עיוני משפט מד
2021, 5-48

האם יש לישראל חוקה?
על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית

מאת
ברק מדינה*

תקציר

בית המשפט קבע שהנורמה הבסיסית בישראל, בדומה לזו המוכרת בדמוקרטיות המערביות האחרות, היא הנורמה המתוארת באמצעות התפיסה שלפיה כוחה של הכנסת מוגבל מכוח הוראות חוקי היסוד. עם זאת טרם התגבשה בעניין זה הסכמה רחבה. המחלוקת היא בשני מישורים: פוליטית, יש מי שסבורים שהיה מוטב לקבוע שהנורמה הבסיסית של מדינת ישראל היא דמוקרטיה הליכית (או "פורמלית") שלפיה "הרוב קובע"; משפטית, עולות מן הפסיקה גישות שונות בשאלה, אם חוקי היסוד הם החוקה הכתובה של מדינת ישראל או שמא הם רק "נורמות בעלות מעמד חוקתי". להבחנה הזו חשיבות הן לעניין אופן ההצדקה של ההכרה בקיומן של מגבלות על הכנסת ואכיפת הציות להן בדרך של ביקורת שיפוטית, והן לעניין הסוגיה של גבולות כוחה של הכנסת לקבוע הוראות בחוקי יסוד.

חיבור זה נועד לספק תשתית נורמטיבית לטענה שהנורמה הבסיסית של מדינת ישראל היא דמוקרטיה ליברלית (או "מהותית"), כלומר לעמדה שסמכויותיהן של רשויות השלטון תחומות מכוח עקרונות יסוד של ליברליזם. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ושאר חוקי היסוד מספקים הכשר ציבורי לאכיפת המגבלות על סמכות החקיקה של הכנסת; אך ההכשר הנורמטיבי נובע מן הנורמה הבסיסית האמורה. חוק היסוד מספק את ההכשר הציבורי בעיקר לאור תוכנו, לא משום שהוא חלק מן החוקה הכתובה של ישראל. אחת התוצאות שנובעות מכך היא הצדקה להחלת ביקורת שיפוטית על קביעת הוראות בחוקי יסוד.

---

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, הקתדרה לזכויות אדם על־שם השופט חיים ה' כהן ז"ל. אני מודה לגל דפדי על עזרתה המצוינת במחקר, לדוד אנוך, לטליה שטיינר, לשופטים האנונימיים ולעורכי כתב העת "**עיוני משפט**" על הערותיהם המעולות. המחקר מומן בתמיכת מענק של הקרן הלאומית למדע 762/17.

מבוא 6
א. קביעת תוכנה של החוקה 12
ב. אמנה חברתית ומשמעות הקביעה שהעם הוא ה"ריבון" 15
ג. דמוקרטיה הליכית וחוקה כתובה 17
1. הצדקות עיקריות לתפיסה בדבר דמוקרטיה הליכית 18
(א) הטענה שאין צורך בהגבלת כוחו של הרוב 19
(ב) הטענה בדבר זכות ההשתתפות השווה 19
2. הגבלת כוחו של הרוב במסגרת דמוקרטיה הליכית 21
(א) הגבלות "טבועות" שנובעות מעקרון הכרעת הרוב 22
(ב) כבילת כוחו של הרוב באמצעות חוקה כתובה 25
ד. דמוקרטיה ליברלית ומגבלות טבועות על כוחו של הרוב 28
1. ההכרח להגביל את כוחו של הרוב 29
2. הפירכה שבהענקת משקל מכריע לזכות ההשתתפות השווה 31
3. מגבלות טבועות על כוחו של הרוב במסגרת דמוקרטיה ליברלית 33
ה. הצורך בהכשר ציבורי לשם הכרה בנורמות חוקתית 35
ו. סמכות מכוננת מוגבלת וביקורת שיפוטית על חקיקת חוקי יסוד 41
סיכום: מעמדם של חוקי היסוד 46

מבוא

האם יש לישראל חוקה? במובן מסוים התשובה על השאלה היא טריוויאלית: החוקה היא מקור הסמכות של רשויות השלטון, ולפיכך מובן שלישראל, כמו לכל ישות מדינית, יש חוקה. במינוח המקובל, יש לישראל בהכרח "נורמה בסיסית" כלשהי.[1] לכאורה המחלוקת היא רק באשר לתוכן החוקה או הנורמה הבסיסית – בשאלה אם לכנסת כוח בלתי־מוגבל או שסמכות החקיקה שלה תחומה. אך לא מקרה הוא שסוגיית התוכן של החוקה מאופיינת כשאלה אם בכלל יש לישראל חוקה; הדבר נובע מן ההנחה, שהיא לרוב משתמעת, שכאשר אין מסמך שיש הסכמה ציבורית רחבה בעניינו שהוא החוקה (בעיקר לאור ההליך שבו הוא נקבע), כלומר כאשר אין "חוקה כתובה", לכנסת יש כוח בלתי־מוגבל ("הרוב קובע"). זוהי תפיסה שמקובל לכנותה "דמוקרטיה הליכית" (או "פורמלית"), שלפיה הנורמה הבסיסית היא מוסדית; כלומר היא קובעת רק *מי מוסמך* להפעיל סמכויות שלטוניות ולא *מה תוכנן* של סמכויות אלה. אני מבקש להציע דיון ביקורתי בטיעון הזה.

1 מושג זה מזוהה במידה רבה עם משנתו של הנס קלזן. Hans Kelsen, Pure Theory of Law (Max Knight trans., 1967) 193-220. לדיון בפרשנויות שונות של מושג זה, ראו יצחק אנגלרד **מבוא לתורת המשפט** 9-14, 31-39 (1991); Joseph Raz, The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of a Legal System (2nd ed. 1980). בחיבור זה כוונת הדברים היא לנורמה שהיא מקור הסמכות של רשויות השלטון.

נקודת המוצא של הדיון אמורה להיות מובנת מאליה, אף שנראה שיש בתומכי הדמוקרטיה ההליכית מי שבוחרים לעיתים להתעלם ממנה: העמדה שלפיה התוכן של חוקת ברירת המחדל (החוקה שחלה אם אין חוקה כתובה) הוא "הרוב קובע" היא עמדה שטעונה הצדקה; היא אינה מוכחת מעצמה. ברובד אחד, ההצדקה נחוצה כדי שיהיה אפשר לקבוע מה תוכנה של חוקת ברירת המחדל הזו, שכן העיקרון בדבר "הרוב קובע" מותיר שורה של שאלות שטעונות הכרעה. הנה שתיים מהן: שאלה אחת היא, אם העיקרון הזה מטיל – הוא עצמו – מגבלות על הכנסת, למשל על כוחה לבטל את הבחירות (או לשלול מאנשים כלשהם את הזכות לבחור או להתמודד בבחירות) או על סמכותה למנוע מרוב עתידי לשנות הסדר כלשהו, ובכלל זה לקבוע חוקה כתובה; שאלה אחרת היא, מהן המגבלות שנובעות מן העיקרון בדבר "הרוב קובע" על סמכויות הממשלה, ובכלל זה מה מעמדה – בהיעדר חוקה כתובה – של הדרישה להסמכה בחוק כתנאי להפעלת סמכויות שלטוניות ואם יש מגבלות שאינן קבועות בחוק על סמכויות הממשלה. אך ברובד אחר, יסודי יותר, דרישת ההצדקה לטיעון שאם אין חוקה כתובה אזי החוקה או הנורמה הבסיסית היא בהכרח "הרוב קובע" נובעת מכך שלא מובן מאליו שזהו ההסדר המיטבי או ההסדר המוסכם על כלל הציבור. התפיסה החלופית העיקרית היא שיש מגבלות טבועות על כוחו של השלטון. השלטון, ובכלל זה הרוב בכנסת או בציבור, אינו רשאי לפעול בדרך שיש בה הפרה של התכליות אשר לשמן הוענקה לו הסמכות השלטונית, שהן קידום הרווחה החברתית והגנה על זכויות האדם. איזו משתי התפיסות הללו עדיפה, בהינתן כך שאין חוקה כתובה?

מבחינה משפטית, הדיון הוא בשאלה אילו נורמות הן בעלות מעמד חוקתי. הנורמות החוקתיות הן אלה שלפיהן קובעים את תוקפם של חוקים ושל פעולות הממשלה, וממילא גם מכריעים אם יש חובה לציית להם ואם מי שמתיימרים להפעיל סמכויות שלטוניות רשאים לעשות כן. השאלה היא כיצד מחליטים אילו הסדרים שקבעה הכנסת הם בעלי מעמד חוקתי, במובן זה שהם כובלים גם את כוחה שלה, ואם יש נורמות שאף שלא נקבעו בחקיקה של הכנסת הן מגבילות את כוחה או את כוחה של הממשלה. זוהי שאלה יסודית, אשר אף שעל חלקה ניתנה תשובה בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי** בשנת 1995,[2] היא עדיין שנויה במחלוקת. למחלוקת ממד פוליטי, ונראה שמרבית שרי המשפטים שכיהנו עד כה בתפקיד במאה הנוכחית תומכים בגרסה זו או אחרת של "דמוקרטיה הליכית".[3] אך גם מבחינה משפטית־דוקטרינרית ההלכה באשר לסוגיית החוקה אינה חד־משמעית.

---

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

3 ראו למשל, דניאל פרידמן **הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושברה** 226–228 (2013); איילת שקד "רק נורמליזציה של היחסים בין הרשויות תביא ללגיטימציה של בית המשפט העליון" **גלובס** 8.11.2019 https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001306115. יעקב נאמן ז"ל ניסה לקדם חקיקה של "פסקת התגברות" במסגרת חוק־יסוד: החקיקה, שנועדה להעניק לכנסת סמכות חקיקה בלתי־מוגבלת. לתמיכה בהיבטים מסוימים לפחות של העמדה, שלפיה הנורמה הבסיסית של מדינת ישראל היא הנורמה המתוארת באמצעות דמוקרטיה הליכית, ראו למשל רות גביזון "המהפכה החוקתית: תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21 (1997) (להלן: גביזון "המהפכה החוקתית"); גדעון ספיר **המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד** 251–254 (2010) (להלן: ספיר **המהפכה החוקתית**); יהושע שגב

יש בפסיקה שתי אסכולות באשר לשאלה אם – לפחות מאז ההלכה בעניין **בנק המזרחי** – יש לישראל חוקה כתובה: גישתו של הנשיא ברק, שהשיב על כך בחיוב, וגישתו של הנשיא שמגר, שנמנע מלקבוע כן. לכאורה נועדו שתי הגישות הללו, כל אחת בדרכה, ליישב את הקביעה שלפיה על הכנסת מוטלת החובה לכבד את זכויות האדם עם התפיסה בדבר דמוקרטיה הליכית, שלפיה "הרוב קובע". אפשרות אחת, גישתו של הנשיא ברק, היא עמדה שאין בעניינה מחלוקת עיונית אך יש ספקות באשר ליישומה בהקשר של ישראל. לפי גישתו, כדי לסטות מעקרון "הרוב קובע" אין די בהחלטה של הרוב לסטות ממנו, אלא נדרש הליך מיוחד והכרה בסמכות מיוחדת – הסמכות המכוננת. החובה לכבד את זכויות האדם היא נורמה חוקתית רק אם היא חלק מן החוקה הכתובה, וחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא בעל מעמד חוקתי רק אם לכנסת הסמכות לכונן חוקה כתובה והיא הפעילה אותה בחקיקת חוק היסוד. ואכן, לשיטתו של הנשיא ברק, חוקי היסוד הם החוקה הכתובה של ישראל.[4] אפשרות אחרת, גישתו של הנשיא שמגר, היא שחוקי היסוד *אינם* חוקה. לפי גישה זו, כדי לסטות מעקרון "הרוב קובע" כל מה שנדרש הוא ביטוי לכוונתה של הכנסת לעשות כן. אין צורך לשם כך בהפעלת סמכות מכוננת, כלומר אין נחוצה קביעה שהנורמה שבה מדובר היא חלק מן החוקה הכתובה. בהתאם לכך, לאור תוכנם, חוקי היסוד הם בבחינת "חקיקה חוקתית", כלומר חקיקה שבה הכנסת כובלת את כוחה שלה, אך הם אינם החוקה הכתובה של ישראל.[5] מפתיע אולי להיווכח, כי אין עדיין הכרעה ברורה בפסיקה בשאלה יסודית זו. יש בפסיקה אמירות שמהן עולה שאין לישראל חוקה כתובה, תוך אימוץ משתמע של גישתו של הנשיא שמגר,[6] ויש אמירות הפוכות, ברוח גישתו של הנשיא ברק;[7] אך קשה להסיק מכך

"מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט'" **מאזני משפט** ה 125 (2006). ראו גם Gary Jeffrey Jacobsohn, Apple of Gold: Constitutionalism in Israel and the United States 48-52, 225-227 (1993).

4 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, פס' 54 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) ברק: "הכנסת היא בעלת סמכות מכוננת. מכוחה היא העניקה חוקה לישראל. היא עשתה כן פרקים פרקים, על פי 'החלטת הררי'. כל אחד מחוקי היסוד הוא פרק בחוקתה של מדינת ישראל... אכן, יש למדינת ישראל חוקה. אלה הם חוקי היסוד". ברק חזר על כך לא אחת. ראו למשל, אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 78 (2004): "כמו לכל מדינה, גם לישראל יש חוקה מטריאלית. האם יש לישראל חוקה פורמאלית? האם ישראל היא דמוקרטיה חוקתית? תשובתי לשאלות אלה הנה בחיוב. לישראל יש חוקה פורמאלית – הלא הם חוקי היסוד".

5 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, פס' 66 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') שמגר.

6 ראו למשל, דנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' שמש**, פ"ד סה(2) 377, פס' 31 לפסק דינו של השופט דנציגר (2012): "המאפיין את התפתחות זכויות האדם בשיטתנו המשפטית, לאור העיכוב בהשלמת מפעל חוקי היסוד בהתאם להחלטת הררי... הוא היעדר חוקה כתובה".

7 ראו למשל, בג"ץ 3132/15 **יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל**, פס' 7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 13.4.2016): "חוק יסוד: הממשלה, כמו־גם חוקי היסוד האחרים אצלנו, הם פרקים בחוקה העתידית שלנו. פרשנותם מבוססת בראש ובראשונה על הטקסט הכתוב, זאת מתוך הנחה שמדובר בחוקה פורמלית (Formal Constitution) ולא בחוקה שאיננה כתובה (Unwritten Constitution), לה כללי עיצוב ופרשנות שונים"; בג"ץ 4908/10 **בר־און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275, פס' 22 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2011): "ניתן

מסקנה חד־משמעית באשר לדוקטרינה המשפטית הנוהגת.[8]

מנחם מאוטנר טען לאחרונה, שגישתו של הנשיא שמגר מבטאת "גישה קונבנציונלית... שאינה מסוגלת לעורר מחלוקת", ולפיכך מוטב היה לו אומצה מפורשות בפסיקה, שכן הדבר היה מונע "הרבה מהעוינות של הקבוצות הדתיות והלאומיות בחברה ובפוליטיקה כלפי בית המשפט... והיה מאפשר לבית המשפט להיות אפקטיבי יותר בהגנתו על הזכויות הליברליות של אזרחי המדינה".[9] לאור התמיכה הרחבה – לפחות בקרב הקבוצות שהוזכרו – בתפיסה שלפיה "הרוב קובע", אני מבין את הדברים כטענה שגישתו של הנשיא שמגר עולה בקנה אחד עם תפיסה של דמוקרטיה הליכית במידה רבה יותר מאשר גישתו של הנשיא ברק. יש לי ספקות באשר לסבירותה של ההערכה הסוציולוגית, דהיינו באשר להשפעה המיוחסת להנמקה שהשופטים מספקים להכרעותיהם על נכונות הציבור ונבחריו להסכים לביקורת שיפוטית שנתפסת כגורעת מאינטרסים שלהם; אך אני מבקש להתמקד כאן במישור הנורמטיבי של הדברים.

עמדתי שונה מעמדתו של מאוטנר בשני היבטים עיקריים. ראשית, גישתו של הנשיא שמגר אינה מתאימה כלל לתפיסה של דמוקרטיה הליכית, שלפיה כוחו של הרוב הוא בלתי־מוגבל. היבט מרכזי בתפיסה זו הוא העמדה שהרוב יכול לסטות מן העיקרון בדבר "הרוב קובע" רק בדרך של כינון חוקה כתובה, בהליך שמקיים שורה של דרישות מקובלות. ויתור על הטענה שחוקי היסוד הם חוקה כתובה אינו פותר דבר, שהרי הוא שומט את היסוד גם תחת הטענה שלכנסת הסמכות לקבוע "חקיקה חוקתית". שנית, ובזה העיקר, אני סבור שההסבר העדיף לגישותיהם של כלל השופטים בעניין **בנק המזרחי** הוא הפוך מן ההסבר שתואר: אין מדובר בהכרעה שיפוטית שנועדה לבסס את קיומה של החובה לכבד זכויות אדם במסגרת התפיסה בדבר דמוקרטיה הליכית, אלא בעמדה הדוחה מיניה וביה תפיסה זו והמאמצת תחתיה תפיסה בדבר דמוקרטיה ליברלית, שלפיה כוחה של הכנסת מוגבל מכוח התכלית לשמה הוענקה לה סמכות החקיקה.

הנשיא שמגר והנשיא ברק גם יחד, וכך גם הפסיקה שבאה בעקבותיהם (מלבד חריגים מעטים, שהבולט שבהם הוא פסק הדין בעניין **קוונטינסקי**[10]), אומנם הכירו בכך שכדי להחיל ביקורת שיפוטית על חוק – כך למשל משום שהוא פוגע בזכויות אדם – נדרש עיגון בחוק

לומר שחוקי היסוד השתרשו בתרבות המשפטית ובמסורת הפוליטית והציבורית שלנו כחלק מחוקת המדינה".

8 מנחם מאוטנר טוען, מבלי לפרט, כי "מהבחינה הדוקטרינלית, בשנים שלאחר פסק דין **בנק המזרחי** אימץ בית המשפט העליון את עמדתו של שמגר ודחה את עמדתו של ברק... ונמנע בעקביות מלטעון שהוא מפעיל חוקה הקיימת כביכול במשפט הישראלי": מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו** 118 (2019) (להלן: מאוטנר **הליברליזם בישראל**). לגישה דומה, ראו רבקה וייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטי של חוקת הכלאיים הישראלית" **עיוני משפט** לח 501, 514–515 (2016).

9 מאוטנר **הליברליזם בישראל**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 183, 185.

10 בג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 6.8.2017), שם נשלל תוקפו של חוק בשל אי־תקינות הליכי החקיקה, אף שהנורמה שהופרה שם – אשר אופיינה כחובה לאפשר לחברי הכנסת "זכות השתתפות" נאותה בהליכי החקיקה – אינה מעוגנת בחוק יסוד. ההכרעה במקרה זה לא התבססה (לפחות לא ישירות) על טענה לפגיעה בזכות אדם.

יסוד של הנורמה החוקתית אשר נטען שהופרה. זוהי המחלוקת המרכזית בינם לבין גישתו הידועה של השופט חשין, אשר סבר שאין צורך בעיגון שכזה.[11] אך ההימנעות מאכיפה שיפוטית של חובתה של הכנסת לכבד זכויות אדם, עד לעיגון החובה הזו בחקיקה בשנת 1992, לא נבעה מכך שהנורמה הבסיסית של ישראל היא דמוקרטיה הליכית. היא נבעה מן העמדה, שלצורך אכיפה שיפוטית כאמור נדרשת מידה מספקת של *הכשר ציבורי* לכך, כלומר תמיכה ממשית בקרב המערכת הפוליטית ובציבור בכללו בחובתן של רשויות השלטון לכבד נורמות מסוימות; היא נבעה מן ההערכה, שבהיעדר עיגון נרחב מספיק בחקיקה לחובה לכבד זכויות אדם, לא הייתה מידה מספקת של הכשר ציבורי למהלך שכזה. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו לא יצר את החובה המוטלת על הכנסת לכבד זכויות אדם. חוק היסוד רק מבטא את הסכמתה של הכנסת לקיומה של חובה שכזו. הסכמת הכנסת אינה יוצרת את החובה הזו, אלא רק תורמת להענקת ההכשר הציבורי לאכיפה שיפוטית שלה. הסכמת הכנסת דומה לעניין זה למעמדו של "מנהג חוקתי" בהקשרים אחרים: המנהג מבסס הכשר ציבורי לאכיפת חובה לנהוג בדרך מסוימת (כך למשל, להבטיח ייצוג לאופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים),[12] אך ההצדקה המהותית להכרה בחובה זו נובעת מטיעונים מוסריים. כאן טמון ההבדל בין שתי התפיסות: בתפיסה של דמוקרטיה הליכית ההסכמה יוצרת את הנורמה החוקתית, ולכן אפיון הליך החקיקה, כלומר הבירור אם התקיימו התנאים הנחוצים לכינון חוקה כתובה או לא, הוא מכריע. לעומת זאת, בתפיסה של דמוקרטיה ליברלית ההסכמה אינה נחוצה לכינון הכשר נורמטיבי, כלומר להצדקה המוסרית לקיום החובה; הצדקה זו נובעת ממקור אחר. הסכמת הכנסת נחוצה רק מטעמים של סדר שני, של הענקת הכשר ציבורי לאכיפת החובה בדרך של ביקורת שיפוטית, ולכן אפיון הליך קביעתה של הנורמה החקוקה הוא משני ואינו מכריע.[13]

---

11 ראו למשל, בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, פס' 28 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (2006) (להלן: בג"ץ 6427/02): "סמכותה המשפטית, החברתית והמוסרית [של הכנסת] לחוקק חוקים ולקבוע הסדרים ראשוניים שואבת את כוחה מעיקרי הדמוקרטיה ומן ההסכמה החברתית השוררים בחברה. עיקרים אלה והסכמה זו מתירים לכנסת לפעול בתוככי גבולות הדמוקרטיה עד אשר תמלא תקופת כהונתה כפי שנקבעה בחוק.... אין בסמכותה של הכנסת לשלול את זכויות היסוד של האדם"; בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פס' 39 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (2006): "במדינות כישראל, שאין בהן חוקה פורמלית ומפורטת... נגזרות זכויות־היסוד של הפרט מערכי־היסוד עצמם, ומטבע הדברים מוגבלות הן לערכי־יסוד ואין הן פורשות עצמן על הסדרים פרטיקולריים שאינם אוניברסליים, הסדרים שאפשר מצאו מקומם בחוקות פורמליות".

12 לדיון בסוגיה זו, ראו למשל בג"ץ 4956/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 20.8.2020).

