

## 15.2.23

### התכנית להחלשת הביקורת השיפוטית: הערכה ביקורתית

ברק מדינה, האוניברסיטה העברית בירושלים

מטרת התכנית שמקדמת הקואליציה היא להחליש את היקף הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת והחלטות הממשלה. נראה שאין על-כך מחלוקת: יוזמי התכנית מצהירים בגלוי כי זו מטרת התכנית, שכן, לשיטתם, היקף הביקורת השיפוטית כיום הוא נרחב מזה הראוי. גם ההסדרים המוצעים משקפים מגמה זו, באמצעות שילוב של שישה הסדרים עיקריים: (1) שלילה-למעשה של האפשרות להכריז על בטלות חקיקה, באמצעות הקביעה שחוק יוכרז בטל רק אם תמכו בכך כל 15 השופטים בבית-המשפט העליון (או, לפי גרסה אחרת, לפחות 12 שופטים); (2) חקיקת "פסקת התגברות", שתאפשר לרוב של 61 חברי-כנסת לבטל החלטה של בית-המשפט העליון על בטלות חוק; (3) שלילה מוחלטת של הסמכות לקבוע שחוק-יסוד אינו תקף, בלי לקבוע כל סייגים באשר לרוב הדרוש לחקיקת חוק-יסוד או באשר לתוכנו של חוק-היסוד; (4) הענקת כוח לממשלה לבחור בעצמה את השופטים, באופן שיאפשר לבחור שופטים שיימנעו מהחלת ביקורת שיפוטית (בידי הרוב בכנסת הסמכות להגדיל את מספר השופטים בבית-המשפט העליון, כך שההשתלטות על בית המשפט העליון תוכל להיעשות מידית, בלא צורך להמתין לפרישת שופטים מכהנים); (5) ביטול החובה של הממשלה לפעול ב"סבירות"; ו- (6) פוליטיזציה של אופן המינוי של היועצים המשפטיים וביטול המעמד המחייב של חוות-הדעת שלהם.

כל-אחד מן הצעדים הללו, כשהוא לעצמו, אפילו בלי שיחוקקו כולם יחד, צפוי להביא להחלשה ניכרת של הביקורת השיפוטית על הכנסת ועל הממשלה ולהביא לצמצום המגבלות שמוטלות על הרשויות הפוליטיות. אני סבור שאין מקום להסכים לפשרות ברוח זו שהציע הנשיא הרצוג. אין מקום לפשרה כמו זו גם מהותית, משום שהיא תחליש את הדמוקרטיה הישראלית, וגם אסטרטגית, משום שצפוי שהתיקונים המוצעים במסגרת התכנית ייפסלו על-ידי בג"ץ ולכן אין לחשוש מכך שיחוקקו.

בשורות הבאות אני מבקש לטעון ארבעה טיעונים עיקריים באשר להצעות הללו, שכולם מוליכים לאותה מסקנה – יש להתנגד לתיקונים הללו: א) ה"רפורמה" נועדה לאפשר לממשלה לקבוע מדיניות שפוגעת באופן חמור בזכויות האדם ובאינטרס הציבורי; ב) ההסדרים המוצעים מחלישים לא רק את הביקורת השיפוטית אלא גם את המגבלות המשפטיות שחלות על הרשויות הפוליטיות; ג) תנאי הכרחי לחקיקת שינויים יסודיים כמו אלה המוצעים בתכנית הוא הסכמה רחבה להם בכנסת ובציבור; ד) השינויים המוצעים מבטאים הפרה יסודית של העיקרון הבסיסי של דמוקרטיה, עקרון הפרדת הרשויות. בסיכום אציע בתמצית הצעה חלופית.

#### א. מטרת התכנית: פגיעה בזכויות אדם ובאינטרס הציבורי

החלשת הביקורת השיפוטית, עד כדי ביטולה למעשה, היא רק אמצעי (או מטרת-משנה) של התכנית שמקדמת הממשלה. התכנית נועדה לאפשר לממשלה לקדם חקיקה ומדיניות שלפי הערכתה שלה עלולה להיות מוכרזת בלתי חוקית לפי המצב המשפטי הנוכחי. עיון בהצהרות של ראש הממשלה והשרים, בהסכמים הקואליציוניים ובהצעות החוק שכבר הוגשו, מלמד כי התכנית נועדה לקדם שישה יעדים עיקריים:

(1) **שלטון הימין**: יעד מרכזי של מפלגות הקואליציה הוא הבטחת הפסילה של רשימות ושל מועמדים לכנסת שיש במעשיהם או במטרותיהם משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית או תמיכה במאבק מזוין נגד ישראל. המשמעות המעשית של מהלך זה היא חיזוק הייצוג היחסי של הציבור היהודי, ולפיכך גם הגדלת הסיכוי לשימור הרוב למפלגות הימין.

