

**מסמך הכנה מס' 3 - הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות) – ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק יסוד (סעיף 15 לחוק היסוד המוצע)**

טיוטת הצעת חוק-יסוד: השפיטה בנוסח המוצע על-ידי יו"ר הוועדה כוללת שורה של תיקונים אשר פורטו במסמך ההכנה הכללי מיום 27.1.2023. בדיונים הקודמים דנה הוועדה בתיקון העוסק בשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים.

ההסדר השני מבין ההסדרים הכלולים בטיוטת הצעת חוק-יסוד: השפיטה שבו מוצע לדון כעת, הוא סעיף 15 המוצע שלפיו כל מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון, לא יוכל להידרש לשאלת תוקפם של חוקי יסוד, כך שלפי המוצע לא תהיה כל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.

התיקון מבקש ליצור הבחנה בין הביקורת השיפוטית על חקיקה ובין הביקורת השיפוטית על חקיקת-יסוד. כך, לפי התיקון מוצע להכיר עקרונית בסמכות של בית המשפט לבקר חקיקה ראשית של הכנסת (גם אם, על-פי המוצע, סמכות זו תוגבל בצורה משמעותית). בשונה מכך, מוצע לקבוע איסור מוחלט על החלת ביקורת שיפוטית על חקיקת היסוד.

**להלן התייחסות הייעוץ המשפטי לוועדה לרקע הרלוונטי ולשאלות המוצעות לדיון בסוגיה זו.**

**רקע כללי**

1. חוקה היא מסמך יסודי הקובע את כללי היסוד המשותפים לחברה מסוימת. החוקה כוללת לרוב הסדרים יסודיים בדבר "כללי המשחק" המשטריים, היחסים בין רשויות המדינה, וכן מגילת זכויות אדם – רשימה של זכויות הנהנות מהגנה קשיחה. בחלק מהמדינות החוקה כוללת גם יסוד כללי יותר בדבר זהותה של המדינה או ה"אני מאמין" שלה.
2. בכדי להגן על "כללי המשחק" והזכויות המעוגנים בחוקה, מקובל להעניק לחוקה מעמד נורמטיבי גבוה יותר מחוקים רגילים ו"לשרייין" אותה מפני שינוי, כלומר: לקבוע הליך מורכב לתיקון החוקה, שאינו מאפשר לרוב פוליטי מזדמן לעשות כן אלא מחייב הסכמה רחבה לעשות כן. שיריון זה נועד להבטיח כי אותם ערכים בסיסיים העומדים ביסוד החברה יקבלו הגנה מיוחדת, כך שבמצבי משבר או כשיש לחץ פוליטי נקודתי, יעמדו בפני המחוקק משוכות הליכיות שונות שיקשו עליו לבצע מהלכים חקיקתיים העומדים בניגוד לערכי היסוד של החברה בהסתכלות ארוכת-טווח. זאת, בשונה מתיקוני חקיקה שהם חלק מ"המשחק הפוליטי" הרגיל, שאותם ניתן לערוך ברוב רגיל ומזדמן.
3. בנוסף, כדי להעניק הגנה לאותם עקרונות יסוד, חוקות רבות מסמיכות במפורש ערכאה שיפוטית לבקר את החקיקה של הרשות המחוקקת, ולבחון אם חוק מסוים תואם או סותר את החוקה. בחינה זו מכונה "ביקורת שיפוטית" או "ביקורת חוקתית" ונעשית לרוב בבית משפט עליון או בבית משפט חוקתי. יצוין כי ישנן גישות מצמצמות יותר ביחסן לביקורת שיפוטית חוקתית, ולפיהן הדגש מושם על כך שהזכויות והכללים המהותיים המעוגנים בחוקה "יקבלו את תשומת הלב הראויה", וזאת במסגרת דיאלוג חוקתי בין המחוקק ובין בית המשפט, כשהמילה האחרונה תישאר של המחוקק (ראו למשל, גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" משפטים 349, 351 (תשס"ז)).

4. כמפורט במסמך ההכנה הכללי מיום 27.1.2023, עם השנים חל גידול מתמיד במספר המדינות שיש להן חוקה ומנגנון של ביקורת שיפוטית על חקיקה. נכון לשנת 2011 מדובר ב-83% מהמדינות (לא כולל מדינות כמו ארה"ב וישראל שבהן הביקורת השיפוטית לא עוגנה במפורש בחוקה). אם מתחשבים גם במדינות אלו, אחוז המדינות שיש בהן בפועל ביקורת שיפוטית מגיע ל-87% נכון לשנת 2006.

### ההתפתחות החוקתית בישראל

**לתיאור ההתפתחות בחקיקת היסוד והביקורת השיפוטית בישראל – ראו תיאור במסמך ההכנה הכללי.**

5. לענייננו כאן, די להדגיש בתמצית כי במרוצת השנים הפסיקה הכירה בסמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה של הכנסת לשם בחינת התאמתה להוראות שריון **צורניות ומהותיות** שנקבעו בחוקי היסוד. הכוונה בשריון **צורני** – דרישת רוב מיוחד לשם שינוי (או פגיעה) בהוראות המעוגנות בחוק היסוד. הכוונה בשריון **מהותי** – דרישות מהותיות לגבי תוכנה של חקיקה רגילה המשנה הוראות המעוגנות בחוקי היסוד או פוגעת בהן, דוגמת מידתיות או תכלית ראויה.

