

סמכות הכנסת לקבוע את "כללי המשחק"

ברק מדינה ואילן סבן*

החיבור דן בהלכות שנקבעו בבג"ץ הסבירות ובבג"ץ הנבצרות, בעניין גבולות סמכותה של הכנסת לשנות את חוקי היסוד במדינת ישראל. החיבור מצביע על כך שההכרה בסמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם היא עניין של פרשנות שיפוטית, ומן ההכרה בסמכות זו עצמה נובעות גם ההגבלות עליה. הכנסת כפופה לשלושה סוגים של מגבלות: אלה שנקבעו בחוקי היסוד עצמם; מגבלות בדבר התכלית של שינוי כללי המשחק (האיסור על "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת); ומגבלות בדבר תוכן ההסדרים המותרים. החיבור מציע הצדקות לקביעה של הגבלות אלה ולאכיפתן בבג"ץ הסבירות ובבג"ץ הנבצרות, ובוחן את ההתאמה של ההלכות שנקבעו בפסקי הדין הנדונים לזו שנקבעה בבג"ץ בנק המזרחי.

הקדמה

המשטר בכל מדינה מאופיין על פי אוסף של כללי משחק, ובהם, בין היתר, הכללים שעוסקים בשיטת הבחירות ואופן בחירת הממשלה, באמות המידה לקביעת תוקפן של חקיקה והחלטות מינהל ובסמכות לביקורת שיפוטית. תנאי ראשוני להכרה בכך שמשטר הוא דמוקרטי הוא זה הידוע כ"ממשלה מוגבלת", כלומר תחולתו של עקרון שלטון החוק, שלפיו רשויות השלטון כפופות לכללי המשחק ולהוראות הדין שנקבעו בגדרם. עם זאת, לעקרון שלטון החוק משמעות מוגבלת מאוד במדינה שבה הרשויות שכפופות לכללי המשחק מוסמכות גם לשנותם כרצונן. בפרפרזה על קביעתו הידועה של קרל שמיט, הריבון הוא מי שבידיו הכוח לשנות את כללי

* ברק מדינה, פרופסור מן המניין, מכהן בקתדרה על-שם לנדקר-פרנץ' לחקר ההגנה על מיעוטים, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; ד"ר אילן סבן, מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אנו מודים לעמרי ידלין, לגילה שטופלר, לעורכת הכרך, שני שטילר, ולחברי המערכת, עילי אטיאס, אורי נעים ונגה קופלר, על הערותיהם המצוינות.

המשחק.¹ משום כך, השאלה הבסיסית בכל דמוקרטיה היא מהן המגבלות – הדיוניות והמהותיות – על הסמכות לקבוע את כללי המשחק ולשנותם? התשובה המקובלת בעולם הדמוקרטי לשאלת הסמכות היא תשובה ידועה: קביעת כללי המשחק ושינויים (הפעלת "הסמכות המכוננת") אמורים להיעשות באופן שיגדיל את הסיכוי שההכרעה תיעשה על פי שיקולים שעניינם הערכה (של הגורמים המחליטים) מהם הכללים הצודקים והראויים, ולא בהתאם לאינטרסים הצרים של הרוב הנוכחי, למשל הבטחת המשך שלטונו. לשם כך, הכרחי שכללי המשחק ייקבעו וישונו אך ורק בהסכמה רחבה, ובדרך כלל על ידי גוף שהוא נפרד ממוסדות השלטון ה"סדירים"; כלומר, לא על ידי הרשויות שבידיהן סמכויות חקיקה או ביצוע, שכללי המשחק מסדירים ומגבילים את פעולתן. בתנאים אלה, של נפרדות, קיים סיכון קטן בלבד שסמכות זו תופעל למטרות פסולות, לשם מתן פטור לרוב העכשווי מכללי משחק מסוימים או לקידום אינטרסים צרים אחרים שלו, או שייקבעו הסדרים שחורגים מעקרונות היסוד של השיטה. מכאן התפיסה הדומיננטית בשיטות משפט דמוקרטיות רבות בעולם, שלפיה הסמכות המכוננת מוגבלת רק מכוח הגבלות שהגוף המוסמך לקבוע את כללי המשחק בחר להחיל.² הבסיס לכך הוא שילוב של שני גורמים: האחד, העמדה שמוטב שקביעת כללי המשחק ושינויים ייעשו על ידי גוף נבחר, שזוכה למידה רבה של הכשר דמוקרטי; והשני, ההערכה שלאור ההליך הייחודי הנדרש לשינוי כללי המשחק, הסיכון מפני שימוש לרעה בסמכות זו הוא כאמור קטן.

ידועה פחות התשובה לשאלה כיצד צריכים להיקבע כללי המשחק בנסיבות, כמו אלה שבישראל, שבהן אין הליך מיוחד לקביעתם. האתגר למצוא מענה לשאלה זו הוצב לפתחו של בית המשפט העליון כבר בסמוך לאחר הקמת המדינה, לעניין בירור מעמדה החוקתי של הכרזת העצמאות,³ ובמהלך הדרגתי, ששיאו לעת עתה בצמד פסקי הדין בעניין הסבירות⁴ ובעניין הנבצרות,⁵ פותחה הלכה שמספקת מענה

1 את ספרו של שמיט "תיאולוגיה פוליטית" פותח המשפט: "ריבוני הוא מי שמכריע על מצב החירום". ראו קרל שמיט **תיאולוגיה פוליטית: ארבעה פרקים על תורת הריבונות** 5 (רן הכהן מתרגם 2005). דבריו של שמיט התייחסו לכך שלפי חוקת הרפובליקה של ויימאר (סעיף 48, הפסקה השנייה), "במקרה של הפרעה משמעותית או איום על הביטחון והסדר הציבוריים ברייך הגרמני, רשאי נשיא הרייך לנקוט את האמצעים ההכרחיים להשבת הביטחון והסדר הציבוריים, ובמקרה הצורך גם להתערב בעזרתם של הכוחות המזוינים". הוראה זו שימשה בסיס לקביעת צווים נשיאותיים שעקפו את הפרלמנט. לדיון ראו, למשל, דן דינר **זמנים אפלים** 24–1 (שאול מרמרי מתרגם 2022).

2 לדיון מפורט של התפיסות המקובלות בעניין זה ראו Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Power* (2017).

3 בין היתר, בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב 5, פס' 12 לפסק הדין של השופט אולשן (1949).

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

מאוזן וראוי לאתגר זה. הלכה זו כוללת שני רכיבים עיקריים: מצד אחד, ההכרה בסמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם; ומצד שני, התוויית תוכן של מגבלות על סמכותה זו.

הרכיב הראשון עוסק בעצם קיומה של הסמכות. ההכרזה על הקמת המדינה שוללת הענקת סמכות זו לכנסת, בהתאם להבחנה שנקבעה בה בין "השלטונות הסדירים" – כלומר הממשלה והכנסת, שייבחרו ויפעלו לפי החוקה, לבין מי שיקבע את החוקה – האספה המכוננת. סמכות הכנסת לקבוע נורמות חוקתיות אינה נובעת מנורמה בסיסית פורמלית, שמעניקה לה סמכות זו. ההכרה בקיומה של סמכות זו בידי הכנסת, שנעשתה כבר בפרשת **בנק המזרחי**,⁶ היא עניין של פרשנות שיפוטית. היא מבוססת על שילוב שלוש סוגים של מקורות: מקורות משפטיים פורמליים, כלומר נורמות שקבעה הכנסת עצמה שמעידות על תפיסתה בדבר קיומה של סמכות זו בידיה; מקורות חברתיים, כלומר התפיסות המקובלות בציבור באשר לסמכותה זו של הכנסת; ומקורות מוסריים, באשר לשאלה מיהו הגוף שמוטב שיהיה מוסמך לקבוע את כללי המשחק. עובדה זו, שעצם קיום הסמכות הוא עניין של פרשנות שיפוטית, חייבה את בית המשפט לקבוע גם את היקפה של סמכות זו.

שלושת המקורות שעליהם מבוססת ההכרה בסמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם הם שמוליים גם לקביעת גבולותיה של סמכות זו. גבולות אלה נובעים מן הנסיבות המיוחדות שבהן מופעלת הסמכות לקבוע נורמות חוקתיות, כלומר על ידי "השלטונות הסדירים" וברוב הקואליציוני בלבד. בהתאם לכך, **הרכיב השני** של ההלכה עניינו התוויית תוכן של המגבלות על סמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם. אלה כוללות, מלבד מגבלות שהכנסת קובעת מפורשות, שני היבטים: האחד, קביעה שיפוטית באשר למשמעותה של שתיקת הכנסת, כלומר הימנעותה מקביעה של כללי משחק מסוימים. כידוע, הכנסת נמנעה מלעגן בחקיקה במשך שנים רבות – ובתחומים מסוימים, עד עצם היום הזה – היבטים בסיסיים ביותר של שיטת המשטר, כמו עצם כפיפותה של הממשלה לחוק והדרישה להסמכה בחוק כתנאי להפעלת סמכויות שלטוניות, החובה לכבד את זכויות האדם והיבטים נוספים. ההערכה שמחדל זה נובע בעיקרו מכך שלקואליציה יש אינטרס (פסול) להימנע מהגבלת כוחה של הממשלה, הובילה את בית המשפט להכרה בסמכותו לקבוע את כללי המשחק ולמלא בכך את החלל שהותירה הכנסת. ההיבט השני, העומד במוקד רשימה זו, עניינו המקרים שבהם הכנסת דווקא בוחרת לקבוע כללי משחק או לשנותם, לשם ביטול או שינוי כלל שנקבע בפסיקה או בחקיקה. כמפורט להלן, אנו סבורים שהאופן שבו יש להבין את הפסיקה בנושא הוא שהכנסת רשאית

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

6 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, פס' 41–47 לפסק הדין של הנשיא ברק (1995).

