

## מחוקתיות פוגענית להליך חוקתי ראוי: נורמות הליכיות בחקיקת חוקי יסוד ובחקיקה במסלול ועדה

מאת

אורי אהרונוסון, איתי בר-סימן-טוב, עדן ישראלי לוי, רונית לוי-שנור,  
דורין לוסטיג ואיסי רוזן-צבי\*

### תקציר

המאמר מפתח את הדיון בשתי שאלות מרכזיות שטרם זכו לתשומת לב מספקת בפסיקה או במחקר – מהן הנורמות המשפטיות ההליכיות הנדרשות בחקיקה של חוקי יסוד ומהן אלה הנדרשות בחקיקה מטעם ועדה של הכנסת. הניתוח המובא במאמר מאיר ממד של חוקתיות פוגענית (abusive constitutionalism) שטרם זכה לעיון נרחב בספרות. עד כה התמקדה הספרות בדבר חוקתיות פוגענית במקרים שהשימוש בתיקונים חוקתיים נועד להחליש את התכליות המקובלות של החוקה במשטרים דמוקרטיים ליברליים, כמו שמירה על זכויות אדם או על עצמאות בית המשפט. לעומת זאת, הניתוח המוצע כאן שואב השראה מהדוגמה הישראלית כדי להצביע על מודל נוסף ולא-מוכר של חוקתיות פוגענית, המשלב בין הליך למהות. מודל החוקתיות הפוגענית ההליכית-מהותית המנותח כאן מבוסס על שימוש בהליך החקיקה החוקתי על מנת לערער ולהחליש את התכלית המקובלת של החוקה – יצירת כלים לפיקוח ולבקרה על זרועות השלטון והבטחת שלטון החוק וזכויות האדם. הטיעון שבמאמר בדבר שימוש בהליך החוקתי כנגד תכליות החוקה כמודל של חוקתיות פוגענית מבוסס על ארבעה מהלכים עיקריים: (1) ההצדקה הנורמטיבית להליך חקיקה מובחן ומחמיר באשר לחקיקת חוקי יסוד; (2) ניתוח היסטורי ופרשני שמבסס את קיומה בישראל של תפיסה מקובלת בדבר הליכים מחמירים או מובחנים בנוגע לחקיקת חוקי יסוד

\* ד"ר אורי אהרונוסון ופרופ' איתי בר-סימן-טוב, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן; ד"ר רונית לוי-שנור, ד"ר דורין לוסטיג ופרופ' איסי רוזן-צבי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב; עדן ישראלי לוי, בוגרת הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אנו מודים לאביב ברטוב, לעומר ברמן, לתומר מרחב, לרוזן נחמני ולסהר עוז על עזרתם הרבה במחקר. כל ההדגשות שבמאמר הוספו, אלא אם צוין אחרת.

בכלל ולחקיקת חוקי יסוד מטעם ועדה בפרט; (3) ניתוח מופעיו של מודל החוקתיות הפוגענית ההליכי-מהותי בישראל; (4) הצדקת השימוש בביקורת שיפוטית כדי להתמודד עם השלכותיו הבעייתיות של שימוש פוגעני מסוג זה.

תחילה מובא הטיעון כי הליך החקיקה של חוקי יסוד מחייב נורמות הליכיות שונות ומחמירות יותר מאשר הליך החקיקה של חוקים רגילים, טיעון המתבסס על תאוריה חוקתית ודמוקרטית ועל תורת החקיקה. בהמשך מבוסס הטיעון בדבר הליך חקיקת חוקי היסוד בפועל על מסד אמפירי ועל ניתוח פרשני של ההיסטוריה החקיקתית של ישראל בנוגע לחוקי יסוד. ככל שמדובר בחקיקת חוקי יסוד, לטיעון זה יש תמיכה בתפיסות שהיו מקובלות במשך עשרות שנים בכנסת. המאמר מראה מדוע פרשנות הסעיף בתקנון הכנסת המסמיך ועדה לקדם הצעת חוק מטעמה, ההיסטוריה החקיקתית שלו, תכליתו וכן הנוהג שהתפתח בעניינו מלמדים על היותו של הליך חקיקה מטעם ועדה הליך מובחן וייחודי שנועד לחיזוק הכנסת כגוף. המהלך הפרשני מראה, כי נהוג ונכון ליזום ולהכין חוק יסוד במסגרת זו באופן קולגיאלי – בהסכמה בין-גושית של קואליציה ואופוזיציה – ותוך הקפדה על הליך יסודי.

בשלב הבא המאמר עוסק בשחיקה שחלה במחויבות הכנסת לנורמות אלו בהליך חקיקת חוקי יסוד, ומצביע על התדרדרות במימוש נורמות אלו בעשור האחרון. נוכח זאת, המאמר דן בהשלכות מחקר זה על סוגיית הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, ומבסס את הטיעון על אודות תפקידו החיוני של בית המשפט בשמירה על נורמות הליכיות ראויות בחקיקת חוקי יסוד ואת העיגון הקיים לתפקיד זה במשפט החוקתי הישראלי. מן הראוי שכלל הזיהוי של נורמה חוקתית לא יסתפק בכותרת "חוק יסוד" (הלכת בנק המזרחי) ובבחינה אם תוכנה של הנורמה מתאים להסדרה חוקתית (הלכת שפיר), אלא יכלול גם התייחסות להליך החקיקה ולשאלה אם הוא עמד במאפיינים של הליך חוקתי.

- מבוא ..... 4
- א. מעמדם של הנוהג ושל הנוהל המקובלים בכנסת לפי סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת ..... 9
- ב. הליכי החקיקה של נורמות חוקתיות ..... 11
1. מאפייניו של הליך החקיקה החוקתי ..... 11
2. המקרה הישראלי: הנוהג באשר לחקיקת חוקי יסוד בכנסת ..... 15
3. סיכום ..... 23

ג. המאפיינים המיוחדים לחקיקה מטעם ועדה ..... 24

1. פתח דבר ..... 24

2. כללי: הצעת חוק מטעם ועדה ..... 25

3. היסטוריה חקיקתית של מסלול החקיקה ביוזמת ועדה ..... 27

(א) החלטת הררי ומשמעותה ..... 27

(ב) סמכות ועדה ליוזם חקיקה במסגרת הדיונים בהצעת חוק-יסוד: החקיקה  
(1975, 1978) ..... 28

(ג) תיקון תקנון הכנסת בשנת 2011 ..... 30

4. פירוש סעיף 80(א) לתקנון הכנסת: העקרונות שביסוד סמכות ועדה ליוזם  
הצעות חקיקה ..... 31

(א) עקרון הקולגיאליזם ..... 33

(ב) עקרון ההליך היסודי ..... 36

5. הנוהג והנהלה המקובלים באשר להצעות לחוקים ולחוקי יסוד מטעם ועדה  
(א) הנוהג והנהלה באשר לחקיקת חוקי יסוד ותיקונים לחוקי יסוד מטעם  
ועדת החוקה ..... 39

(ב) הנוהג באשר לחקיקה רגילה מטעם ועדת החוקה ..... 43

6. סיכום: הליך חקיקה מטעם ועדה ..... 47

ד. השחיקה בנורמות הליכיות בחקיקת חוקי יסוד בעשור האחרון ..... 47

ה. ביקורת שיפוטית של הליכי החקיקה והתיקון של חוקי יסוד ..... 51

1. על הפגם הנועץ בשימוש לרעה בהליך החוקתי כדי לחתור תחת תכליות החוקה  
..... 52

2. הצורך בביקורת שיפוטית כמענה לכשלים בהליך החקיקה של חוקי יסוד. ..... 53

3. על הצורך לעמוד על תקינות ההליך החוקתי כדי למנוע את התדרדרות  
הדמוקרטיה – הניסיון ההשוואתי ..... 57

4. הבסיס במשפט הישראלי לפיתוח שיפוטי של נורמות הליכיות לחקיקת חוקי  
יסוד ..... 58

(א) הכרה עקרונית בכך שחוקי יסוד דורשים הליך חקיקה שונה מהפוליטיקה  
הרגילה ..... 59

(ב) הכרה בשחיקה שחלה בהליך חקיקתם של חוקי יסוד ..... 60

(ג) הכרה פסיקתית בתפקידה של הביקורת השיפוטית בתמרון המחוקק  
להקפיד על הליך חקיקה ראוי ..... 61

(ד) הכרה בתפקיד בית המשפט בפיתוח דיני חקיקה מעבר לדין החרות.. ..... 62

(ה) אופן פיתוח המבחנים החדשים בנוגע לחקיקת יסוד לאור הלכת מגדלי  
העופות והלכת קוונטינסקי ..... 65

5. ביקורת שיפוטית משולבת: השילוב בין הפגמים בתוכן התיקון החוקתי לבין  
הפגמים בהליך חקיקתו ..... 67

6. הסעדים החוקתיים העומדים לרשות בית המשפט ..... 71

## 7. סיכום: המשפט הישראלי מכיר בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה החוקתית

74 .....

74 ..... סיכום.

## מבוא

הברון דה מונטסקייה מזוהה בידי רבים כאבי הרעיון של הפרדת הרשויות. עבור מונטסקייה, ההצדקה לחלוקת הכוח בין רשויות שלטוניות נוגעת לאפשרות שהשלטון ינצל לרעה את כוחו. "כל אדם שכוח השלטון בידו", כתב מונטסקייה בשנת 1748, "מועד לעשות בו שימוש שלא כהלכה".<sup>1</sup> דבריו הדהדו בכתבי "הפדרליסט", עת ניסו מעצבי החוקה האמריקנית לשכנע את הציבור בצדקתה ובהכרחיותה. "אילו היו בני האדם מלאכים", כתב ג'יימס מדיסון, "לא היה צורך בשלטון כלל". בחירות לבדן אינן ערובה מפני פגיעת שלטון, שהוא החזק, בחלשים ממנו. הסיעה החזקה ביותר יכולה "להתאחד בנקל ולדכא את הסיעה החלשה יותר", ובמצב כזה, שבו החזקים הם השורדים, "אפשר לומר כי האנרכיה שוררת באותה מידה כמו במצב הטבעי, שבו אין הפרט החלש יותר מובטח מפני אלימותו של החזק ממנו".<sup>2</sup> לקראת אמצע המאה התשע עשרה פרסם אלקסיס דה-טוקוויל את ספרו "דמוקרטיה באמריקה", וניסח בבחירות את החשש של מדיסון מסכנת העריצות במשטר הדמוקרטי. זהו מצב שבו לרוב יש "מרות ממשית מופלאה... ומשעה שנתגבשה דעתו בשאלה מן השאלות, שוב אין מכשולים שיוכלו לעצור אותו בדרכו ואף לעכבו, כדי שיוכל להתפנות לתלונותיהם של אלה שאותם הוא מוחץ בדרכו".<sup>3</sup> גם בן תקופתו הבריטי, ג'ון סטיוארט מיל, הביע חשש דומה בספרו "ממשל של נציגים". מיל הזהיר מפני מצב שבו רוב האזרחים ירכוש לעצמו "יתר השפעה מכל שאר בני העדה".<sup>4</sup> תובנה זו, שזכתה למינוח "עריצות הרוב", מהווה הצדקה מרכזית לעיגון מנגנונים של איזונים ובלמים שתכליתם לבזר את הכוח השלטוני ולהגן על זכויות.<sup>5</sup>

1 שארל לוואי דה סקונדה ברון דה מונטסקייה על רוח החוקים 32 (קלוד קליין עורך, עידו בסוק מתרגם 1998).

2 אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט, מאמר 51, 260-265 (יעל חזוני עורכת, אהרן אמיר מתרגם 2001).

3 אלקסיס דה-טוקוויל הדמוקרטיה באמריקה 261 (יעל חזוני עורכת, אהרן אמיר מתרגם 2008).

4 ג'ון סטיוארט מיל ממשל של נציגים 161 (יוסף אור מתרגם 1984).

5 גם חבר הכנסת מנחם בגין עמד על כך בשיבה ה-151 של הכנסת השלישית: "טעות היא לחשוב ששלטון עם, או בלעז – דמוקרטיה – מתבטא רק בזה שיש רוב ומיעוט. ודאי שהרוב מכריע ומיעוט מקבל את דעתו גם אם הוא מוחה, אך הוא פונה אל העם, ובאחד הימים המיעוט נהפך לרוב והרוב למיעוט וחוזר חלילה. זהו הצד הפורמלי בשלטון עם. אבל שלטון עם חייב להיות מתמיד; פירוש הדבר שאין הוא בלתי מוגבל, גם אם הוא נבחר, איננו יכול להיות שלטון בלתי מוגבל, והוא מודיע שלא יהיה בלתי מוגבל. הוא מרצונו החופשי מגביל את עצמו... אף אם יש רוב, והרוב נבחר, אלא שקיים ריכוז כל

כמאה שנה לאחר שדה-טוקוויל פרסם את ספרו נשזרו לקחי המסע שלו במסרים המוקדמים של מדיסון, והחשיבות של הפרדת הרשויות נקשרה בעוד ועוד מדינות לצד ארצות הברית בהצדקה לכינונה של חוקה נוקשה. תהליך קריסתן של דמוקרטיה פרלמנטריות לדיקטטורות בשנות השלושים של המאה הקודמת הניב משבר אמון בכוחה של הדמוקרטיה הפרלמנטרית לרסן את עצמה. משבר האמון הזה סלל את הדרך לאימוץ הפרדיגמה החוקתית של "אחרי המלחמה": מודל של דמוקרטיה חוקתית, שמעגנת בחוקתה ביקורת שיפוטית על הרשות המחוקקת ועל הרשות המבצעת.<sup>6</sup> כפי שציין Tom Ginsburg, "No doubt the actual performance of review varied, depending on local political circumstances, but the successful courts were emulated and became an ideal to which others aspired".<sup>7</sup> בשנות השבעים התחדד בספרות מכשול מרכזי נוסף לקיומו של ייצוג דמוקרטי הוגן: נטייתן של קבוצות אינטרס מאורגנות היטב להשפיע על השלטון לפעול לטובתן.<sup>8</sup> תופעה זו, שמאפיינת בעיקר את השפעתן של קבוצות אינטרס כלכליות, יכולה להתרחש גם כאשר קבוצות סקטוראליות אחרות משתמשות בכוח התארגנותן כדי להטות את ההליך הפוליטי לטובתן (בעיה שיש מי שמכנים אותה "עריצות המיעוט" או "כשל הגנת הרוב").<sup>9</sup> אתגר זה הבהיר, כי הסדרים חוקתיים נועדו לשמש לתכלית נוספת – הגנה על האינטרס הכללי של הציבור המבוזר והלא-מאורגן וכן על זכויותיהם של יחידים מפני ייצוג יתר של קבוצות אינטרס מאורגנות היטב.<sup>10</sup> על הרקע הזה פותח הרעיון של חוקתיות (constitutionalism) כ"הגבלה על השלטון" הן מפני עריצות הרוב והן מפני עריצות המיעוט.

ואולם תהליכי השחיקה הדמוקרטית של השנים האחרונות ערערו את הביטחון בכוחם של הסדרים חוקתיים לשמש מגן בטוח ועמיד דיו מפני עריצות הרוב והמיעוט. מדינות כמו הונגריה ופולין המחישו, כי עצם קיומן של חוקה ושל ביקורת שיפוטית חוקתית איננו ערובה בטוחה דיה מפני עלייתם לשלטון של כוחות רודניים. יתרה מכך, "ארגז הכלים" המשמש מנהיגים סמכותניים, הפועלים תדיר במימון או בתמיכה של קבוצות מיעוט מאורגנות היטב, כולל שינויים ותיקונים לחוקה כדי לרכז כוח בידיהם

הסמכויות – התחיקתית, המבצעת והמשפטית – הרי זה כעצם ההגדרה של עריצות" (ד"כ 9.11.1956, 2220).

Lorraine E. Weinrib, *The Post-War Paradigm and American Exceptionalism, in* THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 84, 89-90 (Sujit Choudhry ed., 2006); Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 AM. J. COMP. L. 707, 714-15 (2001).

Tom Ginsburg, *The Global Spread of Constitutional Review, in* THE OXFORD HANDBOOK OF LAW AND POLITICS 82, 87 (Gregory A. Caldeire, R. Daniel Kelemen & Keith E. Whittington eds., 2008).

George Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 1 BELL J. ECON. MGMT. SCI. 3 (1971); MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION (1965).

איל בנבנשתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה: על פערי המידע והדרכים השיפוטיות לצמצום" עיוני משפט לב 277, 282-283 (2010).

שם.

ולשחוק את הדמוקרטיה בארצם.<sup>11</sup> תופעה זו כונתה בספרות "חוקתיות פוגענית" (abusive constitutionalism), ומשמעותה שימוש בחוקה כדי לחתור תחת הסדר הדמוקרטי.<sup>12</sup> כך למשל, David Landau הראה כיצד משטרים המקדמים נסיגה דמוקרטית משתמשים במנגנונים חוקתיים כדי לשמר מראית עין של משטר דמוקרטי (למשל באמצעות קיום בחירות עתיות), אך בפועל שוחקים שני מאפיינים הכרחיים לקיומו התקין – בלמים ואיזונים על כוחם של נבחרי הציבור והגנה על קבוצות מוחלשות ועל זכויות האדם.<sup>13</sup> כותבים אחרים פיתחו טענות דומות על שימוש שלא בתום לב בחוקה,<sup>14</sup> או על שימוש לא-לגיטימי בתיקון של החוקה באופן החותר תחת המטרות המקובלות של חוקות.<sup>15</sup> במאמר זה נציע מהלך משלים לדיון בחוקתיות פוגענית; נעמוד על המובנים שבהם הליך התיקון החוקתי חותר תחת ייעודה של החוקה עצמה; נטען כי חוקתיות פוגענית מתרחשת (גם) כאשר השימוש בהליך החקיקה החוקתי מערער ומחליש את היעד המרכזי אשר לשמו היא כוננה – הגבלה על השלטון, יצירת כלים לפיקוח ובקרה על זרועות השלטון והבטחת שלטון החוק וזכויות האדם.

תהליכי הנסיגה הדמוקרטית מאפיינים גם את המשטר הישראלי לפחות מן העשור השני לשנות האלפיים.<sup>16</sup> הם הגיעו לשיאם במאמציה של ממשלת ישראל ה-37 לקדם "רפורמה משפטית" באמצעות שינוי חוקי יסוד ודברי חקיקה נוספים, שנועדו להחליש את הביקורת השיפוטית ואת הייעוץ המשפטי לממשלה ולהעצים את כוחה של הממשלה ושל הרוב הקואליציוני אשר באמצעותו היא פועלת בכנסת. אנו טוענים, כי במישור העקרוני יש צורך לבחון את איכות ההליך החקיקתי של חוקי יסוד במבחן מחמיר יותר מהמבחן שנקבע בהלכת קוונטינסקי, שבה בוטל חוק

<sup>11</sup> ראו להלן פרק ד.

<sup>12</sup> ראו David Landau, *Abusive Constitutionalism*, 47 U.C. DAVIS L. REV. 189, 191 (2013) ("Abusive constitutionalism involves the use of the mechanisms of constitutional change – constitutional amendment and constitutional replacement – to undermine democracy")

<sup>13</sup> שם, בעמ' 200 ("[I]nstitutions like courts, ombudsmen, attorney general's offices, and electoral commissions all tend to be controlled by incumbents. Rather than serving as independent checks on government power, these institutions are actively working on behalf of their political projects. The result is not only to undermine electoral competition, but also to sharply limit the extent of protection (of rights")

<sup>14</sup> David E. Pozen, *Constitutional Bad Faith*, 129 HARV. L. REV. 886 (2016)

<sup>15</sup> לטיעון נרחב ברוח זו, ראו Yaniv Roznai, *Clownstitutionalism: Making a Joke of the Constitution by Abuse of Constituent Power*, 15 JURÍDICA IBERO 51 (2023)

<sup>16</sup> ראו למשל Mordechai Kremnitzer & Yuval Shany, *Illiberal Measures in Backsliding Democracies: Differences and Similarities Between Recent Developments in Israel, Hungary, and Poland*, 14 LAW & ETHICS HUM. RTS. 152 (2020); עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליוזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" עינוי משפט מד 87 (2021).

רגיל של הכנסת עקב הפרת עקרון ההשתתפות של חברי הכנסת בחקיקה.<sup>17</sup> את הטיעון הזה אנו מבססים בין היתר על תאוריה חוקתית ודמוקרטית ועל תורת החקיקה, אך מראים שיש לו בסיס גם בפסיקה הקיימת וגם בתפיסות שהיו מקובלות במשך עשרות שנים בכנסת בנוגע להליך הנדרש לשם חקיקת חוקי יסוד. השחיקה שחלה בכנסת באשר לכיבוד נורמות הליכיות אלו בחקיקת חוקי יסוד אינה מורידה, לדעתנו, מכוחן המחייב.

על רקע הדיון הנורמטיבי שאנו מפתחים בפרק הראשון, אנו בוחנים את השימוש במסלול החקיקה הייחודי של הצעת חוק מטעם ועדה, שהוא הליך חקיקה נפרד מן ההליך של הצעת חוק ממשלתית ושל הצעת חוק פרטית, ומפתחים את הדרישות הנוגעות להליך החקיקה במסלול זה. אנו מציגים מחקר מעמיק של ההיסטוריה החקיקתית ושל "הנוהג והנהל" – כמובנו של ביטוי זה בסעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת – באשר להליך החקיקה של הצעות חוק מטעם ועדה, ובפרט של חקיקת חוקי יסוד במסלול זה בוועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן גם: ועדת החוקה) מאז קום המדינה ועד היום. על בסיס סקירה זו אנו מראים, מדוע פרשנות לשון הסעיף בתקנון הכנסת (להלן גם: התקנון) המסמיך ועדה לקדם הצעת חוק מטעמה, ההיסטוריה החקיקתית שלו, תכליתו וכן הנוהג והנהל שהתפתחו בעניינו, מלמדים שהליך חקיקה מטעם ועדת החוקה הוא הליך מובחן וייחודי שנועד לחיזוק הכנסת כגוף. המהלך הפרשני מראה, כי נהוג ליזום ולהכין הצעות חוק במסגרת זו באופן קולגיאלי (בהסכמה בין-גושית) ותוך הקפדה על קיומו של הליך חקיקה יסודי. הדרישות המחמירות באשר להליך של הצעת חוק מטעם ועדה בשילוב הטיעון בדבר הליך החקיקה של חוקי יסוד מלמדים כי הליך חקיקה של חוק יסוד מטעם ועדה מציב רף גבוה ומחמיר יותר, הכולל גם את הדרישה המוקפדת יותר לקיום דרישות ההשתתפות והדיון כדבעי, ברוח הלכת קוונטינסקי, וגם עמידה בעקרון הקולגיאליות ובעקרון ההליך היסודי, כמתחייב מן הנוהג בנושאים אלה בכנסת.

לנוכח הדרישות ההליכיות המוגברות בחקיקת יסוד, ובהתחשב בשחיקה שחלה במחויבות להן בשנים האחרונות, אנו מסבירים מדוע לטעמנו לבית המשפט יש סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה של חוקי יסוד. פגמים בהליך החקיקה יכולים להצדיק סעדים שונים, ובכלל זה בטלות התיקון והחזרה למחוקק על מנת לתקן את הפגמים או התראת בטלות צופה פני עתיד, וקביעה של תחולה נדחית של התיקון עד לאחר הבחירות,<sup>18</sup> כך שיתאפשר לקיים בינתיים הליך דליברטיבי איכותי של בחינת רציותו. לצד סעדים אלה, הממוקדים כולם בפגמים בהליך החקיקה, ביקורת שיפוטית משולבת (סמי-פרוצדורלית) תתייחס גם לשאלה אם הפגמים מבטאים שימוש לרעה בחולשתו של הליך החקיקה החוקתית כדי להחריף את הנסיגה הדמוקרטית ולהעצים את הרשות המבצעת על חשבון הרשויות האחרות (כך למשל, באמצעות שלילת כוחו

בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו 6.8.2017).

<sup>17</sup> ראו "נייר עמדה מס' 10: מועד התחולה בזמן של השינויים המשטריים שעל הפרק" פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה (12.2.2023).  
<sup>18</sup> [https://www.lawprofsforum.org/post/\\_pp10](https://www.lawprofsforum.org/post/_pp10). (להלן: נייר עמדה מס' 10).

של בית המשפט לבקר את הממשלה בגין חוסר סבירות).<sup>19</sup> אנו סבורים שבהקשר הישראלי, שבו הקואליציה בכנסת, הנשלטת מעשית בידי הממשלה, מחזיקה בכוח הפורמלי לשנות את החוקה (כלומר, לתקן את חוקי היסוד הקיימים או לחוקק חדשים), הסיכון לשימוש לרעה בכוח זה חריף במיוחד ולכן ביקורת שיפוטית חיונית במיוחד. מחקר זה נכתב על רקע הליך החקיקה הפגום של תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה בנושא עילת הסבירות – תיקון שבוטל בהמשך בידי בית המשפט העליון.<sup>19</sup> בפסק הדין התייחסו חלק מן השופטים לפגמים בהליך החקיקה של התיקון, אשר כפי שנראה יש בהם מי שאימצו כמדומה היבטים מסוימים מן הגישה הכללית המוצגת במאמר זה. למרות זאת, ההכרעה בפסק הדין התבססה בעיקרה על דוקטרינת החריגה מן הסמכות המכוננת הממוקדת בתוכנו של התיקון החוקתי, ולא בהליך יצירתו. במאמר מקביל,<sup>20</sup> הרואה אור ב"פורום עיוני משפט", אנו מיישמים את העקרונות המפותחים במאמר הנוכחי למקרה של תיקון מס' 3, ומראים כיצד ניתוח נכון של נושא זה היה מצדיק את בטלותו גם – ואולי אף ביתר שאת – מטעמים הליכיים.

המאמר ממשיך בחמישה פרקים: *כפרק הראשון* אנו מציגים את חשיבות הנוהג והנהגה המקובלים בכנסת כבסיס לזיהוי הנורמות החלות על הליך החקיקה החוקתי. אנו טוענים שהיעדר הסדרה סטטוטורית מפורשת אין משמעה היעדר נורמות משפטיות מחייבות, ומציגים את הבסיס המשפטי לתובנה זו, המעוגן בלשון סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת ובהגיונו. *כפרק השני* אנו עוסקים בנורמות הראויות לחקיקה חוקתית בכלל, ובישראל בפרט. נראה שתאוריות חוקתיות, דמוקרטיות ושל תורת החקיקה מתכנסות כולן לתפיסה שלפיה חקיקה של נורמות חוקתיות מחייבת הליך מיוחד ושונה מן הליך המשמש בחקיקה רגילה. כן נראה, שלאורך רוב שנותיה גילתה הכנסת מחויבות ממשית לתפיסה זו, ואכן הליכי החקיקה החוקתיים התאפיינו ככלל במאמץ לעצב הסדרים עקרוניים, תשתיתיים ויציבים, ולאשרם בתמיכה רחבה וחוצת מחנות פוליטיים. *כפרק השלישי* אנו מפתחים טיעון מפורט על אודות אופייה המיוחד של הצעת חוק מטעם ועדה – הכלי שאומץ ב"החלטת הריו" לקידום פרויקט חוקי היסוד, ואשר נוצל לאחרונה כדי להעביר בין היתר את תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה. בהתבסס על עיון פרשני והיסטורי מפורט, נטען שקידום חוק יסוד מטעם ועדה חייב לעמוד בקריטריונים מיוחדים כדי שלתוצריו יהיה תוקף חוקתי: על ההליך לקיים את עקרון הקולגיאליזם – הסכמה רחבה בקרב חברי הוועדה הן לייזום הצעת חוק היסוד והן לאישורה, ואת עקרון ההליך היסודי – הכנה משמעותית, הנתמכת בגורמי מקצוע, המתחשבת בתשתית עובדתית והמקיימת דליברציה איכותית.

*כפרק הרביעי* אנו מתארים את תהליך השחיקה בנורמות הליכיות בחקיקת חוקי יסוד בעשור האחרון. נעמוד על תכופות השינויים החוקתיים ועל העלייה בשכיחות של חקיקת יסוד שמשרתת שיקולים פוליטיים-קואליציוניים צרים ורגעיים של פוליטיקה

בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 1.1.2024). (להלן: בג"ץ הסבירות).

19 אורי אהרונסון, איתי בר-סימן-טוב, רונית לוי-שנור, דורין לוסטיג, איסי רוזן-צבי ועדן ישראלי לוי "הידרדרות נורמות החקיקה החוקתית בישראל: הליך החקיקה של תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה כמקרה בוחן" פורום עיוני משפט מח (צפוי להתפרסם ב-2025).



יום יומית, תוך שימוש בהליכים של פוליטיקה רגילה, שספק אם היא ראויה אפילו לחקיקה רגילה. *בפרק החמישי* נסביר את מודל החוקתיות הפוגענית ההליכית-מהותית – השימוש בהליך החוקתי כדי לחתור תחת תכליות החוקה. כן נסביר מדוע בעת הזו ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה של חוקי היסוד היא מנגנון רלוונטי וחיוני להתמודדות עם השחיקה באיכות החקיקה החוקתית בכנסת בעשור האחרון ועם המגמה הכללית של נסיגה דמוקרטית, שישראל שותפה לה גם כן. נראה שהדין הישראלי הפוזיטיבי כולל כבר את התשתית לביקורת שיפוטית כזו, ונבחן סעדים חוקתיים אפשריים.

## א. מעמדם של הנוהג ושל הנוהל המקובלים בכנסת לפי סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת

נקודת המוצא לדיון במאמר זה היא היעדר הסדרה מפורשת ייחודית כלשהי בחקיקת יסוד, בחקיקה רגילה או בתקנון הכנסת של הליך החקיקה של נורמות חוקתיות – קבלת חוקי יסוד ותיקונם – לצד הסדרה מינימלית בלבד של ההליך של הצעת חוק או חוק יסוד מטעם ועדה של הכנסת.<sup>21</sup> נתון זה הוא הבסיס לתפיסה המקובלת, שלפיה חקיקת חוקי היסוד ותיקונם לוקים ב"קלות בלתי נסבלת",<sup>22</sup> והוא גם שימש הצדקה עבור חלק משופטי בית המשפט העליון להדגיש את חיוניותה של ביקורת שיפוטית תוכנית על חוקי היסוד, תוך הכרה באפשרות שהיא עשויה להצטמצם אם הליך החקיקה החוקתי יוסדר כראוי, כך למשל במסגרת חוק-יסוד: החקיקה.<sup>23</sup> כפי שנראה בהרחבה בפרקים הבאים, תפיסה משתמעת זו, שלפיה בהיעדר הסדרה סטטוטורית מפורשת להליכי החקיקה של חוקי יסוד בכלל ומטעם ועדה בפרט אין חלה על הכנסת או על האורגנים המכהנים בה כל מגבלה הליכית בפעולות אלה, עומדת בסתירה לרעיון החוקתי עצמו. היא גם אינה מתיישבת עם התפיסות שהיו מקובלות בנושאים אלה בקרב חברי הכנסת עצמם לאורך שנים רבות, כפי שהתבטאו הן בדבריהם והן בפרקטיקות העבודה שלהם.

יתרה מכך, ההנחה כאילו באין הסדרה סטטוטורית מפורשת של הליך פרלמנטרי כלשהו אין חלות נורמות משפטיות כלשהן על אותו הליך אינה מתיישבת גם עם הוראתו המפורשת של סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת. הסעיף קובע כך: "הכנסת תקבע סדרי עבודתה; במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון; כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה כאמור, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנהל המקובלים בה". חוק היסוד קובע אפוא הסדר שיורי, המחייב את הכנסת לעקביות, ובמילותיו של בית

<sup>21</sup> ההתייחסות המפורשת היחידה לאופן החקיקה של חוק יסוד מופיעה בסיפה לס' 74 (א) לתקנון הכנסת, הקובע שהוראות חלק ז לתקנון, שעניינו הליך החקיקה, "יחולו גם על חוקי-יסוד", הא ותו לא.

<sup>22</sup> אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" *משפט וממשל* ב' 443, 444 (התשנ"ה) (להלן: בנדור "פגמים"). ראו גם בג"ץ *הסבירות*, לעיל ה"ש 19, בפס' 75-76, 83 לפסק הדין של הנשיאה חיות ובפס' 30 לפסק הדין של השופט עמית.

<sup>23</sup> ראו שם, בפס' 30, 125 לפסק הדין של השופט עמית, פס' 63 לפסק הדין של השופטת כנפי-שטייניץ בפס' 47-49 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

המשפט העליון – על הכנסת לדבוק ב"מסורת העבודה"<sup>24</sup> שלה בהיעדר נורמה אחרת לסתור. כך ככלל, וכך במיוחד "מקום שבו [הכנסת] פועלת לאורך שנים ליישום הוראה בתקנון בדרך המקובלת עליה לפרשה"<sup>25</sup>. האופן שבו פעלה הכנסת בעניין הליכי כלשהו – ככל שהיה בו לעלות כדי "הנוהג והנהל המקובלים בה" – תוחם אפוא את אפשרויותיה ההליכיות בהמשך, כל עוד לא נקבע אחרת בחקיקה או בתקנון.<sup>26</sup> לכן, בהיעדר הסדרה ייחודית מפורשת של ההליך לחקיקה של חוקי יסוד ולתיקונם – באופן כללי ובפרט בהצעת ועדה – עלינו לתת את הדעת לנוהג ולנוהל שהתגבשו בעניינים אלה מראשית ימיה של הכנסת.<sup>27</sup>

אנו מבקשים להדגיש את הדבר הבא: בראייתנו, העיקרון הקבוע בסעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת בעניין חיובם של הנוהג והנהל המקובלים הוא הסדר חוקתי עצמאי העוסק במעמדה הייחודי של הכנסת כפרלמנט. הסדר זה משקף הן את האופי הטיפוסי של דיני החקיקה, המעניקים מבחינה היסטורית מעמד ייחודי לנוהג כמקור נורמטיבי, והן עמדה נורמטיבית בדבר ייחודה של הכנסת במערך הרשויות של הדמוקרטיה הישראלית – "בית הנבחרים של המדינה"<sup>28</sup> – ולא ביטוי לעיקרון משפטי כללי יותר כמו "מנהג חוקתי", שמעמדו כמקור לחובות משטריות במשפט הישראלי שנוי במחלוקת.<sup>29</sup> את הבחירה של חוק היסוד לראות בנוהג ובנהל המקובלים בכנסת מקור נורמטיבי לסדרי העבודה שלה ראוי לראות כמשקפת תפיסה שלפיה מעשי הכנסת כולם – ולא רק תוצריהם בחקיקה (או בתקנון) – מבטאים את ריבונות העם באמצעות נציגיו. יתרה מכך, היא מבטאת את הרעיון שלפיו הכנסת היא מוסד חוקתי רציף, אשר לנורמות החלות על הליכי קבלת ההחלטות בו יש משקל עצמאי המנותק מן הרצון המשתנה של חברי הכנסת האינדיבידואליים המכהנים בו בכל זמן נתון, מוסד שבו יחסי הרוב והמיעוט החולשים על פעולתו מתחלפים תדיר.<sup>30</sup> אכן, משמעות העיקרון בדבר תחולת

<sup>24</sup> בג"ץ 706/19 פריג' נ יושב ראש הכנסת, פס" 9 (נבו 28.3.2019). ראו גם בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 19, בפס" 202 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>25</sup> עניין פריג', לעיל ה"ש 24, בפס" 9.

<sup>26</sup> ראו בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 19, בפס" 30 לפסק הדין של השופט פוגלמן (מתן משקל הולם ל"פרקטיקה הנוהגת" בעת פירוש תקנון הכנסת מבטא את "חופש הפעולה הנתון לכנסת לעצב את סדרי עבודתה").

<sup>27</sup> ראו בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577, 589 (2004), שם מונה בית המשפט העליון, בין היתר, את "תקדימי הכנסת" כמקור משפטי מחייב להליכי החקיקה.

<sup>28</sup> ס' 1 לחוק-יסוד: הכנסת.

<sup>29</sup> איננו צועדים כאן אפוא בדרכם של השופטים הנדל ועמית בפסקי הדין שבהם הם ניתחו (ושללו) את נושא הייצוג האופוזיציה בכנסת בוועדה לבחירת שופטים כעניין של "מנהג חוקתי". השוו בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (נבו 1.2.2017); בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו 20.8.2020). (להלן: עניין הוועדה לבחירת שופטים). כן ראו שמעון שטרית "המנהג במשפט הציבורי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 375, 376 (יצחק זמיר עורך 1993).

<sup>30</sup> ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 709 (מהדורה שישית 2005) ("ביסודה של תפיסה זו", המקנה משקל לנוהג ולנהל המקובלים, "השאפה לאפשר לכנסת חופש פעולה בקביעת סדרי עבודתה, תוך הסתמכות רבה על המסורת שהתגבשה בכנסת כאמצעי למניעת פגיעה במיעוט וביעילות עבודתה של הכנסת").

