

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 מאפיין את הדוקטרינה בדבר המגבלות על הסמכות המכוננת תוך כדי ניסוחה ניסוח שונה מעט מזה שבפסיקה, 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 של 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; השני עוסק ביישום הדוקטרינות בשלושה תחומים: שיטת הבחירות והמשטר, תוקפן של חקיקה ושל החלטות מינהל והיקפה של הביקורת השיפוטית. במסגרת זו נבחנים, בין היתר, גבולות סמכותה של הכנסת לבטל את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולהגביל את הביקורת השיפוטית.

לצד ההיבט האנליטי, החיבור עומד גם על ההקשר של הפסיקה הנדונה, שעניינו האפיון של מעשיהם של ראש הממשלה נתניהו, של הממשלה ה-37 ושל הקואליציה בכנסת ה-25 כסכנה קיומית לזהות של מדינת ישראל כדמוקרטיה ליברלית. אפיון זה מדגיש את חשיבותה 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 הממשלה ושל הקואליציה הנוכחיות ("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

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

** דוקטור למשפטים, מרצה בכיר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. המחברים מודים לזהר כהן, לירדן צרפתי, לגילה שטופלר ולאורי שפראך, לשופטים האנונימיים ולחברי המערכת של כתב העת משפטים על הערותיהם המצוינות.

האחרונה? ב. גבולות הסמכות של הכנסת לקבוע נורמות חוקיות ולשנותן – יישום.
 1. קביעת כללי המשחק בתחום שיטת הבחירות והמשטר. 2. קביעת כללי המשחק בעניין תוקפן של חקיקה ושל החלטות 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 הכוחות בין הרשויות הפוליטיות לבין המערכת המשפטית. מיהו "הדובר האחרון", הדובר העליון, של המשפט הישראלי? זו כמובן שאלה חשובה מאוד, 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 בין השחקנים העיקריים בחברה, של הסכמה ביניהם, ולעיתים של חיכוך והכרעה שלהם. משמע, האזרחים ("הריבון"), הכנסת, בית המשפט העליון והממשלה. הפעולה הקולקטיבית הזאת 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 הסבירות¹ (שנפסק בהרכב של חמישה-עשר שופטים) ובג"ץ הנבצרות² (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 על פי כללי המשחק, המונחת בבסיס פסק הדין בעניין בנק המזרחי, שניתן בשנת 1995,³ 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 מכוננת. 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.⁴ 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. [...]

ולפיכך [...] אין מנוס מן הקביעה כי בחוקקה את תיקון מס' 3 חרגה הכנסת מסמכותה

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

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

3 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).

4 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 96 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

המכוננת וכי דין התיקון – בטלות⁵. 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"⁶. כמפורט בהמשך המאמר, למעשה מדובר 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 מניסוחה של 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 ובפסקי הדין האחרים 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 הן העדפה ממשית של אינטרסים של הממשלה המכהנת ושל הקואליציה דהיום בכנסת. מגבלה זו, שמכונה בפסיקה "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת, עוסקת אפוא 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 שתיקון לחוק יסוד שמשנה את כללי המשחק יוכרז בטל אם החומרה המצטברת של שני סוגי הפגמים האחרונים – תכלית התיקון 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 בסוגיית תוקפו של התיקון 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

5 שם, בפס' 97 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

6 בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, בפס' 28 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן.

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.

לצד ההיבט האנליטי, שלו מוקדש עיקר החיבור, מה שמייחד את החקיקה לביטול עילת הסבירות ולקביעת תנאי הנצרות 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 חשוב מאוד בתוכנית שעליה הכריזה הממשלה, לצמצום ניכר של הביקורת השיפוטית עד כדי ביטולה כמעט כליל. על רקע זה יש להבין את הדברים האלה 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 על דחיית תחילת תוקפם) של התיקונים לחוקי היסוד:

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 מצווים בשמירה על עקרון הפרדת הרשויות, עצמאות מערכת המשפט, שלטון החוק וזכויות הפרט – שמירה על צבינה של המדינה, על ערכי הדמוקרטיה וערכי מגילת העצמאות. לא ניתן לעמוד מנגד.⁷

האפיון הזה של מעשיהם של ראש הממשלה, של הממשלה ושל הקואליציה בכנסת כ**סכנה קיומית** מדגיש את חשיבותה 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 הולך וגובר 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: משטר הכיבוש וההתנחלות בגדה המערבית /

7 בבג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 1 ו-34 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) ברון.

יהודה ושומרון; והחתימה השיטתית של הממשלה תחת עקרון שלטון החוק, תוך כדי העדפה של אינטרסים אישיים וסקטוריאליים על חשבון האינטרס הציבורי הכללי.

מופיע כאן מרכיב פרדוקסלי ממש. 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 הזאת (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 תיקון שנעשה בחוק יסוד או בחוק רגיל – היא תכלית ראויה (תת-פרק א.4); המגבלה שעניינה תוכן ההסדר שרשאית הכנסת לקבוע, בהתבסס על הזהות החוקתית של המדינה, ובכלל זה הרחבה של ההבחנה בין "שינוי" של כללי המשחק לבין "פגיעה" בהם (תת-פרק א.5). החלק הראשון נחתם בדיון ביקורתי בתפיסה העקרונית הנדונה (תת-פרק א.6). 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 שלושת התחומים העיקריים שבהם עוסקים כללי המשחק: שיטת הבחירות והמשטר (תת-פרק ב.1); תוקפן של חקיקה ושל החלטות מינהל (תת-פרק ב.2); היקפה של הביקורת השיפוטית (תת-פרק ב.3). בחלק 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 קביעת בחוק יסוד של דרישות סף בדבר זכות עמידה או שפיטות).

בהערות סיכום לחיבור מוצע דיון לא ממצה באתגר שנובע מן הפער ההולך ומתרחב שבין ההיבט התיאורי של הזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין ההיבט הנורמטיבי (פרק ג). לצד 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 ושל החלטות 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.

לצד ההכרה בחובה לכבד את כללי המשחק, השאלה הקשה היא כיצד נקבעים כללי המשחק הללו ומי מוסמך לשנותם, ומכאן מהן המגבלות על תוכנם של כללי המשחק שמותר 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 באמצעות כללי המשחק הללו.⁸ ידועה פחות התשובה לשאלה כיצד צריכים להיקבע כללי המשחק בנסיבות, כמו אלה שבשראל, 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 בשל 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-פורמלי, 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 כללי המשחק ולשנותם; מקור מוסרי, שעניינו שיקולי מדיניות בשאלה אם ראוי להכיר בסמכות זו של הכנסת בהתחשב במכלול המאפיינים הרלוונטיים.⁹ ברוח גישתו של רונלד דבורקין בדבר אפיון ה"תאוריה" שמסבירה בצורה הטובה ביותר את המשפט הקיים,¹⁰ זהו שילוב של בחינה אמפירית במהותה, "מלמטה למעלה", בדבר אפיון "הנורמה הבסיסית" מתוך החקיקה, הפרקטיקה הפוליטית הנוהגת ותפיסות הציבור, עם בחינה נורמטיבית, "מלמעלה למטה", שעניינה קביעת תוכנה של

8 לדיון ראו למשל: JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (1962).

9 לדיון בגישה זו ראו למשל: JACK BALKIN, LIVING ORIGINALISM 64–73 (2011); Richard H. Fallon Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787 (2005).

10 Ronald Dworkin, *Hard Cases*, 88 HARV. L. REV. 1057 (1975).

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 כיצד יש להכריע בעניין כאשר המקורות הללו מוליכים לתוצאות סותרות. הגישה שפותחה בפסיקה אינה מבוססת על "נורמה בסיסית" קבועה בזמן וחיזונית (אקסוגנית) לשיטה המשפטית. הסיבה לכך היא שאין בנמצא נורמה בסיסית כזאת. הסברה שהכרזת העצמאות היא נורמה בסיסית, במובן זה שהיא, בלשון של השופט שטיין, "מסד הסמכות הבלעדי לחקיקת חוקי המדינה ולכינון חוקתה",¹¹ אינה מדויקת. יש לשער שבכוונת 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.¹²

11 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 33 לפסק דינו של השופט שטיין. השופט שטיין מאפיין במקומות מסוימים בפסק דינו את ההכרזה כביטוי ל"כלל ההכרה" (למשל בפס' 38), אך גישתו מבוססת בעיקר על היותה של ההכרזה "מעשה פורמלי מסמך" (למשל בפס' 9), כלומר נורמה בסיסית. ראו גם שם, בפס' 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"; שם, בפס' 11. ראו גם גישתו של השופט מזוז בבג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל**, פס' 10–11 (נבו 8.7.2021); אהרן ברק **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק** – כך 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, שחיברה את ההכרזה, פעלה כ"אסיפה המכוננת המקורית", ולכן הכנסת פועלת רק כ"אסיפה מכוננת נגזרת", שכפופה לאמור בהכרזה ראו אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי היסוד" **ספר ברנזון** כך שני: כְּנִי סֶכְרָה 119, 135 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים 2000).

12 בהכרזה נקבע כך: "אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט [...] ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע 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** (לעיל ה"ש 1, בפס' 36) ציין השופט שטיין כי המנשר שפרסמה מועצת המדינה הזמנית מייד 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 בס' 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, בפס' 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 –

כידוע, שני חלקיה של ההוראה המרכזית הזאת בהכרזה הופרו: פקודת המעבר לאספה המכוננת, התש"ט–1949, ביטלה את ההפרדה המתוכננת בין האספה המכוננת לבין הרשות המחוקקת וקבעה, לפחות זמנית, את "השלטונות הנבחרים הסדירים של המדינה" שלא לפי חוקה, שהרי זו טרם כוננה, ובכובעה זה הוסיפה הכנסת הראשונה וקבעה, לא בחוקה אלא **בחקיקה רגילה**, את הכללים הנוגעים להקמת "השלטונות הסדירים", כלומר את שיטת הבחירות והמשטר (תחילה בחוק המעבר, התש"ט–1949 ואז גם בחוק הבחירות לכנסת השנייה, התש"א–1951), ורק מאוחר יותר, למן 1958, הוחלפה חקיקה זו בהדרגה בהסדרים שנקבעו בחוקי יסוד. משמעות הדבר שאם "מסד הסמכות הבלעדי" לקביעת כללי המשחק, כפי שסבור, כאמור לעיל, השופט שטיין, היה הכרזת העצמאות,¹³ לא הייתה לכנסת סמכות לקבוע את כללי המשחק או לשנותם.

אך איש אינו חולק על סמכותה של הכנסת לקבוע את שיטת הבחירות והמשטר ולשנותה, כפי שאכן עשתה לאורך השנים, ולקבוע כללי משחק אחרים.¹⁴ 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 הוא המקור הפורמלי-משפטי, שעניינו העובדה שגופי השלטון השונים – החל ממועצת המדינה הזמנית (שפעלה מכוח הכרזת העצמאות ואשר חוקקה את פקודת המעבר לאספה המכוננת, תש"ט–1949) ועבור באספה המכוננת (הכנסת הראשונה) ובכנסות שבאו 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,¹⁵ גם בסמכותה לקבוע כללים שמגבילים את כוחה שלה כרשות מחוקקת. לצד זאת, בשל העובדה שהמקור הפורמלי-משפטי אינו חד-משמעי, בהתחשב בהוראות הכרזת העצמאות, ובשל חשיבותה הייחודית של הסמכות לקביעת כללי המשחק, שבעניינה עצם השאלה אם הכנסת מייצגת את העם ומוסמכת לקבוע את אופן הייצוג, היזקקות לשני המקורות הנוספים היא בלתי נמנעת. המקור השני הוא החברתי, שמכונה בפסיקה "הכרתו של העם [...] בכוחה של הכנסת [...] לכוון חוקה".¹⁶ 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. על כל אלה נוסף המקור השלישי, המוסרי, שעניינו שיקולי מדיניות, שעליהם

במועד הקמת המדינה – בכוחה של הכנסת לכוון חוקה (ובוודאי לא בכוחה לעשות כן "באמצעות חוקי יסוד", עניין שנקבע כידוע רק בשנת 1950, בהחלטת הררי).

13 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 33 לפסק דינו של השופט שטיין.

14 ראו ברוח זו, באשר להכרח המעשי להכיר בכך שלכנסת סמכות לכוון חוקה, כלומר לקבוע את כללי המשחק, עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3.

15 שם.

16 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 33 לפסק דינו של השופט שטיין. ראו גם עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, פס' 44, 46 לפסק דינו של הנשיא ברק.

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 שסמכות זו היא בלתי מוגבלת. ההפך הוא הנכון, כמפורט בפרקים הבאים, המקורות הללו תוחמים את סמכותה של הכנסת בהקשרים הנדונים. המקורות הפורמליים קובעים כמה וכמה מגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת. אלה באים לידי ביטוי, בראש ובראשונה, בהוראות ההכרזה על הקמת המדינה, שלצד המגבלה שלפיה כללי המשחק יעוגנו ב"חוקה" שתקבע ב"אספה מכוננת" שתיבחר במיוחד לשם כך, הן 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 לאספה המכוננת (שהועברו מאספה זו לכנסת) הן גורם חשוב, לא בלעדי, לאפיון סמכויות הכנסת. על זה נוספת חקיקת הכנסת לאורך השנים, ובכלל זה סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת, ותקדימים של בית המשפט, כמפורט בהמשך. ההערכה מהי עמדת הציבור בעניין זה אינה חד-משמעית, שכן לצד 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 מוליכים אף הם, כמו המקור המשפטי-הפורמלי, 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 שהכנסת מוסמכת לחוקק את כללי המשחק ולשנותם ברוב רגיל, בתחולה מיידית. היות שכללי המשחק נועדו, בראש ובראשונה, להגביל את רשויות השלטון עצמן, מתחייבת הכרה בהיותה של סמכות הכנסת מוגבלת. הכרה זו מבוססת כאמור על פירוש היקפה של סמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם.¹⁷ 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 למשנית. 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.¹⁸

17 ראו ברוך זו יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** לא 771 (2001) (להלן: דותן "איסור 'החקיקה העצמית'").

18 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 ברוך 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): "ישנם כללים חוקתיים שהם כה יסודיים והם ביטוי של דין על-חוקתי, עד כדי לקשור את מחוקק החוקה בכבודו ובעצמו".

כפי שציין אהרן ברק, אפשרית "פרשנותה התכליתית של פסקת התיקונים", שמכוחה "פסקת התיקונים מאפשרת רק תיקונים השומרים על מהותה וזהותה של החוקה".¹⁹ "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 מכוונת ראשונית למשנית אלא מבוססת על מקור הסמכות לכוון את החוקה. התפיסה היא שמקור זה הוא שמגביל את הסמכות המכוונת.²⁰ לשיטתם של התומכים בגישה זו בהקשר הישראלי, מקור הסמכות של הכנסת הוא הכרזת העצמאות, שמשמשת "נקודת האחיזה הארכימדית" להגבלת כוחה של הכנסת כרשות מכוונת.²¹ 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,²² ומצד שני, כאמור לעיל, ספק רב אם הכרזת העצמאות יכולה לשמש מקור הסמכות של הכנסת לכוון חוקה.

התפיסה שאומצה בפסיקה מבטאת שילוב של שתי הדוקטרינות שתוארו, שמותאם לנסיבות המיוחדות של ישראל: מצד אחד, כמו בדוקטרינה השנייה, ההגבלה על כוחה של הכנסת נובעת ממקור הסמכות שלה לכוון חוקה (ולא מ"פסקת תיקונים", מפורשת או משתמעת), ומצד שני, ברוח הדוקטרינה הראשונה, מקור זה אינו חיצוני לחוקה עצמה, אלא הוא הזהות החוקתית של המדינה, כפי שהתפתחה ומוסיפה להתפתח לאורך השנים, כלומר "המערך החוקתי בכללותו, כפי שהתפתח במהלך שנות קיומה של המדינה".²³ זהו ההסבר למה שנראה תמוה במבט ראשון, כיצד ניתן ליישב את הקביעה בפסיקה, שבישראל אין מוכרת הדוקטרינה בדבר "תיקון חוקתי לא-חוקתי", עם הכרה במגבלות על סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק.²⁴ כפי שהבהירה הנשיאה חיות בפסק דינה בבג"ץ

19 ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 11, בעמ' 210.

20 שם, בעמ' 279–281.

21 שם, בעמ' 282. ראו גם לעיל ה"ש 11.

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

23 עניין חסון, לעיל ה"ש 11, בפס' 16 לפסק דינה של הנשיאה חיות. לדיון נרחב יותר במושג "הזהות החוקתית" ראו ברק מדינה "הזהות החוקתית של מדינת ישראל, הזכות להשתתפות שווה בהכרעות חברתיות וה'רפורמה' המשפטית" משפט וממשל כח (2024) (להלן: מדינה "הזהות החוקתית של מדינת ישראל").

24 דוגמה לכך היא פסק דינה של הנשיאה חיות בעניין חסון, לעיל ה"ש 11, בפס' 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 (נבו) 27.5.2018] ציינתי כי 'לעת הזו, ובהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה [...] יש בעייתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה'. מדעתי זו לא שינתה ואני אכן סבורה כי בעקרון, שאלת אימוצה של דוקטרינה מקיפה לבחינת חוקתיותם של תיקונים לחוקה, מן הראוי שתוכרע עם השלמת

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".²⁵ במובן זה, הגישה שאומצה בפסיקה אינה מבטאת אימוץ מלא של הגישה שמזוהה בפסיקה בעיקר עם עמדתו של השופט חשין, שלפיה קיימים עקרונות יסוד לא כתובים שמגבילים את כוחה של הכנסת.²⁶

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.²⁷ 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 מכוננת.

