

ישראל זקוקה למועצה חוקתית

הקיטוב בשיח הציבורי בישראל נובע, בין השאר, מכשל חוקתי חמור המונע הכרעה לגיטימית בסוגיות שבמחלוקת. ניתן למלא את החסר בדרך שתהלום את המציאות הישראלית

מדינת ישראל הוקמה כמדינה דמוקרטית ושמרה על אופייה זה כל שנות קיומה. זהו פלא שנדמה כי אך שני הוא לפלא שבעצם תקומת עם ישראל במולדתו, שכן אין דוגמה בעולם לחברה שהצליחה לקיים מדינה דמוקרטית חרף קשיים רבים כל כך שעמדו בפניה: מלחמת קיום והישרדות רבת שנים; קליטה של הגירה עצומה יחד עם מצוקה כלכלית קשה; הטרוגניות וקיטוב חברתי על רקע תרבות, אמונה דתית, דעה פוליטית, ולאום; ותרבות פוליטית כה צעירה.

יותר משבעה עשורים חלפו מאז קמה המדינה ובמהלכם הבשילה החברה הישראלית והתפתחה, ופערים תרבותיים (כגון זה שבין אשכנזים למזרחיים) הלכו והצטמצמו; מאידך-גיסא, תקופה זו לא הביאה לצמצום של ממש בפערים בין דתיים לחילונים ובין יהודים לערבים. למעשה נראה כי הקיטוב בין "ימנים" ל"שמאלנים" אף גדל בזמן שחלף: בשנותיה הראשונות של המדינה, רוויות המצוקה הביטחונית והכלכלית, שררה הסכמה רחבה בקרב הציבור היהודי בשאלות של ביטחון ומדיניות חוץ, והפערים הכלכליים בין הפרטים לא היו ניכרים מאוד; אולם עם השיפור במצב הביטחוני (ובכלל זה תפיסת שטחי יהודה ושומרון), והשיפור במצב הכלכלי, העמיקו הפערים בציבור בשני תחומים אלה.

הקיטוב בשאלות הללו והקושי לקדם טוב משותף מחלישים את החברה הישראלית וממילא את מדינת ישראל. ככל שהקיטוב גדל, כך גדל הצורך בקיום הסדרים חוקתיים שיאפשרו שיתוף פעולה חרף הפערים; אולם כפי שנראה להלן מבנה המשטר בישראל חסר הסדרים מספקים שבכוחם לענות על שאלות שנויות במחלוקת ציבורית באופן מוסכם הנהנה מלגיטימציה רחבה. היעדרו של מנגנון ראוי מעין זה

עו"ד משה גולן שירת יותר מ-30 שנה בפרקליטות המדינה, ובמרביתן ייצג את המדינה בפני בית המשפט העליון. בין שאר תפקידיו כיהן כמנהל המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה (בפועל) וכשופט שלום.

מעמיק את השסעים, מאיים על חוסנה של החברה, ופוגע קשות באמון הציבור במוסדות המדינה ובמשטרה הדמוקרטית.

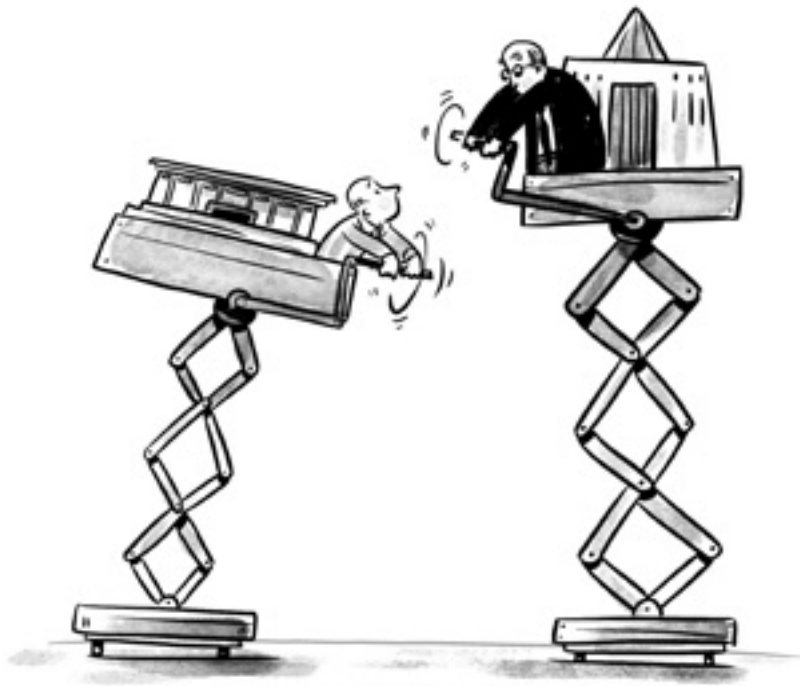
המבנה החוקתי בישראל איננו שלם ועל כן הוא מבנה פגיע. אולם לא זו בלבד שלמדינת ישראל אין חוקה, אלא שהיעדרה גרם למצב שבו בית המשפט העליון קבע בפסיקותיו – ועודנו קובע – את חלקיו החסרים של מבנה זה, תוך שהוא מטיל על עצמו תפקיד מרכזי בהכרעה בענייני החוקה. במעשה זה מושגת אומנם השלמה של ההסדר החוקתי אך נלווה לה מחיר כבד: פגיעה של ממש בעקרון הייצוגיות. שופטי בית המשפט בישראל אינם נבחרים ציבור ואינם מתמנים על ידי נבחריו, ולפיכך אינם מייצגים אותנו בהכרח. זהו איננו כשל שולי או חיצוני אלא מקור לחיכוך מתמיד בין הרשויות ההופך למלחמת הכול בכול ופוגע באמון הציבור במוסדותיו. מהדורות החדשות מלמדות עד כמה אנו מצויים בשעת משבר חוקתי, והדבר מחייב את כל הנוגעים בדבר לעצור ולקיים דיון רציני שיאפשר פתרון הולם לבעיה.