הנוהל והנהגה היא שגם כשאין "כללים", עדיין יש נורמות; היעדרה של הסדרה תקנונית אין משמעותה שחברי הכנסת חופשיים לפעול כרצונם.<sup>31</sup> לעובדה שהכנסת פיתחה מסורות עבודה מסוימות יש על כן משקל חוקתי, המטיל מגבלות נורמטיביות על הכנסת בהמשך פעילותה כמוסד.<sup>32</sup> מגבלות אלה עומדות בתוקפן גם אם הן מופרות לעיתים, וגם אם הכנסת נמנעת מלאמץ בחקיקה מפורשת. משאין עניין לנו כאן ב"מנהג" כמקור משפטי כללי, אין מדובר בבחינה פורמלית של ציות רציף או של תודעת חיוב, אלא בזיהוי של "מסורת עבודה", העולה משילוב המוסכמות המקובלות בכנסת לאורך השנים ומהגיון בהתחשב בתכלית ההליכים שסביבם הן התגבשו.

מהם אפוא "הנהגה והנוהל המקובלים" בכנסת בעניין חקיקת יסוד מטעם ועדה? לשאלה זו יוקדשו שני הפרקים הבאים של המאמר. תחילה נעסוק בהליכי החקיקה של נורמות חוקתיות ככלל (פרק ב), ולאחר מכן בהצעת חוק מטעם ועדה (פרק ג).

## ב. הליכי החקיקה של נורמות חוקתיות

בפרק זה אנו בוחנים מהם ההליכים הראויים לחקיקת נורמות חוקתיות. בשלב הראשון נבסס את הטענה שלפיה על מנת לממש את תכלית החקיקה של נורמות חוקתיות – ודאי כאלה שעורכות שינויים משטריים משמעותיים – נדרש הליך חקיקה מיוחד, הנבדל מהפוליטיקה היום יומית של החקיקה הרגילה והמתאפיין באיטיות, ביישוב הדעת, בראייה ארוכת טווח ובחתימה למימוש טובת הכלל, ולא להישג סקטוריאלי או מוסדי מיידי. בשלב השני נראה שהפוליטיקה החוקתית הישראלית גילתה, ככלל, מחויבות עקבית למוסכמות חוקתיות אלה לאורך רוב שנותיה של המדינה. בפרט קיבלה על עצמה הכנסת מחויבות להכנה יסודית של חוקי יסוד ושל תיקונים להם, ולהעברתם בתמיכה רחבה וחוצת מחנות פוליטיים.

### 1. מאפייניו של הליך החקיקה החוקתי

הליך החקיקה החוקתי הוא מרכיב מרכזי בזיהויה של חוקה. אחד המאפיינים שבליבת ההגדרה "מהי חוקה" עוסק באופן שבו ניתן לקבל ולשנות אותה: החוקה היא מכשיר פוליטי ומשפטי שנחקק בהליך מיוחד ותובעני. הליך מיוחד זה נועד לעגן את מעמדה הנורמטיבי העליון של החוקה כ"חוק על" שאי-אפשר לשנותו באמצעות הליך

<sup>31</sup> בהתאם, יש לדעתנו לדחות את המסקנה של השופט סולברג בדעת המיעוט שלו בבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 19, בפס' 242 לפסק דינו, כאילו העובדה שהכנסת לא קבעה בתקנונה – במסגרת הרפורמה שנערכה בו בשנת 2011 – כללים מיוחדים לחקיקה חוקתית מטעם ועדה מלמדת על קיומו של הסדר שלילי הרוחה את הנורמות שחלו עובר לחקיקת התקנון. הבחירה שלא לחוקק הסדרים מסוימים יכולה ללמד באותה מידה על קבלה של תוקפם כזו שאינה צריכה הוכחה, או על העדפה שלא לקבוע בתקנון סוגיה הראויה לטיפול עתידי במסגרת חוק-יסוד: החקיקה. בהינתן ברירת המחדל של ס' 19 לחוק-יסוד: הכנסת, הנהגה והנהלה הקיימים עולם תקפים.

<sup>32</sup> ראו ברומה את עניין הוועדה לבחירת שופטים, לעיל ה"ש 29, בפס' 20 לפסק הדין של השופט עמית (הבחנה בין מנהג המחייב את "הכנסת כגוף מוסדי", שניתן עקרונית להכיר בו, ומנהג שמחייב את חברי הכנסת בהצבעותיהם וגובר לכן גם על החלטה של הכנסת – שהוא "נושא מורכב ויותר").

החקיקה הרגילה הנתון בידי יחסי כוחות פוליטיים מזדמנים.<sup>33</sup> לפיכך הליך החקיקה של נורמות חוקתיות צריך לעמוד בסטנדרטים שונים ומחמירים יותר מאשר הליך החקיקה של חוקים רגילים.<sup>34</sup>

ההצדקה להליך המחמיר והייחודי לשם כינונה ותיקונה של חוקה נעוצה בתכליתה של החוקה. חוקה היא המסמך היסודי של הקהילה הפוליטית כולה. תכליתה היא בין השאר למנוע מרוב אקראי לפגוע בזכויות המיעוט או באינטרס הציבורי המבוזר והרחב. היא נועדה לרפא את נטיית הרוב בהווה להעדיף שיקולי טווח קצר.<sup>35</sup> כפי שציינה הנשיאה ביניש בעניין **בר-און**, החוקה מבטאת את "הרצון להבטיח עקרונות יציבים וזהות חברתית וערכית שאינם ניתנים לשינוי בקלות, על מנת שיעמדו מעל לארעי ולחולף".<sup>36</sup> תפקידה של החוקה הוא להבטיח את קיומה של הכרעה מבוססת רוב בעתיד, ובה במידה להגביל את יכולתו של רוב עתידי לנצל את כוחו בשרירות או להשתמש בו לרעה. כדי שחוקה תממש את ייעודה, הליך קבלתן של נורמות חוקתיות צריך להתנהל באופן המדמה קבלת החלטות מאחורי "מסך של בערות".<sup>37</sup> משכך, הכללים הנוגעים להליך החוקתי נועדו להבטיח, ככל הניתן, שהנורמות שיתקבלו במסגרתו יהיו לטובת הכלל, ולהקטין את ההשפעה של אינטרסים אישיים ומפלגתיים-מגזריים או את האינטרסים של רשות שלטונית אחת. הליך חוקתי חפוז הנשלט ומתקבל על בסיס כוחו של רוב מזדמן בלבד חותר אפוא תחת תכליותיה הבסיסיות של החוקה.<sup>38</sup> ההקפדה על ההליך בעיצוב החוקה נועדה להבטיח הגנה מפני מצב שבעלי הכוח בעת

STEPHEN HOLMES, PASSIONS AND CONSTRAINT: ON THE THEORY OF LIBERAL DEMOCRACY 152-77 (1995). ראו גם צ'רלס ה' פריצ'ט **החוקה האמריקאית: החוקה, תולדותיה ופירושה** 4-5 (אריה חשביה מתרגם התשמ"ב) ("עד למאה השמונה-עשרה היה פירוש המושג 'חוקה', בדרך כלל, מכלול החוקים, המוסדות והמנהגים הנוגעים לממשל של המדינה. המהפכה הצרפתית והמהפכה האמריקאית יצרו תפיסה חדשה של חוקה... [לפי התפיסה החדשה] חוקה [היא] מסמך פורמאלי, כתוב, 'אמנה חברתית' שנוסחה על ידי אסיפת נבחרים, ואושררה בהליך מיוחד לקביעת ההסכמה של הציבור"); יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית' " **משפטים** כח 149, 158-165 (2007) ("ניתן להגדיר חוקה בתור טקסט (או מסמך) נורמטיבי, שיש לו מעמד עליון בשיטה המשפטית הרלבנטית מבחינה זו שהוא נהנה מעליונות על פני חקיקה רגילה של הפרלמנט. לפי הגדרה זו, חוקה מקיימת שני תנאים הכרחיים: הראשון הוא, שכל חוק (או נורמה אחרת במערכת המשפטית) חייב לתאום את קביעות החוקה, ואם אינו עושה כן – הריהו חסר תוקף משפטי. התנאי השני הוא, שכדי לשנות את החוקה (או לגרוע ממנה בדרך אחרת) נדרשת פרוצדורה מיוחדת, השונה (ובדרך כלל תובענית יותר) מהפרוצדורה הנדרשת בהליכי חקיקה רגילים").

FRIEDRICH A. HAYEK, THE CONSTITUTION OF LIBERTY 266 (Ronald Hamowy ed., 2011).

בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד (3) 275, 301-300 (2011).

ראו גם בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 19, בפס' 28 לפסק הדין של השופט עמית.

לא מקרי הוא אפוא שחוקות רבות כוללות טמפורליות על מנת לוודא כי שינויים חוקתיים אינם נעשים בחופזה. ראו Richard Albert, *Temporal Limitations in Constitutional Amendment*, 21 REV. CONST. STUD. 37 (2016).

גיבוש החוקה או תיקונה ישתמשו בכוחם על מנת "לנעול" (lock-in) את האינטרסים שהם מייצגים, להטות את שיטת המשפט לטובתם לאורך זמן ולבצר את כוחם באופן שעשוי לשרתם ולחתור תחת עקרון הבחירות התחרותיות – ליבת המשטר הדמוקרטי.<sup>39</sup>

לאור הדברים הללו ובהשראת Bruce Ackerman וחוקרי חוקה רבים בעקבותיו, נטען כי משטר חוקתי מחייב הבחנה בין שני מסלולי חקיקה שונים – חקיקה יומית במסלול של "פוליטיקה רגילה" וחקיקה חוקתית במסלול ייחודי של "פוליטיקה חוקתית". הפוליטיקה הרגילה מתנהלת באמצעות נציגי העם בהליך הפרלמנטרי הרגיל, והיא מושפעת מטבע הדברים מהעדפות מדיניות נקודתיות ומשיקולים פוליטיים וקואליציוניים קצרי טווח. לעומת זאת, על מנת שחוקה תגשים את התכלית שלשמה היא נועדה, יצירתה ושינויה חייבים להיות בהליך מיוחד, ערכי ושקול, המתחשב בטובת הכלל ובהשלכות ארוכות טווח, ולא בפזיזות ומתוך פוליטיקה צרה, כיתתית וקצרת רואי.<sup>40</sup>

המחקר התאורטי והניסיון ההשוואתי מלמדים על הקשר שבין הליך קבלת החוקה ומידת ההגשמה של מטרות אלו.<sup>41</sup> במשטרים חוקתיים הראויים לשמם, ההכרעות החוקתיות מתקבלות בהליך מיוחד ותובעני יותר מהליך החקיקה הרגיל – הן בקבלת נורמה חוקתית, הן בשינויה.<sup>42</sup> בעולם יש מגוון של מנגנונים להבטחת דרישות אלה, אך המשותף לכולם הוא שהם מתאפיינים בהשתתפות ובייצוגיות נרחבות ובהליך איטי, שקול ודליברטיבי, השואף להסכמה רחבה ולפשרות, ועקב כך גם ללגיטימציה ציבורית.<sup>43</sup> מאפיין זה נובע מכך שרק הליך כזה, שבו לכל חלקי העם (או לפחות לנציגי

HOLMES, לעיל ה"ש 33.

BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS (1991). לסקירות עדכניות יותר של הפיסה זו והפניות לכתיבתם של חוקרים נוספים, ראו William Partlett & Zim Nwokora, *The Foundations of Democratic Dualism: Why Constitutional Politics and Ordinary Politics are Different*, 2 CONSTELLATIONS 177 (2019); עידו פורת "פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה: חוק הלאום, תורת הסמכות המכוננת, ודואליזם חוקתי" *תרבות דמוקרטית* 20, 217, 218-219 (2021) (להלן: פורת "פוליטיקה חוקתית").

Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process*, 45 DUKE L.J. 364 (1995).

רבקה ווייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" *משפט וממשל* י 449, 451, 454 (התשס"ז) ("הליך לגיבוש חוקה בהסכמה רחבה" מאפשר דיון ברצון בהליך כינונה של חוקה. הוא מאפשר אימוצה של חוקה שתהיה טובה יותר, הן מבחינת תוכנה והן מבחינת הליכי אימוצה... חייב להיות קשר בין זהותו של נותן החוקה לבין זהותו של מתקן החוקה, וכן בין פרוצדורת אימוצה של החוקה לבין פרוצדורת תיקונה"). ראו גם בג"ץ 5555/18 ח"כ חסון נ' כנסת ישראל, פס' 12 לפסק הדין של השופטת ברק-ארו (נבו 8.7.2021) ("השלמת הדרישות המורכבות לחיקון החוקה מהווה כשלעצמה ערובה לקיומו של דיון משמעותי בתוכנו של החיקון ובהתאמתו לשיטה" (הפניות הוסרו)).

ראו למשל, צבי ענבר, שלמה גוברמן ואבישי בניש "הליכי קבלת החוקה ותיקונה" *הליכי קבלת החוקה ותיקונה והורכים לעיצוב בית נוסף ליד הכנסת* 337 (2002); Andrew Arato, *Conventions, Constituent Assemblies, and Round Tables: Models, Principles and Elements of Democratic Constitution-Making*, 1 GLOBAL CONSTITUTIONALISM 173 (2012);

הנבחרים) נתונה הזדמנות שווה ונאותה להשתתף, יכול להקנות לגיטימיות דמוקרטית לזהות החוקתית של המדינה ולשינויים בה, לקביעת כללי המשחק הפוליטי ולהגנה הראויה על זכויות הרוב המבוזר ועל קבוצות מיעוט חלשות פוליטית. תפיסה זו היא מושכל יסודי הן בתאוריה החוקתית,<sup>44</sup> הן בתאוריה הדמוקרטית.<sup>45</sup> גם מבחינה השוואתית, ברוב המכריע של המשטרים החוקתיים בעולם ישנה הבחנה ברורה בין הליך קבלתם ושינויים של חוקים רגילים לבין הליך קבלתן ושינוין של נורמות חוקתיות.<sup>46</sup>

גם הספרות על תורת החקיקה התמודדה עם הזיקה שבין הליך החקיקה לתכלית החוקה, ויש בה תימוכין לתפיסה שלפיה חקיקה חוקתית מחייבת מסלול חקיקה מיוחד ושונה מהליך החקיקה הרגיל – מסלול חקיקה איטי, שמבטיח ריסון ומאופייין בדיון מעמיק וזהיר במיוחד ובעל לגיטימציה דמוקרטית מיוחדת.<sup>47</sup> לפי תורת החקיקה, אף שיש מקרים שיכולים להצדיק הליך חקיקה מזורז לחקיקת חוקים רגילים, כאשר מדובר בנורמות חוקתיות יש לתת עדיפות לתכליות שיקדמו את איכות התוצר על חשבון מהירות ויעילות. עוד מדגישה ספרות זו, כי האמצעים למימוש התכלית אינם מסתכמים בדרישת רוב מיוחד בפרלמנט, אלא יש לעצב את ההליך באמצעות מנגנונים שיספקו זמן, תנאים והזדמנויות רבים יותר להגשמת מטרות כגון השתתפות, התדיינותיות (deliberation), שיתוף הציבור, בחינה ובקרה.<sup>48</sup>

הנה כי כן, מושכלות יסוד בספרות תאורטית רחבה הן כי **שינויים חוקתיים משמעותיים מחייבים הליך התדיינות מעמיק והשתתפותי (participatory), המשקף הסכמה פוליטית וציבורית רחבה**. דרישות אלה, שהן יסודיות לכל חקיקה הראויה למעמד חוקתי, יקבלו ביטוי מוסדי והליכי שונה בהקשרים משטריים שונים. אין מדינה שיש בה חוקה משוריינת עם כללי אשורר ותיקון מפורשים כמדינה שיש בה חוקה

Richard Albert, *Discretionary Referendums in Constitutional Amendment*, in THE LIMITS AND LEGALITY OF REFERENDUMS 63 (Richard Albert & Richard Stacey eds., 2022). כן ראו בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 19, בפס' 18 לפסק הדין של השופט ברון ובפס' 27 לפסק הדין של השופט רונן.

Partlett & Nwokora, לעיל ה"ש 40.

JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 233 (2005).

פורת "פוליטיקה חוקתית", לעיל ה"ש 40. כן ראו בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 19, בפס' 50 לפסק הדין של השופט גרוסקופף (הצבעה על מנגנון התיקון הדיפרנציאלי של החוקה הקנדית, המבחין בין הליכי התיקון של נורמות חוקתיות מדרגות שונות).

איתי בר-סימן טוב "דיני החקיקה" **עיוני משפט** לו 645, 685-686 (2016). (להלן: בר-סימן טוב "דיני החקיקה").

Richard Albert, *Time and Change in Constitutional Amendment*, in סם. ראו גם TIME, LAW AND CHANGE 67, 68 (Sofia Ranchordás & Yaniv Roznai, eds., 2020) ("Fragmenting power is the core design strategy of formal amendment rules in constitutional democracies... Fragmenting the constitutional] amendment power almost always exacerbates amendment difficulty... The fragmentation of power in constitutional amendment is a screen through which may pass only those amendments reinforced by a breadth and depth of political and popular agreement that may potentially reflect multiple layers of legitimacy").

חלקית המצויה עדיין בתהליך גיבוש. בהקשר הישראלי, כפי שנראה להלן, אף שלא עוגנו כללים פורמליים להבטחת איכותו של הליך החקיקה החוקתי, התקיימו במשך שנים רבות מוסכמות יציבות בדבר הנחיצות של הכנה מעמיקה ושל הסכמה רחבה לצורך קבלת שינויים חוקתיים משמעותיים.

## 2. המקרה הישראלי: הנוהג באשר לחקיקת חוקי יסוד בכנסת

במשך שנים רבות היה נראה שגם בישראל, כמו בדמוקרטיה חוקתיות אחרות, ישנה הסכמה על העקרונות שמנינו באשר להליכי החקיקה של חוקי יסוד, אשר יש לכבדם אף בהיעדר הסדרה מפורשת של נורמות הליכיות. כפי שצינינה רות גביוון בנוגע לניתוח הדיונים בכנסת שקדמו לאימוץ "החלטת הררי" בשנת 1950,<sup>49</sup> "כבר בכנסת הראשונה התעוררו ספקות לגבי סמכותה לקבל בהליך חקיקה רגיל ובמהלך של פוליטיקה רגילה חוקה מקיפה עליונה".<sup>50</sup> גם משעה שנקבע המסלול של חוקי יסוד לפי החלטת הררי, הדעה המקובלת הייתה כי אין לחוקקם תוך שימוש בפוליטיקה הרגילה, לטובת קידום צרכיה המידיים של ממשלה מסוימת, או תוך שימוש בכלים כגון משמעת קואליציונית. דברים יפים אמר בעניין זה חבר הכנסת יזהר הררי, מנסחה של הפשרה הקרויה על שמו, בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בשבתה כוועדת משנה לחוקי יסוד ביום 21.5.1956, שבה עלתה השאלה אם יש להמתין להצעת הממשלה לנוסח חוק-יסוד הממשלה (שכונה בדיון "חוק הממשלה") או שעל הוועדה לפעול מיוזמתה לקדם חוק זה:

"אני תומך בעמדתו של מר ידין האומרת שאין אנחנו צריכים לחכות להצעת הממשלה. אני תומך בכך משני טעמים, טעם מעשי וטעם חוקתי. הטעם החוקתי הוא *שלדעתי אין לממשלה כל מעמד ביחס לחוקת המדינה*. חוקת המדינה אינה נעשית על ידי הממשלה. היא מעל לממשלה, היום יכולה להיות ממשלה זו – ומחר אחרת. *חוקת המדינה אינה יכולה לכפות את אוכפה הקואליציוני המקרי, כפי שהוא כרגע...* זה לגמרי אינו קשור בהרכב הנוכחי של הממשלה".<sup>51</sup>

ראו להלן ס' 3.ג.

49 רות גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" *משפטים* כח 21, 77 (1997).

50 פרוטוקול ישיבה א/1 של ועדת החוקה, חוק ומשפט בשבתה כוועדת משנה לחוקי יסוד, הכנסת ה-3, 3-2 (21.5.1956). (להלן: פרוטוקול ועדת המשנה 1956).

על כך הסכים גם שר המשפטים רוזן: "אני מסכים עם חבר הכנסת הררי בדבר אחד: שבענין חוקי היסוד אין הממשלה צריכה להטיל משמעת קואליציונית. ההצבעה בענין זה צריכה להיות חופשית".<sup>52</sup>

בהתאם לכך, מתחילת הדרך הקפידה הכנסת ככלל על הליך חוקתי ראוי לחקיקת חוקי יסוד ולשינויים משמעותיים בהסדרים הקבועים בהם: הליך ארוך ומוקפד, המתבסס על דיון מקיף ומעמיק, ועל הסכמה רחבה. ואכן, היו שנים רבות שבהן הכנסת פעלה בניסיון לממש את התפיסה שלפיה קבלת חוקי יסוד מחייבת הליך מיוחד, ארוך ומעמיק, ובעיקר הליך של שיתוף פעולה חוצה מפלגות, אשר יבטיח הסכמה רחבה הן בשלבי ניסוח ההצעות, הן בהצבעות לאישורן. כך למשל, הליך חקיקתו של חוק-יסוד: הכנסת, חוק היסוד הראשון שנחקק, בשנת 1958, נמשך כשלוש שנים וכלל דיונים מקיפים רבים, שהסתיימו בהסכמה פה אחד – חוק היסוד התקבל ברוב של 96 תומכים וללא מתנגדים.<sup>53</sup> שתי דוגמאות נוספות לחוקי יסוד שהתקבלו פה אחד הם חוק-יסוד: נשיא המדינה שהתקבל בשנת 1964 (לאחר הליך חקיקה שארך כשנה וחצי) וחוק-יסוד: משק המדינה, שהתקבל בשנת 1975 (לאחר הליך חקיקה שנמשך כמעט שנתיים וחצי).

מעניין במיוחד לציין את הליך חקיקתו של חוק-יסוד: השפיטה, שהתקבל בשנת 1984, לאחר כמעט שש שנים של הכנה. הליך החקיקה התאפיין במודעות לחשיבות של גיבוש חוק היסוד על בסיס דיונים מעמיקים והסכמה רחבה, ולא באמצעות רוב מקרי. יושב ראש ועדת החוקה, חבר הכנסת אליעזר קולס, ציין באחד מדיוני הוועדה כך: "דיברתי כבר על זה שאני רוצה שחוק יסוד: השפיטה יתקבל מתוך קונצנזוס, ללא הסתייגויות, כי אני רוצה שהסתייגות זו או אחרת תתקבל בגלל רוב מקרי במליאת הכנסת... קיימנו דיונים מעמיקים בוועדת המשנה לחוקי היסוד, ואיני רוצה שבגלל רוב מקרי במליאת הכנסת תתקבל עמדה הפוכה מזו שנתקבלה בוועדת המשנה. אני מציע שהחוק יתקבל מתוך קונצנזוס".<sup>54</sup>

לאור זאת קיבלה הוועדה את הצעתו של יושב ראש הוועדה, שיגובשו הסכמות בסוגיות שנתורו שנויות במחלוקת, ושהליך גיבוש הסכמות זה יובל על ידו כיושב ראש הוועדה (נציג מפלגת הליכוד מן הקואליציה) במשותף עם יושבת ראש ועדת המשנה להכנת חוקי יסוד, חברת הכנסת שולמית אלוני (נציגת סיעת "רצ" מן האופוזיציה). ואכן, בעת הצגת הצעת החוק בפני המליאה לקריאה שנייה ציינה חברת הכנסת אלוני

52. שם. ראו גם את דברי חבר הכנסת הררי בעת הדיון במליאת הכנסת בהצעת חוק-יסוד: נשיא המדינה: "בענין של חוקה ופרקי חוקה יש טשטוש גמור בין האינטרסים העכשוויים של סיעות בתמיכה בממשלה או נגד הממשלה, וטוב היה אילו ככלל היו חברי הכנסת מצביעים בחופש גמור, כי חוקה אשר אנו מקבלים איננה לכנסת זאת או לממשלה זאת כי אם לתקופה שאני מקווה שתהיה לפחות כתקופת חוקתה של ארצות-הברית" (ד"כ 9.6.1964, 2031).

53. "מאגר החקיקה הלאומי" אתר הכנסת <https://main.knesset.gov.il/activity/legislation/laws/pages/lawhome.aspx>. כל הנתונים על משך הליך החקיקה של חוקי היסוד ותוצאות ההצבעות עליהם לקוחים ממחקר המתבסס על מאגר חקיקה זה.

54. פרוטוקול ישיבה 177 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-10, 10 (15.2.1984).



את קיומן של דעות שונות שהיו בתוך הוועדה ואת חילוקי הדעות בין הוועדה לבין משרד המשפטים ואף פירטה אותן בהרחבה, אך ציינה כי בסופו של דבר "אני מגישה את הצעת החוק ללא הסתייגויות, על דעת חברי הוועדה – עם כמה הערות, או הבעת אי-שביעות רצון ביחס לסעיף 1... אבל אני חושבת, שגם אם אנחנו חלוקים ביחס לסעיף 1, הרי הפרק כולו מובא על דעת כל חברי הוועדה ובהסכמת משרד המשפטים; ואם כך, הרי שהשגנו הישג חשוב מאוד".<sup>55</sup>

דוברים נוספים במליאה בירכו גם הם על תהליך קבלת ההסכמות הרחבות שנעשה בהליך החקיקה של חוק יסוד זה.<sup>56</sup> ואכן, לא רק בוועדה אלא גם במליאה ביטא חוק היסוד קונצנזוס מקיר לקיר. כל סעיפי חוק-יסוד: השפיטה התקבלו בקריאה השנייה פה אחד, ובקריאה השלישית התקבל חוק היסוד ללא מתנגדים ובמנע אחד.<sup>57</sup>

בעת חקיקת חוק-יסוד: השפיטה הדוברים במליאה אף הרחיבו וציינו שהליך בניית ההסכמות צריך להיות המודל לקבלת חוקי יסוד (וחוקה) גם להבא. כך למשל אמר שר המשפטים משה נסים מהליכוד: "התנאי ליצירת האפשרות הזאת לקבלת חוקי-היסוד שעדיין נותרו, ולא יגודם לחוקה נוקשה, מחייבת, מחנכת, הוא יצירת הבנה בין חלקי הכית הזה. לא ראוי לקבל חוקי-יסוד ברוב קטן, אפילו רוב של 61 חברי כנסת". על כך העיר חבר הכנסת עקיבא נוף מהליכוד: "צריך לציין זאת בסעיף מיוחד", ואילו שר המשפטים השיב שדבר זה יעוגן בחוק-יסוד: החקיקה לכשיחוקק,<sup>58</sup> אך הדגיש שוב שהדגש אינו רק על הרוב שבו יתקבל חוק היסוד אלא גם על הליך של שיתוף פעולה לבניית הסכמות רחבות:

"והלוא אנחנו מדברים על רוב מיוחס. אני אומר, שלא ראוי לקבל חוק-יסוד... בלא הבנה בין חלקי הבית. זה מצריך רוח של הבנה וגם רוח של פשרנות..."

משרד המשפטים השקיע ומשקיע בנושא חוקי-היסוד זמן, מאמץ ומחשבה. אני שמח שנוצרה רוח של הבנה ושיתוף פעולה עם ועדת-המשנה לחוקי-יסוד ועם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בנושא זה. אני מברך על ההבנה הזאת משום שרק בה טמונה האפשרות להשלמת החוקה".<sup>59</sup>

<sup>55</sup> ד"כ 1984.28.2, 1737 (להלן: פרוטוקול חוק-יסוד: השפיטה).

<sup>56</sup> שם. נציין בשולי הדברים, שאף שכל הדוברים בירכו על ההבנות הנרחבות שהושגו בהליך החקיקה, היה חבר כנסת אחד, מרדכי וירשובסקי מסייעת "שינוי", שקבל על כך שלא ניתנה לו אפשרות להסתייג (שם, בעמ' 1738).

<sup>57</sup> שם.

<sup>58</sup> באותה העת קבעה הצעת חוק-יסוד: החקיקה האחרונה שהונחה על שולחן הכנסת כהצעת חוק ממשלתית (בימי ממשלת בגין), כי חוקי יסוד יחוקקו ברוב של 80 חברי כנסת בכל הקריאות. ראו ס' 5 להצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ח 1364.

<sup>59</sup> פרוטוקול חוק-יסוד: השפיטה, לעיל ה"ש 55, בעמ' 1737.

הבנה עמוקה בדבר הצורך להגיע להסכמות רחבות ליוותה גם את הליכי חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, עוד מתחילת הדרך. לחקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק קדם תהליך שנמשך שנים רבות, אשר החל בהצעות הקודמות לכינון חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח.<sup>60</sup> כפי שציין שר המשפטים בעת קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חבר הכנסת דן מרידור (הליכוד), חוק היסוד שיקף "מאבק, המתנהל שנים לחקיקת זכויות האדם".<sup>61</sup> מתוך היסטוריה עשירה זו, לענייננו מעניין במיוחד לציין את דבריו של חבר הכנסת בנימין הלוי (גח"ל), שעל אף היותו חבר כנסת מהאופוזיציה כיהן כיושב ראש ועדת המשנה לחוקי יסוד והיה אמן על הכנת הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח מטעם ועדת החוקה בשנת 1973.<sup>62</sup> בעת הצגת ההצעה לקריאה ראשונה ציין חבר הכנסת הלוי כך: "שקדתי יחד עם כל חברי ועדת המשנה של הכנסת השביעית על חיבור הצעת החוק הנוכחית כפי שתוקנה ואושרה על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השביעית והכנסת השמינית".<sup>63</sup> ועוד הוא פירט:

"ידוע שחוק זכויות האדם הוא חוק קשה במיוחד, בהיותו חוק קונסטיטוציוני, קשה ועדין. הוא טעון הסכמה כללית ככל האפשר, הסכמה על מפלגתית ככל האפשר. כמובן אין הסכמה על מפלגתית מוחלטת, לא תיתכן; אבל יש צורך בתמימות דעים ככל האפשר מפני שכאן מדובר בעקרונות והוראות שיחייבו את המדינה ואת כל אזרחיה, לכן חתרנו בוועדה, על ידי ישיבות מעמיקות, להשגת תמימות דעים ככל האפשר, כל חברי ועדת המשנה וגם חברי הוועדה המלאה ודאי יאשרו איזו רוח חברית וקולגיאלי שרדה בכל הדיונים האלה, עד כמה שאפשר בלתי מפלגתית, בלתי פולמוסית, עניינית, כדי להגיע לידי הסכמה על ההצעה החשובה הזאת. לא זו בלבד, אלא היושב ראש הזמין כמובן מתקציב הכנסת מחקר מיוחד מהפקולטה המשפטית של האוניברסיטה העברית בעניין חוקי זכויות האדם, מחקר השוואתי שהביא לפנינו את החוקים ואת הסעיפים הנוגעים לדבר בחוקות החשובות בעולם; ולמדנו על ידי השוואה וההבדלים

היודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323, 328-326 (1993).

60 שם, בעמ' 326.

61 הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח התשל"ג 1085.

62 ד"כ 1566, 4.6.1974.

60

61

62

63

מה לפי דעתנו מתאים למדינת ישראל ומה אינו מתאים".<sup>64</sup>

מאז כאמור היו ניסיונות שונים לחקיקת הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם. פריצת הדרך הגיעה כאשר חבר הכנסת אמנון רובינשטיין פיצל את הצעתו לחוק-יסוד: זכויות האדם, שעברה בקריאה טרומית בחודש נובמבר 1989, לכמה הצעות חוק, על מנת להתמקד תחילה בזכויות שבעניינן היה אפשר לגבש הסכמות רחבות.<sup>65</sup> שתיים מהן התקבלו לבסוף בחודש מרץ 1992 – חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

שני חוקי יסוד אלה נחקקו בהליך חקיקה שארך למעלה משנה (ואם סופרים מתחילת הליך חקיקתה של הצעת חוק היסוד שממנה הם פוצלו, מדובר בכמעט שנתיים וחצי), וחשוב מכך – בהליך שביטא הבנה עמוקה בדבר הצורך להגיע להסכמות רחבות. לחקיקתם היו שותפים רבים, הן מהקואליציה הן מהאופוזיציה. זאת ועוד, הליך חקיקת חוקי היסוד של זכויות האדם היה בתקופה של ממשלת ימין, כהצעת חוק מהאופוזיציה שנמתכה עוד מתחילת הדרך בידי ועדת שרים לענייני חקיקה על דעת הממשלה כולה.<sup>66</sup> הצעות החוק עברו בתנאים של חופש הצבעה, בזכות תמיכה של שר המשפטים מהליכוד ויושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט מהליכוד, של יושב ראש המפד"ל ושל חברי כנסת נוספים ממפלגות אלו וממגוון מפלגות אחרות, לרבות כל סיעות האופוזיציה. חוקי היסוד נחקקו בהליך של בניית הסכמות שחצו קווים של ימין ושמאל ושל קואליציה ואופוזיציה ושיקפו פשרות מורכבות, ובכלל זה קביעת הסדר של שמירת דינים והוספת ההיגד "יהודית ודמוקרטית".<sup>67</sup> היה מאמץ להביא בחשבון גם את החששות ואת הביקורת של המפלגות החרדיות בכנסת, הגם שלתומכי החוק הובטחה תמיכת רוב מחברי הכנסת מסיעות הקואליציה והאופוזיציה.<sup>68</sup>

בעת ההצבעה על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אמר יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת דאז, חבר הכנסת אוריאל לין (הליכוד): "החוק הזה הוכן בהבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית. היינו מודעים לכך, שאין אנו יכולים להעביר חוק-יסוד, שמעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם לא נגיע להסכמה רחבה של כל סיעות הבית". בהמשך הוא הוסיף:

ד"כ 17.9.1973, 4438.

קרפ, לעיל ה"ש 60, בעמ' 338.

ועדת השרים לענייני חקיקה החליטה לתמוך בהצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו החלטה חק/642 של ועדת השרים לענייני חקיקה, הממשלה ה-24 (10.4.1991). בעקבות ערר החליטה הוועדה שוב, על דעת הממשלה, לתמוך בהצעת חוק-היסוד. ראו החלטה חק/689 של ועדת השרים לענייני חקיקה, הממשלה ה-24 (15.4.1991) (מתוך מאמרו של יהושע שופמן "המהפכה החוקתית", **משפט המשפטים** 28.3.2019) ([https://www.gov.il/he/pages/roots\\_1992\\_1](https://www.gov.il/he/pages/roots_1992_1)).

ראו ניר קידר **האם נכון לעגן את הזהות היהודית במשפט הישראלי?** 46-51 (מחקר מדיניות 107, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2015).

ראו אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" **משפט ואדם – משפט ועסקים** יד 79, 88 (התשע"ב); אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה' 339, 340 (התש"ס); אוריאל לין "חוקי-היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" **המשפט** ה' 267, 273-274 (2000).

"היו פה ויתורים מפליגים לעומת כל חוקה שמקובלת בעולם, כי רצינו להגיע לאותה הסכמה כללית שאכן הגענו אליה".<sup>69</sup>

אנו מודעים כמובן לכך שיש מי שמרבים לתקוף את הליך חקיקתם של שני חוקי יסוד אלו, ובפרט את הנתון שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עבר בקריאה השלישית ברוב של 32 תומכים בלבד מול 21 מתנגדים.<sup>70</sup> אף אנחנו איננו טוענים שההליך היה מושלם. אולם בדבר אחד אין ספק: חוקי יסוד אלו לא נחקקו בהליך בזק ולא באופן חד-צדדי תוך כפיית כוחה של הקואליציה. ההפך הוא הנכון: הם נחקקו בהליך של דיאלוג ופשרות מתוך הכרה בצורך בהסכמה רחבה, חוצת מפלגות, שאכן הושגה. גם יהודית קרפ, שדבריה כי "ימי קבלת חוקי-היסוד בכנסת לא ימי מהפכה היו, אף לא ימי התרוממות והתעלות"<sup>71</sup> משמשים תדיר את מבקרי המהפכה החוקתית, מסבירה כי הסיבה להיעדר התרוממות הרוח היא כי "ימי קטנות היו, ימים של מאבקים ופשרות", ולפיכך לצד דוברים בכנסת שהגדירו את החוק כחשוב מאוד וכבשורה לעם ישראל, "ניכרים יותר דברי חברי הכנסת, שהביעו את כאב החלקיות וההשלמה עם פשרה בשם 'קונצנזוס לאומי'".<sup>72</sup> כך, גם עידו פורת, שמבקר את הליכי חקיקת חוקי היסוד הללו, מציין כי "הליך חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם לא התאפיינו... [ב]פרטיזניות פוליטית, אלא היו תוצר של פשרה פוליטית שהייתה מקובלת על שני צדי המתרס הפוליטי".<sup>73</sup>

השינוי המשטרי המרכזי שנעשה בחוקי היסוד בשנים שאחרי המהפכה החוקתית – ביטול הבחירה הישירה לראשות הממשלה – נדון במליאת הכנסת ובוועדותיה במשך כשלוש שנים. חוק-יסוד: הממשלה החדש עבר בקריאה שלישית בכנסת בחודש מרץ 2001, ברוב חוצה מחנות של 72 תומכים מול 37 מתנגדים ו-3 נמנעים.<sup>74</sup> את הצעת החוק הפרטית שהתניעה את החקיקה הגישו יחד בשנת 1997 חבר הכנסת עוזי לנדאו

69 קרפ, לעיל ה"ש 60, בעמ' 327. בסופו של דבר לא הייתה הסכמה של כל סיעות הבית, אך הייתה הסכמה של רוב הסיעות, לרבות נציגים מכל הסיעות הגדולות מהקואליציה ומהאופוזיציה, שמנו יחד כמעט 100 חברי כנסת.