- מפעל חוקי היסוד לכדי חוקה מלאה. ברי, אפוא, כי אותן דוקטרינות במשפט המשווה שעליהן עמדתי לעיל אינן ניתנות ליישום כמות שהן בשיטתנו". מצד אחר, מייד 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 בכובעה 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 ברוך דומה גם פסק דינה של הנשיאה ביניש בבג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד (סד) 275, 310–311 (2011); בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל**, פ"ד ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו) 6.9.2017.
- 25 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 66 לפסק הדין של הנשיאה חיות. ראו גם שם, בפס' 91: "הביקורת השיפוטית המהותית על חוקי היסוד מתמקדת בשמירה על גבולות סמכותה של הרשות המכוננת, ואינה נשענת על קיומן של נורמות כלשהן המצויות מעל לחוקי-היסוד במדרג הנורמטיבי". לעמדה דומה ראו שם, בפס' 17 לפסק דינו של השופט עמית: "המערך החוקתי בכללותו, אותם 'נתונים קונסטיטוציוניים' שבסיסו 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 מההכרזה על הקמת מדינת ישראל [...] וגם מהעקרונות העל-חוקתיים". ראו גם פסק דינה של הנשיאה חיות בעניין **חסון**, לעיל ה"ש 11, בפס' 16.
- 26 למשל עמדתו של השופט חשין בבג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, 757 (2006); בע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997). ראו ברוך דומה גם גישתו של השופט זוסמן בעניין **ירדור**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 390. לעמדה שלפיה גישה כמו זו שנקבעה בעניין **חסון** מבטאת למעשה את גישתו של השופט חשין ראו למשל יואב דותן "חצי יובל לפסק דין בנק המזרחי: שאון תופי המהפכה וקולו של הפיקולו – מורשתו החוקתית של השופט מישאל חשין" **משפט ועסקים** כו 81 (2022).
- 27 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 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 מכונני 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 משטרנו החוקתי לא תהא נכונה ברמה העובדתית. הצהרה מעין זו אינה אלא משאלת-לבו של המצהיר, הא ותו לא. היא לא מהווה חלק ממשפטנו החוקתי".

כמפורט להלן, מדובר למעשה בשלוש מגבלות עיקריות על הסמכות המכוננת: **מגבלה אחת** עניינה מגבלות שהכנסת בחרה לקבוע מפורשות על כוחה שלה כרשות מכוננת מכוח הוראות נוקשות ("כבילה עצמית"). מדובר 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 הן **העדפה ממשית של אינטרסים של הממשלה המכהנת ושל הקואליציה בכנסת**. מגבלה זו עוסקת אפוא בהבחנה בין תכלית מותרת לתכלית אסורה (מגבלה זו מכונה בפסיקה "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת); **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. מייד 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; ולצידה 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".²⁸ אולם מבחינה מהותית, ההיגיון שביסוד ההוראות של פסקת ההגבלה (לעניין פגיעה בזכויות אדם) חל גם לעניין הנדון כאן (תיקון כללי המשחק), ומכאן ההצדקה להחלת אמות מידה דומות במהותן.²⁹

שנית, היבט נוסף שבו הפסיקה בנושא מבטאת היקש מן ההלכה הנוהגת בעניין פסקת ההגבלה עניינו ההבחנה בין "שינוי" לבין "פגיעה", שנקבעה עוד בעניין **בנק המזרחי**. במקור נקבעה הבחנה זו בהקשר של סמכות הכנסת כרשות מחוקקת לסטות מהוראה שקבועה 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 (וכפוף לבחינה אם הפגיעה מוצדקת בנסיבות העניין, כלומר אם היא לתכלית ראויה והיא מידתית).³⁰ כאשר הכנסת מחוקקת למשל חוק שמגביל אינטרס

28 למשל בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913 (1994); עניין **חסון**, לעיל ה"ש 11, בפס' 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות. עוד ראו בעניין זה יניב רוזנאי "הדרך שלא נלקחה" ICON-S-IL Blog (22.5.2024).

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

30 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, בפס' 39 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) שמגר, בפס' 59–61 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם בג"ץ 729/10 **תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל**, פס' 34 לפסק דינה של השופטת ביניש (נבו 24.5.2012). עוד ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד** 101–106 (2005).

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. כשהפגיעה מתוחמת לנסיבות מסוימות בלא לרוקן את הכלל מתוכן, מוכר עקרונית כוחה של הכנסת לעשות כן גם בכובעה כרשות מחוקקת (כפוף לדרישות בדבר תכלית ראויה ומידתיות, מכוח ההחלה, ישירות או בהיקש, של פסקת ההגבלה).³¹ 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. דרישה זו היא תנאי הכרחי, אך לא תנאי מספיק. הגישה שעולה מן הפסיקה היא שאין בכוחה של הכנסת, גם כרשות **מכוננת**, לבטל כליל כללי משחק שנובעים מן הערכים המכוננים של המדינה.³² הבחנה זו עשויה להסביר, כפי שנראה בתת-פרק ב.2 להלן, את ההבדל בין ההלכות שנקבעו בעניין **מישראל** (לעניין חקיקת "פסקת התגברות" בחוק-יסוד: חופש העיסוק) וחסון (לעניין חקיקת "פסקת ההתיישבות היהודית" בחוק-יסוד: הלאום), שרק "פוגעות" בכלל הרלוונטי, משום שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נותר על כנו, לבין בג"ץ **הסבירות**, שם ביקשה הכנסת לבטל לגמרי את הכלל הנדון (חובת הממשלה לפעול בסבירות).³³

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

31 ראו למשל בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 23.5.2021): "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, יהא הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ויעמוד בדרישת המידתיות". דוגמה לחקיקה מסוג זה היא הענקת הסמכות להתקין תקנות לשעת חירום שלא לפי התנאים 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** (נבו 4.4.2021). ראו גם עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 24, בפס' 6 לפסק דינו של השופט מלצר.

32 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".

33 ראו להלן הטקסט שהסמוך לה"ש 172 ואילך.

עצמית"). מדובר בדרך כלל במגבלות באשר לרוב הדרוש לשינוי הוראה בחוק יסוד. לצד 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 שלה נבחרה טעונה תמיכה של לפחות 80 חברי כנסת, דרישה שמוחלת, מכוח סעיפים 45 ו-45א לחוק-יסוד: הכנסת, 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, בנוגע לכלל שטח המדינה, בחוק-יסוד: משאל עם (שמכוחו נדרש לשם כך רוב של 80 חברי כנסת או 61 חברי כנסת ואישור במשאל עם), ובנוגע לירושלים, בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (דרישת רוב של 80 חברי כנסת). עם זאת הוראות אלה עצמן, באשר לתנאים לוותר על ריבונות, ניתנות לשינוי ברוב של 61 חברי כנסת בלבד.

לפי הלכת בנק המזרחי, הכנסת מוסמכת לכבול, בחוק יסוד, את כוחה לשנות הוראה בחוק יסוד, אך לא נשללה שם האפשרות שסמכות זו לכבילה עצמית היא מוגבלת.³⁴ 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.³⁵ כבילה עצמית עשויה לנבוע גם מפרשנות שיפוטית של תיקון לחוק יסוד, אם גם לאחר התיקון נותרו על כנן הוראות אחרות בחוקי היסוד, בעיקר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הגישה שנקטת בפסיקה מבטאת העדפה של פרשנות הרמונית של חוקי היסוד, ולכן במקרה של אי-התאמה בין הוראות התיקון לבין האמור בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נקבעת פרשנות מצמצמת, ולעיתים מצמצמת מאוד של התיקון. דוגמאות בולטות לכך, שיידונו בפרק 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 בעניין חסון.

4. מגבלה "טבועה" בדבר תכלית ראויה: אין לשנות את כללי המשחק לשם קידום אינטרסים של הממשלה ושל הקואליציה הנוכחית ("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

³⁴ עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 3, בפס' 35 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) שמגר. ראו גם להלן ה"ש 37.

³⁵ לדיון ראו ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל 509 ו (2003); דותן "איסור 'החקיקה העצמית'", לעיל ה"ש 17, בעמ' 785–791; אילן סבן "המשך המדרון: התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בגדה המערבית, בירושלים או ברמת-הגולן בקבלתן ב'רוב מיוחס' משפט וממשל 29 (2023) (להלן: סבן "המשך המדרון").

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 הן העדפה ממשית של אינטרסים צרים של הממשלה המכהנת ושל הקואליציה 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".³⁶ האיסור על "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת הוזכר באופן אגבי בעניין **בנק המזרחי**, באשר 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.³⁷ 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"המבחן 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 שנתנה 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 מסיומות מן החובה לחוקק חוק תקציב שנתי ולקבוע תחתיו חוק תקציב דו-שנתי,³⁸ ולאחר מכן גם בכמה פסקי דין שבאו בעקבותיו, בעיקר עניין **שפיר** משנת 2021.³⁹ בלשונה של הנשיאה חיות, "מרכז הכובד של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות

36 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 [...] 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".

37 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, בפס' 58 לפסק דינו של השופט ברק: 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. בדומה לזה ציין שם השופט בן בפס' 4 לפסק דינו 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. דוגמה לבעייתיות אפשרית מסוג נוסף מושמעת שם מפי השופט חשין. הדוגמה היא של כנסת המבקשת ליצור כבילה עצמית תובענית להוראה חוקתית מסוימת, אך מגבשת את הכבילה הזאת 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, בפס' 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.

38 עניין **בר־און**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 301.

39 עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 31.

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 במעמד של חוקי היסוד".⁴⁰

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 לא, אלא בתוקפה של כל חקיקה שמתיימרת לקבוע או לשנות כללי משחק שלטוניים. לפיכך תחולתה של מגבלה זו אינה מוגבלת למצבים שבהם החקיקה נועדה לשנות הוראה בחוק יסוד קיים (שאז 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).⁴¹ כמו כן המגבלה הנדונה חלה כנראה גם על תיקון חקיקה "רגילה", שבה נקבעו "כללי משחק" בעלי אופי חוקתי אף אם התיקון אינו סותר הוראה בחוק יסוד.⁴² דוגמה לכך היא ההכרעה בעניין התנועה לטוהר המידות בשנת 2023,⁴³ והפסיקה, שתידון בהמשך, שבה נשלל תוקפם של תיקונים לחוקים "רגילים" שעסקו בכללי הבחירות לכנסת.⁴⁴ דובר שם במקרים שבהם התיקון שנקבע בחוק

40 שם, בפס' 31 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

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

42 למשל, באמרת אגב, בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו 18.1.2023): "שימוש לרעה בסמכות (Abuse of Authority) 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).

43 בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (נבו 30.7.2023). נדון שם שינוי חוק "רגיל" בדבר תנאי הכשירות להיות מועמד בבחירות לרשויות המקומיות. נקבע כי החלתו של התיקון לעניין מערכת הבחירות שכבר הייתה 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 ממערכת הבחירות הבאה ואילך.

44 ראו פרק ב.1 להלן. משום כך נראה שההערכה של השופט סולברג בבג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, בפס' 8, כי אילו היה ההסדר בעניין נבצרות ראש הממשלה נחקק בחוק רגיל, הוא לא היה מוכרז בטל (או תחולתו לא הייתה נדחית לכנסת הבאה), אינה משקפת את הדין הנוהג כיום. רק בהקשרים שבהם אין מדובר בשינוי כללי המשחק הדרישה לכלליות אינה מוליקה בהכרח לשלילת תוקפה של חקיקה. ראו למשל בג"ץ 6971/11 איתחית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 35 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 2.4.2013); בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, בפס' 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, ובפס' 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,

"רגיל" נועד לשנות את כללי המשחק לשם קידום תכלית פסולה, ומשום כך הוכרו על בטלותו (או על דחיית מועד תחילת תוקפו).

שנית, עניינה של המגבלה אינו בשאלה אם התיקון מתאים, מבחינת תוכנו, להיחשב כבעל מעמד חוקתי, אלא בשאלה אם תכליתו העיקרית של התיקון ראויה היא 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 ראוי 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".⁴⁵ 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".⁴⁶ ביסוד מגבלה זו מונח ניגוד העניינים המוסדי שבו פועלת הכנסת: הכנסת היא שקובעת את כללי המשחק, ברוב רגיל, והיא גם 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".⁴⁷

שלישית ולבסוף, היות 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".⁴⁸ הדרישה שבה מדובר כאן בדבר כלליות הקביעה של כללי המשחק,

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).

45 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 32 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. 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, בפס' 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, בפס' 23 לפסק דינה של השופטת רונן), ואילו הנשיאה (בדימוס) חיות אפיינה שם את המגבלה בדבר שימוש לרעה כעוסקת בזיהוי המדרג הנורמטיבי של הנורמה ולא בחריגה מסמכות הכנסת (בפס' 59) וכמוה השופט כבוב (בפס' 28). עמדת השופטת ברק-ארז (שם, בפס' 30), אינה חד-משמעית בהקשר זה.

46 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 24, בפס' ל'.

47 בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, בפס' 38 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן.

48 ביטוי מובהק לכך נתן השופט הנדל בעניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 24, בפס' 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 בשמם – חוטא, על פניו, לדרישת הכלליות".

משמעותה החובה להפעיל את הסמכות לקבוע את כללי המשחק "כך שהנורמות שייקבעו יבטאו עמדה עקרונית [באשר] לדרך ההתנהגות הראויה".⁴⁹ משמעות הדבר שגם אם מבחינת תוכנה והיקף תחולתה החקיקה היא כללית – כפי שהיה למשל בבג"ץ הנבצרות, שעוסק בתנאים שבהם נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו – היא תיחשב מפירה 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.⁵⁰ 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 שלפי הכלל הקיים אינו חוקי. בלשונו של השופט ג'ובראן, "שיקולי הנוחות הפוליטית אינם יכולים [...] למשול בכיפה, ואין זה ראוי כי משטר דמוקרטי חוקתי יוכפף לצורכי השעה [של הממשלה]".⁵¹ 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".⁵²

ההערכה הנחוצה לשם יישום המגבלה היא מהי התכלית העיקרית של התיקון של כללי המשחק: שינוי הכללים על בסיס שיקולים ענייניים, שהיא תכלית ראויה; או השגת פטור

49 בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, בפס' 33 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן. ראו גם בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 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 יכבלו את ידיו של הרוב המזדמן בכנסת". ראו בעניין זה גם מדינה גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון, לעיל ה"ש 35, בעמ' 530–538.

50 ראו בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, בפס' 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 29, 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".

51 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 24, בפס' 8 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

52 עניין שפיר, לעיל ה"ש 39, בפס' 17 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. ראו גם בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פס' 122, 143 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 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".

מתחולת הכללים לצורך קידום אינטרסים צרים של הממשלה או של הקואליציה בכנסת, שהיא תכלית פסולה. ההערכה מהי התכלית העיקרית של התיקון מחייבת לייחס משקל רב לתכלית הסובייקטיבית של החקיקה הנדונה,⁵³ ולצידה גם לתכלית האובייקטיבית, כלומר להשלכות שנובעות מן ההסדר שנחקק. לפיכך 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; (ג) צורתו של התיקון, מבחינת היקף תחולתו.

הגורם הראשון בדבר הנסיבות שהובילו לחקיקת התיקון עוסק בשאלה אם הוא נעשה לפי ההערכה שפעולה או מדיניות מסוימת שבה חפצה הממשלה אסורה לפי הדין הקיים. העובדה שהמניע לחקיקה הוא הכשרת פעולה לא חוקית מסוימת או פתירת בעיה של אי-כשירות לכהן בתפקיד כלשהו אמנם אינה מספיקה, כשהיא לעצמה, לביסוס המסקנה שזו גם התכלית העיקרית של החקיקה. עקרונית, ייתכן כי מדובר במצב דברים שבעניינו אומנם יש לקואליציה אינטרס להשיג פטור מתחולתו של כלל מסוים, אך הוא הוביל למסקנה שראוי להסדיר מחדש את הכלל הנדון.⁵⁴ עם זאת קיומו של אינטרס צר מסוג זה יוצר חזקה, שניתנת לסתירה, כי תכליתו פסולה.⁵⁵ מכאן חשיבותה של בחינת ההיסטוריה החקיקתית, לשם בירור קיומה של תכלית שאינה כללית.

הגורם החשוב 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 אם התיקון 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 מדובר בתיקון שנחקק ברוב גדול בכנסת, גם בתמיכתן של סיעות שבאופוזיציה, כאשר לתומכים בשינוי אינטרסים מנוגדים.⁵⁶ כמו כן בהקשרים מסוימים, דחיית המועד של תחילת התוקף של תיקון לחוק היסוד מועילה אף היא להפחתת החשש לניגוד עניינים אם היא מסייעת לדמות את ההחלטה לכזו שמתקבלת "מאחורי מסך בערות". לא כך כאשר מאפיינים אלה אינם מתקיימים. אם הליך החקיקה נעשה ביוזמת הקואליציה ובתמיכתה בלבד, בהליך

53 בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, בפס' 20 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. לביקורת על גישה זו ראו שם, בפס' 31-35 לפסק דינו של השופט סולברג.

54 למשל בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 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 בראון, לעיל ה"ש 24, בעמ' 296; בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999).

55 ראו בפירוט בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, בפס' 46-54 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן; עניין התנועה לטוהר המידות, לעיל ה"ש 43, בפס' 61 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן; עניין ממשלת החילופים, לעיל ה"ש 54, עמדתו של השופט מלצר.

56 למשל, בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 43 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

מהיר וללא התחשבות בעמדות של גורמים מקצועיים בלתי תלויים, אזי אם שינוי כללי המשחק מיטיב עם אינטרסים של הממשלה או של הקואליציה, קמה חזקה, שעדיין ניתנת לסתירה, שהתכלית העיקרית של התיקון היא מתן פטור לקואליציה ולממשלה מכלל משחק שמגביל אותן.⁵⁷ 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.⁵⁸ לחזקה זו משקל רב במיוחד בנסיבות שבהן משמעותה של ההחלה המיידית היא תחולה רטרואקטיבית של השינוי בכללי המשחק (כלומר ההחלה המיידית של התיקון משנה את המצב המשפטי של פעולות שכבר נעשו).⁵⁹ הגורם השלישי הוא צורת התיקון, ובו מתמקד המבחן שנקבע בעניין שפיר באשר לזיהוי קיומה של תכלית פסולה לחקיקה לתיקון חוק יסוד.⁶⁰ מבחן זה כולל שלושה מבחני עזר: יציבותו של התיקון של כלל המשחק, כלליותו וכן התאמתו למארג החוקתי. עניינה של דרישת היציבות הוא בהיותו של התיקון בעל אופי קבוע ויציב. העובדה שתיקון חוק יסוד נקבע כ"הוראת שעה", ותחולתו אפוא מוגבלת לתקופת כהונתה של ממשלה או של כנסת מסוימת, מפירה דרישה זו. תיקון כללי המשחק בדרך של "הוראת שעה" אינו אסור כשהוא לעצמו,⁶¹ אך תחימה זו בזמן מעצימה את החשד שמדובר בתיקון שתכליתו קידום אינטרס צר כלשהו.⁶² בה בעת מדובר במבחן עזר בלבד, ובית המשפט ציין לא אחת כי יציבות

57 למשל שם, בפס' 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 המוסרי בו מצויה הרשות המכוננת"; עניין התנועה לטוהר המידות, לעיל ה"ש 43, בפס' 40–41 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".