6. כבר בפסק הדין בעניין **ברגמן** משנת 1969 (בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969)) קיבל בית המשפט את הטענה כי חוק מימון בחירות שהעניק יתרון למפלגות המיוצגות בכנסת על פני מפלגות חדשות פוגע ב"שוויון הסיכויים" של המפלגות החדשות, ועל כן סותר את סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת שקובע את עקרון השוויון בבחירות. מכיוון שהחוק לא התקבל בהתאם להוראת ה**שריון הצורנית** המעוגנת בחוק היסוד ומחייבת רוב של 61 חברי כנסת, קבע בית המשפט כי הכנסת נדרשת לחזור ולחוקק את חוק המימון ברוב הנדרש, או לתקן את החוק ולהסיר ממנו את חוסר השוויון.

7. בשנת 1995, בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי** (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995)) קבע בית המשפט כי לחוקי היסוד מעמד נורמטיבי עליון על חוקים רגילים, וכי לבית המשפט סמכות לבטל חוקים בשל אי-התאמתם לאמות המידה שנקבעו ב"פסקת ההגבלה" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. כמו כן, נקבע בפסק הדין שתיקון או שינוי של חוק-יסוד ייעשה רק בחוק-יסוד. עוד נקבע בפסק הדין כי **בכוחה של הכנסת לקבוע שהוראות החוקה הן "משוריינות" באופן פורמאלי או מהותי**, וכי הכנסת רשאית לכבול את כוחה המכוון לשנות את חוקי היסוד ובכך ליצור "נוקשות" להוראותיה החוקתיות (שם, בעמ' 409-406).

### **ביקורת שיפוטית על חקיקת היסוד**

8. כידוע, כיום לא קיימת הסדרה כללית לעניין דרך חקיקתו של חוק יסוד במובחן מחוק רגיל ובכלל, וגם לא קיימת התייחסות מפורשת בחקיקת היסוד לשאלת הביקורת השיפוטית על חקיקת היסוד. בשנים האחרונות דן בית המשפט העליון מספר פעמים בשאלת החלת ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, וזאת מכוח שתי דוקטרינות שיפוטיות – "התיקון החוקתי הלא חוקתי" וכן "שימוש לרעה בסמכות המכוננת".

יצוין כי העמדה העקבית שהציגה הכנסת בהליכים שעסקו בדוקטרינות אלה בבית המשפט הייתה כי בהתאם למצב המשפטי הקיים, אין לבית המשפט מקור סמכות להחלת ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד. ואולם, בית המשפט קבע כי קיימת סמכות מוגבלת לעריכת ביקורת כזאת כמפורט להלן.

## דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי

9. דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי" מתמקדת בהפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד על בסיס **תוכנה של החקיקה**. ביסודה עומדת התפיסה כי יש תיקונים חוקתיים הסותרים בצורה כה משמעותית עקרונות יסוד על-חוקתיים או עקרונות מפורשים או משתמעים בחוקה עצמה – שהתיקונים כשלעצמם הם בלתי חוקתיים.

10. בשנים האחרונות, הסוגיה עלתה בשורה של פסקי דין, ובהם, בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275 (2011), פס' 32-34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל**, פס' ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ופס' 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן (6.9.2017); בג"ץ 5744/16 **בן-מאיר נ' הכנסת**, פס' 25 ו-36 לפסק דינה של הנשיאה חיות (27.5.2018).

פסק הדין המשמעותי האחרון בנושא הוא פסק הדין בעניין **חוק הלאום** (בג"ץ 5555/18 **חסון נ' הכנסת** (8.7.2021)). בפסק הדין הצטרפו רוב חברי ההרכב לקביעתה של הנשיאה חיות כי מן הראוי ששאלת אימוצה של הדוקטרינה, כמו שהיא, תוכרע רק עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכדי חוקה מלאה, ולכן, "בעת הזו אין מקום לאמץ אל שיטתנו את דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, כפי שהיא באה לידי ביטוי בשיטות משפט שלהן חוקה שלמה" (שם, פס' 31 לפסק דינה של הנשיאה חיות), אך לצד זאת, הכירה בקיומן של "מגבלות – צרות ביותר – המוטלות על סמכותה המכוננת של הכנסת" ולפיהן "היא אינה מוסמכת לשלול את מאפייני הזהות הגרעיניים המיינמאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית" (שם).

בנוסף, הנשיאה חיות התייחסה לכך שגם בהינתן המגבלה המצומצמת על סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת לכלול תכנים מסוימים בחוקי היסוד, שאלה נפרדת היא האם בית המשפט הוא הגורם המתאים לאכוף מגבלה זו ולהתערב בתוכנו של חוק-יסוד. היא נמנעה מלקבוע הלכה בשאלה זו והותירה אותה פתוחה ("בצריך עיון") (שם, בפס' 31-35).