70 לריכוז הטענות של מבקרי הליך חקיקתם של חוקי יסוד אלו, ראו גרעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" **משפט וממשל** יא 571 (2008).

71 קרפ, לעיל ה"ש 60, בעמ' 326.

72 שם.

73 עידו פורת "כיצד יש לחוקק חוק יסוד? הליך ומהות בחקיקת חוק הלאום וחוקי היסוד של זכויות האדם" **ספר הפרשנות של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי** 163, 166 (יובל שני וידידיה צ' שטרן עורכים) (2023) (להלן: פורת "כיצד יש לחוקק").

74 עם 72 חברי הכנסת שהצביעו בקריאה השלישית בעד חוק-יסוד: הממשלה החדש נמנו חברי קואליציה ואופוזיציה כאחד. בכלל זה היו מרבית חברי הכנסת מן הסיעות הגדולות בקואליציה, הליכוד והעבודה, מרבית חברי הכנסת מסייעת האופוזיציה הגדולה, מרצ (כולל ראש האופוזיציה, יוסי שריד), ורוב חברי הכנסת מן הסיעות הערביות באופוזיציה. שתי הסיעות היחידות שחבריהן הצביעו בעקביות נגד התיקון היו ש"ס וישראל בעלייה, שתיהן סיעות קואליציה (שנהנו מפיצול ההצבעה בין ראש הממשלה והרשימה תחת משטר הבחירה הישירה). הפירוט השמי של ההצבעה נמסר מארכיון הכנסת בדואר אלקטרוני מיום 6.5.2024 ומצוי בידי הכותבים.

(הליכוד) וחבר הכנסת יוסי ביילין (העבודה).<sup>75</sup> עם אישורה (בחלוף כארבע שנים) מנה חבר הכנסת לנדאו את שותפיו לקידום המהלך:

"אני מבקש לומר, שחרף הפילוג והפיצול יש אפשרות להגיע לאחדות שמניבה תוצאות שמשמעותן מרחיקה לכת והן חיוביות וחשובות.

אני רוצה להודות בשם מי שיזמו את החוק הזה ועבדו עליו כל הזמן במשך שנים ארוכות, לחברי הכנסת ממפלגת העבודה, יוסי ביילין – הוא שר, הוא לא חבר כנסת – לחבר הכנסת אופיר פינס, לנעמי חזן ממרצ, לחבר הכנסת גפני, לחבר הכנסת בני אלון, לחבר הכנסת מוחמד ברכה, לחבר הכנסת יגאל ביבי. אני מבקש להודות לחבר הכנסת משה ארנס, יושב-ראש העמותה לדמוקרטיה פרלמנטרית; אני מבקש להודות לפרופסור כרמון מהמכון הישראלי לדמוקרטיה, שעשו לילות כימים כדי להגיע לצעד הקונסטיטוציוני החשוב הזה".<sup>76</sup>

עוד חשוב לציין, כי לתפיסה שלפיה חקיקת יסוד מצריכה הליך ארוך וסדור והסכמה רחבה היו שותפים גם מבקריה החריפים של המהפכה החוקתית של שנות התשעים. דוגמה מובהקת לכך ניתן למצוא בעבודתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-16 בראשות חבר הכנסת מיכאל איתן (הליכוד), אשר הובילה מהלך לאמץ חוקה בהסכמה רחבה. כך הדגישה רות גביוון, ששימשה יועצת לוועדה, כי בהיעדר רגע היסטורי של כינון, הצלחת המהלך החוקתי תלויה בלגיטימציה שתיתן לו בעקבות "תהליך של דיון רחב ועמוק שיבסס הסכמה אמיתית לגבי כללי המסגרת וערכיה המשותפים".<sup>77</sup>

ואכן, הוועדה בראשות חבר הכנסת איתן פעלה מתוך מטרה להכין הצעת חוקה בהסכמה רחבה, תוך שהיא שומעת ושוקלת גישות שונות ומגוונות. היא קיימה 87 ישיבות במהלך תקופה של קרוב לשלוש שנים. בדיונים השתתפו מאות משתתפים, נציגים ממגזרים רבים בחברה הישראלית, ובהם יושב ראש הכנסת וחברי הכנסת, יועצים משפטיים של הוועדה ושל הכנסת, מומחים מהאקדמיה, שופטים בהווה ובעבר מבית המשפט העליון ומערכאות אחרות, משפטנים ומומחים ממשרדי ממשלה, מומחים מטעם מכוני מחקר שונים, נציגי עשרות ארגונים ציבוריים ואזרחים מהשורה. כמו כן קיבלה ובחנה הוועדה מסמכים רבים, ובהם ניירות עמדה, מאמרים, הצעות שונות וכן מסמכי רקע לדיונים שהתבקשו ביוזמת הוועדה. בפני הוועדה הוצגו דעות

<sup>75</sup> הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 27) (ביטול והשבה) התשנ"ח פ/1287.

<sup>76</sup> ד"כ 7.2.2001, 177-176.

<sup>77</sup> רות גביוון "חוקה בהסכמה רחבה: דברי פתיחה – לקחים מהתהליך החוקתי בכנסת ה-16" אתר הכנסת <https://main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Pages/ConstOpening3.aspx>

שונות, ויושב ראש הוועדה לא כפה את עמדתו. במקרים של מחלוקת על סוגיות שונות הוא אף נמנע מלהכריע בדרך של הצבעה, וביכר לעיתים הצעה המשקפת חלופות לדיון ולא נוסח יחיד, במטרה לגבש הסכמה רחבה בסבבי דיונים נוספים.<sup>78</sup>

עינינו הרואות אפוא, שבמשך עשרות שנים ביטא הנוהג בכנסת כיבוד של הרעיון כי קבלתם של חוקי יסוד ושל שינויים חוקתיים מרכזיים מחייב הליך מיוחד, שאינו יכול להיות הליך של פוליטיקה רגילה המתבסס רק על כפיית רצונו של הרוב הקואליציוני. דורות של חברי כנסת, מימין ומשמאל, מהקואליציה ומהאופוזיציה, היו שותפים לתפיסה שלפיה חקיקת חוקי יסוד מחייבת הליך ארוך ומעמיק, ובעיקר הליך דיאלוגי של הבנה ושל שיתוף פעולה חוצה מחנות פוליטיים. אכן, לא כל חוקי היסוד והתיקונים להם – מאז 1958 ועד העשור האחרון – התאפיינו בדבקות מלאה בעקרונות אלה. כך למשל, שבוע בלבד חלף בין הקריאה הראשונה והקריאה השנייה והשלישית שאישרו את חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל בשנת 1980 (אף שמאז הגשת הצעת החוק הפרטית לדיון מוקדם חלפו למעלה משבעה חודשים); ורק שלושה שבועות חלפו בין הקריאה הראשונה והקריאה השנייה והשלישית שאישרו את התיקון משנת 1994 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ולחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בשני המקרים הכתיבו אילוצים פוליטיים את לוח הזמנים להשלמת החקיקה החוקתית,<sup>79</sup> וחשפו בכך את עמימותן המובנית של נורמות שמקורן בנוהג מקובל. אלא שמקרים אלה זכו בעת התרחשותם לביקורת מתוך הכנסת – מן הקואליציה ומן האופוזיציה כאחד – על סטייתם מן הגישה המקובלת לחקיקת חוקי יסוד;<sup>80</sup> ובשניהם עברו החקיקות ברוב גדול וחוצה מחנות פוליטיים, לאחר הכנה עניינית ושיתופית.<sup>81</sup> מכאן, כפי שהדגשנו,

78 מיכאל איתן "חוקה בהסכמה רחבה: דברי פתיחה – התהליך החוקתי" אתר הכנסת <https://main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Pages/ConstOpening2.aspx>

79 הלחץ לקידום חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל נבע מהתמודדות ישראל עם לחץ בין-לאומי בשאלת מעמדה של ירושלים, על רקע המשא ומתן שהתנהל באותה עת עם מצרים על האוטונומיה הפלסטינית. ראו רות לפידות פירוש לחוקי-היסוד: חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל 56-60 (יצחק זמיר עורך 1999). הלחץ לקידום התיקון לחוק-יסוד: חופש העיסוק נבע מן המשבר הקואליציוני שהתעורר עקב פסיקת בג"ץ בנושא ייבוא בשר לא-כשר לישראל. ראו הלל סומר "תרופת פלא או גולת רעל? עיון חוזר במנגנון ההתגברות" חוקים יב 55, 66-67 (2018).

80 בדיון בוועדת החוקה בהכנת הצעת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל לקריאה שנייה ושלישית התרעמו כמה וכמה מחברי הוועדה, כולל חבר הכנסת עקיבא נוף מהקואליציה, הן על ההחלטה לנהל את הדיון במליאת הוועדה ולא (כנהוג) בוועדת המשנה לחוקי יסוד, הן על לחץ הזמן שבו הם נדרשו לקדם את החקיקה להשלמה. אף יושב ראש הוועדה, חבר הכנסת דוד גלס, וכמוהו חבר הוועדה מן הליכוד, חבר הכנסת דב שילנסקי, הכירו בכך שהם פועלים תחת אילוצים פוליטיים המונעים הליך חקיקה אופטימלי. ראו פרוטוקול ישיבה 225 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 4-14 (28.7.1980). בהציגו את התיקון לחוק-יסוד: חופש העיסוק לקריאה שנייה ושלישית בכנסת, הודה יושב ראש ועדת החוקה, חבר הכנסת דדי צוקר, שהכנת התיקון נעשתה ב"מרוץ" שנבע מן הצפי שבג"ץ עומד לדון בקרוב בחוקתיות ההגבלות על ייבוא בשר. ראו ד"ר 9.3.1994, 142.

81 ראו את דברי יושב ראש ועדת החוקה, חבר הכנסת דוד גלס, בעת הכנת הצעת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל לקריאה שנייה ושלישית: "אנו לא נקיים כל הצבעה בה דברים יפלו על קצו של קול... אנו חייבים להגיע לקונסנזוס" (פרוטוקול ישיבה 227 של ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-9, 6 (28.7.1980)). במליאה עבר חוק היסוד בקריאה השלישית ברוב של 69 תומכים מול 15 מתנגדים ו-3 נמנעים (ראו ד"ר 30.7.1980, 4325), ובין התומכים היו חברי כנסת מן הקואליציה ומסיעת האופוזיציה הגדולה, המערך (שם, בעמ' 4320-4323); אמנון רמון תושבים, לא אזרחים: ישראל וערביי מזרח-ירושלים, 1967-2017 183 (2017). התיקונים לחוק-יסוד: חופש העיסוק ולחוק-יסוד: כבוד האדם

שהעובדה שישנן הפרות של הנוהג המקובל בכנסת אינה פוגמת בתקפותו, כל עוד אין ראיות לכך שהוא ננטש בשיטתיות או הוחלף בנוהג אחר. על כן, כפי שהראינו, חרף סטיות מהנוהג בפועל, הרי התפיסה המקובלת בכנסת באשר לאופן הראוי לחקיקה חוקתית נשמרה לפחות עד תחילת שנות האלפיים.

במקביל להתבססות הנוהג באשר להליך חקיקתם של חוקי היסוד בישראל במשך עשורים רבים, היו לאורך השנים גם ניסיונות לחוקק את חוק-יסוד: החקיקה ולקבוע במסגרתו הליכי חקיקה מיוחדים בנוגע לחקיקה ולתיקון של חוקי יסוד. ניסיונות אלו אומנם לא הבשילו, אך התפיסות העקרוניות באשר לאופי הראוי לחקיקה חוקתית נשמרו במשך רוב חייה של הכנסת. בה בעת, אין לכחד שבצל הכישלון הנמשך הזה – ואולי גם בעטיו – החל בשנים האחרונות תהליך שחיקה של הנורמות שהיו מקובלות במשך עשרות שנים באשר לחוקי יסוד. תהליך זה כולל שימוש תכוף בחוקי יסוד להסדרת נושאים שמתאימים לחקיקה רגילה ולקידום אינטרסים צרים וקצרי טווח של הרוב המזדמן, וכן שחיקה בפרקטיקה הנוהגת של הליך חקיקת חוקי היסוד בהסכמה רחבה ובהליך יסודי.<sup>82</sup>

### 3. סיכום

נוכח ייעודה הייחודי של החוקה, הליך החקיקה של חוקי יסוד, ובפרט של אלה הכוללים שינויים משמעותיים, אינו יכול להיות זהה להליך החקיקה של הפוליטיקה היום יומית של חקיקת חוקים רגילים. הליך החקיקה של חוקי יסוד צריך להתאפיין באיטיות, בשקילה ראויה ובדליברטיביות, כדי לאפשר דיון מוקפד, מושכל ומעמיק בכל היבטי הנורמה החוקתית והשלכות חקיקתה או תיקונה, בהתבסס על תשתית עובדתית מקיפה ועל שמיעת עמדות הייעוץ המשפטי ומומחים רלוונטיים נוספים. כמו כן יש לוודא שההליך יכלול השתתפות וייצוגיות נרחבות, שיתוף נרחב ומכיל של כל חלקי הציבור (או לפחות של נבחריו), דיאלוג אמיתי והסכמה רחבה וחוצת מחנות.

כפי שראינו, מושכלות יסוד אלו בתאוריה החוקתית והדמוקרטית ובתורת החקיקה, הנובעות מעצם מאפייניה המכוננים ומהגדרתה של נורמה חוקתית וכן מתכליותיה של החוקה, זכו להכרה ולתמיכה רחבה – במשך עשרות שנים – גם בכנסת ישראל. מאז חקיקת חוק היסוד הראשון, חוק-יסוד: הכנסת משנת 1958, ועד לעשור האחרון, הקפידו חברי הכנסת על הליכים ארוכים ומוכּנים, המתבססים על דיון מקיף ומעמיק,

וחירותו עברו בקריאה השלישית ברוב של 67 תומכים מול 9 מתנגדים (ד"כ 9.3.1994, 349). יתרה מזאת, התיקון המשמעותי לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1994, שבו נקבע בס' 1 כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל", התקבל בקריאה השנייה (במסגרת הסתייגות) בהסכמה רחבה במיוחד – כהצעה של כל סיעות הבית, שבה תמכו 75 חברי כנסת, ללא מתנגדים וללא נמנעים. תיקון זה חופף לנוסח זהה המופיע בחוק-יסוד: חופש העיסוק, אשר התקבל אף הוא בקריאה השנייה בהסכמה רחבה – 80 חברי כנסת הצביעו בעד ורק אחד התנגד (שם, בעמ' 348). על מאפייניו של תהליך השחיקה בפרקטיקות החקיקה של חוקי היסוד ועל משמעותו בעניין שאלת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד נעמוד להלן בפרקים ד-ה.

ועל הסכמה רחבה בהליכי החקיקה והתיקון של חוקי היסוד. הקפדה זו נועדה כאמור לממש את התכלית היסודית לכינונם ולתיקונם של חוקי יסוד – "הרצון להבטיח עקרונות יציבים וזהות חברתית וערכית שאינם ניתנים לשינוי בקלות, על מנת שיעמדו מעל לארעי ולחולף".<sup>83</sup> בהמשך נבחן את השחיקה שחלה במוסכמות אלה בעשור האחרון, ועל אחת כמה וכמה בכנסת הנוכחית, ואת משמעויותיה.<sup>84</sup> בפרק הבא נראה שלדרישות הליכיות מיוחדות אלו בנוגע לחקיקת חוקי יסוד מתווסף רובד נוסף כאשר מדובר במסלול הייחודי של חקיקה מטעם ועדה של הכנסת.

### ג. המאפיינים המיוחדים לחקיקה מטעם ועדה

#### 1. פתח דבר

בפרק זה נטען, כי הצעות חוק מטעם ועדה צריכות להיות כפופות לדרישות הליכיות ייחודיות לעומת אלו שנדרשות מהליך החקיקה של הצעות פטריות וממשלתיות, כך שעליהן לעמוד בשני עקרונות משלימים – עקרון הקולגיאליות ועקרון ההליך היסודי. טענתנו בעניין זה נשענת על פרשנותו של סעיף התקנון המסמיך ועדה ליזום הצעת חוק מטעמה, על ההיסטוריה החקיקתית שלו, על תכליתו של הליך החקיקה מטעם ועדה ועל הנוהג שהשתרש בכנסת באשר להליך זה, כמובנו של המושג בסעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת.

מהלך הטיעון בפרק זה מוקדש לפרשנותו של סעיף 80(א) לתקנון הכנסת, שמכוחו רשאיות שלוש ועדות – ועדת הכנסת, ועדת החוקה והוועדה לענייני ביקורת המדינה – ליזום ולהכין הצעות חוק בתחומי ענייניהן. נעמוד על לשון הסעיף (בסעיף 2 לפרק זה) ועל ההיסטוריה החקיקתית שלו (בסעיף 3). כפי שנראה, מקורו של הסעיף בהחלטת הררי, והוא קשור קשר הדוק לניסיון לעצב הליך ייחודי המשמש את הכנסת כגוף קולגיאלי לצורך חקיקת חוקי יסוד ותיקונם. בהמשך לכך נבחן את תכליתו של מסלול החקיקה מטעם ועדה (בסעיף 4). נראה כי מסלול הצעת חוק מטעם ועדה הוא מסלול ייחודי שנועד לחזק את הכנסת ואת עצמאותה אל מול הממשלה. משכך, הייזום וההכנה של הצעת החוק מטעם ועדה צריכים לעמוד בשתי דרישות הליכיות בסיסיות, שאותן זיהינו כעקרון הקולגיאליות וכעקרון ההליך היסודי. לבסוף נדון בנוהג המקובל להליך חקיקה מטעם ועדה, שהתפתח בעבודת הכנסת בנוגע לחוקי יסוד ותיקוניהם שיזמה והכינה ועדת החוקה לאורך השנים (בסעיף 5). בחינה של הליך החקיקה של חוקי יסוד ותיקונם להם במסלול של הצעת חוק מטעם ועדת החוקה מאז קום המדינה מלמדת, כי ברוב המקרים נשמרו עקרונות הקולגיאליות וההליך היסודי. לא זו אף זו, עקרונות אלו נשמרו ככלל לא רק כאשר ועדת החוקה יזמה והכינה חוקי יסוד אלא גם כאשר היא יזמה והכינה חוקים רגילים, ממצא המחזק את המסקנה כי

<sup>83</sup> עניין בר-און, לעיל ה"ש 36, בפס' 24 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.

<sup>84</sup> ראו להלן פרק ד.



מדובר בעקרונות הנובעים מטיבו של מסלול חקיקה ייחודי זה ולא רק מן המדרג הנורמטיבי של החקיקה.

## 2. כללי: הצעת חוק מטעם ועדה

סעיף 74(ב) לתקנון הכנסת<sup>85</sup> קובע, שהצעת חוק בעניינים מסוימים יכולה להיות מוגשת "על ידי ועדה של הכנסת". סעיף 80(א) לתקנון מגדיר את *התחומים* שבהם ניתן להגיש הצעת חוק מטעם ועדה, ואת *הוועדות* שרשאיות להשתמש בכלי זה:

"ועדת הכנסת, ועדת החוקה חוק ומשפט והוועדה לענייני ביקורת המדינה רשאיות ליזום, בתחומי ענייניהן לפי תקנון זה, הצעות חוק בנושאים אלה ולהכינן לקריאה הראשונה: חוק-יסוד, עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק-יסוד ומוצעים לצדו, הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה".

במישור הלשוני, תקנון הכנסת קובע שוועדת הכנסת, ועדת החוקה והוועדה לענייני ביקורת המדינה רשאיות "ליזום" הצעות חוק (בתחומים המוגדרים בתקנון), "להכינן" ואז להניח אותן על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה. כלומר, להבדיל מהצעת חוק ממשלתית ומהצעת חוק פרטית, הליכי היזום של הצעת חוק מטעם ועדה והכנתה לקראת קריאה ראשונה נעשים בידי הוועדה עצמה ואינם כפופים פורמלית לגורמים חיצוניים לה.

הצעת חוק מטעם ועדה נבדלת משתי הדרכים האחרות להגשת הצעת חוק בכנסת – הצעת חוק ממשלתית והצעת חוק פרטית. הצעת חוק ממשלתית מנוסחת במשרדי הממשלה, עוברת הליך תיאום, טיוב ושיתוף ציבור בהובלת מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, מאושרת בידי הממשלה (בדרך כלל באמצעות ועדת השרים לחקיקה) ורק אז מוגשת לקריאה ראשונה בכנסת. הצעת חוק פרטית מנוסחת בידי חבר כנסת או קבוצת חברי כנסת, עוברת בדיקה של הייעוץ המשפטי לכנסת, מובאת לאישור של נשיאות הכנסת (סעיף 75(ה) לתקנון), כפופה ככלל לתקופת הנחה שבה היא נדונה

תקנון הכנסת נוצר באמצעות החלטה של מליאת הכנסת לפי הצעת ועדת הכנסת (ס' 9 לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 144-146 לתקנון הכנסת (16.10.2023)). אף שהוא נועד לכאורה לעסוק בעניינים פרוצדורליים בלבד, מעשית הוא כולל גם הוראות בעלות משקל חוקתי ואף על-חוקתי, בהיותו המקור הנורמטיבי היחיד במשפט הישראלי המסדיר מפורשות את כללי הזיהוי של מעשי החקיקה של הכנסת – שלוש קריאות והכנה בוועדה (ס' 74 לתקנון) – כמו גם מגבלות מהותיות על תוכן של הצעות חוק פרטיות (ס' 75(ה) לתקנון). בשורת פסיקות של בית המשפט העליון נקבע שהוראות התקנון מחייבות את הכנסת ושכוחו של בית המשפט לאכפף, ואף לקבוע את בטלותה של חקיקה שהליך יצירתה לא עמד בדרישות התקנון. לתיאור ההלכה ולביקורת עליה, ראו אריאל בנדור "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" *משפטים* כב 571 (התשנ"ד). כן ראו את עניין *ליצמן*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 589 ("ההשפעה על תוקף החקיקה אינה מותנית בכך שהכלל שהופר מעוגן דווקא בחוק יסוד. זהו כמובן המקור החשוב ביותר, עם זאת אין הוא המקור היחיד. לידו קיימים מקורות נוספים, כגון חוק 'רגיל', תקנון הכנסת, תקדימי הכנסת").

בוועדת השרים לחקיקה לגיבוש עמדת הממשלה, בליווי מקצועי של מחלקת ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים, עוברת קריאה טרומית בדיון מוקדם במליאת הכנסת, לאחר מכן מועברת להכנה בידי הוועדה ורק אז, אם אישרה הוועדה את ההצעה, מוגשת לקריאה ראשונה בכנסת.<sup>86</sup>

לעומת שני מסלולי החקיקה המורכבים של הצעת חוק ממשלתית ופרטית – הכוללים מעורבות של שחקנים מגוונים, שורה של תחנות ושערי בקרה, המוסדרים בתקנון, בנוהלי הכנסת ובנוהלי עבודת הממשלה – הצעת חוק מטעם ועדה הוסדרה פורמלית רק בסעיף 80 לתקנון. כמו כן, השימוש בהצעת חוק מטעם ועדה היה מועט מאוד בהשוואה למסלולי החקיקה האחרים, והיא טרם זכתה לדיון ולליבון מעמיקים בפסיקת בית המשפט ואף לא לבחינה ממצה מטעם הייעוץ המשפטי לכנסת.<sup>87</sup>

ההתייחסות המצומצמת למסלול הצעת חוק מטעם ועדה בתקנון, מיעוט השימוש בו בפועל והיעדרו של עיסוק פרשני נרחב בעניינו – כל אלה אינם מקנים לטעמנו *ליושב ראש הוועדה הרשאה לנהל הליך מסוג זה ללא כל מגבלה*. בהיעדר הנחיות מפורשות שנקבעו בעניין זה, לעת הזו על הכנסת לנהוג לפי הנהגים והנהלים המקובלים בה בנוגע להליכי חקיקה מטעם ועדה, כאמור בסעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת.<sup>88</sup> אמת, כפי שקבע בית המשפט העליון בעניין לב, כאשר ניתנת לגוף כלשהו סמכות לקבל החלטה ולא נקבעה בצידה הפרוצדורה שבאמצעותה יש לקבל את אותה החלטה, אותו הגוף מוסמך לקבוע את הפרוצדורה החלה עליה. אולם בקובעו את הפרוצדורה על הגוף המוסמך להביא בחשבון את "הערכים, העקרונות והאינטרסים" הנובעים מהגיונו של ההליך וממטרותיו.<sup>89</sup> על מנת לעמוד על הנהגים והנהלים שמקובלים בכנסת באשר לחקיקה מטעם ועדה ועל מנת לזהות את הערכים, את העקרונות ואת האינטרסים של הסמכת ועדת החוקה ליוזם הצעת חוק ולהכינה לקריאה ראשונה, נבחן את פרשנות הסעיף המסמיך בתקנון, את ההיסטוריה החקיקתית ואת תכליתו. כמו כן נבחן את הפרקטיקה הנהוגה בכנסת באשר להצעות חוק מטעם ועדה, והיינו את האופן שבו הכנסת עצמה פירשה את סמכותה.

להלן נטען כי בחינה זו של הסמכת ועדת החוקה, חוק ומשפט, כאורגן של הכנסת, ליוזם חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד – שהוא פרק מפרקי החוקה בהתהוות – ולהכינו לקריאה ראשונה מלמדת, כי הפעלת סמכויותיה של הוועדה נדרשת לעמוד בשתי דרישות פרוצדורליות בסיסיות: *דרישה אחת* היא, כי על הייזום וההכנה של הצעת החוק להיעשות באופן קולגיאלי ובהסכמה בין-גורשית (bipartisanship) כדי לשקף

<sup>86</sup> בעניין זה, ראו מסמך הלשכה המשפטית בכנסת "הליך החקיקה" (ספטמבר 2016) <https://m.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Documents/Explanation2.pdf>. ראו בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 19, בפס' 196 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>87</sup> פס' 229 לתשובת הכנסת לעתירה בבג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (8.9.2023): "נוכח ריבוי הצעות החוק מטעם ועדה בתקופה האחרונה, בוחנת היועצת המשפטית לכנסת במבט צופה פני עתיד אם יש צורך בקביעת הנחיות לקידום הצעת חוק מטעם ועדה, ואם כן – מהם, ומה הדרך הראויה לעשות כן" (להלן: תשובת הכנסת לעתירה בעניין הסבירות).

<sup>88</sup> ראו לעיל פרק 0; עניין פריג', לעיל ה"ש 24, בפס' 9.

<sup>89</sup> ראו בג"ץ 3914/92 **לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו**, פ"ד מח(2) 491, 501-502 (1992).

את טיבה של הוועדה כגוף של הכנסת; *הדרישה האחרת* היא, כי הליך הייזום וההכנה של הצעת החוק צריך להיות מעמיק ויסודי באופן המשקף הן את העובדה שמדובר בחקיקה במדרג הנורמטיבי הגבוה ביותר, והן את היעדרם של שלבי ההכנה הנדרשים באשר להצעת חוק ממשלתית והצעת חוק פרטית. שתי דרישות אלה נלמדות להבנתנו הן מפרשנותו הנכונה של סעיף 80 לתקנון לאור לשונו ותכליתו, הן מן האופן שבו הוא הופעל בידי ועדות הכנסת בעבר, בהתחשב בעקרון הכפיפות לנוהג הקבוע בסעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת. בבג"ץ *הסבירות* ביטאו גם חלק משופטי בג"ץ הכרה ראשונית לגישה זו, ולו בהקשר של דרישת הקולגיאליות.<sup>90</sup>

### 3. היסטוריה חקיקתית של מסלול החקיקה ביוזמת ועדה

#### (א) החלטת הררי ומשמעותה

מקורו של ההסדר המעניק לוועדת החוקה סמכות ליזום ולהכין חוקי יסוד הוא ב"החלטת הררי" מיום 13.6.1950. בהמשך, ההסדר פותח לכוכבתית בתקנון הכנסת שהפנתה לפרוטוקול הוועדה, ולבסוף עוגן בסעיף 80 לתקנון הכנסת בשנת 2011. לפי החלטת הררי, "הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו".<sup>91</sup> ראוי בהקשר זה להדגיש שעל פי החלטת הררי לוועדת החוקה יש סמכות ייחודית בהכנת פרקי החוקה, ומתן סמכות זו בידיה הוא ההליך היחיד המוזכר בהחלטה באשר לדרך גיבוש פרקי החוקה בישראל. כוונת ההחלטה, כך הסביר חבר הכנסת הררי בוועדת החוקה, היא "שאנחנו עובדים מתוך *יוזמה* שלנו".<sup>92</sup> בכנסת השנייה החלה ועדת החוקה לעמול על מלאכת הכנתם של חוקי היסוד, וגיבשה רשימה של שישה-שמונה פרקים שצריכים להיכנס לחוקה.<sup>93</sup> לאחר כשנתיים של עבודה דיווחה הוועדה שהיא הצליחה להשלים את הכנתה של ההצעה הראשונה – לחוק-יסוד: הכנסת.<sup>94</sup> הוועדה קיימה גם דיוני הכנה לקראת הצעת חוק-יסוד: הממשלה.<sup>95</sup> אולם הכנסת השנייה לא השלימה את מלאכת החקיקה של חוק-יסוד: הכנסת, והכנסת השלישית המשיכה בכך. לאחר כמה שנים של דיונים רבים, מעמיקים ומקיפים הושלמה החקיקה בהצבעה בקריאה שלישית בכנסת – ברוב של 96 חברי כנסת וללא מתנגדים.<sup>96</sup>

<sup>90</sup> ראו בג"ץ *הסבירות*, לעיל ה"ש 19, בפס' 200-203 לפסק הדין של הנשיאה חיות, פס' 102-104 לפסק הדין של השופט עמית, פס' 31-33 לפסק הדין של מ"מ הנשיא פוגלמן, פס' 18 לפסק הדין של השופטת ברון ופס' 79 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

<sup>91</sup> ד"כ 14.6.1950, 1743. להצבעה במליאת הכנסת שבה התקבלה החלטת הררי, ראו ד"כ 13.6.1950, 1720-1719.

<sup>92</sup> פרוטוקול ועדת המשנה 1956, לעיל ה"ש 51, בעמ' 3.

<sup>93</sup> שם, בעמ' 6.

<sup>94</sup> ד"כ 9.11.1953, 57. הצעת חוק-יסוד: הכנסת, ה"ח התשי"ד 180.

<sup>95</sup> פרוטוקול ועדת המשנה 1956, לעיל ה"ש 51, בעמ' 2.

<sup>96</sup> ד"כ 12.2.1958, 928.

ועדת החוקה המשיכה לפעול לפי תוכנית החלטת הררי גם בשנים הבאות. במיוחד בולט מאמצה – שלא נשא פרי לבסוף – לקדם את הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח משנת 1973. הצעה זו של ועדת החוקה הוכנה בידי ועדת המשנה לחוקי יסוד,<sup>97</sup> שבראשה עמד חבר הכנסת בנימין הלוי (גח"ל) מן האופוזיציה (אשר הבאנו לעיל מדבריו על הפעולה המשותפת של כל חברי ועדת המשנה).<sup>98</sup>

(ב) סמכות ועדה ליזום חקיקה במסגרת הדיונים בהצעת חוק-יסוד: החקיקה (1975, 1978)

סמכותה של ועדה ליזום ולהכין הצעות חוק עלתה לדיון גם במסגרת הכנת חוק-יסוד: החקיקה, שהצעתו הראשונה התפרסמה בשנת 1975, במהלך הכנסת השמינית, ופעם נוספת בשנת 1978, במהלך הכנסת התשיעית. ואולם בשתי הפעמים לא הבשיל הליך החקיקה.<sup>99</sup>

בחוק-יסוד: החקיקה הוצע לקבוע כי "הרשות להגיש הצעת חוק נתונה לממשלה ולכל חבר הכנסת" (סעיף 2(א) להצעת החוק משנת 1975). זהו הכלל. עם זאת במסגרת הצעת חוק היסוד הוצע לעגן גם את סמכותה של ועדה של הכנסת ליזום הצעות חוק מטעמה בתחומים מסוימים. בסעיף 2(ב) להצעה נכתב כך: "חוק-יסוד וחוק שעניינו הכנסת, חברי הכנסת או מבקר המדינה יכול שיוצע גם מטעם ועדה של הכנסת שהוסמכה לכך בתקנון הכנסת". דברי ההסבר מדגישים, כי "יזומת החקיקה של ועדות הכנסת היא מוגבלת, הן בסוג החוקים והנושאים שהן רשאיות להציע והן מפני הצורך בהסמכה מיוחדת בתקנון הכנסת".<sup>100</sup>

מן הדיונים שהתנהלו בכנסת השמינית בהצעת חוק-יסוד: החקיקה משנת 1975 עולה, כי לכל הפחות ראו חברי האופוזיציה בהסמכתן של ועדות הכנסת ליזום חקיקה בתחומים מוגדרים דרך לחוק את הכנסת, כרשות המחוקקת, אל מול הממשלה. כך למשל אמר חבר הכנסת יורם ארידור (גח"ל): "אינן להסתפק במילים 'הכנסת היא הרשות המחוקקת'. אם הכנסת היא הרשות המחוקקת, היא צריכה להיות הרשות המחוקקת גם בהליכי החקיקה וגם ביוזמת החקיקה, לא פחות מהממשלה".<sup>101</sup> חבר הכנסת משה נסים (גח"ל) הוסיף את הדברים הבאים: "לדעתי, ועדה של הכנסת אינה נופלת מן הממשלה מבחינת היכולת להגיש הצעת חוק למליאת הכנסת. ויש לקבוע את זה בחוק-יסוד".<sup>102</sup>

<sup>97</sup> הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, לעיל ה"ש 62.

<sup>98</sup> ד"כ 1974.4.6, 1566. ראו לעיל, בטקסט שליד ה"ש 63.

<sup>99</sup> הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ו 1221. הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ח 1364.

<sup>100</sup> דברי הסבר להצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ח 1364, 328.

<sup>101</sup> ד"כ 1976.2.17, 1708.

<sup>102</sup> שם, בעמ' 1711.

לאחר שלא הושלמה עבודת החקיקה בכנסת השמינית, הונחה הצעת חוק-יסוד: החקיקה על שולחן הכנסת גם בימי הכנסת התשיעית.<sup>103</sup> בתוך כך התכנסה ועדת הכנסת ביום 17.11.1980 לדיון בנושא "סמכות ועדת הכנסת ליזום חקיקה ודיון בנושאים שלא הועברו אליהן ממליאת הכנסת".<sup>104</sup> בשלב זה סברו חברי הוועדה, היועצים המשפטיים ושר המשפטים שהופיעו לדיונים, כי החלטתם בנושא תשמש הסדרה חלקית וזמנית של סמכותן של ועדות הכנסת ליזום הצעות חקיקה עד לשילובה במסגרת ההסדר הכולל והשלם בחוק-יסוד: החקיקה.

בדיון ועדת הכנסת משנת 1980 הודגשה חריגותה של הצעת החוק מטעם ועדה, כמו גם העובדה שמסלול חקיקה זה אינו מוסדר בחוק או בתקנון. היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד צבי ענבר, פתח ואמר שסעיף 2(ב) להצעת חוק-יסוד: החקיקה משקף את הנוהג שהיה קיים בכנסת עובר להצעה:<sup>105</sup>

"בדברי הסבר להצעת החוק נאמר: 'יוזמת החקיקה של ועדות הכנסת היא מוגבלת, הן בסוג החוקים והנושאים שהן רשאיות להציע והן מפני הצורך בהסמכה מיוחדת בתקנון הכנסת. מבחר הנושאים המפורטים בהוראה זו הוא לפי הנוהג שהתפתח בענין זה ללא מסגרת חוקית'. זה נוהג שגם הממשלה מציעה לתת לו גושפנקא".<sup>106</sup>

במהלך הדיונים העלו חברי ועדת הכנסת חששות מפני האפשרות של ניצול לרעה של הסמכות ליזום הצעות חקיקה. כך למשל, חבר הכנסת לין סבר כי יש להבדיל בצורה ברורה בין היוזמה לחקיקה באמצעות ועדה מוועדות הכנסת לבין היוזמה לקיים דיונים לצורך מסקנות, וכך הוא ציין: "אני מציע להוריד את נושא החקיקה על הסף". חברת הכנסת אשל הסכימה עימו והוסיפה כך: "אני חושבת שחקיקה שלא בדרך של הנחת חוק כמקובל אינה כסדרה אם היא באה דרך ועדה. יש נוהלים ביחס להצעת חוק פרטית של יחיד או של קבוצה ואני לא חושבת שצריך לקבוע הליכי חקיקה חדשים שבאים באמצעות הוועדה".<sup>107</sup>

חרף ההסתייגויות האמורות החליטה ועדת הכנסת בשיבה נוספת שקיימה בנושא, ביום 24.11.1980, לאשר את ההחלטה המאפשרת לוועדות הכנסת ליזום חקיקה בנושאים מוגדרים: "ועדות הכנסת רשאיות ליזום חוקים בנושאים הבאים: חוקי יסוד

<sup>103</sup> ההצעות אינן זהות. כך למשל, הצעת חוק-יסוד: החקיקה שהניחה ממשלת בגין קבעה כי חקיקת יסוד תהיה ברוב מיוחס של 80 חברי הכנסת, בהמשך לביקורת שהושמעה בעניין זה בידי חברי הכנסת של גח"ל בעניין הצעת חוק-יסוד: החקיקה משנת 1975. ראו למשל את דברי חבר הכנסת ארידור, שם.

