

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

בייר עמדה בנושא ההליך הראוי לחקיקת הרפורמה החוקתית

הופץ ביום 18.1.2023*

עיקרי הדברים:

- השינויים המוצעים במסגרת ה"רפורמה" במערכת המשפט הם לא שלב נוסף בחקיקת חוקי יסוד או תיקון של חוקים אלו, אלא שינוי משמעותי ועמוק בכל המבנה החוקתי של מדינת ישראל. הם מקבעים את "כללי המשחק" החוקתיים, באופן שהוא במידה רבה בלתי הפיך מבחינה ריאלית, ולכן צריך להתייחס אליהם מבחינה מהותית כאל כתיבת חוקה.
- בלי קשר לתוכן השינויים - ככה לא מקבלים חוקה. למעשה, ההליך הזה הוא ההפך הגמור מהאופן שבו אמורים לכתוב חוקות. בכינון חוקה יש לשאוף להסכמה רחבה, וההליך לקבלת חוקה צריך להיות שונה ונפרד מההליך הפוליטי הרגיל. המשמעות של קיבוע הסכמות כנורמות חוקתיות (ובמקרה של ישראל, כחוקי יסוד), היא שההסכמות האלו יוצאות מהשדה הפוליטי הרגיל, ומקבלות מעמד עליון. לכן גם ההליך שבו הסכמות כאלו מתקבלות צריך להיות מובחן מההליך הפוליטי הרגיל.
- ההצעות שעל הפרק מקבעות את כללי היסוד של המשטר בישראל, אך נחקקות בהליך שאינו ראוי אפילו להליך חקיקה של חוק רגיל. ההליך בו מתכננת הממשלה להעביר את הרפורמה המוצעת הוא בלתי לגיטימי ויפגע קשות בלגיטימיות הרפורמה שתתקבל.
- אנו מבססים עמדה נורמטיבית זו בדבר ההליך הראוי לקבלת שינויים חוקתיים מהותיים על מספר אדנים: על מושכלות יסוד של תיאוריה חוקתית ותיאוריה דמוקרטית; על עקרונות תורת החקיקה; על המסורת שהשתרשה בכנסת; וכן על הפסיקה ועקרונות יסוד של שיטת המשפט, הנובעים מערכי היסוד הן של מדינה דמוקרטית, הן של מדינה יהודית.

* 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.wixsite.com/home/blog>

עקבו אחרינו בטוויטר <https://twitter.com/lawprofsforum>. ליצירת קשר lawprofessorsforum@gmail.com

תקציר

בנייר עמדה זה אנו טוענים כי :

- כל שינוי חוקתי ובוודאי שינוי חוקתי בהיקף נרחב כמו הנוכחי חייב להיעשות בהליך משתף, יסודי וזהיר, כפי שראוי לתיקון חוקתי יסודי שמשנה את כללי המשחק הפוליטי לשנים רבות.
- שינוי חוקתי יסודי חייב להיות פרי של הסכמה פוליטית וציבורית רחבה, אשר ניתן להשיג רק באמצעות הליך חקיקתי איטי שמבטיח ומשתף את כלל הציבור במדינה.
- הליך קבלת ותיקון החוקה צריך להבטיח דיאלוג אמיתי שמכוון להסכמה רחבה מתוך התדיינות (דליברציה) והשתתפות תוך שהוא מבטיח ייצוג הולם לכל ומערב את הציבור באופן רחב ומכיל. זאת, מאחר שרק הליך כזה, שבו לכל חלקי העם תינתן הזדמנות שווה ונאותה להשתתף יכול להקנות לגיטימיות דמוקרטית לשינויים בזהות החוקתית של המדינה, לקביעת כללי המשחק הפוליטי, להגנה הראויה על זכויות הרוב הדומם או המיעוט החלש פוליטית.
- תפיסה זו היא מושכלות יסוד בתיאוריה החוקתית, בתיאוריה הדמוקרטית ובתורת החקיקה.
- התפיסה כי רגעים חוקתיים משמעותיים דורשים הליך מיוחד לצורך השגת הסכמה רחבה הוכרה בכנסת ישראל מימיה הראשונים. כפי שהעירה פרופ' רות גביון בניתוח של הדיונים בכנסת שקדמו להחלטת הררי בשנת 1950 (לפיה החוקה תיכתב בפרקים הקרויים חוקי יסוד), "כבר בכנסת הראשונה התעוררו ספקות לגבי סמכותה לקבל בהליך חקיקה רגיל ובמהלך של פוליטיקה רגילה חוקה מקיפה עליונה"¹.
- אין לכחד, כי היו אמנם מקרים שבהם נחקקו ותוקנו חוקי יסוד בהליך שאינו מתקרב לסטדנרט הראוי לקבלתן ותיקונן של נורמות חוקתיות. עם זאת, ברוב השנים, הנורמה הרווחת הייתה שלפחות בשינויים חוקתיים גדולים ומשמעותיים יש לעשות מאמץ להגיע להסכמה רחבה.
- לכן אנו סבורים כי יש לכבד את המסורת החוקתית שהייתה מקובלת לאורך השנים על חברי כנסת מימין ומשמאל, שלפיה על הכנסת להקפיד על ההליך הראוי בקבלת רפורמות חוקתיות גדולות.
- על הצורך להקפיד על הליך חקיקה במיוחד כאשר מדובר בחוק יסוד ניתן ללמוד גם מעקרונות היסוד של השיטה ומהפסיקה, לרבות פסק דינו של השופט סולברג בפרשת **קוונטינסקי**.
- אסור שחוקי יסוד יתקבלו בצל חובה קואליציונית לתמוך בהם, יהא תוכנם אשר יהא, ועל הכנסת לעשות מאמץ כן ואמיתי לגבש קונצנזוס פוליטי רחב לגבי השינויים הרצויים באופי המשטר.
- על מנת לקדם את הרפורמה המוצעת, יש לבנות הליך דיאלוגי מעמיק ליצירת הסכמות רחבות. הליך כזה דורש התקדמות איטית יותר, ופרוצדורה מיוחדת שתאפשר לא רק השתתפות רחבה של כל סיעות האופוזיציה ושל הציבור, אלא גם מנגנון קבלת החלטות מיוחד (כמו רוב גדול במיוחד של חברי כנסת) על מנת לתמרץ את השחקנים להגיע לפשרות. ללא הליך כזה, הרפורמה לא רק שלא תהנה מלגיטימיות דמוקרטית באופן עקרוני, אלא גם תהיה נעדרת לגיטימיות בעיני הציבור שצריך ליישם אותה ולפעול על פיה.

