

שימוש לרעה בשריון פורמלי של חוק יסוד

נדב דישון*

מאמר זה בוחן לראשונה את תחולת הדוקטרינה של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת" – אשר פותחה בפסיקה בשנים האחרונות – על סמכותה של הכנסת לשריין חוקי יסוד בשריון פורמלי.

מאז נקלטה לשיטת משפטנו תאוריית "שני הכובעים" של הכנסת, חוק יסוד מוכר כבעל מעמד נורמטיבי עדיף לעומת חוק רגיל, משום שהוא תוצר של הפעלת הסמכות המכוננת, אשר שואבת (או אמורה לשאוב) את כוחה מהסכמה רחבה בציבור. מעצם סמכותה לקבוע הוראות חוקתיות בעלות מעמד נורמטיבי עדיף, הכנסת רשאית לשריין חוקי יסוד, בין באופן "מהותי" ובין באופן "פורמלי". שריון מהותי מעניק הגנה לאמור בחוק היסוד מפני פגיעה או שינוי באמצעות חוק רגיל. שריון פורמלי מעניק הגנה לחוק יסוד מוקדם מפני שינוי בחוק יסוד מאוחר, באמצעות קביעת פרוצדורה נוקשה יותר לתיקון חוק היסוד לעומת פרוצדורת ההכרעה הדמוקרטית הרגילה.

בהעדרו של חוק-יסוד: החקיקה, אין במשפט החוקתי הישראלי כללים באשר לגבולות סמכותה של הכנסת לשריין הוראות חוקתיות בשריון פורמלי. גם בית המשפט העליון טרם הכריע בסוגיה זו.

דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת", כפי שפותחה בפסיקה, מאפשרת התערבות שיפוטית בחוקי יסוד ככל שאלה אינם עומדים במבחני משנה צורניים לזיהוי וסיווג של נורמה כחוקתית. דוקטרינה זו יושמה עד כה רק לגבי הוראות שריון מהותי. טענת המאמר היא שדוקטרינת ה"שימוש לרעה" מניחה תשתית משפטית שעל בסיסה ניתן לשרטט לראשונה גם את

* תלמיד לתואר שלישי במשפטים (Ph.D.) באוניברסיטת תל אביב; LL.M. (King's College London); LL.M. (אוניברסיטת תל אביב); LL.B. (אוניברסיטת תל אביב). המחבר מבקש להודות ליניב רוזנאי, לגור בליי וליהודה גור על הערותיהם המועילות. תודה גם לחברי מערכת **משפט ועסקים** שירה תימור, ים רז, מאיה גלעד ואביתר רובין, לעורך הלשוני גיא פרמינגר וכן לשיפוט החיצוני על עבודה מצוינת.

גבולותיה של סמכות הכנסת לשריין חוק יסוד בשריון פורמלי. זאת, מבלי להידרש לתוכן ההוראה שאליה הוצמד השריון.

הנחת היסוד של המאמר, המבוססת על פסיקת בית המשפט בעניין זה, היא שהכנסת רשאית להצמיד הוראת שריון פורמלי לחוק יסוד. מכאן שבשריון פורמלי של הוראות חוקתיות, כשלעצמו, אין כדי להקים חשד ל"שימוש לרעה".

בהתחשב בכך, המאמר מציע כי ככלל יש לסווג שריון פורמלי כחוקתי בהתאם למענה לשאלה אם בהצבעה על אישור השריון תמך בו לפחות אותו רוב מיוחס שנקבע בו לצורך שינויו – מבחן השריון ה"סימטרי". תוך סקירת הוראות השריון הפורמלי שהוצמדו לחוקי יסוד לאורך השנים בישראל, המאמר מראה כי כלל השריון ה"סימטרי" מיושם בעשורים האחרונים בפועל על ידי הכנסת בבואה לשריין חוקי יסוד, ואף נתפס בייעוץ המשפטי לכנסת ככלל שראוי לעמוד בו. במקרה של שריון "סימטרי" לא קם יתרון אובייקטיבי מובהק לרוב ששריין את ההוראה על רוב עתידי שירצה לשנותה, ולכן אי-אפשר לראות בה הוראה "פרסונלית", מעבר ל"פרסונליות" הכרוכה בכל שריון פורמלי מעצם טבעו. אם ההוראה אומצה באופן "א-סימטרי", יעבור הנטל אל המכונן להציג "צידוק" לחוקתיותה חרף ה"פרסונליות" הכרוכה בה.

מבוא

- פרק א: הדילמה בדבר מקורה של סמכות השריון הפורמלי של הכנסת
- פרק ב: התפתחות ההלכה בדבר גבולות הסמכות המכוננת בישראל
1. הקושי הדמוקרטי הכרוך באימוץ חוקה עליונה ונוקשה
 2. המתח החריף בין דמוקרטיה לחוקתיות במשפט הישראלי
 3. קליטת הדוקטרינה של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת" במשפט הישראלי

פרק ג:

- תחולתה של הלכת שפיר על שריון פורמלי של חוק יסוד
1. תחולת הדוקטרינה של "שימוש לרעה" על שריון פורמלי של חוק יסוד
 2. שריון "סימטרי" כאמת מידה ליישום מבחן העזר בדבר "כלליות" הנורמה
 3. הבהרות
 4. דרכים חלופיות להגדרת גבולותיה של סמכות השריון הפורמלי

סיכום

נספח: הצבעות שבהן אושרו הוראות שריון פורמלי בחוקי יסוד

מבוא

בשנת 2020 נדונה לפני בית המשפט העליון עתירה נגד תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה, אשר עיגן את מוסד ממשלת החילופים.¹ רוב הוראות התיקון שוריינו כך שבמהלך תקופת כהונתה של הכנסת העשרים ושלוש, אשר כיהנה מיום 16.3.2020 עד יום 6.4.2021, יהיה אפשר לשנותן רק בתמיכה של שבעים חברי כנסת. אחת מטענות העותרים נגד חוק היסוד הייתה שדרישת הרוב המיוחס לצורך תיקון אותן הוראות חורגת מסמכותה המכוננת של הכנסת, ולפיכך דינה להתבטל. פסק הדין בעתירה ניתן ביולי 2021, אחרי שהכנסת העשרים ושלוש כבר התפזרה.² בנסיבות אלו קבעו שופטי ההרכב פה אחד כי שאלת השריון של חוק היסוד התייתרה ונהפכה לתאורטית בעת הזו.³ בכך החמיץ הציבור (או לפחות חובבי המשפט החוקתי שבו) דיון והכרעה תקדימיים בשאלת גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון פורמלי ("צורני") בחוקי יסוד. נכון להיום, בהעדרו של חוק-יסוד: החקיקה,⁴ אין במשפט החוקתי הישראלי כללים ברורים באשר לגבולות סמכותה של הכנסת לקבוע שריון פורמלי. לבד מהעתירה בעניין **ממשלת החילופים**, שבה כאמור לא נדונה סוגיה זו לבסוף, טרם נדרש בית המשפט העליון במישרין לשאלת גבולותיה של סמכות השריון הפורמלי, וממילא טרם הכריע בה. בעקיפין ניתן להסיק מעמדת הנשיא ברק בעניין **בנק המזרחי**,⁵ כי לכנסת אין סמכות לשריין בשריון פורמלי הוראה חוקית "רגילה".⁶ לפי עמדת הנשיא ברק, הכנסת רשאית

- 1 חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), ס"ח התש"ף 34 (להלן: תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה).
- 2 בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (אר"ש 12.7.2021) (להלן: עניין **ממשלת החילופים**).
- 3 עניין זה הוסכם על כל שופטי ההרכב פה אחד. ראו שם, בפס' 69 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר, בפס' 2 לפסק הדין של השופט הנדל, בפס' 3 לפסק הדין של השופטת ברון, בפסקת הפתיחה לפסק הדין של השופט מניץ, בפס' 7 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז, בפס' 10 לפסק הדין של הנשיאה חיות, בפס' 5 לפסק הדין של השופט סולברג ובפס' 2 לפסק הדין של השופט קרא.
- 4 או חוק יסוד אחר שיבהיר "...מהם גבולות סמכותה המכוננת [של הכנסת] ומהם גבולות הביקורת על השימוש בסמכות זו". ראו בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, פס' 32 לפסק הדין של הנשיאה חיות (אר"ש 23.5.2021).
- 5 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין **בנק המזרחי**).
- 6 כלומר הוראה בחקיקה ראשית, וזאת אף שקיימות הוראות שריון פורמלי בחקיקה ראשית. ראו, למשל, ס' 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, התשמ"ד-1984, ובעבר גם ס' 45 לחוק בנק ישראל, התשי"ד-1954, אשר שוריינו שניהם כך שיהיה אפשר לתקנם רק ברוב של חברי הכנסת, קרי, ברוב של שישים ואחד חברי כנסת. על שריונים אלו נטען בספרות כי הם נעדרו תוקף. ראו, למשל, אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית 569 (1992) ("...לא יועילו הוראות השריון הקבועות בחוק רגיל, וחוק מאוחר, שנתקבל ברוב רגיל, יוכל תמיד לבטלן (במפורש או במשתמע)".) בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 5, הושאר עניין זה ב"צריך עיון",

לכבול את ידיה שלה עצמה רק כאשר היא פועלת מכוח סמכותה המכוננת. גישה זו מניחה שלכנסת יש "שני כובעים" – כובע מכונן וכובע מחוקק. בחובשה את כובעה המכונן, הכנסת מעגנת הוראות במדרג נורמטיבי על-חוקי, ולפיכך היא רשאית לשריין הוראות אלו הן בשריון "מהותי" (הגבלת הרשות המחוקקת מפני אפשרות פגיעה בהם) והן בשריון "פורמלי" (דרישת רוב מיוחס לצורך שינוי שלהן).⁷ מכך נובע שהכנסת אינה מוסמכת לשריין בשריון פורמלי הוראת חוק ראשי, שכן הוראה זו אינה תוצר של הפעלת סמכותה המכוננת של הכנסת, אלא תוצר של הפעלת סמכותה המחוקקת. מעמדת שופטי הרוב בעניין **בנק המזרחי** משתמע כי הם תומכים בעמדה זו,⁸ אשר אף התקבעה כהלכה מחייבת במרוצת השנים.⁹ לצורך הטיעון המובא בנייר זה אניח כי סמכות הכנסת לשריין

אך הנשיא ברק ציין כי "...הכרה בכוחה של הכנסת כרשות מחוקקת לכבול את כוח החקיקה שלה מחייבת תורה חוקתית אשר תצדיק אותה" (שם, בפס' 66 לפסק הדין של הנשיא ברק). לפי גישת השופט חשין, דרישה לתמיכה של רוב חברי הכנסת, קרי של שישים ואחד חברי כנסת, משמעה דרישת "קוורום" בלבד, כחלק מהסמכות של בית המחוקקים לקבוע כללי "manner and form" באשר להליך החקיקה, ולפיכך היא תקפה גם אם היא התקבלה על ידי הרשות המחוקקת (שם, בפס' 91–94 לפסק הדין של השופט חשין). זאת, להבדיל מדרישת רוב מיוחס גבוה יותר, אשר לפי חשין לא תהיה תקפה בין שהיא הוצמדה לחוק רגיל ובין שהיא הוצמדה לחוק יסוד, משום שהיא אינה דמוקרטית (שם, בפס' 96 לפסק הדין של השופט חשין). עמדת השופט חשין התבססה כידוע על גישתו כי הכנסת אינה אחוזת בסמכות מכוננת כלל, ונותרה במיעוט באותה פרשה. השופט בך טען כי אמירה זו של השופט חשין אינה "עקבית", שכן אין "הבדל עקרוני" בין כבילה לרוב של שישים ואחד לבין כבילה לרוב של שישים ושניים או יותר (שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט בך). למן עניין **בנק המזרחי** לא הוצמדה הוראת שריון פורמלי לחוק ראשי. בהקשר זה ראו רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנט של חוקת הכלאיים הישראלית" **עיוני משפט** לח 501, 560 (2016) (להלן: ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי"). בספרות האמריקנית נדונה שאלה זו בהרחבה בקשר לסמכות השריון הפורמלי של בית המחוקקים שם. ראו, למשל, Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Legislative Entrenchment: A Reappraisal*, 111 YALE L.J. 1665 (2002); John C. Roberts & Erwin Chemerinsky, *Entrenchment of Ordinary Legislation: A Reply to Professors Posner and Vermeule*, 91 CAL. L. REV. 1773, 1775–1777 (2003); John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Symmetric Entrenchment: A Constitutional and Normative Theory*, 89 VA. L. REV. 385 (2003).

7 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 5, בפס' 50 לפסק הדין של הנשיא ברק.

8 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א: עקרונות יסוד 65 (2005).

9 כפי שציין אורי אהרונסון, מודל שני הכובעים "קיבל את הבכורה בשיח המשפטי ובפסיקה החוקתית בעשורים שמאז". ראו אורי אהרונסון "המהפכה החוקתית: הדור הבא" **מחקרי משפט** לד, ה"ש 12 והטקסט שלידה (צפוי להתפרסם ב-2024). ראו גם סוזי נבות "נוקשות – סעיף 11 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי" **ספר הפרשנות של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי** 203, 212–221 (יובל שני וידידיה צ' שטרן עורכים 2023) (להלן: נבות "נוקשות"). זאת, בניגוד לעמדתו של הנשיא (בדימ') שמגר, אשר ביסס את סמכות הכנסת לכונן חוקה על הסמכות הבלתי-מוגבלת של הכנסת, ולא על תורת "הסמכות המכוננת". ראו ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי", לעיל ה"ש 6, בעמ' 515–516.

נורמה בשריון פורמלי נובעת מתאוריית "שני הכובעים" של הכנסת, ולפיכך מסורה לה רק כאשר היא מפעילה את סמכותה המכוננת, קרי, רק בחוק יסוד. לעומת שאלת גבולותיה של סמכות השריון הפורמלי של הרשות המכוננת, אשר לא פותחה בפסיקה למן עניין **בנק המזרחי**, בגזרת השריון המהותי דווקא חלה התפתחות משמעותית. כבר בעניין **בנק המזרחי** הכיר בית המשפט בכך שעקב מאפייניה הייחודיים של הסמכות המכוננת בישראל, ובפרט לנוכח המבחן הצורני שנקבע לזיהוי תוצר הפעלתה, עלולים להיות מקרים שבהם תעשה הכנסת שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" באופן שעשוי לחייב ביקורת שיפוטית,¹⁰ ושסמכותה המכוננת של הכנסת "איננה בלתי מוגבלת".¹¹ עמדה זו אומצה ופותחה בשנים האחרונות בפסקי הדין בעניין **התקציב הדו-שנתי**¹² ובעניין **שפיר**.¹³ בשתי פרשות אלו הפעיל בית המשפט ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד מכוח הדוקטרינה של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת", שעניינה זיהוי וסיווג הנורמה כחוקתית לפי מאפיינים צורניים, מבלי לבחון את תוכנה. דוקטרינת ה"שימוש לרעה" יושמה עד כה אך ורק לגבי תיקוני חוק יסוד שאומצו בדרך של הוראת שעה, ללא שריון פורמלי. באותם מקרים התבטא ה"שימוש לרעה" במתן מעמד נורמטיבי עדיף לנורמה באמצעות עצם כינונה כחוק יסוד, ולא באמצעות קביעת פרוצדורה נוקשה לצורך סטייה ממנה, ומכאן שההלכה יושמה על שריון מהותי בלבד. עולה השאלה אם הלכה זו, על המבחנים שנקבעו בה, רלוונטית גם להוראת שריון פורמלי.

עד היום, בבואה לשריון חוק יסוד בשריון פורמלי, נהגה הכנסת להסתפק בשריון שאינו גבוה משישים ואחד חברי כנסת. מלבד השריון האמור של שבעים חברי כנסת בתיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה משנת 2020, רק ארבע הוראות חוקתיות שוריינו בשריון פורמלי ברוב של יותר משישים ואחד חברי כנסת – אחת בחוק-יסוד: הכנסת משנת 1958¹⁴ ושלוש הנותרות בחוק-יסוד: הממשלה משנת 1992 (לרבות תיקון עקיף שנעשה בו לחוק-יסוד: הכנסת).¹⁵ שתיים מבין הוראות אלו בוטלו בשנת 2003, עם

10 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 5, בפס' 58 לפסק הדין של הנשיא ברק.

11 ראו, למשל, שם, בפס' 35 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') שמגר.

12 בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (אר"ש 6.9.2017) (להלן: עניין **התקציב הדו-שנתי**).

13 עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4.

14 שריון ההוראה לעניין העדר כוחן של תקנות שעת חירום לשנות את חוק-יסוד: הכנסת (ס' 44 לחוק-יסוד: הכנסת). הוראה זו שוריינה ברוב של שמונים חברי כנסת בס' 45 לחוק-יסוד: הכנסת, אשר שריין גם את עצמו באותו רוב.

15 ראו ס' 27(א) ו-35(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 214 (להלן: חוק-יסוד: הממשלה (1992)) (שעניינם, בהתאמה, העברת ראש הממשלה מכהונה לא מחמת עברה והעברת שר מכהונה), אשר הרוב שנדרש כדי לשנותם, בהתאם לס' 56(א) לחוק-יסוד: הממשלה (1992), היה שמונים ושבעים חברי כנסת, בהתאמה. לדיון בשאלות המתעוררות מנוסחו של ס' 56(א) לחוק-יסוד: הממשלה (1992) ראו אייל גבאי "שינוי רטרופקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" **הפרקליט** מד 151 (1998). במסגרת אותו חוק הוסף גם ס' 45 לחוק-יסוד: הכנסת, אשר שריין את ס' 9א(א)

החלפת חוק-יסוד: הממשלה כולו.¹⁶ לפיכך כיום יש רק שתי הוראות חוקתיות תקפות המשוריינות בשריון פורמלי הגבוה משישים ואחד חברי כנסת – האחת עניינה הגבלת סמכותה של הכנסת להאריך את תקופת כהונתה (סעיף 9א(א) לחוק-יסוד: הכנסת), והאחרת עניינה הגבלת סמכותה של הממשלה לפגוע בהוראות חוק-יסוד: הכנסת באמצעות תקנות שעת חירום (סעיף 44 לחוק-יסוד: הכנסת). בספרות נשמעה עמדה שלפיה השימוש שעשתה הכנסת עד היום בכלי השריון הפורמלי אינו מוגזם או בלתי סביר.¹⁷ אמירה זו הושמעה לפני תיקון חוק היסוד בעניין ממשלת החילופים. התיקון האמור, שאומץ כהוראת שעה בלבד, עשוי לפתוח פתח לשינוי מגמה בנקודה זו.¹⁸ שאלת גבולותיה של סמכות השריון הפורמלי של הכנסת מזה, ודוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת" מזה, נדונו בפסיקה ובספרות במנותק זו מזו. עד כה לא נבחנה לעומק השאלה אם וכיצד התפתחות ההלכה בנוגע לדוקטרינת ה"שימוש לרעה" עשויה להשליך על הגדרת גבולותיה של סמכות השריון הפורמלי של הכנסת.¹⁹ בנייר זה אטען כי דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת" חלה על הוראות שריון פורמלי בחוקי יסוד כשם שהיא חלה על הוראות שריון מהותי. אלה גם אלה הם תוצרי סמכותה המכוננת של הכנסת. אולם, בשל מאפייניה הייחודיים של סמכות השריון הפורמלי של חוקי יסוד בישראל, יש להחיל לגביה מבחן ייחודי לצורך זיהוי כחוקתית – מבחן השריון ה"סימטרי", קרי, אם בהצבעה על אישור השריון תמך בו לפחות אותו רוב מיוחס שנקבע בו לצורך שינויו.

מהלך הטיעון יהיה כדלקמן: תחילה, בפרק א, אסקור את הוראות השריון הפורמלי הקיימות כיום בדין הישראלי, ואתאר את הקושי הדמוקרטי הטמון בהכרה בסמכות השריון הפורמלי של הכנסת מכוח תאוריית הסמכות המכוננת. לאחר מכן, בפרק ב, אסקור את התפתחות ההלכה בדבר גבולותיה של הסמכות המכוננת בישראל, ואת

(המגביל את אפשרותה של הכנסת להאריך את כהונתה) ברוב של שמונים חברי כנסת. חוק-יסוד: הממשלה (1992) הוחלף בחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158, אשר אומץ בשנת 2001 ונכנס לתוקף בשנת 2003, עם השבעת הכנסת השש-עשרה.

16 ס' 27(א) ו-35(ג) לחוק-יסוד: הממשלה (1992).

17 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 111.

18 בשנים האחרונות גוברת הנטייה לאמץ בדרך קבע – או להאריך מתקופה לתקופה – הוראות חוקתיות שכונו תחילה כהוראות שעה זמניות בלבד. הדוגמה המובהקת ביותר היא התקציב הדו-שנתי – תיקון חוקי זמני שאומץ חמש פעמים ברצף. דוגמאות נוספות הן הסרת המכסה הקרבית של תשעה-עשר שרים ממשלה וכן "החוק הנורבגי", המאפשר לשרים שהתפטרו מתפקידם לחזור לכהן בכנסת. ראו לעניין זה רבקה ווייל "ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד: על מורשת חיות ונתניהו" **ICON-S-IL Blog** (16.12.2021) <https://did.li/LW4w5> (להלן: ווייל "ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד").

19 סווי נבות טענה כי כעיקרון יש מקום להחיל את דוקטרינת ה"שימוש לרעה" על הוראות שריון פורמלי, והציעה לפתח את הדיון בסוגיה זו. ראו סווי נבות "על סעיף השריון ב'ממשלת החילופים'" **ICON-S-IL Blog** (25.11.2020) <https://did.li/GdfZH>. ראו גם נבות "נוקשות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 228–232.