להפעיל את סמכותה הנדונה רק לשם קידום תכלית ראויה, כלומר לתכלית עניינית ולא לשם קידום אינטרס צר של הרוב הנוכחי (מגבלה שלעיתים מכונה בפסיקה "איסור על שימוש לרעה" בסמכות המכוננת),⁷ ובאופן שעולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

הביקורת העיקרית שמוטחת בהלכות אלה עוסקת באופן זיהוי שתי המגבלות הללו ואכיפתן. בשורות הבאות נבחן את הטענות שביסוד הביקורת ונסה להראות שאינן מבוססות. נקדים לכך דיון במקור התוקף של המגבלות על כוחה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם (פרק א'); והצעה לאפיון מחדש של תוכןן של המגבלות הללו, באופן שמבטא את התפתחות הפסיקה בנושא ואת ההיגיון שביסודה (פרק ב'). בעקבות זאת נציע בחינה ביקורתית של ההצדקה לאכיפה שיפוטית של ההגבלות על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק, תוך התייחסות, בין היתר, להתאמה בינה לבין הלכת בנק המזרחי (פרק ג'). הערות סיכום חותמות את החיבור.

א. מקור הסמכות של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם הוא גם הבסיס למגבלות על סמכות זו

נקודת המוצא היא ההכרעה מניין לה לכנסת הסמכות לקבוע את כללי המשחק ולשנותם. הבסיס שעליו מושתתת ההכרעה בסמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק (כלומר, סמכותה ה"מכוננת") אינו "נורמה בסיסית" קבועה בזמן וחיצונית (אקסוגנית) לשיטה המשפטית. הסיבה לכך היא שאין בנמצא נורמה בסיסית כזו. הסברה שהכרזת העצמאות היא נורמה בסיסית, במובן זה שהיא, בלשונו של השופט שטיין, "מסד הסמכות הבלעדי לחקיקת חוקי המדינה ולכינון חוקתה",⁸ אינה מדויקת. ההכרזה לא העניקה לכנסת את הסמכות לקבוע את כללי המשחק. בהכרזה נקבעה הבחנה מפורשת 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.⁹ הקביעה

7 ראו למשל בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פס' 15 ואילך לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 23.5.2021).

8 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 4, בפס' 33 לפסק הדין של השופט שטיין. ראו גם שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט ברק-ארז: "המנדט ליצירתם של הסדירים חוקתיים במדינת ישראל מבוסס על ההסמכה שבהכרזת העצמאות, ועל כן צריך להיות מוגבל לעקרונות שנקבעו בה", וראו גם שם, בפס' 11. ראו גם את גישתו של השופט מזוז בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 10–11 (נבו 8.7.2020); וכן אהרן ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כך א: תורת הזכויות החוקתיות 282–284 (יצחק זמיר עורך 2023): "הכרזת העצמאות היא ביטוי לנורמה הבסיסית בישראל".

9 בהכרזה נקבע כך: "אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע ל-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 – תפעל

של מועצת המדינה הזמנית שהאספה המכוננת תהיה גם הרשות המחוקקת הפרה את הוראות הכרזת העצמאות, ולכן הסמכות של האספה המכוננת, וממילא של כל הכנסות שבאו אחריה, לא נבעה מהכרזת העצמאות כשהיא לעצמה. משמעות הדבר היא שאם "מסד הסמכות הבלעדי" לקביעת כללי המשחק היה הכרזת העצמאות, לכנסת כלל לא הייתה סמכות לקבוע את כללי המשחק או לשנותם.

למרות זאת, אין חולק על סמכותן של האספה המכוננת, ושל כל הכנסות שבאו אחריה, לקבוע את שיטת הבחירות והמשטר ולשנותן, כפי שאכן עשו לאורך השנים, ולקבוע כללי משחק אחרים. אין זאת אלא שהכרזת העצמאות, כשהיא לעצמה, אינה ממלאת תפקיד זה של מסד בלעדי או נורמה בסיסית. מקור הסמכות המכוננת של הכנסת הוא שילוב של שלושה סוגי 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 החברה בעניין סמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם; ומקור מוסרי, שעניינו הערכה ביקורתית, האם ראוי להכיר בסמכות זו של הכנסת, בהתחשב במכלול המאפיינים הרלוונטיים.¹⁰

השילוב של שלושת המקורות הללו הוא שמעניק מידה מספקת של הכשר דמוקרטי לכנסת לקבוע את כללי המשחק. מקור אחד הוא העובדה שגופי השלטון השונים – החל ממועצת המדינה הזמנית (שפעלה מכוח הכרזת העצמאות ואשר חוקקה את פקודת המעבר לאספה המכוננת) ועבור באספה המכוננת (הכנסת הראשונה) והכנסות שבו אחריה – פעלו באופן שמבטא את עמדתם כי לכנסת מסורה הסמכות לקבוע את כללי המשחק ולשנותם, חרף העובדה שהדבר מנוגד כאמור להוראות ההכרזה. לא הייתה מחלוקת – ולכן לא נדרשה הכרעה שיפוטית בעניין – בדבר סמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק, בוודאי אלה העוסקים בקביעת שיטת הבחירות ושיטת המשטר. בהמשך, מאז הלכת בנק המזרחי שניתנה לפני כשלושים שנה, הכיר בית המשפט בסמכות הכנסת לקבוע כללים שמגבילים את כוחה שלה כרשות מחוקקת. מקור שני הוא התפיסה הציבורית שבכוחה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק.¹¹ הכרה זו של העם היא עניין רציף, שנתון לתהליך של

מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם ישראל". ראו ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1.

10 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).

11 לאפיון מקור הסמכות של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ראו עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 6, בפס' 44 לפסק הדין של הנשיא ברק: "[ההכרזה] בכוחה של הכנסת לכונן חוקה מבססת עצמה על 'תשתית עובדתית' רחבה. היא פרי ההיסטוריה החוקתית, הבנת הכנסת את עצמה, תפיסות היסוד של מלומדים וסופרים, הבנתם של בוחרים שהלכו לבחירות השונות, הלכות ואמרות של שופטים ותגובת הכנסת עליהם. כאן טמונה הביקורת שלי על עמדתו של חברי, השופט חשין. אין היא תואמת את הבנתה של הקהילייה הישראלית היום. אין היא הפירוש

עיצוב מתמשך לאורך השנים. לכל אלה נוסף מקור שלישי, שעניינו שיקולי מדיניות, שעיקרם ההערכה שמוטב שהכנסת, שהיא הרשות הנבחרת היחידה בשיטה המשטרית הקיימת, תהא זו המוסמכת לקבוע את כללי המשחק. שלושת המקורות שמהם נובעת סמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם מוליכים כולם למסקנה נוספת, ולפיה סמכות זו מוגבלת. מן המקורות הפורמליים ניתן ללמוד על שורה של מגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת. מקורות אלה באים לידי ביטוי בראש ובראשונה בהוראות ההכרזה על הקמת המדינה, שבצד המגבלה הפורמלית שלפיה כללי המשחק יעוגנו ב"חוקה", שתיקבע על ידי "אספה מכוננת" שתיבחר במיוחד לשם כך, קובעים גם, בעקבות תוכנית החלוקה, קווים מנחים באשר לזהות החוקתית של המדינה כיהודית ודמוקרטית. חקיקת הכנסת לאורך השנים מבטאת אף היא תפיסה שלפיה כוחה שלה מוגבל. בסיס חשוב לכך הוא הוראת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, שקובעת שרשימה ששוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה רשאית להתמודד בבחירות, בהתבסס על התפיסה, שנקבעה לראשונה בפרשת ירדור, בשנת 1965, שלפיה הכנסת כלל אינה מוסמכת לדון בשלילת קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וזאת בהתבסס על מה שכינה שם הנשיא אגרנט, "הנתונים" הקונסטיטוציוניים השייכים לשאלה זו.¹² ביטוי נוסף לכך ניתן בסעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיו "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". לכך נוספת הקביעה בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, שמבטאת את העיקרון שלפיו היקף הביקורת השיפוטית הוא עניין שמסור לשיקול דעתו של בית המשפט.¹³ תפיסת הציבור מכירה בכוחה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק לתכלית עניינית. אין זה ברור כלל שמוכר כוחה של הכנסת, לפי התפיסה המקובלת בציבור, לשנות את כללי המשחק לקידום אינטרסים צרים של הרוב הקואליציוני הנוכחי. לרוב הנוכחי בכנסת יש את הסמכות לקדם את האינטרס הציבורי כפי שהוא מתפרש

הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של מדינת ישראל. אין היא מתמודדת עם הבעיה החוקתית". ראו גם שם, בפס' 46. גם עמדת המיעוט בבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 4, אינה שוללת מסקנה זו, בהתבסס על העמדה שהכנסת היא זו שמבטאת את רצון העם. ראו, למשל, שם, בפס' 114 לפסק הדין של השופט סולברג.

12 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט 365, 385 (1965). הנשיא אגרנט הוסיף בעניין זה כי "[הכנסת היא] מוסד המורכב מהנציגים שנבחרו על-ידי כלל האזרחים ואשר מתפקידו לשקוד [...] על הבטחת קיומה של מדינת ישראל ושלמותה [...]". השאלה אם יש לעשות לשם חיסול המדינה ושלילת ריבונותה, ואם לאו – שאלה זו אינה יכולה כלל לעלות על סדר יומו, שהרי עצם הצגתה נוגדת את רצון העם השוכן בציון, את חזונו ואת האני מאמין שלו" (שם, בעמ' 386–387). ראו ברוח זו גם בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 4, בפס' 11–12 לפסק הדין של השופט כנפי-שטייניץ; בפס' 7 לפסק הדין של השופט כשר; ובפס' 40 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

13 ראו בהקשר זה את גישתה של השופטת וילנר בבג"ץ הסבירות. לעיל ה"ש 4, בפס' 2–6.

