



המכון לאסטרטגיה ציונית
THE INSTITUTE FOR ZIONIST STRATEGIES

אייר תשע"ב, מאי 2012

תזכיר חוק-יסוד: החקיקה

תגובת המכון לאסטרטגיה ציונית

מסמך זה מוגש כתגובה לתזכיר חוק יסוד: החקיקה שהופץ לפני כחודש על ידי משרד המשפטים. המכון לאסטרטגיה ציונית (להלן: המכון) מקדם בברכה את כוונת משרד המשפטים להסדיר את תחום החקיקה בישראל אשר, בין היתר, מעניקה לכנסת את סמכויות האסיפה המכוננת ומעגנת את סמכותה לכוון חוקה. המכון בדעה שהנושא של הפרדת הכוחות ואיזון ראוי הינם נושא חשוב המצריך דיון ציבורי רחב וישמח לקחת חלק בקידום התהליך בכל דרך ראויה ואחראית.

עם זאת, נראה כי ביוזמה ספציפית זו נפלו כמה פגמים מהותיים אשר מקטינים באופן דרסטי את הסיכוי לכינונה של חוקה מלאה ופוגעים בעיקרון הפרדת הרשויות במדינת ישראל. מטרת מסמך זה הינה להציע תיקונים ושיפורים בהצעת חוק יסוד: החקיקה על מנת להבטיח את היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, תוך החזרת ועיגון האיזון העדין הנדרש במערך הכוחות שבין הרשויות.

מסמך זה כולל שלושה חלקים:

- א. המלצות צוות החוקה של המכון לתיקון הצעת חוק יסוד: החקיקה ושיפורה במטרה להבטיח את היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית.
- ב. נספח 1: הסדרת תחום החקיקה בישראל באמצעות חוק יסוד החקיקה – קריאה נוספת.
- ג. נספח 2: מאמרו של שר המשפטים לשעבר, פרופ' דניאל פרידמן (פורסם במקור בעיתון ידיעות אחרונות בתאריך ט' באייר תשע"ב, 1.5.2012).

בברכה,

עו"ד יואל גולובנסקי, נשיא

המכון לאסטרטגיה ציונית

המלצות המכון

להלן הצעות המכון לתיקונים בטיוטת הצעת חוק יסוד: החקיקה כפי שנשלחה ביום חמישי, י"ג ניסן תשע"ב (5.04.2012):

1. ההצעה הנוכחית מקשה על כינונם של חוקי יסוד נוספים, הליך פוליטי שדה-פקטו כמעט ואינו ישים כבר היום, כשנדרש רוב רגיל בלבד. אם יש כוונה כנה להגיע לחוקה מלאה בעתיד, יש להכניס שינויים בהצעה הנוכחית, הן בשל הרוב הדרוש לחקיקתם של חוקי יסוד חדשים, והן בשל זמן החקיקה שעלול להתארך באופן משמעותי בשל הוספת הקריאה הרביעית. על כן ראוי להסתפק ברוב של חברי הכנסת במקרה של חקיקתם של חוקי יסוד חדשים ומאותו הטעם יש לשקול את ביטולה של הקריאה הרביעית.
2. ההצעה הנוכחית מכשירה את המהפכה החוקתית כולה והופכת למעשה את חוקי היסוד הקיימים לחוקה לכל דבר וזאת תוך מתן משקל כבד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (שנתמך על ידי 32 חברי כנסת בלבד מול 21 מתנגדים), בו עושה בית המשפט העליון שימוש פרשני נרחב שנוי במחלוקת. מציאות זו תפגע ביכולת לכוון חוקה שלמה, מכיוון שהיא מוסיפה למחנה המתנגדים לחוקה באופן עקרוני גם את אלה שמעדיפים את עליונות בית המשפט העליון על פני הרשויות האחרות תוך פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות.
3. יתרה מזאת, מכיוון שחוקי היסוד הקיימים לא עברו במסגרת ההליך שמוצג בהצעת החוק, אין זה ראוי שיידרש רוב של חברי הכנסת או רוב מיוחס כדי לתקנם. על כן יש לקבוע חלופה א': סעיף שמירת הדינים שיקבע כי חוק יסוד שנחקק לפני ההסדר החדש, ניתן יהיה לשנותו ברוב רגיל ולהתגבר עליו ברוב רגיל.
- חלופה ב': בתקופת המעבר יועברו כלל חוקי היסוד הקיימים לדיון חוזר בוועדת החוקה של הכנסת וזאת על מנת לאפשר לכנסת לתקנם במידה והוחלט כי בית המשפט יצק לתוכם תכנים באמצעות פרשנות המנוגדת לכוונתו של החוק. סיום תקופת המעבר יותנה באישור ועדת החוקה כי הדיונים סביב כל חוקי היסוד מוצו.
4. סיבה נוספת לביטול הקריאה הרביעית היא השימוש שבו עושה הכנסת בחוקי יסוד זמניים דוגמת חוק יסוד: תקציב המדינה שנועד לקביעת תקציב דו שנתי. קריאה רביעית שמתקיימת חצי שנה אחרי הקריאה השלישית, מאריכה את הליך החקיקה באופן משמעותי ולמעשה לא מאפשרת ליישם יוזמות דומות בעתיד. יש לקחת בחשבון כי ההצעה הנוכחית לא תאפשר לכנסת לפעול באופן זה בעתיד.
5. סעיף 11 בהצעה מוגדר חוק ההתגברות כחוק שסותר חוק יסוד. מדובר בהנחת יסוד שגויה בבסיסה: ההתגברות אינה עומדת בהכרח נגד חוק היסוד כי אם נגד פסק הדין המסתמך על פרשנות סובייקטיבית המשקפת את תפיסת העולם של השופטים. באמצעות חוק ההתגברות הציבור נותר נאמן לערך הכללי שנקבע בחוק היסוד, אך הוא חלוק על