<sup>104</sup> פרוטוקול ישיבה 279 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-9 (17.11.1980).

<sup>105</sup> שם, בעמ' 8.

<sup>106</sup> ראו שם, את דברי שר המשפטים דאז, משה נסים, שאמר כי פרט להחלטת הררי "לא היו החלטות בנושא אלא חיינו מהיד לפה. לאחר מלחמת יום הכיפורים היה צורך להכניס תיקונים בהקשר דומה והדבר היה דחוף; אז בכל זאת העברנו החלטה לראות בהצעה כהצעה לקריאה ראשונה".

<sup>107</sup> שם, בעמ' 6-7.

וחוקים שעניינם הכנסת, בחירות לכנסת, חברי-הכנסת או מבקר המדינה", ואלה "יוגשו לכנסת לקריאה ראשונה".<sup>108</sup>

בשלב זה היה כאמור ברור לכול כי ההסדר המוצע הוא זמני וחלקי עד אשר יאומץ חוק-יסוד: החקיקה. השר נסים אף טרח והדגיש בסופו של הדיון, כי "אם ועדת הכנסת רוצה לקבל החלטה בנושא לא אתנגד לכך אולם איני מציע שזה ייעשה במסגרת התקנון, כי אין טעם לכך בשעה שמונחת עתה הצעת חוק-יסוד: החקיקה והוא יסדיר את הנושא בדרגה הקונסטיטוציונית הגבוהה ביותר". זו כנראה הסיבה לכך שהחלטתה של ועדת הכנסת לא נעשתה במסגרת תיקון לתקנון הכנסת, אלא *הוכנסה לתקנון ככוכבית* שהפנתה להחלטת ועדת הכנסת. כוכבית זו הייתה מקור סמכותן של ועדות הכנסת ליזום ולהכין הצעות חוק עד לעיגונה בתקנון הכנסת המתוקן בשנת 2011.

### (ג) תיקון תקנון הכנסת בשנת 2011

לאחר שחקיקת הצעת חוק-יסוד: החקיקה לא הושלמה בכנסת השמינית והתשיעית, וכך גם הצעות נוספות לחקיקת חוק-יסוד: החקיקה,<sup>109</sup> הושארה שאלת סמכותן של ועדות הכנסת ליזום הצעות חקיקה ללא הסדרה ראויה גם במהלך שלושים השנים שלאחר החלטת ועדת הכנסת משנת 1980. ההחלטה, שנועדה לשמש "גשר" זמני עד להשלמת הליך חקיקת חוק-יסוד: החקיקה, המשיכה להיות בסיס לסמכותן של ועדות של הכנסת ליזום ולהכין הצעות חוק מטעמן – מכוחו של הנוהג. בשנת 2009 החלה ועדת הכנסת לערוך דיונים בתיקונים מקיפים לתקנון הכנסת, אשר בסופם אושר במליאה תקנון מתוקן בשנת 2011.<sup>110</sup> במהלך בחינת התיקונים נערכו בוועדה דיונים גם באשר להצעות חוק מטעם ועדה. כמו בעבר, החשש כי המסלול של הצעת החוק מטעם ועדה ינוצל לרעה ליזום גם את הדיונים לקראת תיקון תקנון הכנסת. עו"ד איל זנברג, נציג משרד המשפטים, הזכיר כי ליושבי ראש של ועדות נתון בתקנון הכנסת כוח בלתי מוגבל כמעט,<sup>111</sup> ולכן הזהיר כי המסלול של הצעת חוק מטעם ועדה, שבמסגרתה ההצעה אינה מחויבת לעבור את השלבים המקדימים שקיימים בהצעות חוק פרטיות וממשלתיות, "יכול להיות מנוצל לרעה" בידי יושבי ראש ועדות.<sup>112</sup>

חרף החששות האמורים סברו חברי ועדת הכנסת שיש לעגן בתקנון את הנוהג של הצעת חוק מטעם ועדה. *ההצדקה המרכזית שנתנו חברי הוועדה לכך שיש להעניק*

<sup>108</sup> פרוטוקול ישיבה 281 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-9 (24.11.1980). ראו גם בג"ץ 410/91 בלום נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מו(2) 201, 206-207 (1992); צבי ענבר "הליכי החקיקה בכנסת" המשפט א 91, 93 (התשנ"ג).

<sup>109</sup> ראו רונית לוי-שנור "עמדת הליכוד האמיתית בנוגע לסמכות בית המשפט לבקר חוקי יסוד" מעריב online (13.8.2023) <https://www.maariv.co.il/journalists/opinions/Article-1029760>.

<sup>110</sup> תיקון לתקנון הכנסת, י"פ התשע"ה 6285, 6142 (22.8.2011). לעניין זה ראו נועה קברטץ אברהם "סיפורו ההיסטורי של תקנון הכנסת: גורמים מעצבים והשלכות משטריות" חוקים יב 9 (2018).

<sup>111</sup> פרוטוקול ישיבה 161 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-18, 35 (1.3.2011).

<sup>112</sup> שם, בעמ' 60.

לכנסת סמכות ליזום הצעות חקיקה היא חיזוקה של הכנסת אל מול הממשלה. במילותיו של עו"ד זנדברג, השאיפה הייתה לתת לכנסת "איזשהו יתרון... כדי קצת לגרוע מהכוח שיש לממשלה ליזום דברים"<sup>113</sup>.

לאורך הדיונים הודגש כי הכנסת צריכה להוביל את הליך החקיקה, ללא כפיפות לממשלה, ולכן ניסיונות לערב את הממשלה בהליך באופן מובנה נדחו בידי חברי הוועדה.<sup>114</sup> הוצע כי התחליף למעורבות הממשלה וכן ההצדקה ל"דילוג" על השלבים המקדימים (שבהם מחויבות הצעות חוק פרטיות וממשלתיות) הם המומחיות המיוחדת של הוועדה והמשאבים המקצועיים העומדים לרשותה<sup>115</sup> – ובראשם הייעוץ המשפטי לוועדה, הנהנה ממומחיות רבה בתחומי הוועדה ומן המומחיות שלרוב מפתחים חברי הוועדה בתחומי עבודתה. צוין שהצעת חוק מטעם ועדה היא "הליך חריג"<sup>116</sup>, שהשימוש בו צריך להיות זהיר כדי שלא ינוצל לרעה כקיצור דרך של חברי הכנסת לקריאה הראשונה.<sup>117</sup>

מהתיאור ההיסטורי עולה, כי הסמכות שניתנה לוועדת החוקה ליזום חוקי יסוד קשורה קשר הדוק לתפקידה הייחודי של ועדה זו – מכוחה של החלטת הררי – כאורגן של הכנסת בכובעה כרשות המכוננת. נוסף על כך, המסלול הכללי של הצעת חוק מטעם ועדה נועד לחזק את עצמאותה של הכנסת כרשות מחוקקת ומכוננת אל מול הממשלה. לבסוף, אופיין הייצוגי של ועדות הכנסת והבקיאות התוכנית שחבריהן מפתחים – בתמיכת ייעוץ משפטי ייעודי – בתחומי העיסוק שיוחדו להצעות החוק מטעמן (חוקי היסוד, הכנסת, בחירות, מפלגות, ביקורת המדינה) הצדיקו גם הם הכרה במסלול זה. ניתן לשער, שמכיוון שעד לאחרונה השימוש במסלול של הצעת חוק יסוד מטעם ועדה היה מועט וזהיר, והחששות בדבר ניצולו לרעה של מסלול חקיקה זה בידי יושב ראש הוועדה לא התמשו, לא התעורר הצורך לעגן במפורש את הנהגים שהתפתחו לאורך השנים בנוגע לחקיקה במסלול זה (שעליהם נעמוד להלן), המחייבים הסכמה רחבה והליך יסודי לצורך קידום חקיקה ביוזמת ועדה.<sup>118</sup> יתר על כן, לעיכוב המתמשך בחקיקת חוק-יסוד: החקיקה הייתה גם כן השלכה על היעדר ההסדרה הפורמלית.

4. פירוש סעיף 80(א) לתקנון הכנסת: העקרונות שביסוד סמכות ועדה ליזום הצעות חקיקה

סעיף 80(א) לתקנון הכנסת מעניק לשלוש מוועדותיה סמכות ליזום ולהכין הצעות חוק בנושאים הקשורים לתחומי העיסוק שלהן. כשהוא נקרא יחד עם פירוט תחומי העיסוק של הוועדות השונות בסעיף 100 לתקנון, ניכר שסעיף 80(א) מבחין בין סוגי העניינים שכל ועדה רשאית לקדם בחקיקה: ועדת הכנסת מוסמכת ליזום הצעות חוק

113 ש.ם.

114 ש.ם, בעמ' 61.

115 ש.ם, בעמ' 56.

116 ש.ם.

117 ש.ם, בעמ' 60.

118 ראו תשובת הכנסת לעתירה בעניין הסבירות, לעיל ה"ש 87.

שעניינן הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות ומימון מפלגות; הוועדה לענייני ביקורת המדינה רשאית ליזום הצעות חוק שעניינן מבקר המדינה; ואילו ועדת החוקה, שתחומי העיסוק שלה הם "חוקת המדינה; חוקי-יסוד; חוקים וסדרי משפט"<sup>119</sup>, מוסמכת ליזום הצעות חוק שעניינן חוקי יסוד ועניינים שמתחייבים מתיקון של חוק יסוד, וכן (בחופף לוועדת הכנסת) בענייני הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה.<sup>120</sup>

המשותף לנושאים שבהם מוסמכות ועדות ליזום הצעות חוקה הוא שכולם עוסקים בעיצוב כללי המשחק של המשטר הדמוקרטי – ועדת הכנסת ברמה הפרלמנטרית ואילו ועדת החוקה ברמה המשטרית (ההיגיון שמונח בסיס ההסמכה של ועדת ביקורת המדינה נוגע לצורך לשמור על עצמאותו של מוסד מבקר המדינה, ובוועדה זו מכהן יושב ראש מהאופוזיציה<sup>121</sup>). משמעות הדבר היא שוועדת החוקה, כאורגן של הכנסת, רשאית ליזום ולהכין חוקי יסוד בנושאים חוקתיים – ערכי המדינה וזהותה, סמכויותיה של רשויות השלטון ומערכת היחסים ביניהן והגנה על זכויות אדם ואזרח. אכן, כפי שפסק בית המשפט העליון בעניין שפיר<sup>122</sup>, ככלל, דברי חקיקה של הכנסת המכונים "חוק יסוד" אך אינם עוסקים בנושאים חוקתיים או שאינם הולמים את אופיין של נורמות חוקתיות – אינם ראויים לכותרת זו ודינם בטלות.<sup>123</sup>

מתן הסמכות לוועדות הכנסת המנויות בסעיף 80 לתקנון ליזום ולהכין חוקי יסוד – שהם פרקי חוקה – ללא תלות בממשלה וברוב הקואליציוני המזדמן שתומך בה מוצדק לאור האופי המיוחד של הסדרים חוקתיים, שנדרשים לשקף הסכמה ערכית רחבה, להגן על זכויות ועל קבוצות מיעוט שאין להן ייצוג בקואליציה ובממשלה ונוכח הצורך לעצב כללי משחק יציבים שיזכו ללגיטימיות ציבורית לאורך זמן. כפי שכתב השופט חשין בפרשת בנק המזרחי, "אסיפה מכוונת כמשמעה בהכרזה [על הקמת מדינת ישראל] אמורה הייתה להיות גוף קולגיאלי שמשיתמו האחת והיחידה כתיבתה של חוקה"<sup>124</sup>.

אמת, בשיטת המשפט הנוהגת בישראל הסמכות לקדם חידושים ושינויים בכללי המשחק המשטריים נתונה לא רק לגופי הכנסת, אלא גם לממשלה באמצעות הגשת הצעת חוק ממשלתית, ואפילו לחבר הכנסת (או כמה חברי כנסת) באמצעות הגשת הצעת חוק פרטית. הייחוד של הצעת חוק מטעם ועדה הוא בהליך המיוחד שמאפיין אותה, אשר אינו מותנה בפעולתם של גורם חיצוני לכנסת (היינו הממשלה) – לא ביוזמה ולא בהכנה של הצעת החוק – ואינו מכפיף אותה לשלבים המקדימים ולשערי הבקרה שאליהם כפופות הצעות חוק ממשלתיות ופרטיות.

<sup>119</sup> ס' 100(6) לתקנון הכנסת.

<sup>120</sup> ראו בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 19, בפס' 203 לפסק הדין של הנשיאה חיות ובפס' 30 לפסק הדין של השופט פוגלמן (הדגשה של תיחום הנושאים שבהם רשאיות ועדות הכנסת להציע חוקי יסוד).

<sup>121</sup> ס' 106(א)(2) לתקנון הכנסת.

<sup>122</sup> בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (נבו 23.5.2021).

<sup>123</sup> שם, בפס' 37 לפסק הדין של הנשיאה חיות ("ענייננו... בשאלה אם סוג הנורמה, מבחינת מאפייניה, עולה בקנה אחד עם עיגונה בחוקה").

<sup>124</sup> ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד (מט) 221, 479-480 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי).



ההצדקה להליך המיוחד המוקנה להצעת חוק מטעם ועדה היא כפולה. *הצדקה אחת* היא היותה של הוועדה אורגן של הכנסת, שהיא גוף קולגיאלי המורכב מנציגי הסיעות השונות בבית הנבחרים, קואליציה ואופוזיציה (עקרון הקולגיאליות). *הצדקה אחרת* היא מומחיותה המיוחדת של הוועדה בנושאי החקיקה המשטריים, ההרגלים הדליברטיביים והפומביים של עבודת הכנסת שמאפיינים את עבודתה והמשאבים העומדים לרשותה, ובייחוד המעורבות העמוקה של היועץ המשפטי של הוועדה בהליך גיבושה של הצעת החוק והכנתה להצבעות במליאה (עקרון ההליך היסודי). שני העקרונות מעוגנים בלשון סעיף 80(א) לתקנון – הסמכתה הכפולה של ועדה "ליזום" ו"להכין" הצעות חוק בתחומי העיסוק המקצועיים שלהן. כלומר, הסעיף מסמך את הוועדה לנקוט כאורגן פעולה רצונית ("ליזום") שבצידה פעולה מקצועית ("להכין"). נדון בכל אחד מהעקרונות בנפרד.

#### (א) עקרון הקולגיאליות

עקרון הקולגיאליות המונח בבסיס הצעת חוק מטעם ועדה מביא לידי ביטוי את אופייה המיוחד של הכנסת, המבדיל אותה מן הממשלה והקואליציה, ונעוץ ביכולת לעבוד בשיתוף פעולה חוצה מחנות, סיעות ומפלגות (bipartisanship). במילים אחרות, השימוש בהצעת החוק מטעם ועדה צריך להיות שמור למקרים שבהם אופייה הקולגיאלי של הכנסת בא לידי ביטוי. ודוק, אין מדובר בהצעת חוק מטעם יושב ראש הוועדה או מטעם חברי הקואליציה בוועדה, כי אם בהצעת חוק מטעם הוועדה כגוף. מילולית העיקרון נלמד מהוראת סעיף 80(א) לתקנון הכנסת, המסמך את הוועדות "ליזום" הצעת חוק; כלומר התנעת החקיקה מגיעה מן הוועדה כאורגן ולא ממי מחבריה. מבחינה מהותית מסלול זה נועד לחזק את הכנסת מול הממשלה, באמצעות העמדת כלי פרלמנטרי להכנה של הצעת חוק מוסכמת ובשלה, השקולה באיכותה להצעת חוק ממשלתית והעולה עליה בלגיטימיות הדמוקרטית שלה. כפי שציין בית המשפט העליון בעניין **בלום**,<sup>125</sup> "הצעת חוק [מטעם ועדה] אינה שקולה כנגד הצעת חוק שמספר חברי-כנסת מצטרפים להגשתה. ועדה של הכנסת היא אורגן של הכנסת (ראה סעיף 21 לחוק-יסוד: הכנסת), והצעת חוק המוגשת על-ידיה היא במעמד מיוחד משלה". כלומר, המעמד הייחודי שניתן להצעת חוק מטעם ועדה, ובייחוד של הצעת חוק מטעם ועדת החוקה, מבוסס על המאפיינים הדמוקרטיים הייחודיים של הכנסת, שמייצגת את כל קצות הקשת הפוליטית והמחויבת לנורמות פעולה דליברטיביות ופומביות.

עקרון הקולגיאליות חל באשר לכל הצעת חוק מטעם ועדה, אך הוא נכון מקל וחומר באשר להצעת חוק יסוד מטעם ועדה, שבעניינה הוועדה פועלת כאורגן של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת. במצב זה, שבו ועדה עוסקת בשינוי הדין החוקתי, עליה לפעול מתוך מחויבות מוגברת לעקרונות השותפות וההסכמה הבין-גושית. הצעת חוק יסוד מטעם ועדה היא אפוא הצעה שהוועדה כגוף קולגיאלי יזמה והכינה.

<sup>125</sup> עניין **בלום**, לעיל ה"ש 108, בעמ' 207.

היטיב לנסח זאת חבר הכנסת אלקין בביקורת שהשמיע על אופן ניהול הליך החקיקה בנוגע לתיקון מס' 52 לחוק-יסוד: הכנסת ("החוק הנורווגי המורחב"): "אני חושב שאתם עושים טעות מאוד קשה, שאתם שוברים פה מסורת שהייתה פה מימים ימימה, ממשלות ימין, ממשלות שמאל, ממשלות אחדות, ממשלות מרכז, מה שאתה רוצה, שהשתמשו בכלי הזה של חקיקת הוועדה אך ורק לדברים שהם בקונסנזוס רחב בתוך הוועדה עצמה".<sup>126</sup>

פרשנות תכליתית של המונח "ליזום" שבסעיף 80(א) לתקנון מחייבת לכן את המסקנה, שעל הוועדה כגוף קולגיאלי לקבל החלטה משותפת לפעול לקידום ההצעה כ"הצעת חוק מטעם הוועדה". על מנת שהצעת חוק תיחשב להצעה מטעם הוועדה היא צריכה להיות מוסכמת על הוועדה כגוף. משכך, על יושב ראש הוועדה לקיים דיון מקדמי בהצעת החוק, אשר בסופו תתקבל החלטה אם לקדמה כהצעת חוק מטעם הוועדה. על ההחלטה לקדם את הצעת החוק כהצעה מטעם הוועדה להתקבל בהסכמה בין-גושית, כיאה למיזם משותף של הוועדה כאורגן של הכנסת. לפיכך, אין די בכך שהחלטה "ליזום" הצעת חוק מטעם הוועדה תגולם בקולות חברי הקואליציה בוועדה התומכים בהצעת החקיקה המוגמרת. במקרה שאין הסכמה רחבה בוועדה אי-אפשר לראות בהצעת החוק יוזמה של הוועדה כגוף קולגיאלי, אלא יוזמה פרטית של יושב ראש הוועדה או של הקואליציה, ויש להעבירה למסלול חקיקה ההולם אותה – קרי הצעת חוק פרטית או ממשלתית.

מהו רף התמיכה בקרב חברי הוועדה שיספק את דרישת ההסכמה הרחבה והבין-גושית? עקרונית, ניתן לפרש את המושג הצעת חוק "מטעם ועדה" כהצעה חוק שתומכים בה כל חברי הוועדה – כלומר שנדרשת תמיכה פה אחד של כל חברי הוועדה כדי ליזום הצעה ולקדמה במסלול מיוחד זה. זהו כמובן פירוש קיצוני, שיצמצם את השימוש במסלול זה, אך יש לזכור שפירוש זה מותיר את הפתח לקידום הצעות החקיקה במסלולים הנפוצים של הצעת חוק ממשלתית או פרטית. פירוש חלופי, סביר יותר בראייתנו, ישאב השראה מן האופן שבו הדין מבטא כבר כיום את העיקרון הקולגיאלי בהקשרים אחרים – באמצעות הבטחת משקל מוסדי לאופוזיציה. כך, חוק הכנסת ותקנון הכנסת מבטיחים מעמד מיוחד לנציגי האופוזיציה בדיוני מליאה מסוימים<sup>127</sup> ובהרכבם של אורגנים שונים של הכנסת.<sup>128</sup> בדומה, יש לדרוש שהצעת חוק "מטעם ועדה" תזכה גם לתמיכה של חברי ועדה מן האופוזיציה, או לכל הפחות מן הסיעה הגדולה ביותר באופוזיציה.<sup>129</sup> בה בעת, ראוי לבחון את הטענה שבמקרים שהקואליציה מורכבת ממפלגות ממגוון קצות הקשת הפוליטית – כפי שהיה למשל בממשלות האחדות של שנות השמונים ובממשלות החילופים של השנים האחרונות – יתחלש הדרישה לתמיכה מן האופוזיציה דווקא כדי לקדם הצעת חוק מטעם ועדה,

ד"כ 23.1.2023, 126.

ראו ס' 14 לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994; ס' 28(א), 45(ד), 45(ד), 45(ד) לתקנון הכנסת.

ראו ס' 5(ו), 2(ו) (ועדת משנה של ועדת הכספים) וס' 65 (ועדה לעניין שדלנות) לחוק הכנסת; ס' 62(ד), 1(1) לתקנון הכנסת (ועדת קלפי).

השוו ס' 11(א) לחוק הכנסת (בחירת יו"ר האופוזיציה).<sup>129</sup>

ובלבד שנציגייהן של מגוון הסיעות בקואליציה (בעלי זיקות שונות) תומכים מהותית בחקיקה ואינם פועלים מתוך כפיפות מכנית למשמעת קואליציונית. במצבים כאלה תידרש בחינה הקשרית של הצעת החוק שעל הפרק, על מנת לוודא שאין בה כדי להנציח את כוחן של הממשלה המכהנת ושל הסיעות המיוצגות בה על חשבון סיעות המיעוט שנתרו באופוזיציה או לפגוע במיעוט שנמצא מחוץ ל"קונצנוס" הפוליטי שמכוחו קמה ממשלה רחבה; או אז יהיה מקום לעמוד על תמיכה גם מן האופוזיציה אף במקרה כזה.<sup>130</sup>

מעבר לתמיכה הרחבה הדרושה מקרב חברי הוועדה בנוסחה של הצעת חוק כדי שתיחשב להצעה שהוועדה "יזמה" (כלומר להצעה "מטעם" הוועדה), אנו סבורים שעקרון הקולגיאליזם מטיל על הוועדה גם דרישות הליכיות שיבטיחו את ההשתתפות הרצונית של מגוון חברי הוועדה בייזום ההצעה. בעיקר נדרש לשם כך הליך משתף ודליברטיבי של ניסוח ההצעה ובחינת רכיביה טרם הגשתה לקריאה ראשונה. יש להבטיח שחברי הוועדה אינם מצביעים על מוצר מוגמר (שהוכן בידי יושב ראש הוועדה או כל גורם חיצוני אחר), אלא שנתונה להם הזדמנות מעשית להשפיע על נוסח החקיקה שתוצע מטעמם. בהבטחת היבטים אלה של ההליך הקולגיאלי יש ליועץ המשפטי של הוועדה תפקיד מרכזי. כאמור בחוק הכנסת, היועץ המשפטי הוא הגורם המקצועי המשרת את הוועדה – כגוף – "בכל ענין הנוגע להליכי החקיקה", להבדיל מתפקידו כיועץ לנושאי התפקידים בכנסת – כמו יושבי ראש ועדות – בעניינים "הנוגעים לסמכויותיהם ולתפקידיהם".<sup>131</sup> על היועץ מוטל אפוא לחוות את דעתו על הצעת חוק הנדונה בוועדה ולוודא שכלל חבריה בקיאים ומעורבים בהליך הניסוח, דווקא משום שהם יהיו חתומים על ההצעה מטעם האורגן שהם רכיביו. במשימה זו היועץ המשפטי לוועדה עשוי להימצא בעמדת מפתח של גורם מאזן לכוחו של יושב ראש הוועדה כלפי חבריה.<sup>132</sup>

130 ראו "נייר עמדה מס' 44: עמדת הפורום בנוגע למשא ומתן המתנהל בבית הנשיא עם פתיחת כנס הקיץ של הכנסת" פורום המרצים והמרצות למשפטים למען הדמוקרטיה (3.5.2023). [https://www.lawprofsforum.org/post/\\_pp44](https://www.lawprofsforum.org/post/_pp44).

ראו ס' 17(ב), 17(א), 17(ב) לחוק הכנסת.  
 131 בדבריו בפני בית המשפט העליון שדן בעתירות בעניין עילת הסבירות ציין יושב ראש ועדת החוקה, חבר הכנסת שמחה רוטמן, כי היועץ המשפטי לוועדה ניסח דברי הסבר להצעת חוק היסוד שנדונה בהליך אשר אינם משקפים את דעתו שלו כיוזם החקיקה (ראו בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 19, בפס' 162 לפסק הדין של השופט סולברג). לכן ביקש חבר הכנסת רוטמן שבית המשפט יינעם מלהסתמך על דברי ההסבר בנתחו את התכלית הסובייקטיבית של החקיקה. בדעת המיעוט שלו בפסק הדין אימץ השופט סולברג גישה זו, בהעדיפו את הפירוש שהציג "חה"כ רוטמן, הרוח החיה מאחורי התיקון לחוק-היסוד ויו"ר הוועדה" (שם, בפס' 172), על הפירוש שניסח היועץ המשפטי לוועדה. אלא שבהצעת חוק מטעם ועדה "הרוח החיה" חייבת להיות הוועדה כגוף, ולא מי מחבריה, אפילו לא יושב הראש שלה. כאמור, ליועץ המשפטי לוועדה יש תפקיד מרכזי בהבטחת עיקרון זה. ראו ברוח זו את בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 19, בפס' 96 לפסק הדין של השופט וילנר, שהדגישה את העובדה שחברי הוועדה המצביעים על הצעת החוק נסמכים בין היתר על דברי ההסבר המנוסחים בידי היועץ המשפטי לוועדה, כדי "להבין את פשרו [של החוק] ולגבש את עמדתם ביחס אליו"; וראו בדומה גם שם, בפס' 109 לפסק הדין של השופט שטיין. כן ראו רונית לוי-שנור וליאור נאוי "האם תתכן פרשנות שמרנית לא אקטיביסטית? הערות על שאלת הפרשנות בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות" מעשי משפט טז (צפוי להתפרסם ב-2025).

ניתן לראות בדרישות אלה גרסה מוגברת של "עקרון ההשתתפות" כפי שנוסח בידי בית המשפט העליון בעניין **קוונטינסקי** כתנאי לתוקפה של חקיקה. שם קבע בית המשפט ש"הליך החקיקה צריך לאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מהותית, ולו באופן המצומצם ביותר, בנוגע להצעת החוק המונחת לפניהם. גיבוש עמדה איננו אקט 'פסיבי' גרידא, אלא דורש מהלך מחשבתי מסוים, עיבוד עצמאי של המידע הנמסר לחבר הכנסת, וקבלת החלטה מושכלת בעד או נגד הצעת החוק".<sup>133</sup> בהצעת חוק מטעם ועדה אין די באפשרות לגבש עמדה פרטית עצמאית טרם הצבעה, אלא נדרשת *הזדמנות ממשית להשפיע על נוסח ההצעה* טרם הבאתה להצבעה בוועדה. הדבר מחייב אפשרות מעשית להשמיע דעות והצעות בנוגע להצעה המנוסחת בידי הוועדה, בה במידה שהוא מחייב את יתר חברי הוועדה לשמוע את הדעות ואת ההצעות ולשקול אותן ברצינות בתהליך הגיבוש של הנוסח שיוגש לבסוף לקריאה ראשונה (אם הוא יזכה בתמיכה קולגיאליה בהצבעה הסופית). קולגיאליה היא גם תכונה של הליך הייזום של הצעת החוק; במובן זה יש לה זיקה גם לעיקרון השני של ההליך בעניין הצעת חוק מטעם ועדה – עקרון ההליך היסודי.

#### (ב) עקרון ההליך היסודי

עקרון ההליך היסודי משמעותו שכאשר ועדת החוקה מכינה הצעת חוק או תיקון לו שהיא עצמה יזמה, מוטל עליה נטל מוגבר לערוך הליך של בירור, של עיון, של שקילה ושל שיח, כדי שהתוצר אשר היא תגיש למליאה יקיים את רמת ההכנה הראויה לחקיקה. מילולית העיקרון נלמד מהוראת סעיף 80(א) לתקנון הכנסת, הקובע שעל הוועדות הרלוונטיות "להכין" את הצעת חוק – כלומר נדרשת פעולה מקצועית של העמדת חקיקה איכותית טרם הגשתה להצבעה בקריאה ראשונה. משמעות העיקרון היא שנדרש שייערך הליך מובנה לבחינה של משמעויות החקיקה המוצעת, ההשלכות האפשריות שלה והחלופות המוצעות לה. עיקרון זה חל ביתר שאת בהכנה של הצעת חוק *יסוד* מפאת אופיו הייחודי של הליך החקיקה החוקתי. הליך כזה מחייב לתת הזדמנות לחברי הוועדה, למומחים, לנציגי הרשות המבצעת ולבעלי עניין נוספים להציג את עמדותיהם, את הערכותיהם ואת הצעותיהם במהלך דיוני ההכנה. כמו כן נדרשת התחשבות כנה של הוועדה במכלול המידע שסופק לה בתהליך הטוב של הנוסח הסופי של הצעת חוק היסוד. לדרישות אלה יש ממד טמפורלי: עולה מהן שככלל לא ראוי לקדם הצעת חוק יסוד מטעם ועדה בלוח זמנים מהיר ולחוק. אכן, העובדה שבהצעת חוק מטעם ועדה אין נוכחים הרכיבים הפרוצדורליים ה"מעכבים" הצעת חוק ממשלתית והצעת חוק פרטית אין משמעותה שזהו מסלול מהיר לחקיקה חפוזה; *ההפך הוא הנכון*, וודאי שכך הוא בכל הנוגע לחקיקת יסוד. מדובר בהליך, שמטבעו כתוצר של עבודה קבוצתית (עקרון הקולגיאליה) המחויבת לאיכות גבוהה (עקרון ההליך היסודי), צפוי שהוא יארך די זמן כדי שיבשיל לכלל חקיקה חוקתית מיטבית. ככל שייטכנו חריגים התובעים תיקון

<sup>133</sup> עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 17, בפס' 59 לפסק הדין של השופט סולברג.

חוקתי מידי במסלול מטעם ועדה, יהיה עליהם להתבסס על טעמים משכנעים בדבר מצב חירום חוקתי המחייב מענה מידי.

גם כאן לעמדתו המקצועית והבלתי תלויה של היועץ המשפטי של הוועדה צריך להיות משקל משמעותי הן בעיצובה של הצעת החוק והן בהליך גיבושה ושיפורה במהלך דיוני הוועדה. כפי שנראה להלן, הנוהג שהתפתח לאורך השנים בכנסת הפקיד בידי הייעוץ המשפטי לוועדה תפקיד מרכזי כגורם יוזם ומלווה של הצעות החוק מטעם הוועדה. במקרים רבים היה זה הייעוץ המשפטי של הוועדה שהוביל את הצעות החוק שהונחו מטעם ועדה.<sup>134</sup> מעמד זה של הייעוץ המשפטי בהליך זה הוא ייחודי בהשוואה להליכים אחרים.

אף יותר מכך, ליושב ראש הוועדה יש תפקיד מרכזי בשמירה על עקרון ההליך היסודי בשל הסמכויות הרבות שנמסרו לו בתקנון, הן בשלב ייזום הצעת החוק והן בשלב הכנתה להנחה על שולחן הכנסת. כאשר יושב ראש הוועדה מקדם הצעת חוק שלמעשה הוא היוזם שלה והוא המעוניין בחקיקתה, עליו לאזן בין הרצון שלו בחקיקת החוק לבין חובתו להיות אמון על תקינות הליך החקיקה ולשמור על זכות ההשתתפות של כל חברי הכנסת, לרבות מי שמתנגדים להצעת החוק. בפרשת קוונטינסקי עמדה הנשיאה נאור על המתח האינהרנטי שבתפקיד יושב ראש ועדת הכספים בעת חקיקת חוקי הסדרים: "הוא המופקד על תקינות הליכי החקיקה המתקיימים במסגרת הוועדה מחד גיסא; אך מאידך גיסא יו"ר ועדת הכספים הוא איש הקואליציה, המחויב לה ולממשלה המכהנת מכוחה". לאור זאת קבעה הנשיאה, כי יושב ראש הוועדה "חייב לנווט דרכו בתבונה וברגישות. עליו לדאוג לדיון יעיל. עליו להבין שלעתים השעה דוחקת. בצד כל אלה אין עליו חובה להיכנע לדרישה להביא חוק להצבעה בכל מחיר ובכל שעה. עליו לזכור כי כיו"ר ועדה מוועדות הכנסת עליו לשמור על עיקרון העצמאות הפרלמנטרית ולהבטיח קיומו של הליך חקיקה תקין".<sup>135</sup> הודגש, כי לניגוד האינטרסים המובנה של יושב הראש יש נפקות חשובה באשר לביקורת השיפוטית שיפעיל בית המשפט: "הניגודיות שבאינטרסים 'מושכים' את יו"ר ועדת הכספים, מזה ומזה, מחייבים תשומת לב מצד בית המשפט המפעיל ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה הנערכים בוועדה זו. שומה על בית המשפט לשוות לנגד עיניו את מורכבות מעמדו של יו"ר ועדת הכספים, ולעמוד ביתר שאת על משמר עצמאותה של הכנסת מפני השפעת הממשלה".<sup>136</sup>

ראו להלן ה"ש 171-173 ואת הטקסט הסמוך.

עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 17, בפס' 4 לפסק הדין של הנשיאה נאור.

שם. מעניין לציין כי בתגובתו לאחר מתן פסק דין זה אמר יושב ראש ועדת הכספים, חבר הכנסת משה גפני, כי "אני כמעט אף פעם לא מסכים עם שופטי בג"ץ. הפעם אני מסכים לחלוטין עם מה שכתבה הנשיאה נאור. היא צודקת. אני לא מחוקק ככה". ראו איתי בר-סימן טוב "בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או 'סטיה רבת' בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה?" מחקרי משפט לב 889, 899 (2020) (להלן: בר-סימן טוב "בג"ץ קוונטינסקי"). על הצורך בביקורת שיפוטית מוגברת על הליכים פרלמנטריים במצב של ניגוד עניינים מובנה, ראו בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 153-154 (2002) (ביקורת שיפוטית בהקשר של החלטה של ועדת הכנסת על שיעור הגמלאות של חברי כנסת לשעבר).

134

135

136

לכנסת יש מרחב פעולה רחב בנוגע להליך החקיקה של חוקים שאינם חוקי יסוד, והיא נדרשת לעמוד בתנאי סף מצומצמים.<sup>137</sup> עם זאת הקפדה באמצעות ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה אינה לעומתית כלפי הכנסת, אלא היא נועדה לחזק את הכנסת. עמידה על הליך יסודי תכליתה להבטיח את "עצמאותה של הכנסת, רום-מעמדה ודרכי פעולתה, בד בבד עם הבטחת התנאים לחקיקת חוק ראוי לשמו".<sup>138</sup> כפי שציינה הנשיאה חיות, "בשיטת המשטר הנהוגה בישראל נהנית הממשלה מרוב בכנסת, ויש לה יכולת ניכרת להשפיע על פעילותה בשל כך וכן בשל הפרקטיקה בדבר משמעת קואליציונית. אך משמעות הדבר אינה בשום אופן כי בשל כך ניתן לנקוט צעדים אשר יש בהם משום כרסום מהותי בעצמאותה של הכנסת".<sup>139</sup>

5. הנוהג והנהלה המקובלים באשר להצעות לחוקים ולחוקי יסוד מטעם ועדה

הפרשנות שהצענו לסעיף 80(א) לתקנון מתבטאת גם בנוהג ובנהלה שהתפתחו בעבודת הכנסת לאורך עשרות שנים. כפי שהדגשנו בפרק הראשון, ההתחשבות בנוהג ובנהלה בקביעת חובותיה של ועדה המקדמת חקיקה מתבקשת לאור הסיפה של סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיו "הכנסת תקבע סדרי עבודתה; במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון; כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה כאמור, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנהלה המקובלים בה", ומן הפסיקה שפירשה אותה.<sup>140</sup> בתשובתה לעתירה בנושא עילת הסבירות הכירה הכנסת בכך שיתכן כי חסרות הנחיות מפורשות בנוגע לקידום הצעת חוק מטעם ועדה.<sup>141</sup>

בסעיף זה נבחן את המקרים שבהם חוקי יסוד או תיקונים לחוקי יסוד וחוקים רגילים במסלול של הצעת חוק מטעם ועדת חוקה מאז קום המדינה ועד היום. ודוק, המקרים הנוגעים לייזום חקיקת חוקי יסוד בידי ועדה משלבים את שני המאפיינים ההליכיים של הליך החקיקה של חוקי יסוד ושל הליך חקיקת חוק מטעם ועדה. עם זאת כפי שנראה להלן, הנוהג והנהלה בנוגע להליכי חקיקה רגילה מטעם ועדת חוקה הוא כי גם הליכים אלה נעשים בהתאם לעקרון הקולגיאליות ועקרון ההליך היסודי, מה שמחזק את מסקנתנו בדבר זיהויים של מאפיינים אלה כקשורים לאופיו של הליך הייזום וההכנה בידי הוועדה.

