גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון

ברק מדינה*

א. הקדמה. ב. מקור סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון: 1. הכרעה לפי מבחן פורמלי – הפעלתה של "סמכות מכוננת"; 2. הכרעה לפי עמדה ערכית באשר לשימוש בסמכות הכבילה; 3. הכרעה לפי המוסכמה החברתית באשר לסמכויותיה של הכנסת. **ג. המוסכמה החברתית באשר לסמכויותיה של הכנסת. ד. אמת־מידה לקביעת תוקפה של הוראת שריון:** 1. עיקרה של אמת־המידה המוצעת; 2. בחינת התכלית של הוראת השריון; 3. הדגמת יישומה של אמת־המידה המוצעת. **ה. תוכנה של ההוראה המשריינת:** 1. דרישת רוב מקרב חברי־הכנסת כשריון; 2. שריון צורני ושריון מהותי. **ו. הערות סיכום.**

א. הקדמה

הגישה המקובלת בישראל היא כי סמכותה של הכנסת להגביל את כוחו של הרוב להכריע בעניינים מסוימים תחומה על־פי מבחן פורמלי – הוראות שריון (או הוראות "נוקשות") הן תקפות אם הן קבועות ב"חוק־יסוד". גישה זו מבוססת על התיאוריה, שלפיה הכוח לקבוע הוראות שריון נובע מהפעלת "סמכות מכוננת", ועל הסיווג של "חוקי־יסוד" כתוצר הפעלתה של סמכות שכזו. בחיבור זה אני מבקש להציע גישה שונה.

קביעת הוראה "חוקתית" – כלומר: הוראה נוקשה ועליונה – היא בלתי־הדירה מטבעה. מעת קביעתה מופקעת מידיו של הרוב הסמכות להכריע בסוגיות מסוימות או לסטות מסטטוס־קוו נתון. הסמכות לקבוע הוראות "חוקתיות" מעניקה אפוא לבעליה כוח ייחודי במשטר דמוקרטי. משום־כך תנאי הכרחי לקיומה של הסכמה ציבורית להפקיד בידי גוף כלשהו את הסמכות להגביל את כוח ההכרעה של הציבור הוא קיומו של אמון באותו גוף. מכאן הטענה, כי סמכות "מכוננת" יכולה לנבוע רק מהסכמה ציבורית רחבה לקיומה בידי הגוף המתיימר להפעילה.

---

* מרצה בכיר, בית־הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. אני מודה לאייל גרוס, לעופר גרוסקופף, לחנוך דגן, ליואב דותן, לעמרי ידלין, לקלוד קליין, לעורך כתב־העת, עלי זלצברגר, לקורא עלום־שם ולחברי המערכת – על הערותיהם הנוקבות לטיוטות קודמות.

nevo.co.il

דמוקרטיות חוקתיות "נורמליות" מאופיינות בקיומו (לפחות בפרקי־זמן מסוימים) של אמון ציבורי ב"רשות מכוננת" – אמון שממנו נובעת ההכרה בסמכותה הבלתי־מוגבלת. להערכתי, הכנסת אינה נהנית כיום מאמון ציבורי שכזה ולפיכך אין בסיס להכרה בקיומה של סמכות מכוננת – קרי: סמכות בלתי־מוגבלת לקבוע הוראות נוקשות ועליונות – בידי הכנסת. אולם מכאן אין נובעת המסקנה כי הכנסת כלל אינה מוסמכת לקבוע כללי הכרעה על־רוביים או הוראות חוקתיות. לשיטתי, בידיה סמכות כזו, אך זוהי סמכות מוגבלת (ולפיכך אינה מתאימה להגדרה המקובלת של "סמכות מכוננת"). המוסכמה הציבורית היא כי בכוחה של הכנסת לקבוע את "כללי המשחק", כלומר: את אופן קבלת ההכרעות בחברה. ביטוי מובהק לכך הוא בתחום בחירת נציגי הציבור בכנסת ובראשות־הממשלה. כך, למשל, הכנסת בחרה להגביל את הזכות להיבחר לראשות־הממשלה בהציבה (בין השאר) תנאים של גיל מזערי של המועמד, היעדר עבר פלילי מסוים ומספר מרבי של שנות כהונה בראשות־הממשלה. לו היה הציבור מחויב לכלל של הכרעה על־פי עמדת הרוב, הטלת הגבלות מסוג זה היתה נתפסת כבלתי־לגיטימית, שהרי תכליתן למנוע מן הרוב לבחור לראשות־הממשלה במועמד שאינו עומד באמות־המידה שקבעה הכנסת. אולם הטלת הגבלות מסוג זה נתפסת בציבור כבאה בגדר הסמכות של הכנסת. הלגיטימיות נובעת מן העובדה שמדובר כאן בבחירה של "כלל הכרעה", דהיינו: בקביעה עקרונית איזה סוג של מועמדים, בעלי אילו תכונות, מוטב שיכהנו בתפקיד. לגיטימיות זו לא היתה ברורה מאליה לו ביקשה הכנסת להגביל את כוחו של הציבור לבחור במועמד מסוים לראשות־הממשלה. הגבלה מסוג זה אינה בגדר בחירה של הכנסת ב"כלל הכרעה".

לדעתי, אפשר לפרש את המוסכמה הציבורית הזו כחלה גם לעניין סמכותה של הכנסת לקבוע את כללי ההכרעה בכנסת עצמה. הטענה היא כי הוראת שריון תקפה אם היא מבטאת קביעה של כלל הכרעה על־רובי ולא עיגון של הכרעה חברתית נתונה. בבסיס ההבחנה עומדת תכלית קביעתה של הוראת השריון: הוראת שריון עומדת במבחן המוצע אם תכליתה לקבוע את האופן שבו תוכרע סוגיה מסוימת, בלא שיש בה כדי לעגן הכרעה חברתית נתונה כלשהי. הבחינה צריכה להתבסס על הערכת היקף התחולה של כלל ההכרעה. הוראה החלה על סוגיה ספציפית, שבה קיים סטטוס־קוו מוגדר, צריכה להיות מאופיינת כמיועדת לעגן הסדר חברתי קיים (ולכן ככזו שאינה עומדת במבחן המוצע). ממילא, ככל שההיקף – מבחינה כמותית ואיכותית – של ההכרעות שעליהן מוחל כלל ההכרעה העל־רובי רב יותר, תתחזק הנטייה לאפיינה כמכוונת לקבוע כלל הכרעה.

אכן, הוראת שריון שאינה עומדת במבחן המוצע – דהיינו: הוראה שכל תכליתה עיגון של הכרעה חברתית נתונה – אינה בהכרח חסרת־תוקף. במקרה כזה אין הכנסת יכולה ליהנות מן החזקה בדבר תקפותה של הוראת השריון, אלא יש לבחון האם קיימת הצדקה מהותית לקביעתה של הוראת השריון. עם זאת, אי־עמידה במבחן המוצע צריכה ליצור חזקה כנגד תוקפה של הוראת השריון. לעומת זאת, עמידה באמת־המידה המוצעת צריכה להיחשב כתנאי מספיק להכרה בתוקפה של הוראת השריון. המבחן המוצע משקף אפוא אמת־מידה של "צדק פרוצדורלי":[1] הוראת השריון היא לגיטימית (או "צודקת") לא מחמת

1. לדיון במינוח זה (בהקשר של הקצאת משאבים) ראו: John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971), 83-90.

תוכנה, אלא מכוח אופן הקביעה שלה, דהיינו: בהקשר הנידון, מתוקף היקף תחולתה, המבטא את היותה "כלל הכרעה" ולא עיגון של הכרעה מסוימת. בדרך זו אפשר להימנע, לפחות בחלק מן המקרים, מהכרעות ערכיות שמטבען עשויות להיות שנויות במחלוקת באשר ללגיטימיות שבהגבלת כוחו של הרוב, בציבור או בכנסת.

סדר הצגת הדברים הוא כדלקמן: **בפרק ב** נידונות גישות שונות באשר למקור סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות כבילה ומוצגת העמדה שלפיה מקור הסמכות הוא ההסכמה הלאומית. בעקבות זאת, **בפרק ג** נידון תוכנה של הסכמה זו בישראל. **בפרק ד** מוצגת אמת־המידה המוצעת כאן, תוך הדגמת אופן החלתה בהקשרים שונים. **בפרק ה** נידונים היבטים הקשורים בתוכנה של ההוראה המשריינת, ובכלל זה מהות הדרישה כי שינויו של דבר חקיקה ייעשה בקולותיהם של רוב חברי־הכנסת ובהבחנה בין סוגים שונים של שריון. המאמר נחתם בהערות סיכום.

ב. מקור סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון

בשנים האחרונות נפוצו הנסיונות ל"שריין" הוראות בחוקים שונים מפני שינוין ברוב קולותיהם של המשתתפים בהצבעה.[2] מקובל להבחין בין שלושה סוגים של הוראות שריון: בראשון, שינוי דבר החקיקה הרלבנטי – לרבות בדרך של "פגיעה" בו – צריך להיעשות בקולותיהם של רוב חברי־הכנסת, היינו: לפחות שישים־ואחד חברי־כנסת;[3] בשני, כדי

---

2. מדובר בעיקר בהצעות חוק הנוגעות לוויתור על שטחים. ראו, למשל, הצעת חוק סיוג ויתור על שטח, תשנ"ט-1998, ה"ח 214; והצעת חוק־יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון) (נוקשות החוק), ה"ח 428 (תשנ"ה). הצעות אלה אומצו, תוך שינוי, בחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט-1999, ס"ח 86. בסעיף 2 לחוק זה נקבע, כי "החלטת ממשלה שלפיה המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח, טעונה אישור של הכנסת בהחלטה שתקבל ברוב חבריה". עם זאת, הוראה זו עצמה לא שוריינה, כך שהכנסת יכולה לבטלה ברוב רגיל. אגב, בסעיף 3 נקבע, כי החלטת ממשלה, כאמור, טעונה גם אישור במשאל־עם, אך לפי סעיף 4 לחוק, תחילת הוראה זו רק "ביום תחילת תוקפו של חוק־יסוד אשר יסדיר את עריכתו של משאל עם". בכנסת החמש־עשרה אושרה בקריאת מוקדמת הצעת חוק שלפיה החלטת ממשלה, כאמור, טעונה הסכמתם של לפחות מחצית מבעלי זכות ההצבעה – ולא רק מבין הקולות הכשרים – במשאל־העם. כמו־כן תוקן חוק־יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח תש"ם 186, ונקבע כי אין להעביר לגורם זר "כל סמכות המתייחסת לתחום לירושלים", אלא בחוק־יסוד שנתקבל בתמיכתם של רוב חברי־הכנסת.

3. דרישה מסוג זה כלולה, בחוקי־יסוד – בחוק־יסוד: הכנסת, ס"ח תשי"ח 69, סעיפים 4 (שיטת הבחירות לכנסת) ו-34 (התפזרות הכנסת לפני גמר תקופת כהונתה); בסעיף 7 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90 (באשר לכלל ההוראות שבחוק־היסוד); בסעיף 56(א) לחוק־יסוד: הממשלה, ס"ח תשנ"ב 214 ובסעיף 44(א) לחוק־יסוד: הממשלה, ס"ח תשס"א 158 (באשר לכלל ההוראות שבחוק־היסוד); בסעיף 3ב(ג) לחוק־יסוד: משק המדינה,

nevo.co.il

לשנות את דבר החקיקה הרלבנטי, נדרש מספר תומכים מסוים, הגבוה משישים־ואחד חברי־כנסת;[4] והשלישי עניינו שריון "תוכני" (או "מהותי"), שבו נקבעו הגבלות באשר לתוכנה של חקיקה עתידית, בלא קשר למספר התומכים בה.[5]

סוגיית סמכותה של הכנסת לכבול את עצמה באמצעות קביעת הוראות שריון הוכרעה בפסיקה באופן חלקי בלבד. בשני עניינים התקבלה הכרעה: ראשית, ניתן תוקף מחייב ל"פסקת הגבלה" הכלולה בחוק־יסוד, המתנה את תוקפה של חקיקה שפוגעת בהסדר מסוים בכך שהחוק הפוגע נתמך בקולותיהם של רוב חברי־הכנסת;[6] ושנית, נקבע כי "פסקת

ס"ח תשל"ה 206 (קביעת הסכומים שהממשלה רשאית להוציא כל עוד לא נתקבל חוק תקציב לשנה מסוימת); ובסעיף 7 לחוק־יסוד: ירושלים בירת ישראל; ובחקיקה "רגילה", בסעיף 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בנכסים פיננסיים, תשמ"ד-1984, ס"ח 178 (הגנה על חסכונות הציבור מפני שינוי־לרעה של תנאי החיסכון בצו או בחוק). עד תשנ"ה נכללה הוראה דומה גם בסעיף 45ב לחוק בנק ישראל, תשי"ד-1954, ס"ח 192 (הגבלת כוחה של הממשלה ללוות כספים מבנק ישראל, היינו: להגדיל את כמות הכסף במשק).

4. הוראות מסוג זה כלולות בחוק־יסוד: הכנסת, סעיפים 9א (הארכת כהונתה של כנסת מסוימת תיעשה בחוק שנתקבל ברוב של 80 חברי־הכנסת), 45א (שינויו של סעיף 9א ייעשה ברוב של 80 חברי־כנסת), 44 ו-45 (כדי שיהיה אפשר לשנות את הוראות חוק־יסוד: הכנסת בתקנות־שעת־חירום נדרש לתקן את חוק־היסוד ברוב של 80 חברי־כנסת); ובסעיף 56(א) לחוק־יסוד: הממשלה מתשנ"ב (שינוי סעיף 27(א), שלפיו רשאית הכנסת להעביר את ראש־הממשלה מכהונתו, ייעשה בקולותיהם של 80 חברי־כנסת; ושינוי של סעיף 35(ג) לחוק־היסוד, שלפיו רשאית הכנסת להעביר שר מתפקידו, ייעשה בקולותיהם של 70 חברי־כנסת) (חוק־היסוד היה בתקף עד לבחירות לכנסת השש־עשרה).

5. המדובר בעיקר ב"פסקת ההגבלה" – סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150; וסעיף 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק – שבהם נקבעו התנאים אשר נדרשת לעמוד חקיקה הפוגעת בזכויות־יסוד המוגנות מכוח חוקי־היסוד האמורים. שריון "תוכני" נכלל גם בסעיף 9א לחוק־יסוד: הכנסת, שלפיו הכנסת רשאית לחוקק חוק המאריך את תקופת כהונתה רק "אם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעתן; תקופת ההארכה לא תעלה על הזמן המתחייב מהנסיבות האמורות". לגישה שלפיה יש לפרש הוראה זו כמבטאת שריון "תוכני" ראו אמנון רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (כרך א, מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז), 523. על־פי גישת השופט זמיר בבג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נג (5) 337 (להלן: בג"ץ **התנועה המסורתית**), עמ' 358-359, גם סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, ס"ת 60, מבטא שריון מהותי באשר לחוקי התקציב השנתיים.

6. בארבעה מקרים ניתן תוקף מחייב להוראת הסיפא של סעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת, באופן שחוקים אשר פגעו בדבר החקיקה המוגן מכוחה של הוראת השריון (הרישא של אותו סעיף, בדבר היות הבחירות לכנסת "שוות") ואשר התקבלו ברוב רגיל, הוכרזו כבטלים: בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר ואח'**, פ"ד כג (1) 693; בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח'**, פ"ד לה (4) 1; בג"ץ 141/82 **רובינשטיין ואח' נ' יושב־ראש**

הגבלה" הכלולה בחוק־יסוד ואשר קובעת את התנאים המהותיים בהם יוכר תוקפה של חקיקה הפוגעת בזכויות־יסוד של האדם (היינו: "פסקת ההגבלה" שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובחוק־יסוד: חופש העיסוק) היא מחייבת, באופן שחקיקה של הכנסת הפוגעת בזכויות־יסוד מוגנות, שלא בהתאם לתנאים הקבועים בהוראת השריון, תוכרז כבטלה.[7]

תכליתו של פרק זה לדון בקצרה בשלוש גישות באשר לסמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון: הראשונה, פורמליסטית, המבוססת על הפעלתה של "סמכות מכוננת" על־ידי הכנסת; השנייה, קביעת סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון בהתבסס על עמדה לגבי כלל ההכרעה הראוי; והשלישית, המועדפת בעיני, שלפיה נובעת סמכות זו מן העמדה המקובלת בציבור באשר לה.

1. הכרעה לפי מבחן פורמלי – הפעלתה של "סמכות מכוננת"

על־פי הרישא של סעיף 25 לחוק־יסוד: הכנסת, "הכנסת תחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה, כשהנמנעים אינם באים במניין המשתתפים בהצבעה". פורמלית, אין מניעה לסטות מהוראה זו.[8] ואמנם, בהתייחסו לסוגיה זו, באמרת־אגב בע"א **בנק המזרחי**, הנשיא שמגר קבע כי מכוח "ריבונותה הבלתי־מוגבלת" מוקנית לכנסת "כל סמכות, לרבות של כבילת עצמה בדרך החקיקה".[9] עם זאת, נראה כי אין זו הגישה המקובלת בפסיקה.[10]

לפי המבחן המקובל כיום, "קו פרשת־המים" הוא סוג הסמכות שהכנסת מפעילה

הכנסת ואח', פ"ד לז (3) 141; בג"ץ 142/89 ואח' **תנועת לאו"ר ואח' נ' יושב־ראש הכנסת ואח'**, פ"ד מד (3) 529 (להלן: בג"ץ **לאו"ר**).

7. הלכה זו נפסקה כאמרת־אגב בע"א 6821/93, רע"א 1908/94 ואח' **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל, כפר שיתופי ואח'**, פ"ד מט (4) 221 (להלן: ע"א **בנק המזרחי**), ויושמה בבג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח'**, פ"ד נא (4) 367 (שם ניתן תוקף למעמדו ה"חוקתי" של חוק־יסוד: חופש העיסוק); בבג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג (5) 241 (שם הוחלה הוראת השריון שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו); ובבג"ץ 1030/99 **אורון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נו (3) 640.

8. בהמשכו של סעיף 25 לחוק־יסוד: הכנסת נאמר כי "סדרי ההצבעה ייקבעו בתקנון; והכל כשאין בחוק הוראה אחרת לעניין זה". הסיפא עשויה לדון לא רק בקביעת סדרי ההצבעה בתקנון, אלא אף ברישא, שעניינה הרוב אשר בו יתקבלו החלטות בכנסת.

9. ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 289. ראו גם מאיר שמגר, "על סמכויות הכנסת בתחום החוקתי", **משפטים** כו (תשנ"ה) 3. לגישה דומה ראו יצחק אנגלרד, **מבוא לתורת המשפט** (יהלום, תשנ"א), 110-111: "המחוקק... יכול להורות כי הנורמה [שקבע – ב"מ] לא תשתנה אלא בהליך מיוחד, או על־ידי גוף מיוחד. כן יכול הוא לקבוע כי נורמה מסוימת לא תבוטל ולא תשונה כלל, לא על־ידו ולא על־ידי גוף אחר. הוראה כזאת היא תקפה". ברוח זו יש להסביר גם את הנכונות להכיר בתוקפה של הוראת השריון שבסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, לפחות באשר לחוקי תקציב שנתיים. ראו בג"ץ **התנועה המסורתית** (לעיל, הערה 5), 357-359.

10. לביקורת על גישתו של הנשיא שמגר ראו עלי זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל",

בחוקקה את הוראת השריון: הוראה כזו תקפה רק אם נקבעה מכוח הסמכות המכוננת. זיהוי השימוש בסמכות זו נעשה על־פי מבחן פורמלי: הכנסת משתמשת בסמכות מכוננת כאשר החוק מוכתר בביטוי "חוק־יסוד".[11] לגישתו של הנשיא ברק, "הצידוק [להכרה בתוקפה של הוראת כבילה – ב"מ]... נגזר ממהותה של חוקה ומההגיון המונח בבסיסה".[12] הצדקה כזו אינה קיימת באשר לחקיקה "רגילה": "הכרה בכבילה עצמית של סמכות החקיקה הרגילה, ... מחייבת תורה חוקתית אשר תצדיק אותה".[13] לפיכך "רשאית הכנסת, כגוף מחוקק לחוקק כל חוק, מבלי שתוגבל על־ידי כנסת קודמת", כך ש"לא יועילו הוראות השריון הקבועות בחוק רגיל, והחוק מאוחר, שנתקבל בחוק רגיל, יוכל תמיד לבטלן (במפורש או במשתמע). נמצא, כי אם מבקשים להגביל את כוחו של מחוקק מאוחר, יש להסמיך את הכנסת לכך בחוק־יסוד".[14]

ביסוד ההזדקקות למבחן הפורמלי, שעניינו בחינה האם המדובר בהוראה "חוקתית",

---

משפט וממשל ג (תשנ"ו) 679, עמ' 688-689 (העובדה שהכנסת נבחרת על־ידי העם אינה מספקת כשלעצמה כדי להקנות לכנסת סמכות בלתי־מוגבלת).

