

הסמכות המכוננת הראשונית והגבלות המוטלות עליה

אהרן ברק*

על הסמכות המכוננת הראשונית מוטלות מגבלות. מקורן הוא בנקודת אחיזה המצויה מחוץ לחוקה. נקודת אחיזה זו היא רצון העם. בישראל מקורן של המגבלות הוא בהכרות העצמאות, המבטאת את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כאשר הכנסת חורגת מהגרעין של מגבלות אלו, בית המשפט מוסמך להעניק סעדים חוקתיים.

מבוא

פרק א: התיאוריה של הסמכות המכוננת

1. ההבחנה בין סמכות מכוננת ראשונית לבין סמכות מכוננת משנית
2. הסמכות המכוננת המשנית לתיקון החוקה

פרק ב: הסמכות המכוננת הראשונית

1. הצגת השאלה
2. פתרון המבוסס על המשפט הטבעי
3. פתרון המבוסס על המשפט הבין-לאומי
4. פתרון המבוסס על פרשנות החוקה
5. פתרונות המבוססים על נקודת אחיזה המצויה מחוץ לחוקה
 - (א) הגבלות מכוח עקרונות יסוד שהוסכמו מראש בין חבריה של הסמכות המכוננת הראשונית
 - (ב) הגבלות מכוח עקרונות הקונסטיטוציונליזם
 - (ג) הגבלות מכוח עקרון הסמכות המכוננת הראשונית
 - (ד) הגבלות המעוגנות בעקרון ריבונות העם
6. הביקורת השיפוטית על חריגה של הסמכות המכוננת הראשונית מסמכותה

* נשיא בית המשפט העליון בדימוס; בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן.

פרק ג: הסמכות המכוננת הראשונית בישראל

1. הכנסת כסמכות המכוננת הראשונית ומפעל חוקי היסוד
2. הסמכות המכוננת הראשונית של הכנסת והכרזת העצמאות
3. ההגבלות החלות על הסמכות המכוננת הראשונית של הכנסת והכרזת העצמאות
 - (א) תוכנה של הכרזת העצמאות ומעמדה המשפטי כנקודת אחיזה חיצונית להגבלת היקף סמכותה של הכנסת כסמכות מכוננת ראשונית
 - (ב) טיבן של ההגבלות הנגזרות מהכרזת העצמאות וערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית
4. ביקורת שיפוטית על חריגת הכנסת מסמכותה המכוננת הראשונית

מבוא

מטרתה של רשימה זו כפולה.¹ המטרה האחת היא לבסס את התפיסה כי הסמכות המכוננת הראשונית אינה כל-יכולה. מוטלות עליה הגבלות. הפרק הראשון של הרשימה מנתח את הסמכות המכוננת הראשונית, ועומד על ההבחנה בינה לבין הסמכות המכוננת המשנית. לאחר הצגת הבחנה זו, הפרק השני מתמקד בסמכות המכוננת הראשונית. פרק זה מבוסס על התפיסה כי הסמכות המכוננת הראשונית מוגבלת, והוא בוחן אם ניתן להצדיק הטלת הגבלות עליה בהתבסס על המשפט הטבעי, על המשפט הבין-לאומי או על פרשנותה של החוקה עצמה. ביחס לגישות אלו מסקנתנו היא כי אין לבסס עליהן את ההגבלות שיחולו על הסמכות המכוננת הראשונית. על פי השקפתנו, הצידוק להטלת הגבלות על הסמכות המכוננת הראשונית חייב להתבסס על נקודת אחיזה המצויה מחוץ לחוקה. בהקשר זה אנו בוחנים צידוקים המתבססים על הסכמות שהתקבלו מראש בטרם כוננה החוקה, על עקרונות יסוד של הקונסטיטוציונליזם ועל עקרון הסמכות המכוננת עצמה. לדעתנו, צידוקים אלו אין בהם כדי להצדיק הטלת הגבלות על הסמכות המכוננת הראשונית. להשקפתנו, הצידוק להטלת הגבלות על הסמכות המכוננת הראשונית חייב להתבסס על נקודת האחיזה החיצונית, והיא רצון העם. על רקע מסקנתנו זו אנו בוחנים את השאלה אם ניתן לבסס על מסקנה זו והצידוק לה גם את הביקורת השיפוטית על חריגתה של הסמכות המכוננת הראשונית מסמכותה. מסקנתנו היא חיובית.

המטרה האחרת של רשימתנו היא להדגים את עמדתנו האנליטית-העקרונית באמצעות הניסיון הישראלי. לדעתנו, הכרזת העצמאות היא נקודת האחיזה החיצונית לחוקה אשר יש בכוחה להצדיק הטלת הגבלות על סמכותה המכוננת הראשונית של

1 להרחבה בנושא הרשימה ראו אהרון ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק 207 (2023).

הכנסת. לפיכך בפרק השלישי אנו מנתחים את תוכנה של הכרזת העצמאות, המבטאת את חזון העם ואת ה"אני מאמין" שלו. עקרונות אלו מבטאים את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. עקרונות אלו הם הדנ"א (DNA) של רצון העם והם גם הדנ"א של הסמכות המכוננת הראשונית. הכנסת כרשות מכוננת ראשונית אינה מוסמכת לסטות מהגרעין של עקרונות אלו. כפועל יוצא מכך בית המשפט מוסמך לבחון אם הוראה חוקתית סוטה מעקרונות אלו. אם בית המשפט מגיע למסקנה חיובית, הוא מוסמך להעניק סעדים חוקתיים, ובין היתר להכריז על בטלותה של ההוראה החוקתית.

פרק א: התיאוריה של הסמכות המכוננת

1. ההבחנה בין סמכות מכוננת ראשונית לבין סמכות מכוננת משנית

התיאוריה של הסמכות המכוננת מבחינה בין שני סוגים של סמכויות מכוננות:² הסוג **האחד** הוא הסמכות המכוננת הראשונית (primary constituent power).³ סמכות זו מוענקת מהריבון – העם. זו הסמכות החוקתית העליונה. אין מעליה סמכות נוספת. סמכות זו של האספה המכוננת קובעת את תוכן החוקה ואת הדרכים לתיקונה. היא מוסמכת לקבוע אילו הסדרים קבועים בחוקה ואינם ניתנים לתיקון, כלומר, אילו הסדרים הם "נצחיים". הסמכות המכוננת הראשונית פועלת כל עוד החוקה לא נכנסה לתוקפה או לא הושלם אימוצה. עם כניסתה של החוקה לתוקפה או השלמת אימוצה, הסמכות המכוננת הראשונית "נעלמת".⁴ היא תחזור לפעול אם החוקה תבוטל וחוקה חדשה

2 ראו קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון" **משפטים** כח 341, 356 (1997); שרון וינטל **פסקאות נצחיות בחוקה: הסטנדרט הנורמטיבי המחמיר בכינון סדר חוקתי חדש** (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים 2005); Claude Klein, *A Propos Constituent Power: Some General Views in a Modern Context*, in NATIONAL CONSTITUTIONS IN THE ERA OF INTEGRATION 31 (Antero Jyränki ed., 1999); THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM: CONSTITUENT POWER AND CONSTITUTIONAL FORM (Martin Loughlin & Neil Walker eds., 2007); ILLAN RUA WALL, HUMAN RIGHTS AND CONSTITUENT POWER: WITHOUT MODEL OR WARRANT (2012); CONSTITUENT ASSEMBLIES (Jon Elster et al. eds., 2018); LUCIA RUBINELLI, CONSTITUENT POWER: A HISTORY (2020); Yaniv Roznai, *The Boundaries of Constituent Authority*, 52 CONN. L. REV. 1381 (2021).

3 על הסמכות המכוננת הראשונית ראו YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 121 (2017).

4 שם, בעמ' 110 "Once the constituent power has fulfilled its extraordinary constituting task,) it 'becomes dormant'... Thus, by establishing a constitution, the constituent power is '(digging its own grave)'... 'The sovereign himself had retired into the clouds'"

תיקבע על ידי הרשות המכוננת הראשונית שקבעה את החוקה שבוטלה או על ידי רשות מכוננת ראשונית חדשה. לעיתים יש בעניין זה הוראות בחוקה עצמה. בהעדרן של הוראות בחוקה, ייקבע הדבר על פי הוראת הגוף המוסמך לכך בשיטת המשפט. גוף זה נקבע על ידי הנורמה הבסיסית.⁵ ייתכן שזוהי האספה המכוננת הקיימת, וייתכן שזו תהיה אספה מכוננת חדשה; ייתכן שהיא תפעל על יסוד הנורמה הבסיסית הקיימת, וייתכן שיחול שינוי בנורמה הבסיסית, ושינוי זה ישתקף באספה המכוננת החדשה.

הסוג האחר של סמכות מכוננת הוא הסמכות המכוננת המשנית (secondary constituent power).⁶ סמכות זו מוסדרת על ידי הסמכות המכוננת הראשונית. זוהי סמכות נגזרת וממוסדת אשר מוקנית לה הסמכות לתקן את החוקה, בכפוף למגבלות שקבעה הסמכות המכוננת הראשונית. הסמכויות של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת הן סמכויות משניות. הן נקבעות על ידי הסמכות המכוננת הראשונית. סמכות משנית ממוסדת נגזרת נוספת היא הסמכות לתקן את החוקה. סמכות זו נקבעת לעיתים במפורש בחוקה עצמה ("פסקת תיקונים"), אשר קובעת גם מי יפעיל סמכות זו. בהעדר הוראה מפורשת בעניין הסמכות לתקן את החוקה, יש להכיר בסמכות זו במשתמע מלשון החוקה. אין להניח כי העדר הוראה בעניין תיקון החוקה הוא הסדר שלילי. קשה להלום חוקה שכל כולה נצחית.

2. הסמכות המכוננת המשנית לתיקון החוקה

הסמכות המכוננת המשנית לתיקון החוקה היא סמכות מוגבלת. היקפה נקבע על ידי הסמכות המכוננת הראשונית. הסמכות המכוננת המשנית אינה רשאית לחרוג מהסמכויות שהוגדרו לה על ידי הסמכות המכוננת הראשונית.⁷

האם בצד ההוראה המפורשת בפסקת התיקונים אפשר להכיר בהוראות המשתמעות ממנה?⁸ לפנינו בעיה פרשנית. השאלה היא אם התנאים הקבועים בפסקת התיקונים מהווים הסדר שלילי לתנאים משתמעים נוספים. אם התשובה הפרשנית היא בשלילה – דהיינו, שהסדר שנקבע אינו שולל תנאים נוספים – אזי יש לבחון מה הם תנאים משתמעים אלו לתיקונה.⁹ בשיטות משפט אחדות קבעו בתי המשפט כי הסמכות המכוננת המשנית לתקן את החוקה אינה צריכה לשמש בסיס לכינונה של חוקה חדשה.¹⁰ לדעתנו, הבסיס הנורמטיבי למסקנה זו הוא בפרשנות החוקתית התכליתית של פסקת התיקונים. ככל פרשנות תכליתית של החוקה, גם הפירוש של פסקת התיקונים

5 על הנורמה הבסיסית ראו HANS KELSEN, THE PURE THEORY OF LAW (Max Knight trans., 1967).