13 ראו, ברוח זו, יוסף אדרעי "מהפכה חוקתית: האמנם?" **משפט וממשל** ג 453, 456 (1996): "עוצמתן המוסרית והחברתית של זכויות האדם אינה נשאבת מטקסט חוקתי; היא נובעת מעצם הזכויות, מעצם השקפת החברה כחברה דמוקרטית, מעצם ההכרה בזכויות האדם כזכויות טבעיות". רבקה וייל אפיינה תפיסה מסוג זה כ"יסודנות", והציעה דיון ביקורתי בה: רבקה וייל

איני מתיימר לספק מענה חד־משמעי על השאלה, אם פסקי הדין של הנשיא שמגר מזה ושל הנשיא ברק מזה נועדו להצדיק את ההכרה במעמד החוקתי של החובה לכבד זכויות אדם במסגרת דמוקרטיה הליכית או ליברלית. יש קביעות שאפשר לפרשן כביטוי לעמדה שלפיה הנורמה הבסיסית של ישראל היא מוסדית, כלומר הכרה בסמכותה של הכנסת לכבול את עצמה (מכוח סמכותה הבלתי־מוגבלת או מכוח סמכותה המכוננת), במסגרת תפיסה של דמוקרטיה הליכית. אך חלק מרכזי בהנמקות של הנשיאים שמגר וברק עוסק בתוכנו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, כלומר בחשיבות המיוחדת של הנורמה הספציפית שבה מדובר כאן – החובה לכבד זכויות אדם – באופן שמלמד שלשיטתם הנורמה הבסיסית של ישראל היא מהותית, במסגרת תפיסה של דמוקרטיה ליברלית. האפשרות שביסוד המהפכה החוקתית מונחת תפיסה של דמוקרטיה ליברלית מסייעת להסביר את ההימנעות של בית המשפט מלהכיר במעמד החוקתי של חוקי היסוד בטרם נחקק חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. אך העניין העיקרי של חיבור זה אינו במתן הסבר פוזיטיבי לשאלה, מהי התפיסה שהנחתה את השופטים בהכרעתם ומה הם ביקשו להשיג בבחירה בדרך הנמקה זו או אחרת. העניין העיקרי הוא בשאלה איזו משתי הגישות – דמוקרטיה הליכית או דמוקרטית ליברלית – עומדת ביסוד הנורמה הבסיסית של מדינת ישראל.

בחינה זו חשובה לשני עניינים לפחות: האחד, שכבר הוזכר, הוא השאלה אם האכיפה השיפוטית של חובתה של הכנסת לכבד זכויות אדם (ונורמות חוקתיות אחרות) היא מוצדקת. אם הנורמה הבסיסית היא דמוקרטיה הליכית, יש טעם רב בביקורת על ההלכה בעניין **בנק המזרחי** על גוניה השונים, שעיקרה הקושי בקביעה שרק אחרי חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו כל חוקי היסוד הפכו לפתע – ועוד למפרע – להיות החוקה הכתובה של ישראל (או שהם בעלי מעמד חוקתי), מעמד שנשלל מהם עד אז. לעומת זאת, אם הנורמה הבסיסית היא דמוקרטיה ליברלית, ההצדקה של ההלכה בעניין **בנק המזרחי** היא חד־משמעית. לכן הכרעה בשאלה מהי הנורמה הבסיסית של ישראל היא בלתי־נמנעת. העניין האחר שבו יש חשיבות להכרעה זו הוא הסוגיה של גבולות כוחה של הכנסת לקבוע הסדרים בחוק יסוד. סוגיה זו מעסיקה לאחרונה לא מעט את בית המשפט, על רקע תיקונים מעוררי מחלוקת לחוקי היסוד ועל רקע חקיקת חוק־יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, שתוכנו עומד בסתירה לחובה להתייחס לכל האזרחים כאל שווים. אימוץ תפיסה של דמוקרטיה הליכית, שלפיה יש לראות בחוקי היסוד חוקה כתובה, יוצר קושי ניכר בהחלת ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד. לעומת זאת, במסגרת דמוקרטיה ליברלית, סוגיה זו אינה מתעוררת במלוא עוזה. הכרה בכך שחוקי היסוד הם רק "מעין חוקה"[14] – שהרי זה כל מה שנחוץ להשגת ההכשר הציבורי להכרה שחובה על הכנסת לכבד את זכויות האדם – מאפשרת להחיל מידה רבה יותר של ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד עצמם, מעבר למקובל במסגרת ביקורת שיפוטית על חוקה כתובה ממש. הדוקטרינה שפותחה לאחרונה בפסיקה בדבר שימוש לרעה בכותרת

"עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטי של חוקת הכלאיים הישראלית" **עיוני משפט** לח 501, 553–567 (2016).

14 ראו עניין **בר־און**, לעיל ה"ש 7, פס' א לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין: "מצויים אנו בעידנים מתמשכים של 'מעין חוקה' – חוקי היסוד – מזה, לרבות ביקורת שיפוטית חוקתית... ומנגד מזה, זילות חוקי היסוד משל היו 'תכנית כבקשתך'".

"חוק־יסוד", כמו גם הצעות שהוצעו בנושא בספרות, עולות בקנה אחד עם התזה שהנורמה הבסיסית היא דמוקרטיה ליברלית, אשר אימוץ מפורש שלה מצדיק ביקורת שיפוטית גם על חקיקת חוקי יסוד.[15]

סדר הצגת הדברים הוא זה: תחילה תוצג תזה בדבר אופן הקביעה מהי החוקה. הטיעון העיקרי הוא, שאף שלעמדת הכנסת ולעמדת הציבור משקל חשוב לעניין זה, בסופו של דבר הכרעה מוסרית באשר לשאלה מהי הנורמה הבסיסית *הרצויה* היא בלתי־נמנעת. יתרת הדיון מוקדשת לבחינה זו, ועיקרה הטענה שדמוקרטיה הליכית, שבה כוחו של הרוב אינו מוגבל, אינה מוצדקת, ושיש להכיר בקיומן של נורמות חוקתיות שמגבילות את כוחן של רשויות השלטון ובכללן הכנסת. בצד זאת, אף שהמעמד החוקתי של המגבלות על כוחו של השלטון נובע מעקרונות מוסריים, בהיעדר אימוץ מפורש או משתמע של המגבלות בידי הרוב או נציגיו עלול להתעורר קושי בזיהוי תוכנן של הנורמות החוקיות או באכיפה על רשויות השלטון לציית להן. שיקולים מסדר שני מסוג זה מוליכים למסקנה, שאף שחוקה כתובה במובנה המקובל אינה תנאי הכרחי להכרה בקיומן של נורמות חוקתיות באופן כללי, נורמות הן בעלות מעמד חוקתי רק אם יש לכך עיגון סביר בחקיקת הכנסת או בפרקטיקה של רשויות השלטון ("מנהג חוקתי"). בעקבות זאת מוצע דיון בסוגיה של הגבלת כוחה של הכנסת לקבוע הוראות בחוקי יסוד.

א. קביעת תוכנה של החוקה

הנורמה הבסיסית היא אוסף העקרונות שממנו נובעות הסמכויות של רשויות השלטון. זוהי התשתית שמעניקה תוקף להחלטות של נושאי המשרה ולחובה לציית להן, והיא אשר תוחמת את גבולות הסמכות של רשויות השלטון.[16] הנורמה הבסיסית היא נקודת ההתחלה של השיטה המשפטית; לפיכך היא מקור התוקף של החוקה הכתובה – ככל שהיא קיימת – והיא אשר קובעת אם יש נורמות שהן בעלות מעמד חוקתי אף שאינן מעוגנות בחוקה כתובה.[17]

הדילמה היא כיצד מכריעים בשאלה מה תוכנה של הנורמה הבסיסית, ובכלל זה אם היא כוללת נורמות חוקתיות או שהיא רק מוסדית במהותה, דהיינו רק קובעת *מי* מוסמך לקבוע נורמות שכאלה. התשובה המתבקשת, שלפיה הציבור קובע מה תוכנה של הנורמה הבסיסית, אינה מספיקה. גם אם התשובה על השאלה מהי הנורמה הבסיסית היא "הרוב קובע", אין נובעת מכך המסקנה שזו התשובה הנכונה *משום* שכך רוצה הרוב. ראשית, הרי הנחת היסוד של הדיון היא שאין חוקה כתובה, שבה ניתן ביטוי לעמדת הציבור בשאלת גבולות הסמכות של רשויות השלטון. איננו יודעים אם הרוב סבור שהנורמה הבסיסית היא (או צריכה להיות) "הרוב קובע", שהרי אין חוקה כתובה והרוב לא אמר דבר. שנית, וזה העיקר, גם אילו היה אפשר להניח שהרוב סבור שהתשובה הנכונה על השאלה מהי הנורמה הבסיסית היא "הרוב קובע", חסרה עדיין תשובה על השאלה מדוע הרוב הוא שבידיו צריך להיות הכוח לקבוע מהי הנורמה הבסיסית. בהיעדר חוקה כתובה, ההנחה היא שאין הסדר

15 ראו להלן פרק ו.

16 ראו למשל, Ruth Gavison, *What Belongs in a Constitution?* 13 Const. Pol. Econ. 89 (2002).

17 ראו למשל את המקורות שהוזכרו לעיל בה"ש 1.

מוסכם באשר לשאלה איזה רוב – או הסדר הליכי אחר כלשהו – נחוץ כדי לקבוע מהי הנורמה הבסיסית. הקביעה שהחוקה היא "מה שרוב הציבור חושב שהיא החוקה" עלולה להיות בבחינת הנחת המבוקש.

נחוצה הנחת יסוד כלשהי, שתוקפה אינו מותנה בעמדות של הפרטים בחברה.[18] האקסיומה היסודית של שיטת המשטר הדמוקרטית היא המחויבות להתייחס אל כל בני האדם – או לפחות אל כל חברי הקהילה הפוליטית הרלוונטית – כאל שווים, ולכבד את חירויותיהם ואת האוטונומיה שלהם. תוקפה של הנחת יסוד זו נובע מטיעונים שעניינם מוסר תבוני, ובכללם טיעונים באשר לתנאים שבהם ישנה חובה (מוסרית) לציית לחוק ולמעשים שלטוניים אחרים.[19] הנחת יסוד זו אינה מבוססת על כך שהפרטים בחברה מסכימים לה, והיא עומדת בעינה גם אם יש בחברה מי ששוללים את העיקרון שלפיו יש להתייחס לכל בני האדם כאל שווים ואת שאר עקרונות היסוד של הליברליזם. מתוך הנחת היסוד הזו נובעות אמות המידה שלפיהן יש להכריע מה תוכנה של החוקה או של הנורמה הבסיסית.

אמות המידה לאפיון הנורמה הבסיסית, שהחלתן מבטאת כיבוד האוטונומיה של הפרטים והחובה להתייחס אליהם כאל שווים, הן בעיקרן משני סוגים. ראשית, הנורמה הבסיסית נלמדת מתוך הפרקטיקה הנוהגת בידי רשויות השלטון עצמן. חקיקת הכנסת ומדיניות הממשלה מבטאות את התפיסה של נבחרי הציבור ושל נושאי המשרות השלטוניות בדבר תוכנה של החוקה. לכך נוספת התרבות הפוליטית הנוהגת, כלומר התפיסות המקובלות בציבור בדבר שיטת המשטר, גבולות כוחו של השלטון, ה"זהות החוקתית" של המדינה וכדומה. המקורות ליישום אמת המידה הזו לקביעת תוכנה של החוקה הם נתונים אמפיריים. עניינה בחינה של עמדת נבחרי הציבור ושל תפיסות העומק של החברה באשר לשאלה מה תוכנה של החוקה. הסתמכות זו על עמדת הציבור מבטאת כיבוד – במידה הגדולה ביותר האפשרית – של זכותם של הפרטים בחברה להשתתף באופן שווה בהכרעה החברתית הבסיסית ביותר, בדבר "כללי המשחק" בחברה שבה הם חיים. אולם בכך אין די.

עמדת הרוב אינה גורם בלעדי בקביעת תוכנה של הנורמה הבסיסית, לפחות אם אין חוקה כתובה. הטעמים לכך דומים לטעמים, שיפורטו בהמשך, שבגינם הכרעת הרוב אינה האמצעי המיטבי להכרעות בסוגיות חברתיות "רגילות". בתחומים שבהם הכרעת הרוב באשר לתוכן הראוי של הנורמה הבסיסית אינה צפויה להניב הגנה מיטבית על זכויות האדם, אין מקום להעניק להכרעה זו של הרוב משקל מכריע. הטעם לכך הוא שזכותו של כל אדם להשתתפות שווה בהכרעות חברתיות, ובכלל זה בהכרעה מה תוכנה של הנורמה הבסיסית, אינה עדיפה בהכרח על זכויות אחרות שנועדו להגן על הפרט מפני כוחו של הרוב. משמעות הדבר היא, שלצד ההכרח להתחשב בזכות ההשתתפות השווה לעניין אפיון תוכנה של הנורמה הבסיסית, יש להתחשב גם בשיקולים שעניינם הקביעה מה ראוי שיהיה תוכנה של נורמה

18 ראו, ברוח דומה, את עמדת הנשיא ברק בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, פס' 5: "כדי [לכונן חוקה] נדרשת... נקודת אחיזה ארכימדית, המצויה מחוץ לחוקה או לחוק, אשר מעניקה... את הסמכות לכונן חוקה". עם זאת לשיטתו של ברק (שם), "נקודת האחיזה [של החוקה] צריכה לינוק עצמה מהעם, אשר הריבונות שייכת לו".

19 ראו למשל, JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 3-10 (Rev. ed., 1999); RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY 11-21 (2000); **חיים גנז ציות וסירוב: אנרכיזם פילוסופי וסרבנות פוליטית** 87–105 (1996).

זו. אלה הם שיקולים שעוסקים בשאלה אילו כללי הכרעה ואילו נורמות חוקתיות יבטיחו במידה המרבית שהשלטון יפעל למימוש התכלית אשר לשמה הוענקו לו סמכויות שלטוניות. השיקולים הללו עשויים להוביל למסקנה, שהנורמה הבסיסית הרצויה – באופן גורף או בנושאים מסוימים – היא "הרוב קובע". אולם מסקנה זו לא תהיה מבוססת – לפחות לא בלעדית – על כך שהרוב עצמו מעדיף שזה יהיה תוכנה של החוקה (אם זו אומנם עמדתו); היא תנבע מכך שדיון מוסרי־תבוני הוביל למסקנה שזהו כלל ההכרעה הרצוי.[20]

לפיכך לפי המתווה המוצע כאן, פרשנות מסוימת באשר לתוכנה של הנורמה הבסיסית היא תקפה – או במינוח מקובל זוכה למידה מספקת של *"הכשר דמוקרטי"* – אם יש לה עיגון סביר בכל אחד משלושת המקורות הבאים: המקור המשפטי־הפורמלי (חקיקת הכנסת), המקור החברתי־סוציולוגי (תפיסות העומק של החברה) והמקור המוסרי (הערכה ביקורתית).[21] ברוח גישתו של רונלד דבורקין בדבר אפיון ה"תיאוריה" שמסבירה בצורה הטובה ביותר את המשפט הקיים,[22] זהו שילוב בין בחינה אמפירית במהותה – "מלמטה למעלה" – בדבר אפיון הנורמה הבסיסית מתוך החקיקה, הפרקטיקה הפוליטית הנוהגת ותפיסות הציבור, לבין בחינה נורמטיבית – "מלמעלה למטה" – שעניינה קביעת תוכנה של הנורמה הבסיסית לפי בחינה מה ראוי וצודק, בחינה שנועדה לעצב את הפרקטיקה. בתמצית, הטיעון הוא שהחוקה או הנורמה הבסיסית אינה עניין אמפירי גרידא; היא עניין שהוא גם נורמטיבי במהותו.

יש להכיר בכך שההתבססות על התפיסות הנוהגות, כלומר על אמות המידה האמפיריות לקביעה מהי הנורמה הבסיסית, מעוררת קשיים ניכרים. תפיסת הדמוקרטיה של החברה בישראל אינה מעוצבת בחלל ריק, אלא מושפעת במידה רבה מן הפרשנות השיפוטית באשר לתוכנה של הנורמה הבסיסית ומתפיסתן של רשויות השלטון עצמן בעניין זה. זאת ועוד, מי

---

20 סוגיה זו עמדה במחלוקת בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בין השופט חשין לנשיא ברק. השופט חשין ביקר את הכרעת הרוב שם, כי החובה לכבד את זכויות האדם היא נורמה חוקתית שמגבילה את סמכות החקיקה של הכנסת, בקביעה כי זוהי הכרעה המבוססת בעיקרה על הבחינה מהי הנורמה הבסיסית הרצויה ולא מהו המצב המשפטי הקיים: "קשה להימנע מהתרשמות כי [השופטים הנמנים עם עמדת הרוב] כך הם אומרים: לכנסת סמכות לחוקק חוקה כי ראוי שתהיה בידיה סמכות זו" (שם, בעמ' 526). הנשיא ברק השיב לדברים כך: "אין לקיים דמוקרטיה 'אמיתית' בלא הגבלה על כוחו של הרוב, למען שמירה על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, למען שמירה על ערכי יסוד, שהעיקריים שבהם הם זכויות האדם... ביקשנו לתת לעצמנו חוקה, אשר תגביל את כוח הרוב כדי לקיים ערכי יסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית... עד כדי כך עמוקים וחשובים הם ערכי היסוד וזכויות האדם, עד ששופטים במדינות שונות מוכנים – ללא כל טקסט חוקתי – לשלול כוחו של פרלמנט לפגוע בערכי יסוד... אנו, אין לנו צורך להרחיק לכת. יש לנו טקסט חוקתי. יש לנו היסטוריה לאומית של הכרה בערכי יסוד העומדים מעל לחקיקה הרגילה. כל שנדרש הוא הכרה שיפוטית בחוקתיות [של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו]. הכרה זו אנו נותנים לו כיום" (שם, פס' 47).

21 לדיון בגישה זו, ראו למשל Jack Balkin, Living Originalism 64-73 (2011); Richard H. Fallon Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 Harv. L. Rev. 1787 (2005).

22 Ronald Dworkin, *Hard Cases*, 88 Harv. L. Rev. 1057 (1975).

שעמדותיהם בסוגיות המרכזיות זהות לעמדת הרוב עלולים להעדיף – על יסוד אינטרסים צרים – לאפיין את שיטת המשפט כמבטאת דמוקרטיה הליכית. חשש זה הוא מובהק בחברה כמו החברה הישראלית, שיש בה קבוצת מיעוט לאומית־אתנית. בדומה לכך תיתכן טענה, שהתמיכה בעמדה שהנורמה הבסיסית כוללת מגבלות על כוחו של הרוב מבוססת על חששם של מי שמחזיקים בעמדה זו שעמדותיהם בנושאים מרכזיים הן עמדות מיעוט בחברה, והקביעה שמוטלות מגבלות על כוחו של הרוב אינה אלא דרך לחזק את השפעתם הפוליטית.[23] נדרשת הצדקה שתהיה תקפה גם מאחורי "מסך בערות", כלומר בתנאים שבהם אדם אינו יודע אם עמדתו היא עמדת הרוב או עמדת המיעוט בחברה.[24]

חרף זאת, יש שיקולים שמחייבים להעניק משקל ממשי גם לאמות המידה האמפיריות – לעמדת הכנסת והממשלה מזה ולעמדת הציבור בכללו מזה – בקביעה מה תוכנה של החוקה או של הנורמה הבסיסית. יש לכך לפחות שני טעמים. בתחומים מסוימים הטעם לכך הוא ההכרה בזכות ההשתתפות השווה. לזכות זו משקל משמעותי בתחומים שבהם הבחינה המוסרית – ובעקבותיה הנורמה הבסיסית – קובעת רק מתחם של הסדרים, שכל אחד מהם יכול לשמש נורמה חוקתית. לאור זאת שיש מקום להפעיל שיקול דעת בבחירה בין החלופות הללו, ראוי להעניק בעניין זה משקל ניכר לזכות ההשתתפות השווה, ולפיכך להכרעותיו המפורשות או המשתמעות של הרוב בקביעת תוכנן של הנורמות החוקתיות, ובמקרים מתאימים אף להתנות את ההכרה במעמד חוקתי של נורמה מסוימת בעיגון סביר לכך במקורות האמפיריים. טעם נוסף שבגינו ניתן משקל למקורות פוזיטיביים בקביעת תוכנן של הנורמות החוקתיות הוא הצורך המעשי בתמיכה ציבורית בהחלת ביקורת שיפוטית שנועדה לאכוף מגבלות על כוחו של הרוב. המעמד החוקתי של המגבלות על כוחו של השלטון נובע אומנם מעקרונות מוסריים (הכשר נורמטיבי), אך בהיעדר אימוץ מפורש או משתמע של המגבלות בידי הרוב או נציגיו (הכשר ציבורי), עלול להתעורר קושי מעשי באכיפת הציות לנורמות החוקתיות. פירוט בנושא זה מובא בפרק ה בהמשך. קודם לו דיון בהחלת אמת המידה הנורמטיבית: מה ראוי שיהיה תוכנה של החוקה?

ב. אמנה חברתית ומשמעות הקביעה שהעם הוא ה"ריבון"

אפיון הנורמה הבסיסית עמד ביסוד הגישות השונות של ההוגים שמזוהים עם תיאוריית האמנה החברתית. אפיון סכמתי של שתי הגישות המרכזיות בעניין זה עשוי לסייע להבהיר את מהות ההבדל שבין דמוקרטיה הליכית לדמוקרטיה ליברלית. נקודת המוצא המשותפת של הגישות השונות היא ההכרה בכך, שתכלית קיומה של סמכות שלטונית היא הגנה על חירויות הפרט. סמכות שלטונית, שמשמעותה הגבלה של חירות הפרט, היא הכרחית כדי לקיים חיים משותפים, כך למשל כדי להשיג מימון ציבורי להגנה על הקהילה ולקידום רווחתה, כדי להבטיח תיאום בין הפרטים בתחומים שבהם הדבר נדרש ובעיקר כדי להגן

23 לטיעונים ברוח זו, ראו למשל מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 299, 347–350 (2008); Ran Hirschl, Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism 50-86 (2004).

24 השימוש במושג זה לשם בחינה מהי תפיסת הצדק (או "תפיסת הטוב") שלפיה יש לפעול מזוהה בעיקר עם כתיבתו של ג'ון רולס. ראו Rawls, לעיל ה"ש 19, בעמ' 118–123.

על הפרטים מפני פגיעה בחופש הפעולה שלהם בידי פרטים אחרים בחברה.[25] התפיסות השונות באשר לתוכנה של החוקה נבדלות ביניהן בשאלה, מה נובע מן ההצדקה הזו לקיומן של סמכויות השלטון: האם נדרש לקבוע חזקה חלוטה שהשלטון יפעל לקידום האינטרס הציבורי ולהגנה על זכויות האדם ולהעניק לו כוח בלתי־מוגבל, או שמא מוטב לנקוט משנה זהירות ולהגביל את כוחו?