11. ראו אהרן ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות־יסוד מוגנות", **משפט וממשל** א (תשנ"ב) 9, עמ' 19-20: "חוק־יסוד הוא חוק שבשמו מוטבעות המלים 'חוק־יסוד'". וראו ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 394, פסק־דינו של הנשיא ברק: "תשובתה של תורת הסמכות המכוננת להבחנה בין מעשה חוקה ומעשה חקיקה היא פשוטה וברורה, שהרי היא נזקקת למבחן צורני פשוט". להערכה דומה של הדין הקיים בהקשר זה ראו יואב דותן, "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'", **משפטים** כח (תשנ"ז) 149, עמ' 172-176.

12. ראו ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 410.

13. ראו שם, שם.

14. ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך ראשון: **תורת הפרשנות הכללית**, נבו, תשנ"ב) (להלן: ברק, **תורת הפרשנות הכללית**), 569. כן ראו באותו הקשר, "כוחה העליון של הוראת השריון נובע ממעמדה המכונן של הכנסת": שם, 560. ראו עוד שם, 554, 563; אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי: **פרשנות חוקתית**, נבו, תשנ"ד) (להלן: ברק, **פרשנות חוקתית**), 275. גם מדבריו של השופט ברק בבג"ץ **לאו"ר** (לעיל, הערה 6), 539, אפשר ללמוד על עמדתו זו. באותה פרשה ציין המשנה לנשיא אלון, כי על בית־המשפט לקיים את מצוות השריון של המחוקק בלא לסייג זאת לשריון שמקורו בחוק־יסוד (בדומה בכך לגישתו של הנשיא שמגר בע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7)). הנשיא ברק הסתייג מאמירה זו: "הנמקה זו [של המשנה לנשיא אלון – ב"מ] רחבה היא מדי. ... לדעתי, יש להגביל את הלכת **תנועת לאו"ר** למקרה של סתירה בין חוק 'רגיל' לבין חוק־יסוד משוריין". ראו ברק, **תורת הפרשנות הכללית**, 559. כן ראו ברק (לעיל, הערה 11), 19, הערה 58. בע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7) תמכו בעמדתו זו של הנשיא ברק גם השופט ד' לוין (שם, 449-456), השופט זמיר (שם, 468-469), השופט מצא (שם, 577-578) וכנראה גם השופט טל (שם, 588).

nevo.co.il

התפיסה שלפיה הסמכות המכוננת היא בלתי־מוגבלת בהגדרתה. מכוחה אפשר להחליט בכל רוב, לשריין כל הוראה ולקבוע כל הוראת שריון, לרבות נוקשות מוחלטת.[15] ממילא הוראות שריון תקפות אם ניתנו במסגרת הפעלת סמכות מכוננת. לגישתו של קלוד קליין, שהקדים לבטא תפיסה זו בישראל, "הדוגל בסמכות מכוננת כמקור לסמכות לחקיקתם של חוקי־יסוד, חייב גם לדגול בגישה פורמלית או פורמליסטית לגבי אמצעי הזיהוי של הגורמות הנהנות מעליונות נורמטיבית".[16] לפי גישה זו, אין מוטלות מגבלות על סמכות הכבילה במסגרת חוקי־יסוד.[17]

---

15. לגישה זו ראו קלוד קליין, "בעקבות פסק־הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית־המשפט העליון", משפטים כח (תשנ"ז) 341, עמ' 357. לגישתו של קליין, הריבונות הבלתי־מוגבלת נעלמת עם השימוש בסמכות המכוננת והיא מוחלפת בסמכות מכוננת נגזרת, שעניינה שינוי הוראות חוקתיות בדרך שנקבעה מכוח הפעלת הסמכות המכוננת המקורית: "הסמכות המכוננת המקורית ממשיכה להתקיים לגבי הנושאים שבהם עדיין לא נחקקו חוקי־יסוד, ואילו באותם הנושאים שבהם נחקקו כבר חוקי־היסוד, מיצתה הכנסת את סמכותה המכוננת המקורית". שאלה היא באיזה אופן מוגבלת סמכותה המכוננת הנגזרת של הכנסת באשר לשריון הוראות בחוקי־יסוד: האם "באותם נושאים שבהם נחקקו כבר חוקי־יסוד", אך לא נקבעו הוראות שריון, מוסמכת הכנסת להוסיף הוראות שכאלה, מתוקף סמכותה המכוננת הנגזרת? לתשובה חיובית לשאלה זו ראו אריאל בנדור, "המעמד המשפטי של חוקי־יסוד", ספר ברנזון (כרך שני, אהרן ברק וחיים ברנזון – עורכים, נבו, תש"ס) 119, עמ' 156-158. לדיון בסוגיה קרובה בארצות־הברית – האם מוטלות מגבלות כלשהן על סמכויותיה של "constitutional convention", העשויה להתכנס לשם תיקון החוקה האמריקנית – ראו: Charles L. Black Jr., "Amending the Constitution: A Letter to a Congressman", 82 *Yale L.J.* (1972) 189; Walter E. Dellinger, "The Recurring Question of the 'Limited' Constitutional Convention", 88 *Yale L.J.* (1979) 1623; Michael S. Paulsen, "A General Theory of Article V: The Constitutional Lessons of the Twenty-Seventh Amendment", 103 *Yale L.J.* (1993) 677. בארגנטינה פסק בית־המשפט, כי אסיפה שכונסה לשם תיקון החוקה רשאית לפעול אך ורק בנושאים שנקבעו בהחלטת הקונגרס שמכוחה כונסה האסיפה (ולפיכך נפסל תיקון לחוקה שקבע גיל פרישה לשופטים ונקבע, כי ההוראה המקורית בדבר כהונה לכל החיים נותרת בתוקפה). לתיאור הפסיקה בעניין ראו: Ileana Gomez, "Declaring Unconstitutional A Constitutional Amendment: The Argentine Judiciary Forges Ahead", 31 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* (2000) 93.

16. ראו קליין (לעיל, הערה 15), 353. לגישתו, "נורמה הניתנת על־ידי הסמכות המכוננת מכונה 'חוק־יסוד', ואין נורמה עליונה שאיננה (מכונה) 'חוק־יסוד'" (שם, שם). ראו גם: Claude Klein, *Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant* (Presses Universitaires de France, Paris, 1996).

17. ראו קליין (לעיל, הערה 15), 353, הערה 42: "גישות [שלפיהן – ב"מ] יש להתייחס גם לתוכן ה'תוצר' של הסמכות המכוננת, ולא רק לצורתו הפורמלית, ... אינן מקובלות

nevo.co.il

2. הכרעה לפי עמדה ערכית באשר לשימוש בסמכות הכבילה

בנסיבות הקיימות בישראל, שבהן חקיקת "חוקי־היסוד" אינה מכוננת שיטה משפטית חדשה,[18] ונעשית ברוב רגיל על־ידי אותו גוף המכהן גם כרשות המחוקקת, קיים חשש ממשי להתנגשות בין "חוקתיות", במובן של עיגון הכרעות חברתיות יסודיות, ובין "דמוקרטיות", במובן של שלטון עצמי.[19] בהיעדר אמת־מידה מוסכמת להבחנה בין הכרעות חברתיות "יסודיות" שאפשר לשריינן ובין הכרעות אחרות נוצר חשש מפני שימוש־לרעה בסמכות "מכוננת", שכל תכליתו שאיפה להנציח מצב נתון כלשהו, שהרוב בכנסת תומך בו. הניסיון שנצבר בפעולתה של הכנסת, שבו משתקפת, כפי שכינה זאת בנדור (בהקשר אחר), "הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי־היסוד",[20] מראה כי אין מדובר בחשש היפותטי בלבד.[21]

בעולם". ברוח דומה ראו עמדתו של השופט השין בע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 7), 542: "אם נאמר שאין די בה בכותרת 'חוק־יסוד', וכי דינו של השריון בטלות... כי אז דומני שהרחקנו לכת מאוד בהקניית סמכות לבית־המשפט, באין אסמכתא לדבר בדבר־חוק חרות ומפורש. ... מניין לו לבית־המשפט סמכותו־שלו להחליט מה ראוי שייכלל בחוקה, והכל כדי פסילת הוראת־חוק של הכנסת?" לעומת זאת, אריאל בנדור סבור כי לכנסת סמכות מכוננת נגזרת בלבד, המוגבלת מכוח קביעתה של האסיפה המכוננת המקורית – מועצת־העם – במסגרת הכרזת העצמאות. ראו בנדור (לעיל, הערה 15), 132-136.

18. אין זה ברור באילו מקרים אכן מדובר בכינון שיטה משפטית חדשה. ספק אם כינון חוקה פורמלית בדמוקרטיה שפעלה בלא חוקה פורמלית הוא שינוי של השיטה המשפטית. ראו רות גביזון, "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", **משפטים** כח (תשנ"ז) 21, עמ' 60.

19. להערכה דומה של התוצאות הנובעות מהסמכתו של בית־המחוקקים לקבוע הוראות חוקתיות משוריינות ראו: Andrew Arato, "Dilemmas Arising from the Power to Create Constitutions in Eastern Europe", 14 *Cardozo L. Rev.* (1993) 661, p. 685. להערכתו של המחבר, "Constitution making by working parliaments that enact fundamental law by qualified majorities alone will not be able to stay within even [the threshold beyond which the penetration of the constituent process by probable future political constellations of interests cannot go, indicated by the argument concerning the veil of ignorance]". חשש מסוג זה חל מכוח קל־וחומר במקרים שבהם, כמו אצלנו, קבלתם של חוקי־יסוד אף אינה טעונה רוב מיוחס כלשהו בבית־המחוקקים.

20. ראו אריאל בנדור, "פגמים בחקיקת חוקי־היסוד", **משפט וממשל** ב (תשנ"ה) 443, עמ' 444-447.

21. להערכה דומה ראו בנדור (לעיל, הערה 15), 139-140; יוסף מ' אדרעי, "מהפכה חוקתית: האומנם?", **משפט וממשל** ג (תשנ"ו) 453, עמ' 460. חקיקתו מחדש של חוק־יסוד: חופש העיסוק בשנת 1994 היא דוגמא מובהקת לכך. על נוסחו של חוק־היסוד הוסכם כחלק מהסכם קואליציוני בין סיעת העבודה לסיעת ש"ס והוא היה חלק מן המחיר שסיעת העבודה היתה

nevo.co.il

הדברים באים לידי ביטוי הן לגבי סוגי העניינים אשר הוסדרו עד כה במסגרת חוקי־היסוד הן באשר להוראות שביקשו לשריינן. במישור הראשון, חוקי־היסוד כוללים שורה של הוראות שאינן מסדירות עקרונות־יסוד חוקתיים. שריון שלהן (באופן פרטני או באופן גורף, מעצם הכללתן בחוק־יסוד, כפי שהוצע במסגרת הצעת חוק־יסוד: החקיקה[22]), עלול לגרום לפגיעה קשה בעקרון ה"דמוקרטיות".[23] במישור השני אפשר להצביע על הנסיונות לעגן את הסטטוס־קוו הקיים באשר לשטחים שעליהם חל המשפט הישראלי, באמצעות דרישת רוב מיוחס כתנאי לביטולה של החלת המשפט.[24]

התוצאה היא, שכל עוד לא נקבעו מגבלות באשר לדרך חקיקתם של חוקי־היסוד (דוגמת דרישתו של רוב מיוחס לקבלתם), הסייג הפורמלי לתוקפה של סמכות הכבילה הוא הצהרתי־גרידא.[25] לגישתו של קליין, העובדה שמצב זה "אינו רצוי" אינה מביאה כשלעצמה לביטולה של התיאוריה בדבר ריבונותה הבלתי־מוגבלת של הסמכות המכוננת.[26] מנגד, לפי גישה אחרת, מתחייבת מכאן המסקנה כי אין להכיר כלל בכוחה של הכנסת לכבול את עצמה.

נכונה לשלם כדי לזכות בתמיכתה של סיעת ש"ס בהסכם השלום עם אש"ף. לעומת זאת, השופט בך העריך כי החשש מפני שימוש־לרעה בסמכות הכבילה הוא "תיאורטי יותר ממעשי" וציין, כי "אם חס וחלילה בכל זאת... [יתממש החשש – ב"מ], בצורה בלתי־סבירה, גם אז יימצאו פתרונות לכך במשטר דמוקרטי, או במישור השיפוטי או במישור ממלכתי אחר" – ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 7), 583.

22. לפי סעיף 4(ב) להצעת חוק־יסוד: החקיקה, ה"ח 89 (תשנ"ג), תיקונו של חוק־יסוד יהיה תקף רק אם בקריאה השלישית הצביעו בעדו לפחות שני שלישים מחברי־הכנסת.

23. כדי להתמודד, ולו באופן חלקי, עם החשש האמור, הציעו מנסחי הצעת חוק־יסוד: החקיקה לקבוע תקופת־ביניים בת חמש שנים שבמהלכה יהיה אפשר לשנות את חוקי־היסוד בקולותיהם של רוב חברי־הכנסת (ולא ברוב של שני שלישים). הסביר זאת שר־המשפטים דאז, דן מרידור: "המעיין בחוקי־היסוד הקיימים נוכח לדעת כי מוסדרים שבהם לא רק עניינים קונסטיטוציוניים יסודיים. ... סברנו כי יש צורך בתקופת מעבר, שבה תוכל הכנסת לתקן חוקי־יסוד גם ברוב רגיל ולהוציא מתוכם הוראות שאינן ראויות להגנה המיוחדת שניתנת להוראות חוקתיות" (דן מרידור, "עיקרים בהצעת חוק־יסוד: החקיקה", **משפט וממשל** א (תשנ"ג) 387, עמ' 390).

24. ראו לעיל, הערה 2 והטקסט שלידה.

25. ראו ברוח זו גביזון (לעיל, הערה 18), 126: "תורת הסמכות המכוננת, כפי שאומצה בארץ, יכולה להצדיק אוטומטית כל חקיקה המגבילה חקיקה עתידית לפי קנה־מידה צורני היכול להיות שרירותי של 'חוק־יסוד'. מעין־הצדקה אוטומטית זו עלולה להסתיר הבדלים חשובים בין הקשרים שבהם הצורך בהגנה חוקתית וההצדקה הנורמטיבית לגביה שונים לחלוטין".

26. ראו קליין (לעיל, הערה 15), 357: "אין ספק שמצב זה אינו רצוי, אולם אין למתוח ביקורת על מי שמתאר את המצב המשפטי הזה. ... אין לבקר את התיאוריה המשפטית אלא את המצב המשפטי המוזר".

nevo.co.il

הגישה האחרונה, שעם דובריה המובהקים נמנית רות גביזון, מבוססת על תפיסה שלפיה סוגיית כוחה של הכנסת לכבול את עצמה אינה עניין להכרעה משפטית־לוגית: "שאלת המפתח של המפעל החוקתי אינה אם לכנסת סמכות להגביל את עצמה... אלא אם ראוי שהכנסת תעשה שימוש בכוחה זה... לעתים נראה כי הטענה לגבי הסמכות המכוננת נועדה בין השאר לטשטש [את קיומו של ויכוח בכנסת בשאלה האם ראוי לעשות שימוש בסמכות זו] ולסלק חלק זה של הוויכוח מעל סדר היום".[27] הטענה היא, כי נדרשת כאן הכרעה שהיא במהותה פוליטית ואשר עניינה בחינת היתרונות והחסרונות של הכרה בתוקפה המחייב של הוראת הכבילה.[28] לגישתה של גביזון, בשל המציאות הקיימת בישראל ומשום תוכנם של חוקי־היסוד שהתקבלו עד כה, מוטב להימנע מלהכיר בכוחו של הרוב הרגיל בכנסת, במסגרת "פוליטיקה של יומיום", לקבוע הוראות שריון.[29] יש להתנות את תוקפן

---

27. ראו גביזון (לעיל, הערה 18), 126.

28. שם, 60-61: "שאלה חוקתית זו [בדבר תוקפה של הגבלה עצמית – ב"מ] חורגת מעבר לגבולות המשפט, שכן היא [שאלה – ב"מ] משולבת של משפט פנימי ושל הנחות־היסוד הפוליטיות של השיטה כולה". כפי שמציינת גביזון, אף שהנשיא ברק והשופט חשין אינם מציינים במפורש כי הכרעותיהם בשאלת הסמכות מבוססות על עמדה באשר ליתרונות ולחסרונות שבשימוש בסמכות זו, הדיון הנרחב המובא בפסקי־הדין שלהם בעניינים אלה עשוי ללמד כי אף הם מכירים בכך שאין מדובר בהכרעה משפטית־לוגית, ראו ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 397-399 (פסק־דינו של הנשיא ברק); ושם, 511-512, 515-516, 522-529 (פסק־דינו של השופט חשין). לעומתם, לגישתו של הנשיא שמגר, "גבולות כוחה של הכנסת לכבול את עצמה הם בגדר שאלה של מדיניות חוקתית" שבה צריכה להכריע הכנסת עצמה, כך שהמענה לשאלה זו אינו תנאי לעצם קיומה של סמכות הכבילה (שם, 291: "הכנסת רשאית לכבול את כוחה לפי שיקול־דעתה ... הרשות השופטת נותנת תוקף לרצונה של הכנסת להגביל את כוחה"). לעמדה שלפיה "תשובות לשאלה בדבר סמכותה המכוננת של הכנסת יכולות להינתן ... רק לאור תפישה פילוסופית פוליטית משכנעת באשר למטרות המדינה, מטרות הממשל המרכזי ומהותה של החוקה" ראו זלצברגר (לעיל, הערה 10), 691. ראו גם בנדור (לעיל, הערה 15), 130: "לנוכח היותה של חוקה ... סממן מקובל של דמוקרטיה, ולנוכח תרומתה ... לתקינות הממשל, [יש – ב"מ] לפרש את המצב הנורמטיבי והמוסדי ... באופן שעל־פיו קיימת אסיפה מכוננת וקיימת ... חוקה".

29. לגישתה של גביזון, "החוקה המתגבשת היא בעיקרה מפעל של גורמי אליטות ברוב היהודי החילוני ... [בלא – ב"מ] התייחסות מבנית לצורכיהם, לשאיפותיהם ולמאווייהם של קבוצות־המיעוט הגדולות"; עקב כך, "החוקה המסתמנת [בישראל – ב"מ] אינה מאחדת, אלא מפלגת" (גביזון (לעיל, הערה 18), 119-120). ראו גם: Ruth Gavison, "The Controversy over Israel's Bill of Rights", 15 *Isr. Yearbook of Human Rights* (1985) 113; Ruth Gavison, "The Role of Courts in Rifted Democracies", 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 216. כמו־כן ראו יוסף מ' אדרעי, "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיבית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם", משפטים כח (תשנ"ז) 461, עמ' 486: "תהליך חקיקתם של חוקי־היסוד, הרוב שבו הם עברו בכנסת והצורה שבה הם תוקנו – כל אלה

של ההוראות החוקתיות בכך שייקבעו בהליך אשר יבטיח הסכמה ציבורית רחבה לתוכנן. כך יש להבין גם את העמדה של השופט חשין, שלפיה קביעת כללי הכרעה על־רוביים יכולה להיעשות אך ורק "ביודעין, בכוונת-מכוון, בנטילת-אחריות, בחישוב-מחושב, בהליך ראוי לחקיקת חוקה".[30]

3. הכרעה לפי המוסכמה החברתית באשר לסמכויותיה של הכנסת

בצד שתי הגישות שתוארו אפשרית גם גישה שלישית, שלפיה התפיסה המקובלת בציבור היא התוחמת את כוחה של הכנסת לכבול את עצמה. ביסוד גישה זו מצויה העמדה שלפיה, קביעת כללי הכרעה – כלומר: הפעלת סמכות הכבילה העצמית של הכנסת – אמורה להיעשות באופן המבטא את עמדת הציבור. קביעת מיהותו של כלל ההכרעה הראוי בסוגיה מסוימת היא עניין להכרעה ערכית ואמפירית באשר לתוצאות הצפויות מהחלתם של כללי הכרעה שונים.