על ידי רוב זה. אין לו סמכות לשנות את כללי המשחק לשם קידום אינטרסים של רוב זה, שכן מהלך כזה חותר תחת עצם מהותם של כללים אלה, מהות שעניינה, בין היתר, קביעת סייגים לכוחו של הרוב. אם הרוב יכול לשנות את הכללים כרצונו, לקידום האינטרסים הצרים שלו – ולא לשם קידום האינטרס הציבורי – משמעות הדבר שאין כלל הגבלות על כוחו של הרוב. לבסוף, הכרה בקיומן של "עובדות יסוד קונסטיטוציוניות", אשר לכנסת אסור "להתכחש אליהן", מבוססת גם על שיקולי מדיניות. בהינתן כך שהכנסת מוסמכת לכוון את כללי המשחק ולשנותם ברוב רגיל, בתחולה מיידית, ולאור כך שכללי המשחק נועדו, בראש ובראשונה, להגביל את רשויות השלטון עצמן, מתחייבת הכרה בכך שסמכות הכנסת מוגבלת.

בהתאם לכך, הגישה הנוהגת במשפט הישראלי מבטאת דוקטרינה ייחודית, שנובעת מן המצב יוצא הדופן של מדינת ישראל. גישה זו מובחנת למדי מזו המקובלת במשפט המשווה ובספרות האקדמית, שם מוכרות שתי דוקטרינות שמכוונות הסמכות המכוננת עשויה להיות מוגבלת. דוקטרינה אחת שמקובלת במשפט המשווה, המכונה "תיקון חוקתי לא-חוקתי", מבוססת על ההבחנה בין סמכות מכוננת ראשונית ומשנית. הסמכות המשנית, שעניינה הסמכות לתקן את החוקה, מוגבלת מכוח הוראות החוקה עצמה. ההגבלה יכולה להיות מפורשת בחוקה עצמה (בהתבסס על "הוראות נצחיות" או נוקשות) ולעיתים היא משתמעת מתוך החוקה.¹⁴ הדוקטרינה השנייה, שמבוססת על אפיון "נורמה בסיסית" כמקור הסמכות לקבוע נורמות חוקתיות, אינה מבחינה בין סמכות מכוננת ראשונית ומשנית אלא מבוססת על מקור הסמכות הראשוני לכוון חוקה. לפי גישה זו, הנורמה הבסיסית משמשת "נקודת אחיזה ארכימדית" להגבלת כוחה של הרשות המכוננת.¹⁵ 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; ומצד שני, כאמור לעיל, ספק רב אם הכרזת העצמאות יכולה לשמש נקודת אחיזה ארכימדית, כלומר מקור לסמכות של הכנסת לכוון חוקה ולכן גם כמקור עצמאי להכרה במגבלות על סמכות זו. אנו מפרשים את התפיסה שאומצה בפסיקה באמצעות אפיון שלה כשילוב 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); מצד שני, מקור זה אינו חיצוני לחוקה עצמה, אלא, ברוח הדוקטרינה הראשונה, הוא הזהות החוקתית של

14 ראו Roznai, לעיל ה"ש 2; יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר אליקים רובינשטיין כרך ב' 1349, 1375 (אהרן ברק ואח' עורכים 2021). להפניה לתפיסה ברוח זו ראו גם את גישתו של השופט זוסמן בעניין ירדור, לעיל ה"ש 12, בעמ' 389: "ישנם כללים חוקתיים שהם כה יסודיים והם ביטוי של דין על-חוקתי, עד כדי לקשור את מחוקק החוקה בכבודו ובעצמו".

15 ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 8, בעמ' 282.

המדינה, כלומר "המערך החוקתי בכללותו, כפי שהתפתח במהלך שנות קיומה של המדינה".¹⁶

הגישה שאומצה בפסיקה אינה מבטאת אימוץ מלא של הגישה שמזוהה בעיקר עם עמדתו של השופט חשין, שלפיה קיימים עקרונות יסוד בלתי כתובים, שמגבילים את כוחה של הכנסת.¹⁷ כפי שהבהירה הנשיאה חיות בפסק דינה בבג"ץ הסבירות:

הבסיס למסקנה באשר לגבולותיה של הסמכות המכוננת הנתונה לכנסת הוא [...] המערך החוקתי הקיים בכללותו – קרי, אותם 'נתונים קונסטיטוציוניים' שעל בסיסם גובשה לכתחילה תורת הרשות המכוננת. זאת, בשונה מגישות אחרות המסיקות את קיומן של מגבלות על הסמכות המכוננת מ'כללי מסגרת' שנקבעו בהכרזת העצמאות [...] או מעקרונות על-חוקתיים בלתי כתובים.¹⁸

לפיכך, אף שלהלכה אין מוחלט בישראל הדוקטרינה בדבר "תיקון חוקתי לא-חוקתי",¹⁹ סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק היא מוגבלת.

ב. אפיון המגבלות על סמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם

כמפורט בפרק זה, הגבלות על סמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם פותחו בשורה של פסקי דין. הפסיקה בנושא מאופיינת בכך שנובעות

16 עניין חסון, לעיל ה"ש 8, בפס' 16 לפסק הדין של הנשיאה חיות. לדיון במושג "הזהות החוקתית" ראו ברק מדינה "הזהות החוקתית של מדינת ישראל, הזכות להשתתפות שווה בהכרעות חברתיות וה'רפורמה' המשפטית" משפט וממשל כח (צפוי להתפרסם 2025).

17 למשל, עמדתו של השופט חשין בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 757 (2006); ובע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997). ראו ברוך דומה גם את גישתו של השופט זוסמן בעניין ירדור, לעיל ה"ש 12, בעמ' 390. לעמדה שלפיה הגישה העולה מהלכת חסון מבטאת למעשה את גישתו של השופט חשין ראו יואב דותן "חצי יובל לפסק דין בנק המזרחי: שאון תופי המהפכה וקולו של הפיקולו – מורשתו החוקתית של השופט מישאל חשין" משפט ועסקים כו (2022) 1.

18 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 4, בפס' 66. 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 הדין של השופט עמית: "המערך החוקתי בכללותו, אותם 'נתונים קונסטיטוציוניים' שביססו את עצם סמכותה של הרשות המכוננת, הם גם אלה הקובעים את מגבלותיה [...]". עם זאת, לשיטתו של השופט עמית (שם), "ניתן לגזור את מקור הסמכות גם מההכרזה על הקמת מדינת ישראל [...] וגם מהעקרונות העל-חוקתיים". ראו גם פסק הדין של הנשיאה חיות בפרשת חסון, לעיל ה"ש 8, בפס' 16.

19 ראו למשל את פסק הדין של הנשיאה חיות בעניין חסון, לעיל ה"ש 8, בפס' 15–16; פסק הדין של הנשיאה ביניש בבג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 310–311 (2011); ובג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פס' לה לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 6.9.2017).

ממנה שלוש מגבלות עיקריות: אלה שקבעה הכנסת עצמה; מגבלות בדבר התכלית של שינוי כללי המשחק (האיסור על "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת); ומגבלות בדבר תוכן ההסדרים המותרים.

מגבלה אחת עניינה סייגים שהכנסת בחרה לקבוע מפורשות על כוחה שלה כרשות מכוננת, מכוח הוראות נוקשות. המדובר בדרך כלל במגבלות באשר לרוב הדרוש לשינוי הוראה בחוק יסוד. דוגמה מובהקת לכך היא סעיף 9 לחוק-יסוד: הכנסת, שקובע מגבלה על הסמכות להאריך את תקופת כהונתה של הכנסת.²⁰ הסמכות לכבילה עצמית זו של הסמכות המכוננת עשויה להיות נתונה, היא עצמה, לסייגים, בעיקר מכוח המגבלה השנייה שתידון מייד,²¹ אך ככלל, מגבלות מפורשות אלה מחייבות את הכנסת בבואה לתקן את חוקי היסוד. בצד כך שהכנסת קבעה מגבלות מועטות בלבד על סמכותה לתקן את חוקי היסוד, בפסיקה מיושמת תדיר פרשנות מרחיבה של מגבלות "כתובות" אלה. הדבר נעשה בהתבסס על הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (כל עוד לא נקבע סייג מפורש לעניין תוקפו של חוק יסוד זה בחוק היסוד המתקן) ועל העמדה שיש לפרש את כלל הוראות חוקי היסוד כך שיעלו עימו בקנה אחד. בהתאם לכך, צומצמו במידה ניכרת, בדרך של פרשנות, תיקונים שונים לחוקי היסוד, כמו "פסקת ההתגברות" שהוספה לחוק-יסוד: חופש העיסוק (פרשת מיטראל)²² וסעיפים 4 ו-7 לחוק-יסוד: הלאום (פרשת חסון).²³

מגבלה שנייה, שמכונה בפסיקה "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת, נובעת מעקרון שלטון החוק. היא מבוססת על העובדה שהכנסת נמצאת בניגוד עניינים

20 המגבלה היא כפולה: מגבלה דיונית (דרישת רוב של שמונים חברי כנסת) ומהותית (קיומה של הצדקה עניינית לכך).

21 לדיון ראו ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" **משפט וממשל** 509 (2003); יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** לא 771, 785–791 (2001); אילן סבן "המשך המדרון: התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בגדה המערבית, בירושלים או ברמת-הגולן בקבלתן ברוב מיוחס" **משפט וממשל** כה 29 (2023).