לפי גישה אחת, מימוש תכלית קיומה של סמכות שלטונית – קידום רווחת האדם – מחייב לשלול את ההכרה בנורמות חוקתיות שמגבילות את כוחו של השלטון. שני דוברים מובהקים של גישה זו (על אף ההבדלים הניכרים בעמדותיהם) הם תומאס הובס וז'אן ז'אק רוסו. הובס סבר שהסכנה שנשקפת לאדם ב"מצב הטבע", שבו "החירות... לכל אדם להשתמש בכוח שלו, ככל אשר ירצה",[26] מצדיקה ויתור מוחלט של האזרחים על חירויותיהם והפקדת גורלם בידי השלטון, תוך שלילת זכותם שלא לציית להוראות השלטון אפילו אם בפועל אין הוא מגן על חירויותיהם.[27] רוסו אף הוא טען שההצדקה לקיומה של המדינה מחייבת שכל פרט יוותר על "חירותו הטבעית ועל זכותו הבלתי־מוגבלת לכל דבר שנפשו חושקת בו ושיכול הוא להשיגו" כדי לזכות ב"חירות אזרחית", המבטאת התחשבות בזכויותיהם של כלל בני האדם בחברה.[28] לשיטתו, מהותה של האמנה החברתית היא ש"כל אחד מאתנו מפקיד, ביחד עם כל האחרים, את אישיותו ואת כל כוחו ביד ההנהלה העליונה של הרצון הכללי",[29] ולפיכך כוחה של "ההנהלה העליונה", שלפי פרשנות מקובלת מזוהה עם השלטון, אינו מוגבל כלל. לשיטתו של רוסו, "מאחר שאת הריבון מכוננים רק האישים הפרטיים שמהם הוא מורכב, אין לו עניין הנוגד לעניינים שלהם... ולפיכך אין כל צורך בערובות מצד כוח השלטון הריבוני כלפי נתיניו, כי מן הנמנע הוא שהגוף ירצה להזיק לכל אבריו [או] לאחד מהם בפני עצמו".[30] כפי שיפורט בהמשך, בגישות אלה טמונים שורשיה של הדמוקרטיה ההליכית.

הוגים אחרים דגלו בגישה הפוכה, ולפיה ההצדקה להפעלת סמכות שלטונית היא אשר מציבה גם סייגים לכוחו של השלטון. הדובר המובהק של תפיסה זו הוא ג'ון לוֹק, שטען כי כוחו של השלטון מוגבל מכוח החובה לממש את תכלית קיומו – לקדם את רווחת האזרחים.[31] לשיטתו, "אין בידי [הרשות המחוקקת] ואי־אפשר שתהא בידה שליטה שרירותית לחלוטין על חייהם ורכושם של בני העם".[32] ביטוי מאוחר יותר לתפיסה זו נתן ג'ון סטיוארט מיל, בדברים שגם היום, למעלה ממאה וחמישים שנה לאחר שנכתבו, הם אבן היסוד לתפיסה בדבר דמוקרטיה ליברלית:

---

25 ג'ון לוק **המסכת השנייה על הממשל המדיני** 93–97 (יוסף אור מתרגם, 1997).

26 תומס הובס **לויתן: החומר, הצורה והשלטון של קהילייה כנסייתית ואזרחית** 91 (אהרן אמיר מתרגם, 2009). לשיטתו של הובס, במצב הטבע, נדונים בני האדם ל"חיי בדידות, דלים, מאוסים, חייתיים וקצרים" (שם, בעמ' 88).

27 שם, בעמ' 129.

28 ז'אן ז'אק רוסו **על האמנה החברתית** 32 (יוסף אור מתרגם, 1956).

29 שם, בעמ' 26.

30 שם, בעמ' 29–30.

31 לוק, לעיל ה"ש 25, בעמ' 105–106.

32 שם, בעמ' 101. לגישתו, "כל מי שנתונה בידו הסמכות העליונה בקהיליה כל־שהיא... חייב לשוות לנגדו תכלית אחת ויחידה: שלום העם, בטחונו וטובתו הציבורית" (שם, בעמ' 96–97).

> "התכלית היחידה המעניקה לבני המין האנושי, כיחידים או ככלל, את הרשות להתערב בחירותם של אנשים מביניהם לפעול, היא הגנה עצמית; המטרה היחידה אשר למענה אפשר להפעיל כוח בצדק כלפי כל חבר בקהילה מתורבתת בניגוד לרצונו הוא כדי למנוע נזק לאחרים... החלק [היחיד] בהתנהגותו של כל יחיד אשר לגביו הוא חייב בדין־וחשבון לחברה הוא זה הנוגע לאחרים. בחלק הנוגע רק לעצמו, עצמאותו היא מוחלטת, מכוח זכות".[33]

ביסוד הדברים עומדת התפיסה שקיומה של סמכות שלטונית אינו מאיין את החובה המשפטית־חוקתית של השלטון לכבד את זכויות האדם. הזכויות ה"טבעיות" של אדם, שמוקנות לו מעצם היותו אדם, עומדות בעינן גם ב"מצב המדיני", כלומר כאשר מוכר קיומו של שלטון, והחובה לכבד זכויות אלה תוחמת את כוחו של השלטון.

גלגולה המודרני של מחלוקת זו נמצא כאמור בהבחנה שבין דמוקרטיה הליכית לדמוקרטיה ליברלית. לפי הגישה הראשונה – דמוקרטיה הליכית – הסמכות השלטונית היא בידי הרוב בציבור, אשר פועל באמצעות נציגיו שנבחרים בבחירות חופשית הנערכות מעת לעת, ואין להגביל או לסייג סמכות זו באופן מוסדי. האופי הליברלי של המשטר מובטח באמצעות ההליך שלפיו נבחרים נושאי המשרות השלטוניות ומוחלטות החלטות – הכרעת הרוב. ביסוד תפיסה זו נמצאת ההערכה שהגבלה מוסדית של כוחו של השלטון אינה רצויה, בשל החשש שיישום ההגבלה ימנע מן השלטון למלא את ייעודו. לפי גישה זו, הגבלת השלטון אף איננה נחוצה, משום שההליך הדמוקרטי מאפשר לציבור לפקח על השלטון, ואין צורך בהטלת הגבלות משפטיות על כוחו. לעומת זאת, הגישה השנייה – דמוקרטיה ליברלית – מכירה בסמכותו של השלטון להפעיל שיקול דעת, אך שוללת את התפיסה שיש לתת אמון מוחלט בנציגי הציבור וברוב עצמו. המשך הדיון מוקדש לבחינת הטעמים שביסוד כל אחת משתי התפיסות הללו, ולהצגת ההשלכות של כל אחת מהן על אופן זיהוין של הנורמות שיש להן מעמד חוקתי.

ג. דמוקרטיה הליכית וחוקה כתובה

דמוקרטיה הליכית היא תפיסה שלפיה הנורמה הבסיסית היא הכלל בדבר *שלטון הרוב*. לפי תפיסה זו, דמוקרטיה היא שיטת משטר שקובעת כלל הכרעה דיוני (פרוצדורלי) בלבד. תמיכת הרוב בחוק כלשהו, שניתן לה ביטוי בדרך של חקיקתו בידי נבחרי הציבור, היא הבסיס להכרה בתוקפו של החוק. החובה לכבד את זכויות האדם, עקרון הפרדת הרשויות ונורמות נוספות שעוסקות ברשויות השלטון נועדו לסייע בהערכה פוליטית וציבורית של פעילות הממשלה, אך כיבוד נורמות אלה אינו תנאי להכרה בתוקף המחייב של מעשי השלטון. הנורמות הללו אינן חלק מן הנורמה הבסיסית, והן אינן מגבילות משפטית את כוחו של השלטון. לפי גישה זו, המשפט החוקתי בכלל והביקורת השיפוטית בפרט אינם אמורים לעסוק בהערכה אם החוקים שהכנסת מחוקקת והמדיניות שהממשלה קובעת הם ראויים, כך למשל אם הפגיעה בזכויות אדם שחוק גורם היא מוצדקת. ההכרעה אם החלטה שלטונית כלשהי תקפה מבוססת רק על הקביעה אם ההליך שבו התקבלה ההחלטה הוא

33 ג'ון סטיוארט מיל **על החירות** 53–54 (עפר קובר מתרגם, 2006).

הליך ראוי,[34] ומוחלת חזקה חלוטה שההליך הדמוקרטי – חקיקת חוקים בידי מי שנבחרים לתקופה קצובה בידי הציבור בבחירות חופשיות – מקיים את הדרישה הזו להליך ראוי. משמעות הדבר היא שהרוב בבית המחוקקים הוא כול יכול, וכוחו מוגבל רק מכוח הגבלות שהרוב בחר להטיל בדרך של כינון חוקה כתובה.

1. הצדקות עיקריות לתפיסה בדבר דמוקרטיה הליכית

מהו הבסיס לקביעה שהנורמה הבסיסית היא "הרוב קובע"? מדוע דמוקרטיה צריכה להתפרש כדמוקרטיה הליכית דווקא? כאמור, גם אם העמדה שהשיטה הדמוקרטית משמעותה ש"הרוב קובע" זוכה לתמיכת רוב הציבור, אין די בכך כדי להצדיק את הקביעה שכוחו של הרוב – כלומר כוחה של הכנסת – הוא בלתי־מוגבל, שהרי הסוגיה העומדת לדיון היא מהו כוחו של הרוב עצמו. לצד הערכה מהן תפיסות העומק של החברה בישראל נדרשת גם הצדקה נורמטיבית־מוסרית לקביעה ששיטת המשטר הראויה היא דמוקרטיה הליכית.

קל יותר להצדיק את העמדה שלפיה בהנחה שהשלטון צריך להיות כול יכול, משום שיש בכך צורך כדי למלא את ייעודו לקדם רווחה חברתית ולהגן על זכויות האדם, מוטב שהשלטון יהיה בידי העם, כלומר שהכרעות שלטוניות יתקבלו בדרך של הכרעת הרוב. בתחומים שבהם סמכותו של השלטון היא בלתי־מוגבלת ובכוחו להפעיל שיקול דעת, מוטב שהסמכות תופקד בידי נבחרי ציבור ולא בידי גורם ריכוזי כלשהו, שאינו נבחר בידי הציבור. מנקודת מבט תוצאתנית, מסירת סמכות ההכרעה לציבור באמצעות נבחריו מגדילה את הסיכוי שההכרעות יהיו למטרות ראויות של קידום הרווחה החברתית ושל הגנה על זכויות האדם, לעומת התוצאה הצפויה כאשר סמכות ההכרעה היא בידי גורם שאינו נבחר. דרך הכרעה זו מגדילה את הסיכוי שבעלי הסמכות יקדמו את האינטרס הציבורי. בחירתם נעשית בידי הציבור, והיא מבוססת – לפחות בחלקה – על הערכת כישוריהם והתאמתם לתפקיד. ניתן לצפות לפיקוח ציבורי על נציגי הציבור עקב כך שהם נבחרים לתפקידם לזמן קצוב, ובחירתם מחדש צפויה להיות מושפעת מהערכת האופן שבו הם מפעילים את סמכותם. כמו כן, מסירת ההכרעה לציבור באמצעות נציגיו מבטיחה, שבידי הגורם המכריע מידע רב יחסית באשר להעדפות הציבור ולאינטרסים שלו. הכרעה באמצעות נציגי הציבור גם מאפשרת לנציגים להתקשר בהסכמים, שלפיהם ניתנת עדיפות לעמדה של קבוצה אחת בתחום שחשוב לה במיוחד, בתמורה להעדפת האינטרסים של קבוצה אחרת בתחום אחר, בצורה שמבטיחה הגשמה רבה יחסית של העדפות הפרטים בחברה.[35] לכך נוספת גם הצדקה המבוססת על נקודת מבט דאונטולוגית, שעניינה זכות ההשתתפות השווה. הכרעות חברתיות אמורות להתקבל בדרך שתבטא התייחסות אל כל בני האדם כאל שווים. משמעות הדבר היא, שיש להעניק לכל הפרטים בחברה אפשרות להשפיע על ההכרעות החברתיות. כפי שניסח זאת מייקל וולצר, "If the law is to bind them as free men and women, they must also be its makers".[36] דרך ההכרעה שמבטיחה במידה המרבית האפשרית כיבוד של זכותם

34 במינוח שטבע ג'ון רולס, זוהי תפיסה בדבר "צדק פרוצידוראלי טהור". Rawls, לעיל ה"ש 19, בעמ' 73–78.

35 ראו למשל, Robert D. Cooter, The Strategic Constitution 51-78 (2000).

36 Michael Walzer, *Philosophy and Democracy*, 9 Pol. Theory 379, 383 (1981).

השווה של כל הפרטים בחברה להשתתף בהכרעות וכיבוד האוטונומיה שלהם היא ההכרעה המבוססת על עמדת הרוב בקרב נבחרי הציבור. משום כך, בתחומים שבהם השלטון רשאי לפעול מוטב שהסמכות תופקד בידי מי שנבחרים לתקופה קצובה בידי הציבור.

אולם בכך אין די. הצדקת דמוקרטיה הליכית מחייבת להראות, שמאחר שהשלטון הוא בידי העם מוטב שסמכותו תהיה בלתי־מוגבלת. בעניין זה מקובל לטעון שתי טענות עיקריות: טענה אחת היא, שאין צורך בהגבלת כוחו של הרוב; הטענה האחרת היא, שגם אם הגבלת כוחו של הרוב היא רצויה, הרי לאור המחיר שכרוך בכך, שעניינו הפגיעה בזכות להשתתפות שווה בהכרעות חברתיות, מוטב להימנע מכך. אציג בקצרה את שתי הטענות הללו, בטרם אציע דיון ביקורתי בהן.

(א) הטענה שאין צורך בהגבלת כוחו של הרוב

טענה אחת לתמיכה בדמוקרטיה הליכית היא שהטעמים שבגינם הסמכות השלטונית צריכה להיות מסורה לציבור באמצעות נציגיו בכנסת מחייבים גם את הקביעה שאין להכיר בקיומם של סייגים כלשהם על כוחו של הציבור, כלומר על כוחו של רוב. היבט אחד של הטענה הוא תוצאתני, כלומר הערכה של התוצאה הצפויה תחת כל אחת משתי החלופות – הגבלת כוחו של הרוב או הימנעות מכך – בכל הקשור להיקף ההגנה בפועל על זכויות האדם.

לפי הגישה בדבר דמוקרטיה הליכית, התוצאה הצפויה מהחלת התפיסה שכוחו של הרוב אינו מוגבל עדיפה על החלופות לה. האמנה החברתית, שלפיה על השלטון להפעיל את כוחו לקידום האינטרס הציבורי, תוך הגנה על זכויות האדם, היא ביטוי לתפיסות המקובלות בחברה, ויש לצפות לכך שמילוי הוראותיה ייאכף בדרך של ביקורת ציבורית. עמדה זו מבטאת אמונה בחוסנה של החברה ובכוחן של הביקורת הציבורית ושל המסורת הפוליטית להבטיח שהכנסת תפעל בהתאם לתכלית אשר לשמה הוענקה לה הסמכות השלטונית.[37] לעומת זאת, ביסוד גישה זו יש עמדה חשדנית כלפי ביקורת שיפוטית, בשל החשש שבית המשפט יפרש את המגבלות על כוחו של המחוקק ויאכוף אותן בהתאם לעמדתו הפוליטית, ללא הצדקה נאותה לכך.

(ב) הטענה בדבר זכות ההשתתפות השווה

הסמכות לקבוע מהם גבולות כוחו של הרוב היא סמכות שלטונית. מאחר שישנם טעמים טובים להפקיד בידי הציבור את הסמכות השלטונית, ישנם טעמים טובים להפקיד בידיו גם את הסמכות לקבוע מהן – אם בכלל – המגבלות המוטלות עליו בהפעלת כוחו, ולהימנע מלהכיר בקיומן של מגבלות "טבועות" כלשהן על כוחה של הכנסת.[38] הסיבה לכך היא

---

37 לכך מכוונים כנראה דבריו של השופט בך, שנאמרו בהקשר קרוב בפסק דינו בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, פס' 47: "מה יקרה אם נשיא המדינה או ראש הממשלה או השר הנוגע בדבר יסרבו לחתום על חוק שנתקבל בכנסת? ומה אם נשיא המדינה יסרב לחתום על כתב מינוי לשופט?... התשובה הפשוטה לשאלות כאלה היא כי ישנם דברים מסוימים אשר יש להניח כי במשטר דמוקרטי תקין פשוט לא יקרו. ואם חס וחלילה בכל זאת יתרחשו, בצורה בלתי סבירה, גם אז יימצאו פתרונות לכך במשטר דמוקרטי, או במישור השיפוטי או במישור ממלכתי אחר".

38 זהו היפוכו של טיעון ידוע של קרל שמיט, שלפיו הריבון הוא מי שבכוחו לקבוע שמתקיים מצב חריג (מצב חירום), שבו מושעה שלטון החוק וכוחה של הממשלה הופך בלתי־מוגבל.

הכרה במעמד המכריע שיש לייחס, כך הטענה, למה שמכונה זכות ההשתתפות השווה של כל אזרח בהכרעות חברתיות.

נקודת המוצא של הטיעון שלפיו כוחו של הרוב צריך להיות בלתי־מוגבל היא ההכרה בכך, שאין הסכמה חברתית באשר לתוכנן של המגבלות אשר ראוי להטיל על רשויות השלטון. אכן, בעיית היסוד של כל חברה אנושית היא אי־ההסכמה בין חבריה בהיבטים חשובים לחייהם.[39] אי־ההסכמה אינה נובעת רק מתחרות על משאבים מוגבלים ומהתנגשות בין אינטרסים של הפרטים בחברה. חילוקי הדעות מבטאים לא אחת הבדלים בהשקפות עולם יסודיות, במענה על השאלה מהי מערכת הערכים שאמורה להנחות את האדם ואת החברה האנושית, בקביעה מהו מקור התוקף של נורמות מחייבות וכדומה. חילוקי דעות מסוג זה לרוב אינם ניתנים להכרעה בדרך של שכנוע הדדי או בדרך של פשרה. הנורמות שמגבילות את כוחו של השלטון על פי התפיסה בדבר דמוקרטיה ליברלית מבטאות תפיסת צדק מסוימת – עקרונות היסוד של הליברליזם – שאינה זוכה בהכרח להסכמה חברתית רחבה. לשיטתם של תומכי הדמוקרטיה ההליכית, אי־ההסכמה היא טעם מכריע להימנע מהכרה בקיומן של הגבלות מסוג זה על סמכויות השלטון. על יסוד כך טוענת למשל רות גביזון בזכות ההבחנה בין "קריאה (או תפיסה) 'צרה' [לבין קריאה] 'רחבה' של זכויות", הבחנה המבוססת על המידה שבה ההכרה בחובה לכבד היבטים מסוימים של זכויות האדם "משותפת באמת לכולם".[40] לשיטתה יש להכיר במעמד החוקתי של החובה לכבד היבטים מן הסוג הראשון בלבד של זכויות האדם, בעוד שמידת הכיבוד של היבטים אחרים, השנויים במחלוקת ציבורית, צריכה להיות נתונה להכרעת הרוב.

לטענה המבוססת על אי־ההסכמה באשר לתוכנן של המגבלות שיש להטיל על כוחו של השלטון יש שתי גרסאות. לפי גרסה אחת, הדמוקרטיה ההליכית *פותרת* את בעיית אי־ההסכמה באמצעות הסתמכות בלעדית על כלל הכרעה שהוא טכני במהותו, הכלל בדבר הכרעת הרוב, שבעניינו אין מחלוקת בציבור.[41] טענה זו היא שגויה עובדתית: לא נכון לומר שיש תמיכה ציבורית רחבה וחוצה גבולות של קבוצות רוב ומיעוט בחברה בעמדה, שלפיה ראוי להכריע הכרעות חברתיות בהסתמכות בלעדית על עקרון הכרעת הרוב ועל שלילת קיומן של הגבלות על כוחה של הכנסת. רבים ממי שנמנים עם קבוצת מיעוט לאומי־אתני בחברה, כך למשל בני הציבור הערבי בישראל, מתנגדים לעמדה שראוי להעניק לכנסת כוח בלתי־מוגבל בסוגיות שבהן יש מחלוקת בין הרוב למיעוט, כגון בהגדרת הזהות החוקתית

קרל שמיט **תאולוגיה פוליטית: ארבעה פרקים על תורת הריבונות** 25–26 (רן הכהן מתרגם, 2005). הטיעון בעד כוחו הבלתי־מוגבל של הרוב הוא, שהריבון הוא מי שבכוחו לקבוע את תוכנם של גבולות כוחו של השלטון.

39 לדיון בבעיית היסוד הזו, ראו Joseph Raz, *Disagreement in Politics*, 43 Am. J. Juris. 25 (1998); Amy Gutmann & Dennis Thompson, Democracy and Disagreement (1996); Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement (Stephen Macedo ed., 1999).

40 רות גביזון "על היחסים בין זכויות אזרחיות־פוליטיות ובין זכויות חברתיות־כלכליות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 25, 34–35 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

41 לדיון בטענה זו, ראו למשל גביזון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 63; Jeremy Waldron, Law and Disagreement 255-81 (1999) (להלן: Waldron, Law and Disagreement).

של המדינה, בקביעת מדיניות ההגירה ועוד. גם מקרב קבוצת הרוב, יש מי שסבורים שיש סוגיות שבהן אופן ההכרעה הרצוי אינו הכרעת הרוב. כדוגמה לכך אפשר לציין את הקביעה באילו נסיבות מותר לפגוע בחופש הביטוי, בחופש הדת ובהיבטים רבים אחרים שמוכרים כזכויות אדם, וכן סוגיות אחרות, כגון ויתור על ריבונות המדינה בשטח מסוים. עקרון הכרעת הרוב אינו עיקרון ניטרלי. הוא מבטא תפיסות צדק מסוימות בדבר תועלתנות והעדפת אינטרסים של הקבוצה על פני אלה של היחיד.[42] בכל אלה ישנם חילוקי דעות בחברה. נוסף על כך, קשה להניח שיש תמיכה ציבורית נרחבת בעמדה שבכוחה של הכנסת להחליט ככל העולה על רוחה בעניינים הקשורים לכלל הרוב עצמו – כך למשל להחליט שכדי לשנות הסדר קיים נדרש רוב מיוחס כלשהו, לקבוע שתקופת כהונתה של כנסת מסוימת תוארך לפי שיקול דעתם של חברי הכנסת ועוד. גם אם אין הסכמה רחבה על תוכנן של המגבלות שראוי להטיל על כוחו של הרוב, לא נכון לומר שיש הסכמה על כך שאין להכיר בקיומן של מגבלות כלשהן על כוחו של הרוב. משום כך, הכלל שלפיו "הרוב קובע" אינו פותר את בעיית אי־ההסכמה בחברה.