קליטתה של דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת" לדין הישראלי כתוצאה מהמתח החריף השורר בשיטת המשפט הישראלית בין דמוקרטיה לבין חוקתיות. בפרק ג אטען כי דוקטרינת ה"שימוש לרעה" מניחה תשתית משפטית שבאמצעותה ניתן לשרטט את גבולות הסמכות המכוננת בישראל במישור של סמכות השריון הפורמלי. בחלק זה אסביר כי מבחן השריון ה"סימטרי" מציע יישום נכון של דוקטרינת ה"שימוש לרעה", כפי שאומצה בעניין שפיר, על הוראות שריון פורמלי בחוקי יסוד. נוסף על כך, אראה כי בעשרות השנים האחרונות הכנסת עצמה נוהגת לאמץ בפועל הוראות שריון פורמלי באופן "סימטרי", ואציג הצדקות נורמטיביות אחדות לראיית כלל השריון ה"סימטרי" ככלל מחייב, ובראשן הטיעון הדמוקרטי. בפרק האחרון אסכם.

פרק א: הדילמה בדבר מקורה של סמכות השריון הפורמלי של הכנסת

"סמכות של רשות מכוננת לכבול רשות מחוקקת – ידענו והסכמנו; סמכות של רשות מכוננת לכבול רשות מכוננת – מניין באה זו? אכן, קושיה היא ותהי לקושיה."²⁰

מאז נקלטה לשיטת משפטנו תאוריית "שני הכובעים" של הכנסת, חוק יסוד מוכר כבעל מעמד נורמטיבי עדיף לעומת חוק רגיל, משום שהוא תוצר של הפעלת הסמכות המכוננת, אשר שואבת (או אמורה לשאוב) את כוחה מהסכמה רחבה בציבור.²¹ מעצם סמכותה לקבוע הוראות חוקתיות בעלות מעמד נורמטיבי עדיף, הכנסת רשאית לשריין חוקי יסוד, בין באופן "מהותי" ובין באופן "פורמלי". ההבחנה בין שריון מהותי לבין שריון פורמלי היא חשובה. ככלל, שריון חוק יסוד – מהותי או פורמלי – משמעו קביעה שלא יהיה אפשר לסטות מן האמור בחוק היסוד באמצעות כלל ההכרעה הדמוקרטית הרגיל שלפיו "הרוב קובע".²²

שריון מהותי מעניק לחוק יסוד הגנה מפני שינוי או פגיעה באמצעות חוק רגיל, ומכאן שבאמצעותו הכנסת כרשות מכוננת כובלת את עצמה כרשות מחוקקת. חוקי היסוד כולם הוכרו בפסיקה כמוגנים בשריון מהותי, אשר מתבטא, בראש ובראשונה, בכך שהם ניתנים לשינוי באמצעות חוק יסוד בלבד, כלומר, הכנסת כרשות מחוקקת אינה מוסמכת לסטות מהם.²³ במקרים מסוימים קיימות "פסקות הגבלה" בחוקי יסוד אשר מגבילות את תוכנם של חוקים ראשיים, וגם הן מהוות הוראות שריון מהותי.

20 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 5, בפס' 61 לפסק הדין של השופט חשין.

21 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 76.

22 והנגזרות של כלל זה, שלפיהן חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם וחוק ספציפי גובר על חוק כללי.

23 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 99.

הדוגמה המוכרת היא פסקת ההגבלה המצויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק,²⁴ שלפיה אין לפגוע בזכויות היסוד המעוגנות בחוקי היסוד הללו אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. אבל קיימות פסקות הגבלה נוספות בחוקי היסוד. לדוגמה, סעיף 9א(א) לחוק-יסוד: הכנסת קובע כי הכנסת רשאית להאריך את כהונתה רק בחוק שהתקבל ברוב של שמונים חברי כנסת, ורק אם מתקיימות נסיבות מיוחדות המונעות את עריכת הבחירות בעיתן. שריון מהותי של חוק יסוד יכול להתבטא הן באמצעות הגבלות לגבי תוכן החוק והן באמצעות הגבלות לגבי הפרוצדורה הנדרשת לאישורו. בשני המקרים ההגבלות מוטלות על הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת.

שריון פורמלי מעניק הגנה לחוק יסוד מוקדם מפני שינויו בחוק יסוד מאוחר, באמצעות קביעת פרוצדורה נוקשה יותר לתיקון חוק היסוד לעומת פרוצדורת ההכרעה הדמוקרטית הרגילה.²⁵ שריון פורמלי עוסק בהצבת גבולות לכנסת לא כרשות מחוקקת, אלא כרשות מכוננת. השריון הפורמלי יכול להתבטא בדרישה לרוב מיוחס בבית המחוקקים הרגיל, בדרישה לאישור מיוחד בשני בתי הנבחרים (במדינות שיש בהן שני בתים), בדרישה לקיום משאל עם ועוד.²⁶ בישראל שריון פורמלי של חוק יסוד נעשה עד כה רק בדרך "מספרית",²⁷ קרי, באמצעות דרישת רוב מיוחס בבית המחוקקים הרגיל לצורך תיקון ההוראה. בסך הכל קיימות כיום בדין הישראלי תשע הוראות חוקתיות משוריינות בשריון פורמלי מספרי: שריון מספרי המחייב תמיכה של רוב חברי הכנסת (שישים ואחד)²⁸ לצורך תיקון הוראה חוקתית או לצורך תיקון חוק היסוד כולו קיים

24 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

25 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 109.

26 רות גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 35 (1997); קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון" **משפטים** כח 341, 357 (1997) (להלן: קליין "הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון"). בחלק מהצעות חוק-יסוד: החקיקה שהוגשו לאורך השנים הוצע מנגנון מיוחד לאישור חוקי יסוד המחייב, בין היתר, הצבעה בארבע קריאות, קיום הקריאה הרביעית בישיבה מיוחדת שתיועד לכך ואשר תיערך לא לפני חלוף שישה חודשים ממועד הקריאה השלישית, וקבלת חוק היסוד ברוב מיוחס. ראו, למשל, תזכיר חוק-יסוד: החקיקה שהופץ להערות הציבור ביום 5.4.2012. לרשימה של הצעות שונות שהועלו לאורך השנים לעיגון חוק-יסוד: החקיקה ראו עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 32 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

27 כך דוד קרצמר מכנה שריון מסוג זה. ראו דוד קרצמר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" **משפטים** כח 359, 374 (1997). לפי גביוון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 35, שריון מספרי הוא דרישת הנוקשות "הקלה ביותר".

28 בעניין **בנק המזרחי** טען השופט חשין כי דרישת רוב של לפחות שישים ואחד חברי כנסת אינה בגדר הוראת שריון, שכן אין היא אלא דרישת "קוורום" המוודאת את תמיכת "הרוב האמיתי", הנגזר מתוך העיקרון הדמוקרטי של הכרעת הרוב (עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 5, בפס' 91 לפסק הדין של השופט חשין). הנשיא ברק, לעומתו, סבר כי גם דרישת רוב של שישים ואחד חברי כנסת מהווה שריון פורמלי, משום שדרישה זו שוללת מחברי הכנסת את הזכות להימנע (שם, בפס' 67 לפסק הדין של הנשיא ברק). ברק מדינה סבור כי דרישת רוב של שישים ואחד חברי כנסת היא שריון פורמלי,

כיום בשבע הוראות חוקתיות;²⁹ ושריון מספרי המחייב רוב של יותר משישים ואחד חברי כנסת קיים כיום, כאמור, בשתי הוראות חוקתיות בלבד,³⁰ אשר מחייבות שתיהן רוב מיוחס של שמונים חברי כנסת.³¹ מלבד אלה, כאמור לעיל, שתי הוראות שריון פורמלי בחוק-יסוד: הממשלה הקודם בוטלו עם החלפת חוק היסוד כולו. כמו כן, למשך תקופת כהונתה של הכנסת העשרים ושלוש שוריינו כמה הוראות בתיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה (כנוסחו דאז), כך שלתיקון נדרש רוב של לפחות שבעים חברי כנסת. סמכותה של הרשות המכוננת בישראל לכבול את עצמה באמצעות הוראת שריון פורמלי אינה נובעת מתאוריית "שני הכובעים" כפשוטה, כי במצב כזה הגוף הכובל אינו בעל מעמד נורמטיבי גבוה מזה של הגוף הנכבול. למרות זאת, לפי עמדת הרוב בעניין

משום שגלומה בה העדפה של הסטטוס קוו ולכן מתקיים לגביה החשש מפני שימוש לרעה בכוח הרוב. ראו ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" **משפט וממשל** 509, 545 (2003). לעמדתו, דרישת רוב של שישים ואחד חברי כנסת מהווה שריון פורמלי, מן הטעם שהיא מציבה בפני הרוב פרוצדורה נוקשה יותר לתיקון לעומת פרוצדורת התיקון הרגילה שהייתה חלה אילו לא אומצה ההוראה. כפי שאפרט להלן בפרק ג, שאלת עוצמת השריון היא שאלה חשובה, אולם היא אינה רלוונטית לעצם הסיווג הבינרי של ההוראה כהוראת שריון.

29 ס' 44 לחוק-יסוד: הממשלה, ס' 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס' 5 לחוק-יסוד: משאל עם, ס' 11 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ס' 33(ג) לחוק יסוד: משק המדינה וס' 7 (סיפה) לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל.

30 ראו לעיל בפרק המבוא.

31 ניתן לטעון שס' 45 לחוק-יסוד: הכנסת עצמו אינו משוריין בשריון פורמלי, ומכאן שניתן לשנותו ברוב רגיל, וכתוצאה מכך גם את השריון שהוחל בו על ס' 9א(א). לעמדה זו ראו יובל ארז "הזכות לבחור בעידן של מגפות: בעקבות משבר הקורונה" **פורום עיוני משפט** מד, 21 (התשפ"ב). עמדתו שונה. מבחינה לשונית, ס' 45 קובע כי "הוראת סעיף 45 תחול גם לענין שינוי סעיף 9א(א)". ס' 45 קובע כי "אין לשנות סעיף 44 או סעיף זה, אלא ברוב של שמונים חברי כנסת". מצידו הוראות אלו נובע שס' 45 מחיל את הוראות ס' 45 – לרבות לעניין השריון של הסעיף המשריין (קרי, לרבות התיבות "או סעיף זה") על ס' 9א(א). הוראת ההחלה שבס' 45 משמעה שצריך לקרוא את ס' 45 לחוק היסוד כאילו נוסף בו ס' 9א(א), כלומר, כאילו כתוב בו כי "אין לשנות סעיף 9א(א), סעיף 44 או סעיף זה, אלא ברוב של שמונים חברי כנסת". בחינה תכליתית של ס' 45 מתיישבת עם פרשנות זו. ס' 45 פונן במיוחד לצורך שריונו של ס' 9א(א) – המחייב קבלת חוק ברוב של שמונים חברי כנסת לצורך הארכת כהונת הכנסת – ברוב מיוחס של שמונים חברי כנסת. קבלת פרשנות שלפיה השריון "בפועל" הוא לרוב רגיל בלבד תרוקן מתוכן, הלכה למעשה, את ס' 45. אילו רצה המחוקק להותיר שריון "חלש" לצורך תיקון דרישת הרוב המיוחס שבס' 9א(א) לחוק היסוד, מה הטעם בהוספת הוראה נוספת שמציבה למעשה אותה דרישה בדיוק? כידוע, חזקה היא כי המחוקק (או המכונן) אינו משחית מילים לריק, ויש לתת תוכן מסוים לדבריו. סביר להניח שהסיבה שבגינה בחר המכונן לאמץ את הוראת ההחלה בסעיף נפרד, במקום לתקן את ס' 45, לא נבעה מכוונתו לשריין באופן "חלש" את ס' 9א(א), אלא מכך שלצורך תיקון ס' 45 נדרשה תמיכה של שמונים חברי כנסת – רוב מיוחס שלא היה אפשר לגייס לצורך כך (ס' 45 התווסף בתמיכת רוב של חמישים וחמישה חברי כנסת בלבד בקריאה שלישית). שאלת גובה השריון הקבוע "בפועל" בס' 45 לא נבחנה מעולם בבית המשפט. בהתחשב באמור לעיל, אניח לצורך מאמר זה כי השריון "בפועל" של ס' 9א(א) הוא של שמונים חברי כנסת.

בנק המזרחי, הכנסת, בהפעילה את סמכותה המכוננת, רשאית לכבול את עצמה גם כרשות מכוננת באמצעות שריון פורמלי, וזו מוכרת כסמכות טבועה של הרשות המכוננת הנובעת מעצם ההסמכה לכינונה של חוקה פורמלית.³² בעמדת המיעוט שלו באותו עניין מתח השופט חשין ביקורת על ההכרה ה"אקסיומטית" בסמכות השריון הפורמלי של הכנסת בחובשה את הכובע המכונן. לשיטת חשין, העדר בסיס נורמטיבי להכרה בסמכות זו מהווה ראייה לאי-התאמתה של גישת "שני הכובעים" של הכנסת למשפט החוקתי הישראלי.³³

המענה הדוקטרינרי הקלסי לקושי האמור הוא ששריון פורמלי מהווה כבילה הנעשית על ידי הרשות המכוננת "המקורית" (או "הראשונית") כלפי הרשות המכוננת "הנגזרת" (או "המשנית").³⁴ דהיינו, הסמכות המכוננת המקורית היא בעלת מעמד נורמטיבי עדיף לעומת הסמכות המכוננת הנגזרת, ומכך נובעת ההצדקה לסמכות של הראשונה לכבול את השנייה.³⁵

הסמכות המכוננת המקורית היא הסמכות לכונן חוקה, קרי, הסמכות לקבוע את עקרונות היסוד וכללי המשחק הבסיסיים אשר כל השחקנים הפועלים בחברה יהיו כפופים אליהם. סמכות זו מוענקת על ידי הריבון – העם – ומכוחה נקבעים תוכן החוקה והדרכים לתיקונה. הסמכות המכוננת המקורית פועלת משעה שיש לכונן חוקה חדשה למדינה – למשל, כאשר קמה מדינה חדשה או לאחר שאופייה המשטרי משתנה. סמכות זו היא סמכות מוחלטת, שכן היא "פועלת בחלל (כמעט) ריק – אין מעליה ואין זולתה".³⁶ נהוג לדמותה ל"נורמה הבסיסית" של קלזן, קרי, לנקודת משען שמקומה מחוץ למשפט הפוזיטיבי, אשר עליה מבוססות כל הנורמות האחרות, והיא המעניקה להן תוקף.³⁷ מקור הכוח של אותה "נורמה ראשונית" אינו מצוי במשפט הפוזיטיבי, אלא נובע מהסכמת האזרחים לאמור בו. מאחר שאין אפשרות מציאותית לתת לכל האזרחים לנסח את החוקה בעצמם, על פי רוב מוקמת "אספה מכוננת" שתפקידה לכונן חוקה. מרגע שכוונה חוקה, האספה המכוננת מסיימת את תפקידה ונהפכת ל"רדומה".³⁸

32 ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 5, בפס' 34–35 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') שמגר ובפס' 62 לפסק הדין של הנשיא ברק. ראו גם גבאי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 174.

33 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 5, בפס' 61 לפסק הדין של השופט חשין.

34 YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 137 (2017). ראו גם Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea*, 61 AM. J. COMP. L. 657, 664–665 (2013). לגישה שונה מעט, שלפיה הסמכות המכוננת המקורית גוברת על זו הנגזרת לא מפאת היות הראשונה עליונה והשנייה תחתונה, אלא משום שהראשונה קובעת תנאים לשכלולה של השנייה, ראו אהרן ברק **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק** כך א: תורת הזכויות החוקתיות 210–212 (יצחק זמיר עורך 2023).

35 קליין "הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 26, בעמ' 356. ראו גם קלוד קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" **משפטים** ב 51, 52 (1970).

36 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 5, בפס' 33 לפסק הדין של השופט חשין.

37 ROZNAI, לעיל ה"ש 34, בעמ' 110.

מאותו רגע הסמכות המכוננת מופעלת באמצעות הסמכות הנגזרת, באופן שנקבע בחוקה.

הסמכות המכוננת הנגזרת – כשמה כן היא – נגזרת מהסמכות המקורית. מכוח הסמכות הנגזרת מוענקת לגוף מסוים, במסגרת החוקה, הסמכות לתקן את החוקה. בניגוד לסמכות המכוננת המקורית, הסמכות הנגזרת שואבת את סמכותה מהחוקה עצמה, ואינה "פועלת בחלל ריק".³⁸ על פי רוב, החוקה מעניקה את הסמכות לתקן אותה לרשות שלטונית כלשהי, ומבהירה מה הפרוצדורה לעשות כן. פרוצדורה זו תכלול לרוב דרישת רוב מיוחד, על מנת לוודא שהתיקון החוקתי ישקף את עמדת הציבור הרחב, ולא את עמדת הרוב הזמני השולט בעת אימוץ התיקון בלבד. לעיתים תיקון החוקה טעון אישור במשאל עם,³⁹ ולעיתים, על מנת להפעיל את הסמכות המכוננת הנגזרת, נדרשת הסכמה משולבת של גופים שלטוניים שונים הנבחרים באופן נפרד ובלתי תלוי זה בזה.⁴⁰

בישראל, כידוע, לא כונן חוק יסוד: החקיקה, ולא נקבעה בדרך אחרת פרוצדורה מיוחדת לתיקון חוקי היסוד.⁴¹ בספרות הדעות חלוקות בשאלה אם בנסיבות אלו אכן קנתה הכנסת לעצמה סמכות מכוננת נגזרת או שמא כל מלאכתה כרשות מכוננת היא בגדר גיבוש של החוקה, ועד שלא תשלים את מפעל החוקה היא בעלת סמכות מכוננת מקורית וסמכות מחוקקת בלבד.⁴² לשיטת המצדדים בגישה שלפיה לכנסת אין סמכות מכוננת נגזרת, כאשר הכנסת קובעת הוראת שריון פורמלי, היא פועלת כרשות מכוננת מקורית המגבילה את עצמה כרשות מכוננת מקורית, דהיינו, מדובר בכבילה עצמית שאינה נובעת מעליונות הגוף הכובל. קיימת גם גישה הפוכה שלפיה הכנסת אינה בעלת סמכות מכוננת מקורית, אלא רק סמכות מכוננת נגזרת וסמכות מחוקקת. לפי גישה זו,⁴³ מועצת העם ניסתה את הכרזת העצמאות, ובעשותה כן פעלה מכוח ההכרה בה כסמכות מכוננת מקורית. הכנסת הראשונה פעלה מכוח הכרזת העצמאות – תוצר הפעלתה של הסמכות המכוננת המקורית (היא מועצת העם) – ומכאן שהיא פעלה כסמכות מכוננת

38 Yaniv Roznai, *Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures*, in THE FOUNDATIONS AND TRADITIONS OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 23, 24 n. 1 (Richard Albert, Xenophon Contiades & Alkmene Fotiadou eds., 2017).

39 רבקה ווייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" **משפט וממשל** י 449, 475 (2007) (להלן: ווייל "הנשאל את פי העם?").

40 שם, בעמ' 459.

41 ומכאן שכיום הפרוצדורה של כינון חוקי יסוד זהה לזו של חקיקת חוקים רגילים, קרי, הכרעה ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה, כשהנמנעים אינם באים במנין המשתתפים בהצבעה, כל עוד לא נקבע אחרת בחוק (ס' 25 לחוק יסוד: הכנסת). ראו גם ס' 74 (א) לתקנון הכנסת (16.10.2023), שלפיו הוראות החלק בתקנון העוסק בהליך החקיקה "יחולו גם על חוקי יסוד".

42 בעמדה זו מחזיק אהרן ברק. ראו ברק, לעיל ה"ש 34.

43 בעמדה זו מחזיק אריאל בנדור. ראו אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי יסוד" **ספר ברנזון** כרך שני: כְּנִי סְכָרָה 119, 132–136 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים 2000).

נגזרת בלבד. סמכות זו שורשרה מהכנסת הראשונה לכנסות שבאו אחריה, עד ימינו אנו. לכן, כאשר הכנסת קובעת הוראת שריון פורמלי, היא פועלת כסמכות מכוננת נגזרת, ומכוחה היא מוסמכת לכונן חוקה, כמו גם לקבוע הוראות לעניין אופן תיקונה. גם גישה זו מניחה ששריון פורמלי של חוק יסוד מהווה כבילה עצמית שאינה נובעת מעליונות הגוף הכובל, שכן הכנסת כרשות מכוננת נגזרת מתפקדת כאמור הן כגוף הכובל והן כגוף הנכבל. גישה שלישית גורסת כי לכנסת יש סמכות מכוננת מקורית ונגזרת גם יחד.⁴⁴ בבואה לכונן חוק יסוד חדש, הכנסת פועלת כרשות מכוננת מקורית, ובבואה לתקנו – כרשות מכוננת נגזרת (גישה "שלושת הכובעים"). מגישה זו נובע כי סמכות הכנסת לשריון בשריון פורמלי חוק יסוד נובעת מעליונותה כרשות מכוננת מקורית.