המבנה החוקתי השלם: מבט מהעולם

המבנה המשטרי המקובל במדינות המערב הוא דמוקרטיה ליברלית שבה זכות ההכרעה בשאלות שבמחלוקת נתונה לציבור האזרחים. משטר זה כולל מנגנוני איזונים ובלמים שמטרתם מניעת עריצות; ובאופן ספציפי, בהקשר הדמוקרטי, הצבת מחסום בפני עריצות הרוב על המיעוט. מנגנונים אלה כוללים את הפרדת הרשויות המפצלת את הכוח השלטוני בין שלוש רשויות – המחוקקת, המבצעת והשופטת – וכן מנגנונים אחרים המאזנים בין כוחותיהם של בעלי התפקידים בשלוש הרשויות ומבטיחים הגנה מפני השתלטות של אחד מהם בהתאם לאינטרסים המנחים אותו. קביעתה של חלוקת הכוח וניסוחה, הגדרת מגבלות הכוח והיחסים בין האוחזים בו, לצד קביעה וניסוח של ערכי היסוד הקבועים של המשטר ששלטון אקראי אינו רשאי לחרוג מהם, הם תפקידי ההסדרים החוקתיים (הממוסדים לעיתים במסמך החוקה).

עיצוב המנגנונים הבסיסיים של משטר המבוסס על עקרון הכרעת הרוב הוא מלאכה עדינה, שכן עליו להבטיח שהכרעת הרוב לא תפגע בזכויות המיעוט, אך להישמר ממצב שבו הבטחת זכויות המיעוט תפגע בעקרון הייצוגיות שלפיו ההכרעה נתונה בידי מייצגי הציבור. דילמה זו באה לידי ביטוי באופן המובהק ביותר בסוגיית הביקורת השיפוטית: יכולתה של הרשות השופטת להגביל את כוחה של הרשות המחוקקת באמצעות התערבות בחקיקה.

זוהי אינה דילמה חדשה. רחוק מכך: מדובר בסוגיה ותיקה שלה בסיס תיאורטי רחב במדע המדינה והמשפט ושלהסדרתה הוצעו מודלים שונים ברחבי העולם המערבי, ואף מצויים כמה תקדימים של פולמוסים ומשברים סביבה במדינות שונות. ההסדרים



שנקבעו בנידון במדינות המערב מציגים מנעד אפשרויות,¹ ובחינה מדוקדקת שלהן חושפת כי המודלים הקיימים נבדלים זה מזה בארבעה מרכיבים מרכזיים: (1) קיומה של חוקה; (2) קיומה של מגילת זכויות במסגרת החוקה או שלא במסגרתה; (3) מידת הסמכות הנתונה בידי בתי המשפט בכל הנוגע לביקורת שיפוטית; (4) מידת הפוליטיזציה של מינוי השופטים. הקו הברור העולה מעיון בהסדרים אלה הוא שישנו יחס ישר בין שלוש המרכיבים הראשונים לבין המרכיב האחרון: ככל שישנם עוגנים המאפשרים ביקורת שיפוטית, וככל שבידי בית המשפט סמכות רבה יותר לבקר חקיקה, כך מעורבותם של נבחרי הציבור, הפוליטיקאים, במינוי השופטים גבוהה יותר.

בארצות הברית נתונה לשופטים, הן פדרליים הן מדינתיים, הסמכות לבטל חוקים שמחוקקת הממשלה. בהתאם לכך, כיוון שסמכות זו מסמיכה אותם להכריע בשאלות השנויות במחלוקת ציבורית, מינויים נעשה על ידי גורמים פוליטיים המייצגים את הציבור ומתוך התחשבות בעמדתם הפוליטית של המועמדים; חלק מן השופטים אף נבחרים לתפקידם בבחירות, ככל מועמד פוליטי אחר. במדינות מערב אירופה, סמכות הביקורת השיפוטית שמורה לטריבונלים מיוחדים שחבריהם – שלעיתים אינם בעלי הכשרה משפטית דווקא – מתמנים על ידי הדרג הפוליטי. במדינות אלו נהוגה אפוא ביקורת שיפוטית חזקה, או חזקה-ומוגבלת, אך הפוליטיזציה של הליך מינוי השופטים משמרת מידה של ייצוגיות גם במערכת המשפט.

לעומת זאת, בבריטניה ובמדינות שמסורתן המשפטית באה להן מן המשפט האנגלי (Common Law), הגישה שונה. במדינות אלו העיקרון המוביל הוא עליונות הפרלמנט, אין בנמצא חוקה כתובה, ובתי המשפט אינם עוסקים בביקורת החקיקה. במדינות אלו, בתי המשפט אינם שחקנים במחלוקות ערכיות וציבוריות שנויות במחלוקת; בהתאם, מינוי השופטים נעשה בעיקר על פי שיקולים מקצועיים. במהלך השנים חלה התפתחות במדינות הללו, אך גם אחרי התפתחות זו ניכר ההבדל בין לבין מדינות ארצות הברית ומערב אירופה. עם הצטרפות בריטניה לאיחוד האירופי, חוקקה בה מגילת זכויות אדם, ה-1998 Human Rights Act, שלפיה כל רשויות הממשל בבריטניה מחויבות לקיים את הוראות האמנה האירופית על זכויות האזרח. במסגרת זו ניתנה לבתי המשפט הסמכות לקבוע "אי-התאמה" של הוראות חוק להוראות האמנה, אך בתי המשפט אינם מוסמכים להכריז על בטלות הוראות החוק הסותרות. הכרזה על "אי-התאמה" מותירה את החוק על כנו ומחזירה את הדיון אל הפרלמנט, הרשאי כעת להחליט כיצד הוא מתייחס לעניין: האם לתקן את החקיקה אם לאו. בניו-זילנד אין כל חוקה ואין ביקורת שיפוטית על חוקי הפרלמנט.