בית המשפט וסובר שבמקרה זה אין פגיעה בערך החוקתי או שהיא פגיעה מידתית וראויה. נמצא כי נבחרו הציבור חלוקים על בית המשפט בפרשנותם במקרה הקונקרטי. על כן יש לתקן את הניסוח בהצעה בהתאם. להלן נוסח אפשרי מוצע לרישא של סעיף 11 א':

"קבע בית המשפט העליון, לפי סעיף 15א לחוק-יסוד: השפיטה כי חוק אינו תקף [יימחק: משום שהוא סותר הוראה בחוק-יסוד], יעמוד החוק הנדון [במקום "הסותר" במקור] בתוקפו [יימחק: חרף הסתירה], אם קבעה הכנסת במפורש...".

בהתאם, יוחלף בשאר המקומות הביטוי "החוק הסותר" בביטוי "החוק הנדון".

6. את מודל ההתגברות יש לשמר גם משום שחלק ניכר מחוקי היסוד אינם עוסקים בערכים ואין בסטייה מהם כל פגם מוסרי. אם נחקק חוק הסותר את האמור באחד מן החוקים הללו, למה תזדקק הכנסת להליכים המסובכים המוצעים בחוק שלפנינו כדי לאשרר או לשנות את חוק-היסוד באותה נקודה? על כן, אך טבעי הוא שהפה שאסר הוא הפה שיתיר, ושלקנסת יתאפשר להתגבר עליו בתנאים של היתכנות פוליטית סבירה.

7. על פי ההצעה, אם קבע בית המשפט העליון כי חוק אינו תקף, הוא רשאי לקבוע את מועד התחילה של הוראת הבטלות. ראוי לאפשר לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת פרק זמן מינימלי של 120 יום לפני תחילת הבטלות, כמוצע בסעיף 92 של הצעת החוקה של המכון לאסטרטגיה ציונית: "קבע בית המשפט העליון, כי יש סתירה בין חוק לבין החוקה, יראו את החוק כמבוטל ביום המאה ועשרים לאחר שהתקבלה החלטת בית המשפט, זולת אם בתוך התקופה האמורה אשררה הכנסת ברוב חבריה את החוק בנוסחו המקורי או בנוסח מתוקן".¹

8. הצעת החוק יוצרת אי סימטריה בין קולם של חברי הכנסת לבין קולם של שופטי בית המשפט העליון. בהצעת חוק היסוד מוצע לקבוע, כי רק בית המשפט העליון, בשבתו בהרכב של תשעה שופטים לפחות, יהיה מוסמך לקבוע כי חוק אינו תקף. משמעות ההצעה היא כי מספיקה הסכמתם של חמישה שופטים (שליש מכלל שופטי בית המשפט העליון) לפסילה של חוק. לעומת זאת, על פי הוראת ההתגברות המוצעת בחוק, דרוש רוב מיוחס של 65 חברי הכנסת. על כן יש לקבוע כי

א. הכנסת תוכל להחיל הוראת התגברות ברוב רגיל בדומה למודל ההתגברות הקנדית ובהתאם לכל חוקי היסוד הקודמים שהתקבלו ברוב רגיל,

או

¹ להצעת החוקה המלאה של המכון לאסטרטגיה ציונית:

<http://izs.org.il/userfiles/izs/%D7%94%D7%A6%D7%A2%D7%AA%20%D7%94%D7%97%D7%95%D7%A7%D7%94%20%D7%A9%D7%9C%20%D7%94%D7%9E%D7%9B%D7%95%D7%9F%20%D7%9C%D7%90%D7%A1%D7%98%D7%A8%D7%98%D7%92%D7%99%D7%94%20%D7%A6%D7%99%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%AA.pdf>

ב. הכנסת תוכל להחיל הוראת התגברות באמצעות רוב חברי הכנסת (כפי שקבוע כיום בחוק יסוד: חופש העיסוק) ובלבד שבכל פסק דין של פסילת חוק יינתן על ידי הרכב בו ישתתפו כל שופטי בית המשפט העליון הכשרים לדון בהליך.