22 בג"ץ 4676/94 **מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15, פס' 21 לפסק הדין של הנשיא ברק (1996). נפסק שם ש"חוק חורג", כלומר חוק שנחקק בהתאם לפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: חופש העיסוק, בכל זאת עשוי להיות מוכרז בטל, אם הוא פוגע שלא כדין פגיעה "בעלת עוצמה ממשית" בזכויות שמוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

23 עניין **חסון**, לעיל ה"ש 8, בפס' 89 לפסק הדין של הנשיאה חיות, שם נקבע כי יש לפרש את סעיף 7 לחוק היסוד, שלפיו "התיישבות יהודית" היא ערך לאומי, שעל הממשלה לפעול למימושו, כך שיעלה בקנה אחד עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך אין נובע מסעיף 7 היתר לפעול באופן מפלה; וכן שם, בפס' 80 לפסק הדין של הנשיאה חיות, שם נקבע כי חקיקת סעיף 4 לחוק-יסוד: הלאום, שלפיו "עברית היא שפת המדינה; לשפה הערבית מעמד מיוחד במדינה", לא שינתה את המצב המשפטי שלפיו "לשתי השפות – העברית והערבית – מעמד רשמי", ולפיכך אין בסעיף זה "דבר השולל את המשך פיתוחה וקידומה של שפה זו במרחב הציבורי במדינה", שוב בהתבסס על פרשנות שתביא לכך שחוק היסוד יעלה בקנה אחד עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מוסדי בעת שהיא קובעת את כללי המשחק ומשנה אותם.²⁴ מכוחה של מגבלה זו, הכנסת מוסמכת לשנות את כללי המשחק אם מטרתו של השינוי עניינית, כלומר אם הוא מבטא הערכה עקרונית כללית, שהתוכן הרצוי של כלל כלשהו שונה מזה הנוכחי. הכנסת אינה מוסמכת לשנות כללים קיימים אם תכליתה העיקרית של החקיקה ותוצאתה המובהקת היא העדפה ממשית של אינטרסים של הממשלה המכהנת והקואליציה בכנסת. 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.²⁵ הכנסת אינה רשאית לשנות את הכלל אם התכלית העיקרית של המהלך היא השגת פטור מן הכפיפות לכלל כלשהו, כדי להכשיר חוק או מעשה שלטוני אחר שלאור הכלל הקיים אינו חוקי. המגבלה הנדונה, שמאופיינת לעיתים כאיסור על חקיקה "פרסונלית",²⁶ משמעותה החובה להפעיל את הסמכות לקבוע את כללי המשחק "כך שהנורמות שייקבעו יבטאו עמדה עקרונית [באשר] לדרך ההתנהגות הראויה".²⁷ מגבלה זו עוסקת לכן בהבחנה בין תכלית מותרת לתכלית אסורה. בלשונה של השופטת ברק-ארז בפרשת שפיר, "[תכליתו של תיקון לחוק-יסוד] אמורה להיות תמיד קידומו של הפרויקט החוקתי. ממילא הדבר לא יכול להיעשות לצורך פתרון בעיה נקודתית או קצרת מועד".²⁸ פתרון של בעיה נקודתית צריך

- 24 ראו, למשל, עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 19.
- 25 ראו בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 5, בפס' 38 לפסק הדין 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 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"; ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ 595, 602 (2017): "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".
- 26 למשל, עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 19, בפס' 6 לפסק הדין של השופט הנדל.
- 27 בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 5, בפס' 33 לפסק הדין של ממלא מקום הנשיא פוגלמן. ראו בעניין זה ביתר פירוט את מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון", לעיל ה"ש 21, בעמ' 530–538.
- 28 עניין שפיר, לעיל ה"ש 7, בפס' 17 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז. ראו גם בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פס' 122 ו-143 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים): "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

להיעשות באמצעות קביעה של הסדר כללי, שמתאים גם לפתרון הבעיה המסוימת שהתעוררה.

לשם יישום מגבלה זו נדרש בית המשפט, בראש ובראשונה, לזהות את התכלית העיקרית של התיקון של כללי המשחק: שינוי הכללים על בסיס שיקולים ענייניים, כלומר לתכלית ראויה; או השגת פטור מתחולת הכללים, לצורך קידום אינטרסים של הממשלה או הקואליציה בכנסת, שהיא תכלית פסולה. ההערכה לגבי התכלית העיקרית של התיקון מחייבת לייחס משקל ממשי לתכלית הסובייקטיבית של החקיקה הנדונה,²⁹ ולצידה גם לתכלית האובייקטיבית, כלומר להשלכות שנובעות מן ההסדר שנחקק. בהתאם לכך, ההערכה לגבי התכלית העיקרית של התיקון מבוססת על בחינה מצטברת של שלושה גורמים עיקריים: (א) הנסיבות שהובילו לחקיקת התיקון לחוק היסוד. העובדה שהמניע לחקיקה הוא הכשרת פעולה בלתי חוקית מסוימת, או לפתור בעיית אי-כשירות לכהן בתפקיד כלשהו וכדומה, אינה מספיקה אומנם, כשהיא לעצמה, לביסוס המסקנה שזו גם התכלית העיקרית של החקיקה; אך קיומו של אינטרס צר מסוג זה יוצר חזקה, שניתנת לסתירה, כי תכליתו פסולה;³⁰ (ב) אופיו של הליך חקיקת התיקון. החשש לשימוש לרעה בסמכות בשל ניגוד העניינים המוסדי של הכנסת פוחת ככל שהתיקון נעשה בהתבסס על בחינה מקצועית, לפי המלצות של ועדה ציבורית, בהתחשב בעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה ולכנסת, בהליך ממושך יחסית. בעיקר קטן החשש משימוש לרעה בסמכות כאשר המדובר בתיקון שנחקק ברוב גדול בכנסת, גם בתמיכתן של סיעות שבאופוזיציה, כאשר לתומכים בשינוי יש אינטרסים מנוגדים.³¹ אם הליך החקיקה נעשה ביוזמת הקואליציה ובתמיכתה בלבד, בהליך מהיר וללא התחשבות בעמדות הייעוץ המקצועי, אזי ככל ששינוי כללי המשחק מיטיב עם אינטרסים של הממשלה או הקואליציה, קמה חזקה, שעדיין ניתנת לסתירה, שהתכלית העיקרית של התיקון היא מתן פטור לקואליציה ולממשלה מכלל משחק שמגביל אותן.³² ההערכה

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".

29 בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 5, בפס' 20 לפסק הדין של השופט גרוסקופף. לביקורת על גישה זו ראו שם, בפס' 31–35 לפסק הדין של השופט סולברג.

30 ראו בפירוט שם, בפס' 46–54 לפסק הדין של ממלא מקום הנשיא פוגלמן; בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, בפס' 61 לפסק הדין של ממלא מקום הנשיא פוגלמן (נבו 30.7.2023); וכן עניין ממשלת החילופים, לעיל ה"ש 28, עמדתו של השופט מלצר.

31 למשל, בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 4, בפס' 43 לפסק הדין של השופט גרוסקופף. כמו שאר הגורמים, אין מדובר בדרישות הכרחיות, בין היתר לאור ההכרה בכך שגם ההתנגדות לתיקון מוצע, למשל מטעמן של סיעות האופוזיציה, עלולה לנבוע מאינטרסים צרים.

32 שם, פס' 21 לפסק הדין של השופט רונן; עניין התנועה לטוהר המידות, לעיל ה"ש 30, בפס' 40–41 לפסק הדין של ממלא מקום הנשיא פוגלמן.

שהתכלית העיקרית היא זו הפסולה מתחזקת כאשר התיקון מוחל מיידית, כבר במועד כהונתה של הכנסת שחוקקה אותו;³³ ג) **צורתו של התיקון, מבחינת היקף התחולה שלו**. בעניין זה מתמקד המבחן שנקבע בפרשת שפיר, באשר לזיהוי קיומה של תכלית פסולה לחקיקה לתיקון חוק יסוד.³⁴ מבחן זה כולל שלושה מבחני עזר: יציבותו של התיקון של כלל המשחק, כלליותו והתאמתו למארג החוקתי. לעניין היציבות, העובדה שתיקון חוק יסוד נקבע כ"הוראת שעה", כך שתחולתו מוגבלת לתקופת כהונתה של ממשלה או כנסת מסוימת, מעצימה את החשד שמדובר בתיקון שתכליתו קידום אינטרס צר כלשהו.³⁵ לעניין הכלליות, ככל שהיקף התחולה של התיקון מבחינת תוכנו, כלומר מבחינת האינטרסים שעליהם הוא משפיע, צר וממוקד יותר, כך מתחזקת המסקנה באשר לתכליתו הפסולה.³⁶ החריגה המובהקת ביותר מדרישת הכלליות היא כאשר תכלית התיקון היא פרסונלית. 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. מכלול הגורמים הללו נועד לסייע בזיהוי התכלית העיקרית של תיקון כללי המשחק. **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. הבסיס לכך הוא הקביעה שמקור הסמכות של הכנסת לקבוע את כללי המשחק הוא ההכרה באופי הדמוקרטי של המדינה, שמכוון 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**,

33 ראו בג"ץ **הנבצרות**, לעיל ה"ש 5, בפס' 53 לפסק הדין 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 28, עמדתו של השופט מלצר (בין היתר, פס' 121 לפסק דינו) לעומת עמדתו של השופט הנדל, שם, בפס' 18. ראו ברוח זו גם איל גבאי "שינוי רטרופקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" **הפרקליט** מד 151 (1998).

34 עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 7, בפס' 36–45 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

35 למשל, עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 19, שם נקבעה "התראת בטלות" בגין חקיקת תיקון לחוק-יסוד: משק המדינה, שהתיר לכנסת לקבוע, חד-פעמית, חוק תקציב דו-שנתי. ראו גם עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 28, בפס' 28 לפסק הדין 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 לקוניונקטורה פוליטית, ואולי אף פרסונלית. [...] על כן, [...] בנסיבות רגילות היה מקום לקבל את העתירות בראש זה שלהן". הדברים הם אמרת אגב, משום שבמועד ההכרעה השיפוטית, הכנסת שחוקקה את התיקון כבר סיימה את תקופת כהונתה וההחלה המיידית של התיקון הפכה לכן תיאורטית.

36 למשל, עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 7, בפס' 40 לפסק הדין של הנשיאה חיות; עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 19, בפס' 6 לפסק הדין של השופט הנדל.