מדינות אחרות שלהן מסורת בריטית, כמו קנדה ואוסטרליה, אימצו חוקה רק בשלב מאוחר. באוסטרליה, לבית המשפט נתונה הסמכות להכריז על בטלות חוק אך החוקה אינה כוללת מגילת זכויות, ולפיכך הביקורת הערכית על דברי החקיקה מצומצמת;

כמו כן, השופטים באוסטרליה מתמנים על ידי הרשות המבצעת. בקנדה התכוננה חוקה העוסקת בהסדרים חוקתיים, בעיקר בנוגע ליחס שבין השלטון המרכזי ליחידות הפדראליות, אך לא נכללה בה מסכת ערכים. רק בשנת 1982 נחקקה בקנדה מגילת זכויות אדם, ה־Charter of Rights and Freedoms, הקובעת ערכים מוגנים במסגרת החוקה. לבתי המשפט בקנדה נתונה הסמכות להכריז על בטלות הוראות חקיקה הסותרות את המגילה, אלא שלפרלמנט נתונה האפשרות להשאיר את החוק בעינו, בחקיקת חוק שתוקפו יפה לחמש שנים וניתן לשוב ולחוקקו לשם הארכת תוקפו. גם בקנדה, מינוי השופטים נעשה בידי הממשלה.

בחלק ממדינות המערב ישנם הסדרים מיוחדים.² בצרפת ישנם חוקה, מגילת זכויות אדם וביקורת שיפוטית חזקה, אך זו אינה נתונה בידי בית המשפט אלא בידי גוף מיוחד – המועצה החוקתית (Conseil Constitutionnel) – המוגדר כחלק מן הרשות המחוקקת. כפי שעולה משם המאמר שלפניכם, במועצה החוקתית של צרפת מתגלם רעיון שנראה כי ראוי לקולטו בישראל, ולפיכך ארחיב מעט יותר על אודותיה. במועצה החוקתית של צרפת תשעה חברים המתמנים לתקופה של תשע שנים: שלושה חברים מתמנים על ידי נשיא המדינה, שלושה על ידי יו"ר האספה הלאומית, ושלושה על ידי יו"ר הסנאט. נשיא המועצה מתמנה אף הוא על ידי נשיא המדינה, ודעתו היא הקובעת במקרה של שוויון קולות. נוסף על חברים אלה, במועצה מכהנים כחברים גם נשיאיה־לשעבר של הרפובליקה שלא חזרו לעסוק בפוליטיקה; המינוי למועצה אינו מוגבל בתנאי כלשהו של גיל או השכלה. הפנייה לגוף זה נעשית על ידי 60 מחברי כל אחד משני בתי הנבחרים, וכן על ידי הנשיא, ראש הממשלה או יו"ר בתי הנבחרים. הביקורת יכולה להיעשות בתוך 60 הימים שבין מועד החקיקה למועד פרסומה וכניסתה לתוקף. תוצאת החלטתה של המועצה לגבי סתירה שבין דבר החקיקה לחוקה היא בטלות דבר החקיקה. החלטה כזו של המועצה ניתנת ברוב קולות ולא נדרש לשם כך רוב מיוחד, אך נדרש קוורום של שבעה חברים.³

הדפוס העולה מההסדרים הנהוגים במדינות המערב, בעלות הוותק ההיסטורי והמסורות הפוליטיות העשירות, ברור אפוא: יש בהן שילוב של חוקה, ביקורת שיפוטית חזקה או חזקה־ומוגבלת, וגוף מבקר שחבריו מתמנים בתהליך פוליטי; לחילופין, יש בהן שילוב של היעדר חוקה ועליונות הפרלמנט, היעדר ביקורת שיפוטית או קיומה של ביקורת שיפוטית חלשה, וגוף מבקר שחבריו מתמנים שלא משיקולים פוליטיים.

בכל מדינות המערב הדמוקרטיות־ליברליות ישנו רק מקרה חריג אחד, בולט ביותר, בהיבט זה: מדינת ישראל.

המבנה החוקתי החסר: סיפורה של ישראל

עם הכרזת העצמאות נכתבה מגילת העצמאות, המבטאת את אתוס המדינה ומעלה על נס ערכים שלאורם תתנהל. מגילה העצמאות אינה בגדר חוקה, ובסופה נקבע כי תיבחר אספה מכוונת שתכונן חוקה. בחורף 1949 התקיימו בחירות לאספה מכוונת שתפקידה כינון חוקה, אלא שחבריה לא הצליחו להגיע לכלל הסכמה, אף לא באשר לעצם כינונה של חוקה.

המתנגדים לחוקה טענו כי המדינה החדשה מצויה בהליך של קליטת עלייה המונית, ויש להניח כי תשנה את פניה מבחינה דמוגרפית באופן רדיקלי בשנים הבאות. נטען כי לא ייתכן שהמספר הקטן של תושבי מדינת ישראל בעת הקמתה יקבע חוקה שתחייב את מיליוני העולים העתידיים להפוך לאזרחי המדינה (כמו גם את דורות העתיד). מקרב הדתיים היו שהתנגדו לחוקה בטענה שהתורה היא חוקתו היחידה של עם ישראל. אישים במפלגת מפא"י שהנהיגה את המדינה, ובראשם דוד בן-גוריון, לא ששו לכונן חוקה, הן משום שלא רצו לפגוע בבסיס הקואליציוני לממשלתם, הן משום שלא רצו בהגבלה על סמכויותיהם בשנים אלו שבהן נהנו ממעמד חזק ועיצבו את דמותה של המדינה החדשה במידה רבה לפי רצונם. התומך העיקרי בכינונה של חוקה היה חבר האופוזיציה דאז, ח"כ מנחם בגין, מנהיג תנועת החירות. נוכח אי-הצלחה להגיע להסכמה באשר לחוקה, החליטה האספה המכוונת – בחוק מעבר מ-16.2.1949 – לשנות את ייעודה לבית מחוקקים ולדחות את סוגיית כינון החוקה למועד מאוחר יותר. שנה לאחר מכן, משלא הושגה התקדמות בנושא, התריע בגין מפני הימשכותו של מצב זה והדגיש את הצורך בחוקה שתעמוד מעל להכרעת הרוב האקראי בכנסת:

אם האספה המכוונת תחוקק חוקה, לא תוכל הממשלה לעשות ככל העולה על דעתה. היום הממשלה עומדת מעל לחוק... הרוב שישנו בבית [=בכנסת] אינו שולט בממשלה או מדריך אותה, אלא להפך: הממשלה מטילה רצונה על הרוב. אם הממשלה רוצה, החוק מתקבל, ואם היא רוצה בביטול החוק הוא מתבטל... יש כאן כת שלטת העומדת מעל לחוק, משום שאין חוקה שתגביל אותה.⁴

ב-13.6.1950 קיבלה הכנסת החלטה המאמצת את הצעת ח"כ יזהר הררי ("החלטת הררי") שקבעה כי

הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסוד בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, אם הוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה.

בהחלטה זו ניצל אומנם רעיון כינונה של חוקה לישראל, אולם לעת עתה נותרה ישראל עם לקונה חוקתית חריפה: יחסי הכוחות שקיבעה מפא"י הותירו את מדינת ישראל עם מערכת משטרית הבנויה לכאורה על פי הדגם הבריטי של עליונות

הפרלמנט אך בפועל מעניקה כוח ריכוזי עודף לרשות המבצעת – השולטת מחד-גיסא בבית המחוקקים, באמצעות הרוב הקואליציוני, ומאידך-גיסא אינה חשופה לביקורת מצד הרשות השופטת.⁵

מר בגין לא היה היחיד שביקש לתקן את הליקוי החוקתי. במהלך השנים חברי כנסת נוספים מן האופוזיציה, ובהם ח"כ שמואל תמיר, מתחו ביקורת חריפה על המצב. יש שהציעו לשריין את הכרזת העצמאות כדבר חקיקה בעל תוקף נורמטיבי עליון ולקבוע כי חוק לא ייחשב תקף אם הוא סותר את העקרונות האמורים במגילה (אלא אם התקבל ברוב של 90 חברי כנסת); אך הצעה זו נדחתה על הסף. נערכו גם ניסיונות חוקתים אחרים – דוגמת ניסיונו של שר המשפטים חיים צדוק בשנת 1975 לנסח את "חוק-יסוד: החקיקה" שיכפיף, בתנאים מסוימים, את חקיקת הכנסת לביקורת שיפוטית. כל הניסיונות הללו כשלו.⁶

כמעט חמישים שנים יעברו בטרם יתוקן מצב זה, באמצעות תרופה שייתכן שהיא חמורה מן החסר שאותו מבקשת היא להשלים.

במשך תקופה ארוכה זו, ובהיעדר חוקה ומגילת זכויות, מצא בית המשפט העליון את הדרך להגן מעת לעת על זכויות האדם. בפסק הדין "בג"ץ קול העם",⁷ ובפסקי דין אחרים, יצר בית המשפט העליון "מגילת זכויות שיפוטית" שעייגנה את זכויות האדם והגנה עליהם באופן מסוים מפני שרירות ליבן של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. עם זאת, "מגילת זכויות שיפוטית" זו לא התיימרה לעמוד מעל לחוקי הכנסת אלא לפרשם באופן התואם אותה.

במהלך השנים חוקקה הכנסת 14 חוקי יסוד, אך עד היום טרם נקבעה בחקיקה כל הוראה הקובעת את מעמדו העדיף של חוק יסוד על פני כל חוק אחר. יתרה מזו: אין בחקיקה, ואף לא בתקנון הכנסת, כל התייחסות לייחוד כלשהו המתבקש מחקיקת חוק יסוד ומתיקונו או לרצינות המיוחדת שיש לייחס לחקיקה שכזו. ייחודם הפורמלי של חוקי היסוד מצוי אך בשמם, המצביע על היותם חוקי יסוד, ובעובדה שאין שמם כולל את שנת חקיקתם וזאת על מנת להציגם כעל-זמניים. יתרה מזאת: עיון בפרוטוקול הכנסת אינו מגלה שהכנסת התייחסה למעשה חקיקתם של חוקי היסוד כאל מעשה החורג מגדר חקיקה רגילה. מהחלטת הררי כשלעצמה עולה הכוונה שחוקי היסוד יקבלו תוקף כפרקים של החוקה רק לעת איגודם של חוקי היסוד לכלל חוקה שלמה. בתשעת חוקי היסוד שנחקקו עד לשנת 1988, העוסקים בעיקרם במוסדות המדינה, קבעה הכנסת מעמד מיוחד לסעיפים ספורים בלבד, בקובעה בתוכם כי על חקיקה הסותרת אותם להתקבל ברוב מיוחד.

נוכח עובדות אלו צפה ועלתה השאלה באשר למהות תפקודה של הכנסת בעת חקיקת חוקי היסוד: האם פעלה כאספה מכוונת או שמא אך כרשות מחוקקת? האם אכן לחוקי היסוד ישנו מעמד עדיף על פני החוקים האחרים? חלק מבכירי המשפטנים,

בכללם שופטים בבית המשפט העליון, סברו כי אין עדיפות לחוקי היסוד על פני החוקים הרגילים וכי עדיפותם קיימת רק במקומות שכך נקבע במפורש על ידי המחוקק.⁸