או

ג. שלצורך פסילת חוק על ידי בית המשפט, תידרש הסכמתם של רוב השופטים (8 מתוך 15).

9. ראוי להוסיף לכך שלב ביניים, שלאחר חמש שנים ישוב בית המשפט העליון לדון שוב בעניין, ורק אם יפסוק שוב על ביטול החוק לפי הוראות חוק יסוד: החקיקה, תצטרך הכנסת לאשר שוב את החוק.

10. לחילופין, במקום סעיפים 8 ו-9, ההתגברות תהיה קבועה ללא צורך בחידוש. במקרה של הגשת עתירה נוספת יכול בית המשפט העליון לדון שוב בחוק לאחר פרק זמן מינימלי של חמש שנים ממועד ההתגברות.

11. ענייני תקציב, ביטחון ויחסי חוץ אמורים להיקבע על ידי הרשות המבצעת ונציגי הציבור. לשופטי בית המשפט העליון לא תמיד יש את ההכשרה והכלים הנדרשים להחליט בעניינים אלה ולכן גם האחריות בסוגיות אלה אינה מוטלת עליהם. על כן, כדי לסייע בשמירה על עיקרון הפרדת הרשויות, ראוי להוסיף לתיקון בחוק יסוד: השפיטה גם את הסיפא של סעיף 71 בהצעת החוקה של המכון לאסטרטגיה ציונית: "ראה בית המשפט ששאלה הנדונה בפניו קשורה לגופם של מדיניות חוץ, מדיניות ביטחון או עקרונות התקציב, לא יכריע בה".

12. בהצעה אין התייחסות לעניין הרוב שבו צריך להתקבל חוק יסוד: החקיקה עצמו. לכאורה די ברוב רגיל לשם כך. מכיוון שחוק יסוד זה משריין את כלל חוקי היסוד ראוי לקבוע כי חוק זה יידרש לעבור ברוב חברי הכנסת כמוצע בסעיף 3.

13. על פי ההצעה, הצעת חוק יסוד תוגש רק בידי הממשלה או ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. אם רוצים להעניק לכנסת באופן מלא את סמכויות האסיפה המכוננת, מן הראוי לאפשר גם לחברי הכנסת להגיש הצעות לחוקי יסוד באופן פרטי.

נספח 1:

הסדרת תחום החקיקה בישראל באמצעות חוק יסוד החקיקה – קריאה נוספת

על אף שבישראל אין נוהגת חוקה פורמלית, בית-המשפט העליון הנהיג בה חוקה כזאת והציב את עצמו בראשה. הוא עשה זאת על ידי פירושם של חוקי היסוד שנחקקו בשנת 1992 כאילו הם מעניקים לו סמכות לפסול חוקים שחוקקה הכנסת, על ידי העלאתם של חוקי היסוד למדרגה גבוהה מזו של שאר החוקים ועל ידי שינוי שיטת הפרשנות משיטה המפרשת את מילותיו של החוק לשיטת הפרשנות התכליתית, שבה בית-המשפט הוא הקובע את התכלית הזאת גם בהתעלמו מלשון החוק, מדברי ההסבר של הצעת החוק ומפרוטוקול הדיונים בוועדות הכנסת ובמליאה בעת שאלו דנו בחוק. על ידי כל אלה נשללו מבית המחוקקים סמכותו ועליונותו, ולמעשה נשללו הסמכות והעליונות מן העם, שבשלטון דמוקרטי בית המחוקקים הוא המייצג אותו.

כעת מבקשת הממשלה מן הכנסת להכיר במפורש בסמכותו של בית המשפט העליון להכריז על בטלותם של חוקים ולקבוע סמכות זו בחוק יסוד: החקיקה, וכן לשדרג את מעמדם של חוקי היסוד. בכך נוספת משיחת צבע חוקתי לחקיקה הקיימת.