58 ראו בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, בפס' 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 54, עמדתו של השופט מלצר (בין היתר, בפס' 121 לפסק דינו) לעומת עמדתו של השופט הנדל (בפס' 18 לפסק דינו). ראו ברוח זו גם איל גבאי "שינוי רטרואקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפרקליט מד 151 (1998).

59 זה היה גורם מרכזי להכרעה בעניין התנועה לטוהר המידות, לעיל ה"ש 43, באשר לשינוי הכללים בעניין הכשירות להיות מועמד בבחירות לראשות רשות מקומית.

60 עניין שפיר, לעיל ה"ש 31, בפס' 36–45 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

61 למשל עניין בר-און, לעיל ה"ש 24, בעמ' 301; עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 24, בפס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל.

62 למשל עניין המרכז האקדמי, שם, שבו נקבעה "התראת בטלות" בגין חקיקת תיקון לחוק יסוד: משק המדינה, שהתיר לכנסת לקבוע, חד-פעמית, חוק תקציב דר-שנתי. ראו גם עניין ממשלת החילופים, לעיל ה"ש 54, בפס' 28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: "ככלל, חקיקת חוק יסוד במתכונת של הוראת שעה היא מעשה אשר חורג מסמכותה המכוננת של הכנסת. [...] המקרה שבפנינו הוא דוגמה מצוינת לחשש שהסדרים שנחקקים 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

התיקון, כשהיא לעצמה, אינה מבטיחה שתכליתו ראויה.⁶³ 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.⁶⁴ כאמור לעיל, חריגה מובהקת מדרישת הכלליות היא כאשר תכלית התיקון היא פרסונלית, בין ש"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".⁶⁵ בכך עוסק גם מבחן התאמת התיקון למארג החוקתי, שבוחר אם מבחינת מידת ההפשטה של התיקון והנושא שבו הוא עוסק, הוא עולה בקנה אחד עם הנורמות החוקתיות הקיימות.⁶⁶ שינוי נקודתי של כללי המשחק בלא להתאים לכך את מכלול הכללים הרלוונטיים מעצים את החשש שהתכלית היא השגת פטור מתחולתו של כלל מסוים ולא

להתכנסות 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 כבר סיימה הכנסת שחוקקה את התיקון את תקופת כהונתה, ולכן ההחלה המיידית של התיקון הפכה תאורטית.

63 למשל שם, בפס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל: "חקיקת קבע אינה חסינה מפני הטיות פרסונליות, וניתן לחשוב על הסדרים המשרתים במובהק את אינטרס המחקק העכשווי"; שם, בפס' 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".

64 עניין שפיר, לעיל ה"ש 31, בפס' 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 הנוהגים בחברה הישראלית, ומשכך הם 'אינם צריכים לשקף את האינטרסים הפרטיקולריים המשתנים של רוב זה ואחר'. [...] הסדר הנושא מאפיינים פרסונאליים חוטא לעקרונות הכלליים ואינו עולה בקנה אחד עם [...] אופייה ומעמדה של נורמה חוקתית". ראו גם עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 24, בפס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

65 בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2, בפס' 43 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן. ראו גם שם, בפס' 70: "כאשר מדובר בפגם מסוג תכלית פרסונלית, אין בתחולה העתידית על גורמים נוספים כדי לרפא את הפגיעה בשלטון החוק, נוכח הזיקה בין ההסדר לבין המקרה הפרטני שעליו ביקש המחוקק להשפיע". ראו גם בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 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".

66 עניין שפיר, לעיל ה"ש 31, בפס' 41 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "השאלה שאותה נועד מבחן עזר זה לברר איננה 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?". בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 188 לפסק דינה של השופטת חיות, קבעה הנשיאה (בדימוס) חיות כי התיקון שנדרש 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".

הסדרה כללית ועניינית של סוגיה מסוימת. דומה לכך המבחן שהציעה השופטת ברק-ארוז, שלפיו ביטוי לכך שתיקון כללי המשחק נועד לתכלית פסולה מופיע כאשר הוא "פולש" לתחומיה של רשות אחרת, בעיקר הרשות השופטת.⁶⁷

מכלול הגורמים הללו נועד לסייע להעריך מהי התכלית העיקרית של תיקון כללי המשחק. בעניין **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.⁶⁸ ההיבט הראשון, בעניין קיומה של תכלית אובייקטיבית שיכולה להצדיק את התיקון חרף היות תכליתו העיקרית פסולה, שנוי במחלוקת בפסיקה. עדיפה בעינינו גישתה של השופטת ברק-ארוז, 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".⁶⁹ 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 מדובר בהפרה חמורה במיוחד של המגבלה הנדונה, הכרזה כזאת נעשית רק כאשר מתווספת לכך הפרה של **המגבלה השלישית**, העוסקת בתוכן ההסדר שנקבע. בלשונו של השופט ג'ובראן,

67 עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 31, בפס' 23 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז: "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 יחא, 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 מינוי 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)".

68 שם, בפס' 41, 61–66 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

69 שם, בפס' 18 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז. ראו גם בג"ץ **הנבצרות**, לעיל ה"ש 2, בפס' 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, בפס' 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 בקיומו של צורך אובייקטיבי בשינוי הדין בשל נסיבות חירום, אלא נחוץ גם שיש מניעה לכנס את הכנסת לשם שינוי הדין. למשל בג"ץ 2994/90 **פורז נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מד(3) 317 (1991).

"[ב]הפעלתה של דוקטרינת ה'שימוש לרעה', [...] יש לתת את הדעת, בין היתר [...] **למידת פגיעתו בעקרונות משפטיים ובזכויות יסוד אחרות**".⁷⁰ כפי שנראה בתת-הפרק הבא, הדברים תקפים גם בכיוון ההפוך: 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 הזהות החוקתית של מדינת ישראל. הבסיס לכך הוא הקביעה שמקור הסמכות של הכנסת לקבוע את כללי המשחק הוא ההכרה באופייה 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 לכוון חוקה לישראל כפופה לשמירה על גלעין זהותה היהודית-דמוקרטית. אמנם, אין בנמצא הוראה פורמלית בדבר 'נצחיות' 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'".⁷¹ עמדה דומה בוטאה בכמה וכמה פסקי דין.⁷²

תוכנן של המגבלות הנדונות נקבע על פי הזהות החוקתית של מדינת ישראל, או מה שמכונה בפסיקה: "הערכים המכוננים של האומה". ביטוי מפורט לכך נתן השופט אדמונד לוי בפרשת **גלאון**, בדברים שמסכמים במידה רבה את תפיסת היסוד של הפסיקה בישראל:⁷³

70 עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 24, בפס' 7 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (ההדגשה הוספה). ראו גם עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 24, בפס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 31, בפס' 43 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

71 עניין **חסון**, לעיל ה"ש 11, בפס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

72 למשל עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 26, 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 ישלול 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 24, 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 חרגה הכנסת מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית".

73 בג"ץ **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד (2) 1, פס' 9–10 לפסק דינו של השופט לוי (2012).

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 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 הפורמליים קובעים הוראות שמבטאות את "הערכים המכוננים" של השיטה, שהם המגבילים 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 תוכנית החלוקה, למגילת האו"ם, לכיבוד זכויות האדם ולשיתוף הציבור הערבי במוסדות השלטון. כאמור, ההכרזה אינה הנורמה הבסיסית, ולכן הוראותיה אינן מגבילות את כוחה של הכנסת כשהן לעצמן. אולם הוראות ההכרזה הן מקור מרכזי לזיהוי "הערכים המכוננים" של השיטה, שהם המגבילים את כוחה של הכנסת. חקיקת הכנסת לאורך השנים משמשת אף היא מקור לכך. בסיס חשוב הוא הוראת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, שקובעת שרשימה ששוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה רשאית כלל להתמודד בבחירות. הוראה זו מבוססת על התפיסה שנקבעה בתצורה מסוימת לראשונה בפרשת ירדור, בשנת 1965, שלפיה הכנסת אינה מוסמכת כלל לדון בשלילת קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, בהתבסס על מה שכינה שם הנשיא אגרנט: "הנתונים" הקונסטיטוציוניים, השייכים לשאלה זו.⁷⁴ 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". על אלה נוספת הקביעה בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, שמבטאת את העיקרון שלפיו היקף הביקורת השיפוטית הוא עניין שמסור לשיקול דעתו של בית המשפט.⁷⁵

74 עניין ירדור, לעיל ה"ש 18, 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, בפס' 11–12 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ, בפס' 7 לפסק דינו של השופט כשר, בפס' 40 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

75 ראו בהקשר זה גישתה של השופטת וילנר שם, בפס' 2–6. ראו פרק ב.3 להלן.

ההכרה בקיומן של "עובדת יסוד קונסטיטוציונית, אשר חלילה לה [לכנסת] להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה"⁷⁶, 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 נציגיו. לכנסת הסמכות לקבוע את כללי המשחק רק אם מכירים בזכות לשוויון ולחופש 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 שעניינה התאמת התיקון לעקרונות היסוד של מדינת ישראל 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.⁷⁷ לעומת זאת, כפי שציין השופט עמית, המצב הקיים, שבו "ניתן [לחוקק] תיקון חוקי ברוב רגיל ובהליכי חקיקה רגילים, [...] מחייב כי גם חוקי היסוד יהיו נתונים לביקורת שיפוטית".⁷⁸ 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".⁷⁹ מכאן גם הדרישה שתנאי לחקיקת תיקון שיש בו משום "סטייה ניכרת" מן ההסדרים הקיימים הוא קיומה של "הסכמה רחבה" לתיקון.⁸⁰

76 עניין ירדור, לעיל ה"ש 18, בעמ' 386.

77 ראו בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 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, בפס' 95 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות.

78 שם, בפס' 30 לפסק דינו של השופט עמית. ראו ברוך דומה שם, בפס' 13 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ, בפס' 7 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן, בפס' 5 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) ברון. ראו גם עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 24, בפס' ל"ו 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".

79 עניין **חסון**, לעיל ה"ש 11, בפס' 2 לפסק דינה של השופטת ברון.

80 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 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

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 המכונן של החוקה 'נוסח ישראל', ולא ניתן להותירו על כנו מבלי שהדבר יוביל לשינוי המפעל החוקתי מן היסוד".⁸¹ נוסף על כך, 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".⁸² ספק בעניינו אם יש מקום לגישה מרחיבה שכזאת.

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)".

81 שם, בפס' 108 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות. ראו גם שם, בפס' 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')"; בפס' 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".

82 שם, בפס' 103 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות. ראו גם שם, בפס' 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 ולקיום 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 [...]"; שם, בפס' 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).

הקושי בעמדה שלפיה אין בכוחה של הכנסת לשנות את היבטי היסוד של אופייה של ישראל כמדינה יהודית הוא כפול. היבט אחד הוא העובדה שהביטויים 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.⁸³

היבט שני עוסק בתוכנם של ההסדרים הקונקרטיים הנוהגים בעניין זה. רבים מן ההסדרים הנוהגים סותרים מושכלות יסוד של דמוקרטיה ליברלית, בעיקר בכל הקשור לכיבוד זכויות קיבוציות של המיעוט הערבי, הגנה על הזכות לשוויון, בהיבטים הלאומי והמגדרי, חופש הדת והחופש מדת. אופיים 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 מאלה. על סמך הדוגמאות שנמנו בפסיקה שהוזכרה ניתן להעריך כי המגבלה על כוחה של הכנסת בהקשר זה היא מצומצמת מאוד. 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.⁸⁴

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

לפיכך הגישה שאומצה בפסיקה היא 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?"⁸⁵

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. הדיון הוא בעיקר בשאלה מהי המסקנה המתחייבת מכך שאין בנמצא נורמה חוקתית מפורשת,

83 ראו למשל אילן סבן "הפיתוי הקודר של האופציה הדו-לאומית" רב-תרבותיות ואתגרי האזרחות הדיפרנציאלית בישראל 42 (אמל ג'מאל עורך 2007).

84 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 ולהתנניית הזכות לבחור בשבועת אמונים" הפרקליט נא 105 (2011).

85 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 71 לפסק הדין של השופט סולברג.

כלומר כלל שקבעה הכנסת עצמה שמגביל את כוחה שלה לשנות את כללי המשחק לפי שתי המגבלות ה"טבועות" שתוארו לעיל, בדבר תכלית התיקון ותוכנו; מישור שני, שמבוסס על ההנחה שהדין הוא שאכן יש מגבלות על סמכותה זו של הכנסת, עוסק בהכשר הדמוקרטי לאכיפת המגבלות הללו בדרך של ביקורת שיפוטית כשאין להן עיגון מפורש בחקיקת הכנסת. עניינו של מישור זה בהתאמה שבין ההלכות הנדונות כאן לבין ההלכה שנקבעה בעניין **בנק המזרחי**. נדון בשתי הטענות כסדרן ונוסיף עליו 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 אם הן נקבעו בנורמה חוקתית "כתובה", כלומר נורמה שחוקקה הכנסת. הטענה היא אפוא שבהיעדר עיגון פורמלי כזה, אין מגבלות על כוחה זה של הכנסת.⁸⁶ יש הסבורים שהמענה לכך הוא שיש עיגון פורמלי כזה – הכרזת העצמאות או הוראות מסוימות בחוקי היסוד (למשל, סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה).⁸⁷ אך המענה המלא לטענה זו הוא שונה. כפי שראינו בפרק א.1 לעיל, אין עיגון פורמלי כתוב לסמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק. ממילא גם אין בנמצא נורמה כתובה שמעניקה לה סמכות לעשות כן ללא כל הגבלה. לפיכך אם הכרה במגבלות על סמכות הכנסת מחייבת עיגון בנורמה חוקקה, גם הכרה בסמכות עצמה, ולא רק בגבולותיה, טעונה בהכרח עיגון כזה, שאינו בנמצא, ואם הטענה הייתה נכונה, משמעות הדבר הייתה שלכנסת אין כלל סמכות לקבוע את כללי המשחק. זוהי כמובן מסקנה שגויה – לכנסת יש סמכות כזאת, והמקור להכרה בסמכות זו, שאינו מקור "כתוב", הוא עצמו גם המקור לקביעה שזוהי סמכות מוגבלת.

הבחינה הנחוצה היא אפוא מה תוכנה של הסמכות שמוקנית לכנסת לקבוע את כללי המשחק לפי מכלול המקורות שהוזכרו. להלן בחלק השני של החיבור נדון בפירוט בתקדימים שנקבעו בהקשר זה בפסיקה ואשר עיצבו, עם חקיקת הכנסת יחד, את ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל, שממנה נובע, כך נבקש להראות, כי התפיסה הנוהגת היא שמוטלות מגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת. לבחינה האמפירית הזאת נוספת כאמור גם בחינה נורמטיבית, שעניינה השאלה אם **רצוי** שתוכן סמכות לא מוגבלת לכנסת לשנות את כללי המשחק. גם המענה לשאלה זו הוא בשלילה. בטרם נפנה לכך חשוב להדגיש כי ההתחשבות בשיקולי מדיניות – אם רצוי להכיר במגבלות טבועות כאמור – היא בלתי נמנעת. הראיה לכך היא העובדה שגם התומכים בעמדה שאין להכיר במגבלות "לא 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 בידי נציגיו הנבחרים של העם, כלומר בכנסת בהכרעת רוב, או שיוכרו גם מגבלות נוספות, שייאכפו בדרך של ביקורת שיפוטית אף שהכנסת בחרה שלא לקבוע אותן.

⁸⁶ לעמדה ברוח זו ראו עמדות המיעוט בעניין **שפיר**, לעיל ה"ש 31, גישתם של השופטים סולברג (בפס' 28), אלרון ומיניץ; ובבג"ץ **הסכירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 72 לפסק דינו של השופט סולברג ובפס' 26–36 לפסק דינו של השופט מיניץ.

⁸⁷ ראו לעיל ה"ש 11 והטקסט שאליו היא נלווית.

בהיעדר עיגון משפטי-פורמלי לטענה שאין להכיר במגבלות "לא 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 כזאת 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 שהכרה בסמכות לא מוגבלת של הכנסת לשנות את כללי המשחק כרוכה בסכנה ממשית שייקבעו הסדרים שסותרים חזיתית עקרונות יסוד דמוקרטיים. אין מדובר בהפרה מתוחמת של כלל משחק זה או אחר כמו חקיקה של הסדר שפוגע בזכות אדם כלשהי. מדובר בסמכות לשינוי הכללים שעניינם הבחירות לכנסת ושיטת המשטר, בשינוי עצם קיומה של חובה לכבד את זכויות האדם ואת 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 הבחירות עצמן ניתנים אף הם לשינוי בקלות".⁸⁸ הניסיון מלמד, ומציאות חיינו מלמדת, כי הסכנה הזאת 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 ועודנו מצדיק הכרה במגבלות על סמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם, ובאכיפתן בדרך של ביקורת שיפוטית. עוצמת הסכנה מחייבת לפרש את סמכותה פירוש שלפיו היא כוללת את המגבלות הטבועות שתוארו. במקרים שבהם הכנסת מחוקקת שינוי יסודי בכללי המשחק בתמיכת הרוב הקואליציוני הרגיל, כשהיא נמצאת בניגוד עניינים מוסדי (ולעיתים גם אישי) מובהק, הרי החוסר בהכשר ציבורי (או "גירעון דמוקרטי") הוא ביחס לכנסת, ולא ביחס לביקורת השיפוטית.

מכאן גם המענה לטענה כי לא רק הכנסת נמצאת בניגוד עניינים כשמדובר בחקיקה שתכליתה צמצום של היקף הביקורת השיפוטית, אלא גם בית המשפט. 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 מדובר בחריגה מסמכות הכנסת. כללית, ההערכה המקובלת היא שהסכנה שנשקפת מן המוסדות הפוליטיים רבה לאין שיעור מזו שנשקפת מבית המשפט בשל אופיים השונה של המוסדות ובשל מערך התמריצים שלפיו הם פועלים. בעניין זה יש להתחשב גם בנסיבות המיוחדות שבהן מופעלת

88 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 84 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות. ראו גם שם, בפס' 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 29, בעמ' 604: "התרבות הפוליטית לוקה לעיתים בהיעדר ממלכתיות, ואינה מאופיינת לרוב בהכרעה מאחורי 'מסך' בערות'. תחת זאת ניכרת העדרה של אינטרסים צרים, וזאת על יסוד טעמים קואליציוניים".

