

פורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 4: הצעות החוק האחרונות בדבר תיקון חוק יסוד: השפיטה –

ביקורת שיפוטית והתגברות

הופץ ביום 20.1.2023*

תקציר

- הצעות הקואליציה לתיקון חוק יסוד: השפיטה כוללות מהפכה משטרית עמוקה ביחסים בין רשויות השלטון, שמשמעותה שחרור הרוב בכנסת, הנשלט בידי הממשלה, מכל מגבלה שיפוטית אפקטיבית על כוח החקיקה שלו.
- אם ההצעות יעברו, מדובר ביצירת התשתית לשלטון חסר מעצורים שאינו פועל למען טובת הכלל, לעריצות הרוב, לפגיעה בזכויות אדם ומיעוטים, ולסיכון ערכי המשטר הדמוקרטי וההליך הדמוקרטי.
- טענת מקדמי החקיקה, כאילו ההצעות מכירות לראשונה בסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית היא אחיזת עיניים: ההצעות כוללות הסדר שמבחינה מעשית מבטל את הביקורת השיפוטית החוקתית, ומספק שורה של דרכים לרוב הקואליציוני בכנסת, הנשלט על ידי הממשלה, למנוע ביקורת שיפוטית חוקתית, להתעלם ממנה, או להתגבר עליה.
- לפי ההצעות, לכנסת יהיה כוח חקיקה בלתי מוגבל כשהיא מחוקקת חוקי יסוד – בהליך רגיל וברוב רגיל – ולא תהיה עליהם ביקורת שיפוטית כלשהי.
- לפי ההצעות, ביקורת שיפוטית חוקתית על חקיקה רגילה תתאפשר רק בהליך חריג ובלתי ישום, הדורש החלטה של רוב עצום מקרב שופטי בית המשפט העליון.
- לפי ההצעות, גם אם תבוצע ביקורת שיפוטית חוקתית, תוכל הכנסת להתגבר על כך ברוב קואליציוני רגיל.
- שילוב הרכיבים הללו, בתוספת יתר היבטי המהפכה המשטרית המוצעת (בפרט, שינוי הליך בחירת שופטים, ביטול מעמד הייעוץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של החוק עבור הרשות המבצעת, וביטול עילת הסבירות) – משמעותו הסרת כל המגבלות המשפטיות על פעולות הממשלה. הדבר חותר תחת הרעיון הדמוקרטי הבסיסי של ממשלה מוגבלת, מאפשר המרת שלטון החוק בעריצות הרוב, ופותח פתח לריסוק הדמוקרטיה בישראל. שינויים כאלה אינם בסמכותה של הכנסת, באשר היא אינה רשאית, בהליך של תיקון חוקי היסוד, לבטל את יסודות הדמוקרטיה.

* אנחנו, חברות וחברים בפורום מרצות ומרצים למען הדמוקרטיה, בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידינו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופיייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה מטעמנו בנוגע לנושאים המוזכרים במסמך זה: <https://lawprofsforum.wixsite.com/home>. ליצירת קשר lawprofessorsforum@gmail.com. עקבו אחרינו בטוויטר <https://twitter.com/lawprofsforum>.

1. מבוא

ההצעות לתיקון חוק יסוד: השפיטה, שהוצגו בשבוע האחרון על ידי שר המשפטים ועל ידי יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט מציעות לחולל מהפכה משטרית עמוקה ביחסים בין רשויות השלטון, שמשמעותה שחרור הרוב בכנסת, הנשלט בידי הממשלה, מכל מגבלה שיפוטית אפקטיבית על כוח החקיקה שלו. זאת, במדינת ישראל שבה, מלבד הביקורת השיפוטית, אין כל מגבלה ממוסדת אחרת על כוחה של הממשלה הנהנית מרוב הפרלמנטרי, כפי שקיים בדמוקרטיה חוקתיות בעולם – למשל, חוקה משוריינת עם מגילת זכויות נוקשה, שני בתי פרלמנט המאזנים זה את זה, כוח וטו לנשיא עם מקור לגיטימציה עצמאי, ביקורת של טריבונל בינלאומי, בחירות אזוריות, מבנה פדרלי שבו מבוזר הכוח החקיקתי מלכתחילה, ועוד. בשילוב ההצעות הנוספות שהציגה הקואליציה לפוליטיזציה של ההליך לבחירת שופטים ולביטול מעמד הייעוץ המשפטי המקצועי כפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת – התוצאה תהא העמדת הממשלה, שלה שליטה אפקטיבית ברוב הקואליציוני בכנסת, מעל החוק והחוקה. ממשלה כזו תהיה חופשית לפעול ללא כל מגבלה משפטית, וכך להפר את המחויבות היסודית של כל מדינה דמוקרטית לפעול "לטובת כל תושביה" (כלשון הכרזת העצמאות). שלטון החוק יומר בעריצות הרוב, וגורלם של זכויות האדם והאזרח ושל המשטר הדמוקרטי יופקד בידי הממשלה המכהנת, ללא ריסון.

ההצעות בהן עוסק נייר עמדה זה, שהן רק חלק ממערך השינויים הכולל שמתכננת הממשלה, מורכבות מארבעה רכיבים עיקריים: (1) איסור על ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, תוך היתר לכלול בהם כל הוראה שהיא, בהליך חקיקה רגיל וברוב רגיל; (2) הסדר לביקורת שיפוטית חוקתית של חקיקה רגילה, שעוצב באופן השולל את ההיתכנות המעשית של ביטול חוקים של הכנסת; (3) הוראת התגברות המאפשרת לכנסת, ברוב קואליציוני רגיל, למנוע את הביקורת השיפוטית החוקתית או להתגבר עליה; (4) שלילת המעמד התקדימי של פסיקות חוקתיות של בית המשפט העליון, כך שלא יהיה להן משקל בניסוח חקיקה עתידית. משמעותו המעשית של מכלול זה היא ביטול הביקורת השיפוטית החוקתית כמנגנון מאזן לכוחו של הרוב, שלילת היכולת של בית המשפט העליון להגן על יחידים, על מיעוטים ועל המשטר הדמוקרטי מפני פגיעה על ידי הרוב הקואליציוני השולט, והוצאת ישראל מקהילת הדמוקרטיה החוקתיות בעולם.

ההצעות מבטלות במחי יד עשרות שנים של פיתוח משפטי מורכב ועדין, הן בחקיקת יסוד של הכנסת והן בפסיקתו של בית המשפט העליון, שהביאו לשיפור מובהק ברמת ההגנה על זכויות אדם ועל זכויות מיעוטים בישראל. נשמעה הטענה כאילו ההצעות "רק" יחזירו את גלגל החוקתיות לאחור, למצב החוקתי שקדם ל-1992. אלא שההצעות לא יעשו זאת. ישראל, והמשפט הישראלי, של שנת 2023 – כמו העולם כולו – אינם אלה של שנות ה-60, ה-70, או ה-80. החברה הישראלית עברה תהליך אינטנסיבי של קיטוב חריף בעשורים האחרונים. היא מאופיינת במחלוקות זהותיות קיצוניות, למשל בין יהודים וערבים, דתיים וחילונים, חרדים ומשרתי צבא, עשירים ועניים, חברי קהילות מוצא שונות, ועוד. רבות מן המחלוקות האלה מגובשות גם סביב קבוצות מובהקות של רוב ומיעוט – בעיקר ביחס שבין יהודים ופלסטינים במרחב (הן בתוך ישראל והן בגדה המערבית), וכן ביחס של קבוצות כוח משמעותיות בחברה הישראלית לזכויותיהם של מיעוטים מודרים כמו נשים, מהגרים ומבקשי מקלט, וחברי קהילת הלהט"ב. הפוליטיקה הישראלית מגלה מאפיינים מובהקים של פופוליזם פוליטי המעמיד את קבוצת הרוב ההומוגנית מעל לזכויותיהם של יחידים ומיעוטים ומסמן אותם לא אחת כיריבים וכאויבים. בתנאים אלה, הסיכון בהסרת כל מגבלה על הרוב הקואליציוני המכהן גדולים במיוחד, והחשש לגורל הדמוקרטי מוחשי במיוחד.

לנייר עמדה זה שלושה חלקים: (1) רקע, בו מוצגת בקצרה המערכת המושגית הנוגעת לביקורת שיפוטית חוקתית והאופן בו התפתחה בישראל בדור האחרון; (2) ניתוח כללי של הרכיבים המרכזיים בהצעות החקיקה, המצביע על הסיכונים העיקריים העולים מהן; (3) ניתוח פרטני של כל סעיף וסעיף בהצעות החקיקה, המסביר את משמעויותיהם

הנקודתיות ואת האופנים השונים בהם הם משתלבות למכלול שמאיים להסיר כל מגבלה על כוח החקיקה של הרוב הקואליציוני בכנסת. ניתוח הצעות החקיקה יתייחס במשולב הן לתזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט) שפרסם ב-11.1.2023 שר המשפטים (להלן: הצעת השר); והן להצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות) שפרסם ב-17.1.2023 יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט כ"נוסח מוצע לדיון" (להלן: הצעת יו"ר הוועדה). העקרונות המרכזיים של שתי ההצעות – ולכן גם הסיכונים החמורים לדמוקרטיה שהן משקפות – דומים. בנקודות בהן קיימים הבדלים בין ההצעות, מצוין הדבר במפורט בגוף הנייר.

2. רקע

ביקורת שיפוטית חוקתית – סמכותו של בית משפט לקבוע שחקיקה סותרת את החוקה ולכן בטלה – היא רכיב יסודי ומוכר כמעט בכל הדמוקרטיות החוקתיות בעולם. למנגנון זה היסטוריה ארוכה והצדקות וטעמים רבים, אך בבסיסו מדובר בכלי מרכזי לאיזון כוחו של הרוב הפרלמנטרי, כדי שלא ייעשה בכוח זה שימוש לפגיעה ביחידים או במיעוטים (למשל באמצעות חקיקה מפלה) או במשטר הדמוקרטי עצמו (למשל באמצעות חקיקה המסכלת בחירות עתיות חופשיות ותחרותיות). המקור המשפטי שמכוחו מבוצעת הביקורת השיפוטית החוקתית הוא בדרך כלל החוקה – טקסט משפטי שקובע את המחויבויות הדמוקרטיות והזהותיות של המדינה ואת הזכויות של האנשים החיים בה. כדי שהחוקה תספק כללי משחק ידועים ואחידים להליך הפוליטי הרגיל ותגן באופן עקבי על זכויות, היא אמורה להיות יציבה ("משורינת" או "קשיחה") יותר מחקיקה רגילה, ובפרט חיוני ששינויה לא יהיה נתון בידי הרוב הפרלמנטרי הרגיל, שכן רוב זה אמור להיות מוגבל על ידי החוקה.