<sup>137</sup> בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 43-50 (2004) (להלן: עניין מגדלי העופות).

<sup>138</sup> עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 17, בפס' 40 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>139</sup> בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת, פס' 11 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 23.3.2020).

<sup>140</sup> ראו בג"ץ 1179/90 סיעת ר"צ נ' ממלא-מקום יו"ר הכנסת, פ"ד מד(2) 31, 35-36 (1990).

<sup>141</sup> ראו תשובת הכנסת לעתירה בעניין הסבירות, לעיל ה"ש 87.

(א) הנוהג והנוהל באשר לחקיקת חוקי יסוד ותיקונים לחוקי יסוד מטעם ועדת החוקה

ועדת החוקה קידמה עד היום 17 חוקי יסוד ותיקונים לחוקי יסוד שנחקקו במסלול ועדה.<sup>142</sup> כל המקרים מתוארים בטבלה המצורפת בנספח.<sup>143</sup> ברוב המקרים של המקרים התייחסו חברי הוועדות שיזמו והכינו את הצעות החוק להליך החקיקה כאל הליך המחייב הסכמה קולגיאלי רחבה וחוצת גושים, בבחינת טיוטה שתורמים לה כותבים רבים, הליך חקיקה המסתיים באישור חוק היסוד פה אחד או קרוב לכך.<sup>144</sup> היועצת המשפטית לכנסת, אף שהגנה בדיעבד בבג"ץ על הליך החקיקה בעניין הסבירות,<sup>145</sup> התריעה בתחילתו של ההליך בפני הוועדה על אופיו החריג ועל השימושים המקובלים בו בכנסת.<sup>146</sup>

"כשאנחנו מסתכלים על הצעות מטעם ועדה שעלו כאן לאורך השנים, אפשר לומר: א', שהן לא היו רבות, זה לא הליך שהכנסת נוהגת לעשות ... הצעות חוק מטעם ועדה הן באמת, כפי שנאמר כאן, לעתים היו סוג של קונצנזוס שהיה בכנסת ורצו לחוקק את זה בדרך של הצעת חוק מטעם ועדה, וזה התאים גם לנושאים שהופיעו בתקנון הכנסת ביחס לאותו עניין, או ביחס לנושאים שעוסקים בענייני הכנסת, שהכנסת נדרשת אליהם ורוצה למצוא ביחס אליהם איזה פתרון".<sup>147</sup>

<sup>142</sup> אנו ממקדים את דיוננו בהליך החקיקה העיקרי של חוקי יסוד בוועדת החוקה, במסורת החלטת הררי, שהניב עד כה 19 דברי חקיקה. כמה תיקונים נוספים לחוקי יסוד עברו בעבר בהצעות של ועדת הכנסת (ומכאן הספירה המגיעה ל- 26 בבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 19, בפס' 199 לפסק הדין של הנשיאה חיות).

<sup>143</sup> את הנספח למאמר זה ניתן למצוא לצד המאמר באתר המקוון של "עיוני משפט" ([https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/mkh-1/aronson\\_and\\_others](https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/mkh-1/aronson_and_others)).

<sup>144</sup> אנו סבורים שאין לקבל את ביקורתו של השופט סולברג בדעת המיעוט שלו בבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 19, בפס' 231-235, על ההתמקדות רק בהצעות חוק יסוד מטעם ועדה שחקיקתן הושלמה. הטעמים לדחייתן של הצעות חוק מטעם ועדה במסגרת עבודת הוועדה או לאחר מכן בידי מליאת הכנסת יכולים להיות רבים, ואין מניעה שגם האופי הלא-קונצנזואלי של הכנתן בוועדה תרם לכך. אכן, אנו מבקשים במאמר זה לאפיין את הנוהג ואת הנוהל המקובלים בכנסת כמכלול בנוגע להצעות חוק מטעם ועדה, ובראייה זו אותן הצעות שחקיקתן הושלמה מספקות את הראיה הטובה ביותר לנושא זה.

<sup>145</sup> ראו את תשובת הכנסת לעתירה בעניין הסבירות, לעיל ה"ש 87, בפס' 228-231. בעיקרו של דבר, נטען בתשובת הכנסת ש"נכון למועד הכנת הצעת חוק היסוד המתקן לא נקבעו מסמרות ייחודיים לגבי אופן קידומה של הצעת חוק מטעם ועדה", ומשההליך לא הפר אף הוראה מפורשת בתקנון או את תנאי הלכת קוונטינסקי, אין מקום לפסול חקיקת-יסוד מטעמים הליכיים (שם, בפס' 231, 238).

<sup>146</sup> פרוטוקול ישיבה 7 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25 (16.1.2023).

<sup>147</sup> שם, בעמ' 31.

ועוד היא אמרה:

"אני חושבת שבכנסת יש עניין של דברים שמקובלים לאורך השנים, יש עניין של כבוד שלאורך השנים נשמר, ודרכים כאלה ואחרות שהכנסת התנהלה לפיהן בהסכמות בין כלל סיעות הבית. אני מקווה שהכללים האלה יישמרו גם בדיונים כאן. אני חושבת שזה חשוב מאוד.

גם הדרך הפרוצדורלית להעברת החקיקה הזאת, מכיוון שהחקיקה הזאת היא כבודת משקל ובעלת משמעויות רבות, נראה לי שההליך הפרוצדורלי לצורך העניין הוא בעל חשיבות רבה".<sup>148</sup>

היועץ המשפטי לוועדת החוקה התייחס גם הוא לנושא:<sup>149</sup>

"ברוב המוחלט של המקרים שהצעות חוק הובאו מטעם ועדת חוקה זה היו עניינים שאינם שנויים במחלוקת. אלה היו יחסית דברים שאני לא רוצה להגיד 'טכניים' כי הם לא ממש טכניים אלא לפעמים נושאים חוקתיים, אבל דברים יחסית מוסכמים, טיפול של בעיות... קונצנזוסים, הרבה פעמים חוקי בחירות לקראת בחירות; או דברים שלפעמים היו כן קונטרוברסליים אבל נגעו לכנסת ולניהול הכנסת".

חוק היסוד הראשון שיזמה ועדת החוקה הוא חוק-יסוד: הכנסת שהוצע במהלך הכנסת השלישית, ועבודת ההכנה עליו בוועדת החוקה ארכה שלוש שנים כמעט. כפי שעולה מן הפרוטוקולים של הדיונים הרבים, עבודת ההכנה הייתה מעמיקה ומקיפה, ובסופה התקבל החוק בקריאה שלישית במליאה ברוב של 96 חברי כנסת וללא מתנגדים.<sup>150</sup> במהלך שנות השישים והשבעים לא יזמה ועדת החוקה חוקי יסוד או תיקונים לחוקי יסוד שחקיקתם הושלמה.<sup>151</sup> במהלך הכנסת העשירית, בין השנים 1982-1983, יזמה הוועדה שני תיקונים לחוק-יסוד: משק המדינה<sup>152</sup> בעניין מועד הנחתה של הצעת חוק התקציב ואופן כתיבתו. שני התיקונים אושרו במליאת הכנסת ללא מתנגדים.

148 שם, בעמ' 32.

149 פרוטוקול ישיבה 12 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25, 31-32 (18.1.2023).

150 ראו לעיל ה"ש 53 ו-96.

151 לדוגמה להליכים בנוגע לחוק יסוד שחקיקתו לא הושלמה, ראו את הדיון בהצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, לעיל בטקסט שליד ה"ש 97.

152 חוק-יסוד: משק המדינה (תיקון), ס"ח התשמ"ב 170; חוק-יסוד: משק המדינה (תיקון מס' 2), ס"ח התשמ"ג 58.



במהלך הכנסת ה-12 וה-13 (1991-1996) יזמה הוועדה כמה תיקונים בחוק-יסוד: הכנסת ובחוק-יסוד: הממשלה, שעסקו בין היתר בהסדרת מועמדותו של חבר הכנסת שפרש מסיעתו בבחירות שלאחר פזור הכנסת ובהסדרים שונים שעניינם בעיקר דיני בחירות המוסדרים בחוקי היסוד.<sup>153</sup> כל התיקונים עברו בהסכמה רחבה וללא מתנגדים (למעט תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הכנסת, שעבר ברוב של 82 תומכים ושני מתנגדים). במהלך הכנסת ה-14 וה-15 (1998-2002) נערכו כמה תיקונים נוספים בחוק-יסוד: הכנסת ובחוק-יסוד: הממשלה, וכן תיקון בחוק-יסוד: השפיטה ובחוק-יסוד: משק המדינה. תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה<sup>154</sup> ותיקון מס' 34 לחוק-יסוד: הכנסת<sup>155</sup> עסקו בדיני בחירות ובהתאמת הוראות חוקי היסוד לכינון מחדש של חוק-יסוד: הממשלה. שני תיקונים אלה עברו ללא מתנגדים. תיקון מס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה,<sup>156</sup> שעניינו קביעת הסדרים הקשורים לנציגי התלונות על השופטים, עבר ברוב של 42 חברי כנסת ושני מתנגדים.

בשונה מכך, חוק-יסוד: משק המדינה (הצעות חוק והסתייגויות שבביצוען כרוכה עלות תקציבית) (הוראת שעה),<sup>157</sup> שעסק בהגבלת האפשרות לקדם הצעת חוק פרטית הכרוכה בעלות תקציבית, היה שנוי במחלוקת הן בוועדה, הן במליאה. ניכר עם זאת שהמחלוקת הייתה עקרונית (להבדיל מסיעיתית), ואכן ועדת החוקה אישרה את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית ברוב של 11 בעד, חמישה נגד ושני נמנעים; קבוצת התומכים הייתה מגוונת מאוד וכללה למשל הן את חבר הכנסת משה ארנס (ליכוד) והן את חבר הכנסת עזמי בשארה (בל"ד), ואילו עם המתנגדים נמנו למשל חבר הכנסת שאול יהלום (מפד"ל) וחבר הכנסת אמנון רובינשטיין (מרצ).<sup>158</sup> במליאה עבר התיקון ברוב של 53 תומכים מול 29 מתנגדים. יוזכר שבעת חקיקת ההסדר, בחודש יולי 2002, כללה הקואליציה לא פחות מ-80 חברי כנסת, מימין ומשמאל, וממילא ההבחנה

<sup>153</sup> כ/1998, כ/2499, כ/2507 ו-כ/2514. חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 12), ס"ח התשנ"ה 90; חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3), ס"ח התשנ"ו 104; חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 19), ס"ח התשנ"ו 106; חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 20), ס"ח התשנ"ו 100; חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 5), ס"ח התשנ"ו 113; חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 6), ס"ח התשנ"ו 114; חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 21), ס"ח התשנ"ו 112; חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 4), ס"ח התשנ"ו 113. יצוין שבפועל חלק מן התיקונים הללו קודמו במקובץ בהליך חקיקה אחד ושני תיקונים נחקקו פעמיים באופן זהה בשל החשש לאי-עמידה בדרישת הרוב הקבועה בחוק-יסוד: הכנסת בפעם הראשונה שהם נחקקו. כלומר, בתקופה של הכנסת ה-12 וה-13 קודמו בפועל רק שלושה תיקונים מרכזיים – (1) תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הכנסת במהלך הכנסת ה-12; (2) תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: הממשלה ותיקון מס' 19 לחוק-יסוד: הכנסת, אשר בוטלו ונחקקו מחדש לאחר שהיה ספק בדבר עמידה בדרישת הרוב, במסגרת תיקונים מס' 4 ו-21 בהתאמה; (3) תיקון מס' 20 לחוק-יסוד: הכנסת, ותיקונים מס' 5 ו-6 לחוק-יסוד: הממשלה, שקודמו יחדיו גם כן.

<sup>154</sup> (כ/2780). חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8), ס"ח התשנ"ט 52.

<sup>155</sup> (כ/3027). חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 34), ס"ח התשס"ב 2.

<sup>156</sup> (כ/3085). חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 2), ס"ח התשס"ב 598.

<sup>157</sup> (כ/3130). חוק-יסוד: משק המדינה (הצעות חוק והסתייגויות שבביצוען כרוכה עלות תקציבית) (הוראת שעה), ס"ח התשס"ב 478.

<sup>158</sup> פרוטוקול ישיבה 502 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 16-17 (8.7.2002).

הרגילה בין קואליציה לאופוזיציה היטשטשה. כן יצוין, שהכנסת העוקבת אשררה את ההסדר והפכה אותו מהוראת שעה לתיקון קבוע בחוק-יסוד: משק המדינה.<sup>159</sup> אחר הדברים הללו לא קודמו הצעות נוספות מטעם ועדת החוקה עד לכנסת ה-20. בכנסת זו קודם תיקון מס' 44 לחוק-יסוד: הכנסת<sup>160</sup> המוכר בשם "חוק ההדחה", ועניינו קביעת הסדרים להדחת חבר כנסת שהתקיימו בו התנאים לפי סעיף 7א(א)(2) או (3) לחוק-יסוד: הכנסת (הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין). הצעת חוק זו הייתה שנויה במחלוקת, ועקב כך התעוררה בוועדה השאלה אם מוצדק לקדמה כהצעה מטעם הוועדה. עיון בפרוטוקול של הדיון הראשון בהצעת החוק בוועדת החוקה מיום 10.2.2016 מלמד, כי חברי הכנסת הביעו תרעומת ואי-שביעות רצון מכך שההצעה מקודמת כהצעת חוק מטעם הוועדה, בעוד שלטענתם היה מדובר בהצעת חוק שמגיעה מטעם ראש הממשלה. לדבריהם ההצעה קודמה כהצעת חוק מטעם ועדה על מנת להתגבר על חסמים פרוצדורליים, דבר שאינו ראוי. כמו כן, בדיון ההכנה של ההצעה לקריאה ראשונה במליאה מיום 28.3.2016 ציין חבר הכנסת חיים ילין את הדברים הבאים: "אני חייב להודות שהייתי בוועדת החוקה כשחבר הכנסת יושב-ראש הוועדה ניסן סלומינסקי הביא את החוק. אני מודה שהייתה מבוכה מאוד גדולה. גם הוא היה נבוך, כי זאת אחת הפעמים הראשונות שבעצם יושב-ראש ועדה מביא חוק מטעם ראש הממשלה".<sup>161</sup>

ההצדקה שנתן היועץ המשפטי לכנסת דאז, עו"ד איל ינון, לכך שנכון לקדם את הצעת החקיקה דווקא כהצעה מטעם ועדת חוקה, הייתה כי מדובר בתיקון לחוק יסוד שעוסק בעניין פנימי של הכנסת, ולכן חשוב שוועדה של הכנסת – ולא הממשלה – היא שתדון בו ותכין אותו. כך אמר היועץ המשפטי לכנסת בדיון בוועדה מיום 162,23.2.2016 שבה הוכנה הצעת החוק לקריאה ראשונה:

"אני סבור שאם מקדמים תיקון כזה, נכון יותר לקדמו כהצעת חוק מטעם ועדת החוקה ולא כיוזמה של הממשלה, גם אם מקורה בממשלה ואפילו אם ראש הממשלה הוא שיזם אותה, שכן ראוי שגיבושו הראשוני של עניין כזה ייעשה בכנסת תוך מתן אפשרות לכל הכוחות הפוליטיים להיות שותפים לו, ולא בדיון סגור בתוך הממשלה. בדיוק מסיבה זו נקבע בתקנון הכנסת כי ועדת החוקה רשאית ליזום מטעמה תיקונים לחוקי יסוד, להבדיל מחוקים אחרים שהיא אינה יכולה ליזום מטעמה".<sup>163</sup>

<sup>159</sup> חוק-יסוד: משק המדינה (תיקון מס' 6), ס"ח התשס"ג 498.

<sup>160</sup> (כ/626). חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44), ס"ח התשע"ו 1086.

<sup>161</sup> ד"כ 28.3.2016, 116.

<sup>162</sup> פרוטוקול ישיבה 129 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20 (23.2.2016).

<sup>163</sup> שם, בעמ' 8.

יצוין שנימוק זה לא שכנע את חברי האופוזיציה בוועדה, אשר סברו שהבחירה בהליך מטעם ועדה במקרה הזה נועד לאפשר לממשלה להעביר את דבר החקיקה מבלי לעבור את הבחינה של היועץ המשפטי לממשלה וועדת שרים לענייני חקיקה, אשר ספק אם היה עומד בהן.<sup>164</sup> סטייה נדירה זו מעקרון הקולגיאליזם, אף כאשר מדובר בהסדרה של נושא שהוא פנימי לכנסת כמו הדחה של חברי כנסת, אינה עולה עם תכליתה של הצעת חוק מטעם ועדה ועם הנוהג שהיה קיים בכנסת עד אותה העת. עם זאת העתירות שהוגשו נגד חוק ההדחה (ונדחו לגופו של עניין) לא כללו טענות נגד ההליך שבו קודמה הצעת החוק, וכך בית המשפט לא נתן את דעתו לסוגיה.<sup>165</sup> בשנים שלאחר מכן לא קודמו הצעות חוק יסוד נוספות מטעם ועדה – עד לכנסת הנוכחית, הכנסת ה-25. בתקופת כהונתה של כנסת זו ננטשו שני עקרונות היסוד – עקרון הקולגיאליזם ועקרון ההכנה היסודית – ויש שימוש לרעה חוזר ונשנה בכוחו של יושב ראש הוועדה. נוסף לחקיקה בנושא עילת הסבירות ולהצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) והצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4), אשר טרם אושרו בקריאה שנייה ושלישית (בנוגע להרכב הוועדה לבחירת שופטים ולביקורת שיפוטית חוקתית), קודם כהצעת חוק מטעם הוועדה גם תיקון מס' 52 לחוק-יסוד: הכנסת שעניינו הרחבת "החוק הנורווגי", שנחקק בחודש ינואר 2023. כנגד התיקון לחוק היסוד שהרחיב את החוק הנורווגי – שינוי חוקתי משטרי, גם אם לא דרמטי – לא הוגשה עתירה לבג"ץ, ולכן בית המשפט לא היה יכול לתת את דעתו לכך שמהליך חקיקתו נעדרו עקרון הקולגיאליזם ועקרון ההכנה היסודית הנדרשים כתנאי לשימוש במסלול של הצעת חוק מטעם ועדה.

### (ב) הנוהג באשר לחקיקה רגילה מטעם ועדת החוקה

עד עתה בחנו את אופי ההליכים שהתקיימו במסלול של הצעת חוק מטעם ועדת החוקה שנגעו לחקיקתם של חוקי יסוד ושל תיקונים לחוקי יסוד והסתיימו בחקיקה. אולם בחינה של הצעות חוק רגילות שקודמו במסלול זה בוועדת החוקה מעלה כי גם הן קודמו תוך הקפדה על מאפיינים דומים. הקפדה זו מלמדת על מעמדו הייחודי של מסלול החקיקה מטעם ועדה ככזה, בין אם הוא נועד לחוקק חוקי יסוד ובין אם הוא נועד לחוקק חקיקה רגילה, ועל דרישות הסף שיש לעמוד בהן על מנת להשתמש בו. חשוב לציין, כי לאורך השנים דאגו ראשי ועדת החוקה לקיים את עקרון ההליך היסודי. חברי הכנסת קיבלו את התמונה העובדתית והמשפטית המלאה בנוגע להצעות החוק שנדונו, על מנת לוודא שהמסלול של הצעת חוק מטעם ועדה יהיה תחליף הולם לשני המסלולים האחרים שבהם ניתן להעביר הצעות חוק. דבריו של יושב ראש ועדת החוקה אורי מקלב בהליך החקיקה של תיקון מס' 70 לחוק הבחירות לכנסת בשנת

164 ראו למשל את דברי חברת הכנסת רויטל סויד (העבודה) בתגובה לדבריו של עו"ד ינון, שם, בעמ' 18 ("למה אנחנו נמצאים פה בהצעת חוק שאמורה לכאורה להיות הצעת חוק של ועדת החוקה... החוק הזה לא היה עובר ועדת שרים לענייני חקיקה ולא היה עובר את היועץ המשפטי לממשלה. אם הוא היה עובר אותנו, זה היה ההליך").

165 בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (נבו) 27.5.2018.

2017 ממחיש את העניין: "צריך להקריא סעיף סעיף לקראת הקריאה השנייה והשלישית כי למעשה החקיקה היא מעשה מרכבה, שצריך לקחת כל חלק ולשים במקומו אחרת המרכבה לא נוסעת נכון, היא יכולה לא לנסוע נכון לאורך שנים"<sup>166</sup>. זאת ועוד, ככלל הצעות חוק מטעם הוועדה שימשו לקביעת הסדרים מעשיים באופיים. הרעיון שביסוד רבות מהצעות החוק מטעם ועדה הוא שהן עוסקות בנושאים שלא כל כך מעסיקים את חברי הכנסת או שאין להם אינטרס לקדם אותם, אך חשוב מאוד לאסדר אותם, כמו למשל סמכויות שונות של ועדת הבחירות ואופן פועלן. היוזמה להצעות היא פעמים רבות פרי שיתוף בין הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה והייעוץ המשפטי לוועדת הבחירות המרכזית; כך היה למשל בעניין קביעת הוראות לצורך הכנת פנקס הבחורים,<sup>167</sup> בעניין מספר המצביעים המקסימלי בקלפי<sup>168</sup> וכיוצא באלה. ביטוי לכך ניתן לראות בדיונים על חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 70), אשר דן בהסדרים הספציפיים שייחשבו לעבירות טרור או ביטחון חמורות לעניין סעיף 6(א) לחוק-יסוד: הכנסת. דיוני הוועדה בחוק זה נערכו יחד עם הדיונים בחוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 47), אשר קבע את ההסדר המהותי המגביל את הזכות להיבחר בשל עבירות ביטחון חמורות או טרור. אף על פי שהדיונים נערכו יחד, נעשתה הפרדה בין ההסדר המהותי, שהוא פרי הצעת חוק פרטית של חברת הכנסת ענת ברקו, אל מול ההסדר הטכני, שהוא הצעה של ועדת החוקה. יפים לענייננו דברי היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד גור בליי, בפתח הדיון:

"אני רק רוצה להפנות את תשומת הלב שיש לנו שתי הצעות חוק שמונחות על שולחן הוועדה היום, האחת הצעת חוק לתיקון חוק יסוד הכנסת, שהיא הצעת חוק פרטית של חברת הכנסת ברקו, ולצדה גם הצעת חוק הבחירות לכנסת מטעם ועדת החוקה שמשלימה את התיקון ומונחת אף היא, ונצטרך להצביע בעצם על שתיהן"<sup>169</sup>.

מכיוון שרוב הצעות החוק שהיו ביוזמת ועדה נשאו אופי טכני, הן התאפיינו במעורבות מקצועית ניכרת של הייעוץ המשפטי של הוועדה. על רוח הדברים ניתן ללמוד מדבריה של היועצת המשפטית לוועדה, עו"ד סיגל קוגוט, בשנת 2014: "אגיד מה עשינו כאן. אחרי שקיבלנו את הצעת הוועדה, ישבנו עם הגורמים המקצועיים בוועדה, ובמיוחד עם דין, וגם עם משרד המשפטים, כדי לנסות להביא נוסח שהוא הכי מתאים בעינינו, ועדיין יש עליו אי אילו ניואנסים"<sup>170</sup>. גם כאשר התגלעו אי-הסכמות

<sup>166</sup> פרוטוקול ישיבה 335 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 2 (13.2.2017).  
<sup>167</sup> ראו למשל את חוק הבחירות לכנסת הארבע-עשרה ולראש הממשלה (הוראת שעה), התשנ"ו-1996, ס"ח 100.

<sup>168</sup> ראו למשל את חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 29), התשנ"ו-1996, ס"ח 30.  
<sup>169</sup> פרוטוקול ישיבה 471 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 2 (31.10.2017).  
<sup>170</sup> פרוטוקול ישיבה 275 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19, 2 (8.12.2014).

בין חברי הוועדה לבין הייעוץ המשפטי, הפרקטיקה הנהוגה הייתה לפעול על פי עמדת הייעוץ המשפטי.<sup>171</sup>

מאפייני בולט נוסף בהליכים אלו הוא השמירה על עקרון הקולגיאליזם – ההסכמה הרחבה והבין-גושי ששררה בין חברי הוועדה בנוגע להצעות החוק. הסכמה זו אפיינה את הרוב המכריע של ההצעות שהוכנו בידי ועדת החוקה. לעניין זה יפים דבריו של יושב ראש ועדת החוקה מיכאל מלכיאלי בהליך חקיקתו של חוק הבחירות לכנסת ה-24 (בשנת 2020): "המגמה היום היא להצביע, עם כמה שיותר הבנות וכמה שיותר הסכמות. אין ספק שזה נושא טעון, נושא מורכב. מראש, על פי בקשת חלק גדול מהחברים, נעשה תוך כדי הדיון מספר תחנות של עצירה לצורך התייעצות בין הסיעות, על מנת להגיע להסכמה רחבה כמה שיותר".<sup>172</sup> דוגמה נוספת לכך אפשר למצוא בפנייתו של היושב ראש מיכאל איתן אל נציגי כל המפלגות החברות בוועדה, כולל המפלגות שהיו באופוזיציה, בשאלה מהי עמדתם בנוגע להצעות החוק שעלו לדיון.<sup>173</sup> רוב הצעות החוק מטעם ועדת החוקה עסקו באומנם בעניינים טכניים, אך היה מספר מצומצם יחסית של הצעות חוק אשר עסקו בהסדרים מהותיים, כגון הענקת סמכויות למזכירי ועדת קלפי,<sup>174</sup> ליושב ראש ועדת הבחירות ועוד.<sup>175</sup> עיון בפרוטוקולים של הוועדה שעסקו בהצעות חוק אלו מלמד כי גם הן קודמו בהתאם לעקרון הקולגיאליזם – בהסכמה רחבה ובין-גושי של חברי הוועדה מן הקואליציה והאופוזיציה. כך למשל, חוק מימון מפלגות (תיקון מס' 24 והוראת שעה), התשס"ג-2002,<sup>176</sup> העניק למבקר המדינה סמכות להוציא צווי מניעה שונים במהלך מערכת הבחירות. בדיוני הוועדה אמר היושב ראש דאז, חבר הכנסת מיכאל איתן, את הדברים הבאים: "נקיים את הדיון כרגע בהצעה המשותפת, שהושגה כתוצאה ממגעים מוקדמים בין מפלגת העבודה לבין סיעת הליכוד... קיימנו מספר פגישות והחלטנו להביא הצעה, אם תהיה מוסכמת על שתי המפלגות הגדולות, אז יש לה בסיס ריאלי להצליח".<sup>177</sup>

חוק הכנסת (תיקון מס' 43), התשע"ו-2016, קבע הסדר המפרט את מנגנון השעייתו של חבר הכנסת שהתקיים בו האמור בסעיף 7א(א) (2) או (3) לחוק-יסוד: הכנסת.<sup>178</sup> הדיונים בהצעת החוק עוררו מחלוקות של ממש בין חברי הוועדה,<sup>179</sup> דבר שהיה חריג מאוד בנוף הצעות החוק מטעם ועדת החוקה. אולם אפילו הדיונים בחוק

<sup>171</sup> ראו למשל את דברי יושב ראש הוועדה, פרופסור מנחם בן ששון, בהליך החקיקה של חוק המפלגות (בחירות מקדימות): "הבנות, זה לא מוצא חן בעיני אבל קיבלתי את התשובה" (פרוטוקול ישיבה 259 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 4 (16.7.2007)).

<sup>172</sup> פרוטוקול ישיבה 164 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-23, 3 (22.12.2020).

<sup>173</sup> פרוטוקול ישיבה 517 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 39 (29.8.2002) ("יש כאן נציגים של מפלגות. אני רוצה לשאול מה עמדת נציגי המפלגות. מפלגת העבודה, מה עמדתכם ביחס להצעות?").

<sup>174</sup> ראו את חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 47), התשס"ג-2002, ס"ח 12.

<sup>175</sup> ראו את הליך חוק הבחירות לכנסת השניה (תיקון מס' 2), התשי"א-1951, ס"ח 215.

<sup>176</sup> חוק מימון מפלגות (תיקון מס' 24 והוראת שעה), התשס"ג-2002, ס"ח 23.

<sup>177</sup> פרוטוקול ישיבה 540 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 17-18 (11.11.2002).

<sup>178</sup> חוק הכנסת (תיקון מס' 43), התשע"ו-2016, ס"ח 1087.

<sup>179</sup> פרוטוקול ישיבה 134 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 55-61 (29.2.2016).

זה ממחישים את השמירה על עקרון הקולגיאליות ועל עקרון ההליך היסודי בהצעת חוק מטעם הוועדה. קיומו דיונים ענייניים, תוך שמיעת כל הדעות, ונעשו מאמצים כבירים להגיע להסכמות חוצות מפלגות. על חשיבות ההסכמות עמדה נציגת הייעוץ המשפטי של הכנסת עו"ד סיגל קוגוט באחד הדיונים: "אבל בין איך פותחים אותו ואיך מסיימים אותו, זה צריך להיות משהו מאוד-מאוד חוצה מפלגות ומאוד רחוק מרוב קואליציוני, אלא משהו עם הסכמה מאוד רחבה של הבית".<sup>180</sup>

לבסוף החוק התקבל לאחר התחשבות בהסתייגויות של חברי הוועדה, כך שניתנה סמכות לחברי הכנסת להשעות את מי שהתקיימו בו התנאים בסעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת ולא להדיחו, ומתוך 70 חברי כנסת שצריכים להתניע את הליך ההשעיה בוועדת הכנסת, לפחות 10 צריכים להיות חברי אופוזיציה. כמו כן, בתקופת הבחירות לא יהיה אפשר לפתוח בהליך השעיה. לא למותר לציין שהשעיה סופית דורשת רוב של 90 חברי כנסת, מה שוודאי ישקף הסכמות חוצות מפלגות. יפים לענייננו דברי יושב ראש ועדת החוקה דאז בהצבעה בקריאה השנייה והשלישית במליאה: "ואנחנו עוד הוספנו, בהתייעצות עם האופוזיציה וכו', שמתוך ה- 70 יהיו לפחות עשרה חברי אופוזיציה, כדי שהכול ייראה".<sup>181</sup>

נוסף על האמור לעיל, נציין בקצרה דוגמה נוספת לשימוש בהצעת חוק מטעם ועדה – במקרה זה ועדת הכנסת – לחקיקת חוק שאומנם אינו חוק יסודי, אך היה בו כדי להביא לשינוי מוסדי ומשטרי חשוב: חוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א-2000,<sup>182</sup> אשר עיגן לראשונה בחקיקה את מוסד היועץ המשפטי לכנסת. גם מקרה זה מדגים היטב את האופי הקונצנזואלי של הצעת חוק מטעם ועדה. כפי שהדגיש יושב ראש ועדת הכנסת בקריאה הראשונה, "זה לא חוק שמצוי במחלוקת... הצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת היא הצעה שאיננה שנויה במחלוקת... זה לא נושא בין סיעות. זה לא נושא של קואליציה-אופוזיציה".<sup>183</sup> אכן, בסופו של הליך החקיקה התקבל חוק זה בקריאה שלישית בהסכמה מקיר לקיר – ברוב של 79 תומכים, ללא מתנגדים או נמנעים.<sup>184</sup>

בשולי הדברים ראוי להזכיר גם את דברי חבר הכנסת יריב לוין, עת כיהן כיושב ראש ועדת הכנסת, על האופן שבו על ועדת הכנסת לפעול כשהיא יוזמת חקיקה מוסדית חשובה – תיקון תקנון הכנסת. כך הוא אמר: "התקנון אושר בהסכמה מקיר לקיר, בתהליך גלוי ושקוף. תוך הסכמה מלאה שכל דבר שלא תהיה עליו הסכמה, לא ישונה. אסור שהשיגים פוליטיים יושגו בדרך דורסנית. אלה כללי משחק שכולם מסכימים שהם ראויים לתהליך הדמוקרטי". ואכן, במקרה זה אישרה מליאת הכנסת פה אחד את התקנון החדש.<sup>185</sup>

<sup>180</sup> פרוטוקול ישיבה 213 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 58 (21.6.2016).

<sup>181</sup> פרוטוקול ישיבה 148 של הכנסת ה-20, 235 (19.7.2016).

<sup>182</sup> חוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א-2000, ס"ח 50.

<sup>183</sup> ד"כ 2.8.2000, 236-237.

<sup>184</sup> להרחבה על הליך החקיקה של חוק זה, ראו קרן הורוביץ ואיתי בר-סימן-טוב "היועץ המשפטי לכנסת ומקומו בהפרדת הרשויות בהליכי החקיקה" עיוני משפט מד 267, 313-318 (2021).

<sup>185</sup> ד"כ 30.5.2012, 28.

## 6. סיכום: הליך חקיקה מטעם ועדה

מסלול של הצעת חוק מטעם ועדה הוא מסלול המובחן מהצעות חוק ממשלתיות או פרטיות. בעוד שמסלולי חקיקה אלה כוללים מעורבות של שחקנים רבים, שורה של משוכות הליכיות, המוסדרות בתקנון ובנוהלי הכנסת והממשלה ומגובות במסורת מעשית עשירה של הכנסת, הרי הצעת חוק מטעם ועדה הוסדרה רק בסעיף 80 לתקנון והשימוש בה לאורך השנים היה מועט יחסית. בחינת לשונו של סעיף התקנון המסמיק ועדות מסוימות של הכנסת להשתמש במסלול זה, ההיסטוריה החקיקתית שלו, תכליותיו והנוהג והנהל המקובלים בעניינו מלמדים כי מדובר בהליך חקיקה ייחודי שנועד לשמש את הכנסת כרשות מחוקקת ומכוננת, ולחזק אותה אל מול הממשלה. ניסוחו של הסעיף, תכליתו והנוהג והנהל שהתפתחו לעניין הליך זה מלמדים כי מעבר לכללים המחייבים הליך חקיקה רגיל, בין השאר על פי הלכת **מגדלי העופות** והלכת **קוונטינסקי**, הליך זה כפוף לשני תנאים נוספים – עקרון הקולגיאליות ועקרון ההליך היסודי. מבחינה מהותית אנו סבורים, כי עקרונות אלה הם קונקרטיזציה של עקרונות היסוד של כל חקיקה חוקתית, ועליהם לחול אפוא – בשינויים המתאימים – גם באשר לחקיקת יסוד שמקורה באפיקים אחרים. פיתוח מלא של הניואנסים שינבעו מהשינויים המחויבים הללו הוא מחוץ לגדרי הדיון במאמר הנוכחי, ולכן לא נפתחו כאן.

## ד. השחיקה בנורמות הליכיות בחקיקת חוקי יסוד בעשור האחרון

בעשור האחרון הלך והחמיר הפער שבין הנורמות הראויות והמקובלות מקדמת דנא לקבלת חוקי יסוד לבין התנהלות הכנסת. לשחיקה זו יש שלושה מאפיינים עיקריים: שימוש תכוף בחוקי יסוד להסדרת נושאים שמתאימים לחקיקה רגילה; שימוש בחוקי היסוד ותיקונם כדי לשרת אינטרסים צרים וקצרי טווח של הרוב המזדמן, ובכלל זה חקיקה חוקתית פרסונלית;<sup>186</sup> ושחיקה בפרקטיקה הנוהגת של הליך חקיקת חוקי היסוד בהסכמה רחבה ובהליך יסודי. אומנם, שני המאפיינים הראשונים – שימוש בחוקי היסוד להסדרת נושאים שאינם מתאימים לחוקה ולשם מטרות קצרות טווח המשרתות את הרוב המזדמן – אינם חדשים למציאות המשפטית הישראלית. תאוריית "שני הכובעים" מאפשרת עקרונית לרוב מזדמן לשמש גם אספה מכוננת, ובכך היא חושפת את המשטר החוקתי הישראלי לסכנה של ניצול כוחו לרעה לטובת ביצור האינטרסים הצרים של רוב זה במסגרת חוקתית. הליך כינון החוקה בישראל הוא "הליך חוקתי אפיזודי, שפרקיו נוצרים בתקופות שונות וכתוצאה של דינמיקות פוליטיות שונות".<sup>187</sup> אולם חרף קיומן הפוטנציאלי של הסכנות הללו במשטר החוקתי הישראלי,

<sup>186</sup> הבולטים שבהם הם חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), ס"ח התשפ"ג 4, בנושא מניעת עברייני שנשלח למאסר בפועל מלכהן כשר, וחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12), ס"ח התשפ"ג 92, בנושא הסדר הנבצרות של ראש ממשלה. ראו בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (נבו) 18.1.2023; בג"ץ 2412/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו) 3.1.2024 (להלן: עניין הנבצרות).