(2) **מדינה יהודית**: יעד מרכזי שני של התכנית הוא שינוי הזהות החוקתית של מדינת ישראל, באמצעות פרשנות מרחיבה של האפיון של ישראל כמדינה יהודית. הדבר צפוי לבוא לידי ביטוי בתחום הלאומי ובתחום הדתי. במישור הלאומי, הממשלה מבקשת לקדם מדיניות שמפרה את האיסור הנוכחי להעדיף אזרחים יהודים על-פני אזרחים ערבים-פלסטינים בהקצאת משאבים ציבוריים, ולצמצם מאד את ההכרה בזכויות קבוצתיות של הציבור הערבי-פלסטיני בישראל. במישור הדתי, היעד הוא להרחיב את ההיתר לפגוע בזכויות אדם בשם מתן צביון יהודי למרחב הציבורי, ובכלל זה היתר נרחב יותר מזה הנוכחי לקיים פעילות בהפרדה מגדרית והרחבת הפגיעה בחופש מדת ברשות הרבים.

3) **פגיעה בזכויות אדם:** הממשלה מקדמת תפיסות של חוסר סובלנות כלפי עמדות ביקורתיות. במסגרת זו, היא מבקשת להגביל באופן נרחב את חופש הביטוי והחופש האקדמי, לפגוע בזכות לשויון של קבוצות מוחלשות, ובכלל זה הפליה מחמת מין ומגדר ומחמת נטייה מינית. כמו כן, היעד הוא להשתחרר ממגבלות שנובעות מן החובה לכבד את הזכות לקיום בכבוד, הזכות לבריאות והזכות לחינוך, תוך הותרת חופש פעולה נרחב לממשלה לפעול בתחומים אלה.

4) **הכיבוש בשטחים:** הממשלה מבקשת לנקוט בצעדים להעמקת הכיבוש בשטחים. במסגרת זו המדובר בשני היבטים עיקריים: האחד, החמרת הפגיעה בזכויות של פלסטינים תושבי השטחים, במסגרת המאבק בטרור, תוך הרחבת השימוש באמצעים של ענישה קולקטיבית (בין היתר, הטלת סנקציות על בני משפחה של מחבלים); השני, הגברת ההעדפה המוחלטת של אינטרסים רכושיים של אזרחי ישראל שמתגוררים בשטחים על-פני אלה של הפלסטינים, בין היתר, באמצעות הפקעת קרקעות לצורך הרחבת התנחלויות.

5) **ציבור של אינטרסים:** הממשלה מבקשת לקדם ביתר שאת מדיניות שמעדיפה אינטרסים של קבוצות שמייצגות מפלגות הקואליציה גם ללא הצדקה עניינית לכך. הדבר בא לידי ביטוי בהרחבה של מינויים פוליטיים לתפקידים ציבוריים מרכזיים, ובכלל זה בתחום בחירת השופטים, היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה ותחומים נוספים; בעמדה שכופרת במומחיות מקצועית (כפי שעולה, למשל, מן הניסיון להעניק הסמכה מקצועית לבעלי הכשרות לא-אקדמיות) ובצורך להכריע בהכרעות בהתאם להערכה רציונליות ומנומקת באשר לנחוץ לקידום האינטרס הציבורי; ובתחום המדיניות, בקידום הטבות ופטורים לקבוצות בחברה, למשל בתחום לימודי הליבה והשירות הצבאי.

6) **שחיתות שלטונית:** הממשלה מבקשת לצמצם את המגבלות המשפטיות שנועדו לצמצם את התופעה של שחיתות אישית של נושאי משרות ציבוריות. הדבר מתבטא בשאיפה לבטל איסורים פליליים רלוונטיים, כמו העבירה של מרמה והפרת אמונים; בהימנעות מחקיקה שאוסרת מפורשות כהונה במשרות שלטוניות תוך ניגוד עניינים; בהענקת חסינות מפני העמדה לדין לראשי רשויות מקומיות; ובהסרת המגבלה על מי שהורשע בעבירות של שחיתות אישית חמורה מלכהן בממשלה. לכך נוספת האפשרות, שבינתיים מוכחשת, שהכנסת תקדם חקיקה שנועדה לבטל או לעכב את משפטו של ראש הממשלה נתניהו.

אלה בתמצית רבה ובאופן שאינו כולל תרחישים חמורים שההסתברות להתממשותם נמוכה יחסית, יעדיה של התכנית שמקדמת הממשלה. כמפורט בהמשך, אני סבור שגם מי שתומך ביעדים אלה, חלקם ואפילו כולם, צריך להתנגד לתכנית המוצעת, על יסוד טעמים עקרוניים. אך הטיעון הראשון שמובא כאן **מכוון למי שמתנגדים ליעדים הללו, ולו לחלקם. תמיכה ברכיבים כלשהם של התכנית המוצעת משמעותה הגדלה ניכרת של האפשרות שהיעדים הללו יתממשו.**