## דוקטרינת "השימוש לרעה" בסמכות המכוננת

11. דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" שהתפתחה אף היא בפסיקת בית המשפט אינה מתמקדת בתוכנו של חוק היסוד, אלא **בשאלה הצורנית** – באיזו מידה הנורמה שעוגנה כחוק יסוד היא חוקתית במאפייניה הצורניים.

12. ניצניה של הדוקטרינה מצויים בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי** שם הועלה ספק באשר לסמכותה של הכנסת לעגן בחוקי היסוד הוראות אשר "אינן מתאימות" להיכלל בחקיקת יסוד, ואולם שאלת "השימוש לרעה" בכותרת חוק יסוד הושארה באותו עניין ב"צריך עיון" (שם, בעמ' 406).

13. בשלב מאוחר יותר, נדונה הדוקטרינה על רקע חקיקת יסוד שביקשה לעגן בהוראת שעה תקציב דו-שנתי. בעניין **בר-און** בית המשפט לא מצא מקום להתערב בתיקון חוק היסוד, אך צוין כי חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי "שימוש לרעה" במצבים מסוימים שפורטו שם (שם, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). בהמשך לכך, בפסק הדין בעניין **המרכז האקדמי** קבע בית המשפט שתיקון לחוק יסוד בהוראת שעה, במסגרתו נקבע בפעם החמישית תקציב דו-שנתי שלא בדרך של תיקון קבוע, הוביל לשחיקה של ההסדר הקבוע בעניין אישור התקציב המעוגן בחוק-יסוד: משק המדינה ולכן מהווה "שימוש

לרעה בכותרת חוק יסוד". ואולם, בית המשפט לא נתן סעד אופרטיבי של בטלות נוכח התקדימיות שבהתערבות בחקיקת יסוד והעובדה שהתקציב כבר עמד בתוקפו במשך זמן רב, ולכן ניתנה "התראת בטלות" – התראה לכנסת כי אם תחוקק שוב תקציב דו-שנתי בהוראת שעה צפוי הוא לביטול על פי ההתראה (פס' כו-לה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין).

14. לאחרונה, במסגרת בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (23.5.2021), קבע בית המשפט אמות מידה לבחינת השאלה מתי חקיקת יסוד מהווה "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת. הנשיאה חיות התוותה **מבחן דו-שלבי** שהמוקד שלו הוא בשאלת **זיהוי וסיווג הנורמה כנורמה חוקתית ולא בבחינת תוכנה**. השלב הראשון הוא "**שלב הזיהוי**", במסגרתו על בית המשפט לבחון האם חקיקת היסוד היא בעלת המאפיינים הצורניים של נורמות חוקתיות: **מבחן היציבות** – האם חוק היסוד או התיקון לו נושא אופי זמני או שמא מדובר בהסדר קבע; **מבחן הכלליות** – האם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית כללית או נורמה בעלת מאפיינים פרסונליים; **ומבחן ההתאמה למארג החוקתי** שבו משתלבת הנורמה – כלומר האם הנושא הוא מאותם נושאים שמתאים להסדירים בחוק יסוד. כן צוין כי מבחני עזר אלו אינם בגדר של "רשימה סגורה". בית המשפט קבע כי גם אם חקיקת היסוד אינה עומדת בשלב הראשון (שלב הזיהוי), יש לבחון אם היא עומדת בשלב השני – "**שלב הצידוק**", במסגרתו בוחן בית המשפט האם יש הצדקה, בכל זאת, לעיגון הנורמה בחוק-יסוד דווקא, חרף העובדה שאינה עומדת במבחן הזיהוי של נורמה חוקתית.

15. בסופו של דבר באותו מקרה נקבע שהתיקון לחוק-יסוד: הכנסת שנקבע במסגרת הוראת שעה והגדיל את תקרת התקציב ההמשכי לשנת 2020 מגלם מקרה חריג של שימוש לרעה בסמכות המכוננת שלא עומד במבחנים שתוארו. על כן החליט בית המשפט, בדעת רוב, להוציא "התראת בטלות" לפיה לא ניתן להוסיף ולתקן את חוק-יסוד: משק המדינה לשם הגדלת תקרת התקציב ההמשכי ללא צידוק מספק.

16. יצוין כי בפסק הדין בעניין **שפיר** הוצג מבחן פסיקתי שונה במעט על-ידי השופטת ברק-ארז שכלל את שלב הזיהוי בלבד (בשינויים מסוימים). לצד זאת, שופטי המיעוט (השופט סולברג, אהרון ומינץ) סברו כי יש לדחות את העתירות שהפכו לתאורטיות, וכי אין הצדקה להחלת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת והביעו עמדתם כי התערבות בחקיקת יסוד עשויה להסיג את גבולה של הרשות המכוננת, ללא הסמכה מפורשת, תוך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ובאמון במערכת המשפט.