הספרות עשירה בדיון בהצדקות להחלת כללי הכרעה על־רוביים בהקשרים מסוימים[31] ובהם הרצון למנוע מן הנציגים לסכל את העדפותיהם של בוחריהם;[32] השאיפה להגן על

מצביעים על שלילת האפשרות שחוקי־היסוד הם חוקה המבטאת את 'האני מאמין' החברתי-ערכי-פוליטי של החברה הישראלית"; יוסף מ' אדרעי, "זכויות אדם וזכויות חברתיות", **ספר ברנזון** (כרך שני, אהרן ברק וחיים ברנזון – עורכים, נבו, תש"ס) 45, עמ' 52; Dan Avnon, "The Israeli Basic Laws' (Potentially) Fatal Flaw", 32 *Isr. L. Rev.* 535 (1998); עמוס שפירא וברוך ברכה, "המעמד החוקתי של זכויות הפרט", **עיוני משפט** ב (תשל"ב) 20; משה לנדוי, "הוקה כחוק עליון למדינת ישראל?", **הפרקליט** יז (תשכ"א) 30; משה לנדוי, "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית־המשפט", **משפט וממשל** ג (תשנ"ו) 697.

30. ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 524. ראו גם זלצברגר (לעיל, הערה 10), 696: "כיון שחוקה אמורה לייצג את החוזה החברתי המשקף הסכמה פה אחד, והוא הוא שמסמיך את הרוב לקבל הכרעות חברתיות קולקטיביות ומציב לרוב גם מגבלות, הרי שאין זה מוצדק לראות בחוקי־היסוד שהתקבלו ברוב רגיל של חברי הכנסת חלק המחוקה שלנו".

31. לסקירת של ספרות זו ראו גביזון (לעיל, הערה 18), 63-64; דותן (לעיל, הערה 11), 152-154.

32. לכך בעיקר מתייחסות ההגבלות ה"טבועות" המוטלות על הכנסת, שהשופט חשין הכיר בהן בע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 544. להדגשת יסוד זה בבסיס הביקורת השיפוטית על חוקים ראו: John H. Ely, *Democracy and Distrust: a theory of Judicial review* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980). להצגה מתימטית של טיעון שלפיו שיטת משטר המבוססת על הכרעות ברוב מיוחס עדיפה על־פני שיטה המבוססת על הכרעה ברוב רגיל משום שבאחרונה רב יותר הסיכון כי תגובש קואליציה של מגזרים המייצגים אינטרסים צרים באופן שיפגע ברווחה החברתית ראו: Larry J. Merville and Dale K. Osborne, "Constitutional Democracy and the Theory of Agency", 1(3) *Constitutional Political Economy* (1990) 21.

nevo.co.il

הירוויות־יסוד מפני כוחו של הרוב;[33] הגברת הסיכוי כי להכרעות שתתקבלנה יהיו מאפיינים מהותיים מסוימים;[34] קידום השוויון ביכולת ההשפעה של הפרטים על תוצאות ההכרעה החברתית, תוך מתן ביטוי ל"אינטנסיביות ההעדפות" של הפרטים לגבי הסוגיות השונות;[35] השאיפה ליצור "מידה מסוימת של יציבות מוסכמת להסדרי השלטון הבסיסיים", כך שיובטח כי "הסדרים של אמנה חברתית שהתבססו על פשרה לא יוכלו להיפתח מחדש בכל רגע שבו יש שינוי ... ביחסי הכוחות",[36] ועוד. אולם, הקביעה מהו כלל ההכרעה האופטימלי אינה עניין להכרעה של "מומחים". גישה הגורסת, כי כלל ההכרעה היחיד שלפיו יתקבלו החלטות בחברה הוא זה של רוב רגיל[37] או כל כלל הכרעה

33. זהו היסוד שהודגש בפסק־דינו של הנשיא ברק בע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 7), 424-423.

34. זהו היסוד המודגש על־ידי James M. Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy* (University of Michigan, Ann Arbor, Michigan, 1962). מקובל לזהות תפיסה זו עם כתיבתו של המלומד הגרמני Wicksell, אשר הצביע על כך שהדרך לרפורמה בתחום המיסוי וההוצאה הציבורית היא שינוי של כללי קבלת ההחלטות. ראו, למשל: Knut Wicksell, "A New Principle of Just Taxation", *Public Choice and Constitutional Economics* (James D. Gwartney and Richard E. Wagner – eds., J.A.I Press, Greenwich, Connecticut, 1988) 117; ועם קונדורסה, שטען כי אם ההסתברות שמשתתפי ההצבעה יודעים את האמת והצדק גדולה מ־50% הרי שככל שגדול הרוב התומך בהחלטה מסוימת כן גדל הסיכוי כי תוצאת ההצבעה היא הנכונה: Marquis de Condorcet, "Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making" (1785), *Condorcet: Selected Writings* (Keith Michael Baker – trans., Bobbs-Merrill, Indianapolis, Indiana, 1976) 33. לדיון ביקורתי בטענה זו ראו דויד הד, "על־פי רוב?", **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** (רפאל כהן־אלמגור – עורך, ספריית פועלים, תשנ"ט) 77.

35. ראו עלי זלצברגר ואלכסנדר קדר, "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי־היסוד החדשים" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 489, שם נטען כי כלל הכרעה של הסכמה פה אחד צפוי להשיג יעד זה בצורה הטובה ביותר.

36. גביזון (לעיל, הערה 18), 64; וכן רות גביזון, "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים", **רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית - ספר הזיכרון לאריאל רוזן־צבי** (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר – עורכים, רמות, תשנ"ח) 213, עמ' 228: "חברה [רב־תרבותית – ב"מ] כזו שבישראל אינה יכולה לקיים, לאורך זמן, דמוקרטיה רובנית פשוטה".

37. לגישה זו ראו: Jeremy Waldron, "Legislation, Authority, and Voting", 84 *Georgetown L.J.* (1996) 2185, pp. 2208-2209. על־פי וולדרון, עקרון הרוב מבטא "צדק פרוצדורלי טהור", היינו: כל תוצאה שהוא מניב מוגדרת כצודקת, משום שמכוחו מוענק כבוד שווה לכל משתתפי ההצבעה.

nevo.co.il

אחר מבטאת כפייה של עמדה מסוימת באשר לכלל ההכרעה המיטבי.[38] ההכרעה החברתית באשר לכלל ההכרעה הרצוי אמורה להתקבל בהתאם להצבעה של הפרטים, או נציגיהם, ולא על יסוד בחינה עיונית של גורם חיצוני כלשהו לגבי דרך הפעולה הצודקת.[39]

לגישתי, אין לקבל גם את הטענה כי ההכרה בתוקפו של כלל הכרעה על־רובי כלשהו צריכה להיות מותנית בכך שההחלטה בדבר החלתו של כלל זה התקבלה באותו רוב מיוחס הנדרש על־פי כלל ההכרעה.[40] תוכנו של כלל ההכרעה הראוי הוא עניין אחד ואופן הקביעה שלו הוא עניין אחר. כך, למשל, אם רוב חברי־הכנסת סבורים כי ראוי לקבוע

---

38. גישה קיצונית עוד יותר בהקשר זה היא זו המכירה בקיומה של הגבלה על כוחו של הרוב אף בלא שהכנסת בחרה להטיל הגבלה שכזו במפורש וזאת מעצם תוכנן של הוראות אלה (או של עקרונות כלליים כלשהם). ראו, למשל, דותן (לעיל, הערה 11), 151-157, 166-172 ("ההתערבות השיפוטית בהכרעות הקיקתיות נדרשת בלא כל תלות בטקסט חוקתי שיסמיך את בית־המשפט לעשות כן ... לבית־המשפט צריכה להיות סמכות אינהרנטית לתקן כשלים מובנים בשיטת הממשל הדמוקרטית, הפוגעים באפשרות להגשים את העקרונות המבססים את הרעיון הדמוקרטי עצמו". שם, 156); דוד קרצמר, "מברגמן וקול־העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם", משפטים כח (תשנ"ז) 359 (אף שמלכתחילה ראוי היה להחיל ביקורת שיפוטית מכוח עקרונות כלליים, מוטב כיום להסתמך על חוקי־היסוד, המספקים לגיטימציה פוליטית ומסגרת נורמטיבית פורמלית מתאימה). ראו ברוח זו גם אלי (לעיל, הערה 32). במובן מסוים, דווקא גישתו של השופט חשין מבטאת "תיזה חוקתית רחבה למדי, הנושאת עמה אפשרויות לא מעטות של התערבות שיפוטית בקביעות המחוקק" (דותן (לעיל, הערה 11), 174), שכן לפיה "יש בנמצא כוחות 'נסתרים', כוחות הטבועים בעצם קיומה של הכנסת ואשר יש בהם כדי להגביל את סמכותה ... לחוקק חוקים" (ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 544). במקרה אחר אף ציין השופט חשין באמרת־אגב, כי בית־המשפט עשוי להכריז על בטלותה של פגיעה בלתי־מוצדקת בזכויות אדם, אף אם זו קבועה בחוק־יסוד. ראו בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון**, פ"ד נב (5) 481, עמ' 541 (באשר לעיגון בחקיקה של הפטור משירות בצה"ל הניתן לתלמידי ישיבה).

39. כפי שציינה בהקשר אחר אילנה דיין־אורבך, "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי", **עיוני משפט** כ (תשנ"ז) 377, עמ' 395-396: "המשטר הדמוקרטי נתפס... קודם כל כשיטה המכירה בכך שמקור הכוח הפוליטי הוא באנשים עצמם, שהם, כקבוצה, ריבונים בתחומם ... מטרתה של המסגרת המדינית אינה לכוון את עצמה להשגת מה שכבר נקבע כרצוי על־פי אינטרסים פרטיים, אלא לגלות את 'רצונה הקולקטיבי' של הקהילה, לנסח מטרות ציבוריות".

40. לטענה מסוג זה ראו, למשל, שלמה גוברמן, "סמכותו של בית־המשפט לבטל חוקים", רפורמה קונסטיטוציונית בישראל והשלכותיה (המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה, תשנ"ה) 76, עמ' 79; בנדור (לעיל, הערה 15), 157-158; דברי ח"כ ח' צדוק, ד"כ 38 (תשי"ס) 2961; והברי־הכנסת מ' רבין וש' הלפרס, ד"כ 24 (תשנ"ב) 3783. להצעה ברוח זו ראו גם ארטו (לעיל, הערה 19), 684-686.

nevo.co.il

כלל הכרעה על־רובי כלשהו בעניין מסוים, אין זה ברור מהי ההצדקה להקנות כוח וטו בעניין למיעוט המתנגד להחלת כלל ההכרעה העל־רובי שהרוב תומך בו. דרישה לתמיכה של רוב מיוחס בקביעת הוראת שריון מבטאת העדפה של הכרעה על־פי רוב רגיל ובכך יש, כאמור, משום כפייה של עמדה ערכית מסוימת, באשר לכלל ההכרעה הראוי.

לכאורה, קביעה של "כלל הכרעה ראשוני", הנכפית על החברה על־ידי המערכת השיפוטית, היא בלתי־נמנעת כנקודת־מוצא לשרשרת של קביעת כללי ההכרעה.[41] כלל ההכרעה הראשוני קובע מהו האופן שבו אפשר לקבוע כללי הכרעה (למשל, בהסכמה פה אחד בלבד) ומהי דרך ההכרעה בהיעדר הסכמה מפורשת בעניין. אולם זוהי תוצאה קשה. קביעה זו עשויה להשפיע במידה מכרעת על תוצאת הבחירה החברתית. קיים אז חשש, כי הקביעה תושפע מעמדתו של מקבל ההחלטה באשר לכללי ההכרעה הראויים. אם מבקשים להימנע מכך נדרש להשיב בדרך אחרת על השאלה, מהו אותו "כלל הכרעה ראשוני", הקובע כיצד מתקבלות ההחלטות החברתיות, לרבות ההחלטה באיזה אופן יתקבלו הכרעות בסוגיות השונות? על־פי הטיעון המובא כאן, יש לעשות כן באמצעות פנייה אל המוסכמה הציבורית. אמנם, הקביעה מהי העמדה המקובלת בציבור איננה ניטרלית מעצם טיבה ובוודאי מוטה, במידה מסוימת לפחות, מתוקף העמדה הערכית של המתבונן. עם זאת, ההכרח להצדיק את הקביעה באשר להיקף סמכותה של הכנסת באמצעות נתונים אמפיריים באשר להערכות המקובלות בציבור עשוי לסייע בהקטנת עוצמתה של ההטיה האמורה.

בהקשר רחב יותר טען רולס, כי זיהויה של תפיסת הצדק המנחה את החברה צריך להתבסס על בחינת התרבות הציבורית (the public culture), *המשקפת הסכמה ציבורית* באשר לעקרונות־היסוד.[42] לפי הטיעון המובא כאן, גם קביעתו של כלל ההכרעה הראשוני

---

41. ראו, למשל: Jed Rubenfeld, "Rights of Passage: Majority Rule in Congress", 46 *Duke L.J.* (1996) 73, p. 86: "[I]f the legislative body sought to legislate voting rules for itself, it would first have to decide how many votes would be necessary ... in the vote taken to decide the voting rules. To settle that meta-voting-rule, it would need a meta-meta-voting rule. And so on. Thus, a default rule ... is indispensable". ראו גם: Ian Shapiro, "Three Fallacies Concerning Majorities, Minorities, and Democratic Politics", *Majorities and Minorities* (John W. Chapman and Allan Wertheimer - eds., N.Y. University Press, New York, 1990) 79.

42. לגישתו של רולס, "[One may look at] the public culture itself as the shared fund of implicitly recognized basic ideas and principles". לפיכך, "[The content] of a political conception of justice ... is expressed in terms of certain fundamental ideas seen as implicit in the public political culture of a democratic society.... In a democratic society there is a tradition of democratic thought, the content of which is at least familiar and intelligible to the educated common sense of citizens" (John Rawls, *Political Liberalism* (Colombia University Press, New York, 1993) 8, pp. 13-14).

nevo.co.il

היא עניין לזיהוי אמפירי ולא לקביעה ערכית נורמטיבית של מקבל ההחלטה. אין מדובר כאן בדרישת הסכמה פה אחד דווקא, אלא בהערכת תוכנה של הסכמה לאומית – אם הסכמה כזו אכן קיימת – בעניין זה.[43]

ממילא נובעת מכך תפיסה שונה באשר למקור קיומה של סמכות לקבוע הוראות "חוקתיות": זו אינה נובעת מטעם פורמלי־אקסיומטי כלשהו, דוגמת סיווגה כ"מכוננת". הכרה בסמכות בלתי־מוגבלת של הכנסת לכבול את עצמה, ובלבד שהיא עושה כן על־ידי הצמדת הביטוי "חוק־יסוד" (בבחינת "tu-tu")[44] לשם החוק, אינה אלא הנחת המבוקש, שבה מוחלף הדיון הנורמטיבי בשאלת כוחה של הכנסת לכבול את עצמה, בדיון בשאלת סיווגה של הסמכות שבה הכנסת משתמשת כאשר היא קובעת הוראות שריון.[45] סמכות מסוימת היא "מכוננת", ולכן בלתי־מוגבלת, אם זהו כלל ההכרעה הראשוני, דהיינו: בהתבסס על הנחות עובדתיות מסוימות.

ההנחה המקובלת היא, שהסמכות המכוננת יוצרת שיטה חדשה[46] וכי הסמכות שואבת את תוקפה מהסכמה רחבה בציבור.[47] כאשר מתקיימים מאפיינים אלה יש יסוד סביר להערכה כי "חוקתיות", במובן של קביעת הוראות נוקשות ועליונות, אינה סותרת את העיקרון הדמוקרטי בדבר שלטון עצמי, אלא דווקא מבטאת אותו.[48] לא כך כאשר הנחות עובדתיות אלה מופרכות. ביטוי לתפיסה זו ניתן בפסק־דינו של השופט חשין בע"א **בנק המזרחי**, שציין כי "באין סמכות חיה ונושמת לחוקק 'חוקה', קביעה כי לא ניתן יהיה

---

43. לטיעון ברוח זו ראו: Ronald Dworkin, *A Bill of Rights for Britain* (Chatto and Windus, London, 1990), 27. דבורקין טוען שם, כי כדי שלאמנה האירופאית לזכויות האדם יהיה מעמד על־חוקי במשפט האנגלי אין די באימוצה בחוק מפורש של הפרלמנט (כפי שנעשה בפועל בשנת 2000), אלא גם בקבלתה ככזו על־ידי הציבור.

44. ראו: A. Ross, "Tu-Tu", 70 *Harv. L. Rev.* (1957) 812.

45. לביקורת מסוג זה ראו, למשל, רוס, שם; וכן: Felix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", 35 *Columbia L. Rev.* (1935) 809.

46. בלשונו של קליין, היא מופעלת אז "בחלל (כמעט) ריק", שהרי היא "מכוננת" (קליין (לעיל, הערה 15), 356). ראו גם קלוד קליין, "הרשות המכוננת במדינת ישראל", **משפטים** ב (תש"ל) 51, עמ' 52.

47. לביטוי מובהק של תפיסה זו ראו: Bruce Ackerman, *We The People: Foundations* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1991) 131-162 (להלן: אקרמן, **יסודות**); Bruce Ackerman, *We The People: Transformations* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1998) (להלן: אקרמן, **טרנספורמציה**); וכן, ברוח דומה, **רולס** (לעיל, הערה 42), 231-234; Aknill R. Amar, "Of Sovereignty and Federalism", 96 *Yale L.J.* (1987) 1425.

48. ראו ברוח זו, למשל, דותן (לעיל, הערה 11), 162: "[כאשר החוקה מכוננת בתקופה פורמטיבית] בא לידי ביטוי 'האני מאמין' של העם (או הקהילייה הפוליטית). ... נציגי העם ... מתנהגים במעמדים מסוג זה באופן שונה מאשר פוליטיקאים מפלגתיים רגילים. בשל גודל השעה הם מאמצים 'מבט רחב' לגבי האינטרסים העמוקים של הקהילייה שבה הם חיים.

nevo.co.il

לבטל חוק, לשנותו או לפגוע בו אלא ברוב של למעלה מ-61 קולות, הינה קביעה אנטי־דמוקרטית בעליל".[49] לגישתו, נדרש כי "עצם הסמכות ליתן חוקה לא יימצא חולק עליו".[50] מטעם דומה טען רולס, כי בית־המשפט מוסמך לפסול תיקון לחוקה, אף אם התיקון התקבל בהתאם לתנאים הפורמליים הקבועים בחוקה, כאשר תוכנו של התיקון סותר את המסורת הציבורית הנוהגת באותו הקשר.[51] בכך מתבטאת התפיסה שלפיה החוקה שואבת את תוקפה, ובכלל זה את ה"עליונות" שלה, מן המוסכמה הציבורית ולא ממקור פורמלי-אקסיומטי כלשהו. לכן לכנסת סמכות לקבוע הוראות "חוקתיות" רק אם קיימת הסכמה ציבורית רחבה לכך.

גישה זו מבוססת על השאיפה להפריד את הדיון בתוכנה של החוקה המתגבשת ובאופן הראוי לקבלתה מן הדיון בעצם קיומה של הסמכות לקבוע הוראות "חוקתיות". ההסכמה הרחבה הנדרשת לפי גישה זו אינה לגבי עניינים מן הסוג הראשון, תוכנה של החוקה והאופן הראוי לקבלתה, אלא אך ורק באשר לעצם קיומה של סמכות בידי הכנסת לקבוע כיצד תיקבע החוקה, וממילא – אף את תוכנה.

... הם מודעים לכך שהם מחוקקים לדורות הבאים, ולכן פעולתם נהנית מהיתרונות של 'מסך הבורות' מבחינה זו שאין הם יודעים ... כיצד ישפיעו מעשיהם על האינטרסים המיידיים שלהם". הדיון בעניין זה בספרות הוא רחב מאוד. ראו, למשל, אקרמן, יסודות (לעיל, הערה 47); Frank I. Mickelman, "Brennan and Democracy", 86 *Cal. L. Rev.* (1998) 399; R. Dworkin, *Freedom's Law* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1996); Robert C. Post, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1995).

49. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 7), 543.

50. שם, 475: "יום מתן חוקה הוא יום חג ומועד. הכל יודעים כי הנה עומד בעל־הסמכות לחוקק חוקה, כי הנה עומדת חוקה להינתן, הנה ניתנה חוקה". דומה, כי גם הנשיא ברק מסכים לצורך בקיומה של הסכמה ציבורית רחבה לקיומה של סמכות מכוננת בידי הכנסת כתנאי להכרה בקיומה. ראו שם, 357, שם מסתמך הנשיא ברק על תורתו של הארט וקובע, כי "הכנסת נתפסת בתודעה הלאומית שלנו כגוף המוסמך ליתן חוקה לישראל". חלק ניכר מפסק־דינו של הנשיא ברק מוקדש לניסיון לאושש עמדה זו באמצעות סקירה של נתונים הברתיים.