כידוע, גם בהעדר מסמך מקיף ושלם, לישראל יש משפט חוקתי מפותח ועשיר, שמכוחו הוגבלו בפועל – במידות שונות של הצלחה בהקשרים שונים – רשויות השלטון מפני פגיעה חסרת מעצורים ביחידים, במיעוטים, או במשטר הדמוקרטי. הדבר נעשה הן באמצעות מסורות חוקתיות שהמחוקקים קיבלו על עצמם בעבר, והן באמצעות פסיקה עקבית של בית המשפט העליון, מאז שנות ה-50, שקבעה הגבלות שונות על כוחו של השלטון לפגוע במשטר הדמוקרטי, בערכיו, ובזכויות של יחידים, של מיעוטים ואף של הרוב.

הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית הוכרה במשפט הישראלי בשורה של פסקי דין של בית המשפט העליון לאורך השנים. ראשית, החל משנת 1969 בוטלו כמה הוראות בחוקי הבחירות לכנסת משום שהן פגעו בעקרון השוויון בבחירות, הקבוע בחוק יסוד: הכנסת (מבלי שהדבר נעשה ברוב הדרוש לשם כך לפי חוק היסוד). שנית, בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק ב-1992, קבע בית המשפט העליון ב-1995 (בפסק דין "בנק המזרחי"), שהפירוש הראוי של חוקי יסוד אלה הנו שהוראותיהם גוברות על חקיקה רגילה של הכנסת, ולכן שחקיקה רגילה שסותרת אותם חייבת לעמוד בתנאים הקבועים באותם חוקי יסוד כדי שתהיה תקפה. לפי תנאים אלה (הקבועים ב"פסקת ההגבלה" שבחוקי היסוד הללו), לא ניתן לפגוע בזכויות הקבועות בחוקי היסוד אלא אם הפגיעה היא, בין היתר, "לתכלית ראויה" ו"במידה שאינה עולה הנדרש" (דרישת המידתיות).

בהמשך הרחיב בית המשפט העליון וקבע שגם חוקי היסוד האחרים נהנים מאותה עליונות, שכן מכלול חוקי היסוד נעשו במסגרת הסמכות המכוננת של הכנסת, שנשמרה מאז הכנסת הראשונה. בפועל, התכנים של כמעט כל חוקי היסוד שנחקקו עד כה בישראל דומים במידה רבה לפרקים בחוקות המוכרות מן העולם (כינון מוסדות השלטון וקביעת סמכויותיהם, הגנה על זכויות אדם ואזרח, והצהרה על ערכי המדינה ושאיופותיה). לכן, המבחן הצורני שנקבע בפסיקת בית המשפט לזיהוי דברי חקיקה במעמד חוקתי – הכותרת "חוק יסוד" – הלם גם את התוכן שהופיע בהם (תוכן "חוקתי"). כן עסק בין המשפט בפרשנות של הזכויות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובמסגרת זו קבע, בין היתר, שהזכות לכבוד האדם כוללת גם את הזכות לשוויון, לפחות במובן של איסור הפליה השוללת את

האוטונומיה של היחיד או מייחסת לו מעמד נחות בשל השתייכותו הקבוצתית; את הזכות לחופש הביטוי, ודאי הביטוי הפוליטי; ואת הזכויות לחופש הדת ולחיי משפחה.

מאז שנקבע ב-1995 שבית המשפט מוסמך להורות על בטלותם של חוקים שפוגעים בזכויות לתכלית שאינה ראויה או באופן לא מידתי, התנהלו בפני הערכאות השונות, ובעיקר בבג"ץ, מאות הליכים שבהם הוצגו טענות לבטלות חוק. הרוב המוחלט של הטענות הללו נדחו. בפועל קיבל בית המשפט העליון ב-22 מקרים טענות לבטלות חקיקה של הכנסת – בדרך כלל של סעיף או תת-סעיף מסוים מתוך החוק. ברבים מפסקי דין אלה נדרש בית המשפט להגן על קבוצות מיעוט שלהן נחיתות מובנית בהליך הפוליטי הרבני: עצירים (קציבת משך הזמן טרם הבאת חייל עצור בפני ביה"ד הצבאי; קביעת חובת נוכחות של עצור החשוד בעבירת בטחון בדיון בעניינו), אסירים (ביטול הפרטת בתי הסוהר), מתנחלים (הרחבת הסדר הפיצויים למפוני ההתנתקות), פלסטינים אזרחי ישראל (ביטול הפליה בהענקת הטבות מס ליישובי פריפריה), עניים (ביטול תנאי אי-החזקת רכב לזכאות להבטחת הכנסה), להט"ב (ביטול הפליה בגישה לפונדקאות). באחדים מפסקי דין אלה הגן בג"ץ על קבוצות שהן מודרות לחלוטין מההליך הפוליטי בישראל: פלסטינים תושבי הגדה המערבית (ביטול חוק ההסדרה), ומבקשי מקלט ומהגרי עבודה (ביטול משמורת ממושכת לשהים לא חוקיים ללא משפט; ביטול הסדר הפקדון).

כראוי בדמוקרטיה, כל פסקי הדין של בית המשפט העליון בהם נקבעה בטלות הוראות בחוקי הכנסת - זכו לציות מלא מצד הרשויות המבצעות והמחוקקות. בכמה מן המקרים ההסדרים פשוט עברו מן העולם עם פסיקת בית המשפט ואין נוהגים לפיהם (למשל, הפרטת בתי הסוהר), ובמקרים אחרים הכנסת קידמה חקיקה מתקנת שתיקנה את הפגם החוקתי עליו הצביע בית המשפט (למשל, בנושא משך הזמן להחזקת חייל עצור טרם הבאתו בפני שופט).

לאורך השנים התייחס בית המשפט העליון, בעיקר בהערות אגב, לשאלה אם בסמכותו לקיים ביקורת שיפוטית גם על חוקי יסוד של הכנסת. השאלה נובעת מן המתח בין המעמד החוקתי העל-חוקי שנקבע לחוקי היסוד בפסיקת בית המשפט, מצד אחד, והעובדה שאין מניעה פורמלית מכל רוב בכנסת לחוקק חוקי יסוד תחת הכובע המכונן, ובדרך זו להכניס כביכול "לחוקה" הישראלית החלקית תכנים שאינם חוקתיים מבחינת טיבם או שסותרים במהותם את ערכי היסוד של המערכת החוקתית. בשנים האחרונות, משגבר השימוש בחוקי יסוד לקביעת הסדרים כאלה, פיתח בית המשפט שתי דוקטרינות לביקורת המצבים האלה: (1) הכלל בדבר ניצול לרעה של הסמכות המכוננת, אשר מבקר מצבים בהם הכנסת קובעת בחוק יסוד הסדר שמעצם טבעו אינו מתאים כלל לסביבה החוקתית – למשל הסדר זמני (בעוד חוקה נועדה להיות יציבה וקבועה), או הסדר ספציפי ללא כל תחולה כללית כמו העברה תקציבית נקודתית. (2) הכלל בדבר התיקון החוקתי הלא-חוקתי, אשר מבקר חקיקה חוקתית שתוכנה סוטה באופן קיצוני מאוד מערכי היסוד המבוטאים במכלול המקורות של השיטה החוקתית הישראלית – בעיקרו של דבר, היות ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. אף שדוקטרינות אלה הוכרו בפסיקת בית המשפט, הן הופעלו עד כה רק באמצעות "התראת בטלות" כלפי חקיקה חוקתית עתידית. בדרך זו, הבהיר בית המשפט כי אין זה ראוי לנצל את הסמכות המכוננת לטובת הקואליציה המכהנת. בהקשר דומה קבע בית המשפט גם שהכנסת מחויבת להליך חקיקה תקין, שמטרתו להבטיח השתתפות נאותה של חברי הכנסת בתהליך יצירת החוק.

לצד מכלול זה, יצוין שב-1994 חוקקה הכנסת, ברוב גדול בו היו שותפות מפלגות מן הקואליציה ומן האופוזיציה, "פסקת התגברות" במסגרת חוק יסוד: חופש העיסוק. הוראה זו מאפשרת לכנסת לפגוע בחופש העיסוק גם אם הפגיעה אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, בתנאי שהדבר נאמר במפורש בחוק המתגבר (הקרוי "חוק חורג") ונעשה ברוב של 61 חברי כנסת לפחות. תוקפו של חוק חורג כזה הוא ל-4 שנים בלבד. עד כה עשתה הכנסת שימוש במנגנון ההתגברות שבחוק יסוד: חופש העיסוק פעם אחת בלבד, כדי לאפשר הגבלה על יבוא בשר לא כשר לישראל – המטרה היחידה לשמה בוצע אותו תיקון.

התיקונים המוצעים לחוק יסוד: השפיטה מוצגים על ידי מקדמיהם ככאלה המעגנים לראשונה, באופן רשמי ובחוק יסוד, את הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית. אלא שהאופן בו עוצבה הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית בהצעות מרוקן אותה מכל תוכן מעשי. אכן, אם יאומצו ההצעות, ביקורת שיפוטית חוקתית תעבור מעשית מן העולם במסגרת המשפט הישראלי, על כל המשמעויות הכרוכות בכך, ובראשן הסכנה לפגיעה ביחידים, במיעוטים ובעיקרי המשטר הדמוקרטי, כמו גם בטובת הציבור כולו. להסדר המוצע כמה רכיבים מרכזיים (בהמשך יידונו במפורט ההסדרים הנקודתיים הנכללים ברכיבים אלה):

- 1) שלילת הסמכות לביקורת שיפוטית של חוקי יסוד, ללא קביעת הגבלות על תכנם של חוקי יסוד או על הליכי חקיקתם.
- 2) ביקורת שיפוטית חוקתית (על חקיקה רגילה) תתאפשר רק במקרים של "סתירה מהותית" עם "הוראה מפורשת" בחוק יסוד (לפי הצעת השר) או אם החוק "סותר בבירור הוראה ששוריינה" בחוק יסוד (לפי הצעת יו"ר הוועדה).
- 3) ביקורת שיפוטית חוקתית תבוצע רק על ידי בית המשפט העליון, רק בהרכב מלא של שופטיו, ורק ברוב של 80% מכלל שופטי בית המשפט (לפי הצעת השר) או בהחלטה פה אחד בלבד (לפי הצעת יו"ר הוועדה).
- 4) פסק דין שביטל תוקפו של חוק לא ישמש תקדים לעניין תוקפו של חוק אחר (לפי הצעת השר).
- 5) הכנסת תוכל להתגבר על ביקורת שיפוטית חוקתית (לפי הצעת השר) או אף להתגבר מראש על חוק היסוד עצמו (לפי הצעת יו"ר הוועדה) באמצעות חקיקה מפורשת ברוב של 61 ח"כים.