התמיכה בדמוקרטיה הליכית מבוססת על גרסה מתונה יותר של השלכות ההכרה בקיומה של אי־הסכמה. לפי גרסה זו, בהינתן אי־ההסכמה בחברה באשר לתפיסת הצדק שלפיה יש לפעול ובאשר למגבלות שראוי שיוטלו על הכנסת, עדיפה נורמה בסיסית מן הסוג של דמוקרטיה הליכית, משום שגישה זו מבטיחה *במידה המרבית האפשרית* כיבוד של זכות ההשתתפות השווה של כל הפרטים בחברה וכיבוד האוטונומיה שלהם. הטענה היא, שזכות ההשתתפות השווה בהכרעות חברתיות חלה לא רק לעניין הפעלת שיקול הדעת השלטוני – כלומר לעניין השאלה אילו חוקים לחוקק – אלא גם לעניין קביעת הסייגים לכוחו של השלטון. המגבלות ה"טבועות" אינן מגלות את עצמן, וזיהוין וודאי שיישומן בהקשר נתון מחייבים להעניק כוח רב לבית המשפט. משמעות הדבר היא שעמדת השופטים זוכה לעדיפות על פני עמדת שאר האנשים בחברה, תוך הפרת הדרישה למתן משקל שווה לעמדותיהם של כל הפרטים.[43] משום כך הטענה היא שיש להימנע מהכרה במגבלות טבועות על כוחו של הרוב.

2. הגבלת כוחו של הרוב במסגרת דמוקרטיה הליכית

העמדה הנדונה – דמוקרטיה הליכית – קובעת אם כן כי הפעלת סמכויות שלטוניות היא מותרת, אם היא תוצאה של הכרעת הרוב באמצעות נציגיו בבית המחוקקים. כוחו של הרוב אינו מוגבל. בה בעת, גם במסגרת הדמוקרטיה ההליכית מגבלות על כוחו של הרוב עשויות להיות מוכרות. מדובר בעיקר בשני סוגי מגבלות: האחד, שתוקפו שנוי במחלוקת, עניינו מעמדן של הגבלות על כוחה של הכנסת לקבוע הסדרים שאינם עולים בקנה אחד עם עקרון הכרעת הרוב עצמו; סייג אחר עוסק בכוחו של הרוב לסטות מעקרון הכרעת הרוב באמצעות כינון חוקה כתובה. אדון בשני סייגים אלה כסדרם.

---

42 ראו למשל, דוד הד "על־פי רוב?" **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** 77 (רפאל כהן־אלמגור עורך, 1999); James M. Buchanan & Gordon Tullock, The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy (1962).

43 להצגה מפורטת של גישה זו ולתמיכה מסויגת בה, ראו Waldron, Law and Disagreement, לעיל ה"ש 41, בעמ' 232–254. ראו גם גביזון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 65–67.

(א) הגבלות "טבועות" שנובעות מעקרון הכרעת הרוב

דמוקרטיה הליכית מבטאת שלילת קיומן של מגבלות "חיצוניות" על כוחו של הרוב, כלומר מגבלות שאינן נובעות מכלל הרוב עצמו, כגון שלילת כוחה של הכנסת לפגוע ללא הצדקה בזכויות האדם. לעומת זאת, מעמדן של מגבלות "פנימיות" טבועות, שנובעות מן האימוץ של הכלל בדבר הכרעת הרוב, עשוי להיות שונה. דמוקרטיה הליכית עשויה לחייב להכיר במעמד החוקתי של נורמות – אפילו אינן מעוגנות בחוקה כתובה – שמבטאות את המגבלות ה"פנימיות" הללו על כוחו של המחוקק, או לפחות אינה שוללת זאת בהכרח.

דמוקרטיה הליכית מבוססת על העמדה שההליך הדמוקרטי, ובפרט הכרעת הכנסת לחוקק חוק כלשהו, הוא הליך ראוי, שכן הוא מבטיח את זכות ההשתתפות השווה של כלל הפרטים בחברה. זוהי קביעה שתוקפה מותנה בקיומו של אוסף רחב של תנאים. בעיקרו של דבר מדובר בשלוש קבוצות של דרישות:[44] ראשית, הנורמה בדבר שלטון הרוב משמעותה החובה לקיים בחירות כלליות חופשיות, שנערכות מדי תקופה קצובה. דרישה זו מחייבת לקבוע שיטה שתבטיח ייצוג הולם לבני קבוצות שונות ותקנה לכל הרשימות שוויון הזדמנויות בבחירות. נוסף על כך, הדרישה יוצרת הכרח לכבד את חופש הביטוי הפוליטי ולהבטיח את האפשרות של כל אדם לזכות בחינוך הולם, ועוד שורה של זכויות שכולן נחוצות כדי לאפשר לכל אדם השתתפות מושכלת בהליך הפוליטי. שנית, נדרש לקיים דרישות מסוימות של הוגנות הליך החקיקה, כדי לוודא שהחקיקה אכן מבטאת את עמדת הרוב. הדבר עשוי לחייב לא רק היבטים הליכיים, שעניינם הצגת מלוא המידע הרלוונטי בפני חברי הכנסת והזדמנות נאותה להשתתף בדיון, אלא גם היבטים מהותיים, כמו הגבלת השפעתם של בעלי אינטרסים עסקיים. שלישית, הכנסת אינה רשאית לסייג את עקרון הכרעת הרוב עצמו. במסגרת זו, עקרון שלטון הרוב עשוי לשלול את תוקפה של מדיניות ממשלתית שמתבצעת ללא הסדרה בחוק (כלומר ללא הכרעה מפורשת של הרוב באשר למדיניות זו), ולהגביל את כוחה של הכנסת לאצול לממשלה – וודאי שלגורם פרטי – את הסמכות להכריע בסוגיות שונות. במסגרת זו הנורמה הבסיסית בדמוקרטיה הליכית עשויה גם לקבוע שאין בכוחו של הרוב להחיל – באופן כללי או ביחס לנושאים מסוימים – כלל ההכרעה שונה מן הכלל בדבר "הרוב קובע", כגון דרישה לרוב "מיוחס" כתנאי לשינוי הסדר מסוים.[45]

בקרב שופטים וחוקרים יש תמיכה מסוימת בהכרה במעמד משפטי־חוקתי של נורמות מסוג זה, אף אם הן לא עוגנו בחקיקה או בחוקה כתובה, תוך מחויבות לתפיסה של דמוקרטיה הליכית. לפי גישה זו, אין תוקף למעשים שלטוניים שמפירים את הנורמות שעוסקות בחובה לכבד את המאפיינים של הליך דמוקרטי ראוי, ולבית המשפט סמכות להכריז על כך. זוהי למשל עמדתו של המשפטן האמריקני ג'ון איל. איל טוען, שגישתו של בית המשפט העליון של ארצות הברית מבטאת פרשנות של החוקה האמריקנית אשר לפיה החוקה קובעת נורמות שתכליתן הגנה על תקינות ההליך הדמוקרטי והבטחת ייצוג הולם בבית המחוקקים לבני הקבוצות השונות בחברה.[46] יש מי שסבורים שתמיכה בדמוקרטיה הליכית מצדיקה

---

44 ראו למשל, Waldron, Law and Disagreement, לעיל ה"ש 41, בעמ' 188–207.

45 ראו למשל, גביזון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 47–51.

46 בלשונו של איל, זוהי תפיסה בדבר "representation-reinforcing theory". ראו John H. Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review 181 (1980). לשיטתו (שם, בעמ'

הכרה במעמד החוקתי של הנורמות שמבטאות תפיסה זו אפילו אם לא עוגנו כלל בחוקה כתובה. עמדה זו יושמה בכמה פסקי דין של בית המשפט העליון בישראל. כך היה למשל לעניין הסדרים שפגעו בעקרון השוויון בבחירות לכנסת: בארבעה מקרים הוכרז על בטלותם של חוקים על יסוד עילה זו, אף שההוראה שבה עוגנה הדרישה שהבחירות יהיו שוות לא הוכרה באותה עת כבעלת מעמד חוקתי.[47] ברוח דומה נפסק, כי אין הכנסת רשאית להתפרק מחובתה – שנובעת מעקרון הכרעת הרוב – לקבוע את תקציב המדינה מדי שנה, בדרך של חקיקת חוק תקציב דו־שנתי, אפילו נעשה הדבר בחוק יסוד.[48] במקרה אחר הוכרז על בטלותו של חוק של הכנסת משום שנחקק בהליך מזורז, אשר שלל מחברי הכנסת אפשרות מעשית להשתתף בדיון.[49] בכמה מקרים נשלל תוקפן של החלטות הממשלה, תוך קביעת נורמה חוקתית שלפיה בתחומים אחדים אין די בשתיקתו של הרוב בכנסת לנוכח מדיניות הממשלה, אלא נחוצה תמיכה מפורשת של הכנסת במדיניות זו כתנאי לתוקפה.[50] כמו כן נקבע

---

102) "[the judiciary should] devot[e] itself to policing the mechanisms by which the system seeks to ensure that our elected representatives will actually represent".

47 התקדים בעניין זה נקבע בבג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969). השופט לנדוי הסתמך שם לא רק על לשונו של ס' 4 לחוק־יסוד: הכנסת, שם נקבע כי הבחירות לכנסת יהיו "שוות", בלא לעסוק כלל בשאלה אם חוק היסוד הוא החוקה הכתובה, אלא גם על מה שכינה "עקרון היסוד של שוויון הכול בפני החוק": "אצלנו אין סעיף מפורש [הקובע את עקרון היסוד של שוויון הכול בפני החוק], לא בחוקה כתובה ואף לא בסעיף 'משוריין' של חוק יסוד, ואף על פי כן רעיון זה, שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (שם, בעמ' 698).

48 בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 6.9.2017).

49 עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 10. השופט הנדל, שנמנה עם עמדת הרוב, ציין שם כי הגבלת כוחה של הכנסת בכל הקשור להליכי החקיקה מבוססת על ההכרה בכך ש"נבחר הציבור הוא שופר לקולו של הציבור ובאמצעותו יכול הציבור לממש את זכות ההשתתפות" (שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל). עמדת המיעוט של השופט מזוז, שלפיה אין להכריז על בטלות החוק, התבססה בעיקרה על כך שאין בנמצא הוראה בחוקי היסוד שמכוחה מוגבל כוחה של הכנסת לקיים הליכי חקיקה מזורזים: "האפשרות של ביקורת חוקתית על יסוד פגיעה בערכי יסוד ובעקרונות יסוד לא־כתובים היא יותר מצומצמת, ומוגבלת לערכי יסוד ועקרונות יסוד מובהקים, ברורים ומוסכמים על הכול, שהם מנשמת אפה של השיטה הדמוקרטית" (שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט מזוז).

50 התקדים העיקרי בעניין זה הוא בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (2000), שם נשללה מכוח נורמה זו תוקפה של החלטת הממשלה לפטור תלמידי ישיבות מחובת השירות בצה"ל. במקרה אחר נשלל תוקפה של התחייבות הממשלה כלפי גורמים פרטיים, כי מדיניותה בתחום מסוים – אסדרת משק הגז הטבעי – לא תשונה במשך עשר שנים, וכי הממשלה תפעל למניעת חקיקת חוקים שתהא בהם סתירה להתחייבות זו. בית המשפט קבע, כי התחייבות מסוג זה אינה תקפה בשל פגיעתה בעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי: בג"ץ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 27.3.2016).

באמרת אגב גם כי הכנסת אינה רשאית לקבוע שאין לשנות הסדר מסוים אלא ברוב מיוחס, משום שהדבר מפר את עקרון הכרעת הרוב, אף שאין לאיסור מסוג זה עיגון בחוקי היסוד.[51]

עם זאת, עמדה זו שנויה במחלוקת, והתפיסה הידועה כדמוקרטיה הליכית מזוהה במידה רבה יותר עם התנגדות עקרונית להכיר במגבלות "טבועות" על כוחו של הרוב בכנסת, מחוץ לגדרן של נורמות שמעוגנות בחוקה כתובה.[52] לפי גישה זו, אף שקיום נורמות חוקתיות מסוג זה הוא רצוי, יש להימנע מהחלת ביקורת שיפוטית לאכיפת הציות להן בידי הכנסת. דוגמה לכך היא הביקורת של משפטנים, שגישתם מבטאת להערכתי תמיכה בגרסה מסוימת של דמוקרטיה הליכית, על הכרה במגבלות טבועות על כוחה של הכנסת להעביר את סמכות החקיקה שלה (ובכלל זה הסמכות לקבוע "הסדרים ראשוניים") לידי הממשלה.[53] הטעמים לכך דומים לטעמים שהוזכרו לעיל: הנורמות הנדונות מבטאות תפיסות המקובלות בחברה, והן כוללות הסדרים שההערכה אם קוימו או הופרו אינה צפויה להיות שנויה במחלוקת ניכרת. לפיכך, כך הטענה, "משפט הציבור" יספיק כדי להבטיח ציות להסדרים אלה. לכך נוספת גישה חשדנית כלפי ביקורת שיפוטית, שהכרה בה עלולה להוביל לפרשנות מרחיבה של הנורמות הללו, כך שייכללו במסגרת ההגבלות שמוטלות על הכנסת רכיבים שחורגים מאלה הנחוצים להבטחת תקינותו של ההליך הדמוקרטי. מכאן הקביעה של חזקה חלוטה שההליך הדמוקרטי הוא ראוי.[54]

---

51 ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, פס' 98 לפסק דינו של השופט חשין: "עקרון־המסד של הכרעת הרוב עשוי ללמדנו... כי סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים, מובנית־בה־מאליה שלילת כוחה לקבוע בחקיקה כי חוק פלוני לא ניתן יהיה לבטלו, לשנותו או לפגוע בהיקף תחולתו אלא אם תזכה ההצעה בתמיכתם של יותר מ־61 מחברי הכנסת... יש בנמצא כוחות 'נסתרים', כוחות הטבועים בעצם קיומה של הכנסת ואשר יש בהם כדי להגביל את סמכותה – סמכותה הבלתי מוגבלת, לכאורה – לחקוק חוקים... עקרון הרוב שולט בכנסת אף היא והוא בבחינת 'גבוה מעל גבוה שומר'... והכל, כמובן, בכפוף להוראות חוקה שנתקבלה כדין". עמדת הרוב בפסק הדין הכירה בכוחה של הכנסת לקבוע הוראות "שריון" מסוג זה, אך זאת רק מכוח חקיקת חוקי יסוד ולא בחקיקה "רגילה", ואף זאת בכפוף לסייגים. ראו שם, פס' 35 לפסק הדין של הנשיא שמגר וכן פס' 60–61 לפסק הדין של הנשיא ברק.

52 ראו למשל, אנגלרד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 110–111: "אין כל מניעה כי נורמה משפטית תתייחס לא רק להתנהגות מסוימת של אנשים, אלא לתקפותה של עצמה ולדרך שינויה. כפי שמחוקק יכול לקבוע את גבולות תחולתה של נורמה מבחינת הזמן והמקום, כך הוא יכול להורות כי הנורמה לא תשתנה אלא בהליך מיוחד, או על ידי גוף מיוחד. כן יכול הוא לקבוע כי נורמה מסוימת לא תבוטל ולא תשונה כלל, לא על ידו ולא על ידי גוף אחר. הוראה כזאת היא תקפה"; Waldron, Law and Disagreement, לעיל ה"ש 41, בעמ' 99–101.

53 גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" **עיוני משפט** לב 5 (2010); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" **משפטים** מב 379 (2012).

54 ראו למשל, Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 Yale L.J. 1346, 1353 (2006). לדיון ביקורתי בתקפותם של טעמים אלה בהקשר הישראלי, ראו יניב רוזנאי "וולדרון בירושלים" **פורום עיוני משפט** מד (2020). https://law.tau.ac.il/sites/law.tau.ac.il/files/media_server/law_heb/Law_Review/forom/Articles/44/Roznai-Waldron-2020.pdf.

(ב) כבילת כוחו של הרוב באמצעות חוקה כתובה

הסייג השני לאפיון הנורמה הבסיסית בדמוקרטיה הליכית עוסק בסמכותו של הרוב להגביל את כוחו שלו, ולמעשה את כוחו של רוב עתידי, באמצעות כינון חוקה כתובה. זהו היבט שבו הכרה במגבלה כלשהי על כוחו של הרוב היא בלתי־נמנעת: אפשרית קביעה שכוחו של הרוב מוגבל מכוח הסדר שנקבע בעבר, מכוח הכרעת הרוב באותה עת; ואפשרית קביעה שכוחו של הרוב הנוכחי הוא בכל מקרה בלתי־מוגבל, ולפיכך נשלל תוקפה של הגבלה שהרוב מתיימר להטיל על סמכותו של רוב כלשהו בעתיד. מבין שתי החלופות גוברת החלופה הראשונה,[55] אך בניגוד לעמדה שבכוחה של הכנסת לעשות כן ללא סייגים (כפי שיש מי שמפרשים את עמדתו של הנשיא שמגר בעניין **בנק המזרחי**),[56] התפיסה המקובלת במסגרת דמוקרטיה הליכית מסייגת זאת. לפי תפיסה זו, הטלת הגבלות על כוחו של רוב עתידי – כגון קביעת החובה לכבד את זכויות האדם – תקפה רק אם נעשתה בהוראה שכלולה בחוקה כתובה. קביעת חוקה כתובה היא בחירה של הציבור – באמצעות נציגיו בגוף שקובע את החוקה – להציב גבולות לכוחן של רשויות השלטון וגם לכוחו שלו.[57]

הקביעה של הגבלות על כוחו של הרוב עשויה לשמש למגוון מטרות. מטרה אחת היא הגבלת כוחם של נציגי הציבור, כך למשל כדי להבטיח, בין היתר, את קיומן של בחירות חופשיות אחת לתקופה שנקבעה מראש והיבטים אחרים של ייצוג הציבור בבית המחוקקים, ובעיקר כדי לוודא שנציגי הציבור פועלים לקידום האינטרס הציבורי. מטרה אפשרית אחרת היא הגבלתו של רוב עתידי. כבילה עצמית זו עשויה לשמש לעיגון פשרה לאומית בין קבוצות שונות בחברה או להצהרה על עקרונות היסוד של השיטה, למטרות חינוכיות, לשם הטמעה בציבור של מערכת ערכים מסוימת וכדי לכוון את הפרשנות של כלל הנורמות המשפטיות. ואולם התכלית העיקרית של כבילה עצמית היא ביטוי לחשש שלעיתים – בשל אינטרסים קצרי מועד, בשל פאניקה מוסרית ובשל נסיבות מיוחדות אחרות – הרוב עלול לפעול בניגוד לעקרונות יסוד מסוימים, והכבילה נועדה למנוע ממנו – או לפחות להקשות עליו – לעשות כן.[58] המכנה המשותף של כל סוגי ההצדקות הללו להכרה בנורמות חוקתיות הוא העובדה שהן תוצאה של הכרעה מפורשת של הציבור, המבוצעת באמצעות קביעתה של חוקה כתובה.

מאפיין מרכזי של דמוקרטיה הליכית הוא העמדה שכינון חוקה כתובה, שרק היא יכולה להגביל את כוחו של הרוב, מחייב הליך מיוחד. רכיביו של ההליך המיוחד הדרוש לכינון חוקה אינם קבועים בחוקה הכתובה עצמה, שהרי ההכרעה הנחוצה היא מהם התנאים לכך שמסמך כלשהו ייחשב לחוקה כתובה. הדרישה העיקרית היא שקביעת הנורמות החוקתיות תהיה בדרך שבה יינתן ביטוי מפורש לכך שמדובר בקביעה חריגה, שתוצאתה הגבלת כוחו

---

55 ראו למשל, גביזון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 34–51.

56 ראו לעיל פרק ההקדמה.

57 ראו למשל, קלוד קליין "בעקבות פסק־הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית־המשפט העליון" **משפטים** כח 341 (1997); ספיר **המהפכה החוקתית**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 171–174.

58 ראו Jon Elster, Ulysess and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality (1979).

של הרוב, ולפיכך היא במידה רבה בלתי־הפיכה.[59] כך למשל, קביעת שיטת בחירות משמעותה שהנציגים שיוכלו לשנות את שיטת הבחירות הזו הם אלה שייבחרו לפיה; אם שיטה זו עלולה להביא לייצוג לא־הולם של קבוצות בחברה, הקבוצות הללו יתקשו להביא לשינוי השיטה גם אם תהיה לעמדתם תמיכה בקרב רוב הציבור. משום כך, לפי הדמוקרטיה ההליכית, נורמה היא בעלת מעמד חוקתי – ולכן מגבילה את כוחו של הרוב – רק אם נקבעה בהליך מיוחד שמתאים לכך, הליך של כינון חוקה. המאפיינים של הליך זה עשויים לכלול את הרכיבים הבאים: בחירות לרשות נפרדת – המכונה "אסיפה מכוננת" – שהיא בלבד מוסמכת לחבר חוקה; דרישת רוב מיוחס לקביעת הנורמות החוקתיות; מתן ביטוי מפורש בהליך עצמו ובנורמות שנקבעו, כי הן נועדו להגביל את כוחו של הרוב בעתיד; ולפי גישה מסוימת גם אשרור החוקה במשאל עם. בלשונו של השופט חשין, "בעבר הייתה זו אצבע האלוהים שחרתה חוקה על אבן. בימינו יד אדם היא הכותבת, והכתב הוא בדם־ואש־ותמרות־עשן. ואם לא כך כי אז באש־ותמרות־עשן. ואם גם לא כך כי אז בתמרות־עשן... בימינו אלה נידרש אולי למשאל עם, לאסיפה מכוננת שנתייחדה לייעודה ואשר עליה הוטלה המשימה לחבר חוקה, ואפשר לדרך אחרת. עיקר הוא שנדע בבירור את אשר עומד לפנינו".[60]

מטרתה של הדרישה להליך מיוחד לכינון חוקה כתובה היא לצמצם את הסיכון שמחברי החוקה יבקשו להשתמש לרעה בכוחם. החשש העיקרי הוא שרוב מזדמן יבקש להנציח את עמדתו בסוגיות שונות. רכיביו של הליך כינון החוקה נועדו להביא לכך, שההכרעה תשקף הסכמה לאומית – רחבה ככל האפשר – באשר למגבלות שיוטלו על כוחו של הרוב. עמדתה של התפיסה בדבר דמוקרטיה הליכית באשר לחוקה כתובה מבטאת את החשיבות הרבה שמיוחסת במסגרת תפיסה זו להסכמה ציבורית ולהיעדרה. מצד אחד, אם אין הסכמה מפורשת שבוטאה באמצעות ההליך המיוחד של כינון חוקה, ברירת המחדל היא שכוחו של הרוב הוא בלתי־מוגבל. מן הצד האחר, אם ניתנה הסכמה כאמור, כוחו של הציבור לקבוע הגבלות על השלטון ובכלל זה על רוב עתידי הוא בלתי־מוגבל. בכך מודגש היחס שבין אי־הסכמה לבין העיקרון בדבר הכרעת הרוב: אם אין הסכמה רחבה על תוכנן של המגבלות, מוחל הכלל בדבר הכרעת הרוב כפתרון מיטבי למצב שבו אין הסכמה; ואם יש הסכמה רחבה על תוכנן של המגבלות, אין מניעה לזנוח את הכלל בדבר הכרעת הרוב ולקבוע כללי הכרעה חלופיים, ובכלל זה החובה לכבד את זכויות האדם, דרישה של רוב מיוחס להכרעות מסוימות ועוד. בהתאם יש לכך השלכה מכרעת על סוגיית גבולות כוחה של הרשות המכוננת ועל היקף הביקורת השיפוטית על תיקונים לחוקי היסוד, סוגיה שתידון בהמשך.[61]

הקביעה שנורמה היא בעלת מעמד חוקתי רק אם היא נקבעה בחוקה כתובה משליכה גם על דרך הפרשנות של תוכנן של הנורמות החוקתיות. מן התפיסה בדבר דמוקרטיה הליכית נובע, שבקביעת משמעותן של הנורמות החוקתיות יש להעניק משקל מכריע לטקסט החוקתי, כלומר למשמעויות הסבירות שלו מבחינה לשונית.[62] לפי תפיסה שזוכה לתמיכה

---

59 ראו למשל, גביזון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 70–72.