כן מכילה הצעת החוק "פיסקת התגברות", שמקובלת גם בחוקה הקנדית (ובחוק יסוד: חופש העיסוק), שלפיה תהיה הכנסת מוסמכת לאשרר חוק למרות שנפסל בידי בית המשפט לפי סמכותו הנזכרת לעיל. מוצע שב"תקופת המעבר" תוכל הכנסת לאשרר חוק שנפסל ברוב רגיל (של 61 חברי כנסת) ולאחר מכן על הרוב להיות של 65 חברי כנסת (להבחנה זו שבין התקופות לא ניתן הסבר). יצוין שהחוק המוצע איננו קובע במפורש שחוק הסותר חוק-יסוד הוא חסר תוקף; סעיף 10 שבחוק המוצע קובע רק זאת שחוק לא יסתור הוראה בחוק-יסוד. אכן, מכלל החוק עולה כוונה כזאת, אבל עניינית הדבר אינו הכרחי.

עוד מוצע, שחוקי-היסוד יוכלו להיות מוגשים רק על ידי הממשלה או ועדת החוקה, חוק ומשפט, שעליהם להיות נחקקים בהליך מיוחד של ארבע קריאות, ובקריאה הרביעית, שתהיה בישיבה שנקראה לשם כך בלבד, צריך שהחוק יתקבל ברוב של 65 מחברי הכנסת. בסעיף 21 קובעת ההצעה ש"חוק-יסוד שהיה בתוקף ערב תחילתו של חוק זה, יראו אותו כאילו נתקבל לפי הוראות חוק-יסוד זה". כלומר, גם חוקי היסוד שהתקבלו בשנת 1992 על פי הצבעתם של עשרים או שלושים חברי כנסת יועלו למדרגת חוקי-יסוד שנחקקו בהליך חוקתי מיוחד. אגב, לא נאמר בהצעת החוק באיזה רוב ובאיזו דרך צריך חוק זה עצמו להתקבל.

ההצעה מעלה במלוא החרifות את שאלת היחס בין המחוקק לבין הפרשן. שאלת היכולת של גוף כמו הגוף המחוקק להגביל את עצמו איננה פשוטה כל עיקר. אבל אפילו בהינתן תשובה חיובית לשאלה בדבר היכולת הזאת, שאלת היחס בין מחוקק לבין שופט עדיין איננה ברורה, כנראה. לכאורה, מבחינה הגיונית לא יכול היה להיות כל מקום לספק בעניין זה: החוק הוא זה שמקנה לבית-המשפט את סמכותו והוא זה שקובע את היקפה של סמכות זו. כאמור, בישראל מצב הדברים הוא הפוך, כי כבר הורגלנו לנטילת הסמכות בידי בית-המשפט והמחוקק שתק ולא עשה דבר. כעת מתערב בית-המשפט - במהלך שהוא מדהים מבחינה של תרבות חוקתית ושל הפרדת הרשויות והיחס שביניהן - בהליך החקיקה, והוא דורש שייקבע שההתגברות תהיה תקפה רק אם התקבלה ברוב של שבעים חברי כנסת, אחרת, כך אומר בית המשפט, יהיה הדבר בגדר בכייה

לדורות. הואיל ומסיבות פוליטיות, ולא ענייניות דווקא, זהו רוב שכמעט בלתי אפשרי להשיגו, הרי שהושגה השליטה בכנסת שגם ממילא איננה זוכה להערכה רבה מצד בית-המשפט.

בית-המשפט איננו מתייעץ עם הכנסת בבואו לדון בדבר חוקתיותו של חוק. הוא שומע את בעלי הדין, ולעיתים המדינה היא בעלת-דין, אבל בית-המשפט אינו בעל דבר ואין לו דבר; לא חרב ולא ארנק ולא סמכות אלא בדיוק במידה שזו ניתנת בידינו על ידי המחוקק. גם אין לו אינטרס מוגן שלא יבטלו את פסיקותיו.

מבחינה מוסרית ומבחינת ניקיון הדעת, אין מקום לקבוע את מעמדם העליון של שופטי בית המשפט העליון כאילו היו בני האלוהים שאינם יכולים לטעות ואין להרהר אחריהם. כמאמרו של משפטן אמריקני אחד, שופטי בית המשפט העליון אינם בני-טעות רק מפני שאין מעליהם ערכאה אחרת. לכן הם סבורים שאין מקום בישראל לבית-משפט לחוקה. הכול מסכימים שמותר לבקר את פסיקותיהם (ובלבד שתינקט הלשון המכבדת) ולגלות את טעויותיהם. למה אין מקום גם לשנות את פסיקתם? ההצעה קובעת שבית-המשפט העליון יוכל לבטל חוק בהרכב של תשעה שופטים. ואם תתקבל ההחלטה ברוב של חמישה נגד הארבעה, האם אפשר לומר שהרוב צודק וכי האמת איתו? אין לך טענה מופרכת מזו; את פסק הדין של בית המשפט – כל בית משפט – יש לקיים לא מפני שהוא אמת, אלא מפני שכך קובע הדין. ובגלל שהכרעה צריך שתיפול אין לכך דרך טובה יותר מדרך הרוב. אכן, לעיתים בית-המשפט רוצה להעצים את סמכותו והוא פוסק פסיקה אנונימית בשם כל חבריו (פסק-הדין בעניין הגירוש ללבנון, וכן בארה"ב) ולעיתים הוא ממעט במתן פסקי-דין שיש בהם מחלוקת ודעת מיעוט, והוא ממעט מלחזור בו מפסיקותיו שמא תתערער סמכותו. אלו אמצעים טקטיים שאין זה ראוי שיינקטו.