הסמכות המכוננת ואשר נדונו לעיל: העובדה שהכנסת קובעת את כללי המשחק ומשנה אותם ברוב רגיל תוך כדי 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. לכך מכונים דבריה החריפים של השופטת 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 נובעות לא רק מנורמות אוניברסליות כלליות אלא גם מן הזהות החוקתית של המדינה, שתוכנה מעוצב במידה רבה על ידי הכנסת עצמה. אלה מגבלות שאינן קבועות בזמן ואינן חיצוניות לשיטה המשפטית. המגבלות נובעות מן הזהות החוקתית של המדינה, שהיא נורמה אנדוגנית ודינמית, ולכן תוכנה מעוצב באופן רצוף על ידי גורמי השלטון עצמם. שנית, החלת המגבלות מותירה מתחם רחב של שיקול דעת לכנסת 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, כשהליך החקיקה מקיים דרישות של הליך ראוי שיש בהן כדי להחליש במידה ניכרת את החשש שהכנסת פועלת בניגוד עניינים, למשל כאשר היא מחוקקת אגב היעזרות במומחים, ברוב שחורג מקולות הקואליציה בלבד ובמידת הצורך בתחולה נרחבת לכנסת הבאה, סמכות הכנסת לשנות את כללי המשחק היא רחבה מאוד.⁸⁹ הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד מוגבלת למקרים קיצוניים שמאפיינים כ"מצבי קצה שבהם חוק יסוד הוביל לפגיעה שעוצמתה יוצאת דופן בסימני ההיכר היהודיים או הדמוקרטיים של המדינה".⁹⁰ בית המשפט נוקט זהירות מופלגת

89 למשל עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 31, בפס' 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 לתזוז 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, בפס' 78 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן: "ברי כי בידי הכנסת לערוך תיקונים בתחולה נרחבת, תחולה שככלל מנתקת את הקשר בין הכנסת המכוננת לכנסת הנהנית מההסדר"; בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 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".

90 בפס' 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 שזו המצב המסקנה היא כי עניין לנו בחוק יסוד החורג מגדרי סמכותה המכוננת של הכנסת" (שם, בפס' 106 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות).

בהחלת הביקורת השיפוטית לאכיפת המגבלות על סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק. שינוי כללי המשחק מוכרז 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.

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

(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**.⁹¹ בפרשה 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 אפוא ספקות משני סוגים: ראשית, לעניין הביקורת השיפוטית על הסמכות המחוקקת: אם כוחה של הכנסת כרשות מכוננת מוגבל, האומנם ניתן להצדיק את הקביעה בעניין **בנק המזרחי** שחוקי היסוד הם בעלי מעמד חוקתי, שמכוחה מוחלת ביקורת שיפוטית על חקיקה? 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?⁹²

בהיבט הראשון, לפי הלכת **בנק המזרחי**, לכנסת סמכות מכוננת, במובן זה שבכוחה לקבוע נורמות שמגבילות את כוחה שלה כרשות מחוקקת. מקביעה זו אין נובעת המסקנה שסמכותה זו של הכנסת איננה מוגבלת. הלכת **בנק המזרחי** עוסקת במצב דברים שבו הכנסת

91 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3.

92 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, בפס' 26–36 לפסק דינו של השופט מיינץ.

עיגנה בחוק יסוד כללי משחק שכבר מוכרים כנובעים מן הזהות החוקתית של המדינה.⁹³ 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.⁹⁴ בטרם נקבע עיגון כזה, בית המשפט קבע שמוטב להימנע מהכרזה שיפוטית על בטלותה של חקיקה שמפירה את הכללים. ביטוי לכך ניתן בדבריו הידועים של השופט ברק בפרשת **תנועת לאו"ר**, בשנת 1990.⁹⁵ חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 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 פירש זאת בית המשפט בעניין **בנק המזרחי**, כקביעה שעיון החובה לכבד זכויות אדם בחוק יסוד 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 לכזה שמגביל את כוחה של הכנסת, היא העובדה שתוכנו עולה בקנה אחד עם כללי המשחק הקיימים, שזוכים ממילא לתמיכה ציבורית ועולים בקנה אחד עם הזהות החוקתית של המדינה.⁹⁶ מטעם זה, די היה בכך שהעמדה שלכנסת יש סמכות מכוננת היא אפשרות מסתברת, אף אם לא חד-משמעית, כדי שלא תהא הכרחית הכרעה בשאלה אם חוקי היסוד הם חוקה או רק "חקיקה חוקתית",⁹⁷ ולא ניתן משקל ממשי לעובדה שחוקי היסוד אינם נחקקים בהליך המקובל לכינון חוקה. השופט בך עמד על כך מפורשות:⁹⁸

93 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, בפס' 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".

94 ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" **עיוני משפט** מד 5, 35–41 (2021) (להלן: מדינה "האם יש לישראל חוקה?").

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

96 לטיעון עקרוני ברוח זו ראו RONALD DWORKIN, A BILL OF RIGHTS FOR BRITAIN 27 (1990). דבורקין טוען שם כי ככל שהאמנה האירופית לזכויות האדם תאומץ בחוק מפורש של הפרלמנט ובנוסף לכך גם תתקבל ככזו בציבור, היא תהפוך לבעלת מעמד על-חוקי במשפט האנגלי.

97 לפי גישתו של הנשיא ברק, חוקי היסוד הם חוקה: עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, בפס' 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."

[תיתכן עמדה שלשם חקיקת נורמה בעלת מעמד חוקתי] דרושה פרודורה מיוחדת [...]. [הכרעה בעניין עשויה להידרש] אם באחד הימים יתקבל בכנסת חוק-יסוד [...] אשר לגביו ייטען כי נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת 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 אפוא 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 עשיר באמרות אגב שציינ בית המשפט מפורשות, במענה לסכנה שעליה התריע השופט חשין מפני שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת, כי ההכרה במעמדם החוקתי של חוקי היסוד אין משמעה קביעה שסמכות זו של הכנסת איננה מוגבלת.⁹⁹ 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.¹⁰⁰

לשראל יש חוקה פורמאלית – הלא הם חוקי היסוד. לעומת זאת לא כך לשיטתו של הנשיא שמגר, שם, בפס' 66 לפסק דינו. לשתי העמדות ביטויים בפסיקה. ראו למשל מצד אחד עניין בר-און, לעיל ה"ש 24, בפס' 22 לפסק דינו של הנשיא ביניש: "ניתן לומר שחוקי היסוד השתרשו בתרבות המשפטית ובמסורת הפוליטית והציבורית שלנו כחלק מחוקת המדינה", מצד אחר ראו 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 בשיטתנו המשפטית, לאור העיכוב בהשלמת מפעל חוקי היסוד בהתאם להחלטת הררי [...] הוא היעדר חוקה כתובה".

98 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 3, בפס' 4 לפסק דינו של השופט בך.
99 שם, בפס' 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, בפס' 66: "שאלה המושארת בצריך עיון היא מה המידה שבה רשאת הכנסת, בין כאסיפה מכוננת ובין כרשות מחוקקת מונוליתית, לפגוע בזכות יסוד, ויהיה זה אף על-ידי חקיקה בחוק-יסוד, ומה היקפה של הביקורת שיפוטית על כך. נשאר זאת בצריך עיון". ראו גם שם, בפס' 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"; שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט בך.

100 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 13 לפסק דינו של השופט עמית: "תהא זו תוצאה פרדוכסלית 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

היבט שני הוא הצורך לבחון את אי-ההתאמה שבין הקביעה בפרשות **תנועת לאו"ר ובנק המזרחי** מזה ובבג"ץ **הסבירות** מזה: בפרשות הראשונות נקבע כי לשם החלת ביקורת שיפוטית לאכיפת מגבלות על כוחה של הכנסת (כרשות מחוקקת) נדרש עיגון פורמלי 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.¹⁰¹ 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 בנוגע לסמכות המכוננת של הכנסת, בהסדרים כתובים כמו הכרזת העצמאות, סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת ובהוראות נוספות. המידה שבה העיגון החקוק של המגבלות על סמכותה של הכנסת צריך להיות מפורש כדי שהאכיפה השיפוטית של המגבלות תזכה להכשר ציבורי נקבעת על פי שני גורמים עיקריים: עוצמת ההכשר הציבורי באשר לעצם קיומה של הסמכות שאותה מבקשים להגביל; ההערכה הציבורית בדבר מידת חשיבותה 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

הרוב הפוליטי המזדמן השולט בה. הדרך למנוע חשש מתוספת מסוכנת של עוצמה לכנסת, היא הטלת מגבלות על הכנסת בפועלה בכובעה כרשות מכוננת".

101 ראו עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 31, בפס' 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 בגרדי חוק-היסוד"; בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 1–5 לפסק דינו של השופט סולברג (דעת מיעוט), בפס' 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 בגרדי 'המהפכה החוקתית' אשר רוממה את מעמדה של 'החוקה' בהתבסס על 'תורת הסמכות המכוננת'". ראו גם יואב דותן "זהות חוקתית וגירעון דמוקרטי" **משפט וממשל** כח 1 (2024).

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 בחשיבותן של המגבלות הללו ושל אכיפתן, כאמור לעיל. הסכנה שנשקפת 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 מדובר בהפרה ממוקדת של כלל משחק מסוים, אלא בשינוי הכללי עצמם, למשל שינוי הכללי שענינם 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 ועימה היעדר בלמים ואיזונים חלופיים בשיטת המשטר בישראל הם הבסיס להכרה בהיותו של העיגון החלקי של המגבלות בנורמות חקוקות מספיק כדי להקנות מידה מספקת של הכשר ציבורי לביקורת שיפוטית. כפי שנראה בחלקו 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 למן ימיו הראשונים של בית המשפט. גישה זו מבטאת את המוסכמה הציבורית שמדובר בכללים שנובעים מעקרונות היסוד של השיטה (ובכלל זה 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 מפירה 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.¹⁰² ואם תעשה כן, יוביל הדבר לצמצום היקף הביקורת השיפוטית לאכיפת המגבלות על הפעלת הסמכות המכוננת.¹⁰³ אך עניינה של החלופה הנדונה כאן הוא שונה: בבג"ץ **הסבירות** ציינו כמה 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

102 למשל עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 31, בפס' 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".

103 ראו לעיל ה"ש 80 והטקסט שאליו היא נלווית.

של תיקונים לחוקה, שעיקרו דרישת רוב גדול במיוחד.¹⁰⁴ לפי תפיסה זו, דרישת הרוב המיוחד יכולה לבוא במקום בחינה ביקורתית של תכליתו ושל תוכנו של השינוי של כללי המשחק.¹⁰⁵

נראה שחלופה זו מעוררת קשיים ניכרים. ראשית, בשונה מכללי המשחק הקיימים, שכפי שנראה בפירוט בהמשך יש להם עיגון ב"הנחונם 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 כזאת עלולה ליצור חוסר עקיבות. הסדרים שנקבעו בעבר ברוב רגיל, למשל בתחום שיטת הבחירות ושיטת המשטר, יהפכו כמעט בלתי ניתנים לשינוי במציאות הפוליטית בישראל. יתר על כן, כשההצדקה לביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת כרשות מחוקקת מבוססת על ההכרה בהיותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נורמה בעלת מעמד חוקתי, כפי שנקבע בהלכת בנק המזרחי, תתעורר השאלה מהי ההצדקה להמשיך להכיר בחוק יסוד זה כבעל מעמד חוקתי אם התנאי לחקיקת חוקתית הוא חקיקתה ברוב מיוחד, דרישה שלא התקיימה כידוע באשר לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

יתר על כן, לא ברור אם ניתן 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. על זה נוספת העובדה שבמציאות הקיימת בישראל, שבה מיעוט לאומי שחלקו באוכלוסייה כעשרים אחוזים אך

104 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 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 בפס' 121 לפסק דינו, 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". לא ברור מכאן אם כוונתו של השופט עמית להחלת הדרישה הדיונית כתנאי הכרחי להכרה בתוקפו של תיקון לכללי המשחק.

105 ראו שם, בפס' 43 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "שינויים ב'נחונם החוקתיים', אשר אינם כה קיצוניים, עד כדי חתרנות 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)".

חלקן בכנסת של רשימות המייצגות ציבור זה אינו עולה בדרך כלל 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 תוכנן של המגבלות המוטלות על סמכותה המכוננת של הכנסת באמצעות בירור אופן יישומן של המגבלות הללו בכמה וכמה הקשרים קונקרטיים, הן אלה שכבר נדונו בפסיקה ומספקים אפוא תשתית לביסוס ההלכה האמורה, והן סוגיות היפותטיות, שלפי ניסיון הזמן האחרון עלולות להפוך מעשיות.

ב. גבולות הסמכות של הכנסת לקבוע נורמות חוקתיות ולשנותן – 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 יישומם 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 שלושת 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 ושל החלטות 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 בקטגוריה זו); 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. מדובר בבחירה בשיטת בחירות מסוימת, על מכלול ההסדרים הכרוכים בכך (זכות לבחור, זכות להיבחר – וביסוד הדברים, הזכות לאזרחות; שיטת הבחירות: אזורית או ארצית, רובנית או יחסית;

אחוז החסימה; מימון המפלגות; הגבלות על תעמולת הבחירות ועוד) ובקביעת שיטת המשטר (פרלמנטרית או נשיאותית, אוניטרית או פדרלית, אופן הרכבת הממשלה והבעת איראמון בה, כשירות לכהונה בממשלה 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 ושל הממשלה (או של החברים בכנסת היוצאת). הדבר הוביל לקביעה, במקרים רבים, 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 בהיותה סמכות מוגבלת.

כאמור, בניגוד לאמור בהכרזה על הקמת המדינה, שיטת הבחירות והמשטר נקבעה שלא במסגרת חוקה ולא על 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 לא נקבעו כלל בחוקי יסוד). גם אלה המפקקים 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 בהיותה של תפיסה זו התפיסה המקובלת – במערכת הפוליטית ובציבור – וההערכה הערכית שמוטב שהכנסת, שהיא הרשות הנבחרת היחידה בשיטה המשטרית הקיימת, היא תהא 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 ייעשה ברוב החורג מרוב של 61 חברי כנסת.¹⁰⁶ עובדה זו, לצד ניגוד העניינים המוסדי המובנה של הכנסת בקביעת כללי המשחק ושינויים בהיבטים הנדונים כאן, היא שמסבירה את ההכרה השיפוטית בהיותה של סמכות זו סמכות מוגבלת. התקדים לכך נקבע בשנת 1969, בפסק הדין בעניין **ברגמן**.¹⁰⁷ בעקבות זאת דן בית המשפט בהיבטים רבים שקשורים לבחירות ולשיטת המשטר. בחלק מן המקרים הוחלה ביקורת שיפוטית על תוקפה (או על מועד תחולתה) של חקיקת הכנסת, ובכלל זה על תיקונים לחוקי יסוד, ובחלק אחר נקבעו בדרך של פרשנות שיפוטית סייגים להסדרים שנקבעו בחקיקה.

106 חריג היחיד לכך הוא ס' 9א לחוק-יסוד: הכנסת, שנחקק בשנת 1992, ובו נקבע כי הארכת תקופת כהונתה של הכנסת מעבר לתקופה שלה נבחרה טעונה לא רק הצדקה עניינית לכך אלא גם חקיקת חוק בעניין בתמיכת לפחות 80 חברי כנסת, דרישה שמוחלת, מכוח ס' 45, 44א לחוק היסוד, גם לעניין שינוי דרישת הרוב עצמה. ראו גם פרק א.3 לעיל.

107 בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969).

בתחום הבחירות לכנסת מדובר בעיקר בסוגיות האלה: 1. הכרזה על בטלות של ארבעה חוקים שעסקו בהיבטים של כללי המשחק בתחום מימון מפלגות ותעמולת בחירות;¹⁰⁸ 2. ביקורת שיפוטית על קביעת "תקופת צינון" לנושאי משרות בכירות בשירות המדינה לפני שיוכלו להתמודד בבחירות לכנסת;¹⁰⁹ 3. ביקורת שיפוטית על העלאת אחוז החסימה בבחירות לכנסת;¹¹⁰ 4. ביקורת שיפוטית על תיקון לחוק-יסוד: הכנסת שמאפשר לכנסת להעביר חבר כנסת מתפקידו;¹¹¹ 5. פרשנות שיפוטית מצמצמת של הסמכות של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת לפסול רשימות ומועמדים, שנקבעה בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת;¹¹² 6. ביקורת שיפוטית על קביעת כללי המשחק הנוגעים לניהול הפנימי של

108 שם (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 **רובינשטיין 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 מדר (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).

109 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 הראוי. [...] 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, בפס' 17 לפסק דינו של השופט מצא).

110 בג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 2 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו 12.3.2015): "כל העלאת 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 העלאת 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.

111 בג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת** (נבו 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, בפס' 33 לפסק דינה של הנשיאה חיות). ראו בהקשר קרוב גם בג"ץ 620/85 **מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מא (4) 169 (1987).

112 אומנם בג"ץ דחה עתירה לבטלות סעיף 7א 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 השתים-עשרה**, פ"ד מב (4) 177, 184, 187 (1988) (הנשיא שמגר) (להלן **עניין ניימן השני**): "[אין לקבל את] טענת המערערים [כי] יש בהוראותיו של סעיף 7א 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 לא לאורה לא יופעלו

הכנסת;¹¹³ 7. דחיית מועד תחילתו של התוקף עד לבחירות הבאות לרשויות המקומיות של תיקון בעניין כשירות להיות מועמד לראשות רשות מקומית,¹¹⁴ 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.¹¹⁵

גם בתחום שיטת המשטר הוחלה ביקורת שיפוטית על הכרעות שעניינן קביעת כללי המשחק, ובכלל זה: 1. ביקורת שיפוטית של מגבלות על כהונה בממשלה, נוסף (או בניגוד) על התנאים שנקבעו בחוק-יסוד: הממשלה,¹¹⁶ ובכלל זה הכרה עקרונית באפשרות לדחות את מועד תחילתו של תוקף התיקון לחוק היסוד שנועד לפטור מתחולתו של סייג קיים לכהן

הוראותיו של סעיף 7א אלא במקרים קיצוניים ביותר. גישה פרשנית כזאת אין בה משום סתירת הכתוב בחוק החרות; היא תולדה של הבנת התכלית החקיקתית, 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).