6 על סמכותה של הרשות המכוננת המשנית ראו ROZNAI, לעיל ה"ש 3, בעמ' 105.

7 שם, בעמ' 109.

8 ראו אהרן ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה" מבחר כתבים כרך ג: עיונים חוקתיים 203, 218 (2017).

9 ראו ROZNAI, לעיל ה"ש 3, בעמ' 110.

10 שם.

צריך להיעשות מתוך מבט רחב. ההנחה צריכה להיות כי פסקת התיקונים מאפשרת רק תיקונים השומרים על מהותה וזהותה של החוקה.

כאמור, הסמכות המכוננת המשנית היא מוגבלת.¹¹ לא כל תיקון חוקתי הוא חוקתי. מכאן התפיסה כי אין לאפשר באמצעות פסקת התיקונים תיקונים חוקתיים שאינם חוקתיים (unconstitutional constitutional amendments). במסגרת זו פותחה התפיסה כי שינויים במבנה הבסיסי של החוקה אינם חוקתיים.¹² פרשנות החוקה כמכלול מובילה למסקנה כי ההוראות בעניין שינויים בחוקה מניחות את קיומו של השלם. המובן המשתמע של הטקסט החוקתי אינו מכיר אפוא בשינויים חוקתיים הפוגעים במבנה הבסיסי של החוקה. מכאן דוקטרינת המבנה הבסיסי של החוקה (the basic structure of the constitution) שאומצה על ידי בית המשפט העליון של הודו,¹³ ואשר מקובלת גם בשיטות משפט נוספות.¹⁴ יש להדגיש בהקשר זה כי שינוי במבנה הבסיסי של החוקה מונע שינויים חוקתיים עמוקים המשנים את זהותה של החוקה ואת אופיו הדמוקרטי של המשטר. על כן נמנעים גם שינויי עומק באופי הרפובליקני של המשטר, פגיעה קשה בהפרדת הרשויות, פגיעה בשלטון החוק, פגיעה בעצמאות השפיטה ופגיעה בזכויות האדם. כל חוקה והיסודות המאפיינים את המבנה הבסיסי שלה.

האם אפשר לבטל את המובן המשתמע בדבר המבנה הבסיסי של החוקה על ידי תיקון חוקתי שיקבע במפורש כי כל תיקון חוקתי הנעשה לפי לשונה המפורשת של פסקת התיקונים הוא חוקתי? על שאלה זו השיב בית המשפט העליון בהודו בשלילה.¹⁵ כשם שהסמכות המכוננת המשנית אינה יכולה לשנות את המובן המפורש של פסקת התיקונים העולה מלשון החוקה, כך אין היא יכולה לשנות את המובן המשתמע של פסקת התיקונים העולה מלשון החוקה. גישה זו אינה שוללת את האפשרות לערוך שינוי במבנה הבסיסי של החוקה. אמת, שינוי זה לא יושג על ידי תיקונים בחוקה הקיימת באמצעות פסקת התיקונים. עם זאת, אפשר להשיגו על ידי כינונה של חוקה חדשה. סמכות מכוננת חדשה, שאינה כפופה למהותה ולזהותה של הסמכות המכוננת הראשונית, תוכל לקבוע הסדרים חוקתיים חדשים המבוססים על מבנה בסיסי שונה. דומה כי דבר זה עשוי להתאפשר רק אם הנורמה הבסיסית שעמדה ביסוד הסמכות המכוננת הראשונית התחלפה.

בהתנגשות בין נורמה חוקתית פרי יצירתה של הסמכות המכוננת הראשונית לבין נורמה חוקתית פרי יצירתה של הסמכות המכוננת המשנית לתיקון החוקה – ידה של הנורמה החוקתית פרי יצירתה של הסמכות המכוננת הראשונית על העליונה. י' רוזנאי

11 שם, בעמ' 106 (an) constituted power is the power created by the constitution and is an ordinary, limited power, which functions according to the forms and mode that the nation (grants it in positive law"

12 שם, בעמ' 105.

13 שם, בעמ' 42.

14 שם, בעמ' 47.

15 Minerva Mills Ltd. v. Union of India, AIR [1980] SC 1789

סבור כי ביחס בין הסמכות המכוננת הראשונית לבין הסמכות המכוננת המשנית חל הכלל שלפיו נורמה עליונה גוברת על נורמה תחתונה (lex superior derogat inferiori).¹⁶ לנו נראה כי הנורמה החוקתית פרי יצירתה של הסמכות המכוננת הראשונית והנורמה המתקנת פרי יצירתה של הסמכות המכוננת המשנית הן שתי נורמות חוקתיות המצויות באותה רמה חוקתית.¹⁷ עם זאת, כאשר הנורמה החוקתית המתקנת אינה מקיימת את התנאים (המפורשים או המשתמעים) לחוקתיותו של התיקון, שנקבעו על ידי הסמכות המכוננת הראשונית, היא אינה מתגבשת לכלל תיקון חוקתי תקף. הנורמה החוקתית פרי הסמכות המכוננת הראשונית גוברת על הנורמה החוקתית פרי תיקון של הסמכות המכוננת המשנית (הנגזרת) לא משום שהראשונה עליונה והשנייה תחתונה, אלא משום שהראשונה קובעת את התנאים לשכלולה של השנייה. כאשר תנאים אלו אינם מתקיימים, אין לפנינו תיקון תקף, ועל כן אין כלל התנגשות. לדעתנו, אין זה ראוי לפצל בין שתי רמות חוקתיות. מן הראוי להכיר ברמה חוקתית אחת, אשר נקבעת על ידי הסמכות המכוננת הראשונית, והתיקונים החוקתיים שנכללים בה הם פרי הסמכות המכוננת המשנית. אכן, רוזנאי מציין כי הסמכות המכוננת המשנית לתיקוני חוקה היא סמכות מיוחדת במינה (sui generis),¹⁸ ואין לזהותה עם הסמכויות הממוסדות האחרות. לכך אנו מסכימים. על כן אין זה ראוי לזהות את אי-החוקתיות של חוק הפוגע בנורמה חוקתית עם אי-החוקתיות של תיקון חוקתי שאינו מקיים את הדרישות החוקתיות. הראשון (החוק) מצוי ברמה תת-חוקתית, ואילו השני (התיקון החוקתי) מצוי ברמה חוקתית.

פרק ב: הסמכות המכוננת הראשונית

1. הצגת השאלה

כמבואר במבוא, רשימה זו מתמקדת בסמכות המכוננת הראשונית בלבד. אנו מבקשים לתת תשובה לשני סוגים של שאלות מרכזיות. הסוג הראשון כולל את השאלות: האם הסמכות המכוננת הראשונית היא כל-יכולה? האם מוטלות עליה מגבלות? האם ניתן להכיר בנורמות שנקבעו על ידי הרשות המכוננת הראשונית כנורמות לא חוקתיות? הספרות המשפטית הדנה בשאלות אלו מקיפה, ובשנים האחרונות היא התרחבה ביתר שאת.¹⁹ השפיעה על כך מעורבותם ההולכת וגוברת של בתי המשפט בבחינת החוקתיות

16 ראו ROZNAI, לעיל ה"ש 3, בעמ' 137.

17 ראו רבקה ווייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" **משפט וממשל** י 483, 449 (2007).

18 ראו ROZNAI, לעיל ה"ש 3, בעמ' 110 ו-113.

19 ראו קליין, לעיל ה"ש 2; יניב רוזנאי "משפט על-לאומי, גלובליזציה והסמכות המכוננת – ראשית

של תיקונים לחוקה. מטבע הדברים הוביל הדבר גם לבחינת השאלה עד כמה מעורבות משפטית זו יכולה להשתרע גם על החוקתיות של כינון חוקה חדשה. אכן, זה סוג השאלות השני שאנו דנים בו ברשימה זו. עניינו בשאלות: האם ניתן להכיר בסמכותה של הרשות השופטת להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקתיותה של נורמה פרי הסמכות המכוננת הראשונית? האם חוקה חדשה נתונה לביקורת שיפוטית על דבר חוקתיותה? דיוננו נפתח בסוג השאלות הראשון. נבחן פתרונות חוקתיים שונים, והראשון מביניהם הוא הפתרון המסתמך על המשפט הטבעי.

עיון ומגמות השוואתיות "משפט וממשל" כב 49 (2021); ROZNAI, לעיל ה"ש 3; Roznai, *The Boundaries of Constituent Authority*, לעיל ה"ש 2; RUBINELLI, לעיל ה"ש 2; Lech Garlicki & Zofia A. Garlicka, *External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference*, 44 ISR. L. REV. 343 (2011); Richard S. Kay, *Constituent Authority*, 59 AM. J. COMP. L. 715, 722 (2011); Ulrich K. Preuss, *The Implications of "Eternity Clauses": The German Experience*, 44 ISR. L. REV. 429, 432 (2011); David Landau, *The Importance of Constitution-Making*, 89 DENV. U. L. REV. 611, 616 (2012); JOEL I. COLÓN-RÍOS, WEAK CONSTITUTIONALISM: DEMOCRATIC LEGITIMACY AND THE QUESTION OF CONSTITUENT POWER (2012); Richard Stacey, *Popular Sovereignty and Revolutionary Constitution-Making*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL LAW 161 (David Dyzenhaus & Malcolm Thorburn eds., 2016); Joel Colón-Ríos, *Five Conceptions of Constituent Power*, 130 LAW Q. REV. 306 (2014); Dieter Grimm, *The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World*, in THE TWILIGHT OF CONSTITUTIONALISM? 3 (Petra Dobner & Martin Loughlin eds., 2010); George Duke, *Inherent Constraints on Constituent Power*, 40 OXFORD J. LEGAL STUD. 795 (2020); JOEL COLÓN-RÍOS, CONSTITUENT POWER AND THE LAW (2020); David Landau, *Constitution-Making Gone Wrong*, 64 ALA. L. REV. 923 (2013); Yaniv Roznai, *The Theory and Practice of 'Supra-Constitutional' Limits on Constitutional Amendments*, 63 INT'L & COMP. L.Q. 557 (2013); ANDREW ARATO, THE ADVENTURES OF THE CONSTITUENT POWER: BEYOND REVOLUTIONS? (2017); Martin Loughlin, *The Concept of Constituent Power*, 13 EUR. J. POL. THEORY 218 (2014); Richard Albert, *Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations*, 50 CORNELL INT'L L.J. 169 (2017); David E. Landau, Rosalind Dixon & Yaniv Roznai, *From an Unconstitutional Constitutional Amendment to an Unconstitutional Constitution? Lessons from Honduras*, 8 GLOBAL CONSTITUTIONALISM 40 (2019); CONSTITUTIONAL CHANGE AND TRANSFORMATION IN LATIN AMERICA (Richard Albert, Carlos Bernal & Juliano Zaiden Benvindo eds., 2019); Yaniv Roznai, *The Sovereign is He Who Holds Constituent Power?*, 23 ETHICS & POL. 247 (2021); Yaniv Roznai, *Constitutional Transformation: Hungary*, in CONSTITUTIONALISM IN CONTEXT 136 (David S. Law ed., 2022), תרומה חשובה יניב רוזנאי בספר UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS, לעיל ה"ש 3.