"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".³⁷ במסגרת מגבלה זו נכלל האיסור לסתור את עקרונות היסוד של השיטה המשפטית, ובכללם: המשך קיומו של שלטון הרוב, קיום בחירות חופשיות והוגנות, פיקוח הכנסת על הממשלה, עקרון שלטון החוק, חובת כיבוד זכויות האדם, ובכלל זה החובה להתייחס לכל האזרחים כאל שווים, כיבוד הסמכות לביקורת שיפוטית ועצמאות בתי המשפט.³⁸ הענקת הסמכות לכנסת לקבוע את כללי המשחק מוצדקת רק אם היא מכבדת את עקרונות היסוד הללו, בעוד הפרתם משמיטה את ההצדקה להעניק לכנסת סמכות זו.

שלוש המגבלות הללו מזכירות במהותן את פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: הדרישה להסמכה בחוק; הדרישה לתכלית ראויה; ולצידה הדרישה שהתיקון יעלה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, או לפחות שהסטייה מערכים אלה תהיה מידתית. אין מדובר בהחלה ישירה של פסקת ההגבלה, שכן לפי התפיסה המקובלת, הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינן מוכרות כ"פסקת נצחיות", כלומר כמגבלה מפורשת על הסמכות המכוננת של הכנסת.³⁹ אולם, מבחינה מהותית, ההיגיון שעומד ביסוד החלת פסקת ההגבלה לעניין פגיעה בזכויות אדם חל גם לעניין הנדון כאן בדבר תיקון כללי המשחק, ומכאן ההצדקה להחלת אמות מידה דומות במהותן.⁴⁰

לפי הגישה הנוהגת בפסיקה, הביקורת השיפוטית לאכיפת שתי המגבלות האחרונות, בדבר תכלית התיקון של חוק היסוד והתאמתו לזהות החוקתית של המדינה, נעשית בהתחשב בחומרה המצטברת של הפרתן. כך, מצד אחד, אם ההפרה של המגבלה האחרונה אינה חמורה, התיקון ייפסל רק אם נלווית לכך גם הפרה של המגבלה בדבר תכליתו של התיקון. כפי שציינה השופטת ברוך, "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".⁴¹

37 עניין חסון, לעיל ה"ש 8, בפס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

38 למשל, שם, בפס' 28–30 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

39 למשל, בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913 (1994); עניין חסון, לעיל ה"ש 8, בפס' 32 לפסק הדין של הנשיאה חיות. עוד ראו בעניין זה יניב רוזנאי "הדרך שלא נלקחה – פסקת ההגבלה והגבלות על הסמכות המכוננת של הכנסת" (22.5.2024) Icon-S-IL Blog <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2024/05/22/22052024>.

40 ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 25.

41 עניין חסון, לעיל ה"ש 8, בפס' 2 לפסק הדין של השופטת ברוך. ראו גם בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 4, בפס' 21 לפסק הדין 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

מכאן גם הדרישה שתנאי לחקיקת תיקון שיש בו משום "סטייה ניכרת" מן ההסדרים הקיימים הוא קיומה של "הסכמה רחבה" לתיקון.⁴² בדומה לכך, גם הפרת המגבלה בדבר תכליתו של התיקון תביא לפסילת תוקפו רק אם נלווית לכך גם הפרה ממשית של המגבלה בדבר תוכנו של התיקון. בפרשת **שפיר** נפסק בהקשר זה כי הקביעה ששינוי מסוים של כללי המשחק הוא שימוש לרעה, לאור תכליתו הפסולה, מחייבת להוסיף ולבחון, בשלב שני, במסגרת מה שהנשיאה חיות כינתה "מבחן הצידוק", אם חרף המסקנה שתכליתו של השינוי היא הענקת פטור לממשלה מכלל משחק מסוים, יש להכיר בתוקפו, בהתחשב במידת הפגיעה שגורם התיקון בעקרונות משפטיים ובזכויות יסוד אחרות.⁴³ בלשונו של השופט ג'ובראן, "[ב]הפעלתה של דוקטרינת ה'שימוש לרעה', [...] יש לתת את הדעת, בין היתר, [...] למידת פגיעתו [של ההסדר הנדון] בעקרונות משפטיים ובזכויות יסוד אחרות".⁴⁴

אפיון זה של ההלכה מסביר את התוצאה בבג"ץ **הסבירות** ובבג"ץ **הנבצרות**, שבהם נדונו תיקונים לחוקי היסוד שלקו בשני הפגמים גם יחד: תכלית שהיא במובהק פסולה והסדר שתוכנו סותר עקרונות יסוד של השיטה. בעניין הראשון, בתיקון לחוק-יסוד: השפיטה נקבע כי כל בית משפט, לרבות בג"ץ, אינו רשאי להחיל ביקורת שיפוטית על כל החלטה שהיא של הממשלה או של שר בהתבסס על עילת הסבירות. **במישור התכליתי**, יישום הגורמים שלפיהם קובעים מהי התכלית הדומיננטית מוליך למסקנה חד-משמעית – התכלית העיקרית היא מתן פטור לממשלה מן החובה לפעול כדין, כדי לאפשר לה לפעול בניגוד לאינטרס הציבורי. נעמוד על הדברים בקיצור: התיקון נעשה כחלק מן התוכנית ל"רפורמה משפטית", שמטרתה העיקרית היא צמצום הביקורת השיפוטית וצמצום סמכויותיהם של שומרי הסף בשירות הציבורי.⁴⁵ תוכנו של ההסדר – ביטול הסמכות לביקורת שיפוטית

הממשלה הנוכחית. לאור כל אלה, החשש מפני ניגוד העניינים המוסדי בו מצויה הרשות המכוננת [...] מתעצם".

42 שם, בג"ץ **הסבירות**, בפס' 43 לפסק הדין של השופט גרוסקופף: "שינויים ב'נתונים החוקתיים', אשר אינם כה קיצוניים, עד כדי חרבת 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)".

43 עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 7, בפס' 41 ו-61–66 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

44 עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 19, בפס' 7 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (ההדגשה הוספה). ראו גם עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 19, בפס' 24 לפסק הדין של הנשיאה ביניש; ועניין **שפיר**, שם, בפס' 43 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

45 לסקירת המרכיבים של התוכנית שכונתה "הרפורמה המשפטית" ראו למשל מדינה "הזהות החוקתית של מדינת ישראל", לעיל ה"ש 16, בפרק ב'.

באשר לסבירות כל החלטה של כל שר ושל הממשלה כולה – מעיד על מטרות זו. לכך נוסף גם האינטרס הפרטי של ראש הממשלה נתניהו, שנובע מן ההליך הפוליטי המתנהל נגדו באשמת שחיתות שלטונית. לנתניהו אינטרס אישי בהעברה מתפקידה של היועצת המשפטית לממשלה ובמינוי יועץ משפטי אחר לפי בחירתו, ובהחלטה אפשרית לעיכוב ההליכים נגדו, צעדים שהמחסום המשפטי העיקרי וככל הנראה היחיד בפניהם הוא יישום עילת אי-הסבירות. חשש זה לניגוד עניינים עמד בבסיס החלטתה של היועצת המשפטית לממשלה שנתניהו אינו רשאי להשתתף כלל בקידום החקיקה הנדונה, והעובדה שהליך החקיקה קודם בהשתתפות פעילה של נתניהו, תוך הפרה בוטה ומתריסה של האיסור האמור, משליכה באופן מכריע על הערכת תכליתו העיקרית של התיקון.⁴⁶ גם הליך החקיקה של התיקון מחזק את המסקנה שהתכלית העיקרית היא זו הפסולה: ההליך היה מהיר מאוד, ההצעה נחקקה אך ורק בקולותיהם של חברי הקואליציה, תוך דחיית כל ההצעות של מומחים ושל ראשי האופוזיציה לצמצום היקפו של התיקון.⁴⁷ לבסוף, מבחינת צורתו, התיקון נוסח כך שיחול על כל ההחלטות של חברי הממשלה, ורק על החלטותיהם, אך לא על החלטות של גורמים אחרים, בהם נבחר ציבור כמו ראשי רשויות מקומיות, תוך החלה מיידית של תוקפו של התיקון, ובלא קביעה של כללים כלשהם באשר לאופן הפעלת סמכויות שלטוניות או של מנגנוני פיקוח חלופיים. שילוב הגורמים הללו מוליך כאמור להערכה שתכליתו העיקרית של התיקון היא זו הפסולה – החלשת שומרי הסף והכשרת החלטות שלטוניות שייעשו לקידום אינטרסים צרים ופרטיים. מכאן המסקנה המתחייבת כי זהו תיקון שנעשה תוך שימוש לרעה בסמכות הכנסת לקבוע את כללי המשחק, ולפיכך חורג מסמכותה.⁴⁸

לתכלית הפסולה מתווסף גם הקושי בעניין **תוכן ההסדר**. המדובר, למעשה, בביטול החובה המשפטית של הממשלה והשרים לנהוג בסבירות. חובה זו היא נורמה כללית – אחת מאותן נורמות כלליות שמלוות כל צעד של הממשלה, לפי מובנו המקובל של שלטון החוק – בעלת משמעות יסודית: השלטון הינו "נאמן הציבור".⁴⁹ חובתה של רשות שלטונית לפעול בסבירות היא החובה להפעיל סמכויות שלטוניות – בדבר מינויים ופיטורים, בדבר הגבלת חירויות, בדבר הקצאת משאבים ציבוריים – באופן ענייני. שלילת הביקורת השיפוטית בהתבסס על עילת הסבירות עלולה הייתה להותיר פתח נרחב לשרים ולממשלה לפעול באופן שמנוגד לאינטרס

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

47 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 4, בפס' 131, 139 ו-166 לפסק הדין של הנשיאה (בדימוס) חיות.

48 שם, פס' 192 לפסק הדין של הנשיאה (בדימוס) חיות; פס' 47 לפסק הדין של השופט עמית.