51. ראו רולס (לעיל, הערה 42), 238-239. לשיטתו של רולס, המוסכמה החברתית הקיימת בארצות־הברית באשר למחויבות להגנה על זכויות אדם הופכת את מגילת זכויות האדם לנוקשה אף מעבר לנוקשות הפורמלית הקבועה בחוקה: "The Bill of 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". שם, 239. אגב, אקרמן, מייצגה המובהק של התפיסה שלפיה עליונותה של החוקה נובעת מהסכמתו של העם לכך, ושל ההכרה בכוחו של העם לשנות את החוקה, הגיע למסקנה הפוכה בהקשר זה. ראו אקרמן, טרנספורמציה (לעיל, הערה 47), 319-322.

nevo.co.il

בהינתן תפיסה זו, השאלה המתבקשת היא, מהי המוסכמה החברתית בישראל לגבי כלל ההכרעה הראשוני? האם לפיו רשאית הכנסת להכריע אך ורק על־פי רוב רגיל וכל סטייה מכלל הכרעה זה יכולה להיעשות אך ורק בהסכמה רחבה של העם עצמו? או שמא התפיסה היא כי לכנסת סמכות בלתי־מוגבלת ובכוחה לשנות את "כללי המשחק" כטוב בעיניה?

ג. המוסכמה החברתית באשר לסמכויותיה של הכנסת

מלאכת הזיהוי של העמדה המקובלת בציבור באשר לכוחה של הכנסת לכבול את עצמה היא כמובן מורכבת. כאשר עולה לדיון ציבורי השאלה, מהו כלל ההכרעה הראוי בעניין מסוים? מועלות על־ידי שני הצדדים – אלה המצדדים בכלל הכרעה על־רובי ואלה המתנגדים לכך – טענות מנוגדות לגבי עצם קיומה של סמכות בידי הכנסת לקבוע כללים שכאלה. עמדות הצדדים משקפות במידה רבה – ולרוב אף באופן בלעדי – את עמדותיהם בסוגיה האמורה להיות מוכרעת על־פי כלל ההכרעה שבו מדובר ואת הערכתם מהו כלל ההכרעה הצפוי להוביל, בהסתברות הגבוהה ביותר, לכך שהעמדה אשר בה הם תומכים היא זו שתיבחר. ממילא קשה ללמוד על ההסכמה הלאומית בסוגיה מתוך ויכות ציבורי שכזה.

חרף זאת נראה, כי אפשר לאפיין שתי מגמות־יסוד באשר לתוכנה של העמדה המקובלת בציבור לגבי סמכויותיה של הכנסת: מצד אחד, אני סבור כי "אין הסכמה לאומית בישראל להכרה בסמכות הכנסת לכבול את שיקול דעתה בשירוין";[52] ומצד אחר, קיים קונסנזוס כי הכנסת היא הגוף המוסמך לקבוע את "כללי המשחק" של השיטה בישראל ובכלל זה לקבוע כללי הכרעה על־רוביים. במלים אחרות, לטענתי, המוסכמה הציבורית היא כי הכנסת אמנם מוסמכת לקבוע הוראות "חוקתיות", אך סמכות זו אינה בלתי־מוגבלת.

הפעלת סמכות מכוננת מבטאת הכפפה אפשרית של רצון הרוב – בעתיד ולעתים אף בהווה, ככל שמדובר ברצון הרוב בציבור – להכרעותיה של הרשות המכוננת. ממילא, גוף כזה חייב ליהנות מאמון ציבורי רחב; שכן בהיעדר אמון בכך שהגוף המכונן לא ישתמש לרעה בכוחו האמור, אין להניח כי הציבור יבחר להפקיד בידי אותו גוף את הסמכות להגביל את סמכות ההכרעה שלו. לפיכך, מידת האמון שרוחש הציבור לכנסת היא

52. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 7), 524 (פסק־הדין של השופט חשין). לגישתו של השופט חשין, "אותם מקרים בודדים שנעשה בהם שריון ... היו בנושאים שאין עליהם מחלוקת והם מיסודי־היסודות של הדמוקרטיה כפי שהיא נתפשת בישראל" (שם, 525). באותה פרשה הגיע הנשיא ברק למסקנה הפוכה, שלפיה "בתודעה החברתית והמשפטית של הקהיליה הישראלית טבועה עמוק התפיסה כי הכנסת היא המוסמכת ליתן חוקה לישראל. זהו חלק מהתרבות הפוליטית שלנו" (שם, 359). לביקורת על הערכה זו של הנשיא ברק ראו זלצברגר (לעיל, הערה 10), 693: "הנשיא ברק לא מצליח, לדעתי, להראות שקיומה ומהותה של סמכותה המכוננת של הכנסת הפכו בישראל לעובדה חברתית [של ממש, המקובלת על האדם ברחוב – ב"מ]".

nevo.co.il

אבן־בוחן חשובה בקביעת תוכנה של העמדה המקובלת בציבור באשר להיקף סמכויותיה של הכנסת.

כאמור, להערכתי קיימת בהקשר זה שניות (דואליות) בעמדת הציבור כלפי הכנסת: המוסכמה החברתית היא, כי הכנסת היא הגוף המוסמך לקבוע את שיטת הבחירות לכנסת; היא המוסמכת לקבוע את שיטת המשטר, ובכלל זה להכריע בין שיטה פרלמנטרית, שיטה נשיאותית או שילוב שלהן; היא המוסמכת לקבוע הגבלות על הזכות לבחור ועל הזכות להיבחר. כך, למשל, מתקבלת כמובנת מאליה ההכרעה של הרוב בכנסת כי הציבור לא יוכל לבחור לראשות־הממשלה אנשים בעלי מאפיינים מסוימים, כגון מי שגילו פחות משלושים שנה או מי שכיהן בתפקיד שבע שנים רצופות. הקונסנזוס בציבור הוא, כי הרוב (הרגיל) בכנסת מוסמך לקבוע את "כללי המשחק".

לגישתי, מכאן נובעת גם המסקנה כי המוסכמה החברתית היא כי הרוב בכנסת מוסמך לקבוע שעניינים מסוימים יוכרעו ברוב מיוחס; או כי עניינים מסוימים לא יוכרעו על־ידי הכנסת אלא בדרך אחרת, למשל: באמצעות משאל־עם. אין כל הבדל עקרוני בין הגבלת כוחו של הרוב בציבור מתוקף קביעה של הרוב בכנסת כי אדם מסוים לא יוכל להיות מועמד לכנסת או לראשות־הממשלה, וזאת על יסוד "העדפות מסדר שני" כלשהן של הרוב בכנסת (כגון, כי אין זה ראוי שמי שכיהן כבר שבע שנים רצופות כראש־ממשלה יוכל להיות מועמד לתקופת־כהונה נוספת), ובין הגבלת כוחו של הרוב בכנסת עצמה מתוקף קביעת כלל הכרעה על־רובי. ההכרה הציבורית בכוחה של הכנסת להכריע בעניינים מן הסוג הראשון מלמדת על הכרה דומה בכוחה גם באשר עניינים מן הסוג השני.

לעומת זאת, מכאן אין נובעת הכרה בכוח בלתי־מוגבל של הכנסת לשריין הכרעות חברתיות ספציפיות. למעשה, עד תחילת שנות התשעים גילתה הכנסת עצמה רתיעה ניכרת מקביעת הוראות שתכליתן עיגון של הכרעות חברתיות מסוימות.[53] אמנם, לפי גישות מסוימות, קביעתם של הסדרים במסגרת חוקים שכותרתם "חוק־יסוד" עשויה ללמד על כוונה להעניק להם מעמד "על־חוקי", אך בהיעדר הליך מיוחד לשינוי חוקי־יסוד לא היה בכך כדי להעניק להוראות שנכללו בחוקי־יסוד מעמד משוריין, הכובל מבחינה מעשית את כוחו של הרוב בכנסת.

מגמה זו של הימנעות מקביעת הוראות שריון נבעה – כך יש לשער – מן ההערכה שקביעת הוראות שריון חייבת להיעשות בהסכמה רחבה. בהיעדרה של הסכמה רחבה לתוכנם של ההסדרים החברתיים השונים, שריונם מפני שינוי בעתיד נתפס כמהלך בלתי־לגיטימי מבחינה ציבורית. זוהי תפיסה העשויה ללמד על ההערכה של חברי־הכנסת עצמם, כי ההכרה הציבורית בהם כבעלי סמכות לקבוע הוראות "חוקתיות" מוגבלת למדי. ביטוי למגמה זו הוא יחסה של הכנסת לסוגיית הגבלתה של הזכות להיבחר. הגבלת זכותן של רשימות להשתתף בבחירות לכנסת בשל תוכנם של ההסדרים החברתיים שהן מבקשות

53. ההריג היחיד כמעט למגמה זו היה השריון של סעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת, העוסק בשיטת הבחירות לכנסת. בחוק־יסוד: הכנסת, נקבע גם שריון של סעיף 44, אך כאן אין מדובר בעיגון של הכרעה מסוימת, אלא בהסינותו של חוק־היסוד מפני שינויו באמצעות תקנות לשעת־חירום.

nevo.co.il

לקדם היא הוראה "חוקתית" מובהקת: הגבלת הזכות להיבחר מרשימות המבקשות לשנות את אופיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית משריינת למעשה את אופיה זה של המדינה. חרף העובדה שסוגיה זו עלתה לדיון ציבורי כבר ב-1965, בעקבות פסק-הדין בע"ב **ירדור**,[54] נמנעה הכנסת מלקבוע הסדר כלשהו בעניין עד שכמעט נאנסה לעשות כן כעשרים שנה לאחר-מכן, בעקבות פסק-הדין בע"ב **ניימן**.[55]

בתחילת שנות התשעים חל שינוי במגמה זו. השינוי בא לידי ביטוי עם חקיקת חוק-יסוד: הממשלה; חוק-יסוד: חופש העיסוק; וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – כולם ב-1992. מגמה זו הואצה בעקבות פסק-הדין בע"א **בנק המזרחי**, שבו נקט בית-המשפט העליון עמדה פורמליסטית (לפחות לכאורה, כפי שנראה מיד), שלפיה מוקנית לכנסת הסמכות לקבוע הוראות "חוקתיות" כעניין אקסיומטי, בלא תלות בהכרה ציבורית רחבה בקיומה של סמכות שכזו; והוענק מעמד "חוקתי" למכלול ההוראות הקבועות בחוקי-היסוד. על בסיס זה יש להבין את הנסיונות התכופים בשנים האחרונות לשריין הכרעות חברתיות ספציפיות, דוגמת החלתו של המשפט הישראלי על שטחים שנכבשו במלחמה.[56]

למעשה, אפשר לתאר את פסק-הדין בע"א **בנק המזרחי** כניסיון של בית-המשפט ליזום מהלך חברתי של הענקת לגיטימציה לכנסת לקבוע הוראות "חוקתיות".[57] חלקים ניכרים מפסקי-הדין של הנשיא שמגר והנשיא ברק מוקדשים לנסיונות להפיג החששות מפני שימוש-לרעה בכוחה של הכנסת לשריין הסדרים חברתיים ספציפיים. אולם באופן אירוני הדבר נעשה באופן המלמד דווקא על כך שאמונו של בית-המשפט בכנסת מוגבל: בפסק-הדין שזורות אמירות לרוב, שלפיהן במקרה מתאים עשוי בית-המשפט שלא להכיר בתוקפן של הוראות שריון שתקבע הכנסת, אף אם אלה ייכללו בחוקי-יסוד. כך, למשל, הנשיא שמגר ציין, כי "[סמכות] הכבילה איננה בלתי-מוגבלת. הדעת נותנת כי לכבילת בית המחוקקים יהיו גבולות"[58] וכי "בכוחה של הכנסת... לשריין בחקיקה (בהיבט הצורני או התוכני) **ערכי יסוד של מדינת ישראל**" (ההדגשה שלי – ב"מ);[59] ואילו הנשיא ברק העיר כי אינו שולל אפשרות להחלתו של מבחן מהותי כלשהו, נוסף על זה הצורני,

---

54. ע"ב 1/65 **ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט (3) 365 (להלן: ע"ב **ירדור**).

55. ע"ב 2/84 **ניימן ואח' נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד לט (2) 225 (להלן: ע"ב **ניימן**).

56. ראו לעיל, הערה 2 והטקסט שלידה.

57. במובן זה אני מסכים עם הגדרתה של רות גביזון, שלפיה "המהפכה החוקתית" אינה תיאור המציאות, אלא בבחינת נבואה המגשימה – או מבקשת להגשים – את עצמה. ראו גביזון (לעיל, הערה 18).

58. ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 293.

59. שם, 289. המדובר ב"ערכים אשר מתאפיינים בקונצנזוס חברתי רחב" (שם, שם). ראו גם שם, 292: "המסורת החוקתית שלנו דגלה בטיעון, כי הכנסת היא בעלת כוח לכבול את עצמה **בסוגיות יסוד**" (ההדגשה שלי – ב"מ).

nevo.co.il

כתנאי לקביעת תוקפה של הוראת שריון.[60] בספרו הנשיא ברק אף ציין במפורש, כי "[אין לשלול] אפשרות של ביקורת שיפוטית על החוקיות בשימוש בכותרת 'חוק־יסוד', ועל החוקיות שבהצמדתו של דיבור זה לחוק שעל־פי תוכנו אינו חלק מפרקיה של החוקה".[61]

ספק אם דברי הרגעה אלה אכן השיגו את יעדם והביאו לשינוי בתפיסה הציבורית את סמכויותיה של הכנסת. כאמור, אמירות מסוג זה מעידות כי אף בית־המשפט העליון עצמו – כמוהו כציבור הרחב – אינו נותן אמון בכנסת שלא תנצל לרעה את כוח הכבילה שלה. כפי שציין קליין – לשיטתו, בצדק – ההכרה בקיומה של סמכות מכוננת משמעה מיניה־וביה הכרה בכוח בלתי־מוגבל בידי הרשות המכוננת.[62] הקביעה של בית־המשפט העליון, כי הוא עשוי להחיל ביקורת שיפוטית על התוכן של הוראות השריון מרוקנת מתוכן את משמעות ההכרה בקיומה של סמכות מכוננת בידי הכנסת. משמעותה של קביעה זו היא, כי "כלל ההכרעה הראשוני" – הכלל שלפיו נקבע תוקפם של "כללי המשחק" –

60. ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 406: "מה דין חקיקה עתידית של הכנסת, אשר תעשה 'שימוש־לרעה' בדיבור 'חוק־יסוד' תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה, שבינה ובין חוקה אין ולא כלום? שאלה זו איננה פשוטה כלל ועיקר... אני מבקש להשאיר [אותה] בצריך עיון". כן ראו ברק, **פרשנות חוקתית** (לעיל, הערה 14), 46: "האין לדרוש בחינה עניינית, אם אכן תוכנו של דבר החקיקה הוא מסוג העניינים אשר חוקה עוסקת בהם?"; ברק, **תורת הפרשנות הכללית** (לעיל, הערה 14), 557, הערה 73: "חוק הוא חוק־יסוד אם על־פי מהותו ותוכנו הוא קובע הוראות חוקתיות" (ההדגשה שלי – ב"מ). ראו גם בג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת**, פ"ד נג (4) 92 (להלן: בג"ץ **התנועה למען איכות השלטון**), עמ' 95.

61. ראו ברק, **פרשנות חוקתית** (לעיל, הערה 14), 283. וראו בהקשר קרוב שם, 566-567, שם נמנע הנשיא ברק מלשלול אפשרות "לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של שינוי (מבחינת המהות) [של – ב"מ] החוקה עצמה", אף כאשר השינוי עומד בדרישות הצורניות. לגישתו, "דבר מקובל וידוע הוא שבתי המשפט בודקים את חוקיותם של תיקוני חוקה. לא פעם נפסל תיקון חוקתי בהיותו לא חוקתי, וזאת ... גם בעניינים של מהות" (ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 394). ראו גם פסק־דינו של השופט בך, שם, 580: "אם באחד הימים יתקבל בכנסת חוק־יסוד [משוריין – ב"מ], ... אשר לגביו ייטען כי נעשה שימוש־לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת, וכי אין המדובר בחוק אשר בשל תוכנו ומשקלו הציבורי־ממלכתי מצדיק את השימוש בסמכות המיוחדת האמורה של הכנסת", עשוי בית־המשפט לשלול את תוקפה של הוראת השריון. ראו גם קרצמר (לעיל, הערה 38), 377: "[יש להחיל ביקורת שיפוטית על תוכנם של ההסדרים המשוריינים כאשר נעשה – ב"מ]... במובהק שימוש־לרעה בסמכות לשריין הסדרים, היינו: שימוש בסמכות זו כדי לשריין הסדרים שהם בבירור הסדרים פוליטיים שוטפים, ולא הסדרים הראויים להיכלל בחוקה הפורמלית של המדינה"; **רובינשטיין** (לעיל, הערה 5), 394-395; **בנדור** (לעיל, הערה 15), 139-145.

62. ראו קליין (לעיל, הערה 15), 353.

nevo.co.il

אינו "כללי ההכרעה שנקבעו על־ידי הרשות המכוננת", אלא כלל שונה, שטיבו לא הובהר בפסקי־הדין של הנשיא שמגר והנשיא ברק.[63]

הרתיעה של שופטי הרוב בפסק־הדין בע"א **בנק המזרחי** מהכרה בקיומה של סמכות בלתי־מוגבלת בידיה של הכנסת לקבוע הוראות שריון משקפת את המוסכמה החברתית, כפי שתוארה לעיל: מצד אחד, ישנה נכונות להכיר בכוחה של הכנסת לקבוע כללי הכרעה על־רוביים, ומצד אחר, השילוב של האופי הבלתי־הדיר של הוראות שריון, היעדר מגבלות דיוניות הכרוכות בהליך קביעתן של הוראות "חוקתיות" (מלבד השימוש בביטוי "חוק־יסוד" בשם החוק) והיעדר מידה מספקת של אמון בכנסת, מוליך לזהירות רבה באשר להכרה בסמכות לקבוע הוראות "חוקתיות".

הנשיא שמגר ביטא את החשש מפני אי־ההדירות של קביעת הוראות שריון בהכרה מרומזת בכך שהכנסת אינה בהכרח כבולה מתוקף הוראות שכאלה. לשיטתו, "בכוחה של הכנסת... לכבול את עצמה וכל כנסת שאחריה, **וזאת בכפיפות** (ההדגשה שלי – ב"מ) לסמכות שינוי או ביטול הכבילה בדרך הנקבעת על־ידי הכנסת".[64] אמנם, הנשיא שמגר לא פירש מהו התוכן של אותה "כפיפות לסמכות שינוי או ביטול הכבילה"; עם זאת, הגדרתה כסייג לסמכות הכבילה מלמדת כי הכוונה לסמכות טבועה כלשהי, המאפשרת לכנסת, שאסורה בכבלי הוראת שריון, להשתחרר מהם אף שלא על־פי תנאי הכבילה.[65] הנשיא שמגר אף ציין, כי "ראוי לקבוע מספר קווים מנחים להקיקה חוקתית עתידה, שהרי גם אם מפקידים את חקיקת החוקה בידי רשות מכוננת, עדיין נותרת בעינה השאלה מהו הקו שבו תנקוט בזיהוי הנושאים הראויים להיכלל בחוקה, ומה שיטת החקיקה והמיון המהותי בה תנקוט".[66]

המוסכמה החברתית עשויה כמובן להשתנות אם יוחלו דרישות דיוניות אפקטיביות כתנאי לקביעת הוראות שריון (למשל: אם תתקבל הצעת חוק־יסוד: החקיקה, שלפיה קבלתם של חוקי־יסוד ותיקונם ייעשו ברוב מיוחס של שני שלישים מחברי־הכנסת). עם זאת חשוב לזכור, כי האפקטיביות של דרישות הצורה בהקטנת הסיכון של שימוש־לרעה בכוחו של הרוב לעגן סטטוס־קוו מסוים תלויה לא רק בהליך הפורמלי הנדרש לקבלת הוראת שריון. היא תלויה גם במסורת החוקתית והפוליטית – האופן שבו נתפסות ההוראות החוקתיות בציבור, ובעיקר מידת האמון הציבורי, בהפעלת סמכות זו על־ידי הכנסת.