17. חודשיים לאחר מכן, ניתן פסק הדין בבג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (12.7.2021), שעסק בהסדר ממשלת החילופים. בית המשפט (בדעת רוב) דחה את העתירות כנגד אותו הסדר, תוך שהבהיר כי הדוקטרינה של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת" צריכה להיות מוחלת בצמצום ובמקרים חריגים. עם זאת, הנשיאה חיות התייחסה לכך שהדוקטרינה יכולה לחול גם במצבים שבהם הכנסת מחוקקת נורמה שאינה הוראת שעה והיא לכאורה כללית ויציבה, אם הכנסת שמחוקקת אותה נמצאת ב"ניגוד עניינים מוסדי". הדוגמאות שניתנו לכך היו מקרים שבהם הכנסת מיטיבה עם עצמה כמוסד או שיש בתיקון שינוי בדיעבד של כללי המסגרת שבהתאם להם הצביעו הבוחרים, למשל, כנסת המאריכה את תקופת כהונתה או המשנה באופן מידי את מספר חברי הכנסת המכהנים בה (פס' 15-16 לפסק דינה).

18. בחינה השוואתית מעלה כי יש גישות שונות בעולם לסוגיית ההחלה של ביקורת שיפוטית על תיקונים חוקתיים (ראו, סקירה של עו"ד גלעד נוה בעניין "סמכויות בתי המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על נורמות חוקתיות", הלשכה המשפטית – תחום חקיקה ומחקר משפטי, מיום 19.11.2020; Kemal ; (Gözler, **Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study** (2008) :

- מדינות שבהן **נדחתה במפורש** הסמכות של בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על החוקה – **בארה"ב**, שם בתי המשפט קבעו כי תיקונים חוקתיים שנעשו בהתאם לסמכויות הקבועות בחוקה יהיו בתוקף, גם אם נטען שהם מנוגדים ל"רוח החוקה" (נוה, בעמ' 8-9). כך גם **בצרפת**, שם המועצה החוקתית קבעה כי אין בסמכותה לבחון תיקונים חוקתיים שנחקקו על-ידי הפרלמנט (שם, בעמ' 3). בדומה, **באירלנד**, בית המשפט העליון קבע כי אין בסמכותו לבחון חוקתיות של תיקונים לחוקה משסוגיה זו אינה ראויה לביקורת שיפוטית (שם, בעמ' 3-4). כך גם נקבע **בסלובניה** (שם, בעמ' 4).
- מדינות שבהן הסמכות של בית המשפט להתערב בתיקונים חוקתיים **נקבעה במפורש בחוקה** – רומניה, צ'ילה ותורכיה (Gozler, בעמ' 3-7). עוד ראויה לציון בהקשר זה **אוסטריה**, שם עוגנה בחוקה הסמכות של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית הליכית בלבד על התיקון לחוקה, ואולם בשל הוראות החוקה הקובעות הליך שונה לתיקון חוקה "מלא" (המחייב משאל עם) ותיקון חלקי (הנעשה בפרלמנט), בתי המשפט נדרשים בפועל לבחינה מהותית של התיקון כדי לעמוד על ההליך המתאים (אהרן ברק, "תיקון של חוקה שאינו חוקתי", **ספר גבריאל בך** 361, 368 (2011)).
- מדינות שאומצה בהן **דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי** והוכרה האפשרות של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה, למרות שסמכות זו לא עוגנה במפורש בחוקה, וזאת על בסיס דוקטרינות שונות –
  - על בסיס קיומן של **פסקאות נצחיות** מפורשות – הוראות הנכללות בחוקה ומטילות מגבלות מפורשות על הסמכות לשנות מרכיבים מסוימים בחוקה: **בגרמניה**, נקבעו בחוקה פסקאות נצחיות הנוגעות לסדר החוקתי ולעקרונות הדמוקרטיים הבסיסיים (ובהם היות המדינה מדינה פדרלית דמוקרטית שבמרכזה כבוד האדם). בית המשפט החוקתי בגרמניה קבע כי אף שאין לכך עיגון מפורש בחוקה, בסמכותו לבחון תיקון של החוקה אל מול פסקאות נצחיות אלה (נוה, בעמ' 5). גישה דומה אומצה **בצ'כיה** (אף כי שם השימוש בפועל בסמכות זו מצומצם ביותר) (שם).
  - על בסיס דוקטרינת **המבנה הבסיסי** – מדינות שבחוקתן אין פסקאות נצחיות, אך בית המשפט קבע בדרך של פרשנות החוקה בכללותה, כי בבסיס החוקה עומדות נורמות על-חוקתיות, אשר לא ניתן לשנות אותן בתיקון חוקתי – עקרונות שמהווים מעין "מבנה בסיסי של החוקה". מדובר לרוב באופייה הדמוקרטי של המדינה, עקרונות היסוד שלה וזכויות אדם מרכזיות שעוגנו בחוקה. גישה זו התקבלה בין היתר **בהודו, סלובקיה, בנגלדש ומלזיה** (שם, בעמ' 6-8).

