



עניינו של נייר עמדה זה בניתוח ההצעות השונות להסדרת היחסים בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת, תיאור המצב הנורמטיבי הרצוי ובחינת החלופות האפשריות.

#### האפשרויות הנסקרות בנייר זה:

- א. "המודל הבריטי" – לפי מודל זה, הנוהג בבריטניה, אין לבית המשפט סמכות לפסול דברי חקיקה ראשית. בית המשפט יכול לדון בדבר חקיקה שהובא בפניו ולהצביע על אי התאמה של החוק לערכים חוקתיים, אולם שינוי, השעיה או ביטול של החוק הינן בסמכותו הבלעדית של המחוקק.
- ב. פסקת התגברות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו – תיקון חו"י כבוד האדם וחירותו באופן שתתווסף לו פסקת התגברות, אשר תגדיר במדויק תנאים לאשרור חוק לאחר פסילתו על ידי בית המשפט על סמך חוק היסוד, בדומה למופיע בחוק יסוד: חופש העיסוק.
- ג. פסקת התגברות במודל רחב, בחוק יסוד נפרד, הקובע גם הוראות המגבילות את יכולתו של בית המשפט לפסול חוק, וגם מנגנון בו ניתן להתגבר על פסילה שכזו. מעבר לאפשרויות אלה, הוצע בעבר גם מנגנון של בית משפט לחוקה. נייר זה אינו עוסק במנגנון שכזה, בין היתר בשל החוסר בחוקה שלמה, שבשלב זה הופכת הקמת בית משפט שכזה לקשה ולחריגה.<sup>1</sup>

#### מבוא:

במציאות הקיימת במדינת ישראל, רואה עצמו בית המשפט העליון מוסמך לפסול דברי חקיקה ראשית של הכנסת, על אף שאין לו כל הסמכה מפורשת לכך בחוק. בית המשפט עשה שימוש ב"סמכות" זו, מספר פעמים, בין השאר בפסילת התיקונים השונים לחוק למניעת הסתננות.

מציאות זו מציבה את הרשות השופטת, ובפרט את בית המשפט העליון כ"מחוקק על", ולמעשה כרשות העליונה המפקחת על הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, וזאת בניגוד לרציונל המקובל בדמוקרטיה בו נבחרי הציבור הם הממונים על קביעת הנורמה העליונה באמצעות החקיקה.

באופן מיוחד וחריג ביחס למקובל במדינות העולם, במדינת ישראל שופטי בית המשפט אינם ממונים על ידי הרשות המבצעת או על ידי הרשות המחוקקת, אלא במנגנון שבו נבחרי הציבור הינם במיעוט. מתן סמכות להתערבות בחקיקה לשופטים שאינם נבחרים בהליך דמוקרטי הנשלט על ידי נבחרי ציבור הינה דבר שאינו מקובל במדינות העולם הדמוקרטיות, וישראל הינה חריגה ביותר.

כיום נמצאות על הפרק מספר הצעות להסדרת המצב ולהשבת האיזון בין הרשויות במדינת ישראל, ובנייר עמדה זה ביקשנו להתייחס לשתי ההצעות הרלוונטיות ביותר, אשר מציעות את תיקון המצב,

<sup>1</sup> יצויין כי בשיח הציבורי הועלה גם רעיון לפסקת התגברות המוגבלת לנושא המסתננים. פתרון זה אינו תואם מודלים חוקתיים מקובלים, וסיכויי החקיקה שלו נמוכים. יצויין כי לאור פסיקתו של בית המשפט בעניין התקציב הדו-שנתי, קיים חשש ממשי שבית המשפט העליון יתעלם מפסקת התגברות ספציפית שכזו, או יפסול אותה כשימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת, בדומה למה שנעשה בעניין התקציב הדו-שנתי.



## דיון:

### א. המודל הבריטי:

כאמור, ע"פ המודל הנהוג בבריטניה אין לבית המשפט סמכות לפסול חקיקה ראשית של המחוקק, אולם בית המשפט רשאי להפנות את תשומת ליבו של המחוקק לפגיעה בזכויות יסוד או בחוקי יסוד קיימים.

יתרונותיו של המודל הינם התאמתו למציאות החוקתית הישראלית. בדומה לבריטניה, אין למדינת ישראל חוקה כתובה אשר התקבלה באופן המקובל בעולם ונקבעה כנורמה עליונה על החקיקה.