¹ רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21 (1997), עמ' 77.

לפני מספר ימים הציג שר המשפטים יריב לוין תוכנית לשינויים רבים ומרחיקי-לכת במערכת המשפט שמטרתה שינוי חוקתי עמוק שיבטיח "משילות" – חופש פעולה לרשות המבצעת תוך צמצום סמכויותיה של מערכת המשפט: שינוי עמוק של חוקי היסוד הנוגעים לסמכויות הממשלה, הכנסת ובית המשפט: פסקת התגברות ברוב של 61 חברי כנסת, ביטול עילת הסבירות, מינוי היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה כמשרות אמון ושינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים (להלן – "הרפורמה")².

מההסכמים הקואליציוניים עולה כי כל סיעות הקואליציה חיובו לתמוך ברפורמה ובחקיקתה בהליך מזורז, הן בוועדות והן המליאה.³ כמו כן, על פי דיווחים בתקשורת, "בכירים בקואליציה" אף מודיעים מראש "שאינן שום כוונה להכניס שינויים במהפכה המשפטית של לוין".⁴

במקביל החל יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ח"כ שמחה רוטמן, לדון במרכיבים שונים של הרפורמה והדיון נערך מיום ליום בלוח זמנים מהיר; עוד לפני שהונחה הצעת חוק, מבלי שהתזכיר פורסם באתר התזכירים, ונכון לעכשיו, תוך עקיפת עבודת מטה של מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים או בלשכה המשפטית בכנסת (וזאת בנוסף להפצת מסמך לחברי הוועדה שהיועצת המשפטית לכנסת התריעה שהמסמך עלול להטעות את חברי הוועדה ואף כולל דברים שאינם משקפים במדויק את המצב המשפטי הנוהג במדינת ישראל⁵). דבר זה אף מעלה את החשש שמטרתם האמתית של הדיונים המקדימים, לאפשר כעת השתתפות בדיונים התיאורטיים כדי שכשיגיע שלב ההצעות הקונקרטיות יעלו את הטיעון שהדיון כבר התקיים.

עולה, אפוא, כי אצה הדרך למקדמי הרפורמה והם מתכוונים להעביר את תיקוני החקיקה הדרושים לה תוך זמן קצר מאוד, ללא הליך סדור ותוך שימוש ברוב הקואליציוני ללא נכונות אמתית לדיאלוג או לפשרות.

בנייר עמדה זה נשים בצד את הרציות של הרפורמה, ונתמקד בהליך הראוי לקבלתה של רפורמה חוקתית, בוודאי רפורמה שמהווה מהפכה חוקתית, כפי שמבקש התזכיר לעשות. עמדתנו היא שאף מי שסבור שיש מקום לשינויים ותיקונים במערכת המשפט, חייב לעשות זאת בהליך חוקתי ראוי. ההליך המסתמן כרגע רחוק מאד מלעמוד בדרישה זו.

² מתן וסרמן ואנה ברסקי, פסקת התגברות ברוב 61 ושינוי בבחירת השופטים: לוין הציג את התוכנית המשפטית, מעריב אונליין 4.1.2023; חן מענית ומיכאל האוזר טוב, פסקת התגברות וקיצור כהונת נשיאי העליון: לוין הפיץ את טיוטות החוקים להחלשת מערכת המשפט, הארץ 11.1.2023.

³ סעיף 26 בנספח להסכם הקואליציוני לכינון הממשלה ה-37.