הסברה שבלי ביקורת שיפוטית ומגבלות משפטיות יהיו בלמים יעילים על קידום היעדים הללו מתעלמת מן הממצאים הרבים על תפיסות הציבור בישראל באשר לחשיבות הכיבוד של זכויות האדם. סקר מדד הדמוקרטיה לשנת 2022, שפרסם לאחרונה המכון הישראלי לדמוקרטיה, כמו גם סקרים אחרים, מעידים על שחיקה נמשכת במחויבות של אזרחי ישראל היהודים לעקרון היסודי של דמוקרטיה: למשל, מאז 2015 עולה בעקביות שיעור אזרחי ישראל היהודים שהשיבו בחיוב לשאלה אם בישראל לאזרחים יהודים צריכות להיות יותר זכויות מאשר לאזרחים ערבים, מכ- 25% ב-2015, ל- 42% ב-2021, עד לשיא של 49% בשנת 2022; שיעור התומכים בקרב האזרחים היהודים בצירוף מפלגות ערביות לקואליציה מעולם לא עלה על 30% בכל אחת מעשרים השנים האחרונות; ולא פחות מ-80% מאזרחי ישראל היהודים סבורים שהחלטות בנושאי שלום וביטחון צריכות להתקבל רק על-ידי הציבור היהודי בישראל. לכך נוספת ההסכמה של לא פחות משני-שלישים מציבור זה עם העמדה שארגוני זכויות האדם והאזרח בישראל "גורמים נזק למדינה"; והסכמה של כשליש מאזרחי ישראל היהודים (ורק 15% בקרב האזרחים הערבים), עם הקביעה כי הזכות לחופש ביטוי זוכה להגנה רבה מדי במדינת ישראל. תפיסות מסוג זה, של תמיכה בהפליה ובפגיעה בזכויות אדם, נפוצות במיוחד בקרב הציבור היהודי החרדי והדתי-לאומי, שמייצגת למעלה ממחצית מחברי הקואליציה הנוכחית. בשל כך, בלא ביקורת שיפוטית, לא תובטח הגנה על זכויות המיעוט בישראל.

## ב. נורמות משפטיות

בספרות האקדמית מקובל לבסס לא אחת טיעונים לתמיכה בהחלשת הביקורת השיפוטית על ההערכה שהמשפט הציבורי, הנורמות שתוחמות את הסמכות של רשויות השלטון, קיים גם מחוץ לבתי-המשפט. הטענה היא שיש יתרונות לא מבוטלים להוצאת פרשנות החוקה ואכיפתה אל מחוץ לאולמות המשפט אל עבר הזירה הפרלמנטרית והציבורית. הבסיס לתפיסה זו מוטל בספק, בוודאי בחברה שסועה כמו זו הישראלית. אך אפילו היה בה ממש, חיסרון מרכזי של יישומה של תפיסה מעין זו בהקשר הישראלי הוא שבלי ביקורת שיפוטית אין כלל תחולה לרבות מן הנורמות שמוכרות כיום כחלק מרכזי של המשפט הציבורי של מדינת ישראל.

התפיסה שתוארה, שמבחינה בין הביקורת השיפוטית לבין המשפט הציבורי, מתאימה למדינות שבהן יש חוקה כתובה שלמה, ולצדה חקיקה או מוסכמות חוקתיות שגורמי השלטון מכירים במעמד המחייב שלהן, שבהן יש פירוט של הנורמות המשפטיות הרלוונטיות. בגישה כזו, אפשרית הבחנה בין עצם קיומן של הנורמות המשפטיות לבין האכיפה שלהן, בדרך שיפוטית או אחרת. אך המשפט הישראלי שונה מכך, בשני היבטים חשובים. ראשית, הנורמות שמעוגנות כיום בחקיקה, אינן מוגנות מפני שינוי ברוב רגיל של הקואליציה. בהיעדר חוקה כתובה נוקשה, הממשלה אינה נדרשת כלל להצדיק את פעולתה לאור הנורמות שקבועות בחוקי היסוד ובחקיקה; בכוחה פשוט לשנות את הנורמות הללו כרצונה, כך שיותאמו לצרכיה. בעניין זה אין מדובר בהערכה תיאורטית. השנים האחרונות אופיינו באבדן מוחלט של בלמים בכל הקשור לתיקון חוקי-היסוד בהתאם לצרכי השעה של הקואליציה, החל מהיבטים חשובים פחות כמו הגבלות על מספר השרים וסגני השרים שרשאים לכהן, ועבור בהיבטים מרכזיים כמו ביטול הצורך באישור הכנסת של תקציב הממשלה אחת לשנה וביטול הצורך באמון הכנסת בממשלה בעת שהיא מתחילה בכהונתה, במסגרת תיקוני ממשלת החילופים.

אך לקושי זה, של היעדר מעמד יציב לנורמות המשפטיות שמעוגנות בחקיקה, מתווסף קושי חמור עוד יותר. המשפט הציבורי הישראלי מאופיין בכך שחלק הארי שלו הוא פרי פיתוח הפסיקה. לרבות מן הנורמות המשפטיות אין עיגון כלל או אין עיגון מפורש בחקיקה. הנורמות שהן כיום חלק מרכזי במשפט הציבורי של מדינת ישראל אשר הן פרי פיתוח הפסיקה הן כאמור רבות. הנה רק כמה דוגמאות: הדרישה להסמכה בחוק וכן הכלל בדבר "הסדרים ראשוניים" (שלפיו על הכנסת להכריע, בחוק, בהכרעות בסוגיות עקרוניות, ולא להותיר את העניין לשיקול דעת נרחב של הרשות המבצעת); החובה להפעיל סמכויות שלטוניות בסבירות והאיסור להתחשב בשיקולים זרים; האיסור על כהונה במצב של ניגוד עניינים; החובה לנהוג בשוויון בהפעלת סמכות מינהלית; החובה לכבד את כל זכויות האדם שאינן מנויות מפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובהן הזכות לשוויון, לחופש ביטוי, לחופש דת ולחופש מדת, הזכות לבריאות, הזכות לחינוך ועוד.