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

<https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2023/09/10/100923>

הציבורי.⁵⁰ זהו תיקון שמשמעותו העקרונית היא ביטול התפיסה שהמשלה חייבת לפעול כנאמן של הציבור. זוהי קביעה שסותרת עקרון יסוד של ממשלה דמוקרטית. יואב דותן סבר (עוד לפני בג"ץ הסבירות) כי אין מקום "להדרה מוחלטת של המחוקק מכל נגיעה לעיצוב הסטנדרטים של הביקורת השיפוטית". דותן ביסס את טענתו 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".⁵¹ נראה שבג"ץ הסבירות אינו סותר תפיסה עקרונית זו. בית המשפט הבהיר כי לכנסת הסמכות לקבוע את כללי המשחק וגם את האופן שבו הם ייאכפו, כלומר לתחום את אופן ההחלה של הביקורת השיפוטית.⁵² אך השלילה של "הדרה מוחלטת של המחוקק" מעניין זה אין משמעה הכרה בסמכות מוחלטת של המחוקק לקבוע סייגים לביקורת השיפוטית. הקושי בתיקון לחוק-יסוד: השפיטה הוא בכך שלאור מאפייניו השונים, זהו הסדר שתכליתו המובהקת אינה בחינה של "התמונה הכוללת" של הביקורת על הממשלה אלא מתן פטור נרחב לממשלה הנוכחית, שיזמה את התיקון, ממגבלות שמוטלות עליה. אף אם מקבלים את עמדתו של דותן, שאיננו 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".⁵³ שלילה מוחלטת של עילה מרכזית כמו עילת הסבירות, שנקבעה בתיקון לחוק-יסוד: השפיטה, היא בבחינה "שלילה גורפת" שכזו. התיקון לחוק-יסוד: הממשלה, שנדון בבג"ץ הנבצרות, באשר לקביעת התנאים שבהם מוכרז על כך שנבצר מראש הממשלה להמשיך למלא את תפקידו, מבטא אף הוא הפרה של שתי המגבלות הנדונות על סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק. הנסיבות שנלוו לחקיקת התיקון פורטו בפסק הדין. עיקרן: היוזמה לתיקון התעוררה בעקבות עתירה לבג"ץ, שבה התבקשה היועצת המשפטית לממשלה לקבוע שנבצר מראש הממשלה נתניהו להמשיך לכהן בתפקיד, לאור כך שהוא הפר באופן נרחב, כאמור לעיל, את הסדר ניגוד העניינים שנקבע לו, לאור משפטו

50 למשל, בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 4, בפס' 145–148 לפסק הדין של הנשיאה (בדימוס) חיות. לדיון, ראו למשל ברק מדינה ואילן סבן "מי קובע את 'כללי המשחק'? פסקי-הדין בעניין ביטול עילת הסבירות ובעניין נבצרות ראש הממשלה" **משפטים** (טרם פורסם).
51 ראו יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי** כרך א 237–238 (2022).
52 למשל בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 4, בפס' 3 לפסק הדין 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; וכן בפס' 50 לפסק הדין של השופט רונן.
53 דותן **ביקורת על שיקול הדעת המינהלי**, לעיל ה"ש 51, בעמ' 239.

הפלילי, בכך שעסק בקידום "הרפורמה המשפטית". התיקון נחקק בהליך מהיר, ונקבע בו שראש הממשלה יפסיק לכהן מחמת נבצרות רק מטעמים רפואיים, ורק אם הוחלט כך על ידי הממשלה (ברוב של שלושה רבעים) והכנסת (ברוב של שני שלישים). מייד עם סיום הליך החקיקה של התיקון הכריז ראש הממשלה כי מעתה אינו מוגבל עוד לעסוק בקידום "הרפורמה המשפטית", כלומר ביטא עמדה שאינו רואה עצמו כבול עוד בהסדר ניגוד העניינים ובכך העיד על מטרתו של התיקון – שלילת האפשרות להעבירו מתפקידו על יסוד עילת הנבצרות, אף אם ייקבע שהפר את הסדר ניגוד העניינים.⁵⁴ לאור זאת נפסק שהתיקון "כונן לצורך קידומה של תכלית פרסונלית מובהקת – למנוע אפשרות כי ייקבע שנבצר מראש הממשלה המכהן למלא את תפקידו".⁵⁵ גם מבחינת תוכנו, התיקון פוגע בעקרונות יסוד של השיטה. המגבלות החמורות על האפשרות להכריז על נבצרות ראש הממשלה עלולות להביא לכך שיתקיימו נסיבות שבהן חרף חוסר התפקוד של ראש הממשלה, או חרף מעשים קשים מאוד שלו, למשל, פעולה בניגוד עניינים, הרי שבהיעדר הרוב החרגי הדרוש בממשלה ובכנסת להכרזה על נבצרותו, הוא ימשיך לכהן, באופן שעלול לפגוע קשות באינטרס הציבורי.

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

הגישה שאומצה בפסיקה היא שסמכותה של הכנסת בקביעת כללי המשחק ובשינויים היא סמכות מוגבלת. המגבלות על הכנסת אינן קבועות בזמן ואינן חיצוניות לשיטה המשפטית. המגבלות האלה נובעות מן הזהות החוקתית של המדינה, שהיא נורמה אנדוגנית ודינמית, כך שתוכנה מעוצב באופן רצוף על ידי גורמי השלטון עצמם, ובהם הכנסת ובית המשפט.

הלכה זו מעוררת שני סוגים של ביקורות. היבט אחד הוא הטענה שההכרה בקיומן של המגבלות על סמכותה של הכנסת לשנות את כללי המשחק טעונה עיגון מפורש שלהן בחקיקת הכנסת. זוהי טענה שמבוססת על הנחה מובלעת, שלכנסת הסמכות לקבוע את כללי המשחק ושסמכותה זו בהכרח בלתי מוגבלת, אלא אם כן בחרה להגביל עצמה במפורש. אולם, כאמור לעיל, להנחה זו אין בסיס. הטעמים שבגינם החלטות הכנסת מחייבות ובגינם לכנסת בכלל מוקנית הסמכות לקבוע את כללי המשחק הם אותם טעמים שעל יסודם מוכר קיומן של המגבלות על סמכות הכנסת. אילו המגבלות הללו, שאינן אלא ערכי היסוד ה"בלתי כתובים" של השיטה,

54 לפירוט ראו בג"ץ הנבצרות, לעיל ה"ש 5, בפס' 55–81 לפסק הדין של ממלא מקום הנשיא פוגלמן.

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

היו רק "משאלת לב", כלשונו של השופט שטיין,⁵⁶ היה זה גם מעמדה של הסברה שלכנסת יש בכלל סמכות מכוננת.

ההיבט האחר של הביקורת, והוא הממשי יותר בעינינו, עניינו ההכשר הציבורי – בשונה מן ההכשר הנורמטיבי – לאכיפת הציות של הכנסת למגבלות הללו בדרך של ביקורת שיפוטית. השאלה הטעונה בירור היא אם נוצרה מידה מספקת של הכשר ציבורי לאכיפה שיפוטית של המגבלות הללו, בהתחשב בכך שאין להן עיגון מפורש בחקיקת הכנסת. בעניין זה, האתגר העיקרי שמציבה הגישה שפותחה בפסיקה בשנים האחרונות הוא באשר להתאמתה לתפיסה שעומדת ביסוד הלכת בנק המזרחי.⁵⁷ הלכה זו קובעת שההכשר הציבורי להחלת ביקורת שיפוטית על חקיקה נובע מכך שהמגבלות על סמכותה של הכנסת כרשות מחוקקת עוגנו מפורשות בנורמה בעלת מעמד חוקתי, כלומר בחוקי היסוד.⁵⁸ ההכרה במגבלות הנדונות כאן מחייבת לבחון שני עניינים: ראשית, האם הקביעה שכוחה של הכנסת כרשות מכוננת מוגבל אינה שומטת את הבסיס תחת הקביעה בפרשת בנק המזרחי שיש להחיל ביקורת שיפוטית על יסוד כך שחוקי היסוד הם בעלי מעמד חוקתי? שנית, בהינתן כך שלא נמצא הכשר ציבורי להחיל ביקורת שיפוטית על הרשות המחוקקת בלא עיגון לכך בחוקי יסוד, כיצד ניתן להצדיק החלת ביקורת שיפוטית על הפעלת הסמכות המכוננת בלא עיגון כאמור?⁵⁹

במישור הראשון, לפי הלכת בנק המזרחי, לכנסת סמכות מכוננת, במובן זה שבכוחה לקבוע נורמות שמגבילות את כוחה שלה כרשות מחוקקת. מקביעה זו לא נובעת המסקנה שסמכותה המכוננת של הכנסת בלתי מוגבלת. הלכה זו עוסקת במצב

56 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 4, בפס' 21 לפסק הדין של השופט שטיין: "לדידי, נורמות חוקתיות שזכו להיקרא 'ערכי היסוד של השיטה' תהיינה ראויות לשם זה רק אם הן מעוגנות במעשיהם של מכוני החוקה המוסמכים – מייסדי המדינה וחברי הכנסת אשר באו אחריהם – וזאת, כל אימת שלמעשים אלו יש אסמכתא פורמלית. באין אסמכתא פורמלית כאמור, הצהרה שיפוטית [...] כי ערך חברתי כזה או אחר נמנה עם ערכי היסוד של 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".

57 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 6.

58 למשל, שם, בפס' 47 לפסק הדין של הנשיא ברק: "אין לקיים דמוקרטיה 'אמיתית' בלא הגבלה על כוחו של הרוב, למען שמירה על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, למען שמירה על ערכי יסוד, שהעיקריים שבהם הם זכויות האדם. [...] עד כדי כך עמוקים וחשובים הם ערכי היסוד וזכויות האדם, עד ששופטים במדינות שונות מוכנים – ללא כל טקסט חוקתי – לשלול כוחו של פרלמנט לפגוע בערכי יסוד. [...] אנו, אין לנו צורך להרחיק לכת. יש לנו טקסט חוקתי. יש לנו היסטוריה לאומית של הכרה בערכי יסוד העומדים מעל לחקיקה הרגילה. כל שנדרש הוא הכרה שיפוטית בחוקתיות החוק. הכרה זו אנו נותנים לו כיום".