שילוב הרכיבים האלה, על הפרטים הנכללים בהם שיוצגו להלן, משמעו שבפועל אין כמעט כל הגבלה חוקתית מעשית על הרוב הקואליציוני בכנסת, כלומר על הממשלה.

שלילת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. אף שההצעות מאמצות במפורש את העליונות של חוקי היסוד על חקיקה רגילה, הן אינן קובעות כל מגבלה על הנושאים אותם ניתן להסדיר בחוקי יסוד, ואף לא על ההליך לחקיקתם. הן רק קובעות שלא תתאפשר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. במלים אחרות, לפי ההצעות, ניתן לחוקק כל הסדר שהוא בחוק יסוד, בכל רוב שהוא, והוראה כזו תהיה חסינה מביקורת שיפוטית. זהו הסדר שמזמין זילות של חוקי היסוד והפיכתם לכלי זמין וזול לעקיפה מוחלטת של הביקורת השיפוטית, לפגיעה בזכויותיהם של יחידים ומיעוטים, לפגיעה במשטר הדמוקרטי (למשל באמצעות פגיעה בשוויון בבחירות או הסמכת חירום לרשות המבצעת), ואף לחיסון הסדרים פוליטיים פרסונליים ומושחתים מפני הדין. הטיוטות שהוצגו לאחרונה לחוקי יסוד בנושא מדיניות ההגירה ובנושא לימוד תורה מעידות שאכן יש כוונה לכלול בחקיקת יסוד הסדרים מפורטים ונקודתיים מגוונים, שאין להם כל קשר לתפקידה של החוקה כמסדירה את כללי המשחק של הדמוקרטיה ושבחלקם פוגעים בזכויות האדם בצורה חמורה. הקביעה כי חוקי היסוד הם בבחינת נורמה חוקתית עליונה, יחד עם השימוש בהם לעיגון הסכמות פוליטיות צרות ונקודתיות, היא בבחינת החזקת המקל בשני קצותיו.

מודל הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה. גם אם הכנסת תפגע בזכויות או בהוראות אחרות המופיעות בחוקי היסוד בחקיקה רגילה ולא בחוק יסוד, מודל הביקורת השיפוטית המוצע הוא אחיזת עיניים: מצד אחד לכאורה תיתכן ביקורת שיפוטית חוקתית של חקיקה, אבל מצד שני ההליך שעוצב עבור כך מרוקן אותה מתוכן מעשי, ומשמעותו שכמעט לא תתאפשר ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת. כאן יש להתייחס לשלושה עניינים.

ראשית, בכל שנותיו, בית המשפט העליון מעולם לא ישב בהרכב של 15 שופטים (המצבת הנוכחית של בית המשפט המלא) – זהו מודל חריג שקשה ליישמו ולו מטעמים פרגמטיים של עומס, מניעות, מחלה, או היעדרות אחרת. מובן שמבחינה מעשית הרכב כזה יכונס רק באופן נדיר ביותר.

שנית, לצד גודל ההרכב, גם הדרישה שפסילת חוקים תאושר על ידי לפחות 80% משופטי בית המשפט (כהצעת השר) או בהחלטה פה אחד בלבד (כהצעת יו"ר הוועדה) משמעה שהדבר יהיה נדיר ביותר אם בכלל יתאפשר. בית המשפט הוא מוסד מגוון, והסוגיות החוקתיות שהוא עוסק בהן חדשות, מורכבות, ומביאות לא אחת לשונות ולמחלוקת בקרב השופטים. במצבים כאלה נדרש כלל הכרעה סביר ומעשי, המתחשב גם במשקל המיוחד של פסיקה חוקתית. גם אם רוב פשוט אינו הכלל היחיד האפשרי, הסיכוי להשגת תמימות דעים כה רחבה בהרכב של 15 שופטים קלוש. זהו הסדר שמקטין למאום את האפשרות לביקורת שיפוטית חוקתית, ומעשית מייחדת רק למקרים של חקיקה מופרכת לגמרי. לא ניתן לנתק נושא זה גם מן ההצעה לשנות את סדרי הבחירה של שופטים לבית המשפט העליון, שמטרתה מתן שליטה אפקטיבית לממשלה במינוי (לפי הצעת השר). במצב זה, צפוי שתוך שנים ספורות רבים משופטי בית המשפט העליון ימונו מקרב מועמדי הממשלה – כך שההיתכנות שיצביעו לביטול חוקיה של הממשלה נמוכים במיוחד. נתון זה מקטין עוד, עד לסיכוי אפסי, את הסיכוי הקטן גם כך להשיג הסכמה שיפוטית רחבה להחלטה על בטלות חוק.

שלישית, נוסף על המגבלות ההליכיות על הביקורת השיפוטית, ההצעות כוללות גם צמצום של העילות המהותיות לביקורת שיפוטית, בהגבילן את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית רק למצבים בהם חוק "סותר סתירה מהותית הוראה מפורשת בחוק-יסוד" (הצעת השר) או, בדומה, אם חוק "סותר בבירור הוראה ששוריינה בחוק-יסוד" (הצעת יו"ר הוועדה). לשון זו נועדה כמדומה לשלול פרשנות של הזכויות המנויות בחוקי היסוד ככוללות גם היבטים של זכויות נוספות, כפי שנעשה למשל עם איסור ההפליה כנגזרת של הזכות לכבוד. בפועל, זהו ניסיון לבטל זכויות חוקתיות הקיימות כבר כמה עשורים במשפט הישראלי. אם תתקבל פרשנות כזו לזכויות "מנויות", הרי שההצעות ישללו את הזכות החוקתית לשוויון, את הזכות החוקתית לחופש ביטוי, את הזכות החוקתית לנישואין ולחיי משפחה, את הזכות החוקתית לחופש דת ולחופש מדת, ועוד. מצב זה, של ביטול מיידי של זכויות חוקתיות חשובות ומרכזיות במדינה ליברלית הנו חסר תקדים ויפגע פגיעה אנושה בהגנה על זכויות אדם בכלל, וזכויות מיעוטים בפרט. הדבר חמור במיוחד באשר ההצעות להגביל את סמכותו של בית המשפט לפרש את הזכויות המנויות בחוקי היסוד אינן מלוות בהצעה לעגן מגילת זכויות משורינת.

הסדר ההתגברות. אף אם יושג הרוב הדרוש ותתקיימנה העילות לפסילה של חקיקת הכנסת, אותה הכנסת רשאית, לפי הצעת השר, להתגבר על פסילה כזו ברוב קואליציוני מינימלי (61 ח"כים), באמצעות קביעה שהדבר שנעשה על אף האמור בפסק הדין שפסל את החוק. ההצעה אינה מחייבת שהכנסת בפועל תשקול את האמור בפסק הדין או תבחן חלופות לחקיקה שיהלמו אותו. למעשה ההצעה מתמרצת חקיקה של אותו חוק ממש ללא כל שינוי, שכן זהו תנאי להפעלת הסדר ההתגברות (חקיקת "חוק זהה"). חמורה מכך הצעת יו"ר הוועדה, לפיה הכנסת רשאית להתגבר, ברוב קואליציוני מינימלי (61 ח"כים), על חוקי היסוד עצמם, כך שחוקים שתחוקק יהיו חסינים מפני ביקורת שיפוטית חוקתית אף ללא כל מעורבות של בית המשפט. נוסף על כך, בניגוד להסדר הקבוע בחוק יסוד: חופש העיסוק, ההצעות כוללות הסדרים המאפשרים להנציח את תוקפו של חוק מתגבר, אם הוא יאושר בחקיקה חוזרת על ידי כנסת עוקבת. הסדר ההתגברות המוצע כאן הוא אפוא מסלול שלישי המבקש לאפשר חקיקה קבועה הפוגעת בזכויות במפורש וללא הצדקה.

נוכר, כי כבר כיום הכנסת רשאית לפגוע בזכויות חוקתיות אם הפגיעה עומדת בתנאי ההצדקה של "פסקת ההגבלה" – בעיקרם, תכלית ראויה ומידתיות. מנגנון ההתגברות המוצע מאפשר לכנסת לפגוע בזכויות חוקתיות בלי לעמוד בתנאים כלשהם, כלומר בלי להציג כל הצדקה לפגיעה.

ביטול התקדים. לפי הצעת השר, יבוטל הערך התקדימי של פסק דין שקובע את בטלותו של חוק. הצעה זו עשויה לפגוע בתפקידו של בית המשפט כפרשן של הדין וביכולתם של יועצים משפטיים להציג עמדה לפיה חקיקה היא לא חוקתית, בהתבסס על פסיקה קודמת. באופן רחב יותר, ההצעה תפגע גם בתפקידם החיוני של פסקי דין חוקתיים כהזדמנות להבהיר את תוכן של נורמות משפטיות באופן כללי. למעשה מדובר בפגיעה בשלטון החוק, המחייב נורמות

כלליות ומידה גדולה של ודאות משפטית. ביחד עם המנגנונים המסורבלים של פסקת ההתגברות, ההצעה מייצרת אי וודאות גדולה בנוגע לדין הקיים עבור האזרחים והרשויות.

נציין, כי בדברי ההסבר להצעה מובאות השוואות בין ישראל לבין מדינות אחרות, ובפרט מדינות ה-OECD, כהצדקה לשינויים המוצעים. ואולם, השוואות אלה מטעות משום שבאותן מדינות מתקיימים מנגנונים חוקתיים ופוליטיים המאזנים את כוחו של הרוב הקואליציוני ואשר חסרים בישראל, ובפרט מנגנונים אפקטיביים להגנה על זכויות יחידים ומיעוטים כמו מגילת זכויות נוקשה, כפיפות לטריבונלים בינלאומיים ועוד. נקודתית, גם הטענה כאילו הסדר ההתגברות המוצע כעת מתיישב עם ההסדרים הקיימים בקנדה אינה נכונה. בקנדה לא ניתן לעשות שימוש במנגנון ההתגברות בהוראות הקשורות למבנה המשטר בכלל ולבתי המשפט בפרט. ניתן לחרוג רק מזכויות חוקתיות ספציפיות, ולא ניתן לחרוג באופן המפלה נשים, מפלה את בני האומות הראשונות (הילידים) או פוגע בהסדרים הקשורים לשפות הרשמיות ולכוחן היחסי של הפרובינציות בפדרציה כלל. לעומת זאת, מנגנון ההתגברות המוצע בהצעות הנוכחיות גורף, ואינו חס על איזו קבוצה שהיא. למרבה הצער, ההשוואה הרלוונטית להסדרים המוצעים היא למשטר כמו זה הקיים כיום בהונגריה, בו דמוקרטיה חוקתית מתפקדת נרמסה באמצעות השתלטות רובנית על מכלול מוקדי הכוח החוקתיים במדינה, כולל ההליכים לתיקון החוקה ולבירות השופטים.