בפסיקה לא אומצה עד היום ההבחנה בין סמכותה המכוננת המקורית של הכנסת לבין סמכותה המכוננת הנגזרת, וממילא לא נקבע אם הכנסת אוחדת בכלל בשתי סמכויות אלו או רק באחת מהן, ומה ההשלכות של קביעה זו על גבולותיה של סמכות השריון של הכנסת. עם זאת, בעניין **חסון**, שבו נדונה חוקתיותו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ציינה הנשיאה חיות כי "...בכל הנוגע לעיגון זהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – ורק במובן מצומצם זה – הושלמה למעשה מלאכת הסמכות המכוננת 'המקורית'... הכנסת פועלת כיום מכוח סמכות שהיא מעין סמכות מכוננת 'נגזרת', הכפופה לגבולות הגזרה ולתנאים הבסיסיים שהוגדרו לה על-ידי קודמותיה".⁴⁵ אמירה זו נאמרה אגב דיון בהגבלת סמכויותיה של הכנסת כרשות מכוננת מבחינת תוכן הנורמה החוקתית,⁴⁶ ולא ברור אם וכיצד היא משליכה על סמכות השריון הפורמלי. בהמשך דבריה ציינה הנשיאה חיות, במאמר מוסגר, כי לשיטתה אין הבדל של ממש בין סמכות הכנסת לכונן חוק יסוד לבין סמכותה לתקן חוק יסוד, שכן בישראל מדובר בהבחנה עמומה למדי.⁴⁷ מאמירה זו משתמע שסמכות הכינון וסמכות התיקון נמצאות שתיהן באותה רמה נורמטיבית, ולפיכך סמכות השריון הפורמלי אינה נובעת מעליונות הגוף הכובל, אך כאמור שאלה זו לא נדונה על ידי הנשיאה חיות במישורין.

בין שלכנסת יש סמכות מקורית בלבד, סמכות נגזרת בלבד או סמכות מקורית וסמכות נגזרת גם יחד – אין כיום מחלוקת באשר לסמכותה של הכנסת לקבוע פרוצדורת תיקון מיוחדת להוראה חוקתית באמצעות שריונה הפורמלי.⁴⁸ אין גם מחלוקת באשר

44 קליין "הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון", לעיל ה"ש 26, בעמ' 356.

45 בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל**, פס' 25 לפסק הדין של הנשיאה חיות (אר"ש 8.7.2021).

46 נכון להיום טרם הוכרה בפסיקה סמכותו של בית המשפט להתערב בתוכנה של חקיקת יסוד, בין מכוח הדוקטרינה של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" ובין על יסוד טעם אחר. עם זאת, נקבע כי אין לכנסת כרשות מכוננת סמכות לשנות את אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה. דיון בסוגיה זו חורג מגדרי מאמר זה. להרחבה ראו עניין **חסון**, שם, בפסק הדין של הנשיאה חיות; ווייל "ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד", לעיל ה"ש 18; יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" **ספר אליקים רובינשטיין** כרך ב 1349, 1352 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים 2020).

47 עניין **חסון**, לעיל ה"ש 45, בפס' 27 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

48 ראו לעיל ה"ש 7 ו-32 והטקסט שלידן.

לסמכותו של בית המשפט לפסול תיקון חוקתי שהתקבל לא באמצעות פרוצדורת התיקון המיוחדת שהותוותה לכך בחוק היסוד.⁴⁹ הכנסת רואה עצמה מחויבת לפעול בהתאם לפרוצדורת תיקון שהוצמדה לחוק יסוד בבואה לתקנו.⁵⁰ עד שלא תוכרע שאלת מנעד הסמכויות המסורות לכנסת כרשות מכוננת (או עד שלא יכונן חוק-יסוד: החקיקה אשר יסדיר סוגיה זו, לפי המוקדם), ההצדקה הנורמטיבית להכרה בסמכות הכנסת כרשות מכוננת לכבול את עצמה בהוראת שריון פורמלי תישאר בגדר חידה. אם סמכות הכנסת לכבול את עצמה אינה מבוססת על עליונות הגוף הכובל על הגוף הנכבול, על מה ניתן לבססה? בהעדר הכרעה בדבר עליונותן של הוראות שריון פורמלי על הוראות הבאות לתקנו, קשה להגדיר מהם גבולותיה של סמכות השריון הפורמלי של חוקי יסוד, ככל שהם קיימים בכלל.⁵¹

פרק ב: התפתחות ההלכה בדבר גבולות הסמכות המכוננת בישראל

כאמור לעיל, למן עניין **בנק המזרחי** לא פותח בפסיקה הדיון בגבולותיה של סמכות השריון הפורמלי של חוקי היסוד. עם זאת, במישור השריון המהותי – קרי, עצם סמכותה של הכנסת להצמיד לנורמה מסוימת את הכותרת "חוק יסוד" ובכך להעניק לה עליונות על דבר חקיקה רגיל – חלה התפתחות משמעותית. לפי ההלכה המחייבת כיום, לא כל נורמה שהוצמד לה הדיבור "חוק יסוד" תוכר כנורמה חוקתית אשר עדיפה על חקיקה רגילה. בהמשך אטען כי אין מניעה להחיל הלכה זו גם על הוראת שריון פורמלי בחוק

49 כבר בשנת 1969, בבג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969), ולאחר מכן בבג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1 (1981), בבג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד לז(3) 141 (1983), ובבג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529 (1990) (להלן: עניין **לאו"ר**), הורה בית המשפט על בטלותו של חוק רגיל אשר סתר במשתמע את הוראות ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת מבלי שעמד בדרישת הרוב המיוחס שנקבעה בסעיף האמור לצורך שינויו. גם בפסקי הדין האלה לא נדרש בית המשפט לשאלת מקור תוקפה של הכנסת לשריון חוקי יסוד בשריון פורמלי. ראו עניין **לאו"ר**, שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופט ברק: "קיומה של הוראת שריון מניח ביקורת שיפוטית, וביקורת שיפוטית זו בכוחה לקבוע, כי הוראת חוק – בין חוק 'רגיל' ובין חוק-יסוד – שנתקבלה על-ידי רוב 'רגיל', ולא על-ידי הרוב המיוחד הנדרש בהוראת השריון, בטלה היא ומבוטלת". ראו גם בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד", לעיל ה"ש 43, בעמ' 123; קרצמר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 362–363; אריאל בנדור "שריון וחוקה – פסק-דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" **משפטים** לא 821, 822 (2001).

50 ראו, למשל, את דברי היועץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, עו"ד גור בליי, בפרוטוקול ישיבה 17 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 3 (11.7.2021), בעניין תיקון מס' 10 לחוק-יסוד: הממשלה: "אני רוצה להזכיר לחברי הוועדה – כיוון שמדובר בתיקונים לחוק יסוד: הממשלה, הם צריכים לעבור ברוב של 61 בכל שלוש הקריאות".

51 לדין בסוגיה זו ראו להלן פרק ג.

יסוד, ואדון באופן שבו יש ליישמה לגבי הוראה מסוג זה. אך לפני כן, כרקע לטיעון המובא כאן, אפרט בקצרה על אודות המתח עתיק היומין בין דמוקרטיה לחוקתיות, ועל תחולתו ביתר שאת במשפט החוקתי בישראל, אשר הובילה לעיגון ההלכה בדבר גבולותיה של סמכות הכינון של הכנסת.

1. הקושי הדמוקרטי הכרוך באימוץ חוקה עליונה ונוקשה

חוקה, מעצם טבעה, נתפסת כמסמך נצחי, שצריכה להילווה לו נוקשות יחסית, על מנת להגן עליו מפני גחמה רגעית של רוב זמני.⁵² עליונות הטקסט החוקתי על רצונו של הרוב יוצר סתירה לכאורית בין העיקרון הדמוקרטי, המתבטא בראש ובראשונה בהכרעת הרוב, לבין העיקרון החוקתי, שלפיו ערכים מסוימים שביסוד השיטה מצויים מעל החוק ואינם ניתנים לתיקון בדרך הרגילה.⁵³ חוקה נוקשה פותחת פתח למצב שבו "המיעוט שולט", שכן היא מקנה לו מעין זכות וטו בפועל על מהלכים לתיקונה. מכוח עליונות החוקה מתאפשרת ביקורת שיפוטית על חוקים ראשיים. בכך מועבר למעשה כוח ההכרעה בסוגיה חברתית מסוימת מהכנסת – המייצגת את העם – אל בית המשפט, אשר לא נבחר על ידי העם ואינו משקף בהכרח את רצונו ("הקושי האנטי-רובני"). חוקה נוקשה חותרת לכאורה תחת מנגנון ההכרעה ההוגן ביותר שחברה שוויונית הצליחה לפתח – הכרעה על פי רוב, כדי לממש את רצון העם.⁵⁴ אימוץ חוקה נוקשה יוצר קושי דמוקרטי גם בממד הזמן – אף אם שוררת תמימות דעים בעם לגבי סוגיה כלשהי בנקודת זמן מסוימת, מה ההצדקה לכפיית ההסכמה של אותה עת על הדורות הבאים? חוקה נוקשה מהווה ניסיון של האזרחים בנקודת זמן מסוימת לעצב את עקרונות היסוד של המדינה עבור הדורות הבאים, בעוד מאלה האחרונים נשללת האפשרות לעצב את החוקה לפי ראות עיניהם.⁵⁵

52 ראו, למשל, את דברי הנשיאה ביניש בבג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד (3) 275, 298 (2011); עניין שפיר, לעיל ה"ש 4, בפס' 38 לפסק הדין של הנשיאה חיות ובפס' 8 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז; Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*, in RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 275, 282–284 (Sanford Levinson ed., 1995); Ozan O. Varol, *Temporary Constitutions*, 102 CAL. L. REV. 409, 411–417 (2014); Nadav Dishon, *Temporary Constitutional Amendments as a Means to Undermine the Democratic Order: Insights from the Israeli Experience*, 51 ISR. L. REV. 389, 392 (2018).

53 גביוון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 43.

54 ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (2d ed. 1986). ראו גם Or Bassok & Yoav Dotan, *Solving the Countermajoritarian Difficulty?*, 11 INT'L J. CONST. L. 13 (2013). לדיון בקושי ה"אנטי-רובני" בהקשר הישראלי ראו אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו קושי אנטי-רובני" **עיוני משפט** לו 509, 512–522 (2016).

55 בעיה זו מכונה באופן מטפורי בעיית "היד המתה". ראו גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה"

חרף האמור, ברוב הדמוקרטיה המודרנית היציבות קיימת חוקה פורמלית, והדבר אינו נתפס כפגיעה במעמדן הדמוקרטי. יישוב המתח בין דמוקרטיה לחוקתיות מוסבר בכמה אופנים עיקריים.⁵⁶ כך, למשל, מהזווית הדמוקרטית, כפי שטוענת רות גביון, הכלל בדבר "הכרעת הרוב" בדמוקרטיה אינו כלל גורף המחייב ש"כל ההכרעות בחברה תתקבלנה בדרך של הכרעת רוב במושבן הבוטה והפשוט ביותר שלה".⁵⁷ לדוגמה, בכל הדמוקרטיה מנגנון ההכרעה מסור לנציגי העם, ולא לאזרחים עצמם, ואין ערובה לכך שנציגים אלו ישקפו תמיד נאמנה את רצון העם. מכאן שלא כל סטייה מעקרון הרוב משמעה פגיעה בדמוקרטיה. למעשה, קבלת החלטות אך ורק לפי עקרון הכרעת הרוב עלולה ליצור דמוקרטיה יציבה פחות מזו שבה עקרון הכרעת הרוב "מתוחכם ומתווך יותר".⁵⁸ מהזווית החוקתית נטען, בין היתר, כי טקסט חוקתי אינו עיוות של רצון הרוב, אלא דווקא הגנה עליו. לפי ברוס אקרמן, ההצדקה לעליונות החוקה על חקיקה רגילה נעוצה בכך שחוקה היא אוסף של נורמות אשר מכוננות ב"רגעים חוקתיים", כלומר, ברגעים שבהם כל הניצים בחברה משתתפים באופן פעיל בדיונים ליצירת אבני היסוד שלה. אין מדובר אפוא באוסף של נורמות שנקבעו על בסיס שיקולים פוליטיים, אלא בכאלה המשקפות עמדה חוקתית מושכלת של הציבור. לשיטת אקרמן, יש לחלק את ההיסטוריה לשני סוגי תקופות – רוב הזמן מתקיים משחק פוליטי רגיל, אולם קיימים פרקי זמן קצרים שבהם מתחדדת המודעות הציבורית לשאלה החוקתית העומדת על הפרק. הכרעות שמתקבלות בפרקי זמן אלו ראויות לעליונות על נורמות שאומצו מכוח הכרעות רוב נקודתיות, אשר אינן משקפות בהכרח את עמדתו האוטנטית של הציבור.⁵⁹ לפי ג'ון אלסטר, בעת כינון חוקה הרוב הוא שיוצר את המנגנון המגביל את עצמו, ולפיכך כינון חוקה אינו מעשה הסותר את עמדת הרוב, אלא דווקא מעשה אשר מבצר אותה ומוודא שהיא אכן תתקיים גם במצבים שבהם יש פיתוי לסטות ממנה. מעשה של כינון חוקה, לפי אלסטר, הוא החלטה רציונלית של הרוב לכבול את ידי עצמו מפני פיתויים לסטייה מעקרונותיו בעיתות משבר.⁶⁰ תשובה נוספת ליישוב המתח בין חוקתיות לבין דמוקרטיה ניתן לאתר במשנתו הפילוסופית של ג'ון רולס על אודות "מסך הבערות". לפי רולס, על מנת לגבש כללי משחק בסיסיים צודקים בחברה מסוימת, על הפרטים המנסחים כללים אלו להיות נטולי כל סמן של זהות, מעמד או עוצמה.⁶¹ עליהם

משפטים 349, 356, ה"ש 16 (2007); גביון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 43; JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 11 (1980).

56 קיימת ספרות רבה על אודות המתח האינהרנטי השורר בין דמוקרטיה לבין חוקתיות. בהקשר זה ראו, למשל, את אסופת המאמרים (Jon Elster & Rune Slagstad eds., 1988).

57 גביון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 44.

58 שם.

59 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS (1991).

60 JON ELSTER, ULYSSES AND THE SIRENS: STUDIES IN RATIONALITY AND IRRATIONALITY (1979).

61 ג'ון רולס **צדק כהוגנות: הצגה מחדשת** 81–82 (אריין קלי עורכת, דפי אגס-סגל מתרגמת 2011).

לבחון באופן מופשט את השאלה העומדת לפתחם, ולהביע את דעתם באשר לכללים הראויים כאילו הם מצויים מאחורי "מסך בערות", אשר שולל מהם ידיעה כלשהי בדבר האופן שבו כללים אלו ישפיעו על האינטרס האישי שלהם.⁶² כללי משחק שנוצרו מאחורי "מסך בערות" מצדיקים את המעמד הנעלה המוקנה להם, אשר גובר על הכרעת הרוב הזמני. ניתן אם כן לראות כי המעמד הנעלה המוקנה לחוקה אינו אקסיומטי, אלא נובע מכך שהחוקה מעגנת ערכים שעליהם הסכים הציבור באופן רציונלי ואותנטי "מאחורי מסך של בערות".⁶³ על הסכמה זו להיות יציבה, רחבה ומודעת.⁶⁴

2. המתח החריף בין דמוקרטיה לחוקתיות במשפט הישראלי

במצב הרגיל, על מנת להבטיח פעולה מאחורי "מסך בערות", מוקמת אספה מכוננת סמוך לאותו "רגע חוקתי" שבו האומה נדרשת למלאכת ניסוחה של חוקה. כל תפקידה של האספה המכוננת מתמצה בכינון חוקה, ואחרי כן היא חדלה מלפעול. במצב כזה כללי ה"משחק" נקבעים לפני תחילת ה"משחק", וכך גובר הסיכוי שהם ישקפו את ההשקפה האותנטית של העם, ולא הכרעה לפי אינטרס פוליטי צר.⁶⁵ בישראל המצב שונה.

שנים לאחר "הרגע החוקתי" שבו הוקמה מדינת ישראל, מפעל כינון החוקה הישראלי מצוי עדיין בעיצומו, ועדיין אין לישראל חוקה פורמלית שלמה. האספה המכוננת אשר לה נמסרה במקור הסמכות לכונן חוקה – היא הכנסת הראשונה – העבירה את המקל לכנסות שבאו אחריה.⁶⁶ עד שתושלם מלאכת כינון החוקה, סמכותה המכוננת של הכנסת ניתנת להפעלה בקלות רבה, באותה פרוצדורה שבה הכנסת מאמצת חקיקה ראשית, קרי ברוב רגיל מקרב משתתפי ההצבעה, אפילו יהיה זה מספר זעום של מצביעים (אלא אם כן מדובר בתיקון לחוק יסוד ששורייני בשריון פורמלי). זאת, בשל העדר כללים מחייבים הקובעים מנגנון נפרד לאימוץ ותיקון של חוקי יסוד.⁶⁷ הדרישה היחידה היא עמידה במבחן ה"צורני", קרי, הצמדת הכותרת "חוק יסוד" לנומרה המכוננת מבלי לציין את שנת חקיקתה.⁶⁸ עד היום כל הנסיונות לקדם חקיקת יסוד (חוק-

62 שם, בעמ' 90.

63 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 76.

64 ווייל "הנשאל את פי העם?", לעיל ה"ש 39, בעמ' 458.

65 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 76.

66 כך לפי הגישה השלטת בפסיקה. ראו, למשל, עניין שפיר, לעיל ה"ש 4, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז.

67 עניין בר-און, לעיל ה"ש 52, בפס' 20 לפסק הדין של הנשיאה ביניש; עניין שפיר, לעיל ה"ש 4, בפס' 8 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז.

68 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 5, בפס' 55 לפסק הדין של הנשיא ברק; עניין בר-און, לעיל ה"ש 52, בפס' 12-15 לפסק הדין של הנשיאה ביניש; בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד", לעיל ה"ש 43, בעמ' 140.

יסוד: החקיקה) שתסדיר כללים אלו העלו חרס.⁶⁹ לפיכך החוקה הישראלית היא חוקה "גמישה" באופן מובהק,⁷⁰ ואין מדובר בגמישות תאורטית בלבד, שכן לאורך השנים כוננו ותוקנו חוקי יסוד בקלות "בלתי נסבלת".⁷¹ מאז כונן חוק היסוד הראשון – חוק יסוד: הכנסת – בשנת 1958, הוכנסו בחוקי היסוד יותר ממאה שינויים.⁷² תדירות התיקונים הלכה והתעצמה עם השנים,⁷³ ובשנים האחרונות אף החלה מגמה של אימוץ תיקונים חוקתיים רבים כהוראות שעה, קרי, תיקונים בעלי מועד תפוגה קבוע מראש, אשר מלכתחילה לא נועדו להיטמע בחוקה בדרך קבע.⁷⁴ שילוב הנסיבות הייחודי הקיים בישראל – שבמסגרתו לאותו מוסד יש גם הסמכות לקבוע את כללי ה"משחק" (בכובעו כרשות מכוננת) וגם הסמכות "לשחק" לפיהם (בכובעו כרשות מחוקקת), וזאת עשרות שנים לאחר שה"משחק" החל, וככלל מבלי שהוא נדרש לעבור משוכה גבוהה יותר לצורך אימוץ נורמה חוקתית לעומת חקיקה רגילה – מציב את חברי הכנסת בניגוד עניינים אינהרנטי, ומעלה חשש שהכנסת תעשה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת. זאת, באמצעות עיגון נורמות במדרג חוקתי נעלה אף שהן אינן משקפות הכרעה חוקתית באשר לעקרונות היסוד של החברה, אלא העדפה פוליטית של הרוב הזמני השולט בלבד. במילים אחרות, קיים חשש שהכנסת תקבע את כללי המשחק באופן שישתר את טובתה כרשות מחוקקת, את טובת חברי הכנסת עצמם או את טובת הממשלה כרשות מבצעת, אשר מכהנת מכוח אמון הכנסת וזוכה על פי רוב בתמיכתה. כפי שצוין בפסקה, החשש הוא שאותה "פרצה חוקתית"⁷⁵ שהותיר המבחן ה"צורני" לזיהוי חוק יסוד תנוצל על ידי כנסת אשר "מכוננת לעצמה".⁷⁶

על רקע זה, כבר בעניין **בנק המזרחי**, הביע הנשיא ברק חשש מ"שימוש לרעה" בדיבור "חוק יסוד" באמצעות מתן מעמד עליון לנורמה "שבינה לבין חוקה אין ולא

69 הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ו 135; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ח 328; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ב 149; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ג 91; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התש"ס 340; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשס"א 556; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, פ/1724/16; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, פ/1736/16; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, פ/1843/17; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, פ/1724/16; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, פ/2753/17; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, פ/317/18; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, פ/1383/22; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, פ/981/23; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, פ/2786/24. ראו גם עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 32 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

70 Dishon, לעיל ה"ש 52, בעמ' 397; רוזנאי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 1383; עניין **חסון**, לעיל ה"ש 45, בפס' 34 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

71 אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוק-היסוד" **משפט וממשל** ב 443, 444–445 (1994).

72 אביגדור קלגסבלד "חוק יסוד סותר (הוראת שעה): תקציב דו-שנתי, שימוש לרעה בסמכות הכינון ושני רעיונות חדשים" **משפט ועסקים** כו, פרק ב (2022).

73 עניין **חסון**, לעיל ה"ש 45, בפס' 5 לפסק הדין של השופט מזוז.

74 עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 21 לפסק הדין של הנשיאה חיות ובפס' 4 לפסק הדין של השופט עמית; Dishon, לעיל ה"ש 52.

75 עניין **התקציב הדו-שנתי**, לעיל ה"ש 12, בפס' 7 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן.

76 שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט הנדל.