הבריות רשאיות לקיים את דעותיהן בענייני מוסר וערכים ואמונות ודעות, ואין להרשות לבית המשפט לבטל עמדות כאלה אלא לכלל הציבור בלבד ובאמצעות נציגיו. על הסוברים אחרת מוטלת החובה לשמר את דעותיהם ולהוסיף להחזיק בהן. כך דורש כבוד האדם וכך דורשת חירותו. השופטים מתמנים לתפקידם על פי איכותם והכשרתם המשפטית המקצועית. הם אינם נבחרים על כושרם הפילוסופי ועל ידיעותיהם בספרות המוסר; גם לא על ערכיהם וגם לא על התמחותם להכריע בין מומחים. דעתו של כל בעל דעת של ממש יפה לפחות כדעתם של השופטים, המסתמכים, כדרכם, על אסמכתאות שיפוטיות הממחזרות את עצמן.

השופטים גם אינם מומחים באמת בענייני תקציב, בענייני ביטחון וביחסי חוץ ובתחומים רבים אחרים. למה תהיה להם הסמכות להכריע בכך? ולמה יהיה די ברוב רגיל של הרכב השופטים כדי לקבל החלטות מסוג זה? למה לא נדרוש בהכרעות גורליות כאלה רוב מיוחס של כל חבר השופטים של בית המשפט העליון?

ולעניין נוסף: כאמור, החוקה הישראלית בפועל תהיה מורכבת מחוקי-היסוד, אלה שכבר נחקקו ואלה שעוד יהיו. רוב חוקי היסוד אינם עוסקים בערכים. אין בעצם הסטייה מהם פגם מוסרי. אם נחקק חוק הסותר את האמור באחד מחוקי-היסוד שמן הסוג הזה, למה תזדקק הכנסת להליכים המסובכים המוצעים בחוק שלפנינו כדי לאשררם או לשנותם באותה נקודה? הדרך המוצעת, שאיננה יעילה, מטשטשת אפוא את ההבדל שבין חוקי 1992 לבין החוקים האחרים; כך כולם נראים כאילו הם עשויים מאותו חומר, וכאילו אין ההכרעה הערכית שונה מזו המשפטית ובשם

המקצועיות הכוללת, אך המדומה הזאת, אפשר לטעון שהתוצאה המתקבלת היא גם התוצאה "הנכונה".

כאמור, לפי סעיף 21 להצעה, חוקי-היסוד שכבר התקבלו יהיו בני תוקף גם אם לא התקבלו לפי הפרוצדורה הקבועה בחוק לקבלתם של חוקי-יסוד. ההבחנה בין חוקים שעיקרם טכני לבין אלה שעיקרם ערכי צריכה להיות מופעלת גם כאן, וביתר שאת וביתר הקפדה.

בטרם שהיא מפקידה את סמכות הביטול של חוקים בידי בית המשפט צריכה הכנסת לבחון את פועלו של בית המשפט עד עכשיו בכל הקשור לביטול חוקים. עליה לבחון בזהירות ובדייקנות רבה את הגבולות שהציב, את הדרכים שבהן נימק את פסיקותיו ואת הדרכים שנקט בפירושו. אין זה סביר שדווקא מגילת זכויות האדם הישראלית, הכלולה בחוקי 1992, תיחשב כאילו נחקקה כראוי אף שלא כך הם פני הדברים, ושלא על פי מה שההצעה עצמה רואה לנכון לגבי חקיקת חוקי-יסוד! על אחת כמה וכמה נכונים הדברים לאור העובדה שהרבה מן הזכויות הללו הוכרו לא בחקיקה, כי אם על ידי בית-המשפט דווקא. על הכנסת מוטלת החובה לנסח בעצמה את מגילת זכויות האדם, ולא להניח להצעת החוק לקבלם מכללא תחת כנפיו התמימות של סעיף 21 להצעה, הנחבא בסופה. כך גם יזכו חוקי-היסוד לבירור ציבורי רחב ועמוק – כפי שראוי שיהיה בכל מעשה חוקתי - כשהכול יודעים מעתה מה מוטל בכף, ושלא כפי שהיה בחקיקה הלילית והחטופה שהייתה בראשונה ובהיכל המשפט.

