פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס׳ 19: עדכון לעמדותינו בנוגע לבחירת שופטים ולביקורת שיפוטית

הופץ ביום 26.2.2023*

<u>תקציר</u>

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה - קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות - רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, לפגיעה במעמדם העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה ובזכויות אדם. **בנייר עמדה זה מציגים את עמדת הפורום ביחס לשלושת דברי החקיקה שעברו בימים האחרונים בקריאה ראשונה או בקריאה טרומית במליאת הכנסת, כחלק מן ההפיכה המשטרית שמקדמת הקואליציה**.

אנו סבורים כי:

- **משמעותה המובהקת של הצעת החוק שמקדמת הקואליציה היא שליטה מוחלטת של הקואליציה המכהנת בוועדה למינוי שופטים, בהרכבה ובהחלטותיה. במלים אחרות, אובדן העצמאות השיפוטית**

* 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 ובאופייה 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: https://lawprofsforum.org. עקבו אחרינו בטוויטר https://twitter.com/lawprofsforum. ליצירת קשר lawprofessorsforum@gmail.com.

של שופטי כל הערכאות, שבחירתם וקידומם יהיו תלויים כליל בעמדתה של הממשלה המכהנת ואימוץ מודל של פוליטיזציה מלאה של הרשות השופטת.

- **עמדת הפורום היא שאין להסכים לכל פשרה בנושא הליך בחירת שופטים, שלא תבטיח איזון ראוי בין הרכיב הפוליטי והרכיב המקצועי בהרכב הוועדה ובהליכי קבלת ההחלטות בה; ומובן שאין להסכים לשליטה קואליציונית בהליך בחירת השופטים. עמדת הפורום היא שהצעת חוק יסוד: השפיטה והצעת חוק בתי המשפט חורגות מסמכותה של הכנסת, לאור הפגיעה החמורה שנובעת מהם בעקרון הפרדת הרשויות ובעצמאות השפיטה, ולפיכך, אם יושלם הליך החקיקה, בג"ץ צפוי להכריז על בטלותם של תיקונים אלה (ולכל הפחות על תחולתם הנדחית).**
- **הצעת החקיקה של הקואליציה קובעת פטור מוחלט מביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד ומעניקה בכך חופש מוחלט לרוב הקואליציוני בכנסת לחסן כל הסדר שיחפוץ בו מפני ביקורת שיפוטית באמצעות הכתרת ההסדר במלים "חוק יסוד". זהו פתח לעריצות הרוב, לפגיעה בזכויות ולשחיתות בחסות החוק.**
- **עמדת הפורום היא שאין להסכים לשלילה של ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ואין להסכים להסדר שיאפשר חקיקה או תיקון של חוקי יסוד (קיימים או חדשים) ברוב קואליציוני, ללא מגבלות באשר לרוב הדרוש לחקיקה כזו, למועד כניסתה לתוקף ולחובה לכבד במסגרתה עקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית ובכלל זה את זכויות היסוד לבחור ולהיבחר והזכות לשוויון. בלא סייגים אלה, עמדת הפורום היא שהכנסת אינה מוסמכת לקבוע הוראה שתשלול את סמכותו של בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ואם תקבע הוראה כזו, היא לא צפויה לשלול מבית המשפט את הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.**
- **לבסוף, משמעות המכלול המוצע בנושא ביקורת שיפוטית והתגברות היא ניסיון לבטל את הביקורת השיפוטית על חקיקה כרכיב ממשי במשפט החוקתי הישראלי; ובמלים אחרות – מתן הרשאה מלאה לרוב הקואליציוני לחוקק כרצונו, תוך התעלמות מאינטרס הציבור ופגיעה בזכויות הפרט והמיעוט וביסודות המשטר הדמוקרטי, מבלי שיהיה חשוף לביקורת אפקטיבית מצד בית המשפט.**
- **עמדת הפורום היא שאין להסכים לכל פשרה בנושא ביקורת שיפוטית על חקיקה ובנושא התגברות שלא תשמר הגבלה אפקטיבית על כוחו של הרוב לפגוע בזכויות האדם וביסודות המשטר הדמוקרטי. עמדת הפורום היא שהגבלות מסוג אלה המוצעות על הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה חורגות מסמכותה של הכנסת ואם יחוקקו, הן צפויות להיות מוכרזות בטלות.**