59 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 4, בפס' 26–36 לפסק הדין של השופט מינץ.

דברים שבו הכנסת עיגנה בחוק יסוד כללי משחק שכבר מוכרים כנובעים מן הזהות החוקתית של המדינה.⁶⁰ 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.⁶¹ חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו סיפקה את ההכשר הציבורי הנחוץ לאכיפת חובתה של הכנסת לכבד את זכויות האדם. עמדה זו מסבירה את סעיף 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". הוראה זו מלמדת על ההכרה של הכנסת בכך שחובתה לכבד את זכויות האדם אין מקורה בחוק היסוד; מקורה ב"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". מטרתו של חוק היסוד היא רק "לעגן בחוק-יסוד" את החובה הזו, כלומר, וכך פירש זאת בית המשפט בפרשת **בנק המזרחי**, המטרה היא לאפשר לאכוף חובה זו בדרך של ביקורת שיפוטית, ובכך לחזק את ההגנה על זכויות האדם.⁶² מה שהפך את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבעל מעמד חוקתי, כלומר לכזה שמגביל את כוחה של הכנסת, הוא העובדה שתוכנו עולה בקנה אחד עם כללי המשחק הקיימים. אלה כללים שזוכים ממילא לתמיכה ציבורית ועולים בקנה אחד עם הזהות החוקתית של המדינה, כפי שמתבטא גם מן העובדה שחוק היסוד נחקק בהסכמת מרבית הסיעות בכנסת, לרבות סיעות שהיו באופוזיציה (אף שלא הכול בכנסת הסכימו באשר למשמעות שנובעת מחקיקת חוק היסוד). מטעם זה, לא נדרשה בפסק הדין הכרעה בשאלה אם חוקי היסוד הם חוקה או רק "חקיקה חוקתית",⁶³ ולא ניתן משקל ממשי לעובדה שחוקי היסוד אינם נחקקים בהליך המקובל לכינון חוקה.

במענה לסכנה שעליה התריע השופט חשין מפני שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת, פסק הדין בעניין **בנק המזרחי עשיר באמרות אגב שבהן ציין בית המשפט מפורשות כי ההכרה במעמד החוקתי של חוקי היסוד אין משמעה**

60 ראו ברוך עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 6, בפס' 47 לפסק הדין 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".

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

62 למשל, עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 6, בפס' 46 לפסק הדין של הנשיא ברק.

63 לפי גישתו של הנשיא ברק, חוקי היסוד הם חוקה: עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 6, 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. לישראל יש חוקה פורמאלית – הלא הם חוקי היסוד". לעומת זאת, לא כך לשיטתו של הנשיא שמגר: שם, בפס' 66 לפסק דינו.

קביעה שסמכות זו של הכנסת בלתי מוגבלת.⁶⁴ לאור כך שפסק הדין עסק במצב שבו הכנסת בחרה לעגן בחוק יסוד כללי משחק שעולים בקנה אחד עם הכללים שכבר הוכרו בפסיקה, ואשר נובעים מן הזהות החוקתית של מדינת ישראל, לא נדרשה שם הכרעה בשאלה שנדונה כאן, שעניינה מצב שבו הכנסת מבקשת לשנות את כללי המשחק הללו, באופן שסותר את הזהות החוקתית של ישראל.

מישור שני, והוא כאמור העיקרי, עניינו התפיסה שביסוד הלכת בנק המזרחי, ולפיה לשם החלת ביקורת שיפוטית לאכיפת מגבלות על כוחה של הכנסת (כרשות מחוקקת) נדרש עיגון פורמלי לכך, בנוסחה בעלת מעמד חוקתי. השאלה היא כיצד ליישב זאת עם הקביעה שנדונה כאן, שלפיה אכיפה שיפוטית של המגבלות על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק (כרשות מכוונת) אפשרית גם בלי עיגון כזה. כאמור, הקושי אינו במישור הפורמלי, שכן המגבלות נובעות מן המקור שממנו נובעת סמכותה של הכנסת, והימנעותה מכבילה עצמית אינה רלוונטית לעניין זה. השאלה היא מהי ההשלכה של שתיקתה של הכנסת 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. יש לכך שני טעמים. טעם אחד עניינו היקף שיקול הדעת של בית המשפט. כאמור, המגבלות על כוחה של הכנסת נלמדות מתוך הזהות החוקתית של המדינה, שתוכנה מעוצב, במידה מכרעת, על ידי הכנסת עצמה. בידי הכנסת מסור מתחם רחב של שיקול דעת בכל הקשור לקביעת כללי המשחק ושינוים. אם שינוי של כלל משחק נועד לתכלית ראויה, תוכר כמעט תמיד סמכותה של הכנסת לפעול כך. לפיכך נדרשת הכרעה עניינית, תוך היעזרות במומחים ונכונות לפשרות, ברוב שחורג מקולות הקואליציה בלבד ובמידת הצורך בתחולה נרחבת לכנסת הבאה.⁶⁵ הביקורת השיפוטית על חוקי

⁶⁴ עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 6, בפס' 35 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') שמגר: "[סמכות הכנסת לקבוע נורמות חוקתיות] איננה בלתי מוגבלת. הדעת נותנת כי לכבילת בית המחוקקים יהיו גבולות. אין צורך להתוות כאן גבולות אלו, שהרי מוסכם כי בזכויות יסוד דוגמת אלו שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין קושי בהכרה העקרונית בכבילה מהותית-תוכנית. [...] מכל מקום, [...] ניתן להביא בחשבון עקרונות יסוד של שיטתנו כמדינה יהודית ודמוקרטית"; שם, פס' 66: "שאלה המושארת בצריך עיון היא מה המידה שבה רשאית הכנסת, בין כאסיפה מכוונת 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 הדין של הנשיא ברק: "עשוי אכן להתעורר צורך לבחון את חוקתיותו של השימוש בדיבור 'חוק-יסוד'. [...] דבר מקובל וידוע הוא שבתי המשפט בודקים את חוקתיותם של תיקוני חוקה [...] גם בעניינים של מהות. [...] הצורך בביקורת שיפוטית במצב דברים [כמו זה שבישראל] אינו יוצא דופן"; וכן שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופט כץ.

⁶⁵ למשל, עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 7, בפס' 31 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז; בג"ץ **הנבצרות**, לעיל ה"ש 5, בפס' 78 לפסק הדין של ממלא מקום הנשיא פוגלמן; וכן שם, פס' 28 לפסק הדין של השופט עמית. ראו גם עניין **הסבירות**, לעיל ה"ש 4, בפס' 50 לפסק הדין של השופטת רונן.

יסוד מוגבלת למקרים קיצוניים, שמאופיינים כ"מצבי קצה שבהם חוק יסוד הוביל לפגיעה שעוצמתה יוצאת דופן בסימני ההיכר היהודיים או הדמוקרטיים של המדינה".⁶⁶ הכללים שהכנסת אינה רשאית לשנות הם רק אלה שנובעים, כעניין הכרחי, מהעקרונות המכוננים של המדינה, ורק אם נלווית לכך הקביעה שמדובר במובהק 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. בית המשפט הוא אומנם הגוף שהכרעתו היא המחייבת, אך לאור כך שאופן הפעלת שיקול הדעת שלו כפוף למגבלות שתוארו, הקביעה שהוא הגוף שלו מסורה סמכות "המילה האחרונה" אינה תואמת את המשפט הישראלי ואת התנהלותו של בית המשפט. עניין זה משליך באופן מכריע על סוגיית ההכשר הציבורי לאכיפת המגבלות על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק.

טעם שני עוסק בהערכת עוצמת הסכנה הנשקפת מהכרה בכוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק. הכרה זו משפיעה על מידת ההכשר הציבורי הנדרשת לשם הצדקת ההחלה של הגישה הנדונה כאן. כללית, חריגה מן המגבלות על שינוי כללי המשחק כרוכה בסיכון גדול במיוחד לזהות החוקתית של המדינה. אין המדובר בהפרה ממוקדת של כלל משחק מסוים, אלא בשינוי הכללים עצמם, למשל שינוי הכללים שעניינם הבחירות לכנסת ושיטת המשטר, שינוי עצם קיומה של חובה לכבד את זכויות האדם, פטור מן הדרישה לכבד את עקרון שלטון החוק וביטול הביקורת השיפוטית ומעמדה העצמאי של מערכת המשפט. עוצמת הסכנה, לצד היעדר בלמים ואיזונים חלופיים בשיטת המשטר בישראל, מחייבים להחיל ביקורת שיפוטית גם בלי הסכמה מפורשת של הכנסת לאמץ את המגבלות הנדונות.

הקביעה של כללי המשחק במדינת ישראל, ולצידה הקביעה של המגבלות על כוחה של הכנסת לשנות את כללי המשחק, אומנם כרוכה בהפעלת שיקול דעת, באופן שעלול לעורר קושי בהענקתו לבית המשפט. אולם אין בכך ייחוד. ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל היא, כמעט במלואה, פרי פיתוח הפסיקה. מכלול ההיבטים של כללי המשחק של השיטה – עקרון שלטון החוק והכלל בדבר הסדרים ראשוניים שנגזר ממנו, החובה לכבד זכויות אדם, דיני הסמכות המינהלית, הסמכות לביקורת שיפוטית ועוד ועוד – נקבע בפסיקה, החל מימיו הראשונים של בית המשפט. גישה זו מבטאת את המוסכמה שמדובר בכללים שנובעים מעקרונות היסוד של השיטה, ולפיכך רשויות השלטון כפופות להם גם בלי שיידרש לשם כך עיגונם בחקיקה.

