

## מהמהפכה למשבר - בין תאוריה למעשה

אהרון גרבר\*

פסק דין בנק המזרחי הוא מפסקי הדין החשובים ביותר במשפט הציבורי בישראל, אם לא החשוב שבהם.<sup>1</sup> חשיבותו לא נובעת מהעניין שנדון בו – חוק שנועד לשמוט חוב של הקיבוצים לבנק המזרחי – אלא מהמהפכה החוקתית שחולל ומהשינוי המשטרי שיצר בשיטת הממשל של ישראל.

כיאה למעמד, חוות הדעת של השופטים ממלאות מאות עמודים. פסק הדין חשוב מאוד ולכן גם מפורסם מאוד, אך האם אנו יודעים מה באמת נכתב בפסק הדין? הזיכרון הקולקטיבי לעיתים מתעתע, בשורות הבאות אבקש לבחון האם מה שהוצג לימים כמסקנת פסק הדין, באמת נקבע בו.

### מדמוקרטיה פרלמנטרית לדמוקרטיה חוקתית

מקובל לומר שעד לפסק הדין, שיטת המשטר שנהגה במדינת ישראל היתה 'דמוקרטיה פרלמנטרית', שבה החזיקה הכנסת ביכולת ההכרעה הסופית בכל דיון. בדמוקרטיה פרלמנטרית דבר חקיקה מפורש עומד בראש הפירמידה הנורמטיבית וחקיקה היא סוף פסוק. לאחר המהפכה מדינת ישראל הפכה בפועל ל'דמוקרטיה חוקתית' שבה מוגבל המחוקק להוראותיהם של חוקי היסוד על פי פרשנות השופטים.

היו שניסו לצייר את פסק הדין כמקבילה ישראלית לפסק הדין האמריקאי הנודע בעניין *Marbury v. Madison* משנת 1803, שם קבע השופט מרשל כי בית המשפט הוא שומר החוקה ותפקידו להעביר ביקורת שיפוטית חוקתית. אולם האמת היא שפסק דינו של השופט ברק רדיקאלי בהרבה מפסק הדין בעניין *Marbury*, בארה"ב הייתה חוקה ובית המשפט רק קבע כי הוא זה שמוסמך לאכוף אותה. בישראל, לעומת זאת, בית המשפט לא הסתפק בנטילת הסמכות להעביר ביקורת שיפוטית חוקתית אלא הפך את עצמו למכונן החוקה כשהכריז על דעת עצמו שיש לישראל חוקה.

עיון בפסק הדין מלמד כי האופן שבו התקבע בשיח אינו נאמן למקור. לא נקבע בו מעמדם החוקתי של כל חוקי היסוד לא בהכרעת הדין ולא באמרת אגב. בשורות הבאות אראה כיצד אפילו בחוות דעתו של הנשיא ברק שהציג את התשתית לעיקרון הסמכות המכוננת לא נקבע כי יש להעניק לכל חוקי היסוד מעמד נורמטיבי עליון. רק בדיעבד, שנים לאחר פסק הדין, בית המשפט אימץ את העמדה הזאת תוך שברק עצמו מציג אותה כאילו נקבעה בפסק דין בנק המזרחי. כתוצאה מהפער לא נערך דיון ציבורי, ואפילו בקרב השופטים לא נערך דיון במשמעות ובהשלכות של הקביעה הזאת למרות משמעותה מרחיקת הלכת על מבנה המשטר בישראל. למעשה המהפכה החוקתית הושלמה רק שנים לאחר פסק הדין כאשר בית המשפט ייחס משמעות חוקתית לכל חוקי היסוד בניגוד למשמעות שיוחסה להם על ידי המחוקק וללא כל דיון ולגיטימציה ציבורית.

\* עו"ד אהרון גרבר משמש כסגן ראש המחלקה המשפטית וכחוקר בפורום קהלת למדיניות. בוגר תואר ראשון בחינוך במכללת הרצוג ותואר ראשון ושני (התמחות במשפט ציבורי ובינלאומי) במשפטים באוניברסיטה העברית.  
<sup>1</sup> ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221 (1995).

כיצד נקבעה שיטת הממשל בישראל?

כל מי שעוסק בשיטת הממשל בישראל יודע שכיום נהנים חוקי היסוד ממעמד נורמטיבי עליון, כך שחקיקה רגילה אינה יכולה לסתור אותם. אולם מהו המקור לעיקרון היסוד המשטרי הזה ומתי הוא נקבע?