<u>נימוקי נייר העמדה:</u>

נייר זה נסמך על ניירות העמדה המפורטים שפרסם הפורום בשבועות האחרונים על ביקורת שיפוטית,[1] על הליכי בחירת שופטים[2] ועל גיוון שיפוטי,[3] ומומלץ לקראו במצורף לניתוח המפורט המופיע בהם. הוא מיועד להוסיף התייחסות נקודתית לנוסחים המעודכנים שעברו בקריאות כאמור בכנסת.

ביום 21.2.2023 אישרה הכנסת בקריאה ראשונה את הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות) (להלן – **הצעת חוק יסוד השפיטה**) ואת הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 105) (הוראות לעניין הוועדה לבחירת שופטים) (להלן – **הצעת חוק בתי המשפט**). שתי ההצעות הובאו לקריאה ראשונה על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. שתיהן עברו במליאה בתמיכה של חברות וחברי הקואליציה בלבד. ביום 22.2.2023 אישרה הכנסת בקריאה טרומית – אף זאת בתמיכת הקואליציה בלבד – את הצעת חוק-יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) (להלן – **הצעת חוק יסוד ההתגברות**), שהוגשה כהצעת חוק פרטית על ידי ח"כ שמחה רוטמן. במקביל מנהלת ועדת החוקה, חוק ומשפט, בראשות ח"כ רוטמן, דיון על נוסח להצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על חקיקה) (להלן – **הצעת חוק יסוד ביקורת שיפוטית**), שעשויה להיות מוגשת לקריאה ראשונה מטעם ועדת חוקה תוך זמן קצר.

להלן ההסדרים המופיעים בדברי החקיקה הללו והתייחסות הפורום אליהם:

1) <u>הליכי בחירת שופטים</u>

הצעת חוק יסוד השפיטה, שעברה בקריאה ראשונה, קובעת שהוועדה לבחירת שופטים תמנה 9 חברים: נשיא בית המשפט העליון; שני שופטים שיצאו לקצבה שימנה שר המשפטים בהסכמת נשיא בית המשפט העליון; שר המשפטים ושני שרים נוספים שקבעה הממשלה; יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת; שני חברי כנסת נוספים, אחד מהקואליציה ואחד מהאופוזיציה.

הרכב הוועדה המוצע סוטה מן ההרכב הנוכחי באלה: ראשית, במקום שלושה שופטים מכהנים של בית המשפט העליון שנבחרים על ידי חבר שופטיו, יכהנו לצד נשיא בית המשפט העליון שני שופטים שפרשו לגמלאות מערכאה כלשהי, שימונו על ידי שר המשפטים בהסכמת נשיא בית המשפט העליון. שנית, מבוטל תפקידם של שני נציגי לשכת עורכי הדין בוועדה. תחת זאת נקבע נציג נוסף לממשלה (שלושה שרים במקום שניים כיום) ונציג נוסף לכנסת (שלושה ח"כים במקום שניים כיום). בייצוג הכנסת נקבע לראשונה ששני ח"כים יהיו מן הקואליציה (יו"ר ועדת חוקה וח"כ נוסף) ואחד מן האופוזיציה.

עוד קובעת הצעת חוק יסוד השפיטה, שדי בכך שייבחרו לוועדה חמישה חברים כדי שהיא תוכל להתחיל לפעול. כלל זה סוטה מן ההסדר הנוכחי, לפיו "הוועדה רשאית לפעול אף אם פחת מספר חבריה, כל עוד לא פחת

---

[1] נייר עמדה מס' 4: הצעות החוק האחרונות בדבר תיקון חוק יסוד: השפיטה – ביקורת שיפוטית והתגברות, הופץ ביום 20.1.2023, https://www.lawprofsforum.org/_files/ugd/a3e4e4_365120e4facc4e60a6af84122cf81870.pdf.