60 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, פס' 10 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין.

61 ראו להלן פרק ו.

62 ראו למשל, הלל סומר "הזכויות הבלתי־מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997).

בעיקר במשפט האמריקני, ראוי לבסס את הפרשנות החוקתית על הכוונה של מחברי החוקה ועל המובן הסביר של הטקסט במועד כינון החוקה (ומכאן כינויה של גישה זו – פרשנות "מקורית", "originalism").[63] ביסודן של גישות אלה נמצאת העמדה שלפיה מקור התוקף הבלעדי של הנורמות החוקתיות, אשר מגבילות את כוחן של רשויות השלטון ולכן גם את כוחו של הרוב, הוא החלטת הרוב עצמו. לפיכך נדרש למצוא עיגון בהחלטת הרוב – בלשונו של ההסדר החוקתי או במשמעויות הסבירות שניתן לייחס לטקסט על רקע הכוונות הידועות של מחברי החוקה – כדי לבסס פרשנות מסוימת של הנורמה החוקתית. מקורות אחרים, כמו בירור תכליתה האובייקטיבית של הנורמה החוקתית או זיהוי נורמות ש"משתמעות" מן ההסדר החוקתי, אינם מספיקים לעניין זה. לפי גישה זו, פרשנות חוקתית שאין לה עיגון מספיק בטקסט החוקתי, בהחלטת הרוב לכבול את עצמו, אינה זוכה להכשר דמוקרטי, ולכן בית המשפט אינו רשאי להגביל על פיה את כוחו של השלטון. מעמדה זו נובעת גם ההכרה בכך שהסדרים חוקתיים, ובכלל זה דיני זכויות האדם, עשויים להיות בעלי מאפיינים מקומיים מובהקים, ואינם בהכרח בעלי אופי אוניברסלי. בהתאם לכך שוללת תפיסה זו את ההסתמכות על מקורות חיצוניים למשפט החוקתי המדינתי – כגון אמנות בינלאומיות, משפט חוקתי משווה ונורמות מוסריות – כבסיס לפרשנות חוקתית.

* * *

סיכומו של דבר, לפי התפיסה בדבר דמוקרטיה הליכית, מקור התוקף של פעולת השלטון הוא הכרעת הרוב באמצעות נציגיו בבית המחוקקים. הנורמות שמגבילות את כוחו של המחוקק הן רק אלה שנקבעו במפורש בחוקה כתובה, כלומר נורמות שנקבעו בהליך מיוחד שנועד לשם כך בידי גורם שמוסמך לכך. כמפורט להלן, היבטים אלה שנויים במחלוקת. התפיסה הנוגדת – דמוקרטיה ליברלית – מאופיינת בקביעה כי הנורמה הבסיסית כוללת היבטים נוספים מלבד "הרוב קובע", ובעיקר החובה לכבד את זכויות האדם; בתפיסת הדמוקרטיה הליברלית הנורמות שהן בעלות מעמד חוקתי אינן רק אלה שנקבעו במפורש בחוקה כתובה, אלא גם נורמות אשר ישנה הצדקה מוסרית להכיר במעמדן זה. ייתכנו חילוקי דעות סבירים בכל הקשור להכרעה בין התפיסות הנוגדות הללו – בצורה כוללת ובנוגע לכל אחד מן הרכיבים בנפרד. אך תהא העמדה בעניין זה אשר תהא, העמדה שלפיה נורמה מסוימת היא בעלת מעמד חוקתי רק אם הרוב בחר להעניק לה מעמד שכזה באמצעות כינון חוקה כתובה היא טענה שמחייבת הצדקה. עמדתו של הרוב עצמו בעניין זה (כלומר בחירתו אם לכונן חוקה כתובה אם לאו) והאופן שבו ניתן לה ביטוי (כלומר דרך כינון החוקה ולשונו של הטקסט החוקתי) הם רלוונטיים, אך הקביעה שאלה הם השיקולים היחידים הבאים בחשבון טעונה הצדקה. ההצדקה הנדרשת היא כאמור בהתבסס על שיקולים סוציולוגיים, דהיינו זיהוי התרבות הפוליטית ו"תפיסות העומק" של החברה, ועל שיקולים נורמטיביים, שעניינם הערכה מהי הגישה שתוביל לתוצאה הרצויה מנקודת מבט של הגנה על זכויות האדם. הטיעון המוצע להלן הוא שהתפיסה שתוארה – בדבר דמוקרטיה הליכית – אינה עומדת במבחן הביקורת.

---

63 **ראו למשל,** Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. Cin. L. Rev. 849 (1989); Jamal Greene, *On the Origins of Originalism*, 88 Tex. L. Rev. 1 (2009); Lawrence B. Solum, *Originalist Methodology*, 84 U. Chi. L. Rev. 269 (2017).

ד. דמוקרטיה ליברלית ומגבלות טבועות על כוחו של הרוב

דמוקרטיה ליברלית היא שיטה המבוססת על שלטון הרוב, אשר כפוף למגבלות טבועות. המגבלות נובעות מעקרונות היסוד של הליברליזם, בעיקר מן החובה לכבד את זכויות האדם ומעקרון הפרדת הרשויות, ובצידן גם נורמות הנגזרות מעקרון הכרעת הרוב, ובהן החובה לקיים בחירות חופשיות וכלליות. בשונה מדמוקרטיה הליכית, שלפיה כוחו של הרוב אינו מוגבל אלא ככל שבחר להגביל את עצמו במפורש, בדמוקרטיה ליברלית ההגבלה על כוחו של הרוב נובעת מן העקרונות שמכוחם מוכר תוקפה של הסמכות השלטונית עצמה.[64] דמוקרטיה היא "שלטון העם" במובן זה שבתחומים שבהם השלטון רשאי לפעול סמכות ההכרעה היא בידי הרוב, באמצעות נציגיו. דמוקרטיה אינה הכרה בכוחו הכול יכול של הרוב. החובה שמוטלת על רשויות השלטון לכבד את זכויות האדם אינה תוצאה של בחירתן להכפיף את עצמן לחובה לעשות כן – ולכן הן אינן "מעניקות" זכויות אדם – אלא של עצם ההכרה בסמכותן כרשויות שלטון.[65] משמעות הדבר היא שיש מגבלות טבועות על כוחו של השלטון. מגבלות אלה עשויות למצוא ביטוי בחוקה כתובה, אך עיגונן בחוקה אינו תנאי הכרחי ואף אינו תנאי מספיק להכרה במעמד החוקתי של המגבלות.

תפיסה זו מצאה ביטוי במגילות זכויות האדם שנוסחו בעקבות המהפכה האמריקנית והמהפכה הצרפתית. גלגולה המודרני של תפיסה זו ניתן בהצהרה על זכויות האדם של האו"ם משנת 1948, המסמך המכונן של הדמוקרטיה הליברלית המודרנית. במבוא להצהרה זו הובהר, כי "הכרח חיוני הוא שזכויות האדם תהיינה מוגנות מכוח שלטון החוק, שלא יהא אדם אנוס, כמפלט אחרון, להשליך את יהבו על מרידה בעריצות ובדיכוי".[66] ביטוי לכך ניתן גם בסעיף 1א לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שם נקבע כי "חוק־יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק־יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". ערכיה של מדינת ישראל, ובהם החובה לכבד את זכויות האדם, אינם נוצרים מכוח חוק היסוד אלא קודמים לו, במובן זה שתוקפם נובע מעקרונות מוסריים, וחקיקת חוק היסוד לא נועדה אלא לבטא במפורש את הערכים הללו. ההצדקה לתפיסה בדבר דמוקרטיה ליברלית מבוססת בראש ובראשונה על הקביעה, שכוחו של השלטון נובע מן התכלית לשמה הוענק לו כוח זה. בהינתן העמדה שהתכלית של הענקת סמכויות כופות היא הגנה על רווחת האדם, השלטון רשאי לפעול רק לשם קידום התכלית אשר לשמה הוענקה לו הסמכות. חסידי הדמוקרטיה ההליכית אינם כופרים בעמדה עקרונית זו, אך לגישתם אין להכיר במגבלות על כוחו של הרוב בשל כך שאין צורך בכך ומשום שאין הסכמה בציבור בדבר תוכנן של המגבלות הללו. הדמוקרטיה הליברלית מבוססת על כך שטיעון זה על שני ראשיו הוא שגוי.

---

64 לדיון, ראו למשל, Ronald Dworkin, Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution 1-31 (1996); Richard H. Fallon, *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 Harv. L. Rev. 1693, 1717-28 (2008) (להלן: Fallon, *The Core*). ראו גם אדרעי, לעיל ה"ש 13.

65 ראו למשל, מיל, לעיל ה"ש 33, בעמ' 53-54.

66 ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם. תרגום לעברית זמין באתר נציבות זכויות האדם של האו"ם: https://searchlibrary.ohchr.org/record/17783?ln=en.

1. ההכרח להגביל את כוחו של הרוב

דמוקרטיה ליברלית מבוססת על העמדה שלפיה הגבלת כוחו של השלטון נחוצה כדי להגדיל את הסיכוי שהשלטון יפעל למימוש התכליות אשר לשמן הוענקו לו סמכויותיו. הענקת סמכויות השלטון לציבור, המכריע באמצעות עקרון הרוב, אינה מבטלת את החשש מפני שימוש לרעה בכוח השלטון. קבוצת הרוב עלולה להעדיף את האינטרסים הצרים של חבריה על חשבון בני קבוצות מיעוט; ודאי שכך הוא בחברה שסועה, שיש בה קבוצות תרבותיות נבדלות, שביניהן יש מידה לא־מבוטלת של עוינות. כמעט כל הדמוקרטיות בעולם, לרבות מדינות שיש להן תרבות פוליטית דמוקרטית מפותחת, מכירות בצורך להגביל את כוחו של הרוב.[67] רובן אומנם עושות זאת בדרך של כינון חוקה כתובה, אך הבחירה שלהן לקבוע בחוקה מגבלות ניכרות על כוחו של הרוב מבטאת את ההכרה בסיכונים שנשקפים לכל דמוקרטיה מפני שימוש לרעה בכוחו של הרוב.[68]

אין להתעלם מן החשש שבית המשפט יפעיל את סמכויות הפיקוח שלו באופן מוטה ושלא למטרות אשר לשמן הוענקה לו הסמכות, תוך פגיעה בעקרונות יסוד ליברליים. אולם, ההערכה המקובלת כמעט בכל הדמוקרטיות בעולם היא שהסיכון הנשקף מבית המשפט נופל עשרת מונים מן הסיכון הנשקף מרשויות השלטון ומכוחו של הרוב בציבור.[69] השופטים אינם אמונים בדרך כלל על ההכרעות החברתיות עצמן, דהיינו על הקביעה באיזה אופן יש לפגוע בזכויות כדי לקדם אינטרס ציבורי או כיצד להקצות משאבים ציבוריים. הביקורת השיפוטית תוחמת רק את גבולות ההכרעות המותרות, והיא מותירה כמעט תמיד מרחב ניכר של שיקול דעת לרשויות השלטון לבחור בין החלופות השונות.[70] בהיבט זה, העובדה שהשופטים אינם עומדים לבחירת הציבור היא דווקא יתרון ולא חיסרון. השופטים אינם צריכים להתאים את עמדותיהם לעמדות אנטי־ליברליות, שיש להן לעיתים תמיכה בקרב הציבור, או לפעול לקידום אינטרסים צרים של ציבור מסוים כדי להבטיח את בחירתם מחדש.[71] עוד יש להתחשב בהקשר זה בתרבות השיפוטית, המחייבת הנמקה על יסוד שיקולים תבוניים ולא על יסוד הכרעה שרירותית, תוך מחויבות לעקביות, ובביקורת הציבורית אשר לה כפופים השופטים.[72] מכך נובעת המימרה הידועה שנטבעה בידי אלכסנדר המילטון לפני

---

67 לסקירה, ראו למשל יניב רוזנאי "חלופות לביקורת שיפוטית או 'מה, אנגליה והולנד הן לא דמוקרטיות?'" **IDC Law Blog** (8.8.2020) https://bit.ly/3lRS0iS.

68 ראו למשל Gregory H. Fox & Georg Nolte, *Intolerant Democracies* 36 Harv. Int'l L.J. 1 (1995); Samuel Issacharoff, Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts (2015).

69 דיון רב־השפעה בסוגיה זו, שבו נטבע האפיון של הביקורת השיפוטית כ"אנטי־רובנית" (counter-majoritarian), הוא הספר Alexander Bickel, The Least Dangerous Branch (1962).

70 ראו למשל, ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה למאמרים של רוברט בורק ושל ריצ'רד פוזנר נגד האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" **דין ודברים** ג 399, 409–414 (2008).

71 ראו למשל, *The Core*, Fallon, לעיל ה"ש 64.

72 ראו למשל, אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" **משפטים** מ 239 (2011).

כמאתיים וחמישים שנים, כי לרשות השופטת אין שליטה "לא על החרב ולא על הארנק". למעשה – ואף על כך עמד המילטון – החשש העיקרי שמתממש לא אחת הוא דווקא שהשופטים יירתעו מלהתעמת עם רשויות השלטון ועם עמדת הרוב בציבור, ולא ימלאו כראוי את תפקידם לאכוף את שלטון החוק.[73]

הצורך להגביל את כוחו של הרוב תקף ביתר שאת בישראל, המאופיינת בשסעים עמוקים בין קבוצות שונות. בין היתר, רבים מקרב הציבור היהודי נוטים לתמוך בפגיעה בזכויות האדם של אזרחים ערביים במסגרת המאבק בטרור, לאור העובדה שהפגיעה ממוקדת בעיקרה בקבוצת המיעוט; ולא מעטים אינם שוללים העדפת אינטרסים של אזרחים יהודיים בתחום הקצאת המשאבים הציבוריים, ההפרדה בדיור ועוד. ביטוי לכך ניתן בסקרים שנערכו בקרב אזרחי ישראל, שמהם עולה שמידת התמיכה בקרב אזרחי ישראל בהכרה בחובת השלטון לכבד את זכויות האדם היא נמוכה למדי.[74] ביטוי נוסף לכך הוא בהימנעות של הרוב בכנסת מעיגון מפורש של החובה לכבד את זכויות האדם העיקריות – שוויון, חופש ביטוי, חופש דת ואחרות – בחקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. לכך מצטרפת הנטייה של הרוב להסכים לפגיעה בעקרונות יסוד ליברליים כאשר יש בכך צורך כדי לכונן קואליציה, כך למשל בכל הקשור לקביעת הסדרים שמבטאים כפייה דתית ופגיעה בלתי־מוצדקת בחירויות הפרט, כמו גם הפליה נגד נשים ונגד אנשים דתיים לא־אורתודוקסיים. ממצאים אלה מחייבים להטיל ספק בתוקפה של ההנחה, שלפיה ראוי לתת אמון בציבור כי יימנע מלהשתמש לרעה בכוחו.

הצורך להגביל את כוחן של רשויות השלטון נובע גם מן העובדה שהסמכות בפועל אינה מסורה לציבור עצמו אלא לנציגיו. הסברה שבחירות חופשיות מעת לעת מבטיחות פיקוח נאות של הציבור על אופן הפעולה של נציגיו היא במקרים רבים לא־מבוססת. נבחרי הציבור מכריעים בתחומים רבים ומגוונים, תוך אילוצים שנובעים ממשמעת קואליציונית, באופן

---

73 אלכסנדר המילטון "מאמר מס' 78" **הפדרליסט** 387, 388 (יעל חזוני עורכת, אהרן אמיר מתרגם, 2002): "כל המתבונן בתשומת לב במחלקות השונות של השלטון אינו יכול שלא לראות כי... תמיד תהיה הרשות השופטת, מטבע תפקידיה, הפחות מסוכנת לזכויות הפוליטיות של החוקה... לרשות השופטת אין שום השפעה לא על החרב ולא על הארנק; אין היא חולשת לא על כוחה של החברה ולא על עושרה; ואין בידה להחליט על שום פעולה שהיא... בתי־המשפט נועדו להיות גוף ביניים בין העם ובין הרשות המחוקקת, בין השאר כדי שזו האחרונה לא תחרוג מהגבולות שהוצבו למרותה... בלי מנה גדושה של עוז רוח לא ימלאו השופטים את חובתם כשומריה הנאמנים של החוקה במקום שקולו של רוב הציבור עורר את הרשות המחוקקת להסיג את גבול החוקה עצמה".

74 ראו למשל, המכון הישראלי לדמוקרטיה **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2016** (2016). לפי ממצאי הסקר שמדווח שם, למעלה ממחצית מאזרחי ישראל היהודיים סבורים, שיש לשלול את זכות ההצבעה בבחירות ממי שאיננו מסכים להצהיר שישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי; קרוב לשליש מאזרחי ישראל היהודיים וכמחצית מאזרחי ישראל הערביים הצהירו, כי במקרה של סתירה בין מצוות דתם לבין פסיקת בית המשפט הם יפעלו בהתאם לנורמה הדתית; 15% מאזרחי ישראל השיבו, שכדי להתמודד בהצלחה עם האתגרים העומדים לפניה מדינת ישראל צריכה לזנוח את האופי הדמוקרטי שלה. לממצאים דומים, ראו האגודה לזכויות האזרח בישראל **הציבור בישראל וזכויות האדם 2016: איומים והזדמנויות** (2016) https://campaigns.acri.org.il/seker2016.

שמטיל מגבלות ניכרות על האפשרות המעשית של ציבור הבוחרים לפקח על פעילותם ולהגיב על אופן פעולתם.[75] לרוב אין לציבור גם מידע מספיק שיסייע להחיל את הפיקוח על רשויות השלטון ולהעריך את פעולותיהן.[76] לכל אלה נוסף נתון הרקע שהוזכר לעיל, שלפיו הציבור עצמו אינו מבטא מידה גבוהה של מחויבות לעקרונות יסוד ליברליים. עקב כך, גם נציגי ציבור המחויבים לעקרונות אלה נתונים ללחצים לפעול בניגוד להם – מצד ציבור בוחריהם ומצד המערכת המפלגתית – כאשר פעולותיהם אלו צפויות לקדם אינטרסים צרים שונים. לאור כל זאת, ההסתמכות על מגבלות משפטיות שתוחמות את היקף סמכויותיהן של הכנסת ושל הממשלה היא הכרחית להבטחת תקינות פעילותו של השלטון.

הדמוקרטיה הליברלית מבוססת אם כן על ההערכה שהכרה בקיומן של מגבלות על כוחו של הרוב ואכיפתן בדרך של ביקורת שיפוטית היא מועילה ואף הכרחית להבטחת תקינות פעילותו של השלטון. קביעת ההגבלות היא הכרחית כדי לצמצם את הפגיעות הלא־מוצדקות בזכויות האדם, כדי להבטיח שהשלטון פועל לקידום הרווחה החברתית וכדי למנוע הפרה של עקרונות יסוד אחרים של התפיסה הליברלית.

2. הפירכה שבהענקת משקל מכריע לזכות ההשתתפות השווה

לצד הטיעון התוצאתני, התפיסה בדבר דמוקרטיה הליכית מבוססת גם על טיעון דאונטולוגי, שעניינו החובה לכבד את זכות ההשתתפות השווה של כל האזרחים. דמוקרטיה הליכית מבוססת על הטענה שלאור אי־ההסכמה בחברה באשר לגבולות כוחו של השלטון ראוי למסור את סמכות ההכרעה לציבור, אשר יכריע בעניין בהתאם לעקרון הרוב כדי להבטיח מימוש מרבי של זכות ההשתתפות השווה. טיעון זה אינו משכנע.

קושי אחד בטיעון זה לתמיכה בדמוקרטיה הליכית נעוץ בכך שהוא מביס את עצמו. הבחירה בעקרון הכרעת הרוב נובעת מן העמדה, שמכוח הזכות של כל אדם לאוטונומיה יש להימנע מהטלת מגבלות על הכרעות הרוב כדי להבטיח את הכיבוד המרבי האפשרי של האוטונומיה ושל הזכות להשתתפות שווה בהכרעות החברתיות של כל הפרטים. לפי גישה זו, יש להכיר בזכותם של בני החברה לטעות, הכרה שמחייבת להימנע משיפוט נורמטיבי מוסמך של הכרעותיהם. ואולם הטיעון הזה עצמו, מראשיתו ועד סופו, מבוסס על הקביעה

---

75 כך למשל, בסקרים שונים מובעת תמיכה של רוב מכריע בסטייה מהסדרים שמבטאים את ה"סטטוס קוו" בענייני דת ומדינה: כמעט 70% מאזרחי ישראל היהודיים השיבו כי הם תומכים בפתיחת מוסדות תרבות ופנאי בשבתות, וכ־60% תומכים בהפעלת תחבורה ציבורית ומרכזי קניות בשבתות (ראו למשל, אשר אריאן ואיילה קיסר־שוגרמן **יהודים ישראלים – דיוקן: אמונות, שמירת מסורת וערכים של יהודים בישראל, 2009** 52–53 (2011)); למעלה מ־80% תומכים בגיוס תלמידי ישיבות לצה"ל (שם, בעמ' 60); וכ־60% מן הציבור היהודי תומכים בהנהגת נישואין אזרחיים בישראל (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **הסקר החברתי 2009** 28 (2011)). כידוע עמדות אלה אינן מיושמת בכנסת בשל שיקולים קואליציוניים.

76 ראו למשל, נורברטו בוביו **עתיד הדמוקרטיה** 1–24 (2002); בסקר מדד הדמוקרטיה נמצא כי למעלה ממחצית מאזרחי ישראל סבורים, שאין בכנסת ייצוג למפלגה שמשקפת את השקפותיהם בצורה טובה, וכ־80% סבורים שנבחרי הציבור "דואגים יותר לאינטרסים האישיים שלהם מאשר לאינטרסים של הציבור שבחר בהם" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 74, בעמ' 98–99).