113 למשל בג"ץ 669/85 **כהנא נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מ(4) 393, 399 (1986) (הנשיא שמגר): "בנסיבות קיצוניות באופיין, עת מתגלה בהוראת התקנון שנתקבלה במליאת הכנסת פגם מהותי, היורד לשורש 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 העלאתה של הצעת חוק שיש בה משום הסתה לגזענות – הוא כדין.

114 עניין **התנועה לטוהר המידות**, לעיל ה"ש 43.

115 כך היה למשל בעניין החלטת הכנסת לשלול מחבר כנסת זכויות מסוימות בתגובה להתבטאויותיו (עניין **מיעארי**, לעיל ה"ש 111); 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** (נבו) 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 לט(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 השני**, לעיל ה"ש 112, ועניין **טיבי**, לעיל ה"ש 112). 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 נו(6) 117, 142 (2002).

116 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 (ס' 23 לחוק היסוד), שעיקרו הוראה בדבר הפסקת כהונה רק אחרי הרשעה שיש עימה 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 דעתו של ראש הממשלה אם לאפשר את המשך הכהונה. ראו בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה**, פ"ד נו(6) 817, 899 (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 ענייננו-שלנו אף-הוא".

בממשלה; ¹¹⁷ 2. בחינה ביקורתית של תיקון חוק-יסוד: הממשלה לעניין הסרת המגבלה על מספר השרים בממשלה; ¹¹⁸ 3. ביקורת שיפוטית על חקיקת כמה תיקונים לחוק-יסוד: משק המדינה שאפשרו חקיקת חוק תקציב דו-שנתי באופן שפוגע בפיקוח הכנסת על הממשלה; ¹¹⁹ 4. הכרזת "אזהרת בטלות" על תיקון לחוקי היסוד בעניין ההשלכות של אי-חקיקת חוק תקציב שנתי; ¹²⁰ 5. בחינה ביקורתית של ההסדר להקמת ממשלת חילופים, שלפיו בין היתר הכנסת מביעה מראש אמון גם בממשלה שתקום בהמשך, במועד

117 עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 42, שם נדון תיקון לס' 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 רשאי 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. ראו למשל שם, בפס' 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 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"; שם, בפס' 47 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: "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"; שם, בפס' 4 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "בענייננו, 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".

118 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** (נבו 9.7.2015). שתי העתירות נדחו.

119 עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 24, בפס' 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 הכללי. 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 24.

120 עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 31, בפס' 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, בפס' 5 לפסק דינו של השופט עמית: "התיקון לחוק היסוד חוטא [...] בכרסום רבתי של עקרון הפרדת הרשויות. הכנסת החזירה לידי הרשות המבצעת את אחד הכלים החשובים ביותר שעומדים לרשותה כדי לפקח על הרשות המבצעת"; שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל. לפירוט הנסיבות הפוליטיות שבגינן נחקק התיקון ראו שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט עמית.

החילופים;¹²¹ 6. דחיית המועד של תחילת התוקף עד לאחר הבחירות הבאות לכנסת של התיקון לחוק-יסוד: הממשלה בעניין נבצרות ראש הממשלה,¹²² ועוד.¹²³

ההגבלות שהוכרו בפסיקה על סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק בהקשר של שיטת הבחירות ושיטת המשטר אינן נובעות אך 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 הפורמליות על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק, שנובעות מהוראות חוקי היסוד עצמם, ושעניינן הרוב הדרוש לחוק שפוגע בעקרון השוויון בבחירות לכנסת, ומן ההבחנה בין "שינוי" ל"פגיעה", שמכוחה אם התיקון סוטה באופן נרחב מן ההסדר שבחוק היסוד, יש לעגנו בחוק יסוד דווקא. 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 מכוננת.

121 עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 54. אחת הסוגיות שנדונו שם היא הקביעה שחלק מהוראות התיקון יחולו רק בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23, שבה נחקק התיקון. היות שההכרעה בעתירה נעשתה אחרי סיום תקופת כהונתה של הכנסת ה-23, מרבית השופטים בחרו שלא לעסוק בתוקפה של הוראה זו, שהפכה תאורטית. השופטת ברק-ארז, שהתייחסה לכך, בהכירה כי קביעתו של התיקון הנדון כהוראת השעה חורגת מסמכותה של הכנסת (שם, בפס' 28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; ראו ה"ש 62 לעיל).

122 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 כדי הפרת הנחיית היועצת המשפטית לממשלה להימנע מכך בשל האינטרס האישי שלו בקידום הרפורמה, וחשש כי הפרה זו תוביל להכרזה שהוא אינו רשאי להמשיך למלא את תפקידו, בהסתמך על הוראת הנבצרות. למשל, בפס' 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". על זה נוספו גם הנתונים בדבר עיתוי החקיקה, המהירות שבה הושלמה, הרוב שבו נחקק התיקון, ותוכנו של ההסדר שנקבע.

123 למשל, בית המשפט צמצם במידה ניכרת, על דרך של פרשנות, את סמכות הממשלה להתקין תקנות שעת חירום. ראו לעיל ה"ש 69.

בעניין **ברגמן**, ובעקבותיה בפרשות **דרך ארץ**, **רובינשטיין ותנועת לאו"ר**,¹²⁴ בחר בית המשפט לבסס את הכרעתו בדבר בטלותה של חקיקה ("רגילה") שפוגעת בעקרון השוויון בבחירות על פרשנות מרחיבה של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. משמעות הדבר הייתה שהיות 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.¹²⁵ אולם בהיעדר קביעה כי לחוקי היסוד מעמד חוקתי – וכידוע, בית המשפט נמנע מלקבוע כך עד לפסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, בשנת 1995 – החלתה של ביקורת שיפוטית על חקיקה לא הייתה יכולה להסתמך בלעדית על הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.¹²⁶ ואכן, בעניין **ברגמן** דחה בית המשפט מפורשות את טענת בא כוחה של המדינה שלפיה משום שעקרון השוויון "לא התגלם אצלנו בחוקה כתובה או אף בהוראת חוק-יסוד ששינויה דורש רוב מיוחס", אין הגבלה על כוחו של המחוקק לקבוע הוראה שפוגעת בשוויון הבחירות.¹²⁷ השופט לנדוי קבע שם כי יש לפרש פירוש מרחיב את הקביעה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, כי הבחירות לכנסת יהיו "שוות", כדי שהדרישה תחול גם לעניין שוויון הסיכויים להיבחר, ולאכופ זאת גם באשר לחקיקת הכנסת, היות שלפחות בהקשר של הבחירות, עקרון השוויון הוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".¹²⁸ ברוח זו, בפסיקה מאוחרת יותר קבע בית המשפט כי יש להחיל את המגבלות על כוחה 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), בהתבסס על הדוקטרינה בדבר "פסקת הגבלה שיפוטית".¹²⁹ ההחלה של פסקת ההגבלה השיפוטית אין משמעה שהבסיס לביקורת השיפוטית הוא הסתירה שבין התיקון הנדון לבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסקת ההגבלה השיפוטית היא ביטוי למגבלות שכבר תוארו על סמכותה של הכנסת לשנות

124 ראו לעיל ה"ש 108.

125 בעקבות פסק הדין בעניין **ברגמן** חוקקה הכנסת את חוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים), התשכ"ט-1969, שבו ניתן תוקף למפרע לכל הוראות החוק שעוסקות בענייני הבחירות לכנסת. היות 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).

126 בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, בפס' 1, ציין השופט זמיר 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.

127 עניין **ברגמן**, לעיל ה"ש 107, בעמ' 697.

128 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 'משוריין' של חוק יסוד, ואף על פי כן רעיון זה, שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".

129 עניין **מופז**, לעיל ה"ש 109; עניין **גוטמן**, לעיל ה"ש 110, בפס' 2 לפסק דינה של הנשיאה נאור: "גם כאשר העלאת אחוז החסימה נעשית ברוב מיוחס, עדיין על ההוראה לעמוד במבחני פיסקת ההגבלה השיפוטית".

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-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 הן 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 האלה: קיום בחירות חופשיות וכלליות שמאפשרות לממש את הזכות לבחור ואת הזכות להיבחר;¹³⁰ קביעת הסדרים בתחום הבחירות שמבטיחים שוויון הזדמנויות לרשימות המתמודדות והליך בחירות הוגן;¹³¹ חובתה של הכנסת להותיר בידיה סמכות פיקוח על הממשלה, בהבעת אמון בממשלה¹³² ובאישור התקציב השנתי.¹³³

עוד עולה מן הפסיקה כי הפרה של אחת בלבד משתי המגבלות האחרונות (ולפי פרשנות מסוימת, גם של המגבלה הראשונה, הפורמלית) אינה מובילה בדרך כלל להכרזה על בטלות

130 למשל עניין **ניימן השני**, לעיל ה"ש 112, 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.

131 למשל עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 111, בפס' 14 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "הלכה מושרשת היא כי עקרון השוויון, כעיקרון 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 דלית אמות של כללי המותר והאסור' [...] כך שלא יוקצו משאבים או תוטלנה מגבלות, מראש או בדיעבד, באופן שיקנה יתרון בלתי הוגן לאחת מן הרשימות המתמודדות".

132 עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 54, בפס' 128 לפסק דינו של השופט מלצר.

133 למשל עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 24, בפס' ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "[...] 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' 12–13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן: "החלשת כוחה של הכנסת לפקח על תקציב המדינה, וערעור יכולתם של נבכרי 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 הדורשנית 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"; עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 31, בפס' 20–22 לפסק דינה של הנשיאה חיות; רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד", לעיל ה"ש 18, בעמ' 1372–1374.

החקיקה. הפרת המגבלה בדבר תכלית החקיקה היא עניין נפוץ, אך חקיקה בתחום הנדון, שנפל בה פגם מסוג זה, הוכרזה בטלה בעיקר כאשר התווספה לזה גם הפרה של המגבלה העוסקת בתוכן ההסדר שנקבע. דפוס זה מסביר למשל את ההחלטה בעניין גוטמן. העלאת אחוז החסימה בבחירות לכנסת, שעליה הוחלט בשנת 2014, נעשתה בעיקרו של דבר כדי לפגוע בייצוג הציבור הערבי בכנסת, ולפיכך לקידום אינטרס צר של הרוב בכנסת, כלומר לתכלית פסולה. למרות זאת נפסק שאין להכריז על בטלותו של החוק בעניין בטור יתברר כי העלאת אחוז החסימה אכן פוגעת בייצוג הציבור הערבי.¹³⁴ כך היה גם בעניין מופז, שם העידו הנסיבות שמטרתה העיקרית של קביעת תקופת צינון ארוכה למי ששירתו בתפקידים בכירים בצבא ובשירות המדינה, שתחולתה מיידית, הייתה למנוע מהעותר, הרמטכ"ל לשעבר, להתמודד בבחירות, אך משנמצא כי מבחינת תוכנו של הכלל שנקבע שם אין פגיעה בעקרונות יסוד מכווננים בשל החשיבות של מניעת פוליטיזציה של הצבא ושל השירות הציבורי, הוכר תוקפו של השינוי שקבעה הכנסת.¹³⁵ 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;¹³⁶ ובפסקי הדין של חלק מן השופטים בפרשות התקציב הדו-שנתי¹³⁷ ובעניין ממשלת החילופים.¹³⁸ 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 ושל הממשלה, הוא עניין ניימן (השני) באשר לתוקפו של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת.¹³⁹

כאמור, המקרים שבהם הוכרז על בטלות החקיקה (או נקבעה בהם "התראת בטלות") מאופיינים בכך שהופרו בהם במובהק שני סוגי המגבלות שתוארו. כך היה לעניין הפגיעה

134 עניין גוטמן, לעיל ה"ש 110.

135 עניין מופז, לעיל ה"ש 109.

136 לעיל ה"ש 118.

137 למשל עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 24, בפס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל: "[חקיקת חוק תקציב דו-שנתי אינה סותרת] עקרונות יסוד במשטרנו הדמוקרטי – עקרון הפרדת הרשויות והצורך בביקורת של הכנסת על פעילות הממשלה. [...] גם אם אין להסכים 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".

138 עניין ממשלת החילופים, לעיל ה"ש 54, בפס' 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 המכווננת, אלא בחיקון חוקתי לא חוקתי. דא עקא שפה לא נשללה אפשרות זו לחלוטין". ראו גם עניין בראון, לעיל ה"ש 24, בפס' 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".

139 עניין ניימן השני, לעיל ה"ש 112. דוגמה אחרת למקרה מסוג זה שלא נדונה בפסיקה אך הוזכרה בעניין בראון, לעיל ה"ש 24, 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).

בעקרון השוויון בבחירות, בפרשות ברגמן, דרך ארץ, רובינשטיין ותנועת לאו"ר;¹⁴⁰ בפסקי הדין של חלק מהשופטים בפרשות התקציב הדו-שנתי;¹⁴¹ בפסק הדין בעניין שפיר, באשר להשלכות של אי-חקיקת חוק תקציב שנתי;¹⁴² בהכרעה בדבר מועד תחילתו של התוקף של השינוי בתנאי הכשירות לכהן כמועמד לראש רשות מקומית.¹⁴³

התיקון לחוק-יסוד: הממשלה, שנדון בבג"ץ הנבצרות,¹⁴⁴ באשר לקביעת התנאים שבהם מוכרז שנבצר מראש הממשלה להמשיך למלא את תפקידו, מבטא אף הוא הפרה של שתי המגבלות הנדונות על סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק. הנסיבות שנלוו לחקיקת התיקון פורטו בפסק הדין. עיקרן: היוזמה לתיקון התעוררה בעקבות עתירה לבג"ץ שבה התבקשה עמדת היועצת המשפטית לממשלה באשר לטענה שנבצר מראש הממשלה להמשיך לכהן בתפקיד משום שהוא הפר הפרה נרחבת את הסדר ניגוד העניינים שנקבע לו, בשל משפטו הפלילי, בכך שעסק בקידום "הרפורמה המשפטית". התיקון נחקק בהליך מהיר, ולפיו ראש הממשלה יפסיק לכהן מחמת נבצרות רק מטעמים רפואיים, ורק אם כך החליטו הממשלה (ברוב של שלושה רבעים) והכנסת (ברוב של שני שלישים). מייד עם סיום הליך החקיקה של התיקון הכריז ראש הממשלה כי מאותו רגע הוא 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.¹⁴⁵ לכן נפסק שהתיקון "כונן לצורך קידומה של תכלית פרסונלית מובהקת – למנוע אפשרות כי ייקבע שנבצר מראש הממשלה המכהן למלא את תפקידו".¹⁴⁶ גם מבחינת תוכנו התיקון פוגע בעקרונות יסוד של השיטה, בין היתר משום שהמגבלות החמורות על האפשרות להכריז על נבצרות ראש הממשלה עלולות ליצור נסיבות שבהן חרף חוסר התפקוד של ראש הממשלה, או חרף מעשים קשים מאוד 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.

לפי הדפוס 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

140 לעיל ה"ש 108.

141 לעיל ה"ש 133.

142 עניין שפיר, לעיל ה"ש 31, 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 120.

143 עניין התנועה לטוהר המידות, לעיל ה"ש 43, שם עמד בית המשפט בפירוט על הקשיים שמעורר התיקון מבחינת תוכנו, להם מצטרף הקושי שנובע מכך שהחלתו המיידית נבעה, כך נקבע, מתכלית פרסונלית מובהקת.

144 בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 2.

145 לפירוט ראו שם, בפס' 55–81 לפסק-הדין של ממלא מקום הנשיא פוגלמן.

146 שם, בפס' 28 לפסק-הדין של ממלא מקום הנשיא פוגלמן.

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 ה"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 הדומיננטית, ולשם כך יידרש להתחשב במכלול הנסיבות שהובילו לחקיקת התיקון. מדובר בין היתר במניע לחקיקת התיקון, באופיו של הליך החקיקה, ובכלל זה הרוב שבו נחקק התיקון (ותמיכת סיעות אופוזיציה בתיקון), במועד התחולה של התיקון (במיוחד אם יש במועד התחולה ממד רטרופקטיבי, כלומר אם התיקון חל גם על מעשים שנעשו לפני חקיקתו) ובכלליות שלו (בין היתר אם התיקון חל רק על הכהונה בתפקיד ראש הממשלה או גם על כהונה בתפקידים אחרים, למשל שרים, חברי כנסת, ראשי רשויות מקומיות ועוד) וכדומה.¹⁴⁷

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 מיידית של המגבלה בדבר משך כהונה מרבית תיחשב כנראה חריגה מסמכותה של הכנסת, ולכן ללא תקפה, אף אם היא תיעשה 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 כזאת לא רק עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד אלא אף מתחייבת מכוחם. אומנם בית המשפט דחה 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.¹⁴⁸ משמעות הדבר היא קביעה שלצד התכלית הסובייקטיבית ה"פרסונלית" מתקיימת כאן גם תכלית אובייקטיבית ראויה, ואין כאן הפרה של המגבלה העוסקת בתוכן התיקון, ולפיכך החלה מיידית של תיקון כאמור צריכה להימצא תקפה.¹⁴⁹

147 ראו בעניין זה ביתר פירוט מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון", לעיל ה"ש 35, בעמ' 538–540.

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

149 דיון דומה יש להחיל באשר להסדרים שקשורים להרחבתה או לשלילתה של 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

סיכום ביניים: התחום של שיטת הבחירות והמשטר מאופיין בכך שניכרת בו נכונות רבה של בית המשפט, זה עשרות שנים, להכיר בקיומן של מגבלות על כוחה של הכנסת ולאכוף 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 בשל ההסכמה הרחבה שבגלל ניגוד העניינים המובנה של הקואליציה בקביעת שיטת הבחירות והמשטר, ובהיעדר דרישת רוב מיוחד לחקיקת תיקונים לכללי המשחק או מגבלות מפורשות אחרות שקבעה עצמה, הכרחי להחיל ביקורת שיפוטית לאכיפת המגבלות, הן באשר לתכלית ההסדרים שקובעת הכנסת והן באשר לתוכנם.