⁴ דיווח של דפנה ליאל:

<https://twitter.com/DaphnaLiel/status/1614697901267234816?cxt=HHwWgMDRifXLx-gsAAAA>

⁵ ככל שיש כוונה לעקוף את הייעוץ המשפטי לכנסת, זוהי בעיה נוספת שלדעתנו מפרה את חוק הכנסת המעגן סטטוטורית את תפקידיו של היועץ המשפטי לכנסת, ופוגעת בזכותם של חברי הוועדה לייעוץ משפטי, כחלק מזכותם לגבש עמדה, הנובעת מעקרון השתתפות. אולם, בנייר עמדה זו לא נעסוק בהיבט זה.

לאחר שנסביר בקצרה מדוע הרפורמה, גם לדעת מקדמיה, תהווה למעשה שינוי חוקתי עמוק, שווה ערך לכינון חוקה חדשה למדינת ישראל, נתמקד בטענתנו, **שינוי חוקתי בהיקף כזה חייב להיעשות בהליך משתף, יסודי וזהיר, כפי שראוי לתיקון חוקתי יסודי שמשנה את כללי המשחק הפוליטי לשנים רבות.** תיקון כזה לא יהיה לגיטימי מבחינה דמוקרטית אם הוא יעבור במתכונת הדיונית המוצעת – הליך חקיקת בזק שמוסכם אך ורק על הרוב הקטן בכנסת המרכיב את הקואליציה, תוך הטלת חובה על כל חברי הכנסת בקואליציה לתמוך בו, ללא דיון משמעותי עם סיעות האופוזיציה ועם כלל הציבור בישראל. אנו נראה שהן ההיסטוריה החוקתית הישראלית, הן הכתיבה התיאורטית וההשוואתית על אופן כינון ותיקון של חוקות, והן עקרונות בסיסיים של לגיטימיות דמוקרטית מלמדים, כי **שינוי חוקתי יסודי חייב להיות פרי של הסכמה פוליטית וציבורית רחבה, אשר ניתן להשיג רק באמצעות הליך חקיקתי איטי ומשתף את כלל הציבור במדינה.** לדעתנו הטלת חובה מראש על כל סיעות הקואליציה לתמוך בתיקון, מבלי שאפילו ידעו או יכלו לדעת מה תוכנו האמיתי, סותרת מיניה וביה את הכוונה ונכונות לקיים דיון בתיקון המוצע שיוכל להשפיע על קבלתו ותוכנו.

2. בקצרה: מדוע הרפורמה המוצעת היא למעשה שינוי יסוד במשטר החוקתי הישראלי?

הרפורמה מוצגת כתיקון של ליקויים של מערכת המשפט. אך למעשה היא תשנה את המשטר החוקתי של המדינה, בכל אחד מהמרכיבים העיקריים של המשפט החוקתי: היחסים בין רשויות השלטון השונות, והיחסים בין רשויות השלטון לפרט. הרפורמה תשנה את היחסים בין הרשות השופטת מצד אחד לבין הרשות המחוקקת והמבצעת מצד שני. זאת, מאחר שהיא מחלישה את תפקידם של בתי המשפט באיזון כוחם של הרשות המבצעת ושל הרוב ברשות המחוקקת. **ראשית**, פסקת ההתגברות ברוב של 61 חברי כנסת תאפשר לכנסת להתעלם מהביקורת השיפוטית על חקיקה שפוגעת בזכויות כל הזכויות, לרבות הזכויות הבסיסיות ביותר (הזכות לבחור ולהיבחר, הזכות לכבוד, לחיים, לחירות, לפרטיות וכן הלאה) וכך לסטות בקלות מעקרונות חוקתיים. **שנית**, השינויים המוצעים בוועדה לבחירת שופטים יהפכו את שופטי ישראל לתלויים יותר בפוליטיקאים, אשר יחזיקו באמצעות נציגיהם ברוב גדול בוועדה ולפיכך תהיה להם השפעה מכרעת במינוי שופטים, בקידום, וגם בסיום כהונתם.⁶ **שלישית**, שיחרור הממשלה ושריה מן החובה לפעול לפי חוות דעת משפטיות, והחלשת היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה על-ידי הפיכתם למשרת אמון, יפגעו קשות בשלטון החוק ויחלישו את אחד ממנגנוני הבקרה היעילים ביותר כנגד חריגה מסמכות ושחיתות שלטונית. **רביעית**, ביטול עילת הסבירות תצמצם בצורה ניכרת את הביקורת השיפוטית על החלטות הרשות המבצעת. שינויים אלו ישפיעו באופן ישיר על היחסים בין רשויות השלטון לפרט, שזכויותיו הפכו נתונות לחסדי הרשות המבצעת השלטת בפועל ברשות המחוקקת ומעתה גם תשלוט ברשות השופטת. נגישותו של כל פרט לסעד משפטי ממשי נגד הרשות המבצעת תצומצם גם היא באופן ניכר גם בשל צמצום הביקורת השיפוטית והגדלת התלות של השופטים ברשות המבצעת.

מינוי היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה כמשרות אמון גם הוא יפגע בסופו של דבר בזכויות הפרט, מאחר שיועצים אלה יכוונו לשרת את רצונות הגורם הממנה ללא מגבלות, להבדיל מהאתוס המקצועי של הייעוץ המשפטי כיום, לפיו תפקידם הוא לסייע לדרג המדיני להוציא לפועל את תוכניותיו תוך כדי הקפדה על שלטון החוק וזכויות הפרט בגופים להם הם מייעצים.

⁶ חוק יסוד: השפיטה, סעיף 7.

מתנגדי השינויים המוצעים הללו רואים בהם מהפכה שלטונית שתסכן את עצם קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. לעומתם, מקדמי הרפורמה רואים שינויים אלו כ"החזרת האיזון"⁷ ביחסים בין הרשויות שהופר לטענתם על ידי פסיקת בית המשפט העליון והחקיקה הקיימת בנוגע לבחירת שופטים ומינוי יועצים משפטיים. אלה גם אלה מכירים בהיקף ובעומק השינויים המשטריים הצפויים.

3. מדוע שינויים חוקתיים משמעותיים דורשים הליך שונה מזה הננקט בימים אלה?

שינויים חוקתיים בהיקף ועומק כזה הם מה שהמומחה במשפט חוקתי, ברוס אקרמן, כינה בהקשר של ארצות הברית "רגעים חוקתיים": רגעים מיוחדים ונדירים שבהם מתבצעים שינויים חוקתיים הנוגעים לזהות המשטר החוקתי. לפי אקרמן, כל הרעיון של חוקה הוא ליצור הבחנה בין שני מסלולי חקיקה שונים: בין "פוליטיקה רגילה" של החקיקה היום-יומית לבין הפוליטיקה החוקתית. בעוד שהפוליטיקה הרגילה מתנהלת באמצעות נציגי העם בהליך הפרלמנטרי הרגיל ומושפעת מטבע הדברים משיקולים פוליטיים וקואליציוניים רגועים, ההסדרים החוקתיים חייבים להתקבל בהליך מיוחד שיבטיח קבלת החלטות ערכיות, "חוקתיות", שקולה, המסתכלת על טווח ארוך, ולא בפזיזות, פוליטיקה צרה וקצרת ראייה.⁸ הליך קבלת החוקה צריך להבטיח, ככל הניתן, קבלת החלטות לטובת הכלל ולהקטין את ההשפעה של אינטרסים אישיים, ומפלגתיים-מגזריים או של רשות שלטונית אחת. ואכן, המחקר התיאורטי והניסיון ההשוואתי מלמדים שלהליך קבלת החוקה יש השפעה קריטית על המידה שבה ניתן להגשים מטרה זו.⁹ והחשוב מכל: **הליך קבלת ותיקון החוקה צריך להבטיח דיאלוג אמתי, הסכמה רחבה, התדיינות (דליברציה), השתתפות ויצוג הולם ולערב את הציבור באופן רחב ומכיל. זאת, מאחר שרק הליך כזה, שבו לכל חלקי העם תינתן הזדמנות שווה ונאותה להשתתף, יכול להקנות לגיטימיות דמוקרטית לשינויים בזהות החוקתית של המדינה, לקביעת כללי המשחק הפוליטי, להגנה הראויה על זכויות הרוב הדומם או המיעוט החלש פוליטית.**¹⁰ תפיסה זו היא מושכלות יסוד הן בתיאוריה החוקתית, הן בתיאוריה הדמוקרטית.¹¹

גם הספרות על תורת החקיקה תומכת בתפיסה שלפיה חקיקה חוקתית מחייבת מסלול חקיקה מיוחד ושונה מהליך החקיקה הרגיל - מסלול חקיקה מואט, שמבטיח ריסון, דיון מעמיק וזהיר במיוחד והליך בעל לגיטימציה

⁷ למשל השר לבטחון לאומי איתמר בן גביר צייך כי "התחייבנו לשינוי מהותי במערכת המשפט ולשם כך קיבלנו את אמון העם, כדי שנחזיר את האיזון בין הרשויות ולהחזיר את השלטון לעם". ["מחזירים את המדינה לעם": בימין מברכים על רפורמת לוחן – בשמאל תוקפים"](#), אתר עכשיו 14 פוליטי, 4.1.2023.

⁸ Bruce Ackerman, *We the People 1: Foundations*, Harvard University Press (1991); Bruce Ackerman, *We the People 2: Transformations*, Harvard University Press (1998).

⁹ Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process*, 45 Duke L. J. 364 (1995)
¹⁰ מובן שאין הדבר מחייב בהכרח שימוש במנגנון של משאל עם, שהוא שנוי במחלוקת וטומן בחובו גם סכנות להטיות ומניפולציות, אלא יש דרכים רבות ומגוונות לערב את הציבור בהליך קבלת החוקה. ראו והשוו למשל רבקה וייל, הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה, משפט וממשל י 449 (תשס"ז); צבי ענבר, שלמה גוברמן ואבישי בניש, הליכי קבלת החוקה ותיקונה (תש"ס), Andrew Arato, *Conventions, Constituent Assemblies, and Round Tables: Models, Principles and Elements of Democratic Constitution-Making*, 1 *Global Constitutionalism* 173 (2012); Richard Albert, *Discretionary Referendums in Constitutional Amendment*, in Richard Albert and Richard Stacey (eds.), *The Limits and Legality of Referendums*, Oxford University Press (2022).

¹¹ לפי ג'ון רולס, הזוהי התפיסה הדומיננטית בעולם. John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press (1993), עמ' 233.

דמוקרטיה מיוחדת.¹² לפי חוקרי תורת החקיקה, אף שיש סוגי מקרים או חוקים שיכולים להצדיק הליך חקיקה מזורז, כאשר מדובר בקבלת נורמות חוקתיות, יש לתת עדיפות לתכליות כגון ריסון, התדיינות, לגיטימציה דמוקרטית ואיכות התוצר על-חשבון מהירות ויעילות. עוד מדגישה הספרות על תורת החקיקה כי האמצעים למימוש מטרה זו אינם מסתכמים בדרישת רוב מיוחד בפרלמנט, אלא יש לעצב את ההליך באמצעות פרוצדורות שיספקו זמן, תנאים והזדמנויות רבים יותר להגשמת תכליות כגון השתתפות, התדיינות, שיתוף הציבור, בחינה ובקרה.¹³

הקושי החוקתי בשמירת העקרונות הללו בכל הנוגע לתיקון חוקתי בישראל טמון בכך שלכנסת שני כובעים: הכובע של רשות מחוקקת והכובע של רשות מכוונת. ואולם קיים הבדל **עקרוני** בין עבודת הכנסת כרשות מחוקקת לבין עבודתה כרשות מכוונת, הקובעת או משנה את חוקת מדינת ישראל. על הרשות המחוקקת לחוקק חוקים שיאפשרו לממשלה המכהנת, הנהנית מאימון הכנסת, לבצע את מדיניותה, גם אם מדיניות זו שנויה במחלוקת ציבורית ופוליטית ונדחית ע"י כל סיעות האופוזיציה. בפועל כרשות מכוונת הכנסת אמורה לקבוע את כללי המשחק של המערכת הפוליטית, את ערכי המדינה ואת זכויות האדם. כל אלה אמורים לשקף קונצנזוס רחב, ולא השקפתה או אינטרסים מיידיים של קואליציה זו או אחרת.¹⁴ כללי החוקה וערכיה אמורים לחול בכל קונסטלציה פוליטית, יהא הרכב הקואליציה בכנסת אשר יהא.

4. הכנסת עצמה הכירה לאורך השנים בצורך בהליך מיוחד לבניית הסכמות בעת כינון חוקה ותיקונה

התפיסה כי רגעים חוקתיים משמעותיים דורשים הליך מיוחד לצורך השגת הסכמה רחבה הוכרה בכנסת ישראל מימיה הראשונים. **כפי שהעירה פרופ' רות גביזון בניתוח של הדיונים בכנסת שקדמו להחלטת הררי בשנת 1950 (לפיה החוקה תיכתב בפרקים הקרויים חוקי יסוד), "כבר בכנסת הראשונה התעוררו ספקות לגבי סמכותה לקבל בהליך חקיקה רגיל ובמהלך של פוליטיקה רגילה חוקה מקיפה עליונה"**.¹⁵ ואכן, בגרסאות שונות של הצעות לחוק יסוד: החקיקה ובהצעת ועדת נאמן חזר הרעיון של מסלול חקיקה מיוחד ומורכב יותר לקבלת ותיקון חוקי יסוד, אך מעניינת במיוחד הצעתה של ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת ה-16, בראשות חה"כ מיכאל איתן (הליכוד). לפי הצעה זו, לתיקון החוקה יידרש הליך מיוחד, אשר יכלול, בין היתר, ארבע קריאות, כשהקריאה השלישית תדרוש רוב של 61 חברי כנסת, ואילו הקריאה הרביעית תדרוש רוב של 70 חברי כנסת, וחשוב מכך: הקריאה הרביעית תהיה בישיבת הכנסת שנועדה לעניין זה בלבד ואשר תיערך אחרי תום 180 יום מיום הקריאה השלישית.¹⁶ ואשר לקבלת החוקה עצמה, ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת ה-16 בראשות חה"כ מיכאל איתן (הליכוד) הובילה מהלך לקבלת חוקה בהסכמה רחבה. כפי שהבהירה פרופ' גביזון, ששימשה יועצת לוועדה: "על מנת שחוקה תוכל למלא את תפקידה הייחודי – יצירת מסגרת משותפת שתכיל את המחלוקות - היא זקוקה ללגיטימציה מיוחדת. חוקה המכוונת לאחר רגע היסטורי משמעותי רוכשת

¹² איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" **עיוני משפט** לז' 645, 685-686 (2016)

¹³ שם.

¹⁴ רבקה וייל, "כרוניקה של כשלוני ידוע מראש: למה לא הייתי יושבת בוועדה הדנה בחוק-יסוד: החקיקה?" ("לא ראוי שרוב מקרי יקבע סטטוס קוו אשר לא ניתן יהא לסטות ממנו אלא ברוב מיוחד") **בלוג ICON-S** (2022).

¹⁵ רות גביזון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21 (1997), עמ' 77.