כך, למשל, אם עדיין תהיה הכנסת סבורה, כפי שסברה בעבר אך דעתה לא נשמעה, שאין זה נכון שזכות השוויון תהיה חלק מן הזכויות שלפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, למרות פרשנותו של בית המשפט את המונח "כבוד האדם", עליה לומר זאת במפורש, ולא מתוך השתיקה בלבד, ובאופן כזה שיבטיח שפרשן הוגן לא יוכל להתחמק ממנו. וכך צריך שיהיה לגבי כל אמירה ופסיקה של בית המשפט בעניינים כעין אלה.

כאמור, דרישה וחקירה כזאת צריך שתיעשה קודם לחקיקת החוק המוצע. כך ייקבעו מראש ובצורה מושכלת גבולות הסמכות של בית המשפט, אבל כך גם אפשר יהיה לבחון את השאלה החשובה עד מאוד והיא עד כמה יש בכוחה של הכנסת לחוקק חוקים שאינם עולים בקנה אחד עם פסיקה קודמת של בג"ץ גם ללא המגבלות שתטיל פיסקת ההתגברות המוצעת. אין לך דבר הוגן מזה. אם הכנסת לא תעמוד במבחן מצומצם זה יתברר הדבר שפיסקת ההתגברות אין בה כל ממש, לא ברוב רגיל ובוודאי שלא ברוב מיוחס.

בית המשפט הוא גוף קטן, שאם זהו רצונו - ביכולתו להיות זריז במלאכתו. לא כך הכנסת, שהיא גוף כבד ומסובך, ועל אחת כמה וכמה שכך יהיה לאור המגבלות המוטלות על חקיקת חוקי-יסוד ועל חקיקה מתגברת. גם עניין זה יוכל להיבחן בהליך המוצע. היעדרן של כל הבדיקות האלה עלול להיות בכייה לדורות.

הדגשנו כמה פעמים את חשיבותה של הפרשנות. זהו הכוח החשוב ביותר הנתון בידי בית המשפט, שבו הוא עושה שימוש לא רק בדונו בחקיקה חוקתית אלא אף בדונו בחקיקה רגילה, שהיא רוב מניינה ורוב בניינה ורוב עניינה של פסיקתו של בית-המשפט. אין ספק שיש להעניק לבית המשפט סמכות כזאת; פעמים לא מעטות חוק טעון פירוש. אך יש לקבוע את היקפה של הסמכות הזאת ואת דרך הפרשנות הראויה. הגדרת הפרשנות עצמו קובעת, כאמור, גם את יחס הקדימות הראוי

שבין החוק לבין מפרשו. הפרשנות התכליתית, שגם היא נקבעה בהחלטה חד-צדדית של בית- המשפט העליון, ומסיבות של כוח החלו השופטים לחבב אותה מאוד, נוטלת חלק משמעותי מן הסמכות של המחוקק ומעבירה אותו אל בית-המשפט, והיא אף יכולה לרוקן אותה לחלוטין. השופטים מעלים תדיר את הטענה שאין תועלת בחוקי פרשנות מכיוון שגם הם נתונים לפרשנות. אין להישמע לטענה אנרכיסטית ומהלכת-אימים כזאת; סטייה מכללי הפרשנות היא חריגה מסמכות. לא פחות. הפרשן תם-הלב ייצמד לגבולות הסמכות שניתנה לו, אם לא יעשה כן - יש להגיב ביעילות ובמהירות על החריגה מן הסמכות.

אין להמעיט בחשיבות הרבה שיש להצעת החוק הנוכחית: היא כוללת חלקים חשובים מן החוקה: היא קובעת את הכנסת כרשות מכוונת; היא מגדירה את חוקי היסוד ואת מעמדם כפרקים בחוקה ומשריינת את מעמדם; היא קובעת את פרק החקיקה; את מעמדו של בית המשפט העליון במערך החוקתי ביחס לחקיקת הכנסת ואת מגילת זכויות האדם, זו הכתובה וזו שאיננה כתובה, כפרק בחוקה.

הצעת החוק איננה יכולה להיות נידונה כלאחר יד. לדעתנו, לא ראוי שגורלו של נושא כה מרכזי יוכרע בפועל רק על ידי שר המשפטים, יו"ר הכנסת ונשיא בית משפט העליון. האחריות רבה מדי.

יש גבול לחקיקה? / שר המשפטים לשעבר, פרופ' דניאל פרידמן

יש גבול לחקיקה?