[2] נייר עמדה מס' 7 בנושא הליכי בחירת שופטים ושופטות, הופץ ביום 30.1.2023, https://www.lawprofsforum.org/_files/ugd/221fec_897d8da3c4cd445c85c405166ebc60c5.pdf.

[3] נייר עמדה מס' 14: האם כל השופטים אשכנזים? בית המשפט העליון זו חונטה של שמאלנים? כל מה שרציתם לדעת על גיוון במערכת המשפט ולא העזתם לשאול, הופץ ביום 22.2.2023, https://www.lawprofsforum.org/_files/ugd/a3e4e4_e5badefb9fac48ca918f645bd4859519.pdf.

משבעה״.[4] בהמשך לכך, קובעת ההצעה שגם הקוורום (המניין החוקי) הדרוש לקיום ישיבות הוועדה הוא חמישה חברים. לבסוף, בהצעה נקבע שהרוב הדרוש לקבלת החלטות בוועדה הוא רוב דעות המשתתפים בהצבעה, ככל שאין בחוק היסוד הוראה אחרת. בכך סוטה הצעת החוק מן ההסדר הנוכחי בעניין בחירת שופטים לבית המשפט העליון, המחייב רוב של שבעה חברים לפחות.[5]

הצעת חוק בתי המשפט כוללת הסדר מפורט לבחירת נציגי הכנסת מן הקואליציה ומן האופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים. כן היא קובעת שבוועדה יכהנו לכל הפחות שלוש נשים בכל אחת מהקבוצות – אחת מקרב השופטים, אחת מקרב שרי הממשלה, ואחת מקרב חברי הכנסת. בכך מורידה ההצעה את הייצוג המובטח לנשים בוועדה לפי ההסדר הנוכחי מארבע לשלוש.[6] בנוסף, קובעת הצעת חוק בתי המשפט הליך של שימוע של מועמדים לשיפוט בבית המשפט העליון בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, טרם דיון במועמדות בוועדה לבחירת שופטים. זאת, בשונה מן ההסדר הנוכחי עליו החליטה הוועדה, אודות שידור ישיר של הופעת מועמד לכהונה בבית המשפט העליון לפני ועדת המשנה של הוועדה לבחירות שופטים, שבראשה שופט בית המשפט העליון.[7]

משמעותה המובהקת של ההצעה היא שליטה מוחלטת של הקואליציה המכהנת בוועדה, בהרכבה ובהחלטותיה. במלים אחרות, אובדן העצמאות השיפוטית של שופטי כל הערכאות, שבחירתם וקידומם יהיו תלויים כליל בעמדתה של הממשלה המכהנת. השליטה היא הן במישרין הן בעקיפין.

במישרין: 5 מתוך 9 חברי הוועדה הם נציגים של הקואליציה (שלושה שרים ושני חברי כנסת). צירוף נתון זה להסדר המוצע לעבודת הוועדה – מינוי מינימאלי של 5 חברים בלבד, קוורום של 5 חברים בלבד, ורוב רגיל בלבד לכל החלטה (כולל בחירת שופטים לבית המשפט העליון) – **משמעו שחמשת נציגי הקואליציה יוכלו לכנס את הוועדה על דעתם, ולהצביע בה כרצונם אף ללא צורך במינוי, בנוכחות, או בתמיכה של שלושת השופטים או של נציג האופוזיציה**.

בעקיפין: באין עיגון מפורש לנוהג הוותק (סניוריטי) לבחירת נשיא בית המשפט העליון, שליטה בוועדה בידי חמישה נציגי הקואליציה **משמעותה שבכוחם לבחור על דעת עצמם את נשיא בית המשפט העליון**, החבר השישי בוועדה. משנבחר נשיא כדעת הקואליציה, קצרה הדרך לבחירת שני השופטים בדימוס בהסכמה בין שר המשפטים והנשיא, כך שמעשית הקואליציה עשויה להגיע לייצוג של 8 מתוך 9 החברים בוועדה, עם נציג בודד לאופוזיציה.

המודל המתקבל הוא פוליטיזציה מלאה של הרשות השופטת – גישה שתפגע הן באיכות השפיטה (כי מועמדים ייבחרו לפי זיקתם האידיאולוגית לממשלה הממנה ולא לפי כישוריהם המקצועיים), הן באמון הציבור בשפיטה (מחקרים השוואתיים מראים שככל שהליכי המינוי פוליטיים יותר כך נהנית הרשות השופטת מאמון נמוך יותר),[8] הן בהגנה על זכויות הפרט והמיעוט ועל המשטר הדמוקרטי (משום ששופטים המחויבים לממשלה

---

[4] ס׳ 4(ג) לחוק יסוד: השפיטה. ראו בג״ץ 8527/20 **רגב נ׳ שר המשפטים** (14.12.2020).

[5] ס׳ 7(ג)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ״ד-1984.

[6] ס׳ 6(3א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ״ד-1984.

[7] ראו פרוטוקול ישיבת הוועדה לבחירת שופטים מיום 11.4.2022, https://bit.ly/41pvKCH.

[8] ראו למשל Sara C. Benesh, *Understanding Public Confidence in American Courts*, 68 JOURNAL OF POLITICS 697 (2006); Nuno Garoupa & Pedro C. Magalhães, *Public Trust in the European Legal Systems: Independence, Accountability and Awareness*, 44 WEST EUROPEAN POLITICS 690 (2020).

יתאמצו לשפוט באופן ההולם את תפיסות הרוב ומתוך מטרה לשמרו בשלטון), והן בגיוון בקרב שופטי בית המשפט העליון (כי בית המשפט יעוצב באופן הומוגני לפי הנטיות האידיאולוגיות של המועמדים ולא לפי חתכי זהות אחרים – בפרט צפויה ירידה בייצוג ערבי הן בוועדה והן בקרב השופטים שיתמנו). במחקרים השוואתיים רבים נמצא כי ככל ששיטת מינוי השופטים בבית משפט מערבת יותר שחקנים פוליטיים ופחות נציגים מקצועיים, כך עולה מידת ההשפעה של עמדות השופטים על פסקי הדין שלהם.[9]

עמדת הפורום היא שאין להסכים לכל פשרה בנושא הליך בחירת שופטים, שלא תבטיח איזון ראוי בין הרכיב הפוליטי והרכיב המקצועי בהרכב הוועדה ובהליכי קבלת ההחלטות בה; ומובן שאין להסכים לשליטה קואליציונית בהליך בחירת השופטים. עמדת הפורום היא שהצעת חוק יסוד: השפיטה והצעת חוק בתי המשפט חורגות מסמכותה של הכנסת, לאור הפגיעה החמורה שנובעת מהם בעקרון הפרדת הרשויות ובעצמאות השפיטה, ולפיכך, אם יושלם הליך החקיקה, בג"ץ צפוי להכריז על בטלותם של תיקונים אלה (ולכל הפחות על תחולתם הנדחית).[10]

2) <u>ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד</u>

הצעת חוק יסוד השפיטה, שעברה בקריאה ראשונה, קובעת שאף בית משפט, כולל בג"ץ, אינו רשאי להידרש "במישרין או בעקיפין" לשאלה בדבר תוקפו של חוק יסוד, וכן שלא יהיה תוקף להחלטה שהתקבלה בעניין תוקפו של חוק יסוד.

הצעה זו חורגת מן הדוקטרינה הקיימת בפסיקת בית המשפט העליון, לפיה במקרים חריגים ביותר תיתכן ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. הדוקטרינה הכירה עד כה בשלושה מצבים אפשריים כאלה: המצב האחד הוא "שימוש לרעה בסמכות המכוננת", המתייחס למצבים בהם הכנסת קובעת בחוק יסוד הסדר שאינו שייך לחקיקה חוקתית מעצם טיבו, משום שאין בו כדי לעגן כללי משחק קבועים ויציבים שערכם עולה על הצורך הפוליטי המיידי של הרוב המחוקק בכנסת. מדובר למשל בהסדרים זמניים או בהסדרים בעלי תחולה מיידית וקונקרטית ללא אופי כללי. מקורה של הדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בסמכות המכוננת בנסיבות החוקתיות הייחודיות בישראל, בהן הכנסת מחוקקת לעיתים חוקי יסוד ללא כל הגבלה תכנית בהליך חקיקה רגיל וברוב רגיל. ניצול של הסמכות הזו כדי "לחסן" חקיקה מפני ביקורת שיפוטית סותר את הרעיון החוקתי עצמו, ומכאן ההכרח להחיל – במקרים קיצוניים ומובהקים – ביקורת שיפוטית על חוק יסוד.[11]

המצב השני מכונה "תיקון חוקתי לא חוקתי". הוא מתייחס לחקיקה חוקתית שחורגת בתוכנה באופן קיצוני כל כך מעקרונות היסוד של השיטה החוקתית הישראלית – זהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – עד

---

[9] ראו קרן וינשל "**השלכות תכנית לוין על קבלת החלטות אידיאולוגית ואקטיביזם שיפוטי בבית המשפט העליון – ניתוח אמפירי**" ICON-S-IL Blog (15.2.2023).

[10] ראו ניירות העמדה של הפורום: נייר עמדה מס' 9 בנושא סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד, הופץ ביום 9.2.2023, https://www.lawprofsforum.org/_files/ugd/221fec_ab2d77c77f9a4e2ea81a8e7ad413625e.pdf, ונייר עמדה מס' 10 בנושא מועד התחולה בזמן של השינויים המשטריים שעל הפרק, הופץ ביום 12.2.2032, https://www.lawprofsforum.org/_files/ugd/221fec_8fbffcc4e6244e9f9aa88ec7805a8e52.pd.

[11] ראו בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (23.5.2021); בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (12.7.2021).

כדי כך שאין להכיר בתוקפה. אף שבית המשפט העליון הכיר באפשרות הפוטנציאלית של החלת דוקטרינה כזו במקרי קצה,[12] הוא טרם עשה זאת.

המצב השלישי הוא הפרה של הוראות פרוצדורליות הקבועות במפורש בחוקי היסוד לשינוּיָם, למשל עמידה בדרישת רוב מיוחד לצורך הפרת עקרון השוויון בבחירות לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, או דרישות רוב מיוחד הנלמדות על דרך היקש.[13] במקרים אלה קבע בעבר בית המשפט שחקיקה בטלה אם לא עמדה בדרישות ההליכיות הקבועות בחוק היסוד.[14]

המשמעות המעשית של קביעת פטור מוחלט מביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד הינה חופש מוחלט לרוב הקואליציוני בכנסת לחסן כל הסדר שיחפוץ בו מפני ביקורת שיפוטית באמצעות הכתרת ההסדר במלים "חוק יסוד". זהו פתח לעריצות הרוב, לפגיעה בזכויות ולשחיתות בחסות החוק. אכן, ניסיון התקופה האחרונה מלמד שחקיקת יסוד היא כלי שמשמש יותר ויותר לפתרון צרכים פוליטיים מידיים שבינם ובין החוקה אין דבר וחצי דבר – כמו למשל בתיקון שבוצע בעבר ובתיקון שעומד על הפרק לחוק יסוד: הממשלה, שנועדו לאפשר לח"כ אריה דרעי לשוב ולכהן כשר בממשלת ישראל. במקביל, על הפרק הצעות לחקיקת יסוד שחלקן עוסקות במובהק בפגיעה בזכויות יסוד כמו למשל הצעת חוק יסוד: כניסה, הגירה ומעמד בישראל של ח"כ רוטמן, המבקשת לאשרר הסדרים שנפסלו בעבר על ידי בית המשפט באמצעות עיגונם בחוק יסוד.