שאלות אלו התעוררו בבית המשפט העליון בפרשת ברגמן.⁹ בפסק דין משנת 1969, שעסק במימון מפלגות המתמודדות לכנסת, נקבע כי הוראה מסוימת בחוק מימון בחירות, המעדיפה מפלגות שכבר יש להן ייצוג בכנסת על פני אלה שאין להן כל ייצוג בכנסת, אינה עולה בקנה אחד עם כלל שנקבע בסעיף 4 ל"חוק-יסוד: הכנסת" ולפיו הבחירות לכנסת תהיינה שוות. עוד נקבע בפסק הדין כי לא התקיים התנאי האמור בסעיף 4 האמור, ולפיו הוראת חוק הסותרת את דרישת השוויון צריכה להתקבל ברוב של 61 חברי כנסת. בעוד בית המשפט (מפי כבוד השופט לנדוי) התייחס לאי-העמידה בתנאי שנקבע באשר לאופן החקיקה, הוא נמנע במוצהר מעיסוק בשאלת מעמד חוק היסוד ובשאלת סמכותו של בית המשפט לבטל חוקים בהיותם סותרים את חוקי היסוד.¹⁰ באותה דרך הלך בית המשפט גם בפסקי דין אחרים מאוחרים יותר, וכך בפסק דין משנת 1990, בעניין לאור, קבע כבוד השופט מנחם אלון כי –

כלל גדול הוא בידינו כי חוק שנחקק ונתקבל בכנסת, אין שאלת תוקפו של החוק נתונה לביקורת שיפוטית. יסוד מוסד של משטרנו הדמוקרטי בעל שלוש הרשויות הוא, שאין מהרהרים אחרי מעשה בית המחוקקים בחקיקתו.

... יוצא מהכלל הגדול האמור הוא חוק, שנחקק על-ידי הכנסת ושתוכנו נוגד הוראת חוק-יסוד, והכנסת "שריינה" אותה הוראה על-ידי קביעה מפורשת בחוק-יסוד, כיצד ובאיזו דרך ניתן לבטלה.¹¹

כל זאת השתנה שנתיים לאחר מכן, בעת שלחוקה-למחצה הישראלית נוספה מגילת-זכויות-למחצה. בשנת 1992 נחקקו "חוק-יסוד: חופש העיסוק" ו"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו". שלא כחוקי היסוד שנחקקו עד לאותה שעה ועסקו בעיקרם במוסדות המשטר, חוקי יסוד אלה עוסקים בזכויות (הזכות לחירות, לכבוד, לשלמות הגוף, לקניין, לפרטיות ולחופש העיסוק) וקובעים כי אין פוגעים בהן אלא במסגרת חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש ("פסקת ההגבלה").

יודגש כי חקיקתם של חוקים אלה נעשתה בתקופת ממשלה בראשות הליכוד (יצחק שמיר) והייתה תוצאתם של מאמצים כבירים שהושקעו על ידי כמה חברי כנסת אשר הכירו בחשיבותה של חוקה לביצורה של הדמוקרטיה הישראלית. בראש חברי הכנסת הללו עמדו שר המשפטים דן מרידור ויו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, אוריאל לין; שניהם חברי כנסת מטעם מפלגת הליכוד.

רבים מחברי הקואליציה שהצביעו בעד החוקים הללו לא תיארו לעצמם את

המשמעות שתיוחס אחר כך, בפרשנותו של בית המשפט העליון, למעשה החקיקה הזו; בצדק לא תיאררו זאת לעצמם שכן עד לחקיקת חוקי היסוד הללו היה מקובל כי משמעות חוקי היסוד היא לכל היותר הגבלה פורמלית של כוח החקיקה – ולא הענקת סמכות לבית המשפט לעסוק בשאלת הלגיטימיות של חקיקה חדשה שאינה עולה בקנה אחד, מבחינה ערכית, עם חוקי היסוד. ואכן, בישיבת הכנסת מיום 17.3.1992, שבה נידונה הצעת "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", הסביר יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ אוריאל לין לחברי הכנסת:

אנחנו לא מעבירים את המשקל לבית-המשפט העליון. אנחנו לא עושים כפי שהוצע ב"חוק יסוד: החקיקה", או ב"חוק יסוד: זכויות האדם", שהוגשו בזמנם. אין מוקם בית-משפט לחוקה, ואין מוקם בית-משפט לחוקה שמקבל כוח מיוחד לבטל חוקים.¹²

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עבר בקריאה השלישית ברוב של 32 תומכים מול 21 מתנגדים; "חוק יסוד: חופש העיסוק" עבר ברוב של 23 תומכים, ללא מתנגדים וללא נמנעים. לא יהיה זה מן המיותר להוסיף ולציין כי חוקי היסוד הללו נחקקו בתקופת מערכת בחירות לכנסת, שהתקיימו כעבור שלושה חודשים (ב-3.6.1992). עוד יש לציין כי עיון בפרוטוקולים של הכנסת משנת 1992 מראה כי שאלת סמכות ביטול החוקים על ידי הכנסת נידונה באופן מפורש במליאה, וחלק מחברי הכנסת שהתנגדו לחוק היסוד (למשל ח"כ מיכאל איתן) נימקו זאת בכך שהם אינם מעוניינים לאפשר לבית המשפט לפסול חוקים. על רקע חשש זה, החליטו חלק מתומכי חוקי היסוד הללו להתנות את תמיכתם בו בהוספת סעיף הקובע כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד".

בשנת 1995, בעקבות חקיקתם של חוקי יסוד אלה, ניתן על ידי בית המשפט העליון פסק הדין בעניין בנק המזרחי,¹³ שבו קבע בית המשפט את מעמדם הנורמטיבי העדיף של כל חוקי היסוד על פני החקיקה הרגילה. בית המשפט קבע כי מסמכותם של בתי המשפט, בכל הערכאות, לדון בשאלת התאמתם של חוקים להוראות חוקי היסוד ולהכריז על בטלותם במקרה של היעדר התאמה. פסק דין זה הביא לשינוי דרמטי במבנה החוקתי של המדינה ובתפקידם של בתי המשפט במסגרתו. לא בכדי כינה כבר אז נשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט אהרן ברק, את מעשה חקיקת חוקי היסוד משנת 1992, והפרשנות שניתנה להם, בתואר "המהפכה החוקתית".