כלום".⁷⁷ הנשיא (בדימ') שמגר סבר על רקע חשש זה כי סמכות הכבילה העצמית של הכנסת "איננה בלתי מוגבלת".⁷⁸ השופט בך, לעומתם, ציין כי לעמדתו החשש משימוש לרעה בסמכות הכבילה העצמית של הכנסת "הוא תיאורטי יותר ממעשי", שכן "ישנם דברים מסוימים, אשר יש להניח כי במשטר דמוקרטי תקין פשוט לא יקרו".⁷⁹

3. קליטת הדוקטרינה של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת" במשפט הישראלי

תחזיתו האופטימית של השופט בך, שהובאה בסוף החלק הקודם, דומה שהתבדתה במרוצת השנים. התרבות הפוליטית בישראל השתנתה. כפי שציין השופט עמית (בהקשר אחר), "נורמות ציבוריות ותרבות פוליטית של פעם, אינן כשל ימינו שלנו".⁸⁰ כך גם ביחס לחוקי היסוד, אשר חרף ה"קדושה"⁸¹ המיוחסת להם תוקנו כאמור בתכיפות הולכת וגוברת בשנים שחלפו למן עניין **בנק המזרחי**. על כך כתב השופט רובינשטיין בעניין **התקציב הדו-שנתי**: "הנה הנה חוק יסוד, כשמו כן הוא, חוק יסוד, מסמך חוקתי – והנה הנה הוא כאסקופה הנדרסת שכל רוח מצויה, אם כלכלית ואם פוליטית, מרוקנת אותו מתוכנו לעבר ניסויים ותעיות, ובמובן התוצאה יותר תעיות מאשר ניסויים. אם חוק יסוד הוא כשמו, הנה היסוד רעוע בתכלית".⁸² שינוי יחסה של הכנסת לחוקי היסוד הוביל להחרפת הטון מצד בית המשפט, ולאומן דוקטרינה ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת" כמקור נורמטיבי להפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד.

דוקטרינה ה"שימוש לרעה" פותחה בפסיקה על פני ארבעה פסקי דין – החל בעניין **בנק המזרחי** משנת 1995, עבור בעניין **בר-און** משנת 2011⁸³ ובעניין **התקציב הדו-שנתי** משנת 2017,⁸⁴ ועד עניין **שפיר** משנת 2021.⁸⁵ דוקטרינה זו נחשבת כיום הלכה מחייבת.⁸⁶ נקודת המוצא של דוקטרינה זו היא כי שעל הרשות המכוננת, כמו כל רשות

77 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 5, בפס' 58 לפסק הדין של הנשיא ברק.

78 שם, בפס' 33–35 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') שמגר.

79 שם, בפס' 7–8 לפסק הדין של השופט בך.

80 בג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 13 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 27.5.2020).

81 עניין **התקציב הדו-שנתי**, לעיל ה"ש 12, בפס' כד לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין. לדעה נוגדת, שלפיה אין "קדושה חוקתית" לחוקי יסוד, שכן הם מתאפיינים "בארעיות, בחוסר יציבות ובהעדר שריון ממשי", ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 72, בפרק ב.

82 עניין **התקציב הדו-שנתי**, לעיל ה"ש 12, בפס' לב לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

83 עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 52.

84 עניין **התקציב הדו-שנתי**, לעיל ה"ש 12.

85 עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4.

86 עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 2, בפס' 4 לפסק הדין של השופט ברון ובפס' 97 לפסק הדין המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר. בפסיקה ובספרות מתקיים דיון ער בשאלת המעלות והחסרונות של

שלטונית, להפעיל את סמכותה "...בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות".⁸⁷ שימוש לרעה בסמכות המכונה מתבטא בהצמדת הכותרת "חוק יסוד" לנורמה שאינה מתאימה למטריה החוקתית, ואשר אינה אלא "קביעת עובדות בשטח" של רצון הרוב הארעי, "נוסח 'עוד דונס ועוד עז'".⁸⁸ נורמה כזו אינה זכאית ליהנות מהעליונות שהמבחן הצורני לזיהוי חוק יסוד מקנה לה.⁸⁹ דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות המכונה" מתמקדת בזיהוי וסיווג של הנורמה, ולא בבחינת תוכנה. דוקטרינה זו מתמקדת ב"פרוזודור המוביל אל הטקלין החוקתי", ובמסגרתה "אין אנו בוחנים את חקיקת היסוד לגופה, ואין אנו נדרשים למשמעותם ולרציותם של ההסדרים המנויים בה".⁹⁰ עד היום יושמה דוקטרינת ה"שימוש לרעה" פעמיים – בעניין **התקציב הדו-שנתי**⁹¹ ובעניין **שפיר**.⁹² בשני המקרים דובר בחוקי יסוד שתוקנו בדרך של הוראת שעה, אולם הודגש כי תחולת הדוקטרינה אינה מוגבלת לנסיבות אלו.⁹³

בעניין **שפיר** שורטטו אמות המידה לבחינה אם הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכונה. הנשיאה חיות קבעה לצורך זה מבחן דו-שלבי, המורכב מ"שלב הזיהוי" ומ"מבחן הצידוק". תחילה, ב"שלב הזיהוי", יש לבחון אם חוק היסוד או התיקון לו נושאים את "המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות".⁹⁴

דוקטרינה זו ושל קליטתה כבסיס לביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד. אחד ממבקריה החריפים של הדוקטרינה הוא השופט סולברג. לפי סולברג, הדוקטרינה "הרחיקה נדוד" מהכוונה המקורית שהייתה בבסיס היווצרותה, ונהפכה לאמצעי לעריכת ביקורת שיפוטית תוכנית על חוקי יסוד. כך, לעמדת סולברג, דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא-חוקתי" עושה את דרכה למשטרנו "בדלת האחורית". סולברג אף קובע כי מאחר שהדוקטרינה יושמה עד כה רק באמצעות הוצאת "התראת בטלות", ספק אם ניתן לכנותה "הלכה פסוקה". ראו שם, בפס' 7 ו-31–32 לפסק הדין של השופט סולברג; עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 23–29 לפסק הדין של השופט סולברג. ראו גם רבקה ווייל "על שימוש לרעה בסמכות מכוננת ותיקון חוקתי שאינו חוקתי" **ICON-S-IL Blog** (6.10.2019) <https://did.li/8RBTY>; רוזנאי, לעיל ה"ש 46; שחר בן מאיר "שימוש לרעה בסמכות מכוננת – הצעה לסעד חוקתי אחר" **ICON-S-IL Blog** (5.8.2021) <https://did.li/QG0fT>; ווייל "ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד", לעיל ה"ש 18; קלגסבלד, לעיל ה"ש 72; ברק, לעיל ה"ש 34, בעמ' 261–268.

87 עניין **התקציב הדו-שנתי**, לעיל ה"ש 12, בפס' ל לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

88 שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל.

89 ראו עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז: "הכנסת לא הוסיפה לעשות שימוש בכוח המיוחד לחוקק חוקי יסוד שלהם מעמד נורמטיבי עדיף שלא בהקשר של כינון חוקתה העתידית של המדינה. הסמכות המכוננת שהוענקה לה, החורגת מגדרה של 'הפוליטיקה הרגילה', היא שטר ושובר בצדו. היא מוגבלת להכנת חוקתה העתידית של המדינה" (ההדגשה במקור).

90 עניין **התקציב הדו-שנתי**, לעיל ה"ש 12, בפס' 5 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן.

91 שם.

92 עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4.

93 שם, בפס' 35 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

94 שם, בפס' 36 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

הנשיאה חיות הציעה כמה מבחני עזר לצורך בחינה זו: מבחן היציבות, שבו יש לבחון אם לפנינו הסדר קבע יציב או שמא הסדר זמני; מבחן הכלליות, שבו יש לבחון אם מדובר בנורמה בעלת "תחולה מבנית-כללית" או שמא בנורמה בעלת מאפיינים פרסונליים; ומבחן המארג החוקתי, שבמסגרתו ייבחן אם הנורמה "עולה בקנה אחד עם אופיים של אותם נושאים שהוסדרו בחוקי-יסוד אחרים או בחוק-היסוד שאליו מתווסף התיקון".⁹⁵ הנשיאה חיות הדגישה כי אין מדובר ברשימה סגורה של מבחני עזר, וכי יש לבחון כל מקרה לגופו.⁹⁶ כאשר הנורמה העומדת לבחינה אינה מקיימת את אחד ממבחני העזר האמורים, על בית המשפט לעבור למבחן השני – "מבחן הצידוק".⁹⁷ במסגרת מבחן זה הנטל עובר אל המדינה להראות כי קיימת הצדקה לעיגון הנורמה בחוק יסוד חרף זיהויה כלא חוקתית לכאורה (למשל, "ניסוי חוקתי").⁹⁸ השופטת ברק-ארוז הציעה מבחן שונה. לשיטתה, יש להימנע מבחינה מהותית של ההצדקה שהובילה לאימוץ ההוראה החוקתית, על מנת שבית המשפט לא ימצא עצמו נגרר לשדה הפוליטי. לכן יש להתמקד בדיון פורמלי בשאלת היקף הסמכות המכוננת בלבד. לפי ברק-ארוז, יש להפעיל מבחן אחד בלבד – "מבחן הזיהוי" – חלף המבחן הדו-שלבי שהציעה הנשיאה חיות.⁹⁹ בדומה לעמדת חיות, מבחן הזיהוי המוצע על ידי ברק-ארוז כולל את מבחני העזר בדבר יציבות הנורמה וכלליותה, אולם במקום מבחן העזר בדבר "ההתאמה למארג החוקתי" הציעה ברק-ארוז מבחן עזר שעניינו "מובחנות מתפקידן של הרשויות האחרות". זאת, משום שלעמדתה מבחן ההתאמה למארג החוקתי מעניק עדיפות לחוקי יסוד קודמים על חדשים, ו"עדיפות זו מעוררת קושי בהתחשב בכך שהפרויקט החוקתי בישראל עודו בשלבי גיבוש".¹⁰⁰ מבין שופטי הרוב, השופטים קרא, הנדל וברון הצטרפו לעמדת הנשיאה במחלוקת בינה לבין ברק-ארוז בעניין זה, ואילו השופט עמית לא הכריע בה.

בעניין **ממשלת החילופים** הוצעה אמת מידה נוספת ל"זיהוי" נורמה חוקתית כחלק מיישום ההלכה שנקבעה בעניין **שפיר** – מבחן "ניגוד העניינים המוסדי" בין תפקידה של הכנסת כרשות מכוננת לבין אינטרסים פרטיקולריים של חברי הכנסת בכנסת ספציפית. לפי מבחן זה, אשר טרם נעשה בו שימוש, כאשר מוחל תיקון חוקתי משטרי מהותי בתחולה מיידית, הוא עלול לא לעמוד במבחן העזר בדבר "כלליות" הנורמה או "יציבותה", גם אם התיקון אומץ כתיקון קבע, ולא כהוראת שעה. כדוגמה ציינה הנשיאה חיות כי אם הכנסת תחליט להאריך את כהונת הכנסת לשמונה שנים במקום ארבע

95 שם, בפס' 37 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

96 שם.

97 שם, בפס' 43–44 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

98 צידוק מסוג זה התקבל בעניין **בר-און**, לעיל ה"ש 52, בפס' 28 לפסק הדין של הנשיאה ביניש, ומטעם זה, בין היתר, נדחתה העתירה.

99 עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 28 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז.

100 שם, בפס' 21–22 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז.

בתחולה מיידית, תיקון זה עלול לא לצלוח את מבחן ה"זיהוי" מחמת "ניגוד עניינים מוסדי".¹⁰¹

נכון להיום ניטש ויכוח עז – הן במישור המשפטי¹⁰² והן במישור הפוליטי¹⁰³ – באשר לסמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד בכלל, ובאמצעות דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת" בפרט. מפאת קוצר היריעה, מאמר זה אינו דן בשאלה אם לבית המשפט יש סמכות לערוך ביקורת שיפוטית מכוח הדוקטרינה, אלא יוצא מנקודת הנחה שהתשובה לכך חיובית, בהתבסס על עמדת הרוב בפסקי הדין שיישמו אותה. המאמר מתמקד אפוא בשאלה אם דוקטרינת ה"שימוש לרעה", ככל שהיא נחשבת הלכה מחייבת, ניתנת להחלה על הוראות שריון פורמלי בחוקי יסוד. לכך אפנה כעת.

פרק ג: תחולתה של הלכת שפיר על שריון פורמלי של חוק יסוד

הכנסת רשאית לקבוע הוראת שריון פורמלי, ובלבד שזו תהא מוצמדת לחוק יסוד. זו כאמור הנחת היסוד של מאמר זה, המבוססת על גישת "שני הכובעים" של הכנסת. לבד

101 עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 2, בפס' 15 לפסק הדין של הנשיאה חיות. בבג"ץ 8948/22 **שיינפלד נ' הכנסת** (אר"ש 18.1.2023) ציינה הנשיאה חיות כי ייתכן שהיה מקום לפסול את חוק היסוד שנדון בעתירה על בסיס שימוש לרעה בסמכות המכוננת, משום שחוק היסוד שינה בתחולה מיידית את תנאי הכשירות לכהונת שר באופן ה"מדיף ריח חריף של פרסונליות" (שם, בפס' 42–44 לפסק הדין של הנשיאה חיות). אמירה זו נותרה בגדר אמרת אגב, שכן היא לא הייתה נחוצה לצורך הכרעה באותו עניין. דברים ברוח דומה נאמרו בפסק הדין על ידי השופטים ברק-ארז (שם, בפס' 46–50 לפסק דינה), עמית (שם, בפס' 12 לפסק דינו), כבוב (שם, בפס' 6 לפסק דינו) וגרוסקופף (שם, בפס' 4 לפסק דינו). למען שלמות התמונה, ימים מספר לפני ירידת המאמר לדפוס ניתנו פסקי דין בשתי עתירות נוספות שבהן התבקש בית המשפט להתערב בחקיקת יסוד מכוח שימוש לרעה בסמכות המכוננת, בין היתר בגלל תחולתו המיידית: האחד, בג"ץ 2412/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (אר"ש 3.1.2024), שעניינו תיקון חוק-יסוד: הממשלה לעניין ההסדר בדבר נבצרות ראש הממשלה; והאחר, בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (אר"ש 1.1.2024), שעניינו תיקון חוק-יסוד: השפיטה לעניין עילת הסבירות.

102 לעיל ה"ש 86 והטקסט שלידה.

103 4 בינואר 2023 הציג שר המשפטים, חבר הכנסת יריב לוין, תוכנית לעריכת שינויים מהותיים במערכת המשפט בישראל, אשר כללה את שלילת סמכותו של בית המשפט לדון בתוקפם של חוקי יסוד. סמוך לאחר מכן הוגשה הצעת חוק מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט אשר קבעה, בין היתר, כי "מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא יידרש, במישור או בעקיפין, לשאלה בדבר תוקפו של חוק-יסוד ולא יהיה תוקף להחלטה שהתקבלה בעניין כאמור". ראו הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיוק הפרדת הרשויות), ה"ח התשפ"ג 32, 33 https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls1_1792677.pdf.

מהנחה זו¹⁰⁴ לא מוכרות הגבלות נוספות על סמכות השריון הפורמלי של הכנסת. כפי שאראה להלן, דוקטרינת ה"שימוש לרעה" בסמכות המכוננת, אשר הוחלה עד כה רק על שריון מהותי של חוק יסוד, ניתנת להחלה גם על הוראת שריון פורמלי המוצמדת לחוק יסוד, בהיותה נורמה חוקתית. החלת הדוקטרינה על שריון פורמלי של חוק יסוד – ובייחוד מבחני העזר שנקבעו לגביה בעניין שפיר – מניחה תשתית משפטית שעל בסיסה ניתן להגדיר לראשונה את גבולותיה של סמכות השריון הפורמלי של חוקי היסוד.

1. תחולת הדוקטרינה של "שימוש לרעה" על שריון פורמלי של חוק יסוד

מבחינה פורמלית, הוראת שריון פורמלי של חוק יסוד נקבעת גם היא בחוק יסוד, ולפיכך היא תוצר של הפעלת הסמכות המכוננת, בדיוק כמו הוראה חוקתית אחרת. מאליה מתבקשת המסקנה שדוקטרינת ה"שימוש לרעה" בסמכות המכוננת ניתנת להחלה גם על הוראה מסוג זה. במישור הנורמטיבי, הדעת נותנת כי יש מקום להחיל את דוקטרינת ה"שימוש לרעה" ביתר שאת לגבי הוראת שריון פורמלי, שכן הוראה כזו שוללת באופן "הרמטי" מרוב רגיל את האפשרות לתקנה. לעומת שריון מהותי, הנוצר מעצם כינונו של חוק היסוד ככזה, ואשר בררת המחדל היא שניתן לתקנו ברוב רגיל, שריון פורמלי של חוק יסוד הוא בלתי הדיר. מרגע שאומץ השריון הפורמלי נשללת יכולתו של הרוב ה"רגיל" בכנסת לתקן את ההוראה שאליה הוא הוצמד. ניתן לדמות שריון פורמלי למפתחות הנועלים את "האזיקים החוקתיים". ברגע שאומץ שריון פורמלי בהוראה חוקתית "ננעלו" האזיקים, ואי אפשר להסירם אלא באמצעות המפתחות ש"נעלו" אותם.¹⁰⁵ בשל כך השימוש בשריון פורמלי הוא שריון יעיל יותר, ובהתאמה ההשלכות הנובעות משימוש לרעה בשריון מסוג זה מסוכנות יותר.¹⁰⁶ החשש מתעצם לנוכח העובדה שניתן לכאורה לשריין בשריון פורמלי חוק יסוד בהצבעה של רוב רגיל מקרב משתתפי ההצבעה.¹⁰⁷ סמכות רחבה זו מאפשרת לרוב רגיל להציב משוכה משמעותית בפני רוב עתידי שיהיה מעוניין לסטות מהוראה חוקתית משוריינת, בזמן שהוא עצמו אינו נדרש לעבור משוכה דומה לצורך אימוצה.¹⁰⁸ בנסיבות אלו נוצר פיתוי משמעותי לרוב ארעי לקבוע "עובדות בשטח" המעגנות את רצונו הפוליטי, באמצעות דרישת רוב מיוחס גבוה לצורך שינוי נורמות שאינן חוקתיות באופיין. כפי שציינה רבקה ווייל, "...מי שמבקש כבילה עצמית בשל חששותיו מתוצאותיו של תהליך החקיקה הרובני צריך לחשוש אף מהתהליך הרובני שבאמצעותו מאומצות ההוראות המשוריינות".¹⁰⁹

104 אשר טרם זכתה כזכור בעיגון מפורש וחד־משמעי בחקיקה או בפסיקה. לדיון ראו לעיל בפרק א.

105 Richard Albert, *Constitutional Handcuffs*, 42 ARIZ. ST. L.J. 663, 665 (2010).

106 ראו, למשל, McGinnis & Rappaport, לעיל ה"ש 6, בעמ' 410.

107 בנדור "המעמד המשפטי של חוקי־יסוד", לעיל ה"ש 43, בעמ' 156.

108 קליין "הסמכות המכוננת בראי בית־המשפט העליון", לעיל ה"ש 26, בעמ' 347. אכן, במקרים מסוימים בעבר שוריין חוק יסוד בשריון פורמלי באמצעות רוב נמוך מזה שנדרש לפי השריון.

לפירוט ראו טבלה 1 בתת־פרק הבא.

109 ווייל "הנשאל את פי העם?", לעיל ה"ש 39, בעמ' 466.

אם כוחה של דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת" יפה לעניין שריון מהותי של נורמה בחוק יסוד, הוא צריך להיות יפה גם לעניין שריון פורמלי של נורמה בחוק יסוד.

אולם יישומה של דוקטרינת ה"שימוש לרעה" על הוראת שריון פורמלי אינו פשוט כלל ועיקר. באופן עקרוני, שריון פורמלי של חוק יסוד הוא חיובי כשלעצמו ואף הכרחי (במידה מסוימת)¹¹⁰ בחוקה, על מנת להגן עליה מפני תיקונים שאינם משקפים את רצון העם, אלא את רצונו של רוב זמני בלבד.¹¹¹ מכאן שעצם העובדה שנורמה חוקתית משוריינת בשריון פורמלי אינה מעלה אפריורית חשד שהיא כוננה תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת; נהפוך הוא – יש בכך דווקא כדי לבסס את מעמדה כנורמה חוקתית על-חוקית, המוגנת מפני תיקונים קוניונקטורליים שנועדו לנוחותו של רוב רגעי.¹¹² לשם המחשה, אילו שריינה הכנסת בשריון פורמלי את הוראת סעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה שלפיה "התקציב יהיה לשנה אחת", ייתכן שהוראות השעה שסטו מכלל זה – ואשר בית המשפט קבע כי הן מהוות שימוש לרעה בסמכות המכוננת – לא היו באות לאוויר העולם.

יתרה מזו, חוק יסוד הוא למעשה האכסניה היחידה המתאימה להוראות משוריינות בשריון פורמלי, שכן כזכור, לפי תורת "שני הכובעים", אין להוראות שריון פורמלי תוקף כאשר הן מוצמדות לחקיקה רגילה.¹¹³ בנסיבות אלו בוודאי אין בעצם השריון הפורמלי של חוק יסוד כדי להעלות חשד לשימוש לרעה בסמכות המכוננת.

המסקנה היא אפוא כי דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת" חלה על הוראות שריון פורמלי, אך מלאכת הזיהוי של שריון פורמלי המהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת היא מורכבת. כפי שציינה סוזי נבות, שריון פורמלי "חורג" הוא מקרה מיוחד להפעלת תורת ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת".¹¹⁴ הוא מחייב בחינה מדוקדקת של הוראת השריון הפורמלי ושל ההוראה שאליה היא הוצמדה, על מנת להעריך אם מדובר בקביעה ניטרלית – מאחורי "מסך בערות" – של כלל הכרעה על-רובי לגבי אותה סוגיה או שמא בניסיון של הרוב השולט "לנעול" הכרעה חברתית

110 "במידה מסוימת" משום שיש להיזהר מפני שריון נוקשה מדי. ליתרונותיה של חוקה "זמנית", בניגוד לתפיסה הרווחת, ראו Varol, לעיל ה"ש 52, בעמ' 421–427.

111 ראו את הדין לעיל בתת-פרק ב1.