2. קביעת כללי המשחק בעניין תוקפן של חקיקה ושל החלטות מינהל

תחום נרחב מבחינת ההחלטות שעליהן הוא חל עניינו כללי המשחק באשר להכרעות שלטוניות "רגילות" שעוסקות בהקצאת משאבים ציבוריים, בהגבלת חירויות, במינויים ובפיטורים 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 בפסקי הדין הראשוניים שלו בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, פסיקה שקבעה את חובותיהן 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, כשהוא 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"פורמליים") של שלטון החוק, קרי כפיפותה של הרשות המבצעת להוראות החוק והקביעה שהרשות המבצעת רשאית לפעול רק בתחומים שבהם הוקנתה לה סמכות בחוק, הוכרו בבית המשפט, בהתבסס על הזהות החוקתית של המדינה, כלומר מכוח עצם היותה דמוקרטית. הדבר נקבע כבר באחד מפסקי הדין הראשוניים שניתנו לאחר הקמת המדינה, עניין אל-כרבוטלי: "השלטונות כפופים לחוק [...]. ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של המדינה. יהיה בזה נזק

"המשך המדרון", לעיל ה"ש 35). בשל מגבלות מקום לא נוכל להציע כאן דיון בסוגיות חשובות אלה ודומות להן.

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".¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ מאוחר יותר, על יסוד עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון הרוב, הורחבה דרישה זו באמצעות פיתוח הכלל בדבר "הסדרים ראשוניים", שלפיו עקרונות היסוד של המדיניות בתחום מסוים צריכים להיות מוסדרים על ידי הכנסת, בחוק.¹⁵²

ברומה 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.¹⁵³ לא אחת נעשה שימוש באמירה ש"כלל גדול" הוא שעל השלטון לכבד את זכויות האדם, ובכלל זה את הזכות לשוויון,¹⁵⁴ לחופש העיסוק¹⁵⁵ ולחופש דת;¹⁵⁶ ובביטוי "עקרונות ידועים ועתקים", שעליהם התבססה ההכרה בפסיקה בחובה לכבד את חופש הביטוי.¹⁵⁷ כלשונו 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 יסוד 'שאינן כתובות על ספר', אלא

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

151 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".

152 למשל בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).

153 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 – פירושה, 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".

154 ב"ש 71/78 מדינת ישראל נ' אבוקסיס, פ"ד לב(2) 240, 251 (1978); בג"ץ 507/81 אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(4) 561, 567 (1981). ראו גם עניין ברנמן, לעיל ה"ש 107, בעמ' 698 (השופט לנדוי): "עקרון היסוד של שוויון הכל בפני החוק [...] שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".

155 עניין בז'רנו, לעיל ה"ש 151, בעמ' 82; בג"ץ 311/60 י. מילר, מהגרס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, 1996 (1961).

156 למשל בג"ץ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד מג(2) 661, 703 (1989). ראו גם, בנוגע 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 פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד י 1720 (1955).

157 עניין קול העם, לעיל ה"ש 153, בעמ' 875–876.

הן נובעות במישורין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש.¹⁵⁸ על אלה נוספים הכללים המפורטים בדבר אופן הפעלתן של סמכויות שלטוניות שפותחו בפסיקה בהתבסס על ההכרה במעמדה של הרשות השלטונית כ"נאמן הציבור", הן בהיבטים של הליך ההחלטה המינהלית¹⁵⁹ (כמו גם, אף אם חלקית, הליך החקיקה בכנסת)¹⁶⁰ והן בהיבטים שעניינם תוכנה של ההחלטה, ובכלל זה דרישת הסבירות, והיבטים של שלטון החוק במובנו המהותי.¹⁶¹

לאורך השנים נמנעה הכנסת כמעט לחלוטין מעיגון בחקיקה את כללי המשחק הללו או מקביעת היתר לממשלה לחרוג מהם. שתיקתה זו של הכנסת לא נתפסה רלוונטית לעניין ההכרה בחובתן של כלל רשויות השלטון לכבד את כללי המשחק הללו. אשר לממשלה נאכפה חובה זו כעניין שבשגרה כבר מימי הראשונים של בג"ץ. באשר לחקיקת הכנסת, בחר בית המשפט שלא לאכוף את כללי המשחק שנקבעו בפסיקה בדרך של הכרזה על בטלותה של חקיקה שמפירה 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 הייתה שלשם גיבוש הסכמה ציבורית לאכיפה שיפוטית של המגבלות על כוחה של הכנסת נחוץ עיגון למגבלות הללו בחקיקת הכנסת עצמה, חקיקה בעלת מעמד חוקתי.¹⁶² בהיעדר עיגון שכזה סבר בית המשפט שמוטב להימנע מהכרזה שיפוטית על בטלותה של חקיקה שמפירה את הכללים. עם זאת ההכרה במחויבותה של הכנסת 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 מאוד, החל מפרשת קול העם¹⁶³ וכלה, לאחרונה, בפרשת גורטלר,¹⁶⁴ בעניין אימוץ ילדים בידי בני זוג מאותו המין. הגישה שנהגה בפסיקה, לפני הלכת בנק המזרחי וגם אחריה, מבטאת אפוא שני היבטים חשובים: האחד, החובה המוטלת על הכנסת, כרשות מחוקקת, לכבד את כללי המשחק עומדת בפני עצמה, בין שזכתה לעיגון בנורמה חוקתית ובין שלא; השני, העיגון של חובה כזאת בנורמה חוקתית נחוץ רק לשם ביסוס ההכשר הציבורי להחלת ביקורת שיפוטית. לפיכך הדיון בשאלה מהו הדין כאשר הכנסת מבקשת לשנות את כללי המשחק מחייב

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

159 לפירוט ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב 991–1402 (מהדורה שנייה מורחבת 2011).

160 למשל בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו 6.8.2017).

161 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) 445, 421 (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 (2020).

162 למשל מדינה "האם יש לישראל חוקה?", לעיל ה"ש 94. ראו גם לעיל פרק א.6.

163 עניין קול העם, לעיל ה"ש 153.

164 בג"ץ 5158/21 גורטלר נ' שר הרווחה, פס' 21 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן (נבו

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 [...].

בחנית הביטוי בהקשרו מלמדת כי [...] התזה הפרשנית שלפיה גם בני זוג מאותו מין באים בגדרי הסעיף

היא פרשנות לשונית אפשרית".

להבחין בין שני סוגים של מקרים: האחד, ביטול העיגון בחוק יסוד של כללי משחק מסוימים; השני, 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.

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 חובתה 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,¹⁶⁵ הכשר שקיים גם כאשר אין למגבלה עיגון בנורמה חוקתית מפורשת.¹⁶⁶ יתר על כן, בשל 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 זאת¹⁶⁷ – יהיה ראוי להצדיק את המשך הביקורת השיפוטית על חקיקה הפוגעת בזכויות אדם.

ביטוי מסוים לכך ניתן כבר כיום, בגישה שלפיה נאכפים בדרך של ביקורת שיפוטית, גם באשר לכנסת, כללים שאינם מעוגנים מפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כידוע, אף שהכנסת השמיטה במכוון מרשימת הזכויות המוגנות בחוק היסוד כמה וכמה זכויות,

165 למשל בסקר מדד הדמוקרטיה לשנת 2022 נמצא כי 57% מן הציבור סבורים כי יש לתת לבית המשפט העליון סמכות לבטל חוקים שחוקקה הכנסת שנוגדים עקרונות דמוקרטיים. תמר הרמן ואח' **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2022** 49 (2022) www.idi.org.il/books/46653.

166 ראו ברוח זו ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 97, בעמ' 412: "[יש לצפות לכך ש] שינויים בתפיסתה של הדמוקרטיה החוקתית [...] יופנמו גם אצלנו. ה'איש ברחוב' יבין יותר [מאשר הוא מבין] היום, כי דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב אלא גם שלטונם של ערכים, ובהם זכויות האדם. בעקבות חינוך הנוער יהא 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".

167 הממצאים העולים בהקשר זה מסקרים שונים אינם חד-משמעיים. לדיון ראו מדינה "הזהות החוקתית של מדינת ישראל", לעיל ה"ש 23.

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.¹⁶⁸ 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.¹⁶⁹ הכרעות שיפוטיות אלה נותנות יסוד להעריך שההחלטה בעניין **קוונטינסקי**, לשלול את תוקפו של חוק משום שהליך החקיקה שלו הפר כללי משחק שנקבעו בפסיקה חרף אי-עיון של כללי המשחק הללו בחוק יסוד (או בחוק או בתקנון הכנסת),¹⁷⁰ תיושם גם בהקשרים אחרים, אף אם יבוטל העיון החוקתי של כללי משחק שכיום זוכים לעיון כזה. עם התגבשות ההכרה הציבורית בלגיטימיות של ביקורת שיפוטית פוחת הצורך בהסכמה מפורשת של הכנסת בחקיקתה לכבד את כללי המשחק.

חקיקה שפוטרת את הממשלה או את 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 עיון קיים של כללי משחק כלשהם, שבהתחשב במכלול הגורמים הרלוונטיים, הפירוש הנכון שלה הוא ביטול החובה 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 בידי הרוב בכנסת ואשר שולטת למעשה בחקיקת הכנסת. לפי הדפוס שכבר תואר לעיל, מתקיים כאן שילוב של הפרת שתי מגבלות על כוחה של הכנסת: האחת, שינוי כלל משחק מסוים ייחשב "שימוש לרעה" בסמכות הכנסת אם מטרתו העיקרית היא להעניק לממשלה או לכנסת הנוכחיות פטור מתחולתו של הכלל; השנייה, אין תוקף לביטול כלל משחק שיש לו חשיבות רבה, כלומר כלל שנובע בהכרח מן הערכים המכוננים של המדינה. כאמור לעיל, הבחנה שמסבירה את הפסיקה בתחום זה היא בין חקיקה לביטול חובתן של הכנסת או של הממשלה לפעול לפי כלל כלשהו לבין היתר לסטות ממנו בנסיבות מסוימות. זוהי הבחנה שמוסיפה ממד להבחנה בין "שינוי" לבין "פגיעה".¹⁷¹ לפי הגישה שעולה מן הפסיקה, אף שהיא אינה 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 לבטל כלל מכללי משחק שנובעים מן הערכים המכוננים של המדינה (כלומר "לשנות" את הכלל ההכרחי והנוהג בדרך של ביטולו). תיקון כזה חורג מסמכותה של הכנסת.

168 למשל ברק **כבוד האדם**, לעיל ה"ש 11.

169 מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 29.

170 עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 160.

171 לעיל הטקסט שאליו נלוות ה"ש 30–32.

נדגים הבחנה זו באמצעות שלוש סוגיות שנדונו בפסיקה. שתי הראשונות עוסקות בקביעת סייגים לתחולתו של הכלל במקרים מסוימים שאינה עולה כדי ביטול, 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 לבטל את אחד מכללי המשחק היסודיים שהוכרו 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 לא מוצדקת, כלומר גם אם לא נועדה לתכלית ראויה או שאינה מידתית, 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 ביטול. פסקת ההתגברות מסייגת את הכלל המחייב את הכנסת להימנע מפגיעה בזכות אדם שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה בקביעתה 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 יהא תקף על אף האמור בחוק היסוד – אומנם אינם מספקים הגנה ממשית על הזכות החוקתית, אך העיקר הוא בכך שפסקת ההתגברות הוחלה רק לעניין פגיעה בחופש העיסוק. היא הותירה על כנה את חובתה 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 **מישראל**, שניתן בשנת 1996.¹⁷²

בעניין **מישראל** בית המשפט לא שלל את האפשרות שכוחה של הכנסת, כרשות מכוננת, להתיר 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, מושתתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה".¹⁷³ 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 פגיעה "בעלת עוצמה ממשית" בזכויות שמוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוקפו מותנה בעמידה בדרישות פסקת ההגבלה.¹⁷⁴ הלכה זו היא תקדים חשוב לשני ההיבטים שהוזכרו: מצד אחד, יש כאן נכונות להכיר בקיומה של הגבלה על

172 בג"ץ 4676/94 **מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15 (1996). סוגית תוקפו של ס' 8 נדונה גם בעניין **פורת**, לעיל ה"ש 28, אך הדיון שם לקוני מאוד.

173 עניין **מישראל**, לעיל ה"ש 172, בפס' 16 לפסק דינו של הנשיא ברק.

174 שם, בפס' 21.

כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק, הכרה שיושמה שם בדרך של פרשנות מצמצמת של פסקת ההתגברות, ומצד שני, היות שהפגיעה שנובעת מסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק בחובה לכבד את זכויות האדם מוגבלת בהיקפה, הן בשל תוכנו והן מכוח הפרשנות המצמצמת שלו, ואין בה כדי לבטל את החובה, הוכר כוחה של הכנסת לשנות כך את כללי המשחק. לפי ההנמקה שהובאה בפסק הדין ספק רב אם זו הייתה התוצאה לו הוחלה פסקת ההתגברות גם על פגיעה שלא כדין בזכויות שמוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש לשער שהיה נקבע כי פגיעה כזאת היא הפרה "מהותית וקשה" של "עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו [...] מושתתים 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 שאפשר יהיה לחוקק הסדר מסוים – איסור על יבוא בשר שאינו כשר, שחקיקתו נדרשה לשם הבטחת המשך תמיכתה של סיעת ש"ס בממשלה – בשל ההערכה שהסדר פוגע שלא כדין בחופש העיסוק ובחופש מדת.¹⁷⁵ הדבר עולה הן מנסיבות חקיקת החוק¹⁷⁶ והן מתוכנו של ההסדר שנקבע, שמבחינת בין חוקים שנחקקו בתוך שנה ממועד חקיקת סעיף 8 שתוקפם אינו מוגבל בזמן, לבין חוקים שיחוקקו לאחר מכן, שתוקפם מוגבל לארבע שנים, הבחנה שאין לה הצדקה עניינית. משמעות הדבר היא כי שניים משלושת השיקולים הרלוונטיים לביורור תכליתו העיקרית של התיקון שנדונו בפרק 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.¹⁷⁷ נראה שהמסקנה הסבירה יותר היא שמדובר כאן בתכלית פסולה, אך בשל הספקות בנושא, ובעיקר בשל מידת החומרה המוגבלת של הסתירה לעקרונות היסוד שנובעת מתוכנו של התיקון בשל הפרשנות המצמצמת שלו, ההכרה בתוקפו של התיקון עולה בקנה אחד עם ההלכה כפי שפותחה בפסיקה כעבור יותר מעשרים שנים.

175 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 שעליה יותנה יבוא בשר בתנאי שיהיה כשר היא חקיקה המגבילה את חופש העיסוק, שלא בהתאם לפסקת ההגבלה שבסעיף 1".

176 ראו למשל רבקה ווייל "על המגבלות האינהרנטיות על סמכות ההתגברות בחוקה הישראלית: סיפורה של ההתגברות מסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת דרך תיקונים רטרואקטיביים לחוקה וכלה בעקרונות העל" **ספר אשר גרונס** 313–315 (קרן אזולאי ואח' עורכים) (2022).

177 בחקיקת ס' 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 החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (נוסח המכתב פורסם במאמרו של אהרן ברק "על התיקונים בחוק-יסוד: חופש העיסוק" **משפט וממשל** ב 545 (1995)); הצעותיו של השופט ברק אומצו במידה רבה על ידי הכנסת.

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.¹⁷⁸ 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".¹⁷⁹ הבחירה לקבוע כך עניין שהושאר בפסיקה קודמת ללא הכרעה עשויה להיות מוסברת בהתקרבותו של חוק-יסוד: הלאום קרבה מסוכנת לביטול של כלל המשחק החשוב ביותר מתוך 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 קבע בית המשפט בעניין **חסון** כי חוק-יסוד: הלאום "[לא] הוביל בפועל לשינוי דרסטי של המשטר החוקתי בישראל".¹⁸⁰ בית המשפט נקט מהלך 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.¹⁸¹ מהלך דומה ננקט לעניין סעיף 4 לחוק היסוד באשר למעמדה של השפה הערבית.¹⁸² גם כאן ניתן להעריך כי לו קבעה הכנסת עדיפות של סעיף 7 (או של

178 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 וידידיה שטרן עורכים 2023).

179 עניין **חסון**, לעיל ה"ש 11, בפס' 28–30 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

180 שם, בפס' 49 לפסק דינה של הנשיאה חיות (ההדגשה הוספה).

181 בית המשפט פירט כמה וכמה הסדרים שהחלתם עודנה אסורה גם כיום, כפי שהיה לפני חקיקת חוק-יסוד: הלאום, ובהם 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 דינה של הנשיאה חיות). בית המשפט אימץ בכך את עמדת היועץ המשפטי לממשלה. עם זאת המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר היה היחיד בשופטי הרוב שקבע ברורות כי "יש לפרש את סעיף 7 לחוק-יסוד: הלאום ככזה שאיננו מתיר אפליה" (שם, בפס' 30 לפסק דינו 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 אפריורית 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).

182 בס' 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 11, בפס' 80 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות) כי הוראה זו לא שינתה את המצב המשפטי שלפיו "לשתי השפות – העברית והערבית – מעמד

סעיף 4) על פני הוראות חוקי היסוד האחרים, והיה אפוא נובע ממנו ביטול חובתן של הכנסת ושל הממשלה לנהוג בשוויון בין יהודים לערבים בתחום ההתיישבות, היה סעיף 7 מוכרז בטל בשל חריגת הכנסת מסמכותה. בה בעת מצא בית המשפט צורך להבהיר כי כוחה של הכנסת מוגבל, ולהצדיק בדרך זו את הפרשנות המצמצמת של סעיף 7, שהלכה למעשה המעיטה מאוד 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 דרישת הסבירות בעינו עומד, והתיקון הנדון רק שולל את הסמכות לביקורת שיפוטית לאכיפתו של כלל זה; השנייה, שנדונה כעת, היא שמדובר בביטול למעשה של הכלל הנדון בכל הקשור להחלטות ממשלה או שר. ביסוד העמדה האחרונה ההערכה ששלילת הסמכות לביקורת שיפוטית בהתבסס על עילת הסבירות צפויה להביא לידי כך שהממשלה תראה עצמה פטורה מן החובה לפעול בסבירות, בהיעדר דרך יעילה לאכוף על הממשלה לציית לכלל זה.