2. פתרון המבוסס על המשפט הטבעי

יש הגורסים כי הסמכות המכוננת הראשונית מוגבלת מכוח העקרונות של המשפט הטבעי (natural law). על פי גישה זו, הסמכות המכוננת הראשונית מוגבלת על ידי העקרונות של המשפט הטבעי, המחייבים גם אותה. י' רוזנאי מתאר גישה זו,²⁰ ומציין כי יש לה בסיס בכתביהם של חכמי המשפט במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה. לדעתנו, גישה זו אינה ראויה. גישתנו למשפט היא פוזיטיבית. על פיה יש מקום למשפט הטבעי רק עד כמה שהוא נקלט על ידי שיטת המשפט. איננו מכירים בעקרונות טבעיים המצויים מעל לעקרונות החוקתיים.²¹ על פי גישתנו, המשפט הטבעי אינו יכול להיות מקור להגבלת הסמכות המכוננת הראשונית, שכן המשפט הטבעי עצמו כפוף להוראות החוקה.

3. פתרון המבוסס על המשפט הבין-לאומי

יש הגורסים כי הסמכות המכוננת הראשונית מוגבלת על ידי ההוראות הקוגנטיות של המשפט הבין-לאומי. על פי גישה זו, ההוראות הקוגנטיות של המשפט הבין-לאומי מצויות מעל המשפט החוקתי, ובכוחן להגביל את הסמכות המכוננת הראשונית.²² גישה זו אינה מקובלת עלינו. גישתנו, אשר נוהגת במדינות המשפט המקובל (כגון ארצות הברית, קנדה, אוסטרליה וישראל), היא דואליסטית.²³ על פיה המשפט הבין-לאומי מהווה מקור למשפט הפנימי רק אם הוא אומץ לתוך המשפט הפנימי על ידי מקור משפטי פנימי, כגון חוק או חוקה המאמצים הסדרים של משפט בין-לאומי, או משפט מקובל מקומי המאמץ משפט בין-לאומי מנהגי. מקורות משפטיים אלו כפופים להוראות החוקה. אין הם מוסמכים להגביל את סמכותה של הרשות המכוננת הראשונית. יוער כי לעיתים גם גישות מוניסטיות מכפיפות את המשפט הבין-לאומי להוראות החוקה.²⁴

4. פתרון המבוסס על פרשנות החוקה

האם ניתן לבסס על החוקה עצמה, שכווננה על ידי הסמכות המכוננת הראשונית, הטלת הגבלות על סמכות מכוננת זו? כפי שראינו,²⁵ ניתן לבסס על החוקה הטלת הגבלות על

20 ראו Roznai, *The Theory and Practice of 'Supra-Constitutional'*, לעיל ה"ש 19.
 21 איננו מקבלים את דעתו של השופט י' זוסמן בע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365 (1965). גישתנו מזדהה עם גישתו הפרשנית של הנשיא ש' אגרנט.
 22 לתיאור גישה זו ולביקורת עליה ראו Roznai, *The Theory and Practice of 'Supra-Constitutional'*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 562.
 23 לגישות הדואליסטית והמוניסטית ראו J.G. Starke, *Monism and Dualism in the Theory of International Law*, 17 BRIT. Y.B. INT'L L. 66 (1936).
 24 ראו ס' 193 לחוקה הפדרלית השווייצרית.
 25 ראו Roznai, לעיל ה"ש 3, בעמ' 109.

תיקונים לה. אולם הגבלות אלו מתייחסות לסמכות המכוננת המשנית. לדעתנו, אין לבסס על לשון החוקה ופרשנותה הטלת הגבלות על הסמכות המכוננת הראשונית. כשם שחוקה אינה יוצרת את הסמכות שיצרה אותה, כך אין היא יוצרת מגבלות לגבי סמכות זו. הגבלות אלו, עד כמה שהן קיימות, צריכות להתבסס על נקודות אחיזה המצויות מחוץ לחוקה עצמה. עמדנו על כך בפסק דיננו בפרשת **בנק המזרחי**:

“על-פי הגישה הנראית לי כראויה, נתונה לכנסת הסמכות ליתן חוקה לישראל. מקור כוחה של הכנסת הוא בנתון החוקתי המרכזי, שלפיו נתונה לכנסת הסמכות המכוננת, כלומר הסמכות ליתן חוקה לישראל. סמכות זו אין הכנסת יוצרת לעצמה. אין היא ניתנת לכנסת מכוח חוק יסוד או חוק שהכנסת חוקקה. כדי לקבוע חוקה, המצויה ברמה נורמטיבית עליונה על חוק, נדרשת לכנסת נקודת אחיזה ארכימדית, המצויה מחוץ לחוקה או לחוק, אשר מעניקה לה את הסמכות לכונן חוקה. החוקה אינה יכולה ליצור את הסמכות שתיצור אותה.”²⁶

כך, למשל, הוראה בחוקה שלפיה זכויות אדם או מוסדות כלשהם אינם ניתנים לשינוי (“הוראות נצחיות”) עשויה לבסס טיעון המגביל את סמכותה של הרשות המכוננת המשנית לשנות את החוקה, אך לא את הסמכות המכוננת הראשונית. כך, למשל, במשפט החוקתי הגרמני נקבע כי אין לתקן את הזכות לכבוד האדם, הנהנית מנצחיות.²⁷ לדעתנו, אין בכוחה של הוראת נצחיות בחוקה לבסס טיעון שלפיו גם לאחר ביטולה של החוקה המכוננת הראשונית אינה מוסמכת לקבוע, בחוקה החדשה, הוראות שלפיהן הזכות לכבוד האדם אינה נצחית.²⁸

5. פתרונות המבוססים על נקודת אחיזה המצויה מחוץ לחוקה

(א) הגבלות מכוח עקרונות יסוד שהוסכמו מראש בין חבריה של הסמכות המכוננת הראשונית

נניח כי סמכות מכוננת ראשונית חדשה ביטלה את החוקה הישנה. ההסכמה בין חבריה של הסמכות המכוננת הראשונית קבעה כי החוקה החדשה תתבסס על עקרונות מסוימים. אלא שעם כינונה של החוקה החדשה לא כובדו עקרונות אלו. האם יש בכוחה של ההסכמה שהושגה להגביל את סמכותה של האספה המכוננת הראשונית החדשה?

26 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 355–356 (1995) (להלן: פרשת **בנק המזרחי**).

27 ראו ס' 1 יחד עם ס' 379 (3) לחוק היסוד הגרמני.

28 לשאלה זו במשפט החוקתי הגרמני ראו Christoph Möllers, *'We Are (Afraid of) the People': Constituent Power in German Constitutionalism*, in *THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM: CONSTITUENT POWER AND CONSTITUTIONAL FORM* 87, 96 (Martin Loughlin & Neil Walker eds., 2007). ראו גם Loughlin & Neil Walker eds., 2007. *The Boundaries of Constituent Authority*, לעיל ה"ש 2.

לדעתנו, התשובה היא בשלילה. ההסכמה במסגרת הסמכות המכוננת הראשונית החדשה לא חייבה אותה בפעולותיה. לדעתנו, אין בה גם כדי להטיל על הסמכות המכוננת המשנית לשנות את החוקה באופן שיוגשמו העקרונות המוסכמים. דוגמה מעניינת מהווה החוקה של דרום אפריקה. בעקבות בחירות כוננה חוקה זמנית (בשנת 1994). נקבעו בה עקרונות אחדים שקבעו את תוכנה של החוקה הקבועה. כמו כן נקבע כי בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה – בית משפט שהוקם בחוקה הזמנית – יבחן את הטיוטות של החוקה הקבועה, ורק לאחר שהוא יאשר כי העקרונות קוימו, תיכנס החוקה הקבועה לתוקפה. בעקבות זאת בחן בית המשפט החוקתי הוראות אחדות וקבע כי הן אינן מקיימות את העקרונות שנקבעו בחוקה הזמנית.²⁹ רק לאחר שבית המשפט החוקתי קבע כי הטיוטה תוקנה באופן התואם את עקרונות היסוד,³⁰ נכנסה החוקה הקבועה לתוקפה (בשנת 1996).

האם ניתן ללמוד מדוגמה זו כי הסכמה מראש על עקרונות יסוד יש בה כדי להגביל את הסמכות המכוננת הראשונית? לדעתנו, אין ללמוד מכך כי ההסכם מראש הגביל את סמכותה של הסמכות המכוננת הראשונית. כל שניתן ללמוד מדוגמה זו הוא שהכוחות החברתיים שעמדו ביסוד ההסכמה היו חזקים דיים למנוע את חברי הרשות המכוננת הראשונית מלפעול בניגוד להסכמה שהושגה. נקודת האחיזה המצויה מתוך לחוקה בדוגמה של דרום אפריקה היא לא ההגבלות שעליהן הוסכם במסגרת החוקה הזמנית, אלא הכוח החברתי שעמד ביסוד החוקה הקבועה.³¹

(ב) הגבלות מכוח עקרונות הקונסטיטוציונליזם

ניתן לטעון כי הסמכות המכוננת הראשונית מוגבלת על ידי עקרונות יסוד אחדים המונחים ביסוד המושג "חוקה". על פי גישה זו, הסמכות המכוננת הראשונית נועדה לכוון חוקה, וחוקה מבוססת על כמה עקרונות יסוד. על כן העקרונות המגדירים את המושג "חוקה" מהווים גם מגבלה החלה על הסמכות המכוננת הראשונית.³² לדעתנו, אין לקבל גישה זו. העקרונות המונחים ביסוד חוקה לחוד והסמכות המכוננת הראשונית לחוד. בעקרונות היסוד המונחים ביסוד חוקה היה כדי להגביל את הסמכות המכוננת הראשונית אילו היה לעקרונות היסוד האלה מעמד "על-חוקתי". אולם לדעתנו, אין לעקרונות היסוד הללו מעמד על-חוקתי.³³ יש להבחין בין "עקרונות-על" חוקתיים לבין עקרונות "על-חוקתיים". הראשונים ("עקרונות-העל") הם עקרונות

29 ראו Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 (4) SA 744 (CC).

30 ראו Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (2) SA 1 (CC).

31 ראו Roznai, *The Boundaries of Constituent Authority*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1401–1402: "[I]t is fair to say that constituent power voluntarily accepted upon itself these limitations rather than being obliged by them"

32 ראו שם, בעמ' 1404.

33 ראו Preuss, לעיל ה"ש 19.