112 יפים לעניין זה דבריו הנוקבים של חבר הכנסת משה סנה בעת הדיונים בכנסת על כינון חוק היסוד הראשון – חוק-יסוד: הכנסת משנת 1958 – כאשר הציע לשריון פורמלי את חוק היסוד כולו: "...אותו נוהג הקיים בהרבה ארצות – לא בכולן – שחוקים בעלי אופי קונסטיטוציוני אין לשנות על-ידי רוב מקרי, יש לו אחיזה בנסיגון של עמים ומדינות. זה רק מעלה את ערך החוקים האלה, אשר כדי לשנותם נחוץ רוב מוצק, רוב גדול, מפני שהם נוגעים בבעיות אשר פתרונן צריך להבטיח יציבות; כדי שאיזו קאפריזה רגעית חולפת, איזה אינטרס לשעה אחת או ליום אחד או לתקופה קצרה, איזו התלקחות יצרים, איזה צירוף מקרי של כוחות – לא יוכלו לשנות את אבני היסוד של חוקת הארץ" (ד"כ 12.2.1958, 927).

113 ראו לעיל ה"ש 6 ו-8 והטקסט שלידן.

114 נבות "נוקשות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 232.

בסוגיה שבמחלוקת.¹¹⁵ אלא שבחינה מדוקדקת כזו משמעה גלישה למחוזות של הפעלת ביקורת שיפוטית על תוכן ההוראה החוקתית המשוריינת ועל המניע לשריונה, ובאלה דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת" אינה עוסקת.¹¹⁶ בחינת תוכנה של ההוראה המשוריינת והמניעים לה היא אמת מידה מעורפלת מדי. אי-אפשר לחלץ ממנה כלל ברור לעניין גודל סמכותה של הכנסת לשריין חוקי יסוד בשריון פורמלי. היא עלולה לגרור את בית המשפט לזירה הפוליטית, ולהופכו ל"שותף פעיל ביצירת החוקה".¹¹⁷ היא עלולה אף להכניס "בדלת האחורית" את דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, הגם שנקבע כי עד שיושלם מפעל החוקה אין ליישמה בשיטתנו.¹¹⁸

לשם השוואה, עד היום ניתן סעד מכוח דוקטרינת ה"שימוש לרעה" רק על תיקונים חוקתיים שהתקבלו בדרך של הוראת שעה. הוראות שעה בחוקי יסוד נחשבות מעצם טבען בבחינת "תרחי" דסתרי", שכן חוקה צריכה להיות יציבה.¹¹⁹ מכאן שעצם הוספת נורמה כהוראת שעה זמנית לחוק יסוד מעלה חשש שנורמה זו כוננה תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת. בהתאם לכך נקבע בעניין שפיר המבחן של "יציבות" הנורמה כמבחן עזר לצורך זיהוי כחוקתית. נורמה זמנית היא נורמה אשר נעדרת "סימני יסוד מזהים המאפיינים נורמה חוקתית", ומכאן שהיא אינה עומדת במבחן ה"זיהוי".¹²⁰ זהו כלל משפטי ברור שאינו מערער את הוודאות, אלא מחזק אותה. כנסת שתבחר לכונן חוק יסוד בדרך של הוראת שעה תדע שיהיה עליה לעמוד במבחן ה"צידוק" על מנת שהוא ייחשב חוק יסוד.¹²¹

כלל זה אינו תופס לגבי שריון פורמלי של חוק יסוד, אשר במובן מסוים מהווה "תמונת ראי" של חוק יסוד זמני: בעוד האחרון מערער את יציבות החוקה, הראשון דווקא מחזק אותה; בעוד האחרון חשוד מעצם טבעו כתוצר של שימוש לרעה בסמכות

115 מדינה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 536.

116 עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 2, בפס' 12–13 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

117 שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט סולברג ובפס' 10 לפסק הדין של השופט הנדל; עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 13 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

118 מטעמים אלו השופט סולברג סבור כי יש "לסגת" מדוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת" בכללותה. ראו עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 2, בפס' 35–36 לפסק הדין של השופט סולברג.

119 ראו עניין **התקציב הדו-שנתי**, לעיל ה"ש 12, בפס' 1 לפסק הדין של השופטת חיות. לביקורת על הרתיעה המובעת בפסיקה מפני אימוץ הוראות שעה חוקתיות ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 72, בפרק ב, שבסופו סיכם המחבר והבהיר כי "כינון חוק יסוד סותר (הוראת שעה) אינו אלא טכניקה אפשרית לסתירתו של חוק יסוד, שאינה לגיטימית פחות משינוי קבוע לחוק יסוד, ואולי אף להפך. אכן, חוק יסוד סותר (הוראת שעה) סובל מיחסי ציבור גרועים, הנובעים בעיקרם מאשליה אופטית, ולא מפגם חוקתי".

120 עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 48–50 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

121 שם, לפי המבחנים שהציעה הנשיאה חיות. השופטת ברק-ארז, לעומת זאת, סברה כאמור כי אין מקום להידרש למבחן ה"צידוק", ולפיכך "ככלל חקיקת חוק יסוד במתכונת של הוראת שעה היא מעשה אשר חורג מסמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקי יסוד שישמשו כפרקים בחוקתה העתידית של ישראל". עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 2, בפס' 28 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

המכוננת, הראשון עשוי לגלם דווקא הכרעה חוקתית מן המעלה הראשונה, המעגנת דרישת רוב מיוחס לתיקונה על מנת להגן על עיקרון המצוי בקונסנזוס מפני נחמתו של רוב מזדמן. מכאן שבניגוד להוראת שעה, הוראת שריון פורמלי עוברת בהצטיינות יתרה את מבחן ה"יציבות" שנקבע בעניין **שפיר**. כמו כן, בניגוד להוראת שעה, שריון פורמלי אינו חשוד, מעצם היותו כזה, כנעדר "התאמה למארג החוקתי" או כנעדר "מובחנות מתפקידן של הרשויות האחרות" – שני מבחני העזר הנוספים שהציעו הנשיאה חיות והשופטת ברק-ארו ליישום מבחן ה"זיהוי". למעשה, הוא דוגמה מובהקת ל"התאמה למארג החוקתי" ול"מובחנות" תפקידה של הרשות המכוננת, שהרי כאמור רק בכובעה כרשות מכוננת רשאית הכנסת לקבוע הוראות שריון פורמלי. לפיכך הוראות שריון פורמלי אינן מקימות כשלעצמן חזקה – לפי מבחן ה"זיהוי" שנקבע בעניין **שפיר** – שהן כוננו תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת.

אולם שריון פורמלי עשוי לעלות כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת מקום שהוא "פרסונלי" במובן האישי או המוסדי, קרי, מקנה יתרון לחברי הכנסת או חברי הממשלה הנוכחיים (כפרטים או כמוסד) על אלה שיבואו אחריהם. במקרה כזה לא יצלח השריון הפורמלי את מבחן העזר בעניין "כלליות" הנורמה. כפי שציין השופט הנדל בעניין **התקציב הדורשני**:

"נורמה המיועדת והמאפשרת לשחקן A (קרי, הממשלה המכהנת) להתגבר על משוכות פוליטיות, אך מציבה רף גבוה יותר בפני שחקן B (ממשלה עתידית שלא תיהנה מהוראת השעה ותידרש להתמודד עם פיקוח פרלמנטרי מחמיר), נושאת, במובנים מסוימים, אופי פרסונאלי. משום כך, היא מעוררת קושי, ולא ניתן לייחס לה אופי ומעמד חוקתיים".¹²²

מבחן "כלליות" הנורמה "נגזר מעיקרון שלטון החוק ועניינו בכך שנורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת".¹²³ מבין מבחני העזר שנקבעו בעניין **שפיר**, מבחן ה"כלליות" הוא מבחן העזר היחיד שעשוי להיות רלוונטי לצורך יישום מבחן ה"זיהוי" שנקבע בעניין **שפיר** על הוראת שריון פורמלי של חוק יסוד.¹²⁴

¹²² עניין **התקציב הדורשני**, לעיל ה"ש 12, בפס' 6 לפסק הדין של השופט הנדל. ראו גם עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 40 לפסק הדין של הנשיאה חיות, שם טענה הנשיאה כי המבחן הפרסונלי יכול לחול הן ברמה האישית והן ברמת "הפרסונה המוסדית". לדיון בהיקף תחולתו של מבחן העזר בדבר "כלליות" הנורמה ראו עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 2, בפס' 11–13 לפסק הדין של השופט הנדל.

¹²³ עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 40 לפסק הדין של הנשיאה חיות. ראו גם קלגסבלד, לעיל ה"ש 72, בפרק ה.

¹²⁴ עם זאת, לפי ההלכה שנפסקה בעניין **שפיר**, רשימת מבחני העזר שנקבעו לצורך מבחן הזיהוי אינה רשימה סגורה, ועשויה להשתנות ממקרה למקרה. ראו עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 37 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

2. שריון "סימטרי" כאמת מידה ליישום מבחן העזר בדבר "כלליות" הנורמה

מתי יש לראות בהוראת שריון פורמלי הוראה "פרסונלית"? נקודת המוצא היא כאמור שאין מקום לבחון את תוכן הנורמה שאליה הוצמדה הוראת השריון הפורמלי, וגם לא את המניעים להצמדה זו. לפיכך יש לאתר אמת מידה אחרת שעל בסיסה יהיה אפשר לסווג נורמה חוקתית ככזו המעניקה יתרון לרוב הנוכחי על רוב עתידי. על יתרון זה להיות אובייקטיבי ומובהק, דהיינו, כזה שניתן להצביע עליו באופן חד-משמעי ומבלי להידרש למניעיו הסובייקטיביים של המכונן. יתרון אובייקטיבי מובהק ניתן לאתר בהוראת שריון פורמלי כל אימת שרוב רגיל מצמיד דרישת רוב מיוחס לנורמה חוקתית, בשעה שהוא עצמו היה כפוף לכלל הכרעה גמיש יותר בבואו לאמצה. כינון הוראת שריון פורמלי משמעו הענקת כוח הצבעה רב יותר לרוב הנוכחי על כוח ההצבעה של רוב עתידי, באמצעות העלאת הרף הדרוש לצורך תיקון ההוראה מזה שנדרש לצורך אימוצה. גם בהיבט זה הוראות שעה חוקתיות מהוות מעין "תמונת ראי" של הוראות שריון פורמלי. הוראת שעה שמהווה "שימוש לרעה" מחמת היותה פרסונלית תבטא על פי רוב בהסרה זמנית של משוכה חוקתית קבועה הניצבת בפני הרוב הנוכחי (למשל, הסרה זמנית של הדרישה לאישור תקציב אחת לשנה), בעוד שעבור רוב עתידי היא תהיה שוב בתוקף. לעומת זאת, שריון פורמלי המהווה "שימוש לרעה" יתבטא דווקא בהצבת משוכה חוקתית חדשה בפני רוב עתידי, אשר לא הוצבה בפני הרוב הנוכחי (באמצעות דרישה לרוב גבוה יותר לתיקון חוק היסוד מזה שנדרש לצורך כינונו מלכתחילה). בשני המקרים מדובר בהצבת רף גבוה יותר בפועל בפני "שחקן B" לעומת זה שהוצב בפני "שחקן A", ולכן בשניהם מדובר בנורמה שאינה צולחת את מבחן ה"כלליות" שנקבע בעניין שפיר.

לכאורה עלול לנבוע מכך שכל שריון פורמלי של חוק יסוד ייחשב "פרסונלי" ולא יצליח אפוא את מבחן ה"זיהוי"¹²⁵, שהרי שריון פורמלי כרוך מעצם טבעו בהצבת רף גבוה יותר לרוב עתידי מזה שניצב בפני הרוב הנוכחי. אלא שבחינה מעמיקה יותר של אופן אימוצן של הוראות שריון בישראל מעלה כי אמירה זו אינה מדויקת. הוראות שריון פורמלי רבות אומצו בכנסת בתמיכה של רוב הצולח את דרישת הרוב המיוחס שנקבעה במסגרתן. במצב כזה, אשר קרוי בספרות ההשוואתית "שריון סימטרי"¹²⁶, הרוב הנוכחי

125 בהקשר זה יצוין כי לעמדת השופטת ברק-ארז, הוראה שאינה זמנית מקימה "חוקה התומכת בכך שמדובר בהסדר כללי", אך זמניות הנורמה אינה אמת המידה היחידה לבחינת כלליותה (עניין ממשלת החילופים, לעיל ה"ש 2, בפס' 22 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז). עמדה זו עולה גם מדברי השופט הנדל באותו עניין (שם, בפס' 11–13 לפסק הדין של השופט הנדל). לעמדתו, במקרה המיוחד של שריון פורמלי בהוראת קבע אין מקום להחיל חוקה זו. כפי שפורט בפרק זה, שריון פורמלי עלול להיות פרסונלי ברמה המוסדית חרף – ודווקא מפאת – "ציבותו".

126 ראו McGinnis & Rappaport, לעיל ה"ש 6, בעמ' 417, שם נדונה סמכותם של בתי המחוקקים בארצות הברית לשריין בשריון פורמלי הוראות חוק.

(שחקן A) לא נדרש בפועל לרף נמוך יותר לצורך כינון הנורמה מזה שיוצב בפני הרוב העתידי (שחקן B) לשם ביטולה, ולכן החשש ששריון זה הוא "פרסונלי" ברמה המוסדית מרוכך. מכאן שקיימת הצדקה להבחנה בין שריון פורמלי שאומץ באופן סימטרי לבין שריון כאמור שאומץ באופן א-סימטרי – באחרון ניתן לאתר יתרון אובייקטיבי מובהק לרוב הנוכחי על הרוב העתידי, ואילו בראשון אי-אפשר לאתר יתרון מובהק כזה. ודוק: גם במקרה של שריון "סימטרי" מוצב מכשול חדש מסוים בפני רוב עתידי, אשר לא הוצב בפני הרוב הנוכחי שהחליט לשריין את ההוראה. בהעדר הוראת שריון פורמלי היה הרוב העתידי יכול לשנות את ההוראה ברוב רגיל, ואפשרות זו נמנעת ממנו עם הוספת השריון על ידי הרוב הנוכחי. לעומתו, הרוב הנוכחי ששריין את ההוראה בחר לעשות זאת מיוזמתו, והיה יכול לעגן את הנורמה ברוב רגיל ללא סעיף שריון פורמלי או לשריין אותו בדרך שונה.¹²⁷ אולם יתרון "המהלך הראשון" של הרוב הנוכחי הוא בלתי נמנע, שכן הוא נובע מעצם סמכותה של הכנסת לקבוע הוראת שריון פורמלי בחוק יסוד.¹²⁸ מאחר שאין עוררין, כאמור לעיל, על עצם קיומה של סמכות השריון הפורמלי של חוקי יסוד, משטר של שריון "סימטרי" מבטיח לפחות שוויון בין כוח ההצבעה של הרוב הנוכחי לבין זה של רוב עתידי, ולכן מרכז במידה משמעותית את הממד ה"פרסונלי" הטמון בהוראת השריון.

נתוני ההצבעה בהליכי החקיקה של הוראות השריון הפורמלי שנלוו לחוקי יסוד בישראל (המפורטים בטבלה 1) מראים כי ב-7 מתוך 10 הפעמים שבהן התקבלו חוקי יסוד הכוללים הוראות שריון פורמלי הם אושרו תוך עמידה בכלל השריון ה"סימטרי",¹²⁹ למצער בקריאה השלישית.¹³⁰ רק שני חוקי יסוד אומצו באופן "א-סימטרי" בכל שלוש הקריאות,¹³¹ ולגבי חוק יסוד אחד אין נתוני הצבעה רלוונטיים, כך שאי-אפשר לסווגו.¹³²

127 שם, בעמ' 427–428.

128 שם.

129 תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה; חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי; חוק-יסוד: משאל עם; חוק-יסוד: הממשלה; חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל; חוק-יסוד: חופש העיסוק; חוק-יסוד: הכנסת.

130 בחלק מהמקרים סעיף השריון התווסף רק לאחר הקריאה הראשונה, ולכן בפועל התקיימה לגביו הצבעה רק בקריאות השנייה והשלישית. ראו, למשל, ס' 4 ו-45 לחוק-יסוד: הכנסת. כמו כן, בחלק מהמקרים אין נתוני הצבעה מדויקים לגבי הקריאה השנייה.

131 חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ב 114, וחוק-יסוד: הממשלה (1992), אשר כוננו שניהם בשנת 1992 ואינם בתוקף עוד כיום. עם זאת, חוק-יסוד: הממשלה (1992) כלל גם תיקונים עקיפים לחוקי יסוד אחרים, הכוללים הוראות שמשוריינות בשריון פורמלי, ואלה עודן בתוקף. ראו ס' 45 לחוק-יסוד: הכנסת וס' 3 לחוק יסוד: משק המדינה.

132 חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשכ"ח 226, אשר אינו בתוקף כיום.

טבלה 1: מידת התמיכה בקריאות הראשונה, השנייה והשלישית בהצבעה על שריון חוקי יסוד¹³³

חוקי יסוד משוריינים (השנה)	סעיף השריון	תוכן ההוראה המשוריינת	גובה השריון	רוב בקריאה I	רוב בקריאה II ¹³⁴	רוב בקריאה III
1. חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה) (2020)	סעיף 7	עיגון המנגנון של ממשלת החילופים וקיצור כהונתה של הכנסת ה-23	70	72	72	72
2. חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (2018)	סעיף 11	החוק כולו	61	64	63	62
3. חוק-יסוד: משאל עם (2014)	סעיף 5	החוק כולו	61	66	68	68
4. חוק-יסוד: הממשלה (2001)	סעיף 44	החוק כולו	61	62	72	72
5. חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון) (2000)	סעיף 135 ⁷	איסור העברת סמכות המתייחסת לתחום ירושלים לגורם זר	61	71	[אין נתונים]	84

¹³³ הנתונים נאספו מפרוטוקולים של דיוני המליאה המצויים ב"מאגר החקיקה הלאומי" באתר הכנסת במרשתת. לשם הנוחות, ההפניות לעמודים הספציפיים בפרוטוקולים השונים שמהם ניתן ללמוד על מספר התומכים בכל הצעה רוכזו מטה כנספח למאמר זה. בשני מקרים, במסגרת אישור חוק יסוד מסוים, אומצו כמה הוראות שריון פורמלי שונות: חוק-יסוד: הממשלה (1992) (פרט 7 בטבלה) וחוק-יסוד: הכנסת משנת 1958 (פרט 10 בטבלה).

¹³⁴ לעיתים ההצבעה בקריאה השנייה מתבצעת לגבי כל סעיף בנפרד (ס' 90ה) לתקנון הכנסת). המספר הנקוב בטבלה משקף את הרוב שתמך בקריאה השנייה בסעיף הספציפי שבו נקבע השריון הפורמלי או לחלופין – במקרים שבהם לא הייתה הצבעה על כל סעיף בנפרד – את הרוב שתמך בקריאה השנייה בחוק כולו.

¹³⁵ בשנת 2018 שונה סעיף זה, ורף השריון בו הועלה לכאורה לשמונים חברי כנסת (חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון מס' 2), ס"ח התשע"ח 94). אולם, מאחר שלצורך תיקון הסעיף המשריין נדרש

67	77	82	61	החוק כולו	סעיף 7	6. חוק-יסוד: חופש העיסוק (1994)
55	52	[לא נכלל בנוסח לקריאה I]	61	החוק כולו	סעיף 56(א) רישה	7. חוק-יסוד: הממשלה (1992) [לא בתוקף]
55	52	13660	80	דרישה לרוב מיוחס לצורך העברת ראש הממשלה מכהונתו לא מחמת עברה	סעיף 27(א) [לפי סעיף 56(א) סיפה]	
55	52	[לא נכלל בנוסח לקריאה I]	70	דרישה לרוב מיוחס לצורך העברת שר מכהונתו	סעיף 35(ג) [לפי סעיף 56(א) סיפה]	
55	52	[לא נכלל בנוסח לקריאה I]	80	הגבלת האפשרות להאריך את תקופת כהונתה של הכנסת	סעיף 45א לחוק-יסוד: הכנסת (תיקון עקיף)	
55	52	[לא נכלל בנוסח לקריאה I]	61	הוראות בעניין אי-קבלת חוק תקציב לפני תחילתה של שנת הכספים	סעיף 3ב לחוק-יסוד: משק המדינה (תיקון עקיף)	
23	23	21	61	החוק כולו	סעיף 5	8. חוק-יסוד: חופש העיסוק (1992) [לא בתוקף]

רוב של שישים ואחד חברי כנסת בלבד, בפועל לא שינה תיקון זה את השריון הפורמלי של הסעיף ולכן נותר מחוץ לטבלה.

136 ההוראה בס' 27(א) לחוק-יסוד: הממשלה שנכללה בהצעה שהועלתה לקריאה הראשונה הופיעה בנוסח שונה מזה שאומץ לבסוף בקריאה השלישית (בקריאה הראשונה השריון שהוצע חייב רוב של שבע עשיריות מחברי הכנסת). למענה לביקורת שהושמעה על האישור ה"א-סימטרי" של הוראות השריון הפורמלי בחוק-יסוד: הממשלה (1992) ראו גבאי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 174–175.