התומכים בשלילת הסמכות לביקורת שיפוטית של תיקונים חוקתיים מציינים שמדובר בהסדר נדיר יחסית כעניין השוואתי. אך טיעון זה מתעלם מן העובדה שבישראל חוקי היסוד אינם משוריינים מפני שינוי ברוב קואליציוני רגיל; ושבמערכת החוקתית הישראלית, שנעדרת מנגנוני איזון מבניים פנימיים או חיצוניים, בית המשפט הוא הבלם היחיד מפני עריצות רובנית.

עמדת הפורום היא שאין להסכים לשלילה של ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ואין להסכים להסדר שיאפשר חקיקה או תיקון של חוקי יסוד (קיימים או חדשים) ברוב קואליציוני, ללא מגבלות באשר לרוב הדרוש לחקיקה כזו, למועד כניסתה לתוקף ולחובה לכבד במסגרתה עקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית ובכלל זה את זכויות היסוד לבחור ולהיבחר והזכות לשוויון. בלא סייגים אלה, עמדת הפורום היא שהכנסת אינה מוסמכת לקבוע הוראה שתשלול את סמכותו של בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ואם תקבע הוראה כזו, היא לא צפויה לשלול מבית המשפט את הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.

3) <u>ביקורת שיפוטית על חוקים</u>

הצעת חוק יסוד ביקורת שיפוטית והצעת חוק יסוד ההתגברות, אשר מצויות כעת בשלב ההכנה לקריאה ראשונה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, קובעות הסדרים דומים אך לא זהים בנושאים בהם הן עוסקות.

---

[12] ראו בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל** (8.7.2021).

[13] ברק מדינה ורונית לוין-שנור "הכנסת כבר קבעה ששינויים חשובים הם רק ברוב של 80 ח"כים" **גלובס** (23.2.2023).

[14] ראו בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969); בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1 (1981); בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לז(3) 141 (1983); בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד מד (3) 529 (1990).

שתי ההצעות מייחדות את הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית לבית המשפט העליון, ביושבו בהרכב מלא בלבד (כיום – 15 שופטים), ובהחלטה פה אחד של כל שופטי בית המשפט. המשמעות המעשית של הסדר זה, ובפרט כשהוא מצטרף לשינויים המוצעים להליך בחירת השופטים לבית המשפט העליון, היא איון ההיתכנות לביקורת שיפוטית של חקיקה רגילה, אלא במצבים קיצוניים לחלוטין.

שתי ההצעות קובעות עוד, שביקורת שיפוטית על חוק תיעשה רק במקרים בהם החוק "סותר בבירור הוראה ששוריינה בחוק יסוד". ההסדר מוסיף אפוא שתי דרישות – שאינן מוכרות במסורת החוקתית הישראלית – אשר מטרתן לצמצם את האפשרות לביקורת שיפוטית על חוקים. הדרישה שהסתירה תהיה "בבירור" עלולה להקשות על בית המשפט העליון לפרש את הוראות חוקי היסוד כדי מלוא תכליתם, ובדרך זו עלולה לצמצם את ההגנה שניתנה כבר לזכויות יסוד בפסיקת העשורים האחרונים, כמו איסור הפליה, הזכות לחיי משפחה, או חופש הביטוי. הדרישה שרק סתירות להוראות "ששוריינו" בחוקי יסוד יקימו את הסמכות לביקורת שיפוטית תמוהה אף יותר. לא ברור מה הכוונה בביטוי זה, שעשוי להתפרש באופן מצמצם כחל רק על הוראות בחוקי יסוד שיש להן שיריון מספרי פורמלי – קבוצה קטנה שאינה כוללת, למשל, את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, את חוק יסוד: השפיטה, או את רוב הוראות של חוק יסוד: הכנסת.