משפט ועסקים כח, תשפ"ג הסמכות המכוננת הראשונית וההגבלות המוטלות עליה

העוטפים את החוקה, והם מהווים לרוב חלק ממנה (במפורש או במשתמע). על כן אין בכוחם להגביל את הסמכות המכוננת הראשונית. לעומת זאת, בעקרונות "על-חוקתיים" היה כדי להגביל את הסמכות המכוננת אילו הכרנו במעמד "על-חוקתי" זה כעומד מעל לחוקה. גישה זו הייתה מקיימת את תפיסתנו כי הגבלתה של הסמכות המכוננת צריכה לבסס את עצמה על נקודת אחיזה המצויה מחוץ לחוקה. דא עקא, שאין בסיס לגישה זו. איננו מכירים בחוקה מעל חוקה, איננו מכירים בערכים "על-חוקתיים". כל שנותר לנו אם כן הוא לבסס את הגבלת הסמכות המכוננת הראשונית על "עקרונות-על" חוקתיים. אולם זאת אי-אפשר, שכן אין בהם נקודת אחיזה המצויה מחוץ לחוקה.

(ג) הגבלות מכוח עקרון הסמכות המכוננת הראשונית

יש הסבורים כי הסמכות המכוננת הראשונית מניחה קיומן של חירויות אחדות, כגון חופש הביטוי וחופש הבחירה, אשר בלעדיהן אין לסמכות המכוננת הראשונית לגיטימיות.³⁴ כך כותב לעניין זה י' רוזנאי:

"In order to protect the very idea of constituent power; in order for constituent power to be exercised in the future and to allow and facilitate the people's exercise of constituent power, those rights which form the basis of constituent power must be protected... Minimum core of rights that are necessary for constituent power to be exercised and re-exercised must be kept... One cannot use 'constituent power' in order to undermine the very notion of 'constituent power.'"³⁵

בסיום דבריו אלו מציין י' רוזנאי:

"This limitation is of course one of legitimacy, not of legality."³⁶

לכך אנו מסכימים. עצם העיקרון של הסמכות המכוננת הראשונית הופך הגבלות מסוימות של הסמכות המכוננת למוצדקות, אך בכך אין די. כדי שהגבלות צודקות אלו

34 על הגבלה זו ראו Roznai, *The Boundaries of Constituent Authority*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1405. ראו גם Shouvik Kumar Guha & Moiz Tundawala, *Constitution: Amended It Stands?*, 1 DIETRICH CONRAD, *Constituent Power, Amendment* NUJS L. REV. 533, 543 (2008) and *Basic Structure of the Constitution: A Critical Reconsideration*, 6-7 DELHI L. REV. 1, 12 (1977-1978) (המדגיש את הצורך בדיון חופשי, בחופש ממעצר שרירותי ובבחירות חופשיות כדי שתיתכן הפעלה באמת ובתמים של סמכות מכוננת). כן ראו WALTER F. MURPHY, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: CREATING AND MAINTAINING A JUST POLITICAL ORDER 516 (2007).

35 ראו Roznai, *The Boundaries of Constituent Authority*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1405-1406.

36 שם, בעמ' 1406.

ואחרות ישפיעו על היקפה של הסמכות המכוננת הראשונית, יש למצוא להן בסיס לגיטימי. לדעתנו, בסיס לגיטימי זה מבוסס על הריבונות של העם. אכן, העיקרון של ריבונות העם הוא נקודת האחיזה החיצונית שעליה ניתן לבסס הטלת הגבלות על הסמכות המכוננת הראשונית. לנוכח חשיבותה של טענה זו, נבחן אותה לעומקה.

(ד) הגבלות המעוגנות בעקרון ריבונות העם

לדעתנו, נקודת האחיזה החיצונית שיש בה כדי להגביל את היקף סמכותה של הסמכות המכוננת הראשונית היא רצון העם או ריבונות העם. עמדנו על כך בפסק דינו בפרשת **בנק המזרחי**, שבו ציינו כי "מעשה חוקה מחייב תמיד נקודת אחיזה שמחוץ לגוף המחוקק".³⁷ בהתייחסנו לנקודת אחיזה חיצונית זו ציינו:

"נקודת אחיזה זו צריכה לינוק עצמה מהעם, אשר הריבונות שייכת לו. אכן, ביסוד תורת הסמכות המכוננת של הכנסת עומדת התפיסה כי סמכותה המכוננת של הכנסת באה לה מהריבון, כלומר מהעם."³⁸

בהמשך פסק דינו ביססנו גישה זו על שלושה מודלים: מודל הנורמה הבסיסית (ה-Grundnorm) של קלזן (Kelsen); מודל כלל ההכרה (rule of recognition) של הרט (Hart); ומודל הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית, שניסח דוורקין (Dworkin).

על פי גישתנו, הסמכות המכוננת הראשונית אינה מוסמכת לכונן חוקה הפוגעת בריבונות העם.³⁹ על כן הוראה בחוקה הקובעת כי כל הוראותיה הן נצחיות⁴⁰ או כי רק לחלק מאזרחיה הבוגרים נתונה הזכות להצביע אינה חוקתית. במסגרת זו ניתן להציע – ברוח פסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז – כי הסמכות המכוננת הראשונית אינה מוסמכת "לשבור את הכלים". בהסבירה גישה זו, כותבת השופטת ד' ברק-ארז כי היא מכוונת ל"שבירת כלים" –

"...במובן של הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית. כך למשל, ככל שחוק יסוד יבקש לשלול את מאפייניו השוויוניים של הליך הבחירות הוא ישמוט את הקרקע מתחת לחקיקתו, משום שעם הפגיעה בהשתתפות השוויונית בבחירות לא ניתן יהיה להשיב לאחור את מה שנעשה. הוא הדין בחוק יסוד שיבקש, למשל,

37 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 356. ראו גם Kay, לעיל ה"ש 19, הקובע כי הסמכות המכוננת הראשונית היא חיצונית לחוקה שהיא מכוננת.

38 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 356.

39 ראו, למשל, Kay, לעיל ה"ש 19; Landau, *The Importance of Constitution-Making*, לעיל ה"ש 19.

40 Yaniv Roznai, *Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability*, in AN UNAMENDABLE CONSTITUTION? UNAMENDABILITY IN CONSTITUTIONAL DEMOCRACIES 29 (Richard Albert & Bertil Emrah Oder eds., 2018).

להוסיף תקופה משמעותית למשך כהונתה של הכנסת שמאמצת אותו תיקון, מעבר לתקופת הכהונה שלה היא נבחרה.⁴¹

המושגיות של "העם" או של "ריבונות העם" היא בוודאי עמומה.⁴² חילוקי דעות יאפפו אותה. עם זאת, עמימות זו אינה שונה מעמימות האופפת הצעות אחרות להגבלת האספה המכוננת הראשונית. זאת ועוד: על פי גישתנו, כפי שנראה, נקודת האחיזה החיצונית בישראל היא ערכי היסוד של הכרזת העצמאות. לפנינו טקסט כתוב המצביע על רצון העם.

על פי גישתנו, נקודת האחיזה החיצונית שהחוקה בנויה עליה היא רצון העם. רצון זה נשמע מפיה של הרשות העליונה בשיטת המשפט. זהותה של רשות זו נקבעת על פי הנורמה הבסיסית (לפי גישת קלזן) או לפי כלל ההכרה (לפי גישתו של הרט) או לפי הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית (לפי דוורקין). הרשות העליונה בשיטת המשפט היא הגוף המוסמך המורה על כינון החוקה באמצעות הסמכות המכוננת הראשונית. ממבנה משפטי זה נובע כי היקף סמכותה של הרשות המכוננת הראשונית אינו יכול לחרוג מהסמכות שהרשות העליונה בשיטת המשפט העניקה לה. אכן, כאשר העם מורה, באמצעות הרשות העליונה בשיטת המשפט, לכוון חוקה, הרשות שמכוננת את החוקה – היא הסמכות המכוננת הראשונית – אינה מוסמכת לחרוג מהסמכות שהעניקה לה הרשות העליונה. על כן, כאשר הרשות העליונה בשיטת המשפט מורה על כינון חוקה המבוססת על שוויון בין חלקי העם, הרשות המכוננת הראשונית אינה מוסמכת לכוון חוקה המפלה בין חלקי העם ומפירה את השוויון הזה. ודוק: איננו סבורים כי הוראת הרשות העליונה במדינה מצויה במדרג נורמטיבי עליון על חוקה שכוונה על פי הסמכות המכוננת הראשונית. כך גם איננו סבורים כי בשיטת המשפט מתקיימות שתי חוקות, אשר האחת עליונה על האחרת. גישתנו היא כי בשיטת המשפט קיימת רק חוקה אחת, היא החוקה שכוונה על ידי הרשות המכוננת הראשונית. עם זאת, היקף סמכותה של האספה המכוננת הראשונית אינו בלתי מוגבל. הוא הוגבל על ידי העם, שהביע את עמדתו באמצעות הרשות העליונה במדינה.

6. הביקורת השיפוטית על חריגה של הסמכות המכוננת הראשונית מסמכותה

הכלל המקובל בכל הדמוקרטיות החוקתיות הוא כי אם חוק שנחקק על ידי המחוקק נוגד את הוראות החוקה, ידה של החוקה על העליונה.⁴³ מסקנה זו מתבטאת בכלל הידוע כי

41 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 16 לפסק הדין של השופטת ד' ברק-ארוז (אר"ש 8.7.2021).
42 Stacey, לעיל ה"ש 19; Kay, לעיל ה"ש 19; Dieter Grimm, *Does Europe Need a Constitution?*, 1 EUR. L.J. 282 (1995).

43 ראו ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1719.

נורמה עליונה גוברת על נורמה נמוכה ממנה (Lex superior derogat inferiori).⁴⁴ עליונותה של הנורמה החוקתית מתבטאת, בין היתר, בכך שבית המשפט מוסמך להכריז על קיומה של סתירה בין החוקה לבין החוק ולקבוע את הסעד החוקתי הנדרש.⁴⁵ סעד זה עשוי להיות הכרזה על בטלותה של ההוראה הנוגדת.

עמדנו על כך שבסתירה בין הוראות החוקה לבין תיקון שנעשה בה ידה של החוקה על העליונה. מסקנה זו מתבקשת מכפיפותה של הסמכות המכוננת המשנית לסמכות המכוננת הראשונית. ציינו כי ברבות משיטות המשפט בית המשפט מוסמך לקבוע כי התיקון החוקתי אינו חוקתי ולקבוע את הסעד החוקתי המתבקש. סעד טבעי (אך לא יחיד) הוא הכרזה על בטלותו של התיקון.⁴⁶

מה הדין כאשר הסמכות המכוננת הראשונית מכוננת הוראה חוקתית שהיא אינה מוסמכת לכונן שכן היא נוגדת את רצון העם, המתבטא בהוראות הרשות העליונה במדינה? לדעתנו, הכלל שלפיו נורמה עליונה גוברת על נורמה תחתונה אינו חל מקום שהרשות המכוננת הראשונית חורגת מסמכותה. הטעם לכך הוא שדבר הרשות העליונה במדינה (המהווה פה לריבונות העם) אינו נורמה חוקתית המצויה במדרג חוקתי עליון לנורמה החוקתית שכוונה על ידי הסמכות המכוננת הראשונית. כמו כן לא חלה בענייננו הגישה כי תיקון חוקתי שנוגד את דברה של הרשות העליונה מהווה תיקון חוקתי שאינו חוקתי. הטעם לכך הוא שאין לנו כאן עניין כלל בתיקון החוקה, אלא בהוראה חוקתית המצויה בחוקה המקורית. על רקע זה מתעוררת השאלה אם בית המשפט מוסמך לקבוע כי הסמכות המכוננת הראשונית חרגה מסמכותה ולקבוע לכך סעד מתאים.