9. חוק-יסוד: הממשלה (1968) לא [בתוקף]	סעיף 42	העדר כוחן של תקנות שעת חירום לפגוע בחוק היסוד	61	[לא נכלל בנוסח לקריאה I]	[אין נתונים]
10. חוק-יסוד: הכנסת (1958)	סעיף 4	שיטת הבחירות	61		56
	סעיף 45	העדר כוחן של תקנות שעת חירום לפגוע בחוק היסוד	80	[לא נכלל בנוסח לקריאה I]	43
					96
					96

כפי שעולה מהנתונים המוצגים בטבלה 1, בעשורים האחרונים (מאז אומץ חוק-יסוד: חופש העיסוק בשנת 1994) הכנסת מקפידה להצמיד הוראת שריון פורמלי לחוק יסוד בדרך של שריון "סימטרי" בלבד, וזאת בכל שלוש הקריאות (לבד מהצבעה אחת שלגביה אין נתונים מדויקים). אין מדובר ביד המקרה – עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת היא כי על הכנסת לעמוד בדרישת הרוב המיוחס שנקבע בהוראת שריון פורמלי בבואה לאמץ הוראה זו. ראו לעניין זה את דברי היועץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, עו"ד גור בליי, אגב הדיון בשריון שהוצע לתיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה בעניין ממשלת החילופים:

"מאוד רצוי, בעינינו, ואני חושב שזה חשוב, שהרוב במליאה שיאשר את זה יהיה רוב גבוה ככל הניתן. זה מאוד בעייתי ברוב מסוים לקבוע שריון ברוב גבוה מזה. ולכן, אני חושב שהדבר הזה הוא מאוד מאוד משמעותי, ואנחנו מקווים מאוד שהדבר הזה יהיה, כי הוא יכול להוסיף, מבחינתנו, עוד בעיה אם הרוב לא יהיה גבוה".¹³⁷

חברי הכנסת אימצו באותו עניין את המלצת הייעוץ המשפטי של הוועדה, והפחיתו את הרוב המיוחס הדרוש לסטייה מההוראה המשוריינת כך שיעמוד על שבעים חברי כנסת במקום שבעים וחמישה. זאת, על מנת לוודא שהתיקון יאושר לכל הפחות ברוב שנקבע לצורך תיקונו.¹³⁸ עמדה אינטואיטיבית זו, שלפיה אותו כלל הכרעה צריך לחול

¹³⁷ פרוטוקול ישיבה 3 של הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – ממשלת חילופים) (פ/280/23), הכנסת ה-23, 172 (27.4.2020).

¹³⁸ ראו את דבריו בעניין זה של חבר הכנסת איתן גינזבורג, יושב ראש הוועדה המיוחדת, לפני מליאת הכנסת: "...קיבלנו גם את העמדה שיש להפחית את הרוב הזה ככל שניתן ולהבטיח שהשריון לא יעלה על הרוב שבו מאושרת הצעת החוק במליאת הכנסת" (פרוטוקול ישיבה 23 של הכנסת ה-23, 9 (5.5.2020)).

על אימוץ הוראה חוקתית ועל ביטולה, הושמעה לאורך השנים גם על ידי חברי כנסת מכל קצות הקשת הפוליטית ובהקשרים שונים.¹³⁹

139 ראו, למשל, את דבריו של חבר הכנסת ברוך אזניה (מפא"י) בשנת 1958 אגב דיון באישור חוק-יסוד: הכנסת: "וכי חושבים אתם שיש איזה 'ראציו לגיס' שב-54 נגד 52 או ב-54 נגד 40 יחליטו על משהו שעליו יצטרכו להחליט בעתיד ברוב של 80? 54 נגד 40 לא יחייבו שרק 80 יוכלו לשנות את הסעיף. יתכנסו אחר-כך חברי הכנסת וברוב רגיל יבטלו את הסעיף הזה. זה אינו חוק קונסטיטוציוני במובן זה שאין לבטל בעזרת חוק אחר, באורח חוקי, סעיפים מסעיפיו" (ד"כ 12.2.1958, 926). ראו גם את דבריו של חבר הכנסת עוזי לנדאו (ליכוד) בשנת 1991: "נניח שהחוק הזה יעבור ברוב של 61 או 62 חברי כנסת. לא ייתכן לומר שסעיפים מסוימים לא ניתנים לשינוי אלא ברוב של 70 חברי כנסת, מפני שאחרת כל קואליציה תעביר חוק הקובע שאי אפשר להפיל את הממשלה אלא ברוב של 119 חברי כנסת" (פרוטוקול ישיבה 285 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 54 (23.7.1991)); את דבריו של חבר הכנסת שמואל הלפרט (אגודת ישראל) בשנת 1992 אגב הדיון בשריון הפורמלי שהוצע במקור לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואשר לא אושר בסופו של דבר: "חבר הכנסת רובינשטיין, זה לא יכול להיות – הרי אתה משפטן דגול – שלאשר חוק יוכל רוב מקרי, ולבטל אותו יצטרכו 61 חברי כנסת. מה ההיגיון בדבר הזה. אולי תסביר לי? מדוע אתה לא דורש שגם לאשר את החוק יידרשו 61 חברי כנסת? אם לבטל אותו צריכים 61 חברי כנסת, אז גם לקבל אותו יצטרכו 61 חברי כנסת. הדבר פשוט ביותר. זהו ההיגיון הפשוט ביותר. לא יכול להיות שמבחינת קבלת החוק, רוב מקרי יאשר אותו – ואילו לביטולו יצטרכו 61 חברי כנסת. אין בזה שום הגיון" (ד"כ 17.3.1992, 3787); את דבריו של חבר הכנסת שאול יהלום (מפד"ל) בשנת 1993 אגב ההצעה – אשר לא התקבלה לבסוף – לתקן את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולהוסיף לו הוראת שריון פורמלי: "אם אתה מחייב בכנסת ישראל נושא מסוים, חוק מסוים, נורמה מסוימת, ואתה אומר שהיא לא תשונה אלא ברוב מיוחס ונוקשה, קבל אותה באותו רוב מיוחס ונוקשה. ואם אתם תגייסו היום לעניין 61 חברי כנסת בקריאה ראשונה, שנייה ושלישית, עם כל התנגדותנו לסעיפים הספציפיים של החוק... נגיד: אין ברירה, נקווה שלנו יהיו בעתיד 61 שיתמכו בשינוי. אבל לבוא היום ברוב קטן ולקבוע לעתיד רוב של 61? הרי מחר ישתמשו כלפיך באותה נורמה. אתה אומר: נו, רק 61. מחר ישתמשו בחוק אחר, שמנוגד לדעתך, ולקואליציה הזאת יש היום 67 חברי כנסת, הם יחליטו שאפשר לשנות רק ברוב של 90. מה תגיד על זה? זה יהיה בדיוק אותו צדק, זו תהיה אותה נורמה מוצדקת, ולא תוכל להגיד מלה מולם" (פרוטוקול ישיבה 123 של הכנסת ה-13, 235 (2.8.1993)); את דבריו של חבר הכנסת חגי מירום (העבודה) בשנת 1993, שנאמרו גם הם אגב אותו דיון בהצעה לשריון פורמלי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אני אינני בטוח שזה לא יהיה תקין ונכון שכל אימת שמוצע שריון, יקבל אותו אותו מספר חברי כנסת המוצע בשריון" (שם, בעמ' 236); את דבריו של חבר הכנסת דוד צוקר (מרצ) בשנת 1994 אגב הדיון באישור חוק-יסוד: חופש העיסוק: "...יצא שהיום הכנסת עושה מעשה חשוב ביותר בשעה שהיא מאשרת חוק יסוד ברוב יותר גדול מזה הנחוץ לשינויו בעתיד. אני מבקש לשים לב לנקודה הזאת. בעבר היו בין חברי הכנסת ובין המלומדים מהאקדמיה שאמרו: כיצד זה מחליטה הכנסת שחוק ישונה רק ברוב של 61 אבל היא מחליטה את זה רק ברוב קטן של 20–30 חברים? זה עניין רציני, משום שהערב אנחנו מאשרים חוק יסוד ברוב מוצק מאוד, יציב מאוד, בולט מאוד, הרבה מעבר לנדרש כדי לשנות את החוק בעתיד. זה עניין שיהיה בעל משקל לא רק מבחינה אתית אלא גם מבחינה של פרשנות משפטית. שוב לא יהיה אפשר לטעון, שחוק יסוד עבר כך סתם באבחת רוב, או עקב נסיבות מקריות, או בשעת לילה מאוחרת. לכן צריך לשבח את האופן שבו עובר חוק יסוד זה" (פרוטוקול ישיבה 198 של הכנסת ה-13, 310 (9.3.1994)); את דבריה של חברת הכנסת תמר זנדברג (מרצ) בשנת 2017 אגב הדיון בשריון ס' 6

נראה שבכנסת כמוסד, וכן בקרב חברי כנסת רבים, קיימת הנחה שלפיה שריון פורמלי הוא לגיטימי יותר כאשר הוא נעשה באופן סימטרי. הנחה זו נפוצה לא רק בישראל. כך, למשל, האבות המייסדים של ארצות הברית אימצו את החוקה בדרך שדמתה בפועל לפרוצדורה שנקבעה לתיקון החוקה לפי סעיף 5 לחוקה האמריקנית, ויש הרואים בכך חיזוק לגיטימיות שלה.¹⁴⁰ הנחה זו קיימת אף בשדה משפטי אחר בדין הישראלי – דיני החברות. לפי חוק החברות, התשנ"ט-1999, שינוי הרוב הדרוש לתיקון הוראה בתקנון – הוא "החוקה הפנימית" של החברה¹⁴¹ – חייב להיעשות באמצעות הרוב הדרוש המוצע בתיקון או הרוב הדרוש הנוכחי לצורך תיקונה, לפי הגבוה מביניהם.¹⁴² דהיינו, אם הוראה בתקנון של חברה מסוימת שוריינה בעבר כך שנדרש לתיקונה רוב של 51% באספה הכללית, וכעת האספה הכללית מעוניינת להעלות את רף השריון ולהעמידו על 60%, עליה לאשר זאת ברוב של 60%. לאחר מכן, אם תרצה האספה הכללית להוריד את רף השריון מ-60% ל-51%, גם אז יהא עליה לאשר זאת ברוב של 60%. מהוראה זו בחוק החברות הישראלי ניתן ללמוד כי המחוקק הישראלי מוצא היגיון בדרישת שריון "סימטרי" כתנאי לקביעת כלל הכרעה על-רובי מחמיר יותר מזה הקיים. כמו כן, מנוסח הוראה זו ניתן להיווכח כי דרישת השריון ה"סימטרי" כתנאי לאימוץ הוראת שריון פורמלי נובעת, לעומת המחוקק, מאותו רציונל העומד בבסיס הדרישה לראות בהוראת השריון הפורמלי הוראה מחייבת אשר רק עמידה בפרוצדורה שנקבעה בה מאפשרת סטייה ממנה. אלה שני צדדים של אותו מטבע. דרישת השריון ה"סימטרי" אין משמעה אפוא הצבת מכשול יציר פסיקה בפני רוב המעוניין לשריין חוק יסוד בשריון פורמלי, אלא בסיס נורמטיבי שמכוחו ניתן לראות בדרישת שריון פורמלי דרישה מחייבת. נאה דורש – נאה מקיים.

לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, אשר מחייב רוב של שמונים חברי כנסת לצורך העברת סמכויות המתייחסות לעיר ירושלים (כאמור לעיל, השריון "בפועל" של סעיף זה הוא לשישים ואחד חברי כנסת בלבד, לנוכח הוראות ס' 7 (סיפה) לחוק היסוד): "אתם עושים פה מעשה פגיעה, מעשה עוולה, ובשם אותו רוב, שעכשיו יש לכם – אגב, לא 80. אין לכם 80 חברי כנסת להעביר את החוק הזה. אבל אתם רוצים להעביר את החוק הזה שקובע רוב של 80 – אין לכם 80" (פרוטוקול ישיבה 477 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 43 (7.11.2017)); ואת דבריו של חבר הכנסת אוסאמה סעדי (הרשימה המשותפת) בשנת 2020 אגב הדיון בתיקון ס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה בעניין ממשלת החילופים: "לא יכול להיות שאתה תשנה את החוק הזה ברוב של 61 או 62 ותכתוב בו שאסור לבטל אותו אלא ברוב של 75. מה הסתירה הפנימית בתוך זה?" (פרוטוקול ישיבה 2 של הוועדה המיוחדת בנושא חוק יסוד: הממשלה (תיקון – ממשלת חליפים), הכנסת ה-23, 394 (26.4.2020)).

140 McGinnis & Rappaport, לעיל ה"ש 6, בעמ' 427.

141 יורם דנציגר **הזכות למידע אודות החברה** 94 (2000).

142 ראו ס' 20(ב) לחוק החברות, אשר זו לשונו: "נקבעה בחוק זה הוראה שניתן להתנות עליה, או נקבעה הוראה בתקנון לפיה דרוש רוב מסוים לשינוי הוראות התקנון, כולן או מקצתן, לא תהא החברה רשאית לשנות את ההוראה האמורה אלא בהחלטה שתתקבל באסיפה הכללית באותו רוב מסוים או ברוב המוצע, לפי הגבוה מבין השניים".

על מה מבוססת ההנחה שעל שריון פורמלי להתקבל באופן סימטרי? ההסבר העיקרי הוא הקושי הדמוקרטי החריף שמתעורר כאשר הכנסת משריינת חוק יסוד בשריון פורמלי. שריון פורמלי משמעו מתן כוח הצבעה רב יותר לחברי הכנסת הנוכחיים, בבואם לאמץ את הוראת השריון, לעומת זה שיעמוד לרשות חברי הכנסת שיבואו אחריהם אם ירצו לסטות ממנה. בכך מתערערת התפיסה שבבסיס העיקרון הדמוקרטי שלפיה לכל אחד יש קול אחד והרוב קובע. אילו התקבלה גישת "שלושת הכובעים" של הכנסת, היה אפשר להצדיק סטייה זו מכוח עליונותה של הסמכות המכוננת המקורית על הסמכות המכוננת הנגזרת. אולם בישראל, כאמור לעיל, המצב שונה.¹⁴³ בפסיקה לא הוברר אם הכנסת אוחדת בכלל בשני תפקידים אלו, ובספרות הדעות חלוקות: חלק טוענים כי הכנסת היא בעלת סמכות מכוננת מקורית בלבד, חלק טוענים כי היא בעלת סמכות מכוננת נגזרת בלבד, ואחרים סבורים כי היא מחזיקה בשני הכובעים הללו גם יחד. בנסיבות אלו מקורה של סמכות השריון הפורמלי של הכנסת נותר "אקסיומטי". עם זאת, כאמור, אין חולק כיום על עצם סמכותה של הכנסת לכבול בשריון פורמלי הוראות בחוק יסוד.¹⁴⁴ כלל השריון ה"סימטרי" מרכז את הפגיעה הדמוקרטית הפוטנציאלית הנוצרת כתוצאה מקיומה של סמכות זו, משום שבמסגרתו אין עדיפות לכוח ההצבעה של הרוב הנוכחי על זה של הרוב העתידי. לפיכך, עד שלא תוסדר סוגיה זו על ידי הכנסת או על ידי בית המשפט, רק שריון פורמלי אשר התקבל בדרך סימטרית הוא שריון דמוקרטי.¹⁴⁵ אם ברצונו להציב משוכה בפני רוב עתידי, יתכבד הרוב הנוכחי ויצלח אותה קודם בעצמו. מטעם זה הציע אריאל בנדור לראות את סמכות השריון הפורמלי ככפופה לעיקרון הדמוקרטי שבהכרזת העצמאות. לפי בנדור, לכנסת יש סמכות מכוננת נגזרת בלבד, ומכוחה היא מוסמכת לשרייין חוקי יסוד בשריון פורמלי. אולם סמכות זו כפופה לערכי היסוד הקבועים בהכרזת העצמאות – תוצר הפעלתה של הסמכות המכוננת המקורית – וביניהם אופייה הדמוקרטי של המדינה. מכוח הכרזת העצמאות ניתן "להקהות את העוקץ" הטמון בסמכות השריון הפורמלי של הכנסת, באמצעות הכפפתו לעיקרון הדמוקרטי.¹⁴⁶ גם אהרן ברק, אשר סבור כי לכנסת יש סמכות מכוננת מקורית "נמשכת" בלבד (ולא נגזרת), תומך בגישה שלפיה סמכותה המקורית של הכנסת

143 ראו לעיל בפרק המבוא ובפרק א.

144 ראו לעיל בפרק א.

145 בגישה זו תמך המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בדימוס עו"ד שלמה גוברמן. ראו את דבריו בכנס שנערך בשנת 1994: "מניין נטלה הכנסת זכות, ברוב דחוק שכזה, לקבוע ששינוי של הנורמה שקבע אותו רוב, יכבול את ידיה של הכנסת, ואת כל הכנסות שלאחריה? ולבית המשפט אין דבר להגיד בעניין זה?... אם הכנסת מקבלת הוראת חוק או חוק יסוד הדורשת רוב מיוחד של חברי הכנסת לשינויה, ואותה הוראה נתקבלה ברוב קטן ולא משמעותי, אני מצפה שבית המשפט יאמר: החוק הזה שם את הדמוקרטיה ללעג, ואין לו תוקף... ההוראה שבאה לכבול את ידיה של כנסת אחרת צריכה להתקבל לפחות באותו רוב שהכנסת רוצה לכבול בו את הכנסת הבאה, ואני נוטה לומר שאולי אפילו יותר". שלמה גוברמן "סמכותו של בית המשפט לבטל חוקים" **רפורמה קונסטיטוציונית בישראל והשלכותיה** 76, 78–79 (חיה הרשקוביץ עורכת 1995).

146 בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד", לעיל ה"ש 43, בעמ' 157–158.

כפופה לערכי היסוד שנקבעו בהכרזת העצמאות.¹⁴⁷ בנדור וברק לא התייחסו במפורש לשאלת תוקפו של שריון פורמלי שהתקבל באופן א-סימטרי, אך מגישת שניהם עולה כי סמכות השריון הפורמלי, בהיותה חלק מהסמכות המכוננת, כפופה לעקרונות היסוד של המדינה, וביניהם אופייה הדמוקרטי. מכוח גישה זו ניתן לומר כי עד שתבורר שאלת מקור סמכותה של הכנסת לשריין חוקי יסוד בשריון פורמלי, שריון "א-סימטרי" של חוק יסוד עלול להיות אנטי-דמוקרטי ולפיכך נעדר תוקף.¹⁴⁸

מזווית ניתוח כלכלית של המשפט נטען בספרות כי בצד התועלות הגלומות בעיגון הוראות שריון פורמלי – וביניהן הבניה סדורה ויציבה של אופן קבלת ההחלטות בקרב גורמי השלטון והגנה על זכויות אדם¹⁴⁹ – בשריון פורמלי כרוכות גם עלויות פוטנציאליות. עלויות אלו מתבטאות במתן אפשרות לרוב נוכחי למנוע את הדורות הבאים מלשנות הוראה שהוא בחר לאמץ, גם אם ישתנו הנסיבות, ערכי המוסר של החברה או הידע שברשותה.¹⁵⁰ ככל שהוראת השריון חזקה יותר כן גדל החשש מפני מניעת האפשרות להתאימה בהמשך למציאות העתידית, ובהתאמה, העלויות הפוטנציאליות הנובעות ממנה גדלות. אימוץ הוראת שריון פורמלי באופן סימטרי, קרי באמצעות הרוב המיוחס שנקבע בה, צפוי לפצות על עלויות אלו.¹⁵¹ כללים שאומצו בכפוף לדרישת רוב מיוחס יוצרים תועלת גבוהה יותר מאשר כללים שאומצו לפי רוב רגיל. זאת, משום שככלל קיים מתאם בין מידת התמיכה שבה זכתה הוראת חוק לבין "איכות" ההוראה, קרי, מידת התועלת החברתית המצרפית שהיא צפויה לספק.¹⁵² כך, למשל, במצב של חובת שריון "סימטרי" המכונן צפוי ליתן משקל רב יותר להשלכות ארוכות הטווח הנובעות מהוראת השריון, בשל כוח ההצבעה הרב יותר המוקנה למיעוט ששם דגש בכך.¹⁵³ לנוכח זאת, התועלת שתנבע מאימוץ הוראת השריון הפורמלי באמצעות רוב מיוחד (שיפור איכותו של דבר החקיקה) צפויה לפצות – באופן פרופורציונלי לעוצמת השריון – על העלות הנובעת מ"נעילת" הכלל מפני שינוי על ידי הדורות הבאים.¹⁵⁴ במילים אחרות, שריון "סימטרי" מחייב את הכנסת "להפנים" את העלויות שעלולות להיווצר עקב אימוץ הוראת שריון פורמלי בחוק יסוד, וכך מוודא שהשריון יהיה "יעיל" מבחינה חברתית.

לסיכום עד כה: לפי התזה המוצעת כאן, לנוכח מאפייניה הייחודיים של הסמכות המכוננת בגרסתה הישראלית, סמכותה של הכנסת להצמיד הוראת שריון פורמלי לנורמה חוקתית אינה בלתי מוגבלת. בחינת גבולותיה של סמכות השריון הפורמלי בראי המבחנים שנקבעו בעניין שפיר לזיהוי נורמה כחוקתית מעלה כי שריון פורמלי של חוק

147 ברק, לעיל ה"ש 34, בעמ' 276–289.

148 אך לא תמיד. ראו הבהרה א בתת-פרק הבא.

149 McGinnis & Rappaport, לעיל ה"ש 6, בעמ' 418.

150 עלויות אלו מכוננות גם "עלויות טעות" (error costs). ראו Dishon, לעיל ה"ש 52, בעמ' 393.

151 McGinnis & Rappaport, לעיל ה"ש 6, בעמ' 426.

152 שם, בעמ' 420.

153 שם, בעמ' 425.

154 שם, בעמ' 427–445.