בבג"ץ **הסבירות** אימץ רוב גדול של השופטים, שנים-עשר מתוך חמישה-עשר השופטים (ואולי גם שופט נוסף),¹⁸³ את הקביעה בהלכת **חסון** שלפיה יש הגבלות על כוחה של 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 בקרב השופטים לעמדה שמתן פטור גורף לממשלה ולשרים מקיום דרישת הסבירות חורג מסמכותה של הכנסת (ושלכן בסמכותו של בית המשפט להכריז 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(ד) לחוק-יסוד: השפיטה הוא אכן ביטול כולל של דרישת הסבירות, כפי שקבעו שמונה משופטי ההרכב, או שניתן לנקוט פרשנות מצמצמת חרף היעדר עיגון לשוני לכך ובניגוד לכוונת המחוקק, כפי שסברו ארבעת (או חמשת) השופטים האחרים, שהכירו אף הם במגבלות על סמכות הכנסת לתקן את חוקי היסוד.

רשמי, ולפיכך אין בסעיף זה "דבר השולל את המשך פיתוחה וקידומה של שפה זו במרחב הציבורי במדינה", שוב בהתבסס על פרשנות שתגרום לכך שחוק היסוד יעלה בקנה אחד עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

183 הספקות הם באשר לשופט אלוין, שקבע שיש לדחות את העתירה מחמת חוסר בשלות והסתפק בקביעה הזאת: "המנדט הנתון לבית משפט זה לבחון את ההצדקה שבבסיס החלטות חברי הכנסת מוגבל למדי. [...] [תיחקן] 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, בפס' 4 לפסק דינו של השופט אלוין). השופט אלוין הוסיף 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, בפס' 21).

הפגם שבתיקון זה הוא הן באשר לתכליתו והן באשר לתוכנו. **במישור התכליתי**, יישום הגורמים שלפיהם קובעים מהי התכלית הדומיננטית מוליך למסקנה חד-משמעית שלפיה התכלית העיקרית היא מתן פטור לממשלה מן החובה לפעול 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 התוכנית ל"רפורמה משפטית", שהמאפיין העיקרי שלה הוא מהלך כולל להחליש את שומרי הסף בשירות הציבורי.¹⁸⁴ לעובדה זו חשיבות מכרעת לאפיון תכליתו של התיקון.¹⁸⁵ על זה נוסף גם האינטרס הפרטי של ראש הממשלה נתניהו, שנובע מן ההליך הפלילי המתנהל נגדו באשמת שחיתות שלטונית. לנתניהו אינטרס אישי בהעברה מתפקידה את 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 היה בבסיס החלטת היועצת המשפטית לממשלה שנתניהו אינו ראוי להשתתף כלל בקידום החקיקה הנדונה, ולעובדה שהליך החקיקה קודם בהשתתפות פעילה של נתניהו תוך כדי הפרה בוטה ומתריסה של האיסור האמור, השלכה מכריעה על הערכת תכליתו העיקרית של התיקון.¹⁸⁶

שנית, הליך החקיקה של התיקון מחזק את המסקנה שהתכלית העיקרית היא פסולה. ההליך היה מהיר מאוד. ההצעה נחקקה אך ורק בקולותיהם של חברי הקואליציה תוך כדי דחיית כל ההצעות של מומחים ושל ראשי האופוזיציה לצמצום היקפו של התיקון.¹⁸⁷ לבסוף, מבחינת צורתו התיקון נוסח ניסוח שלפיו יחול על כל ההחלטות של חברי הממשלה, ורק על החלטותיהם, אך לא על החלטות של גורמים אחרים, ובהם נבחרי ציבור כמו ראשי רשויות מקומיות, תוך כדי החלה מיידית של תוקפו של התיקון ובלא קביעה

184 לסקירת מרכיביה של התוכנית שכונתה "הרפורמה המשפטית" ראו למשל מדינה "הזהות החוקתית של מדינת ישראל", לעיל ה"ש 23, פרק ב.

185 למשל בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 106 לפסק דינו של השופט עמית: "התיקון שלפנינו הוא תיקון בודד ש'נגזר' מתוך הטיוטה הראשונה של הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק 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 האיוונים והבלמים של שיטתנו. לשיטה זו, בחירתם של המשיבים לערוך את השינויים תיקון אחד בכל פעם מעוררת את החשש כי יש כוונה לילך בדרכן של מדינות אחרות שבהן הדמוקרטיה הוחלשה וכובתה בסדרה של תהליכים ושינוי של נורמות משטריות ודמוקרטיות". ראו גם שם, בפס' 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", ובפס' 40–46 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

186 לדיון מפורט ראו למשל לוציאן אריה בבצ'וק וברק מדינה "ביקורת שיפוטית על הרפורמה המשפטית" **פורום עיוני משפט** מח 1 (2023).

187 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 131, 139, 166 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות.

כלשהי של כללים באשר לאופן הפעלתן של סמכויות שלטוניות. שילוב הגורמים הללו מוליך כאמור למסקנה שתכליתו העיקרית של התיקון היא פסולה – החלשת שומרי הסף והכשרת החלטות שלטוניות שייעשו לקידום אינטרסים צרים ופרטיים. מכאן המסקנה המתחייבת כי זהו תיקון שנעשה תוך כדי שימוש לרעה בסמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק, ולפיכך חורג מסמכותה.¹⁸⁸

לתכלית הפסולה מתווסף גם הקושי בעניין **תוכן ההסדר**. כאמור, מדובר 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 הוא "נאמן הציבור".¹⁸⁹ החובה לנהוג בסבירות מבטאת את התפיסה שהענקת סמכות להפעיל שיקול דעת כוללת בתוכה, כעניין מובנה, חובה שמוטלת על הרשות השלטונית לנהוג בצורה רציונלית 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 בחובה לפעול בסבירות החובות לשקול שיקולים רלוונטיים בלבד, להעניק לשיקולים השונים משקל יחסי ראוי לפי העניין, איסור לפעול בניגוד עניינים והחובה לפעול רק לאחר גיבוש תשתית עובדתית ראויה. אומנם עילות אלה מוכרות בפסיקה כעילות עצמאיות, אך ההיגיון שביסודן 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

188 שם, בפס' 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 ממשיכות להיות כפופות לה. בכך, מיטיב התיקון באופן בלעדי עם הממשלה ושריה. הוא מעניק להם 'פטור' מפיקוח שיפוטי בנסיבות שבהן הוא חל, ומחזק באופן מיידי את כוחם השלטוני. הקושי שבדבר מתחדד בשים לב לכך שהממשלה – שהיא, כאמור, הנהגית 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, בפס' 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 ונחפז 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"; שם, בפס' 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 ישפיע על אתר על הממשלה הנוכחית. לאור כל אלה, החשש מפני ניגוד העניינים המוסדי בו מצויה הרשות המכוננת [...] מתעצם".

189 ראו ברק מדינה ואילן שגיא "שלילת ביקורת שיפוטית של 'סבירות ההחלטה': על ממשלה בלתי-מוגבלת" ICON-S-IL Blog (10.9.2023).

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. לעומת זאת כאן כלל היסוד הקיים, בדבר החובה לנהוג בסבירות, בוטל. במובן זה, ייחודו של ההסדר שנקבע הוא בכך שמדובר בביטול מלא של דרישת הסבירות ולא רק ב"פגיעה" בהיקף שנקבע לה בפסיקה, בלא שנקבע כל הסדר משלים להגבלת סמכויות הממשלה. על זה נוספת כאמור התכלית הפסולה של ההסדר, שילוב שמצדיק את התוצאה בדבר ביטול התיקון. עולה מכאן שההערכה הנדרשת היא של מידת הסיכון שנשקפת 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 כפוף למגבלות, להסמיך גורם מינהלי לקבוע את ההסדרים הראשוניים בתחום מסוים; היא אינה רשאית לבטל כלל זה באופן כולל לכל דבר ועניין. הכנסת הייתה רשאית 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 כדי ניגוד עניינים, חובת הנמקה, החובה להכריע על יסוד מכלול השיקולים הרלוונטיים ודרישת הסבירות במקרים מסוימים ומוגדרים היטב ואם יש 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 אכיפת הציות לכללי המשחק בדרך של ביקורת שיפוטית. מדובר בשני סוגים של הסדרים: האחד עוסק בסמכויות לביקורת שיפוטית, ובכלל זה תחולתן 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. היות שהביקורת השיפוטית נועדה לאכוף על הממשלה ועל הכנסת לציית לכללי המשחק, ניגוד העניינים שבו מצויה הכנסת בקביעה ובשינוי של הכללים העוסקים בביקורת שיפוטית הוא מובהק. לפיכך 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 "שוקת" בשאלת הביקורת השיפוטית. הדין הוא שקיימת סמכות "טבועה" להחיל ביקורת שיפוטית לאכיפת המגבלות על סמכויות הרשות המכוננת, הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.¹⁹⁰ המסורת החוקתית הותירה לבית המשפט הגבוה לצדק שיקול דעת נרחב באשר למגוון ההיבטים של הסמכות לביקורת שיפוטית על רשויות השלטון ולאופן 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 לדון ולהחליט באותם העניינים שאינם תביעות או משפטים אלא בקשות שאינן בגבולות שיפוטו של כל בית משפט אחר ואשר יש צורך לפסוק בהן למען הצדק".¹⁹¹ נוסח כמעט זהה נקבע בחקיקה מאוחרת יותר (סעיף 7 לפקודת בתי-המשפט, 1940; אחר כך סעיף 7 לחוק בתי המשפט, התשי"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. לפיכך 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 ובתוקפם 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".¹⁹² העיקרון המנחה שנקבע בפסיקה הוא ש"סמכות הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת, הממשלה ויתר שדרות השלטון היא אבן-פינה בדמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק".¹⁹³ מטעמים מעשיים נדרשת חקיקה להקמת בית המשפט ולמינוי השופטים המכהנים בו. אך מבחינה מהותית הסמכות לביקורת שיפוטית אינה נובעת מהחלטת הכנסת

190 ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, בפס' 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).

191 ס' 43 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922–1947.

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

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

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.¹⁹⁴ על יסוד עיקרון זה הוכרה בפסיקה, כבר בשנת 1950, סמכות "טבועה" של כל בית משפט, ולא רק בג"ץ, להחיל ביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות במסגרת מה שמכונה "תקיפה עקיפה", לצד סמכות בג"ץ לדון בכך ב"תקיפה ישירה".¹⁹⁵ התפיסה היא שהסמכות לביקורת שיפוטית, שמושתתת על שלטון החוק ועל הפרדת הרשויות, היא "תנאי-בלעדיו-אין לשמירת זכויות האדם, [ש]מהוות את גרעין המשטר הדמוקרטי, החותר לקידום טובת האדם".¹⁹⁶ מקום שבו יש זכות משפטית צריך שיהיה גם סעד משפטי בגין הפרתה (ubi jus, ibi remedium).¹⁹⁷ העיקרון חל גם במהופך: אם נשלל קיומו של סעד, משמע שאין גם זכות משפטית. הפסיקה בישראל הכירה תדיר בזיקה זו 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".¹⁹⁸ על בסיס זה הוכרה בעניין **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 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.¹⁹⁹

194 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 חוקיות, ובראשן ההכרח להבטיח את 'שלטון החוק בשלטון'. [...] בלעדיו הופך שיקול-הדעת השלטוני לבלתי מוגבל, ואין זר מכך לאופיו הדמוקרטי של משטרנו. [...] אין רשות שלטונית קונה לעצמה חסינות מפני ביקורת שיפוטית".

195 למשל בג"ץ 16/50 **איגרא-רמא בע"מ נ' מועצת עיריית 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 נד** 533 (2026) (להלן: מדינה "סמכות בתי המשפט").

196 עניין **הנגבי**, לעיל ה"ש 193, בפס' 9 לפסק דינו של השופט ריבלין.

197 ראו מדינה ושגיא, לעיל ה"ש 189. לגישה זו ניתן ביטוי ידוע בפרשת Marbury, לעיל ה"ש 190, בעמ' 147, 163: "[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".

198 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 26.

199 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, 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

על זה 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.²⁰⁰ 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 הלאומית 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.²⁰¹ גישה זו הוחלה גם בהקשרים אחרים, למשל לעניין סמכות בג"ץ להחיל ביקורת שיפוטית על החלטות שעוסקות בניהול הפנימי של הכנסת.²⁰²

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, שבחלקן עוסקות 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, ולכן קביעתה חורגת 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 בערכאות השונות שאינן בג"ץ. לא כך באשר לסמכותו של בג"ץ, שנותרה מסורה לשיקול

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 193, 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 "סמכות בתי המשפט", לעיל ה"ש 195.

200 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, בפס' 80 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם ברק **כבוד האדם**, לעיל ה"ש 11; מדינה "האם יש לישראל חוקה?", לעיל ה"ש 94; עמיחי כהן **מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגר** 80–81 (2020); עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** מד 87 (2021).

201 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 78 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות.

202 ראו לעיל ה"ש 115.

דעתו של בית המשפט בלבד חרף הוראות החוק השונות בעניין. בשורות הבאות נדגים זאת בקצרה תוך כדי 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.²⁰³ בהמשך הורחבה גישה זו והוחלה גם על פגמים אחרים. מתוך 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.²⁰⁴ דוגמה אחרת היא ההתעלמות מן הקביעה בסימן 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 משפט בישראל כל משפט או ענין הקשורים במקומות הקדושים או בבנינים 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 שבסימן 3,²⁰⁵ בית המשפט פסק שאין בכוחה לשלול את הסמכות לביקורת שיפוטית.²⁰⁶ על זאת נוספות

203 ראו יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי** – כרך א 221–227 (2022) (להלן: דותן **ביקורת שיפוטית**). עוד ראו למשל רע"א 290/15 **ברנד פור יו בע"מ נ' רמי לוי שיווק השקמה בע"מ**, פס' 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 שההחלטה לא נומקה גם כאשר להחלטות שבעניינן נקבע מפורשות בצו בתי-המשפט שלא תינתן בעניינן רשות ערעור. 204 ההכרעה בעניין זה מבוססת על פרשנות מצמצמת של ס' 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 **בריוסף – 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 החנינה] – חיונית היא. בלעדיה 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.

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

206 בג"ץ 222/68 **חוגים לאומיים נ' שר המשטרה**, פ"ד כד(2) 141 (1970). ממלא מקום הנשיא זילברג והשופט ויתקון קבעו כי דבר המלך אינו בתוקף, שכן הוא נועד למשטר המנדט ולא למדינה דמוקרטית, ולפי הסיפה של ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, הוא אינו בתוקף מאז הקמת המדינה (שם, בעמ')

דוגמאות רבות שבהן הוראות חוק שמגבילות את הסמכות לביקורת שיפוטית פורשו פירוש שלפיו הן לא 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 פירוש שלפיו הן אינן שוללות את סמכות בג"ץ לבחון את חוקיות ההחלטות.²⁰⁷ בכמה מקרים ציין בית המשפט כי עקרונית, בכוחה של הכנסת לשלול את הסמכות לביקורת שיפוטית ב"לשון מפורשת וחד-משמעית שאינה משאירה מקום לשום ספק",²⁰⁸ אך בפועל פורשו כאמור הוראות החוק השונות – יהיו מפורשות ככל שיהיו – פירוש שאומר שלא תנבע מהן שלילת סמכות השיפוט של בג"ץ.²⁰⁹

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 הלא 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

156–157, 162); לגישתם של השופטים ברנזון וקיסטר, דבר המלך עומד בעינו לכל דבר ועניין (שם, בעמ' 177, 187), ואילו הנשיא אגרנט נקט גישת ביניים. לפחות למן שנות התשעים של המאה העשרים, בין היתר בעקבות חקיקת חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז–1967, בית המשפט מתעלם לחלוטין מהוראה זו. למשל דנג"ץ 4128/00 **מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן**, פ"ד נז(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** 705–699 (2016).

²⁰⁷ למשל ד"נ 16/61 **רשם החברות נ' כרדוש**, פ"ד טז 1210 (1962); בג"ץ 76/63 **טרודלר נ' פקיד הבחירות לוועדות החקלאיות**, פ"ד יז 2503, 2512–2511 (1963). לפירוט ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ג 1597–1602 (2014).

²⁰⁸ 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 מופקד 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 נפשה 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".

²⁰⁹ 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 חשין): "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 עברו, וקשה להניח שיחזרו אלינו". ראו גם בג"ץ 6654/98 **הלפרין נ' פקידת הבחירות לעיריית הרצליה**, פ"ד נב(5) 348, פס' 16 לפסק דינו של השופט אור (1998), לעניין שלילת זכות ערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי, שפורשה כך שאינה שוללת את סמכות בג"ץ לדון בעניין.

"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 כשמדובר בערכאות השיפוט האחרות, אך לא באשר לסמכות בג"ץ, שחייבת להישאר לא מסויגת וכפופה אך ורק לשיקול דעתו של בית המשפט עצמו. דוגמה לכך הן ההלכות 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 בשל הסתירה שבין הוראה זו לבין סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, "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".²¹⁰ 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, התשי"ח-1958, נקבע כי "שום משפט לא ייזקק לבקשת סעד נגד החלטותיו וממצאיו של נציב תלונות הציבור בעניין תלונה", אך בית המשפט פסק כי היות 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.²¹¹

210 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 ראובן יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, נז(1) 121, פס' 9 (2002): "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק [...] נובעת מסעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה ואין בכוחו של חוק 'רגיל' – לרבות חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים – לצמצם סמכות זו"; עניין הלפרין, לעיל ה"ש 209. 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 כזאת 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).

211 בג"ץ 6825/06 צור נ' מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור, פס' 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 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 טרנר 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".