#### טיוטת הצעת החוק

19. טיוטת הצעת החוק המונחת בפני הוועדה מבקשת לקבוע לעניין הביקורת השיפוטית על חקיקת יסוד כך:

15א. **ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק-יסוד**

מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון, לא יידרש, במישרין או בעקיפין, לשאלה בדבר תוקפו של חוק-יסוד ולא יהיה תוקף להחלטה שהתקבלה בעניין כאמור."

20. משמעותה של ההוראה המוצעת היא קביעה של חוסר שפיטות ביחס לכל סוגיה הקשורה בשאלת תוקפו של חוק יסוד, בין אם מדובר בסוגיה מהותית או צורנית הקשורה בתוכנו של חוק היסוד, ובין אם מדובר בסוגיה הנוגעת להליך חקיקתו.

## סוגיות לדיון

### 1. האם יש הצדקה לשלול ביקורת שיפוטית על חקיקת-יסוד במצב החוקתי הקיים?

21. קיימים קשיים שונים בהחלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד במשפט הישראלי:

א. **ראשית, בשל היעדרה של חוקה שלמה בישראל** – כאמור לעיל, במשפט המשווה, החלת ביקורת שיפוטית על "תיקונים לחוקה" נעשית מכוח הוראה מפורשת בחוקה, מכוח פסקאות נצחיות המעוגנות בחוקה, או על בסיס בחינת התיקון החוקתי אל מול החוקה השלמה, מתוך הנחה שהרשות המכוננת שיצרה את החוקה היא במעמד גבוה יותר (בעלת סמכות מכוננת מקורית) מהרשות המכוננת אותה (בעלת סמכות מכוננת נגזרת). ואולם, במציאות החוקתית הישראלית, מאחר שלא הושלמה מלאכת כינון החוקה, יש קושי מושגי לבחון את "התיקון" אל מול "השלם".

ב. **שנית, בשל היעדרה של נורמה מוסכמת מכוחה ניתן להחיל ביקורת על חקיקת יסוד** – כאשר בית המשפט מבטל חקיקה ראשית הוא עושה זאת כדי ליישם את דבריה של הרשות המכוננת, והכרעתו מבוססת על הטקסט של חוקי היסוד. לעומת זאת, במסגרת ביקורת על חוקי יסוד נבחן היחס בין חוקי היסוד לעקרונות על-חוקתיים אשר אינם מעוגנים בנורמה חקוקה ואשר הרשות המכוננת לא הציבה במפורש במעמד על, ומשכך מתעוררת שאלה בדבר הכלים המשפטיים שמאפשרים בחינה זו.

ג. **שלישית, ניתן לגרוס כי גם אם יש מגבלות מהותיות על סמכותה של הכנסת לחוקק חוקי יסוד**, הרי שאין זה מקומו של בית המשפט לאכוף אותן. כאמור לעיל, אף בית המשפט העליון בהכרעתו בעניין **חוק הלאום** הבחין בין שאלת קיומן של מגבלות על הסמכות המכוננת ושאלת הביקורת השיפוטית על העמידה במגבלות אלה (וראו גם הבחנה דומה בחוות דעת של ועדת ונציה (גוף מיעץ של מועצת אירופה בנושאים חוקתיים) משנת 2010 בעניין תיקונים חוקתיים<sup>1</sup>).

22. מאידך, קיימים נימוקים היכולים להצדיק החלת ביקורת שיפוטית, גם אם מוגבלת, על חקיקת יסוד בישראל דווקא בשלב החוקתי שבו אנו מצויים כעת –

א. **ראשית, ברמה העקרונית**, יש הגורסים כי גם בהיעדר חוקה שלמה או פסקאות נצחיות בחוקי היסוד, ניתן למצוא מקור סמכות טקסטואלי להחלת ביקורת שיפוטית על חקיקת היסוד במקרי קיצון מובהקים על בסיס עקרונות היסוד הגרעיניים לקיומה של המדינה, המעוגנים בהכרזת העצמאות שמכוחה הוקמה המדינה, ושהיא המקור לעצם קיומה של הסמכות המכוננת – מצבים שבהם חוק היסוד שולל את עיקריה של שיטת הממשל הדמוקרטי או את עיקרי זיקתה של המדינה לעם היהודי (ראו, אריאל בנדור, "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" ספר ברנזון ב 119, 142-144 (אהרון ברק וחיים ברנזון עורכים) (תש"ס); וכן עניין **חוק הלאום**, פס' 26 לפסק דינה של הנשיאה חיות)).