לפיכך, מצד אחד, בידי הכנסת סמכות לקבוע כללי הכרעה על־רוביים, ומצד אחר, הכנסת אינה "רשות מכוננת" במובן המקובל של ביטוי זה – כלומר: רשות הנהנית

---

63. לביקורת דומה ראו זלצברגר (לעיל, הערה 10), 688-689.
64. ראו ע"א **בנק מזרחי** (לעיל, הערה 7), 289.
65. אגב, זו הפרשנות המקובלת בארצות־הברית לגבי תוקפן של הוראות שריון בחקיקה רגילה. ראו להלן, הערה 82. זו גם גישתו של השופט חשין בע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 530-535; וכן בבג"ץ **התנועה המסורתית** (לעיל, הערה 5).
66. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 7), 294.

nevo.co.il

מסמכות בלתי־מוגבלת – בהיעדר אמון ציבורי מתאים. מהם אפוא גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע כללי הכרעה על־רוביים?

ד. אמת־מידה לקביעת תוקפה של הוראת שריון

1. עיקרה של אמת־המידה המוצעת

הזיהוי של גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע כללי הכרעה על־רוביים הוא עניין סבוך: מצד אחד, אם מקבלים את הטענה כי המוסכמה הציבורית היא שלכנסת סמכות מוגבלת בלבד לקבוע הוראות "חוקתיות", הרי החלתה של ביקורת שיפוטית על אופן השימוש שעושה הכנסת בסמכותה זו היא בלתי־נמנעת. מצד אחר, כאמור לעיל, אין אמת־מידה אובייקטיבית לקביעה מהו בהקשר נתון כלל ההכרעה האופטימלי. אמת־המידה המוצעת כאן מבוססת על השאיפה לצמצם ככל האפשר את היקפן של ההכרעות הערכיות הנדרשות לשם החלת ביקורת שיפוטית על קביעה של כללי הכרעה.

כזכור, ביסוד הטענה כי סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות "חוקתיות" אינה בלתי־מוגבלת עומד החשש מפני שימוש־לרעה של הכנסת בסמכותה זו. לחבר־כנסת התומך בסטטוס־קוו בסוגיה מסוימת עשוי להיות אינטרס לקבוע, כי ההכרעות בסוגיה זו בעתיד יתקבלו ברוב מיוחס כלשהו, אם – להערכתו – הסיכוי שהוא ימשיך להחזיק בעמדתו הנוכחית גבוה מן הסיכוי שישנה את דעתו. לפי זה, הרוב הנוכחי, התומך בסטטוס־קוו בנושא מסוים, עשוי לתמוך בכלל הכרעה המחייב רוב מיוחס לשם סטייה מהסטטוס־קוו, לא משום שזהו – לדעתו – כלל ההכרעה האופטימלי באותו הקשר, אלא בשל שאיפתו להנציח את הסטטוס־קוו, גם אם בעתיד יתמכו בו רק מיעוט של חברי־הכנסת.

אמת־המידה המוצעת כאן מסווגת את הוראות הכבילה בהתאם לעוצמת החשש מפני שימוש־לרעה בסמכות הכנסת לקבוע כללי הכרעה. בהקשרים שבהם החשש הוא נמוך, אפשר להימנע מבחינה מהותית של ההצדקה שבקביעת הוראת השריון. הסיווג נעשה באמצעות ההערכה, האם מדובר בקביעה של כלל הכרעה על־רובי או בעיגון של הכרעה חברתית נתונה. במקרים מן הסוג הראשון, החשש מפני שימוש־לרעה בכוח הכבילה של הכנסת אינו ממשי, ולפיכך במקרים אלה אפשר להימנע מהחלת מבחן מהותי לקביעת תוקפה של הוראת השריון. למעשה, אלה הם אותם הקשרים שעליהם מוחלת המוסכמה הציבורית בדבר סמכותה של הכנסת לקבוע את "כללי המשחק". לעומת זאת, כאשר מדובר בכבילה לסטטוס־קוו מסוים, אין הכנסת יכולה ליהנות מחזקה בדבר תקינות פעולתה. במקרים אלה יוכר תוקפה של הוראת הכבילה רק אם קיימת באופן מובהק הצדקה להחלתה.

אפשר להסביר את ההבחנה המוצעת באמצעות היקש מעניין קרוב – היקף הפיקוח השיפוטי על פעולתה של הכנסת כ"מחוקקת לעצמה". המדובר במצבים שבהם לחברי־הכנסת עניין אישי, דוגמת קביעת שכרם, תקופת כהונתם, גובה מימון המפלגות וכדומה. אלה הם מקרים שבהם החשש משימוש־לרעה בסמכותה של הכנסת ניכר במיוחד. החשש הוא, כי הכרעותיהם של חברי־הכנסת תשקפנה בעיקר את האינטרס האישי שלהם

nevo.co.il

ולא את עמדתם העקרונית בסוגיות הנידונות. בהתאם, נכון אז בית־המשפט להחיל במקרים אלה פיקוח שיפוטי ניכר על החלטות הכנסת כפי שנעשה, למשל, לגבי ההחלטות בסוגיית מימון המפלגות.[67] בהקשר זה ציין השופט חשין, כי קיימים "כוחות הטבועים בעצם קיומה של הכנסת ואשר יש בהם כדי להגביל את סמכותה".[68] לעומת זאת, כאשר אין מדובר ב"חקיקה עצמית", אין ניתן משקל לאפשרות כי לחברי־הכנסת היה עניין אישי בהחלטה העומדת לדיון.[69] כך בהקשר הנידון כאן: כאשר הוראת השריון מבטאת עיגון של סטטוס־קוו מסוים, החשש מפני שימוש־לרעה בסמכות הכבילה הוא ממשי, וממילא נדרש אז להחיל ביקורת שיפוטית לבחינה, האם קיימת הצדקה מהותית לכבילה. לעומת זאת, כאשר הוראת השריון אינה מבטאת אלא קביעת כלל הכרעה, המשקף "העדפות מסדר שני", קטן הצורך בבחינה כאמור.

2. בחינת התכלית של הוראת השריון

הטענה היא אפוא, כי קביעת כללי הכרעה שכל תכליתה להנציח סטטוס־קוו מסוים עלולה להיות שימוש־לרעה בסמכות זו. ממילא, כדי לקבוע האם הוראת שריון מסוימת תקפה יש לבחון את תכליתה. גורם מרכזי בהקשר זה הוא היקף התחולה של כלל ההכרעה – ככל שרחב טווח העניינים שעליו אמור להיות מוחל כלל ההכרעה – כן רב הסיכוי שהכרעתו

---

67. ראו, למשל, פסקי־הדין שהוזכרו לעיל, הערה 6; בג"ץ 2060/91 **כהן ואח' נ' יושב־ראש הכנסת**, פ"ד מו (4) 319 (להלן: בג"ץ כהן); בג"ץ 971/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת** (טרם פורסם). ברוח זו ניכרת בשנים האחרונות מגמה להעביר לגופים חיצוניים לכנסת את הסמכות להכריע בעניינים שבהם יש לחברי־הכנסת עניין אישי, דוגמת קביעתו של גובה מימון המפלגות (סעיף 1א לחוק מימון מפלגות, תשל"ג-1973, ס"ח 52) וקביעת שכר חברי־הכנסת.

68. ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 545. לדיון בסוגיה זו ראו יואב דותן, "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית־המשפט העליון", **משפטים** לא (תשס"ב) 771.

69. אמנם, על חברי־הכנסת מוטל האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים (סעיף 5 להחלטת ועדת־הכנסת מיום 23.11.83 בדבר כללי אתיקה לחבר הכנסת, י"פ תשמ"ד 842 (להלן: כללי האתיקה לחבר כנסת), ולשם מימושו מוטל עליהם איסור על כל עיסוק נוסף (סעיף 13א לחוק חסינות חברי־הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951, ס"ח 228). אם לחבר־הכנסת עניין אישי ספציפי בנושא העומד לדיון, אסור לו להשתתף בדיון בוועדה. אך לאחר שמסר בפומבי על העניין האישי שלו, הוא רשאי להשתתף בהצבעה במליאת הכנסת. ראו שי ניצן, "ניגוד עניינים של חברי־כנסת", **משפטים** כ (תשנ"א) 457; **רובינשטיין** (לעיל, הערה 5), 498-503. מניעת ניגוד עניינים של חברי־הכנסת הוא אחד הטעמים לאסור עליהם לכהן בתפקידים ציבוריים אחרים במקביל לכהונתם בכנסת. ראו סעיפים 7 ו-42 לחוק־יסוד: הכנסת. בעניין זה ראו בג"ץ 7157/95 **ארד נ' יושב־ראש הכנסת ואח'**, פ"ד נ (1) 573. עם זאת, מובן שאי־אפשר למנוע כליל מצבים שבהם לחברי־הכנסת עניין אישי בתוצאות הצבעתם, כגון כאשר מדובר בהכרעה הצפויה להשפיע על גובה המס שיידרשו הם וקרוביהם לשלם, על שווי רכושם וכדומה.

nevo.co.il

של חבר־הכנסת תתבסס על ההעדפות מ״סדר שני״ שלו ולא על עמדותיו לגבי הסדרים חברתיים ספציפיים הקיימים כבר.

כך, למשל, כאשר חבר־כנסת נדרש לשאלה, האם יש לשריין את חוק רמת־הגולן, הכרעתו צפויה להיות מושפעת במידה מכרעת מעמדתו לגבי הסטטוס־קוו. לעומת זאת, כאשר עליו להחליט באשר לכלל ההכרעה שלפיו יתקבלו כל ההחלטות בתחום קשרי־החוץ של ישראל ובטחונה (וכן אם נקבעת דרישה לרוב מיוחס, מה תהיה התוצאה במקרה שבו לא מושג רוב מיוחס שכזה), נחלשת השפעת עמדתו בסוגיית המשך ריבונות ישראל ברמת־הגולן על עמדתו בשאלה, מהו כלל ההכרעה הראוי. כמו־כן, העמדה באשר לרוב הדרוש במשאל־עם לאישור החלטה בדבר נסיגה מרמת־הגולן צפויה להיות מושפעת במידה מכרעת מן ההעדפות מ״סדר ראשון״, דהיינו: מן העמדה באשר לסוגיה שתוכרע במשאל־העם. מנגד, קביעת הרוב הדרוש במשאל־עם לאישור כל החלטה של הכנסת באשר להחלטת הממשלה לסגת מרמת־הגולן – הן אישור החלטת הממשלה הן דחייתה – עשויה לבטא במידה רבה יותר העדפות מ״סדר שני״, דהיינו: עמדה באשר לרוב שעל־פיו ראוי לקבל החלטות בסוגיות מסוג זה.

למעשה, הבחינה היא האם קביעת כללי ההכרעה נעשתה ״מאחורי מסך של בערות״? פרט מוגדר כמי שפועל ״מאחורי מסך של בערות״ כאשר אינו יודע מה יהיה ״מקומו בחברה״,[70] אך הוא מעריך כי קיים סיכוי (או סיכון) שווה שלאחר שיורם ״מסך הבערות״, הוא ימצא את עצמו בנעליו של כל אחד מן הפרטים בחברה. במקור שימש מושג זה לבחינת ההכרעה (או שיטת ההכרעה) הצודקת על־ידי ״זיקוק״ העמדה של כל פרט באשר לסוגיה העומדת על הפרק מהשפעתם של האינטרסים האישיים שלו.[71] עקרונית אפשר

70. רולס הבחין בין שני סוגים של פעולה מאחורי ״מסך של בערות״: האחד, ״המצב הבסיסי״ (״the original position״), שבו אי־הידיעה רחבה מאוד, וחלה גם על מאפייניה של החברה שהפרטים פועלים בה (רולס (לעיל, הערה 1), 137); והשני, ״הוועידה החוקתית״ (״constitutional convention״), שבו בידי הפרטים מידע בדבר מאפייניה של החברה ובדבר עקרונות של צדק באופן המאפשר חילוקי־דעות פוליטיים בין הפרטים. ראו שם, 195-196. הדיון המובא כאן מבוסס על המובן השני של פעולה מאחורי מסך של בערות.

71. ניתוח תיאורטי מסוג זה נעשה בין השאר, על־ידי Harsanyi להוכחת הטענה כי אמת־המידה הצודקת לקבלת החלטות בחברה היא התועלתנות, שכן בהימצאו במצב זה צפוי פרט רציונלי לבחור בה. ראו: J.C. Harsanyi, "Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk-Taking", 61 *J. of Polotical Econ.* (1953) 434. לניתוח דומה ראו: Kenneth J. Arrow, "Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice", 70 *Journal of Philosophy* (1973) 245. רולס השתמש בניתוח מסוג זה לביסוס תפיסת הצדק שלו (**רולס** (לעיל, הערה 1)); ובמידה פחותה, רולס (לעיל, הערה 42), 22-28. ראו באופן דומה: Martin Shubik, "Competitive equilibrium Contingent Commodities and Information", 17 *J. of Finance* (1977) 189, שם הוכח כי שני פרטים שונאי סיכון יוכלו לשפר את רווחתם אם יסכימו ביניהם ״מאחורי מסך הבערות״ על חלוקה שווה של העושר שיהיה בידי כל אחד מהם, לכשיורם המסך. ביוקנן וטולוק השתמשו בניתוח המבוסס על מושג

nevo.co.il

להחיל בחינה מסוג זה גם בהקשר הנידון כאן כדי לקבוע, האם חברי־הכנסת היו בוחרים בכלל הכרעה על־רובי מסוים גם אלמלא ידעו מהי עמדתם באשר להכרעות החברתיות הספציפיות המשוריינות מכוחו של כלל זה? עם זאת ברור, כי תוצאותיה של בחינה מסוג זה רחוקות מלהיות חד־משמעיות ועשויות להיות שנויות במחלוקת.[72]

לעומת זאת, כאשר כלל ההכרעה נקבע בפועל "מאחורי מסך של בערות", בחינה כאמור כלל אינה נדרשת. התפיסה היא, כי "the veil of ignorance transforms potential interpersonal conflicts into intrapersonal ones".[73] כאמור לעיל, ההנחה שעליה מבוססת התיאוריה בדבר כוחה הבלתי־מוגבל של הרשות המכוננת היא כי כאשר נקבעת חוקה ומוקמת שיטה משפטית חדשה, פועלים הפרטים במידה רבה "מאחורי מסך של בערות". בשלב זה טרם התקבלו הכרעות כלשהן ואין סטטוס־קוו שההכרעה עוסקת בו. משום־כך קביעת כללי הכרעה על־ידי הרוב הרגיל אמורה לשקף בעיקרו של דבר את העדפותיו מ"סדר שני".[74] ברוח דומה טענה גביזון, כי כדי שחוקה תשיג את יעדיה – הגנה על מסגרת יציבה של כללי משחק וערכי־יסוד – מוטב שהסדרים חוקתיים יאומצו בהליך מיוחד אשר יאפשר לנתק בין ההשפעות של הפוליטיקה הרגילה ובין הפוליטיקה

זה כדי להתגבר על הבעיה שבהשוואה בין־אישית של תועלות: מאחורי "מסך הבערות" הפרט עצמו משווה בין התועלות שלו במצבי עולם שונים, כלומר: בתור פרטים שונים. לפי גישה זו, תוצאה מסוימת – ובכלל זה, הבחירה בכלל הכרעה מסוים – צודקת לא רק כאשר היא יעילה במובן פרטו "בדיעבד" – כלומר: הפרטים מסכימים לה פה אחד – אלא גם כאשר היא יעילה במובן פרטו "מלכתחילה", כלומר: היא זו הצפויה להיבחר מאחורי "מסך הבערות" על־ידי פרט רציונלי. ראו **ביוקנן וטולוק** (לעיל, הערה 34), 92-93. לבסוף אפשר לפרש את תפיסת הצדק שניסח הלל הזקן כמבוססת אף היא על מושג זה: "מעשה בנכרי אחד [שביקש] גיירני על־מנת שתלמדני כל התורה כולה, כשאני עומד על רגל אחת ... אמר לו [הלל]: 'מה ששנוא עליך לא תעשה לחברך' – זוהי כל התורה כולה, והשאר פירוש הוא – לך למד" (שבת לא).

72. רולס טען כי אפשר לעגן את שיטת הרוב בהסכמה כללית לה ב"מצב המקורי". ראו **רולס** (לעיל, הערה 1), 356-362. אולם, כפי שציין דוד הד, ספק רב האומנם "עיקרון הרוב הוא עיקרון ההכרעה, שהחתומים על האמנה תחת 'מסך הבערות' במצב המקורי יסכימו עליו כעיקרון הרציונאלי וההוגן לפתרון מחלוקות במצב החברתי" (**הד** (לעיל, הערה 34), 86). דומה, כי גם רולס עצמו נסוג מהערכה אופטימית זו באשר לאפשרות להעריך באופן אובייקטיבי את תוכנה של ההסכמה באשר לכלל ההכרעה מעבר למסך הבערות. ראו **רולס** (לעיל, הערה 42), xvi-xx. להערכה דומה ראו **ארטו** (לעיל, הערה 19), 684; **שפירו** (לעיל, הערה 41), 79; J.W. Harris, *Legal Philosophies* (Butterworths, London, 1980), 268-269.

73. Ludwig Van den Hauwe, "Constitutional Economics", *The Elgar Companion to Law and Economics* (Jurgen G. Backhaus - ed., Nothapton, Ma., 1999) 100, p. 111. ראו גם: Victor J. Vanberg, *Rules and Choice in Economics* (Routledge, London, 1994), 170.

74. ראו לעיל, הערה 48 והטקסט שלידה.

nevo.co.il

החוקתית.[75] אופן אימוץ כזה של הסדרים חוקתיים, הנהנים מנוקשות ומעליונות, אמור להבטיח כי קביעתם נעשית "מאחורי מסך של בערות".[76] דוגמא קרובה לכך היא ההסדר שנקבע לכינון החוקה הדמוקרטית של הונגריה, ולפיו השיח – דהיינו: סוג הנימוקים שכל אחד ממקבלי ההחלטות רשאי להעלות במסגרת הדיון בהוראות שייכללו בחוקה – ידמה הימצאות "מאחורי מסך של בערות". הדבר נעשה באמצעות שלילת הלגיטימיות של טיעונים שעניינם השפעתם של ההסדרים החוקתיים – בעיקר בתחום שיטת הבחירות ושיטת המשטר – על האינטרסים של מפלגה כלשהי או של קבוצה מסוימת באוכלוסייה.[77]

בישראל, החמצת ההזדמנות לקבל חוקה בסמוך להקמת המדינה[78] מנעה אפשרות שהחוקה תתקבל באופן המבטיח פעולה "מאחורי מסך של בערות". לפיכך מן ההכרח לבחון, האם התוכן של כל אחת מן ההוראות ה"חוקתיות" שהכנסת מחוקקת משקף פעולה "מאחורי מסך של בערות". כזה המצב כאשר עניינה של הכבילה – מבחינה כמותית ואיכותית כאחד – סוג רחב של עניינים.[79] כך אפשר להסביר את ההכרה בכוחה של

75. ראו גביזון (לעיל, הערה 18), 70. ברוח זו טען מולר, כי משום שלקביעת הסדרים בעלי מעמד משוריין צפויה להיות השפעה ארוכת־טווח, בשל הקושי הצפוי לסטות מן ההסדרים שייקבעו, משתתפי ההצבעה צפויים להצביע בהתאם לעמדותיהם בטווח הארוך. בשל אי־הוודאות באשר למעמד שלהם, או של צאצאיהם, בטווח זה בתחום הכלכלי, ההברתי והמדיני, הם צפויים להחליט בהתאם להנחה כי יש להם סיכוי שווה להיות עשירים או עניים, בעלי עמדות מדיניות או חברתיות "ימניות" או "שמאליות" וכדומה. ראו: D. Müller, "Constitutional Democracy and Social Welfare", 87 *Q. J. Econ.* (1973) 60; ראו גם: D. Müller, *Constitutional Democracy* (1996); Robert P. Inman, "Markets, Governments and the 'New' Political Economy", *Handbook of Public Economics* (vol. II, Alan J. Auerbach and Martin Feldstein – eds., North-Holland, Amsterdam, 1987) 647, p. 743.

76. ברוח זו טען ביוקנן, כי הכרעות חברתיות, ובכלל זה קביעת כללי הכרעה, צריכות להיעשות במידה רבה ככל האפשר "מאחורי מסך של בערות". ראו: James M. Buchanan, "How Can Constitutions Be Designed So that Politicians Who Seek to Serve 'Public Interest' Can Survive?", 4(1) *Constitutional Political Economy* (1993) 1.

77. ראו ארטו (לעיל, הערה 19), 684: "[T]he participants [were not] strictly Rawlsian – entirely ignorant about the conditions of particular individuals, including themselves. But they were forced to argue as if they were, excluding arguments in terms of self-interest in favor of others based on principles. Such rules of discourse inevitably affect the result".

78. לדיון בהחמצה היסטורית זו ראו אלפרד ויתקון, "המשפט בארץ מתפתחת", **משפט ושיפוט** (תשמ"א) 39, עמ' 46.