לדעתנו, להגבלות החלות על היקף סמכותה של הרשות המכוננת הראשונית יש חשיבות משפטית-חברתית עליונה. שלילתה של הביקורת השיפוטית תהפוך הגבלות אלו לאות מתה, וריבונות העם תיפגע קשות. אין מנוס אפוא מהכרה בסמכותו של בית המשפט לקבוע אם הרשות המכוננת הראשונית חרגה מסמכותה, ובמקרה של קביעה שהסמכות המכוננת הראשונית חרגה מסמכותה – לקבוע את הסעד הראוי.

פרק ג: הסמכות המכוננת הראשונית בישראל

1. הכנסת כסמכות המכוננת הראשונית ומפעל חוקי היסוד

לאחר שדנו בתיאוריית הסמכות המכוננת הראשונית בכלל, נבקש ליישם אותה לישראל בפרט. הסמכות המכוננת הראשונית בישראל היא הכנסת. כידוע, הכרזת העצמאות

44 שם, בעמ' 319.

45 על הסעד החוקתי ראו שם, בעמ' 2355.

46 שם.

קובעת בחלקה השני כי יתקיימו בחירות לאספה המכוננת וכי זו תכונן חוקה.⁴⁷ הבחירות התקיימו, ונבחרה אספה מכוננת, אשר כינתה את עצמה "הכנסת הראשונה". עם פיזור של הכנסת הראשונה הועברה סמכותה המכוננת לכנסת השנייה ולכל כנסת שלאחריה.⁴⁸ כל חוקי היסוד כוננו על ידי הכנסת כרשות מכוננת ראשונית.⁴⁹

הסמכות לתקן חוקי יסוד נתונה לכנסת. האם בתיקונו של חוק יסוד הכנסת פועלת כסמכות מכוננת ראשונית או כסמכות מכוננת משנית? בשאלה זו נחלקו הדעות. פרופסור ק' קליין סובר כי בתיקונו של חוק יסוד הכנסת פועלת כרשות מכוננת משנית בלבד.⁵⁰ היא אינה פועלת כסמכות מכוננת ראשונית שכן עם כינונו של חוק היסוד נעלמה הסמכות המכוננת הראשונית.⁵¹ זו גם דעתו של א' בנדור, הסובר כי הן בכינונו של חוק יסוד חדש והן בתיקונו של חוק יסוד קיים הכנסת פועלת כרשות מכוננת משנית. גישתנו שונה. לדעתנו, בתיקונו של חוק יסוד קיים – כמו גם בכינונו של חוק יסוד חדש – הכנסת פועלת כסמכות מכוננת ראשונית. הסמכות המכוננת הראשונית של הכנסת פועלת בכל השנים מיום בחירתה ככנסת ראשונה ועד עצם היום הזה. עם כינונו של חוק יסוד הסמכות המכוננת הראשונית אינה נעלמת. כל עוד מפעל חוקי היסוד לא הסתיים, וכל עוד לא כוננה חוקה שלמה ומקיפה, הסמכות המכוננת הראשונית של הכנסת פועלת. לעניין זה אין כל חשיבות לשאלה אם הכנסת מכוננת חוק יסוד חדש או מתקנת חוק יסוד קיים. עמד על כך השופט נ' סולברג בפרשת **חסון**:

"החוקה בישראל – לא הושלמה; סמכותה הראשונית של הכנסת להעמיד חוקה – נותרה אפוא על מכונה. לפיכך, גם בעת שהכנסת מתקנת חוק יסוד קיים, היא אינה פועלת מכוח הסמכות 'לתקן חוקה', אלא מכוח סמכותה הראשונית לכוננה..."⁵²

על רקע זה מובנת גישתנו כי לדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי⁵³ אין עדיין תחולה בישראל. דוקטרינה זו מבוססת על שימוש לא חוקתי בסמכות המכוננת המשנית, ואילו בישראל התיקונים לחוקי היסוד נעשים על ידי הכנסת כסמכות מכוננת ראשונית. על רקע זה מובנת גם גישתה של הנשיאה א' חיות כי שאלת אימוצה של דוקטרינת

47 ראו הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1.

48 לניתוח התפתחויות אלו ראו ברק **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 461.

49 לדעה שונה ראו אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי יסוד" **ספר ברנזון** כרך שני: ג'ני ס'ב'ה 119 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים 2000).

50 ראו קליין, לעיל ה"ש 2.

51 שם, בעמ' 356 ("הדבר הטבעי ביותר בדרך פעולתה של אותה סמכות מכוננת [ראשונית – א' ב'] היא עובדת היעלמותה בגמר מלאכתה"). הגישה שלפיה עם כינונה של חוקה הסמכות המכוננת הראשונית "נעלמת" מקובלת בספרות המשפט. ראו, לדוגמה, ROZNAI, לעיל ה"ש 3, בעמ' 110.

52 פרשת **חסון**, לעיל ה"ש 41, בפס' 13 לפסק הדין של השופט נ' סולברג.

53 ראו ברק **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 273.

התיקון החוקתי שאינו חוקתי "מן הראוי שתוכרע עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכדי חוקה מלאה".⁵⁴ השופט ד' ברק־ארז ציינה כי "אופיו הבלתי מושלם של המפעל החוקתי הישראלי אמור להתבטא בצמצום מרבי של השימוש בדוקטרינה זו";⁵⁵ ואילו השופט מ' מזוז סבר כי "בשלב בו מצוי המהלך החוקתי הישראלי, טרם ניתן ולא ראוי לגבש עמדה – לפחות לא עמדה מקיפה וסופית – לגבי תחולתה של הדוקטרינה של 'תיקון חוקה לא חוקתי' במשפט הישראלי, וכי יש להמתין לענין זה עד להשלמת מפעל החוקה בישראל".⁵⁶

על פי גישתנו, הדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי צריכה להשקיף על מפעל חוקי היסוד במבט רחב.⁵⁷ וכחלק מפתרון חוקתי של חוקה שלמה. אין להשקיף על כל חוק יסוד כחוקה נפרדת. כל חוקי היסוד יחדיו הם החוקה שלנו. כאשר אנו אומרים כי מפעל חוקי היסוד נמשך, אנו אומרים כי ביסודו מצויה סמכות מכוונת ראשונית שקיומה הפעיל נמשך. היא אינה נעלמת בין כינון חוק יסוד אחד למשנהו. על כן יהא מקום לדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי במשפט החוקתי הישראלי רק עם סיומו של מפעל חוקי היסוד וכינונה המלא של חוקה בישראל.

2. הסמכות המכוונת הראשונית של הכנסת והכרזת העצמאות

האם מוטלות הגבלות על סמכותה המכוונת הראשונית של הכנסת? ההכרעה בשאלה זו לא נדרשה בפרשת **בנק המזרחי**.⁵⁸ הנשיא מ' שמגר דגל בתורת הריבונות הבלתי־מוגבלת של הכנסת. על פי גישה זו, "הכנסת היא הרשות המחוקקת העליונה והיא בלתי מוגבלת בסמכותה".⁵⁹ עם זאת הוסיף הנשיא מ' שמגר כי "שאלה המושארת בצריך עיון היא מה המידה שבה רשאית הכנסת, בין כאסיפה מכוונת ובין כרשות מחוקקת מונוליטית, לפגוע בזכות יסוד, ויהיה זה אף על־ידי חקיקה בחוק יסוד".⁶⁰ בפסק דינו בפרשת **בנק המזרחי** דגלנו בתורת הסמכות המכוונת. הפנינו את תשומת הלב לכך ש"דבר מקובל וידוע הוא שבתי המשפט בודקים את חוקיותם של תיקוני חוקה".⁶¹

54 פרשת **חסון**, לעיל ה"ש 41, בפס' 15 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות. ראו גם שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט נ' הנדל ("דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקנית] אינה ישימה, בצורתה הגולמית, בשלב זה של התפתחות החוקה הישראלית – קרי, שלב גיבושם של פרקי החוקה, עובר לאיגודם לכדי חוקה שלמה").

55 שם, בפס' 13 לפסק הדין של השופט ד' ברק־ארז.

56 שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט (בדימ') מ' מזוז.

57 על פרשנות חוקתית מתוך מבט רחב ראו ברק **חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי־יסוד: חופש העיסוק**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 69.

58 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 26.

59 שם, בעמ' 284.

60 שם, בעמ' 327.

61 שם, בעמ' 394.

משפט ועסקים כח, תשפ"ג הסמכות המכוננת הראשונית וההגבלות המוטלות עליה

באשר לכינונה של החוקה עצמה – קרי, באשר לסמכות המכוננת הראשונית של הכנסת – כתבנו כך:

"על-פי הגישה הנראית לי כראויה, נתונה לכנסת הסמכות ליתן חוקה לישראל. מקור כוחה של הכנסת הוא בנתון החוקתי המרכזי, שלפיו נתונה לכנסת הסמכות המכוננת, כלומר הסמכות ליתן חוקה לישראל. סמכות זו אין הכנסת יוצרת לעצמה. אין היא ניתנת לכנסת מכוח חוק יסוד או חוק שהכנסת חוקקה."⁶²

מהיכן אפוא הכנסת שואבת את סמכותה המכוננת הראשונית לכונן חוקה לישראל? תשובתנו הייתה:

"כדי לקבוע חוקה, המצויה ברמה נורמטיבית עליונה על חוק, נדרשת לכנסת נקודת אחיזה ארכימדית, המצויה מחוץ לחוקה או לחוק, אשר מעניקה לה את הסמכות לכונן חוקה. החוקה אינה יכולה ליצור את הסמכות שתיצור אותה. חוק אינו יכול ליצור חוקה אשר החוק כפוף לה. החוק אינו יכול ליצור את הסמכות שתיצור אותו. מעשה חוקה מחייב תמיד נקודת אחיזה שמחוץ לגוף המחוקק."⁶³

מהי אותה נקודת אחיזה שעליה נשענת סמכותה של הכנסת לכונן חוקה? תשובתנו הייתה כי נקודת אחיזה זו היא הכרזת העצמאות. וכך כתבנו:

"הנורמה הבסיסית (ה-Grundnorm לפי שיטת קלזן...) של ישראל הינה כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות העליונה של מדינת ישראל... מועצת המדינה הזמנית הורתה בהכרזת העצמאות כי תיקבע חוקה 'על-ידי האספה המכוננת הנבחרת'... האספה המכוננת נבחרה (ביום 25.1.49). עם כינונה נתפזרה מועצת המדינה הזמנית. סמכויותיה עברו לאסיפה המכוננת... האסיפה המכוננת קבעה (בחוק המעבר) כי... לאסיפה המכוננת ייקרא 'הכנסת הראשונה'... לקראת פיזורן של הכנסת הראשונה קבעה הכנסת כי כל סמכויותיה יועברו לכל הכנסות שלאחריה... הודגש כי העברה זו כוללת גם את הסמכות של האסיפה המכוננת... מסקירה תמציתית זו [נובע]... כי סמכותה המכוננת של האסיפה המכוננת (הכנסת הראשונה) מצויה ברציפות בידה של כל כנסת."⁶⁴

ראיית הכרזת העצמאות כנקודת האחיזה שעליה נשענת סמכותה של הכנסת לכונן חוקה נלמדת גם מכלל ההכרה של הרט.⁶⁵ כלל זה בישראל הוא כי "לכנסת נתונה סמכות

62 שם, בעמ' 355.

63 שם, בעמ' 356.

64 שם, בעמ' 356–357.

65 לסמכות המכוננת כנגזרת מכלל ההכרה של השיטה ראו שם, בעמ' 357.

מכוננת ומחוקקת גם יחד... הכנסת נתפסת בתודעה הלאומית שלנו כגוף המוסמך ליתן חוקה לישראל... תודעה זו גובשה בהכרזת העצמאות"⁶⁶ גישה זו נתמכת גם על ידי מכלול ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל:

"המפרש את ההיסטוריה החברתית המשפטית שלנו, דרכיה ומסורתה, כפי שהיא משתקפת לפנינו היום – על רקע מגילת העצמאות, כינונה של האסיפה המכוננת... – יגיע למסקנה כי הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה שלנו הינו כי לכנסת נתונה סמכות מכוננת... שמכוחה היא מוסמכת ליצור נורמה חוקתית עליונה..."⁶⁷

3. ההגבלות החלות על הסמכות המכוננת הראשונית של הכנסת והכרזת העצמאות

(א) תוכנה של הכרזת העצמאות ומעמדה המשפטי כנקודת אחיזה חיצונית להגבלת

היקף סמכותה של הכנסת כסמכות מכוננת ראשונית

להכרזת העצמאות שלושה חלקים.⁶⁸ החלק הראשון עומד על הקשר ההיסטורי בין העם היהודי לבין המדינה היהודית; על הקשר בין הציונות פרי חזונו של הרצל לבין התקומה היהודית של העם היהודי בארצו; על מעמדה החשוב של הצהרת בלפור והקמת הבית הלאומי של העם היהודי; על השפעת השואה על הצורך לפתור את בעיית העם היהודי במדינתו; על פתיחת שערי המדינה לכל יהודי; על ההחלטה בכ"ט בנובמבר המחייבת הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל; ועל זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם במדינתו הריבונית. החלק השני של הכרזת העצמאות הוא חלק אופרטיבי. הוא קובע "שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם ישראל". חלקה השלישי של הכרזת העצמאות מציין כי המדינה תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תושתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, חופש מצפון, חופש לשון וחופש תרבות; ותשמור על המקומות הקדושים. התושבים הערבים נקראו להשתתף בבניין הארץ על יסוד אזרחות מלאה ושווה. חלק זה הוא חלק החזון. הוא "משמש ביטוי להשקפת עולמו של העם

66 ש.ם.

67 ש.ם, בעמ' 358.

68 הכרזת העצמאות ניתנת לפירושים שונים. סוגיות פרשניות אלו – לרבות בעיות נוספות הנובעות מהכרזת העצמאות – לא יידונו ברשימתנו זו. על תוכנה של הכרזת העצמאות ועל ההיסטוריה של חיבורה ראו יורם שחר כבוד, חירות ועמל-ישרים: סיפור חיבורה של הכרזת העצמאות (2021).

משפט ועסקים כח, תשפ"ג הסמכות המכוננת הראשונית וההגבלות המוטלות עליה

היהודי ולמגמותיהם של מייסדי המדינה⁶⁹. הוא נותן ביטוי ל"אני מאמין" של העם⁷⁰ ולתפיסתו הדמוקרטית.

הכרזת העצמאות היא פרי החלטתה של מועצת המדינה הזמנית, אשר הוכרה כרשות העליונה בישראל ואשר קביעותיה מהוות נורמה משפטית המחייבת את כולם. הנורמה הבסיסית של ישראל היא שמועצת המדינה הזמנית היא הרשות העליונה בישראל. פסיקתו של בית המשפט העליון קבעה כי הכרזת העצמאות "מבטאת את חזון העם ואת 'האני מאמין' שלו"⁷¹. נקבע כי "הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות – ובפרט בדבר השתתת המדינה 'על יסודות החירות' והבטחת חופש המצפון – פירושם, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש"⁷². נקבע כי "אורח חייהם של אזרחי המדינה נקבע בה"⁷³. אך טבעי הוא לראות בעקרונותיה של הכרזת המדינה כקובעים את מסגרת הפעולה של האספה המכוננת הראשונית שנבחרה מכוח ההוראה בחלק השני של הכרזת העצמאות. ידועה אמרתו של השופט ש' אגרנט בפרשת **קול העם** כי "את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים האומיים שלו"⁷⁴. מערכת חיים לאומיים זו הותוותה, בקווים כלליים, בהכרזת העצמאות.

הכרזת העצמאות היא "אקט מדיני בעל משמעות משפטית"⁷⁵. עם זאת, מקובל על הכל כי הכרזת העצמאות אינה החוקה של המדינה. אין לנו שתי חוקות – האחת הכרזת המדינה והאחרת "חוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת". יש לנו רק חוקה אחת, שנקבעה באספה המכוננת הנבחרת. אלה הם חוקי היסוד שקבעה הכנסת בתפקידה כאספה המכוננת.

עקרונותיה של הכרזת העצמאות שימשו לפיתוח המשפט המקובל הישראלי⁷⁶ ולפרשנותם של חוקים.⁷⁷ כן נקבע במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כי זכויות היסוד של האדם בישראל "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"⁷⁸.

לדעתנו, עקרונות היסוד של הכרזת העצמאות – "חזון העם" וה"אני מאמין" שלו – הם העקרונות שעל פיהם יש לפרש את היקף סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת

69 ראו בנימין אקצין "ההכרזה על הקמת מדינת ישראל" **ספר היובל לפנתס רוזן** 56, 58 (חיים כהן עורך 1962); אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א: עקרונות יסוד 43 (מהדורה שישית 2005).

70 בג"ץ 10/48 **זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב**, פ"ד א 85, 89 (1948). שם.

71 בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים**, פ"ד ז 871, 884 (1953) (להלן: פרשת **קול העם**).

72 בג"ץ 262/62 **פרץ נ' יושב-ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר-שמריהו**, פ"ד טז 2101, 2116 (1962).

73 פרשת **קול העם**, לעיל ה"ש 72, בעמ' 884.

74 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 279 (הנשיא מ' שמגר).

75 ראו ברק **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 452.

76 שם, בעמ' 453.

77 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וס' 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

ראשונית.⁷⁹ זוהי נקודת האחיזה החיצונית לחוקי היסוד שעל פיה מתפרשת סמכותה של הכנסת כרשות מכוונת ראשונית. על פי השקפתנו, את היקף סמכותה של האספה המכוונת הראשונית – אשר הוקמה מכוח הוראתו של החלק השני של הכרזת העצמאות – אפשר ללמוד מהעקרונות המעוגנים בחלקים הראשון והשלישי של הכרזת העצמאות. הכרזת העצמאות מהווה שלמות אחת; את סך חלקיה יש לפרש כמקשה אחת, וכל חלק משפיע על פרשנותו של החלק האחר.

עמדתנו הפרשנית היא כי החלקים הראשון והשלישי של הכרזת העצמאות משפיעים על פרשנותו של החלק השני שלה. פרשנות זו קובעת את "הקוד הגנטי" של האספה המכוונת הראשונית – את הדנ"א שלה ואת כללי המסגרת שלה.⁸⁰ האספה המכוונת הראשונית נועדה לקבוע חוקה לאור ההיסטוריה והאידיאולוגיה של העם היהודי, אשר תממש את ה"אני מאמין" וה"חזון" שלו. האספה אינה מוסמכת לפעול בניגוד ל"היסטוריה והאידיאולוגיה" של העם או בניגוד ל"אני מאמין והחזון" שלו. הוראותיה של הכרזת העצמאות – כותבים א' רובינשטיין וב' מדינה – "מתוות את אופייה של המדינה... [ו]אופייה של המדינה מתייב את 'כללי המסגרת', כלומר אותם עקרונות יסוד מהם אין לחרוג".⁸¹

גישתנו מפרשת את היקף סמכותה של הכנסת כאספה מכוונת ראשונית. כל עוד מפעל חוקי היסוד לא הסתיים, זו הסמכות המכוונת היחידה שהכנסת פועלת במסגרתה – הן לכינונם של חוקי יסוד חדשים והן לתיקונם של חוקי יסוד שכבר כוננו. על פי גישתנו, הכרזת העצמאות מהווה את נקודת האחיזה החיצונית לחוקי היסוד, ועל פיה ניתן להטיל הגבלות על היקף סמכותה של הכנסת כרשות מכוונת ראשונית. על הקשר בין סמכותה של האספה המכוונת לבין הכרזת העצמאות עמדו שופטים⁸² ומחברים.⁸³ ביטוי מקיף לכך ניתן בפסק דינו של השופט מ' מזוז בפרשת

79 ראו אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוונת" **חוקים** יא 9, 14 (2018).

80 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 69, בעמ' 44.

81 שם, בעמ' 43–44.

82 ראו בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פ"ד סא(1) 619, 717 (2005) (הנשיא א' ברק); בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל**, פס' כז לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין (אר"ש 6.9.2017); פרשת **חסון**, לעיל ה"ש 41, בפס' 5 ו-23 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר ובפס' 13 לפסק הדין של השופט ג' קרא.

83 ראו בנדור, לעיל ה"ש 49, בעמ' 143–144 ("עיקריה הנורמטיביים של הכרזת העצמאות, כלומר הזיקה לעם היהודי והממשל הדמוקרטי... הן נורמות מחייבות, שלהן כפופות כל רשויות המדינה, לרבות האספה המכוונת שלה, הקיימת ופועלת מכוח הכרזת העצמאות... הכנסת, אף בשמשה כאספה המכוונת, כפופה אפוא לערכי היסוד המחייבים הקבועים בהכרזת העצמאות"); אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **ספר גבריאל בן** 361, 379–380 (דוד דהן, דנה כהן-לקח ומיכאל בן עורכים) (2011) ("סמכותה המכוונת של הכנסת אינה כל יכולה... עליה לפעול במסגרת אמות המידה העקרוניות עליהן מבוססת הכרזת העצמאות ועליהם מבוסס מפעל החוקה כולו"); ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוונת", לעיל ה"ש 79, בעמ' 35 ("סמכותה של האספה המכוונת נלמדת מפירושה של הכרזת העצמאות. גבולותיה של סמכות זו ייקבעו לפי הפירוש של 'ההיסטוריה

חסון.⁸⁴ השופט מ' מזוז הציב לנגד עיניו את השאלה: "מהו העוגן הנורמטיבי לקיומה של מגבלה משתמעת בלתי כתובה זו על סמכותה המכוננת של הכנסת?"⁸⁵ תשובתו הייתה זו:

"הסמכת הכנסת כאסיפה מכוננת לחוקק חוקי יסוד היא בגדר שטר ושוברו בצדו. העם הפקיד סמכות זו בידי הכנסת לקבוע חוקי יסוד ולתקנם על בסיס המנדט שנקבע לאסיפה המכוננת במסמך היסוד של מדינת ישראל, היא מגילת העצמאות... הסמכת מועצת העם את האסיפה המכוננת, במסגרת מגילת העצמאות קובעת את גדר סמכותה, ועל האסיפה המכוננת לפעול בגבולות שהתווה לה העם כריבון; זאת, בין אם נראה בחקיקת חוקי היסוד על ידי הכנסת כהפעלה של סמכות מכוננת ראשונית-מקורית, ובין אם נראה בה כהפעלת סמכות מכוננת משנית-נגזרת..."⁸⁶

בפרשת **חסון** ציין השופט נ' סולברג כי את הפתרון לשאלת כוחן המחייב של ההגבלות החלות על סמכותה המכוננת הראשונית של הכנסת אין לחפש בחוקי היסוד עצמם.⁸⁷ לכך אני מסכים. השוני בין גישתו של השופט נ' סולברג לגישתי הוא בכך שהשופט נ' סולברג מחפש מחוץ לחוק היסוד "נורמות חוקתיות המצויות גבוה מעל גבוה, ממעל לחוקי-היסוד", ובעניין זה קובע בצדק כי "משפטנו אינו מכיר נורמה הניצבת ממעל לחוקי-היסוד; לא במפורש, גם לא במשתמע".⁸⁸ אולם לדעתי, הפנייה אינה צריכה להיות לנורמה המצויה מעל חוקי היסוד, שכן הנחתי שלי – כמו גם הנחתו של השופט נ' סולברג – היא שחוקי היסוד הם עליונים וממילא אין נורמה המצויה מעליהם. אין לנו חוקה מעל חוקי היסוד. אין לנו שתי חוקות. היה על השופט נ' סולברג לפנות – כפי שנעשה הדבר בפרשת **בנק המזרחי**⁸⁹ – אל הנתונים שמצויים מחוץ למסגרת חוקי היסוד ואשר מכוחם הוכרה סמכותה המכוננת של הכנסת. נתונים אלו מעוגנים בהכרזת העצמאות, שמהווה את נקודת האחיזה החיצונית שמכוחה נבחרה האספה המכוננת, ואשר "הקוד הגנטי" שלה הוא גם "הקוד הגנטי" של הכנסת כאספה מכוננת ראשונית. אכן, הכרזת העצמאות אינה "גבוה מעל גבוה" ואינה מצויה מעל

והאידיאולוגיה' ושל 'האני מאמין והחזון [של העם]'"; אהרן ברק "הכנסת כרשות מכוננת ושאלת התיקון החוקתי שאינו חוקתי" SSRN (8.4.2021) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3808990. אולם ראו יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149 (1997), המניח כי סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת היא בלתי מוגבלת מעיקרה.

84 פרשת **חסון**, לעיל ה"ש 41.

85 שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט (בדימ') מ' מזוז.

86 שם, בפס' 10 לפסק הדין של השופט (בדימ') מ' מזוז.

87 שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופט נ' סולברג.

88 שם.

89 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 26.

לחוקי היסוד; הכרזת העצמאות היא האם שילדה את האספה המכוננת. האם אינה "גבוה מעל גבוה" ביחס לבתה, ואין היא מצויה "ממעל" לה. עם זאת, הדנ"א של האם – הכרזת העצמאות – חדר לדנ"א של הבת, היא האספה המכוננת הראשונית.

(ב) טיבן של ההגבלות הנגזרות מהכרזת העצמאות וערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

הכרזת העצמאות היא נקודת האחיזה החיצונית שממנה ניתן להסיק הגבלות בנוגע להיקף סמכותה המכוננת הראשונית של הכנסת. מהן ההגבלות? מהו אותו דנ"א של האספה המכוננת הראשונית הנגזר מהכרזת העצמאות? מהם "כללי המסגרת" ועקרונות היסוד שנגזרים מהכרזת העצמאות ואשר הכנסת כרשות מכוננת ראשונית אינה רשאית לחרוג מהם? ראינו כי החלקים הראשון והשלישי של הכרזת העצמאות מבטאים את חזון העם ואת ה"אני מאמין" שלו.⁹⁰ מהן ההגבלות על סמכותה המכוננת הראשונית של הכנסת הנגזרות מ"חזון" זה ומ"אני מאמין" זה?

מטבע הדברים עלינו להתרכז בהיבטים הגרעיניים בלבד. כמו כן, עלינו להתייחס להיבטים המשקפים נאמנה את רצונו של העם, המהווה את הצידוק לנקודת האחיזה החוקתית. לדעתנו, יש לקבוע כי הכנסת כסמכות מכוננת ראשונית אינה מוסמכת לחרוג מתפיסת היסוד כי ערכיה הגרעיניים של ישראל הם ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

הכרזת העצמאות חוזרת פעמים מספר על התפיסה כי ישראל היא מדינה יהודית. פרשנותו של בית המשפט העליון הדגישה חזר והדגיש את אופייה של ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית. כבר בפרשת קול העם ציין השופט ש' אגרנט כי מדינת ישראל היא "מדינה שיסודותיה דמוקרטיים", והפנה בעניין זה להכרזת העצמאות.⁹¹ בפרשת ניימן⁹² עמדנו על מהותה של ישראל כמדינה דמוקרטית, בהצביענו על כך שאין כל אפשרות להבטיח את "יסודות החירות, הצדק והשלום" שהכרזת העצמאות מצביעה עליהם "בלא להבטיח משטר דמוקרטי, שבו יוגשמו עקרונות אלה". בפרשת ניימן השנייה כתב הנשיא מ' שמגר כי "אופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל טבוע בה עמוק מיום הקמתה, והדבר גם עולה באופן ברור וגלוי ממילותיה של הכרזת העצמאות".⁹³

אופייה של ישראל כמדינה שערכיה הם של מדינה יהודית ודמוקרטית קיבל עיגון מפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נקבע בו כי "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על

90 ראו שחר, לעיל ה"ש 68.

91 פרשת קול העם, לעיל ה"ש 72, בעמ' 884.

92 ראו ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 314 (1985).

93 ראו ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, 188 (1988).

כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁹⁴ על רקע קביעה מפורשת זו ציינה הנשיאה א' חיות בפרשת **חסון**:

"הכרזת העצמאות התוותה את אופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית; חוקי היסוד עיגנו שני מרכיבים אלה בזהותה של המדינה באופן מפורש; החקיקה והפסיקה חיזקו וביצרו אותם; וקורות חייה של האומה מאז הקמתה שבו והמחישו כי זו דמותה. על כן, דומה כי אף שהמפעל החוקתי טרם הושלם, זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה ניתנת לערעור."⁹⁵

ברוח דומה כתב השופט מ' מזוז באותה פרשה:

"מגילת העצמאות, המהווה את **מסמך היסוד** של מדינת ישראל, מכריזה על ה'אני מאמין' שלה, ועל העקרונות עליהם תושנת מדינת ישראל, תוך שהיא מתחייבת לקיים את החלטת האו"ם מכ"ט בנובמבר בדבר הקמת מדינה יהודית אשר תבחר אסיפה מכוננת שתאשר חוקה **דמוקרטית** למדינה.

מכאן שהגדרת זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית היא התשתית הנורמטיבית עליה הוקמה המדינה, והיא בסיס הלגיטימיות שלה, הן הפנימית (מצד העם – הריבון), והן הבינלאומית (החלטת עצרת האו"ם). זאת, כאשר החוקה שאמורה לאשר האסיפה המכוננת – בהתאם להחלטת האו"ם ולקבוע במגילת העצמאות – מיועדת ליישם שני מרכיבים אלה של זהותה של המדינה. האסיפה המכוננת הוסמכה אפוא לצקת תוכן בעקרונות אלה, של מדינה יהודית ודמוקרטית, אך לא הוסמכה לסטות מהם או לבטלם."⁹⁶

הנה כי כן, קביעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כי הוא בא לעגן בחוק יסוד את "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" לא יצרה יש מאין. היה בה חידוש לשוני אשר ביטא את הבנת העומק של החברה הישראלית, על כל גווניה, באשר לעקרונות היסוד המונחים בבסיס הכרזת העצמאות. ערכיה של ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית" הם "ביטוי מזוקק לנרטיב המכונן של ישראל", בלשונו של השופט א' לוי.⁹⁷ אם הכרזת העצמאות היא "תעודת הלידה" של מדינת ישראל, כלשונו של הנשיא מ' שמגר,⁹⁸ אזי ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית הם תעודת הבגרות

94 ס' 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. לפרשנותה של הוראה זו ראו ברק **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 573.

95 פרשת **חסון**, לעיל ה"ש 41, בפס' 23 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות.

96 שם, בפס' 9 לפסק הדין של השופט (בדימ') מ' מזוז (ההדגשות במקור).

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

98 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 309.

שלה.⁹⁹ שתי התעודות קובעות את כללי המסגרת אשר הכנסת כרשות מכוונת ראשונית אינה יכולה לסטות מהם.

הקשר בין הכרזת העצמאות וערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין סמכותה של הכנסת מעורר את השאלה אם הכנסת כסמכות המכוונת הראשונית יכולה לנתק קשר זה. היכולה הכנסת לחוקק חוק יסוד שיביא לידי ביטול, שינוי או פגיעה קשה ועמוקה בהכרזת העצמאות וערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית? תשובתנו היא בשלילה. קווי המסגרת התוחמים את פועלה של הכנסת כסמכות מכוונת ראשונית הם קווי היסוד שלפיהם ערכיה של ישראל הם ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. מקווי יסוד אלו – מדנ"א זה – אין הכנסת יכולה לחרוג. בצדק ציין השופט נ' הנדל:

“הפה שהסמיך את הכנסת לפעול כרשות מכוונת, הוא גם הפה שהגביל את פעילותה בכובעה זה, והכפיף אותו לעובדת היסוד בדבר קיומה של מדינה יהודית ודמוקרטית.”¹⁰⁰

ישאל השואל: העם הוא הריבון, העם הוא שיצר את הכרזת העצמאות; האין העם – באמצעות נציגיו באספה המכוונת – יכול לחרוג ממנה? תשובתי היא: אכן, העם הוא הריבון; העם יכול לחרוג מקווי המסגרת של הכרזת העצמאות; אולם לשם כך עליו לבחור אספה מכוונת חדשה. אספה מכוונת חדשה זו לא תוכל להתבסס על הנורמה הבסיסית הקיימת שלפיה יש להישמע להוראותיה של מועצת המדינה הזמנית. האספה המכוונת החדשה תצטרך להתבסס על נורמה בסיסית חדשה (לפי קלזן) שלפיה יש להישמע להוראות של גוף פלוני שהיא תורה עליו. האספה המכוונת החדשה תבטא את החזון וה"אני מאמין" החדשים של העם.¹⁰¹ יהא עליה לשקף את כללי ההכרה (של הרט) החדשים ואת הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית (של דוורקין). נמצא כי העם אכן יכול לקבוע לעצמו "הכרזת עצמאות" חדשה, אשר תהווה "ביטוי מזוקק לנרטיב המכוונת" של ישראל "החדשה". בכך תבוטל ישראל המוכרת לנו מיום הקמתה ועד היום; בכך יבוא מפעל חוקי היסוד לידי סיום. נהיה עדים להקמתה של "מדינה שונה".¹⁰³

99 להרחבה על נושא זה ראו ברק **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 287.

100 פרשת **חסון**, לעיל ה"ש 41, בפס' 4 לפסק הדין של השופט נ' הנדל. ראו גם בנדור, לעיל ה"ש 49, בעמ' 142 ("הדעת נותנת שיש ערכים שגם האספה המכוונת כפופה להם. הכוונה היא, בעיקרו של דבר, למושכלות יסוד המגלמות את המדינה עצמה, במובן זה שביטולן שקול לפירוקה של מדינת ישראל").

101 ש.ם.

102 כביטוי של השופט א' לוי – ראו לעיל ליד ה"ש 97.

103 כלשונו של השופט (בדימ') מ' מזוז בפרשת **חסון**, לעיל ה"ש 41, בפס' 9 לפסק דינו. ראו גם שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופטת ע' ברון.

4. ביקורת שיפוטית על חריגת הכנסת מסמכותה המכוננת הראשונית

שאלת הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקי היסוד התעוררה בפרשת **חסון**.¹⁰⁴ בית המשפט דחה את העתירה לאור מסקנתו כי חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי¹⁰⁵ אינו חורג מסמכותה של הכנסת כרשות מכוננת (ראשונית). בחוות הדעת השונות הביעו השופטים אמרות אגב באשר לסמכותו של בית המשפט להכריז על אי-חוקתיות של חוק יסוד. שופטים אחדים הכירו בסמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק יסוד. השופט ע' פוגלמן חיווה דעתו כי "סמכות זו [לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד – א' ב'] נגזרת מן המגבלות המהותיות על סמכותה של הרשות המכוננת. זאת, על מנת שמגבלות אלו לא יהפכו לאות מתה".¹⁰⁶ השופט נ' הנדל ציין כי "עשויה להיות חשיבות לביקורת שיפוטית המבוססת על ערכי יסוד בלתי כתובים. אשר למצב הקצה, שבו ישנה רמיסה עד היסוד של זכויות יסוד, נראה לי כי השאלה משתנה. בנסיבות כאלה נפתח הפתח לביקורת שיפוטית כנדרש מן הצדק ומן התפקיד שהוא ממלא".¹⁰⁷ השופט ד' ברק-ארוז הפנתה את תשומת הלב לפרשת **ירדור**.¹⁰⁸ בפרשה זו נקבע כי קיימות "הנחות יסוד" אשר לשום רשות אין סמכות לחרוג מהן. הלכה זו יכולה לשמש בסיס להכרה בסמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד החורגים מהנחות היסוד שאין סמכות לסטות מהן. יהיו אלה מקרים של "שבירת כלים", שבהם נגרם "הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית".¹⁰⁹ השופט מ' מזוז ציין כי "מקור הסמכות להגבלת הסמכות המכוננת של הכנסת לענין פגיעה במאפייני הזהות הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"¹¹⁰ הוא הכרזת העצמאות. לדעת השופט מ' מזוז, "האסיפה המכוננת הוסמכה אפוא לצקת תוכן בעקרונות אלה, של מדינה יהודית ודמוקרטית, אך לא הוסמכה לסטות מהם או לבטלם".¹¹¹ המשנה לנשיאה ח' מלצר ציין כי הכנסת כסמכות מכוננת אינה "כל-יכולה".¹¹² על הכנסת כאספה מכוננת מוטלת חובת נאמנות להגשים את התכליות שלשמן הוענקה לה הסמכות, והן אשר מתוות את גבולות סמכותה. המשנה לנשיאה ציין כי "מגילת העצמאות יצרה את כללי המסגרת לכינון החוקה, כך שהסמכות המכוננת נועדה לממש בחוקה את 'ההיסטוריה והאידיאולוגיה', ואת תפיסת ה'אני מאמין' של העם, שבאו לידי ביטוי בחלק הראשון והשלישי של הכרזת העצמאות

104 פרשת **חסון**, לעיל ה"ש 41.

105 חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ס"ח התשע"ח 898.

106 פרשת **חסון**, לעיל ה"ש 41, בפס' 4 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

107 שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט נ' הנדל.

108 פרשת **ירדור**, לעיל ה"ש 21.

109 פרשת **חסון**, לעיל ה"ש 41, בפס' 16 לפסק הדין של השופט ד' ברק-ארוז.

110 שם, בפס' 5 ו-9 לפסק הדין של השופט (בדימ') מ' מזוז.

111 שם.

112 שם, בפס' 5 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') השופט ח' מלצר.

בהתאמה, וסמכות זו מוגבלת באמצעות עקרונות אלו.¹¹³ השופטת ע' ברון ציינה כי "ביסודה של סוגיית הביקורת השיפוטית עומדת התפיסה כי סמכותה של הכנסת בכובעה כרשות מכווננת אינה בלתי מוגבלת וכי ישנם ערכים שגם היא כפופה להם, כמושכלות יסוד המגלמות את זהותה של מדינת ישראל באופן שביטולן שקול לפירוקה".¹¹⁴ השופטת ע' ברון הוסיפה כי "בספרות המשפטית הובעה עמדה שבעקבות המצב המשטרי הייחודי למדינת ישראל, המאופייין בהעדר חוקה נוקשה וכן בקלות יחסית שבה ניתן לחוקק ולתקן את חוקי-היסוד, צריך שתהיה נכונות רבה יותר לביקורת שיפוטית בנושא זה".¹¹⁵ השופט ג' קרא ציין כי "סמכותה המכווננת של הכנסת היא סמכות מוגבלת ובית משפט זה מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על הפעלתה של סמכות זו".¹¹⁶

השופטים ד' מינץ ונ' סולברג חיוו דעתם כי אין להכיר בביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקי היסוד. השופט ד' מינץ ציין כי "הסמכות לבטל חוקים מכוח חוקי היסוד נשענת על הנחת יסוד של הכרה במעמדם החוקתי של חוקי היסוד, מכוח סמכותה של הכנסת כרשות מכווננת. מכאן הקושי המרכזי הנועץ לשיטתי בתפיסה המאפשרת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ללא כל עוגן ומקור סמכות. עלינו לכבד את מעמדה הנורמטיבי העליון של הנורמה המכווננת ולא לפלח אותה לקטעי קטעים ולהעביר ביקורת על כל פלח ופלח".¹¹⁷ השופט נ' סולברג כתב כי "ביקורת שיפוטית חוקתית נסמכת על קיומו של מדרג נורמטיבי... התפיסה שאומצה מאפשרת ביקורת שיפוטית, רק כל אימת שתימצא סתירה בין נורמות מדרגות שונות. אמור מעתה, כי המבקש להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי-היסוד גופם, נדרש להוכיח קיומן של נורמות חוקתיות המצויות גבוה מעל גבוה, ממעל לחוקי-היסוד. ברם, משפטנו אינו מכיר נורמה הניצבת ממעל לחוקי-היסוד; לא במפורש, גם לא במשתמע".¹¹⁸

הנשיאה א' חיות הציגה את הבעיה החוקתית באופן הבא:

"המסקנה לפיה הכנסת כרשות מכווננת איננה 'כל יכולה' וחלות עליה מגבלות מסוימות מצומצמות בהיקפן, אינה מלמדת בהכרח כי יש בכך כדי לשמש בסיס לביקורת שיפוטית על-ידי בית המשפט... סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית נגזרת מהעליונות הנורמטיבית של חוקי

113 ש. על עמדתו זו חזר המשנה לנשיאה ח' מלצר בבג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פס' 102 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') השופט ח' מלצר (אר"ש 12.7.2021).

114 פרשת חסון, לעיל ה"ש 41, בפס' 2 לפסק הדין של השופטת ע' ברון.
שם, 115.

116 שם, בפס' 13 לפסק הדין של השופט ג' קרא.

117 שם, בפס' 1 לפסק הדין של השופט ד' מינץ. על עמדתו זו עמד השופט ד' מינץ גם בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 113, בפס' 10 ו-11 לפסק דינו.

118 שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופט נ' סולברג. על גישה זו חזר השופט נ' סולברג בפרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 113, בפס' 37 ו-43 לפסק דינו.

היסוד. מכאן הקושי בקיום ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד, הטמון בכך שחוקי יסוד אלה מצויים בפסגת המדרג הנורמטיבי הפוזיטיבי, ומהם שואב בית המשפט עצמו את סמכויותיו... קושי זה מתחדד בהקשר הישראלי בהתחשב בכך שתהליך גיבוש החוקה מצוי בעיצומו וטרם נחקק חוק יסוד: החקיקה, כך שהמכונן לא נתן דעתו באופן מפורש לסוגיית הביקורת החוקתית המהותית על חוקי יסוד...¹¹⁹

לדעתנו, הכנסת כרשות מכוננת ראשונית אינה מוסמכת לכוון חוקה באופן הפוגע ברצון העם. הגבלת סמכות זו אינה מעוגנת בנורמה חוקתית עליונה. היא נשענת על רצון העם, המהווה נקודת אחיזה חיצונית לחוקה. נקודת אחיזה חיצונית זו פועלת במישור הפרשני, המוביל להצרת הסמכות המכוננת הראשונית. נקודת אחיזה חיצונית זו מורה לנו כי החוקה צריכה לבטא את חזון העם ואת ה"אני מאמין" שלו. בית המשפט הוא המוסד המוסמך לקבוע באופן מחייב כי הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת הראשונית. זו לא רק רשותו של בית המשפט; זו גם חובתו. בית המשפט אינו רשאי להשתחרר ממנה. אל לו לבית המשפט להפוך את רצון העם לאות מתה. שפר חלקנו בישראל שיש לנו מסמך המבטא במפורש את רצון העם. רצון זה אינו ערטילאי. זה רצון המעוגן בלשון מפורשת, והמבטא את חזון העם ואת ה"אני מאמין" שלו, כלומר, את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

119 שם, בפס' 32 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות (ההדגשות במקור).