בעוד בעבר השתדלו השופטים למעט ככל הניתן בהכרעה בשאלות ערכיות בעת שהתעוררה שאלת תוקפו של חוק, וניסו לצמצם עצמם לשאלות פורמליות (כפי שנעשה בפרשת ברגמן), הנה מעתה דן בית המשפט בשאלת משמעותם של הזכויות והערכים המוגנים הקבועים בחוקי היסוד ואף נותן להם פרשנות מרחיבה. כך למשל גזר בית המשפט את הזכות לשוויון ולחופש הביטוי מן הזכות לכבוד האדם,¹⁴ וזאת אף שזכויות אלו הושמטו בכוונת-מכוון מהצעת חוק היסוד בשל אי-ההסכמה בין חברי

הקואליציה להכללתם. במהלך השנים ניתנה פסיקה שממנה עולה נכונותו של בית המשפט העליון להכיר אף ב"זכויות חברתיות" – זכויות לתנאים מינימליים של קיום חומרי ונפשי (כזכויות סוציאליות, בריאות וחינוך) – כחלק מכבוד האדם; ומובן כי אלה הם עניינים שקשה להכריע בהם מבלי להתייחס גם לשאלות בדבר חלוקת כספי הקופה הציבורית.¹⁵

למעשה, נראה כי טרם נאמרה המילה האחרונה באשר להיקף סמכותה של ביקורת החקיקה שקובע בית המשפט העליון בפרשנותו. למשל, בתיק בג"צ 5555/18 אכרם חסון ואח' נ' כנסת ישראל ואח', שעניינו תוקפו של "חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי" שנחקק לאחרונה, החליט בית המשפט העליון לקיים דיון בהרכב מורחב; אלא שפשרה של החלטה לקיים דיון בשאלת תוקפו של חוק יסוד אינו ברור כל עיקר, שהרי לכאורה חוקי היסוד הם עצמם הבסיס לביקורת השיפוטית ואינם נתונים לביקורת. אפשר שכל כוונתו של בית המשפט היא לדון בפרשנותו של חוק יסוד זה, ובצורך לפרשו בהתאמה לעקרונות שפורשו כמוגנים על ידי "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (כגון עקרון השוויון); אלא שנוכח הבעיה החוקתית שבה אנו דנים, עצם ההחלטה לקיים דיון בעתירה זו מעמיקה את המתח ומקצינה את השיח בדבר שאלת סמכויותיו של בית המשפט העליון.

בישראל קיים אפוא הסדר בעייתי שהתגבש באופן בעייתי: יש לה חוקה דה-פקטו, שכן חוקי היסוד נהנים בפועל ממעמד עדיף על פני חוקים "רגילים"; יש לה גם מגילת זכויות אדם דה-פקטו, בשל הכללתם של זכויות האדם ב"חוק-יסוד: חופש העיסוק" וב"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו"; קיימת בה ביקורת שיפוטית חזקה, שבמסגרתה לבתי המשפט נתונה הסמכות להורות על בטלותם של חוקים; אולם שיטת מינוי השופטים מקצועית ואינה פוליטית, בהתאם למסורת הבריטית של השיטה הישראלית. נמצא שבישראל מתקיימת סטייה חריפה מעיקרון הייצוגיות, עיקרון שהוא מנשמת אפה של הדמוקרטיה, בכך שגוף המורכב מחברים בלתי-נבחרים מחזיק במילה האחרונה בכל הנוגע לסוגיות ערכיות השנויות במחלוקת ציבורית.

ב-18 מקרים מאז ניתן פסק הדין בעניין בנק המזרחי (1995) ועד היום, פסל בית המשפט העליון חוקים או חלקי חוקים. יש האומרים כי מספר זה מעיד על הזהירות הרבה שבה מופעלת סמכות בית המשפט העליון לעשות כן, אך חשוב לציין כי פסילת חוקים אינה אלא הביטוי המוקצן לכוחו של בית המשפט: בהינתן האפשרות העקרונית לביקורת שיפוטית על החקיקה, נכתבים החוקים מראש מתוך התחשבות באפשרות הפסילה שלהם. ידו הארוכה של בית המשפט נכנסת אפוא לתוך הליכי החקיקה עצמם, והעובדה שרק חוקים מעטים נפסלים אינה מעידה בהכרח על מעורבות פחותה.¹⁶ מכל מקום, יש הגורסים כי גם פסילות בודדות מערערות את האיוון החוקתי, שכן בעיניהם אין הדבר מצוי כלל בסמכות בית המשפט. ביקורת על פרקטיקה זו נשמעה גם מקרב משפטנים בכירים, בהם גם שופטים של בית

המשפט העליון בדימוס. כך למשל נמתחה ביקורת על פסק הדין בעניין בנק המזרחי מפי נשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט משה לנדוי;¹⁷ הוא סבר כי "החוקה, כפי שתוארה על ידי הנשיא ברק, היא היחידה בעולם שנוצרה באמרי פיו של בית המשפט".¹⁸ עוד הדגיש השופט לנדוי כי להבדיל מפסיקת בית המשפט העליון בארצות הברית, המבוססת על חוקה, הרי "אצלנו אינה קיימת חוקה כזאת, אלא הכול הוא פרי הקונסטרוקציה המשפטית של בית-המשפט עצמו, כולל רעיון העליונות השיפוטית".¹⁹ גם המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט מישאל חשין ז"ל, שישב בהרכב שנתן את פסק הדין בעניין בנק המזרחי, אמר כי "הענקת סמכות מכוונת לכנסת בפסק-הדין בעניין בנק המזרחי ראיתי, ואני רואה בה עד היום, מעין מעשה-כשפים, אל-כימיה במיטבה, יצירת יש-מאין".²⁰ גם באקדמיה, חוקרים בולטים מתנגדים ל"מהפכה החוקתית", ביניהם פרופ' רות גביון²¹ ופרופ' דניאל פרידמן.²²

טענת המתנגדים לפעולה זו של בית המשפט היא שבהתנהלותו מסיג בית המשפט את גבולה של הרשות המחוקקת; נטען גם שבית המשפט נטל לעצמו סמכות לבטל חוקים בלא שהדבר נקבע בחוקה, או בחקיקה של הכנסת, וכי לא ראוי שקביעה בנוגע לסמכות בית המשפט בעניין כה יסודי בשיטת המשפט והמשטר תיקבע על ידי בית המשפט בדרך של פרשנות. עוד נטען שאין זה ראוי ששופטים שאינם נבחרים בידי האזרחים מכריעים בשאלות ערכיות ומבטלים את קביעות המחוקקים, נבחרים העם, מפני עמדתם הערכית. לעומתם, טוענים תומכי בית המשפט כי יש לאזן את ריכוזיות הכוח שבידי הרשות המבצעת בישראל, השולטת ללא מצרים – כפי שהתריע בזמנו מר בגין – ברשות המחוקקת, וכי מבלעדי בית המשפט אין כל בלם אפקטיבי לכוחה-זה.²³

מצב דברים זה, היינו שבהיעדר הכרעת המחוקק באשר לעניינים החוקתיים הבסיסיים-ביותר נקבע ההסדר על ידי בית המשפט העליון, הוביל לחיכוך בין הרשויות, ולשיח בוטה, הולך ומקצין, של אישי ציבור. כך נשמעים ביטויים צורמים במיוחד דוגמת אמירתו של ח"כ מוטי יוגב שלפיה "צריך להרים כף של טרקטור D9 על בג"ץ" ו"אנחנו כמערכת מחוקקת נדאג לרסן את השלטון המשפטי במדינה ואת הזנב שמכשכש בכלב".²⁴ נדמה כי שיאו של שיח מזיק זה הושג אך באחרונה כששר המשפטים אמיר אוחנה אמר בריאיון עיתונאי שנתן לרגל מינויו לתפקיד כי "לא כל פסק דין צריך לקיים".²⁵ בעמדה הפוכה אוחזים חברי האופוזיציה כיום, כמו גם חלק גדול מאנשי מערכת החוק ואזרחים הדוגלים בערכים המקובלים במדינות המערב ומקודמים על ידי בית המשפט העליון; לפי דעתם, יש לשמר את כוחו של בית המשפט העליון כמגן הדמוקרטיה ושלטון החוק. לפי השיח הנקוט בפיהם, כל מעשה חקיקה של הכנסת הבא לשנות מן המצב שנוצר בפסיקת בית המשפט העליון הרי הוא בגדר "חוק עוקף בג"ץ".

אין ספק כי האווירה העכורה שנוצרה סביב שאלת חלוקת הסמכויות בין הכנסת לבין

בית המשפט גורמת לפיחות בכבוד שרוחש הציבור לרשויות, ובכלל זה גם לבית המשפט העליון;²⁶ ולא יהיה זה מיותר להוסיף ולהדגיש בהקשר זה את חשיבותו הרבה של אמון הציבור כבסיס לשלטון החוק.²⁷ מעבר לפגיעה זו, עשוי מצב הדברים להוביל לתגובת-נגד קיצונית מדי של הכנסת, שתקבע מנגנון חוקתי שיבטל את הביקורת על חוקיה או שיפחית מדי מכוחה של הביקורת. ובכן, מצב העניינים הנוכחי – אסור לו שיימשך.

השלמת המבנה החוקתי: הצעות שנידונו עד כה

הסכנה שבמצב העניינים הנוכחי לא נעלמה מעיני המומחים בתחום ומעיני אישי הציבור, ושיח ער מתנהל לגבי הדרכים שבהן יש לתקן את המבנה החוקתי של ישראל. עיון בהצעות אלו מראה כי הן אינן חפות מבעיות משמעותיות משל עצמן ואין בהן כדי להמציא מזור למציאות שאליה נקלענו.

חלק מן ההצעות מבקשות להגביר את הפוליטיזציה והייצוגיות של השופטים העוסקים בביקורת שיפוטית, בדומה למדינות שבהן קיימת ביקורת שיפוטית חזקה (כאמור). כך לדוגמה, היה מי שהציע להקים בית משפט לחוקה שחבריו ימונו באופן המשקף את עמדות הזרמים השונים בחברה;²⁸ וכן הוצע לשנות את אופן בחירת השופטים בכלל.²⁹

חלק מההצעות מכוונות להוספת איזונים ובלמים למעשה הביקורת השיפוטית. כך לדוגמה היה מי שהציע כי הסמכות להכריע בשאלת תוקפו של חוק תינתן לבית המשפט העליון בלבד,³⁰ וביטולו של חוק יותנה בקיומו של דיון בהרכב מורחב וברוב מיוחס של לפחות שני שלישים מחברי ההרכב.³¹

כיוון שלישי כולל הצעות העוסקות בשינוי חלוקת הסמכויות בין הרשויות. הצעה אחת הייתה לשלול לחלוטין את סמכות בית המשפט להכריז על בטלות חוקים.³² עוד הוצע להותיר בידי בית המשפט רק את הסמכות להכריז כי חוק מסוים עומד בסתירה לחוק יסוד ולהציע לכנסת לתקנו (בדומה להסדר בבריטניה) כך שכל עוד לא תחליט הכנסת בדבר, יעמוד החוק בעינו.³³ עוד הוצע לאפשר לכנסת לחוקק מחדש חוק שנפסל על ידי בית המשפט (בדומה להסדר בקנדה).