79. ברוח זו ציין הנשיא ברק, כי "הצידוק [להכרה בסמכות הכבילה] נגזר ממהותה של חוקה ומההגיון המונח בבסיסה. חוקה עוסקת בענייני יסוד של מבנה המשטר וזכויות האדם" (ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 410).

nevo.co.il

הכנסת לשריין הוראות בעלות "סממנים עניייניים מסוימים (המבנה השלטוני, עקרונות וזכויות יסוד)", המצטיינות ב"מופשטות".[80] המוסכמה החברתית מכירה בכוחה של הכנסת לקבוע כללי הכרעה מסוג זה (ובהתאם, הסטייה מהן, אף אם היא נעשית בהתאם לפרוצדורה שנקבעה, נתפסת כבלתי־לגיטימית[81]). במקרים כאלה גם נחלש במידה ניכרת החשש מפני שימוש־לרעה בכוחו של הרוב ועמו נחלש הצורך בהחלת ביקורת שיפוטית על הוראות הכבילה.

שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בניסיון לשריין הכרעה חברתית נתונה או כאשר כלל ההכרעה העל־רובי מוחל על מגזר צר של סוגיות, שלגביהן הסטטוס־קוו ברור. במקרה כזה המוסכמה החברתית, המדגישה אז את החשש מפני שימוש־לרעה בכוחו של הרוב, מחייבת דווקא הנחת־מוצא הפוכה. ההכרה בתוקפה של הכבילה במקרה כזה צריכה להתבסס על בחינת קיומה של הצדקה לעצם קביעתה מבחינת הנושא המשוריין ולעוצמת הכבילה הנובעת ממנה.

התוצאה היא, כי לכנסת סמכות לקבוע כללי הכרעה על־רוביים אם אין הדבר מביא לעיגון של סטטוס־קוו מסוים. מכוחה של סמכות זו הרוב רשאי לקבוע כי עניינים מסוימים, שהוכרעו עד כה ברוב רגיל, יוכרעו מעתה ברוב מיוחס. עם זאת, חשוב להדגיש, כי הרוב מוסמך גם לקבוע שעניינים אשר הוכרעו עד כה ברוב מיוחס יוכרעו מעתה ברוב רגיל או בכל רוב אחר שייקבע (בדומה לכך סמכותו של הקונגרס האמריקני לקבוע כללי הכרעה על־רוביים מחוץ לגדר החוקה[82]). לפי זה, כשם שבחינת תוקפה של הוראת שריון

80. ראו שם, 295 (פסק־דינו של הנשיא שמגר).

81. דוגמא לכך היא התגובה הציבורית ליוזמתו של ראש־הממשלה אהוד ברק לבטל את ההגבלה שנקבעה בסעיף 33(א) לחוק־יסוד: הממשלה, באשר למספר המרבי של שרים שיכהנו בממשלה, עם כינון ממשלתו ב־1999. נראה שהביקורת כנגד ביטולה של ההגבלה התבססה על ההערכה שמדובר כאן בהסדר שנקבע מאחורי "מסך של בערות" ואין זה ראוי לשנותו בשל שיקולים שאינם משקפים עמדה עקרונית כנגדו, אלא בשל צרכים קואליציוניים. בעניין זה ראו בג"ץ התנועה למען איכות השלטון (לעיל, הערה 60), שם אמנם דחה בית־המשפט את הטענה כי התיקון אינו תקף, אך ציין כי "אין זה רצוי שחוקי־יסוד – המהווים פרקים של חוקת המדינה – יתקבלו או יתוקנו לצורך סיפוק צורכי־שעה קואליציוניים" (שם, 96).

82. ב־1995 החליט בית־הנבחרים לקבוע במסגרת התקנון שלו, כי לשם קבלת חוק הכרוך בהעלאת שיעורי המס תידרש הסכמה של לפחות שלוש חמישיות מן המצביעים בבית־הנבחרים. ראו: Rules of The House of Representatives, 104th Cong., Rule XXI(5)(c) (1995): "No bill … carrying a Federal income tax rate increase shall be considered as passed … unless so determined by a vote of not less than three-fifths of the Members voting". הוראה דומה נקבעה ב־1997: Rules of The House of Representatives, 105th Cong., Rule XXI(5)(c) (1997). הדיון בספרות המשפטית נפתח עם פרסום מכתב מאת 17 פרופסורים למשפטים, שבו נטען כי ההוראה אינה חוקתית. ראו: Bruce Ackerman *et al.*, "An Open Latter to Congressman Gingrich", 104

nevo.co.il

צריכה להיעשות על־פי ההערכה, האם מדובר בעיגון של הסדר ספציפי או בקביעת כלל הכרעה באותה סוגיה; כך גם בחינת תוקף הביטול של הוראת שריון צריכה להתבסס על ההבחנה בין ניסיון לעקוף את הכרעת הרוב באשר לכלל ההכרעה הראוי באותה סוגיה ובין שימוש לגיטימי בכוחו של הרוב לקבוע כלל הכרעה חדש באותה סוגיה.

לפני שאפנה להדגים את אופן יישומה של הגישה המוצעת כאן אוסיף ארבע הערות: ראשית, יש להבחין בין הטיעון המובא כאן ובין טיעון שעניינו ההצדקה שבשריון של עקרונות־מסגרת. גביזון טענה, בעקבות רולס, כי יש להבחין בין עקרונות־המסגרת, שבהם נקבעים "כללי המשחק", ובין הכרעות ספציפיות, הנעשות במסגרת הכללים הללו. השריון נועד "להוציא חלק מן ההסדרים בחברה ממנגנון ההחלטות הרגיל של יוצרי החוקים. רצון זה יכול להיות מבוסס על משאלה להבטיח לעקרונות־מסגרת מסוימים יציבות והגנה מפני רוב מזדמן, על חשש כי בנושאים מסוימים מנגנון־החקיקה הרגיל עלול להניב תוצאות לא אופטימליות או על צירוף שלהם".[83] דברים אלה נועדו להסביר את מניעיהם של מכונני החוקה לקבוע בה הוראות עליונות ונוקשות. לעומת זאת, הטיעון שהובא כאן אין עניינו בהצדקת השימוש בסמכות לקבוע כללי הכרעה על־רוביים; עניינו בבחינת עצם קיומה של הסמכות. כאשר הרוב בכנסת מפעיל את סמכותו זו באופן המבטא "העדפות מסדר שני", עמדתו של בית־המשפט באשר להצדקה שבקביעת כלל ההכרעה העל־רובי או לסוג הכלל שנקבע אינה רלבנטית. כאמור, בחינה באשר להצדקה שבאופן השימוש בסמכות נדרשת רק כאשר השריון אינו נעשה "מאחורי מסך של בערות".

שנית, חשוב לזכור כי ככל שהוראת הכבילה חלה על מגוון רחב יותר של הכרעות, כן פוחתת המידה שבה הצבעתו של חבר־הכנסת משקפת את העדפותיו. חבר־כנסת עשוי להעדיף כללי הכרעה שונים באשר לסוגים שונים של הכרעות, וחיובו לבחור בכלל הכרעה אחד, שיוחל בשורה של עניינים, עלול למנוע ממנו לתת ביטוי נאות ל"העדפות

John O. McGinnis and Michael המכתב גרר תגובת־נגד מאת .Yale L.J. (1994) 1539 B. Rappaport, "The Constitutionality of Supermajority Rules: A Defense", 105 Yale L.J. (1995) 483, שבעקבותיה נפתח פולמוס רחב בעניין. עתירה לבית־המשפט כנגד חוקיותן של הוראות אלה נדחתה בלא לדון בעניין לגופו. ראו: Skaggs v. Carle 110 F. 3d 831 (1997). עיקרה של המחלוקת נסב סביב פרשנותה של הוראה בחוקת ארצות־הברית, שלפיה חוק תקף אם "אושר" (passed) בקונגרס. ראו: U.S. Const. Art. I, Sec. 7, Clause 2: "Every Bill which shall have passed the House of Representative and the Senate ... shall become a law [unless vetoed by the President]". לענייננו, גם המצדדים בתוקפו של כלל ההכרעה העל־רובי שקבע הקונגרס מסכימים כי אין בו כדי לשלול מן הרוב (הרגיל) את הסמכות לשנות את כלל ההכרעה. ראו, למשל: John O. McGinnis and Michael B. Rappaport, "The Rights of Legislators and the Wrongs of Interpretation: A Further Defense of the Constitutionality of Legislative Supermajority Rules", 47 *Duke L.J.* (1998) 327, p. 344.

83. ראו גביזון (לעיל, הערה 18), 41.

מסדר שני" שלו.[84] על בית־המשפט להכיר אפוא בצורך לקבוע כללי הכרעה באופן שישקף במידה מדויקת ככל האפשר את ההעדפות של חברי־הכנסת. מצורך זה מתחייבת השאיפה לקונקרטיזציה בקביעת היקף תחולתו של כלל ההכרעה שנקבע. מאותו צורך בדיוק עשויה להתחייב, כאמור, גם המגמה ההפוכה לשם מניעת השפעתה של העמדה לגבי הסטטוס־קוו על קביעת כלל ההכרעה. משום־כך נדרשת בהקשר הנדון זהירות בקביעת ההיקף הראוי של תחולתה של הוראת השריון. זהירות זו מתבטאת, בין השאר, בכך שהדרישה כי הוראת השריון תקבע "מאחורי מסך של בערות" אינה מהווה תנאי הכרחי להכרה בתוקפה של הוראת כבילה.

שלישית, הגדרתו של הסייג להגבלת כוחו של הרוב לקבוע כללי הכרעה על־רוביים צריכה להביא בחשבון גם את המניע של הרוב לקבלת כלל הכרעה שכזה. במקרים מסוימים המניע לקביעתו של כלל זה בישראל עלול להיות השאיפה לשלול מקבוצה מסוימת בחברה – המגזר הערבי – להשתתף בהכרעה. במקרים כאלה דרישת הרוב המיוחס נועדה להסוות דרישה לרוב (רגיל) בקרב חברי־הכנסת המייצגים את המגזר היהודי. התנאת כוחה של הכנסת לקבוע כלל הכרעה על־רובי בהחלתו על סוג של החלטות ולא על החלטה קונקרטית אינה צפויה להועיל ככל שלמגזר הערבי עמדה ידועה בסוג ההחלטות שבו מדובר.[85] לשם הקטנת החשש מפני שימוש־לרעה שכזה בסמכות הנידונה, נדרש להגדיר את קבוצת ההחלטות שעליה יוחל כלל ההכרעה העל־רובי כך שייקטן המִתאם בין המגזר הערבי ובין עמדה מסוימת בכל אחת מן ההחלטות הכלולות בקבוצה.[86] עם זאת, כאמור לעיל, התוצאה עלולה להיות הרחבת־יתר של קבוצת ההחלטות, וממילא פגיעה באפשרות לתת ביטוי למערכת ההעדפות מ"סדר שני" של הפרטים.

---

84. בעיה דומה קיימת בבחירות לכנסת. גם שם נדרש הבוחר להצביע בעד רשימה אחת, אף אם בנושאים שונים הוא מעדיף רשימות שונות. אחד מיתרונותיה של שיטת הבחירה הישירה של ראש־הממשלה (שבוטלה בינתיים) הוא האפשרות להצביע בנפרד בעד ראש־הממשלה ובעד רשימה לכנסת ובכך לבטא בצורה מדויקת יותר את העדפותיו של המצביע. להצעה מרחיקת־לכת עוד יותר בהקשר זה (הצבעה בעד רשימות בהתאם לארבעה נושאים שונים) ראו לאון שלף, **מרות המשפט ומהות המשטר** (פפירוס, 1996), 193-204.

85. להתמקדות בחשש מסוג זה ראו **זלצברגר וקדר** (לעיל, הערה 35); **הד** (לעיל, הערה 34). לגישתו של הד, "בפוליטיקה שבה אי־ההסכמה משקפת בדרך־כלל התפלגות של רוב ומיעוט מובנים [היינו: רוב שיטתי, המעוגן באינטרס קבוצתי – ב"מ], הכרעת רוב היא שרירותית ... [ויוצרת] סכנה ל'עריצות הרוב' – שלטון מוחלט של קבוצה שאיתרע מזלה להיות הקבוצה הגדולה בחברה" (שם, 89). משום־כך מציע הד להכריע במקרים מסוימים על־פי עמדתו של אחד המשתתפים בהצבעה שייבחר בהגרלה.

86. להערכה פסימית בהקשר זה, שלפיה בפועל צפוי קושי ניכר להבטיח פעולה "מאחורי מסך של בערות" ראו **ונברג** (לעיל, הערה 73); Anton D. Lowenberg and Ben T. Yu, "Efficient Constitution Formation and Maintenance: The Role of 'Exit'", 3(1) *Constitutional Political Economy* (1992) 51.

nevo.co.il

לבסוף, חשוב להבחין בין המבחן הצורני המוצע ובין מבחנים אחרים שעניינם הטלת מגבלות על אופן הקבלה של הוראות שריון. כאמור, אחד הגורמים להיעדר הסכמה רחבה בציבור להכרה בסמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון הוא היעדר מגבלות דיוניות (או צורניות) הכרוכות בחקיקתם של "חוקי־יסוד" מעבר לאלה הקבועות לגבי הליך חקיקה רגיל. זוהי למעשה סיבה מרכזית לרתיעה הקיימת מפני הכרה בסמכות בלתי־מוגבלת של הכנסת לקבוע הוראות "חוקתיות". לפיכך עולה השאלה, האם אין מקום להחיל מבחן צורני מפורט יותר מזה המוצע כאן, כגון דרישת רוב מיוחס כלשהו בכנסת לקביעת הוראת שריון (או דרישה, כי כלל ההכרעה יתקבל באותו רוב מיוחס הנדרש לפי כלל ההכרעה עצמו)?[87] אכן, אפשר לסבור כי הטלת דרישות מסוג זה עשויה לקדם בצורה טובה יותר את התכלית של הקטנת החשש מפני שימוש־לרעה בכוחו של הרוב. אולם, כאמור לעיל, קביעה של בית־המשפט מהו הרוב הדרוש לקבלת כלל הכרעה על־רובי שוללת מן הפרטים להחליט בעצמם מהו כלל ההכרעה הראוי, ובכלל זה מהו הכלל שלפיו יש לקבוע את כללי ההכרעה.

3. הדגמת יישומה של אמת־המידה המוצעת

אפתח בשתי דוגמאות שאמנם אין עניינן הגבלת כוח החקיקה של הרוב בכנסת, אך עשויות לסייע בהדגמת ההבחנה שתוארה לעיל: האחת, הגבלת הזכות להיבחר; והשנייה, קביעת אופן קיום ההצבעה בכנסת.

בהקשר הראשון מדובר בהגבלות שנקבעו בסעיפים 6, 6א, 7 ו־7א לחוק־יסוד: הכנסת, באשר לזכות להיבחר לכנסת; ובאלה שנקבעו בסעיף 8 לחוק־יסוד: הממשלה (מתשנ"ב, שבוטל בינתיים), באשר לזכות להיבחר לראשות־הממשלה. מדובר בין השאר בהגבלות של גיל, עבר נקי מהרשעה בעבירות מסוימות ועוד. אלה הן הגבלות המוטלות על ציבור המצביעים באשר למועמדים שהוא רשאי לבחור לכנסת ולראשות־הממשלה. יש לתמוה, האם מוצדק לשלול מן הציבור לבחור במועמד לכנסת אשר גילו פחות מעשרים־ואחת שנים, או במועמד לראשות־הממשלה שגילו פחות משלושים שנה? האם מוצדק לשלול מן הרוב בציבור לבחור לראשות־הממשלה מי שכיהן כבר בתפקיד זה שבע שנים רצופות?

על שאלות מסוג זה יש להשיב בשני אופנים: אופן אחד הוא באמצעות דיון קונקרטי בהצדקה להטלת ההגבלות השונות, שעיקרו העדפות מ"סדר שני", פטרנליזם, השאיפה למנוע שחיתות וכדומה.[88] אופן שני מתמקד בבחינת הלגיטימיות – ולא ההצדקה! –

87. ראו לעיל, הערה 40 והטקסט שלידה.

88. לדיון מסוג זה ראו, למשל: Einer Elhauge, "Are Term Limits Undemocratic?", 64 *U. Chi. L. Rev.* (1998) 83; Stephen Holmes, "Pre-Commitment and the Paradox of Democracy", *Constitutionalism and Democracy* (Jon Elster and Rune Slagstaad - eds., Cambridge University Press, Cambridge, 1988); Jon Elster, *Ulysess and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality* (Cambridge University Press, Cambridge, 1979).

nevo.co.il

שבקביעת הגבלות מסוג זה על־ידי הרוב בכנסת. דיון מהסוג הראשון מחייב הכרעה ערכית בין העדפות שונות מ"סדר שני". לעומת זאת, דיון מהסוג השני אינו מחייב הכרעה ערכית מסוג זה. אם מתברר כי המגבלה נקבעה "מאחורי מסך של בערות", מתייתר הצורך בדיון המורכב מן הסוג הראשון.[89]

דוגמא להגבלה לגיטימית – גם אם לא בהכרח מוצדקת – היא זו שהיתה קבועה בסעיף 8(ב) לחוק־יסוד: הממשלה (מתשנ"ב), ולפיה "מי שכיהן כראש־ממשלה שבע שנים רצופות לא יהיה מועמד בבחירות לראש הממשלה שבסמוך לאחר מכן".[90] זוהי הגבלה שנקבעה בטרם נבחר מועמד כלשהו לראשות־הממשלה ואשר אינה מכוונת לאדם ספציפי שכיהן בתפקידו שבע שנים רצופות. קשה להניח כי חברי־הכנסת יכלו להעריך בעת קביעתה האם הגבלה מסוג זה צפויה לקדם את האינטרסים של סיעתם או לפגוע בהם. במלים אחרות: דובר בקביעה ששיקפה במידה רבה העדפות מ"סדר שני" ומכאן הלגיטימיות שבקביעתה.[91] כאמור, הכרעה בדרך זו מבטאת "צדק פרוצדורלי", כלומר: תוצאתה צודקת בלא קשר לתוכנה, אלא מכוח הצורה שבה התקבלה.

מובן, כי המסקנה היתה שונה לו דובר בהחלת ההגבלה על מי שכבר מכהן בתפקידו. במקרה כזה בבסיס ההחלטה עלולה היתה לעמוד התנגדות לכהונתו בתפקיד של אדם מסוים ולא עמדה עקרונית כנגד כהונה רצופה ממושכת.[92] במקרה כזה לא היה אפשר להימנע מבחינה מן הסוג הראשון – האומנם קיים אינטרס ציבורי המצדיק הטלת הגבלה, כאמור, על הזכות להיבחר? כך, למשל, לגבי ההגבלות הקבועות בסעיף 7א לחוק־יסוד: הכנסת (ובאופן דומה – בסעיף 5 לחוק המפלגות, תשנ"ב-1992[93]). עניינן של הגבלות אלה הוא תוכן המצע של רשימת מועמדים המבקשת להשתתף בבחירות (או של חֶבֶר בני־אדם המבקש

---

89. ברוח זו נפסק בארצות־הברית, כי הגבלת מספר תקופות־הכהונה של נבחרי ציבור תקפה רק אם היא כלולה בחוקה ולפיכך נשלל תוקפם של חוקים שבהם נקבעו הגבלות כאמור (*U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton* 514 U.S. 779 (1995)).

90. כמו־כן תוקן בתשנ"ט סעיף 3 לחוק־יסוד: נשיא המדינה, ס"ח תשכ"ד 118, ונקבע כי נשיא יכהן תקופת־כהונה אחת בלבד, בת שבע שנים, כך שחברי־הכנסת אינם רשאים לבחור לתקופה נוספת מי שהשלים תקופת כהונה אחת (אלא אם יתקנו את חוק־יסוד: נשיא המדינה).

91. בהקשר קרוב ציינה גביזון, כי "המהפך של 1977 יצר לראשונה מצב שבו זהות הכוחות הנמצאים בשלטון אינה ידועה מראש. במובן מסוים הוא יצר מעין 'מסך של בערות', שמאחוריו פוליטיקאים דנים בשאלת החוקה בלי ידיעה אם הם־עצמם נמצאים בשלטון או באופוזיציה, בלי ידיעה אם הם רוב היכול להגן על זכויותיו בדרך החקיקה עצמה או מיעוט הדורש הגנה חוקתית מפני המחוקק" (גביזון (לעיל, הערה 18), 116).