פרופ' אהרן ברק מציג את הדברים כך:<sup>2</sup>

”מאז החלטת הררי כוננה הכנסת ארבע- עשר חוקי יסוד (חוק-יסוד: הכנסת; חוק-יסוד: מקרקעי ישראל; חוק-יסוד: נשיא המדינה; חוק-יסוד: הממשלה; חוק-יסוד: משק המדינה; חוק-יסוד: הצבא; חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל; חוק-יסוד: השפיטה; חוק-יסוד: מבקר המדינה; חוק- יסוד: חופש העיסוק; חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק-יסוד: משאל עם; חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה); חוק- יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי). בפסק הדין בפרשת בנק המזרחי המאוחד נקבע כי חוקי היסוד כוננו בכנסת כאספה מכוונת, ושהחקיקה הרגילה של הכנסת – הכנסת כרשות מחוקקת- כפופה להוראות של חוקי היסוד”.

גולת הכותרת של המהפכה החוקתית היא הכפפת החקיקה הרגילה של הכנסת לכל חוק יסוד; אולם בניגוד לאופן בו ייחס ברק את המהפכה לפסק דין בנק המזרחי בפסיקה ובכתיבתו האקדמית, הלכה למעשה, בבנק המזרחי נקבעה עליונותם הנורמטיבית רק של חוקים בעלי פסקת הגבלה – שנתפסה כפסקה שמקנה לחוקי היסוד שריון מהותי.

### מהפכה חוקתית בדרך אגב

קריאה מדויקת בפסק-הדין מלמדת על פער בין מה שנקבע בו לבין האופן שבו הוא השפיע על שיטת הממשל בישראל. כיצד נוצר הפער? במישור הפורמאלי, הערעור של הבנק נדחה ולכן לא נקבעה הלכה בפסק הדין. הלכה נקבעת רק ביחס ל'רציו' – הקביעות המשפטיות שנדרשו להכרעה. ממילא חוות הדעת הארוכות שנכתבו על ידי השופטים ברק, שמגר וחשין מהוות 'אוביטר' - אמרת אגב, שאין לה נפקות להלכה. העובדה הזאת היתה נהירה לשופטי ההרכב והם ציינו זאת כבר בפסק הדין. חברי ההרכב ידעו שפסק הדין מהווה אמרת אגב ארוכה ואין לו מעמד פורמאלי של תקדים מחייב.<sup>3</sup> למרות זאת דנו חלק מהשופטים בקביעות של פסק הדין באריכות והתייחסו אליהם כ'הלכה' תוך השוואה לעניין מרבורי שניתן גם הוא כפסק דין שדחה את העתירה שעמדה לפניו ומתוך הבנה עמוקה בדבר האופן בו יכולות אמרות האגב להטרים שינוי משפטי מכוון.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוונת" חוקים יא 9, 17 (2018)

<sup>3</sup> ראו לדוגמה בראש חוות דעתו של השופט חשין וכן חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט", משפטים לא 415, 416-417

ה"ש 2 (2001).

<sup>4</sup> ראו בחוות דעתו של זמיר סעי' 4.

אך בניגוד לעניין Marbury שנכתב גם הוא כאוביטר בהסכמת כל חברי ההרכב שהצטרפו לשופט מרשל, רוב השופטים בעניין בנק המזרחי לא קיבלו את עמדתו של ברק בדבר קיומה של "סמכות מכוונת" ולא הכריעו בינה לבין עמדתו של שמגר שדגל בעליונות הפרלמנט.<sup>5</sup> עם זאת, ההשפעה של העובדה הזאת בפועל מוגבלת, חוות דעתו של השופט ברק ותפיסת הסמכות המכוונת ששרטט בפסק הדין הפכו ברבות השנים לאבן הראשה של שיטת המשפט הישראלית.<sup>6</sup>

פסק הדין בעניין בנק המזרחי עורר ביקורת רבה. המבקרים התמקדו בהעדר הלגיטימציה הדמוקרטית והפגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות שבשינוי שיטת הממשל בידי שופטים שאינם נבחרים.<sup>7</sup> התנהל גם ויכוח של ממש בשאלת המודעות של המחוקקים לכך שהם מכפיפים את החקיקה לביקורת שיפוטית,<sup>8</sup> וזכרה גם ביקורת על כך שמדובר באוביטר. אך נדמה כי עד היום לא פותחה הביקורת על האופן בו הוצגה ברבות השנים חוות הדעת של ברק כמסקנת פסק הדין וכי נתלו בה רכיבים מרכזיים במהפכה למרות שאינם מופיעים בה. העובדה שמדובר באמרת אגב ארוכה גרמה לחלק משופטי ההרכב לוותר על הכרעה במחלוקת המרכזית שבלב פסק הדין: המחלוקת בין שמגר לברק בדבר התאוריה החוקתית שמאחורי המהפכה החוקתית.<sup>9</sup> העדר ההכרעה ובירור ההבחנה בין הדעות השונות, הובילו בהמשך גם להצגת פסק הדין ככולל קביעות מרחיקות לכת שמעולם לא נקבעו בו, תוך השתתף המשפט החוקתי בישראל על יסודות רעועים.