ב. **שנית, ברמה המעשית**, בהיעדר חוק-יסוד: חקיקה, חוקי יסוד חדשים ותיקונים לחוקי היסוד מתקבלים בהליך חקיקה שאינו שונה מזה שבו נחקקים חוקים רגילים, וזאת למעט חלק קטן מחוקי

<sup>1</sup> [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e)

היסוד שבהן יש הוראות שיריון המחייבות כי התיקון ייעשה ברוב של 61 חברי כנסת (והוראות ספורות שבהן נקבע רוב גבוה עוד יותר). בהיעדר הליך חקיקה מיוחד, אין כל דרך להבטיח כי חוקי היסוד יכללו רק הוראות המבטאות הסכמה רחבה, או ייעשו מתוך מבט רחב וארוך-טווח. אף אין כל מניעה הליכית המגבילה את האפשרות של רוב רגעי לכלול בחוקי היסוד תכנים הפוגעים ב"כללי המשחק" המשטריים, תכנים הפוגעים בצורה לא מידתית בזכויות האדם או תכנים אחרים שאינם מתאימים מבחינת תוכנם להיכלל בחוקי היסוד. חוסר ההסדרה של מעמדם של חוקי היסוד, תוכנם והליך חקיקתם, מחזק לפיכך את הצורך בביקורת שיפוטית שתאפשר להגביל את יכולתו של רוב מקרי לשנות מקצה לקצה את הסדר החוקתי הקיים (עניין **חוק הלאום**, פסי' 34 לפסק הדין של הנשיאה חיות).

23. **מוצע כי הוועדה תיתן דעתה לאמור לעיל בבואה לדון בהצדקות לשלילת הביקורת השיפוטית על חקיקת היסוד, ובפרט לעיגונם של הסדרים משלימים להוראה המוצעת – כמפורט להלן.**

## **2. דיון בהסדרת מעמדם והליך חקיקתם של חוקי היסוד לצד שלילת הביקורת השיפוטית עליהם**

24. בהצעות חוק-יסוד: החקיקה שהובאו בעבר לכנסת, נתפסה הגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקת יסוד וקביעת מעמדם הגבוה יותר של חוקי היסוד כ"עסקת חבילה" – שני צדדים של אותו מטבע. מצד אחד, קביעת "גבולות הגזרה" ביחסים שבין הרשות השופטת לרשות המכוננת-מחוקקת והגבלת הביקורת על חקיקת היסוד. מצד שני, עיגון מעמדם הרם של חוקי היסוד, תוך קביעת המסגרת התוכנית שלהם ועיגון הליך מיוחד לחקיקתם, ובחלק מהתזכירים אף פרק זמן מינימאלי לחקיקתם, וזאת כדי להבטיח שחקיקתם תתבסס על מבט ארוך-טווח ולא על שיקולים פוליטיים נקודתיים היכולים לאפייין חקיקה רגילה.

25. ביסוד "עסקת חבילה" זו עומד הצורך בהכרעה עקרונית והסדרה כוללת של מעמדם של חוקי היסוד: ככל שיש לחוקי היסוד מעמד נורמטיבי עליון המובחן מזה של חוקים רגילים, יש בכך כדי להצדיק הגבלת הביקורת השיפוטית עליהם. ואולם, ממעמד נורמטיבי עליון זה נובעות גם מגבלות על הליך חקיקתם של חוקי היסוד, התוויית המסגרת התוכנית שלהם וקביעת עליונותם ביחס לחוקים רגילים. מנגד, ככל שהתפיסה היא כי אין מעמד נורמטיבי עליון לחקיקת יסוד, מהי ההצדקה להבחין בין חקיקת היסוד ובין חקיקה רגילה לעניין החלת ביקורת שיפוטית?

26. **בהתאם לכך, ככל שהוועדה מבקשת לעגן בחוק-יסוד: השפיטה שלילת הביקורת השיפוטית על חקיקת יסוד, מוצע כצעד משלים להסדיר באופן מפורש את הנושאים הבאים:**

### **א. קביעת הליך מיוחד לחקיקת חוקי היסוד**

27. כאמור, טיוטת הצעת חוק היסוד כוללת הוראה המעניקה "חסינות" מביקורת שיפוטית לחקיקת יסוד מבלי לקבוע כל הליך מיוחד לחקיקת חוקי יסוד הנבדל מהליך החקיקה של חקיקה רגילה. לפי הנוסח המוצע, די בכך שהכנסת הכתירה נורמה חקיקתית מסוימת בכותרת "חוק יסוד", אף אם אישרה אותה בהליך חקיקה רגיל וברוב רגיל, כדי לחסנה כליל מביקורת שיפוטית. ואולם, מן הטעמים שפורטו לעיל, ככל שהכנסת תבקש לקבוע את ההוראה המגבילה ביקורת שיפוטית על חקיקת היסוד, **מוצע כי תקבע הליך חקיקה מיוחד לחקיקתם של חוקי היסוד**, שייתן ביטוי למעמדם המיוחד ולהגנה שמוצע לתת להם מפני ביקורת שיפוטית.