¹⁶ חוקה בהסכמה רחבה: הצעת חוקה – תיקון החוקה,

<https://main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Pages/ConstPAmend.aspx>

לגיטימציה בקרב הציבור בהתבסס על אותה התפתחות היסטורית רבת משמעות... כאשר חוקה אינה מתקבלת לאחר רגע כזה, כמו במקרה של ישראל, הלגיטימציה המיוחדת של החוקה צריכה להתבסס על מקור אחר. מקור כזה יכול להיות תהליך של דיון רחב ועמוק שיבסס הסכמה אמיתית לגבי כללי המסגרת וערכיה המשותפים. ואכן מקובל לומר כי חוקה לישראל צריכה להתקבל "בהסכמה" או ב"הסכמה רחבה".¹⁷

אין לכחד, כי היו אמנם מקרים שבהם נחקקו ותוקנו חוקי יסוד בהליך שאינו מתקרב לסטנדרט הראוי לקבלתן ותיקונן של נורמות חוקתיות.¹⁸ עם זאת, ברוב השנים, הנורמה הרווחת הייתה שלפחות בשינויים חוקתיים גדולים ומשמעותיים יש לעשות מאמץ להגיע להסכמה רחבה.

תומכי הרפורמה המוצעת של השר לוי נטוים לטעון כנגד הלגיטימיות של הליך חקיקתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. אולם, על אף הקשיים בהליך חקיקתם, חוקי יסוד אלו לא נחקקו בהליך בזק ולא בכפיית משמעת קואליציונית, כפי שמוצע כעת לחוקק את הרפורמה. חוקי יסוד אלה נחקקו בהליך חקיקה שארך למעלה משנה, ולמעשה היה תוצר של תהליך שנמשך שנים רבות, שהחלו עם ההצעות לכינון חוק יסוד: זכויות האדם. כפי שציין שר המשפטים דאז דן מרידור (הליכוד) בעת קבלת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא שיקף "מאבק, המתנהל שנים לחקיקת זכויות האדם".¹⁹ היו לו שותפים רבים הן מהקואליציה הן מהאופוזיציה.²⁰ הוא נחקק בתקופת ממשלת ימין, כהצעת חוק מהאופוזיציה שנתמכה עוד מתחילת הדרך על ידי ועדת שרים לענייני חקיקה על דעת הממשלה כולה,²¹ ועברה בתנאים של חופש הצבעה, בזכות תמיכה של שר המשפטים מהליכוד ויו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט מהליכוד, של יו"ר המפד"ל ושל חברי כנסת נוספים ממפלגות אלו וממגוון מפלגות אחרות, לרבות כל סיעות האופוזיציה. הם נחקקו בהליך של בניית פשרות והסכמות שחצו קווים של ימין ושמאל ושל קואליציה ואופוזיציה, ושיקפו פשרות כואבות. נעשה מאמץ לקחת בחשבון גם את החששות והביקורת של המפלגות החרדיות בכנסת, וזאת למרות שלתומכי החוק הובטחה תמיכת רוב מחברי כנסת מסיעות הקואליציה והאופוזיציה. כותבת יהודית קרפ שליוותה את הליך החקיקה: בדברי חברי הכנסת "ניכרים יותר דברי חברי הכנסת, שהביעו את כאב החלקיות וההשלמה עם פשרה בשם

¹⁷ חוקה בהסכמה רחבה: דברי פתיחה – לקחים מהתהליך החוקתי בכנסת ה-16, רות גביוון, <https://main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Pages/ConstOpening3.aspx>.

לזכותה של ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת ה-16 ויושב ראשה יאמר שנאה דורש ונאה מקיים. הוועדה 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: יו"ר הכנסת וחברי כנסת, יועצים משפטיים של הוועדה ושל הכנסת, מומחים מהאקדמיה, שופטים בהווה ובעבר מבית המשפט העליון וערכאות אחרות, משפטנים ומומחים ממשרדי ממשלה, מומחים של מכוני מחקר שונים, נציגי עשרות ארגונים ציבוריים ואזרחים מהשורה. כמו כן קיבלה ובחנה הוועדה מסמכים רבים, בהם ניירות עמדה, מאמרים, הצעות שונות וכן מסמכי רקע לדיונים ביוזמת הוועדה.

¹⁸ לדוגמאות שונות ודיון ביקורתי עליהן ראו למשל איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט 645, 695-697 (2016); אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" משפט וממשל ב 443 (1994); יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א 323 (1993).

¹⁹ מצוטט שם, עמ' 326.

²⁰ שם.

²¹ ועדת השרים לענייני חקיקה החליטה לתמוך בהצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (החלטה חק/642 מיום 10.4.91). בעקבות ערר, החליטה הוועדה שוב, על דעת הממשלה, לתמוך בהצעת חוק-היסוד. (החלטה חק/689 מיום 15.4.91). ראו יהושע שופמן, "המהפכה החוקתית", משרד המשפטים, מיזם שורשים במשפט, 28.03.2019, https://www.gov.il/he/Departments/publications/reports/roots_1992_1

קונצנזוס לאומי".²² בעת ההצבעה על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אמר יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת דאז, ח"כ אוריאל לין מהליכוד: "החוק הזה הוכן בהבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית. היינו מודעים לכך, שאין אנו יכולים להעביר חוקי-יסוד, שמעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם לא נגיע להסכמה רחבה של כל סיעות הבית". ובהמשך: "היו פה ויתורים מפליגים לעומת כל חוקה שמקובלת בעולם, כי רצינו להגיע לאותה הסכמה כללית שאכן הגענו אליה".²³

יש לציין כי בשנת 1994, עוד לפני פסק דין בנק המזרחי שבו הכיר בית המשפט בסמכותו לפסול חוק הסותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכנסת הכניסה תיקון משמעותי ביותר לחוק היסוד - סעיף 1 לחוק היסוד הקובע כי הזכויות בחוק היסוד יפורשו ברוח מגילת העצמאות. תיקון זה, שהיווה בפועל אישור מחדש של חוק היסוד, נתקבל ברוב של 67 חברי כנסת. רק 9 חברי כנסת התנגדו לתיקון.