### חשיבות ההבחנה בין המהפכה החוקתית בנוסח של שמגר לזאת של ברק

שמגר וברק, שני הנשיאים שחתומים יחד על פסק הדין, תמכו שניהם בייחוס מעמד חוקתי לחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו אל מול דעתו החולקת של השופט חשין. ברבות הימים נטשטשה ההבחנה בין גרסתו של שמגר לפרשנות של פסקת ההגבלה לבין המהפכה החוקתית שחולל ברק, וזאת שלא בצדק. המחלוקת

<sup>5</sup> רק לוי, זמיר ומצא הצטרפו לברק בכל הנוגע לאימוץ עקרוני של עיקרון הסמכות המכוונת.  
<sup>6</sup> כפי שציין השופט גיוראן בבג"ץ 3166/14 יהודה גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה - מדינת ישראל 53 (נבו) 12.03.2015. בראש "רומה כי אין צורך להכביר עוד במילים על חשיבותה של המהפכה החוקתית והשפעתה על כל תחומי המשפט, ובהם – בראש ובראשונה – המשפט החוקתי. לאחר חקיקתם של חוק-יסוד: הכבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק ולאחר פסיקת בנק המזרחי, ברי כי היה שינוי במשפט החוקתי כולו ובמעמד הנורמטיבי של זכויות ועקרונות רבים – ביניהם גם הזכויות והעקרונות המוענקים מכוח חוק-יסוד: הכנסת"; ולאחרונה בדברי השופט מינץ: בג"ץ 5969/20 סתיו שפיר נ' הכנסת (נבו) 23.05.2021 ("כידוע, בעניין בנק המזרחי, נקבע כי חוקי היסוד הם בעלי מעמד של עליונות נורמטיבית בשל כך שהם נחקקו על ידי הכנסת בכובעה כ"רשות מכוונת". זאת בהתבסס על התפיסה כי הציבור רואה את הכנסת כגוף המוסמך לקבוע נורמות חוקתיות (שם, עמ' 391). הנחת היסוד שעמדה בבסיס המהלך הייתה כי קיים אמון ברשות המכוונת ולצידו הסכמה חברתית רחבה לכוחה של הכנסת לפעול כרשות מכוונת ולכונן חוקי יסוד המהווים "חוקה", שמבטאת את רצון העם (עניין בנק המזרחי, עמ' 398-399). מתוך כך, נוצר הבסיס להכרה בביקורת שיפוטית על חוקים "רגילים" מכוח חוקי היסוד, וזאת בעיקר על סמך ההכרה בחוקי היסוד כ"חוקה", גם אם בלתי שלמה (וראו ביקורת על נוסחם של חוקי היסוד, הפוגם לדעת המחברים ביכולתם לשמש חוקה").

<sup>7</sup> לביקורת עדכנית ראו את דבריו של השופט מינץ: בג"ץ 5969/20 סתיו שפיר נ' הכנסת עמ' 92 (נבו) 23.05.2021. "שאלת סמכותו של בית משפט זה לבצע ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקים מכוח חוקי היסוד, חרף העובדה שכיום כמעט ולא נמצא לה חולק, אינה מובנת מאליה ואינה מושתתת בהכרח על יסודות ברורים, שכן לא ניתן למצוא בהוראות חוק יסוד: השפיטה עוגן לסמכות זו. עליונותם של חוקי היסוד הוסקה בעניין בנק המזרחי לא מכוח הוראה מפורשת, אלא בין היתר, מכוח "שתיקתם" של חוקי היסוד, המפעילה "את תפיסת היסוד של המשפט הישראלי"; מכוח היותה של הביקורת השיפוטית "דמוקרטית"; ומחוראות עקיפות המרמזות על מעמדם של חוקי היסוד (כגון הוראת סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ו"פסקת ההגבלה" שבסעיף 8 שבו) ועוד. ברם, שאלת סמכותו של בית המשפט לבקר חוקים אינה שאלה משנית, אלא שאלה יסודית שראוי היה לה לקבל מענה ברור, ולא פתרון דחוק וכללי...".