התוצאה היא שלילה מוחלטת של ביקורת שיפוטית חוקתית בישראל, שמשמעותה – בהעדר מנגנוני איזון אחרים כלשהם – יד חופשית לממשלה, באמצעות הרוב הקואליציוני שבשליטתה בכנסת, לחוקק כאוות רוחה כל הסדר, תהא חומרת פגיעתו בציבור כולו, בזכויות יחידים או מיעוטים, או במשטר הדמוקרטי אשר תהא.

4. התייחסות פרטנית לסעיפי ההצעות

הדיון להלן יתייחס בעיקרו להצעת השר, הכוללת הסדרים רבים ומפורטים. במקומות בהם הצעת יו"ר הוועדה סוטה מהצעת השר, תובא התייחסות נקודתית גם להצעת יו"ר הוועדה. מכלול התיקונים המוצעים בהצעת השר בנושא הביקורת השיפוטית מיועדים להופיע בסעיף חדש - סעיף 15א - לחוק יסוד: השפיטה. ההתייחסות לכן תהיה להלן לשלושה עשר סעיפי המשנה של סעיף 15א המוצע בהצעת השר.

ס"ק (א) [מקביל לסעיף 15א בהצעת יו"ר הוועדה]

לא ידון כל בית משפט, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בסעד או בטענה הנוגעים לתוקפו של חוק-יסוד; על אף האמור בסעיף 15 ובכל דין, לא יהא תוקף לפסק דין, צו או החלטה אחרים של כל בית משפט המבטלים או מגבילים את תוקפו של חוק-יסוד או של חלקים ממנו.

הסעיף אוסר על כל בית משפט הן לדון והן להחליט בטענות שנוגעות לתוקפו של חוק יסוד או חלקים ממנו. הוראה זו, כשהיא באה יחד עם ההגדרה הבלתי-מוגבלת המופיעה בס"ק (יב) לתוכן שניתן לכלול בחוק יסוד, ובהעדר כל הגבלה על הליך החקיקה של חוקי יסוד, משמעותה שהכנסת חופשית לכלול בחוק יסוד כל הסדר שהוא, בהליך חקיקה רגיל, בכל רוב, וללא כל אפשרות לביקורת שיפוטית. למעשה, סעיף זה, אם יתקבל, מרוקן מתוכן את הביקורת השיפוטית על חוקים – המצומצמת גם כך – אשר קבועה בנוסח הצעת החוק, וזאת משום שניתן יהיה להגדיר כל חוק כחוק יסוד אך כדי לחסנו מביקורת שיפוטית.

בכך שאינה קובעת מגבלות על הנושאים הראויים לחוקי יסוד, אינה יוצרת הליך מיוחד ליצירתם של חוקי יסוד, וקובעת כי לא תהא ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, מבקשת ההצעה לבטל פסיקה של בית המשפט העליון מהשנים

האחרונות, שביקשה לקבוע גדרים למה ניתן לכלול בחוק יסוד כדי שישמר את מעמדו החוקתי. כך, קבע בית המשפט העליון (בפרשת שפיר) שלא ניתן לקבוע בחוק יסוד הוראות שאין להן כל אפיון חוקתי למשל כי הן זמניות או נעדרות תחולה כללית; וכן (בפרשת חסון) שלא ניתן לעשות שימוש בחקיקת יסוד כדי לקעקע את רכיבי הזהות המכוננים של מדינת ישראל - היותה מדינה יהודית ודמוקרטית. נוסח הצעת החוק דוחה גישות אלה, הרואות בחוקה מסמך יסודי וחשוב, וקובעת שכל רוב בכנסת (במלים אחרות, כל רוב קואליציוני) יוכל לקבוע בחוקת המדינה איזו הוראה שירצה. זו כמובן סטייה מההבנה שבדמוקרטיה חוקה נוצרת בהסכמה רחבה מתוך מטרה לשמש ביטוי למאוויי הציבור כולו והגנה לזכויותיו.

קביעה מפורשת ורשמית כחלק מן הטקסט החוקתי, כי הכנסת בכובעה כרשות מכוונת רשאית לכלול בחוק יסוד כל הסדר ולחוקקו ברוב רגיל, צפויה ליצור אפקט הרשאה (licensing) שיקל על מחוקקים לעשות שימוש בחקיקת יסוד פוגענית כדרך לחסום מראש ביקורת שיפוטית. זה יהיה המשך לתופעה שהתעצמה בשנים האחרונות של שימוש אופורטוניסטי בחקיקה חוקתית כדי לעגן עסקאות פוליטיות, קואליציוניות ופרסונליות שאין להן דבר עם תפקידה של חוקה כקובעת את סמכויות השלטון, כללי המשחק הדמוקרטי, וזכויות האדם והאזרח מול השלטון. גם טיטות לחקיקת יסוד מהותית שהוצגו לאחרונה מלמדות על הכוונה לחסן הסדרים בעייתיים ופוגעניים מביקורת שיפוטית באמצעות עיגונם המלאכותי בחוק יסוד. כך למשל "הצעת חוק-יסוד: כניסה, הגירה ומעמד בישראל" (1568/24/פ) כוללת שורה של הוראות שכל מטרתן לאפשר חוקים שנפסלו בעבר על ידי בג"ץ עקב פגיעתם הלא מידתית בזכויות לכבוד, לחירות ולקניין של מבקשי מקלט ומהגרי עבודה בישראל. אם חוקי היסוד הופכים לחומר ביד היוצר עבור הרוב הקואליציוני בכנסת - לא רק להלכה אלא גם למעשה - הרי שניטל מהם המעמד החוקתי, והתוצאה היא כוח בלתי מוגבל לרוב השולט.

ס"ק (ב) [מקביל לסעיף 15ב(א)-(ב) בהצעת יו"ר הוועדה]

בית המשפט העליון בלבד רשאי להורות בפסק דין על ביטולו של חוק שאיננו חוק-יסוד, ביטול חלק ממנו או הגבלת תוקפו, בהתקיים כל אלה:

(1) בית המשפט מצא כי החוק סותר סתירה מהותית הוראה מפורשת בחוק-יסוד;

(2) פסק הדין ניתן בהרכב של כל שופטי בית המשפט העליון, למעט שופטים שנבצר מהם להשתתף בדיון במשך למעלה מ 30 יום מיום שנדרש בית המשפט העליון להכריע בענין, ותמכו בהחלטה לבטל את החוק שמונים אחוזים מכלל שופטי בית המשפט העליון או יותר.

סעיף זה מסמיך את בית המשפט העליון בלבד להורות בפסק דין על ביטולו של חוק, קובע את עילת הבטלות המותרת, וקובע את ההרכב הדרוש לביטול כאמור. כל אחד מן הרכיבים בסעיף זה מעורר קשיים ותהיות, ושילובם יחד מונע ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת. גם כאן, מבקשת ההצעה להציג את עצמה כאילו היא קובעת הסדר אשר מאפשר הגנה על זכויות חוקתיות, אך בפועל היא מרוקנת אותו מתוכן. כך, נוצרת מראית עין של משטר חוקתי תקין, המכסה על מתן כוח בלתי מוגבל לרוב הפוליטי. ונפרט:

- ייחוד הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית לבית המשפט העליון – הסעיף קובע לכאורה לראשונה סמכות מפורשת לביקורת שיפוטית חוקתית, אך מייחד סמכות זו לבית המשפט העליון בלבד. בכך סוטה ההצעה מן ההסדר שנהג עד כה במשפט הישראלי, ואשר נסמך על המסורת של מדינות המשפט המקובל שישראל נמנית עליהן, ולפיה הסמכות לקבוע את תוקפו של דין, כולל חקיקה ראשית, נתונה לכל ערכאה במערכת המשפט. בפועל, הרוב המכריע של הטענות וההחלטות בנושא ביקורת שיפוטית חוקתית נעשו בעשורים האחרונים בבית המשפט

העליון בשבתו כבג"ץ, ובמובן זה אין בהצעה חידוש משמעותי. בעולם קיימים מודלים שונים לביקורת שיפוטית חוקתית, חלקם מרכזים את הסמכות בערכאה עליונה אחת, אחרים מבזרים אותה לכל ערכאות השיפוט. המודל הריכוזי מאפשר בירור מהיר ואיכותי של שאלות חוקתיות, בערכאה עם נראות ומשקל ציבורי. המודל הביזורי לעומת זאת מאפשר פסיקה מתוך הבנת ההקשר והמשמעות המעשית של הסדר חוקי שנטען שאינו חוקתי, וכן באמצעות גישה רחבה יותר לערכאות. תוצאת הריכוז של כל סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית בבג"ץ היא שמענה שאלות חוקתיות יידונו, אם בכלל, בהליך ריכוזי בפני בג"ץ "על כל הקופה".

את ייחוד הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית לבית המשפט העליון יש לקרוא, בנוסף, גם בהקשר להצעת השר לשינוי ההליך לבחירת שופטים, אשר יכפיף באופן מעשי את הוועדה לבחירת שופטים לכוחה הרובני של הממשלה. במצב כזה, צפוי שבית המשפט העליון – שמכהנים בו שופטים ספורים בלבד ושתשומת הלב הפוליטית במינוי שופטיו ובקידומם למשרת נשיא בית המשפט מוגברת (יחסית להליכי המינוי של שופטי הערכאות הנמוכות) – ייטה לאורך זמן לצדד יותר בעמדות הממשלה, כלומר לדחות יותר עתירות לביקורת שיפוטית חוקתית. מעשית, שליטה קואליציונית במינוי שופטי העליון, לצד ריכוז הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית בידיהם, משמעה שליטת הממשלה לביקורת השיפוטית עצמה.