<sup>187</sup> אורי אהרונוסון "המהפכה החוקתית: הדור הבא" מחקרי משפט לד 1, 8 (2021). ראו רות גבזון "לקחי הפדרליסט' וההליך החוקתי בישראל" תכלת 11, 21, 55 (2001).

הן לא התממשו בששת העשורים הראשונים לקיום המדינה, כלומר גם לא בתקופה שלאחר המהפכה החוקתית. כפי שתיאר אורי אהרונוסון במחקרו, חקיקת חוקי היסוד ותיקונם בתקופה זו – גם אלה שקידמו מטרות פוליטיות מיידיות – נעשו "בתוך החוקה ולא מחוצה לה ונגעו ברכיבים בודדים בלבד במבנה המשטרי, מבלי להפר את יסודותיו", מבלי לשחוק את ההגנה החוקתית על זכויות האדם ואת העליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד ומבלי לערער על סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית.<sup>188</sup>

לא כך בעשור האחרון, שבו מתחולל בישראל תהליך של "פרימה של כמה מן החוטים שקשרו את רכיבי המהפכה החוקתית זה לזה".<sup>189</sup> השימוש בחוקי היסוד להסדרת כללים המתאימים לחקיקה רגילה גבר, ובחסותו משמשים תיקונים חוקתיים ביתר שאת מכשיר למימוש צרכים פוליטיים צרים של הרוב המזדמן. זאת ועוד, אחד המדרים הגסים יחסית לשחיקה במעמד חוקי היסוד הוא הגידול בהיקף התיקונים. גם אם אין במדר הזה לברו כדי ללמד על משמעות התופעה ומאפייניה, נראה שכדאי לאומדו. מאז שנחקק חוק-יסוד: הכנסת בשנת 1958 ועד לשנת 1990, נחקקו במשך 33 שנים 28 חוקי יסוד ותיקונים להם, בממוצע של 0.8 חיקוקים לשנה. בעשור שלאחר מכן (1990-1999) נערכו שינויים רבים, 33 בסך הכול, בממוצע של 3.3 חיקוקים לשנה. מגמה זו נשמרה גם במהלך העשור ומחצה הבאים (2000-2014), אז נערכו 36 שינויים, בממוצע של 2.4 חיקוקים לשנה. בשמונה השנים שלאחר מכן (2014-2022) זינק הקצב ל- 4.75 שינויים בשנה.<sup>190</sup> בכלל זה הכנסת ה- 23 מתבלטת בממוצע של 10.3 חיקוקים לשנה. הכנסת הנוכחית עומדת נכון ליום 1.8.2023 על ממוצע של 7.5 חיקוקים לשנה. השימוש במנגנון חוקי היסוד עבר אם כן טרנספורמציה.

מעבר לתכיפות השינויים החוקתיים, שכאמור הולכת ומחריפה, עלתה גם השכיחות של חקיקת יסוד שמשרתת שיקולים פוליטיים-קואליציוניים צרים ורגעיים של פוליטיקה יום יומית, תוך שימוש בהליכים של פוליטיקה רגילה אשר ספק אם היא ראויה אפילו לחקיקה רגילה. כך חלה גם שחיקה בהקפדה על עקרונות הליכיים ראויים בהליך חקיקתם של חוקי היסוד, אשר מתבטאת בין היתר בשימוש בהליכי חקיקה מזורזים ובהליכי חקיקה שנכפים בידי הקואליציה ללא ניסיונות לגבש הסכמה פרלמנטרית או ציבורית רחבה – הן בחקיקת חוקי יסוד חדשים, הן בתיקונים לחוקי יסוד קיימים. חשוב לציין, שלמרבית הצער לשחיקה זו היו שותפות קואליציות רבות בשנים האחרונות, שכללו מפלגות מן הימין ומן המרכז-שמאל. אומנם אפשר לטעון

188 אהרונוסון, לעיל ה"ש 187, בעמ' 19.

189 שם, בעמ' 26.

190 "שינוי כללי המשחק בזמן המשחק – פתולוגיה ישראלית" תכלית – המכון למדיניות ישראלית (1.1.2023)

[https://www.tachlith.org.il/\\_files/ugd/d4d9e4\\_9db0dcea1e2a4e8689dd21a1a761f7c6.pdf](https://www.tachlith.org.il/_files/ugd/d4d9e4_9db0dcea1e2a4e8689dd21a1a761f7c6.pdf) (להלן: מחקר תכלית).



שניצנים לשחיקה זו החלו מאז שנות התשעים,<sup>191</sup> אך ניכר כי המצב הולך ומחמיר בעשור האחרון ובפרט בכנסות האחרונות.<sup>192</sup>

הליך החקיקה של שני חוקי היסוד החדשים שנחקקו בעשור האחרון מבטאים אף הם את השחיקה בנורמות ההליכיות שהיו מקובלות לחקיקת חוקי יסוד. המקרה הראשון של חוק יסוד שניתן לראות את הליך חקיקתו כנקודת השבר הוא חוק-יסוד: משאל עם, שנחקק בשנת 2014, בעת כהונת הכנסת ה-19. חוק יסוד זה נחקק לא רק בהליך מזורז, אלא בעיקר תוך הפרה של הקונבנציה של חקיקת חוקי יסוד בהסכמה רחבה וחוצת מחנות. הקואליציה חוקקה חוק יסוד זה בפרקטיקת חקיקה שנקראת בספרות log-rolling – כלומר, כריכת כמה הצעות חוק בנושאים שונים ולא-קשורים זה לזה בעסקת חבילה לחקיקתם יחד. זוהי טקטיקת חקיקה המאפיינת חקיקת חוקי הסדרים, והיא ננקטת בדרך כלל כדי להבטיח רוב במקרים שיש חשש שכל אחת מהצעות החוק בנפרד לא תזכה לרוב.<sup>193</sup> עסקת החבילה במקרה זה כרכה יחד את דברי החקיקה הבאים: חקיקת חוק-יסוד: משאל עם; "רפורמת המשילות" (חבילת תיקוני חקיקה שכללה תיקונים משמעותיים לחוק-יסוד: הממשלה וכן תיקונים לחוק-יסוד: הכנסת, לחוק-יסוד: משק המדינה ולחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, לרבות העלאת אחוז החסימה); ו"חוק הגיוס" (תיקונים לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 וחקיקת חוק שירות לאומי-אזרחי, התשע"ד-2014, אשר הסדירו מחדש את סוגיית גיוסם של החרדים, במקום "חוק טל", שבוטל בידי בג"ץ) – שלוש יוזמות חקיקה משמעותיות שכל אחת מהן הייתה חשובה לרכיבים אחרים בקואליציה.<sup>194</sup>

בצעד חריג, הקואליציה לא הסתפקה בהטלת משמעת קואליציונית בנוגע ליוזמות חקיקה אלה, אלא דרשה מכל סיעות הקואליציה לחתום על הסכם כתוב המעגן עסקת חבילה, שבמסגרתה התחייבו הסיעות שכל חבריהן יצביעו בעד כל היוזמות.<sup>195</sup> כמו כן, הקואליציה השתמשה בסדרי דיון מיוחדים ומזורזים, המגבילים את משך הדיון ואת יכולתם של המסתייגים לנמק את הסתייגותיהם, כדי להעביר ברצף את שלוש יוזמות החקיקה הללו בקריאה שנייה ושלישית.<sup>196</sup> בתגובה על החלטות אלה הודיעו כל סיעות האופוזיציה כי יחרימו את הדיון בכנסת. במסגרת הליך מזורז זה אישרה הכנסת בקריאה השנייה והשלישית חוק יסוד חדש וכן תיקונים לשלושה חוקי יסוד מרכזיים ולכמה חוקים חשובים – שינויים חקיקתיים שלכל אחד מהם יש השלכות משטריות, חוקתיות, חברתיות ופוליטיות מרחיקות לכת – וכל זאת במרתון חקיקה שארך שלושה

<sup>191</sup> לפירוט, ראו בנדור "פגמים", לעיל ה"ש 22.

<sup>192</sup> מחקר תכליתי, לעיל ה"ש 190.

<sup>193</sup> על log-rolling, ראו Richard Briffault, *The Single-Subject Rule: Uncertain Solution for Omnibus Legislation, in* COMPARATIVE MULTIDISCIPLINARY PERSPECTIVES ON OMNIBUS LEGISLATION 169 (Ittai Bar-Siman-Tov ed., 2021).

<sup>194</sup> ראו בר-סימן-טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 47, בעמ' 696 וה"ש 267.

<sup>195</sup> ראו מורן אזולאי "פרסום ראשון: חוסר אמון בקואליציה לשיא – יוחתם מסמך התחייבויות מיוחד" *ynet* (9.3.2014) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4496699,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4496699,00.html).

<sup>196</sup> החלטה של ועדת הכנסת "בדבר סדרי דיון מיוחדים בקריאה השנייה ובקריאה השלישית" (5.3.2014).

ימים. כך יצא שהשינויים החוקתיים הדרמטיים הללו התקבלו לא רק בהליך בהול וללא דיון מספק, אלא גם תוך שלילת אפשרותם של חברי הכנסת מהקואליציה לגבש עמדה עצמאית באשר לכל אחת מיוזמות החקיקה, וללא השתתפות האופוזיציה.<sup>197</sup>

המקרה השני הוא הליך החקיקה של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי בשנת 2018, בעת כהונת הכנסת ה-20, אשר הפר גם הוא את הנורמה ארוכת השנים של הסכמה רחבה וחוצת מחנות. על מנת להתגבר על ההתנגדות להצעת החוק מצד האופוזיציה ומצד חבר כנסת אחד מהקואליציה הועברה הצעת החוק לוועדה מיוחדת שהוקמה לשם קידומה.<sup>198</sup> בהליך החקיקה ובדיוני הוועדה לא הייתה התדיינות אמיתית או משא ומתן של ממש בין האופוזיציה לקואליציה, ובסופו של דבר נקבע הנוסח הסופי בידי הקואליציה בלבד.<sup>199</sup> חוק היסוד התקבל בקריאה השלישית בקולות הקואליציה בלבד, בעוד שכל חברי הכנסת מהאופוזיציה שנכחו הצביעו נגד (ושני חברי כנסת, בני בגין ואורלי לוי-אבקסיס נמנעו).<sup>200</sup> עידו פורת מסכם את מחקרו על הליך חקיקה זה כך: "חוק הלאום נחקק ברוב צר, ללא הסכמה פוליטית רחבה"; "הליך פרטיזני שבו כפה צד אחד את עמדתו על הצד השני והתוצאה הסופית התקבלה בהסכמתו של צד אחד בלבד"; "בהליך קבלת החלטות כאוטי ולא סדור, שהיה זהה להליך של חקיקה רגילה, ולא כפי שראוי לצפות מחוקה, ברוב גדול, מתוך דיון ציבורי ארוך ושיקול דעת, וגיבוש קונצנזוס רחב שישקף את עמדות כל חלקי הציבור".<sup>201</sup>

לצד האופן הפגום שבו נחקקו שני חוקי היסוד החדשים בעשור האחרון,<sup>202</sup> אפשר לציין גם את הליכי החקיקה המזורזים, המכוונים לרוב להעצמה מיידית של הממשלה, שבהם קודמו התיקונים התכופים לחוק-יסוד: הממשלה, לחוק-יסוד: הכנסת ולחוק-יסוד: משק המדינה לאורך העשור האחרון. הכנסת ה-23 (קואליציה בראשות נתניהו-

197 לתיאור הליך החקיקה של יוזמות חקיקה אלה, ראו למשל, עמרי נחמיאס "מול ספסלים ריקים: הקואליציה מעבירה את חבילת החוקים" **וואלה** (10.3.2014) <https://news.walla.co.il/item/2727672>.

198 פורת "כיצד יש לחוקק", לעיל ה"ש 73, בעמ' 174-175.

199 וככל שנעשו פשרות או ריכוכים, הם נעשו בדיונים פנימיים של הקואליציה בלבד, בעיקר בתגובה לאזהרות הייעוץ המשפטי (ראו שם). ראו גם רונית לוי-שנור ואדם שנער "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקות?" **תרכות דמוקרטית** 20, 127 (2021).

200 פורת "כיצד יש לחוקק", לעיל ה"ש 73, בעמ' 174-175.

201 שם בעמ' 164-166: "הליך חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם לא התאפיינו באותה מידה של פרטיזניות פוליטית [שאפיינה את חקיקת חוק יסוד הלאום], אלא היו תוצר של פשרה פוליטית שהייתה מקובלת על שני צדי המתרס הפוליטי".

202 ראו עם זאת את עמדת השופט גרוסקופף, שלפיה אף שחוקי היסוד הללו התקבלו ללא הסכמה רחבה, אין לראות בהם "חידוש או שינוי העומד בסתירה ל'נתונים החוקתיים' של 'החוקה בהתווה'", שכן בעקבות חקיקת חוק-יסוד: משאל עם "הוחלש כוחה של הכנסת, וחוזק כוחה של הדמוקרטיה הישירה, בכך שנדרש משאל עם", ואילו חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי "ניתן לפרשנות שאינה פוגעת במאפיינים הדמוקרטיים הגרעיניים של מדינת ישראל". ראו בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 19, בפס' 44 לפסק הדין של השופט גרוסקופף. בהקשר זה ראו גם אילן סבן "המשך המדרון: התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בגדה המערבית, בירושלים או ברמת-הגולן בקבלתן ברוב מיוחס" **משפט וממשל** כה 29 (2023).

גנץ), הכנסת ה- 24 (קואליציה בראשות בנט-לפיד) והכנסת ה- 25 (הקואליציה הנוכחית בראשות נתניהו) מגדישות בעניין זה את הסאה.<sup>203</sup>

### ה. ביקורת שיפוטית של הליכי החקיקה והתיקון של חוקי יסוד

אין חולק כי מן הראוי היה שהכנסת תקבע במפורש – במסגרת חוק-יסוד: החקיקה או במקום אחר – הליכי חקיקה מיוחדים הראויים לקבלת חוקי יסוד. מעבר לדרישות הליכיות של רוב מיוחס, של מספר קריאות ושל משך הליך החקיקה,<sup>204</sup> ראוי כי הכנסת תקפיד על קיומו של הליך חקיקה חוקתי שיהיה דליברטיבי, פומבי, יסודי, מבוסס על השתתפות וקונצנזואלי, המשקף הסכמה פוליטית וציבורית רחבה בקבלת נורמות חוקתיות משמעותיות.<sup>205</sup> אחריות זו היא בראש ובראשונה על הכנסת. אולם לטענתנו, במציאות שהכנסת אינה מחוקקת נורמות המסדירות את עיצוב ההליך החוקתי, ובינתיים קואליציות מכהנות משתמשות בכוחה המכונן של הכנסת תוך הפרה של נורמות ראויות ואף כאלה שהיו מקובלות משך שנות דור לחקיקה חוקתית, לבית המשפט יש תפקיד הכרחי לוודא כי הכנסת מקפידה על נורמות הליכיות בחקיקת חוקי יסוד ובכלימת הזילות הגוברת בהליכי חקיקתם.<sup>206</sup>

את הטיעון נפתח בכמה שלבים. ראשית, נטען שהשחיקה בנורמות ההליכיות בחקיקת חוקי יסוד שעליה הצבענו מצביעה על הסכנה לכשל אינהרנטי במערכת התמריצים של חברי הכנסת לוודא שיתקיימו נורמות הליכיות בהליך החקיקה, שעלול להתמש בתנאים של שחיקה בנורמות מוסדיות והתגברות הקיטוב ושלאורו נדרשת ביקורת שיפוטית אשר תאזן את מערכת התמריצים הזו. שנית, בהסתמך על הניסיון ההשוואתי, נטען שהתערבות שיפוטית עשויה להיות הכרחית גם כדי למנוע את שחיקת אופיו של המשטר הדמוקרטי עצמו. שלישית, נעמוד על הבסיס הקיים במשפט הישראלי הפוזיטיבי לאכיפה שיפוטית של נורמות אל.

<sup>203</sup> ראו, בין היתר, את חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), ס"ח התש"ף 34, וחוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 49), ס"ח התש"ף 70 (תיקונים בנושא ממשלת החילופים בכנסת ה-23); חוק-יסוד: משק המדינה (תיקון מס' 10 והוראת שעה לשנת 2020) (תיקון מס' 3), ס"ח התש"ף 294 (הסדר ייחודי לעניין תקציב המדינה לשנת 2020, שתוקן עוד פעמים ספורות במהלך אותה שנה; ראו עניין שפיר, לעיל ה"ש 122); חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), ס"ח התשפ"ג 4 (חקיקה פרסונלית לעניין כהונתו של שר השורשע ונשלח למאסר (ראו עניין שיינפלד, לעיל ה"ש 186), לצד שינוי שורת הסדרים בעניין סמכויות שרים); חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 51), ס"ח התשפ"א 368 (שינוי הסדרים בניגול התקציב ובנושא "החוק הנורווגי"); חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 52), ס"ח התשפ"ג 8 (שינויים נוספים בדני "החוק הנורווגי"); חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12), ס"ח התשפ"ג 72 (קביעת הסדר נבצרות חדש לראש הממשלה, שנועד לחול בתחולה מיידית, ראו עניין הנבצרות, לעיל ה"ש 186).

<sup>204</sup> ראו ווייל, לעיל ה"ש 42; יניב רוזנאי "חוק יסוד החקיקה: שאלה של זמן ולא רק של רוב" גלובס 204 (16.11.2021) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001390959>.

<sup>205</sup> ראו בר-סימן-טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 47, בעמ' 685-686.

<sup>206</sup> לדיון בתפקיד בית המשפט בחיזוק הכנסת מול הממשלה, ראו איל בנבנשתי "בלמים ואיוונים בחסות בית המשפט" משפטים לא 797-813, 817 (2001). ראו גם בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 19, בפס' 82-83, 86 לפסק הדין של הנשיאה חיות, בפס' 7 לפסק הדין של השופט פוגלמן ובפס' 14 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

## 1. על הפגם הנעוץ בשימוש לרעה בהליך החוקתי כדי לחתור תחת תכליות החוקה

שימוש לרעה בהליך החוקתי כדי לעגן בחוקה הסדר שחותר תחת היסודות הדמוקרטיים של השיטה החוקתית אינו מטופל באופן ממצה במסגרת שתי הדוקטרינות המשמשות בישראל לביקורת שיפוטית על חוקי היסוד – דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת ודוקטרינת התיקון החוקתי שאינן חוקתי. שימוש לרעה בהליך החוקתי הוא מצב שבו הרשות המבצעת משתמשת לרעה בכוח הניתן לה במסגרת הליך החקיקה כדי להעביר חקיקה חוקתית שתכליתה להחליש משמעותית את עקרונות היסוד של השיטה. מצב דברים כזה אינו רק מקרה של עיגון חוקתי של תכנים פוגעניים בעליל באשר לחוקה ("תיקון חוקתי שאינו חוקתי"). לחלופין, זהו מצב שאינו נופל במסגרת המקובלת של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת", כי אין עניינו בהכללת סוגי הסדרים שאינם מתאימים להסדרה חוקתית בחוקה ("שימוש לרעה בסמכות המכוננת"). זהו מצב שבו הרוב הקואליציוני המזדמן מנצל את שליטתו בהליך או את חולשת ההליך כדי להעביר תיקון חוקתי שתוצאתו היא שחרור של השלטון מחובותיו המשפטיות כלפי הציבור.

למעשה, ניצול השליטה בהליך החוקתי כדי להסיר מהרשות המבצעת מגבלות חותר תחת משמעותה המקובלת של החוקה כמנגנון שנועד להגביל את השלטון מלפעול בשרירות, למען אינטרסים צרים ולא לטובת הציבור בכללותו. כפי שהיטיב לנסח Jon Elster, "The constitution should be a framework for political action, not an instrument for action"<sup>207</sup>. חוקי היסוד נועדו לשמש כסיס לתפקודה התקין של הדמוקרטיה הישראלית: הפרדה בין הרשויות, איזונים ובלמים ביניהן ושמירה על שלטון החוק, על זכויות היסוד ועל ערכי היסוד של המדינה. חוקי היסוד נועדו למנוע את ריכוז הכוח השלטוני בידי גורם אחד ולקבע מגננוים שימנעו ממנו לבצר את כוחו.

ממשלה הנהנית מאמון הכנסת לתקופת כהונתה נועדה לשרת את בוחריה במשך תקופה זו. ניצול חולשת ההליך החוקתי כדי להעניק לאינטרסים של הרוב המזדמן מעמד חוקתי, שיחזק את כוחו בעת כהונת הממשלה ולאחריה, חותר תחת עקרון הפרדת הרשויות. הציבור בישראל הפקיד בידי הכנסת בכובעה כסמכות מכוננת את הסמכות לכונן כללי משחק של דמוקרטיה, של שלטון חוק ושל זכויות אדם. כינון חוקה לטובת ביצור כוחה של הרשות המבצעת והעצמתה, תוך ניצול לרעה של חולשות ההליך ושליטת הממשלה בו, על רקע של אי-הסכמה רחבה וברורה, היא הפרה של החוזה שבין החברה הישראלית לנבחריה. ניצול לרעה של חולשת ההליך החוקתי בישראל ואופי הייחודי של המשטר החוקתי הישראלי כדי להעצים את כוחו של הרוב הקואליציוני בחסות הסדרים חוקתיים מחייב פיתוח של הדוקטרינות הקיימות בנוגע לביקורת השיפוטית החוקתית מעבר למודלים הקיימים של תיקון חוקתי שאינן חוקתי ושל שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

<sup>207</sup> JON ELSTER, ULYSSES UNBOUND 100 (2000).

## 2. הצורך בביקורת שיפוטית כמענה לכשלים בהליך החקיקה של חוקי יסוד

הצורך המוגבר בקביעת אמות מידה לחקיקה חוקתית בידי בית המשפט אינו נובע רק מהיעדרם של חוקה נוקשה או של חוק-יסוד: החקיקה. הוא נובע גם מכך שהניסיון הפרלמנטרי מחקיקת חוקי יסוד בשנים האחרונות מלמד על חרפת הכשל המובנה במערכת התמריצים של המחוקקים. לכאורה לכנסת אמור להיות ככל עת תמריץ לכבד את הנורמות ההליכיות הבסיסיות שבחקיקת חוקי יסוד, שכן הליך ראוי תורם הן לאיכות הנורמות שיתקבלו והן לגיטימציה הציבורית שלהן. אולם בפועל שיקולים פוליטיים של שרידות קואליציונית, התחושה שהיריב הפוליטי הוא "אויב" שיש להימנע משיחות פעולה עימו או מקביעת כללים באופן שעשוי גם לשרתו בבוא היום, ולבסוף צורכי השעה של הפוליטיקה היום יומית – יוצרים כולם תמריצים לחוק את הנורמות ההליכיות הראויות, אשר נתפסות כמכשול בדרך להגשמת היעד הפוליטי.<sup>208</sup> אף שהמציאות בהליכי החקיקה של חוקי יסוד בישראל בשנים האחרונות עגומה במיוחד, תופעה זו חושפת כשל פוטנציאלי בסיסי ואוניברסלי יותר ביכולת לסמוך על מנגנוני אכיפה פנים-פרלמנטריים בלבד. כפי שאיתי בר-סימן-טוב הסביר בהרחבה, ניתוח ההתנהגות של מחוקקים ושל הכוחות והתמריצים השונים שמניעים מחוקקים, וכן הניסיון ההשוואתי, מלמדים כי ישנו פוטנציאל אינהרנטי לכשל ביכולת של פרלמנטים לאכוף על עצמם נורמות הליכיות בהליך החקיקה.<sup>209</sup> כשל פוטנציאלי זה אינו מתמשך בכל המקרים, אך הסיכון להתממשותו מוחמר במדינות שבהן יש שחיקה בנורמות מוסדיות (והתגברות תמריצים פרטיזניים על תמריצים מוסדיים) וכן במדינות שבהן הפרלמנט מקוטב.<sup>210</sup> במדינות אחרות כשל זה בא לידי ביטוי ביחס לשמירה על נורמות הליכיות בהליך החקיקה של חוקים רגילים ובפוליטיקה הרגילה, ואילו בישראל, בהיעדר הפרדה פורמלית בין הליך החקיקה החוקתי להליך החקיקה של חוקים רגילים, הכשל בא לידי ביטוי אף בהליך החקיקה של חוקי יסוד. אכן, לכאורה מערכת התמריצים הזו, המזמינה את חברי הכנסת לנצל את העובדה שהליך החקיקה של חוקי היסוד לא עוגן במפורט בחוק-יסוד: החקיקה, קיימת בישראל מאז החלטת הררי, ובכל זאת לא נוצלה על ידם לרעה עד לעשור האחרון. הסיבות לכך עשויות להיות מגוונות. הסבר אפשרי אחד הוא הדבקות בדרך שהתקבלה בידי חברי הכנסת סמוך לאחר החלטת הררי, והשרשתה כנוהג באשר לדרך הראויה לחוקק חוקי יסוד. מכיוון שהנוהג היה מקובל ומוסכם, חברי הכנסת פעלו על פיו גם ללא עיגון מפורש בחוקי היסוד וללא פירוט נרחב בתקנון. כמו כן, ניתן לשער שהניסיונות לחוקק את חוק-יסוד: החקיקה, הגם שהם לא הבשילו, השפיעו על המודעות ועל הרצון של חברי הכנסת לעגן את ההליך באופן חוקתי ומפורט. בצל הניסיון הנמשך לעגן כללים

מחקר תכלית, לעיל ה"ש 190.

ראו Ittai Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, 52 WM. & MARY L. REV. 805 (2010); Ittai Bar-Siman-Tov, *The Role of Courts in Improving the Legislative Process*, 3 THEORY & PRAC. LEGIS. 295 (2015) (להלן: Bar-Siman-Tov, *The Role of Courts*).

שם, בעמ' 299-300.

208

209

210

סדורים ומפורטים שיחייבו הליך מיוחד, המשיכו חברי הכנסת לפעול כאילו העקרונות המוסכמים שהיו נהוגים עד אותה עת מחייבים אותם, ולו למשך הזמן שעד לחקיקת חוק-יסוד: החקיקה ועיגונו המדויק של הנוהג באמצעות מילותיו המפורשות של החוק. מנגד, תהליך השחיקה והכרסום בקיום הכללים המעוגנים בנוהל עשוי להיות קשור לתהליכים דומים לאלו שקרו במדינות אחרות – שחיקה בנורמות מוסדיות, התגברות הפרטיזניות והתגברות הקיטוב בפרלמנט,<sup>211</sup> תופעות שמאפיינות בשנים האחרונות את הפרלמנט הישראלי.<sup>212</sup> לתופעות אלו ניתן להוסיף גם את הגידול בקיטוב החברתי, תהליכי שחיקה דמוקרטית רחבים יותר שהשפיעו על ישראל, העתקה והשאלה מהשימוש לרעה בהליך חוקתי במדינות אחרות ואולי גם את עצם הכישלון הנמשך לחוקק את חוק-יסוד: החקיקה, אשר ייתכן שפורש בידי חלק מחברי הכנסת כפרימת הכללים המוסכמים עצמם.

כשל זה החריף בשנים האחרונות גם לנוכח השימוש הנרחב במשמעת קואליציונית, אפילו בחקיקת חוקי יסוד,<sup>213</sup> תוך הפרת התפיסה שהייתה נהוגה בעבר "שבענין חוקי היסוד אין הממשלה צריכה להטיל משמעת קואליציונית. ההצבעה בענין זה צריכה להיות חופשית".<sup>214</sup> לא זו בלבד שמשמעת קואליציונית בהליך חוקתי מונעת מחברי הכנסת לייצג נאמנה את מגוון האינטרסים של בוחריהם, היא גם לעיתים מבטאת את עמדותיהם הערכיות של חלק מסייעות הקואליציה המרכיבות את הממשלה, אשר מכוח ההסכמים הקואליציוניים והמשמעת הקואליציונית נחקקות למרות היעדר התמיכה של הרוב בפרלמנט או בציבור.<sup>215</sup> משמעת קואליציונית, ובפרט כזו שמטרתה להבטיח את המשך קיומה של קואליציה, מעודדת מתן משקל יתר לשיקולים פוליטיים צרים ולשיקולים המתמקדים בטווח הקצר, ומייתרת את התמריצים ואת הסיכויים להגיע לפשרות ולקבוע הסדרים שיועילו גם לקואליציות עתידיות, יהיה הרכבן אשר יהיה.<sup>216</sup> מכאן שהדרישה להכפיף את כלל חברי הקואליציה למשמעת קואליציונית בהליך חוקתי עומדת בסתירה לתכליות היסוד של ההליך החוקתי.

211 ש.ס.

212 ראו למשל תומר אביטל "הקיטוב בכנסת במספרים: כך צנחו אחוזי הקונצנזוס בהצבעות" **שקוף** (20.12.2021) <https://shakuf.co.il/29148>; הורוביץ ובר-סימן-טוב, לעיל ה"ש 184, בעמ' 318-313.

213 ראו אמנון רובינשטיין ויובל גבע "השימוש במשמעת פוליטית בעת כינון חוקי-יסוד" **ICON-S-IL Blog** (25.3.2020) <https://bit.ly/3YPWFsh>.

214 פרוטוקול ועדת המשנה 1956, לעיל ה"ש 51, בעמ' 3 (דברי השר פנחס רוזן). ראו גם בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 19, בפס' 79 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

215 אילו ביטאה משמעת קואליציונית נאמנה את עמדות כלל חברי הקואליציה, לא היה בה צורך. כפי שראינו לעיל, הליך חקיקת חוק-יסוד: משאל עם הדגים זאת בצורה חזקה. לפירוט, ראו גם בר-סימן-טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 47, בעמ' 696 וה"ש 267.

216 כמו כן, הניתוח הכלכלי של ההליך החוקתי מלמד כי הסכמים בין שחקנים פוליטיים מאפשרים לקבוצה לקדם את עמדתה בתחום שחשוב לה במיוחד, בתמורה להערפת האינטרסים של קבוצה אחרת בתחום אחר, באופן שמבטיח את ייצוגן ואת הגשמתן של השקפות עולם מגוונות באשר להסדר החוקתי. ראו (2002) **ROBERT D. COOTER, THE STRATEGIC CONSTITUTION**. בחסות המשמעת הקואליציונית אין לחברי הכנסת מטעם הקואליציה תמריץ או הצדקה לחתור להסכמות או לפשרות עם חבריהם מסייעות הקואליציה או האופוזיציה.

בעיה זו מוחרפת בישראל לאור שליטתה של הממשלה בהליך החקיקה ובגורלן של הצעות חקיקה, בין אם מדובר בהצעות חוק ממשלתיות (שברוב הכנסות כמעט כולן מתקבלות ללא יכולת אמיתית לאופוזיציה למנוע את חקיקתן) ובין אם מדובר בהצעות חוק פרטיות (שברוב הכנסות גורלן של כמעט כולן מוכרע בידי ועדת השרים לענייני חקיקה).<sup>217</sup> כך יוצא שבישראל "הכנסת הופכת להיות סוכנת החקיקה של הממשלה",<sup>218</sup> בעוד שהממשלה הופכת למעשה לצד היותר רשות מבצעת גם לרשות מחוקקת ולרשות מכוננת.<sup>219</sup> מציאות זו באה לידי ביטוי בכך, שבעשור האחרון כמעט כל ממשלה שינתה את חוקי היסוד שאמורים להגביל אותה באופן שישרת את צרכיה הקואליציוניים – לעיתים אף בהליך מזוזר עוד בטרם השבעת הממשלה או תוך זמן קצר ביותר מעת השבעתה.<sup>220</sup> וכפי שחקיקתם של לפחות שני חוקי יסוד בכנסת הנוכחית הראו, לפעמים הכנסת מכוננת לא רק כדי לשרת אינטרס פוליטי-קואליציוני של הממשלה, אלא למען אינטרס פרסונלי של ראש הממשלה או של אחד משריה.<sup>221</sup> ההליך של הצעת חוק יסוד מטעם ועדה נועד, כפי שהראינו, להבטיח את עצמאות הכנסת מן הממשלה בדיוק נוכח כשלים אלה. אולם גם הליך זה עשוי להיות חשוף להשתלטות ממשלתית-קואליציונית אם הוא אינו מנוהל לפי אמות המידה הדיוניות המתחייבות מתכליתו.

כשל מובהק זה פוגע ביכולת הכנסת להבטיח הליך חקיקה ראוי בחקיקת חוקי יסוד, בייחוד בתקופות של התדרדרות מעמדן של נורמות מוסדיות ושל קיטוב פוליטי חריף. על רקע זה אין מנוס מן המסקנה, שנדרשת נוכחותו של גורם מפקח חיצוני אשר יאזן במעט את מערכת התמריצים של הכנסת וחבריה לעבר כיבודן של נורמות הליכיות,

<sup>217</sup> לכיסוס מפורט יותר של טענה זו ולאסמכתאות נוספות שתומכות בה, ראו מתן גוטמן "המדינה הקואליציונית: 'חותמת הגומי' ו'להקת המעודדות' – על רמיסת הכנסת על ידי הממשלה" ספר סלים ג'ובראן 197 (אהרן ברק ואח' עורכים 2023); עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר **ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות – על מגיעת כוח מוחלט מרשויות השלטון** 91-92 (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019); הורוביץ ובר-סימן-טוב, לעיל ה"ש 184, בעמ' 313-318. כן ראו והשוו גיל ברינגר "הממשלה המחוקקת" **השילוח** 18, 91, 92 (2020) ("בטענה עוברתית אחת צודקים מבקריה של השיטה הקיימת... עמדת... וועדת השרים לחקיקה חורצת במידה ניכרת את דינה של הצעת חוק מטעם הכנסת – לחיים או למיתח... בפועל... לוח ההצבעה במליאת הכנסת אכן משקף את החלטותיה של ועדת השרים לחקיקה. מה שהתרחש בקומה הראשונה של משרד ראש הממשלה ביום ראשון, בישיבתה השבועית של הוועדה, משפיע באופן ישיר על מה שיתרחש בקומה השלישית של משכן הכנסת ביום רביעי, בעת שתתכנס בו המליאה להצבעה").

<sup>218</sup> הורוביץ ובר-סימן-טוב, לעיל ה"ש 184, בעמ' 313.

<sup>219</sup> ראו בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 19, בפס' 112 לפסק הדין של הנשיאה חיות ובפס' 32 לפסק הדין של השופט ברון. כן ראו אורי אהרונסון, דורין לוסטיג, איתי בר-סימן-טוב, עדן ישראלי לוי, רוגית לוי-שנור ואסי רוזן-צבי "כשהממשלה מכוננת לעצמה: חקיקת הסבירות כניצול לרעה של שליטת הממשלה בהליך החוקתי כדי לפטור עצמה מחובות משפטיות" **ICON-S-IL Blog** (27.10.2023) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2023/10/27/271023>.

<sup>220</sup> מחקר תכלית, לעיל ה"ש 190.

<sup>221</sup> כך בחקיקת "תיקון הנבצרות" עבור נתניהו וכך בחקיקת "תיקון דרעי" בעת כהונת הכנסת הנוכחית (עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 186; עניין **הנבצרות**, לעיל ה"ש 186). לנסיבות הקונקרטריות של ניגוד עניינים שב מוצי ראש הממשלה, ראו גם לוציאן אריה בבצ'וק וברק מדינה "ביקורת שיפוטית על הרפורמה המשפטית" **פורום עיוני משפט** מח (2023).

לכל הפחות כאשר על הפרק עומדים שינויים משמעותיים במשטר החוקתי ובמבנה הפרדת הרשויות או בהגנה על זכויות. במבנה המשטרי הטיפוסי בדמוקרטיה חוקתיות המבוססות על הפרדת רשויות בית המשפט הוא השחקן ההולם למשימה זו. דיון נרחב באופנים שביקורת שיפוטית משפיעה על הליך החקיקה ומביאה לטיוב חורג מהיקפו של מאמר זה. טיעונים אלו פותחו במחקרים אחרים.<sup>222</sup> לפיכך נציין כאן רק בתמצית שני אופנים שביקורת שיפוטית על הליך החקיקה יכולה למתן שחיקה בכיבודן של נורמות הליכיות בהליך החקיקה. ראשית, לביקורת השיפוטית יש השפעה אקס-פוסט, המוסיפה הליך בקרה נוסף המאפשר לתקן בדיעבד פגמים שנפלו בהליך החקיקה. מה שמאפיין את ההליך השיפוטי הוא שבעוד שבהליך החקיקה נורמות הליכיות נוטות להידחק לטובת שיקולי מדיניות ושיקולים פוליטיים, בהליך השיפוטי הנורמות ההליכיות מקבלות את מרכז הבמה. לפיכך עצם ההבדל בין ההליך הפוליטי לבין ההליך המשפטי במיקוד שניתן לנורמות הליכיות, בשילוב עם העובדה שנוסף עוד הליך בקרה המאפשר להגן על נורמות הליכיות, מביא לאפקט מצטבר של שמירה גדולה יותר על נורמות הליכיות אלו.