הנורמטיבית שיש להכיר באוטונומיה של הפרט, ועל כך שזכות זו כוללת הגנה על האינטרס של כל אדם להשתתף בכל ההכרעות החברתיות ללא הגבלה על כוחו של הפרט – וממילא של הציבור כולו – להחליט כרצונו. זוהי קביעה שמתיימרת להיות מבוססת על מוסר תבוני, כלומר על שיפוט נורמטיבי. הקביעה בדבר הזכות לאוטונומיה – ולכן גם הדמוקרטיה ההליכית עצמה – כופרת ברלוונטיות של עמדת הציבור בשאלה אם יש להכיר באוטונומיה של הפרט להכריע בכל עניין כפי שימצא לנכון, ללא הגבלה שהיא, אם יש להכיר בכך שיש להתייחס לכל בני החברה כאל שווים (כך למשל, אם גם נשים רשאיות להשתתף בהכרעות חברתיות) ובהיבטים נוספים שעשויים להיות שנויים במחלוקת. דמוקרטיה הליכית מבוססת על הטענה שעל יסוד שיקולים נורמטיביים שהם בלתי־תלויים בעמדותיהם של הפרטים בחברה יש להכיר באוטונומיה ובזכות ההשתתפות השווה שנובעת ממנה. אין זאת אלא שגם גישה זו מבוססת על שיפוט נורמטיבי לצורך ההכרעה מהו תוכנה של הנורמה הבסיסית, ובכלל זה שיפוט בדבר היקפן של זכויות האדם.

אם אין לייחס משמעות נורמטיבית מכרעת לאי־ההסכמה בציבור באשר להיקפה של זכות ההשתתפות השווה, אין זאת אלא שגם אי־ההסכמה באשר להיקפן של זכויות אדם אחרות וההשלכות שנובעות מיישומן במקרים מסוימים אינה צריכה להיות מכרעת. קביעה על יסוד שיקולים מוסריים מהו היקפן של זכויות האדם ומהן ההשלכות של הכרעה זו על הגדרתה של הנורמה הבסיסית היא בלתי־נמנעת. העובדה שישנם חילוקי דעות באשר לתוכנן של המגבלות המוטלות על השלטון אין משמעה שכל עמדה בהכרעה זו היא אפשרית, או שאין תשובות נכונות באשר להיקפן של המגבלות ושל התוצאות הנובעות מיישומן במקרה נתון. הקביעה מהן המגבלות המוטלות על השלטון היא בהכרח עניין להכרעה תבונית.

לכך נוסף השיקול שעניינו מעמדה של זכות ההשתתפות השווה. הטענה המובאת לתמיכה בדמוקרטיה הליכית היא שגם אם ישנם יתרונות להגבלת כוחו של הרוב, הרי יש להימנע מכך לאור החובה לכבד את זכותם של הפרטים בחברה להשתתף בהכרעות החברתיות באמצעות נציגיהם בבית המחוקקים. הטענה היא שהחובה לכבד זכות זו צריכה לגבור על האינטרס שבהבטחת תקינות פעילותן של רשויות השלטון ובקידום ההגנה על מכלול זכויות האדם. התפיסה בדבר דמוקרטיה ליברלית שוללת טיעון זה על שני חלקיו – הן לעניין היקף הפריסה של הזכות להשתתפות שווה והן באשר למעמדה של הזכות להשתתפות שווה אל מול זכויות האדם האחרות.

יש טעם רב בדרישה שהכרעות חברתיות יתקבלו בדרך שבה מוענק מעמד שווה לכל הפרטים בחברה. אך קביעה זו רלוונטית רק לאופן שבו יש להכריע בדבר דרך ההפעלה של סמכויות השלטון. אין נובעת ממנה מסקנה באשר לשאלה *מהן* סמכויות השלטון. הדרישה לשוויון בהשתתפות בהכרעה חלה רק בעניינים שבהם יש לאדם זכות להשתתף בהכרעה, כלומר בנושאים שבהם השלטון רשאי לפעול. אם מדובר למשל בהכרעה כיצד להקצות משאבים ציבוריים או באיזו הגבלה על חירויות הפרט לנקוט מבין ההגבלות המותרות לפי תורת זכויות האדם, זכות ההשתתפות השווה אכן מחייבת להסתמך על עקרון הכרעת הרוב. אך לעניין ההכרעה מה תהיה למשל אמונתו הדתית של אדם או עם מי הוא או היא רשאים להתחתן, לחברי הקהילה הפוליטית אין כל זכות להשתתף בהחלטה, וממילא אין הצדקה להסתמך על דרישה להבטחת שוויון במימוש זכות זו. התפיסה בדבר דמוקרטיה הליכית מחייבת את ההנחה שלאדם זכות להשתתף בכל הכרעה שהיא, ובכלל זה בשאלות שנכללות במסגרת

האוטונומיה של פרטים אחרים. אך זוהי הנחה שגויה. לא נכון מבחינה מוסרית שלאדם תהיה הזכות להשתתף בכל הכרעה שהיא; אדם אינו רשאי להכריע באשר לאופן מימוש האוטונומיה של אחרים – אלא במגבלות המותרות לכך על פי זכויות האדם – וממילא שלילת תוקפה של הכרעת הרוב במקרים אלה אינה פוגעת כלל בזכות ההשתתפות השווה.

יתר על כן, ובזה העיקר, גם אם מכירים בקיומה של זכות להשתתפות שווה בכל ההכרעות החברתיות, הסברה שזכות זו גוברת בהכרח על כל הזכויות האחרות היא שגויה. במקרים רבים הטלת הגבלות על כוחו של השלטון נחוצה כדי להבטיח הגנה נאותה על זכויות האדם. משמעות הדבר היא שהימנעות מהטלת הגבלות כאמור עלולה להחמיר את הסכנה לפגיעה לא־מוצדקת בזכויות האדם. ישנה טענה, שתהא הסכנה שנשקפת לזכויות האדם בשל הימנעות מהטלת ההגבלות על כוחו של השלטון אשר תהא, אין להטיל הגבלות אלו בשל הפגיעה שהטלתן עלולה לגרום לזכות ההשתתפות השווה. משמעות הטענה היא שהאוטונומיה של הפרט בכל הקשור להשתתפותו בהכרעה החברתית גוברת על האוטונומיה של הפרט בכל הקשור למכלול התחומים שבהם השלטון עלול להתערב בחופש הפעולה שלו, כך למשל בתחום הפולחן הדתי, חופש הביטוי, בחירת בן־זוג, בחירת מקצוע, בחירת מקום מגורים ועוד. אין זו אלא טענה שהאוטונומיה של הפרט להכתיב לאחרים כיצד לנהוג היא מוחלטת, וכוללת את הכוח לפגוע בשוויון או בכבוד האדם. זוהי טענה חסרת יסוד.[77] בנסיבות שבהן נחוצה הגבלה של שיקול הדעת השלטוני כדי להגן על זכויות אדם, מוצדקת פגיעה בזכות להשתתפות שווה בהכרעות חברתיות, פגיעה שהיא כאמור ממילא זניחה, אם היא בכלל קיימת. לכך נוספת גם העובדה, שאין משמעות ממשית לזכות ההשתתפות השווה אם אין נלווה לה כיבוד ממשי של חופש הביטוי, של הזכות לחינוך, של הזכות לקיום בכבוד ושל זכויות נוספות.

3. מגבלות טבועות על כוחו של הרוב במסגרת דמוקרטיה ליברלית

לפי התפיסה בדבר דמוקרטיה ליברלית, הנורמה הבסיסית כוללת מגבלות טבועות על כוחו של השלטון. המגבלות הללו כוללות שתי קבוצות עיקריות: נורמות שתוחמות את סמכותו של השלטון, בעיקר החובה לכבד את זכויות האדם; ונורמות שקובעות את אופן ההפעלה של סמכויות השלטון בתחומים שבהם הוא רשאי לפעול, ובכלל זה עקרון הכרעת הרוב והנורמות שנובעות ממנו, לרבות הדרישה לקיים בחירות חופשיות וכלליות מעת לעת, החובה לקיים הליכי חקיקה ראויים והאיסור לסטות מעקרון הכרעת הרוב. מקור התוקף של המגבלות הללו אינו קביעתו של הרוב, אלא המסקנה הנורמטיבית־מוסרית שמגבלות אלה נחוצות כדי להבטיח את הגשמת התכלית אשר לשמה מוקנות לשלטון סמכויותיו.

הסוגיה הטעונה הכרעה היא אילו נורמות הן בעלות מעמד חוקתי. לכאורה, בהינתן שהנורמה הבסיסית כוללת מגבלות על כוחו של הרוב ועל כוחם של נציגיו בכנסת, יש להכיר במעמד החוקתי של המגבלות הללו ובסמכותו של בית המשפט לאכוף את הציות להן, גם אם הן אינן מעוגנות בחוקה כתובה וגם אם אין תמיכה ציבורית נרחבת להכרה בהן כנורמות חוקתיות. לפי תפיסה זו, דמוקרטיה ליברלית יכולה להסתפק ב"חוקה בלתי כתובה", כלומר באכיפה שיפוטית של מגבלות על כוחו של השלטון אף אם אין לנורמות הללו תמיכה מפורשת או משתמעת של

77 ראו למשל, David Enoch, *Taking Disagreement Seriously: On Jeremy Waldron's Law and Disagreement*, 39(3) Isr. L. Rev. 22 (2006).

הציבור. ביטוי ידוע לכך ניתן בהכרעתו של בית המשפט העליון בסמוך להקמת המדינה, ולפיה רשות שלטונית אינה רשאית לפגוע בזכויות אדם אלא אם הוסמכה לכך במפורש בחקיקה: "כלל גדול הוא כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח־יד אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח־יד אינה אסורה מטעם החוק".[78] ההסתמכות על "זכות טבעית" של הפרט כמקור להגבלת כוחו של השלטון – במקרה זה להגבלת כוחה של הממשלה – היא ביטוי להכרה במגבלות טבועות על כוחו של השלטון. דוגמה אחרת לכך היא ההכרעה בפרשת **קול העם** (משנת 1953), שם נקבע כי "מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים", ולאור כך ש"חופש הביטוי הוא עקרון הקשור קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי", יש לפרש חקיקה המתירה לממשלה לפגוע בחופש הביטוי כך שתוקנה מכוחה סמכות לפעול רק כאשר הפגיעה בזכות זו היא מוצדקת בנסיבות העניין.[79] בהתאם לכך פותחה מגילת זכויות אדם פסיקתית, שהתבטאה בפסילה של החלטות שלטוניות אשר פגעו בזכויות אדם. מכוחה לא נשללה גם האפשרות (שתידון בהמשך) להחיל ביקורת שיפוטית מכוח עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית לא רק על חוקים "רגילים" אלא גם על חוקי יסוד.[80]

אולם אפיון זה של הדמוקרטיה הליברלית הוא חלקי. התפיסה בדבר דמוקרטיה ליברלית מכירה בכך, שלצד עקרונות של מוסר תבוני מוכר גם מעמדם של המקורות האמפיריים בקביעת תוכנה של הנורמה הבסיסית, ולפיכך של הנורמות החוקתיות. אלה כוללים את התרבות הפוליטית הנוהגת ואת ההסדרים שקבע הרוב באמצעות נציגיו בכנסת, שנועדו להגביל את כוחו של השלטון. לא במקרה ההכרעות השיפוטיות שהוזכרו לעיל לא עסקו בהגבלת כוחה של הכנסת, אלא רק בשלילת כוחה של הממשלה לפגוע ללא הצדקה בזכויות אדם בלא הסמכה מפורשת לכך בחוק. בהיעדר עיגון נאות למגבלות הנדונות במקורות האמפיריים שהוזכרו, גם הדמוקרטיה הליברלית נוטה שלא לאכוף אותן בדרך של ביקורת שיפוטית. בה בעת, ייחודה של דמוקרטיה ליברלית הוא בכך ששני המקורות הללו, ובייחוד העיגון (או היעדר העיגון) של נורמות מסוימות בחוקה כתובה, אינם מכריעים. ההיזקקות למקורות אלה מבוססת על שני גורמים עיקריים, שמשקלם משתנה לפי ההקשר שבו מדובר. גורם אחד נובע מכך שישנם תחומים שבהם הנורמה הבסיסית קובעת מתחם של נורמות אפשריות. לאור העובדה שיש מקום להפעלת שיקול דעת בבחירה בין החלופות הללו, יש משקל ניכר בתחומים אלה לזכות ההשתתפות השווה ולפיכך להכרעותיו המפורשות או המשתמעות של הרוב. הגורם האחר נובע מכך, שלצד ההצדקה העיונית להגבלת כוחו של השלטון ולאכיפתה בדרך של ביקורת שיפוטית נדרשת גם מידה מספקת של תמיכה ציבורית בכך. גורמים אלה, שיידונו כעת, שבגינם העיגון החקיקתי של מגבלות מסוימות על כוחו של השלטון הוא תנאי הכרחי להכרה במעמד החוקתי שלהן, הם שונים במהותם מאלה שביסוד הדמוקרטיה ההליכית. עולה מכך שגם הזיהוי של הנורמות החוקתיות ומאפייניה של הפרשנות החוקתית הם שונים מאלה המוצעים לפי הגישה האמורה.

---

78 השופט ש"ז חשין בבג"ץ 1/49 **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב 80, 82 (1949).

79 השופט אגרנט בבג"ץ 73/53 **קול העם בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871, 876 (1953).

80 ראו להלן פרק ו.

ה. הצורך בהכשר ציבורי לשם הכרה בנורמות חוקתית

התפיסה בדבר דמוקרטיה ליברלית מייחסת משקל מרכזי לבחינה מוסרית בקביעת תוכנן של הנורמות החוקתיות. לצד זאת מוכרת גם חשיבותם של שני המקורות האחרים לזיהוי תוכנה של הנורמה הבסיסית – התרבות הפוליטית הנוהגת והכרעותיה של הכנסת להגביל את כוחו של השלטון, ובכלל זה את כוחה שלה. עם זאת, מאחר שהמקור העיקרי להכרה בתוקפן של המגבלות הוא המקור המוסרי, הרי לשם ביסוס המעמד החוקתי שלהן אין נדרשת בהכרח חוקה כתובה שנקבעה בהתאם לאמות המידה הקפדניות המתחייבות במסגרת הגישה בדבר דמוקרטיה הליכית. לפי הגישה הנדונה כאן, די בכך שישנה תמיכה ניכרת בקהילה הרלוונטית בהכרה במעמד החוקתי של הנורמות הללו. אפשר ללמוד על תמיכה זו מתוך מגוון מקורות ובהם חקיקת הכנסת, אך גם מתוך תפיסות מקובלות בחברה שלא מצאו ביטוי מפורש בחקיקה. חקיקת הכנסת היא לא אחת מימוש חלקי ועקיף בלבד של זכות ההשתתפות השווה של ציבור האזרחים, ולצידה יש משקל ניכר לשיקול המוסרי בקביעת תוכנן של הנורמות החוקתיות; הבנה זו מוליכה לזיהוין של דרכים מגוונות שמהן ניתן ללמוד על עמדות הציבור בעניין זה, גם מחוץ לגדרה של חוקה כתובה, אשר די בהן כדי להשיג מידה מספקת של הכשר דמוקרטי להכרה במעמד חוקתי של נורמות מסוימות.

בתחומים מסוימים הצורך לבסס את תוכנן של הנורמות החוקתיות גם על התמיכה הציבורית בנורמות הללו מבוסס על הצדקה מוסרית, הנובעת מזכות ההשתתפות השווה. דמוקרטיה ליברלית אומנם מבוססת על העמדה, שכבר תוארה לעיל, שהמעמד המיוחס לזכות זו בתפיסה בדבר דמוקרטיה הליכית הוא מופרז. אך אין נובעת מכך שלילה מוחלטת של ההכרה בחובה לכבד זכות זו בקביעת תוכנה של הנורמה הבסיסית. לזכות זו משקל משמעותי בתחומים שבהם הבחינה המוסרית – ובעקבותיה הנורמה הבסיסית – קובעת רק מתחם של הסדרים, שכל אחד מהם יכול לשמש נורמה חוקתית. לאור זאת שיש מקום להפעיל שיקול דעת בבחירה בין החלופות הללו, ניתן בעניין זה משקל ניכר לזכות ההשתתפות השווה, ולפיכך להכרעותיו המפורשות או המשתמעות של הרוב בקביעת תוכנן של הנורמות החוקתיות.

דוגמה לנורמות מסוג זה היא הקביעה של שיטת הבחירות ושל שיטת המשטר. הנורמה הבסיסית מגבילה את סמכותה של הכנסת בכל הקשור לקביעת שיטת הבחירות ושיטת המשטר. נדרש שההסדרים שייקבעו יבטיחו את קיומן של בחירות חופשיות כלליות, ושתוחל שיטת משטר שתקיים הפרדת רשויות ופיקוח נאות על פעילות הממשלה. דרישה זו מותירה שיקול דעת רחב למדי בקביעת תוכנן של שיטת הבחירות ושל שיטת המשטר. כך למשל, ייתכנו שיטות בחירות ושיטות משטר שונות, שכולן מקיימות את דרישותיה של הנורמה הבסיסית במשטר דמוקרטי. הבחירה בין החלופות השונות מסורה לכנסת עצמה, והיא מאופיינת גם על פי התרבות הפוליטית הנוהגת. תוכנן הקונקרטי של הנורמות החוקתיות בתחום זה נקבע לפיכך במידה רבה על פי המקורות הפוזיטיביים. הנורמות החוקתיות הללו הן הבסיס העיקרי לבירור אם הסדר מסוים שהכנסת קובעת בתחום זה הוא כדין. דוגמה לכך היא הקביעה של הסדרים בתחום מימון המפלגות ואסדרה של דרכי תעמולת הבחירות. ייתכנו בהקשר זה גישות שונות – החל מאיסור על תרומות למפלגות והיתר לקיים תעמולת בחירות במימון ציבורי בלבד, ועד הימנעות מאסדרה כלשהי – שכולן עולות בקנה אחד עם החובה להבטיח את שוויון

הבחירות, והבחירה ביניהן נתונה לפיכך להכרעת הרוב.[81] בה בעת, לאור החשיבות שבקביעת הסדרים בתחומים אלה "מאחורי מסך בערות", כך שהם לא ישתנו בהתאם לאינטרסים הצרים וקצרי הטווח של הממשלה ושל הרוב בכנסת, נורמות אלה שהכנסת קובעת עשויות להיות בעלות מעמד חוקתי, ולהגביל לכן את כוחה של הכנסת עצמה ככל שמדובר בסטייה מהן על יסוד אינטרסים צרים ולא על יסוד שיקולים עקרוניים.[82] אך גם בתחומים אלה הנורמה הבסיסית אינה מעניקה לכנסת שיקול דעת בלתי מוגבל, והקביעה של הסדר מסוים נתונה לביקורת שיפוטית מכוח עקרונות היסוד הנובעים מן הנורמה הבסיסית, אף אם אין להם עיגון מפורש בחוקה הכתובה (או בחוקי היסוד).[83]

ההתחשבות במקורות האמפיריים נדרשת גם בתחום ההגנה על זכויות האדם. החובה לכבד את זכויות האדם היא אומנם בעלת מאפיינים אוניברסליים, שהרי תכליתה העיקרית היא להגביל את כוחו של הרוב לבטא את העדפותיו, ככל שאלה סותרות את המוסר. כך למשל, גם אם התפיסה המקובלת בציבור היא שיש להתייחס אל נשים כאל מי שאינן שוות לגברים או אל בני קבוצת מיעוט לאומי־אתני כאל מי שאינם שווים לבני קבוצת הרוב, אין בכך כדי להכיר בכוחו של השלטון לפגוע כך בזכות החוקתית לשוויון. ברוח זו, לפי ניסוח מקובל במגילות זכויות אדם, פגיעה בזכויות אדם היא מותרת רק אם היא יכולה להיות מוצדקת במדינה דמוקרטית, כלומר על יסוד עקרונות כלליים, שאינם תלויי תרבות.[84] לצד זאת הגישה הנוהגת במשפט המשווה מבטאת הכרה בכך שההגנה על זכויות האדם היא גם בעלת מאפיינים מקומיים. משמעות הדבר היא, שלמקורות הפוזיטיביים שמבטאים את המאפיינים הללו – נורמות שקבע בית הנבחרים והתרבות הפוליטית הנוהגת – יש משקל בפרשנות החוקתית. במובן זה אין דבר יוצא דופן בהוראה שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלצורך בחינת תוקפו של חוק שפוגע בזכות אדם יש לברר אם החוק "הולם את ערכיה של מדינת ישראל... כמדינה יהודית ודמוקרטית", ולא רק את ערכיה של מדינה דמוקרטית באשר היא. החובה החוקתית לכבד זכויות אדם אינה רק "תרגום" של הנורמות הכלליות

---

81 ראו למשל בג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715, פס' 9 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (2008) (להלן: עניין **המפקד הלאומי**).

82 על יסוד זה נשלל בכמה מקרים תוקפם של חוקים שעסקו במימון מפלגות ובתעמולת הבחירות, אשר הפרו את עקרון השוויון (ראו עניין **ברגמן**, לעיל ה"ש 47), ונבחן תוקפן של החלטות לאסור תשדירי פרסומת פוליטית (כך למשל עניין **המפקד הלאומי**, לעיל ה"ש 81). ראו גם להלן פרק ו.

83 ראו למשל, לעניין אחוז החסימה, בג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 12.3.2015).

84 כך למשל, על פי הצ'רטר הקנדי, מותר לפגוע בזכויות "only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society" (Canadian Charter of Rights and Freedoms § 1, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11 (U.K.)); וכך גם באמנה האירופית לזכויות האדם, שם נקבע כי ההגבלות המותרות, למשל, באשר לפגיעה בחופש הביטוי, הן "as necessary in a democratic society". ההתייחסות היא אל "a democratic society", ולא אל התפיסות המקובלות בחברה נתונה, במקום או בזמן מסוימים דווקא (European Convention on Human Rights, art. 10(2) E.T.S No. 5 (Nov. 4, 1950)).