28. **הצעות עבר לחוקה ולחוק-יסוד: החקיקה** – בהקשר זה מוצע לתת את הדעת לכך שבתזכירי הצעות חוק-יסוד: החקיקה שהוצעו לאורך השנים, לצד הטלת מגבלות על החלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד, נקבעו הליכים מיוחדים לחקיקתם. בכלל זה:

- בהמלצות ועדת נאמן משנת 2004 הוצע לקבוע כי חוק יסוד (או תיקון לחוק יסוד) יתקבל **בארבע** קריאות, כי בקריאה השלישית יידרש רוב של 61 חברי הכנסת, ואילו בקריאה הרביעית יידרש רוב מיוחד (**70 חברי כנסת** לפחות) והיא תיערך בישיבה מליאה שתיוחד לכך ושתתקיים **שישה חודשים** לפחות לאחר הקריאה השלישית.
- מודל דומה הוצע בתזכיר חוק-יסוד: החקיקה משנת 2012, רק ששם הוצע שבקריאה השלישית יידרש רוב של 61 חברי כנסת, ובקריאה הרביעית רוב של **65 חברי כנסת** לפחות (עם זאת הוצע כי תיקבע תקופת מעבר לא מוגבלת בזמן שבה ניתן יהיה לחוקק חוקי יסוד ברוב של 61, ובאותו רוב לקבוע שהכנסת לא תמתין שישה חודשים עד למועד הקריאה הרביעית).
- בתזכיר המועדכן ביותר של חוק-יסוד: החקיקה משנת 2017, הוצע שחוק יסוד יחוקק בשלוש קריאות, אך יידרש רוב של **61 חברי כנסת** בכולן, והקריאה השלישית תהיה בישיבת כנסת שנועדה לשם כך בלבד.

29. **מבט השוואתי** – אף סקירה של המצב הקיים במדינות שונות בעולם, מעלה כי ברוב המדינות **נקבע הליך מיוחד ונוקשה לשם עריכת תיקונים לחוקה**. הליך זה נועד להבטיח שקילה ודיון משמעותיים בכל תיקון וכן להבטיח כי התיקון נהנה מהסכמה רחבה. בין היתר, הליכים כאלה כוללים דרישה לרוב מיוחד, לאישור במשאל עם או לאשרור התיקון רק לאחר בחירות חדשות (כך שיתקבל בפרלמנט שונה מזה שבו הוצע) (ראו לעניין זה, יובל וורגן ודפנה בן-פורת "סקירה משווה בנושא: דרכים לתיקון חוקה" מסמך של מרכז המחקר והמידע שהוגשה לוועדת החוקה ביום 13.9.2005).

30. כך למשל, **בארה"ב** תיקון חוקתי מחייב רוב של 2/3 בשני בתי הקונגרס ואז אישור ב-3/4 מ-50 המדינות על-ידי הגופים הנבחרים באותה המדינה; **באוסטרליה** נדרש לאשר תיקון חוקתי בשני בתי הפרלמנט, ואז להיות מאושרר במשאל עם שבו רוב הבוחרים וכן רוב המדינות הביעו תמיכה בתיקון; **באירלנד**, תיקון לחוקה צריך להתקבל בשני בתי הפרלמנט ולהיות מובא להצבעה במשאל עם; **בבלגיה** לאחר הכרזת הפרלמנט על תיקון מוצע לחוקה, יתפזרו שני בתי הפרלמנט וייערכו בחירות. בפרלמנט החדש יידרש רוב של 2/3 מהקולות בשני בתי הפרלמנט (בנוכחות של 2/3 מהחברים); **בגרמניה** נדרש רוב של 2/3 מחברי הבית התחתון ו-2/3 מקולות הבית העליון; **בצרפת** הליך תיקון החוקה מחייב אישור של שני בתי הפרלמנט ברוב רגיל ומשאל עם, או אישור ברוב מיוחס של 3/5 במושב מיוחד של שני בתי הפרלמנט (סעיף 89 לחוקה הצרפתית); **בקנדה** נדרש רוב רגיל בשני בתי הפרלמנט וכן אישור ב-2/3 מהאספות המחוקקות המחוזיות, שיש בהן לפחות 50% מאוכלוסיית קנדה.

31. **סיכומו של דבר, ככל שהוועדה תבחר לעגן את ההוראה המוצעת השוללת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד, מוצע כי תעגן לצדה גם הליך מיוחד לחקיקתם של חוקי היסוד שייתן ביטוי למעמדם הנורמטיבי ולחסינות המוענקת להם מפני ביקורת שיפוטית.**

### **ב. הוספת הוראה בדבר הנושאים שבהם עוסקים חוקי היסוד**

32. כאמור לעיל, טיוטת הצעת חוק היסוד אינה כוללת כל הגבלה תוכנית ביחס לחוקי היסוד. ואולם, בהינתן ההליך הקל יחסית לתיקון חקיקת יסוד בישראל שתואר לעיל, מתעורר החשש שהוזכר לעיל כי הכנסת



תעשה "שימוש לרעה" בכותרת "חוק יסוד", ובכך תעניק חסינות מפני ביקורת שיפוטית לנורמות שאינן מתאימות להיכלל בחוקה באמצעות הגדרתן כ"חוק יסוד".