שתי ההצעות כוללות גם הסדר התגברות, שנועד כמדומה לחול במקרים – הנדירים ביותר – בהם תיתכן ביקורת שיפוטית על חוקים. בהצעת חוק יסוד ביקורת שיפוטית מוצע לעגן את הסדר ההתגברות בחוק יסוד: השפיטה; ואילו בהצעת חוק יסוד ההתגברות מוצע לעגן את ההסדר בחוק יסוד: הכנסת. בשתי ההצעות נקבע הסדר של "התגברות מראש" – הסמכת הכנסת לחוקק חוק שייקבע בו שהוא תקף על אף האמור בחוקי היסוד, וזאת כמניעה מראש מפני ביקורת שיפוטית חוקתית (כלומר מבלי שתידרש כל תשומה מבית המשפט). בשתי ההצעות נדרש רוב של חברי הכנסת – כלומר, רוב קואליציוני מינימאלי – כדי לחוקק חוק מתגבר (בהצעת חוק יסוד ביקורת שיפוטית נאמר במפורש שהרוב יידרש בשלוש הקריאות; בהצעת חוק יסוד ההתגברות אין התייחסות לנושא זה). שתי ההצעות כוללות הסדר המגביל את התחולה הראשונית של חוק מתגבר, אך מתיר לכנסת עוקבת לתת לו תוקף קבוע. בהצעת חוק יסוד ביקורת שיפוטית התחולה הראשונית של חוק מתגבר היא עד לחלוף שנה מסיום כהונת הכנסת שחוקקה את החוק; ואילו בהצעת חוק יסוד ההתגברות התחולה הראשונית של חוק מתגבר היא ארוכה יותר – שנתיים מיום תחילת כהונתה של הכנסת העוקבת. בשתי ההצעות מוסמכת הכנסת העוקבת לקבל החלטה ברוב חבריה (כלומר, רוב קואליציוני מינימאלי) על מתן תוקף קבוע לחוק המתגבר. שתי ההצעות מחריגות מהסדר ההתגברות את סעיף 9א(א) לחוק יסוד: הכנסת, שעניינו הארכת כהונתה של הכנסת (אך אינן עושות זאת למשל ביחס לעקרון השוויון בבחירות הקבוע בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת).

הצעת חוק יסוד ביקורת שיפוטית כוללת גם הנחיה לערכאות הדיון להעביר שאלות של תוקף חוקתי לבחינת בית המשפט העלון. הצעת חוק יסוד ההתגברות אינה מתייחסת לנושא זה.

משמעות המכלול המוצע בנושא ביקורת שיפוטית והתגברות היא ניסיון לבטל את הביקורת השיפוטית על חקיקה כרכיב ממשי במשפט החוקתי הישראלי; ובמלים אחרות – מתן הרשאה מלאה לרוב הקואליציוני לחוקק כרצונו, תוך התעלמות מאינטרס הציבור ופגיעה בזכויות הפרט והמיעוט וביסודות המשטר הדמוקרטי, מבלי שיהיה חשוף לביקורת אפקטיבית מצד בית המשפט. שילוב של ההליך הבלתי אפשרי לביקורת שיפוטית בהרכב מלא ופה אחד, התנאים המהותיים לביקורת שיפוטית רק במצבי סתירה ברורה של הוראות משוריינות, והסדר ההתגברות על חוקי יסוד המונע מראש ביקורת שיפוטית – **מלמד שהתכלית האמיתית של ההצעות היא**

ביטול הסמכות לביקורת שיפוטית של חקיקה. הסמכות לביקורת שיפוטית של חקיקה הוכרה במשפט הישראלי לפני למעלה משנות דור ומאז שימשה ככלל את בית המשפט כדי לקדם – באופן מדוד וזהיר – הגנה על זכויות הפרט והמיעוט מפני הפרתן בהקשרים חשובים רבים.

עמדת הפורום היא שאין להסכים לכל פשרה בנושא ביקורת שיפוטית על חקיקה ובנושא התגברות שלא תשמר הגבלה אפקטיבית על כוחו של הרוב לפגוע בזכויות האדם וביסודות המשטר הדמוקרטי. עמדת הפורום היא שהגבלות מסוג אלה המוצעות על הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה חורגות מסמכותה של הכנסת ואם יחוקקו, הן צפויות להיות מוכרזות בטלות.