⁶⁶ בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 4, בפס' 105–106 לפסק הדין של הנשיאה (בדימוס) חיות. בה בעת, המבחן אינו "האם חוק היסוד הופך את מדינת ישראל למדינה שהיא לא דמוקרטית, כלומר דיקטטורה" [...]. השאלה שיש לשאול היא האם חוק היסוד או התיקון לחוק היסוד פוגעים פגיעה כה קשה במאפיינים גרעיניים של המדינה, עד כדי זעזוע אבני הבניין של חוקתנו המתגבשת. ככל שזה המצב המסקנה היא כי עניין לנו בחוק יסוד החורג מגדרי סמכותה המכוננת של הכנסת".

מכאן גם המענה לטענה כי לא רק הכנסת אלא גם בית המשפט נמצא בניגוד עניינים ככל שמדובר בחקיקה שתכליתה צמצום של היקף הביקורת השיפוטית, ישירות (כפי שהיה בעניין התיקון לחוק-יסוד: השפיטה, שנדון בבג"ץ הסבירות) או בעקיפין (כפי שהיה בעניין התיקון לחוק-יסוד: הממשלה, שנדון בבג"ץ הנבצרות), ולפיכך אין לאכוף את המגבלות בדרך של ביקורת שיפוטית. ראשית, בהינתן כך שסמכות הכנסת מוגבלת, ההערכה הנדרשת היא איזו סכנה גדולה יותר: הסיכון להריגה מסמכות הכנסת, אם לא תוכר סמכותו של בית המשפט לאכוף את המגבלות; או הסיכון לשימוש לרעה בסמכותו של בית המשפט, בדרך של הכרזה על בטלות תיקון לחוק יסוד, בנסיבות שבהן אין המדובר בחריגה מסמכות הכנסת. כללית, ההערכה המקובלת היא שהסכנה שנשקפת מן המוסדות הפוליטיים רבה לאין שיעור מזו שנשקפת מבית המשפט, לאור אופיים השונה של המוסדות ומערך התמריצים שלפיו הם פועלים.⁶⁷ אין זה מקרה ש"חוקתיות" התפשטה כמשטר המאפיין כמעט את כל הדמוקרטיות בעולם; זאת במיוחד לאחר מלחמת העולם השנייה, כתוצאה מלקחיה.

זאת ועוד, בעניין זה – "ממי נשקפת יותר סכנה?" – יש להתחשב גם בנסיבות המיוחדות שבהן מופעלת הסמכות המכוננת, ואשר נדונו לעיל: העובדה שהכנסת קובעת את כללי המשחק ומשנה אותם ברוב רגיל, תוך אפשרות להחלה מיידית שלהם, ללא כל סייגים מפורשים בחקיקה, יוצרת סכנה רבה במיוחד שהימנעות מביקורת שיפוטית על חוקי יסוד תאפשר פגיעה קשה בשלטון החוק, בהפרדת הרשויות ובהגנה על זכויות האדם. משום כך, ההערכה המקובלת שבית המשפט הוא הרשות הפחות-מסוכנת, תקפה ביתר שאת בתנאים החוקתיים המיוחדים הקיימים בישראל. במקרים שבהם הכנסת מחוקקת שינוי יסודי בכללי המשחק בתמיכת רוב קואליציוני בלבד, תוך שהיא פועלת בניגוד עניינים מוסדי (ולעיתים גם אישי) מובהק, החוסר בהכשר ציבורי (או "גירעון דמוקרטי") הוא חזק יותר ביחס לכנסת, לא ביחס לביקורת השיפוטית.

לכך יש להוסיף בחינה של האופן שבו הכנסת מפעילה בפועל את סמכותה המכוננת. אופן הפעולה של הכנסת בעשור האחרון התבטא בתיקונים תכופים של חוקי היסוד, כמעט תמיד לשם קידום אינטרסים צרים. יש להתחשב גם ביוזמות החקיקה של הממשלה ושל הכנסת המכהנות בעת ההכרעה בעניין. לכך מכוונים דבריה החריפים של השופטת ברון, בפתח פסק דינה בבג"ץ הסבירות:

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. [...] אך הדמוקרטיה הישראלית נתונה בימים אלה גם

67 לדיון בנושא ראו למשל מדינה "האם יש לישראל חוקה?", לעיל ה"ש 61.

בסכנה מבית. [...] זוהי שעה אקוטית שבה אנו מצווים בשמירה על עקרון הפרדת הרשויות, עצמאות מערכת המשפט, שלטון החוק וזכויות הפרט – שמירה על צביונה של המדינה, על ערכי הדמוקרטיה וערכי מגילת העצמאות. לא ניתן לעמוד מנגד.⁶⁸

לא למותר להזכיר, כי לפני עשור היה זה ראש הממשלה נתניהו שהליל את עצמאותה של הרשות השופטת בישראל, והסביר כי לא תיכון דמוקרטיה בלא עצמאות זו.⁶⁹ באותם ימים לא דחקה ההכרעה בסוגיית אכיפת המגבלות החלות על הכנסת. אבל ימים אלה חלפו; יוזמות "הרפורמה המשפטית" הפוכות במגמתן. נקלענו לשעת חירום חוקתית, ואין מנוס עתה מלזהות את המגבלות ולאוכפן.

הערות סיכום

ההכרה של בית המשפט העליון במגבלות על הסמכות לקבוע את כללי המשחק ולשנותם, והאכיפה של מגבלות אלה בדרך של ביקורת שיפוטית, אף שאינה תקדימית בהשוואה בינלאומית, היא בכל זאת חריגה. אך החריגות של קביעה זו אינה נעוצה באכיפת המגבלות הללו אלא בעצם ההכרה בסמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם ללא כל סייגים פורמליים הנוגעים ברוב ובהליך הדרושים לשם כך. במצב דברים זה, דווקא הימנעות מהכרה במגבלות כלשהן היא שהייתה נחשבת חריגה, ולא החלת המגבלות.

ההכרעה האם יש מגבלות על סמכותה של הכנסת לקבוע את כללי המשחק ולשנותם, ואם כן, האם לבית המשפט הסמכות לאכוף ציות למגבלות אלה, מבוססת על מכלול הנתונים החוקתיים הרלוונטיים, ובאופן בלתי נמנע גם על הערכה ערכית, מהו ההסדר הרצוי. ההנחה שהכנסת מוגבלת ושבת המשפט מוסמך לאכוף מגבלות אלה רק אם כך קבעה הכנסת מפורשות בחקיקה היא הנחת המבוקש, ואין לה ביסוס במכלול הגורמים שלפיהם יש לפרש מהו הדין. ההכרעה בסוגיה הפרשנית נעשית, בין היתר, בהתבסס על ההערכה מהי מידת הסכנה לשימוש לרעה בסמכות לביקורת שיפוטית בהקשר הנדון לעומת הסכנה מהיעדרה. זוהי הכרעה שאינה נעשית באופן מופשט בלבד, אלא גם בהתייחס למציאות הפוליטית והחברתית הקיימת בישראל, כמו גם לתוכנה של הדוקטרינה המשפטית שלפיה מוחלת הביקורת השיפוטית. בחינה מסוג זה מוליכה למסקנה שמוצדקת הכרה במגבלות על כוחה של הכנסת ובסמכות לאכוף אותן בדרך של ביקורת שיפוטית.

ההלכות שנקבעו בבג"ץ הסבירות ובבג"ץ הנבצרות הן התפתחות טבעית של הפסיקה בנושא, והן פיתוח הכרחי של ההלכה שכבר נקבעה בפרשת בנק המזרחי. הלכת בנק המזרחי הכירה בסמכות המכוננת של הכנסת לשנות באופן מהותי את

68 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 4, בפס' 1 לפסק הדין של השופטת (בדימוס) ברון.

69 ראו בנימין נתניהו, נאום (28.2.2012) <https://www.youtube.com/watch?v=gtWVp1rmeR8>

כללי המשחק, ועם זאת היא גם הכירה בצורך להטיל מגבלות על כוח עצום זה כאשר נעשה בו שימוש לרעה. התפתחות זו נדרשה על רקע המהלכים חסרי התקדים של הממשלה ה-37 והקואליציה בכנסת ה-25, שביקשו לצמצם במידה ניכרת את הביקורת השיפוטית ואת הכפיפות לעקרון שלטון החוק, כדי לאפשר לממשלה להגשים מדיניות שחותרת 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 מבטאת במובהק את ניגוד העניינים המוסדי שבו מצויה הכנסת. במצב דברים זה, לא היה מנוס מאכיפת המגבלות על הסמכות של הכנסת לשנות את כללי המשחק. בהחלטות אלה סימנה הביקורת השיפוטית את קו ההגנה האחרון המצוי בידינו, בני החברה הישראלית, על אותם סממנים של דמוקרטיה שעדיין נותרו בשיטת המשטר הנוהגת בישראל.

לפני סיום, נוסיף עוד הערה. כמו רבים אחרים, גם אנו מוטרדים מאוד בשאלה: האם ישראל עודנה דמוקרטית? עד כמה היא נותרה ראויה לאפיון זה בהינתן "התפיסה הלוחמתית" הממושכת כל כך שמוחלת על הפלסטינים בגדה המערבית וההתנחלות הנרחבת בקרבם, ובהינתן סיפוח ירושלים המזרחית תוך הענקת מעמד של תושבות בלבד למאות אלפי תושביה הפלסטינים? שאלה זו, מטעמים ידועים, גורלית לכולנו, ערבים ויהודים, והיא רלוונטית להצדקה של הנחת היסוד של בית המשפט, שלפיה הזהות החוקתית של ישראל עודנה מאופיינת בהתאם לערכי היסוד של הדמוקרטיה הליברלית. לפחות לעת עתה, נראה שבית המשפט יכול היה להניח לעניין זה באפיון הזהות החוקתית של ישראל, ולו מטעמים פורמליים. אין זה ברור שניתן יהיה לדבוק בכך לאורך זמן.