<sup>8</sup> נדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" משפט וממשל יא 571, 587-588 בשנים האחרונות התעורר הדיון שוב לאחר שאוריאל לין ששימש כיו"ר וועדת החוקה שהכינה את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו פרסם ספר חדש, ראו רן ברץ "המחטף והמחדל: הקונוניה שהולידה את המהפכה החוקתית" מידה (21.7.2017).

<sup>9</sup> ראו בחוות דעתם של השופטים גולדברג, בך וטל שצינו זאת במפורש. סעי' 1 לחוות דעתו של גולדברג: השאלה בדבר מקור הנורמה ומעמדה היא בענייננו שאלה עיונית, שאינה מחייבת הכרעה. לפיכך אומר רק זאת: מוכן אני לצאת מן ההנחה כי כל אחת מן הדעות שהובעו בנושא זה אינה לוקה בתשתיתה הרעיונית, ההיסטורית או הפרשנית; סעיף 1 לחוות דעתו של טל: "מחלוקת נטושה בין הנשיא שמגר לבין הנשיא ברק ובין שניהם לשופט חשין, בשאלות עקרוניות של סמכויות הרשות המחוקקת ומעמדה. למחלוקת זו חשיבות רבה מבחינת המשפט הקונסטיטוציוני. עם זאת, אינני סבור שהכרעה בכל השאלות הללו דרושה לצורך העניין שלפנינו. לפיכך אמנע עצמי מלהכניס ראשי בין הריים גבוהים ואניח שאלות אלה לעת חפץ".

בין שמגר לברק אינה עניין תאורטי. שמגר כמו ברק תמך בפרשנות שמעניקה לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו מעמד נורמטיבי עליון על חקיקה 'רגילה', אבל ההנמקות שהציגו שונות לחלוטין באופן המשליך על התאוריה החוקתית הישראלית ולכן חשוב לעמוד עליהם.

### נימוקי השופטים

השופט שמגר סבר שהכל מתחיל ונגמר בכנסת כרשות המחוקקת. שמגר דבק בעליונות הפרלמנט אך סבר שהכנסת עצמה יכולה להגביל את עצמה ולהעניק לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו מעמד עליון. אם המחוקק בחר לכבול את שיקול דעתו באמצעות פסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו הרי שמעמדה הנורמטיבי שודרג על ידי הכנסת.

השופט ברק, בניגוד לשמגר, הציע תיאוריה חדשה, ולפיה הסמכות שהכנסת הפעילה בחקיקת חוקי היסוד היא סמכות מכוננת. לדעתו הכנסת מחזיקה בשני כובעים שונים, כובע מחוקק וכובע מכונן – וכאשר הכנסת מחוקקת חוקי יסוד היא פועלת בכובעה המכונן. המסקנה הנובעת מתאוריית שני הכובעים היא שלפי דעתו של ברק כל חוקי היסוד נהנים מעליונות נורמטיבית ויש להם מעמד של חוקה. כלומר, בניגוד לשמגר ברק זונח את תאוריית עליונות הפרלמנט ומטמיע אל תוך שיטת הממשל שלנו תאוריה לפיה כאשר המחוקק חובש את כובע המכונן וקורא לחוק- חוק יסוד הוא מייצר נורמה במדרג נורמטיבי גבוה יותר. מבחינה פרקטית ישנה זהות בין המחוקק והמכונן, אולם זהו עניין 'טכני'. השיטה היא שיטה חוקתית שבה הפרלמנט אינו עליון גם אם במקרה הוא זה שנתפס כמכונן.

לא מדובר בפלפול למדני בלבד, ויש להבדל בין שתי הגישות השלכות מעשיות רחבות כפי שציין השופט לוי:

"לכאורה, מה לי התורה האחת ומה לי התורה האחרת אם בסופו של דבר שתייהן מובילות לאותה מסקנה, שכנסת ישראל מוסמכת לחוקק חוקים ברמה חוקתית. אך לא היא. אין זו מחלוקת לשם שמים. אין זה ויכוח אקדמי גרידא. לא בשאלה סמאנטית נחלקו חבריי, אלא בעיקרון מהותי, משמעותי וערכי, שהשלכות לו מכאן ולעתיד באשר לגיבוש החוקה".<sup>10</sup>

אני מבקש לעמוד על שתי השלכות מעשיות שמשותפות לאור ההנמקה בה נוקטים: מעמדם של חוקי היסוד נעדרי סעיף שריון ומעמדה החוקי של מגילת העצמאות.