- **"ביטולו של חוק"** - הסעיף מסמיך לכאורה את בית המשפט העליון "לבטל" חוקים של הכנסת. אלא שזהו איפיון שגוי של הביקורת השיפוטית החוקתית, ודאי במסורת המשפט המקובל. בית המשפט אינו "מבטל" חוקים, אלא קובע את בטלותם, משום שהם סותרים את החוקה. זה אינו הבדל סמנטי בלבד, כי הוא משקף תפיסה שגויה של תפקיד בית המשפט במסגרת הביקורת השיפוטית: בית המשפט אינו רשאי ליישם או לאכוף חוק שאינו תקף. לכן בית המשפט חייב לבחון את תקפות החוק העומד לפניו טרם פסיקה. תנאי התוקף של החוק קבועים בחוקה (הכתובה או הנוהגת), למשל: דרישת רוב בשלוש קריאות, או עמידה בדרישת המידתיות לצורך פגיעה בזכות. אם חוק אינו מקיים את תנאי התוקף הקבועים בחוקה, בית המשפט חייב לקבוע שהוא אינו תקף, או במלים אחרות - בטל. בכך הוא מממש את העקרון של שלטון החוקה על המחוקק. אי החוקתיות של החוק לא נובעת מהחלטת בית המשפט אלא מכך שהמחוקק חרג מסמכותו. בית המשפט מזהה ומצהיר על חריגה זו, וקובע מה משמעותה.

- **"סתירה מהותית הוראה מפורשת בחוק-יסוד"** (בהצעת יו"ר הוועדה: "סותר בבירור הוראה ששוריינה בחוק-יסוד") - במלים אלה, קובעת ההצעה הסדר חדש של ביקורת שיפוטית חוקתית, המצמצם משמעותית את יכולתו של בית המשפט להגן על יחידים ומיעוטים מפני פגיעה בזכויות ועל המשטר הדמוקרטי מפני חתירה תחת יסודותיו.

- ראשית, ההצעה קובעת רף גבוה מזה הקיים לביקורת שיפוטית חוקתית. ההצעה מאפשרת ביקורת שיפוטית של חקיקה רק במקרים בהם חוק סותר חוק יסוד סתירה "מהותית" (או, לפי הצעת יו"ר הוועדה, סותר חוק יסוד "בבירור"). מובן שמטרת ההוראה לצמצם עוד את הנסיבות בהן תתאפשר ביקורת שיפוטית. אכן, המודל הקיים כיום בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם מבוסס על הגדרה רחבה של מושג הזכות, במובן זה שכל הגבלה על הזכות תחשב לפגיעה בה, ופגיעה זו מקימה חובה על המדינה להציג הצדקה לפגיעה, שנבחנת באמצעות מבחני פסקת ההגבלה (בעיקר, עקרון המידתיות על רכיביו השונים). ההצעה הנוכחית קובעת, כך נראה, שאם הפגיעה בזכות אינה "מהותית" (או אינה "ברורה"), לא נדרשת המדינה כלל לספק הצדקה לפגיעה במסגרת פסקת ההגבלה, ולמעשה היא אינה מסבירה כלל מה היחס בין דרישת ה"מהותיות" ותנאיה של פסקת ההגבלה. על פניו, זהו פתח להפרות רבות של זכויות והסדרים חוקתיים אחרים, שייעשו ברמה "נסבלת" כך שלא יחצו את רף ה"מהותיות" אך עדיין יהוו הפרה של החוקה. כמובן, גם השאלה מהי סתירה "מהותית" לא נענית בהצעה, כך שניתן לתהות למשל מהו משך הזמן שמעבר לו דחייה של מועד הבחירות תיחשב סתירה "מהותית" (או "ברורה") לחוק יסוד: הכנסת - חצי שנה? שנה? שנתיים? לבסוף, ההצעה גם

אינה מבהירה את משמעות הביטוי "סתירה", וכיצד הוא מתיישב עם הלשון הנוכחית של חוקי היסוד שעוסקת ב"פגיעה" של הוראות הקבועות בהם (או "שינוי" של הסדרים המופיעים בהם).

○ שנית, ההצעה מאפשרת ביקורת שיפוטית חוקתית רק במצבים של סתירה של "הוראה מפורשת" בחוק יסוד (או, בהצעת יו"ר הוועדה, "הוראה ששורינה" בחוק יסוד). בכך היא מבקשת לשלול, ככל הנראה, את האפשרות של בית המשפט העליון לפרש את לשון חוקי היסוד באופן שייתן להם את המובן המשפטי המלא שלהם, בהתחשב בתכליתם ובהשתלבותם במרקם החוקתי של המשפט הישראלי. נקודתית, בעבר פירש בית המשפט העליון את הזכות לכבוד האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ככוללת גם היבטים מסוימים של הזכויות לשוויון, לחופש הביטוי, לחופש דת, חופש מדת, לחיי משפחה ונישואין, להורות, ולחופש המצפון. המילה "שוויון" אמנם אינה מופיעה בחוק היסוד, אך בית המשפט קבע - ובצדק - שחוק הקובע הטבות מס לאזרחי פריפריה, תוך החרגה מלאכותית ומכוונת של ישובים ערביים מרשימת הישובים הנהנים מן ההטבה, יש בו משום "זלזול בוטה במעמדו השווה של האדם בעיני הרשויות", העולה כדי פגיעה בכבודו (פרשת נסר).

בהתחשב בכך שהלשון החוקתית היא מעצם טיבה כללית וערכית, לא ניתן ליישמה באופן מעשי בלי להקנות לה פרשנות המזינה אותה בתוכן שאינו מנוסח בה מפורשות. ביקורת שיפוטית חוקתית מכוח הוראות "מפורשות" בלבד נועדה גם היא לצמצם מאוד את ההגבלה על יכולתו של הרוב בכנסת לפגוע בזכויות ובהסדרים חוקתיים אחרים. אם אמנם חוקים הפוגעים בשוויון כלל לא יהיו נתונים לביקורת חוקתית, תהיה בכך משום פגיעה קשה באופיה הדמוקרטי של ישראל. הדבר נכון, בפרט, לאור הסביבה החוקתית הנוכחית הכוללת את חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי. כידוע, כאשר נחקק חוק יסוד זה הוצגה הטענה שאין צורך לכלול בו את עקרון השוויון משום שעקרון זה כבר מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, באמצעות הפירוש נתן לו בית המשפט העליון. ככל שההצעה הנוכחית מבקשת לבטל את העיגון הזה, הדבר ימנע מבית המשפט להגן על מיעוטים מפני פגיעה בידי הרוב בכנסת, וזאת בלי לקבוע את עקרון השוויון החוקתי בחוק יסוד אחר, כגון חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי.

● ההליך לביקורת שיפוטית חוקתית - על פי הסעיף בית המשפט יוכל להכריז על בטלותו של חוק רק בהרכב מלא של שופטי בית המשפט העליון (כיום 15), ורק ברוב של לפחות 80% משופטי בית המשפט (כיום 12). אמנם, במקרה בו נבצר משופט לכהן בהרכב מטעמים זמניים (מחלה, חופשה, וכדומה), ניתנים 30 ימי המתנה ואחריהם ניתן לקיים את הדיון גם בהרכב שגודלו פחות מכלל שופטי בית המשפט. עם זאת, דרישת הרוב של 80% מכלל השופטים נותרת בעינה. במלים אחרות, אם נבצר, למשל, משני שופטים לכהן בהרכב (למשל מטעמי מניעות), ידון בעתירה הרכב של 13 שופטים ועדיין יידרש רוב של 12 כדי לקבוע את בטלותו של חוק. מובן שדיון בהרכב מלא של בית המשפט העליון לא יוכל להתקיים באופן תדיר, ומשמעות הדברים היא שעתירות לבטלות חוק יידונו מעשית לעתים נדירות בלבד.

הרוב החריג הדרוש לקביעה בדבר בטלות חוק מלמד שמעשית, רק דברי חקיקה קיצוניים ומופרכים לגמרי צפויים להשיג תמיכה רחבה כל כך לקביעת הבטלות; ובמצבים כאלה, כמאמר השופט לרנד הנד, גם בתי המשפט כבר לא יצילו אותנו מעצמנו. בנוסף, בהתחשב בהצעת השר לשינוי הליך בחירת השופטים כך שלממשלה תהיה השפעה גדולה על זהות השופטים, הסיכוי שישוגו 80% קולות לסתירה של מדיניות ממשלתית פחות עוד יותר. הנה כי כן, מה שנדמה כמהלך להסמכת בית המשפט העליון לביצוע ביקורת שיפוטית חוקתית הוא למעשה מהלך לביטול ההיתכנות שביקורת שיפוטית כזו תבוצע אי פעם. גם אם ייקבע שחוק בטל במסלול זה, פסקת ההתגברות אורבת מעבר לפינה כדי להפוך גם קביעה זו.

חשוב להתייחס כאן לטענה מוכרת במשפט ההשוואתי ביחס לרוב שבו ראוי שבית משפט עליון יקבע את בטלותו של חוק. זוהי הטענה לפיה חקיקה ראשית זכאית ל"חזקת תקינות", וכדי לסתור חזקה זו ולקבוע שחוק אינו

חוקתי יש לשכנע שופטים רבים ולא די ברוב רגיל. טענה זו אינה תופסת בישראל. "חזקת תקינות" כזו ראוייה במצבים בהם קיימות במשפט הגבלות אפקטיביות על כוחו של הרוב הפרלמנטרי - למשל חוקה נוקשה, או שני בתי פרלמנט. בישראל כאמור אין הגבלות כאלה, והחשש מפני חקיקה פוגענית שעוברת בכוחה הלא-מוגבל של הקואליציה השלטת גדול. ואכן, במרבית מדינות העולם אין צורך ברוב שיפוטי מיוחד לפסילת חוק. רק במדינות ספורות בעולם קיים כלל הדורש רוב שיפוטי מיוחד לצורך ביצוע ביקורת שיפוטית חוקתית (צ'כיה, קוסטה ריקה, מרוקו, ניקרגואה, רוסיה, דרום קוריאנה, לבנון, מקסיקו, צ'ילה, פרו ואל סלבדור). רק בשלוש מן המדינות הללו הרוב הדורש הוא 80% ומעלה; כשהכלל הנפוץ ביותר בקרב אותן מדינות הוא רוב של שני שלישים. בגרמניה מספר השופטים בהרכב של בית המשפט החוקתי הוא זוגי (8) כך שלא ניתן לבטל חוק על חודו של קול. אך לא דרוש רוב מיוחד מעבר לכך.

לבסוף, יש לקרוא את הדרישה המחמירה לקביעת בטלותו של חוק לאור הקלות המופלגת שבה ניתן להפעיל, על פי ההצעה, את פסקת ההתגברות. ניתן היה לצפות כי ככל שהרוב הנדרש לקביעת בטלות גבוהה יותר, כך גם הרוב יגדל הרוב שיידרש לצורך התגברות על פסיקה כזו. בפועל, אין דרישת רוב מיוחד להתגברות כזו. גם בהיבט זה ההצעה אינה מאוזנת כלל.

הצעת יו"ר הוועדה קיצונית עוד יותר: נקבע בה שביקורת שיפוטית חוקתית תתאפשר רק אם תושג הסכמה פה אחד של כל שופטי בית המשפט העליון. הסיכוי שתוצאה כזו תתאפשר הוא אפסי. עם זאת, היות שגם רוב של 80% שופטים יהיה כמעט בלתי מושג, ההבדל המעשי ביניהן לא גדול. אכן, שתי ההצעות מעמידות באור מתמיה את הביקורת הידועה על חוסר הגיוון בבית המשפט: היא מפקידה בידי שופטים בודדים את כוח הווטו, ובהנחה שהשופטים שיתנגדו לפסילה מונו על ידי הקואליציה המכהנת או שותפים לדעותיה, היא הופכת את הגיוון הרצוי בין השופטים לאמצעי להעצמת הרוב הקואליציוני ולמתן היתר לפגיעה בזכויות ובמשטר הדמוקרטי ללא כל ביקורת אפקטיבית.

ס"ק (ג)

בית המשפט העליון רשאי לתת צו ביניים בעניין תוקפו של חוק שאיננו חוק-יסוד עד למתן פסק דין, אם מצא כי התקיימו כל אלה:

(1) בית המשפט מצא כי יש אפשרות ממשית שהחוק ימצא סותר סתירה הוראה מפורשת בחוק-יסוד וכי בהיעדר צו ביניים תיגרם פגיעה חמורה ובלתי הפיכה לעיקרון המעוגן בחוק-יסוד;

(2) בהחלטה על מתן הצו תמכו שמונים אחוזים משופטי בית המשפט העליון או יותר;

(3) תוקפו של צו ביניים כאמור איננו עולה על חודש ימים ותוקפם המצטבר של צווי הביניים כולם ביחס לאותו החוק איננו עולה על שלושה חודשים.

סעיף זה עוסק בכללים למתן צו ביניים, אשר מקפיא את פעולתו של חוק שעומד לבחינת בית המשפט בעתירה לביקורת שיפוטית חוקתית. מדובר בהליך נדיר ביותר, בו בית המשפט קובע שעד ההכרעה בעתירה החוק לא ייכנס לתוקפו. צו ביניים דרוש אם כניסה מיידיית לתוקף של החוק שעומד לבחינת בית המשפט תגרום כבר לתוצאות פוגעניות בשטח, שלא ניתן יהיה לבטלן בדיעבד אם ייקבע שהחוק בטל. היות שבית המשפט כמעט מעולם לא נתן צו ביניים ביחס לתוקפה של חקיקה - בהכירו במורכבות של הקפאת חוק של הכנסת טרם נקבע שהוא לא-חוקתי - ספק אם סעיף זה יביא לשינוי ממשי ביחסי הכוחות בין הרשויות. יחד עם זאת, בהתחשב בכך שחברים בקואליציה הודיעו

שבכוונתם לקדם הצעות חקיקה כמו למשל שלילת אזרחות ואף עונש מוות למורשעים בעבירות ביטחון - סנקציות חמורות ובלתי-הפיכות - ייתכן שיידרש בעתיד שימוש תדיר יותר בצווי ביניים שיקפאו חקיקה עד הכרעה בתוקפה.

בהתחשב בכך, יש לשוב ולציין שתי נקודות. ראשית, גם כאן הופעל הכלל של רוב חריג של 80% מכלל שופטי בית המשפט לצורך מתן צו ביניים. למרות שקל יותר להשיג הסכמה שיפוטית על צו ביניים מאשר על פסק דין סופי, מדובר כאמור בחסם גבוה ביותר. שנית, וחמור יותר, על פי ההצעה צווי ביניים בעתירה נגד חוק יעמדו בתוקפם לכל היותר במשך שלושה חודשים. המשמעות המעשית היא שאם ניתן צו ביניים המקפא כניסתו של חוק לתוקף, בית המשפט יהיה חייב להכריע בעתירה לגופה טרם פקיעת צו הביניים, כלומר בטווח של בין חודש לשלושה חודשים. זהו סד זמנים בלתי אפשרי, שאינו מתחשב בשלבי ההליך הבג"צי ומטיל לחץ ייחודי ובלתי רצוי על בית המשפט - הדן בהרכב של 15 שופטים! - לפסוק בהקדם, פן פסיקתו תהיה לא רלוונטית אם וכאשר ייקבע שהחוק לא תקף.

ס"ק (ד)

קבע בית המשפט העליון בפסק דין כאמור כי חוק איננו תקף, רשאי הוא לתת הוראה או סעד יחסיים הנראים לו דרושים בנסיבות הענין, לרבות קביעה בדבר מועד התחילה של הוראת הבטלות.

סעיף זה חוזר על הסמכות הקיימת של בית המשפט בעתירה חוקתית לתת סעדים מגוונים, כולל כאלה שאינם עולים כדי בטלות.

ס"ק (ה)

כוחו של פסק-דין כאמור בסעיפים קטנים (ב) ו-(ג) יפה רק לעניין הוראת החוק שנדונה בו והוא לא ישמש תקדים ביחס לתוקפו של חוק אחר.

זהו סעיף לא ברור שתכליתו עמומה, וכמה מן המובנים האפשריים שלו בעייתיים ביותר. ראשית, כבר כיום קובע סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה באופן פורמלי כי שבית המשפט העליון אינו מחויב בפסיקותיו-שלו; אלא שההלכה הפסוקה, במסורת המשפט המקובל, מייחסת משקל משמעותי לפסיקות קודמות ונוטה לכבדן בהעדר שינוי בדין או בנסיבות. נתון זה מאפשר גם לגורמים נוספים להסתמך על פסיקות עבר של בית המשפט העליון, ולצפות שיישם אותן במקרים עתידיים באופן קוהרנטי המחויב ליציבות הדין.

נראה שאחת המטרות של שלילת עקרון התקדים בעתירות חוקתיות היא למנוע מן הייעוץ המשפטי בממשלה ובכנסת לחוות דעה כי הצעת חוק מסוימת אינה חוקתית ולא תעמוד במבחן בג"ץ, על סמך פרשנות של תקדימים ביחס לחוקים דומים. הדבר ינטרל את השפעתן הברוכה של פסיקות חוקתיות של בית המשפט על הליך החקיקה בכנסת, יקשה על מיתון הפגיעה בזכויות במסגרת תהליך ניסוח החקיקה, ויביא לכך שהכנסת תחזור ותחוקק חוקים הפוגעים בזכויות ובמשטר הדמוקרטי גם אם הפגיעה הגלומה בהם דומה מאוד מבחינת מהות ומידה לחוקים שנפסלו כבר על ידי בית המשפט. יהיה בכך גם תמריץ שלילי למחוקקים לתקן חקיקה שנמצא כבטלה על ידי בית המשפט בעליון באופן שיעמוד בקביעות החוקתיות של בית המשפט, משום שבית המשפט עצמו יהיה מנוע מלהסתמך על קביעות אלה אם וכאשר תשוב החקיקה המתוקנת לבחינתו. התוצאה של תרחישים כאלו היא פגיעה בשלטון החוק אשר דורש קיומן של נורמות כלליות ומידה גדולה של ודאות משפטית.

זאת ועוד. יישום מילולי של הסעיף עלול לפתוח למסלול נוסף להתעלמות מפסיקות חוקתיות של בית המשפט, בנוסף להסדר ההתגברות (שיידון להלן). על פני הדברים, אם בית המשפט הורה על בטלות חוק של הכנסת, והוראות החוק הבטל נחקקות מחדש, באותה לשון ממש, ב"חוק אחר" – אין לפסיקתו החוקתית של בית המשפט ביחס להוראות אלה כל משקל בעתירה חדשה נגד החוק החדש. המשמעות היא, לכאורה, שניתן יהיה לשוב ולחוקק הוראות בטלות, ולדרוש מבית המשפט לדון בהן מחדש פעם אחר פעם – מן הסתם עד שיושג המספר הדרוש של שופטי העליון לאישור תוקפו של החוק. מסלול זה עשוי להתפתח למסלול "עוקף התגברות", שיחייב את בית המשפט לשוב ולדון בחוקתיותם של אותם חוקים, או חוקים דומים מאוד, פעמים רבות.

ס"ק (ו)

בית משפט אינו רשאי להורות לכנסת לחוקק חוק-יסוד או חוק, להימנע מלחוקק חוק-יסוד או חוק, להורות על עיכוב בהליכי חקיקתם בכנסת או הכנתם על ידי הממשלה, ואין הוא רשאי למנוע פרסומם ברשומות או את כניסתם לתוקף בכל דרך אחרת.

זהו סעיף נוסף שמנוסח באופן כללי כל כך שהוא עשוי לחול על מגוון עצום של סיטואציות, שביחס לחלקן תחולתו הגיונית אך ביחס לחלקן היא אינה הגיונית. בית המשפט העליון קבע בשורה של פסקי דין שהוא אינו מורה לכנסת לחוקק – לא חוקים ולא חוקי יסוד. בדומה, בית המשפט קבע שהתערבות בהליכי החקיקה של הכנסת בעודם מתנהלים תהיה נדירה ביותר, וככלל טענות שמועלות נגד חוקים בעודם בשלבי החקיקה בכנסת נדחות. יחד עם זאת, בית המשפט כן נוהג לקחת בחשבון בשקילת עתירות שונות את העובדה שהמדינה עוסקת בקידום חקיקה שתסדיר בצורה חדשה את הנושא הנדון בעתירה – זהו נתון שמשמש בדרך כלל בסיס לסילוק עתירה על הסף או לעיכוב הטיפול בה עד שיוברר המצב המשפטי.

המסקנה המתבקשת היא שסעיף זה אין עניינו תיקון של מגמה לא רצויה כלשהי בפסיקה הקיימת של בית המשפט העליון, כי אם היערכות למצבים עתידיים בהם, חוששים המציעים כמדומה, יתערב בית המשפט בתחומים שלא עסק בהם כלל עד כה. אלא שאם תתרחשנה נסיבות כאלה הרי יהיה מדובר בנסיבות בהן התערבות של בית המשפט תוך כדי הליך החקיקה תידרש לשם מניעת הפרות חמורות של החוק וכללי תקנון הכנסת – למשל מניעת הצבעה של חברי כנסת מסוימים, שלילה שרירותית של זכות השתתפות בדינו ועדות, או השלמת חקיקה בלי שלוש קריאות. מניעת פרסום ברשומות עשויה להידרש, למשל, אם הממשלה תורה למדפיס הממשלתי לכלול בספר החוקים מסמך שלא עבר חקיקה בכנסת כלל, או שעברה בהליך או במוסד שנקבע שהוא בטל בפסיקה. מובן שאלו מצבים קיצוניים ביותר; אלא שאלו הנסיבות ההגיוניות היחידות בהן התרחיש המתואר בסעיף עצמו נהיה רלוונטי.

ס"ק (ז)-(ט) [מקביל לסעיף 15ב(ג)-(ד) בהצעת יו"ר הוועדה]

(ז) הורה בית המשפט העליון על ביטולו של חוק, ביטול חלק ממנו או הגבלת תוקפו, לרבות בצו ביניים, כאמור בסעיפים קטנים (ב), (ג) או (ד), וחוקקה הכנסת לאחר מכן חוק זהה לו, לא יוכל בית המשפט לבטלו, כולו או חלקו או להגביל את תוקפו במשך ארבע שנים או עד חלוף שנה מיום השבעתה של כנסת חדשה לאחר חקיקת חוק כאמור – לפי המאוחר, אם נתקיימו כל אלה:

(1) החלטת בית המשפט העליון אשר ביטלה כאמור את החוק שקדם לו לא נתקבלה בהסכמת כל שופטיו;

(2) הכנסת חוקקה את החוק כאמור ברוב חבריה;

(3) נאמר בחוק כי הוא יעמוד בתוקפו על אף האמור בפסיקת בית המשפט;

(ח) חוקקה הכנסת חוק כאמור בסעיף קטן (ז) ובנסיבות כאמור בסעיף קטן זה וכנסת שהושבעה לאחר הכנסת שחוקקה חוק כאמור שבה וחוקקה ברוב חבריה חוק זהה לחוק כאמור, לא יוכל בית המשפט העליון לבטל את תוקפו, כולו או חלקו או להגביל את תוקפו - ללא מגבלת זמן.

(ט) הורה בית המשפט העליון על ביטולו של חוק, ביטול חלק ממנו או הגבלת תוקפו, לרבות בצו ביניים, כאמור בסעיפים קטנים (ב), (ג) או (ד), והחלטת בית המשפט בעניין נתקבלה בהסכמת כל שופטיו וחוקקה הכנסת לאחר מכן חוק זהה לו, לא יוכל בית המשפט לבטלו, כולו או חלקו או להגביל את תוקפו אם נתקיימו כל אלה:

(1) הכנסת חוקקה את החוק כאמור ברוב חבריה;

(2) נאמר בחוק ובנוסח הצעת החוק שאושר בקריאה ראשונה כי הוא יעמוד בתוקפו על אף האמור בפסיקת בית המשפט;

(3) החוק נחקק על ידי כנסת שהושבעה לאחר הכנסת אשר חוקקה את החוק שבית המשפט העליון הורה על ביטולו.

זהו הסדר ההתגברות המוצע בהצעת השר. טרם כניסה לפרטיו, יש להדגיש שבהתחשב במכלול ההוראות האחרות הנכללות בהצעה, ספק אם יהיה צורך של ממש לעשות שימוש בהסדר זה. היות שניתן לחסן כל חקיקה מביקורת שיפוטית באמצעות קביעתה בחוק יסוד (ברוב רגיל); והיות שההליך לביקורת שיפוטית חוקתית וההליך לבחירת שופטים מצמצמים עד מאוד את הסיכוי שבית המשפט יקבע בפועל את בטלותם של חוקים - הצורך בהסדר התגברות יהיה מן הסתם נמוך.

לגוף ההסדר המוצע:

- התגברות בדיעבד. ההתגברות המוצעת בהצעת השר היא התגברות "בדיעבד", כלומר כזו שמתאפשרת רק אחרי ביקורת שיפוטית חוקתית, ולא כאמצעי לחסן מראש חקיקה פוגענית מפני ביקורת שיפוטית; זאת בשונה מפסקת ההתגברות בחוק יסוד: חופש העיסוק שמאפשרת גם התגברות מראש. זהו הסדר עדיף על התגברות מראש מפני שהתגברות בדיעבד מתקיימת במצב בו בית המשפט העליון כבר ביקר את החוק ומצא אותו לא חוקתי, כלומר פוגע בזכויות או סותר חוקי יסוד אחרים ללא הצדקה. עם זאת, ההסדר המוצע אינו מחייב את המחוקקים לשקול את פסק הדין או לבטא התחשבות כלשהי בו, מעבר להכרה בכך שהוא ניתן. למעשה, היות שההתגברות אפשרית רק באמצעות חקיקת "חוק זהה" לזה שנמצא כבטל, ההסדר מתמרץ את הכנסת להימנע מניסיון לנסח חוק חלופי שיתן מענה לקשיים החוקתיים שהובילו לבטלות החוק המקורי. יתר על כן, אין כל מגבלה על אופייה של הפגיעה בזכות או במשטר הדמוקרטי המתאפשרת באמצעות התגברות, לא במישור המהותי ולא במישור הכמותי. זהו הסדר שאין לו אח ורע במדינות דמוקרטיות.

הצעת יו"ר הוועדה להסדר ההתגברות חמורה אף יותר בהיבט זה: היא מאמצת את המודל של התגברות מראש, כלומר אפשרות לכנסת לחוקק חוק ולקבוע בו שהוא תקף על אף האמור בחוק יסוד - ובדרך זו לחסן אותו כליל מפני ביקורת שיפוטית.

- רוב של חברי הכנסת - ההצעה מסתפקת ברוב פשוט של 61 חברי כנסת כדי להפעיל את מנגנון ההתגברות, בדומה לפסקת ההתגברות בחוק יסוד: חופש העיסוק. כידוע זהו רוב נומינלי בלבד, משום שכל קואליציה מאורגנת אמורה להיות מסוגלת לגייס 61 קולות לתמיכה בחוקיה בכנסת. המשמעות היא - כמו בהסדרים האחרים בהצעה - שרוב קואליציוני פשוט יכול לכפות את רצונו לפגוע באופן לא מידתי בזכויות או לסטות מהסדרים משטריים אחרים, ללא צורך במאמץ מוגבר כלשהו. מודלים חלופיים שהוצעו בעבר להתגברות ברוב מיוחד (למשל 70 או 80 חברי כנסת) - נזנחו. כאמור, חוסר האיזון המגולם בהסדר זה אף מוחמר עקב הרף הגבוה הנדרש בהצעה לקביעת בטלותו של חוק על ידי בית המשפט.

● משך התוקף של החוק המתגבר. לפי הצעת השר, התגברות על ידי אותה הכנסת שחוקה את החוק שנמצא כבטל אפשרית רק אם פסק הדין של בית המשפט ניתן בדעת רוב (של לפחות 80% משופטי בית המשפט). במקרה כזה, לא ניתן יהיה לקבוע כי החוק המתגבר בטל למשך ארבע שנים (או עד שנה אחרי הבחירות, לפי המאוחר). הסדר זה פוגעני הרבה יותר מההסדר הקבוע בפסקת ההתגברות בחוק יסוד: חופש העיסוק, שם נקבע כי החוק המתגבר פוקע לאחר ארבע שנים. למעשה, לפי ההסדר המוצע, כדי לקבוע כי חוק מתגבר בטל לאחר ארבע שנים, תידרש עתירה נוספת לבית המשפט העליון בתום התקופה. לאור הרף הגבוה ביותר לקביעת בטלות על ידי בית המשפט, קלושים מאוד הסיכויים כי תיקבע בטלות בפעם שניה, ועל כן החוק הלא חוקתי צפוי להתקיים ללא כל מגבלת זמן.

זאת ועוד, ההצעה כוללת גם מנגנון לקיבועו של חוק מתגבר מעבר לתקופת ארבע השנים, תוך סטייה מן האופי הזמני והחריג של חוק מתגבר: חקיקה מחדש של החוק שבית המשפט קבע את בטלותו בידי הכנסת העוקבת. התגברות - ללא הגבלת זמן - על ידי הכנסת העוקבת אפשרית בין אם הביקורת השיפוטית נעשתה בדעת רוב ובין אם היתה פה אחד. במלים אחרות, גם אם כל 15 שופטי בית המשפט העליון - הממונים, כזכור, בהליך בשליטת הממשלה - סברו שחוק שחוקה הכנסת אינו חוקתי ולכן בטל, הכנסת הבאה רשאית עדיין לחוקקו כחוק קבוע, ברוב קואליציוני רגיל. הרציונל המוצג להסדר זה הנו שהבחירות לכנסת יבטיחו זירה דמוקרטית לדיון אודות החוק, ואם הציבור יבחר מחדש לכנסת רוב של מחוקקים שתומכים בקיום החוק, יש לאפשר זאת. אלא שרציונל זה פגום בשתיים: ראשית, כידוע, מערכות בחירות בדרך כלל אינן נסובות על גורלו של חוק מסוים כזה או אחר. ההצבעה למפלגה מבטאת מכלול רחב של אינטרסים, ערכים, העדפות וזהויות, ונדיר שניתן לפרש תוצאות של בחירות לכנסת כמגלמות עמדה ציבורית נקודתית ביחס לשאלת מדיניות ספציפית כמו רציותו של חוק כזה או אחר. שנית, חוק שאינו חוקתי ממשיך להיות לא חוקתי גם אם רוב בציבור בחר לכנסת מחוקקים שתומכים בשימורו. הרי עצם התכלית של הביקורת השיפוטית החוקתית היא להגביל את כוחו של הרוב במצבים בהם יש חשש שינוצל לרעה - כלומר יפגע בזכויות או בעיקרי המשטר הדמוקרטי ללא הצדקה. זמניותה של ההתגברות מבטאת את הרתיעה העקרונית של השיטה החוקתית מחוקים שסוטים באופן מפורש מן הערכים החוקתיים, וקיומן של בחירות לא מסיר פגם זה. מצב דברים זה אף מחמיר לאור העובדה, כאמור, שאין כל מגבלה על זכויות עליהן ניתן להתגבר, כולל זכויות שקשורות להליך הדמוקרטי עצמו.

הצעת יו"ר הוועדה כוללת הסדר מעט שונה בנוגע למשך תוקפו של חוק מתגבר, אף שמהותו דומה לזו של ההסדר המופיע בהצעת השר. לפי הצעת יו"ר הוועדה, חוק מתגבר יהיה חסין מפני ביקורת שיפוטית עד שנה מסיום כהונתה של הכנסת שחוקה אותו (כלומר פרק זמן של בין שנה לחמש שנים, תלוי במועד החקיקה של החוק המתגבר במהלך תקופת הכהונה של הכנסת). אחרי מועד זה, ניתן יהיה לערוך ביקורת שיפוטית חוקתית של החוק - אך זאת, שוב, רק אם תובא עתירה בעניין ורק אם כל שופטי בית המשפט העליון יסכימו על בטלותו. גם כאן אפוא התוצאה המסתברת היא קיבוע החוק המתגבר ללא הגבלת זמן.

ס"ק (ז)

על אף האמור בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה ובכל דין, לא יהא תוקף לפסק דין או החלטה המורה על ביטולו של חוק, ביטול חלק ממנו או הגבלת תוקפו שלא לפי סעיף זה ולא יהא תוקף לפסק דין או החלטה המורה לחוקק חוק, להימנע מלחוקק חוק או לעצור הליכי חקיקה או הליכי כניסת חוק לתוקף כאמור בסעיף קטן (ו).

סעיף זה נועד ככל הנראה לוודא שבית המשפט אינו "עוקף" את ההסדר המופיע בהצעה באמצעות פניה להסמכה הכללית בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, לפיה בג"ץ "ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק".

מעשית הסעיף חוזר בדרך אחרת על הקביעות המופיעות כבר בס"ק (א), (ב), (ו) - שם נאסר על בית המשפט לדון בעניינים החוקתיים השונים, ואילו כאן נקבע שגם אם בית המשפט עושה זאת, מעשיו נעדרי תוקף. שוב מדובר בהוראה שערכה העיקרי הוא הצהרתי, אך אפשר שגם כאן יש כעין הכנה לבאות, מתוך ציפייה אפשרית לביקורת שיפוטית של הסדרים אלה עצמם או של חוקים אחרים מכוח דוקטרינות נוספות כמו למשל התיקון החוקתי הלא חוקתי. ספק אם יש ערך מעשי בהוראה זו לבד מן המסר המצמית לבית המשפט.

ס"ק (יא) [מקביל לסעיף 15ב(ה) בהצעת יו"ר הוועדה]

התעוררה בפני שופט, הרכב שופטים או מי שבידיו סמכות שפיטה, טענה בעניין תוקפו של חוק אגב דיון בעניין המצוי בסמכותו, רשאי הוא לדחותה; מצא השופט, ההרכב או מי שבידיו סמכות שיפוטית כאמור, לרבות שופט או הרכב של בית המשפט העליון שלא כאמור בסעיף קטן (ב), כי יש לבטל חוק, כולו או חלקו, או להגביל את תוקפו, לרבות במתן צו ביניים בעניינו, יורה לאפשר לצדדים להליך להעביר את הדיון וההחלטה בשאלת תוקפו של החוק בלבד, באמצעות עתירה לביטול חוק, להרכב של בית המשפט העליון לפי סעיף קטן (ב) בטרם יסיים את הכרעתו ביתר הטענות והסעדים שבאותו עניין; בית המשפט העליון רשאי לדון תחילה בעתירה לביטול חוק בהרכב של שלושה שופטים שיהיו מוסמכים לדחות את העתירה ויעבירו את העתירה להרכב כאמור בסעיף קטן (ב) רק אם מצאו כי יש לבטל את החוק, כולו או חלקו או להגביל את תוקפו.

סעיף זה משלים את המהלך, המופיע בס"ק (ב), לריכוז הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית בידי בית המשפט העליון בהרכב מורחב. הוא מאמץ, בקווים כלליים, הסדר הקיים בשיטות אחרות בעולם המרכזות את סמכות הביקורת השיפוטית בערכאה אחת, שעיקרו הנחיה לכל יתר ערכאות השיפוט להעביר לערכאה הריכוזית מקרים שמעוררים ספק בדבר חוקתיות של חוק. מקרים כאלה יכולים להתעורר אם, למשל, אחד מבעלי הדין בהליך אזרחי או פלילי טוען שחוק שחל על הסכסוך אינו חוקתי ולכן בטל. במצבים כאלה מוסמכת לפי ההצעה הערכאה בה הוצגה הטענה לדחותה; ואם היא סבורה שיש לקבלה - עליה להעביר את הנושא לבית המשפט העליון לדיון לפי ס"ק (ב).

ברוח מכלול הסעיפים כולם, גם ההסדר המוצע כאן מטרתו להפחית את ההיתכנות לביקורת שיפוטית חוקתית של חקיקת הכנסת. ההסמכה לכל בתי המשפט לדחות טענות לביקורת שיפוטית חוקתית משמעה, שמקרים רבים בהם עשוי להתקיים ספק של ממש ביחס לחוקתיות של חוק לא יגיעו כלל לבית המשפט העליון לבחינה לפי ההליך היחיד המאפשר זאת. אם שופטי אחת הערכאות האחרות סברו שחוק חוקתי - די בכך כדי שהנושא יירד מסדר יומה של הרשות השופטת, בלי שייבחן ישירות על ידי הערכאה שנקבעה לכך במסגרת הצעה זו ממש. זאת ועוד. עצירת ההליך בערכאה הדיונית והמתנה להחלטת בית המשפט העליון, אשר כעת יהיה מחויב לדון בהרכב מלא של 15 שופטים, צפויה לעכב עוד יותר את הדיון בערכאות הדיוניות. קשה להלום את הסחבת ועינוי הדין הנוספים שיגרמו למתדיינים, בנוסף על העומסים שקיימים כיום בערכאות הדיוניות.

ס"ק (יב)-(יג)

(יב) "חוק יסוד" לעניין סעיף זה - כל הוראה מתוך הצעת חוק-יסוד שאישרה מליאת הכנסת במספר הקריאות הדרוש לשם חקיקתה וברוב הדרוש לשם חקיקתה ופורסמה ברשומות - ללא תלות בתכניה, במשך תוקפה או בטיב יתר ההליכים לחקיקתה.

(יג) "חוק" לעניין סעיף זה - כל הוראה מתוך הצעת חוק שאישרה מליאת הכנסת במספר הקריאות הדרוש לשם חקיקתה וברוב הדרוש לשם חקיקתה ופורסמה ברשומות - ללא תלות בתכניה, במשך תוקפה או בטיב יתר ההליכים לחקיקתה.

הגדרות אלה ל"חוק" ול"חוק יסוד" נועדו להבהיר, ברחל בתוך הקטנה, שאין על הכנסת כל מגבלה מובנית בתכנים שהיא רשאית לכלול בנורמות הללו. ביחס לחוק יסוד, מדובר, כזכור בהשלמה להסדר בס"ק (א) המונע כל ביקורת

שיפוטית על חוקי יסוד, יהיה אשר יהיה תכנם, אפיים כחקיקה קבועה או הוראת שעה, וגם אם התקבלו בהליך חקיקה רגיל. אכן, בנוסף לכך, ההגדרות המופיעות כאן מוסיפות חסם נוסף לביקורת, שעניינו הליך החקיקה. בכך יש ביטול של שורת פסקי דין של בית המשפט העליון (בפרט, פרשת קוונטינסקי), לפיהן במקרים של הפרה בוטה וחמורה של דרישות הליך החקיקה התקין - הפרה שלא מאפשרת מעשית לחברי הכנסת לדעת על מה הם מצביעים ולשקול את עמדתם ביחס לחקיקה - עשוי בית המשפט להורות על בטלותה. ההצעה קובעת שחוק וחוק יסוד יעמדו בתוקפם זה ללא קשר לאיכות ההליך שהוביל לחקיקתם. בכך היא מעצימה עוד יותר את כוחה של הממשלה ביחס לכנסת, בהתירה הליכי חקיקה עמוסים ומזוזים כמו חקיקות תקציב והסדרים, ללא אפשרות של ביקורת ההליך.

זאת ועוד, קביעת הסף הנמוך לחקיקתו של חוק יסוד, לצד הקביעה כי לא תופעל ביקורת שיפוטית על חוקים כאלה, תאפשר הלכה למעשה דרך לעקוף אף את הביקורת השיפוטית המצומצמת ביותר על חוקים, הקבועה בהצעה זו. כך, משום שכל הצעת חוק שמעוררת קשיים חוקתיים, תחוסן מראש באמצעות הכללתה במסגרת חוק-יסוד, אותו לא ניתן יהיה לבקר.

5. סיכום

לסיכום, שילוב האמצעים המוצעים, בין בהצעת השר ובין בהצעת יו"ר הוועדה, מבטל מבחינה מעשית את היכולת לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ועל חקיקת יסוד בישראל. הקביעה כי לא ניתן להכריז על חוק יסוד כבטל, ללא הגבלת הנושאים שניתן לעגן בחוק יסוד, הרוב הנדרש בבית המשפט להכרזה על חקיקה כבטלה, והאפשרות להתגברות ברוב רגיל – וכל זה ביחד עם שליטת הממשלה במינוי השופטים – יוצרים יחדיו הסדר לפיו האפשרות לביקורת שיפוטית על הרשות המחוקקת היא קלושה עד לא קיימת. החוק המוצע מותיר באופן פורמלי את האפשרות לביקורת שיפוטית על הרשות המחוקקת, אך בפועל מרוקן אותה מתוכן. התוצאה אליה מובילה ההצעה לתיקון חוק יסוד: השפיטה היא מחוקק כל יכול. היות שבישראל הקואליציה והממשלה שולטות בכנסת, מדובר בקואליציה כל יכולה. זוהי בדיוק ההגדרה של עריצות הרוב.

מסמך זה נכתב על ידי:

ד"ר אורי אהרונוסון, אוניברסיטת בר-אילן
פרופ' איתי בר-סימן-טוב, אוניברסיטת בר-אילן
פרופ' איל גרוס, אוניברסיטת תל אביב
ד"ר נטלי דודזון, אוניברסיטת תל אביב
ד"ר תמר הוסטובסקי-ברנדס, הקריה האקדמית אונו
פרופ' צבי כהנא, הקריה האקדמית אונו
פרופ' אליאב ליבליך, אוניברסיטת תל אביב
ד"ר תמר מגידו, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים
ד"ר אדם שנער, אוניברסיטת רייכמן
פרופ' דוד קרצ'מר, האוניברסיטה העברית בירושלים
פרופ' יניב רוזנאי, אוניברסיטת רייכמן