אם לא תתקיים ביקורת שיפוטית, אין זה ברור כלל שהנורמות הללו, שהן כאמור פרי הפסיקה, בכלל ימשיכו להיות מוכרות כנורמות בעלות מעמד משפטי מחייב. אי אפשר "לקחת את החוקה אל מחוץ לבתי-המשפט" אם הנורמות החוקתיות מעוצבות במידה רבה בבית-המשפט. שוב, גם כאן, הדברים אינם מכוונים כלפי מי שסבורים שהנורמות הללו הן פסולות, לגופן או משום שהן פרי פיתוח הפסיקה, ולכן טוב שיפסיקו להיות מחייבות. הדברים מכוונים לאלה שסבורים שאלה הן נורמות הכרחיות, שפיתוחן בפסיקה הוא תוצאה של מחדל חמור של הכנסת מלחוקק אותן, פרשנות שיפוטית שנועדה להשלים פער שאין להשלים עמו בחקיקה הקיימת. הממשלה והכנסת אינן מתכוונות כלל ליזום חקיקה בנושאים הללו, ההפך הוא הנכון, ולפיכך יש להעריך שביטול הביקורת השיפוטית יביא להחלשה ניכרת של מידת המחויבות לנורמות הללו. מטעם זה, מי שסבור שהנורמות הללו שפותחו בפסיקה, אפילו רק חלקן, הן נורמות ראויות, הכרחיות ממש בכל משטר דמוקרטי, צריך להתנגד לתכנית להחלשה ניכרת של הביקורת השיפוטית. תמיכה בהסדרים המוצעים, אפילו רק בחלק מהם, משמעותה הסכמה לא מודעת להפיכה של מדינת ישראל לרפובליקת בנות.

## ג. הרוב הדרוש לשינוי יסודי של "כללי המשחק"

היבט שלישי שיש להידרש אליו בהערכת התכנית המוצעת הוא אופן החקיקה שלה. נראה שאין מי שחולק על-כך שהתיקונים הנדונים הם הרי גורל. גם לשיטתם של יוזמי המהלך, הוא נועד להביא לשינוי המבנה הבסיסי של המשטר בישראל, באמצעות צמצום ניכר של הביקורת השיפוטית על הכנסת ועל

הממשלה. אני סבור שהכנסת אינה מוסמכת לחוקק שינוי יסודי שכזה בתמיכת הקואליציה בלבד, ברוב של 64 חברי-כנסת, כפי שמסתמן כעת.

סמכותה של הכנסת לחוקק חוקי-יסוד נובעת מהכרזת העצמאות ומהחלטת הררי. בשני ההסדרים הללו, שהסמיכו את הכנסת לכונן חוקה שלמה (הכרזת העצמאות) או לחוקק אותה פרקים-פרקים, במסגרת חקיקת חוקי-יסוד (החלטת הררי), יש לקונה: לא נקבע בהם מהו ההליך שבו ייקבעו החוקה או חוקי-היסוד, כלומר אם נחוץ רוב מיוחס כלשהו או אישור במשאל עם. בעקבות זאת, כמעט ולא נקבעו בחוקי-היסוד מגבלות מפורשות באשר לדרישת רוב מיוחס לשם תיקונם, מלבד הדרישה (בחלק מחוקי היסוד) לרוב של 61 חברי-כנסת. אני סבור שאין מדובר כאן בהסדר שלילי אלא בלקונה, שיש להשלימה באמצעות התייחסות להיקש, למנהג חוקתי ולשיקולי מדיניות. גורמים אלה מוליכים למסקנה שאין בסמכותה של הכנסת לקבוע תיקון יסודי של הסדרים קיימים בחוקי היסוד, כמו זה המוצע כעת, ברוב הקואליציוני בלבד, אלא נחוצה לשם כך הסכמה לאומית רחבה.

שיקול אחד הוא זה של היקש. בשלושה מקרים, בחרה הכנסת לקבוע בחוקי-יסוד דרישה לרוב מיוחס כתנאי לשינוי הסדרים שנראו בעיני הגורם המחוקק חשובים במיוחד. דוגמה אחת היא חוק-יסוד: משאל עם, שנחקק בשנת 2014. בחוק היסוד הזה קבעה הכנסת כי החלטה בדבר ויתור על ריבונות ישראל בשטח כלשהו טעונה אישור הכנסת ברוב של 80 חברי-כנסת לפחות או, אם אין מושג רוב כזה, ברוב של 61 חברי-כנסת ואישור במשאל עם. לכך נוספת הדוגמה השנייה, והיא ההוראה בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, שלפיה אין לשנות את האיסור שנקבע בחוק-היסוד על העברת השליטה בחלק כלשהו מירושלים לגורם זר, אלא ברוב של 80 חברי-כנסת.