92. ברוח דומה אפשר להסביר את הנוהג לקבוע כלל הכרעה אחד באשר להחלטת הכנסת על מינויו של אדם לתפקידים מסוימים; וכלל הכרעה שונה, שבו נדרש רוב גדול יותר, באשר להחלטה להעבירו מתפקידו. כך נעשה בין השאר לגבי נשיא המדינה, מבקר המדינה ויושב־ראש הכנסת.

93. ס"ח 190.

nevo.co.il

להירשם כמפלגה). אין מדובר בהגבלות שנקבעו "מאחורי מסך של בערות". מתקיים כאן החשש מפני שימוש־לרעה בכוחו של הרוב בכנסת, כדי למנוע ממגזרים שונים בציבור ייצוג בכנסת. כאמור, אין משמעות הדבר בהכרח פסילת תוקפן של הוראות מסוג זה. במקרה כזה יש לבחון, האם ההגבלות הספציפיות שהרוב בכנסת בחר להטיל מוצדקות? כידוע, התפיסה המקובלת אצלנו היא, כי אכן ישנה הצדקה מסוג זה.[94] אך הנקודה החשובה היא, כי להבדיל מהגבלות מסוג זו שבסעיף 8(ב) לחוק־יסוד: הממשלה, אשר ההצדקה שבהטלתן אינה צריכה לעמוד כלל לבחינה לגופם של דברים, ההגבלה שנקבעה בסעיף 7א לחוק־יסוד: הכנסת אינה יכולה ליהנות מהכרה א־פריורית שכזו.

הדוגמא השנייה עוסקת באופן קיומה של ההצבעה בכנסת. ההצבעות בכנסת מתקיימות לרוב באמצעות שימוש בלחיצים, באופן המאפשר דיווח באשר לעמדתו של כל אחד מחברי־הכנסת. בעבר הוסמך יושב־ראש הישיבה להורות על קיום הצבעה חשאית על־פי דרישת הממשלה או עשרים חברי־כנסת. דרך הצבעה כזו היא בעייתית, בשל מעמדם של חברי־הכנסת כנציגי הציבור.[95] אמנם, אפשר להכיר – ולו בדוחק – בלגיטימיות שבהכרעת הרוב בכנסת כי בעניינים מסוג מסוים תועדף דווקא הצבעה חשאית.[96] הכרעתו זו של הרוב משקפת העדפה מ"סדר שני" באשר לדרך ההצבעה הראויה באותם עניינים. מנגד, אין מקום להכיר בכוחה של הכנסת לקבוע בהחלטה אד־הוק כי בעניין ספציפי תתקבל הכרעה בהצבעה חשאית. קביעה מסוג זה צפויה לשקף במידה רבה את עמדותיהם של חברי־הכנסת לגבי הסוגיה הספציפית ואת הערכתם באשר להשפעתה של דרך ההצבעה על התוצאות. ממילא נשמט אז הבסיס, הרעוע ממילא, להכרה בלגיטימיות שבהחלת דרך הצבעה שכזו.

מכאן לדוגמאות אחרות, העוסקות ישירות בהוראות שריון. כללית אפשר לומר, כי יש להכיר בכוחה של הכנסת לשריין הסדרים שעניינם שיטת הבחירות, שיטת המשטר ואופן חלוקת הסמכויות בין רשויות־השלטון השונות. המדובר בהסדרים שעניינם האופן שבו יינתן ביטוי לעמדות הציבור והאופן שבו יתקבלו החלטות בסוגיות קונקרטיות. שריון של הסדרים מסוג זה מפני שינויים ברוב רגיל הוא לגיטימי על־פי אמת־המידה המוצעת כאן, שכן החשש לגביהם מפני שימוש־לרעה בכוחו של הרוב לשם הנצחת הכרעות קונקרטיות, תוך פגיעה בכוחו של הרוב בעתיד לסטות מהם, איננו ניכר בדרך־כלל.[97]

---

94. ראו, למשל, ע"ב ידדור (לעיל, הערה 54); ע"ב ניימן (לעיל, הערה 55). זו גם הגישה המקובלת ברוב המדינות הדמוקרטיות בעולם. ראו: *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures* (adopted by the Venice Commission at its 41st plenary session, 10.12.99).

95. בעניין זה ראו **רובינשטיין** (לעיל, הערה 5), 457-458.

96. כך אכן נעשה לגבי הבחירות לתפקידים שונים על־פי חוק, כאמור בסעיף 62(ג) לתקנון הכנסת. לפירוט בעניין זה ראו **רובינשטיין** (לעיל, הערה 5), 457.

97. עם זאת, מובן כי גם כאן עשויה להידרש ביקורת שיפוטית. דוגמא מובהקת לכך היא הביקורת השיפוטית המוחלת על הבחינה, האם הסדרים שהכנסת קובעת בעניין הבחירות אינם פוגעים בעקרון השוויון, המעוגן בסעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת? החוקים שהוכרזו

nevo.co.il

שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בעיגון של מדיניות מסוימת. ראינו זאת לעיל לגבי עיגון אופיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, מכוח ההגבלה על זכותן של רשימות המבקשות לשנות את אופיה זה של המדינה מלהשתתף בבחירות. הדברים דומים כאשר מדובר בניסיון לעגן מדיניות כלכלית-חברתית מסוימת. לא־אחת מבקשים קובעי המדיניות הכלכלית לשכנע את הציבור כי הם מתכוונים לדבוק במדיניות מסוימת. כך נעשה, למשל, בהכרזה המפורסמת של נשיא ארצות־הברית, שלפיה הציבור מוזמן "לקרוא את שפתיו" בהודיעו, כי אין בכוונתו להגדיל את נטל המס; כך נעשה בישראל עם חקיקת חוק הפחתת הגרעון, תשנ"ב-1992, שבו נקבעו – על־פי יוזמה של הממשלה עצמה – הגבלות על היקף הגירעון בתקציב הממשלה בשנים הבאות.[98] וכך נעשה עם חקיקת החוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, תשמ"ד-1984, שאף שוריין מפני שינויו, ובו נקבע – שוב, ביוזמת הממשלה – כי אין להרע למפרע את התנאים של תוכניות־החיסכון שונות. בעניין הוראה זו בכנסת הסביר שר־האוצר את הצורך בכבילת כוחה של הממשלה כך: "כאשר נוצר מצב – ולצערי מצב כזה אכן נוצר – שבו מעמידים סימני שאלה באשר לנושא החיסכון, שהוא כל־כך מרכזי בחיינו, חייבים לתת את הביטוי הציבורי למלוא משקלו של החוק ולחשיבותה של ההתחייבות הציבורית. במובן זה, הצורך ברוב של 61 חברי־הכנסת [לשם שינוי החוק – ב"מ] הוא ביטוי ציבורי לחיוניות ולחשיבות של ההתחייבות הזאת".[99]

אכן, כבילה עצמית של קובעי המדיניות היא אמצעי יעיל להשפעה על ציפיות הציבור, שהן גורם חשוב בכלכלה.[100] ככל שמדובר בכבילה "רופפת", המבוססת על שאיפתו של הגורם הנוגע בדבר לשמור על אמינותו, מובן כי אין בה כל קושי. לא כך כאשר מדובר בכבילה "חזקה", שבה ההצהרה מעוגנת בהוראת שריון, המונעת מרוב רגיל בכנסת לשחרר את קובע המדיניות מהתחייבותו. מדובר אז בניסיון לעגן הכרעה חברתית ספציפית באשר למדיניות כלכלית מסוימת, כגון בדבר אופן חלוקת הנטל בין האזרחים,

---

כבטלים מכוחה של הוראה זו מאופיינים בכך שאינם משקפים קביעה תחת "מסך של בערות" בין משום שהוחלו זמן קצר מאוד לפני הבחירות, ולעתים אף ניתן להם תוקף למפרע לאחר שנודעו כבר תוצאות הבחירות ובין משום שתוכנם שיקף העדפה ברורה של האינטרסים של הרשימות שנציגי המפלגות הגדולות נמנים עמם או כלל אלה המיוצגות בכנסת היוצאת. בעניין זה ראו, למשל, פסקי־הדין שהוזכרו לעיל, הערה 6; בג"ץ כהן (לעיל, הערה 67); בג"ץ 3434/96 הופנונג ואח' נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד נ (3) 57.

98. חוק הפחתת הגרעון, תשנ"ב-1992, ס"ח 45. הוראה ברוח זו קבועה בסעיף 45(א) לחוק בנק ישראל, תשי"ד-1954, ס"ח 192, שמכוחה מוגבל כוחה של הממשלה ללוות כספים מבנק ישראל למימון גירעון בתקציבה. הוראה זו שוריינה כך ששינויה חייב את תמיכת רוב חברי־הכנסת. הוראת השריון בוטלה בתשנ"ה.

99. ד"כ 99 (תשמ"ד) 2806.

100. בעניין זה ראו, למשל: Alex Cukierman, *Central Bank Strategy, Credibility, and Independence: Theory and Evidence* (M.I.T. Press, Cambidge, Mass., 1992); ברק מדינה, הצהרות של קובעי המדיניות הכלכלית ככלי מדיניות (עבודת גמר לשם קבלת תואר מוסמך בכלכלה, אוניברסיטת תל־אביב, תשנ"ב).

nevo.co.il

מידת השוויון בחלוקת העושר בחברה וכדומה. הכנסת אינה יכולה להסתמך על המוסכמה הציבורית המכירה בכוחה לקבוע כללי הכרעה על־רובים כדי להעניק למדיניות כלכלית מסוימת מעמד "חוקתי", החסין מפני שינוי.[101] מן ההכרח לעשות בהקשר זה איזון בין האינטרס הכלכלי שבהקניית אמינות להצהרותיהם של קובעי המדיניות הכלכלית ובין האינטרס שבהגנה על כוחו של הרוב בעתיד לשנות את המדיניות שנקבעה. נקודת־איזון אפשרית בהקשר זה היא הסתפקות בהטלת חובה לסטות במפורש מן החקיקה הקובעת מדיניות כלכלית מסוימת, אך בלא לדרוש עמידה בהוראות הכבילה הכלולות בה.[102]

באופן דומה יש להתייחס אל שריון ההוראות שמכוחן מוחל משפטה של המדינה על שטחים מסוימים. יש כאן ביטוי מובהק לסטטוס־קוו מסוים. הוראת השריון מבטאת ניסיון לשמרו, ולאו דווקא העדפה מ"סדר שני", באשר לאופן שבו ראוי להכריע בסוגיות מסוג זה.[103] במלים אחרות: אין כאן קביעה של כלל הכרעה דווקא, אלא עיגון של הסדר חברתי נתון. ממילא אין מדובר בעניין שבו נהנית הכנסת מסמכות בלתי־מוגבלת, והחזקה צריכה להיות כי אין תוקף לשריון מסוג זה.

תחום מרכזי שבו נקבעו הוראות שריון הוא כמובן ההגנה על זכויות־היסוד של האדם.[104] במסגרת הדיון בשאלת כוחה של הכנסת לכבול את עצמה באשר להכרעות שעניינן פגיעה בזכויות־יסוד נראה, כי יש להבחין בין סוגים שונים של זכויות: מחד גיסא, ההגנה על זכויות דוגמת חופש הביטוי והזכויות הנגזרות ממנו, הזכות לפרטיות וזכויות

---

101. בהקשר קרוב נמתחה ביקורת כנגד הפירוש שניתן בפסיקה בשנים האחרונות לזכות לחופש עיסוק, באופן המזהה אותה עם היעד של עידוד התחרות החופשית במשק ומשריין אפוא מדיניות כלכלית-חברתית מסוימת. ראו אייל גרוס, "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש עיסוק", **עיוני משפט** כג (תש"ס) 229.

102. חוק־יסוד: משק המדינה (הצעות חוק והסתייגויות שבביצוען כרוכה עלות תקציבית) (הוראת שעה), תשס"ב-2002, ס"ח 478, הוא דוגמא קרובה לכך. נקבע שם, כי בתקופה שבה חל חוק־היסוד (בעת כתיבת שורות אלה, שנה אחת, המסתיימת ביולי 2003), "הצעת חוק תקציבית" – כלומר: הצעת חוק שהוגשה שלא בידי הממשלה ולא ניתנה לה הסכמת הממשלה ואשר ביצועה כרוך בעלות תקציבית העולה על חמישה מיליון ש"ח בשנה – "לא תתקבל בכנסת אלא בקולותיהם של 50 חברי הכנסת לפחות". סעיף 1(א)(1) לחוק־היסוד האמור. מבחינת תוכנה של הוראה זו יש בה משום עיגון של המצב הקיים בתחום שיעור ההוצאה הציבורית. לפיכך לפי המבחן המוצע כאן, אין זה מובן מאליו כי הכנסת מוסמכת לקבוע הוראת שריון נוקשה של היקף ההוצאה הציבורית. עם זאת, ההסדר שנקבע בחוק־היסוד האמור אינו מבטא שריון; אינו מונע שינוי של סעיפי ההוצאות בתקציב; מאפשר להגדיל את ההוצאה הציבורית בכל רוב שהוא, אם ניתנת לכך תמיכת הממשלה; והרוב הדרוש לקבלת "הצעת חוק תקציבית" בלא הסכמת הממשלה נמוך מ־61.

103. כמפורט להלן, גם דרישת רוב מקרב חברי־הכנסת כתנאי לוויתור על שטחים, כמו גם התנאת החלטה שכזו באישור במשאל־עם, עשויה להיחשב שריון שאינו לגיטימי.

104. בהקשר זה שוררת בקרב משפטנים הסכמה רחבה למדי באשר ללגיטימיות שבהענקת מעמד "חוקתי" להגנה על זכויות־היסוד. ראו, למשל, אדרעי (לעיל, הערה 20), 461: "ראוי

nevo.co.il

אחרות, מבטאת קביעת כלל הכרעה "מאחורי מסך של בערות". מאידך גיסא, ההגנה על זכות דוגמת זכות הקניין עלולה להיות בעייתית בהקשר זה. היא עלולה לעגן סטטוס־קוו מסוים, כך שתמיכתם של חברי־הכנסת ב"שריון" ההגנה על זכות הקניין תשקף את תמיכתם באופן חלוקה נתון של המשאבים בחברה, ולאו דווקא את עמדתם העקרונית באשר לצורך להגן על זכויות קניין.[105] אוריאל פרוקצ'יה טען בהקשר זה, כי מוצדק לשריין את ההגנה על זכות הקניין משום שפרטים הפועלים "מאחורי מסך של בערות" צפויים היו לבחור לעשות כן.[106] אולם גם אם מקבלים טיעון זה, יש לאזנו אל מול החשש כי ההכרעה בעניין – שכאמור, אינה מתקבלת בפועל "מאחורי מסך של בערות" – לא נועדה אלא לעגן את הסטטוס־קוו בהקשר זה.

ה. תוכנה של ההוראה המשריינת

בשולי הדיון באשר לתוקפן של הוראות שריון בחקיקה אני מבקש לעסוק בשני כללי הכרעה: האחד, דרישת רוב מקרב חברי־הכנסת; והשני, שריון "מהותי" או "תוכני", דוגמת זה הקבוע בפסקת ההגבלה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובחוק־יסוד: חופש העיסוק.

1. דרישת רוב מקרב חברי־הכנסת כשריון

הוראת שריון נפוצה היא הקביעה, כי שינוי או פגיעה בהוראת חוק מסוימת ייעשו בקולותיהם של רוב חברי־הכנסת, היינו: בתמיכה של לפחות 61 חברי־כנסת.[107] בפסק־דינו בע"א **בנק מזרחי** קבע השופט חשין כי הוראה מסוג זה אינה בבחינת שריון, אלא דרישת קוורום בלבד. לגישתו, "לא זו בלבד שדרישת רוב של 61 אין היא – על דרך העיקרון – יחידה ומיוחדת, אלא שדווקא בה תחנת המוצא לכל מסע של דמוקרטיה. דרישת רוב של 61 (קרי: רוב מוחלט), ... היא־היא העיקרון הדמוקרטי. רוב אבסולוטי אין הוא... רוב 'מיוחד' או רוב 'מיוחס'. הוא־הוא הרוב ה'אמיתי', הרוב הנגזר מתוך העקרון הדמוקרטי של הרוב".[108] לעומתו, סבר הנשיא ברק – מבלי להכריע בעניין – כי אף

שמלאכת זיהויים [של חוקי־יסוד] תתבצע על־פי מבחן מהותי ... [שעניינו זיהוי] 'סימנים' שהם באו להגן על האדם מפני שרירות ליבו של הרוב".

105. לגישה מסוג זה ראו אייל גרוס, "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 405; אדרעי (לעיל, הערה 29). הגדרה שונה של זכות הקניין – למשל: זו המוצעת על־ידי חנוך דגן, "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי", **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר-עורך, רמות, תשס"א) 97, שלפיה בעל זכות הקניין נושא גם ב"אחריות חברתית" – עשויה להוליך כמובן לתוצאה שונה באשר ללגיטימיות שבשריון זכות הקניין.

106. ראו אוריאל פרוקצ'יה, "הגנה חוקתית על הקניין בראי התיאוריה הכלכלית", **משפטים** כח (תשנ"ז) 621.

107. לפירוט דברי החקיקה שבהם כלולה הוראה מסוג זה ראו לעיל, הערה 3.

108. ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 538. בחוות־דעת מיום 31.8.94 קבע היועץ המשפטי

דרישת רוב מקרב חברי־הכנסת היא בבחינת שריון, שכן היא שוללת מחבר־כנסת את הזכות להימנע. לגישתו, "שינוי שיטת הצבעה, באופן שנדרש רוב של כלל חברי־הכנסת... מחייב לכאורה תורה חוקתית אשר תצדיק אותו".[109]

סוגיה קרובה היא זו שעניינה תוקפה של קביעה, כי שינוי של הוראה מסוימת או פגיעה בה יהיו תקפים רק אם נקבע במפורש בחוק המתקן כי זה יהיה תקף על־אף האמור בחוק ה"משוריין".[110]

הרלבנטיות של המחלוקת ברורה: אם אין רואים בדרישת רוב מקרב חברי־הכנסת כהוראת שריון, ממילא זו תקפה, מבלי שתידרש לעמוד במבחן צורני או מהותי כלשהו; בעוד שאם רואים בה כנמנית עם כללי ההכרעה העל־רוביים, הרי שתוקפה אינו ברור מאליו, כאמור לעיל.

למשלה, מ' בן־יאיר, כי למרות הספק בדבר התקפות של הוראת שריון מסוג זה הכלולה בחקיקה רגילה, אין זה ראוי להתעלם ממנה בעת קבלת חוק הפוגע בהוראת השריון (חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 100), תשנ"ה-1994, ס"ח 29, שמכוחו הוטל מס על שוק ההון). החוק התקבל ברוב הדרוש על־פי סעיף 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בנכסים פיננסיים, תשמ"ד-1984, ס"ח 178 (תמיכתם של רוב חברי־הכנסת). כך נעשה גם ביולי 2002, כאשר התקבל החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 132), תשס"ב-2002, ס"ח 530.

109. ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 411. אגב, בהקשר זה יש להבחין בין שריון של החוק עצמו (כפי שנעשה בסעיף 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בנכסים פיננסיים) ובין קביעה בחוק, כי הממשלה רשאית לפעול בעניין מסוים אך ורק לאחר שהכנסת אישרה זאת בקולותיהם של רוב חברי־הכנסת, בלא שהחוק הקובע זאת משוריין בפני שינויו (ובכלל זה, ביטול הדרישה האמורה ברוב רגיל). כך נעשה בסעיף 2 לחוק שריון שלילת זכות השיבה, תשס"א-2001, ס"ח 116 (שם נקבע כי "פליטים לא יוחזרו לשטח מדינת ישראל אלא באישור של רוב חברי הכנסת"); ובסעיף 2 לחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט-1999 (שם נקבע בין השאר כי "החלטת ממשלה לפיה המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח, טעונה אישור של הכנסת בהחלטה שתקבל ברוב חבריה"). במקרים מן הסוג האחרון לא נראה, כי יש קושי להכיר בתוקפן של הוראות אלה, כך שכל עוד לא בוטלה הוראת החוק הרלבנטית, אין הממשלה רשאית לפעול בלא הסמכת רוב חברי־הכנסת.

110. לשיטתו של השופט חשין, אף קביעה כזו אינה "שריון". ראו ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 550-551: "ועד אם תשנה הכנסת מן הפרוצדורה שקבעה, רק הליכה בדרך זו שנקבעה תניב חוק שבכוחו לפגוע [בזכות יסוד – ב"מ]... חוק מאוחר [שאינו עומד בתנאים שנקבעו בחוק המוקדם – ב"מ] אינו כלל 'חוק'... הואיל ולא נתקבל על־פי דרכי ההליכים שקבעה הכנסת מראש לקבלתו". ראו גם בג"ץ **התנועה המסורתית** (לעיל, הערה 5), 385-388. גישה דומה ראו גם אצל יהודית קרפ, "חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח", **משפט וממשל** א (תשנ"ג) 323, עמ' 377-378; E. Likhovski, "Can the Knesset Adopt a Constitution which will be the Supreme Law of the Land?", 4 *Isr. L. Rev.* (1969) 61.