השלב השלישי בהתפתחות ההלכה בעניין זה הוא ההכרה המפורשת בהגבלות על סמכותה של הכנסת, גם **כרשות מכוננת**, 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.²¹² זו, חלקית, ההצדקה להכרעה בבג"ץ **הנבצרות**: התיקון 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 מצידו 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.²¹³

הביטוי העיקרי לשלב השלישי של התפתחות ההלכה בעניין זה הוא בג"ץ **הסבירות**. כאמור בפרק ב.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), ושלל את סמכות בג"ץ לדון – וממילא גם להוציא צו – "בעניין סבירות ההחלטה 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 שלילה גורפת כזאת את סמכות בג"ץ: שמונה מתוך השופטים קבעו שדינה של חריגה זו מסמכות הכנסת בטלות, וארבעת השופטים הנוספים, לצד הבהרתם שהם מכירים כאמור במגבלות על סמכותה של הכנסת לשלול ביקורת שיפוטית,²¹⁴ הסתפקו בפרשנות מצמצמת של סעיף 15(ד).²¹⁵

212 למשל, באמרת אגב, בג"ץ 5364/94 ולנו 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 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 125 לעיל.

213 בג"ץ **הנבצרות**, לעיל ה"ש 2, בפס' 68 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן: "תכליתו הפרסונלית 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 שלא תתקבל החלטה שאינה לרוחם של חברי הקואליציה בהליך שיפוטי מסוים".

214 למשל בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 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

תוצאתה המעשית של הפרשנות המצמצמת שהוצעה היא הותרה על כנה של סמכות הביקורת השיפוטית בבג"ץ גם על יסוד עילת הסבירות.²¹⁶

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 ריקונו מתוכנו 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,²¹⁷ 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, ומכאן גם האינטרס של הקואליציה בכנסת, לפעול שלא כדין במגוון רחב של תחומים. ההכרזה שנדרשה היא אפוא איזו משתי התכליות הללו היא הדומיננטית. בפרק א לעיל כבר עמדנו על השיקולים שמבססים את המסקנה שהתכלית העיקרית של התיקון הנדון היא 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 בתוכנית 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

את אורחי המדינה ואת תושביה לעריצותם של האוחזים בכוחות השלטון בממשלה ובכנסת, ועל ידי כך פוגע בזכות האדם לחירות ולצדק משפטי בסיסי". ראו גם שם, בפס' 102.

215 לתמיכה בפרשנות מצמצמת, שמוחירה את עילת הסבירות בעיקרה על כנה, לרבות הסמכות לביקורת שיפוטית בהסתמך על עילות בדבר "שרירותיות" ו"מופרכות" ושוללת את תחולתה רק במקרים מצומצמים, ראו שם, בפס' 43-66 לפסק דינה של השופטת וילנר, בפס' 102-103 לפסק דינה של השופט שטיין, בפס' 31-38 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ, וחלקית גם בפס' 35 לפסק דינה של השופט כשר.

216 השופטת 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, בפס' 16). גם השופט אלרון, שקבע שיש לדחות 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, בפס' 21).

217 לפירוט ראו למשל בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 17-35 לפסק דינה של השופטת וילנר.

השרים הוא נרחב מאוד, 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 מאוד 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. לפיכך, כפי שציננה הנשיאה (בדימוס) חיות, "בהיעדר מערכת אפקטיבית של איזונים ובלמים, הביקורת השיפוטית מהווה למעשה המגבלה האפקטיבית היחידה על כוח זה".²¹⁸

הקביעה שאסור לבית המשפט לבחון את "סבירות ההחלטה" של הממשלה ושל השרים 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.²¹⁹ כפי שקבע בית המשפט בבג"ץ הסבירות, יישומו של התיקון עלול היה להעניק לשרים ולממשלה חסינות מביקורת שיפוטית – ולפיכך פטור מכפיפות לשלטון החוק – בתחומים רבים. אינטרסים רבים, אם הם אינם 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.²²⁰ כך למשל בתחומים רבים שקשורים למדיניות ההגירה, ובכלל זה החלטות בדבר רישיון שהיה בישראל, והענקת מעמד של תושבות;²²¹ החלטות בתחומים שבהם הפגיעה בפרט נגרמת ממחדל שלטוני לספק הגנה על אינטרסים שונים ("זכויות חברתיות");²²² החלטות בתחום דיני המכרזים;²²³ החלטות בתחום המינויים לתפקידים ציבוריים שונים²²⁴ ולהעברה מתפקיד של נושאי משרה;²²⁵ הגבלות על הפעלת סמכויות בתקופת ממשלת מעבר,²²⁶ ועוד ועוד תחומים.²²⁷ משמעותו של התיקון עלולה הייתה

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

219 שם, בפס' 96 לפסק דינו של השופט ככוב: "מאחר שכנסת ישראל מעולם לא הוסמכה להפקיע את הריבונות מידי העם, ולתתה בידי רשות כלשהי, גם לא בפועל כרשות מכוננת – הרי שהכנסת אינה מוסמכת לפטור את הדרג המיניסטריאלי מחובתו לתת את הדין כאשר הוא חורג מסמכותו החוקית. פטור שכזה ייצור מצב בו העם נשלט בידי אישים ולא בידי חוקים". ראו גם שם, בפס' 97 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות.

220 שם, בפס' 161 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות.

221 למשל בג"ץ 3840/13 פלוני נ' משרד הפנים (נבו) 30.11.2015; ע"ע 5037/08 חליל נ' שר הפנים (נבו) 19.12.2017.

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

223 למשל ע"ע 6466/19 משרד הביטחון נ' עמותת חברות הסיעור (נבו) 11.10.2020.

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

225 למשל עניין שיינפלד, לעיל ה"ש 42.

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

להיות גם ריקון מתוכן של מגבלות שנקבעו בכמה וכמה 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, ולכן הוא 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. שמונה שופטים קבעו שהתוצאה ההכרחית היא הכרזה על בטלותו התיקון, ואילו ארבעה שופטים סברו שניתן להסתפק בפרשנות מצמצמת של התיקון, ובכך לא תנבע ממנו שלילה מוחלטת של סמכות בג"ץ בעניין זה.²²⁸ אנו סבורים שעמדת הרוב היא העדיפה כאן. בחירתו של המחוקק לנסח את התיקון באופן הגורף ביותר האפשרי, תוך כדי 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 את הלשון הרחבה ביותר האפשרית, ועל בית המשפט להתייחס ברצינות לבחירה זו של המחוקק.²²⁹

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".²³⁰ נראה שבג"ץ **הסבירות** אינו סותר תפיסה עקרונית זו. כאמור לעיל, לכנסת הסמכות לקבוע גם את האופן שבו ייאכפו כללי המשחק.²³¹ אך השלילה של "הדרה

227 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).

228 ראו לעיל ה"ש 215.

229 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 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"; שם, בפס' 129: "אפילו אני, 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".

230 דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 203, בעמ' 237–238.

231 למשל, בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 3 לפסק דינו של השופט עמית: "אם הכנסת הייתה מתקנת את חוק היסוד באופן שמצמצם את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות באופן נושא-נקודתי, לדוגמה, לגבי מינוי שרים שאושרו על ידי הכנסת, דומני כי לא היינו מגיעים עד הלום". ראו גם שם, בפס' 122, בפס' 50 לפסק דינה של השופטת רונן. ראו גם לעיל פרק א.6.

מוחלטת של המחוקק" מעניין זה אין משמעה הכרה בסמכות מוחלטת של המחוקק לקבוע סייגים לביקורת השיפוטית. כאמור, הקושי בתיקון לחוק-יסוד: השפיטה הוא בכך שבשל 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 ב.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".²³² שלילה גורפת כזאת היא שאפיינה את התיקון לחוק-יסוד: השפיטה.²³³

לפיכך, בהתבסס על ההלכות שנפסקו עד כה ועל הטעמים 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,²³⁴ דרישת "בשלות" העתירה או מגבלה בדבר שפיטות של נושאים מסוימים; או קביעה של רוב מיוחד בבית המשפט העליון כתנאי להכרזה על בטלות חקיקה ושלילת הסמכות לביקורת שיפוטית על תוקפו של חוק יסוד.²³⁵ 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. לפיכך ההסדר צריך להיקבע בהסכמה רחבה, בעקבות דיון ציבורי נרחב, תוך כדי 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 באופן שלא תישלל לחלוטין אפשרות לביקורת שיפוטית, מה שיפגע קשה בשלטון החוק. בעיקר נדרש לסייג את תחולתם של תנאי הסף באשר למקרים שבהם מדובר במעשים שלטוניים שמפירים נורמות מוסדיות, כלומר מעשים שפוגעים באינטרס הציבורי ולא דווקא באינטרס אישי פרטי מסוים.

232 דותן ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 203, בעמ' 239.

233 למשל בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 145–148 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) חיות.

234 למשל הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – פסקת התגברות) (הצעה פ33/1262 מיום 15.6.2020), שם הוצע לקבוע כי בג"ץ ידון בעתירה רק אם לעותר יש "עניין אישי" בנושא העתירה.

235 למשל הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק), ה"ח 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.

במסגרת זו תידרש תחימה של עילות הביקורת השיפוטית ושל הנושאים שבעניינם 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 שבעניינן עלול הרוב בכנסת להיות בניגוד עניינים מוסדי, עיגון פורמלי 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 בתוכנית "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 המשפטיים וביטול המעמד המחייב של חוות הדעת שלהם).²³⁶ דיון מפורט בנושא זה חורג ממגבלות המקום כאן. בתמצית, בשל ההשלכות מרחיקות הלכת שיהיו למהלכים מסוג זה על מעמדה של הביקורת השיפוטית יחולו גם כאן שני סוגי המגבלות שהוזכרו בדבר תכליתו של תיקון כזה 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 בקולותיהם של נציגי הקואליציה והאופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים, ללא התחשבות בעמדתם של גורמי מקצוע (נציגי לשכת עורכי הדין, שלפי הצעה זו לא יכהנו 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 ובהיקפו ובמועד תחולתו של ההסדר החדש. כמו כן יידרש לקבוע הסדרים משלימים שיבטיחו פיקוח נאות על הממשלה ועל הרוב בכנסת, ובכלל זה עיגון כללי המשחק בחוקה נוקשה וקביעת מנגנוני

236 ההסדר הראשון נכלל בהצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות), ה"ח 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).

אכיפה מתאימים. בלא הסדרים משלימים מסוג זה חקיקה כאמור צפויה להיות מוכרזת בטלה, כפי שציינו, באמרת אגב, כמה מן השופטים בבג"ץ הסבירות.²³⁷

ג. הערות סיכום

האפיון בפסיקה של מגבלות "טבועות" על הסמכות המכוננת, כלומר על הסמכות לקבוע את כללי המשחק ולשנותם, והאכיפה שלהן, אינם תקדימיים בהשוואה בין-לאומית, אך אלה בכל זאת מהלכים חריגים. ואולם, החריגות אינה בהכרח במגבלות הללו ובאכיפתן אלא בעצם ההכרה בסמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם ללא כל סייגים פורמליים באשר לרוב ולהליך הדרושים לשם כך. במצב דברים זה דווקא הימנעות מהכרה במגבלות כלשהן היא חריג בהקשרן של דמוקרטיה, ולא החלת מגבלות.

ההלכות שנקבעו בבג"ץ הסבירות ובבג"ץ הנבצרות הן התפתחות טבעית של עשרות שנים של פסיקה בנושא, והן פיתוח הכרחי של ההלכה שכבר נקבעה בעניין **בנק המזרחי**. התפתחות זו נדרשה על רקע המהלכים חסרי התקדים של הממשלה ושל הרוב 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. עם זאת נראה כי לא יהיה די בקביעה של מגבלות דיוניות בלבד, למשל דרישת רוב מיוחד של שני שלישים מחברי הכנסת לשם חקיקה ותיקון של חוקי יסוד. הניסיון שנצבר בכל הקשור להחלטותיה של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת בעניין פסילת רשימות ומועמדים, בעניין הרחקה מהכנסת של חבר כנסת ובנושאים קרובים אחרים, מלמד כי אין להסתפק במגבלות דיוניות. על רקע העוינות של הרוב בכנסת כנגד הציבור הערבי-פלסטיני בכלל ושל נציגיו בבית המחוקקים בפרט,

237 למשל בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 40 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "ברור לידי 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"; שם, 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 האיזונים והבלמים של שיטתנו". זו גם הייתה עמדתה של היועצת המשפטית לממשלה. ראו שם, בפס' 14 לפסק דינה של השופטת (בדימוס) ברון: "[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".

ובוודאי על רקע היעדר ייצוג כלשהו לציבור הפלסטיני תושב השטחים, שנתון למשטר כיבוש ונישול כה ממושך של מדינת ישראל, הכרה גם במגבלות מהותיות, לצד אלה הדיוניות, על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק היא בלתי נמנעת. קל וחומר כך במצב הדברים הנוכחי, שבו אין מוחלות כמעט מגבלות דיוניות על הפעלת כוחה המכוון של הכנסת, ושבו הקואליציה, בהנהגה 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".²³⁸ בכך אין כל קושי אם זיהוי המאפיינים מבוסס על תאוריות מוסריות אוניברסליות. האתגר נובע מכך שבית המשפט שב ומדגיש כי אפיון הזהות החוקתית נעשה במידה מכרעת על יסוד בחינתה של המציאות החוקתית והפוליטית הקיימת, כפי שהיא נלמדת מתוך "מכלול היצירה החוקתית והחוקתית במדינת ישראל",²³⁹ לאור "הערכים המכוננים [ה]מבטאים קונצנזוס בין־דורי רחב".²⁴⁰ 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 החוקתית והחוקתית במדינת ישראל אכן מבטאת מחויבות ל"עקרונות דמוקרטיים בסיסיים".²⁴¹

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

238 עניין חסון, לעיל ה"ש 11, בפס' 30 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

239 שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

240 עניין גלאון, לעיל ה"ש 73, בפס' 10 לפסק דינו של השופט לוי.

241 ראו מדינה "הזהות החוקתית של מדינת ישראל", לעיל ה"ש 23.

על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכיו הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי כמובנו הרחב".²⁴² המצב הנוהג בשטחים הוא מצב קולוניאלי, שיוצר סכנה ממשית ביותר לקיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.²⁴³ יתר על כן, התמשכותו מערערת את הבסיס שמתחת להבחנה שבין המחויבות לעקרונות יסוד של דמוקרטיה בתחומי מדינת ישראל לבין הפרתם העמוקה של עקרונות אלה במשטר הכיבוש וההתנחלות בשטחים תוך כדי הטלת ספק של ממש בשאלה אם מדינת ישראל בכללה יכולה להמשיך להיחשב דמוקרטיה.²⁴⁴ ישראל מנסה לשמר את אפיונה כדמוקרטיה באמצעות הצהרות מעורפלות – נדירות יותר ויותר – בדבר "זמניות" הכיבוש, אלא שכמעט שישים 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 נשלטיה 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 כדי העדפת 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 – כל אלה 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

242 בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלחעאוויה אלמחודדה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 794–795 (1983) (השופט ברק).

243 לדיון במצב בשטחים ראו למשל דוד קרצמר "השטחים הכבושים והמשטר החוקתי של מדינת ישראל" ספר סלים ג'ובראן 343 (אהרן ברק ואח' עורכים 2023). מצב קולוניאלי עניינו מצב שבו מדינה או עם משתלטים על טריטוריה המיושבת בידי בני אדם אחרים; הללו אינם נעשים אזרחיה של המסגרת המדינית השולטת בטריטוריה כי אם נשלטיה; את ההשתלטות מבצעת מדינה מבחוץ, שנהפכת למדינה-אם 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 נשלטיה המתקוממים והן כלפי אזרחיה המתנגדים למדיניותה; היא מתקטבת, הלחצים מבחוץ מתעצמים, יציבותה הפנימית מתערערת, והאיוון בין מוסדותיה השלטוניים נשחק. כך קרה לדוגמה לצרפת באלג'יריה, וכך אירע בבריטניה, בסוף המאה התשע-עשרה ובראשית המאה העשרים מול אירלנד. לא לכל הדוגמאות ההשוואתיות יש סוף טוב.

244 למשל קרצמר, לעיל ה"ש 243; אילן סבן "פופוליזם בישראל ותגובת הנגד הפוליטית כלפי מערכת המשפט" קריאות ישראליות 2, 374 (2022).

קודרת. אף שההכרה במגבלות משפטיות ואכיפתן בדרך של ביקורת שיפוטית אינן יכולות למנוע לבדן קריסה של מדינה דמוקרטית; למשפט בכל זאת נודע תפקיד חשוב בנוגע 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"²⁴⁵ היא מוגבלת והיא גם במידה רבה החרג ולא הכלל.²⁴⁶ מדאיגה גם חולשת ההגנה שמספק בית המשפט העליון לבני קהילת המיעוט הערבי-פלסטיני ונציגיו בכנסת.²⁴⁷ 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.²⁴⁸ ההכרה של בית המשפט בסכנה הקיומית שבה מצויה הדמוקרטיה הישראלית, כפי שבוטאה בדבריה הנוקבים של השופטת (בדימוס) ברוך שצוטטו בפתח הדברים ובדברים שאמרו שופטי רוב נוספים, צריכה להיות מלווה בביקורת שיפוטית נרחבת הרבה יותר מזו הנוהגת כיום.

מכל מקום, 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 משום שהממשלה הנוכחית פועלת באופן החלטי, נטול רסן, תוך כדי הפרה שיטתית של אוסף נרחב של נורמות חוקתיות בסיסיות. בית המשפט נמנע בדרך כלל מלציין מפורשות את הסכנה הייחודית הזאת, וההימנעות הזאת, שאולי נובעת מטעמים של חשש ממה שעלול היה להיות כפוליטיזציה של ההכרעה השיפוטית, דווקא היא פוגעת בהכשר הציבורי של ההכרעה.

245 בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (נבו 9.6.2020), שם הוכרו על בטלותו של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017.

246 סוגיית השימוש בישראל עושה **בקרקע הציבורית** בשטחים לצורך מפעל ההתנחלויות והמאחזים ה"חוקיים" מטואטאת כל העת אל מתחת לשטיח. השימוש בקרקע זו, שהמפקד הצבאי היה אמור להחזיקה ולהפעילה בנאמנות בעבור "התושבים המוגנים", אינו חשוף לביקורת שיפוטית, שכן בג"ץ שמר בעניינו 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 **עיאד 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 "המשך המדרון", לעיל ה"ש 35, בעמ' 48.

247 ראו בין היתר אילן סבן "תגובת הנגד הפוליטית למהפכה החוקתית" **המרחב הציבורי** 13, 27-30 (2018).

248 בג"ץ 2592/20 **התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 6.5.2020, תמצית נימוקים; נבו 27.5.2020, פסק דין משלים).