הכנסת ביטאה כאן עמדה ברורה באשר לאופן שבו מחליטים בסוגיה חשובה ומרכזית, ולפיה בסוגיה זו של ויתור על הריבונות בשטח מסוים, אין להסתפק בעמדת הרוב הקואליציוני הרגיל. אני סבור שאין הצדקה עניינית לקביעת כללי הכרעה אלה בהקשר שבו מדובר (ולו משום שהחלטה על החלטת הריבונות בשטחים מסוימים לא נעשתה ברוב הזה), אך יש בכך ביטוי לעמדת הכנסת עצמה, שלפיה בנושא מרכזי שכזה, כוחו של הרוב ה"רגיל" בכנסת, יהא זה 61 חברי-כנסת, 65 ואף 70, איננו מספיק. העם אמנם אמר את דברו בבחירות לכנסת והצביע בעד רשימות שהקימו קואליציה שתומכת בויתור על הריבונות בשטח מסוים (במסגרת הסכם שלום, יש להניח), אך לפי חוק-יסוד: משאל עם, אין די בכך; נחוצה תמיכה מפורשת בכך של העם, במשאל עם, או רוב גדול במיוחד, שכולל שני-שלישים לפחות מחברי הכנסת.

הדוגמה הנוספת מובהקת עוד יותר. בתיקון שנקבע בשנת 1992 לחוק-יסוד: הכנסת, קבעה הכנסת כיצד ניתן להאריך את תקופת הכהונה של כנסת מכהנת. כידוע, הכנסת נבחרת לארבע שנים. אם הכנסת סבורה שיש להאריך את תקופת כהונתה מעבר לתקופה לה נבחרה, חל סעיף 9 לחוק-יסוד: הכנסת. מכוחו, החלטה כזו צריכה לקיים שני תנאים מצטברים: האחד, נדרש חוק שנתקבל בתמיכת לפחות 80 חברי-כנסת; והארכה מותרת רק אם "נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן; תקופת ההארכה לא תעלה על הזמן המתחייב מהנסיבות האמורות". יש כאן שוב ביטוי לאותו עיקרון בסיסי בדבר הכרעת הרוב: הרוב (הרגיל) בכנסת מוסמך להכריע הכרעות חברתיות שהן במסגרת "כללי המשחק". הרוב איננו מוסמך לשנות את כללי המשחק עצמם, שהרי אלה נועדו להגביל אותו עצמו. שינוי כללי המשחק, ודחיית הבחירות הוא שינוי מרכזי שכזה, אינו בסמכותו של הרוב הקואליציוני בכנסת. מה שנחוץ לשם כך הוא תמיכה של שני-שלישים מחברי הכנסת (וכן, ולכך אתייחס בהמשך, הצדקה מהותית לדחיית הבחירות).

ושוב, כמו בעניין ויתור על ריבונות, עולה אותה שאלה: האם דחיית מועד הבחירות, אפילו בשבועות ספורים, היא עניין דרמטי יותר מאשר ביטול קבוע של העצמאות של בית-המשפט והחלשה דרמטית של סמכות הביקורת השיפוטית? מבחינת עקרונות היסוד של הדמוקרטיה, מהלך כזה חמור ודרמטי לפחות כמו דחיית מועד הבחירות, ואולי אף יותר, בשל כך שאינו מוגבל בזמן. משמעות הדבר, כי לפי עמדת הכנסת עצמה, שינוי יסודי של כללי המשחק כפוף למגבלה בדבר דרישה לרוב גדול במיוחד, מעבר לרוב הקואליציוני, כדי לוודא שהשינוי לא נועד רק לקידום אינטרסים צרים של הממשלה.

בית-המשפט העליון כבר ביטא, בעקיפין, את הרעיון הזה, במסגרת הכלל שקבע באשר לגבולות כוחה של הכנסת כאשר היא מחוקקת חוקי-יסוד. במסגרת הדיון ב"פשרת האוזר" (פרשת שפיר) קבע בית-המשפט שתיקון לחוק-יסוד הוא תקף רק אם, בין היתר, הוא עולה בקנה אחד עם "המארג החוקתי"

הקיים. זוהי דרישה שמכוחה יש להעניק משקל להכרעותיה של הכנסת עצמה באשר לאופן שבו ניתן לקבוע שינויים משמעותיים במבנה החוקתי של מדינת ישראל או להכריע הכרעות גורליות. בהתאם לכך, חקיקה שנועדה לשנות מן היסוד את האופן שבו נבחרים שופטים ולצמצמם מאד את סמכות בית-המשפט להחיל ביקורת שיפוטית, חייבת לעמוד באותן דרישות בדיוק, לפחות מבחינת ההליך.