בהתאם, אין במדינת ישראל בית משפט חוקתי, כמקובל בחלק ממדינות העולם<sup>2</sup>, אשר בידיו הסמכות לפסול דברי חקיקה ראשית העומדים בסתירה לחוקה, ואשר ממונה בהתאם ע"י נציגי הרשות המבצעת והמחוקקת, והרכבו מייצג את ההרכב האנושי במדינה.

#### • לגורם הממנה את שופטי בית המשפט החוקתי במדינות העולם ראו נספח ב' להלן.

במציאות כזו אין מקום לקיומה של ביקורת חוקתית על חקיקת הכנסת, שכן ביקורת כאמור תהיה בלתי-דמוקרטית באופן מובהק, שעה שגורם בלתי נבחר וחסר סמכות רשאי לפעול בניגוד להכרעת הרוב הדמוקרטית ולפסול חקיקה.

בהזדמנות זו יודגש כי הסמכות הניתנת במדינות העולם לבתי המשפט החוקתיים לבקר דברי חקיקה ראשית מוענקת להם מכוח החוקה, אשר כוננה ע"י נציגי העם בהליך מיוחד, ועניינה קיבועם של ערכי הרוב כנגד פגיעתו של רוב מקרי בפרלמנט. בהיעדר חוקה, אין כל מקור סמכות אשר יכול להגביל את הכרעת הרוב כפי שהיא מתקבלת בכנסת, ועם זאת להיחשב "דמוקרטי".

#### • למצב החוקתי הנוהג בעולם ביחס לדרישת ההסמכה ראו נספח א' להלן.

עם זאת, ועל מנת לוודא קיומו של דיון ציבורי מקיף ויסודי בנוגע לחקיקה העלולה לפגוע בזכויות יסוד, מקיים המודל הבריטי מנגנון לפיו בית המשפט יכול להסב את תשומת לב המחוקק לחוקים "בעייתיים". ניתן גם לקבוע חובה על המחוקק לקבוע דיון בהתאם להערותיו של בית המשפט בוועדה שתוקם לשם כך. באופן זה, החשש מפני חקיקת בזק שתנצל רוב מקרי לצורך פגיעה בזכויות האדם או בערכי יסוד יצטמצם, שכן חשיפת הבעייתיות שבחקיקה כאמור לעיני הציבור ובקיום דיון נוסף ופומבי על ידי המחוקק, יטיל מחיר פוליטי וציבורי על חקיקה שנעשתה בחופזה וללא עבודה יסודית.

מנגנון זה גם מאפשר לבית המשפט להפנות את תשומת ליבו של המחוקק לערכים חוקתיים שלא נקבעו בחוקי יסוד, כדוגמת חופש הביטוי, חופש הדת וערכים אחרים העומדים ביסודה של השיטה. יצוין כי במקרים מסוימים, בית המשפט העליון בחר לפעול בדרך זו, להסב את תשומת ליבו של המחוקק לפגמים אפשריים בחקיקה, אך להימנע מביטולה. כדוגמא לכך ניתן לראות את פסיקותיו של בית המשפט העליון בעניין חוק ההסדרים<sup>3</sup> או בעניין חוק התקציב הדו-שנתי.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> ב-29 מתוך 34 מדינות שנבדקו נדרשת הסמכה מפורשת בחוקה לבית המשפט לפסול חקיקה ראשית.

<sup>3</sup> בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'.

<sup>4</sup> בג"ץ 8260/16 - המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל ואח'.



## ב. פסקת ההתגברות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו

המנגנון השני העומד על הפרק הינו תיקונו של חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו באופן שתתווסף לו פסקת התגברות, בדומה לפסקת ההתגברות שבס' 8 לחוק יסוד : חופש העיסוק, אשר תאפשר למחוקק לחוקק מחדש חוקים הנוגדים את חוק היסוד, במידה וחוקים אלו ייפסלו ע"י בית המשפט, במידה ו-61 חברי כנסת יצביעו בעד החוק החורג מחוק היסוד שנאמר בו שהוא נחקק "על אף האמור בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו".

היתרונות בהצעה זו הינם שהיא יכולה, בתנאים שיפורטו להלן, להשיב את זכות המילה האחרונה לרשות המחוקקת, אשר נבחרת לשם כך ע"י העם. יישום נכון של פסקת ההתגברות יכול להחזיר את המחוקק לתפקיד קובע-הנורמה במדינה ובכך לקרב את המציאות החוקתית בישראל לזו הנדרשת במדינה דמוקרטית. עם זאת, ישנם מספר חסרונות בולטים בהצעה זו, וכן מספר תנאי סף אשר נדרש לשמדם.