שנית, וחשוב מכך, לביקורת השיפוטית יש השפעה אקס-אנטה: הידיעה שהחוק יובא בפני ביקורת שיפוטית משנה מראש את מערכת התמריצים של המחוקקים. המוטיבציה להפר נורמות הליכיות בהליך החקיקה נובעת לרוב מהרצון לחוקק חוק (רצון שנובע עצמו משילוב של תמריצים כגון שיפור המציאות או קידום מדיניות ואידאולוגיה מסוימת, מימוש הבטחות לבוחרים, ריצוי קבוצות אינטרסים, שאיפה להיבחר מחדש או לזכות בכוח ובמוניטין ועוד) ומהתפיסה כי הנורמות ההליכיות הן מכשול בדרך למימוש רצון זה. ואולם הידיעה שהפרת הנורמות ההליכיות עלולה להוביל לביטול החוק בידי בית המשפט והרצון להימנע מתוצאה זו יוצרת מוטיבציה חזקה לכבד את הנורמות ההליכיות בהליך החקיקה. כך, באופן אופטימלי, האפקט המרתיע (שמכונה בספרות "the deterrent or anticipatory impact" של הביקורת השיפוטית אמור להביא לכך שהמחוקקים עצמם יאכפו על עצמם נורמות הליכיות מראש בהליך החקיקה, כך שהתערבות שיפוטית ופסילת חוקים בשל פגם בהליך כמעט שלא תידרש.<sup>223</sup> מובן שניתוח זה נכון עד כמה שהמחוקקים (וקהליהם) מתייחסים לביקורת השיפוטית כתקפה. כלומר, הוא מותנה בקיומה של מערכת חוקתית מתפקדת. במצבי משבר, שבהם גם הפרה של צו שיפוטי או התעלמות ממנו היא אפשרות פוליטית ממשית, ההיתכנות של ביקורת שיפוטית אינה ערובה לציות לנורמות הליכיות; ועדיין יש בה בדרך כלל כדי לייקר את המחיר הפוליטי של הפרתן.

<sup>222</sup> להסבר מקיף כיצד ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה עשויה להגשים תפקיד זה ולהוביל לטיוב הליך החקיקה, ראו Bar-Siman-Tov, *The Role of Courts*, לעיל ה"ש 209.

<sup>223</sup> להרחבה על טענות אלו ולאסמכתאות שתומכות בה, ראו שם.



### 3. על הצורך לעמוד על תקינות ההליך החוקתי כדי למנוע את התדרדרות הדמוקרטיה – הניסיון ההשוואתי

טעם נוסף לכך שעל בית המשפט לסייע לכנסת להבטיח את תקינות הליך החקיקה, ובעיקר חקיקה שמשנה נורמות חוקתיות ומשטריות, הוא שהדבר חשוב במיוחד לשם הגנה על דמוקרטיה מפני התדרדרות למשטרים סמכותניים לא-ליברליים. הניסיון ההשוואתי מלמד, שישנו קשר ברור בין שימוש לרעה בהליכי חקיקה לבין התדרדרות של דמוקרטיה. כך למשל, כמה מחקרים על הונגריה הראו כיצד הקואליציה השלטת של Fidesz-KDNP השתמשה לרעה בכוחה הפרלמנטרי וחוקקה את החוקים שהובילו לשינויים המשטריים שם תוך הפרה גורפת של נורמות של הליכי חקיקה ראויים, כחלק אינטגרלי וכאמצעי מרכזי באסטרטגיה להפוך את הונגריה למדינה סמכותנית ואנטי-ליברלית.<sup>224</sup> תמונה דומה של שימוש לרעה בהליך החקיקה והפרת נורמות של חקיקה ראויה כאמצעים להעביר בפרלמנט שינויים משטריים עולה גם מכמה מחקרים על פולין.<sup>225</sup> בהודו מחקרים מראים, כיצד מפלגת השלטון השתמשה באופן שאינו הוגן בהליכי החקיקה כדי להתעלם מן האופוזיציה בהליך מהיר ובלי דיון, או השתמשה לרעה בהליך של תקציב זמני לשם העברת תקציב שנתי מלא חודשיים לפני בחירות.<sup>226</sup>

הונגריה, פולין והודו הן רק דוגמאות – מובהקות במיוחד – של תופעה רחבה יותר. לפני כשנתיים הקדיש כתב העת המוביל בעולם בתחום החקיקה, "The Theory and Practice of Legislation", גיליון נושאי מיוחד לבחינת הקשר שבין הליך החקיקה לבין תופעת ההתדרדרות למשטרים סמכותניים לא-ליברליים. המחקרים בגיליון הראו, שהניסיון מהמדינות שמייצגות את הדוגמאות המובהקות ביותר (כמו פולין והונגריה אך גם מדינות כמו אינדונזיה וטורקיה) מלמד שממשלות אשר מובילות מהלכים אוטוריטריים שמביאים לשינויים באופן המשטר עושות זאת לעיתים קרובות באמצעות טקטיקות דומות בהליך החקיקה. להליכי החקיקה במשטרים הללו יש כמה מאפיינים משותפים, כפי שמסכמים זאת היטב עורכי הגיליון:<sup>227</sup>

"[P]ure majoritarian principle, the instrumental use of legislation, the increased use of accelerated legislative

<sup>224</sup> וראו למשל Viktor Zoltán Kazai, *The Misuse of the Legislative Process as Part of the Illiberal Toolkit. The Case of Hungary*, 9 THEORY & PRAC. LEGIS. 295 (2021) ומחקרים נוספים המצוטטים שם.

<sup>225</sup> וראו למשל Agnieszka Bień-Kacała, *Legislation in Illiberal Poland*, 9 THEORY & PRAC. LEGIS. 276 (2021) ומחקרים נוספים המצוטטים שם.

<sup>226</sup> Tarunabh Khaitan, *Killing a Constitution with a Thousand Cuts: Executive Aggrandizement and Party State Fusion in India*, 14 LAW & ETHICS HUM. RTS. 49 (2020).

<sup>227</sup> Tímea Drinóczi & Ronan Cormacain, *Introduction: Illiberal Tendencies in Law-Making*, 9 THEORY & PRAC. LEGIS. 269, 269 (2021).

processes and omnibus legislation, disregard of compromise... reduction of the importance of the citizen in the legislative process... Consultations are not important, or are observed in name only".

הניסיון ההשוואתי (בעיקר מהונגריה ומפולין) מלמד לקח חשוב נוסף, אשר יתחדד עוד בהמשך, הרלוונטי במיוחד לשאלת הביקורת השיפוטית על הליכי חקיקה: כשביט המשפט אינו מקיים את חובתו להתערב במקרים שנפלו פגמים בהליך החקיקה המבטאים שימוש לרעה של הרוב הקואליציוני בהליכי החקיקה כדי להעביר חוקים אנטי-ליברליים, יש בכך כדי לסייע לממשלה לשנות את אופי המשטר עד שמגיעה נקודה שבה המשטר מצליח גם להשתלט על בית המשפט. מאותו שלב אין עוד בכוחו של בית המשפט להגן על קיומו של הליך חקיקה דמוקרטי ועל מעמדה של האופוזיציה.<sup>228</sup> אשר על כן, אנו סבורים שהגנה שיפוטית על הליך החקיקה הדמוקרטי ועל האופן הראוי לקבל ולתקן חוקי יסוד חשובה גם מכיוון שהיא מגינה, בסופו של דבר, על המשטר הדמוקרטי עצמו.<sup>229</sup>

#### 4. הבסיס במשפט הישראלי לפיתוח שיפוטי של נורמות הליכיות לחקיקת חוקי יסוד

עד היום לא קבעה הפסיקה מבחן שונה או אמות מידה מיוחדות לבחינת חוקתיותם של הליכי החקיקה של חוקי יסוד או, בפרט, חוקי יסוד מטעם ועדה. במקום זאת, במקרים המעטים שהייתה התייחסות לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה של חוקי יסוד, הופעלו מבחני הפסיקה שפותחו באשר להליכי החקיקה של חוקים רגילים, כפי שנתעצבו בהלכת **מגדלי העופות** ובהלכת **קוונטינסקי**.<sup>230</sup> המבחנים שנקבעו בהלכות אלו עוצבו באשר להליך חקיקתן של **הצעות חוק ממשלתיות של חוקים רגילים**. אנו סבורים כי מבחנים אלו הם **דף מינימלי** לכל הליך חקיקה, אך אין בהם די והם אינם מתאימים לשמש לבדם מבחן לתקינות הליך החקיקה במקרים שמדובר בחקיקת חוק יסוד ובפרט במסלול חקיקת יסוד מטעם ועדה. אנו טוענים שיש צורך במבחן שונה באשר לחקיקת **חוקי יסוד**, להבדיל מחוקים רגילים, במבחן שונה באשר להצעות חוק **מטעם ועדה**, להבדיל מהצעות חוק ממשלתיות או פרטיות, ומקל וחומר כי השילוב של חקיקת חוקי יסוד עם חקיקה מטעם ועדה מצדיק מבחן מחמיר במיוחד באשר להליכי חקיקה של **חוקי יסוד מטעם ועדה**. עם זאת בסעיפים הבאים נטען, כי כבר בדין הקיים ניתן למצוא בסיס איתן לפיתוח המשפטי שאנו מציעים.

ראו Zoltán Kazai, לעיל ה"ש 224; Bień-Kacała, לעיל ה"ש 225.

ראו יצחק אנגלרד "חובנות בנוגע למציאות הפוליטית-המשפטית במדינת ישראל בעקבות ביוגרפיה חדשה של הנס קלזן" **משפטים על אתר** כ (צפוי להתפרסם ב-2024).

עניין **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 137, עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 17.

228

229

230

(א) הכרה עקרונית בכך שחוקי יסוד דורשים הליך חקיקה שונה מהפוליטיקה הרגילה

בפסיקה הקיימת ניתן למצוא קולות המבטאים הכרה בגישה העקרונית אשר טענו לה מוקדם יותר, שלפיה הליך החקיקה של חוקי יסוד צריך להיות שונה ותובעני יותר מאשר הליך החקיקה של חוקים רגילים, ואף בכמה מהעקרונות שמנינו לעיל בדבר ההליך הראוי לחקיקת נורמות חוקתיות. כך, בעניין חסון ציין השופט קרא, כי

"מושכלות ראשוניים הן כי על ההליך הנדרש לקבלתה של חוקה (בישראל: חוקי יסוד) או לשינויה להיות מכביד יותר מהליך חקיקה או שינוי של חוק רגיל. הליך חוקתי מכביד יותר ו"נוקשה" נועד לקדם תכליות כמו מניעתו של "מחטף חוקתי" על ידי רוב "צר" המקבע הסדרים לטווח ארוך; לעודד קבלתם של פשרות ואיזונים לצורך קבלת החוקה או תיקונה; להבטיח ככל הניתן את יציבותם של ההסדרים החוקתיים; ליתן לגיטימציה דמוקרטית רחבה לחוקה ולמנוע שימוש לרעה בהליך החוקתי; לשמור על עקרונות של צדק והוגנות, בעיקר כלפי המיעוט בחברה; וליצור אחדות וגיבוש".<sup>231</sup>

כך הדגיש גם השופט הנדל, כי

"ונכון להפנים: הליך החקיקה, ועל אחת כמה וכמה הליך כינון החוקה, איננו רק מפגש בין אינטרסים, או זירת סחר מכר בין כוחות פוליטיים שונים... על הרשות המכוננת לכבד את הנורמות שאותן היא יוצרת בכובעה זה, ולהבטיח כי שינויים בכללי המשחק שמתווה החוקה יבוצעו בהליך ראוי, תוך שקיפות ואחריות כלפי הציבור".<sup>232</sup>

ואף הנשיאה חיות הדגישה, כי

"מוטב היה לו תיקונים לחוקי היסוד לא יקודמו בבהילות ובלוח זמנים מהיר... אל לנו לשכוח כי הוראות חוקי היסוד מעצבות את דמותה של החברה ואת שאיפותיה. הן קובעות את מסגרותיה הפוליטיות. הן מניחות את היסוד לערכיה החברתיים. הן קובעות

עניין חסון, לעיל ה"ש 42, בפס' 2 לפסק הדין של השופט קרא ובפס' 91 לפסק הדין של הנשיאה חיות. בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 6.9.2017). (להלן: עניין המרכז האקדמי).

231

232

את שאיפותיה, את מחויבותה ואת מגמותיה של החברה. הן נועדו לכוון התנהגות לתקופה ארוכה. הן קובעות את המסגרות לחקיקתם של חוקים ולהתנהלותו של הממשל'. מכאן מתחייבת 'גישה המבוססת על מרב שיקול-הדעת האפשרי בכינונם של חוקי יסוד או בתיקונם' <sup>233</sup>.

(ב) הכרה בשחיקה שחלה בהליך חקיקתם של חוקי יסוד

לעיל טענו כי ניתן לזהות שחיקה בנורמות ההליכיות הראויות בחקיקת חוקי יסוד. גם בית המשפט העליון ביקר תופעה זו פעמים רבות. עוד בעניין **סיעת חד"ש-תע"ל** <sup>234</sup>. נדון סיבוך פרשני שנגרם מתקלה בהליך חקיקתו של תיקון לחוק-יסוד: הממשלה. באותה פרשה ציין הנשיא ברק כי תקלה זו נבעה מכך שהתיקון התקבל בחופזה, בהליך חקיקה מזוזן, ושאל: "האם כך ראוי הוא להכניס שינויים מהותיים בהסדרים השלטוניים שלנו? חוק רגיל אין לקבל בחיפזון... בוודאי כך לעניין קבלתן של הוראות בחוק יסוד... יש להצטער על החיפזון שגרם לתקלה שבפנינו, ומשוכנעים אנו כי הלקחים נלמדו" <sup>235</sup>.

אולם הלקחים לא נלמדו, ותהליך הזילות של הליכי החקיקה של חוקי היסוד רק העמיק. וכך, בשנים האחרונות נאלץ בית המשפט לחזור ולהזכיר מושכלות ראשונים ולבקר נחרצות את אופן חקיקתם של חוקי היסוד. כך למשל, המשנה לנשיאה רובינשטיין התריע כי לא ראוי שתיוקנים בעלי השלכות רחבות על המבנה החוקתי של המדינה ועל המארג השלטוני ייעשו בלא דיון ציבורי מעמיק, "באופן המוביל לשחיקה מתמשכת במעמדם" <sup>236</sup>. בעניין **שפיר** ביכה השופט עמית את "הקלות הבלתי נסבלת של התיקונים החוקתיים [ה]מתאפשרת במצב החוקתי השורר כיום, בהינתן שבין כובעה של הכנסת כרשות מחוקקת לבין כובעה כרשות מכוננת מפריד מחסום צורני דק מן הדק בדמות הכותרת 'חוק יסוד': ללא אזכור שנת החקיקה; ובהינתן שהכנסת אינה נדרשת לפרוצדורה חקיקתית מיוחדת ולרוב מיוחד (למען הדמוקרטיה בישראל הו לנו כבר את חוק יסוד: החקיקה)" <sup>237</sup>. וכן, רק לאחרונה, בעת כהונתה של הכנסת הנוכחית, ציטטה הנשיאה חיות מפסק הדין בעניין **סיעת חד"ש-תע"ל** והזכירה, כי "מוטב היה לו תיקונים לחוקי היסוד לא יקודמו בבהילות ובלוח זמנים מהיר" <sup>238</sup>.

<sup>233</sup> עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 186, בפס' 45 לפסק הדין של הנשיאה חיות.  
<sup>234</sup> בג"ץ 2257/04 **סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17**, פ"ד נח(6) 685, 714 (2004).  
 ש.ס.

<sup>235</sup> עניין **המרכו האקדמי**, לעיל ה"ש 232, בפס' כה לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.  
<sup>236</sup> עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 122, בפס' 3 לפסק הדין של השופט עמית.

<sup>237</sup> עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 186, בפס' 45 לפסק הדין של הנשיאה חיות.  
<sup>238</sup>

למרבה הצער, הניסיון מלמד שבהתראות ובהנחיות אלו לא היה כדי להועיל, ויש בכך כדי להעיד על כך שבהיעדר תמריצים ראויים אסדרה עצמית לא תבצע.<sup>239</sup>

(ג) הכרה פסיקתית בתפקידה של הביקורת השיפוטית בתמרוץ המחוקק להקפיד על הליך חקיקה ראוי

טענו שהביקורת השיפוטית דרושה על מנת לתקן את הכשל הקיים במערכת התמריצים העצמית של המחוקקים לחוקק ולכבד נורמות הליכיות בהליך החקיקה, וכי הביקורת השיפוטית יכולה לספק את התמריץ החסר. רציונל זה לביקורת שיפוטית הליכית הוכר גם בפסיקתו של בית המשפט. כך, בעניין **סיעת "כך"** נאמר, כי "הכנסת... משמשת היא בפעולתה דוגמה לכל אזרחי המדינה ורשויותיה. כשם שדורשת היא מהם לכבד את חוקיה שלה, כן חייבת היא לדרוש מעצמה לכבד את חוקיה שלה. לשם כך דרושה ביקורת שיפוטית, שכן בלא דיין אין דיין".<sup>240</sup>

על כך הוסיף השופט סולברג בעניין **קוונטינסקי**: "הביקורת השיפוטית עשויה להועיל גם ב'איתותים' או ב'אותות' כלפי המחוקק על מאפייני הליך החקיקה הראוי והנכון; לסייע לכנסת לשפר את הליכי החקיקה ולהקפיד על תקינותם באופן עצמאי".<sup>241</sup> וכפי שביקורת שיפוטית על הליך החקיקה יכולה להביא לשיפור הליכי החקיקה, ריסון יתר של בית המשפט עלול להביא לתוצאה ההפוכה. עמדה על כך הנשיאה נאור באותה הפרשה: "במקרים רבים הערנו על תקינות הליך החקיקה, אך נמנענו מהתערבות בחוק שהתקבל באותו הליך... ייתכן שמנהגנו זה יצר תחושה כי 'הכל מותר', ולא היא. עמדתי היא כי במקרה שלפנינו נחצו כל הקווים האדומים... לא הכל מותר בהליכי החקיקה... לפיכך התערבותנו בחקיקה במקרה דנן הינה מחויבת המציאות".<sup>242</sup>

בהקשר של חוקי יסוד באופן ספציפי כבר נאמר בפסיקה, כי "דווקא העדרה של חוקה שלמה, וקימו של מצב חריג, כאשר נורמות חוקתיות בישראל נחקקות למעשה בהליך חקיקתי רגיל, בהעדר הפרדה מוסדית והליכית בין חקיקת הוראות חוקתיות לבין חקיקה רגילה, ולא בהליך נוקשה וייחודי של חקיקת חוקה או תיקונים לחוקה כמקובל בחוקות בעולם, מעלה את הצורך והחשיבות בקיומן של מגבלות על הפעלת הסמכות המכוננת, ובקיום ביקורת שיפוטית דווקא בשלב זה".<sup>243</sup> וכדומה נאמר, כי "מחויב בית המשפט לריסון שיפוטי מקום שבו מדובר בחוק יסוד. ברם, גם על הכנסת לפעול בריסון בהפעלת סמכותה כרשות מכוננת ולהצביע על חוקי יסוד ב'יד רועדת', תוך מודעות והכרה בחשיבות הרגע וגודל השעה... בהיעדר ריסון עצמי של הרשות המכוננת, גוברת

239 ראו בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 19, בפס' 29 לפסק הדין של השופט פוגלמן ("השילוב הבעייתי שבין חשיבותם ומעמדם של חוקי היסוד לבין הקלות שבה ניתן לחוקק אותם ולתקנם מעורר שאלה נכבדה דבר הצורך בביקורת שיפוטית קפדנית יותר על הליך חקיקתם").

240 בג"ץ 73/85 **סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לט (3) 141, 157 (1985).

241 עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 17, בפס' 38 לפסק הדין של השופט סולברג.

242 שם, בפס' 5 לפסק הדין של הנשיאה נאור.

243 עניין **חסון**, לעיל ה"ש 42, בפס' 5 לפסק הדין של השופט מזוז.

הנכונות המשפטית להתערב".<sup>244</sup> בפסק הדין בבג"ץ הסבירות שימשה עמדה זו בסיס מפורש לביטול התיקון לחוק היסוד. כך ציינה שם הנשיאה חיות: "יש הצדקה לקיים בישראל ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי היסוד בהיעדר כל ערובות אחרות שמקנה הליך נוקשה דוגמת זה הקיים במדינות אחרות, לחקיקת נורמות חוקתיות".<sup>245</sup>

(ד) הכרה בתפקיד בית המשפט בפיתוח דיני חקיקה מעבר לדין החרות

אנו טוענים, כי הדרך לפיתוח שיפוטי של מבחנים חדשים לחקיקת חוקי יסוד, אף בהיעדר חוק-יסוד: החקיקה ומכוחו, נסללה כבר בפסקיה הקיימת בנוגע לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, בהלכת **מגדלי העופות** ובהלכת **קוונטינסקי**. הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה (בין השאר מכוח סמכותו של בג"ץ בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה) ולפסול חוק בשל פגמים בחקיקתו נקבעה עקרונית עוד לפני פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**.<sup>246</sup> אולם ההלכה המכוננת בתחום, שקבעה את הבסיס לנורמות החלות על הליכי החקיקה בכנסת ואת המבחנים לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, היא עניין **מגדלי העופות** משנת 2004.<sup>247</sup>

באותה פרשה טענה באת כוח המשיבים כי אף שהליכי החקיקה המאפיינים את מנגנון החקיקה של חוק ההסדרים הם בעייתיים ולא-ראויים, אין בסיס משפטי להתערב בהם לפי הדין המצוי, שכן המבחן לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה מוגבל לשאלה אם הצעת החוק עברה את כל הליכי החקיקה הדרושים – שלוש קריאות (כאשר מדובר בהצעת חוק ממשלתית) ודיון בוועדה – תוך עמידה בכל הדרישות הפורמליות הקבועות בתקנון הכנסת, וחוקי ההסדרים מקיימים דרישות אלו.<sup>248</sup> גישה זו נדחתה בידי בית המשפט, שלא הסתפק בהיעדרו של מענה משפטי פורמלי לבעיה, אלא פיתח את דיני החקיקה באמצעות פיתוח המשפט המקובל. בפסק דין תקדימי קבע בית המשפט מפי השופטת ביניש, כי הנורמות המשפטיות המחייבות שחלות על הליך החקיקה של הכנסת אינן מוגבלות לדיני החקיקה החרותים (המעוגנים ברובם המכריע בתקנון הכנסת), אלא נובעות גם מעקרונות יסוד לא-כתובים. לפיכך המבחן המשפטי לתקינותו של הליך חקיקה (ולשאלה אם נפל בו "פגם היורד לשורש ההליך" המצדיק ביטול חוק) אינו נקבע על פי סיווגו של הפגם כפגם מסוג חריגה מסמכות או כהפרה פורמלית של סעיף מסוים בתקנון הכנסת, אלא לפי השאלה אם מדובר בפגם שיש בו

<sup>244</sup> עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 122, בפס' 4 לפסק הדין של השופט עמית.

<sup>245</sup> בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 19, בפס' 78 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>246</sup> עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 124. ראו בג"ץ 761/86 **מיעארי נ' יושבראש הכנסת**, פ"ד מב(4) 868 (1989); בג"ץ 975/89 **Nimrodi Land Development Ltd נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מה(3) 154 (1991) (להלן: עניין **Nimrodi**); איתי בר-סימן-טוב "מהפכה או המשכיות? מקומו של פסק-דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** יט 271, 277-278 (2018) (להלן: בר-סימן-טוב "מהפכה או המשכיות?").

<sup>247</sup> עניין **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 137.

<sup>248</sup> שם, בעמ' 33.

"פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי".<sup>249</sup>

בית המשפט קבע כי עקרונות אלה כוללים את עקרון הכרעת הרוב, את עקרון השוויון הפורמלי, את עקרון הפומביות ואת עקרון ההשתתפות.<sup>250</sup> מביין עקרונות אלו פיתח פסק הדין את עקרון ההשתתפות, שלפיו לכל חבר כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה.<sup>251</sup> לפיכך נקבע כי "חרף האיפוק הרב שבית-משפט זה מטיל על עצמו בפיקוח על פעולות הכנסת מקום שבו תישלל, שלא כדין, האפשרות מחבר-הכנסת להשתתף בהליכים הפרלמנטרים ולמלא את תפקידו כחבר-כנסת, לא יהיה מנוס מהתערבות שיפוטית".<sup>252</sup> כבר שם נקבע כי עקרון ההשתתפות אינו מתמצה בהשתתפות בדיון ובהצבעה, אלא "מחייב הליך חקיקה שבו תינתן לחברי-הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק".<sup>253</sup>

בעניין קוונטינסקי עמד על הפרק הליך חקיקה שהיה פגום באורח ניכר, ונקבע כי במבחנים שנקבעו בהלכת **מגדלי העופות** אין די, שכן קריאה צרה ויישום דווקני של מבחנים אלו תוביל לכאורה לתוצאה שלא תאפשר התערבות שיפוטית גם במקרים של שימוש בעייתי באופן קיצוני במיוחד בהליך החקיקה של חוק ההסדרים.<sup>254</sup> גם הפעם בית המשפט לא נרתע ממילוי תפקידו, והמשיך לפתח את דיני החקיקה, ובפרט את עקרון ההשתתפות.<sup>255</sup> השופט סולברג פיתח את המבחן שנקבע בהלכת **מגדלי העופות** של עקרון ההשתתפות כדורש "הליך חקיקה אשר במסגרתו יש לחברי הכנסת 'אפשרות מעשית' 'לגבש עמדה' לגבי הצעת החוק הנדונה", וקבע כי

"אין די בכך שהליך החקיקה יעוצב כך שתינתן לחברי הכנסת האפשרות 'לדעת על מה הם מצביעים' – לקרוא את הצעת החוק, לשמוע על אודותיה ולהבין באופן שטחי את החוק העומד להצבעה; הליך החקיקה צריך לאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מהותית, ולו באופן המצומצם ביותר, בנוגע להצעת החוק המונחת לפניהם. גיבוש עמדה איננו אקט 'פסיבי' גרידא, אלא דורש מהלך מחשבתי מסוים, עיבוד עצמאי של המידע הנמסר לחבר הכנסת, וקבלת

249 שם, בעמ' 42.

250 שם, בעמ' 43-50.

251 שם, בעמ' 46-50.

252 שם, בעמ' 47.

253 שם, בעמ' 50.

254 עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 17.

255 השאלות אם בעניין קוונטינסקי בג"ץ רק יישם את הלכת **מגדלי העופות** או פיתח והרחיב אותה ואם יישום דווקני של הלכת **מגדלי העופות** היה צריך להביא לביטול החוק אינן פשוטות, והיו שנויות במחלוקת בקרב השופטים (ולאחר מכן בקרב הצדדים לבקשה לדיון נוסף). לדיון מפורט יותר בשאלות אלו ולניתוח התומך באופן שבו תיארו לעיל את הלכת **קוונטינסקי**, ראו בר-סימן טוב "בג"ץ קוונטינסקי", לעיל ה"ש 136.

החלטה מושפלת בעד או נגד הצעת החוק. רק כאשר  
 תינתן לחברי הכנסת אפשרות מעין זו, ניתן יהיה לומר  
 כי היתה להם הזדמנות להשתתף, באופן פעיל ואמיתי,  
 בהליך החקיקה.<sup>256</sup>

עוד קבע בית המשפט, כי "האפשרות להשתתף בהליך החקיקה ולגבש עמדה מושפלת, מחייבת לטעמי דיון, ולו מינימלי",<sup>257</sup> וכי "מקום בו לא התאפשר קיומו של דיון פרלמנטרי בסיסי במסגרתו נשמעו הדעות העקרוניות השונות; כאשר לא ניתנה לחברי הכנסת האפשרות ללבן ולשקול, ולו באופן הבסיסי ביותר, את הצעת החוק – או אז ספק אם ניתן לומר כי התקיים עקרון ההשתתפות".<sup>258</sup>

בעניין קוונטינסקי הוסיף השופט סולברג וקבע, כי אין די בהליכי חקיקה אשר "יאפשרו לחברי הכנסת לגבש את עמדתם לגבי הצעת החוק הנדונה, אך זאת רק על סמך הקראת סעיפי החוק, 'מצוות אנשים מלומדה', על-ידי נציגי הממשלה, והבהרתם, מבלי שתינתן לחברי הכנסת הזדמנות להתבטא ולשמוע, להתווכח ולהקשות, לשכנע ולהשתכנע". הליך חקיקה מעין זה, קבע השופט סולברג, אינו רק פגיעה קשה המרוקנת מתוכן את האפשרות של חברי הכנסת להשתתף בהליך, אלא מדובר בהליך חקיקה שיפגע בכנסת עצמה וביכולתה לממש את תפקידיה: "בהליך חקיקה מעין זה תתפרק הכנסת מרכיב יסודי בעצם הווייתה – בית מחוקקים, מייצג רצון העם... במצב מעין זה ישנו חשש לא מבוטל כי הכנסת תהפוך ל'חותמת גומי' של יוזמי הצעות החוק".<sup>259</sup>

אכן, זה קרוב לעשרים שנה התבססה במשפט הישראלי העמדה שהליך החקיקה אינו מוסדר רק באמצעות הכלליים הפורמליים בדיני החקיקה החרותים, אלא הוא צריך להתנהל לאור עקרונות יסוד שהוכרו בפסיקה, ובהם שמירה על עקרון ההשתתפות של כל חברי הכנסת, לרבות מהאופוזיציה (כפי שנפסק בעניין מגדלי העופות), ועל האפשרות לקיים דיון כדבעי (כפי שהטעים השופט סולברג בעניין קוונטינסקי), דיון שבו תינתן לכל חברי הכנסת הזדמנות אמיתית לגבש את עמדתם, לרבות הזדמנות למיעוט לשכנע את הרוב. כפי שהבהירו השופטים סולברג והנדל בעניין קוונטינסקי ובפסקי דין נוספים – מתוך עיון מעמיק גם במקורות המשפט העברי<sup>260</sup> – עקרונות אלו הם עקרונות יסוד "במורשתנו היהודית, כמו גם בתפיסתנו הדמוקרטית",<sup>261</sup> והפגיעה בהם "פוגעת בערכי היסוד של השיטה. כך לא רק לפי תפיסה דמוקרטית אלא גם לפי תפיסה יהודית".<sup>262</sup> מעניין עוד להוסיף כי הלכת מגדלי העופות והלכת קוונטינסקי

<sup>256</sup> עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 17, בפס' 59 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>257</sup> שם, בפס' 60 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>258</sup> שם, בפס' 79 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>259</sup> שם, בפס' 62-63 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>260</sup> ראו חגי שלזינגר "חוק יסודות המשפט החוקתי? על השורשים השמרניים בפרשת קוונטינסקי" משפטים נג (צפוי להתפרסם ב-2025).

<sup>261</sup> עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 17, בפס' 78 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>262</sup> שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופט הנדל. ראו גם ע"מ 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק (נבו) 18.8.2016; עניין אבירם, לעיל ה"ש 29. להרחבה על כך שהמשפט העברי תומך למעשה בגרסה רחבה יותר של עקרון ההשתתפות מאשר הפסיקה, ראו בנימין פורת "עקרון ההשתתפות: תרומת



לא רק השתרשו בפסיקת בית המשפט, אלא נתפסו כלגיטימיות גם בידי הקהילה המשפטית, ליברלים ושמרנים כאחד,<sup>263</sup> ולא פחות משמעויותי מכך – גם בידי חברי הכנסת מכל קצוות הקשת הפוליטית, לרבות מתנגדים ידועים לאקטיביזם שיפוטי.<sup>264</sup> הלכות אלו מתוות את הדרך לפיתוח שיפוטי של נורמות משפטיות גם עבור חקיקת חוקי יסוד. לכאורה היה אפשר לטעון שמבחינה פורמלית, כל עוד לא יחוקק חוק-יסוד: החקיקה ומכוחו – אין בדין החרות בסיס משפטי לטעון כי הליך החקיקה של חוקי יסוד צריך להתבצע על פי נורמות אחרות מאשר הליך החקיקה הרגיל. אולם כפי שטענה מסוג זה ממש נדחתה בהלכת **מגדלי העופות** ובהלכת **קוונטינסקי**, שבהן מילא בית המשפט את החסר באמצעות פיתוח המשפט המקובל לאור עקרונות יסוד, כך ניתן וראוי לעשות גם כאשר להליך החקיקה של חוקי היסוד.<sup>265</sup>

(ה) אופן פיתוח המבחנים החדשים בנוגע לחקיקת יסוד לאור הלכת מגדלי העופות והלכת קוונטינסקי

בעניינו, הלכת **מגדלי העופות** והלכת **קוונטינסקי** פותחות שני אפיקים אפשריים להכרה שיפוטית בדרישות ההליכיות שעליהן עמדנו בנוגע לחקיקת חוקי יסוד בכלל ומטעם ועדה בפרט. דרך אחת, על בסיס הלכת **מגדלי העופות**, היא הכרה בעקרונות יסוד נוספים בהליך החקיקה, מעבר לארבעה שהוכרו כבר בפסיקה. הדרך האחרת היא המשך פיתוח של העקרונות שנקבעו כבר, בדרכה של הלכת **קוונטינסקי**. כבר בהקשר של דיני החקיקה של חוקים רגילים טען בר-סימן-טוב "שקימת הצדקה להתייחס לרשימת העקרונות שמנה בג"ץ רק כנקודת מוצא, דהיינו, כרף מינימלי שניתן להוסיף עליו".<sup>266</sup> הטעם לטענתו הוא בין היתר מפני שמפסק הדין

המשפט העברי לפסיקת בית המשפט העליון "ICON-S-IL Blog (4.4.2018) <https://bit.ly/4fNqrmM>. להרחבה על המקורות של עקרונות אלו בתאוריה הדמוקרטית, ראו Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*, 91 B.U. L. REV. 1915, 1934-36 (2011).

263 ראו בר-סימן-טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 47, בעמ' 673 (אסמכתאות לכך שהלכת **מגדלי העופות** והעקרונות ההליכיים שנקבעו בה אושררו מאז בפסקי דין רבים ואף התקבלו גם בידי הקהילה המשפטית הרחבה יותר, במובן זה שבכל ההתייחסויות שנמצאו לסוגיה ישנה חזרה כזו או אחרת על רשימת העקרונות הללו שקבע בג"ץ, ולא נמצא מקור שחולק עליה. לכל היותר נמצאו טענות כי לעקרונות מוסכמים אלה ניתן לצרף עקרונות נוספים, או שביט המשפט היה צריך לקבל נוסף עליהם גם את גישת הליך החקיקה הנאות); שלזינגר, לעיל ה"ש 260, בעמ' 18-23 (ניתוח הלכת **קוונטינסקי** כמתיישבת עם גישה פרשנית מן הסוג המזוהה עם השופט סולברג, שהוביל את דעת הרוב).

264 ראו למשל את דבריו של חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ' בהליך חקיקת מס דירה שלישית המצוטטים אצל בר-סימן-טוב "בג"ץ קוונטינסקי", לעיל ה"ש 136, בעמ' 887; ואת דבריהם של חברי הכנסת מיקי רונטל, מרב מיכאלי, מיקי לוי, משה גפני, יואב קיש ובצלאל סמוטריץ' בתגובה לפסק הדין בעניין **קוונטינסקי** המצוטטים אצל בר-סימן-טוב "מהפכה או המשכיות?", לעיל ה"ש 246, בעמ' 309-310. ראו את עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 232, בפס' לו לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין ("הפתרון הראוי הוא אם כן בכינון חוק יסוד: החקיקה, אולם עד שזה יזכה להגיע לאוויר העולם, אין מנוס מקביעת כללים מנחים לשם שמירה על עקרונותי הבסיסיים של המשטר הפרלמנטרי הישראלי").

266 בר-סימן-טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 47, בעמ' 674.