לשיקול זה נוסף הנוהג שהתגבש בכנסת. עד לשנים האחרונות, חקיקת חוקי-היסוד אופיינה בכך שהיא נעשתה בהסכמה רחבה, בכנסת ובציבור. למשל, בהצבעה בקריאה שלישית על חוק-יסוד: הכנסת, שנחקק בשנת 1958, תמכו בחוק 96 חברי-כנסת, ללא מתנגדים, וכך גם בחוקי היסוד האחרים. הדברים תקפים גם לגבי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק-היסוד נחקק ב-1992, בהתנגדות של 21 חברי כנסת (ובתמיכתם של 32). חוק-היסוד נחקק בהסכמה רחבה בכנסת, שהושגה בזכות פשרה, לאחר קרוב לשלוש שנות דיונים. על ההסכמה הרחבה מעיד גם מספר המתנגדים הזעום (21 בקריאה השלישית ורק 10 בקריאה הראשונה), כך שמספר התומכים היה רב בהרבה מאלה שהשתתפו בפועל בהצבעה. מבין המצביעים בעד חוק היסוד היו נציגים מסיעות שמאל, מרכז וימין (כולל הליכוד והמפד"ל), ונציגי המפלגות החרדיות היו שותפים לניסוח החקיקה. עדות להסכמה הציבורית הרחבה ניתנה גם במספר התומכים בתיקון החוק ב-1994, לצד חקיקתו מחדש של חוק יסוד: חופש העיסוק, עת הצביעו בעד התיקון בקריאה הראשונה 82 חברי-כנסת, כנגד 11 מתנגדים, וברוב של 67 מול 9 בלבד בקריאה השנייה והשלישית. לנוהג הזה, של חקיקת הסדרים בעלי חשיבות ציבורית רבה רק בכפוף להשגת הסכמה ציבורית נרחבת ביחס אליהם, בלא להסתפק בתמיכת חברי הקואליציה בלבד, יש משקל משמעותי בהשלמת הלקונה באשר לרוב הדרוש לחקיקת תיקונים מהותיים לחוקי היסוד.

לבסוף, גורם שלישי הוא זה העוסק בשיקולי מדיניות. הסמכת הכנסת לקבוע את "כללי המשחק", כלומר לקבוע נורמות חוקתיות, ובכלל זה נורמות שעניין הגבלה כוחה שלה, היא עניין חריג. הדילמה בהקשר זה היא זו: מצד אחד, תוכן הנורמות החוקתיות יכול להיות שנוי במחלוקת סבירה, וכשם שהכרעות חברתיות קונקרטיות אמורות להיות מוכרעות על-ידי הציבור, באמצעות נציגיו, כך גם ההכרעה מה יהיו כללי המשחק, כלומר מה תוכן. מצד שני, הנורמות הללו נועדו להגביל את הכנסת ואת הממשלה, ואם לרוב הקואליציוני סמכות בלתי-מוגבלת לשנותה כרצונו, יש חשש ממשי שהחוקה לא תשיג את יעדה. פתרון חלקי לדילמה מושג באמצעות הקביעה שנחוץ הליך מיוחד לקביעת נורמות חוקתיות ולשינוי שלהן, או לכל הפחות שקיים רוב מכריע בכנסת לתמיכה בהן. אם יש רוב מכריע כזה, קטן החשש שהתיקון נועד לקדם את האינטרס של הקואליציה לנקוט מדיניות שלפי המצב החוקתי הקיים היא אסורה, וגדל הסיכוי שהשינוי מבוסס על שיקולים עקרוניים באשר לכללי המשחק הראויים. בהתאם לכך, לפחות ככל שמדובר בביטול של נורמה שנועדה להגביל את כוחן של הממשלה והכנסת, הפרשנות הראויה של המצב המשפטי הקיים הוא דרישה לרוב מכריע בכנסת, לפחות 80 חברי-כנסת, לתמיכה בשינוי, כתנאי לתוקפו. זהו שיריון משתמע של הוראות חוקי היסוד הקיימים, מפני שינוי משמעותי שלהן בכנסת.

טיעון זה להתנגדות לחקיקת התכנית המוצעת ברוב הקואליציוני, הוא טיעון שאמורים להסכים לו גם מי שסבורים שרצוי לאפשר לממשלה לשנות מן היסוד את המדיניות הנוהגת בסוגיות השונות. זהו טיעון עקרוני, באשר לאופן שבו נעשים שינויים חוקתיים מהותיים, והוא צפוי להגן גם על כללי הכרעה שתומכים בהם חלק מתומכי הקואליציה הנוכחית, למשל בעניין העברת ריבונות בשטח משטחי המדינה.

#### ד. הפרדת רשויות

דמוקרטיה היא שיטת משטר שתכליתה הגנה על זכויות האדם. ביסוד השיטה הדמוקרטית מונחת העמדה שהערובה העיקרית לכך שהמדינה תפעל להגן על זכויות האדם היא ביזור סמכויות והפרדת הרשויות. הימנעות מהענקת כוח בלתי-מוגבל לגורם כלשהו, אדם או מוסד, היא ליבת השיטה המכונה דמוקרטיה. נדבך חשוב בהשגת היעד הזה הוא מסירת סמכות הכרעה בסוגיות חברתיות למי שעומדים לבחירה תקופתית על-ידי הציבור. זהו הכלל שלפיו "הרוב (בציבור) קובע". אבל כלל זה אינו חזות הכול. ביסודה של השיטה הדמוקרטית ההכרה בכך שגם הרוב, ובוודאי נציגיו בכנסת ובממשלה, עלול לפעול בדרך שתפגע בזכויות אדם. לפיכך הכרחי לקבוע הסדרים שיבטיחו פיקוח על אופן הפעלת הסמכויות של הרשויות הפוליטיות. התכנית המוצעת נועדה לרוקן כליל מתוכן את המחויבות היסודית הזו להפרדת רשויות.