יסוד עלול להוות שימוש לרעה בסמכות המכוננת במקרים שבהם הוא "פרסונלי" ברמה המוסדית. מבחן השריון ה"סימטרי" מציע סיווג טכני של הוראת השריון הפורמלי כ"כללית" או כ"פרסונלית" באמצעות זיהוי יתרון אובייקטיבי מובהק המוענק לרוב נוכחי על רוב עתידי כתוצאה מכינונה. כלל זה אינו מתמקד בתוכן הנורמה ובמניע לכינונה, אלא מספק אמת מידה טכנית פשוטה להפעלה, שמצריכה שיקול דעת מצומצם, ומכאן שהוא מתאים ליישום במסגרת דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת". כלל השריון ה"סימטרי" מיושם בעשורים האחרונים בפועל על ידי הכנסת בבואה לשריין חוקי יסוד, ונתפס בייעוץ המשפטי לכנסת ככלל שראוי לעמוד בו. כלל זה מבטיח שתנאי להסגת כוחו של הרוב מפני הנורמה החוקתית יהיה אימוצה של הנורמה החוקתית באופן מכביד, המבטיח תמיכה חזקה בהוראת השריון, בעוצמה שווה לזו שבה הוראת השריון פוגעת בעיקרון הדמוקרטי של הכרעת הרוב.

3. הבהרות

לשלמות התמונה נחוצות שלוש הבהרות עיקריות:

א. מבחן הצידוק – לפי הגישה המוצעת כאן, ובהתאם למבחן הדו-שלבי של הנשיאה חיות בעניין **שפיר**, מבחן השריון ה"סימטרי" אינו סוף פסוק. עשויים להיות מקרים שבהם שריון פורמלי התקבל בדרך א-סימטרית ואף על פי כן יהיה מוצדק להכיר בו כנורמה חוקתית מחייבת. לפי המבחן הדו-שלבי, המכונן יוכל להציג צידוק לשריונה הפורמלי של נורמה חוקתית באופן א-סימטרי (קרי, ברוב נמוך מזה הנדרש לשם שינויה), וכך להגן עליה מפני בטלות חרף אי-עמידתה במבחן ה"זיהוי". במסגרת שלב ה"צידוק" יש להצביע על קיומו של "טעם מבורר" לעיגון השריון הפורמלי, חרף סיווגו של שריון כאמור כנורמה "פרסונלית" לכאורה שאינה מתאימה לספֶרה החוקתית.¹⁵⁵

הדוגמה המובהקת בהיסטוריה החוקתית המקומית לשריון מוצדק חרף כינונו באופן א-סימטרי היא סעיף 9א(א) לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי "הכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת ואם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן". סעיף זה עבר בכנסת כתיקון עקיף במסגרת חוק-יסוד: הממשלה שכוון בשנת 1992, והוא שוריין באופן חריג ברוב של שמונים חברי כנסת בסעיף 45א לחוק-יסוד: הכנסת, שהוסף גם הוא באותו תיקון עקיף. בעד חוק-יסוד: הממשלה (1992) הצביעו רק חמישים ושניים חברי כנסת בקריאה השנייה ורק חמישים וחמישה חברי כנסת בקריאה השלישית.¹⁵⁶ אולם במקרה של שריון סעיף 9א(א) לחוק-יסוד: הכנסת קיימת הצדקה מובהקת לכינון השריון הפורמלי חרף העובדה שהוא לא התקבל באופן סימטרי. סעיף 9א(א) אינו מעניק יתרון כלשהו לרוב הנוכחי על זה שיבוא אחריו, שכן קיים סיכוי לא מבוטל

155 השוו עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 43–44 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

156 ראו בטבלה I בתת-פרק הקודם.

שסעיף זה דווקא יפגע בו. למעשה, אילו הוחל סעיף זה באופן מיידי, קרי על הכנסת השלוש-עשרה שכוונה אותו,¹⁵⁷ אף היה בו כדי להצר בוודאות את כוחו של הרוב הנוכחי, שכן הוא היה מקשה עליו את ה"אפשרות" שהייתה לו כביכול להאריך את תקופת כהונתה של הכנסת הנוכחית וכך להחזיק בשלטון זמן רב יותר. באשר לעתיד (הכנסת הארבע-עשרה ואילך), הרוב שאישר את סעיף 9א(א) לחוק-יסוד: הכנסת לא היה יכול להעריך בעת אישורו אם הסעיף ישרת את האינטרסים שלו יותר מאשר יפגע בהם. הרוב שאישר את סעיף 9א(א) לחוק-יסוד: הכנסת פעל אפוא מאחורי "מסך בערות". סעיף זה משקף עמדה ערכית מובהקת של הרוב באותה עת, שלפיה מוצדק להקשות על הכנסת את ההחלטה על הארכת כהונתה, על מנת להתמודד עם "בעיית הנציג" שעלולה להתגלע בין חברי הכנסת לבין האזרחים שבחרו בהם במקרים שבהם הכנסת מחוקקת "לעצמה".¹⁵⁸ קשה לחלוק על כך שמדובר בשריון מבורך, למרות – ואולי אף בזכות – חוזקו החריג. בפסיקה אף נשמעה האמירה כי גם אם תנסה הכנסת להאריך את כהונתה באמצעות תיקון סעיף 8 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי "תקופת כהונתה של הכנסת תהיה ארבע שנים מיום היבחרה", ואף אם התיקון האמור יהיה תיקון קבע, הוראה זו תהיה חסרת תוקף.¹⁵⁹ במילים אחרות, סעיף 9א(א) לחוק-יסוד: הכנסת אינו אלא עיגון פורמלי של מעין שריון נצחי לפי הפסיקה, החל על הגבלת משך כהונת הכנסת לארבע שנים, ואי-אפשר לשנותו למפרע. שריון פורמלי המעגן עקרון יסוד אשר ברור כי אינו מעניק יתרון כלשהו לרוב הנוכחי, ואשר משוריינו בפועל ממילא באמצעות הפסיקה, מהווה צידוק שיש בו כדי לאזן את זיהויו הלכתחילי כנורמה "פרסונלית" לכאורה.

דוגמה נוספת: נניח שהכנסת תחליט לכונן את חוק-יסוד: החקיקה המיוחדת, ותקבע בו כי מיום תחילתו של חוק יסוד זה יהיה כינונו של כל חוק יסוד חדש טעון אישור ברוב מיוחס כלשהו. נניח עוד שהכנסת תשריין את חוק-יסוד: החקיקה האמור כך שלצורך שינויו יידרש אותו רוב מיוחס שנקבע בו לעניין כינונו של חוק יסוד חדש. ספק אם במקרה כזה יש לעמוד בדיוקנות על דרישת שריון "סימטרי". נראה כי עשוי לקום "צידוק" חזק במיוחד לשריון מסוג זה, שכן הרוב הנוכחי אינו יכול לצפות אם הצבת רף נוקשה לצורך כינון חוק יסוד תשרת אותו בטווח הארוך או להפך: סביר שיהיו בעתיד הצעות לחקיקת יסוד שהרוב הנוכחי יתנגד לקידומן, ואז דרישת הרוב

157 ס' 9א(א) לחוק-יסוד: הכנסת נכנס לתוקף החל בכהונת הכנסת הארבע-עשרה בשנת 1996 (ראו ס' 63 לחוק-יסוד: הממשלה (1992)).

158 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 56. בהקשר זה ראו גם את דברי היועץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט, עו"ד בליי, בדיונים שהתקיימו בעניין תיקון ס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה בעניין ממשלת החילופים: [סעיף 9א הוא] סעיף שמונע איזושהי הנצחת ממשלה. זה סעיף הגנת דמוקרטיה hard core, זה סעיף אנטי דיקטטורה, שכנסת תגיד: לא ארבע שנים, אני רוצה עכשיו 40 שנה" (פרוטוקול ישיבה 7 של הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – ממשלת חילופים) (280/23/פ), הכנסת ה-23, 13 (6.5.2020)).

159 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 5, בפס' 99 לפסק הדין של השופט חשין; עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 2, בפס' 15 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

המיוחס תהיה לו לעזר; אולם סביר שיהיו בעתיד גם הצעות לחקיקת יסוד שהרוב הנוכחי יהיה מעוניין בקידומן, ואז דרישת הרוב המיוחס תהיה לו לרועץ. מכאן שאי אפשר לאתר יתרון אובייקטיבי לרוב הנוכחי בקביעת הוראת שריון מסוג זה. הרוב שיאשר שריון חוקי כזה יפעל מאחורי "מסך בערות", ובהתאם לכך החלטתו תשקף עמדה ערכית מושכלת שלפיה ראוי שחוק יסוד יתקבל בהסכמה רחבה, ולא כהכרעה פוליטית צרה. במקרה כזה יהיה מוצדק להימנע מהתערבות שיפוטית בנוגע לסעיף השריון הפורמלי.¹⁶⁰

ב. ביקורת שיפוטית מכוח עילות אחרות – שריון "סימטרי" של הוראה חוקתית אין בו כשלעצמו כדי לחסן את הנורמה המשוריינת מביקורת שיפוטית מטעמים שאינם נובעים במישרין מהוראת השריון. כך, למשל, אם הנורמה החוקתית המשוריינת (או השריון שהוצמד לה) עוגנה בדרך של הוראת שעה, אין מניעה לבחון את עמידתה במבחן ה"זיהוי" עקב כינונה כנורמה זמנית דווקא. נוסף על כך, אין מניעה להחיל על הוראת שריון פורמלי ביקורת שיפוטית במקרה שבו תוכן ההוראה שאליה היא הוצמדה סותר את עקרונות היסוד של השיטה בהתאם להלכות בית המשפט העליון בעניין זה. כך, למשל, חוק יסוד משוריינן הקובע כי מדינת ישראל אינה מדינה יהודית או אינה מדינה דמוקרטית יהיה חשוף לביקורת שיפוטית, בין אם הוא שוריינן באופן סימטרי ובין אם לאו. ביקורת שיפוטית מסוג זה – אשר טרם הופעלה במשפט הישראלי – תתמקד בתוכן הנורמה החוקתית ובהתאמתה לעקרונות היסוד של השיטה.¹⁶¹ ככל שתוחל ביקורת שיפוטית מסוג זה, לא מן הנמנע שבית המשפט יידרש במסגרתה גם לרכיב השריון הפורמלי שהוצמד לנורמה החוקתית, על מנת לאמוד את מידת הפגיעה הגלומה בה, אולם רכיב זה לא ייבחן באופן עצמאי במישרין. שריון באופן סימטרי "מחסן" מפני ביקורת שיפוטית רק את עצם ההחלטה להצמיד הוראת שריון פורמלי לנורמה חוקתית חלף כינונה ללא הוראת שריון; אין הוא מונע, כאמור, הפעלת ביקורת שיפוטית לגבי מאפיינים אחרים כנורמה המשוריינת – לרבות תוכנה – מטעמים אחרים, שאינם נובעים במישרין מהוראת השריון.

טלו, למשל, את הוראת השריון הפורמלי בתיקון מס' 8 לחוק יסוד: הממשלה בעניין ממשלת החילופים, אשר רובו כונן כהוראת שעה לתקופת כהונתה של הכנסת

160 שונים יהיו פני הדברים אם חוק יסוד: החקיקה העתידי יחיל שריון פורמלי גם על חוקי יסוד שנכנסו לתוקף לפני תחילתו, כולם או חלקם. במצב כזה יהיה ברור שהרוב שאימץ את חוק יסוד: החקיקה לא פעל מאחורי "מסך בערות", שכן הוא ידע אילו הוראות הוא משריין, והיה יכול לעצב את כלל ההכרעה לגביהן לפי מידת האהדה שהוא רוחש להן. בעבר עלתה הצעה לקבוע הוראת מעבר שלפיה בתקופת מעבר מסוימת יהיה אפשר לאמץ, לבטל ולשנות חוקי יסוד ברוב רגיל, ולאחר תקופת המעבר יידרש רוב מיוחס לצורך שינויים, בדומה לשינויים בחוקי יסוד חדשים. אלא שבמצב כזה מוקנה יתרון מובהק לרוב הנוכחי על רוב עתידי, ועולה חשש שכלל ההכרעה לא עוצב מאחורי "מסך בערות". מכאן שאישור הסדר כזה באופן א-סימטרי עלול לא לצלוח את מבחן ה"צידוק". ראו בהקשר זה ווייל "הנשאל את פי העם?", לעיל ה"ש 39, בעמ' 466.

161 עניין חסון, לעיל ה"ש 45, בפס' 15 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

העשרים ושלוש בלבד. אם תיקון זה מעורר קושי, אין זאת אלא משום שהוא נקבע כהוראת שעה.¹⁶² במישור השריון הפורמלי תיקון זה אינו מעורר קושי מיוחד. בפועל המשמעות של השריון הפורמלי, אשר אומץ באופן סימטרי, היא שחברי הכנסת כובלים את עצמם – ואת עצמם בלבד (או לכל היותר את חליפיהם מאותה סיעה במהלך כהונתה של אותה כנסת, ככל שיוחלפו) – להוראה החוקתית ששוריינה. אין מדובר אלא ב"בטוחה" שחברי הקואליציה העניקו זה לזה, שנועדה לעגן את הבטחתם לעמוד בהוראה החוקתית המשוריינת, כפי שמצאה ביטוי בהסכמים הקואליציוניים.¹⁶³ היא לא תחייב חברי כנסת אחרת זולת הכנסת העשרים ושלוש, אשר כוננה אותה. לפיכך אין היא טומנת בחובה הסגת כוחו של רוב עתידי מפני רצונו של רוב נוכחי, ואין היא מצריכה התערבות שיפוטית. גם במצב ההיפותטי שבו הוראת השריון הפורמלי הייתה מעוגנת כהוראת קבע לא היה קושי באימוצה ככל שהיא אומצה באופן סימטרי. אם שבעים חברי כנסת סברו כי יש חשיבות בהגנה על האפשרות להקים ממשלת חילופים מפני ביטולה על ידי רוב עתידי – למשל, על מנת לחזק את יציבותם של "כללי המשחק" מעתה והלאה – ושריינו את תיקון מס' 8 כך שלתיקונו יידרש רוב מיוחס של שבעים חברי כנסת, אזי כוח ההצבעה של חברי הכנסת בעתיד לא הוסג מפני כוח ההצבעה של חברי הכנסת בהווה. אי-אפשר לאתר גם יתרון אובייקטיבי אחר המוקנה לרוב הנוכחי באמצעות שריון זה, בשים לב לכך שעניינו בהוראות מבניות המסדירות את האפשרות להקים ממשלת חילופים, ולא בהכרעות ערכיות באשר לעקרונות היסוד של המדינה. אין מדובר אפוא בשימוש לרעה בסמכות השריון הפורמלי.

ג. **האם נדרש שריון "סימטרי" בכל הקריאות?** כידוע, חוק יסוד, כמו כל חוק, טעון אישור בשלוש קריאות במליאת הכנסת. כאשר מדובר בהצעת חוק פרטית, היא טעונה אישור גם בקריאה טרומית. מכאן מתעוררות שאלות באשר לרוחב תחולתו של כלל השריון ה"סימטרי" המוצע: האם מספיקה הצבעה "סימטרית" רק בחלק מהקריאות – למשל, רק בקריאה השלישית – על מנת שהשריון ייחשב "סימטרי"? ואם התשובה שלילית, האם דרישת השריון ה"סימטרי" חלה גם על הקריאה הטרומית, במקרה שבו מדובר בהצעה פרטית? הרציונל העומד בבסיסה של תפיסת השריון ה"סימטרי" הוא שעל הרוב הנוכחי לעמוד באותו רף שבכוונתו להציב בפני רוב עתידי, וכך לשמר כוח הצבעה שווה לכל אחד מהם. על רקע זה נראה כי על הוראת שריון פורמלי להתקבל בכנסת באותו אופן שבו היא דורשת מרוב עתידי

162 הוראות השעה מצויות בס' 5, 6 ו-7 (ב) לתיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה.

163 ראו ס' 8 ל"הסכם קואליציוני לכינון ממשלת חירום ואחדות לאומית בין סיעת הליכוד בכנסת ה-23 לבין סיעת כחול לבן בכנסת ה-23" (20.4.2020): "הצדדים ייתנו זה לזה בטחונות נוספים לקיום מלא של הסכם זה, ובפרט לעניין הסדר הרוטציה בתפקידי ראש הממשלה ומ"מ ראש הממשלה וכהונת מר בנימין נתניהו ומר בני גנץ בתפקידים האמורים בהסכם זה". בהקשר זה ראו גם עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 2, בפס' 18 לפסק הדין של השופט הנדל.

לפעול על מנת לשנותה:¹⁶⁴ במקרים שבהם מדובר בשריון שיחייב רוב מיוחס בקריאות הראשונה, השנייה והשלישית (דוגמת השריון הקיים בחוק-יסוד: הכנסת¹⁶⁵ ובחוק-יסוד: הממשלה¹⁶⁶) – יש להחיל את כלל השריון ה"סימטרי" על שלוש הקריאות הללו; ואילו במקרים שבהם חוק היסוד שותק בעניין זה, ומסתפק בקביעת שריון פורמלי מבלי לבאר על אילו קריאות הוא חל¹⁶⁷ – יש להחיל את הכלל שיחול בסופו של דבר על תיקון ההוראה. כך, אם הפרשנות תהיה שדרישת שריון פורמלי "שותקת" משמעה שיש לעמוד ברוב המיוחס בכל הקריאות שבהן התיקון נדון, לרבות בקריאה הטרומית ככל שתתקיים, אזי גם דרישת השריון ה"סימטרי" צריכה לחול על כל הקריאות שבהן הכנסת מבקשת לאמץ את השריון, לרבות בקריאה הטרומית, ולהפך.¹⁶⁸

4. דרכים חלופיות להגדרת גבולותיה של סמכות השריון הפורמלי

בספרות הוצעו שתי אמות מידה עיקריות אחרות לבחינת גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע שריון פורמלי, שאינן עוסקות במידת התמיכה שבה זכתה הוראת השריון בכנסת. האחת עניינה חוזק השריון. אמת מידה זו מבוססת על ההנחה שככל שהשריון "חזק" יותר (קרי, דורש מספר רב יותר של תומכים על מנת לתקן את ההוראה שאליה הוא הוצמד) כן עולה החשד שהוא כונן תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת.¹⁶⁹ אלא שהקושי האפשרי הכרוך בשריון פורמלי אינו נובע בהכרח מחוזק השריון. טלו, לדוגמה, חוק יסוד ובו סעיף אחד בלבד הקובע כי "מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית". האם שריונו הפורמלי, אפילו ברוב של תשעים או מאה חברי כנסת, יעיד על שימוש לרעה בסמכות המכוננת יותר מאשר שריון חוק יסוד ובו סעיף אחד בלבד

164 בתקנון הכנסת קיימת הוראה המבהירה כי כאשר הכנסת מתקנת חוק יסוד משוריין בשריון פורמלי, אין צורך לעמוד בדרישת הרוב המיוחס בהצבעה על דחיית הסתייגויות בקריאה השנייה (ס' 90(ח) לתקנון הכנסת). בפסיקה הובהר כי גם הצעה לסדר להפסיק דיון בהצעת חוק וכן הצעה להחליט רציפות על הצעת חוק אינן טעונות הצבעה ברוב מיוחס. ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 118–119, ה"ש 230.

165 ס' 46 לחוק-יסוד: הכנסת.

166 ס' 44(א) לחוק-יסוד: הממשלה.

167 ראו, למשל, ס' 5 לחוק-יסוד: משאל עם וס' 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

168 לפי עניין לאוריר, לעיל ה"ש 49, כאשר נקבע בחוק היסוד כי עמידה ברוב המיוחס דרושה "בכל שלב משלבי החקיקה", המשמעות היא שיש לעמוד בה גם בקריאה הטרומית. אולם טרם נקבע מה הדין במקרה שבו חוק היסוד "שותק" בעניין זה לחלוטין. לפירוט ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 118–119.

169 ניתן לטעון כי זו הייתה גישתו של הנשיא (בדימ') שמגר בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 5, בפס' 35, שגרס כי "יש השקפה שלפיה כבילה מהותית רחבה של הכנסת עלולה לפגוע בעקרון שלטון הרוב במידה בלתי ראויה". ראו גם וייל "הנשאל את פי העם?", לעיל ה"ש 39, בעמ' 465. גישה זו עולה במובן מסוים גם מעמדת השופט חשין בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 5, בפס' 72, שלפיה ניתן לשריין הוראה – בין בחוק יסוד ובין בחוק רגיל – ברוב שלא יעלה על שישים ואחד חברי כנסת.