כאמור, רוב חוקי היסוד לא כוללים סעיף שריון פרוצדוראלי שמגביל את האופן בו ישונה החוק או סעיף שריון מהותי בדמות פסקת ההגבלה, ולמרות זאת, הם נתפסים כיום כבעלי מעמד חוקתי למרות שלא נתפסו כך בעבר. לצד זאת, הפסיקה הישראלית נמנעה באופן מסורתי מלייחס למגילת העצמאות מעמד חוקתי או חוקי עצמאי מתוך תפיסה פוזיטיבית בדבר חובת ציות נורמטיבית למחוקק, ולו בלבד, ואילו כיום נשמעת תמיכה בשינוי מעמדה החוקי וניסיון לייחס לה מעמד נורמטיבי עליון.

<sup>10</sup> פס' 4 לחוות דעתו בעניין בנק המזרחי.

שני השינויים האלה קרו כמעט בהיסח הדעת ותוך שהם מוצגים על ידי ברק כמוסדים על התשתית המשפטית ששרטט בחוות הדעת בעניין בנק המזרחי, למרות שהכרעת פסק הדין ואפילו הכרעתו של ברק עצמו בשאלות האלה היתה שונה ונעמוד עליהם כעת.

הבחירה בתאוריית שני הכובעים נוגעת למעמדם של חוקי היסוד שאין בהם סעיף שריון ממשי או 'מהותי'. עד המהפכה החוקתית היה מקובל שלחוקי היסוד המוסדיים שקדמו לחוקי היסוד של 1992 אין מעמד נורמטיבי עליון, למעט אולי, סעיפים ספורים ששורינו, כלומר שנכתב בהם במפורש כי לא ניתן לשנותם אלא בפרוצדורה ייחודית.<sup>11</sup> בפרשת בנק המזרחי שידרג בית המשפט את מעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד בעלי פסקת ההגבלה והכיר בה כשריון 'מהותי'. פסקת ההגבלה נוסחה באופן שמגביל את המחוקק ולכן נתפסה כשריון. אך בניגוד לאופן שבו מציגים את פסק הדין כמקור לכך שכל חוקי היסוד נהנים ממעמד נורמטיבי חוקתי, בית המשפט לא הבהיר את מעמדם של חוקי היסוד המוסדיים שאין בהם סעיף שריון מהותי או פרוצדוראלי ולא הגדיר אותם כעליונים על חקיקה רגילה. אין זה מפתיע שעל פי חוות דעתו של השופט שמגר לא הוענק לחוקים אלו מעמד נורמטיבי עליון.<sup>12</sup> אך באופן מפתיע ובניגוד למסקנה שעולה מהתשתית התאורטית שהציג ברק, עיון בחוות דעתו מלמד שלמרות שהוא יצר תשתית לתאוריה שלפיה יש מעמד נורמטיבי עליון לכל חוקי היסוד, הוא נמנע מלהכריע בדבר עליונותם של כלל חוקי היסוד. אדרבה, בחוות דעתו של השופט ברק נאמר במפורש שאין לחוקי היסוד המוסדיים מעמד חוקתי עליון עד לשריונם הצפוי בחוק יסוד החקיקה.<sup>13</sup> למרות זאת, לימים ברק החל להפנות לחוות דעתו בעניין המזרחי כמקור לעמדה לפיה לכל חוקי היסוד מעמד נורמטיבי עליון.<sup>14</sup>

יתכן שבזמן שנכתב פסק הדין בעניין בנק המזרחי ברק הבין שעמדה אחרת, כזו שתעניק מעמד נורמטיבי עליון לכלל חוקי היסוד בישראל, תעורר התנגדות תקיפה יותר של חברי ההרכב. אולי חשש גם שהקושי שבשינוי שיפוטי בן-לילה במעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד המוסדיים שנחקקו שנים רבות קודם לכן יפגע בניסיון להציג את המהפכה החוקתית כיצירה של המחוקק. כך או כך, ברק הציג תאוריה שתומכת בהענקת מעמד חוקתי עליון לכל חוקי היסוד אך מנגד נמנע מלקבוע מעמד חוקתי לכלל חוקי היסוד המוסדיים נעדרי פסקת ההגבלה.

שאלת מעמדם של חוקי היסוד המוסדיים נותרה עמומה. אפילו השופט זמיר שתמך בבנק המזרחי בעיקרון הסמכות המכוננת ציין בפסק דין בשנת 1999 כי לא נקבעה הלכה שמעניקה לחוקי היסוד נעדרי השריון מעמד נורמטיבי עליון על חקיקה רגילה.<sup>15</sup> רק בשנת 2003 הושלמה המהפכה החוקתית כאשר ברק מבליע ללא דיון, ללא חקיקת חוק יסוד החקיקה, ותוך הסתמכות על עניין בנק המזרחי למרות שנאמר בו להפך, שלכל חוקי היסוד מעמד חוקתי. גם הפעם הדברים נאמרו באמרת אגב לקונית, ואף ללא כל דיון של ממש

<sup>11</sup> ראו אריאל בנדור "שריון וחוקה- פסק דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" משפטים 821 (2001)

<sup>12</sup> ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 סעיפים 24 ו-26 לפסק דינו.