של מוסר תבוני אוניברסלי למונחים של כללים משפטיים. תוכנה של החובה החוקתית לכבד זכויות אדם מותאם לתפיסות חברתיות פרטיקולריות, המבוססות על ההיסטוריה, על התרבות, על התפיסות הדתיות ועל הצרכים המיוחדים של חברה נתונה במסגרת גבולות שנתחמים על פי הנורמות המוסריות האוניברסליות. הדוגמאות לכך הן רבות: מדינה רשאית לקבוע שזכות הקניין או חופש העיסוק הן זכויות חוקתיות, והיא רשאית לשלול קביעה שכזו; מדינה עשויה להעדיף הגנה מוחלטת על חופש הביטוי, והיא רשאית לקבוע – כך למשל לאור מאפיינים תרבותיים והיסטוריים – שמוטב דווקא לאסור ביטויים מסוימים, כמו הסתה לגזענות ולאלימות; ייתכנו גישות שונות באשר להיתר ואף לחובה לנקוט מדיניות של העדפה מתקנת; וישנן דוגמאות רבות נוספות. בתחומים שבהם ייתכנו חילוקי דעות סבירים באשר לתוכנה של החובה המוסרית לכבד זכויות אדם, אופן ההפעלה של שיקול הדעת בעניין זה יכול וצריך לשקף את התרבות המקומית ואת אופייה של המדינה שבה מדובר, כלומר את הזהות החוקתית שלה (או בלשונו של השופט לוי – את "הערכים המכוננים" של המדינה).[85] השילוב של יסודות "מקומיים" בקביעת תוכנה של החובה לכבד זכויות אדם מתבטא בהבדלים הניכרים שבין מגילות זכויות האדם במדינות השונות ובהיקף ההגנה על זכויות האדם הנובע מהן, כפי שהוא מתפרש בידי הרשויות הפוליטיות, בידי הציבור ובידי בתי המשפט המדינתיים. ביטוי מובהק לכך ניתן בפסיקתם של בתי דין בינלאומיים ואזוריים, שמכירים לא אחת בקיומו של "מרחב התחשבות" ("margin of appreciation") בקביעת היקף ההגנה על זכויות האדם בכל אחת מן המדינות שכפופות לאמנות בינלאומיות.[86]

משמעות הדבר היא, שבקביעת תוכנה של הנורמה החוקתית בדבר החובה לכבד זכויות אדם יש לתת משקל ממשי לא רק לעקרונות מוסריים כלליים אלא גם להכרעות חברתיות פרטיקולריות, שבאות לידי ביטוי בתוכנם של הטקסט החוקתי ושל ההסדרים השונים שקובע המחוקק וכן בתפיסות היסוד של החברה שבה מדובר. זוהי עמדה שמייחסת משקל רב לפרשנות החוקה כפי שהיא מתבטאת בחקיקה. ההסדרים שנקבעים בחוק מבטאים את עמדת המחוקק באשר לפירושה הראוי של החובה לכבד את זכויות האדם, ולפיכך הוראות

---

85 בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 9–18 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 11.1.2012). ישנה ספרות אקדמית עשירה העוסקת במושג הזהות החוקתית. ראו למשל, Gary J. Jacobsohn, Constitutional Identity (2010). ראו גם רות גביזון "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה" **תכלת** 13, 50 (2002); ברק מדינה "'חוקה כלכלית', הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית" **ספר יצחק זמיר על משפט, חברה ופוליטיקה** 583 (אריאל בנדור ויואב דותן עורכים, 2005).

86 גישה זו פותחה בעיקר בידי בית הדין האירופי לזכויות האדם. ראו למשל לעניין הגבלות על פרסומי תועבה, Handyside v. UK, App. No. 5493/72, 1 Eur. H.R. Rep. 737 (1979). לדיון, ראו אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 510–512 (2010); Mattias Kumm, *Contesting the Management of Difference: Transnational Human Rights, Religion and the European Court of Human Rights' Lautsi Decision, in* Difference and Democracy: Exploring Potentials in Europe and Beyond 245 (Kolja Raube & Annika Sattler eds., 2011); Andrew Legg, The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality (2012).

החוק הן מקור חשוב לקביעת תוכנן של הנורמות החוקתיות.[87] בהקשר הישראלי השלכה מרכזית של גישה זו היא העמדה, שגם לפי התפיסה בדבר דמוקרטיה ליברלית, הקביעה מהן הנורמות החוקתיות אמורה להתחשב בזהות החוקתית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אשר נקבעה בנורמות שקבע הרוב – ובכלל זה ההכרזה על הקמת המדינה והוראות שונות בחוקי היסוד – ואשר מבטאת את תפיסות היסוד של הרוב בציבור.

גורם נוסף שבגינו ניתן משקל למקורות האמפיריים בקביעת תוכנן של הנורמות החוקתיות הוא הצורך המעשי בתמיכה ציבורית בהחלת ביקורת שיפוטית אשר נועדה לאכוף מגבלות על כוחו של הרוב. המעמד החוקתי של המגבלות על כוחו של השלטון אומנם נובע מעקרונות מוסריים, אך בהיעדר אימוץ מפורש או משתמע של המגבלות בידי הרוב או נציגיו עלול להתעורר קושי מעשי באכיפת הציות לנורמות החוקתיות. לרשות השופטת אין שליטה על האמצעים שדרכם ניתן לאכוף ציות להכרעות. הכיבוד של הכרעה שיפוטית שאוסרת על השלטון לפעול בדרך מסוימת הוא לרוב תוצאה של תפיסה חברתית־פוליטית בדבר החובה לכבד את שלטון החוק. נכונותם של נבחרי הציבור לקבל עליהם את מרות הדין, כפי שפורש בידי בית המשפט, תלויה במידה שבה הם מכירים בחובה לעשות כן, המעוצבת על פי התפיסות המקובלות בציבור בעניין זה. הפיתוח והשימור של תמיכה ציבורית באכיפה שיפוטית של מגבלות על כוחו של השלטון – תמיכה שלעיתים מאופיינת כ"אמון הציבור" בשפיטה – הם עניין סבוך. אין לצפות להסכמה ציבורית רחבה לתוכנה של כל החלטה שיפוטית, שהרי הכרעות לא־מעטות עוסקות בהגבלת כוחו של הרוב לממש את העדפותיו ולקדם אינטרסים מסוימים שלו. האתגר הוא לשמר מידה מספקת של הסכמה ציבורית לכך, שכוחו של הרוב וכוחו של השלטון מוגבלים מכוח נורמות שנאכפות בדרך של ביקורת שיפוטית, חרף אי־הסכמה להכרעות שיפוטיות מסוימות.[88] סיכויי התגבשותה של הסכמה ציבורית לאכיפה שיפוטית של מגבלות

---

87 מעמד החקיקה בפרשנות חוקתית נדון, אגב דיון בהיקפה של הזכות החוקתית לחינוך, בבג"ץ 3752/10 **רובינשטיין נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 17.9.2014). השופטת ארבל קבעה (שם, פס' 43), כי הזכות החוקתית לחינוך "כוללת את כל תקופת לימודי החובה של התלמיד בישראל" בהתבסס בין היתר על כך, ש"החוקים העוסקים בחינוך במדינת ישראל... מצביעים על תפיסתו של המחוקק הישראלי ושל החברה הישראלית את חינוך החובה כחלק בסיסי ומחייב כל ילד ותלמיד בישראל... עינינו הרואות, המציאות הנורמטיבית בישראל רואה עצמה מחויבת להענקת תכני לימוד בסיסיים לכל ילד בגיל חינוך חובה". לעומתה, הנשיא גרוניס נקט גישה מצמצמת יותר. הוא ציין אומנם, כי לשיטתו "הזכות לכבוד האדם היא זכות חוקתית. משכך, קיים קושי להגדיר את היקפה בהתאם להוראות בדין ב'רמה' נמוכה יותר" (שם, פס' 27); אך גם הוא הסכים שהחקיקה היא מקור נורמטיבי רלוונטי: "ייתכן, שבקביעת היקפה של זכות חוקתית, ניתן להתחשב בדין הקיים כנתון מבין מכלול הנתונים, שיש בהם כדי ללמד על מהותן של תפיסות חברתיות מקובלות וככאלה הן עשויות להשפיע על היקף הזכות. אולם קיים קושי רב, לטעמי, לראות בהוראות בדין ברמה תת־חוקתית, כמורות במדויק על היקפה של הזכות החוקתית" (שם, פס' 28).

88 בספרות בתחום מדע המדינה מקובל להשתמש בהקשר זה במושג diffuse support. לדיון בגורמים שזוהו במחקר כמשפיעים על אמון הציבור בשפיטה, ראו למשל Robert McCloskey, The American Supreme Court (1960); David Easton, A Systems Analysis of Political Life (1965); Walter F. Murphy & Joseph Tanenhaus, *Explaining Diffuse Support for*

על כוחו של השלטון הם גבוהים יותר, ככל שיש לנורמות החוקתיות עוגן משמעותי יותר בהכרעות הרוב. הסתמכות על חקיקה שניתן לפרשה באופן סביר כמבטאת הכרה במגבלות שמוטלות על השלטון מכוח עקרונות היסוד של הדמוקרטיה הליברלית עשויה לסייע – ככל שלהנמקה השיפוטית השפעה על עמדות הציבור – להגברת ההכרה הציבורית בכך שההכרעה השיפוטית מבוססת על נורמות כלליות, ולא על שאיפת השופטים לקדם אינטרסים צרים או להשיג השפעה פוליטית.[89] לחקיקה עשויה להיות גם תרומה חשובה למטרות חינוכיות ולהטמעת התמיכה בעקרונות של דמוקרטיה ליברלית, ולפיכך להגביר את הציות לנורמות החוקתיות גם בלא צורך בביקורת שיפוטית.[90] מכך נובעת הרתיעה הניכרת מהחלת ביקורת שיפוטית בהתבסס בלעדית על מגבלות "טבועות" על כוחו של השלטון.

יישום התפיסה בדבר דמוקרטיה ליברלית כרוך לפיכך בשניות: מצד אחד, מוכרות מגבלות על כוחו של השלטון, אף אם הן לא אומצו במפורש בידי הרוב בכנסת ואפילו אינן זוכות להסכמה רחבה בציבור. על בית המשפט מוטלת החובה לאכוף את המגבלות הללו, והוא אינו רשאי לקבוע שחוק מסוים תקף וניתן להפעיל מכוחו סמכויות שלטוניות, אף שתוכנו מפר את הנורמה הבסיסית, כך למשל משום שהוא פוגע ללא הצדקה בזכויות אדם. מן הצד האחר, שיקולים של מדיניות שיפוטית, שעיקרם הצורך להבטיח את אמון הציבור בשפיטה ואת הכיבוד של עקרון שלטון החוק בידי רשויות השלטון, עשויים לחייב הימנעות מאכיפה שיפוטית של מגבלות על כוחו של השלטון אם אין לכך תמיכה ציבורית מספקת. ביטוי מפורש לשניות הזו ניתן בפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק בעניין **תנועת לאו"ר** (משנת 1990), בדברים שנועדו להצדיק את החלטתו שלא להכריז על בטלותה של הוראה בחוק, אף שהוא מצא שהיא מנוגדת לנורמה הבסיסית:

> "באופן עקרוני־תורתי, קיימת אפשרות שבית משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה, גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה. [אולם] על־פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו, [משום ש]אם נעשה כן, ניראה

---

the United States Supreme Court: An Assessment of Four Models, 49 Notre Dame L. Rev. 1037 (1974); Thomas M. Franck, The Power of Legitimacy Among Nations 14 (1990); Gregory A. Caldeira & James L. Gibson, *The Etiology of Public Support for the Supreme Court*, 36 Am. J. Polit. Sci. 635 (1992); Rick A. Swanson, *The Dynamics of Specific and Diffuse Support for the U.S. Supreme Court: A Panel Study*, 44 Social Sci. J. 645 (2007).

89 **ראו למשל,** Michael L. Wells, *Sociological Legitimacy in Supreme Court Opinions*, 64 Wash. & Lee L. Rev. 1011, 1024 (2007); John M. Scheb II & William Lyons, *The Myth of Legality and Popular Support for the Supreme Court*, 81 Soc. Sci. Q. 928 (2000).

90 ראו למשל גביזון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 61: "למגילת זכויות פורמלית ואחידה... חשיבות חינוכית רבה. מסמך כזה... מקל על ההפנמה, הלמידה וההזדהות עם ערכי זכויות האדם הקבועים בחוקה. מסמכים כאלה יכולים גם... לחדד את המודעות לקיומן של מִגבלות מוסכמות על כוחות השלטון ולעודד דרישה ציבורית לכיבוד הנורמות החוקתיות". ראו גם אריאל רוזן־צבי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" **עיוני משפט** יז 689 (1992).

> בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית... תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על ידי העם ונציגיו הנבחרים".[91]

האתגר הוא ליישב את המתח שבין המישור ה"עקרוני־תורתי", שמחייב אכיפה שיפוטית של מגבלות "בלתי־כתובות" על כוחו של השלטון, לבין "התפיסה החברתית" ששוללת זאת. הספקות הם רק באשר לסמכותו של בית המשפט להכריז על בטלותו של חוק, כלומר להגביל את כוחו של הרוב בכנסת, בלא הסמכה מפורשת לכך בנורמה שקבעה הכנסת עצמה. החלת ביקורת שיפוטית על מעשיה של הממשלה, כמו גם פרשנות החקיקה, אינן מעוררות קושי דומה. שתיקתו של המחוקק אינה מקנה היתר לממשלה לפעול בניגוד למגבלות הטבועות על כוחו של השלטון, בייחוד בכל הקשור לחובה לכבד את זכויות האדם. במקרים שבהם נדרש לאכוף את המגבלות באשר לחקיקת הכנסת עצמה, המתח האמור נפתר במקרים מתאימים באמצעות הגדרה מרחיבה של אופן הבירור אם ישנה הסכמה ציבורית לאכיפת המגבלות. סוג ההסכמה הנחוץ הוא שיבטיח מידה מספקת של תמיכה ציבורית באכיפה שיפוטית של המגבלות על כוחו של השלטון. בפרט, אין הכרח בקיום הדרישות המקובלות במסגרת דמוקרטיה הליכית לכינון חוקה כתובה כתנאי להכרה בסמכות לביקורת שיפוטית. די לעניין זה בקיומן של הוראות חוק שניתן לפרשן באופן סביר כמבטאות קביעת מגבלות על כוחו של השלטון. מכך נובעת הנטייה לפרש בהרחבה את הזכות ל"כבוד האדם", כך שיהיה אפשר לעגן בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו את החובה הכללית לכבד את זכויות האדם ולאפיין כפגיעה בזכויות אדם גם הפרה של נורמות חוקתיות אשר להלכה עניינן הסדרים מוסדיים.[92]

בתחומים שבהם תוכן המגבלות אינו שנוי במחלוקת ציבורית ניכרת, הסכמה ציבורית עשויה לשמש תחליף – מלא או חלקי – לחקיקה שבה נקבע עיגון של המעמד החוקתי של הנורמות הרלוונטיות. דוגמה לכך היא החלת ביקורת שיפוטית לאכיפת נורמות מסוימות שנגזרות מעקרון שלטון הרוב. העיגון של הנורמות הללו בתפיסות העומק של החברה, בשילוב החשיבות של ההכרה במעמדן החוקתי מכוח שיקולים נורמטיביים־מוסריים, עשויים להקנות מידה מספקת של הכשר דמוקרטי לאכיפה השיפוטית של הנורמות הללו, גם אם אין להן עיגון בחוקה כתובה או בחקיקת הכנסת. על בסיס זה, ככל שניתן לזהות שינוי יסודי בעמדות

---

91 בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר, לב אחד ורוח חדשה נ' יושב־ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529, פס' 30 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1990). עם זאת בכתיבה מאוחרת יותר העריך השופט ברק, כי עם התגבשות הפרקטיקה של ביקורת שיפוטית על חקיקה, תפיסה חברתית זו עשויה להשתנות. ראו אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 412 (2004): "[יש לצפות לכך ש]שינויים בתפיסתה של הדמוקרטיה החוקתית... יופנמו גם אצלנו. ה'איש ברחוב' יבין יותר [מאשר הוא מבין] היום, כי דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב אלא גם שלטונם של ערכים, ובהם זכויות האדם. בעקבות חינוך הנוער יהא זה מובן מאליו כי ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק אינה פוגעת בדמוקרטיה אלא מגשימה אותה. המחלוקות המפלגות אותנו כיום בעניין זה ייראו בלתי מובנות בעוד שנים מספר".

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

הציבור – כך למשל באשר להיבטים הקשורים לשוויון בין גברים לנשים – הדבר עשוי להצדיק שינוי של הפרשנות החוקתית, אף בלא שחל שינוי בחוקה הכתובה או בחקיקה.[93]

לעומת זאת, במקרים שבהם המגבלות על סמכותה של הכנסת – כפי שהן מתפרשות בידי בית המשפט בהתבסס על נורמות מוסריות – אינן זוכות להסכמה מפורשת או משתמעת של הכנסת או של הציבור הרחב והסתירה בין שני העקרונות היא בלתי־נמנעת, ההכרעה מבוססת על הערכת עוצמתם של שני העקרונות המתחרים בהתאם למכלול הנסיבות הרלוונטיות. ההערכה הנדרשת היא מצד אחד מהי מידת חשיבותן הנורמטיבית של המגבלות הנדונות ומהן ההשלכות שעלולות להיות להימנעות מאכיפה שיפוטית של הציות להן, ומן הצד האחר מהי עוצמת הפגיעה הצפויה במעמדו הציבורי של בית המשפט אם יכריז על בטלותו של החוק הנדון.[94] במקרים מתאימים מוצדק לפעול בהתאם לתפיסה העקרונית שביסוד הדמוקרטיה הליברלית, חרף הימנעותו של המחוקק מלהכיר בנורמות מסוימות כנורמות חוקתיות ולעיתים אף חרף סירובו לעשות כן.

לסיכום, התפיסה בדבר דמוקרטיה ליברלית מכירה – בדומה לדמוקרטיה הליכית – בכוחו של הרוב לקבוע נורמות חוקתיות, בדרך של כינון חוקה כתובה. עם זאת החשיבות שמיוחסת במסגרת התפיסה הנדונה כאן להליך כינון החוקה, כלומר לקיומן של דרישות הליכיות מיוחדות, פחותה בהרבה מאשר בגישה החלופית. מקור התוקף של הנורמות החוקתיות שמגבילות את כוחו של השלטון הוא המסקנה הנורמטיבית שראוי להכיר במגבלות אלה, ובמקרים מתאימים גם תפיסות העומק של החברה. משום כך, גם אם הקביעה של המחוקק של נורמות שנועדו להגבילו לא הייתה בהתאם לאמות המידה הדרושות לכינון חוקה כתובה, אין בכך כדי לשלול את הקביעה שיש לנורמות אלה מעמד חוקתי, ככל שיש להן הצדקה על יסוד שני המקורות האחרים. היבטים אלה רלוונטיים גם לעניין הפרשנות החוקתית. בניגוד לתפיסה בדבר דמוקרטיה הליכית, שמייחסת משקל מכריע לטקסט החוקתי, בדמוקרטיה ליברלית משקלם של הטקסט החוקתי ושל הכוונה של מחברי הטקסט משתנה בהתאם לשיקולים שתוארו לעיל בדבר מידת העיגון הפורמלי הנדרש להכרה במעמד החוקתי של הנורמות.

ו. סמכות מכוננת מוגבלת וביקורת שיפוטית על חקיקת חוקי יסוד

ההכרעה בשאלה אם הנורמה הבסיסית היא דמוקרטיה הליכית או דמוקרטיה ליברלית חשובה לצורך דיון בסוגיה שטרם נקבעה בה הלכה חד־משמעית בפסיקה, שעניינה גבולות כוחה של הכנסת לקבוע הסדרים בחוק יסוד. סוגיה זו הוזכרה, באמרות אגב, עוד בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי** ובפסקי דין אחדים שבאו בעקבותיו. בעשור האחרון נדרשה הכרעה

93 לטיעון ברוח זו, ראו Bruce A. Ackerman, We the People: Foundations (1991). כמו כן, מגמה כלל־עולמית של חיזוק ביקורת שיפוטית על חקיקה עשויה לתרום לחיזוק ההכשר הציבורי בישראל להחלת ביקורת שיפוטית על חקיקה. לדיון ביקורתי בסוגיה זו, ראו יוסף ויילר ודורין לוסטיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** לח 419 (2016).

94 לדיון בסוגיה זו, ראו למשל חיים ה' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" **המשפט** 14, 9 (2002); מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט – תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרהורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" **המשפט** ט 491 (2004).

בסוגיה זו בשורה של עתירות, ובהן אלה: פעמיים נדונה טענה לבטלות תיקון לחוק־יסוד: משק המדינה, שמכוחו נקבע שחוק התקציב יהיה דו־שנתי, באופן שהעניק לממשלה פטור מן הצורך לזכות באישור הכנסת לחוק התקציב אחת לשנה;[95] פעמיים נדרשה הכרעה בתוקפו של תיקון לחוק־יסוד: הממשלה, שביטל את המגבלה על המספר המרבי של שרים בממשלה;[96] הטענה נטענה גם בעתירה לביטול התיקון לחוק־יסוד: הכנסת, שבו נקבעה האפשרות להפסיק את כהונתו של חבר כנסת;[97] ובמועד כתיבת שורות אלה, בפני בית המשפט תלויות ועומדות כמה עתירות בעניין חוק־יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי ("חוק הלאום"), בגין פגיעה בזכות לשוויון ובעקרונות יסוד דמוקרטיים. במקרה אחד, בעניין **המרכז האקדמי**, הוכרז על בטלות (למעשה "התראת בטלות") של חוק יסוד, שבו נקבעה בהוראת שעה הסמכה לתקציב דו־שנתי.[98] כפי שיפורט להלן, הדיון בסוגיה זו משמש מקרה בוחן להבחנה בין שתי התפיסות המתחרות, ועיון בפסקי הדין שניתנו בנושא עשוי לסייע באפיון הנורמה הבסיסית כפי שהיא נתפסת בעיני בית המשפט.

במסגרת דמוקרטיה הליכית, אם חוקי היסוד הם החוקה הכתובה של ישראל, ההגבלות על כוחה של הכנסת לקבוע הוראות בחוקי יסוד הן מצומצמות מאד. אין מוכרות במסגרת תפיסה זו של דמוקרטיה הליכית מגבלות שנובעות מעקרונות יסוד של השיטה. להלכה, סמכותה של הרשות המכוננת אמורה להיות בלתי־מוגבלת. עם זאת בשנים האחרונות הוכרו במשפט המשווה מגבלות כאמור, במסגרת מה שקלוד קליין כינה "סמכות מכוננת נגזרת",[99] ואשר מאופיינת כיום כדוקטרינה בדבר "תיקון חוקתי לא חוקתי".[100] מדובר בשני סוגים של מגבלות. הסוג האחד, שעשוי עקרונית להיות רחב למדי, עוסק במהות. עניינו הגבלות על תיקון החוקה הנובעות מהוראות החוקה הכתובה הקיימת. במסגרת זו עשויות להיכלל לא רק הוראות שמקובל לכנותן "פסקאות נצחיות", כלומר הוראות שמתפרשות כקובעות הסדרים שאין לשנותם, אלא גם נורמות שנתפסות כמבטאות את "המבנה הבסיסי" של החוקה.[101] הרשות המכוננת רשאית לסטות מהוראות מסוג זה רק בדרך של כינון חוקה חדשה, תוך קיום הדרישות ההליכיות לכך וקביעה מפורשת שמדובר בחוקה חדשה, ולא בדרך של קביעת תיקונים בלבד לחוקה הקיימת. הסוג האחר של מגבלות על הסמכות המכוננת שעשויות להיות מוכרות גם במסגרת תפיסה של דמוקרטיה הליכית יכולות להתפרש כדיוניות במהותן. מגבלות אלה כוללות לא רק את קיום הדרישות לרוב מיוחד לשינוי הוראות בחוקי היסוד – ככל שהן קבועות מפורשות בחוק

---

95 עניין **בר־און**, לעיל ה"ש 7 (שהוכרע בשנת 2011); ועניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 48 (שהוכרע בשנת 2017).

96 בג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט**, פ"ד נג(4) 92 (1999); בג"ץ 3234/15 **יש עתיד נ' יושב־ראש הכנסת** (פורסם בנבו, 9.7.2015).