עניינו של עקרון הפרדת הרשויות אינו רק בכך שהסמכות תימסר לאנשים או לגופים שונים. יש בוודאי תועלת מסוימת בכך שחקיקה תאושר על-ידי שני גופים, כמו שני בתי מחוקקים, או על-ידי בית המחוקקים והנשיא. אלה הם הסדרים שבהם גופים שמתכונת הפעולה שלהם, זו הפוליטית, דומה, והפיצול נועד להגביר את הסיכוי שההכרעות שיתקבלו יהיו ראויות ולא פסולות. אך עקרון הפרדת הרשויות נועד להשיג את היעד הזה בדרך נוספת, חשובה עוד יותר. ביסודו ההכרה בכך שיש למסור סמכות לפיקוח על ההחלטות השלטוניות, לבחינה שהן עולות בקנה אחד עם הוראות החוק ועם החובה לכבד את זכויות האדם, לגוף שמתכונת הפעולה שלו שונה יסודית מזו של הגופים הפוליטיים. הסמכות לביקורת שיפוטית היא היבט קריטי במשטר דמוקרטי דווקא משום האופי השונה של פעולתו של בית-המשפט. העובדה שהשופטים אינם עומדים לבחירת הציבור היא גורם הכרחי במודל הזה של הפרדת רשויות. השופטים אינם צריכים להתאים את עמדותיהם לעמדות אנטי-ליברליות שיש להן לעיתים תמיכה בקרב הציבור או לפעול לקידום אינטרסים צרים של ציבור מסוים, כדי להבטיח את בחירתם מחדש. עוד יש להתחשב בהקשר זה בתרבות השיפוטית, שמחייבת הנמקה על יסוד שיקולים תבוניים ולא על יסוד הכרעה שרירותית, תוך מחויבות לעקביות, ובביקורת הציבורית לה כפופים השופטים.

היישום של התכנית הנוכחית צפוי לפגוע באופן חמור בהיבטים הללו של הפרדת רשויות. העברת הסמכות הבלעדית לבחירת שופטים לידי הממשלה צפויה להפוך את בית-המשפט לגוף פוליטי. אכן, במדינות רבות נהוג מודל של בית-משפט לחוקה, שמאופיין בכך שלו הסמכות הבלעדית לביקורת שיפוטית על חקיקה, כפי שמוצע גם בתכנית הנוכחית, ובכך שהשופטים נבחרים ישירות על-ידי גוף פוליטי. אולם, התכנית המוצעת אינה כוללת את מכלול הרכיבים של מודל כזה של בית-משפט לחוקה, הם הכרחיים כדי להצדיקו. המדובר, בין היתר, בשלושה היבטים: האחד, בחירת השופטים נעשית באופן שמבטיח ייצוג הולם לסיעות השונות בבית המחוקקים ותוך שילוב מינויים על בסיס מקצועי; השני, הגבלת של משך הכהונה של השופטים בבית-המשפט לחוקה, לרוב עד עשר שנים; והשלישי, מספר השופטים בבית-המשפט לחוקה קבוע בחוקה נוקשה. בהיעדר שילוב של רכיבים אלה, התכנית המוצעת סותרת כאמור עקרונות בסיסיים של משטר דמוקרטי ומעניקה לממשלה שליטה מוחלטת בבית-המשפט העליון. אצלנו, אין כל הגבלה על כוחה של הממשלה, באמצעות הרוב בכנסת, להגדיל דרמטית את מספר השופטים בבית-המשפט העליון; אין נכללת דרך להבטיח ייצוג הולם גם לאופוזיציה בבחירת השופטים; ואין הגבלה על משך הכהונה של השופטים שייבחרו לפי שיקולים פוליטיים.

באופן דומה, גם שאר ההסדרים שבתכנית המוצעת צפויים להעניק לממשלה ולקואליציה בכנסת סמכות בלתי מוגבלת. לכנסת תימסר הסמכות לחוקק חוקי-יסוד כרצונה, בלא כל הגבלה על התוכן של הסדרים שניתן לקבוע בחוק-יסוד ועל הרוב שדרוש לחקיקתם, אך עם הבטחת חסינות מלאה מביקורת שיפוטית ביחס לתוקפם; האפשרות להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה תוגבל מאד, מכוח הדרישה להסכמה מלאה לכך של כל השופטים או רוב מיוחס; ולכנסת תימסר הסמכות להתגבר על פסיקה שיפוטית, אם בכלל תהיה כזו, באמצעות חקיקה מחדש של חוק שהוכרז בטל. כל אלה ועוד משמעותם הפרה מוחלטת של עקרון הפרדת הרשויות.

גם כאן, הסברה שניתן להסתמך על מגנוני בקרה ופיקוח חלופיים לאלה השיפוטיים נראית לי מנותקת מן המציאות. אחת הדוגמאות שלעיתים מביאים בימים אלה לעניין זה היא ההחלטה להוריד מסדר היום את הצעת החוק להטיל עונש מאסר על פעילויות מסוימות ברחבת הכותל המערבי, ובהן התעטפות של נשים בטלית וקריאה שלהן בקול רם בספר תורה. בצד כך שהתגובה הציבורית התקיפה להצעה הובילה אכן לביטול ההצעה, לעת עתה לפחות, יש לזכור כי הפעילויות שבגינן הוצע להטיל עונש מאסר אסורות כבר כיום, מזה שנים לא מעטות. התמיכה הציבורית במאבק של נשים יהודיות להתפלל ברחבת הכותל לפי אמונתן, אפילו רק בראש חודש, אינה מועילה כלל. רק הכרעה שיפוטית, שחייבה את הממשלה לאפשר את התפילה, הועילה בהקשר זה, ואף זאת באופן חלקי. ולכך ניתן להוסיף כמובן דוגמאות רבות.