<sup>13</sup> סעיף 65 לפסק דינו של השופט ברק בעניין בנק המזרחי: "הסדריו של חוק-יסוד משוריין אינם ניתנים לפגיעה בחוק רגיל, אלא אם כן החוק הרגיל מקיים את דרישות השריון. לעומת זאת, הסדריו של חוק-יסוד לא משוריין (שותק) ניתנים לפגיעה בחוק רגיל. הבחנה זו בין חוקי-היסוד השונים תיעלם, כמובן, שעה שכל חוקי-היסוד ישוריניו, כפי המוצע בהצעת חוק-יסוד: החקיקה".

<sup>14</sup> בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית נז(1) 750 (2003) פס 4 והע"ש 2 לעיל.

<sup>15</sup> ראו בג"ץ 102/99 משגב נ' הכנסת ואח' (1999) את דברי השופט זמיר בפסקה 7: "מעל לכל, יש לזכור כי העותר מבקש שבית המשפט יבטל, באמצעות פרשנות, חוק של הכנסת. אכן, כבר נפסקה הלכה כי בית המשפט מוסמך לבטל חוק הנוגד את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או את חוק-יסוד: חופש העיסוק. אך עדיין לא נפסקה הלכה כי בית המשפט מוסמך לבטל חוק הנוגד את חוק-יסוד: הממשלה"

בסוגיה אך הם שהשלימו את המהפכה החוקתית ואת התהליך בו נמנעה היכולת לפגוע בחוק יסוד לא משורין בחוק רגיל.<sup>16</sup> כתוצאה מכך, כיום, פועלת מערכת הממשל בישראל לפי עיקרון הסמכות המכוננת שמניח כי כל חוקי היסוד, משוריינים ולא משוריינים, נהנים ממעמד נורמטיבי עליון.

לפי התאוריה של שמגר, רק חוקים משוריינים נהנים ממעמד נורמטיבי עליון. חוקי היסוד המוסדיים שמסדירים את 'כללי המשחק' בדמוקרטיה הישראלית לא נהנים ממעמד חוקתי כל עוד לא יעניק להם המחוקק מעמד כזה במפורש. תאוריית הסמכות המכוננת של ברק מאתגרת את התפיסה הזאת ומצדיקה עקרונית הכרה במעמד עליון של חוקי היסוד שלא נובע מכוחו של המחוקק.

אם בכך לא די, תאוריית הסמכות המכוננת גם יוצרת את התשתית לתפיסה החדשה והמפתיעה שהציג לאחרונה ברק, ולפיה הכנסת מוגבלת אף בעת שהיא מכוננת חוקי יסוד להוראותיה של מגילת העצמאות כנגזרת מהמחויבות לנורמה הבסיסית- הוראות מועצת העם.<sup>17</sup> שמגר, שכפר בקיומה של דמוקרטיה חוקתית בישראל וראה את מדינת ישראל כדמוקרטיה פרלמנטרית, שלל מכל וכל עמדה כזו. לשיטתו, כזכור, גם אם יש חוקים בעלי מעמד נורמטיבי עליון, הדבר נובע מעליונות הפרלמנט – שמייצג את הריבון. זו גם העמדה שהיתה מקובלת בדין הישראלי מקדמת דנא, ועל בסיסה נקבע שוב ושוב שמגילת העצמאות נעדרת תוקף משפטי מחייב.

בניגוד אליו, ברק שדוגל בתאוריית הסמכות המכוננת, טוען ששיטת המשפט של ישראל היא דמוקרטיה חוקתית והמחוקק כפוף להוראות החוקה. בשל תאונה היסטורית לא נקבעו מלכתחילה ההסדרים המפורטים של החוקה, אך קווי המתאר שלה משתקפים במגילת העצמאות; ולכן סמכותה המכוננת של הכנסת מוגבלת לאמור במגילה מכוח הנורמה הבסיסית. גם אם המחוקק פועל לפעמים כמכונן אין ללמוד מכך על עליונות הפרלמנט לא בכובעו כמחוקק ואפילו לא בכובעו כמכונן מכיוון שהוא כפוף למגילה. מכאן למד ברק על מגבלות שקיימות על סמכות המכונן לכוון ופיתח הצדקה לביקורת שיפוטית אפילו על תיקונים חוקתיים. לדעת ברק, השיטה הישראלית היא שיטה חוקתית שבה הפרלמנט אינו עליון והציבור באמצעות נציגיו מוגבל לאמור במגילה שאין אפשרות לשנותה באמצעים דמוקרטיים. למותר לציין ששיטה כזאת מעוררת קושי דמוקרטי משמעותי.<sup>18</sup>