החסרונות הבולטים במנגנון זה נעוצים בעובדה שכל פסקה מסוג זה מכירה מתוך הסכמה שבשתיקה בסמכותו של בית המשפט, שכאמור אינו נבחר ע"י הציבור ואינו מוסמך לכך, לפסול דברי חקיקה ראשית. כאמור, במדינות העולם המערבי נדרשת בד"כ הסמכה חוקתית מפורשת ע"מ להעניק לבית המשפט סמכות לפסול דברי חקיקה ראשית. הסמכתו של בית המשפט לפסול את דברי החקיקה של הכנסת אינה הולמת את המציאות החוקתית הישראלית, אשר אינה מכירה בקיומו של גוף אשר מייצג את עמדת הציבור חוץ מחברי הכנסת. בהתאם, אין כיום במערכת המשפט הישראלית בית משפט חוקתי, אשר שופטיו ממונים כמקובל במדינות הדמוקרטיות באופן המייצג את ערכי הציבור, ואשר בסמכותו הבלעדית לפסול דברי חקיקה.

החיסרון המשמעותי ביותר במנגנון זה הוא ניסוח המחייב את הכנסת להצהיר על חוק מסוים כאילו אינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק היסוד, בעוד שלמעשה הכנסת סבורה שחוקיה הינם בהתאם לערכיה של מדינת ישראל ואינם פוגעים בזכויות האדם במידה העולה על הנדרש, שאם לא כן, לא הייתה מחוקקת אותם. חיסרון זה עלול לייצר קשיים רבים לחקיקת חוקים עתידיים כאשר קיימת מחלוקת ערכית אמיתית וכנה בין הכנסת לבין שופטי בית המשפט העליון.

חיסרון משמעותי נוסף במנגנון זה שהוא מחסן דברי חקיקה רק מפני התערבות המבוססת על חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, ולא מפני התערבותו של בית המשפט בביטול דברי חקיקה לאור "עקרונות יסוד של השיטה" או בשל חוקי יסוד אחרים.

יוזכר כי אין מדובר בחשש תיאורטי. בעניין מס דירה שלישית ביטל בית המשפט העליון חוק בשל תפיסתו על הליך חקיקה נאות באופן המהווה "עקרון יסוד" של השיטה.<sup>5</sup> גם התראת הבטלות שניתנה על ידי בית המשפט בעניין התקציב הדו שנתי, עסקה בעקרונות היסוד של השיטה.

<sup>5</sup> בג"ץ 10042/16 קוויטניסקי צחי ואחרים נגד כנסת ישראל ואחרים



## ג. פסקת התגברות במודל הרחב

במידה ולא תהיה הסכמה רחבה למודל הבריטי, המונע אפשרות לביטול חקיקה, ולאור החסרונות בפסקת התגברות צרה, התגברות במודל הרחב מעגנת באופן מפורש סמכות לפסילת חקיקה על ידי בית המשפט העליון, אולם מגבילה את יכולת הפסילה וקובעת מנגנון התגברות.

במנגנון זה מוצע בזאת לקבוע מראש תנאים פרוצדורליים לפסילת חוקים על ידי בית המשפט העליון כדי לשמר את העקרונות הדמוקרטיים הבסיסיים של הפרדת רשויות והכרעת רוב, וכדי לוודא ש"נשק יום הדין" של ביטול חוקים יישמר למקרים קיצוניים ביותר בהן הוא עלול להידרש. מצד שני, מוצע לקבוע כי המנגנון ישמר למחוקק את זכות המילה האחרונה, ובמקרים בהם רוב הציבור סבור שפרשנותו של בית המשפט לחוקי היסוד או לעקרונות היסוד של השיטה הינה שגויה, תגבר פרשנותו של המחוקק על פרשנותו של בית המשפט.

לצורך כך מוצע כי המודל יכלול:

א. קביעה מפורשת כי פסילת חקיקה ראשית ע"י בית המשפט תיעשה אך ורק כאשר הרכבו המלא של בית המשפט מתכנס ומקבל הכרעה "פה אחד", וזאת על מנת להבטיח כי פסילת חוקים תיעשה בפורום הרחב ביותר ואך ורק במקרים חריגים בהם אין מחלוקת בין השופטים בנוגע לשאלה האם החוק שנבחן סותר את חוקי היסוד. יצוין כי קביעה של בית המשפט שהמחוקק חרג מעקרונות היסוד של השיטה או מחוקי היסוד היא כ"הרשעה" של המחוקק, וצריכה להיעשות רק במקום שלכל 15 שופטי בית המשפט ברור מעבר לכל ספק כי מדובר בהפרה בוטה של המסגרת החוקתית.