המציאות הפוליטית והחברתית בישראל מבטאת לא רק מחויבות מעטה בלבד לעקרונות היסוד הליברליים בדבר שוויון וסובלנות, אלא גם עוינות עמוקה של רבים בקרב הרוב היהודי כלפי המיעוט הערבי-פלסטיני (עוינות שאחד הביטויים הסמליים לה הוא ההסתה מעצם הבחירה של מיעוט זה לכנות עצמו "פלסטיני"). לכך נוספת גישה סקטוריאלית מובהקת של מפלגות שמייצגות קבוצות תרבויות מובחנות בחברה הישראלית, בעיקר המפלגות שמייצגות את הציבור החרדי ואת המתנחלים בשטחים. בהיעדר מנגוני פיקוח בינלאומיים, בהיעדר חוקה נוקשה, בהיעדר מסורת פוליטית של כיבוד

כללי המשחק, התוצאה שעלולה להיות לאימוץ הרפורמה היא פגיעה בלתי הפיכה באופי הדמוקרטי של המדינה.

## סיכום

לאור האמור לעיל, אני סבור שיש להתנגד לתיקונים השונים שמוצעים במסגרת התכנית שמקדמת הממשלה. כאמור בפתח הדברים, כל אחד מן התיקונים הללו בפני עצמו אינו מוצדק ואימוצו עלול לגרום נזק חמור. משום כך, אין מקום להסכים להצעות פשרה שתכליתן אימוץ של חלק מן ההצעות הללו, אפילו בגרסה מרוככת מעט שלהן.

העניין הבסיסי מכולם הוא שלילה מוחלטת של הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד. אין הצדקה לקבוע באופן גורף שלא תוחל בשום מקרה ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, שמשמעותה שסמכות הכנסת לקבוע חוקי-יסוד היא בלתי מוגבלת. יש חשיבות רבה להתנות כל תיקון לחוק-יסוד ברוב גדול במיוחד בכנסת, לפחות 80 חברי-כנסת. עם זאת, דרישה לרוב כזה אינה מבטיחה הגנה על זכויות המיעוט ואינה מונעת באופן מלא את החשש לקביעת הסדרים שסותרים באופן יסודי עקרונות יסוד של דמוקרטיה. לפיכך, אף שניתן להצדיק הסדר מיוחד לעניין הביקורת השיפוטית על חוקי-יסוד, אין מקום לשלול אפשרות כזו לחלוטין.

אני סבור שאין הצדקה להצעה לשנות את ההרכב הקיים של הוועדה לבחירת שופטים. ההרכב הנוכחי מבטיח את הצורך בהסכמה רחבה לשם בחירת שופטים, וראוי להרחיב את הדרישה לרוב של שבעה מבין תשעה החברים גם למינוי שופטים בערכאות האחרות, לא רק בבית-המשפט העליון. יש מקום לקבוע בחוק שעל הוועדה להתחשב בצורך שהרכב בית-המשפט העליון ישקף באופן ראוי את מגוון הקבוצות בחברה הישראלית, בכפוף לחובה למנות שופטות ושופטים מקצועיים ובעלי יושרה גבוהה במיוחד.

אין כל הצדקה לקבוע פסקת התגברות. משמעותה של הוראה כזו היא היתר לכנסת לפגוע שלא כדין בזכויות אדם, בנסיבות שבהן בית-המשפט מצא שהפגיעה בזכויות אינה מוצדקת. פסקת התגברות היא הסדר פסול שאין לאמצו. אני סבור גם שאין הצדקה לדרוש רוב מיוחס בבית-המשפט העליון כתנאי להכרזה על בטלות חוק. הכרזה על-כך שחוק "רגיל" סותר הוראה בחוק-יסוד היא חלק מההכרעה השיפוטית הרגילה, והיא צריכה להתקבל בדרך דומה לזו שבה מוכרעות מחלוקות בבית-המשפט, לפי הכרעת רוב השופטים. המערכת הדמוקרטית מושתתת על אמון הציבור בהכרעת הרוב בבית-המשפט.

היועצים המשפטיים לממשלה והיועצת המשפטית לממשלה הם מוסדות קריטיים בהגנה על שלטון החוק. הגנה על עצמאותם ועל המעמד המחייב של עמדתם המשפטית צריכה להיות חלק מרכזי בכל הסדר. לבסוף, נחוצה חקיקת הסדרים שיבטיחו הגנה טובה מזו הנוכחית על זכויות האדם, למשל במסגרת חקיקת מגילת זכויות אדם מלאה; הכרחי לעגן מפורשות את החובה לכבד את הזכות לשוויון ולהתייחס אל כל האזרחים במדינת ישראל כאל שווים. הכרחי להסדיר היבטים שקשורים לחיזוק עצמאותה של הכנסת וכוחה לפקח באופן יעיל על הממשלה, ובכלל זה חקיקה של מכלול ההיבטים של המשפט המינהלי שהם כיום פרי פיתוח הפסיקה בלבד.