האם הכנסת יכולה לקבוע ששום כנסת בעתיד לא תאשר החזרת שטחי ארץ ישראל אלא ברוב של 120 קולות? הרהורים בעקבות התיקון המוצע לחוק יסוד: החקיקה | פרופ' דניאל פרידמן

לחוק חוקי יסוד אלא ברוב של 65 או 70 קולות. זוהי הוראה בעלת משמעות עמוקה, והשאלה היא אם האסיפה המכוננת יכולה לכבול לא רק את עצמה בדרך זו, אלא גם את הרוב בכל כנסת עתידית. שאלת משנה היא מהו הרוב הדרוש לקביעת הגבלה כזו: האם האסיפה המכוננת יכולה להגביל את עצמה ולקבוע ברוב של 61, ואולי אף ברוב צנוע יותר, כי חוק יסוד שנקבע ברוב זה לא ישונה אלא ברוב גדול יותר של 70 או 80, או אולי אפילו 120 ח'כים?

הצעת חוק יסוד: החקיקה הנוכחית קובעת את עליונותם של כל חוקי היסוד על החקיקה הרגילה של הכנסת, וכי בעתיד יחוקקו חוקי יסוד ברוב של 65 קולות אך בתקופת המעבר די יהיה ב-61 קולות. נכד ניתן בהינף קולמוס "שריון" לעשרות רבות של סעיפים בחוקי יסוד, גם אם נחוקקו בעבר ברוב של פחות מ-61 קולות, וגם כשהכנסת נמנעת כעבר במתכוון מלהעניק להם שריון כלשהו. יתר על כן, ברובם המכריע של המקרים שבהם נקבע שריון בחוק יסוד, הסתפקה הכנסת ב"שריון" של 61. כך, למשל, חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, שהתקבל במקורו בתקופת כהונתו של מנחם בגין כראש ממשלה, לא קבע שריון כלל, וניתן היה לשנותו ברוב רגיל. בשנת 2000 הוספו לחוק היסוד הוראות האוסרות לשנות את שטח העיר ירושלים ואוסרות גם להעביר לגורם זה מדינה או שלטון, סמכות המתייחסת לתחום ירושלים. הוראות אלה, והן בלבד, "שריינו" ונקבע כי אין לשנותן אלא ברוב חברי הכנסת (כלומר 61).

כעת נניח שיש בכנסת רוב רגיל הסבור ש"שריון" זה איננו מטסיק, וצריך להביט "שריון" איתנו יותר אולי לא רק לירושלים אלא גם להבין רון ולשטחים ביהודה ובשומרון שבירדנו. על פי התיאוריה – השגויה לרעתי – שלפיה מוסמכת הכנסת (כאסיפה מכוננת) לכבול כיצונה כל כנסת עתידית, היא תוכל לקבוע שלשם ויתור על שטח כלשהו יידרש רוב של 65 או 70 ואולי אפילו רוב של 120 (החלטה פה אחד). מנגד יוכלו חסידיו בית המשפט העליון לדרוש שרוב נוכחי יקבע שאין "להתגבר" על פסק דין של העליון אלא ברוב של 70 או 80 ואולי יותר. בעיני לפחות, שתי האפשרויות אינן מתקבלות על הרעת.



חבל שגרונס נגרר לוויכוח הזה. אין זה ראוי שהשופטים ימתחו ביקורת פומבית על הצעות חוק או שינהלו נגדן מאבק תקשורתי. זהו היסוד להפרדת הרשויות



כדי להעניק סמכויות לבית המשפט העליון די במספר צנוע של חברי כנסת. כדי לצמצם סמכויות שבית המשפט לקח לעצמו, נדרש רוב מיוחד ומיוחד

בטארק בפסקי דין. מעבר לוויכוח מה ראוי מבחינה ציבורית, יש לבחון את השאלה באיזו מידה מוסמכת כניסת נוכחית להגביל את עצמה ולהגביל כנסות חדשות שיוכרו בעתיד. סמכות זו מושתתת על התיאוריה שלפיה לכנסת יש "שני פונעים": היא בית מחוקקים "רגיל", אך היא יכולה גם להחליף את כובעה ולהפוך לאסיפה מכוננת שמחברת ומתקנת חוקה. היפוך התפקודים אינו מחייב טקס מיוחד כל שנדרש הוא שימוש במילת קסם אחת – "יסוד". במקום לרבי על "חוק", ידובר על "חוק יסוד". בדרך זו יכול המחוקק של יומיום להפוך בכל עת ל"אסיפה מכוננת" היצרת חוקה למדינת ישראל.

ומהו סמכויותיה? האם אסיפה מכוננת זו, שהינה נצחית ועוברת מכנסת לכנסת? האם מוטלת עליה מגבלות כלשהן? לכאורה, התשובה לשאלה האחרונה היא שלילית. האסיפה המכוננת, כמה כנסת, אינה מוגבלת על ידי מספר כלשהו, וגם סמכויותיה אינן מוגבלות.