ההחלטה בשאלת מהותו של כלל הכרעה מסוים – האם הוא בבחינת "שריון", אשר תוקפו טעון הוכחה, אם לאו – אינה צריכה להתבסס על רטוריקה מן הסוג של "רוב אמיתי" או "הרוב הנגזר מתוך העיקרון הדמוקרטי של הרוב".[111] הבחינה הרלבנטית היא, האם מתקיים חשש כי קביעת כלל ההכרעה נעשית שלא "לשמה" – היינו: שלא מתוך עמדה עקרונית, התומכת בכלל הכרעה זה בהקשר הנתון (העדפה מ"סדר שני") – אלא לשם ביצורו של מצב נתון, תוך כוונות למנוע מן הרוב בעתיד לסטות מסטטוס־קוו זה. אותם כללי הכרעה שלגביהם מתעורר חשש מסוג זה צריכים להיחשב כללי הכרעה "על־רוביים", שתוקפם אינו מובן מאליו.

לעניות דעתי, יש לראות בדרישת רוב מקרב חברי־הכנסת שריון, שתוקפו אינו מובן מאליו. אכן, לכאורה דרישת רוב מקרב חברי־הכנסת מעצם הגדרתה אינה כלל ההכרעה על־רובי. אולם בחינה נוספת עשויה להוליך למסקנה שונה: כפי שציין הנשיא ברק, כלל הכרעה מסוג זה מונה את הנמנעים עם המתנגדים לשינויה של ההוראה המשוריינת. כך, אם 55 חברי־כנסת תומכים בשינויה של ההוראה המוגנת ו־45 מתנגדים לה, תישאר ההוראה על כנה, כך שרואים את 20 חברי־הכנסת הנותרים, הנמנעים, כמי שמתנגדים לשינוי ולפיכך מונעים את קבלתו. כלומר: נשללת מחברי־הכנסת האפשרות להימנע בהצבעה, גם אם אין הם מעדיפים את אחת התלופות – שינוי הוראת החוק המוגנת או הימנעות מכך – על־פני האחרת. כל אחד מחברי־הכנסת הרי מודע לכך כי הימנעות כמוה כהצבעה נגד שינוי החוק ובדרך זה נכפה עליו להצביע – בעד השינוי או נגדו – שלא על־פי עמדתו.

ברוח הדיון לעיל, *משמעותו של כלל הכרעה המחייב הסכמה מקרב רוב חברי־הכנסת* לשם פגיעה או שינוי הוראת חוק היא חיזוקו של הסטטוס־קוו. יש בכלל זה משום קביעה, כי אם אין רוב בקרב כלל חברי־הכנסת לתמיכה בשינוי המצב הקיים ואין גם רוב התומך בהשארת ההסדר החוקי על כנו, תועדף החלופה של השארת המצב על כנו. הסטטוס־קוו הוא ברירת המחדל בהיעדר הסכמה לכאן או לכאן. ממילא התומכים בחוק עשויים לבקש לתת ביטוי להעדפתם זו באמצעות קביעת כלל הכרעה מן הסוג האמור. החשש מפני שימוש־לרעה בכוחו של הרוב מתקיים אפוא גם כאשר מדובר בכלל מהסוג הנידון כאן. משום־כך אני סבור כי יש לראות גם בכלל שתואר משום הוראת שריון.[112] אכן, הכנסת רשאית לקבוע כי כל חוק יתקבל אך ורק אם הוא נתמך על־ידי רוב חברי־הכנסת. אולם

---

111. ראו, למשל, פסק־דינו של השופט חשין בע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 7), 538; דברי ההסבר להצעת חוק סיוג ויתור על שטח, תשנ"ט־1998, ה"ח 214 (ששימשה בסיס לחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל)), שם נאמר, כי מטרת החוק היא "להבטיח כי החלטה כה גורלית ומשמעותית [בדבר ויתור על שטחים] תתקבל ברוב אמיתי בכנסת ובציבור".

112. עם זאת, אין לשלול על הסף אפשרות להכיר בכך, כי בשנים האחרונות התגבש "נוהג חוקתי" מחייב, שלפיו הכנסת מוסמכת לדרוש את תמיכתם של רוב חברי־הכנסת כתנאי לשינוי הוראה מסוימת.

nevo.co.il

הלגיטימיות של קביעה שכזו תנבע מן העובדה שהיא תשקף בחירה בכלל הכרעה ולא מכך שאינה בגדר הוראת שריון.

מטעם דומה יש להחיל את אמת־המידה המהותית גם על הוראת שריון שעניינה הצורך באישורו של תיקון לחוק באמצעות משאל־עם.[113] הוראה מסוג זה תורמת לחיזוקו של הסטטוס־קוו, משום שהפנייה אל עמדת הציבור נעשית רק כאשר הרוב בכנסת מבקש לסטות מן הסטטוס־קוו. כך, בכל מקרה של חילוקי־דעות בין הרוב בכנסת ובין הרוב בציבור נותר המצב הקיים על כנו (שהרי אם הרוב בכנסת מבקש להותיר את הסטטוס־קוו על כנו, עמדת הציבור אינה רלבנטית כלל). כמו כל כלל הכרעה המנציח סטטוס־קוו מסוים, מתקיים גם כאן החשש מפני שימוש־לרעה בכוחו של הרוב בכנסת התומך במצב הקיים. לעומת זאת נראה, כי יש לתת תוקף לשריון המתבטא בצורך לציין במפורש את דבר הסטייה מהחוק הקודם; או להוראה המחילה באופן גורף על כל דברי החקיקה של הכנסת (ולא לגבי חוק מסוים) דרישה למספר "קריאות" (הצבעות) שונה מזה הדרוש כיום לשם חקיקת חוק, או קובעת דרישת "קוורום" (מניין חוקי) של חברי־כנסת המשתתפים בהצבעה, כתנאי לקבלת חוק.[114]

113. השופט חשין נמנע מלהכריע באשר לתוקפה של הוראה מסוג זה: ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 546. הוראה מסוג זה נקבעה בסעיף 3 לחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל); אך לפי סעיף 4 לחוק זה, תחילת הוראה זו רק "ביום תחילת תוקפו של חוק־יסוד אשר יסדיר את עריכתו של משאל עם" (חוק־יסוד כזה לא נחקק). עם זאת יש לציין, כי בחוק זה האישור במשאל־עם נחוץ לשם הכרעה בעניין מסוים ולא לשם שינוי החוק עצמו.

114. באופן זה אפשר להשיב לקושי שהעלה ברק, שלפיו "אם תקנון הכנסת יכול לקבוע כי חוק מתקבל בשלוש קריאות, מדוע אין הכנסת (הפועלת כמחוקק רגיל) יכולה לקבוע בחוק כי חוק מתגבש רק מקום שמצוי רוב מיוחס?" (ברק, **פרשנות חוקתית** (לעיל, הערה 14), 50). ברק הוסיף שם תמיהה דומה לגבי הקביעה, כי "אין לחוקק חוק אלא אם מתקיימת דרישה לקוורום" (שם, 50 (הערה 73). כאמור, לשיטתי ההבחנה היא בין קביעות שתכליתן עיגון של הסדר מסוים (המבטא סטטוס־קוו כלשהו), שלגביהן מתקיים החשש מפני שימוש־לרעה בסמכות לשנות את "כללי ההכרעה", ובין קביעות כלליות, שבהן החשש אינו קיים. שאלה היא, באילו דרישות דיוניות מיוחדות יש לראות כהוראות שריון? כך, למשל, במסגרת הדיון בהצעת חוק־יסוד: החקיקה, הציע ח"כ רביץ כי חוק־יסוד ייכנס לתוקף רק לאחר קריאה רביעית, שתיעשה כמה שנים לאחר הקריאה השלישית (ד"כ 25 (תש"ס) 7038). נראה, כי הקביעה האם מדובר בהוראת שריון צריכה להתבסס על בחינה של מידת הקושי לשנות את ההסדר הקיים. לפיכך הוראה שלפיה שינוי של חוק־יסוד ייעשה רק בדרך האמורה בדוגמא שהובאה לעיל היא בבחינת הוראת שריון.

nevo.co.il

2. שריון צורני ושריון מהותי

עיקרו של הדיון שנעשה בחיבור זה עניינו קביעת כללי הכרעה על־רוביים. המדובר בקביעת פרוצדורה מסוימת להכרעה בעניינים מסוימים, בדרך־כלל דרישת רוב מיוחס כלשהו. עם זאת, שתי הוראות השריון המרכזיות בחוקי־היסוד בדבר זכויות האדם – פסקות ההגבלה שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובחוק־יסוד: חופש העיסוק – הן מסוג שונה. לכאורה השריון הנובע מהוראות אלה "מוחלט": הכנסת שללה את כוחו של כל רוב שהוא – לרבות הסכמה מלאה של כלל חברי־הכנסת – לפגוע בזכויות־יסוד שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה (בכפוף להוראת סעיף 8 – "פסקת ההתגברות" – שבחוק־יסוד: חופש העיסוק). הכנסת ביקשה לכבול את עצמה באופן מוחלט להכרעה שכבר קיבלה באשר למקרים שבהם היא רשאית לפגוע בזכויות־יסוד של האדם. אמנם, בפועל השריון איננו מוחלט, שהרי הכנסת מוסמכת לשנות את חוקי־היסוד עצמם (את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ברוב רגיל, ואת חוק־יסוד: חופש העיסוק, ברוב של 61 חברי־כנסת); והוראות פסקת ההגבלה הן עמומות ורחבות, באופן המאפשר גמישות רבה־יחסית בחקיקה. עם זאת, ההערה שאני מבקש להוסיף לגבי שריון מסוג זה היא עקרונית. עניינה ההבחנה בינו ובין שריון "פורמלי", שבו נקבעת פרוצדורת הכרעה מסוימת.

במסגרת הדיון שהובא לעיל הגדרתי את מערכת ההעדפות מ"סדר שני" ככזו המגדירה את עמדת הצדדים בשאלה, כיצד ראוי להכריע בסוגיה מסוימת? ככל שמדובר בשריון פורמלי, העמדה באה לידי ביטוי בקביעה, מהי הפרוצדורה שבה ראוי שתתקבל ההכרעה החברתית? למעשה, ההעדפות מ"סדר שני" של הצדדים אינן מכוונות לפרוצדורה עצמה. כך, ההעדפה כי החלטות מסוימות יתקבלו ברוב מיוחס אינה משקפת חיבה מיוחדת שהפרטים רוכשים לרוב מיוחס. היא משקפת את עמדתם, כי החלתו של רוב מיוחס צפויה להשפיע על ההחלטה שתתקבל.[115] כך, למשל, הקביעה כי שינויה של שיטת־הבחירות ייעשה ברוב מיוחס בלבד עשויה להגדיל את הסיכויים שהחלטה על כך תתקבל רק אם התמיכה בשינוי משקפת עמדה עניינית באשר לשיטת־הבחירות הרצויה ולא הערכה כי שיטת־בחירות מסוימת צפויה להגדיל את סיכויי הצלחתן בבחירות של מפלגות מסוימות.

עם זאת, מובן, כי קידומם של האינטרסים שבהם מדובר באמצעות החלתו של כלל הכרעה מסוים איננה מובטחת, שהרי מדובר בהערכה בלבד באשר להשפעתו של כלל ההכרעה שייבחר על ההסדר החברתי הספציפי שיוחלט עליו. שריון מהותי נועד לעקוף את הצורך בהערכה מסוג זה. במסגרת השריון המהותי נקבע באופן מפורש מהם השיקולים שיש להביא בחשבון בעת קבלת ההכרעה. נקבע מתחם של החלטות שהכנסת רשאית לקבל. מנגד, שריון מהותי מחייב החלת ביקורת חיצונית – לרוב שיפוטית – לשם בחינה, האם הכנסת אכן פועלת בהתאם לשריון המהותי.[116] מכאן גם יתרונו של השריון הפורמלי, שבמסגרתו הבחינה

---

115. בעניין זה ראו ביוקנן וטולוק (לעיל, הערה 34).

116. לדיון בקשיים הכרוכים באכיפתה של פסקת ההגבלה ראו, למשל, גביזון (לעיל, הערה 18), 65: "רב החשש כי בשמו של 'העם' תהיה לנו הכרעה בסוגיות ציבוריות על־ידי מועצת־'חכמים אפלטונית".

nevo.co.il

מחייבת הפעלת שיקול־דעת מוגבל הרבה יותר.[117] מנגד, שריון פורמלי השם יהכו על בית־המחוקקים עלול לשלול הגנה נאותה מקבוצות חסרות־השפעה בתחום הפוליטי.[118]

לכן הבחירה היא בין הכוונה ישירה של תוכן ההכרעות הספציפיות, המחייבת מעורבות שיפוטית רבה לשם קביעת תוכנה של ההכוונה, ובין הכוונה עקיפה בלבד, מכוח ההסתמכות על פרוצדורת ההכרעה, שבמסגרתה נדרשת מעורבות שיפוטית מועטה בהרבה. דיון מפורט בעניין חורג מגדרו של חיבור זו. עם זאת אציין, כי בנסיבות כמו אלה בישראל אפשר לטעון שהחלת שריון מהותי, המעבירה למעשה סמכות מידיה של הכנסת לידי בית־המשפט, אינה יכולה להיחשב מעצם טיבה לכזו הנעשית "מאחורי מסך של בערות". שופטי בית־המשפט העליון מבטאים באופן מובהק, רובם ככולם, תפיסת־עולם חברתית ליברלית (על גווניה השונים של תפיסה זו). ממילא, גם אם הענקת הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על פעולת הכנסת מוחלת על שורה של הכרעות, בלא לעגן סטטוס־קוו נתון כלשהו, הריהי מבטאת הלכה למעשה העדפה מוגדרת וברורה "מסדר ראשון".[119] התוצאה עשויה להיות שלילת הלגיטימיות של קביעת הוראת שריון מסוג זה.

ז. הערות סיכום

בדיון שהובא כאן הוצעה דרך שלישית, הנוספת על השתיים המקובלות, לקביעת כוחה של הכנסת לקבוע כללי הכרעה על־רוביים. דרך זו מבטאת איזון בין השאיפה להכיר בסמכות רחבה ככל האפשר בידי הרוב בכנסת לקבל הכרעות חברתיות, ובכלל זה לקבוע כיצד יתקבלו הכרעות אלה, ובין השאיפה למנוע שימוש־לרעה בסמכותו זו של הרוב. הטענה היא, כי איזון זה משקף את התפיסה המקובלת בציבור באשר לסמכותה של הכנסת.

---

117. לטיעון ברוח זו – ומכוחו, הצעה לקבוע כללי הכרעה על־רובים כתחליף לביקורת שיפוטית – ראו: John O. McGinnis and Michael B. Rappaport, "Supermajority Rules as a Constitutional Solution", 40 *William and Mary L. Rev.* (1999) 365. נטען שם, כי כדי להבטיח שההחלטות בענייני תקציב והטלת מסים תשרתנה את טובת הכלל ויושפעו במידה מועטה ככל האפשר מקבוצות־לחץ מאורגנות, יש לקבוע כלל הכרעה על־רובי בעניינים אלה, בשל הקושי להחיל ביקורת שיפוטית לבחינת תוכנם של ההסדרים הנקבעים על־ידי הקונגרס. לביקורת על עמדה זו ראו: Elizabeth Garrett, "A Fiscal Constitution with Supermajority Voting Rules", 40 *William and Mary L. Rev.* (1999) 471; Lino A. Graglia "Transferring Policymaking Power to Judges – The Effect of Judicially Enforceable Constitutional Restraints – is Not a Defensible Alternative to Majority Rule", 40 *William and Mary L. Rev.* (1999) 505; Lynn A. Baker and Samuel H. Dinkin, "Getting from Here to There: The Rebirth of Constitutional Constraints on the Special Interest State", 40 *William and Mary L. Rev.* (1999) 515.

118. לחשש מסוג זה ראו פרוקצ'יה (לעיל, הערה 105), 647-649; אלי (לעיל, הערה 32).

119. אני מודה לעמרי ידלין, על שהסב את תשומת־לבי לטיעון זה.

nevo.co.il

המרתו של המבחן הפורמלי המקובל כיום במבחן המוצע כאן עלולה אמנם לפגוע בערכי ודאות ויציבות. למעשה, חשיבותם של ערכים אלה הודגשה בפסיקה כבסיס לבחירה במבחן הפורמלי.[120] עם זאת, אם מקבלים את הטענה כי בשל החסרונות שתוארו אין להסתפק במבחן הפורמלי ויש להחיל גם מבחן צורני או מהותי,[121] אובד טעם זה להחלת המבחן הפורמלי שהרי אז ממילא לא ניתן ביטוי לערכי היציבות והוודאות.

התמודדות עם החשש מפני שימוש בכוחו של הרוב לקבוע הוראות שריון לשם עיגון של סטטוס־קוו מסוים יכולה להיעשות בשני סוגי דרכים: דרך אפשרית אחת היא התנאת תוקפה של הוראת שריון בקיום הליך מיוחד, ובכלל זה קבלתה ברוב מיוחס כלשהו. הדרך השנייה היא החלת מבחן מסוג זה שהוצע לעיל, שלפיו תוקפה של הוראת השריון יותנה בכך שהיא נקבעה "מאחורי מסך של בערות". כל אחת מן הדרכים הללו כרוכה בוויתור על ערך מסוים: הדרך הראשונה מאפשרת פישוט ניכר של הליך הביקורת השיפוטית,[122] אך היא מבטאת כפייה של הכרעה ערכית חיצונית בדבר כלל ההכרעה הראוי, תוך פגיעה בשאיפה, כי בחירת כלל ההכרעה תיעשה על־ידי הפרטים עצמם (אלא אם מדובר בקביעה של הפרטים עצמם בהליך של הסכמה רחבה, המבטא שינוי של "כלל ההכרעה הראשוני", היינו: בהליך של "כינון חוקה"). הדרך השנייה מאפשרת צמצום של הפגיעה בכוחם של הפרטים להגדיר בעצמם את כלל ההכרעה המיטבי, במחיר החלה של ביקורת שיפוטית מורכבת, העלולה לפגוע בערכי ודאות ויציבות.[123]

בחירת בית־המשפט העליון בישראל במבחן פורמלי שאינו אפקטיבי עשויה להתפרש כהעדפה של שני האינטרסים גם יחד – מניעת כפייה של כלל הכרעה מסוים וקידום ערכי ודאות ויציבות – תוך נכונות ליטול את הסיכון של שימוש־לרעה, כאמור, בכוחו של הרוב. בית־המשפט מסתפק בדרישה ההצהרתית כי חוק הכולל הוראת שריון יישא בכותרתו את המלים "חוק־יסוד", בתקווה כי יהיה בכך כדי לרסן, ולו באופן חלקי, את הרוב מפני שימוש־לרעה בכוח הכבילה שלו. הדרישה ההצהרתית מלווה איום מרומז להחיל גם מבחן צורני־מהותי, אם התקווה האמורה תיכזב. לכן ההצעה המובאת כאן עשויה להתפרש כהכנה לאותם ימי סגריר, תוך התמקדות בחשש מפני שימוש־לרעה בכוחה של הכנסת בצד כיבוד בחירתו של הציבור בכלל ההכרעה ההולם.

---

120. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 7), 406 (פסק־הדין של הנשיא ברק): "מבחן [פורמלי] זה – השימוש בדיבור 'חוק־יסוד' – הוא פשוט להפעלה. הוא מעניק בטחון וודאות", ומכאן יתרונו. ראו גם ברק (לעיל, הערה 11), 19-20.

121. לגישה מסוג זה ראו קרצמר (לעיל, הערה 38), 376: "ניתן לשריין אך ורק הסדרים הנעשים מכוח סמכותה המכוננת של הכנסת. לסמכות זו שני מאפיינים: (1) מאפיין צורני ...; (2) מאפיין מהותי, המתבטא בכך שהסדרים אלה חייבים להיות בעלי אופי חוקתי".

122. להדגשת יתרון זה של דרך זו ראו מקגיניס ורפפורט (לעיל, הערה 82).

123. להדגשת יסוד זה, תוך מתיחת ביקורת נוקבת על עצם הלגיטימיות שבהחלת ביקורת שיפוטית על חוקים, ראו: Michael Mandel, "Democracy and the New Constitutionalism in Israel", 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 259.

nevo.co.il

nevo.co.il