עד כה ראינו כיצד עיקרון הסמכות המכוננת נקלט בפועל בדין הישראלי בניגוד לאמור בעניין בנק המזרחי. ראינו שמלבד העובדה שפסק הדין נכתב כאוביטר, מרבית השופטים לא תמכו בתזה שהציג ברק. אדרבה, נקבע במפורש בפסק הדין שההכרעה היא כאמור בפסק דינו של הנשיא שמגר ולא על פי חוות דעתו של השופט ברק, והדיון העקרוני בשאלת קיומה של סמכות מכוננת הסתיים מבלי שברק מצליח לשכנע את רוב השופטים בעמדתו.<sup>19</sup> אולם אפילו בחוות דעתו של ברק נכתב במפורש שאין לייחס לכלל חוקי היסוד

<sup>16</sup> בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשורה, פ"ד נז(1) 750, 755-756 (2003). באותה היום פורסמה החלטה נוספת מפי השופט מצא שייחסה מעמד נורמטיבי עליון לחוק יסוד השפיטה: בג"ץ

3511/02 עמותת הפורום לדו קיום בנגב נ' משרד התשתיות, נז(2) 102 (2003) וראו אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות" **משפט וממשל** 305, 307 (2003) שמצביעה על אופן ההתפתחות וכך ספיר לעיל הע"ש 8 הע"ש 53.

<sup>17</sup> אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" **חוקים** יא 9 (2018).

<sup>18</sup> ראו: שמעון נטף "מועצת המדינה הנצחית? תשובה למאמרו של אהרן ברק 'מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת' **חוקים** (טרם פורסם).

<sup>19</sup> השורה האחרונה בפסק הדין קובעת במפורש כי "הוחלט כאמור בפסק-דינו של הנשיא שמגר". עמ 588 בעניין **בנק המזרחי**. רק שלושה מתשעת השופטים הצטרפו לעמדה העקרונית של ברק, שכאמור דחתה גם היא במפורש ייחוס מעמד נורמטיבי עליון לכל חוקי היסוד בטרם חקיקת חוק יסוד החקיקה..



מעמד נורמטיבי עליון עד לשדרוגם הפורמאלי באמצעות חוק יסוד החקיקה. ניתן להניח שהצורך בדיון ועיגון בחוק יסוד החקיקה אינו אקט פורמאלי גרידא. לצד שידורג מעמדם של חוקי היסוד נעדרי השריון, חקיקתו של חוק יסוד החקיקה גם היתה מובילה לבחינה של ההשלכות הצפויות, זאת תוךקביעת הסדרים שיבטיחו את האיזונים והבלמים בין רשויות השלטון, לצד התאמת ההסדרים שבחוקי היסוד למעמדם החדש.

### זרע רוח יקצור סופה

המהפכה החוקתית זרעה את זרעי המשבר החוקתי שמדינת ישראל נתונה בו בשנים האחרונות. שינוי התשתית החוקתית המשפטית נעשה מבלי שנערך על כך דיון ציבורי רציני ומבלי שנבחנו ההתאמות הדרושות בחוקי היסוד שקדמו למהפכה. המחלוקת בין ברק לשמגר הוצגה כמחלוקת בדבר הדין המצוי – כשופטים הם בחנו את שיטת הממשל בישראל וניסו להבין האם היא דמוקרטית פרלמנטרית או דמוקרטית חוקתית; אולם מעולם לא נערך דיון מקיף מפורש בניסיון לבחון את הדין הראוי. אפילו רוב השופטים שישבו בדיון לא עסקו בשאלה העקרונית – ולא בחנו מה היתרונות והחסרונות של כל אחת מהשיטות, על אחת כמה וכמה שהדיון הציבורי בשאלה היה חסר. הוצגו שתי תאוריות חוקתיות מתחרות והתקבלה בפועל הכרעה מבלי שנבחנו ההשלכות הצפויות, מבלי שהיא תותאם לחוקי היסוד ומבלי שנקבע כיצד יאוזנו החסרונות שבכל שיטה. למעשה הדרך בה נקבעה תאוריית הסמכות המכוננת כתאוריה החוקתית הנוהגת, הטמינה את זרעי חוסר האמון במערכת המשפט. כפי שציין השופט לנדוי:<sup>20</sup>

"טרם שמענו על חוקה למדינה שנתקבלה "כמעט בהחבא". מהפכה חוקתית חייבת להתחולל בגלוי ובמודע. חוקה המשנה את יחסי הגומלין בין רשויות המדינה אינה יכולה להתקבל בדרך מחטף חקיקתי..."