ב. המחוקק ראשי, לאחר פסילה שכזו, לחוקק מחדש את החוק שנפסל, ברוב של 61 חברי כנסת, שיבטיח שאין מדובר ברוב מקרי.

ג. כאמצעי נוסף, ניתן להבטיח שאין מדובר ברוב מקרי, באמצעות קביעה שהחוק המתגבר יהיה בגדר "הוראת שעה" למשך 4 שנים, ורק כנסת חדשה, שנבחרה לאחר מכן, תוכל לבטל את הוראת השעה ולהפוך את החוק המתגבר לחוק רגיל שיעמוד בתוקפו ללא הגבלת זמן.

יצוין כי כל עוד אין לישראל חוקה שהתקבלה בהליך מיוחד ואושררה באופן מיוחד, דרישה של רוב מיוחס (יותר מ-61 ח"כים) הינה דרישה לא דמוקרטית, בה רוב מקרי מונע מרוב עתידי לשנות את ההסדרים הבסיסיים של מדינת ישראל. אין לדרישה שכזו אח ורע ואין כל הצדקה לכך, למעט רצון לנצל הזדמנות פוליטית כדי לקבוע קביעות בלתי הפיכות. יצוין כי בית המשפט העליון עצמו סבר כי לממשלת ישראל אין סמכות לכבול את שיקול דעתן של ממשלות עתידיות ללא הסמכה מפורשת, בעניין מתווה הגז. כידוע, גם פסיקותיו של בית המשפט העליון אינן מהוות כבילה לסמכותו העתידית ואינן מחייבות אותו. קביעה לפיה כנסת ישראל, נציגת העם, הריבון, תהיה הרשות היחידה שמוסמכת לכבול את שיקול דעתה, תהווה פגיעה של ממש בעקרון הדמוקרטי ובעקרון

שלטון החוק.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> בהזדמנות זו חשוב להזכיר כי מקור הנורמה הפוסלת, היינו חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, התקבל ברוב של 32 חברי כנסת כנגד 21 חברים. דרישה כי חוק סותר יאושר ברוב מיוחס תהווה פגיעה חמורה בעקרון הכרעת הרוב, שכן משמעותה למעשה הינה ש-32 חברי כנסת גוברים בקולם על 61 חברי כנסת עתידיים.



התנועה למשילות ודמוקרטיה מברכת על ההבנה שהמצב החוקתי השורר במדינת ישראל אינו תקין, סותר עקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית, ועליו להשתנות. יסוד מוסד במדינה דמוקרטית הינו הקביעה כי הכרעת הרוב, באמצעות נבחרי, היא זו הקובעת את הנורמה הערכית והחוקית, וכי ללא הסמכה מפורשת, אשר מקורה גם היא בעם, אין מקום לערכאה שאינה נבחרת לערער על חקיקת הרוב.

בהתאם, ממליצה התנועה על המודל הבריטי ככזה אשר יש בו את הפוטנציאל לייצב את היחסים שבין הרשויות בישראל ולהעניק פתרונות יציבים לזמן ארוך, ולכל הפחות עד שתכונן באופן רשמי חוקה למדינת ישראל בהתאם להחלטת ועדת הררי מיום 13.6.1950. מודל זה מציב את מדינת ישראל במקום הראוי לה מבחינת מצבה החוקתי, יחד עם בריטניה וניו-זילנד אשר נמצאות במצב חוקתי דומה.

פתרון של פסקת התגברות "צרה" הינו חלקי ובלתי הולם את המציאות החוקתית בישראל, ובהתאם הוא מועד לאי יציבות.

עם זאת, ובכפוף לתנאים שפורטו, ניתן לעשות שימוש גם בפסקת התגברות במודל רחב, אשר תנוסח באופן ראוי ותטיל מגבלות פרוצדורליות גם על בית המשפט בבואו לפסול חקיקה, בדמותה של דרישה להחלטה פה אחד של כל שופטי העליון וגם על הכנסת בבואה להתגבר על פסיקה שכזו בדרישה לרוב מיוחד של 61 בשתי כנסות עוקבות כדי להפוך את החוק המתגבר להסדר של קבע.