חוקי היסוד של זכויות האדם נחקקו אפוא מתוך הכרה בצורך בהסכמה רחבה ובהליך של דיאלוג ופשרות. ועם כל זאת, אנו מבינים גם חלק מהביקורות שלפיהן הליך חקיקתם של חוקי היסוד בשנת 1992 היה יכול להיות יותר אופטימלי (לפחות בשלב הקריאה השנייה והשלישית). ביקורות אלו מבטאות את ההבנה הדמוקרטית כי למרות שעל פי הדין הפורמלי בישראל ניתן לחוקק חוקי יסוד בהליך חקיקה רגיל, שינויים חוקתיים משמעותיים מצריכים הליך התדיינות מעמיק, שמשקף הסכמה פוליטית וציבורית רחבה. לעמדה עקרונית זו אנו שותפים.

5. גם מהפסיקה ומעקרונות יסוד של השיטה עולה צורך להבטיח השתתפות ודיון ראויים לשם כינון ותיקון חוקה

מזה קרוב לעשרים שנה, התבססה התפיסה במשפט הישראלי שהליך החקיקה צריך להתנהל לאור עקרונות יסוד, וביניהם שמירה על עקרון השתתפות של כל חברי הכנסת, לרבות מהאופוזיציה (כפי שנפסק וחזר ונפסק מאז בג"ץ מגדלי העופות) והאפשרות לקיים דיון כדבעי (כפי שהטעים השופט סולברג בבג"ץ קוונטינסקי); שבו תינתן לכל חברי הכנסת הזדמנות אמיתית לגבש את עמדתם, לרבות מתן הזדמנות למיעוט לשכנע את הרוב.²⁴ כפי שהבהירו השופטים סולברג והנדל בפרשת קוונטינסקי ובפרשות נוספות - מתוך עיון מעמיק גם במקורות המשפט העברי - עקרונות אלו הם עקרונות יסוד "במורשתנו היהודית, כמו גם בתפיסתנו הדמוקרטית"²⁵,

²² יהודית קרפ, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח", משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, עמ' 326..
²³ שם, עמ' 327. וראו גם אמנון רובינשטיין, סיפורם של חוקי-היסוד, משפט ואדם - משפט ועסקים יד 79 (תשע"ב); אמנון רובינשטיין, הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם, משפט וממשל ה 339 (תש"ס); אוריאל לין, חוקי-היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה, המשפט ה 26 (2000). 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. יהושע שופמן, "המהפכה החוקתית", משרד המשפטים, מיזם שורשים במשפט, 28.03.2019, https://www.gov.il/he/Departments/publications/reports/roots_1_1992.
²⁴ בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004); בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם באר"ש, 6.8.2017).
²⁵ פרשת קוונטינסקי, סולברג פס' 78.

והפגיעה בהם "פוגעת בערכי היסוד של השיטה. כך לא רק לפי תפיסה דמוקרטית אלא גם לפי תפיסה יהודית."²⁶ נראה שעקרונות אלו התקבלו בהסכמה גם על ידי חברי הכנסת עצמם, ממגוון סיעות, לרבות אלו הידועים בדרך כלל כמתנגדים להתערבות שיפוטית.²⁷

אמנם פסקי דין אלו נכתבו לעניין חקיקה רגילה, אך הדברים נכונים מקל וחומר לגבי חקיקת חוקי יסוד, ובן בנו של קל וחומר לגבי ההליך הראוי לקבלת שינוי חוקתי דרמטי. בפרשת קוונטינסקי הדגיש השופט סולברג את החשיבות בשמירה על תקינותו של הליך החקיקה והוסיף "ואם כך בהליך חקיקה 'רגיל', על אחת כמה וכמה כאשר בהליך חקיקה 'חריג' דוגמת חוק ההסדרים עסקינן."²⁸ ההיקש המתבקש מדבריו ברור: **אם הכנסת נדרשת להקפדה בהליך החקיקה הרגיל, ועל אחת כמה וכמה בהליך חקיקה 'חריג', הרי שבהליך שנוגע לחקיקת חוקי יסוד נדרש הליך חקיקה מוקפד אף יותר.** הכללים החלים על הליך חקיקה רגיל או חריג (דוגמת חוק ההסדרים) לא רק חלים מכוח קל וחומר על ההליך החוקתי שבנדון. הם מחייבים רף מוקפד יותר שכן מדובר במדרג נורמטיבי גבוה יותר. הדבר נכון ביתר שאת לנוכח היקף התיקונים וההשלכות מרחיקות הלכת שלהם על המשטר בישראל ועל דמותה של הדמוקרטיה הישראלית.

6. סיכום

אנו סבורים כי אין זה ראוי כי הכנסת תתייחס לתפקידה כרשות המכוננת באותה דרך שהיא מתייחסת לתפקידה כרשות מחוקקת. יש לכבד את המסורת החוקתית שהייתה מקובלת לאורך השנים על חברי כנסת מימין ומשמאל, שלפיה על הכנסת להקפיד על ההליך הראוי בקבלת רפורמות חוקתיות גדולות. במילים אחרות, אסור שחוקי יסוד יתקבלו בצל חובה קואליציונית לתמוך בהם, יהא תוכנם אשר יהא, ועל הכנסת לעשות מאמץ כן ואמיתי לגבש קונצנזוס פוליטי רחב לגבי השינויים הרצויים באופי המשטר.

אסור לה לכנסת לבצע שינויים חוקתיים אלה בבהילות ובחופזה כאשר לאור ההסכמים הקואליציוניים נוצר הרושם הברור אצל חלק גדול מן הציבור כי הדיונים בוועדות הם רק כדי לצאת ידי חובה פורמלית, ובבהילות ומבלי שמתאפשר דיון בלב פתוח ונפש חפצה שמאפשר לשקול בכובד הראש הראוי את ההתנגדויות לשינויים המוצעים.

דווקא מי שביקרו את הליך חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, צריכים להיות הראשונים להתנגד להליך החפוז והזורסני בהרבה המסתמן לחקיקת המהפכה החוקתית שמקדם השר לוי, שהיא נרחבת ומרחיקת לכת הרבה יותר מהמהפכה החוקתית של 1992. דווקא מי שסבור שצריך לתקן את המהפכה החוקתית

²⁶ שם, הנדל פס' 12. וראו גם ע"מ 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק (פורסם באר"ש, 18.8.2016); בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (פורסם באר"ש, 1.2.2017); וכן בנימין פורת, עקרון ההשתתפות: תרומת המשפט העברי לפסיקת בית המשפט העליון, ICON-S-IL Blog, 4.4.2018.

²⁷ ראו למשל דבריו של חה"כ בצלאל סמוטריץ' מהליך חקיקת מס דירה שלישית המצוטטים בע' 887 איתי בר-סימן-טוב, "בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או 'סטיה רבתי' בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה?", מחקרי משפט לב 877 (2019); ודבריהם של חברי הכנסת מיקי רוזנטל, מרב מיכאלי, מיקי לוי, משה גפני, יואב קיש ובצלאל סמוטריץ' בתגובה לפסק הדין קוונטינסקי המצוטטים בע' 309-310 באיתי בר-סימן-טוב, "מהפכה או המשכיות?: מקומו של פסק דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל יט 271 (2018).

²⁸ רשת קוונטינסקי, סולברג פס' 39.

שנולדה ב- 1992 ומבקר את האופן בו התקבלה, צריך להבטיח שהמהפכה החוקתית החדשה תתקבל בהליך ראוי. כך הבינו חה"כ מיכאל איתן, שהיה המתנגד הקולני ביותר (גם בזמן אמת) לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וגם פרופ' רות גביזון, שהייתה המבקרת החריפה ביותר מן האקדמיה, כאשר פעלו לקדם חוקה בהסכמה רחבה.²⁹ יש לקוות שכך ישכיל להבין גם יורשו של חבר הכנסת מיכאל איתן בתפקיד יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט, חה"כ שמחה רוטמן.

על מנת לקדם את הרפורמה המוצעת, יש לבנות הליך דיאלוגי מעמיק ליצירת הסכמות רחבות. הליך כזה דורש התקדמות איטית יותר, ופרוצדורה מיוחדת שתאפשר לא רק השתתפות רחבה של כל סיעות האופוזיציה ושל הציבור, אלא גם מנגנון קבלת החלטות מיוחד (כמו רוב גדול במיוחד של חברי כנסת) על מנת לתמרץ את השחקנים להגיע לפשרות. ללא הליך כזה, הרפורמה לא רק שלא תהנה מלגיטימיות דמוקרטית באופן עקרוני, אלא גם תהיה נעדרת לגיטימיות בעיני הציבור שצריך ליישם אותה ולפעול על פיה.

מסמך זה נכתב על ידי:

פרופ' איל בנבנישתי, האוניברסיטה העברית בירושלים ואוניברסיטת קיימברידג'

פרופ' איתי בר-סימן-טוב, אוניברסיטת בר-אילן

ד"ר נטלי דודזון, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר תמר הוסטובסקי ברנדס, הקריה האקדמית אונו

פרופ' דוד קרצמר, האוניברסיטה העברית בירושלים

²⁹ למעשה, חה"כ איתן כותב בדברי הפתיחה שלו כי התנגדותו העזה למהפכה החוקתית ולדרך שבה בוצעה היא שהניעה אותו לקדם את פרויקט החוקה בהסכמה. חוקה בהסכמה רחבה: דברי פתיחה – מיכאל איתן, <https://main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Pages/ConstOpening2.aspx>