97 בג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 27.5.2018).

98 עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 48.

99 קליין, לעיל ה"ש 57, בעמ' 357.

100 לסקירה השוואתית, ראו למשל, Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers (2017); אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **ספר גבריאל בך** 361 (דוד האן, דנה כהן־לקח ומיכאל בך עורכים, 2011) (להלן: ברק "תיקון של חוקה").

101 שם, בעמ' 373–377.

היסוד – אלא גם דרישות הנובעות מן הדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בכותרת "חוק־יסוד". עיקרה של דוקטרינה זו בדרישה ששינויים של הוראות בחוקי יסוד יהיו כלליים. במסגרתה אין מותרת חריגה מהוראה בחוק יסוד לזמן מוגבל בלבד, במסגרת הוראת שעה, שנועדה לאפשר לרוב מזדמן להשתחרר ממגבלה שקבועה בחוק יסוד מבלי לשנות את המגבלה עצמה.

בית המשפט נמנע עד כה מלהכיר במגבלות מן הסוג הראשון, העוסק בתוכן התיקון לחוק היסוד. בית המשפט קבע, שמאחר שבמצב הנוכחי חוקי היסוד אינם חוקה כתובה "שלמה", אין מקום לקבוע ששינוי הוראות בהם סותר את המבנה החוקתי של החוקה הכתובה.[102] גישה זו מספקת תמיכה לסברה שהגישה הנוהגת בפסיקה בהקשר הכללי יותר של הגבלת כוחו של המחוקק אינה מבטאת דמוקרטיה הליכית, שהרי אם חוקי היסוד אינם החוקה הכתובה של ישראל במובן המקובל של חוקה כתובה, הרי הגבלת כוחה של הכנסת (כרשות מחוקקת) מבוססת בעיקרה על מקור אחר.

לעומת זאת, הדין באשר לדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בכותרת "חוק־יסוד" אינו חד־משמעי. בית המשפט קבע כי מכוח יישומה של דוקטרינה זו אין תוקף לחוק יסוד שמכוחו ביקשה הכנסת לקבוע חוק תקציב דו־שנתי בתקופה מסוימת, מכוח הוראת שעה, וקבע "התראת בטלות" באשר לתיקונים מסוג זה. הספקות נובעים מכך שבפסיקה יש עמימות באשר לתוכנה של דוקטרינה זו. גרסה אחת באשר לתוכנה של הדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בכותרת "חוק־יסוד", שיכולה לבוא בגדרה של דמוקרטיה הליכית, עוסקת רק בדרישה לכלליות התיקון לחוק היסוד, ללא קשר לתוכנו של ההסדר שנקבע בתיקון. ביסוד תפיסה זו מונחת העמדה שלפיה חקיקת חוק תקציב דו־שנתי אינה סותרת "עקרונות יסוד במשטרנו הדמוקרטי – עקרון הפרדת הרשויות והצורך בפיקוח של הכנסת על פעילות הממשלה",[103] וכי הפגם בתיקון שנקבע הוא רק בכך שהוא נקבע כהוראת שעה לסטייה מן ההסדר הכללי שנקבע בחוק־יסוד: משק המדינה ולא כהסדר של קבע.[104] השופט ג'ובראן העיר בעניין זה על

---

102 ראו עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 97, פס' 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "לעת הזו, ובהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה, ובפרט משלא נקבעו עד כה ההליכים לכינון ולתיקון של חוקי־יסוד, יש בעייתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה"; וכן שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט מזוז. בית המשפט אימץ בכך את גישתו של אהרן ברק. ראו ברק, לעיל ה"ש 100, בעמ' 379: "במובן השלם והמקיף שדוקטרינת [התיקון של חוקה שאינו חוקתי] מקובלת במשפט המשווה אין לדוקטרינה זו מקום בישראל. הטעם לכך הוא שהמושג 'תיקון', בחוקה הוא עצמו בעייתי בישראל. מפעל החוקה בישראל הוא בהתהוות... 'השלם' טרם הושלם, וממילא התיקון בו טרם הבשיל".

103 עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 48, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל. לפי גישה זו, "גם אם אין להסכין עם מעבר לתקציב ארבע־שנתי – ההופך את אישור התקציב להצבעת אמון חד פעמית בממשלה – וגם אם גיבוש תקציב שנתי מעוגן בחיי המשק ובחיי הפרט, [אין] בסיס לשלילת האפשרות של מעבר לתקציב דו־שנתי" (שם).

104 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל: "בחלוף שנים ארוכות שבהן קנה לו התקציב הדו־שנתי אחיזה במשפטנו החוקתי, אין עוד צידוק לעיגונו בהוראת שעה... על הרשות המכוננת לכבד את הנורמות שאותן היא יוצרת בכובעה זה, ולהבטיח כי שינויים בכללי המשחק שמתווה החוקה יבוצעו בהליך ראוי, תוך שקיפות ואחריותיות כלפי הציבור. קביעת עובדות בשטח,

הצורך לשמור על "קדושתם של חוקי היסוד".[105] זוהי תפיסה שעשויה כאמור לבטא דמוקרטיה הליכית והתייחסות לחוק היסוד כאל חוקה כתובה. ואולם – וזוהי הגרסה האחרת – חלק מן השופטים בחרו להדגיש כי הדוקטרינה אינה קובעת איסור גורף על סטייה לתקופה מוגבלת מהוראה בחוק יסוד שנותרת בעינה, אלא מחייבת להעריך, לצד בחינה אם יש "נסיבות חריגות המצדיקות עריכת הסדר זמני",[106] גם את "מידת הפגיעה של חוק היסוד הזמני בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות".[107] בהתאם לכך, חלק מן השופטים שסברו שאין בהוראת השעה פגיעה בעקרונות יסוד כאמור נמנעו מלהכיר במגבלה על כוחה של הכנסת לסטות מדרישת הכלליות.[108] למעשה ההכרעה בדבר בטלותה של הוראת השעה בדבר חוק תקציב דו־שנתי בפרשת **המרכז האקדמי** התבססה במידה רבה על החשש שההסדר פוגע בעקרונות יסוד בדבר הפרדת רשויות ופיקוח הכנסת על הממשלה.[109] גרסה אחרונה זו מבטאת במובהק

נוסח 'עוד דונם ועוד עז', אינה מכבדת את החוקה הישראלית, ואף לא את מכוניה. הוראת השעה התקציבית, שזו משמעותה, אינה יכולה ליהנות, אפוא, ממעמד חוקתי".

105 שם, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן: "יציבותה של הדמוקרטיה הישראלית מושתתת על קדושתם של חוקי היסוד, ועל כיבוד הוראותיהם, קטנות כגדולות... טול מחוקי היסוד את מעמדם זה; הבחן בין הוראותיהם מטעמי נוחות ומצורכי השעה – וערערת את יסודותיה של השיטה כולה. בכך אין, כמובן, כדי להקנות [להוראותיהם] שריון נצחי, וברי כי סלולה דרכה של הכנסת לחבוש את כובעה המכונן ולשנות מהנורמה המנויה [בחוקי היסוד]... ואולם, כל עוד לא נעשה הדבר, ראוי האמור... בחוק־יסוד... למעמד היאה למילות חוקי היסוד". השופט ג'ובראן הבהיר, כי לשיטתו "תכלית הביקורת אינה אלא לוודא כי טיבם של הסדרים אלה אינו סותר את הכתרתם כחקיקת יסוד ואת המעמד הנורמטיבי הייחודי השמור להם" (שם, פס' 5). ראו גם שם, פס' לז לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "הדגש לאמיתו אינו תוכני, אלא מושם על המסגרת של חוקי יסוד, ומעמדם ככאלה, כטכסטים חוקתיים".

106 עניין **בר־און**, לעיל ה"ש 7, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

107 שם. ראו גם עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 48, פס' ל לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין: "כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות... במקום שמזוהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטכסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני 'הליבה החוקתית' ו'קדושתה', חשיבותה המשפטית והערכית".

108 ראו למשל, עניין **בר־און**, לעיל ה"ש 7, פס' 4 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור: "המקרה שלפנינו נוגע למרקם היחסים בין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. אין המדובר בפגיעה בזכויות אדם, ואין המדובר גם לטעמי בפגיעה בעקרונות יסוד משטריים. הקביעה לפיה תקציב יהיה תקציב שנתי דווקא (להבדילו מתקציב דו שנתי) איננה, לטעמי, עקרון יסוד חוקתי. יכולה אני להבין את התרעומת של העותר שחש כי התיקון נועד להשגת יעד פוליטי, אף שבדיקת ההיסטוריה החקיקתית לכאורה אינה מראה זאת. ואולם... איני רואה עילה להתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בעניין חוקתיות החוק, אך בשל כך שנעשה בחוק היסוד שינוי בדרך של הוראת שעה". ברוח דומה נפסק בעתירות בעניין הוראות השעה להשעיית תחולתה של המגבלה על מספר השרים בממשלה, לעיל ה"ש 96.

109 עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 48, פס' לה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין: "עמדנו בהקשרנו על החשיבות העצומה שבפיקוח פרלמנטרי שנתי על תקציב המדינה ועל היותו כלי מרכזי לפיקוח הכנסת על הממשלה, במיוחד כאשר עסקינן ביכולת של חברי כנסת

תפיסה של דמוקרטיה ליברלית, המכירה בכך שכוחה של הכנסת – גם כרשות מכוננת – מוגבל לא רק מכוח הוראות חוקי היסוד עצמם אלא גם מכוח עקרונות "בלתי־כתובים".

ככל שמוכרות מגבלות רחבות יותר על כוחה של הכנסת גם כאשר היא מחוקקת חוקי יסוד, כן מתחזקת הסברה שהגישה שמנחה את בית המשפט היא גישה של דמוקרטיה ליברלית. עד כה נמנע אומנם בית המשפט מלקבוע מפורשות כי הסדר בחוק יסוד הוא בטל מחמת תוכנו, אך בה בעת הקפיד להבהיר כי הוא אינו שולל אפשרות שכזו.[110] לפי גישה זו, "[במסגרת] דוקטרינת 'התיקון החוקתי הלא חוקתי' השאלה הנשאלת... היא אם הולמת חקיקת היסוד את שיטת המשטר ואת ערכי היסוד שבגרעינה".[111] בית המשפט שב וקבע, כי "קיימים עקרונות יסוד, העומדים בבסיס קיומנו כחברה ומדינה, אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה... יידרש בית המשפט להכריע האם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית".[112] גם אהרן ברק, בכתיבתו האקדמית, קרא לאכיפת מגבלות מסוג זה על הכנסת גם בכובעה כרשות מכוננת, בהתבסס על "עקרונות יסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו" ועל עקרונות הכרזת העצמאות.[113]

מסיעות האופוזיציה והציבור אותו הם מייצגים, או אף חברי כנסת מן הקואליציה, להשפיע על סוגיות של מדיניות וקביעת סדרי עדיפויות חברתיים וכלכליים; מכאן ברי, כי חריגה מעיקרון זה, גם כאשר מדובר בתיקון חוקתי 'אמיתי' – של קבע – ולא על דרך של הוראת שעה, צריך שתיעשה, אם בכלל, בזהירות גדולה מאוד, מבלי לסתור את עקרונותינו הדמוקרטיים ומבלי לפגוע פגיעה קיצונית בזכות הציבור, באמצעות נבחריו בבית המחוקקים, לקחת חלק בעיצוב תקציב המדינה ובפיקוח הפרלמנטרי".

110 שם, פס' לה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין: "אין באמור ללמד, כי כל תיקון קבע לחוק היסוד... בהכרח יעמוד חוקתית, גם אם לא אטע מסמרות... אם ימצא בית משפט זה כי תיקון שנעשה לחוק היסוד פוגע בצורה חמורה במשטר הדמוקרטי, אין לשלול את האפשרות... כי הדבר יוביל למסקנה החריגה שמדובר בתיקון חוקתי שאינו חוקתי ולכן יש לפסלו... ככל שהרשות המכוננת אינה נוקטת היא עצמה ריסון של ממש בבואה לתקן את עקרונותיה החוקתיים של המדינה, נכונותו של בית המשפט לבקרה – רחבה יותר, גם אם ברי כי עדיין תהא מצומצמת מהביקורת אותה נוקט בית המשפט כלפי חקיקה במעמד נורמטיבי רגיל, שגם היא מצומצמת מעיקרא"; שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן: "ככל רשויות השלטון, מחויב בית משפט זה... להכריע בסוגיות המובאות לפניו לאור ערכי היסוד הראויים למשטר דמוקרטי חוקתי, יהיו הם כתובים עלי ספר או לאו"; עניין **בר־און**, לעיל ה"ש 7, פס' 34 לפסק דינה של השופטת חיות; ועוד.

111 עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 48, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן.

112 עניין **בר־און**, לעיל ה"ש 7, פס' 34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. ראו גם עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 97, פס' 4 לפסק דינו של השופט סולברג: "ביקורת שיפוטית על חוקתיות תיקון לחוקה מתמקדת... בשאלה אם שינוי היקפן של זכויות היסוד, נעשה תוך פגיעה בעקרונות על־חוקתיים".

113 ברק "תיקון של חוקה", לעיל ה"ש 100, בעמ' 379: "סמכותה המכוננת של הכנסת אינה כל יכולה. כך לעניין כינונו של חוק יסוד חדש, וכך לעניין תיקונו של חוק יסוד קיים. ניתן לומר כי בשני המקרים חייבת הכנסת, כרשות מכוננת, לפעול במסגרת עקרונות יסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו. עליה לפעול במסגרת אמות המידה העקרוניות עליהן מבוססת

הדיון בסוגיה זו מוביל לשתי מסקנות עיקריות: במישור הפוזיטיבי, הגישה העולה מן הפסיקה בדבר גבולות כוחה של הכנסת בחקיקת חוקי יסוד מבטאת במידה רבה הכרה בכך שחוקי היסוד הם רק "מעין חוקה".[114] זוהי תפיסה שמחזקת את הסברה, שהגישה שלפיה בית המשפט פועל היא של דמוקרטיה ליברלית ולא הליכית. חוקי היסוד מספקים הכשר ציבורי להכרה השיפוטית בחובה המוטלת על הכנסת לכבד את זכויות האדם, אך הם אינם המקור הבלעדי לחובה זו. הדבר עשוי להסביר את הנכונות העקרונית להחיל ביקורת שיפוטית רחבה יחסית על הוראות חוקי היסוד, מעבר למקובל באשר לקביעת תיקונים לחוקה כתובה ממש שנקבעים בתנאים הדיוניים הנחוצים לחקיקת תיקונים שכאלה. במישור הנורמטיבי, נראה שסוגיית הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד מחייבת הכרעה מפורשת באשר לנורמה הבסיסית של מדינת ישראל. העמימות המוחלת בפסיקה בהקשר זה היא אפשרית כל עוד מוקד הדיון הוא ביקורת שיפוטית על חקיקה "רגילה". לא כך כאשר בית המשפט נדרש לקבוע את מגבלות כוחה של הכנסת בתיקון חוקי היסוד ובחקיקת חוקי יסוד חדשים. בתחום זה, ההכרה של בית המשפט בכך כי החלת הגבלות מסוימות על הכנסת גם בחקיקת חוקי יסוד היא בלתי־נמנעת מחייבת לספק תשתית עיונית נאותה למהלך שכזה, ותשתית שכזו קיימת רק במסגרת התפיסה של דמוקרטיה ליברלית, ולא במסגרת התפיסה של דמוקרטיה הליכית.

סיכום: מעמדם של חוקי היסוד

מקובל לאפיין את גישתו של בית המשפט העליון בישראל בחלוקה לשתי תקופות, שנבדלות ביניהן בסוגיית הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה.[115] הכרעת בית המשפט בשנת 1995, כי נורמות מסוימות הן בעלות מעמד חוקתי וכי בית המשפט מוסמך לאכוף גם על הכנסת ולא רק על רשויות השלטון האחרות את החובה לכבדן, מאופיינת כ"מהפכה חוקתית". עם זאת הביטוי "מהפכה", המיועד בדרך כלל לאפיין שינוי מהותי של הנורמה הבסיסית, מתאים בהקשר זה רק חלקית.

בתמצית, בתקופה הראשונה, שנמשכה מהקמת המדינה ועד אמצע שנות התשעים, החיל בית המשפט ביקורת שיפוטית על החלטותיה של הרשות המבצעת על יסוד הכרה במגבלות טבועות על כוחו של השלטון ובפרשנות החקיקה לאורן, אך נמנע מלהחיל ביקורת שיפוטית על החקיקה. הפסיקה עשירה באמירות שמהן עשוי להשתמע אימוץ עקרוני של תפיסה בדבר

הכרזת העצמאות ועליהן מבוסס מפעל החוקה כולו"; אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כאסיפה מכוננת" (הרצאה במרכז הבינתחומי הרצליה, 8.1.2018): "היקף סמכותה של האסיפה המכוננת, כפי שהוא נקבע בחלק השני של הכרזת העצמאות, צריך להתפרש על רקע שני החלקים האחרים של הכרזת העצמאות. על פי גישה זו, סמכותה של הכנסת כאסיפה מכוננת אינה סמכות מוחלטת. היא אמנם סמכות רחבה ביותר, אך היא מוגבלת על ידי העקרונות של החזון של העם והאני מאמין שלו הקבועים בהכרזת העצמאות". ראו גם בג"ץ 6427/02, לעיל ה"ש 11. ראו, ברוח דומה, אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי־יסוד" **ספר ברנזון** כרך שני 119, 134–136 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

114 ראו עניין **בר־און**, לעיל ה"ש 7, פס' א לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

115 ראו למשל, דניאל פרידמן **קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל** (2019); מאוטנר **הליברליזם בישראל**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 93–202.

דמוקרטיה הליכית, ובהן למשל הקביעה כי "נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן ככל העולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת".[116] אך נראה שהפירוש הסביר יותר לגישה זו של בית המשפט הוא ברוח עמדתו של השופט ברק בעניין **תנועת לאו"ר**, בדברים שצוטטו לעיל. בית המשפט אימץ כבר בתקופה הראשונה את העמדה, שהנורמה הבסיסית של מדינת ישראל היא הנורמה המאופיינת כדמוקרטיה ליברלית; אך הוא נמנע מלאכוף על הכנסת את המגבלות שנובעות מכך רק בשל היעדר הכשר ציבורי לכך, מחמת היעדר בסיס נאות לאכיפת המגבלות הללו בחקיקת הכנסת עצמה ובתפיסה המקובלת בציבור. התקופה השנייה, שהחלה עם מתן פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** בשנת 1995, מאופיינת בקביעה מפורשת כי יש נורמות בעלות מעמד חוקתי, שגם הכנסת כפופה להן. אך הבסיס לקביעה זו אינו שינוי בעמדתו של בית המשפט באשר לתוכנה של הנורמה הבסיסית, אלא חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992. חוק יסוד זה, שבו נקבעה מפורשות חובתה של הכנסת לכבד את זכויות האדם, פורש כמספק הכשר ציבורי נאות ליישום התפיסה העקרונית שביסוד הדמוקרטיה הליברלית. חקיקת חוק היסוד הסירה את המניעה המעשית לאכוף גם על הכנסת את החובה לכבד את המגבלות שנובעות מן הנורמה הבסיסית של מדינת ישראל.

בית המשפט נקט – יש לשער שבמכוון – גישה שיש בה עמימות באשר לשאלה אם חוקי היסוד הם החוקה הכתובה של ישראל. ניתן לשער שהטעם לכך הוא כפול: מצד אחד, יש קושי לאפיין את חוקי היסוד כחוקה כתובה בהיעדר הסממנים המקובלים להליך של כינון חוקה, ומאחר שבשל הקלות לתקן את חוקי היסוד, יש חשש ממשי מפני שימוש לרעה בסמכות של הכנסת לקבוע נורמות חוקתיות. מן הצד האחר, קביעה מפורשת שחוקי היסוד אינם חוקה כתובה הייתה עלולה להחליש את ההכשר הציבורי הנחוץ לאכיפה בדרך של ביקורת שיפוטית של המגבלות על הכנסת. מכך נובעת הבחירה בעמימות בסוגיית מעמדם המדויק של חוקי היסוד. באופן נרחב יותר, נראה שהתפיסה העולה מן ההלכה בעניין **בנק המזרחי** היא, שכדי להשיג הכשר ציבורי להכרה במגבלות על כוחה של הכנסת נדרשת מחויבות – רטורית לפחות – לתפיסה בדבר דמוקרטיה הליכית; עולה מכך מחויבות להכרה – ולו עמומה – בכך שחוקי היסוד הם תוצר הפעלתה של סמכות מכוננת, ובעיקר בכך שהם החוקה הכתובה של ישראל, כלומר שחוקי היסוד הם אשר יצרו את הנורמות החוקתיות.

מטרת הדיון שהובא כאן היא להציע שהגיעה העת לזנוח את התפיסה הזו ועימה את המחויבות הפורמלית, מן הפה לחוץ, לדמוקרטיה הליכית. התפיסה בדבר דמוקרטיה ליברלית זוכה למידה מספקת של הכשר נורמטיבי, משום שהיא המוצדקת מבחינה מוסרית ומשום שיש לה תמיכה סבירה במקורות האמפיריים. אין משמעות הדבר זניחת המקורות האמפיריים להכרה במגבלות על כוחה של הכנסת, אלא רק צמצום משקלה של הדרישה לעיגון בחקיקה של מגבלות אלה. כיום, רבע מאה לאחר ההלכה בעניין **בנק המזרחי**, מוטב להכיר מפורשות בכך שהנורמה הבסיסית של מדינת ישראל היא נורמה של דמוקרטיה ליברלית, באופן שיבהיר את מעמדם של חוקי היסוד כנורמות חוקתיות, שתוקפן מותנה בכך שתוכנן עולה בקנה אחד

---

116 ע"א 228/63 **עזוז נ' עזר**, פ"ד יז 2541, 2547 (1963) (דברי השופט ברנזון). עוד ראו למשל, בג"ץ 188/63 **בצול נ' שר הפנים**, פ"ד יט(1) 337, 349, פס' 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברנזון (1965): "אחרי שחוק נתקבל בכנסת ופורסם ברשומות, עלינו להרכין ראש בפניו ולא להרהר אחרי הוראותיו, קביעותיו והנחותיו"; ע"א 450/70 **רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 129, 136 (1971); בג"ץ 356/83 **לידור האגודה להגנת בעלי בתים, דירות ורכוש פרטי בישראל נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד לח(1) 602 (1984).

עם עקרונות היסוד של השיטה. ככל שחוקה כתובה היא מקור התוקף של הנורמות החוקתיות, חוקי היסוד אינם חוקה כתובה. אך אם מבינים מושג זה כביטוי אמפירי להסכמה לתוכנן של הנורמות החוקתיות, שמקור התוקף שלהן הוא הנורמה הבסיסית של ישראל שעניינה החובה לכבד את זכויות האדם, ניתן לראות בחוקי היסוד את החוקה הכתובה של ישראל.