## נספח א' – המצב החוקתי הנהוג בעולם

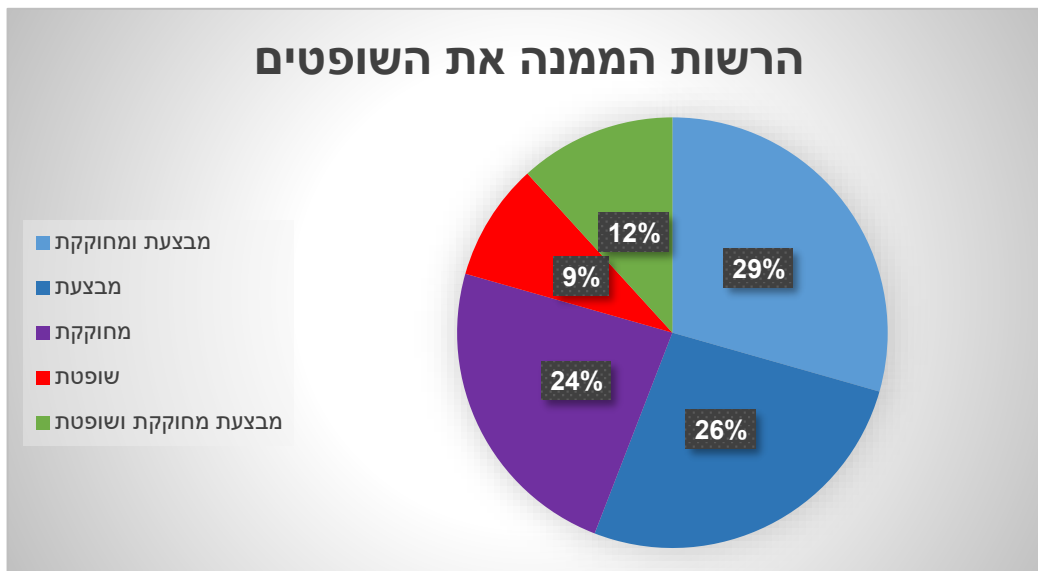
הסמכה מפורשת בחוקה לפסילת דברי חקיקה ראשית:

שם המדינה	האם ישנה הסמכה מפורשת בחוקה	שם המדינה	האם ישנה הסמכה מפורשת בחוקה
1 דנמרק	אין	18 דרום קוריאה	יש
2 קנדה	אין	19 ספרד	יש
3 ארגנטינה	אין	20 צ'ילה	יש
4 ארה"ב	אין	21 אירלנד	יש
5 הודו	יש	22 דרום אפריקה	יש
6 לוקסמבורג	יש	23 טורקיה	יש
7 פולין	יש	24 נורבגיה	יש
8 אסטוניה	יש	25 פינלנד	יש
9 בלגיה	יש	26 רוסיה	יש
10 גרמניה	יש	27 שבדיה	יש
11 הונגריה	יש	28 אוסטריה	יש
12 לטביה	יש	29 ברזיל	יש
13 פורטוגל	יש	30 מקסיקו	יש
14 שוויץ	יש	31 סלובניה	יש
15 איטליה	יש	32 צרפת	יש
16 סלובקיה	יש	33 אוסטרליה	אין
17 צ'כיה	יש	34 יפן	יש



## נספח ב' – זהות הגורם הממנה

זהות הגורם הממנה את שופטי בית המשפט החוקתי:



הגורם הממנה	שם המדינה		הגורם הממנה	שם המדינה	
מבצעת ומחוקקת, ושופטת	דרום קוריאה	18	מחוקקת	דנמרק	1
מבצעת ומחוקקת, ושופטת	ספרד	19	מבצעת	קנדה	2
מבצעת ומחוקקת, ושופטת	צ'ילה	20	מבצעת ומחוקקת	ארגנטינה	3
מבצעת	אירלנד	21	מבצעת ומחוקקת	ארה"ב	4
מבצעת	דרום אפריקה	22	שופטת	הודו	5
מבצעת	טורקיה	23	שופטת	לוקסמבורג	6
מבצעת	נורבגיה	24	שופטת	פולין	7
מבצעת	פינלנד	25	מחוקקת	אסטוניה	8
מבצעת ומחוקקת	רוסיה	26	מחוקקת	בלגיה	9
מבצעת	שבדיה	27	מחוקקת	גרמניה	10
מבצעת ומחוקקת	אוסטריה	28	מחוקקת	הונגריה	11
מבצעת ומחוקקת	ברזיל	29	מחוקקת	לטביה	12
מבצעת ומחוקקת	מקסיקו	30	מחוקקת	פורטוגל	13



התנועה למשילות

ודמוקרטיה

מבצעת ומחוקקת	סלובניה	31	מחוקקת	שוויץ	14
מבצעת ומחוקקת	צרפת	32	מבצעת ושופטת, מחוקקת,	איטליה	15
מבצעת	אוסטרליה	33	מבצעת ומחוקקת	סלובקיה	16
מבצעת	יפן	34	מבצעת ומחוקקת	צ'כיה	17