עם זאת עולה שאלה הנובעת מההיגיון שלפיו מי שאיננו מוגבל איננו יכול להגביל את עצמו. נניח שהכנסת או האסיפה המכוננת קובעות הני בלה שלפיה חוק או חוק יסוד לא ישונה אלא בחוק שהתקבל על ידי רוב חברי הכנסת (רוב של 61). אני מסכים עם השופט חשין שהרוב אפשרי, שכן מדובר בכלל הקובע נוהל עבודה, כלל כזה איננו חותר תחת העיקרון הבסיסי שהחלטות מתקבלות ברוב רגיל. הוא קובע רק את הפרוצדורה שעל הרוב לקיים כדי לממש את כוחו.

הבעיה מתעוררת בכל חריפתה כשרוב נוכחי מבקש להגביל רוב עתידי ולשולל ממנו את זכותו לממש את כוחו. צעד כזה מנוגד לכלל הבסיסי שלפיו "הפה שאסר הוא הפה שחזיר". הוא גם חוטא להנחת היסוד שלפיה אין כל הגבלה על האסיפה המכוננת. הגבלה כזו יכולה להיבצע עקרונית, רק על ידי גוף הפה שחזיר". הוא גם המכוננת, אלא שגוף כזה איננו בנמצא. ההנחה היא שהכנסת במעמדה כאסיפה מכוננת ניצבת מעל הכנסת במעמדה כמחוקק רגיל, אך אין מי שעומד מעל האסיפה המכוננת.

הבה נבחן את כוח השריון של הכנסת כאסיפה מכוננת. האם היא יכולה לקבוע, למשל, שאין

בשנת 1992 חוקקה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זמן קצר אחר כך הכריז אהרן ברק על מהפכה חוקתית, ושלוש שנים לאחר מכן, בשנת 1995, קבע בית המשפט העליון שחוק זה הסוּך אותו לבטל חוקים של הכנסת. שאלת הלגיטימיות של המהלך נותרה שנויה במחלוקת. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו התקבל ברוב של 32 חברי כנסת כנגד 21 ונגבע אחר-כך ברוב חברי הכנסת, 66 במספרה לא השתתפו כלל בהצבעה. מן הסתם הם לא העלו על דעתם שמדובר במהפכה חוקתית.

בית המשפט העליון לא התלבט כלל בשאלה כיצד רוב כזה צנוע, של 32 חברי כנסת בלבד, יכול להעניק לו סמכויות כה רחבות, כפי שנטל לעצמו בהסתמך על החוק. אולם כעת, כשמוצע שחוק של הכנסת יוכל ברוב של 65 ח'כים "להתגבר" על פסק דין של ביהמ"ש העליון, ואפשר לחוקק מחדש חוק שהעליון פסל, אנהני שומעים שאין די בכך. צריך לפחות רוב של 70, ואולי יותר מזה. בקיצור, כדי להעניק סמכויות לבית המשפט העליון די במספר צנוע של חברי כנסת. כדי לצמצם סמכויות שבית המשפט לקח לעצמו נדרש רוב מיוחד ומיוחד.

ברוב שמדובר במאבק כוח פוליטי בין תחרי תורים להגדיל את כוחו של העליון על חשבון הממשלה והכנסת, לבין אלה הרואים את הסיי כונים הגדולים במהלך זה (רק לאחרונה ניצלה מדינת ישראל מסכנה קיומית כשבית המשפט העליון דחה, על חזרו של קול, את הרדישה להי כיר בזכות השיבה הפלסטינית באמצעות נישואין ולבטל חקיקה שביקשה לצמצם אפשרות זו). הכל שהגשיא החדש של ביהמ"ש העליון, אשר גרונס, נגרר לוויכוח זה.

בית המשפט העליון איננו משתף את הכנסת בפסקתו בנושאים חוקתיים ואיננו מקיים איתה דיאלוג לפני שהוא מחליט בנושאים הנוגעים לכנסת. כך צריך להיות גם במקרה ההפוך. בית המשפט העליון איננו שותף לחקיקה ואיננו צד לה. השופטים חופשיים לשלוח למשרד המשפטים חוות דעת על תוכידי הצעות חוק, אולם אין זה ראוי שימתחו ביקורת פומבית על הצעות חוק או שינהלו נגדן מאבק תקשורתי. זהו היסוד להפרדת הרשויות, והגם הבסיס לכלל שלפיו שופט מתי

(פורסם במקור בעיתון 'ידיעות אחרונות' בתאריך ט' באייר תשע"ב, 1.05.2012)