זה לא מקרי שחוק יסוד החקיקה לא חוקק מאז עניין בנק המזרחי. אחרי פסק הדין וההכרזה על מהפכה חוקתית נפגע האמון של המחוקק בבית המשפט. הכוונות היו כמובן טובות, ואפשר גם להניח לצורך הדיון שהמהפכה הביאה לחיזוק השמירה על זכויות אדם במדינת ישראל.<sup>21</sup> אך בה בעת פגעה המהפכה בתשתית המוסדית של שיטת הממשל בישראל וייסדה מבנה רעוע, שפגיעתו בשיטת הממשל הדמוקרטית רעה, ומגבילה את היכולת של הכנסת להשלים את החוקה. יתרה מכך, חוקי היסוד המוסדיים שהתקבלו קודם למהפכה לא נוסחו מלכתחילה כפרקי חוקה ונקבעו מתוך תפיסה בדבר עליונות הפרלמנט ולכן הניסיון לייחס להם מעמד חוקתי נורמטיבי כפי שנגזר מעיקרון הסמכות המכוננת אינו הולם את השינויים הרבים שהם עוברים. לא נקבע עבורם הליך חקיקה מיוחד, והם מסדירים נושאים רבים ומפורטים. הפירוט הרב והצרכים הפוליטיים מביאים לשינוי תדיר של ההסדרים האמורים בהם.<sup>22</sup> כתוצאה מכך הם משתנים ללא הרף וגוררים התערבות שיפוטית ביחס לכללי המשחק שמוסדרים בחוקי היסוד המוסדיים (חוק יסוד

<sup>20</sup> משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג 697, 702 (1996)

<sup>21</sup> הנחה שאינה מובנת מאליה ראו לדוגמה יהושע (שוקל) שגב "העצמת שיח הזכויות החוקתיות בעקבות המהפכה החוקתית: האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?" משפט ועסקים ט"ז 235 (2013).

<sup>22</sup> עידו פורת "מודל הסמכות המכוננת – קביים שניתן להשליך" ICON-S-IL Blog (17.9.2019)

הכנסת, הממשלה, חוק יסוד משק המדינה).<sup>23</sup> מעורבות שפוגעת ביציבות וגוררת שינויים נוספים בחוקי היסוד בניסיון למנוע התערבות שיפוטית וחוזר חלילה.

ייחוס מעמד חוקתי לכל חוקי היסוד הוא שהשלים את המהפכה החוקתית; אך הוא נקלט אל תוך שיטת המשפט הישראלית באופן זוחל ללא דיון סדור וללא לגיטימציה דמוקרטית. ניתן לשער כי להעדפת עיקרון הסמכות המכוננת על פני עיקרון עליונות הפרלמנט יש משקל רב במשבר החוקתי אליו התדרדרה מדינת ישראל. מתאוריה דמוקרטית שבה שולטים נציגי העם בכינון החוקה, עברה הובלת התהליך לבית המשפט שסובל מירידה חדה באמון. אך גם ברמה המעשית אימוץ תאוריה חוקתית מרחיקת לכת מבלי שנערך דיון ממצה בעניינה אינה הדרך לקבלת חוקה. בניגוד להתמקדות בשאלת ההבנה של חברי הכנסת בזמן שחוקקו את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו בכנסת, המהפכה החוקתית האמיתית התרחשה לאחר פסק דין בנק המזרחי כאשר יוחס מעמד נורמטיבי חוקתי לכלל חוקי היסוד, ללא דיון ציבורי ואפילו ללא דיון בקרב השופטים.

כיום, נדרשים מאמצים לשם יציאה מהמשבר באמצעות דיון עקרוני ומקיף בתאוריה החוקתית של ישראל וכיול מחודש של מערכת האיזונים והבלמים בדמוקרטיה הישראלית באמצעות חקיקת חוק יסוד החקיקה. כדי שמהלך כזה יעבוד הוא חייב ליהנות מלגיטימציה רחבה ולהיעשות תוך שמירה על עקרונות היסוד של הדמוקרטיה והפרדת הרשויות.

---

<sup>23</sup> בג"ץ 5969/20 סתיו שפיר נ' הכנסת (נבו 23.05.2021); "בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017).