בעניין **מגדלי העופות** עצמו עולה כי בית המשפט התייחס לרשימת העקרונות שמנה כאל רשימה פתוחה,<sup>267</sup> וכי פסק הדין הותיר בכוונה ובמפורש מקום לפיתוח עתידי.<sup>268</sup> בית המשפט הדגיש שם, כי הוא הגביל את עצמו באותו פסק דין רק לאותם עקרונות יסוד בסיסיים ביותר שהם "עקרונות היסוד הנגזרים מעקרונותיה של הדמוקרטיה הפורמאלית ומעצם קיומו של משטר דמוקרטי פרלמנטרי... ואשר בלעדיהם (ובלעדי עקרונותיה של הדמוקרטיה המהותית) לא תתקיים הדמוקרטיה בישראל".<sup>269</sup> סטנדרט מחמיר זה הביא מטבע הדברים לרשימה מצומצמת ומינימליסטית של עקרונות יסוד מחייבים שינחו את הליך החקיקה של חוקים רגילים. אולם כפי שפירטנו מוקדם יותר, ניתן וראוי לקבוע שכאשר מדובר בחקיקת חוקי יסוד, וכאשר מדובר בחקיקת הצעות חוק מטעם ועדה, נדרשים סטנדרטים גבוהים ומגבילים יותר. עולה מכך השאלה הבאה: **אילו הם עקרונות היסוד הנגזרים ממאפייניו של משטר דמוקרטי חוקתי וממאפיינה של הנורמה החוקתית ואשר בלעדיהם אי-אפשר להתייחס להליך כאל הליך חקיקה חוקתי? ובאותו אופן, השאלה שיש להציב באשר להצעות חוק מטעם ועדה היא השאלה הבאה: מהם עקרונות היסוד הנגזרים מאופיו של הליך החקיקה של הצעת חוק מטעם ועדה? על רקע זה ניתן להכיר בין היתר בעקרונות היסוד הנוספים שתיארנו לעיל – עקרון הקולגיאליזם ועקרון ההליך היסודי – כהמשך פיתוח של הלכת **מגדלי העופות** והרציונלים שלה בהתאמתם להליך חקיקה של חוקי יסוד מטעם ועדה.**

הדרך האחרת לפיתוח המבחנים שמנינו מוקדם יותר היא באמצעות המשך פיתוח של הדרישות ההליכיות במסגרת העקרונות שהוכרו כבר בפסיקה, ובעיקר עקרון ההשתתפות, באופן דומה לפיתוח שנעשה בהלכת **קוונטינסקי**. כפי שראינו לעיל, שם פיתח השופט סולברג את עקרון ההשתתפות, באופן שהדגיש בין היתר גם את הצורך לאפשר דיון פרלמנטרי. עם זאת הוא לא עצר בכך, אלא הוסיף ומנה עוד אינדיקציות שונות על מנת לברר "אם אמנם ניתנה לחברי הכנסת האפשרות לקיים דיון כדבעי".<sup>270</sup> כך למשל, לעניין משך הדיון ציין השופט סולברג שנדרש לא רק שמשך הדיון יהיה מידתי ביחס לאורכה של הצעת החוק, אלא עליו להיות מידתי גם "למורכבותה, ולהיקף השלכותיה",<sup>271</sup> והשיקול של מורכבות הצעת החוק הודגש גם בפסקי דין נוספים, שעסקו בחוקי יסוד.<sup>272</sup> אינדיקציה נוספת שמנה השופט סולברג, בהתבסס על הכתיבה

<sup>267</sup> עניין **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 137, בעמ' 43 ("עם עקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי ניתן למנות את עקרון הכרעת הרוב; את עקרון השוויון הפורמאלי [שלפיו 'קול אחד לכל אחד' מחברי-הכנסת]; את עקרון הפומביות; את עקרון ההשתתפות [שלפיו לכל חבר-כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה]").

<sup>268</sup> שם, בעמ' 50 ("שאלה אחרת, שאינה מצריכה התייחסות במקרה שלפנינו, הינה אילו מהזכויות האחרות של חברי-הכנסת במילוי תפקידם הן זכויות פרלמנטריות יסודיות בהליך החקיקה, אשר שלילתן עשויה להביא להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה [לעניין הזכויות הפרלמנטריות של חברי הפרלמנט]... אך שאלה זו אינה מצריכה כאמור את הכרעתנו במקרה דנן").

<sup>269</sup> שם, בעמ' 43.

<sup>270</sup> עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 17, בפס' 79-81 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>271</sup> שם.

<sup>272</sup> כך למשל, בעניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 186, נימקה הנשיאה חיות את מסקנתה כי לא נפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורש ההליך בין היתר בכך ש"מדובר בתיקון שאינו מורכב מבחינת תוכנו" (פס' 45 לפסק

בארצות הברית, היא במענה על השאלה הבאה: "Is there any evidence in the legislative record suggesting that the consequences of the challenged policy received any consideration by Congress?"<sup>273</sup> אינדיקציה נוספת לבחינת התקיימותו של דיון כדבעי היא "תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק"<sup>274</sup>. עוד אינדיקציה שמנה השופט סולברג עניינה "השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק, על נוסחה, על תוכנה"<sup>275</sup>.

השופט סולברג הדגיש כי רשימה זו אינה מחייבת ואינה ממצה. לפיכך ניתן לפתח את הלכת **קוונטינסקי** ולהתאימה לחקיקת חוקי יסוד באמצעות הקביעה כי כאשר מדובר בחקיקת יסוד (וקל וחומר חקיקת יסוד מטעם ועדה), יש להוסיף אינדיקציות נוספות לשאלה אם ניתנה לחברי הכנסת האפשרות להשתתף בהליך ואם ניתנה להם האפשרות לקיים דיון כדבעי, וכי גם ביישום האינדיקציות שכבר נמנו בהלכת **קוונטינסקי** יש לדרוש מהכנסת רף גבוה ומחמיר יותר בהתחשב באופיו המיוחד של הליך חקיקה זה. אכן, בהתחשב בכך שאותו מוסד מקיים הן את החקיקה הרגילה והן את חקיקת היסוד באמצעות הליך חקיקה בעל מבנה זהה, אין לקבל גישה שלפיה די בכך שהכנסת עוסקת בקידום נורמה שכותרתה "חוק יסוד" כדי לשחררה מחובתה לקיים הליך כדיון, ולו לפי הלכת **קוונטינסקי**<sup>276</sup>. למעשה, בהתחשב בחשיבותם של חוקי היסוד ובמעמדם במדרג הנורמטיבי, מתבקש – אם בכלל – להחמיר בדרישות בנוגע לאיכות הליך החקיקה.<sup>277</sup>

5. ביקורת שיפוטית משולבת: השילוב בין הפגמים בתוכן התיקון החוקתי לבין הפגמים בהליך חקיקתו

ביקורת שיפוטית משולבת, הליכית-מהותית (שכונתה בספרות סמי-פרוצדורלית), משלבת יחדיו ביקורת שיפוטית תוכנית על חוקתיות תוכנו של חוק וביקורת שיפוטית

הדין של הנשיאה חיות); ובדומה לכך, בבג"ץ 3234/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת** (נבו 9.7.2015) קבעה הנשיאה נאור כי לא נפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורש ההליך, שכן "אין המדובר בדבר חקיקה מורכב וסבוך" (בפס' 12 לפסק דינה).  
עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 17, בפס' 80 לפסק הדין של השופט סולברג.

273

274

275

276

277

השוו לעמדת המיעוט של השופט מינץ בבג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 19, בפס' 7.  
ראו שם, בפס' 33 לפסק הדין של השופט עמית ("דווקא מאחר שהחוקה טרם הושלמה ואף לא נקבעו כללי המשחק לכינונה של החוקה, הדבר מחייב ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, שמא אף הנמכת רף ההתערבות השיפוטית"); שם, בפס' 29 לפסק הדין של השופט גרוסקופף ("ההלכה שנפסקה בבג"ץ **קוונטינסקי**... נקבעה אומנם ביחס לסמכות המחוקקת, אולם סבורני כי היא רלוונטית, ואולי אף ביתר שאת, ביחס לסמכות המכוננת" (הפניה הוסרה)). ראו גם את עמדת היועצת המשפטית לממשלה, כפי שהוצגה בתשובתה לעתירה בנושא חקיקת הסבירות: "תשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה לבג"ץ 5658/23 (3.9.2023), בפס' 420 (המלצה לבית המשפט "לשקול רף גבוה יותר לקיומו של הליך חקיקה ראוי" עבור "תיקון של חוק יסוד, שהשפעתו כה מורכבת ומרחיקת לכת והוא נתון במחלוקת חברתית ופוליטית עזה").

הליכית על הליך חקיקתו.<sup>278</sup> בתמצית, "ביקורת שיפוטית תוכנית" (או סובסטנטיבית) היא ביקורת שיפוטית המתמקדת (אך ורק) בחוקתיות של תוכן החוק או חוק היסוד. "ביקורת שיפוטית הליכית" (או "ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה") היא ביקורת שיפוטית המתמקדת (אך ורק) בהליך שבו התקבל החוק או חוק היסוד. ביקורת שיפוטית משולבת, לעומת זאת, היא מודל של ביקורת שיפוטית המשלב ביקורת שיפוטית חוקתית תוכנית עם ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה. לפי מודל זה, חוקתיות החוק או חוק היסוד נקבעת הן באמצעות בחינת תוכנו, הן באמצעות בחינת ההליך שהוביל לחקיקתו. כך, טיבו של הליך החקיקה והשאלה אם נערך בו דיון ראוי הם שיקול חשוב – אך לא בלעדי – בקביעת מידת החוקתיות הסובסטנטיבית של החוק.<sup>279</sup>

לפי המודל המשולב, במסגרת הערכה של הליך החקיקה הבחינה הפרוצדורלית אינה מוגבלת בהכרח לפגמים שנקבעו בפסיקה ככאלה היוורדים לשורש ההליך, כפי שנעשה כאשר מדובר בביקורת שיפוטית הליכית טהורה המתמקדת רק בהליך החקיקה של חוקים. נוסף לפגמים אלה נבחנות גם סוגיות דיוניות רחבות יותר, כגון טיב הדיון הפרלמנטרי, התשתית העובדתית שעליו התבסס המחוקק והשאלה אם המחוקק נתן את דעתו לשיקולים חוקתיים, לרבות הפגיעות החוקתיות האפשריות ומידתיות האמצעים שנבחרו, ולהשלכות החוק. לפי מודל זה, גם פגמים הליכיים שאין בהם כשלעצמם כדי להוביל לפסילת החוק – כגון דיון פרלמנטרי לוקה בחסר, הסתמכות על תשתית עובדתית לקויה או היעדר התייחסות להשלכות הצפויות של החקיקה – עשויים להצטרף לפגמים סובסטנטיביים בתוכן החוק, אשר השילוב המצטבר של שניהם עשוי להטות את הכף למסקנה כי יש לבטל את החוק או את חוק היסוד.<sup>280</sup> מאז סוף המאה העשרים ניתן לזהות מגמה עולמית של אימוץ מודל סמי-פרוצדורלי זה של ביקורת שיפוטית בידי משפט בין-לאומיים ולאומיים בארצות רבות, ומגמה זו כוללת גם ארצות כגון אנגליה, שבהן באופן מסורתי ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה לא הייתה מקובלת.<sup>281</sup>

המודל המשולב מתאים במיוחד בהקשר של ביקורת שיפוטית על הליך חקיקתם של חוקי יסוד, ולמעשה כבר היה בו שימוש בפסיקתו של בית המשפט העליון. כך, בפסק דינה של הנשיאה ביניש בעניין בר-און הודגש שלטיב הדיון הפרלמנטרי יש נפקות חשובה בהחלטה הסובסטנטיבית אם להתערב בתוקף חוק היסוד באותו מקרה. הנשיאה ביניש בחנה בחינה מעמיקה את הדיונים הפרלמנטריים, לרבות ראיות הנוגעות לגורמים שניתנה להם הזדמנות להשתתף בהליך ולהשמיע את דעתם ובכלל זה הייעוץ המשפטי, וכן שמיעה של המתנגדים, ראיות לכך שדברים אלו זכו להקשבה ונשקלו,

ראו Ittai Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, 6 LEGISPRUDENCE 271 (2012).

ההרחבה, ראו איתי בר-סימן-טוב "ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית פרוצדורלית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדורלי בישראל" **ספר דורית ביניש** 299 (קרן אזולאי ואח' עורכים 2018) (להלן: בר-סימן-טוב "ביקורת שיפוטית").

280 שם.

281 שם, בעמ' 307-313.

השאלה אם התקבלו שינויים בנוסח חוק היסוד ועוד. לאחר מכן הודגשה נפקות העובדות ההליכיות הללו על החלטה:

"הבאנו בהרחבה את הדברים שהושמעו בפני הוועדה המשותפת משום שלגישתנו, יש בדיון המקצועי והמפורט שנערך בוועדה המשותפת כדי להצביע על כך שחקיקת חוק היסוד בדרך של הוראת שעה הייתה מודעת, ובהליך החקיקה התקיים דיון רציני וניתנה תשומת הלב לשאלת האפשרות לחוקק את חוק היסוד כהוראת שעה. יש להביא נתון זה בחשבון בעת בחינת חוקתיות החוק, שכן יש בו כדי ללמד על כך שהכנסת פעלה מתוך הבנה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת תוך התייחסות למורכבות הכרוכה בדבר".<sup>282</sup>

אכן, לפי המודל המשולב טיב הדיון הפרלמנטרי עשוי להטות את הכף בניתוח החוקתי הכולל: כאשר נערך דיון ראוי כדבעי, הדבר יכול לשמש שיקול עזר מכריע נגד התערבות שיפוטית, ובאותו אופן – כאשר הדיון הפרלמנטרי היה פגום ולוקה, הדבר יכול להיות שיקול עזר מכריע בעד התערבות שיפוטית.<sup>283</sup>

התכנים של הביקורת המשולבת רלוונטיים במיוחד למצב הנוכחי שבו אנו מצויים טרם נחקק חוק-יסוד: החקיקה או הוסדרו בחקיקה אחרת נורמות הליכיות. ההימנעות של הכנסת מלהפעיל את כובעה המכונן לצורך חקיקת חוק-יסוד: החקיקה באופן שיבהיר את המעמד הנורמטיבי של חוקי היסוד ואת ההליך הייחודי לכינונם יצרה חסר גדול, שאותו נאלץ להשלים בית המשפט בפסיקותיו בעבר וייאלץ להוסיף ולהשלים גם בהמשך. השאלה מה יהיו המבחנים וטיב הביקורת ביום שלאחר חקיקת חוק-יסוד: החקיקה וחקיקה שתהיה מכוחו תוכל להתברר אם וכאשר יחקק, אולם אין צורך לקבוע מסמרות בסוגיה זו בעת הזו.

בהקשר זה נטען בקצרה שתי טענות בדבר האופן שבו טיבו של הליך החקיקה צריך להשפיע על הניתוח הסובסטנטיבי במסגרת הביקורת המשולבת. ראשית, הפגמים שבהליך החקיקה צריכים להביא לביטול חזקת החוקתיות של חוק היסוד ולהוביל לביקורת שיפוטית מוגברת. חשוב להדגיש, כי הריסון השיפוטי המוגבר כלפי חוקי יסוד לעומת מקרים של ביקורת שיפוטית על חוקים רגילים מותנה בכך שהכנסת התייחסה להליך החקיקה כאל הליך חקיקה חוקתי, או במילותיה של הנשיאה בינינו בעניין בר-און – שמהליך החקיקה ומטיב הדיון הפרלמנטרי שנערך ניתן ללמוד "שהכנסת פעלה מתוך הבנה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת תוך התייחסות למורכבות הכרוכה בדבר".<sup>284</sup> כיבוד חוקי היסוד מותנה בכך שהכנסת עצמה תכבד אותם ותתקנם בהליך הראוי לחקיקה חוקתית. אם ההליך מתנהל באופן שאינו ראוי

<sup>282</sup> עניין בר-און, לעיל ה"ש 36, בפס' 27 לפסק הדין של הנשיאה בינינו.  
<sup>283</sup> להסבר נרחב יותר, ראו בר-סימן טוב "ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 279.  
<sup>284</sup> עניין בר-און, לעיל ה"ש 36, בפס' 27 לפסק הדין של הנשיאה בינינו.

לחקיקה רגילה, ומקל וחומר לחקיקה חוקתית, מתבטלת ההצדקה לריסון השיפוטי המיוחד. הנשיא לנדוי הכיר ברעיון זה עוד מראשית הביקורת השיפוטית החוקתית על חקיקה בישראל. כך, כבר בעניין **דרך ארץ**<sup>285</sup> בחן הנשיא לנדוי את הפרוטוקולים של הליך החקיקה בכל שלביו, ומצא שהסוגיה החוקתית של שוויון הסיכויים של רשימות חדשות "לא זכתה לשום דיון פרלמנטרי. מכיוון שכך, אין לדון בה בעתירות אלה על-פי החוקה, שהכנסת לא חרגה מהוראת חוק משוריית – אותה חזקה, הקיימת כרגיל, לגבי כל חוק שנתקבל בכנסת"<sup>286</sup>. אותו רציונל נכון כמובן גם באשר לביטול החזקה הנוגעת לחוקי יסוד. כפי שקבע השופט רובינשטיין בעניין **המרכז האקדמי**, "ככל שהרשות המכוננת אינה נוקטת היא עצמה ריסון של ממש בבואה לתקן את עקרוניתה החוקתיים של המדינה, נכונותו של בית המשפט לבקרה – רחבה יותר"<sup>287</sup>.

שנית, אנו סבורים כילמכחנים לזיהוי של חוק יסוד לפי דוקטרינת השימוש לרעה בחוק יסוד יש להוסיף מבחן פרוצדורלי, אשר בוחן אם הליך החקיקה של חוק היסוד היה הליך חקיקה המתאים לקבלתה או לתיקונה של נורמה חוקתית. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת התפתחה בפסיקה הישראלית באשר לצורתם ולתוכנם של חוקי יסוד. בית המשפט קבע, כי יש מקרים שבהם הוראה מסוימת אינה מתאימה לשמש נושא לחוקה מבחינת אופייה ומאפייניה הצורניים<sup>288</sup>. אולם כפי שעולה מהניתוח שהובא לעיל, הליך חקיקת חוקי היסוד מחויב גם לעמוד בדרישות פרוצדורליות ייחודיות ולא רק בדרישות תוכניות וצורניות. כפי שטענו בהרחבה, מושכלות יסוד הן שנורמות חוקתיות צריכות להתקבל בהליך חקיקה חוקתי, שהוא שונה מהליך חקיקה רגיל של פוליטיקת יום יום. הליך חקיקתה המיוחד של הנורמה החוקתית הוא מאפיין מכונן של נורמה חוקתית ומהווה בסיס לזיהוי ככזו. כפי שכלל הזיהוי של חוק רגיל כולל עמידה בדרישות כגון שלוש קריאות, דיון בוועדה ופרסום ברשומות,<sup>289</sup> כך מן הראוי שכלל הזיהוי של נורמה חוקתית לא יסתפק בכותרת "חוק יסוד" (הלכת בנק המזרחי) וכבחינה אם תוכנה של הנורמה מתאים להסדרה חוקתית (הלכת שפיר), אלא יכלול גם התייחסות להליך החקיקה ולשאלה אם הוא עמד במאפיינים של הליך חוקתי.<sup>290</sup>

זאת ועוד, תכליתה של הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד היא למנוע ניצול לרעה של סמכותה המכוננת של הכנסת או של היכולת להעניק לדבר חקיקה את הכותרת "חוק יסוד". השימוש בחולשותיו של ההליך החוקתי בישראל כדי לחזק את מעמדה של הרשות המבצעת על חשבון רשויות אחרות ולמנוע בתוך כך ביקורת והגבלה של פעולותיה הוא שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

285 בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1 (1981).

286 שם, בעמ' 9-10.

287 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 232, בפס' לה לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

288 עניין שפיר, לעיל ה"ש 122.

289 בר-סימן-טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 47, בעמ' 657-659, 703-704. וראו גם את עניין Nimrodi,

לעיל ה"ש 246; בג"ץ 2337/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועמ"ש, פסק הדין של

השופט גרוסקופף (נבו 22.2.2022).

290 השוו פורת "פוליטיקה חוקתית", לעיל ה"ש 40.

## 6. הסעדים החוקתיים העומדים לרשות בית המשפט

מהם הסעדים שיכול בית המשפט לתת, אם מצא שהפגמים בהליך החקיקה החוקתי חמורים עד כדי כך שנדרשת התערבותו כדי להבטיח שחוקתיותם של חוקי היסוד נשמרת? סוג אחד של סעדים חוקתיים נוגע לעצם הפגמים בהליך החקיקה. כך, אם הליך החקיקה של חוק יסוד נעשה במסלול ועדה, מבלי לקיים את תנאי הקולגיאליות והיסודיות, בית המשפט נדרש לתת סעד שיאפשר תיקון של פגמים אלה. סעד זה יכול להיות בעוצמות שונות:

- **בטלות והחזרה למחוקק.** בסעד חריף זה בית המשפט מסיג מעשית אחורה את הליך החקיקה אל הנקודה שבה נפל הפגם, ומורה לכנסת לחדש את ההליך (אם תמצא לנכון) מאותו שלב, תוך עמידה על תנאי התוקף ההליכיים לחקיקה חוקתית.<sup>291</sup> משמעותו המעשית של סעד זה היא שחוק היסוד לאו חוק הוא, כי הוא לא קיים את התנאים ההליכיים הכרוכים בסמכותה של ועדה לקדם חקיקה, ולכן הוא אינו תקף כל עוד הפגמים לא תוקנו והחקיקה לא נתקבלה מחדש.
- **התראת בטלות.** כפי שתיארנו לעיל, בית המשפט העליון הצביע כבר כמה פעמים בעבר על השחיקה באיכותה של החקיקה החוקתית בכנסת. עם זאת הוא מיאן עד כה להורות על בטלות אפקטיבית של חקיקת יסוד נוכח פגמים באיכותה החוקתית (להבדיל מתוכנה, במובן של תיקון חוקתי לא-חוקתי) – מבחינת זמניותה, אופייה הפרסונלי או התוכן הלא-כללי שלה. תחת זאת שב בית המשפט והזהיר את הכנסת מפני חקיקות יסוד עתידיות שילקו בפגמים דומים, באמצעות הסעד הטנטטיבי של "התראת בטלות".<sup>292</sup> גם בהקשר של הפרת הדרישות המתחייבות מחקיקת יסוד מטעם ועדה ניתן עקרונית להסתפק בהתראת בטלות, שתתבסס על החידוש הדוקטרינרי שיהיה כרוך באימוץ דרישות אלה בפסיקת בית המשפט.
- **תוצאה יחסית: האם אישור המליאה מרפא את הפגם? "תוצאה יחסית"** היא דרכו של בית המשפט להתאים את הסעד המשפטי עקב הפגם לנסיבות העניין, מבלי להיזקק בהכרח לבטלות מוחלטת.<sup>293</sup> כך למשל, אם הפגם נרפא בינתיים באמצעות אירוע אחר או הליך נוסף או אם נוצרה בינתיים הסתמכות משמעותית על הדין הבטל – נתונים אלה עשויים להצדיק סעד שנופל מבטלות לאלתר. בהקשר הנוכחי, ניתן לטעון שאישורה של חקיקת יסוד ברוב גדול במליאת הכנסת הוא נתון שצריך להשפיע על התוצאה המשפטית של הפגם שנפל בהליך ההכנה של הצעת החקיקה בוועדה, טרם הבאתה

<sup>291</sup> עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 17, בפס' 98 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>292</sup> ראו חנן מלצר ואוריאל רוזנברג "התראת הבטלות: דוגמה לדרך האמצע של השופט אליקים רובינשטיין" ספר אליקים רובינשטיין 1175 (אהרן ברק ואח' עורכים 2021); בל יוסף "שבע הערות קצרות על התראת בטלות" ICON-S-IL Blog (15.5.2018) <https://bit.ly/3SShUWG>.

<sup>293</sup> יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ד 3001-2991 (2017).

למליאה.<sup>294</sup> מובן שהעובדה שהיה רוב משמעותי בעד החקיקה במליאת הכנסת משפיעה על שיקול הדעת של בית המשפט בהחליטו אם לערוך ביקורת שיפוטית – הרי הדוקטרינה מורה לבית המשפט להיות זהיר ושמרן ביותר בביקורת שיפוטית של כל חקיקה, ושל חקיקת יסוד בפרט. אך יש להיזהר בהקשר זה מנפילה למעגל שוטה שמשמעותו תהיה היעדרה של ביקורת אפקטיבית על הליך פגום של חקיקה חוקתית: בית המשפט אינו נוהג להתערב בהליכי חקיקה בעודם מתנהלים, מתוך אותה עמדה של כיבוד הכנסת ורצון לאפשר לה להשלים הליך חקיקה מיטבי טרם שתוצרי ייבחנו משפטית.<sup>295</sup> מנגד, אם אישור המליאה מרפא את פגמי ההכנה בוועדה, הרי הביקורת השיפוטית של הליך החקיקה החוקתית (שעל נחיצותה עמדנו בפירוט מוקדם יותר בפרק זה) לא תוכל להתממש.

יתרה מכך, דרישות הקולגיאליות והיסודיות, העומדות ביסוד הליך הייזום וההכנה של הצעת חוק מטעם ועדה, הן קריטיות לצורך הבאה של הצעת חוק יסוד מיטבית להצבעה במליאת הכנסת. בשונה מהצעת חוק פרטית או מהצעת חוק ממשלתית, הצעת חוק יסוד מטעם ועדה אינה נהנית מהגיבוי המקצועי של הייעוץ המשפטי לממשלה או מתשומה מובנית של גורמי הממשלה או הציבור. במצב זה תוצאותיו של אישור קואליציוני מכני במליאה של הצעת חוק היסוד עשויות להיות הרות אסון למשטר הדמוקרטי עצמו.

● **תחולה נדחית.**<sup>296</sup> דרך אחרת להתמודד עם הפגמים בהליך ההכנה של הצעת חוק היסוד מטעם ועדה היא לוודא שמתקיים הליך דליברטיבי, מכיל ומשמעותי וצופה פני עתיד לאשרור החקיקה – או לדחייתה – טרם כניסתה לתוקף, באופן שיתן מענה למחסור בקולגיאליות וביסודיות בהכנת החקיקה. בית המשפט אינו יכול ליצור הליכי אשרור יש מאין, אך בכוחו לקבוע שהתיקון החוקתי ייכנס לתוקף רק בעת מאוחרת יותר – למשל לאחר הבחירות הבאות, סעד שנקט בג"ץ לאחרונה כדי לרפא פגם אחר (תחולה פרסונלית של חקיקת יסוד).<sup>297</sup> קביעה כזו תבטא תקווה שהעומת האידאולוגי המתקיים בעת בחירות ייצור הזדמנות לציבור ולנציגיו להעריך בצורה שקולה את משמעות החקיקה החוקתית, לגבש עמדה בעניינה ולבטא עמדה זו בעיצוב הרכבה של הכנסת הבאה ושל הקואליציה שתקום במסגרתה (בה בעת, תחולה נדחית גם תתמודד עם החומרה הדמוקרטית הגלומה בניצול חולשתו של ההליך החוקתי כדי לחוקק הסדרים חוקתיים המיטיבים

<sup>294</sup> השוו לעניין **ליצמן**, לעיל ה"ש 27, שם נדחתה טענה לבטלות חקיקה שבקריאה השלישית בעניינה נרשמה הצבעה כפולה של אחד מחברי הכנסת, משום שהקול הפסול לא היה מכריע בספירת כלל הקולות.

<sup>295</sup> ראו למשל בג"ץ 5744/19 **בן מאיר נ' ממשלת ישראל** (נבו 5.9.2019); בג"ץ 1210/23 **ארד נ' שר המשפטים** (נבו 14.2.2023).

<sup>296</sup> ראו נייר עמדה מס' 10, לעיל ה"ש 18.

<sup>297</sup> עניין **הנבצרות**, לעיל ה"ש 186 (קביעה כי תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה שקבע הסדר חדש בעניין נבצרות ראש הממשלה ייכנס לתוקפו רק החל מתקופת כהונתה של הכנסת ה-26).



עם ממשלה מכהנת). חסרונו של סעד זה גלום כמובן בכך, שאי-אפשר להבטיח שמערכת הבחירות הבאה אומנם תספק זירה דמוקרטית איכותית דיה לליבוץ המשמעות החוקתית של תיקון שנעשה באופן חפוז בידי ועדה במהלך כהונתה של הכנסת הנוכחית. בחירות עוסקות בדרך כלל במגוון נושאים, ובוחרים רבים מצביעים על יסוד השתייכויות כיתיות וקהילתיות ולא בעקבות עיון דליברטיבי במחלוקות האידאולוגיות שעל הפרק. ישנו חשש, אפוא, שסעד של תחולה נרחבת יביא לשימור התקלה החוקתית, מבלי יכולת ממשית לתקנה. יתרה מכך, תחולה נרחבת מכירה בתוצר של ההליך החוקתי הפגום כבירית המחדל ולכן גם כנקודת המוצא – העוגן – לכל דיון על הסדר משופר. היא מקצה את משאבי המשא ומתן הפוליטי בין הצדדים באופן שמתגמל במידה רבה את מובילי ההליך הפגום. גם בכך ניכר חסרונו.

סוג אחר של סעדים חוקתיים נוגע לתוכנו של חוק היסוד. המאמר הנוכחי עסק בעיקרו של דבר ביסודות ההליכיים של החקיקה החוקתית, ולא העמיק בחובות ובמגבלות התוכניות החלות על הרשות המכוננת. עם זאת בסעיף הקודם נגענו בקצרה בחשיבות של קיום הביקורת ההליכית על החקיקה גם מתוך התחשבות בתוכנה של החקיקה ובחומרת פגיעתה בעיקרים דמוקרטיים. ככל שהחקיקה מכוונת יותר להחלשת מבני היסוד של הדמוקרטיה החוקתית, כך ראוי שהביקורת השיפוטית ההליכית תהיה תקיפה יותר. גישה זו בדבר ביקורת שיפוטית משולבת מאפשרת לשקול גם סעדים שנוגעים לתוכן החקיקה, ולא רק לתיקון הפגמים בהליכי החקיקה. מבלי להרחיב בכך כאן יוזכר, שגם במישור זה של תוכן החקיקה תורת הסעדים החוקתיים פיתחה כמה כלים שזכו להכרה בפסיקת בית המשפט העליון לאורך השנים האחרונות. בפרט, בהירתעו מבטלות מלאה של החקיקה החוקתית פיתח בית המשפט מתודה של *פרשנות מקיימת* של חוק היסוד – קביעה שיפוטית פוזיטיבית בדבר המובן הנכון של חוק היסוד, אשר יעמוד בתנאי המינימום של חקיקה חוקתית לגיטימית, ובדרך זו גם יהפוך את הפגמים ההליכיים ל"נסבלים" (אם לא נסלחים). כך פעל בית המשפט העליון בעתירות נגד חוקתיותו של חוק-יסוד: מדינת ישראל – מדינת האום של העם היהודי, עת קבע שאת המתח שלשון חוק היסוד מעוררת עם זהותה הדמוקרטית של המדינה ניתן ליישב בדרך של פירוש מצמצם של ההיגדים הפרטיקולריסטיים העיקריים המופיעים בו.<sup>298</sup> כך מצאו גם מיעוט משופטי בית המשפט העליון בעתירה בעניין חקיקת הסבירות, בפרשם את החקיקה כאילו היא רק מצמצמת את היקף חלותה של דוקטרינת הסבירות המנהלית, ואינה מאיינת אותה כליל.<sup>299</sup> גישה זו, המכונה בספרות ההשוואתית "reading down", מפרשת את התיקון כך שתוכנו יתיישב עם שאר חלקיו של חוק היסוד ועם המארג החוקתי הכולל

עניין **חסון**, לעיל ה"ש 42, בפס' 10, 35, 59 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 19, בפס' 7-82 לפסק הדין של השופטת וילנר, בפס' 88-113 לפסק הדין של השופט שטיין ובפס' 29-56 לפסק הדין של השופטת כנפי-שטייניץ. ראו בהקשר זה לויץ-שנור ונאוי, לעיל ה"ש 132.

298

299

של חוקי היסוד בישראל, מבלי לאפשר לתיקון "להתרווח מלוא כל הארץ או לנהוג משל התקיים בחלל הריק".<sup>300</sup>

7. סיכום: המשפט הישראלי מכיר בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה החוקתית

בפרק זה הראינו שהמשפט החוקתי הישראלי זקוק למנגנון שיפוטי שייתן מענה לשחיקה הנמשכת במעמדם של חוקי היסוד ובאיכותם של הליכי החקיקה והתיקון שלהם. ממגוון סיבות יציבותה של המערכת החוקתית הישראלית אינה כשהייתה בעבר, עד כדי כך שבית המשפט העליון התריע ש"חקיקת היסוד הפכה לחומר ביד היוצר, כמעין פלסטלינה שהמחוקק לש לצרכים ולאינטרסים פוליטיים מידיים וקצרי טווח, שבינם לבין נורמה חוקתית המשקפת הכרעה חברתית-משטרית 'יסודית', יציבה, כללית ועל-זמנית, אין ולא כלום".<sup>301</sup> עוד הבהרנו, שהמשפט החוקתי הישראלי יצק כבר את היסודות הדוקטרינריים שמכוחם רשאי בית המשפט העליון לקיים ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה של חוקי יסוד, אם הוא אינו עומד בתנאי התוקף המינימליים לחקיקת יסוד. את התנאים הללו ציינו בהקשר של הצעת חוק יסוד מטעם ועדה – עקרונות הקולגיאליות והיסודיות. כן הראינו שלרשותו של בית המשפט עומד מגוון של סעדים חוקתיים, המתאפיינים במידות שונות של התערבות ובסוגים שונים של תוצאות צפויים, שבכוחם להפחית את חומרת הפגמים בהליך החקיקה החוקתית בישראל ולשפר את איכותה לעתיד לבוא. בעקבות פסק הדין בבג"ץ הסבירות, נדמה שנכון לומר שגישתנו זו אומצה במידה רבה בפסיקתו של בית המשפט העליון. אנו מצויים אפוא בפתחה של תקופה חדשה במערכת החוקתית הישראלית, ונותר לראות כיצד הדבר ישפיע הן על המשך החקיקה החוקתית בכנסת, הן על אופני הביקורת עליה מצד הרשות השופטת.

## סיכום

במאמר זה בחנו את השאלה מהן הנורמות המשפטיות ההליכיות הנדרשות בחקיקה של חוקי יסוד ומהן הנורמות המשפטיות הנדרשות בחקיקה מטעם ועדה של הכנסת. הראינו כי מסיבות תאורטיות ופרקטיות יש להכיר בתפיסה שלפיה הליך החקיקה של חוקי יסוד מזה, הליך החקיקה ביוזמת ועדה מזה והליך לחקיקת חוקי יסוד ותיקונם ביוזמת ועדה כל שכן – מחייבים נורמות הליכיות שונות ומחמירות יותר מאשר הליכי החקיקה של חוקים רגילים. בפרט, הצבענו על עקרון ההליך היסודי ועל עקרון הקולגיאליות (הסכמה בין-גושתית) כרלוונטיים במיוחד לחקיקת חוקי יסוד בכלל ולחקיקתם ביוזמת ועדה בפרט.

בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה (2) 44, 69 (2012).  
 עניין שפיר, לעיל ה"ש 122, בפס' 3 לפסק הדין של השופט עמית.

300

301

על בסיס מחקר היסטורי מקורי ומעמיק הראינו, כי במשך שנים רבות נהגה הכנסת ברגולציה עצמית, תוך ששיקולים של פוליטיקה צרה הוסטו ככלל הצידה, ואומצו נהגים של חקיקה יסודית ובהסכמה בין-גושית כאשר מדובר בחקיקת יסוד ובחקיקת ועדה, נהגים שיש להם מעמד מחייב לפי חוק-יסוד: הכנסת. אכן, בשנים של בניין האומה, על רקע סיכונים קיומיים ולאור מחויבות עמוקה להגבלת כוחה של הממשלה, אשר אפיינה בפרט את מפלגת הליכוד ואת הסיעות שממנה היא הורכבה, התאחדו חברי הכנסת מימין ומשמאל כאשר הם עסקו בנורמות חוקתיות וכאשר פעלו בשם ועדת החוקה כגוף של הכנסת. אולם בשנים האחרונות חלה שחיקה במחויבות הכנסת לנורמות אלו בהליך חקיקת חוקי יסוד, והחלה תופעה מתרחבת של חקיקת חוקי יסוד במהלכים קואליציוניים צרים לצד ריבוי יתר של תיקונים לחוקי יסוד המגשימים מטרות פוליטיות קצרות טווח. שחיקה זו הגיעה לשיא שלילי עם חקיקתו של תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה בנושא עילת הסבירות – תיקון שבוטל בהמשך בידי בג"ץ אך לא עקב הפגמים בהליך חקיקתו. מקרה זה הדגים ממד שטרם זכה לעיון מעמיק בספרות, ולפיו חוקתיות פוגענית מתרחשת גם באמצעות שימוש לרעה בהליך החקיקה החוקתית כדי להחליש את תכליתה המרכזית של החוקה – הגבלה על השלטון.

נוכח זאת, דנו בהשלכות של מחקרנו על סוגיית הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד. טענו כי על רקע הכשל המתמשך של הכנסת לאסדר את הליכי החקיקה שלה, על רקע נסיגה עצמית של הקואליציה הנוכחית מנהגים מקובלים זה עידנים בכל הנוגע לחקיקת ועדה ועל רקע הקיטוב הפוליטי המאפיין תקופה זו, לביקורת השיפוטית יש תפקיד חיוני.

לבסוף, לאור תהליך השחיקה של הליך חקיקת חוקי היסוד בישראל חשיבותם של חוק-יסוד: חקיקה או של חקיקה אחרת שתקבע הוראות בנוגע לחקיקה של חקיקת יסוד אשר יסדירו את ההליכים הללו ויחסנו אותם מפני ניצולם לרעה ניכרת ביתר שאת. למרבה הצער, הניסיונות לחוקק את חוק-יסוד: החקיקה ולעגן את הליכי החקיקה העלו חרס עד כה. במצב זה אנו סבורים, שבית המשפט העליון יכול ומוכרח להיות שחקן מועיל בהגנה על הליך החקיקה החוקתית. יש לרשותו תשתית דוקטרינרית עשירה, ובכוחו לתת סעדים חוקתיים מגוונים, שיסייעו בהפחתת החומרה של הפגמים המאפיינים את הליך החקיקה החוקתית בישראל בשנים האחרונות. יש לקוות שיהיה במעורבותו גם כדי לשפר את איכות החקיקה החוקתית בישראל לעתיד לבוא.