הקובע כי מדינת ישראל היא יהודית בלבד – או דמוקרטית בלבד – ברוב של שבעים חברי כנסת? השריון הפורמלי הראשון אינו אלא עיגון של "פסקת נצחיות שיפוטית" לעניין אופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית.¹⁷⁰ אופי המדינה כיהודית ודמוקרטית משקף את האמור במגילת העצמאות, ונחשב "אבן הראשה" שהחברה הישראלית מבוססת עליה.¹⁷¹ שריון אופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית כך שיידרש רוב של תשעים או אף מאה חברי כנסת על מנת לשנותם אומנם מציב רף גבוה עד בלתי אפשרי לצורך סטייה מעקרונות אלו, אך אינו מעלה חשש לשימוש לרעה. למעשה, שריון פורמלי של היות ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית מהווה דוגמה מובהקת של "שימוש לטובה" בסמכות המכוננת – הגנה על עקרונות היסוד של החברה מפני רצונו של רוב ארעי. לעומת זאת, שריון "חלש" יותר המוצמד להוראה בחוק יסוד הקובעת כי ישראל היא מדינה יהודית בלבד (או לחלופין להוראה הקובעת כי ישראל היא מדינה דמוקרטית בלבד) טומן בחובו חשש ממשי לשימוש לרעה בסמכות השריון, הגם שהרף הדרוש לצורך סטייה ממנו נמוך יותר. שריון זה מקשה על רוב עתידי את האפשרות לסטות מההוראה החוקתית שאליה הוא הוצמד, הגם שהיא אינה מייצגת את עמדת העם באשר לעקרונות היסוד של החברה. במילים אחרות, אין סיבה להניח שככל שהשריון "חזק" יותר כן החשש משימוש לרעה בסמכות המכוננת גדל. קבלת הנחה זו משמעה העברת מסר לכנסת שלפיו עליה להימנע משריון פורמלי ברוב מיוחס גבוה, והותרת החוקה הישראלית חוקה גמישה, החשופה לרצונותיו של רוב רגעי. חוזק השריון אינו מעורר קושי בפני עצמו. הוא אינו רלוונטי לסיווג הנורמה כחוקתית ולעמידתה במבחן ה"זיהוי". אם בכלל, הוא עשוי להיות רלוונטי לצורך מבחן ה"צידוק", במקרה שבו הוראת השריון לא עמדה במבחן ה"זיהוי", על מנת לאמוד את הפגיעה הנוצרת עקב אימוצה באופן א-סימטרי אל מול הצידוק שהוצג לכינונה באופן זה. אכן, בעניין **שפיר** נקבע כי מידת הפגיעה בעקרונות משטריים על ידי הנורמה החוקתית העומדת לביקורת שיפוטית אינה "אמת מידה עצמאית" המופעלת כחלק ממבחן ה"זיהוי", אלא רלוונטית אך לשאלה אם ניתן "להצדיק את עיגונה של הנורמה במערך החוקתי" במקרה שבו היא לא עמדה במבחן ה"זיהוי".¹⁷² חוזק השריון משקף את מידת הפגיעה הנגרמת לעיקרון המשטרי בדבר הכרעת הרוב עקב כינונו באופן א-סימטרי, ולפיכך עליו להיבחן רק בשלב ה"צידוק".

170 ראו עניין **חסון**, לעיל ה"ש 45, בפס' 23 לפסק הדין של הנשיאה חיות: "...זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה ניתנת לערעור". לסקירה על אודות פסקות נצחיות שיפוטיות בישראל ראו שרון וינטל "פסקאות נצחיות" **בחוקה: הסטנדרט הנורמטיבי המחמיר בכינון סדר חוקתי חדש** 37 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים 2005). השאלה אם מכוח "פסקות נצחיות שיפוטיות" בג"ץ מוסמך לבטל חוק יסוד נותרה עד כה בפסיקה ב"צריך עיון". עם זאת, ניכרת בפסיקה מגמה להכיר בסמכותו של בית המשפט לבטל חוק יסוד אשר שולל את "עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית". ראו עניין **חסון**, שם, בפס' 16 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

171 בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 1, 63 (2012).

172 עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 43 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

נוסף על כך, אף אם נניח שחוק השריון הוא שיקול מכריע, הוא ממילא משוקלל בתוך מבחן השריון ה"סימטרי", שכן ככל שהשריון המוצע גבוה יותר כן מוטל על הכנסת לגייס רוב גבוה יותר על מנת לאמצו. מבחן השריון ה"סימטרי" מכריח את הכנסת להפנים את העלויות הנובעות מהשינוי שהיא מעוניינת לערוך לכלל ההכרעה, וכך מוודא שקיים מתאם בין עוצמת השריון לבין הקושי הכרוך באימוצו. כפי שתואר לעיל, מטעם זה שורייך לבסוף חוק היסוד בעניין ממשלת החילופים ברוב של שבעים חברי כנסת חלף שבעים וחמישה.¹⁷³ דרישת שריון "סימטרי" מרתיעה אם כן את הרשות המכוננת מפני דרישת רוב מיוחס גבוה מדי במקרה שבו אין מדובר בנורמה שזוכה בתמיכה רחבה. לעומת זאת, שריון פורמלי של חוק יסוד ברוב של שישים ואחד חברי כנסת יהיה משימה פשוטה באופן יחסי עבור הרוב בכנסת, שכן לצורך אישורו תידרש תמיכתם של שישים ואחד חברי כנסת בלבד. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם הגישה שלפיה יש להתייחס בסלחנות יחסית לשריון ברוב של שישים ואחד חברי כנסת, שכן אין מדובר בשריון הכובל את רצון הרוב ה"אמיתי" בכנסת.¹⁷⁴

מן האמור לעיל נובע שמבחן השריון ה"סימטרי" עדיף על מבחן עוצמת השריון. זאת, הן משום שהוא מאפשר סיווג מדויק יותר של הנורמה וזיהויה כנורמה חוקתית, והן משום שממילא הוא מטיל מגבלות על כוח השריון בהתאם לעוצמתו.

אמת המידה האחרת שהוצעה בספרות להגדרת גבולותיה של סמכות השריון הפורמלי של חוקי יסוד עניינה בבחינת תכלית קביעתה של הוראת השריון. לפי מבחן זה, אשר בו תומך ברק מדינה,¹⁷⁵ הכנסת מוסמכת לכונן הוראת שריון פורמלי רק אם תכליתה של ההוראה היא לקבוע את האופן שבו תוכרע סוגיה מסוימת, מבלי שיש בה כדי לעגן הכרעה חברתית נתונה. מדינה מבחין בין שריון פורמלי המבטא "קביעה של כלל הכרעה על-רובי" לבין שריון פורמלי המבטא "עיון של הכרעה חברתית נתונה". ככלל, לשיטתו, שריון מהסוג הראשון נמצא בתחום סמכותה של הכנסת, ואילו שריון מהסוג השני – לא. ככל שהיקף ההכרעות שהוראת השריון מוחלת עליהן רחב יותר, מבחינה כמותית ואיכותית, כן תתחזק הנטייה לאפיין את הוראת השריון כ"כלל הכרעה על-רובי". לפי מדינה, אם תכליתה של הוראת השריון היא לעגן "הכרעה חברתית נתונה", קמה חזקה נגד תקפותה של הוראת השריון. עם זאת, הכנסת תוכל להצביע על הצדקה מהותית לקביעת הוראת השריון הפורמלי, וכך לסתור את החזקה האמורה. מדינה מבסס את עמדתו זו על "המוסכמה הציבורית" בדבר גבולותיה של סמכות השריון של הכנסת.

מבחן זה מעורר קושי משום שהוא יוצר בפועל מבחן מהותי לסיווג הוראת שריון פורמלי כהוראה חוקתית. כך, למשל, לפי מדינה, שריון ההגנה על זכויות דוגמת חופש הביטוי והזכות לפרטיות מבטא קביעה של "כלל הכרעה" ולכן הוא לגיטימי, ואילו שריון ההגנה על זכות הקניין עלול לעגן "הכרעה חברתית" מסוימת ולכן הוא

173 ראו לעיל ה"ש 137–138 והטקסט שלידן.

174 זו למעשה גישתו של השופט חשין – ראו לעיל ה"ש 28.

175 מדינה, לעיל ה"ש 28.

"בעייתית".¹⁷⁶ כלומר, לא השריון הפורמלי עומד לבחינה, לפי מדינה, אלא ההוראה שאליה הוא הוצמד. כפי שמדינה מציין, יישום מבחן זה מצריך בחינה של תוכן ההוראה החוקתית ששוריינה, ואף של המניע לכינונה.¹⁷⁷ כאמור לעיל, שיקולים אלו חורגים מגדרי הדוקטרינה של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת",¹⁷⁸ ולכן אינם מתאימים לצורך יישומה על הוראות שריון פורמלי בחוקי יסוד.¹⁷⁹

נוסף על כך, במובן מסוים מבחן השריון ה"סימטרי" משקלל בתוכו גם את ההבחנה שהציע מדינה בין קביעת "כלל הכרעה על-רובי" לבין עיגון "הכרעה חברתית נתונה". שריון "סימטרי" משמעו הרחבת תחולתה של הוראת השריון והפיכתה ל"כלל הכרעה על-רובי". כך, למשל, עיגון דרישת רוב מיוחס לצורך סטייה מהוראה המחילה את משפטה של המדינה על שטח מסוים סווג על ידי מדינה כביטוי מובהק לניסיון לשמר הסדר חברתי מסוים.¹⁸⁰ אך אילו עוגנה דרישה זו בדרך סימטרית, קרי באמצעות תמיכה ברוב המיוחס שנקבע בה, אזי היא הייתה חלה בפועל על מנעד רחב יותר של הכרעות, שכן תחולתה הייתה משתרעת על כל החלטה לשינוי גבולות המדינה – הן על החלת המשפט הישראלי על שטח מסוים והן על ביטול החלה כאמור. מכאן ששריון "סימטרי" משמעו קביעת "כלל הכרעה על-רובי" באשר לאופן שבו ניתן לשנות את גבולות המדינה, ולא עיגון "הכרעה חברתית נתונה" באשר לגבולות המדינה כפי שהם בזמן נתון.

מבחן השריון ה"סימטרי" עדיף על מבחן התכלית, וזאת הן משום שהוא מבחן טכני היוצר ודאות, אשר כרוכה בו מידה מצומצמת בלבד של שיקול דעת, ולפיכך הוא מתאים ליישום לפי דוקטרינה ה"שימוש לרעה", והן משום שהוא ממילא משקלל בתוכו במידה מסוימת את ההבחנה בין קביעת "כלל הכרעה על-רובי" לבין עיגון "הכרעה חברתית נתונה".

סיכום

דוקטרינה ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת" מניחה תשתית משפטית שעל בסיסה ניתן לשרטט לראשונה את גבולותיה של סמכות הכנסת לשריין חוק יסוד בשריון פורמלי מבלי להידרש לתוכן ההוראה שאליה הוצמד השריון. הנחת היסוד של מאמר זה היא

176 שם, בעמ' 541–543.

177 שם, בעמ' 537.

178 ראו לעיל ה"ש 116–118 והטקסט שלידן.

179 קיימת גם גישה שלפיה יש להתחשב הן בחוזק השריון הפורמלי והן בתכליתו. לפי סוזי נבות, יש לשקול, בין היתר, את גובה השריון, את הרוב שהצביע בעדו, את תכלית עיגונו, את הליך חקיקתו, את מהות ההסדר שמשריינים ואת הנסיבות הכלליות סביב השריון. ראו נבות "נוקשות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 232.

180 מדינה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 542.

שהכנסת רשאית להצמיד הוראת שריון פורמלי לחוק יסוד, ומכאן ששריון פורמלי של הוראות חוקתיות, כשלעצמו, אין בו כדי להקים חשד ל"שימוש לרעה". בהתחשב בכך הוצע כי יש לסווג את השריון כחוקתי בהתאם ליחס בין הרוב שהצביע בעדו לבין הרוב המיוחס הנדרש לשינויו – מבחן השריון ה"סימטרי". במקרה של שריון "סימטרי" לא קם יתרון אובייקטיבי מובהק לרוב ששריין את ההוראה על רוב עתידי שירצה לשנותה, ולכן אי-אפשר לראות בה הוראה "פרסונלית", מעבר ל"פרסונליות" הכרוכה בכל שריון פורמלי מעצם טבעו. אם ההוראה אומצה באופן "א-סימטרי", יעבור הנטל אל המכונן להציג "צידוק" לחוקתיותה חרף ה"פרסונליות" הכרוכה בה.

מבחן השריון ה"סימטרי" אינו מבחן מושלם. ייתכנו מקרים שבהם תשורר הסכמה בקרב רוב מיוחס של חברי כנסת לשריין חוק יסוד לא מאחורי "מסך בערות", אלא על מנת לעגן הכרעה חברתית נתונה. למשל, באופן תאורטי ייתכן מצב שבו הרוב היהודי בכנסת יכונן חוק יסוד שפוגע בזכויות המיעוט הלא-יהודי, וידרוש רוב מיוחס לצורך שינויו בגובה מספר חברי הכנסת היהודים שתמכו בחוק היסוד. לפי מבחן השריון ה"סימטרי", שריון כזה יהיה תקף. זאת, אף שהוא נועד להיטיב עם הרוב היהודי, ולא לגבש כללי משחק הוגנים שעוצבו מאחורי "מסך בערות". אלא שהדרך היחידה למנוע באופן "הרמטי" הוראות שריון פורמלי מסוג זה היא באמצעות בחינת תוכנה של ההוראה החוקתית שאליה הוצמדה ההוראה. כיום, לפי הלכות בית המשפט העליון, אין בסיס משפטי לביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי יסוד אלא במקרים חריגים. בנסיבות אלו מבחן השריון ה"סימטרי" מציע את אמת המידה המדויקת ביותר לסיווג הוראת שריון פורמלי כחוקתית. הגבלתה של סמכות השריון הפורמלי על בסיס תוכן ההוראה צריכה להיעשות במסגרת פיתוח הדוקטרינה של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" באופן כללי, ולא באופן ספציפי לגבי הוראות שריון פורמלי דווקא. הרי אותה הוראה פוגענית הייתה יכולה להיות מאומצת בלי שריון פורמלי, וגם אז היה קשה לשנותה, שכן המגזר היהודי זוכה ברוב משמעותי בכנסת.

מלבד הגבולות שמבחן השריון ה"סימטרי" מציב בפני הרשות המכוננת בבואה לשריין חוק יסוד בשריון פורמלי, גלום במבחן זה מסר חשוב נוסף – שריון פורמלי של חוק יסוד אינו רעה חולה שיש למעט בשימוש בה. אם מדובר בנורמה שזוכה בקונסנזוס רחב, ויש חשש מפני שינויה על ידי רוב רגעי עתידי, סלולה לפני הכנסת הדרך להצמיד לה הוראת שריון פורמלי. אם כיום שוררת עמימות באשר לסמכות השריון הפורמלי של חוקי היסוד, אימוץ מבחן השריון ה"סימטרי" עשוי להפיגה. מכאן שבצד הצבת גבולות לכנסת מפני "שימוש לרעה" בסמכות השריון הפורמלי, מבחן השריון ה"סימטרי" מתמרץ את הכנסת לעשות "שימוש לטובה" בסמכות זו.

מוטב יהיה אם הכנסת תעשה שימוש תדיר יותר בסמכות השריון הפורמלי במקרים המתאימים, על מנת שהחוקה הישראלית תהיה גמישה פחות וחשופה פחות לגחמותיו של רוב מקרי. כך, למשל, מוטב שכללי משחק "מוסדיים" המסדירים את היחסים בין רשויות השלטון וסמכויותיהן, ואשר התקבעו בשיטת המשפט הישראלית במשך שנים רבות, ישוריינו בשריון פורמלי, וכך יהיו חשופים פחות ל"שימוש לרעה" עתידי.

לגבי הוראות מסוג זה חשובה יותר עצם יציבותם מאשר תוכן הנורמה שנקבעה בהם.¹⁸¹

לפני חתימה, אי־אפשר לא להתייחס ל"פיל שבחדר" – שאלת עצם סמכותו של בית המשפט להתערב בחקיקת יסוד של הכנסת. בתקופת כתיבתו של מאמר זה הממשלה מקדמת "רפורמה" משמעותית במערכת המשפט. נדמה שכל אזרחי המדינה נוטלים בתקופה זו חלק פעיל באופן חסר תקדים בדיון על אודות גבולות הביקורת השיפוטית על חקיקה וחקיקת יסוד של הכנסת. בתוך כך, כפי שהוצג לעיל, אחת הטענות המרכזיות הנשמעות היא שדוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת" פותחת פתח לעיצוב החוקה על ידי בית המשפט, אשר לא נבחר באופן דמוקרטי ואינו מייצג את עמדת העם, ולכן אין היא לגיטימית.¹⁸²

מנקודת מבט זו, הרעיון המוצע במאמר זה עלול רק להעמיק את הקושי הטמון בדוקטרינה, שכן אימוצו יביא לידי הרחבת תחולתה של הדוקטרינה באמצעות החלתה גם על הוראות שריון פורמלי, ולא רק על הוראות שריון מהותי.

אכן, אין לכתוד כי דוקטרינת ה"שימוש לרעה" אינה הדרך המיטבית להסדרת כללים לכינון נורמה חוקתית ולשינויה. אילו הייתה חוקה שלמה לישראל, הקובעת כיצד נורמה חוקתית מכוננת, לא היה בסיס משפטי לשימוש בדוקטרינה זו. אלא שבנסיבות הנוכחיות, בהעדר חוק־יסוד: החקיקה, נוצר חלל משפטי באשר לשאלה זו. הן אימוצה של דוקטרינת ה"שימוש לרעה" והן דחייתה משמעם מילוי החלל המשפטי בתוכן. כך, קביעה כי אין תוקף לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד מכוח הדוקטרינה משמעה הכרעה פוזיטיבית שלפיה נורמה חוקתית ניתנת לשינוי באמצעות רוב רגיל, בדיוק כמו נורמה חוקת רגילה. אלא שלא מוכרת כיום מערכת חוקתית דמוקרטית בעולם שבה נהוג רף כה נמוך לצורך אימוץ נורמה חוקתית.¹⁸³ רובן המוחלט של חוקות העולם כוללות מנגנונים נוקשים לצורך כינון נורמה חוקתית ושינויה.¹⁸⁴ ספק רב אם הכרזת העצמאות והחלטת הררי שבאה אחריה, אשר החליטו במפורש על אימוץ חוקה לישראל, התכוונו לסטות ממושכלת יסוד זו ולאמץ חוקה כה גמישה.

בהעדר כללי זיהוי בחוקה עצמה, בית המשפט הוא שאשרר מלכתחילה, בעניין **בנק המזרחי**, את תוקפם הנורמטיבי העל־חוקי של חוקי היסוד, ומכאן אך טבעי ומתבקש שבית המשפט גם ייתן סימנים באשר לאופן זיהוים. המענה לחשש שבית המשפט ייהפך לשותף פעיל בעיצוב החוקה יינתן לא באמצעות ביטול סמכותו של בית המשפט לזהות חוק יסוד, אלא באמצעות שימוש בכללים ברורים ואובייקטיביים במלאכת הזיהוי, שאינם בוחנים את תוכן הנורמה הנבחנת. מאמר זה מציע כללים כאמור לגבי שריון פורמלי של חוק יסוד.

181 Dishon, לעיל ה"ש 52, בעמ' 410–411.

182 ראו לעיל ה"ש 117–118 והטקסט שלידן.

183 עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** מד 87, 127–128 (2021).

184 שם.

על מנת לבטל כליל את סמכותו של בית המשפט לזהות חוק יסוד, על הרשות המכוננת להגדיר כללי זיהוי של חוק יסוד. בהעדר כללים ברורים אין בררה אלא לעשות שימוש בדוקטרינת ה"שימוש לרעה". דוקטרינה זו נחוצה כדי למנוע את ניצול החלל המשפטי שנוצר כפתח לאימוץ נורמות שבינן לבין חוקה אין דבר וחצי דבר.

נספח: הצבעות שבהן אושרו הוראות שריון פורמלי בחוקי יסוד

חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה) (2020)

קריאה ראשונה – ישיבה 21 של הכנסת ה-23, 193 (30.4.2020).
קריאה שנייה – ישיבה 23 של הכנסת ה-23, 680 (5.5.2020).
קריאה שלישית – ישיבה 23 של הכנסת ה-23, 685 (5.5.2020).

חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (2018)

קריאה ראשונה – ישיבה 325 של הכנסת ה-20, 254 (30.4.2018).
קריאה שנייה – ישיבה 359 של הכנסת ה-20, 1256 (17.7.2018).
קריאה שלישית – ישיבה 359 של הכנסת ה-20, 1258 (17.7.2018).

חוק-יסוד: משאל עם (2014)

קריאה ראשונה – ישיבה 60 של הכנסת ה-19, 596 (31.7.2013).
קריאה שנייה – ישיבה 127 של הכנסת ה-19, 140 (12.3.2014).
קריאה שלישית – ישיבה 127 של הכנסת ה-19, 146 (12.3.2014).

חוק-יסוד: הממשלה (2001)

קריאה ראשונה – ישיבה 265 של הכנסת ה-14, 14 (21.12.1998).
קריאה שנייה – ישיבה 183 של הכנסת ה-15, 177–179 (7.3.2001).
קריאה שלישית – ישיבה 183 של הכנסת ה-15, 183 (7.3.2001).

חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון) (2000)

קריאה ראשונה – ישיבה 139 של הכנסת ה-15, 100 (31.7.2000).
קריאה שנייה – [אין נתונים]
קריאה שלישית – ישיבה 158 של הכנסת ה-15, 7 (27.11.2000).

חוק-יסוד: חופש העיסוק (1994)

קריאה ראשונה – ישיבה 188 של הכנסת ה-13, 142 (15.2.1994).
קריאה שנייה – ישיבה 198 של הכנסת ה-13, 320 (9.3.1994).
קריאה שלישית – ישיבה 198 של הכנסת ה-13, 346 (9.3.1994).

חוק-יסוד: הממשלה (1992) [לא בתוקף]

קריאה ראשונה – ד"כ 28.5.1990, 3678.

קריאה שנייה – ד"כ 18.3.1992, 3861.

קריאה שלישית – ד"כ 18.3.1992, 3863.

חוק-יסוד: חופש העיסוק (1992) [לא בתוקף]

קריאה ראשונה – ד"כ 28.1.1992, 2610.

קריאה שנייה – ד"כ 3.3.1992, 3393.

קריאה שלישית – ד"כ 3.3.1992, 3393.

חוק-יסוד: הממשלה (1968) [לא בתוקף]

קריאה ראשונה – לא רלוונטי (הצעת חוק-יסוד: הממשלה, ה"ח התשכ"ו 160).

קריאה שנייה – ד"כ 13.8.1968, 3312.

קריאה שלישית – ד"כ 13.8.1968, 3313.

חוק-יסוד: הכנסת (1958)

קריאה ראשונה – לא רלוונטי (הצעת חוק-יסוד: הכנסת, ה"ח התשט"ז 144).

קריאה שנייה – לסעיף 4 – ד"כ 11.2.1958, 900; לסעיף 45 – ד"כ 12.2.1958, 926.

קריאה שלישית – ד"כ 12.2.1958, 928.