33. אחת מהדרכים למנוע "שימוש לרעה" מסוג זה הוא באמצעות אפיון מהותם של חוקי היסוד כפרקים בחוקתה של המדינה. כך בשורת התזכירים של חוק-יסוד: החקיקה שהוצגו לאורך השנים הוצע לקבוע במפורש בחוק היסוד כי "חוקי היסוד נחקקים בידי הכנסת מכוח סמכותה לכוון חוקה שתכלול הוראות בדבר סדרי המשטר, מוסדות המדינה, עקרונות היסוד של המדינה וזכויות האדם" (זה הנוסח של התזכירים משנת 2012 ו-2017 ונוסח כמעט זהה נכלל בהמלצות ועדת נאמן משנת 2004).

34. נוסח מוצע זה מותיר בידי הכנסת ב"כובעה" כרשות מכוונת, חופש פעולה נרחב בקביעת תכניהם של חוקי היסוד, ואולם מגביל את היכולת לכלול בחוקי היסוד נושאים "נקודתיים" שאינם מתאימים להיכלל בחוקתה של המדינה, וכן מגביל את היכולת לעשות "שימוש לרעה" בכותרת חוק יסוד לשם מתן חסינות מפני ביקורת שיפוטית לנורמות מסוימות שאינן מתאימות להיכלל בחוקת המדינה.

35. נוכח האמור, ככל שהוועדה תבחר לעגן את ההוראה המוצעת המגבילה ביקורת השיפוטית על חקיקת יסוד, מוצע כי תעגן לצדה גם הוראה העוסקת בתכניהם של חוקי היסוד בהלימה למעמדם כמתואר לעיל.

### ג. הוספת הוראה בדבר היחס בין חוקי יסוד לחוקים רגילים

36. בתזכירים של חוק-יסוד: החקיקה שהופצו בעבר, הוצע להסדיר במפורש את מעמדם של חוקי היסוד ביחס לחקיקה רגילה. כך, בתזכירים הממשלתיים משנת 2012 ומשנת 2017 הוצע לקבוע סעיף שעניינו עליונות חוקי היסוד, שיקבע כי "חוק לא יסתור הוראה בחוק יסוד".

37. בנוסח המוצע אין אמירה מפורשת באשר לעליונות של חוקי היסוד בכללותם, מלבד ההתייחסות העקיפה לכך בסעיף 15 במוצע, ולפיה בית המשפט העליון לא יוכל "ליתן פסק דין או החלטה אחרת המשנה חוק, מבטלת חוק, או מגבילה את תוקפו" אלא אם כל שופטי ההרכב הסכימו כי "החוק סותר בבירור הוראה ששוריינה בחוק-יסוד".

38. נוכח האמור, מוצע כי תתווסף לנוסח הוראה פוזיטיבית הדומה במהותה להוראות שהוזכרו לעיל המבססות באופן כללי את מעמדם הנורמטיבי העליון של חוקי היסוד, ושאינה מגבילה עליונות זו רק ביחס להוראה בחוק רגיל ש"סותרת בבירור" הוראה "ששוריינה" בחוק-יסוד.

### 3. הותרת אפשרות לביקורת שיפוטית על הליך חקיקתם של חוקי היסוד

39. כמתואר לעיל, הדיון העיקרי בפסיקה בדבר ההצדקות להחלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד התמקד בביקורת הנוגעת לתוכנה של חקיקת היסוד (דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי") או היבטים צורניים הקשורים בה (דוקטרינת "השימוש לרעה בכותרת חוק יסוד"). ואולם, לפי הנוסח המוצע בטיטוט הצעת חוק היסוד, ההגבלה הגורפת על החלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד, תמנע גם כל ביקורת שיפוטית על הליך חקיקתו של תיקון חוקתי. כך, לפי הנוסח המוצע, אף אם תיקון של חוק יסוד התקבל בשתי קריאות בכנסת במקום בשלוש קריאות, לא ניתן להחיל עליו כל ביקורת שיפוטית.

40. גם בהקשר זה, תזכירי עבר של חוק-יסוד: החקיקה ביטאו גישה שונה והבחינו בין ביקורת על תוכנם של חוקי היסוד ובין ביקורת על הליך חקיקתם. כך, בוועדת נאמן משנת 2004 הוצע לאפשר ביקורת שיפוטית

על תוקפו של חוק יסוד "בשל פגם בהליך קבלתו"; בתזכיר חוק-יסוד: החקיקה משנת 2012 נקבע בדומה כי ניתן להחיל ביקורת שיפוטית על חוק יסוד "בשל פגם שנפל בהליך חקיקתו". בתזכיר חוק-יסוד: החקיקה משנת 2017 נקבעה ביקורת שיפוטית הליכית מצומצמת יותר ולפיה לא ניתן יהיה להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד "זולת אם הליך חקיקתו סטה מההוראות הקבועות בחוק יסוד".

41. **נוכח האמור, ככל שהוועדה תבחר לעגן את ההוראה המוצעת השוללת ביקורת השיפוטית על תוכנה של חקיקת היסוד, מוצע כי תותיר סמכות לערוך ביקורת שיפוטית במקרים שבהם נפל פגם בהליך חקיקתו.** נוסף ונרחיב בהקשר זה בעת הדיון בביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת.