ברוח זו גם איל גבאי "שינוי רטרואספקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפרקליט מד 151 (1998).

<sup>56</sup> זה היה גורם מרכזי להכרעה בעניין **התנועה לטוהר המידות**, לעיל ה"ש 40, באשר לשינוי הכללים בעניין הכשירות להיות מועמד בבחירות לראשות רשות מקומית.

<sup>57</sup> עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 36, פס' 36–45 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>58</sup> למשל, עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 301; עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 21, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל.

<sup>59</sup> למשל, עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 21, שם נקבעה "התראת בטלות" בגין חקיקת תיקון לחוק-יסוד: משק המדינה, שהתיר לכנסת לקבוע, חד-פעמית, חוק תקציב דו-שנתי. ראו גם עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 51, פס' 28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז: "ככלל, חקיקת חוק יסוד במתכונת של הוראת שעה היא מעשה אשר חורג מסמכותה המכוננת של הכנסת. [...] המקרה שבפנינו הוא דוגמה מצוינת לחשש שהסדרים שחוקקים רק לצורך השעה, כמו החלת דרישה לרוב מיוחד רק בכנסת הנוכחית ולא באלה שאחריה, אינם תיקונים חוקתיים 'אמיתיים', אלא ביטוי לקוניקטורה פוליטית, ואולי אף פרסונלית. ברי כי צעד שכזה אינו מכוון לשמש כפרק בחוקתה של מדינת ישראל, ואפילו אינו מנסה להתכסות באצטלה של 'ניסוי חוקתי' זמני, כפי שנטען במקרים קודמים בעבר. על כן, [...] בנסיבות רגילות היה מקום לקבל את העתירות בראש זה שלהן". הדברים הם אמרת אגב, משום שבמועד ההכרעה השיפוטית, הכנסת שחוקקה את התיקון כבר סיימה את תקופת כהונתה וההחלה המיידית של התיקון הפכה לכן תיאורטית.

לעצמה, אינה מבטיחה שתכליתו ראויה.<sup>60</sup> דרישת הכלליות בוחנת את היקף התחולה של התיקון מבחינת תוכנו, כלומר מבחינת האינטרסים שעליהם הוא משפיע. ככל שהתיקון עוסק בעניין צר וממוקד יותר, כך מתחזקת המסקנה באשר לתכליתו הפסולה.<sup>61</sup> כאמור לעיל, חריגה מובהקת מדרישת הכלליות היא כאשר תכלית התיקון היא פרסונלית, וזאת בין אם "הפרסונליות גלויה" בלשונה של הנורמה [...] [ובין אם] בחינת דבר החקיקה מעלה כי הוא נועד לשרת תכלית פרסונלית. [...] עצם קיומה של תכלית עקרונית לצד תכלית פרסונלית – אינה מספקת כדי להגיע למסקנה כי אין מדובר בנורמה שדבק בה פגם פרסונלי.<sup>62</sup> בכך עוסק גם מבחן התאמת התיקון למארג החוקתי, שבוחן אם מבחינת מידת ההפשטה של התיקון והנושא שבו הוא עוסק, הוא עולה בקנה אחד עם הנורמות החוקתיות הקיימות.<sup>63</sup> שינוי נקודתי של כללי המשחק, בלא להתאים לכך את מכלול הכללים הרלוונטיים, מעצים את החשש שהתכלית היא השגת פטור מתחולתו של כלל מסוים ולא הסדרה כללית ועניינית של סוגיה מסוימת. דומה לכך המבחן שהציעה השופטת ברק-ארז, שלפיו ביטוי לכך שתיקון

<sup>60</sup> למשל, עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 51, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל: "חקיקת קבע אינה חסינה מפני הטיות פרסונליות, וניתן לחשוב על הסדרים המשרתים במובהק את אינטרס המחוקק העכשווי; וכן שם, פס' 22 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: "מאפיין ההמשכיות אינו יכול לשמש קריטריון יחיד לבחינה אם מדובר בהסדר פרסונלי. אולם, הוא יוצר חזקה התומכת בכך שמדובר בהסדר כללי". ראו ברוח זו גם עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 36, פס' 39 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>61</sup> עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 36, פס' 40 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "[...] נורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת. [...] חשיבותה של דרישת הכלליות ביחס לחוקי היסוד נעוצה באופיים כמשקפים קונצנזוס חברתי רחב בדבר ערכי היסוד ועקרונות השיטה הנהוגים בחברה הישראלית, ומשכך הם אינם צריכים לשקף את האינטרסים הפרטיקולריים המשתנים של רוב זה ואחר. [...] הסדר הנושא מאפיינים פרסונאליים חוטא לעקרון הכלליות ואינו עולה בקנה אחד עם [...] אופייה ומעמדה של נורמה חוקתית". ראו גם עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 21, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

<sup>62</sup> בג"ץ **הנבצרות**, לעיל ה"ש 2, פס' 43 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן. ראו גם שם, פס' 70: "כאשר מדובר בפגם מסוג תכלית פרסונלית, אין בתחולה העתידית על גורמים נוספים כדי לרפא את הפגיעה בשלטון החוק, נוכח הויתור בין ההסדר לבין המקרה הפרטני שעליו ביקש המחוקק להשפיע". ראו גם בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 192 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "[...] התיקון, החל בתחולה מיידית, [...] מיטיב באופן בלעדי עם הממשלה ושריה. הוא מעניק להם 'פטור' מפיקוח שיפוטי בנסיבות שבהן הוא חל, ומחזק באופן מיידי את כוחם השלטוני. מאפייניו הייחודיים של ההסדר [...] ותחולתו המיידית על הממשלה ה-37, שהיא 'הרוח החיה' מאחורי התיקון, אכן עשויים לעורר חשש כי הוא נועד לשרת אינטרסים צרים של רוב פוליטי מסוים, באופן שיאפשר לבצר את כוחו השלטוני".

<sup>63</sup> עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 36, פס' 41 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "השאלה שאותה נועד מבחן עזר זה לברר אינה אם התיקון או ההוראה ראויים מבחינת תוכנם. עניינו בשאלה מושגית-רעיונית והיא: האם מדובר בנורמה המתאימה מבחינת מאפייניה לעיגון חוקתי, המשתלבת ככזו במארג ההוראות הרלוונטיות המצויות באותה סביבה חוקתית?". בבג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, קבעה הנשיאה (בדימוס) חיות כי התיקון שנדון שם אינו מקיים דרישה זו: "יש קושי ליישב את התיקון – מבחינת אופיו ורמת ההפשטה שלו – עם חוק היסוד שאותו הוא מתקן. [...] סעיף 15(ד), שנוסף במסגרת התיקון, מעגן הסדר נקודתי בדבר ביטול עילת ביקורת שיפוטית ספציפית מתחום המשפט המינהלי. הסעיף אינו מתיישב עם ההיגיון הפנימי של ההסדר הכללי הקבוע בסעיף 15 לחוק היסוד" (שם, פס' 188).

כללי המשחק נועד לתכלית פסולה מופיע כאשר הוא "פולש" לתחומיה של רשות אחרת, בעיקר הרשות השופטת.<sup>64</sup>

מכלול הגורמים הללו נועד לסייע להעריך מהי התכלית העיקרית של תיקון כללי המשחק. בפרשת **שפיר** קבעה הנשיאה חיות כי הקביעה ששינוי מסוים של כללי המשחק הוא שימוש לרעה מחייבת להוסיף ולבחון, בשלב שני, במסגרת מה שכינתה "מבחן הצידוק", אם חרף המסקנה שתכליתו של השינוי היא הענקת פטור לממשלה מכלל משחק מסוים, יש להכיר בתוקפו. הבחינה הנדרשת היא אם קיימות נסיבות חריגות, שבגינן יש "טעם עקרוני אובייקטיבי" להצדקת ההסדר שנקבע; ובעיקר מהי מידת הפגיעה שגורם התיקון בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות.<sup>65</sup> ההיבט הראשון, בעניין קיומה של תכלית אובייקטיבית, שיכולה להצדיק את התיקון חרף כך שתכליתו העיקרית פסולה, שנוי במחלוקת בפסיקה. עדיפה בעינינו גישתה של השופטת ברק-ארז, שלפיה קיומה של "התפתחות דחופה או בלתי חזויה" אינה מצדיקה, כשהיא לעצמה, קביעת חריג "אד הוק" לכללים הרגילים: "פתרון למצבי חירום אמור להיעשות במתכונת של הסדר עקרוני המגדיר מנגנון קבע ייעודי לפיו יש לנהוג במצבים אלו [...] ולא כפתרון 'אד-הוק'. משמעות הדברים תהיה שהסדר זה יהיה הסדר כללי, ולא כזה המותאם בזמנו ובהיקפו לנסיבות הפוליטיות המשתנות".<sup>66</sup> העיקר בעינינו הוא ההיבט השני, שמבטא ריסון בהפעלת הביקורת השיפוטית. עניינו בכך שהפרה של המגבלה בדבר תכלית החקיקה, שהיא למרבה הצער עניין נפוץ למדי, אינה מספיקה בדרך כלל להכרזה על בטלות החקיקה. מלבד מקרים שבהם המדובר בהפרה חמורה במיוחד של המגבלה הנדונה, הכרזה כזו נעשית רק כאשר מתווספת לכך גם הפרה של המגבלה השלישית, העוסקת בתוכן ההסדר שנקבע. בלשונו של השופט ג'ובראן, "[ב]הפעלתה של דוקטרינת ה'שימוש לרעה', [...] יש לתת את הדעת, בין היתר [...] למידת פגיעתו בעקרונות משטריים

<sup>64</sup> עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 36, פס' 23 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: "הכנסת, בעת שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת, אינה מוסמכת להחליף את תפקידה של אף אחת משלוש רשויות השלטון האחרות – הרשות המבצעת, הרשות השופטת והרשות המחוקקת. על כן, שימוש לרעה בחוק יסוד מבחינה זו יהא, ככלל, מצב שבו נעשה ניסיון להכתיר בכותרת חוק יסוד הסדר המבקש 'לפלוש' באופן מובהק לתחומיה של אחת מרשויות אלה. חוק יסוד, מתוקף הגדרתו ככזה שנועד להוות פרק בחוקה, אינו יכול להחליף מתן החלטה של הרשות המבצעת (למשל, על דרך קביעת הוראה בחוק יסוד המורה על מינויו של אדם לתפקיד או המעניקה לגורם מסוים רישיון); חוק יסוד אינו יכול להחליף בית משפט במתן החלטה בהליך משפטי (למשל על דרך זיכוי או הרשעה); חוק יסוד אף אינו יכול לכלול הסדר אופרטיבי שנדרש לחקיקה רגילה (כדוגמת הקלה במס)".

<sup>65</sup> עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 36, פס' 41 ו-61–66 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>66</sup> עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 36, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. ראו גם בג"ץ **הנבצרות**, לעיל ה"ש 2, פס' 9 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) ברון: "לא את הרצון להבהיר את ההסדר שעמד בתוקף ערב התיקון נדרש 'להצדיק', כי אם את הדחיפות והבהילות לעשות כן תכף ומיד, מעכשיו לעכשיו". לגישה שונה ראו שם, פס' 16–17 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "המקרים בהם נמצא צידוק לחוק יסוד בעל תכונות חשודות, מתאפיינים [...] בקיום בעיה אקוטית-פרקטית במישור המעשי, אשר הפתרון המוצע לה עומד בניגוד לחוק יסוד קיים, ומצריך לפיכך את תיקונו [...]". הצידוק בו מדובר נדרש להיות 'צורך השעה' ברמה הלאומית. ניתן להקיש בעניין זה מן ההלכה שנקבעה לעניין גבולות כוחה של הממשלה לשנות את הדין בדרך של התקנת תקנות שעת חירום. נפסק כי לעניין זה אין די בכך שקיים צורך אובייקטיבי בשינוי הדין לאור נסיבות חירום, אלא נחוץ גם שיש מניעה לכנס את הכנסת לשם שינוי הדין. למשל, בג"ץ 2994/90 **פורו נ' ממשלת ישראל**, פ"ד (3) 317 (1991).

וזכויות יסוד אחרות".<sup>67</sup> כפי שנראה בתת-הפרק הבא, גם ההפך נכון במידה רבה: קביעה שיפוטית, שתוכנו של התיקון אינו עולה בקנה אחד עם הזהות החוקתית של המדינה ולכן הוא בטל, מושפעת מן ההערכה אם תכליתו של התיקון ראויה או פסולה, ובהקשר זה ניתן משקל ממשי להליך שבו נחקק התיקון.

## 5. מגבלה "טבועה" בדבר תוכן ההסדר: הדרישה שהתיקון יעלה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

המגבלה השלישית (שהיא המגבלה הטבועה השנייה) על סמכות הכנסת עוסקת בתוכנם של כללי המשחק. זוהי הגבלה שנובעת מן זהות החוקתית של מדינת ישראל. הבסיס לכך הוא הקביעה שמקור הסמכות של הכנסת לקבוע את כללי המשחק הוא ההכרה באופי הדמוקרטי של המדינה, שמכוחו ראוי להקנות סמכות זו לגוף נבחר. מקור סמכות זה הוא שקובע גם את המגבלות על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק. בלשונו של השופט הנדל בעניין **חסון**, "הפירוש המתאים (fit) ביותר של מכלול ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל מאז הקמתה הינו כי סמכותה של הכנסת לכונן חוקה לישראל כפופה לשמירה על גלעין זהותה היהודית-דמוקרטית. אמנם, אין בנמצא הוראה פורמלית בדבר 'נצחיותו' של גלעין זה, אך מכלול היצירה החוקתית והחוקתית במדינת ישראל [...] מעידים כי מדובר במרכיב אינהרנטי ובלתי נפרד של יישות מדינית זו. [...] הפה שהסמיך את הכנסת לפעול כרשות מכוננת, הוא גם הפה שהגביל את פעילותה בכובעה זה, והכפיף אותו לעובדת היסוד בדבר קיומה של מדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>68</sup> עמדה דומה בוטאה בשורה של פסקי דין.<sup>69</sup> תוכנן של המגבלות הנדונות נקבע על-פי הזהות החוקתית של מדינת ישראל, או מה שמכונה בפסיקה "הערכים המכוננים של האומה". ביטוי מפורט לכך ניתן על-ידי השופט אדמונד לוי בפרשת **גלאון**, בדברים שמסכמים במידה רבה את תפיסת היסוד של הפסיקה בישראל:<sup>70</sup>

הביקורת החוקתית תרה, מטבעה, אחר ערכי היסוד שעליהם מושתתת המסגרת המדינית והחברתית של ישראל [...]. ערכים מכוננים אלה מתגבשים לכלל תפישה רחבה, המשתיה בסיס משותף לבני האומה, חותרת לקוהרנטיות בהתוויית סיפור חייה ורושמת את קווי המיתאר לדמותה. [...] החיפוש אחר

<sup>67</sup> עניין **המרכוז האקדמי**, לעיל ה"ש 21, פס' 7 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (ההדגשה הוספה). ראו גם עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 21, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; ועניין **שפיר**, לעיל ה"ש 36, פס' 43 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>68</sup> עניין **חסון**, לעיל ה"ש 10, פס' 4.

<sup>69</sup> למשל, עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 717 (הנשיא ברק): "הגבלה זו על כוחו של המחוקק חלה במקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי. [...] יש מקום לתפישה כי חוק או חוק יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם". ראו גם עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 310–311 (הנשיאה ביניש): "קיימים עקרונות יסוד העומדים בבסיס קיומנו כחברה וכמדינה אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות, ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה [...] יידרש בית המשפט להכריע אם חרזה הכנסת מסמכותה המכוננת ופגיעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית".

<sup>70</sup> בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד (2) 1, פס' 9 ו-10 לפסק-הדין של השופט לוי (2012).

ערכיה המכוננים של אומה נעשה מתוך הידרשות לתפישות הבסיס של בני החברה שלה, לרעיונות הדומיננטיים והעל-זמניים שבה, לאירועיה המכוננים, למסמכים בעלי משקל מיוחד, לחוקיה היסודיים, למורשתה ההיסטורית ולתודעה המעצבת את דמותה. [...] הערכים המכוננים מבטאים קונצנזוס בין-דורי רחב. הם מתגלים מפעם לפעם בתרחישים שונים שמזמנים לה חייה של האומה. הם נכתבים ומעודכנים מעת לעת. כל אחת מרשויות השלטון שותפה, כפי חלקה ותפקידיה, לגילויים, כמו גם להשפעה על דמותם.

המקורות הפורמאליים קובעים שורה של הוראות שמבטאות את ה"ערכים המכוננים" של השיטה, שהם אלה שמגבילים את סמכותה המכוננת של הכנסת. אלה כוללות, בראש ובראשונה, את ההכרזה על הקמת המדינה, שקובעת קווים מנחים באשר למהותה של המדינה כיהודית ודמוקרטית, בהתבסס על המחויבות להוראות תכנית החלוקה, למגילת האו"ם, לכיבוד זכויות האדם ולשיתוף הציבור הערבי במוסדות השלטון. כאמור, ההכרזה אינה הנורמה הבסיסית והוראותיה אינן מגבילות לכן את כוחה של הכנסת כשהן לעצמן. אולם, הוראות ההכרזה הן מקור מרכזי לזיהוי ה"ערכים המכוננים" של השיטה, שהם אלה שמגבילים את כוחה של הכנסת. חקיקת הכנסת לאורך השנים משמשת אף היא מקור לכך. בסיס חשוב הוא הוראת סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת, שקובעת שרשימה ששוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית כלל אינה רשאית להתמודד בבחירות. הוראה זו מבוססת על התפיסה, שנקבעה בתצורה מסוימת לראשונה בפרשת ירדור, בשנת 1965, שלפיה הכנסת כלל אינה מוסמכת לדון בשלילת קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וזאת בהתבסס על מה שכינה שם הנשיא אגרנט, "הנתונים" הקונסטיטוציוניים השייכים לשאלה זו.<sup>71</sup> ביטוי נוסף לכך ניתן בסעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיו "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". לכך נוספת הקביעה בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, שמבטאת את העקרון שלפיו היקף הביקורת השיפוטית הוא עניין שמסור לשיקול דעתו של בית המשפט.<sup>72</sup>

ההכרה בקיומן של "עובדות יסוד קונסטיטוציוניות, אשר חלילה לה [לכנסת] להתכחש אליהן בבואה להפעיל סמכות מסמכיותה"<sup>73</sup>, מבוססת גם על שיקולי מדיניות. כאמור, שיקולים אלה הם אחד משלושת המקורות המנותחים בחיבור שמבססים את קיומה של סמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם, והם גם שמציבים מגבלות על סמכות זו. סמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק מבוססת על ההכרה שכך מתחייב מעקרונות יסוד של דמוקרטיה. לכנסת הסמכות לקבוע את כללי המשחק רק אם הכנסת עצמה נבחרת בבחירות חופשיות והוגנות, ואם שיטת המשטר מבטיחה פיקוח על הממשלה מצד הציבור, באמצעות

<sup>71</sup> עניין ירדור, לעיל ה"ש 15, בעמ' 385. ראו ברוח זו גם ע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, פס' 10 לפסק דינו של השופט ברק (1984): "כשם שקיומה של המדינה הוא עקרון יסודי בשיטתנו המשפטית, כך גם קיומה כמדינה דמוקרטית הוא עקרון יסודי בשיטתנו המשפטית. [...] אין כל אפשרות להבטיח שוויון וחירות וצדק בלא להבטיח משטר דמוקרטי, שבו יוגשמו עקרונות אלה". עוד ראו בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 11–12 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ; פס' 7 לפסק דינו של השופט כשר; ופס' 40 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

<sup>72</sup> ראו בהקשר זה גישתה של השופטת וילנר בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 2–6. ראו פרק ב.3 להלן.

<sup>73</sup> עניין ירדור, לעיל ה"ש 15, בעמ' 386.

נציגיו. לכנסת הסמכות לקבוע את כללי המשחק רק אם מכירים בזכות לשוויון, לחופש ביטוי ובשאר זכויות האדם. עקרונות היסוד של הדמוקרטיה שעליהם מושתתת הכרה בסמכות הכנסת כוללים גם את עקרון שלטון החוק ואת עקרון הפרדת הרשויות, שלשם קיומם נדרשת ביקורת שיפוטית. מכלול העקרונות הללו הם אקסיומטיים, כלומר הם אינם תלויים בהסכמת הרוב להם. בדומה למגבלה בדבר תכלית התיקון של כללי המשחק ("שימוש לרעה בסמכות המכוננת"), שנאכפת בהתחשב במידת ההפרה של המגבלה הנדונה כאן, גם תחולתה של המגבלה הנדונה כאן מושפעת מתכליתו של התיקון. במישור העקרוני, בית המשפט ציין לא אחת כי אם ייקבעו מגבלות על הליך החקיקה של תיקונים לחוקי יסוד, למשל במסגרת חוק-יסוד: החקיקה, הדבר יצדיק צמצום היקף הביקורת השיפוטית לאכיפת המגבלות על הפעלת הסמכות המכוננת.<sup>74</sup> לעומת זאת, כפי שציין השופט עמית, המצב הקיים, שבו "ניתן [לחוקק] תיקון חוקתי ברוב רגיל ובהליכי חקיקה רגילים, [...] מחייב כי גם חוקי היסוד יהיו נתונים לביקורת שיפוטית".<sup>75</sup> במישור הקונקרטי, בית המשפט מייחס משקל ממשי לאופיו של ההליך שבו נחקק התיקון שתוכנו סותר עקרונות יסוד של השיטה. כפי שציינה השופטת ברון, "הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית קשורה, לפחות בחלקה, בתהליך שהוביל לתיקון החוקתי. כלומר, ככל שמלאכת הרשות המכוננת מורכבת, כוללנית ומקיפה, תוצריה ייהנו מלגיטימציה דמוקרטית רבה יותר ומנגד הנכונות לביקורת שיפוטית תפחת".<sup>76</sup> מכאן גם הדרישה שתנאי לחקיקת תיקון שיש בו משום "סטייה ניכרת" מן ההסדרים הקיימים הוא קיומה של "הסכמה רחבה" לתיקון.<sup>77</sup>

סוגיה מורכבת היא באיזו מידה מוטלות מגבלות על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק מכוח מאפיינים של מדינת ישראל כמדינה יהודית. ארבעה מן השופטים שפסקו בבג"ץ הסבירות קבעו, באמרת אגב, כי יש מקום להכיר גם במגבלות מסוג זה. חלקם התמקדו במישור ההצהרתי: "[במקרה של החלטה של הכנסת להכריז על] התנתקות הצהרתית מאופייה של המדינה, [...] למשל, שלילת הגדרתה של ישראל כמדינה יהודית [...], [ברור] אף מבלי לבחון את השפעת השינוי החוקתי בפועל, [...] כי מדובר בשינוי שסותר באופן חזיתי את הנראטיב

<sup>74</sup> ראו בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 125 לפסק דינו של השופט עמית: "הוספתם של איזונים ובלמים שחסרים כיום בשיטתנו, כגון באמצעות חקיקת חוק-יסוד: החקיקה או בדרכים אחרות, יכולה להביא עמה שקילה מחדש של היקף סמכותו של בית המשפט העליון להתערב בחוקי יסוד". ראו גם שם, פס' 95 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות.

<sup>75</sup> בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 30 לפסק דינו של השופט עמית. ראו ברוח דומה שם, פס' 13 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ; פס' 7 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן; ופס' 5 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) ברון. ראו גם עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 21, פס' 1' לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין: "הפתרון הראוי הוא אם כן בכינון חוק יסוד: החקיקה, אולם עד שזה יזכה להגיע לאוויר העולם, אין מנוס מקביעת כללים מנחים לשם שמירה על עקרונותיו הבסיסיים של המשטר הפרלמנטרי הישראלי".

<sup>76</sup> עניין **חסון**, לעיל ה"ש 10, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברון.

<sup>77</sup> בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 43 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "שינויים ב'נתונים החוקתיים', אשר אינם כה קיצוניים, עד כדי החרבת המבנה, ואולם הם מהווים סטייה ניכרת מ'החוקה בהתהוות' כפי שהתגבשה עד כה, [...] חורגים מסמכותו של הרוב המזדמן בכנסת הנוכחית, אשר תכליתה של החוקה הייתה לתחום אותו לתבנית המבנה הקיים [...]. יחד עם זאת, אינני סבור שהם חורגים מסמכותה של הכנסת בכובעה המכונן, ובלבד שפעולתה משקפת הסכמה רחבה, העולה על גדרו של הרוב הקואליציוני הנוכחי. במילים אחרות, כאשר הכנסת מבקשת לשנות באופן מהותי חלק קיים שהוגדר על ידי קודמותיה, אין היא רשאית לעשות כן בכוחו של רוב מזדמן השולט בה, אלא עליה לגבש לשם כך הסכמה רחבה (גם אם לא הסכמה כללית)".

המכונן של החוקה 'נוסח ישראל', ולא ניתן להותירו על כנו מבלי שהדבר יוביל לשינוי המפעל החוקתי מן היסוד.<sup>78</sup> בנוסף לכך, כמה מן השופטים ציינו כי יש "מאפיינים גרעיניים" של מדינת ישראל כמדינה יהודית, שהכנסת אינה רשאית לפגוע בהם באופן חמור, ובהם "זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהוו בה רוב; היותה של העברית שפתה המרכזית של המדינה; והיותם של החגים, הסמלים והמורשת של העם היהודי חלק מזהותה של המדינה".<sup>79</sup> ספק בעינינו אם יש מקום לגישה מרחיבה שכזו.

הקושי בעמדה שלפיה אין בכוחה של הכנסת לשנות את היבטי היסוד של אופייה של ישראל כמדינה יהודית הוא כפול. היבט אחד הוא ההבדל העקרוני בין אופייה הדמוקרטי של המדינה לבין אופייה הלאומי. ההיבטים שבהם מוגבלת סמכותה של הכנסת מכוח אופייה הדמוקרטי של המדינה נובעים באופן הכרחי מאופייה זה. לעומת זאת, הביטויים לאופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עשויים להשתרע על פני מנעד רחב. אין נובעת מהגדרתה של ישראל כמדינה יהודית החובה לדבוק בהסדרי הסטטוס קוו בענייני דת ומדינה, במדיניות ההגירה הקיימת או אף בתפיסה שבמדינה ממומשת בלעדית זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי. אם רוב גדול בציבור, ובעקבותיו גם בכנסת, יסבור שראוי לשנות מאפייני יסוד שנוהגים כיום של ישראל כמדינה יהודית, קשה למצוא הצדקה למנוע ממנו לממש את רצונו זה.<sup>80</sup>

היבט שני עוסק בתוכנם של ההסדרים הקונקרטיים הנוהגים בעניין זה. רבים מבין ההסדרים הנוהגים סותרים מושכלות יסוד של דמוקרטיה ליברלית, בעיקר בכל הקשור לכיבוד זכויות

<sup>78</sup> בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 108 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות. ראו גם שם, פס' 53 לפסק דינו של השופט שטיין: "הפעלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים ולכונן חוקה לעולם כפופה לחובתה של הכנסת [...] לקיים בית לאומי-יהודי במדינת ישראל ('מדינה יהודית') בהתאם למסורת הדתית-לאומית הטבועה בנו ('חזונו של נביאי ישראל')"; פס' 7 לפסק דינו של השופט כשר: "המבקש לחוקק נורמה השוללת ממדינת ישראל את היותה מדינה יהודית [...] אינו משנה את חוקיה של המדינה אלא מבקש לשלול את עצם הגדרת קיומה".

<sup>79</sup> בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 103 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות. ראו גם שם, פס' 54 לפסק דינו של השופט שטיין: "לנוכח המגבלות שנקבעו לכנסת בהכרזת העצמאות, בקלות נגיע למסקנה כי שום כנסת אינה מוסמכת לחוקק חוקים כדלקמן, בין בלבוש של חוק רגיל, ובין בלבוש של חוק יסוד: [...] חוק שמבטל את זכותם של יהודים לעלות לישראל. חוק זה פוגע בזכותם של בני העם היהודי לעליה ולקיובו גלויות; חוק שמבטל שבתות, חגים ומועדי ישראל כימי פגרה ומנוחה. חוק זה מבטל את הבית הלאומי-יהודי במדינת ישראל [...], אשר אמור להיבנות בהתאם למסורת הדתית-לאומית [...] אפנה בהקשר זה לאמור במכתב הסטטוס-קוו [...] שבעזרתו נכון יהיה לפרש את התיבות 'מדינה יהודית' ו'חזונו של נביאי ישראל', שבהכרזת העצמאות, מבהיר כי מדינת ישראל, לכשתיוסד, לא תהא תאוקרטית, אולם היא תכבד את ערכי היהדות ותשריין את קדושת השבת כיום מנוחה רשמי שלה [...]"; וכן פס' 36 לפסק דינו של השופט עמית: "[...] נניח שהכנסת תחוקק את חוקי היסוד הבאים]: חוק יסוד: איסור שחיטה כשרה; חוק יסוד: ביטול חובת כשרות בצה"ל; חוק יסוד: ביטול יום השבת כיום המנוחה השבועי; חוק יסוד: ביטול השפה העברית כשפה הרשמית; חוק יסוד: ביטול חוק השבות; תיקון לחוק יסוד: חופש העיסוק; על אף האמור בחוק ההסמכה, רשות מקומית אינה יכולה לאסור פתיחת בתי עסק בשבת בכל מקום שהוא. המשותף לכל 'חוקי היסוד' דלעיל, שהם פוגעים בעמוד היהודי של 'היהדות ודמוקרטיה'. האם היינו נכונים לקבל חוקי יסוד המקעקעים את היסוד היהודי של המדינה, אך ורק מאחר שנמצא בכנסת רוב מזדמן לכך?". לתיאור המאפיינים הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ראו גם א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1, 22 (2003).

<sup>80</sup> ראו, למשל, אילן סבן "הפיתוי הקודר של האופציה הדו-לאומית" **רב-תרבותיות ואתגרי האזרחות הדיפרנציאלית בישראל** 42 (אמל ג'מאל עורך, 2007).

קיבוציות של המיעוט הערבי, הגנה על הזכות לשוויון, בהיבטים הלאומי והמגדרי, וחופש הדת והחופש מדת. אופים הלא-דמוקרטי של הסדרים אלה הוא הסיבה העיקרית שבגינה נקבעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו פסקת "שימור הדינים". הסברה שזהו מצב דברים שאין לחתור לשינויו – במישור ההצהרתי או בשינוי הסדרים קונקרטיים – רחוקה מלהיות מובנת מאליה. ניתן להעריך, בהתבסס גם על הדוגמאות שנמנו בפסיקה שהוזכרה, כי המגבלה על כוחה של הכנסת בהקשר זה היא מצומצמת מאד. עם זאת, דיון מפורט בסוגיה זו, בדבר ביטול הסדרים שכבר נתקבלו והם הסותרים את הדמוקרטיה הליברלית, שבמצב הפוליטי הנוכחי ההכרעה העקרונית בה אינה צפויה להיות בעלת השלכה מעשית, חורג ממסגרת חיבור זה.<sup>81</sup>

## 6. הערכה ביקורתית: למי מסורה סמכות "המילה האחרונה"?

הגישה שאומצה בפסיקה היא לפיכך שסמכותה של הכנסת בקביעת כללי המשחק ובשינויים מוגבלת. הביקורת בעניין זה מופנית כלפי ההסתמכות על מגבלות "טבועות", כלומר אלו שאינן מעוגנות בנורמה שקבעה הכנסת עצמה. הסוגיה שבה יש לדון היא זו שכינה השופט סולברג "השאלה האמיתית שעל הפרק", שעניינה, בלשונו, "שאלת 'המילה האחרונה': האם זו נתונה לעם, באמצעות נציגיו הנבחרים, או שמא היא מצויה בידי שופטי בית המשפט העליון?"<sup>82</sup>

יש להבחין בין שני מישורי ביקורת. מישור אחד הוא זה האנליטי, ועניינו השאלה מהו הפירוש הנכון של הדין באשר להיקף סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק. בפרט, הדיון הוא בשאלה מהי המסקנה המתחייבת מכך שאין בנמצא נורמה חוקתית מפורשת, כלומר כלל שקבעה הכנסת עצמה, שמגביל את כוחה שלה לשנות את כללי המשחק, בהתאם לשתי המגבלות ה"טבועות" שתוארו לעיל, בדבר תכלית התיקון ותוכנו. מישור שני, שמבוסס על ההנחה שהדין הוא שיש אכן מגבלות על סמכותה זו של הכנסת, עוסק בהכשר הדמוקרטי לאכיפת המגבלות הללו בדרך של ביקורת שיפוטית, בהינתן שאין להן עיגון מפורש בחקיקת הכנסת. עניינו של מישור זה בהתאמה שבין ההלכות הנדונות כאן לבין ההלכה שנקבעה בפרשת **בנק המזרחי**. נדון בשתי הטענות כסדרן, ונוסיף לכך גם דיון קצר באפשרות של הטלת מגבלות דיוניות ולא מהותיות על סמכות הכנסת.

### (א) הכשר נורמטיבי להכרה במגבלות טבועות על הסמכות המכוננת

טענת ביקורת אחת היא שקיימות מגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת רק ככל שהן נקבעו בנורמה חוקתית "כתובה", כלומר נורמה שחוקקה הכנסת. הטענה היא לפיכך שבהיעדר עיגון פורמאלי שכזה, אין מגבלות על כוחה זה של הכנסת.<sup>83</sup> יש הסבורים שהמענה

<sup>81</sup> לדיון בהקשר קרוב ראו, למשל, אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241 (2002); ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327 (2006); אילן סבן "אזרחות ומהלכים לשחיקתה: משפט, מוסר ותחשיבי תועלת בנוגע להצעות 'ישראל ביתנו' לחילופי שטחים מאוכלסים ולהתניית הזכות לבחור בשבועת אמונים" הפרקליט נא 105 (2011).

<sup>82</sup> בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 71 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>83</sup> לעמדה ברוח זו ראו עמדות המיעוט בעניין שפיר, לעיל ה"ש 36, גישתם של השופטים סולברג (פס' 28), ארון ומינץ; ובבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פסקי הדין של השופט סולברג (פס' 72) ושל השופט מינץ (פס' 26–36).

לכך הוא שיש עיגון פורמאלי שכזה – הכרזת העצמאות או הוראות מסוימות בחוקי היסוד (למשל, סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה).<sup>84</sup> אך המענה המלא לטענה זו הוא שונה. כפי שראינו בפרק א.1 לעיל, אין עיגון פורמאלי כתוב לסמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק. ממילא אין בנמצא גם נורמה כתובה שמעניקה לה סמכות לעשות כן ללא כל הגבלה. לפיכך, אם הכרה במגבלות על סמכות הכנסת מחייבת עיגון בנורמה חקוקה, בהכרח גם הכרה בסמכות עצמה, ולא רק בגבולותיה, טעונה עיגון כזה, שאינו בנמצא; ואם הטענה היתה נכונה, משמעות הדבר היתה שלכנסת כלל אין סמכות לקבוע את כללי המשחק. זוהי כמובן מסקנה שגויה – לכנסת יש סמכות כזו; והמקור להכרה בסמכות הזו, שאינו מקור "כתוב", הוא עצמו גם המקור לקביעה שזוהי סמכות מוגבלת.

הבחינה הנחוצה היא לפיכך מה תוכנה של הסמכות שמוקנית לכנסת לקבוע את כללי המשחק, בהתאם למכלול המקורות שהוזכרו. להלן בחלק השני של החיבור נדון בפירוט בתקדימים שנקבעו בהקשר זה בפסיקה, ואשר עיצבו, יחד עם חקיקת הכנסת, את ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל, שממנה נובע, כך נבקש להראות, כי התפיסה הנוהגת היא שמוטלות מגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת. לבחינה האמפירית הזו נוספת, כאמור, גם בחינה נורמטיבית, שעניינה השאלה אם דצוי שתוכר סמכות בלתי-מוגבלת לכנסת לשנות את כללי המשחק. גם המענה לשאלה זו הוא בשלילה. בטרם נפנה לכך חשוב להדגיש כי ההתחשבות בשיקולי מדיניות – האם רצוי להכיר במגבלות טבועות כאמור – היא בלתי נמנעת. הראיה לכך היא העובדה שגם התומכים בעמדה שאין להכיר במגבלות "בלתי כתובות" על סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק עושים זאת אך ורק על יסוד שיקולי מדיניות. בלתי נמנעת הכרעה אם מוטב שהקביעה מהם כללי המשחק שיוחלו תיעשה בלעדית על-ידי נציגיו הנבחרים של העם, כלומר על-ידי הכנסת בהכרעת רוב, או שיוכרו גם מגבלות נוספות, שיאכפו בדרך של ביקורת שיפוטית, אף שהכנסת בחרה שלא לקבוע אותן. בהיעדר עיגון משפטי-פורמאלי לטענה שאין להכיר במגבלות "בלתי כתובות", זו טענה שמבוססת על שיקולי מדיניות, שתוקפם טעון בירור, שאליו נפנה כעת.

המענה לטיעון, שמכוח עקרון ריבונות העם מוטב שסמכות הכנסת תהיה מוגבלת רק מכוח מגבלות שקבעה מפורשות, הוא כפול, הן מצד הסכנה שנובעת מהחלת פרשנות שכזו והן מצד הערכת עוצמת הפגיעה בעצמאות הכנסת לקבוע את כללי המשחק. בהיבט הראשון, היעדר בשיטתנו של בלמים ואיזונים חלופיים והעובדה שהכנסת מצויה בניגוד עניינים מוסדי ממשי גורמים לכך שהכרה בסמכות בלתי מוגבלת של הכנסת לשנות את כללי המשחק כרוכה בסכנה ממשית לכך שייקבעו הסדרים שסותרים חזיתית עקרונות יסוד דמוקרטיים. אין המדובר בהפרה מתוחמת של כלל משחק זה או אחר, כמו חקיקה של הסדר שפוגע בזכות אדם כלשהי. המדובר בסמכות לשינוי הכללים שעניינם הבחירות לכנסת ושיטת המשטר, בשינוי עצם קיומה של חובה לכבד את זכויות האדם, את שלטון החוק ובקיומן של ביקורת שיפוטית ומערכת משפט עצמאית. בלשונה של הנשיאה (בדימוס) חיות, "בהתחשב בעקרונות הליבה אשר מונחים על הכף [...] [לא] ניתן להסתפק בהמתנה ליום הבחור' [...], כמענה למצב שבו רוב פוליטי מחליט לנצל את ההזדמנות (הקלה לניצול) על מנת לשנות מן היסוד את הסדר החוקתי הקיים. הדבר נכון בפרט משום שהכללים הנוגעים להתנהלות

<sup>84</sup> ראו לעיל ה"ש 10 והטקסט שאליו היא נלווית.

הבחירות עצמן ניתנים אף הם לשינוי בקלות<sup>85</sup>. הניסיון מלמד, מציאות חיינו מלמדת, כי הסכנה הזו, מפני שימוש לרעה בסמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק, אינה עניין תיאורטי בלבד. היא התממשה לא אחת, כפי שנראה בפירוט בפרק ב.1 להלן, באופן שהצדיק וממשיך להצדיק הכרה במגבלות על סמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם, ובאכיפתן בדרך של ביקורת שיפוטית. עוצמת הסכנה – שהתבטאה בדברים הקשים של השופטת ברון שצוטטו בפתח החיבור – מחייבת לפרש את סמכותה כך שהיא כוללת את המגבלות הטבועות שתוארו. במקרים שבהם הכנסת מחוקקת שינוי יסודי בכללי המשחק בתמיכת הרוב הקואליציוני הרגיל, תוך הימצאות בניגוד עניינים מוסדי (ולעיתים גם אישי) מובהק, הרי החוסר בהכשר ציבורי (או "גירעון דמוקרטי") הוא ביחס לכנסת, לא ביחס לביקורת השיפוטית.

מכאן גם המענה לטענה כי לא רק הכנסת אלא גם בית המשפט נמצא בניגוד עניינים ככל שמדובר בחקיקה שתכליתה צמצום של היקף הביקורת השיפוטית. ההערכה הנדרשת היא איזו סכנה גדולה יותר: הסיכון לחריגה מסמכות הכנסת, בנסיבות שבהן אין מוכרת סמכותו של בית המשפט לאכוף את המגבלות; או הסיכון לשימוש לרעה בסמכותו של בית המשפט, בדרך של הכרזה על בטלות תיקון לחוק יסוד, בנסיבות שבהן אין המדובר בחריגה מסמכות הכנסת. כללית, ההערכה המקובלת היא שהסכנה שנשקפת מן המוסדות הפוליטיים רבה לאין שיעור מזו שנשקפת מבית המשפט, לאור אופיים השונה של המוסדות ומערך התמריצים שלפיו הם פועלים. בעניין זה יש להתחשב גם בנסיבות המיוחדות שבהן מופעלת הסמכות המכוננת, ואשר נדונו לעיל: העובדה שהכנסת קובעת את כללי המשחק ומשנה אותם ברוב רגיל, תוך אפשרות להחלה מיידית שלהם, ללא כל סייגים מפורשים בחקיקה, יוצרת סכנה רבה במיוחד כי הימנעות מביקורת שיפוטית על חוקי יסוד תאפשר פגיעה קשה בשלטון החוק, בהפרדת הרשויות ובהגנה על זכויות האדם בישראל.

ההכרעה בעניין זה אינה יכולה להיעשות במנותק מבחינה של האופן שבו הכנסת מפעילה בפועל את סמכותה המכוננת. אופן הפעולה של הכנסת בשנים האחרונות מתבטא בתיקונים תכופים של חוקי היסוד, לא אחת לשם קידום אינטרסים צרים. יש להתחשב גם ביוזמות החקיקה של הממשלה ושל הכנסת המכהנות בעת ההכרעה בעניין. לכן מכוונים דבריה החריפים של השופט ברון, שצוטטו בפתח החיבור, בדבר הסכנה הקיומית שנשקפת למדינת ישראל בשל אופן הפעלת סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק.

ההיבט השני הוא באשר להיקפן ולהשפעתן של המגבלות הנדונות על כוחה של הכנסת. הסברה שמכוח ההכרה במגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת, סמכות "המילה האחרונה" מסורה לבית המשפט, אינה מדויקת. ראשית, כאמור לעיל, המגבלות על כוחה של הכנסת אינן נובעות בלעדית מנורמות אוניברסליות כלליות, אלא נלמדות מתוך הזהות החוקתית של המדינה, שתוכנה מעוצב, במידה רבה, על-ידי הכנסת עצמה. אלה מגבלות

<sup>85</sup> בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 84 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות. ראו גם שם, פס' 35 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "אם הכנסת הנוכחית, בכובעה המכונן, חופשית לשחרר את עצמה מכל המגבלות החוקתיות שיצרו קודמותיה, הרי ש'החוקה בהתהוות' חסרה את עיקר תכליתה. מה תועלת לנו בכבילת ידיה של הכנסת כרשות המחוקקת, אם אותה כנסת רשאית להסיר מעצמה כל כבילה, בכובעה כרשות מכוננת?". ראו גם מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 604: "התרבות הפוליטית לוקה לעיתים בהעדר ממלכתיות, ואינה מאופיינת לרוב בהכרעה מאחורי 'מסך בערות'. תחת זאת ניכרת העדרה של אינטרסים צרים, וזאת על יסוד טעמים קואליציוניים".

שאינן קבועות בזמן ואינן חיצוניות לשיטה המשפטית. המגבלות נובעות מן הזהות החוקתית של המדינה, שהיא נורמה אנדוגנית ודינאמית, כך שתוכנה מעוצב באופן רצוף על-ידי גורמי השלטון עצמם. שנית, החלת המגבלות מותירה מתחם רחב של שיקול דעת בידי הכנסת בכל הקשור לקביעת כללי המשחק ושינויים. כאמור לעיל, אם שינוי של כלל משחק נועד לתכלית ראויה, תוכר לרוב סמכותה של הכנסת לפעול כך. כאמור לעיל, ככל שהליך החקיקה מקיים דרישות של הליך ראוי, שיש בהן כדי להחליש במידה ניכרת את החשש שהכנסת פועלת תוך ניגוד עניינים, למשל כאשר היא מחוקקת תוך היעזרות במומחים, ברוב שחורג מקולות הקואליציה בלבד ובמידת הצורך בתחולה נדחית לכנסת הבאה, סמכות הכנסת לשנות את כללי המשחק היא רחבה מאד.<sup>86</sup> הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד מוגבלת למקרים קיצוניים, שמאופיינים כ"מצבי קצה שבהם חוק יסוד הוביל לפגיעה שעוצמתה יוצאת דופן בסימני ההיכר היהודיים או הדמוקרטיים של המדינה".<sup>87</sup> בית המשפט נוקט זהירות מופלגת בהחלת הביקורת השיפוטית לאכיפת המגבלות על סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק. שינוי כללי המשחק מוכרוז בטל רק אם מדובר בניסיון להביא לביטול כללים שנובעים, כעניין הכרחי, מהעקרונות המכוננים של המדינה, ורק אם נלווית לכך הקביעה שמדובר ב"שימוש לרעה" בסמכותה של הכנסת, כלומר אם אופן החקיקה של השינוי ותכלית החקיקה הם פסולים. משום כך, בפועל מסור לכנסת שיקול דעת רחב בקביעת כללי המשחק, אם הכנסת פועלת בהסכמה רחבה, חוצת שסעים מפלגתיים ולאומיים.

אין המדובר לכן בהכרעה דיכוטומית, שלפיה הסמכות לשנות את כללי המשחק מסורה בלעדית לכנסת או לבית-המשפט. תוכנן של המגבלות ואכיפת הציות להן נעשה במשותף על-ידי שתי הרשויות. בעיקר, לפי הגישה הנוהגת בפסיקה, לכנסת מסורה סמכות כמעט בלתי מוגבלת לשנות את כללי המשחק, אם היא פועלת בתנאים שבהם אינה מצויה בניגוד עניינים מוסדי. נראה דוגמאות לא מעטות להכרה שיפוטית בסמכות נרחבת זו של הכנסת בהמשך, בחלק השני של החיבור.

<sup>86</sup> למשל, עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 36, פס' 31 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: "קביעה [שיפוטית] כי תיקון לחוק יסוד עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת אינה מצמצמת את חופש הפעולה של הכנסת לחזור ולחוקק אותו הסדר עצמו [...] בהתאם לסוג הפגם. [...] הסמכות לחוקק חוקי יסוד [...] הועברה כפיקדון מכנסת אחת לרעותה, מדור לדור, וניתן לעשות שימוש בפיקדון יקר זה אך לתכלית שלשמה היא נועדה – קידום הפרויקט החוקתי"; בג"ץ **הנבצרות**, לעיל ה"ש 2, פס' 78 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן: "ברי כי בידי הכנסת לערוך תיקונים בתחולה נדחית, תחולה שכלל מנתקת את הקשר בין הכנסת המכוננת לכנסת הנהנית מההסדר"; וכן שם, פס' 28 לפסק דינו של השופט עמית: "ככל שההליך נעשה שלא מאחורי מסך הבערות, אלא אד-הוק כדי לפתור בעיה נקודתית או פרסונלית – כך הנטייה להתערבות שיפוטית תהא גדולה יותר". ראו גם עניין **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 50 לפסק דינה של השופטת רונן.

<sup>87</sup> בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 105 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות. בה בעת, המבחן אינו "האם חוק היסוד הופך את מדינת ישראל למדינה שהיא לא דמוקרטית, כלומר דיקטטורה" [...]. השאלה שיש לשאול היא האם חוק היסוד או התיקון לחוק היסוד פוגעים פגיעה כה קשה במאפיינים גרעיניים של המדינה, עד כדי זעזוע אבני הבניין של חוקתנו המתגבשת. ככל שזה המצב המסקנה היא כי עניין לנו בחוק יסוד החורג מגדרי סמכותה המכוננת של הכנסת" (שם, פס' 106).

**(ב) הכשר ציבורי לאכיפה שיפוטית של מגבלות טבועות על הסמכות המכוננת והתאמה להלכת בנק המזרחי**

מישור שני של הביקורת על ההלכות הנדונות עוסק בסוגיית האכיפה של המגבלות בדרך של ביקורת שיפוטית. לפי טענת הביקורת שבה נדון כעת, גם אם יש הכשר נורמטיבי לביקורת השיפוטית על מגבלות הכוח המכונן של הכנסת, משום שיש טעמים טובים להכיר במגבלות אלו ובהכרח לאכוף את הציות להן, הרי שבהיעדר עיגון מפורש שלהן בחקיקה של הכנסת עצמה, אין לבית המשפט מידה מספקת של הכשר ציבורי לאכיפת המגבלות הללו. במהותה, זו למעשה טענה שאכיפת המגבלות הנדונות על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק אינה עולה בקנה אחד עם הלכת בנק המזרחי.<sup>88</sup> כפרשה זו נקבע שההכשר הציבורי להחלת ביקורת שיפוטית על הרשות המחוקקת נובע מכך שהמגבלות על סמכותה זו של הכנסת עוגנו מפורשות בנורמה בעלת מעמד חוקתי, כלומר בחוקי היסוד. ההכרה במגבלות הנדונות כאן מעוררת לפיכך ספקות משני סוגים: ראשית, לעניין הביקורת השיפוטית על הסמכות המחוקקת, אם כוחה של הכנסת כרשות מכוננת מוגבל, האמנם ניתן להצדיק את הקביעה בפרשת בנק המזרחי שחוקי היסוד הם בעלי מעמד חוקתי, ולפיכך להחיל ביקורת שיפוטית מכוחם? שנית, אם לא נמצא הכשר ציבורי להחיל ביקורת שיפוטית על הרשות המחוקקת בלא עיגון לכך בחוקי-יסוד, כיצד ניתן להצדיק זאת לעניין ביקורת שיפוטית על הפעלת הסמכות המכוננת?<sup>89</sup>

בהיבט הראשון, לפי הלכת בנק המזרחי, לכנסת סמכות מכוננת, במובן זה שבכוחה לקבוע נורמות שמגבילות את כוחה שלה כרשות מחוקקת. מקביעה זו לא נובעת המסקנה שסמכותה זו של הכנסת בלתי מוגבלת. הלכת בנק המזרחי עוסקת במצב דברים שבו הכנסת עיגנה בחוק יסוד כללי משחק שכבר מוכרים כנובעים מן הזהות החוקתית של המדינה.<sup>90</sup> עיגון זה לא יצר את חובתה של הכנסת ושל הממשלה לכבד את כללי המשחק. הוא היה נחוץ רק לשם יצירת מידה מספקת של הכשר ציבורי לאכיפת חובתה של הכנסת לעשות כן בפעולותיה כרשות מחוקקת.<sup>91</sup> בטרם נקבע עיגון כזה, בית המשפט קבע שמוטב להימנע מהכרזה שיפוטית על בטלותה של חקיקה שמפרה את הכללים. ביטוי לכך ניתן בדבריו הידועים של השופט ברק בפרשת תנועת לאו"ר, בשנת 1990.<sup>92</sup> חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

<sup>88</sup> עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 12.

<sup>89</sup> לביקורת המבוססת על הטענה לסתירה בין הכרה בהגבלות על כוחה של הכנסת כרשות מכוננת לבין הלכת בנק המזרחי ראו, למשל, בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 26–36 לפסק דינו של השופט מינץ.

<sup>90</sup> ראו ברוח עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 12, פס' 47 לפסק דינו של הנשיא ברק: "דמוקרטיה 'אמיתית' מכירה בכוחה של חוקה – פרי הסמכות המכוננת – לשריין את ערכי היסוד של השיטה ואת זכויות האדם הבסיסיות, בפני כוחו של הרוב. [...] ביקשנו לתת לעצמנו חוקה, אשר תגביל את כוח הרוב כדי לקיים ערכי יסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בחירה זו לא נעשתה על-ידי השופטים. היא נעשתה על-ידי העם."

<sup>91</sup> ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" עיוני משפט מד 5, 35–41 (2021).

<sup>92</sup> בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר, לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, פס' 30 לפסק דינו של השופט ברק (1990): "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 מועגנים בחוקה נוקשה. [אולם] על-פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו, [משום ש]אם נעשה כן, ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית.

סיפקה את ההכשר הציבורי הנחוץ לאכיפת חובתה של הכנסת לכבד את זכויות האדם. עמדה זו מסבירה את הוראת סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". הסיפה מלמד כי החובה לכבד את זכויות האדם אין מקורה בחוק היסוד; מקורה ב"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", ומטרתו של חוק היסוד היא רק לעגן חובה זו בחוק-יסוד. את הרישה אפשר להבין, וכך פרש זאת בית המשפט בפרשת **בנק המזרחי**, כקביעה שהעיון בחוק-יסוד של החובה לכבד זכויות אדם נועד לאפשר לאכוף חובה זו בדרך של ביקורת שיפוטית, ובכך לחזק את ההגנה על זכויות האדם. הדברים נכונים גם בכיוון ההפוך: מה שהפך את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבעל מעמד חוקתי, כלומר לזה שמגביל את כוחה של הכנסת, הוא העובדה שתוכנו עולה בקנה אחד עם כללי המשחק הקיימים, שזוכים ממילא לתמיכה ציבורית ועולים בקנה אחד עם הזהות החוקתית של המדינה.<sup>93</sup> מטעם זה, די היה בכך שהעמדה שלכנסת יש סמכות מכוונת היא אפשרות מסתברת, אף אם לא חד-משמעית, בכדי שלא תהא הכרחית הכרעה בשאלה אם חוקי היסוד הם חוקה או רק "חקיקה חוקתית",<sup>94</sup> ולא ניתן משקל ממשי לעובדה שחוקי היסוד אינם נחקקים בהליך המקובל לכינון חוקה. השופט בכ עמד על כך מפורשות:<sup>95</sup>

"[תיתכן עמדה שלשם חקיקת נורמה בעלת מעמד חוקתי] דרושה פרוצדורה מיוחדת [...]. [הכרעה בעניין עשויה להידרש] אם באחד הימים יתקבל בכנסת חוק-יסוד [...] אשר לגביו ייטען כי נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוונת של הכנסת [...]. אך איש לא יוכל לאמר זאת, ואיש אינו טוען זאת, ביחס לשני החוקים בהם עסקינן. שני חוקי-יסוד אלה דנים בזכויות האדם הבסיסיות ביותר. [...] לא יכול להיות ספק בדבר כי ההוראות הנכללות בחוק-יסוד אלה מן הראוי שתהווה עמוד תווך בכל חוקה הראויה לשמה במשטר דמוקרטי נאור."

הלכת **בנק המזרחי** עסקה לכן במצב שבו הכנסת בוחרת לעגן בחוק-יסוד כללי משחק שעולים בקנה אחד עם הכללים שכבר הוכרו בפסיקה, ואשר נובעים מן הזהות החוקתית של מדינת ישראל. היא אינה עוסקת בשאלה שנדונה כאן, שעניינה מצב שבו הכנסת מבקשת לשנות את כללי המשחק הללו, באופן שסותר את הזהות החוקתית של ישראל. פסק הדין

[...] תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על ידי העם ונציגיו הנבחרים."

<sup>93</sup> לטיעון עקרוני ברוח זו ראו RONALD DWORKIN, A BILL OF RIGHTS FOR BRITAIN 27 (1990). דבורקין טוען שם כי כדי שהאמנה האירופית לזכויות האדם תהפוך לבעלת מעמד על-חוקי במשפט האנגלי אין די באימוצה בחוק מפורש של הפרלמנט (כפי שנעשה בפועל, בשנת 1998, בחוק שנכנס לתוקף בשנת 2000), אלא גם בקבלתה כזו על-ידי הציבור.

<sup>94</sup> לפי גישתו של הנשיא ברק, חוקי היסוד הם חוקה: עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 12, פס' 54; אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 78 (2004): "כמו לכל מדינה, גם לישראל יש חוקה מטריאלית. האם יש לישראל חוקה פורמאלית? האם ישראל היא דמוקרטיה חוקתית? תשובתי לשאלות אלה הנה בחיוב. לישראל יש חוקה פורמאלית – הלא הם חוקי היסוד". לעומת זאת, לא כך לשיטתו של הנשיא שמגר: שם, פס' 66 לפסק-דינו. לשתי העמדות ביטויים בפסיקה. למשל, מצד אחד, עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 21, פס' 22 לפסק-הדין של הנשיא ביניש: "ניתן לומר שחוקי היסוד השתרשו בתרבות המשפטית ובמסורת הפוליטית והציבורית שלנו כחלק מחוקת המדינה"; ומצד שני, דנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' שמש**, פ"ד סה(2) 377, פס' 31 לפסק-דינו של השופט דנציגר (2012): "המאפיין את התפתחות זכויות האדם בשיטתו המשפטית, לאור העיכוב בהשלמת מפעל חוקי היסוד בהתאם להחלטת הררי [...] הוא היעדר חוקה כתובה".

<sup>95</sup> עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 12, פס' 4 לפסק דינו של השופט בכ.

עשיר באמרות אגב שבהן ציין בית המשפט מפורשות, במענה לסכנה שעליה התריע השופט חשין מפני שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת, כי ההכרה במעמד החוקתי של חוקי היסוד אין משמעה קביעה שסמכות זו של הכנסת בלתי מוגבלת.<sup>96</sup> ואכן, כפי שציין השופט עמית בבג"ץ הסבירות, הכרה במגבלות על סמכות זו של הכנסת עולה בקנה אחד עם תכליתה של "המהפכה החוקתית" – הגבלת כוחה של הכנסת לפגוע בעקרונות היסוד של השיטה.<sup>97</sup> היבט שני הוא הצורך לבחון את אי-ההתאמה שבין הקביעה בפרשות **תנועת לאו"ר ו-בנק המזרחי** מזה ובבג"ץ **הסבירות** מזה: בפרשות הראשונות נקבע כי לשם החלת ביקורת שיפוטית לאכיפת מגבלות על כוחה של הכנסת (כרשות מחוקקת) נדרש עיגון פורמאלי לכך, בנורמה בעלת מעמד חוקתי; ואילו בבג"ץ **הסבירות** נפסק שלשם החלת ביקורת שיפוטית לאכיפת מגבלות על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק (כרשות מכוננת) אין הכרח בעיגון כזה.<sup>98</sup> כאמור, מבחינה נורמטיבית, שתיקתה של הכנסת אינה מצדיקה את המסקנה שאין חלות עליה המגבלות על סמכותה כרשות מכוננת, שנובעות מן המקור שלפיו מוכרת סמכות זו עצמה. אך השאלה היא מהי ההשלכה של שתיקה זו לעניין ההכשר הציבורי להחלת ביקורת שיפוטית לאכיפת המגבלות הללו.

אנו סבורים שניתן להצדיק את אכיפת המגבלות הנדונות בדרך של ביקורת שיפוטית, חרף היעדר עיגון מפורש להן בחוקי היסוד עצמם. כאמור לעיל, למגבלות הנדונות יש עיגון מסוים, אף אם לא מפורש מבחינת תוקפו המחייב ביחס לסמכות המכוננת של הכנסת, בהסדרים כתובים כמו הכרזת העצמאות, סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת והוראות נוספות. המידה שבה

<sup>96</sup> עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 12, פס' 35 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) שמגר: "[סמכות הכנסת לקבוע נורמות חוקתיות] איננה בלתי מוגבלת. הדעת נותנת כי לכבילת בית המחוקקים יהיו גבולות. אין צורך להתוות כאן גבולות אלו, שהרי מוסכם כי בזכויות יסוד דוגמת אלו שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין קושי בהכרה העקרונית בכבילה מהותית-תוכנית. [...] מכל מקום, [...] ניתן להביא בחשבון עקרונות יסוד של שיטתנו כמדינה יהודית ודמוקרטית"; שם, פס' 66: "שאלה המושארת בצריך עיון היא מה המידה שבה רשאית הכנסת, בין כאסיפה מכוננת ובין כרשות מחוקקת מוגוליתית, לפגוע בזכות יסוד, ויהיה זה אף על-ידי חקיקה בחוק-יסוד, ומה היקפה של הביקורת שיפוטית על כך. נשאיר זאת בצריך עיון". ראו גם שם, פס' 43 לפסק דינו של הנשיא ברק: "עשוי אכן להתעורר צורך לבחון את חוקתיותו של השימוש בדיבור 'חוק-יסוד'. [...] דבר מקובל וידוע הוא שבתי המשפט בודקים את חוקתיותם של תיקוני חוקה [...] גם בעניינים של מהות. [...] הצורך בביקורת שיפוטית במצב דברים [כמו זה שבישראל] אינו יוצא דופן"; וכן שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט בך.

<sup>97</sup> בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית: "תהא זו תוצאה פרדוקסלית לטעון כי פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** בא להוסיף עוד עוצמה לכנסת באמצעות שימוש בחוקי יסוד על מנת 'להתמגן' מפני ביקורת שיפוטית, שהרי החוקה נועדה דווקא על מנת להגביל את הרשות המחוקקת ואת הרוב הפוליטי המזדמן השולט בה. הדרך למנוע חשש מתוספת מסוכנת של עוצמה לכנסת, היא הטלת מגבלות על הכנסת בפועלה בכובעה כרשות מכוננת".

<sup>98</sup> ראו עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 36, פס' 28 לפסק דינו של השופט סולברג (דעת מיעוט): "אם נשיג את גבולה של הרשות המכוננת, ונקיים – ללא הסמכה מפורשת – ביקורת שיפוטית על החלטותיה, הדבר עשוי להתפרש כשימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית, אשר כל קיומה, בהסמכה המשתמעת שהעניק לנו המכונן-המחוקק בגדרי חוקי-היסוד"; וכן בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 1–5 לפסק דינו של השופט סולברג (דעת מיעוט); ופס' 26 לפסק דינו של השופט מינץ (דעת מיעוט): "משהועמדה סמכותה של הרשות המכוננת לכוון 'חוקה', בהסתמך על קיומו של מדרג נורמטיבי, [...] הניסיון של בית המשפט להעביר תחת שבט ביקורתו את אותה חוקה [...] חותר תחת אותה הדרך שבית המשפט עצמו פסע בה בגדרי 'המהפכה החוקתית' אשר רוממה את מעמדה של 'החוקה' בהתבסס על 'תורת הסמכות המכוננת'". ראו גם יואב דותן "זהות חוקתית וגירעון דמוקרטי" **משפט וממשל** כח \_ (2024).

העיגון החקוק של המגבלות על סמכותה של הכנסת צריך להיות מפורש כדי שהאכיפה שיפוטית של המגבלות תזכה להכשר ציבורי נקבעת בהתאם לשני גורמים עיקריים: עצמת ההכשר הציבורי באשר לעצם קיומה של הסמכות שאותה מבקשים להגביל; וההערכה הציבורית בדבר מידת החשיבות של אכיפת המגבלות. בהקשר הנדון כאן, שני הגורמים הללו מוליכים למסקנה שהעיגון הכתוב למגבלות הנדונות מספיק כדי להניב גם את ההכשר הציבורי, ולא רק זה הנורמטיבי, הדרוש להצדקת האכיפה השיפוטית שלהן.

טעם אחד הוא ההבחנה בין סמכות החקיקה של הכנסת לבין סמכותה המכוננת. אין ספקות, כעניין נורמטיבי וציבורי כאחד, באשר למעמדה של הכנסת כרשות מחוקקת, כלומר באשר לסמכותה לחוקק חוקים. מכאן שלשם השגת הכשר ציבורי לקיומן של מגבלות על סמכות החקיקה של הכנסת, העניין שנדון בעניין **בנק המזרחי**, נדרש עיגון מפורש למגבלות אלה, כפי שאכן נעשה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעומת זאת, סמכותה המכוננת של הכנסת, כלומר סמכותה לקבוע את כללי המשחק ולשנותם, היא עניין שהוא עצמו זוכה למידה מוגבלת של הכשר ציבורי. ההכרה המשפטית והציבורית בתוקפם של כללי המשחק שקובעת הכנסת נובעת במידה רבה מתוכנם של הכללים, כלומר מהתאמתם לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית, ורק חלקית מעצם קביעתם על-ידי הכנסת. משום כך, לעניין ההכשר הציבורי לאכיפת מגבלות על סמכותה זו של הכנסת די בעיגון חלקי ומשתמע שלהן בנורמות כתובות. טעם שני להערכה שאכיפת המגבלות הנדונות זוכה למידה מספקת של הכשר ציבורי היא ההכרה בחשיבות של המגבלות הללו ושל אכיפתן, כאמור לעיל. הסכנה שמשקפת מחריגה מן המגבלות על שינוי כללי המשחק היא גדולה בהרבה מזו הנשקפת מפגיעה מתוחמת בעקרון יסוד מסוים, למשל מחקיקת חוק שפוגע באופן מתוחם בזכות אדם כלשהי. אין המדובר בהפרה ממוקדת של כלל משחק מסוים, אלא בשינוי הכללים עצמם, למשל שינוי הכללים שעניינם הבחירות לכנסת ושיטת המשטר, שינוי עצם קיומה של חובה לכבד את זכויות האדם, פטור מן הדרישה לכבד את עקרון שלטון החוק וביטול הביקורת השיפוטית ומעמדה העצמאי של מערכת המשפט. עוצמת הסכנה, לצד היעדר בלמים ואיזונים חלופיים בשיטת המשטר בישראל, הם הבסיס להכרה בכך שהעיגון החלקי של המגבלות בנורמות חקוקות מספיק כדי להקנות מידה מספקת של הכשר ציבורי לביקורת שיפוטית. כפי שנראה בחלק השני של החיבור, מכלול ההיבטים של כללי המשחק של השיטה – עקרון שלטון החוק והכלל בדבר הסדרים ראשוניים שנגזר ממנו, החובה לכבד זכויות אדם, דיני הסמכות המינהלית, הסמכות לביקורת שיפוטית ועוד ועוד – נקבע בפסיקה, החל מימיו הראשונים של בית המשפט. גישה זו מבטאת את המוסכמה הציבורית שמדובר בכללים שנובעים מעקרונות היסוד של השיטה (ובכלל כך, מהיות השלטון "נאמן של הציבור"), ולפיכך רשויות השלטון כפופות להם גם בלי שיידרש לשם כך עיגון מפורש שלהם בחקיקה.

### (ג) מגבלות "טבועות" דיוניות?

על רקע האתגרים שנובעים מהחלת ביקורת שיפוטית לאכיפת מגבלות "טבועות" על סמכות הכנסת, יש הסבורים שמוטב להסתפק בקביעה שיפוטית של מגבלות דיוניות לשינוי כללי המשחק, במקום המגבלות המהותיות שעוסקות בתכלית התיקון ובתוכנו. כאמור לעיל, הכנסת מפרה את הוראות הכרזת העצמאות בכך שהיא זו שקובעת את כללי המשחק, שלא במסגרת של כינון חוקה, על המאפיינים המקובלים של הליך שכזה, שעיקרו הענקת הסמכות לגוף נפרד מהרשות המחוקקת, ובעיקר הימנעותה מלקבוע דרישת רוב מיוחד כתנאי לקביעת

כללי משחק ולשינויים. בית המשפט ציין לא אחת כי מוכרת סמכותה של הכנסת לקבוע הסדרים מסוג זה, למשל במסגרת חוק-יסוד: החקיקה;<sup>99</sup> ואם תעשה כן, יוביל הדבר לצמצום היקף הביקורת השיפוטית לאכיפת המגבלות על הפעלת הסמכות המכוננת.<sup>100</sup> אך עניינה של החלופה הנדונה כאן הוא שונה: בבג"ץ הסבירות ציינו מספר שופטים כי ראוי לשקול לקבוע כי אף בלא שנחקק חוק-יסוד: החקיקה, כוחה של הכנסת לשנות חוקי יסוד או לחוקק חוקי יסוד חדשים מותנה בקיומו של הליך מיוחד, שדומה לזה של תיקונים לחוקה, שעיקרו דרישת רוב גדול במיוחד.<sup>101</sup> לפי תפיסה זו, דרישת הרוב המיוחד יכולה לבוא כמקום בחינה ביקורתית של תכליתו ושל תוכנו של השינוי של כללי המשחק.<sup>102</sup>

נראה שחלופה זו מעוררת קשיים ניכרים. ראשית, בשונה מכללי המשחק הקיימים, שכפי שנראה בפירוט בהמשך יש להם עיגון ב"נתונים החוקתיים", ובהם ההיסטוריה החוקתית של ישראל, לרבות הכרזת העצמאות, התפיסות המקובלות בציבור והפסיקה, הרי שאין עיגון כזה לדרישת רוב מיוחד, בוודאי לא רוב מסוים כמו שני-שלישים דווקא, כתנאי לשינוי הוראה בחוק-יסוד. התקדים היחיד לכך הוא חוק-יסוד: משאל עם, אך תחולתו מוגבלת להחלטות על ביטול ריבונות בשטח המדינה (וגם בו אין הכרח ברוב של שני-שלישים ומוכרת גם החלופה של אישור החלטה כאמור במשאל עם). בהיעדר מסורת בישראל של הכרעות ברוב מיוחד מסוים, למשל שני-שלישים (או במשאל עם), יש שרירותיות בהכרעה שיפוטית שמגבילה באופן זה את סמכות הכנסת. שנית, החלה מעתה ואילך בלבד של מגבלה דיונית כזו עלולה ליצור חוסר עקביות. הסדרים שנקבעו בעבר ברוב רגיל, למשל בתחום שיטת הבחירות ושיטת המשטר, יהפכו כמעט בלתי ניתנים לשינוי במציאות הפוליטית בישראל. יתר על-כן, ככל שההצדקה לביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת כרשות מחוקקת מבוססת על ההכרה בכך שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא נורמה בעלת מעמד חוקתי, כפי שנקבע בהלכת בנק המזרחי, תתעורר השאלה מהי ההצדקה להמשיך להכיר בחוק-יסוד זה כבעל מעמד חוקתי, אם התנאי לחקיקה חוקתית הוא חקיקתה ברוב מיוחד, דרישה שלא התקיימה כידוע באשר לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

<sup>99</sup> למשל, עניין שפיר, לעיל ה"ש 36, פס' 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "לרשות המכוננת הסמכות לכונן חוק-יסוד אשר יבהיר מהם גבולות סמכותה המכוננת ומהם גבולות הביקורת על השימוש בסמכות זו".

<sup>100</sup> ראו לעיל ה"ש 77 והטקסט שאליו היא נלווית.

<sup>101</sup> בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 86 לפסק דינו של השופט שטיין: "במבט צופה פני-עתיד, ספק בעיניי אם יהא זה נכון מבחינתנו ליתן הכרה חוקתית לחוק שנושא תווית של 'חוק יסוד' אשר כונן ללא פרוצדורת כינון מיוחדת". השופט עמית הגיב לאמירה זו בקביעה כי התיקון הנדון לוקה ב"כשל פרוצדורלי בהעדר חוק-יסוד: החקיקה, [ובעוד] [לשיטתו] [של השופט שטיין] עלינו להקפיד על דרכי הכינון של חוק יסוד 'רק מכאן ואילך' [...] לטעמי, מכאן ואילך הוא כאן ועכשיו, בתיקון שלפנינו". אין זה ברור מכאן אם כוונתו של השופט עמית להחלת הדרישה הדיונית כתנאי הכרחי להכרה בתוקפו של תיקון לכללי המשחק.

<sup>102</sup> ראו בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 43 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "שינויים ב'נתונים החוקתיים', אשר אינם כה קיצוניים, עד כדי החרבת המבנה, ואולם הם מהווים סטייה ניכרת מ'החוקה בהתהוות' כפי שהתגבשה עד כה, [...] חורגים מסמכותו של הרוב המזדמן בכנסת הנוכחית, אשר תכליתה של החוקה הייתה לתחום אותו לתבנית המבנה הקיים [...] יחד עם זאת, אינני סבור שהם חורגים מסמכותה של הכנסת בכובעה המכונן, ובלבד שפעולתה משקפת הסכמה רחבה, העולה על גדרו של הרוב הקואליציוני הנוכחי. במילים אחרות, כאשר הכנסת מבקשת לשנות באופן מהותי חלק קיים שהוגדר על ידי קודמותיה, אין היא רשאית לעשות כן בכוחו של רוב מזדמן השולט בה, אלא עליה לגבש לשם כך הסכמה רחבה (גם אם לא הסכמה כללית)".

יתר על-כן, אין זה ברור שניתן להסתפק במגבלה הליכית כדי לוודא שהכנסת אינה חורגת מכללי המשחק הנובעים מן הזהות החוקתית של מדינת ישראל. הדרישות שנועדו להבטיח שאין נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת אינן כוללות כאמור רק את הרוב שבו נחקק התיקון אלא את מכלול המאפיינים של הליך החקיקה, ובהם תמיכה של סיעות מהאופוזיציה בתיקון, פשרות ודיון מקצועי וענייני והחלה נדחית של התיקון. לכך נוספת העובדה שבמציאות הקיימת בישראל, שבה מיעוט לאומי, שחלקו באוכלוסייה כעשרים אחוזים אך חלקן בכנסת של רשימות המייצגות ציבור זה אינו עולה על כעשרה אחוזים, אין מובטח כי דרישת רוב מיוחד, אפילו של שני-שלישים מחברי-הכנסת, תספיק כדי לוודא שכללי המשחק לא ישונו באופן שפוגע בחובה לנהוג בשוויון כלפי המיעוט הערבי-פלסטיני או בעקרונות יסוד אחרים של השיטה.

לסיכום, אנו סבורים שההלכה העקרונית שנקבעה בצמד פסקי-הדין שבמוקד הדיון היא מוצדקת. הקביעה שסמכותה המכוננת של הכנסת מוגבלת, ושהגבלות אלה, אף שבחלקן אינן "כתובות", נאכפות בדרך של ביקורת שיפוטית, מבוססת על פרשנות הכרחית של ההכרה בסמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם. בחלק השני של החיבור ננסה לאפיין ביתר פירוט את התוכן של המגבלות המוטלות על סמכותה המכוננת של הכנסת, באמצעות בירור אופן היישום של המגבלות הללו בשורה של הקשרים קונקרטיים, הן אלה שכבר נדונו בפסיקה, ומספקים לכן תשתית לביסוס ההלכה האמורה, והן סוגיות היפותטיות, שלפי ניסיון הזמן האחרון עלולות להפוך מעשיות.

## **ב. גבולות הסמכות של הכנסת לקבוע נורמות חוקתיות ולשנות - יישום**

ההכרעות בבג"ץ הסבירות ובבג"ץ הנבצרות לא נקבעו יש מאין. הן משקפות התפתחות ענפה בפסיקה, וכפי שנבקש להראות, הן משקפות גם תגובה שיפוטית לשינוי המהותי לרעה בהווייתה של ישראל ובהתנהגות ההנהגה הפוליטית שלה. בחלק זה נדגים את ההתפתחות בפסיקה, ונפרט את אופן היישום של עקרונות היסוד שתוארו לעיל. התכלית העיקרית של הדיון שמובא להלן היא אפיון של המגבלות על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק. נבחין לעניין זה בין שלושה התחומים העיקריים שבהם עוסקים כללי המשחק: 1. שיטת הבחירות והמשטר (מכלול ההיבטים שקשורים לשיטת הבחירות לכנסת, ובכלל זה הזכות לבחור ולהיבחר ועימן הזכות לאזרחות, וכן אופן הקמת הממשלה והעברתה מתפקידה, הכשירות לכהן בכנסת ובממשלה וכדומה; בג"ץ הנבצרות עוסק בשינוי כלל משחק שנכלל בקבוצה זו); 2. תוקפן של חקיקה והחלטות מינהל (חלוקת הסמכויות בין הכנסת לממשלה, הליכי החקיקה והליכי מינהל, והגבלות על תוכן ההכרעות השלטוניות המותרות, ובכלל זה החובה לכבד זכויות אדם ומכלול כללי המשפט המינהלי; היבט אחד של בג"ץ הסבירות נכלל בקטיגוריה זו); ו-3. ביקורת שיפוטית (אופן בחירת השופטים והסמכות לביקורת שיפוטית על הכרעות שלטוניות; היבט שני של בג"ץ הסבירות נכלל כאן). במסגרת זו נבחן את ההשלכות הצפויות של ביטול עיגון קיים בחוקי היסוד לכללי משחק קיימים (למשל, ביטול חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) ושל קביעת פטור מתחולתם של כללי משחק מסוימים (למשל, חקיקת פסקת התגברות).

### **1. קביעת כללי המשחק בתחום שיטת הבחירות והמשטר**

הסדרים בעניין שיטת הבחירות והמשטר הם יסוד הכרחי בדמוקרטיה. המדובר בבחירה בשיטת בחירות מסוימת, על מכלול ההסדרים הכרוכים בכך (זכות לבחור, זכות להיבחר – וביסוד הדברים, הזכות לאזרחות; שיטת הבחירות: אזורית או ארצית, רובנית או ארצית; אחוז החסימה; מימון המפלגות; הגבלות על תעמולת הבחירות ועוד) ובקביעת שיטת המשטר (פרלמנטרית או נשיאותית, אוניטרית או פדרלית, אופן הרכבת הממשלה והבעת אי-אמון בה, כשירות לכהונה במשרות השונות ועוד). מאפיין מובהק של הסדרים בתחום זה הוא קיומו של שיקול דעת רחב בבחירה בין חלופות אפשריות. מאפיין זה מסביר את ההכרה בכך שהסמכות לקביעת הכללים הרלוונטיים מסורה לגוף שנבחר על-ידי הציבור, כלומר הכנסת. בה בעת, מאפיין נוסף של הסדרים בעניין זה הוא החשש המוגבר לשימוש לרעה בסמכות לקבוע אותם, לקידום אינטרסים של הקואליציה והממשלה (או של החברים בכנסת היוצאת). הדבר הוביל לקביעה, בשורה ארוכה של מקרים, עוד לפני פסקי-הדין בעניין הסבירות והנבצרות, כי יש מגבלות ניכרות על כוחה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק בתחום שיטת הבחירות והמשטר. נדון בקצרה בשני ההיבטים הללו – הכרה בסמכות הכנסת והכרה בכך שזוהי סמכות מוגבלת.

כאמור, בניגוד לאמור בהכרזה על הקמת המדינה, שיטת הבחירות והמשטר נקבעה שלא במסגרת חוקה ועל-ידי האסיפה המכוננת, אלא על-ידי הכנסת עצמה. למרות זאת, הוכר תוקפם של ההסדרים שנקבעו. ההכרה בסמכות הכנסת לקבוע את שקבעה התקבלה כעניין מובן מאליה, בלא שנדרשה הכרעה שיפוטית בעניין. לא נדרשה לעניין זה, בפסיקה או במערכת הפוליטית, הכרה בסמכות הכנסת כרשות מכוננת או במעמד חוקתי של חוקי היסוד (וממילא, כאמור, עד 1958 ההסדרים בעניין כלל לא נקבעו בחוקי יסוד). גם אלה המפקפקים בעמדה שלכנסת סמכות מכוננת או שלחוקי היסוד מעמד חוקתי, אינם מערערים על ההנחה שלכנסת הסמכות לקבוע את כללי המשחק בעניינים שעוסקים בשיטת הבחירות ובשיטת המשטר. הבסיס לכך הוא ההכרה בכך שזו התפיסה המקובלת – על-ידי המערכת הפוליטית ועל-ידי הציבור – ועל הערכה ערכית שמוטב שהכנסת, שהיא הרשות הנבחרת היחידה בשיטה המשטרית הקיימת, תהא זו המוסמכת לקבוע את שיטת הבחירות ואת שיטת המשטר. ההכרה בסמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק בתחום הבחירות ושיטת המשטר לא לוותה בדרישה – בחקיקה עצמה או מכוח הפסיקה – ששינוי כללי המשחק בתחום זה יעשה ברוב החורג מרוב של 61 חברי-כנסת.<sup>103</sup> עובדה זו, בצד ניגוד העניינים המוסדי המובנה של הכנסת בקביעת כללי המשחק ושינויים בהיבטים הנדונים כאן, היא שמסבירה את ההכרה השיפוטית בכך שסמכות זו היא סמכות מוגבלת. התקדים לכך נקבע בשנת 1969, בפסק-הדין בעניין **ברגמן**.<sup>104</sup> בעקבות זאת, בית המשפט דן בשורה ארוכה של היבטים שקשורים לבחירות ולשיטת המשטר. בחלק מן המקרים הוחלה ביקורת שיפוטית על תוקפה (או מועד תחולתה) של חקיקת הכנסת, ובכלל זה על תיקונים לחוקי יסוד, ובחלק אחר נקבעו בדרך של פרשנות שיפוטית סייגים להסדרים שנקבעו בחקיקה.

<sup>103</sup> החריג היחיד לכך הוא סעיף 9 לחוק-יסוד: הכנסת, שנחקק בשנת 1992, ובו נקבע כי הארכת תקופת כהונתה של הכנסת מעבר לתקופה לה נבחרה טעונה לא רק הצדקה עניינית לכך אלא גם חקיקת חוק בעניין בתמיכת לפחות 80 חברי-כנסת, דרישה שמוחלת, מכוח סעיפים 45 ו-44 לחוק היסוד, גם לעניין שינוי דרישת הרוב עצמה. ראו גם פרק א.3 לעיל.

<sup>104</sup> בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כ"ג(1) 693 (1969).

בתחום הבחירות לכנסת, המדובר בעיקר בסוגיות הבאות: 1. הכרזה על בטלותם של ארבעה חוקים שעסקו בהיבטים של כללי המשחק בתחום מימון מפלגות ותעמולת בחירות;<sup>105</sup> 2. ביקורת שיפוטית על קביעת "תקופת צינון" על נושאי משרות בכירות בשירות המדינה לפני שיוכלו להתמודד בבחירות לכנסת;<sup>106</sup> 3. ביקורת שיפוטית על העלאת אחוז החסימה בבחירות לכנסת;<sup>107</sup> 4. ביקורת שיפוטית על תיקון לחוק-יסוד: הכנסת שמאפשר לכנסת להעביר מתפקיד חבר כנסת;<sup>108</sup> 5. פרשנות שיפוטית מצמצמת של הסמכות של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת לפסול רשימות ומועמדים, שנקבעה בסעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת;<sup>109</sup> 6. ביקורת שיפוטית על קביעת כללי המשחק הנוגעים לניהול הפנימי של

<sup>105</sup> עניין **ברגמן**, לעיל ה"ש 104 (ביטול חוק שהעניק מימון לרשימות קיימות ושלל לחלוטין מימון לרשימות חדשות); בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1 (1981) (ביטול חוק שהגדיל את הזמן שהוקצה לשידורי בחירות ברדיו ובטלוויזיה לרשימות קיימות, והפחית את זמן השידור שהוקצה לרשימות חדשות); בג"ץ 141/82 **רוכנישטיין נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד לז(3) 141 (1982) (ביטול חוק שהגדיל למפרע את המימון לרשימות שחרגו מתקרת ההוצאות המותרת, ובכך פגע ברשימות שלא חרגו מהתקרה האמורה); בג"ץ 172/89 **תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529 (1990) (ביטול חוק שהגדיל למפרע את יחידת המימון, ובכך פגע ברשימות שכלכלו צעדיהן בהתאם ליחידת המימון שהייתה קבועה לפני הבחירות). ראו גם בג"ץ 2060/91 **כהן נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מו(4) 319 (1992) (ביטול החלטה להגדיל את יחידת המימון לשם כיסוי גירעונות של רשימות מסוימות שנעשו במהלך הבחירות).

<sup>106</sup> ע"ב 92/03 **מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת**, פ"ד נז(3) 793 (2003). בית המשפט דחה את העתירה לשלילת תוקפו של "חוק הצינון" שנדון שם, אך התבסס על החלה בהיקש של פסקת ההגבלה: "קביעת הסדר צינון [...] הולמת את ערכיה הדמוקרטיות של המדינה ואינה סותרת את ערכיה היהודיים. כן עומדת היא במבחן התכלית הראויה. [...] קביעתה של תקופת צינון בת שישה חודשים משקפת מינון שהמחוקק העריכו כמשך הזמן הנדרש להשגת התכלית האמורה, ולטעמי, אין כל יסוד לומר כי התקופה שנקבעה חורגת ממיתחם המידתיות" (שם, פס' 17).

<sup>107</sup> בג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 2 לפסק דינה של הנשיאה נאור (12.3.2015): "כל העלאה של אחוז החסימה מעבר לאחוז החסימה הטבעי (0.83%) יש בה, מעצם הגדרתה, כדי לפגוע במידה זו או אחרת בעיקרון לפיו לכל קול יש משקל שווה. נראה כי גם עקרון השוויון נפגע בכל העלאה של אחוז החסימה. דעתי, כדעת אחדים מחברי, היא שגם כאשר העלאת אחוז החסימה נעשית ברוב מיוחס, עדיין על ההוראה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית". העתירה בעניין נדחתה, ברוב דעות, משום שבעת ההכרעה טרם הובררו השפעותיה של העלאת אחוז החסימה על הייצוג בכנסת של קבוצות מיעוט, בעיקר הציבור הערבי.

<sup>108</sup> בג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת** (27.5.2018). העתירה להכרזה על בטלותו של התיקון לחוק-יסוד: הכנסת נדחתה, לאחר שנמצא כי ההסדר שנקבע עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד, בעיקר בזכות פרשנות מצמצמת שניתנה לו: "מן הראוי שהפעלת סמכות ההדחה תעשה באופן דווקני ומצומצם ולא תופעל אלא במקרי קיצון חריגים שבחריגים" (שם, פס' 33). ראו בהקשר קרוב גם בג"ץ 620/85 **מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מא(4) 169 (1987).

<sup>109</sup> בג"ץ אמנם דחה עתירה לבטלות סעיף 7 עצמו, אך הוא מחיל פרשנות מצמצמת באשר לסמכויותיה של הוועדה, שעד כה הוליכה לביטול כל ההחלטות בדבר פסילת רשימות ומועמדים, מלבד רשימות שמסיתות לגזענות. ראו ע"ב 1/88 **ניימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה**, פ"ד מב(4) 177, 184, 187 (1988) (הנשיא שמגר): "[אין לקבל את] טענת המערערים [כי] יש בהוראותיו של סעיף 7 סטייה קיצונית מן העקרונות של הדמוקרטיה. [...] [אולם], מהותו של הנושא, היינו צמצומה של זכות יסוד חוקתית, היא שנושאת עמה, מניה וביה, גם את אמת המידה, לפיה פרשנותה של ההוראה מן הנכון שתהיה דווקנית, צרה ומצמצמת, ואשר לאורה לא יופעלו הוראותיו של סעיף 7 אלא במקרים קיצוניים ביותר. גישה פרשנית כזאת אין בה משום סתירת הכתוב בחוק החרות; היא תולדה של הבנת התכלית החוקתית, שלא ביקשה להפחית משמירת החירויות אלא לגונן עליהן נוכח פניו של סיכון ממשי". ראו גם א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1, 17-18, 97-98 (2003).

הכנסת; <sup>110</sup> 7. דחיית מועד תחילת התוקף עד לבחירות הבאות לרשויות המקומיות של תיקון בעניין כשירות להיות מועמד לראשות רשות מקומית; <sup>111</sup> ועוד. ההכרה במגבלות על סמכותה של הכנסת לעניין קביעת כללי המשחק מוחלת גם לעניין הביקורת השיפוטית שמוחלת על אופן ההפעלה של סמכויות קיימות בתחומים אלה, בנסיבות שבהן הגורם הרלוונטי מצוי בניגוד עניינים מוסדי. <sup>112</sup>

גם בתחום שיטת המשטר, הוחלה ביקורת שיפוטית על הכרעות שעניינן קביעת כללי המשחק, ובכלל זה: 1. ביקורת שיפוטית של מגבלות על כהונה בממשלה, בנוסף (או בניגוד) לתנאים שנקבעו בחוק-יסוד: הממשלה, <sup>113</sup> ובכלל זה הכרה עקרונית באפשרות לדחות את מועד תחילת התוקף של תיקון לחוק היסוד שנועד לפטור מתחולתו של סייג קיים לכהן בממשלה; <sup>114</sup> 2. בחינה ביקורתית של תיקון חוק-יסוד: הממשלה לעניין הסרת המגבלה על

<sup>110</sup> למשל, בג"ץ 669/85 כהנא נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד (4) 393, 399 (1986) (הנשיא שמגר): "[...] בנסיבות קיצוניות באופיין, עת מתגלה בהוראת התקנון שנתקבלה במליאת הכנסת פגם מהותי, היורד לשרוש עקרונות היסוד של משטרנו החוקתי ושל תפיסותינו הדמוקרטיות, תיתכן הפעלת ביקורת שיפוטית על הוראה של התקנון, שנתקבלה כדין במליאת הכנסת". במקרה זה נפסק כי התיקון לתקנון – הוספת ההוראה המסמיכה את נשיאות הכנסת שלא לאשר העלאת הצעת חוק שיש בה משום הסתה לגזענות – הוא כדין.

<sup>111</sup> עניין התנועה לטוהר המידות, לעיל ה"ש 40.

<sup>112</sup> כך היה, למשל, בעניין החלטת הכנסת לשלול מחבר כנסת זכויות מסוימות, בתגובה להתבטאויותיו (עניין מיעארי, לעיל ה"ש 110); בעניין החלטת יושב-ראש הכנסת באשר לכינוס המליאה לבחירת יושב-ראש חדש (בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב-ראש הכנסת (23.3.2020)), באשר לאי-אישור להניח הצעות חוק פרטיות על שולחן הכנסת (בטרם תוקן התקנון בעניין) (בג"ץ 742/84 כהנא נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד (4) 85 (1985)), ולקביעת סדר היום של הכנסת (למשל, בג"ץ 9070/00 לבנת נ' יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, פ"ד נה(4) 800 (2000); ובעיקר לעניין הביקורת על החלטות ועדת הבחירות המרכזית לכנסת בדבר פסילת רשימות ומועמדים (למשל, עניין ניימן, לעיל ה"ש 109, ועניין טיבי, לעיל ה"ש 109). ראו גם, לעניין ניגוד העניינים המוסדי של הכנסת בכל הקשור לקביעת זכויות בתחום השכר והפנסיה של חברי הכנסת, שמחייב ביקורת שיפוטית, בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נ(6) 142, 117 (2002).

<sup>113</sup> לאחר שנפסקה ההלכה שלפיה על ראש הממשלה להעביר מתפקידו שר או סגן שר שמואשם בעבירות חמורות (בין היתר, בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993)), חוקקה הכנסת בשנת 2001 את חוק-יסוד: הממשלה, ולא רק שלא כללה בו סייג מסוג זה כתנאי לכהונה בממשלה אלא אף קבעה הסדר מפורט שונה (סעיף 23 לחוק היסוד), שעיקרו הוראה בדבר הפסקת כהונה רק אחרי הרשעה שיש עמה קלון. בית המשפט דחה את הטענה שיש לראות בכך הסדר שלילי, שמבטל את ההלכה האמורה, ובכך הוסיף למעשה תנאי לכהונה בממשלה, בהסתמך על ההבחנה בין כשירות לכהונה לבין שיקול דעת ראש הממשלה אם לאפשר את המשך הכהונה. ראו בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נ(6) 817, 898 (2003) (השופט חשין): "אכן, הלכה זו נקבעה לפני היות סעיף 23(ב) שלחוק-יסוד: הממשלה, אך לא זו בלבד שהוראת-חוק זו אינה נוגעת כלל בשיקול-הדעת [...] אלא שהגיון ההלכה פורש עצמו על עניינינו-שלנו אף-הוא".

<sup>114</sup> עניין שיינפלד, לעיל ה"ש 39, שם נדון תיקון לסעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, שלפיו האיסור לכהן בתפקיד שר על מי שהורשע בעבירה פלילית ונדון לעונש מאסר, יחול רק על מי שנדון למאסר בפועל ולא על מי שנגזר עליו מאסר על-תנאי. התיקון נועד לאפשר לח"כ דרעי לכהן בממשלה. בית המשפט פסק על בסיס עילות אחרות כי ח"כ דרעי אינו ראוי לכהן בתפקיד שר, ולפיכך לא נדרשה הכרעה בסוגיית תוקפו של התיקון, אך השופטים שנדרשו לכך הבהירו כי לו נדרשה הכרעה בעניין, הרי זה מקרה מובהק של תיקון פרסונלי, שהחלתו המיידית חורגת מסמכותה של הכנסת. למשל, פס' 42–43 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "הליך חקיקת התיקון [הנדון] מדיף ריח חריף של פרסונליות משום שהוא נועד בראש ובראשונה כדי לסלול את הדרך למינויו של דרעי לשר. [...] אף שמניעיו של המחוקק, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד [...], קשה שלא

מספר השרים בממשלה; <sup>115</sup> 3. ביקורת שיפוטית על חקיקת מספר תיקונים לחוק-יסוד: משק המדינה, שאפשרו חקיקת חוק תקציב דו-שנתי, באופן שפוגע בפיקוח הכנסת על הממשלה; <sup>116</sup> 4. הכרזת "אזהרת בטלות" על תיקון לחוקי היסוד בעניין ההשלכות של אי חקיקת חוק תקציב שנתי; <sup>117</sup> 5. בחינה ביקורתית של ההסדר להקמת ממשלת חילופים, שלפיו, בין היתר, הכנסת מביעה מראש אמון גם בממשלה שתקום בהמשך, במועד

---

לראות בתיקון [הנדון] שיא, או נכון יותר נקודת שפל, של אותה תופעה מדאיגה [ש] לפיה חברי הכנסת מנצלים את הקלות שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד לצרכים פוליטיים נקודתיים; פס' 47 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו: "התיקון לחוק היסוד שנדון בפנינו מעורר לכאורה קשיים של ממש מבחינת התנאים שנקבעו בהלכה הפסוקה ביחס לשימוש תקין בסמכות המכוננת – על רקע השילוב שנוצר כתוצאה מתחולתו המיידית של ההסדר, מועד כניסתו לתוקף ומאפייניו הפרסונליים המובהקים; פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "בעניינינו, קיים חשש כבד, ולמעשה אף מעבר לכך, כי השימוש בסמכות המכוננת המגולם בתיקון חוק היסוד, ובפרט הוראת התחילה שלו, לא נעשה לשם השגת מבנה משטרי טוב יותר בראייה כללית, אלא לצורך נקודתי ובעייתי – על מנת לעקוף את הדרישה לברר את השלכות ההליך הפלילי על כשירותו של ח"כ דרעי להתמנות לשר באמצעות המסגרת המשפטית שנקבעה לכך".

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

עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 21, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל: "חוק-יסוד הוראת השעה סוטה מן ההוראה הקבועה בסעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה, ומבקש לקבוע כי היא לא תחול על שחקנים מוגדרים (גם אם לא בשמם) – קרי, הכנסת ה-20 והממשלה ה-34 [...]. הוראת השעה התקציבית חומקת מהסדרה עקרונית של היחסים המוסדיים בין הכנסת לממשלה, ובוחרת לשנות, באופן פרטני וקונקרטי, את כללי הפיקוח הפרלמנטרי של הכנסת ה-20 על הממשלה ה-34 (בשנות הכספים 2017-2018). משכך, היא נושאת מאפיינים פרסונאליים, להבדיל מפונקציונליים, ועלולה לפגוע בעקרון הכלליות. התכלית הממשית היחידה שניתן לקשור בשימוש בכלי זה (להבדיל מהתכלית הרחבה של תוכן ההסדר, קרי המעבר לתקציב דו שנתי), היא 'נוחות פוליטית', וניסיון לדלג 'על משוכות פוליטיות'. בהתאם לכך נקבעה שם "התראת בטלות" של התיקון. ראו גם עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 21.

עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 36, פס' 50 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "מדובר בנורמה זמנית ופרסונלית במובן המוסדי, המכוונת כל כולה לפתרון קשיים ספציפיים של ממשלה מסוימת וכנסת מסוימת". ראו גם שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט עמית: "התיקון לחוק היסוד חוטא [...] בכרוסם רבתי של עקרון הפרדת הרשויות. הכנסת החזירה לידי הרשות המבצעת את אחד הכלים החשובים ביותר שעומדים לרשותה כדי לפקח על הרשות המבצעת"; ופס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל. לפירוט הנסיבות הפוליטיות שבגינן נחקק התיקון ראו שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית.

החילופים; <sup>118</sup> 6. דחיית מועד תחילת התוקף עד לאחר הבחירות הבאות לכנסת של התיקון לחוק-יסוד: הממשלה בעניין נבצרות ראש הממשלה; <sup>119</sup> ועוד. <sup>120</sup>

ההגבלות שהוכרו בפסיקה על סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק בהקשר של שיטת הבחירות ושיטת המשטר אינן נובעות בלעדית ממגבלות שקבעה הכנסת עצמה, בנורמה שמוכרת כבעלת מעמד חוקתי. הבסיס של המגבלות הנדונות על כוחה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק בתחום שיטת הבחירות והמשטר הוא פרשנות של היקף סמכותה של הכנסת לקבוע הסדרים בנושאים אלה. כמפורט בפרק א.1 לעיל, זו פרשנות שמבוססת על חקיקת הכנסת, על תפיסות הציבור באשר לסמכותה של הכנסת ועל שיקולי מדיניות. סמכות זו נובעת מכך שהתפיסה המקובלת על הכנסת עצמה, קואליציה ואופוזיציה גם יחד, על הציבור ועל בית המשפט היא שהיא קיימת בידי הכנסת, ומן ההערכה שכך ראוי, בבחינת הרע במיעוטו. מקורות אלה עצמם הם גם מקור המגבלות על כוחה זה של הכנסת.

מכאן גם שלעניין גבולות כוחה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם, אין חשיבות רבה לשאלה אם הכללים נקבעו בחוק יסוד או בחוק "רגיל". להבחנה חשיבות רק לעניין תוקפן של המגבלות הפורמאליות על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק, שנובעות מהוראות חוקי היסוד עצמם, שעניינן הרוב הדרוש לחוק שפוגע בעקרון השוויון בבחירות לכנסת ומן ההבחנה בין "שינוי" ל"פגיעה", שמכוחה אם התיקון סותר באופן נרחב את ההסדר שבחוק היסוד, יש לעגנו בחוק יסוד דווקא. אך, כאמור, אין אלה המגבלות היחידות ואף לא העיקריות שחלות על כוחה זה של הכנסת. ההגבלות המהותיות – בעניין תכליתו של התיקון ובעניין תוכנו – חלות מכוח ההכרה בגבולות סמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם, והן חלות גם על סמכותה כרשות מכווננת.

בפרשת **ברגמן** ובעקבותיה בפרשות **דרך ארץ**, **רובינשטיין** ו-**תנועת לאור**,<sup>121</sup> בית המשפט בחר לבסס את הכרעתו בדבר בטלותה של חקיקה ("רגילה") שפוגעת בעקרון

<sup>118</sup> עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 51. אחת הסוגיות שנדונו שם היא הקביעה שחלק מהוראות התיקון יחולו רק בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23, שבה נחקק התיקון. לאור כך שההכרעה בעתירה נעשתה אחרי סיום תקופת כהונתה של הכנסת ה-23, מרבית השופטים בחרו שלא לעסוק בתוקפה של הוראה זו, שהפכה תיאורטית. השופטת ברק-ארז שהתייחסה לכך הבהירה כי הקביעה של התיקון הנדון כהוראת השעה חורגת מסמכותה של הכנסת (שם, פס' 28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; ראו ה"ש 59 לעיל).

<sup>119</sup> בג"ץ **הנבצרות**, לעיל ה"ש 2. ההכרעה התבססה על המסקנה שהתכלית העיקרית של ההסדר החדש שנקבע לעניין הכרזה על נבצרות ראש הממשלה, שעיקרו הכבדה ניכרת של האפשרות להכרזה על נבצרות, היא קידום האינטרס של ראש הממשלה המכהן בעת חקיקת התיקון, שביקש להמשיך לפעול לקידום חקיקת "הרפורמה המשפטית" – כפי שאכן עשה בפועל – תוך הפרת הנחיית היועצת המשפטית לממשלה להימנע מכך, בשל האינטרס האישי שלו בקידום הרפורמה, וחשש כי הפרה זו תוביל להכרזה על כך שאינו ראוי להמשיך למלא את תפקידו, בהסתמך על הוראת הנבצרות. למשל, פס' 68 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן: "תכליתו הפרסונלית של ההסדר שזורה לכל אורך הליך החקיקה. המניע הפרסונלי המובהק (שעליו דומה שאין איש חולק) שהוביל להצעת חוק היסוד, זלג וצבע את הליך החקיקה כולו, שעסק [...], פעם אחר פעם, בעניינו הפרטני של ראש הממשלה המכהן. למעשה, קיים קושי לאתר התייחסויות של חברי כנסת מהקואליציה [...] לתיקון מס' 12 לגופו במנותק מהקשרו המידי – טיפול בעניינו הפרטני של ראש הממשלה המכהן במטרה להבטיח כי לא ייקבע שנבצר ממנו למלא את תפקידו". לכך נוספו גם הנתונים בדבר עיתוי החקיקה, המהירות שבה הושלמה, הרוב בו נחקק התיקון, ותוכנו של ההסדר שנקבע.

<sup>120</sup> למשל, בית המשפט צמצם במידה ניכרת, על דרך של פרשנות, את סמכות הממשלה להתקין תקנות שעת חירום. ראו לעיל ה"ש 66.

<sup>121</sup> לעיל ה"ש 105.

השוויון בבחירות על פרשנות מרחיבה של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. משמעות הדבר היתה שלאור כך שסעיף זה קובע כי אין לסטות מדרישת השוויון (בלשון החוק, אין "לשנות" את הדרישה שהבחירות יהיו שוות) אלא בחוק שהתקבל ברוב של 61 חברי-כנסת לפחות, בית המשפט דחה את העתירות במקרים שבהם הוראה הפוגעת בשוויון נחקקה ברוב זה.<sup>122</sup> אולם, בהיעדר קביעה כי לחוקי היסוד מעמד חוקתי – וכידוע, בית המשפט נמנע מלקבוע כך עד לפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי**, בשנת 1995 – ההחלה של ביקורת שיפוטית על חקיקה לא יכולה היתה להסתמך בלעדית על הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.<sup>123</sup> ואכן, בפרשת **ברגמן** דחה בית המשפט מפורשות את טענת בא-כוח המדינה, שלפיה משום שעקרון השוויון "לא התגלם אצלנו בחוקה כתובה או אף בהוראת חוק-יסוד ששינויה דורש רוב מיוחד", אין הגבלה על כוחו של המחוקק לקבוע הוראה שפוגעת בשוויון הבחירות.<sup>124</sup> השופט לנדוי קבע שם כי יש לפרש באופן מרחיב את הקביעה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, כי הבחירות לכנסת יהיו "שוות", כך שהדרישה תחול גם לעניין שוויון הסיכויים להיבחר, ולא כפי זאת גם באשר לחקיקת הכנסת, לאור כך שלפחות בהקשר של הבחירות, עקרון השוויון הוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".<sup>125</sup> ברוח זו, בפסיקה מאוחרת יותר קבע בית המשפט כי יש להחיל את המגבלות על כוחה זה של הכנסת לקבוע את ההסדרים בעניין הבחירות לכנסת גם על חוק שנחקק ברוב הדרוש לפי סעיף 4, כלומר על חוק שלא סתר את המגבלה שקבעה הכנסת עצמה (בחוק-יסוד: הכנסת), וזאת בהתבסס על הדוקטרינה בדבר "פסקת הגבלה שיפוטית".<sup>126</sup> ההחלה של פסקת הגבלה השיפוטית אין משמעה שהבסיס לביקורת השיפוטית הוא הסתירה שבין התיקון הנדון לבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסקת הגבלה השיפוטית היא ביטוי למגבלות שכבר תוארו על סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק, שחלות כאמור הן לעניין תיקון שנעשה בחוק רגיל והן לעניין תיקון שנעשה בחוק יסוד.

מבחינת תוכנו של המגבלות, עיון בפסיקה מלמד כי המגבלות על סמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק בתחום שיטת הבחירות והמשטר הן השלוש שנדונו בחלק הראשון של החיבור: האחת, הסייגים שנקבעו מפורשות בחוקי-היסוד, בעיקר הדרישה שבסעיף 4 לחוק-

<sup>122</sup> בעקבות פסק הדין בעניין **ברגמן**, חוקקה הכנסת את חוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים), תשכ"ט-1969, שבו ניתן תוקף למפרע לכל הוראות החוק שעוסקות בענייני הבחירות לכנסת. לאור כך שהחוק נחקק בקולותיהם של רוב חברי הכנסת, דחה בית המשפט עתירה נגד תוקפו של חוק זה: בג"ץ 60/77 **רסלר נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת**, פ"ד לא(2) 556 (1977); בג"ץ 158/81 **"שורשים" – למדינה יהודית מתוקנת נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשירית**, פ"ד לה(3) 447 (1981). ראו גם בג"ץ 148/73 **קניאל נ' שר המשפטים**, פ"ד כז(1) 794 (1973) (לעניין אופן ההקצאה של מספר חברי הכנסת לכל רשימת מועמדים).

<sup>123</sup> בפרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 12, פס' 1, השופט זמיר ציין כי בעניין **ברגמן** יש קביעה משתמעת של מעמד חוקתי. העמדה המוצעת כאן מציעה אפשרות נוספת, שלפיה הבסיס לכך הוא הכרה במגבלות "טבועות" על סמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק.

<sup>124</sup> עניין **ברגמן**, לעיל ה"ש 104, בעמ' 697.

<sup>125</sup> שם, בעמ' 698 (השופט לנדוי): "עקרון היסוד של שוויון הכל בפני החוק יכול להתקיים גם בפני עצמו, בלי להישען על סעיף בחוקה הכתובה, הקובע במפורש את העקרון של שוויון בפני החוק. אצלנו אין סעיף מפורש כזה, לא בחוקה כתובה ואף לא בסעיף 'משורייני' של חוק יסוד, ואף על פי כן רעיון זה, שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".

<sup>126</sup> עניין **מופז**, לעיל ה"ש 106; עניין **גוטמן**, לעיל ה"ש 107, פס' 2 לפסק דינה של הנשיאה נאור: "גם כאשר העלאת אחוז החסימה נעשית ברוב מיוחד, עדיין על ההוראה לעמוד במבחני פיסקת הגבלה השיפוטית".

יסוד: הכנסת, לתמיכת רוב חברי הכנסת (כלומר, לפחות 61 חברי-כנסת) בהצעות חוק שפוגעות במאפייני היסוד של שיטת הבחירות, ובראשן עקרון השוויון, שפורש כאמור בהרחבה; השנייה, לכנסת אסור לקבוע כללי משחק או לשנות כללים קיימים, אם תכליתה העיקרית של החקיקה ותוצאתה המובהקת היא העדפה ממשית של אינטרסים של יוזמי המהלך, חברי הכנסת המכהנים (במקרה כמו זה שנדון בעניין **ברגמן**) או, במקרה הנפוץ יותר, הממשלה המכהנת והקואליציה בכנסת; השלישית, לכנסת אסור לחרוג מעקרונות יסוד שעניינם שיטת הבחירות והמשטר, שהבסיסי שבהם הוא עקרון שלטון הרוב. אלה כוללים, בין היתר, את המאפיינים הבאים: קיום בחירות חופשיות וכלליות, שמאפשרות לממש את הזכות לבחור ואת הזכות להיבחר;<sup>127</sup> קביעת הסדרים בתחום הבחירות שמבטיחים שוויון הזדמנויות לרשימות המתמודדות והליך בחירות הוגן;<sup>128</sup> וחובתה של הכנסת להותיר בידיה סמכות פיקוח על הממשלה, בהבעת אמון בממשלה<sup>129</sup> ובאישור התקציב השנתי.<sup>130</sup>

עוד עולה מן הפסיקה כי הפרה של אחת בלבד משתי המגבלות האחרונות (ולפי פרשנות מסוימת, גם של המגבלה הראשונה, הפורמאלית) אינה מובילה בדרך כלל להכרזה על בטלות החקיקה. הפרת המגבלה בדבר תכלית החקיקה, היא עניין נפוץ, אך חקיקה בתחום הנדון, שנפל בה פגם מסוג זה הוכרזה בטלה בעיקר כאשר התווספה לכך גם הפרה של המגבלה העוסקת בתוכן ההסדר שנקבע. דפוס זה מסביר למשל את ההחלטה בפרשת **גוטמן**. העלאת אחוז החסימה בבחירות לכנסת, שעליה הוחלט בשנת 2014, נעשתה בעיקרו של דבר כדי לפגוע בייצוג של הציבור הערבי בכנסת, ולפיכך לקידום אינטרס צר של הרוב בכנסת, כלומר לתכלית פסולה; למרות זאת נפסק שאין להכריז על בטלותו של החוק בעניין בטרם התברר

<sup>127</sup> למשל, עניין **ניימן**, לעיל ה"ש 109, בעמ' 187; בג"ץ 337/84 **הוקמה נ' שר הפנים**, פ"ד לח(2) 826 (1984), לעניין חובתה של ועדת הבחירות לכנסת לקבוע הסדרים שיאפשרו לאסירים לממש את זכותם להצביע בבחירות לכנסת.

<sup>128</sup> למשל, עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 108, פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "הלכה מושרשת היא כי עקרון השוויון, כעיקרו בסעיף 4 לחוק היסוד [...] משמעותו כי 'כללי המשחק' המסדירים את מערכת הבחירות יחולו על המתמודדים במידה זהה וכי 'כל מי שמתחרה על קולו של הבוחר חייב לפעול בתוך דלת' אמות של כללי המותר והאסור' [...] כך שלא יוקצו משאבים או תוטלנה מגבלות, מראש או בדיעבד, באופן שיקנה יתרון בלתי הוגן לאחת מן הרשימות המתמודדות".

<sup>129</sup> עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 51, פס' 128 לפסק דינו של השופט מלצר: "אם היתה מבוטלת לחלוטין האפשרות להביע בכנסת אי-אמון בממשלה, יתכן שהייתי גורס שמדובר [...] בתיקון חוקתי לא חוקתי".

<sup>130</sup> למשל, עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 21, פס' ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "[יש] חשיבות עצומה בפיקוח פרלמנטרי שנתי על תקציב המדינה [ב]היותו כלי מרכזי לפיקוח הכנסת על הממשלה [...] מכאן ברי, כי חריגה מעיקרון זה, גם כאשר מדובר בתיקון חוקתי 'אמיתי' – של קבע – ולא על דרך של הוראת שעה, צריך שתיעשה, אם בכלל, בזהירות גדולה מאוד, מבלי לסתור את עקרונותינו הדמוקרטיים ומבלי לפגוע פגיעה קיצונית בזכות הציבור, באמצעות נבחריו בבית המחוקקים, לקחת חלק בעיצוב תקציב המדינה ובפיקוח הפרלמנטרי. לדידי טוב לו לתיקון כזה שלא ייברא משייברא". ראו גם שם, פס' 12 ו-13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן: "החלשת כוחה של הכנסת לפקח על תקציב המדינה, וערעור יכולתם של נבחריו הציבור הנמנים עליה להשפיע על סדר העדיפויות הכלכלי של מדינתנו, משקפים הפרה של שיווי משקל עדין וחיוני זה [בין הרשויות]. [...] אין לשלול אפשרות כי בקיבוע המתכונת הדו-שנתית בחוק יסוד, על פגיעתה הניכרת במרקם היחסים שבין רשויות השלטון, יהיה כדי להביא לתוצאה [...] שעולה כדי פגיעה בעקרונות העל של שיטתנו באופן שיצדיק את ביטולו מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי". ראו גם עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 36, פס' 20–22 לפסק דינה של הנשיאה חיות. ראו גם רוזנאי, שימוש לרעה בחוק יסוד, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1372–1374.

כי העלאת אחוז החסימה אכן פוגעת בייצוג של הציבור הערבי.<sup>131</sup> כך היה גם בעניין **מופז**, שם העידו הנסיבות שמטרתה העיקרית של קביעת תקופת צינון ארוכה למי ששרתו בתפקידים בכירים בצבא ובשירות המדינה, שתחולתה מיידית, היתה למנוע מהעותר, הרמטכ"ל לשעבר, להתמודד בבחירות; אך משנמצא כי מבחינת תוכנו של הכלל שנקבע שם אין פגיעה בעקרונות יסוד מכוניים, בשל החשיבות של מניעת פוליטיזציה של הצבא ושל השירות הציבורי, הוכר תוקפו של השינוי שקבעה הכנסת.<sup>132</sup> דפוס דומה ניכר בפסקי-הדין שבהם נדחו העתירות בעניין ביטול המגבלה על מספר השרים בממשלה, מהלך שהיה במובהק שלא לתכלית ראויה אלא לקידום אינטרס צר של הממשלה שנבחרה, בהיעדר פגיעה בעקרונות יסוד.<sup>133</sup> ובפסקי הדין של חלק מן השופטים בפרשות התקציב הדו-שנת<sup>134</sup> ובעניין ממשלת החילופים.<sup>135</sup> דוגמה למקרה הפוך, שבו ההסדר שקבעה הכנסת אינו עולה בקנה אחד עם עקרון היסוד בדבר הזכות להיבחר, אך לא נמצא בסיס מספיק לקבוע שתכליתו ותוצאתו המובהקות הן העדפת אינטרסים של הקואליציה והממשלה, הוא עניין **ניימן (השני)**, באשר לתוקפו של סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת.<sup>136</sup>

כאמור, המקרים שבהם הוכרו על בטלות החקיקה (או נקבעה בהם "התראת בטלות") מאופיינים בכך שהופרו בהם במובהק שני סוגי המגבלות שתוארו. כך היה לעניין הפגיעה בעקרון השוויון בבחירות, בפרשות **ברגמן**, **דרך ארץ**, **רובינשטיין ו-תנועת לאו"ר**;<sup>137</sup> בפסקי-הדין של חלק מהשופטים בפרשות התקציב הדו-שנתי,<sup>138</sup> בפסק-הדין בעניין **שפיר**, באשר

<sup>131</sup> עניין **גוטמן**, לעיל ה"ש 107.

<sup>132</sup> עניין **מופז**, לעיל ה"ש 106.

<sup>133</sup> לעיל ה"ש 115.

<sup>134</sup> למשל, עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 21, פס' 4 לפסק-הדין של השופט הנדל: "[חקיקת חוק תקציב דו-שנתי אינה סותרת] עקרונות יסוד במשטרנו הדמוקרטי – עקרון הפרדת הרשויות והצורך בפיקוח של הכנסת על פעילות הממשלה. [...] גם אם אין להסכיף עם מעבר לתקציב ארבע-שנתי – ההופך את אישור התקציב להצבעת אמון חד פעמית בממשלה – וגם אם גיבוש תקציב שנתי מעוגן בחיי המשק ובחיי הפרט, [אין] בסיס לשלילת האפשרות של מעבר לתקציב דו-שנתי".

<sup>135</sup> עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 51, פס' 128 לפסק דינו של השופט מלצר: "אם היתה מבוטלת לחלוטין האפשרות להביע בכנסת אי-אמון בממשלה, יתכן שהייתי גורס שמדובר לא רק בשימוש לרעה בסמכות המכוננת, אלא בתיקון חוקתי לא חוקתי. דא עקא שפה לא נשללה אפשרות זו לחלוטין [...]". ראו גם עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 21, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת נאור: "[ב]מקרה שלפנינו [...] אין המדובר בפגיעה בזכויות אדם, ואין המדובר גם לטעמי בפגיעה בעקרונות יסוד משטריים. הקביעה לפיה תקציב יהיה תקציב שנתי דווקא (להבדילו מתקציב דו שנתי) איננה, לטעמי, עקרון יסוד חוקתי".

<sup>136</sup> עניין **ניימן**, לעיל ה"ש 109. דוגמה אחרת למקרה מסוג זה, שלא נדונה בפסיקה אך הוזכרה בעניין **בר-און**, לעיל ה"ש 21, היא החקיקה לדחיית הבחירות לכנסת השמינית ולפיכך להארכת תקופת כהונתה של הכנסת השביעית, בשל מלחמת יום הכיפורים. ההסדר בעניין נקבע בחוק הבחירות לכנסת השמינית ולרשויות המקומיות (הוראת שעה), התשל"ד-1973, והוא נחקק כמעט פה אחד (67 חברי-כנסת בעד ורק מתנגד אחד). ראו **ד"כ תשל"ד 4553** (25.10.1973).

<sup>137</sup> לעיל ה"ש 105.

<sup>138</sup> לעיל ה"ש 130.

להשלכות של אי חקיקת חוק תקציב שנתי;<sup>139</sup> ובהכרעה בדבר מועד תחילת התוקף של השינוי בתנאי הכשירות לכהן כמועמד לראש רשות מקומית.<sup>140</sup>

התיקון לחוק-יסוד: הממשלה, שנדון בבג"ץ הנבצרות,<sup>141</sup> באשר לקביעת התנאים שבהם מוכרו על כך שנבצר מראש הממשלה להמשיך למלא את תפקידו, מבטא אף הוא הפרה של שתי המגבלות הנדונות על סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק. הנסיבות שגלו לחקיקת התיקון פורטו בפסק-הדין. עיקרן: היוזמה לתיקון התעוררה בעקבות עתירה לבג"ץ, שבה התבקשה עמדת היועצת המשפטית לממשלה שיש לקבוע שנבצר מראש הממשלה להמשיך לכהן בתפקיד, לאור כך שהוא הפר באופן נרחב את הסדר ניגוד העניינים שנקבע לו, לאור משפטו הפלילי, בכך שעסק בקידום "הרפורמה המשפטית". התיקון נחקק בהליך מהיר, ולפיו ראש הממשלה יפסיק לכהן מחמת נבצרות רק מטעמים רפואיים, ורק אם הוחלט כך על-ידי הממשלה (ברוב של שלושה רבעים) והכנסת (ברוב של שני שלישים). מיד עם סיום הליך החקיקה של התיקון הכריז ראש הממשלה כי מעתה אינו מוגבל עוד לעסוק בקידום "הרפורמה המשפטית", כלומר ביטא עמדה שאינו רואה עצמו כבול עוד בהסדר ניגוד העניינים ובכך העיד על מטרתו של התיקון – שלילת האפשרות להעבירו מתפקידו על יסוד עילת הנבצרות, אף אם ייקבע שהפר את הסדר ניגוד העניינים.<sup>142</sup> לאור זאת נפסק שהתיקון "כונן לצורך קידומה של תכלית פרסונלית מובהקת – למנוע אפשרות כי ייקבע שנבצר מראש הממשלה המכהן למלא את תפקידו".<sup>143</sup> גם מבחינת תוכנו, התיקון פוגע בעקרונות יסוד של השיטה, בין היתר משום שהמגבלות החמורות על האפשרות להכריז על נבצרות ראש הממשלה עלולות להביא לכך שיתקיימו נסיבות שבהן חרף חוסר התפקוד של ראש הממשלה, או חרף מעשים קשים מאד שלו, למשל, פעולה בניגוד עניינים, הרי שבהיעדר הרוב החריג הדרוש בממשלה ובכנסת להכרזה על נבצרותו, הוא ימשיך לכהן ולפעול כך, באופן שעלול לפגוע קשות באינטרס הציבורי.

בהתאם לדפוס שעולה מן הפסיקה, ניתן להציע מתווה עקרוני לדיון בשתי דוגמאות היפותטיות, שנבחנות מעת לעת במערכת הפוליטית: תיקון חוק-יסוד: הממשלה שלפיו תוגבל תקופת הכהונה המרבית של ראש הממשלה (למשל, לשמונה שנים לכל היותר), ותיקון שלפיו הגשת כתב אישום פלילי נגד ראש הממשלה תוביל, בנסיבות שייקבעו, להפסקת כהונתו בתפקיד. ניתן להעריך כי מבחינת תוכנם, תיקונים מסוג זה ניתנים להצדקה. הספקות הם רק באשר לאפשרות שהתכלית של קביעת הסדרים אלה אינה רק זו העניינית אלא גם "פרסונלית", כלומר העברתו מתפקידו של ראש הממשלה המכהן (או שלילת כשירותו של אדם מסוים, שמתמודד בבחירות, למלא את התפקיד אם ייבחר). ההערכה הנדרשת בהקשר זה היא איזו משתי התכליות הללו היא זו הדומיננטית, ולשם כך יידרש להתחשב במכלול הנסיבות שהובילו לחקיקת התיקון. המדובר, בין היתר, במניע לחקיקת התיקון, אופיו של

<sup>139</sup> עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 36, שם קבעו השופטים כי הפגם בתיקון היה משולב – הפגיעה בפיקוח הכנסת על הממשלה, בדרך של חקיקת חוק תקציב שנתי ואיסור על הוצאה תקציבית חדשה בהיעדר חוק תקציב, והתכלית הפרסונלית המובהקת של התיקון. ראו לעיל ה"ש 117.

<sup>140</sup> עניין **התנועה לטוהר המידות**, לעיל ה"ש 40, שם עמד בית המשפט בפירוט על הקשיים שמעורר התיקון מבחינת תוכנו, להם מצטרף הקושי שנובע מכך שהחלתו המיידית נבעה, כך נקבע, מתכלית פרסונלית מובהקת.

<sup>141</sup> בג"ץ **הנבצרות**, לעיל ה"ש 2.

<sup>142</sup> לפירוט ראו בג"ץ **הנבצרות**, לעיל ה"ש 2, פס' 55–81 לפסק-הדין של ממלא מקום הנשיא פוגלמן.

<sup>143</sup> שם, פס' 28 לפסק-הדין של ממלא מקום הנשיא פוגלמן.

הליך החקיקה, ובכלל זה הרוב שבו נחקק התיקון (ותמיכת סיעות אופוזיציה בתיקון), מועד התחולה של התיקון (במיוחד, האם יש במועד התחולה ממד רטרואקטיבי, כלומר האם התיקון חל גם על מעשים שנעשו לפני חקיקתו) והכלליות שלו (בין היתר, האם התיקון חל רק על הכהונה בתפקיד ראש הממשלה או גם על כהונה בתפקידים אחרים, למשל שרים, חברי כנסת, ראשי רשויות מקומיות ועוד) וכדומה.<sup>144</sup>

בנסיבות שבהן אין לשלול שהתכלית היא גם "פרסונלית", ההכרעה תלויה כנראה במידת ההצדקה להחלת תנאי הכשירות. הכנסת אינה מוסמכת למנוע מאדם מסוים לכהן בתפקיד, באמצעות קביעת תנאי כשירות שהם כשלעצמם מותרים אך אינם הכרחיים, כמו משך כהונה מרבית. לכן, החלה מידית של המגבלה בדבר משך כהונה מרבית תיחשב כנראה חריגה מסמכותה של הכנסת ולכן בלתי תקפה, אף אם היא תעשה בחוק-יסוד. לא כך בהכרח באשר למגבלה בדבר הסייג לכהונה של מי שהוגש נגדו אישום פלילי. אם מדובר בהגבלת כהונה מידתית, שחלה, למשל, רק על אישום בעבירות חמורות, שנעשו במסגרת הפעלת סמכויות שלטוניות, אין לשלול את האפשרות שמגבלה שכזו לא רק עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד אלא אף מתחייבת מכוחם. בית המשפט דחה אמנם עתירות נגד כהונתו של נתניהו בתפקיד ראש הממשלה לאחר שהואשם בפלילים, אך מפסק הדין עולה שנחוצה קביעת מגבלה מסוג זה על כהונה בתפקיד, ודחיית העתירה התבססה רק על היעדר עיגון מפורש של המגבלה האמורה בחוק יסוד.<sup>145</sup> משמעות הדבר קביעה שבצד התכלית הסובייקטיבית "פרסונלית", מתקיימת כאן גם תכלית אובייקטיבית ראויה, ואין כאן הפרה של המגבלה העוסקת בתוכן התיקון, ולפיכך החלה מידית של תיקון כאמור צריכה להימצא תקפה.<sup>146</sup>

סיכום ביניים: התחום של שיטת הבחירות והמשטר מאופיין בכך שניכרת בו נכונות רבה של בית המשפט, מזה עשרות שנים, להכיר בקיומן של מגבלות על כוחה של הכנסת ולאכופף אותן, בהתבסס על הכרה בגבולות הסמכות של הכנסת. גישה זו מבוססת על ההערכה שיש מידה מספקת של הכשר ציבורי לאכיפת המגבלות הללו על סמכות הכנסת, לאור ההסכמה הרחבה על-כך שבשל ניגוד העניינים המובנה של הקואליציה בקביעת שיטת הבחירות והמשטר, ובהיעדר דרישת רוב מיוחד לחקיקת תיקונים לכללי המשחק או מגבלות מפורשות אחרות שנקבעו על-ידי הכנסת עצמה, הכרחי להחיל ביקורת שיפוטית לאכיפת המגבלות, הן באשר לתכלית ההסדרים שקובעת הכנסת והן באשר לתוכנם.

<sup>144</sup> ראו בעניין זה ביתר פירוט מדינה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 538–540.

<sup>145</sup> בג"ץ 2592/20 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (6.5.2020), תמצית נימוקים; 27.5.2020, פסק-דין משלים). ראו, למשל, שם, פס' 19 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "המסקנה המשפטית שאליה הגענו אין בה כדי להמעט מחומרת האישומים התלויים והעומדים נגד חה"כ נתניהו בעבירות על טוהר המידות, ומהקושי הנגזר מכהונה של ראש ממשלה הנאשם בפלילים"; פס' 3 לפסק דינו של השופט פוגלמן: "הטלת תפקיד של הרכבת ממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום המייחס לו עבירות שוחד, מרמה והפרת אמנים פוגעת אף היא באמון הציבור במשרתיו, ואולי אף במידה חריפה יותר מזו עליה עמד בית משפט זה בפרשות דרעי ופנחסי בהיתן מעמדו הרם והמיוחד של ראש הממשלה".

<sup>146</sup> דיון דומה יש להחיל באשר להסדרים שקשורים להרחבה או לשלילת הזכות לבחור ולהיבחר. אלה כוללים, למשל, החלטה להעניק זכות בחירה גם לאזרחים שאינם מתגוררים בישראל ומבקשים להצביע מחו"ל; ובאשר לסוגיות הקשורות לאי-הענקת אזרחות – שהיא תנאי לזכות לבחור ולהיבחר – למי שמתגוררים בשטח ש"סופח", להלכה או רק למעשה, למדינת ישראל (בעניין זה ראו, למשל, סבן, לעיל ה"ש 32). בשל מגבלות מקום, לא נוכל להציע כאן דיון בסוגיות חשובות אלה ודומות להן.

## 2. קביעת כללי המשחק בעניין תוקפן של חקיקה והחלטות מינהל

תחום נרחב מבחינת ההחלטות שעליהן הוא חל עניינו כללי המשחק באשר להכרעות שלטוניות "רגילות", שעוסקות בהקצאת משאבים ציבוריים, בהגבלת חירויות, במינויים ופיטורים וכדומה. במסגרת זו נכללים הסדרים באשר לחלוקת הסמכויות בין הכנסת לממשלה (ובכלל זה, הדרישה להסמכה בחוק והכלל בדבר "הסדרים ראשוניים"), כללים העוסקים בהליכי החקיקה והליכי המינהל, והגבלות על תוכן ההכרעות השלטוניות המותרות, בעיקר החובה לכבד את זכויות האדם ואת כללי המשפט המינהלי, לרבות דרישת הסבירות. גם בתחום זה מוכרת סמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק. עם זאת, בשונה מהתחום של שיטת הבחירות והמשטר, כאן הכנסת נמנעת לאורך שנים רבות מלהפעיל את סמכותה. בית המשפט מילא את החלל הזה, בפסיקה ענפה, שראשיתה מיד בפסקי הדין הראשונים שלו בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, פסיקה שקבעה את החובות של רשויות השלטון במכלול היבטים הליכיים ומהותיים. במרבית המקרים שבהם הכנסת בחרה לחוקק כללים בעניינים הנדונים כאן, היא אימצה כללים שנקבעו עוד קודם לכן בפסיקה. הדוגמה העיקרית לכך היא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992. השאלה שבמוקד הדיון הנוכחי היא מהם גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הסדרים שמשנים את כללי המשחק שנקבעו בפסיקה. הדוגמה האקטואלית היא תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, שנדון בבג"ץ הסבירות, ככל שהוא מתפרש כקביעה שתוצאתה המעשית היא ביטול חובתם של הממשלה ושל השרים לפעול בסבירות. בשורות הבאות ננסה לאפיין את גבולות כוחה של הכנסת בהקשר זה.

*קביעה פסיקתית של כללי המשחק.* הכלל היסודי שעוגן בפסיקה הוא עקרון שלטון החוק. שני המובנים הבסיסיים (שלעיתים מכונים המובנים ה"פורמאליים") של שלטון החוק, קרי הכפיפות של הרשות המבצעת להוראות החוק והקביעה שהרשות המבצעת רשאית לפעול רק בתחומים שבהם הוקנתה לה סמכות בחוק, הוכרו על-ידי בית המשפט, בהתבסס על הזהות החוקתית של המדינה, כלומר מכוח עצם היותה דמוקרטית. הדבר נקבע כבר באחד מפסקי-הדין הראשונים שניתנו לאחר הקמת המדינה, עניין אל-כרבוטלי: "השלטונות כפופים לחוק [...] ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של המדינה. יהיה בזה נזק חמור לציבור ולמדינה גם יחד אם השלטונות ישתמשו בכוח הניתן מטעם המחוקק [...] תוך התעלמות גמורה מהסייגים המוצבים על-ידי המחוקק על דרך השימוש בכוח הזה".<sup>147</sup> בית המשפט הוסיף וקבע בעניין זה, בפרשת בז'רנו, בשנת 1949, כי תנאי לפעולה של הרשות המבצעת – לפחות בעניין שפוגע בזכות אדם – הוא הסמכה מפורשת לכך מטעם המחוקק.<sup>148</sup> מאוחר יותר, על יסוד עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון הרוב, דרישה זו הורחבה באמצעות

<sup>147</sup> בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב 5, 14 (1949). בהתאם לכך הורה שם בית-המשפט על שחרורו של אדם שנעצר במהלך המלחמה, משום שהמעצר (המינהלי) נעשה בלא שהוקמה ועדה מייעצת שנדרשה לעניין זה.

<sup>148</sup> בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 84 (1949): "האיסור שאסרו המשיבים על המבקשים [הוא] מעשה אשר יש בו משום קיפוח אחת מזכויות היסוד של אזרח, [...] ובהעדר סמכות מפורשת או מכללא בחוק אין לו, לאיסור, צידוק כלשהו. אם אמנם אין דרך אחרת לתיקון המצב, אלא הדרך שבה אמרו המשיבים ללכת על המחוקק להגיד דברו".

פיתוח הכלל בדבר "הסדרים ראשוניים", שלפיו עקרונות היסוד של המדיניות בתחום מסוים צריכים להיות מוסדר על-ידי הכנסת, בחוק.<sup>149</sup>

בדומה לכך נפסק, על יסוד אפיון הזהות החוקתית של המדינה כדמוקרטיה, כי על רשויות השלטון מוטלת החובה לכבד את זכויות האדם. הכרזת העצמאות, אף שאינה מוכרת כנורמה חוקתית שמגבילה ישירות את סמכות הכנסת, היא בסיס מרכזי לאפיון היבט זה של הזהות החוקתית.<sup>150</sup> לא אחת נעשה שימוש באמירה ש"כלל גדול" הוא שעל השלטון לכבד את זכויות האדם, ובכלל זה את הזכות לשוויון,<sup>151</sup> חופש העיסוק<sup>152</sup> וחופש דת;<sup>153</sup> ובביטוי "עקרונות ידועים ועתיקים", שעליהם התבססה ההכרה בפסיקה בחובה לכבד את חופש הביטוי.<sup>154</sup> בלשונו של השופט לנדוי בפרשת **אולפני הסרטה**, "זכות האזרח להפיץ ולקבל ידיעות על המתרחש מסביבו [...] קשורה קשר אמיץ עם הזכות לחופש הביטוי, ומשום כך שייכת גם היא לאותן זכויות ייסוד 'שאינן כתובות על ספר', אלא הן נובעות במישורן מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש".<sup>155</sup> לכך נוספים הכללים המפורטים בדבר אופן ההפעלה של סמכויות שלטוניות, שפותחו בפסיקה בהתבסס על ההכרה במעמדה של הרשות השלטונית כ"נאמן הציבור", הן בהיבטים של הליך ההחלטה המינהלית<sup>156</sup> (כמו גם, אף אם חלקית, הליך החקיקה בכנסת<sup>157</sup>) והן בהיבטים שעניינם תוכנה של ההחלטה, ובכלל זה דרישת הסבירות, והיבטים של שלטון החוק במובנו המהותי.<sup>158</sup>

<sup>149</sup> למשל, בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998).

<sup>150</sup> ההסתמכות המובהקת ביותר על התפיסה בדבר זהות חוקתית היא פסק דינו של השופט אגרנט בבג"ץ 53/73 **קול העם נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871, 884 (1953): "מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות – ובפרט בדבר השתתפות המדינה 'על יסודות החירות' והבטחת חופש המצפון – פירושים, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. [...] ההכרזה, [...] במידה שהיא 'מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו', מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה [...]; הלא זו אקסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו".

<sup>151</sup> ב"ש 71/78 **מדינת ישראל נ' אבוקסיס**, פ"ד לב(2) 251, 240 (1978); בג"ץ 507/81 **אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לה(4) 561, 567 (1981). ראו גם עניין **ברגמן**, לעיל ה"ש 104, בעמ' 698 (השופט לנדוי): "עקרון היסוד של שוויון הכלל בפני החוק [...] שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".

<sup>152</sup> עניין **בוזרנו**, לעיל ה"ש 148, בעמ' 82; בג"ץ 311/60 **י. מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה**, פ"ד טו 1989, 1996 (1961).

<sup>153</sup> למשל, בג"ץ 47/82 **קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות**, פ"ד מג(2) 661, 703 (1989). ראו גם, ביחס לזכויות אחרות, למשל בג"ץ 137/50 **אל מטרי נ' המפקח על נכסי נפקדים, יפו**, פ"ד ה 645, 648–649 (1951); עמ"מ 9/55 **פלוגי נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית**, פ"ד י 1720 (1955).

<sup>154</sup> עניין **קול העם**, לעיל ה"ש 150, בעמ' 875–876.

<sup>155</sup> בג"ץ 243/62 **אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי**, פ"ד טז 2408, 2415 (1962).

<sup>156</sup> לפירוט ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית – כרך ב** 991–1402 (מהדורה שנייה מורחבת, 2011).

<sup>157</sup> למשל, בג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (6.8.2017).

<sup>158</sup> למשל, בג"ץ 262/62 **פרץ נ' יו"ר המועצה המקומית כפר שמריהו**, פ"ד טז(3) 2101 (1962); בג"ץ 156/75 **דקה נ' שר התחבורה**, פ"ד ל(2) 94, 105 (1976); בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421, 445 (1980); בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441, 480 (1988). לפירוט ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית – כרך ה** 3849–3873 (מהדורה שנייה מורחבת, 2020).

לאורך השנים, הכנסת נמנעה כמעט לחלוטין מלעגן בחקיקה את כללי המשחק הללו או לקבוע היתר לממשלה לחרוג מהם. שתיקתה זו של הכנסת לא נתפסה רלוונטית לעניין ההכרה בחובה של כלל רשויות השלטון לכבד את כללי המשחק הללו. לגבי הממשלה נאכפה חובה זו כעניין שבשגרה, כבר מימיו הראשונים של בג"ץ. באשר לחקיקת הכנסת, בחר בית המשפט שלא לאכוף את כללי המשחק שנקבעו בפסיקה בדרך של הכרזה על בטלותה של חקיקה שמפרה אותם, אך קביעה זו לא נעשתה על יסוד ההערכה שהכנסת פטורה מן החובה לציית לכללים הללו. הבסיס לכך היה העמדה שנחוצה מידה מספקת של הכשר ציבורי, כעניין אמפירי ונורמטיבי כאחד, להחלת ביקורת שיפוטית על חקיקה. ההערכה היתה שלשם גיבוש הסכמה ציבורית לאכיפה שיפוטית של המגבלות על כוחה של הכנסת נחוץ שיהיה למגבלות הללו עיגון בחקיקת הכנסת עצמה, חקיקה בעלת מעמד חוקתי.<sup>159</sup> בהיעדר עיגון שכזה, סבר בית המשפט שמוטב להימנע מהכרזה שיפוטית על בטלותה של חקיקה שמפרה את הכללים. עם זאת, ההכרה בכך שהכנסת מחויבת לכבד את הכללים "הבלתי כתובים" הללו התבטאה בעמדה שיש לפרש את החקיקה על יסוד החזקה כי תכלית החקיקה עולה בקנה אחד עם חובה זו. הדוגמאות לכך רבות מאד, החל מפרשת **קול העם**<sup>160</sup> וכלה, לאחרונה, בפרשת **גורטלר**,<sup>161</sup> כעניין אימוץ ילדים על-ידי בני זוג מאותו המין.

הגישה שנהגה בפסיקה, לפני הלכת **בנק המזרחי** וגם אחריה, מבטאת אם כן שני היבטים חשובים: האחד, החובה המוטלת על הכנסת, כרשות מחוקקת, לכבד את כללי המשחק עומדת בפני עצמה, בין אם זכתה לעיגון בנורמה חוקתית ובין אם לאו; והשני, העיגון של חובה כזו בנורמה חוקתית נחוץ רק לשם ביסוס ההכשר הציבורי להחלת ביקורת שיפוטית. בהתאם לכך, הדיון בשאלה מהו הדין כאשר הכנסת מבקשת לשנות את כללי המשחק מחייב להבחין בין שני סוגים של מקרים: האחד, ביטול העיגון בחוק-יסוד של כללי משחק מסוימים; והשני, שינוי כללי המשחק או מתן היתר לכנסת או לממשלה לפעול בניגוד להם.

**חקיקה שמבטלת עיגון בחוק-יסוד של כללי משחק מסוימים.** מקרים מן הסוג הראשון, בדבר ביטול העיגון של כלל מסוים שנקבע בחוק-יסוד בלי לקבוע במקומו כלל חלופי, מאופיינים בכך שהכנסת אינה מעניקה היתר מפורש, לרשות המבצעת או לעצמה, לפעול בניגוד לכלל משחק כלשהו, אלא רק בוחרת לבטל את החובה המפורשת לכבד כלל זה. דוגמה לכך, היפותטית, לפחות לפי שעה, היא חקיקה שמבטלת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או מסייגת את תחולתו במקרים מסוימים. במקרה מסוג זה, ככלל אין בביטול העיגון החקיקתי של כלל המשחק הנדון כדי להשפיע על חובתה של הרשות השלטונית, הכנסת או הממשלה, להמשיך ולכבד את הכלל. כאמור, מקור התוקף של הכללים הנדונים הוא בערכים המכוננים של המדינה, בזהות החוקתית שלה, ולא בחקיקת הכנסת כשהיא לעצמה. חקיקת הכנסת ממלאת תפקיד חשוב באפיון כללי המשחק, ולחקיקה שמבטלת עיגון של כלל מסוים עשויה להיות השלכה על מעמדו המחייב של הכלל. אך החקיקה שמבטלת את העיגון שלו בחוק-יסוד אינה מוליכה בהכרח לביטול מעמדו המחייב של הכלל.

<sup>159</sup> למשל, מדינה, לעיל ה"ש 91. ראו גם לעיל פרק א.6.

<sup>160</sup> עניין **קול העם**, לעיל ה"ש 150.

<sup>161</sup> בג"ץ 5158/21 **גורטלר נ' שר הרווחה**, פס' 21 לפסק דינו של מלאך מקום הנשיא פוגלמן (28.12.2023): "השאלה שלפנינו אינה מה משמעות הביטוי 'איש ואשתו' בשפה העברית, קרי, מהי המשמעות המילולית של הביטוי כשלעצמה; עלינו לשאול מהו המסר הנורמטיבי הטמון בביטוי זה [...] בחינת הביטוי בהקשרו מלמדת כי [...] התזה הפרשנית שלפיה גם בני זוג מאותו מין באים בגדר הסעיף היא פרשנות לשונית אפשרית".

ההשפעה האפשרית העיקרית של ביטול חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא על ההכשר הציבורי להמשיך ולהחיל ביקורת שיפוטית לאכיפת החובה הנדונה. להערכתנו, אין לשלול את האפשרות שנוצרה כיום מידה מספקת של הכשר ציבורי לאכיפה שיפוטית של החובה של הכנסת לכבד את כללי המשחק, ובכללם החובה לכבד את זכויות האדם, שתעמוד בעינה גם בלי שיהיה עיגון לכך בנורמה חוקתית מפורשת. ביסוד גישה זו ההערכה שבחלוף שלושה עשורים מאז "המהפכה החוקתית", נוצר הכשר ציבורי מספיק להחלת ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת,<sup>162</sup> הכשר שקיים גם כאשר אין למגבלה עיגון בנורמה חוקתית מפורשת.<sup>163</sup> יתר על-כן, לאור שיקולי המדיניות בדבר חשיבותה של אכיפה שיפוטית של החובה המוטלת על הכנסת לכבד את זכויות האדם, ייתכן שאף אם נחלשה ההסכמה הציבורית לכך – אך גם לא התגבשה הסכמה לעמדה השוללת זאת<sup>164</sup> – ראוי יהיה להצדיק את המשך הביקורת השיפוטית על חקיקה הפוגעת בזכויות אדם.

ביטוי מסוים לכך ניתן כבר כיום, בגישה שלפיה נאכפים בדרך של ביקורת שיפוטית, גם ביחס לכנסת, כללים שאינם מעוגנים מפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כידוע, אף שהכנסת השמיטה במכוון מרשימת הזכויות המוגנות בחוק היסוד שורה של זכויות, ובהן שוויון, חופש ביטוי, חופש דת וחופש מדת, נאכפת בפסיקה חובתה של הכנסת לכבד גם זכויות אלה, על יסוד פרשנות מרחיבה של הזכות לכבוד האדם.<sup>165</sup> בדומה לכך, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מתפרש כמעגן גם כללי משחק שאינם עוסקים במובהק בזכויות אדם, כמו הכלל בדבר הסדרים ראשוניים, האיסור על הפרטת סמכויות שלטוניות ועוד.<sup>166</sup> הכרעות שיפוטיות אלה נותנות יסוד להעריך שהחלטה בעניין **קוונטינסקי**, לשלול את תוקפו של חוק משום שהליך החקיקה שלו הפר כללי משחק שנקבעו בפסיקה, חרף כך שכללי המשחק הללו לא עוגנו בחוק-יסוד (או בחוק או בתקנון הכנסת),<sup>167</sup> תישם גם בהקשרים אחרים, אף אם יבוטל העיגון החוקתי של כללי משחק שכיום זוכים לעיגון כזה. עם התגבשות ההכרה הציבורית בלגיטימיות של ביקורת שיפוטית, פוחת הצורך בהסכמה מפורשת של הכנסת בחקיקה לכבד את כללי המשחק.

*חקיקה שפוטרת את הממשלה או הכנסת מכללי משחק שנקבעו בפסיקה.* המקרים הקשים יותר הם אלה שבהם הכנסת מתימרת לקבוע פטור, לעצמה או לממשלה, מחובה לכבד כללי משחק מסוימים. הדבר עשוי להיעשות בדרך של חקיקה לביטול עיגון קיים של כללי משחק כלשהם, שבהתחשב במכלול הגורמים הרלוונטיים, הפירוש הנכון שלה הוא ביטול החובה

<sup>162</sup> למשל, בסקר מדד הדמוקרטיה לשנת 2022 נמצא כי 57% מן הציבור סבורים כי לבית-המשפט העליון צריכה להינתן סמכות לבטל חוקים שחוקקה הכנסת שנוגדים עקרונות דמוקרטיים. תמר הרמן ואח' מדד הדמוקרטיה הישראלית 2022 49 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2022) <https://www.idi.org.il/books/46653>.

<sup>163</sup> ראו ברוח זו אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 412 (2004): "יש לצפות לכך ששינויים בתפיסתה של הדמוקרטיה החוקתית [...] יופנמו גם אצלנו. האיש ברהוב' יבין יותר [מאשר הוא מבין] היום, כי דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב אלא גם שלטונם של ערכים, ובהם זכויות האדם. בעקבות חינוך הנוער היא זה מובן מאליו כי ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק אינה פוגעת בדמוקרטיה אלא מגשימה אותה. המחלוקת המפלגות אותנו כיום בעניין זה ייראו בלתי מובנות בעוד שנים מספר".

<sup>164</sup> הממצאים העולים בהקשר זה מסקרים שונים אינם חד-משמעיים. לדיון ראו מדינה, לעיל ה"ש 20.

<sup>165</sup> למשל, אהרן ברק **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – כרך ב: הזכות לכבוד האדם** (יצחק זמיר עורך, 2023).

<sup>166</sup> מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 26.

<sup>167</sup> עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 157.

לכבד את הכללים, או בחקיקה שמעניקה מפורשות פטור כאמור. ההנחה המקובלת היא שלכנסת הסמכות לשנות את היקף ההגנה על זכויות האדם ואת כללי המשפט המינהלי שנקבעו בפסיקה. אולם, סמכותה זו מוגבלת. הסיבה לכך היא העובדה שהכנסת מצויה בניגוד עניינים מוסדי בקביעת כללי המשחק הללו, שכן הכנסת משנה את כללי המשחק ברוב הקואליציוני הרגיל, כללים שנועדו להגביל את כוחה של הממשלה, שנבחרת על-ידי הרוב בכנסת ואשר שולטת למעשה בחקיקת הכנסת. בהתאם לדפוס שכבר תואר לעיל, מתקיים כאן שילוב של הפרת שתי מגבלות על כוחה של הכנסת: האחת, שינוי כלל משחק מסוים יחשב "שימוש לרעה" בסמכות הכנסת אם מטרתו העיקרית היא להעניק לממשלה או לכנסת הנוכחיות פטור מתחולתו של הכלל; והשנייה, אין תוקף לביטול כלל משחק שיש לו חשיבות רבה, כלומר כלל שנובע באופן הכרחי מן הערכים המכוננים של המדינה.

כאמור לעיל, הבחנה שמסבירה את הפסיקה בתחום זה היא בין חקיקה לביטול חובתן של הכנסת או הממשלה לפעול בהתאם לכלל כלשהו לבין היתר לסטות ממנו בנסיבות מסוימות. זוהי הבחנה שמוסיפה ממד להבחנה בין "שינוי" לבין "פגיעה"<sup>168</sup>. לפי הגישה שעולה מן הפסיקה, אף שאינה מפורשת בה, לכנסת הסמכות לקבוע, בחוק-יסוד, סייגים לתחולתו של הכלל במקרים מסוימים ("לפגוע" בכלל), והבחנה הנדרשת היא אם התכלית של קביעת הסייג ראויה ואם מבחינת תוכנו, הסייג עולה בקנה אחד עם הזהות החוקתית של המדינה. לעומת זאת, עקרונית הכנסת אינה מוסמכת לביטול כלל מכללי משחק שנובעים מן הערכים המכוננים של המדינה (כלומר, "לשנות" את הכלל ההכרחי והנוהג, בדרך של ביטולו). תיקון כזה חורג מסמכותה של הכנסת.

נדגים הבחנה זו באמצעות שלוש סוגיות שנדונו בפסיקה. שתי הראשונות עוסקות בקביעת סייגים לתחולתו של הכלל במקרים מסוימים, שאינה עולה כדי ביטולו, היבט שעשוי להסביר את אופן ההכרעה בפסיקה באשר לתוקפה של החקיקה בשני המקרים הללו, שעיקרה הסתפקות בפרשנות מצמצמת של התיקונים שנדונו שם, אך הימנעות מהכרזה על ביטולם. הדוגמה השלישית, שבה עסק בג"ץ הסבירות, מבטאת ניסיון של הכנסת לביטול את אחד מכללי המשחק היסודיים, שהוכרז בטל.

*דוגמה ראשונה* היא; סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, הידוע כ"פסקת ההתגברות", שהוסף לחוק היסוד בשנת 1994. מכוחה של הוראה זו, "הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה" גם אם היא פוגעת בחופש העיסוק פגיעה בלתי מוצדקת, כלומר גם היא לא נועדה לתכלית ראויה או שאינה מידתית, וזאת אם נחקקה בקולותיהם של לפחות 61 חברי-כנסת ונאמר בה מפורשות שתהא תקפה על אף הפגיעה בחופש העיסוק. הוראה זו היא דוגמה לקביעת סייג לתחולתו של הכלל, שאינה עולה כדי ביטולו. פסקת ההתגברות מסייגת את הכלל המחייב את הכנסת להימנע מפגיעה בזכות אדם שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, בכך שהיא קובעת תנאים שבהם מותר לפגוע כך בזכות אדם ("חוק חורג"). אך זהו שינוי שאינו עולה כדי ביטול החובה לכבד את זכויות האדם: התנאים שנקבעו בסעיף 8 כתנאי לתוקפו של חוק חורג – דרישת רוב של לפחות 61 חברי-כנסת ואמירה מפורשת בחוק החורג כי היא תקף על אף האמור בחוק היסוד – אינם מספקים אמנם הגנה ממשית על הזכות החוקתית; אך העיקר הוא בכך שפסקת ההתגברות הוחלה רק לעניין פגיעה בחופש העיסוק. היא הותירה על כנה את החובה של הכנסת לכבד את כלל זכויות האדם המוגנות מכוח חוק-

יסוד: כבוד האדם וחירותו. ייחודו זה של סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק עשוי להסביר את ההכרה המסויגת בתוקפו בפסק הדין בעניין מיטראל, שניתן בשנת 1996.<sup>169</sup> בעניין מיטראל בית המשפט לא שלל את האפשרות שכוחה של הכנסת, כרשות מכוננת, להחיר לרשות המחוקקת לחוקק חוק חורג, כלומר חוק שפוגע בזכויות האדם, מוגבל. בית המשפט ציין שם, כי "גם אם נניח – בלא להכריע בדבר – כי קיימים עקרונות יסוד ומטרות אשר חוק [שנחקק מכוח פסקת ההתגברות] אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם בוודאי עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושגתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה".<sup>170</sup> זוהי אפשרות שמשמעותה צמצום תחולתה של פסקת ההתגברות. בית המשפט לא נדרש להכריע בעניין זה בהתבסס על כך שממילא אין בכוחה של פסקת ההתגברות כדי להכשיר פגיעה שלא כדין בזכויות המוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נפסק כי אם חוק חורג (לעניין חוק-יסוד: חופש העיסוק) פוגע בפגיעה "בעלת עוצמה ממשית" בזכויות שמוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוקפו מותנה בעמידה בדרישות פסקת ההגבלה.<sup>171</sup> הלכה זו היא תקדים חשוב לשני ההיבטים שהוזכרו: מצד אחד, יש כאן נכונות להכיר בקיומה של הגבלה על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק, הכרה שיושמה שם בדרך של פרשנות מצמצמת של פסקת ההתגברות. מצד שני, לאור כך שהפגיעה שנובעת מסעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק בחובה לכבד את זכויות האדם מוגבלת בהיקפה, הן לאור תוכנו והן מכוח הפרשנות המצמצמת שלו, ואין בה כדי לבטל את החובה, הוכר כוחה של הכנסת לשנות כך את כללי המשחק. לאור ההנמקה שהובאה בפסק הדין, ספק רב אם זו היתה התוצאה לו הוחלה פסקת ההתגברות גם על פגיעה שלא כדין בזכויות שמוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש לשער שהיה נקבע כי פגיעה כזו היא הפרה "מהותית וקשה" של "עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו [...] מושגתים עליהם".

בעניין מיטראל בית המשפט לא עסק מפורשות ביישום המגבלה העוסקת בתכליתו של התיקון, ונראה שהיבט זה אינו חד-משמעי כאן. מצד אחד, סעיף 8 נחקק כדי שניתן יהיה לחוקק הסדר מסוים – איסור על יבוא בשר שאינו כשר, שחקיקתו נדרשה לשם הבטחת המשך תמיכתה של סיעת ש"ס בממשלה – לאור ההערכה שההסדר פוגע שלא כדין בחופש העיסוק ובחופש מדת.<sup>172</sup> הדבר עולה הן מנסיבות חקיקת החוק,<sup>173</sup> והן מתוכנו של ההסדר שנקבע, שמבחין בין חוקים שנחקקו בתוך שנה ממועד חקיקת סעיף 8, שתוקפם אינו מוגבל בזמן, לבין חוקים שיחקקו לאחר מכן, שתוקפם מוגבל לארבע שנים, הבחנה שאין לה הצדקה

<sup>169</sup> בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996). סוגית תוקפו של סעיף 8 נדונה גם בעניין פורת, לעיל ה"ש 25, אך הדין שם היה לקוני מאד.

<sup>170</sup> עניין מיטראל, לעיל ה"ש 169, פס' 16 לפסק דינו של הנשיא ברק.

<sup>171</sup> שם, פס' 21.

<sup>172</sup> ראו בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 505 (1993) (השופט אור): "שלילת זכות העותרת לעסוק ביבוא בשר [...] סותרת, לכאורה, את הוראות חוק-יסוד [חופש העיסוק]. חקיקה שעל-פיה יותנה יבוא בשר בתנאי שיהיה כשר היא חקיקה המגבילה את חופש העיסוק, שלא בהתאם לפיסקת ההגבלה שבסעיף 1".

<sup>173</sup> ראו למשל רבקה ווייל, "על המגבלות האינהרנטיות על סמכות ההתגברות בחוקה הישראלית: סיפורה של ההתגברות מסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת דרך תיקונים רטוראקטיביים לחוקה וכלה בעקרונות העל" ספר אשר גרוניס 313–315 (קרן אזולאי ואח' עורכים, 2022).

עניינית. משמעות הדבר כי שניים מבין שלושת השיקולים הרלוונטיים לבירור תכליתו העיקרית של התיקון שנדונו בפרק ב.4 לעיל – הגורם הראשון, בדבר הנסיבות שהובילו לחקיקת התיקון, והגורם השלישי, בדבר צורתו של התיקון ומידת הכלליות שלו – מוליכים למסקנה שהתכלית כאן היא הענקת פטור לכנסת ולממשלה מתחולתה של מגבלה, שהיא תכלית פסולה. מצד שני, אופיו של הליך חקיקת התיקון מצמצם במידת מה את החשש שהיה כאן שימוש לרעה בכוחו של רוב מזדמן בכנסת. התיקון נחקק לאחר דיון מפורט, בהתחשב בעמדות מומחים, וזכה לתמיכה נרחבת בכנסת, גם של סיעות אופוזיציה.<sup>174</sup> נראה שהמסקנה הסבירה יותר היא שמדובר כאן בתכלית פסולה, אך לאור הספקות בנושא, ובעיקר לאור מידת החומרה המוגבלת של הסתירה לעקרונות היסוד שנובעת מתוכנו של התיקון לאור הפרשנות המצמצמת שלו, ההכרה בתוקפו של התיקון עולה בקנה אחד עם ההלכה כפי שפותחה בפסיקה כעבור למעלה מעשרים שנים.

*דוגמה שנייה* היא סעיף 7 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שנחקק בשנת 2018. הכנסת קבעה שם כי הממשלה "תפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס" של "התיישבות יהודית". ככל הנראה, תכליתה של הוראה זו לפטור את הממשלה מן החובה לנהוג בשוויון בין יהודים לערבים בכל הקשור למדיניות ההתיישבות.<sup>175</sup> בדיון בתוקפו של סעיף זה (ושל כלל הוראות חוק היסוד), בפסק דין **חסון**, שניתן בשנת 2021, הכיר בית המשפט מפורשות במגבלות על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק, קביעה ששימשה בסיס להכרעה בבג"ץ **הסבירות**, שלוש שנים מאוחר יותר. בית המשפט קבע שם כי "המגבלות החלות על הרשות המכוננת [...] נוגעות למצבים חריגים של שינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה. [...] לא ניתן ליישב חוק יסוד שפוגע פגיעה אנושה בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים – ובכלל זאת בחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם [...]; קיום הפרדת רשויות; שלטון החוק; ורשות שופטת עצמאית... עם היותה של ישראל מדינה דמוקרטית".<sup>176</sup> הבחירה לקבוע כך, עניין שהושאר בפסיקה קודמת ללא הכרעה, עשויה להיות מוסברת בכך שחוק-יסוד: הלאום התקרב קרבה מסוכנת לביטול של כלל המשחק החשוב ביותר מבין אלה הנדונים כאן, החובה לנהוג בשוויון בין יהודים לערבים.

עם זאת, כמו במקרה של פסקת ההתגברות שבחוק-יסוד: חופש העיסוק, חוק-יסוד: הלאום לא שינה את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובשל כך, בית המשפט קבע בעניין **חסון** כי חוק-יסוד: הלאום "[לא] הוביל בפועל לשינוי דסט" של המשטר החוקתי בישראל".<sup>177</sup>

<sup>174</sup> בחקיקת סעיף 8 תמכו בקריאה השנייה 64 חברי כנסת ורק 11 חברי-כנסת התנגדו ו-67 תמכו בו בקריאה השלישית (פרוטוקול ישיבה 198 של הכנסת ה-13 (9.3.1994)). הקואליציה כללה באותה עת רק 56 חברי-כנסת (ו-62, עם סיעת ש"ס, שהצביעה עם הקואליציה בנושאים מסוימים). דוגמה לדיון הציבורי והמקצועי שקדם לחקיקת התיקון היא מכתבו הפומבי מיום 11.1.1994 של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק אל יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת (נוסח המכתב פורסם במאמר: אהרן ברק "על התיקונים בחוק-יסוד: חופש העיסוק" **משפט וממשל** ב 545 (1995)); הצעותיו של השופט ברק אומצו במידה רבה על-ידי הכנסת.

<sup>175</sup> לדיון ראו, למשל, עשור ויצמן וברק מדינה "סעיף 7: המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה" **ספר הפרשנות של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי** 507 (יובל שני וידידה שטרן עורכים 2023).

<sup>176</sup> עניין **חסון**, לעיל ה"ש 10, בפס' 28–30 לפסק-הדין של הנשיאה חיות.

<sup>177</sup> עניין **חסון**, לעיל ה"ש 10, פס' 49 לפסק-הדין של הנשיאה חיות (ההדגשה הוספה).

בית המשפט נקט במהלך דומה לזה שנעשה בפרשת מישראל, ונמנע מלהכריז על בטלותו של סעיף 7, והסתפק בפרשנות מצמצמת שלו, שלפיה אין נובע מסעיף 7 היתר כללי לפעול באופן מפלה.<sup>178</sup> מהלך דומה ננקט לעניין סעיף 4 לחוק היסוד, באשר למעמדה של השפה הערבית.<sup>179</sup> גם כאן, ניתן להעריך כי לו קבעה הכנסת עדיפות של סעיף 7 (או של סעיף 4) על-פני הוראות חוקי היסוד האחרים, כך שהיה נובע ממנו ביטול חובתן של הכנסת ושל הממשלה לנהוג בשוויון בין יהודים לערבים בתחום ההתיישבות, סעיף 7 היה מוכרז בטל, בשל חריגת הכנסת מסמכותה. בה בעת, בית המשפט מצא צורך להבהיר כי כוחה של הכנסת מוגבל, ולהצדיק בדרך זו את הפרשנות המצמצמת של סעיף 7, שהלכה למעשה המעיטה מאד את משמעותו המשפטית.

*הדוגמה השלישית* היא סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, שנחקק בשנת 2023. תיקון זה נבדל משני אלה שנדונו לעיל בכך שכאן מדובר בביטול גורף של כלל ולא רק בקביעת סייגים לתחולתו. על-פי התיקון, אין להחיל ביקורת שיפוטית על כל החלטה שהיא של הממשלה או של שר בהתבסס על עילת הסבירות. הכרעת הרוב בבג"ץ הסבירות, שם הוכרז על בטלותו של תיקון זה, עשויה להתפרש כמבוססת על שתי משמעויות שונות של הוראה זו: חלופה אחת, שתידון בפרק הבא, היא שהכלל בדבר דרישה הסבירות בעינו עומד, והתיקון הנדון רק שולל את הסמכות לביקורת שיפוטית לאכיפתו של כלל זה; והשנייה, שנדונה כעת, היא שמדובר בביטול למעשה של הכלל הנדון, בכל הקשור להחלטות ממשלה או שר. ביסוד העמדה האחרונה ההערכה השלילת הסמכות לביקורת שיפוטית בהתבסס על עילת הסבירות צפויה להביא לכך שהממשלה תראה עצמה פטורה מן החובה לפעול בסבירות, בהיעדר דרך יעילה לאכוף על הממשלה לציית לכלל זה.

בבג"ץ הסבירות, רוב גדול מבין השופטים, שנים-עשר מבין חמשה-עשר השופטים (ואולי גם שופט נוסף),<sup>180</sup> אימץ את הקביעה בהלכת חסון שלפיה יש הגבלות על כוחה של

<sup>178</sup> בית המשפט פירט שורה של הסדרים שהחלתם ממשיכה להיות אסורה גם כיום, כפי שהיה לפני חקיקת חוק-יסוד הלאום, ביניהם הקמת יישובים נפרדים ליהודים, אשר לא יתירו קבלה של מי שאינם יהודים, והענקת תמריצים רק לאזרחים יהודים שיעברו להתגורר בצפונה של המדינה (שם, בפס' 89 לפסק-הדין של הנשיאה חיות). בית המשפט אימץ בכך את עמדת היועץ המשפטי לממשלה. עם זאת, המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר היה היחיד מבין שופטי הרוב שקבע ברורות כי "יש לפרש את סעיף 7 לחוק-יסוד: הלאום ככזה שאיננו מתיר אפליה" (שם, בפס' 30 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה מלצר). שאר השופטים לא שללו את האפשרות שסעיף 7 שינה את המצב המשפטי בסוגיה זו, ושהוא מתיר לכנסת ולממשלה להעדיף במקרים מסוימים אינטרסים של יהודים. למשל, השופט פוגלמן הבהיר מפורשות כי "אין מקום להעדפה אפרוירית של ערך חוקתי אחד על משנהו [...]". האיזון הקונקרטי בין השוויון לבין ערך ההתיישבות היהודית ייערך בנסיבות הפרטניות של מקרים בהם תועלה טענה בדבר פגיעה בשוויון [...]". (שם, בפס' 9 לפסק-דינו).

<sup>179</sup> בסעיף 4 לחוק-יסוד: הלאום נקבע, בין היתר, כי "עברית היא שפת המדינה; לשפה הערבית מעמד מיוחד במדינה". בית המשפט קבע (עניין חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 80 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות), כי הוראה זו לא שינתה את המצב המשפטי שלפיו "לשתי השפות – העברית והערבית – מעמד רשמי", ולפיכך אין בסעיף זה "דבר השולל את המשך פיתוחה וקידומה של שפה זו במרחב הציבורי במדינה", שוב בהתבסס על פרשנות שתביא לכך שחוק היסוד יעלה בקנה אחד עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

<sup>180</sup> הספקות הם לגבי השופט ארון, שקבע שיש לדחות את העתירה מחמת חוסר בשלות, והסתפק בקביעה הבאה: "המנדט הנתון לבית משפט זה לבחון את ההצדקה שבבסיס החלטות חברי הכנסת מוגבל למדי. [...] [תיתכן] אפשרות [ל]קיומו של חריג צר המתייחס רק למקרים חריגים וקיצוניים של פגיעה בזכויות היסוד של הפרט וכמוצא אחרון בלבד" (בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 5). השופט ארון הוסיף כי גם אם התיקון יישאר על

הכנסת לתקן את כללי המשחק, גם כאשר הדבר נעשה בדרך של חקיקת חוק-יסוד. בית- המשפט הוסיף וקבע, עניין שלא הוכרע בעניין חסון, כי בית המשפט מוסמך לאכוף מגבלות אלו. היה גם רוב גדול בין השופטים לעמדה שמתן פטור גורף לממשלה ולשרים מלקיים את דרישת הסבירות חורג מסמכותה של הכנסת (ושבסמכותו של בית המשפט להכריז לכן במקרה כזה על בטלותו של התיקון לחוק היסוד). המחלוקת בין השופטים שסברו כי הכנסת מוגבלת בכובעה המכונן וכי בסמכות בית המשפט לאכוף מגבלות אלו עסקה רק בשאלה אם פירושו הנכון של סעיף 15(17) לחוק-יסוד: השפיטה הוא אכן ביטול כולל של דרישת הסבירות, כפי שקבעו שמונה מבין שופטי ההרכב, או שניתן לנקוט פרשנות מצמצמת, חרף היעדר עיגון לשוני לכך ובניגוד לכוונת המחוקק, כפי שסברו ארבעה (או חמישה) השופטים האחרים, שהכירו אף הם במגבלות על סמכות הכנסת לתקן את חוקי היסוד.

הפגם שבתיקון זה הוא הן באשר לתכליתו והן באשר לתוכנו. כמישור התכלית, יישום הגורמים שלפיהם קובעים מהי התכלית הדומיננטית מוליך למסקנה חד-משמעית, שלפיה התכלית העיקרית היא מתן פטור לממשלה מן החובה לפעול כדין, כדי לאפשר לה לפעול בניגוד לאינטרס הציבורי. נעמוד על עיקרי הדברים.

ראשית, הרקע לחקיקת התיקון מצביע בבירור על תכליתו הפסולה. חקיקת התיקון נעשתה על רקע התקפות חריפות של שרים בממשלה נגד הייעוץ המשפטי למשרדי הממשלה, נגד היועצת המשפטית לממשלה ונגד בית המשפט העליון. התיקון נעשה כחלק מן התכנית ל"רפורמה משפטית", שהמאפיין העיקרי שלה הוא מהלך כולל להחליש את שומרי הסף בשירות הציבורי.<sup>181</sup> לעובדה זו חשיבות מכרעת לאפיון תכליתו של התיקון.<sup>182</sup> לכך נוסף גם האינטרס הפרטי של ראש הממשלה נתניהו, שנובע מן ההליך הפלילי המתנהל נגדו באשמת שחיתות שלטונית. לנתניהו אינטרס אישי בהעברה מתפקידה של היועצת המשפטית לממשלה ובמינוי יועץ משפטי אחר לפי בחירתו, ובהחלטה אפשרית לעיכוב ההליכים נגדו, צעדים שהמחסום המשפטי העיקרי וככל הנראה היחיד בפניהם הוא יישום עילת אי-הסבירות. חשש זה לניגוד עניינים עמד בבסיס החלטת היועצת המשפטית לממשלה שנתניהו אינו רשאי להשתתף כלל בקידום החקיקה הנדונה, והעובדה שהליך החקיקה קודם

---

כנו, "אין להוציא מכלל אפשרות כי בחיי המעשה 'מה שהיה הוא שיהיה'", באמצעות פיתוח עילות חלופיות לביקורת שיפוטית, שתוצאתן זהה (שם, פס' 21).

<sup>181</sup> לסקירת המרכיבים של התכנית שכונתה "הרפורמה המשפטית" ראו, למשל, מדינה, לעיל ה"ש 20, פרק ב'.  
<sup>182</sup> למשל, בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 106 לפסק דינו של השופט עמית: "התיקון שלפנינו הוא תיקון בודד ש'נגזר' מתוך הטיוטה הראשונה של הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיווק הפרדת הרשויות). טיוטה זו עסקה במכלול תיקונים נוספים כמו שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים וסמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד וחקיקה ראשית רגילה. [...] ככל שבוחנים את התיקון לחוק גם על רקע מכלול התיקונים המוצעים, כעמדת היועצת המשפטית, הרי שמשקלו הסגולי של התיקון על הסכנות הכרוכות בו, עולה עשרת מונים. [...] מדובר אך בצעד אחד מתוך מארג חקיקה שלם אשר משנה באופן מרחיק לכת (ושמא בלתי הפיך) את מערך האיזונים והבלמים של שיטתנו. לשיטה זו, בחירתם של המשיבים לערוך את השינויים תיקון אחד בכל פעם מעוררת את החשש כי יש כוונה לילך בדרך של מדינות אחרות שבהן הדמוקרטיה הוחלשה וכונתה בסדרה של תהליכים ושינוי של נורמות משטריות ודמוקרטיות". ראו גם שם, פס' 35–41 לפסק דינה של השופטת רונן; פס' 18 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) ברון, שציינה כי הרקע לחקיקת התיקון "צובע בצבעים עזים את הנזקים הגלומים בתיקון לחוק היסוד"; ופס' 40–46 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

בהשתתפות פעילה של נתניהו, תוך הפרה בוטה ומתריסה של האיסור האמור, משליכה באופן מכריע על הערכת תכליתו העיקרית של התיקון.<sup>183</sup>

שנית, הליך החקיקה של התיקון מחזק את המסקנה שהתכלית העיקרית היא זו הפסולה. ההליך היה מהיר מאד. ההצעה נחקקה אך ורק בקולותיהם של חברי הקואליציה, תוך דחיית כל ההצעות של מומחים ושל ראשי האופוזיציה לצמצום היקפו של התיקון.<sup>184</sup> לבסוף, מבחינת צורתו, התיקון נוסח כך שיחול על כל החלטות של חברי הממשלה, ורק על החלטותיהם אך לא על החלטות של גורמים אחרים, בהם נבחר ציבור כמו ראשי רשויות מקומיות, תוך החלה מיידית של תוקפו של התיקון, ובלא קביעה כלשהי של כללים באשר לאופן הפעלת סמכויות שלטוניות. שילוב הגורמים הללו מוליך כאמור למסקנה שתכליתו העיקרית של התיקון היא זו הפסולה – החלשת שומרי הסף והכשרת החלטות שלטוניות שישעשו לקידום אינטרסים צרים ופרטיים. מכאן המסקנה המתחייבת כי זהו תיקון שנעשה תוך שימוש לרעה בסמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק, ולפיכך חורג מסמכותה.<sup>185</sup> לתכלית הפסולה מתווסף גם הקושי בעניין *תוכן ההסדר*. כאמור, המדובר בביטול החובה המשפטית של הממשלה והשרים לנהוג בסבירות. חובה זו היא נורמה כללית – אחת מאותן נורמות כלליות שמלוות כל צעד של הממשלה, לפי מובנו המקובל של שלטון החוק – בעלת משמעות יסודית: השלטון הינו "נאמן הציבור".<sup>186</sup> החובה לנהוג בסבירות מבטאת את התפיסה שהענקת סמכות להפעיל שיקול דעת כוללת בתוכה, כעניין מובנה, חובה שמוטלת על הרשות השלטונית לנהוג בצורה רציונאלית ושקולה, לקידום האינטרס הציבורי. חובתה של רשות שלטונית לפעול בסבירות היא החובה להפעיל סמכויות שלטוניות – בדבר מינויים ופיטורים, בדבר הגבלת חירויות, בדבר הקצאת משאבים ציבוריים – באופן ענייני. מגולמות

<sup>183</sup> לדין מפורט ראו, למשל, לוציאן אריה בבצ'וק וברק מדינה "ביקורת שיפוטית על הרפורמה המשפטית" פורום **עיוני משפט** מח 1 (2023).

<sup>184</sup> בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 131, 139 ו-166 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות.

<sup>185</sup> בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 192 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות: "[...] התיקון, החל בתחולה מיידית, מבטל את הביקורת השיפוטית מכוח עילת הסבירות אך ורק ביחס להחלטות הממשלה ושריה, בעוד שיתר רשויות המינהל ממשכונות להיות כפופות לה. בכך, מיטיב התיקון באופן בלעדי עם הממשלה ושריה. הוא מעניק להם 'פטור' מביקורת שיפוטית בנסיבות שבהן הוא חל, ומחזק באופן מידי את כוחם השלטוני. הקושי שבדבר מתחדד בשים לב לכך שהממשלה – שהיא, כאמור, הנחנית הבלעדית מהתיקון – היא זו שפעלה למעשה לקידום התיקון ולאישורו באמצעות הרוב הקואליציוני שהיא זוכה לו בכנסת. בנסיבות אלו, [...] מאפייניו הייחודיים של ההסדר, [מעוררים] חשש כי הוא נועד לשרת אינטרסים צרים של רוב פוליטי מסוים, באופן שיאפשר לבצר את כוחו השלטוני. זאת, להבדיל מתיקון דומה שהיה מקודם מאחורי 'מסך בערות', מבלי שניתן היה לדעת מראש לאיזו ממשלה הוא מעניק את ה'פטור' מביקורת שיפוטית על פי עילת הסבירות". ראו גם שם, פס' 47 לפסק דינו של השופט עמית: "חסרים אנו חוק סדרי מינהל שבו יפורטו עילות הביקורת השיפוטית. כך נוצר מצב לפיו המכונן רתם את העגלה לפני הסוס ונחפו לשלול ממערכת המשפט את עילת הסבירות, עוד קודם שהבהיר מהי אותה סבירות שאליה התכוון ומה היא כוללת. דומה כי בכך לא מתיישב התיקון עם מבחן ההתאמה למארג החוקתי וניתן היה לפסול אותו גם במסגרת הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת"; וכן פס' 21 לפסק דינה של השופטת רונן: "רמת הביקורת [השיפוטית] צריכה לשקף [...] את העובדה שהתיקון התקבל ללא הסכמה של אף אחד מחברי הכנסת מטעם האופוזיציה, ואת העובדה שתחולתו של התיקון היא מיידית, וכי הוא שפיע על אחר על הממשלה הנוכחית. לאור כל אלה, החשש מפני ניגוד העניינים המוסדי בו מצויה הרשות המכוננת [...] מתעצם".

<sup>186</sup> ראו ברק מדינה ויאיר שגיא "שלילת ביקורת שיפוטית של 'סבירות ההחלטה': על ממשלה בלתי-מוגבלת (10.9.2023) ICON-S-IL Blog

בחובה לפעול בסבירות החובות לשקול שיקולים רלוונטיים בלבד, להעניק לשיקולים השונים משקל יחסי ראוי לפי העניין, איסור לפעול תוך ניגוד עניינים והחובה לפעול רק לאחר גיבוש תשתית עובדתית ראויה. עילות אלה אמנם מוכרות בפסיקה כעילות עצמאיות, אך ההיגיון שעומד ביסודן הוא זה שביסוד החובה לנהוג בסבירות. פטור מהחובה לנהוג בסבירות משמעותו קביעה שהממשלה אינה חייבת לפעול כנאמן של הציבור. זוהי קביעה שסותרת עקרון יסוד של ממשלה דמוקרטית.

בג"ץ הסבירות הוא תקדימי, לא רק בכך שלראשונה בית המשפט הכריז על בטלותה של הוראה בחוק-יסוד, אלא גם בכך שנאכפה בו מגבלה על סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק בתחום שחורג מזה של שיטת הבחירות. אולם, כאמור, הכרעה זו היא התפתחות טבעית ומחויבת המציאות של ההלכות שקדמו לה. סעיף 15(ד) שנדון שם סייג מפורשות את הוראות חוק-יסוד: השפיטה, ובכללן סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, שקובע את סמכות בג"ץ. בכך נבדל מקרה זה משני המקרים שנדונו לעיל. במקרים הללו, חקיקת "פסקת ההתגברות" בחוק-יסוד: חופש העיסוק וחקיקת סעיף 7 לחוק-יסוד: הלאום, הותירה על כנה את ההוראה הקובעת את כלל המשחק שביקשה הכנסת לשנות, קרי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאן לעומת זאת, כלל היסוד הקיים, בדבר החובה לנהוג בסבירות, בוטל. במובן זה, ייחודו של ההסדר שנקבע הוא בכך שמדובר בביטול מלא של דרישת הסבירות, לא רק "פגיעה" בהיקף שנקבע לה בפסיקה, בלא שנקבע כל הסדר משלים להגבלת סמכויות הממשלה. לכך נוספת, כאמור, התכלית הפסולה של ההסדר, שילוב שמצדיק את התוצאה בדבר ביטול התיקון. עולה מכאן שההערכה הנדרשת היא של מידת הסיכון שמשקפת מן התיקון, בהתחשב הן בתוכנו והן בתכלית החקיקה שלו.

לסיכום היבט זה: הכנסת רשאית לעיתים לקבוע, לתכלית ראויה, סייג לתחולתו של כלל משחק מסוים בהקשר ספציפי; היא אינה מוסמכת לבטל כליל כללי משחק שנובעים מעקרונות היסוד של השיטה המשפטית שלנו. למשל, הכנסת רשאית, כאמור בכפוף למגבלות, להסמיך גורם מינהלי לקבוע את ההסדרים הראשוניים בתחום מסוים; היא אינה רשאית לבטל כלל זה באופן כולל, לכל דבר ועניין. הכנסת רשאית היתה לקבוע את ההוראות בחוק-יסוד: הממשלה שמתירות לממשלה לקבוע בתקנות-שעת-חירום הסדרים שסותרים הוראה בחוק (בכפוף למגבלות שנקבעו בפסיקה); היא אינה רשאית כנראה לבטל כליל את המדרג הנורמטיבי, שלפיו אין תוקף לתקנה (חקיקת משנה) שסותרת הוראה בחוק (חקיקה ראשית). הכנסת רשאית לסייג את תחולתם של כללים שונים של המשפט המינהלי, כגון האיסור על כהונה (או הפעלת שיקול דעת) תוך ניגוד עניינים, חובת הנמקה, החובה להכריע על יסוד מכלול השיקולים הרלוונטיים ודרישת הסבירות, במקרים מסוימים ומוגדרים היטב, וככל שיש לכך הצדקה עניינית; היא אינה רשאית לבטל לחלוטין כלל כלשהו מכללי-יסוד אלה, בכל הקשר שהוא, כפי שביקשה לעשות בתיקון לחוק-יסוד: השפיטה בעניין חובת הממשלה לנהוג בסבירות.

### 3. קביעת כללי המשחק בעניין הביקורת השיפוטית

תחום שלישי שבו עוסקים כללי המשחק הוא האכיפה של הציות לכללי המשחק בדרך של ביקורת שיפוטית. המדובר בשני סוגים של הסדרים: האחד עוסק בסמכויות לביקורת שיפוטית, ובכלל זה, התחולה של עילות-סף כמו זכות עמידה, שפיטות ובשלות, חלוקת

הסמכויות בין הערכאות השונות, לרבות ההכרה בסמכות לביקורת שיפוטית ישירה ועקיפה, עילות של ביקורת שיפוטית והסעדים שרשאי בית המשפט לקבוע במקרים שבהם נמצא שמעשה שלטוני אינו חוקי. הסוג השני של ההסדרים עניינו אופן בחירת השופטים והבטחת עצמאותה של הרשות השופטת. לאור כך שהביקורת השיפוטית נועדה לאכוף על הממשלה והכנסת לציית לכללי המשחק, ניגוד העניינים שבו מצויה הכנסת בקביעה ובשינוי של הכללים העוסקים בביקורת שיפוטית הוא מובהק. בהתאם לכך, גם בתחומים אלה מוחלת גישה דומה לזו שנדונה לעיל: הכנסת מוסמכת לעצב את כללי המשחק, אך כוחה זה מוגבל, מכוח ההכרה בעקרונות היסוד בדבר שלטון החוק והפרדת הרשויות, שמהם נגזרת התפיסה בדבר עצמאות הרשות השופטת. ההכרה במגבלות על כוחה של הכנסת בתחום זה היא ההיבט העיקרי שבו עוסק בג"ץ **הסבירות**, וגם בהיבט זה מדובר למעשה בפיתוח של תקדימים שכבר נקבעו בפסיקה בעבר.

*הסמכות לביקורת שיפוטית גם בהיעדר הסמכה מפורשת לכך בחוק.* נקודת המוצא היא קיומה של סמכות לביקורת שיפוטית במקרים שבהם הכנסת "שותקת" בשאלת הביקורת השיפוטית. הדין הוא שקיימת סמכות "טבועה" להחיל ביקורת שיפוטית לאכיפת המגבלות על סמכויות הרשות המכוננת, הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.<sup>187</sup> המסורת החוקתית הותירה בידי בית המשפט הגבוה לצדק שיקול דעת נרחב באשר למגוון ההיבטים של הסמכות לביקורת שיפוטית על רשויות השלטון ואופן הפעלתה. תחילתה של מסורת זו כבר בשנת 1922, בתקופת המנדט הבריטי, בסימן 43 לדבר המלך, שם נקבע כי "בית המשפט העליון, בשבתו כבית דין צדק גבוה, יהא לו השיפוט לדרון ולהחליט באותם העניינים שאינם תביעות או משפטים אלא בקשות שאינן בגבולות שיפוטו של כל בית משפט אחר ואשר יש צורך לפסוק בהן למען הצדק".<sup>188</sup> נוסח כמעט זהה נקבע בחקיקה מאוחרת יותר (סעיף 7 לפקודת בתי-המשפט, 1940; אחר כך סעיף 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, ומאז 1984, סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה), וזאת לצד פירוט סמכויות נוספות של בג"ץ בסעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה. הכנסת הותירה שיקול דעת נרחב לבית המשפט לקבוע את תחומי סמכותו בכל הקשור לביקורת שיפוטית על רשויות השלטון. בהתאם לכך, פותחו בפסיקה עילות הביקורת השיפוטית, כמו גם עילות הסף, שתוכנן השתנה לאורך השנים, והוכרה, מכוח הפסיקה, הסמכות לביקורת שיפוטית על החלטות שעוסקות בניהול הפנימי של הכנסת ובתוקפן של חקיקה ושל מעשי מינהל. בעניין זה נפסק כי "כשם שהעניינים אשר [בג"ץ] רשאי לדון בהם אינם מוגבלים [...], אין כל הגבלה על הסעדים שבית-משפט זה יכול להושיט לאזרח הנפגע על-ידי מעשה או מחדל של רשות ממלכתית או ציבורית".<sup>189</sup>

<sup>187</sup> ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 12, פס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק: "שתיקת החוקה [בעניין הסמכות לביקורת שיפוטית] גוררת אחריה קיומה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק וקיומה של סמכות שיפוטית להכריז על חוק לא חוקתי כעל חוק בטל". זוהי כידוע גם המסורת האמריקנית, כפי שנקבעה בפסק הדין *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>188</sup> דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922, חא"י, כרך ג', עמ' (ע) 2738, (א) 2569.

<sup>189</sup> בג"ץ 101/74 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון**, פ"ד כח(2) 455, 449 (1974) (לעניין סמכות בג"ץ לחייב את הרשות המינהלית לפצות את האזרח בגין נזק שגרמה לו עקב פעולה שלא כדין). ראו גם, למשל, בג"ץ 3511/02 **הפורום לדו-קיום בנגב נ' משרד התשתיות** (החלטה מיום 16.1.2003), שם הורה בית המשפט למדינה, בצו ביניים, "להקים בזמן הקצר ביותר האפשרי גשרון", תוך חיובה לפעול בניגוד לחוק התכנון והבנייה, שמחייב קבלת היתר לפני הקמת הגשרון.

העיקרון המנחה שנקבע בפסיקה הוא ש"סמכות הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת, הממשלה ויתר שדרות השלטון היא אבן-פינה בדמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק".<sup>190</sup> מטעמים מעשיים, נדרשת חקיקה להקמת בית המשפט ולמינוי השופטים המכהנים בו. אך מבחינה מהותית, הסמכות לביקורת שיפוטית אינה נובעת מהחלטת הכנסת שמעניקה כוח זה לבית המשפט. הביקורת השיפוטית נובעת מעצם קיומה של סמכות שלטונית בידי רשויות השלטון ומעקרון הפרדת הרשויות, וממעמדו של בית המשפט כפרשן המוסמך של הדין.<sup>191</sup> על יסוד עיקרון זה הוכרה בפסיקה, כבר בשנת 1950, סמכות "טבועה" של כל בית משפט, לא רק בג"ץ, להחיל ביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות, במסגרת מה שמכונה "תקיפה עקיפה", וזאת לצד סמכות בג"ץ לדון בכך ב"תקיפה ישירה".<sup>192</sup> התפיסה היא שהסמכות לביקורת שיפוטית, שמושתתת על שלטון החוק והפרדת הרשויות, היא "תנאי-בלעדי-אין לשמירת זכויות האדם, [ש]מהוות את גרעין המשטר הדמוקרטי, החותר לקידום טובת האדם".<sup>193</sup> מקום שבו יש זכות משפטית צריך שיהיה גם סעד משפטי בגין הפרתה (*ubi jus, ibi remedium*).<sup>194</sup> העיקרון חל גם במהופך: אם נשלל קיומו של סעד, משמע שאין גם זכות משפטית. הפסיקה בישראל הכירה תדיר בזיקה הזו שבין החובה המשפטית לבין אכיפתה בדרך של ביקורת שיפוטית. השופט זילברג עמד על-כך כבר בפרשת **חוגים לאומיים**, בשנת 1970, בציינו כי "בתי המשפט [אינם] מביטים בעין טובה על הגבלת סמכותם [...], לא בגלל דאגה עצמית להאדיר כוח ולהרבות חשיבות, אלא מתוך ידיעה ברורה ואמונה עמוקה כי סמכות השיפוט והביקורת של בתי-המשפט על מעשי השלטונות היא חלק בלתי נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בניין המדינה".<sup>195</sup> על בסיס כך הוכרה בפרשת **בנק המזרחי** סמכותו של בית המשפט לקבוע אם חוק פוגע שלא כדין בהוראה שבחוק-יסוד, ואם כן, להכריז על בטלותו. סמכות זו אינה מותנית, כך נקבע, בהסמכה מפורשת שהעניקה הכנסת לבית המשפט

<sup>190</sup> בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה**, פ"ד נו(6) 817, פס" 9 לפסק דינו של השופט ריבלין (2003) (להלן: עניין הנגבי).

<sup>191</sup> למשל, בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 756 (2005): "סמכות הביקורת השיפוטית מייסדת עצמה על תפישות יסוד חוקתיות, ובראשן ההכרח להבטיח את 'שלטון החוק בשלטון'. [...] בלעדיה הופך שיקול-הדעת השלטוני לבלתי מוגבל, ואין זר מכך לאופיו הדמוקרטי של משטרנו. [...] אין רשות שלטונית קונה לעצמה חסינות מפני ביקורת שיפוטית".

<sup>192</sup> למשל, בג"ץ 16/50 **איגרא-רמא בע"מ נ' מועצת עירית תל-אביב**, פ"ד ו 92, 96 (1951). ראו ברק מדינה "סמכות בתי המשפט שאינם בג"ץ להחיל ביקורת שיפוטית על חוק שפוגע בזכויות האדם" **משפטים** 2024).

<sup>193</sup> עניין **הנגבי**, לעיל ה"ש 190, פס" 9 לפסק דינו של השופט ריבלין.

<sup>194</sup> ראו מדינה ושגיא, לעיל ה"ש 186. לגישה זו ניתן ביטוי ידוע בפרשת *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1803): "[F]or it is a settled and invariable principle in the law of England, that every right, when withheld, must have a remedy, and every injury its proper redress. [...] The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right"

<sup>195</sup> בג"ץ 222/68 **חוגים לאומיים נ' שר המשטרה**, פ"ד כד(2) 141, 172 (1970) (השופט זילברג). ראו עוד, למשל, עניין **ארפל אלומיניום**, לעיל ה"ש 23.

להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה. סמכות זו נובעת מעקרון שלטון החוק ומחובתו של בית המשפט לקבוע מהו הדין בכל מקרה של סתירה בין חוק לבין חוק-יסוד.<sup>196</sup> לכך נוסף גם השיקול המהותי, שנובע מן ההערכה שהביקורת השיפוטית הכרחית, כעניין חברתי ופוליטי, לשם אכיפת הציות של רשויות השלטון לכללי המשחק, בהיעדר מנגנון אכיפה חלופי יעיל.<sup>197</sup> על בסיס דומה נפסק בבג"ץ הסבירות כי לבית המשפט הסמכות לאכוף גם את המגבלות המוטלות על סמכותה המכוננת של הכנסת: "השיטה הישראלית הינה מקרה קצה מובהק שבו ההליך הפשוט לאימוץ נורמות חוקתיות מעניק לרוב פוליטי מזדמן את האפשרות לשנות מן היסוד, בקלות ובתוך זמן קצר, את המבנה החוקתי ואת הזהות האומית של המדינה [...]. על כן, יש הצדקה לקיים בישראל ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי היסוד בהיעדר כל ערובות אחרות שמקנה הליך נוקשה דוגמת זה הקיים במדינות אחרות, לחקיקת נורמות חוקתיות".<sup>198</sup> גישה זו הוחלה גם בהקשרים אחרים, למשל לעניין סמכות בג"ץ להחיל ביקורת שיפוטית על החלטות שעוסקות בנייהול הפנימי של הכנסת.<sup>199</sup> הלכות אלה, בדבר קיומה של סמכות "טבועה" להחיל ביקורת שיפוטית לאכיפת המגבלות על סמכויות רשויות השלטון, עוסקות כאמור במקרה שבו הכנסת "שותקת" בשאלת הביקורת השיפוטית. הספקות הם בשאלה מה דינן של הגבלות שקובעת הכנסת על הסמכות לביקורת שיפוטית. לכך נפנה כעת.

*סמכות הכנסת להגביל את סמכות הביקורת השיפוטית.* לאורך השנים קבעה הכנסת מגבלות שונות על סמכות הביקורת השיפוטית, חלקן עוסק בחלוקת סמכויות השיפוט בין הערכאות השונות ואחרות נועדו למנוע ביקורת שיפוטית. הגישה הנוהגת בפסיקה הכירה בסמכותה של הכנסת להתוות את הסמכות לביקורת שיפוטית, אך תחמה סמכות זו, מכוח שני סוגים של מגבלות, בדומה למאפיינים שכבר הוזכרו לעיל. מגבלה אחת עוסקת בקיומה של *תכלית ראויה* לקביעה בחוק של סייגים לביקורת השיפוטית. התכלית עשויה להיות הצורך בוודאות באשר לשאלת תוקפן של החלטות שלטוניות מסוימות, שיקולי יעילות ושיקולים קרובים לכך. הגבלה של הביקורת השיפוטית כדי לצמצם את הפיקוח על הממשלה (כחבר שרים), אינה מוכרת, כשהיא לעצמה, כתכלית ראויה וקביעתה חורגת לכן מסמכותה של הכנסת. המגבלה השנייה עוסקת *בתוכן ההסדר* שקבעה הכנסת, ועיקרה הקביעה שהכנסת אינה מוסמכת לשלול כליל ביקורת שיפוטית על החלטות מסוימות. משמעות הדבר היא הכרה בתוקפן של מגבלות על ביקורת שיפוטית רק

<sup>196</sup> עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 12, פס' 78 לפסק דינו של הנשיא ברק: "הכנסת, תוך שימוש בסמכותה המכוננת, העניקה למדינה חוקי-יסוד. אלו הן נורמות עליונות במדרג נורמטיבי. כדי לקיים את דברה זה של הכנסת, [על בית המשפט] לבטל דבר חקיקה רגיל הסותר חוק-יסוד, בדומה לבטלותה של תקנה הסותרת חוק. [...] בהכרזה על בטלותו של חוק שאינו מקיים את דרישותיו של חוק היסוד, מגשים בית המשפט את חוק היסוד. הלגיטימיות של החוקה ושל חוק היסוד מעניקים את הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק". ראו גם עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 190, בעמ' 835 (השופט ריבלין): סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על גופי השלטון נובעת מעצם היותו הרשות המופקדת על פרשנות הוראות הדין במדינה". ראו גם מדינה, לעיל ה"ש 192.

<sup>197</sup> עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 12, פס' 80 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם אהרן ברק **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק** 2024 (2023); מדינה, לעיל ה"ש 91. עמ"חי כהן **מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד** 80–81 (2020).

<sup>198</sup> בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, פס' 78 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות.

<sup>199</sup> ראו לעיל ה"ש 112.

בערכאות השונות שאינן בג"ץ. לא כך באשר לסמכותו של בג"ץ, שנתורה מסורה לשיקול דעתו של בית המשפט בלבד, חרף הוראות החוק השונות בעניין. בשורות הבאות נדגים זאת בקצרה, תוך אפיון שלושה שלבים בהתפתחות הפסיקה בנושא זה.

שלב ראשון בהתפתחות הפסיקה שעניינה מגבלות על סמכות השיפוט הוא התעלמות מהוראות חוק שמגבילות את סמכות בג"ץ, בלי להכריז מפורשות על בטלותן, אלא באמצעות מה שאופיין כפרשנות החקיקה הרלוונטית. תחילה נתחמה ההתעלמות מהגבלות על הביקורת השיפוטית למקרים שבהם הפגם במעשה השלטוני אופיין כחריגה מסמכות.<sup>200</sup> בהמשך הורחבה גישה זו והוחלה גם על פגמים אחרים. מבין הדוגמאות לכך בולטת הקביעה כי אפילו הוראה בחוק-יסוד אינה מגבילה את סמכות בג"ץ: חרף הקביעה בסעיף 13(א) לחוק-יסוד: נשיא המדינה, שלפיה הנשיא "לא יתן [...] את הדין לפני כל בית משפט או בית דין בשל דבר הקשור בתפקידיו או בסמכויותיו, ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית בשל דבר כזה", נפסק כי בג"ץ מוסמך להחיל ביקורת שיפוטית על החלטות חנינה, ובמקרים אחדים אף ביטל החלטות על חנינה.<sup>201</sup> דוגמה אחרת היא ההתעלמות מן הקביעה בסעיף 2 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924, כי "למרות כל הוראה בדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922, או בכל פקודה אחרת או בכל חוק אחר בישראל האומרת את ההיפך, לא יבורר ולא יוחלט על-ידי שום בית-המשפט בישראל כל משפט או עניין הקשורים במקומות הקדושים או בבניינים הדתיים או במקומות הדתיים בישראל או בזכויות או בתביעות הנוגעות לעדות הדתיות השונות בישראל". חרף הוראה זו, שאם היה יכול להיות ספק באשר לתכליתה אף הוא הוסר בהוראה שבסעיף 3,<sup>202</sup> בית המשפט פסק שאין בכוחה לשלול את הסמכות לביקורת שיפוטית.<sup>203</sup> לכך נוספות דוגמאות רבות שבהן

<sup>200</sup> ראו יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי – כרך א** 221–227 (2022). למשל, ברע"א 290/15 **ברנד פור יו בע"מ נ' רמי לוי שיווק השקמה בע"מ**, פס"ד 11 לפסק-דינה של השופטת חיות (8.12.2015), שם נקבע כי הפגם שבהיעדר הנמקה של החלטה שיפוטית הוא כה חמור, עד שהדבר מצדיק מתן רשות ערעור, כאשר הערעור מבוסס על הטענה שהחלטה לא נומקה, גם באשר להחלטות שלגביהן נקבע מפורשות בצו בתי-המשפט שלא תינתן לגביהן רשות ערעור.

<sup>201</sup> ההכרעה בעניין זה מבוססת על פרשנות מצמצמת של סעיף 13(א), ולפיה "לנשיא המדינה שיקול-דעת באשר לשימוש בסמכות [החנינה], ושיקול-דעת זה – להבדיל מנשיא המדינה עצמו – נתון בנסיבות מתאימות לביקורת שיפוטית עקיפה": בג"ץ 659/85 **בר-יוסף - יוסקוביץ נ' שר המשטרה**, פ"ד מ(1) 785, 786 (1985). ראו גם, למשל, בג"ץ 428/86 **ברזילי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מ(3) 505, 587 (1986) (השופט ברק): "ביקורת שיפוטית [על החלטת חנינה] – חיונית היא. בלעדיו הופכת הסמכות, הלכה למעשה, לבלתי מוגבלת. סמכויות בלתי מוגבלות של רשויות השלטון נוגדות את האופי הדמוקרטי של המשטר. [...] דבר זה נכון הוא גם לעניין סמכות החנינה. סמכות זו מופעלת שלא בפומבי. אין מנמקים אותה. הציבור יודע אך מעט אודותיה [...]". סמכות שכזו, ללא ביקורת שיפוטית, ולו עקיפה, עשויה להביא, בהפעלה בלתי ראויה, לשיבוש כל הליכי השלטון. [...] [מכאן] הצורך החיוני בביקורת שיפוטית. משמנע המחוקק ביקורת ישירה, מן הראוי הוא לקיים, כרע במיעוטו, ביקורת עקיפה": בג"ץ 706/94 **רונן נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד נג(5) 389, 412 (1991); ועוד.

<sup>202</sup> בסעיף 3 נקבע כי "נתעוררה שאלה אם איזה משפט או עניין נופלים בגדר [הוראת סימן 2], [...] תובא השאלה לפני שר הדתות, והוא יחליט בשאלה לאחר שיחקור כהלכה בעניין. החלטת שר הדתות תהא החלטת גמר ומחייבת את כל הצדדים". הוראות אלה, שנקבעו בתקופת המנדט, נותרו בתוקף גם כיום.

<sup>203</sup> בג"ץ 222/68 **חוגים לאומיים נ' שר המשטרה**, פ"ד כד(2) 141 (1970). מ"מ הנשיא זילברג והשופט ויתקון קבעו כי דבר המלך אינו בתוקף, שכן הוא נועד למשטר המנדט ולא למדינה דמוקרטית, ולאור הסיפה של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, הוא אינו בתוקף מאז הקמת המדינה (שם, בעמ' 156–157 ו-162); לגישתם של השופטים ברנזון וקיסטר דבר המלך עומד בעינו לכל דבר ועניין (שם, בעמ' 177 ו-187); ואילו הנשיא

הוראות חוק שמגבילות את הסמכות לביקורת שיפוטית פורשו כך שלא יחולו על סמכות בג"ץ. למשל, הקביעות בחוקים שונים כי לרשות שלטונית מסוימת מסור "שיקול דעת מוחלט" או שהחלטתה תהיה "סופית" או ש"אין אחריה ולא כלום", פורשו כך שאינן שוללות את סמכות בג"ץ לבחון את חוקיות ההחלטות.<sup>204</sup> במספר מקרים ציין בית המשפט כי עקרונית, בכוחה של הכנסת לשלול את הסמכות לביקורת שיפוטית, וזאת ב"לשון מפורשת וחד-משמעית שאינה משאירה מקום לשום ספק",<sup>205</sup> אך בפועל, פורשו כאמור הוראות החוק השונות – יהיו מפורשות ככל שיהיו – כך שלא תנבע מהן שלילת סמכות השיפוט של בג"ץ.<sup>206</sup>

שלב שני של התפתחות ההלכה בעניין זה הוא השלילה המפורשת של כוחה של הכנסת, *כרשות מחוקקת*, למנוע ביקורת שיפוטית בבג"ץ. העיגון, בשנת 1984, של הסמכות הבלתי מוגבלת למעשה של בג"ץ בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, לצד הקביעה בהלכת בנק המזרחי, שלכל חוקי היסוד מעמד חוקתי, הביא לכך שחוק "רגיל" ששולל את סמכות בג"ץ "פוגע" בהוראת סעיף 15(ג), ולפיכך תוקפו מותנה בכך שתכליתו ראויה ושהוא מידתי, מכוח החלת "פסקת הגבלה שיפוטית". הגישה שאומצה בפסיקה היא שפגיעה כאמור היא כדין רק ככל שמדובר בערכאות השיפוט האחרות, אך לא באשר לסמכות בג"ץ, שחייבת להישאר בלתי מסויגת וכפופה אך ורק לשיקול הדעת של בית המשפט עצמו. דוגמה לכך הן ההלכות

אגרנט נקט גישת ביניים. לפחות החל משנות ה-90 של המאה העשרים, בין היתר בעקבות חקיקת חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, בית המשפט מתעלם לחלוטין מהוראה זו. למשל, דנג"ץ 4128/00 **מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן**, פ"ד נו(3) 289 (2003); בג"ץ 67/93 **תנועת כך נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מז(2) 1, 5-6 (1993). לדיון ראו ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** 699-705 (2016).

<sup>204</sup> למשל, ד"נ 16/61 **רשם החברות נ' כרדוש**, פ"ד טז 1210 (1962); בג"ץ 76/63 **טרודלר נ' פקידי הבחירות לוועדות החקלאיות**, פ"ד יז 2503, 2511-2512 (1963). לפירוט ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית – כרך ג** 1597-1602 (2014).

<sup>205</sup> ראו בג"ץ 403/71 **אלכורדי נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד כו(2) 66, 72 (1971) (השופט ברנזון): "חשיבות חוקתית וציבורית ממדרגה ראשונה נודעת לכך ששום גוף או איש במדינה, הממלא תפקיד שיפוטי או מינהלי על-פי דין, לא יעשה שבת לעצמו ולא יהיה פטור מביקורת שיפוטית עליונה על פעולותיו ומחדליו האפשריים. הכנסת יכולה, כמובן, להורות אחרת. אבל אין להניח קיומה של כוונה כזאת, אלא אם הכוונה מובעת בלשון מפורשת וחד-משמעית שאינה משאירה מקום לשום ספק. הדעה הרווחת היא שכדי לשלול או להגביל את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק לענין פלוני, לא די בכך שייאמר כי החלטה באותו ענין היא סופית, או אינה ניתנת לערעור או לערעור נוסף, וכיוצא בזה. בית-משפט זה מפקד על שמירת חוקיות, תקינות וסבירות פעולתן של הרשויות הציבוריות במדינה, ולתפקיד זה חשיבות חוקתית וציבורית ממדרגה ראשונה. פגיעה כל-שהיא בו עשויה לערער אחד היסודות של שלטון החוק בחיים הציבוריים של המדינה ולפגוע בציפור נפש של הזרוע השיפוטית במדינה. אשר-על-כן, עלינו לקבוע כי כל שלילה או הגבלה על סמכות הביקורת השיפוטית של בית-המשפט הגבוה לצדק אפשרית רק על-ידי אמירה ברורה ומפורשת הבאה מפי המחוקק הריבוני של המדינה".

<sup>206</sup> למשל, בג"ץ 294/89 **המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים על-פי סעיף 11 לחוק לנפגעי פעולות איבה, תש"ל-1970**, פ"ד מה(5) 445 (1991), לעניין מעמדה של הוראה בדבר "סופיות" החלטה של רשות מינהלית; בג"ץ 758/88 **קנדל נ' שר הפנים**, פ"ד מו(4) 505, 528 (1992) (השופט חשיין): "בימים שמכבר ניסה המחוקק לחסום דרכים לביקורת שיפוטית על פעילות מינהלית, ולעניין זה עשה שימוש בנוסחאות מנוסחאות שונות, ביניהן בשיקול דעת שהוא 'מוחלט' [...]. בתי המשפט עמדו במערכה זו – עמדו ויכלו. ימים אלה חלפו עבורו, וקשה להניח שיחזרו אלינו". ראו גם בג"ץ 6654/98 **הלפרין נ' פקידת הבחירות לעיריית הרצליה**, פס' 16 לפסק דינו של השופט אור (19.11.1998), לעניין שלילת זכות ערעור על פסק-דין של בית המשפט המחוזי, שפורשה כך שאינה שוללת את סמכות בג"ץ לדון בעניין.

שבהן נדונה ההוראה שבסעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, שלפיה "כל קובלנה בקשר למעשה או למחדל לפי חוק זה מסורה לסמכותה היחידה של הוועדה המרכזית; שום בית משפט לא יזקק לבקשת סעד בקשר למעשה או למחדל כזה [...]". בית המשפט פסק כי לאור הסתירה שבין הוראה זו לבין סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, אזי "עד כמה שקביעתו של סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת כי 'שום בית משפט' לא יזקק לסעדים הקבועים באותה הוראה מתפרשת כשוללת את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, אין היא חוקתית והיא בטלה בכל הנוגע לתחולתה על בית המשפט הגבוה לצדק".<sup>207</sup> גישה דומה הוחלה גם באשר לסמכות בג"ץ להחיל ביקורת שיפוטית על החלטות של מבקר המדינה בתפקידו כנציב תלונות הציבור: בסעיף 45(ב) לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958, נקבע כי "שום משפט לא יזקק לבקשת סעד נגד החלטותיו וממצאיו של נציב תלונות הציבור בעניין תלונה", אך בית המשפט פסק כי לאור כך שהוראה זו סותרת את הוראת סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, אין בכוחה לשלול את סמכותו של בג"ץ לדון בהחלטות המבקר גם במסגרת תפקידו כנציב תלונות הציבור.<sup>208</sup>

השלב השלישי בהתפתחות ההלכה בעניין זה הוא ההכרה המפורשת בהגבלות על סמכותה של הכנסת, גם כרשות מכוונת, לצמצם את היקף הביקורת השיפוטית. ביטוי אחד לכך ניתן בהלכה שלפיה הכנסת אינה מוסמכת לשנות למפרע את התוצאה של פסק דין לעניין זכויותיהם ומעמדם המשפטי של הצדדים להליך, מגבלה שנובעת מפרשנות מרחיבה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>209</sup> זו, חלקית, ההצדקה להכרעה בבג"ץ הנבצרות: התיקון

<sup>207</sup> בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, 755 (2003). הנשיא ברק הוסיף שם כי "ניתן להגיע לאותה תוצאה עצמה – ולדעתי זו גם הדרך הראויה – על ידי מתן פירוש חדש לדיבור 'שום בית משפט' כמתייחס לכלל בתי המשפט למעט בית המשפט הגבוה לצדק" (שם, בעמ' 756). ראו ברוח זו גם בג"ץ 8071/01 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס" 9 (18.11.2002): "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק [...] נובעת מסעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה ואין בכוחו של חוק 'רגיל' – לרבות חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים – לצמצם סמכות זו"; וכן עניין הלפרין, לעיל ה"ש 206. בכך בוטלה ההלכה שנקבעה בעבר, שלפיה סעיף 137 שולל את סמכות בג"ץ לבחון את תוקפן של החלטות ועדת הבחירות המרכזית בנושאים שבהם לא הוענקה סמכות כזו מפורשות בחוק. ראו בג"ץ 344/81 נגבי נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשירית, פ"ד לה(4) 837 (1981); בג"ץ 637/88 תנועת לאור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד מב(3) 495 (1988).

<sup>208</sup> בג"ץ 6825/06 צור נ' מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור, פס" 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (24.6.2009): "[...] פעולה של בעל תפקיד ציבורי לעולם אינה חסינה כליל מביקורת שיפוטית, וכך הדבר גם ביחס להחלטת המבקר בעניין תלונה מהציבור. כפיפות פעולותיו של בעל תפקיד ציבורי, באשר הוא, לביקורת בית המשפט הגבוה לצדק נובעת בראש ובראשונה מעליונותו של חוק יסוד: השפיטה, המקנה לבית המשפט הגבוה לצדק סמכויות-על לביקורת שיפוטית על מעשי המינהל באשר הם. הוראת סעיף 45(ב) לחוק מבקר המדינה כפופה, אפוא, לסמכות-העל של בית המשפט הגבוה לצדק ביחס לכל פעולה והחלטה של המבקר, באשר היא, ובכלל זה החלטה בתלונה מהציבור". ראו גם, לעניין ביקורת שיפוטית על החלטות אחרות של מבקר המדינה, בג"ץ 4914/94 טרנו נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט(3) 771, פס" 1 לפסק דינו של השופט גולדברג (1995): "[...] אין בית-משפט זה יושב כערכאת ערעור על דו"חות של מבקר המדינה, על חוות-דעת שהוא נותן [...] או על תוצאות הבירור של נציב תלונות הציבור. מאידך גיסא, חלים גם על מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור כללי היסוד של המשפט המינהלי, וכפועל יוצא פיקוחו השיפוטי של בית המשפט הגבוה לצדק".

<sup>209</sup> למשל, באמרת אגב, בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, פס" 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק (1995): "שינוי חקיקתי [...] של ביטול רטרואקטיבי של תוצאת פסק הדין

שנדון שם, בדבר שלילת האפשרות להכרזה על נבצרות ראש הממשלה מטעמים שעניינם ניגוד העניינים שבו הוא פועל, נועד לסכל אפשרות שבג"ץ יפסוק, בהליכים שכבר היו תלויים ועומדים בעת החקיקה, כי ראש הממשלה נתניהו אינו רשאי להמשיך בתפקידו בשל ההפרה הבוטה והנמשכת מצדו של הסדר ניגוד העניינים, על רקע המשפט הפלילי שמתנהל נגדו. בית המשפט פסק כי גם מטעם זה התיקון מבטא חריגה מסמכות הכנסת, שכן יש כאן ניסיון לשנות את התוצאה המשפטית של מעשים שכבר עשה ראש הממשלה ואשר בזמן הליך החקיקה נדונו בבג"ץ.<sup>210</sup>

הביטוי העיקרי לשלב השלישי של התפתחות ההלכה בעניין זה הוא בג"ץ הסבירות. כאמור בפרק 2. לעיל, התיקון לחוק-יסוד: השפיטה, שמכוחו הוסף סעיף 15(ד) לחוק היסוד, סייג מפורשות את שאר ההוראות שבחוק היסוד, ולפיכך גם את סעיף 15(ג), ושלה את סמכות בג"ץ לדון – וממילא גם להוציא צו – "בעניין סבירות החלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר"; בעקבות הערות שהועלו בהליך החקיקה הובהר בתיקון כי שלילת הסמכות לביקורת שיפוטית כאמור חלה על "כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות". פרשנות אחת של הוראה זו, שכבר נדונה בפרק הקודם, היא שיש כאן פטור לממשלה מן החובה לנהוג בסבירות; פרשנות שנייה, שרלוונטית בהקשר הנדון כעת, היא שהחובה המשפטית לנהוג בסבירות בעינה עומדת, אך נשללת הסמכות לביקורת שיפוטית לאכיפת הציות לחובה זו. שנים-עשר מתוך חמישה-עשר השופטים קבעו כי אין בסמכותה של הכנסת לשלול באופן גורף שכזה את סמכות בג"ץ: שמונה מבין השופטים קבעו שדינה של חריגה זו מסמכות הכנסת בטלות; וארבעה השופטים הנוספים, בצד כך שהבהירו שהם מכירים, כאמור, במגבלות על סמכותה של הכנסת לשלול ביקורת שיפוטית,<sup>211</sup> הסתפקו בפרשנות מצמצמת של סעיף 15(ד).<sup>212</sup> תוצאתה המעשית של

לגבי הצדדים" הוא "צעד שהוא חמור ובלתי נסבל (וכיום כנראה גם בלתי חוקתי)". בעבר לא נאכפה מגבלה מסוג זה. ראו למשל פסקי-הדין שהוזכרו בה"ש 122 לעיל.

<sup>210</sup> בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, פס' 68 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן: "תכליתו הפרוטוקולית של ההסדר שזורה לכל אורך הליך החקיקה. [...] התבטאויות רבות [של חברי-כנסת במסגרת הליך החקיקה] מתייחסות באופן מפורש לעתירות הנבצרות שהיו אז תלויות ועומדות לפני בית משפט זה, ולכך שלא נדחו על הסף מיד לאחר הגשתן. מדובר בהתייחסויות מובהקות לכך שיש לתקן את חוק-יסוד: הממשלה במטרה שלא לתקבל החלטה שאינה לרוחם של חברי הקואליציה בהליך שיפוטי מסוים".

<sup>211</sup> למשל, בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 54 לפסק דינו של השופט שטיין: "שום כנסת אינה מוסמכת לחוקק [...] בין בלבוש של חוק רגיל, ובין בלבוש של חוק יסוד, [...] חוק שמבטל ביקורת שיפוטית על פעולות הממשלה והכנסת, על ידי שלילת סמכותם של בתי המשפט לבחון את חוקיותן של פעולות כאמור, ולבטל פעולות והחלטות שאינן חוקיות. חוק זה פוגע פגיעה אנושה בהפרדת הרשויות, חושף את אזרחי המדינה ואת תושביה לעריצותם של האוחזים בכוחות השלטון בממשלה ובכנסת, ועל ידי כך פוגע בזכות האדם לחירות ולצדק משפטי בסיסי". ראו גם שם, פס' 102.

<sup>212</sup> לתמיכה בפרשנות מצמצמת, שמותירה את עילת הסבירות בעיקרה על כנה, לרבות הסמכות לביקורת שיפוטית בהסתמך על עילות בדבר "שרירותיות" ו"מופרכות", ושוללת את תחולתה רק במקרים מצומצמים, ראו בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 43–66 לפסק דינה של השופטת וילנר; פס' 102–103 לפסק דינו של השופט שטיין; פס' 31–38 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ; וחלקית גם פס' 35 לפסק דינו של השופט כשר.

הפרשנות המצמצמת שהוצעה היא הותרה על כנה של סמכות הביקורת השיפוטית בבג"ץ גם על יסוד עילת הסבירות.<sup>213</sup>

הבסיס לקביעה שהתיקון הנדון חורג מסמכותה של הכנסת מבוסס על הפרה של שתי המגבלות שמוטלות על הכנסת בקביעת כללי המשחק או בשינויים: תכלית התיקון פסולה וכמו-כן תוכנו נוגד את הזהות החוקתית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. החומרה המצטברת של שתי המגבלות הללו היא שחייבה את ההכרזה על בטלותו של התיקון (או ריקון מתוכן שלו, באמצעות פרשנות מצמצמת שלו). לתיקון חוק היסוד מן הסוג הנדון כאן עשויות להיות שתי תכליות: האחת, ראויה, היא אימוץ עמדה ביקורתית באשר לאופן היישום של עילת אי-הסבירות בפסיקה. לפי עמדה זו, שבוטאה לא אחת בפסיקה ובכתיבה אקדמית,<sup>214</sup> עילת אי-הסבירות היא עמומה ומותירה מרחב גדול מדי של שיקול דעת שיפוטי, ומוטב לתחום אותה או לוותר עליה כליל ולבסס את הביקורת השיפוטית על עילות ביקורת אחרות. תכלית שנייה, שהיא פסולה, היא קידום האינטרס הצר של הממשלה ושל חבריה, ועקב כך גם האינטרס של הקואליציה בכנסת, לפעול שלא כדין במגוון רחב של תחומים. ההכרזה שנדרשה היא לפיכך איזו משתי התכליות הללו היא הדומיננטית. בפרק ט' לעיל כבר עמדנו על השיקולים שמבססים את המסקנה שהתכלית העיקרית של התיקון הנדון היא זו הפסולה, ונסתפק בהפניה לאמור שם. מה שמייחד את החקיקה לביטול עילת הסבירות (ואת חקיקת חוק הנבצרות) הוא שמטרתה לאפשר לממשלה ולראש הממשלה נתניהו לפעול שלא כדין. הפגיעה בעקרון שלטון החוק שבה מדובר כאן אינה עניין מופשט בלבד, בשל הגבלת עילות הביקורת השיפוטית. זוהי פגיעה שנועדה לאפשר לראש הממשלה נתניהו להמשיך להפר את ההגבלות שנקבעו בפסק-הדין שהתיר לו לכהן בתפקיד, חרף כתב האישום נגדו, והיא שלב ראשון בתכנית לצמצום ניכר של הביקורת השיפוטית, עד כדי ביטולה כליל, שלב שתכליתו להקשות את האפשרות לעצור את השלבים הבאים של החקיקה.

בחינת תוכנו של התיקון לחוק-יסוד: השפיטה, שנדון בבג"ץ הסבירות, על-פי אמות המידה הנובעות מקיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מוליכה אף היא למסקנה שזהו תיקון שחורג מסמכותה של הכנסת. התיקון מעניק לממשלה ולשרים פטור מביקורת שיפוטית על יסוד העילה בדבר אי-סבירות. היקף הסמכויות של הממשלה ושל השרים הוא נרחב מאד, וברובו אינו כולל הסדרה של אופן הפעלת שיקול הדעת, לא בנורמות שעניינן אופן ההפעלה של סמכויות שלטוניות באופן כללי ולא בהסדרים הקונקרטיים שמכוחם מוענקות הסמכויות הנרחבות לממשלה ולשרים. גם הפיקוח השוטף של הכנסת על עבודת הממשלה הוא רופף מאד, בהיעדר מנגנונים לאישור מינויים (ופיטורים) על-ידי הכנסת, בוודאי לא ברוב החורג מהרוב הקואליציוני הרגיל, בהיעדר מסורת פוליטית של פיקוח עצמאי יעיל של ועדות הכנסת על עבודת הממשלה ועוד. עקב כך, כפי שציינה הנשיאה

<sup>213</sup> השופט רונן ציינה, ברוח זו, כי "מקריאת עמדותיהם של חלק מחברי הנקטים בפרשנות המצמצמת, עולה כי למעשה הם מבקשים לרוקן את התיקון כמעט מכל תוכן" (שם, פס' 16). גם השופט אלרון, שקבע שיש לדהות את העתירה מחמת חוסר בשלות, העיר כי גם אם התיקון יישאר על כנו, "אין להוציא מכלל אפשרות כי בחיי המעשה 'מה שהיה הוא שיהיה'", באמצעות פיתוח עילות חלופיות לביקורת שיפוטית, שתוצאתן זהה (שם, פס' 21).

<sup>214</sup> לפירוט ראו, למשל, בג"ץ הסבירות, פס' 17-35 לפסק דינה של השופטת וילנר.

(בדימוס) חיות, "בהיעדר מערכת אפקטיבית של איזונים ובלמים, הביקורת השיפוטית מהווה למעשה המגבלה האפקטיבית היחידה על כוח זה".<sup>215</sup>

הקביעה שאסור לבית המשפט לבחון את "סבירות ההחלטה" של הממשלה והשרים שקולה לקביעה שמסור להם בתחומים נרחבים של פעילותם שיקול דעת מוחלט, ושהחלטתם בכל הקשור לאופן הפעלת שיקול הדעת היא סופית ואינה נתונה לבחינה שיפוטית כלשהי. עמדה זו אינה מתיישבת עם שלטון חוק.<sup>216</sup> כפי שקבע בית המשפט בבג"ץ הסבירות, יישומו של התיקון עלול היה להעניק לשרים ולממשלה חסינות מביקורת שיפוטית – ולפיכך פטור מכפיפות לשלטון החוק – בשורה ארוכה של תחומים. אינטרסים רבים, ככל שאינם מוכרים כזכויות אדם חוקתיות, מוגנים רק מכוח החובה שמוטלת על רשויות השלטון לפעול בסבירות. אלה הם תחומים שבית המשפט אפיין כ"חללים ריקים" בביקורת השיפוטית.<sup>217</sup> כך, למשל, בתחומים רבים שקשורים למדיניות ההגירה, ובכלל זה החלטות בדבר רישיון שהיה בישראל, והענקת מעמד של תושבות;<sup>218</sup> החלטות בתחומים שבהן הפגיעה בפרט נגרמת עקב מחדל שלטוני לספק הגנה על אינטרסים שונים ("זכויות חברתיות");<sup>219</sup> החלטות בתחום דיני המכרזים;<sup>220</sup> החלטות בתחום המינויים לתפקידים ציבוריים שונים<sup>221</sup> ולהעברה מתפקיד של נושאי משרה;<sup>222</sup> הגבלות על הפעלת סמכויות בתקופת ממשלה מעבר;<sup>223</sup> ועוד שורה של תחומים.<sup>224</sup> משמעותו של התיקון עלולה היתה להיות גם ריקון מתוכן של מגבלות שנקבעו בשורה של הוראות חוק, שלפיהן תנאי להפעלת הסמכות הוא קיומו של "יסוד סביר" להעריך שמוצדקת הפעלת סמכות שלטונית מסוימת. מכאן המסקנה שהתיקון סותר חזיתית את הזהות החוקתית של מדינת ישראל ובגין כך חורג מסמכות הכנסת.

כאמור, בבג"ץ הסבירות התגלעה מחלוקת בקרב שנים-עשר השופטים שסברו שהכנסת אינה מוסמכת לשלול כליל את הסמכות לביקורת שיפוטית בהתבסס על עילת הסבירות. בעוד שמונה שופטים קבעו שהתוצאה ההכרחית היא הכרזה על בטלותו התיקון, ארבעה שופטים

<sup>215</sup> שם, פס' 111 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות. ראו גם שם, פס' 113: "למרות הכוח חסר התקדים המרוכז בידי הרשות המבצעת-מחוקקת שהופך אותה למעין 'רשות-על', אין כמעט מגבלות על כוחה זה"; וכן שם, פס' 154; וכן פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית: "בהיעדר כל מנגנון של ביזור הכוח, הממשלה בישראל כרשות המבצעת היא מהממשלות החזקות ביותר במדינות דמוקרטיות-מערביות"; פס' 32 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) ברין.

<sup>216</sup> שם, פס' 96 לפסק דינו של השופט כבוב: "מאחר שכנסת ישראל מעולם לא הוסמכה להפקיע את הריבונות מידי העם, ולתתה בידי רשות כלשהי, גם לא בפועלה כרשות מכוונת – הרי שהכנסת אינה מוסמכת לפטור את הדרג המיניסטרילי מחובתו לתת את הדין כאשר הוא חורג מסמכותו החוקית. פטור שכזה ייצור מצב בו העם נשלט בידי אישים ולא בידי חוקים". ראו גם שם, פס' 97 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות.

<sup>217</sup> בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 161 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות.  
<sup>218</sup> למשל, בג"ץ 3840/13 פלוני נ' משרד הפנים (נבו 30.11.2015); עע"ם 5037/08 חליל נ' שר הפנים (נבו 19.12.2017).

<sup>219</sup> למשל, בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007); עע"ם 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (נבו 9.9.2014).

<sup>220</sup> למשל, עע"ם 6466/19 משרד הביטחון נ' עמותת חברות הסייעוד (נבו 11.10.2020).

<sup>221</sup> למשל, בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993).

<sup>222</sup> למשל, עניין שיינפלד, לעיל ה"ש 39.

<sup>223</sup> למשל, בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455 (2001).

<sup>224</sup> למשל, בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לו(3) 29 (1983); בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל (נבו 9.6.2011).

סברו שניתן להסתפק בפרשנות מצמצמת של התיקון, כך שלא תנבע ממנו שלילה מוחלטת של סמכות בג"ץ בעניין זה.<sup>225</sup> אנו סבורים שעמדת הרוב היא העדיפה כאן. הבחירה של המחוקק לנסח את התיקון באופן הגורף ביותר האפשרי, תוך דחיית ההצעות לקביעת סייגים – למשל, שאין הכוונה לשלילת הסמכות לביקורת שיפוטית של סבירות הפגיעה בזכויות אדם, שאין הכוונה לשלילת עילות של סבירות הליכית, שאין הכוונה לפגוע בסמכות לביקורת שיפוטית על התקיימות יסוד סביר להפעיל סמכות כלשהי שנקבעה בחוק – היא בחירה בעלת משמעות, אשר יש בה הפניית גב לדיון הער שפותח בפסיקה (ובספרות) בשאלת גבולותיה של עילת הסבירות. על רקע זה, העמדה שיש להסתפק בפרשנות מצמצמת של התיקון, ובכך להצילו מבטלות, אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק ועם תכליתו. הכנסת הייתה מודעת היטב לכך שהיא נוקטת בלשון הרחבה ביותר האפשרית, ועל בית-המשפט להתייחס ברצינות לבחירה זו של המחוקק.<sup>226</sup>

יואב דותן סבר (עוד לפני בג"ץ הסבירות) כי אין מקום "להדרה מוחלטת של המחוקק מכל נגיעה לעיצוב הסטנדרטים של הביקורת השיפוטית", בהתבסס על העמדה שלפחות בהקשר של ביקורת שיפוטית מינהלית, ההחלטות בעניין "מחייבות תפיסה כוללת של התכנית הסטטוטורית והרגולטורית (שהביקורת השיפוטית המינהלית היא חלק ממנה), ואין סיבה להניח כי יכולתו של המחוקק לראות את התמונה הכוללת לעניין זה נופלת מזו של בתי המשפט".<sup>227</sup> נראה שבג"ץ הסבירות אינו סותר תפיסה עקרונית זו. כאמור לעיל, לכנסת הסמכות לקבוע גם את האופן שבו ייאכפו כללי המשחק.<sup>228</sup> אך השלילה של "הדרה מוחלטת של המחוקק" מעניין זה אין משמעה הכרה בסמכות מוחלטת של המחוקק לקבוע סייגים לביקורת השיפוטית. כאמור, הקושי בתיקון לחוק-יסוד: השפיטה הוא בכך שלאור מאפייניו השונים, זהו הסדר שתכליתו המובהקת אינה בחינה של "התמונה הכוללת" של הביקורת על הממשלה. תכליתו מתן פטור לממשלה הנוכחית, שיזמה את התיקון, ממגבלות שמוטלות עליה. אף אם מקבלים את עמדתו של דותן, שכאמור בפרק 2. לעיל איננו שותפים לה, כי "[לא] קיים אצלנו עיקרון חוקתי כללי שלפיו על המינהל הציבורי לפעול בסבירות", אף הוא מכיר בכך ש"שלילה גורפת של הביקורת השיפוטית בנוגע לסמכויות מינהליות שיש להן השפעה ישירה על אינטרסים וזכויות של הפרט תעורר שאלות במישור החוקתי".<sup>229</sup> שלילה גורפת שכזו היא זו שאפיינה את התיקון לחוק-יסוד: השפיטה.<sup>230</sup>

<sup>225</sup> ראו לעיל ה"ש 212.

<sup>226</sup> בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 125 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות: "לשונו הגורפת והבלתי-מסויגת של התיקון היא אכן 'מפורשת וחד-משמעית'. היא נעדרת נקודת אחיזה לפרשנות המצמצמת המוצעת, ואינה מותירה 'מקום לשום ספק' באשר לתחולתו של התיקון על עילת הסבירות בכללותה"; וכן שם, פס' 129: "אפילו אניח, לצורך הדיון בלבד, כי לשון התיקון סובלת בדוחק את הפרשנות [המצמצמת], קשה להתעלם מכך שפרשנות זו עומדת בסתירה ברורה לתכלית הסובייקטיבית של התיקון, כפי שהיא נלמדת מההיסטוריה החקיקתית שלו וכפי שהובנה על ידי כלל הגורמים המעורבים בחקיקתו".

<sup>227</sup> דותן, לעיל ה"ש 200, בעמ' 237–238.

<sup>228</sup> למשל, בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית: "[...] אם הכנסת הייתה מתקנת את חוק היסוד באופן שמצמצם את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות באופן נושאי-נקודתי, לדוגמה, לגבי מינוי שרים שאושרו על ידי הכנסת, דומני כי לא היינו מגיעים עד הלום". ראו גם שם, פס' 122; וכן פס' 50 לפסק דינה של השופטת רונן. ראו גם לעיל פרק א.6.

<sup>229</sup> דותן, לעיל ה"ש 200, בעמ' 239.

<sup>230</sup> למשל, בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 145–148 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות.

בהתאם לכך, בהתבסס על ההלכות שנפסקו עד כה והטעמים שעליהם הן מושתתות, ניתן להציע מתווה למענה לשאלה מהו היקף סמכותה של הכנסת לקבוע סייגים לביקורת השיפוטית, כפי שמוצע מעת לעת. למשל ההצעות בדבר קביעה של תנאי סף להחלת ביקורת שיפוטית, כגון דרישה לזכות עמידה,<sup>231</sup> דרישת "בשלות" העתירה או מגבלה בדבר שפיטות של נושאים מסוימים; או קביעה של רוב מיוחד בבית המשפט העליון כתנאי להכרזה על בטלות חקיקה ושליטת הסמכות לביקורת שיפוטית על תוקפו של חוק יסוד.<sup>232</sup> עקרונית, הכנסת מוסמכת לקבוע סייגים מסוג זה להחלת ביקורת שיפוטית בבג"ץ, אך סמכות זו מוגבלת מכוח שני ההיבטים שנדונו לעיל.

ראשית, תכליתה העיקרית של קביעת תנאי הסף לביקורת השיפוטית צריכה להיות ראויה. ההגבלה צריכה לבטא תפיסה עקרונית באשר למתכונת הראויה לביקורת שיפוטית על רשויות השלטון ולא ניסיון לפטור את השלטון מן החובה לציית לחוק, במקרה קונקרטי או באופן כללי. בהתאם לכך, ההסדר צריך להיקבע בהסכמה רחבה, בעקבות דיון ציבורי נרחב, תוך היוועצות במומחים ופירוט של ההשלכות של תנאי הסף שייקבעו, בהסדר שתחולתו קבועה וכללית, במועד תחולה נדחה, ובנסיבות שבהן ראש הממשלה אינו נאשם בפלילים.

שנית, מבחינת תוכנם, תנאי הסף צריכים להיקבע כך שלא תישלל לחלוטין אפשרות לביקורת שיפוטית ולגרום עקב כך פגיעה קשה בשלטון החוק. בעיקר נדרש לסייג את תחולתם של תנאי הסף באשר למקרים שבהם מדובר במעשים שלטוניים שמפרים נורמות מוסדיות, כלומר מעשים שפוגעים באינטרס הציבורי ולא דווקא באינטרס אישי פרטי מסוים. במסגרת זו תידרש תחימה של עילות הביקורת השיפוטית ושל הנושאים שלגביהם יוחלו עילות הסף. תידרש גם הסדרה כוללת של הביקורת על השלטון, ובכלל זה מיסוד מנגנוני ביקורת חלופיים יעילים, כגון דרישה לרוב מיוחס להכרעות בסוגיות מרכזיות שלגביהן עלול הרוב בכנסת להיות בניגוד עניינים מוסדי, עיגון פורמאלי של מעמד היועץ המשפטי לממשלה, לעניין אופן מינויו והמעמד המחייב של חוות הדעת שלו באשר לחוקיות החלטות שלטוניות, והסדרים משלימים נוספים. קביעה של תנאי סף כמו דרישת זכות עמידה, ברוב הקואליציוני המזדמן, ללא קביעת הסדרים משלימים, ללא סייגים להחלת של דרישה זו, חורגת מסמכותה של הכנסת ולכן צפויה להיות מוכרזת בטלה.

לבסוף, עניין מרכזי נוסף הקשור להסדרת הביקורת השיפוטית הוא אופן בחירת השופטים. מרכיב מרכזי בתכנית "הרפורמה המשפטית" שהממשלה החלה לקדם בשנת 2023 הוא הענקת כוח לממשלה לבחור בעצמה את השופטים, באופן שיאפשר לבחור שופטים שיימנעו מהחלת ביקורת שיפוטית (לצד פוליטיזציה של אופן המינוי של היועצים

<sup>231</sup> למשל, הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – פסקת התגברות) (הצעה 1262/23 מיום 15.6.2020), שם הוצע לקבוע כי בג"ץ ידון בעתירה רק אם לעותר יש "עניין אישי" בנושא העתירה.

<sup>232</sup> למשל, הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק), ה"ח התשפ"ג 42, אשר הוגשה מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ב-5.3.2023 ואושרה בקריאה ראשונה – בקולותיהם של חברי הקואליציה בלבד – ב-13.3.2023. הצעה זו כוללת שלושה הסדרים עיקריים: (1) שלילה בפועל של האפשרות להכריז על בטלות חקיקה, באמצעות הקביעה כי חוק יוכרז בטל רק אם תמכו בכך רוב מכריע (לפי הגרסה האחרונה, 12 מתוך 15 השופטים בבית-המשפט העליון); (2) חקיקת "פסקת התגברות", שתאפשר לרוב של 61 חברי כנסת לבטל החלטה של בית-המשפט העליון על בטלות חוק; (3) שלילה מוחלטת של הסמכות לקבוע כי חוק-יסוד אינו תקף, מבלי לקבוע כל סייג באשר לרוב הדרוש לחקיקת חוק-יסוד או באשר לתוכנו של חוק-היסוד.

המשפטיים וביטול המעמד המחייב של חוות-הדעת שלהם).<sup>233</sup> דיון מפורט בנושא זה חורג ממגבלות המקום כאן. בתמצית, לאור ההשלכות מרחיקות הלכת שיהיו למהלכים מסוג זה על מעמדה של הביקורת השיפוטית, יחולו גם כאן שני סוגי המגבלות שהוזכרו, בדבר תכליתו של תיקון שכזה ובדבר תוכנו. פגיעה בעצמאות השפיטה, באמצעות פוליטיזציה מובהקת של אופן בחירת השופטים, סותרת סתירה יסודית את עקרונות היסוד בדבר הפרדת הרשויות, עצמאות הרשות השופטת ועקרון שלטון החוק. לעניין זה, גם הצעה מרוככת יותר, שלפיה בחירת שופטים תוכל להיעשות רק בקולות נציגי הקואליציה והאופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים, ללא התחשבות בעמדתם של גורמי מקצוע (נציגי לשכת עורכי-הדין, שלפיה הצעה זו לא יכנה עוד בוועדה, והשופטים), לוקה אף היא באותו הפגם. הסדר שמעניק בלעדיות בבחירת שופטים לנציגי הגופים שאמורים להיות מבוקרים על-ידי בית המשפט, סותר סתירה ממשית את עקרונות היסוד האמורים. הכנסת מוסמכת לשנות באופן מתון יותר את שיטת הבחירה הקיימת של שופטים, שאין בה פוליטיזציה מובהקת ופגיעה בעקרונות היסוד של השיטה. אך לשם כך, תכלית קביעתו של ההסדר החדש צריכה להיות ראויה, בהתחשב, כאמור, באופיו של הליך החקיקה, ובהיקף ובמועד התחולה של ההסדר החדש. כמו כן, נדרש יהיה לקבוע הסדרים משלימים, שיבטיחו פיקוח נאות על הממשלה ועל הרוב בכנסת, ובכלל זה עיגון כללי המשחק בחוקה נוקשה וקביעת מנגנוני אכיפה מתאימים. בלא הסדרים משלימים מסוג זה, חקיקה כאמור צפויה להיות מוכרזת בטלה, כפי שציינו, באמרת אגב, כמה מן השופטים בבג"ץ הסבירות.<sup>234</sup>

## ג. הערות סיכום

האפיון בפסיקה של מגבלות "טבועות" על הסמכות המכוננת, כלומר על הסמכות לקבוע את כללי המשחק ולשנותם, והאכיפה שלהן, אמנם אינה תקדימית בהשוואה בינלאומית, אך היא

<sup>233</sup> ההסדר הראשון נכלל בהצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות), ה"ח התשפ"ג 32, ובהצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 105) (הוראות לעניין הוועדה לבחירת שופטים), התשפ"ג-2023, ה"ח 34. שתי ההצעות הללו הוגשו מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. הן הונחו על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה ב-13.2.2023 ואושרו בקריאה ראשונה ב-20.2.2023, בקולותיהם של חברי הקואליציה בלבד. שתי הצעות החוק אושרו בוועדה והונחו לקריאות שנייה ושלישית ב-27.3.2023. ההסדר השני נכלל בטיטת הצעת חוק מטעם יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, אך טרם הונחה על שולחן הכנסת: טיטת הצעת חוק-יסוד: הממשלה (סמכות הממשלה והשרים לקבוע את עמדתם המשפטית בפעולתם השוטפת ובפני ערכאות שיפוטיות).

<sup>234</sup> למשל, בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, פס' 40 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "[...] ברור לדידי כי שינויים מסוימים בדרך מינוי שופטים (למשל, מתן שליטה מוחלטת לממשלה על מנגנון המינוי) נוגדים את עקרון העצמאות השיפוטית, ולפיכך עומדים בסתירה חזיתית לאופייה הדמוקרטי של המדינה"; וכן פס' 106 לפסק דינו של השופט עמית: "ככל שבוחנים את התיקון [בעניין הסבירות] על רקע מכלול התיקונים המוצעים, [...] התמונה המתקבלת מבהירה כי מדובר אך בצעד אחד מתוך מארג חקיקה שלם אשר משנה באופן מרחיק לכת (ושמא בלתי הפיך) את מערך האיונים והבלמים של שיטתנו". זו היתה גם עמדתה של היועצת המשפטית לממשלה. ראו שם, פס' 14 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) ברוך: "[...]היועצת המשפטית לממשלה] הבהירה כי לעמדתה תיקוני החקיקה המבוקשים פוגעים באבני יסוד של המשטר הדמוקרטי, ובפרט בעקרון הפרדת הרשויות המחייב קיומה של רשות שופטת עצמאית ובלתי תלויה. לגישתה, תיקונים אלה מקנים לרשויות השלטון כוח בלתי מוגבל, שמקים חשש לפגיעה בזכויות אדם, בשלטון החוק ובמינהל תקין".

בכל זאת חריגה. ואולם, החריגות אינה בהכרח במגבלות הללו אלא בעצם ההכרה בסמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם ללא כל סייגים פורמאליים, באשר לרוב ולהליך הדרושים לשם כך. במצב דברים זה, דווקא הימנעות מהכרה במגבלות כלשהן היא חריג בהקשרן של דמוקרטיה, ולא החלת מגבלות.

בניגוד לתמונת מצב שיש שביקשו להציג, ההלכות שנקבעו בבג"ץ הסבירות ובבג"ץ הנבצרות אינן חידוש מופלג. הן התפתחות טבעית של עשרות שנים של פסיקה בנושא, והן פיתוח הכרחי של ההלכה שכבר נקבעה בפרשת **בנק המזרחי**. התפתחות זו נדרשה על רקע המהלכים חסרי התקדים של הממשלה והרוב בכנסת הנוכחית, שביקשו לבטל למעשה את הביקורת השיפוטית ואת עקרון שלטון החוק, כדי לאפשר לממשלה להגשים מדיניות שחותרת יסודית תחת עקרונות היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הבחירה של הכנסת להימנע מלקבוע מגבלה מפורשת כלשהי על כוחו של הרוב לשנות את כללי המשחק, מדגימה באופן מובהק את ניגוד העניינים המוסדי שבו מצויה הכנסת. במצב דברים זה, הביקורת השיפוטית התבררה להיות קו ההגנה האחרון על הדמוקרטיה הישראלית (זו הנוהגת בתחומי הקו הירוק).

במציאות הפוליטית בישראל, חקיקת חוק-יסוד: החקיקה, שמכוחה יוחלו מגבלות על סמכות הכנסת לחוקק חוקי-יסוד ולשנותם, היא הכרחית. זהו צעד מתבקש לשם צמצום הסכנה לפגיעה קשה בערכי היסוד של הדמוקרטיה. נראה, עם זאת, כי לא יהיה די בקביעה של מגבלות דיוניות בלבד, למשל דרישת רוב מיוחד של שני-שלישים מחברי הכנסת לשם חקיקה ותיקון חוקי יסוד. הניסיון שנצבר בכל הקשור להחלטות ועדת הבחירות המרכזית לכנסת בעניין פסילת רשימות ומועמדים, בעניין הרחקה מהכנסת של חבר כנסת, ובנושאים קרובים, מלמדים כי אין להסתפק במגבלות דיוניות. על רקע העוינות של הרוב בכנסת כנגד הציבור הערבי-פלסטיני בכלל ונציגיו בבית המחוקקים בפרט, ובוודאי על רקע היעדר ייצוג כלשהו לציבור הפלסטיני תושב השטחים, שנתון למשטר כיבוש ונישול כה ממושך של מדינת ישראל, בלתי נמנעת הכרה גם במגבלות מהותיות, לצד אלה הדיוניות, על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק. קל וחומר כך במצב הדברים הנוכחי, שבו אין מוחלות כמעט מגבלות דיוניות על הפעלת כוחה המכונן של הכנסת, ושבו הקואליציה, תחת הנהגה פופוליסטית נחושה פועלת באופן רדיקלי לערעורם של עקרונות היסוד של מדינת ישראל.

לבסוף, סוגיה קשה, שעומדת ברקע הדיון כולו, היא ההשלכות הנורמטיביות של המציאות העגומה במדינת ישראל בכל הקשור לקיום עקרונות יסוד דמוקרטיים. בסיס מרכזי להכרה במגבלות על סמכויות הכנסת הוא האפיון של הזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. העמדה שמיושמת בפסיקה היא כי "לא ניתן ליישב חוק יסוד שפוגע פגיעה אנושה בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים – ובכלל זאת בחירות חופשיות ושוות; [ו]הכרה בגרעין של זכויות אדם [...] – עם היותה של ישראל מדינה דמוקרטית".<sup>235</sup> בכך אין כל קושי ככל שזיהוי המאפיינים מבוסס על תיאוריות מוסריות אוניברסליות. האתגר נובע מכך שבית המשפט שב ומדגיש כי אפיון הזהות החוקתית נעשה במידה מכרעת על יסוד בחינה של המציאות החוקתית והפוליטית הקיימת, כפי שהיא נלמדת מתוך "מכלול היצירה החוקתית והחוקתית במדינת ישראל",<sup>236</sup> לאור "הערכים המכוננים [ה]מבטאים קונצנזוס בין-

<sup>235</sup> עניין **חסון**, לעיל ה"ש 10, פס' 30 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>236</sup> עניין **חסון**, לעיל ה"ש 10, פס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

דורי רחב".<sup>237</sup> היזקקות זו למציאות הנוהגת נחוצה לשם רכישת מידה מספקת של הכשר דמוקרטי להכרעה השיפוטית בדבר סמכויותיה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ובדבר גבולותיה של סמכות זו. הבעיה היא שלפחות בעשורים האחרונים, גוברים ורבים הספקות באיזו מידה תקפה ההערכה שמכלול היצירה החוקית והחוקתית במדינת ישראל אכן מבטאת מחויבות ל"עקרונות דמוקרטיים בסיסיים".<sup>238</sup>

הספקות בעניין זה נובעים ממדיניות הממשלה בשני תחומים עיקריים: האחד, הוא משטר הכיבוש והנישול בגדה המערבית / יהודה ושומרון, שנמשך כבר קרוב לשישים שנה. מאפייני היסוד של הכיבוש ידועים: שליטה נמשכת בחייהם של מיליוני פלסטינים, שנכבשו על-ידי ישראל, שאין להם זכות הצבעה לכנסת וזכויות האדם שלהם נפגעות באורח עמוק ותדיר; החלה של כללים משפטיים שונים לישראלים שמתגוררים בשטח (המתנחלים) ולפלסטינים; ובעיקר התפיסה של ממשלת ישראל שהאינטרסים שעל קידומם היא אמונה הם רק אלה של אזרחי ישראל ולא אלה של הפלסטינים שנתונים לשליטתה. ממשלה שמכריזה בגלוי, במשפט הפתיחה של קווי היסוד שלה, כי "לעם היהודי זכות בלעדית ובלתי ניתנת לערעור על כל מרחבי ארץ ישראל", חותרת תחת ההצדקה המסורתית למצב הקיים (ככל שהיא משכנעת), שלפיו הכיבוש הוא זמני, ונובע מכורח צבאי. היא חותרת תחת ההגדרה היסודית של משטר הכיבוש, שנקבעה עוד ב-1983, בפסק-הדין בעניין הפקעת קרקע פרטית לשם סלילת כביש 443, שלפיה "אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב".<sup>239</sup> המצב הנוהג בשטחים הוא מצב קולוניאלי, שיוצר סכנה ממשית ביותר לקיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.<sup>240</sup> יתר על-כן, התמשכותו מערערת את הבסיס תחת ההבחנה שבין המחויבות לעקרונות יסוד של דמוקרטיה בתחומי מדינת ישראל לבין הפרתם העמוקה של עקרונות אלה במשטר הכיבוש וההתנחלות בשטחים, תוך הטלת ספק של ממש בשאלה אם מדינת ישראל בכללה יכולה להמשיך להיחשב דמוקרטיה.<sup>241</sup> ישראל מנסה לשמר את אפיונה כדמוקרטיה באמצעות

<sup>237</sup> עניין גלאון, לעיל ה"ש 70, פס' 10 לפסק-הדין של השופט לוי.

<sup>238</sup> ראו מדינה, לעיל ה"ש 20.

<sup>239</sup> בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלחעאנוניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 794–795 (1983) (השופט ברק).

<sup>240</sup> המדובר במצב שבו מדינה או עם משתלטים על טריטוריה המיושבת בידי בני אדם אחרים; הללו אינם נעשים אזרחיה של המסגרת המדינית השולטת בטריטוריה כי אם נשלטים; את ההשתלטות מבצעת מדינה מבחוץ, שנהפכת למדינה-אג, שאזרחיה באים להתיישב בטריטוריה ההיא; השליטה וההתיישבות – והנישול והקיפוח הנלווים להן – ואי-הענקת ההגנה של האזרחות לילידים הנשלטים מולידות התנגדות, שנעשית בשלב מסוים אלימה ורצחנית; אלימות זו מזמינה מהלכי דיכוי נוספים; במעגל המתעצם של אלימות הדדית המדינה השולטת עושה מעשים קשים – הן כלפי נשלטים המתקוממים והן כלפי אזרחיה המתנגדים למדיניותה; היא מתקטבת, הלחצים מבחוץ מתעצמים, יציבותה הפנימית מתערערת, והאיזון בין מוסדותיה השלטוניים נשחק. כך קרה, לדוגמה, לצרפת באלג'יריה, וכך אירע בבריטניה, בסוף המאה ה-19 ובראשית המאה ה-20, מול אירלנד. לא לכל הדוגמאות ההשוואתיות יש סוף טוב.

<sup>241</sup> למשל, דוד קרצמר "השטחים הכבושים והמשטר החוקתי של מדינת ישראל" ספר סלים ג'ובראן 343 (ארה"ב ברק ואח' עורכים 2023); אילן סבן "פופוליזם בישראל ותגובת הנגד הפוליטית כלפי מערכת המשפט" קריאות ישראליות (2022).

הצהרות מעורפלות – נדירות יותר ויותר – בדבר “זמניות” הכיבוש, אלא שכמעט ששים שנה לאחר 1967 הצהרות אלו נשמעות לא רק מעורפלות ונדירות אלא גם חלולות. עד מתי ימשיכו בני העם השליט, השולט במשפט ובכוח, לסנן אל מחוץ לקטגוריית האזרחות את מיליוני נשליטה של ישראל, מבלי, לחלופין, להתיר את כבלי השליטה?

הספקות בשאלה באיזו מידה המדיניות הנוהגת במדינת ישראל עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של דמוקרטיה נובעים גם מהמדיניות הנוהגת בשנים האחרונות בתוך גבולותיה הריבוניים. החתירה השיטתית של הממשלה תחת עקרון שלטון החוק, תוך העדפה של אינטרסים סקטוריאליים על חשבון האינטרס הציבורי הכללי, הפגיעה הנרחבת בעקרונות יסוד בדבר שוויון, חופש ביטוי, חופש מדת וחופש דת, ההסתה הנרחבת נגד בית המשפט העליון ונגד היועצת המשפטית לממשלה, ובעיקר התגברות המאפיינים של שלטון יחיד, והקביעה של בית המשפט שהרוב בכנסת חוקק חוק יסוד שסותר חזיתית עקרונות יסוד דמוקרטיים, מערערים אף הם את סבירות האפיון של הזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

הפער הזה שבין הרצוי למצוי מבטא פרדוקס שהוא בלתי נמנע בכל הקשור לאכיפת מגבלות על הסמכות המכוונת. המקרים שבהם נדרשת אכיפה של המגבלות הללו הם בדיוק אלה שבהם נוצר פער במציאותה של חברה במשבר, בין הזהות החוקתית, שמבטאת תפיסות עומק של החברה, לבין המדיניות שממשלה וכנסת מסוימות מקדמות באותה עת קודרת. אף שההכרה במגבלות משפטיות, ואכיפתן בדרך של ביקורת שיפוטית, אינן יכולות למנוע לבדן קריסה של מדינה דמוקרטית, למשפט בכל זאת נודע תפקיד חשוב ביחס ליכולתה לבלום את הסכנה ולהתאושש. בה בעת, הספקות והחששות שמטרידים אותנו עניינם בשאלה אם די ב”קו העצירה” שנקבע בפסיקה עד כה.

יש סכנה בהימנעות מבחינה ביקורתית של המשך משטר הכיבוש וההתנחלויות. ההכרעה השיפוטית בשנת 2020 בדבר בטלותו של “חוק ההסדרה”<sup>242</sup> היא מוגבלת והיא גם במידה רבה החריג ולא הכלל.<sup>243</sup> מדאיגה גם חולשת ההגנה שמספק בית המשפט העליון לבני קהילת המיעוט הערבי-פלסטיני ונציגיו בכנסת.<sup>244</sup> כמוה מסוכנת ההימנעות מבחינה ביקורתית בפסיקה של היבטים רבים של השחיקה הדמוקרטית בישראל, שביטוי בולט לה היא דחיית העתירה בעניין כהונתו של נתניהו בתפקיד ראש הממשלה חרף כתב האישום החמור נגדו.<sup>245</sup>

<sup>242</sup> בג”ץ 1308/17 עיריית סלואד נ’ הכנסת (2020), שם הוכרו על בטלותו של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע”ז–2017.

<sup>243</sup> סוגיית השימוש שישראל עושה בקרקע הציבורית בשטחים לצורך מפעל ההתנחלויות והמאחזים “החוקיים” מטואטאת כל העת אל מתחת לשטיח. השימוש בקרקע זו, שהמפקד הצבאי היה אמור להחזיקה ולהפעילה כנאמנות בעבור “התושבים המוגנים”, אינה חשופה לביקורת שיפוטית, שכן בג”ץ שמר בעניינה על דוקטרינות שמהן הוא נפרד במידה רבה בתוך גבולותיה הריבוניים של ישראל, עילות-הסף של זכות העמידה ושל השפיטות, ובכך “מנע עצמו” מלדון בה. למשל, בג”ץ 4481/91 ברגיל נ’ ממשלת ישראל, פ”ד מז(4) 210 (1993); בג”ץ 3125/98 עיאר נ’ מפקד כוחות צה”ל באזור יהודה ושומרון, פ”ד נה(1) 913 (1999); בג”ץ 2676/09 אבו קמל נ’ הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש באזור יהודה ושומרון (נבו 7.9.2014). ראו גם סבן, לעיל ה”ש 32, בעמ’ 48.

<sup>244</sup> ראו, בין היתר, אילן סבן “תגובת הנגד הפוליטית למהפכה החוקתית” המרחב הציבורי 13 (2018) 13, 27-30.

<sup>245</sup> בג”ץ 2592/20 התנועה לאיכות השלטון נ’ היועץ המשפטי לממשלה (6.5.2020), תמצית נימוקים; 27.5.2020, פסק-דין משלים.

ההכרה של בית המשפט בסכנה הקיומית שבה מצויה הדמוקרטיה הישראלית, כפי שבוטאה בדברים הנוקבים של השופטת (בדימוס) ברון שצוטטו בפתח הדברים ובדברים שאמרו שופטי רוב נוספים, צריכה להיות מלווה בביקורת שיפוטית נרחבת הרבה יותר מזו הנוהגת כיום.

בכל מקרה, אי אפשר להבין את שני פסקי-הדין שניתנו בראשית 2024 בלא לעסוק בשינוי שמתחולל בחברה הישראלית, שעיקרו הסכנה שנשקפת לה מנקודת מבט של מחויבות לערכים של דמוקרטיה ליברלית. הסכנה היא רבה במיוחד לאור כך שהממשלה הנוכחית פועלת באופן החלטי, נטול רסן, תוך הפרה שיטתית של אוסף נרחב של גורמות חוקתיות בסיסיות. בית המשפט נמנע בדרך כלל מלציין מפורשות את הסכנה הייחודית הזו, וההימנעות הזו, שאולי נובעת מטעמים של חשש ממה שעלול היה להיתפס כפוליטיזציה של ההכרעה השיפוטית, דווקא היא פוגעת בהכשר הציבורי של ההכרעה.