ב-19.12.2017 פורסם תזכיר "חוק-יסוד: החקיקה",³⁴ המבקש לקבוע לראשונה בחוק יסוד את עצם סמכות הכנסת לחוקק חוקים רגילים, ואת סמכותה לחוקק חוקי יסוד ברוב של 61 חברי כנסת; כן קובע התזכיר את מעמדם העדיף של חוקי היסוד על פני החוקים הרגילים. בתזכיר זה נכלל גם ניסיון לקבוע הסדר ביחס לביקורת החוקתית – הסדר השאול מכמה מההצעות שנמנו לעיל. לפי ההצעה, המכונה "פסקת ההתגברות", תישמר לבית המשפט העליון בלבד הסמכות להכריז על בטלות חוקים; ולהכרעה כזו יהיה תוקף רק אם ישב בית המשפט בהרכב של תשעה שופטים

וההחלטה התקבלה ברוב של שני שלישים. משהתקבלה החלטה כזו, תעמוד לכנסת האפשרות לאשר את החוק או לתקנו, וזאת ברוב של 61 חברי כנסת. תוקפו של החוק שיאושר למרות הביקורת השיפוטית יהיה לחמש שנים, והארכתו תדרוש החלטה נוספת של הכנסת.

רעיון "פסקת ההתגברות" אינו רעיון חדש והוא נקבע כאמור במגילת הזכויות הקנדית. למעשה, גם בחקיקה הישראלית כבר אומץ רעיון זה: הוא נכלל ב"חוק-יסוד: חופש העיסוק" (תיקון משנת 1994, סעיף 8[א]), שבו נקבע כי הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה תואמת את הוראות חוק היסוד, בתנאי שנכללה בחוק שנתקבל ברוב של 61 חברי הכנסת ונאמר בו במפורש שהוא תקף על אף האמור בחוק היסוד. עוד נקבע שם כי תוקפו של חוק שכזה יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, אלא אם נקבע בו מועד מוקדם יותר, אך תוקף החוק ניתן להארכה.

ההצעה לקבוע את פסקת ההתגברות כהסדר חוקתי כללי הועלתה כבר בעבר במסגרת המלצות ועדה ציבורית משנת 2004 (שהוקמה לפי החלטת ממשלה) בראשות עו"ד יעקב נאמן ז"ל. מאז הועלו הצעות שונות המכניסות בה שינויים שונים, ובעיקרן דומות לתזכיר האמור. השוני בין ההצעות מצוי בעיקר בשאלת הרוב הדרוש להתגברות על הכרעת בית המשפט: לפי המלצת הוועדה הציבורית, נדרש רוב של 70 חברי כנסת; בהצעות המאוחרות הופחת השיעור ל-65; וכעת הוא הופחת ל-61 חברי כנסת.

המצדדים בפסקת ההתגברות מדגישים שהיא תאפשר ליצור דיאלוג בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת בשאלות חוקתיות, תוך מתן זכות המילה האחרונה לרשות המחוקקת כנציגת הציבור, לצד הבטחת דיון רציני ומורכב בסוגיות אלו. השוללים אותה מדגישים שהשימוש העיקרי בפסקת ההתגברות ייעשה בחקיקת חוקים שלגביהם פסק בית המשפט שהם פוגעים בזכויות האדם באופן בלתי-מידתי, ולפיכך עלולה פסקת ההתגברות לגרום לפגיעה חמורה בזכויות האדם, בפרט בזכויות המיעוט, תוך שלילת זכותם של הנפגעים מחוקים אלה לעתור נגדם. הסכמה עקרונית ומסויגת לפסקת ההתגברות הובעה גם מצידם של מובילי המהפכה החוקתית, ובראשם כבוד השופט אהרן ברק, אך לרוב בסייגים שונים (למשל: דרישה שהדבר ייעשה במסגרת חקיקת "חוק-יסוד: החקיקה", לצד הסדרת מעמדם של חוקי היסוד ומעמד הביקורת השיפוטית; וכן העלאת שיעור הרוב הדרוש למימוש ההתגברות). כבוד השופט ברק הביע את תמיכתו בפסקה שתדרוש רוב של 70 חברי כנסת לפחות.

על פניו, בהתחשב במורשתה הבריטית של שיטת הממשל בישראל, ובכלל זה שיטת מינוי השופטים, ההסדר החוקתי המתאים ביותר לישראל הוא זה המקובל בבריטניה, שלפיו אין לבית המשפט הסמכות אלא להביע דעתו בשאלה החוקתית, ולפרלמנט

נתון החופש לתקן את החוק או להתעלם מן הפסיקה. אך אליבא דאמת אין זה נכון: למשטר הבריטי כמה מאפיינים שונים מזה הישראלי, ובכללם: מערכת מפלגתית שונה; ממשלה שהיא על פי רוב חד-מפלגתית; בית שני עליון הנושא בסמכות ביקורת על מעשה החקיקה; ושיטת בחירות אזורית המחזקת את תלות חבר הפרלמנט בבחוריו ומפחיתה את תלותו במפלגה ואת תלות חברי הקואליציה בממשלה. כמו כן, נהנית בריטניה ממסורת פוליטית עשירה של כבוד הדדי של הרשויות, שעוצבה במשך מאות שנות חיכוכים בין גורמי הכוח השונים בה. אימוץ השיטה הבריטית בישראל בעניין הביקורת השיפוטית, ורק בה, עלול להפחית מכוחה של פסיקת בית המשפט בעניינים חוקתיים עד למעמד הקרוב להמלצה – בדומה למידת השפעתו של דו"ח מבקר המדינה על משרדי הממשלה.

נראה כי השיטה הקנדית של "פסקת ההתגברות" טובה מזו של בריטניה, אולם ישנו קושי משמעותי באימוצה בישראל – קושי הנעוץ בשאלת הרוב הדרוש בכנסת לאישור חקיקה שנפסלה על ידי בית המשפט העליון. קושי זה נובע מכשלים מובנים בשיטה הפרלמנטרית, שבה רוב חברי בית הנבחרים מקיימים את הממשלה ומנוהלים על ידיה, ואילו יתר חברי הבית פועלים כאופוזיציה לעמדת הממשלה. נוכח מצב זה, בדרך כלל, דינה של הצעת חוק נחרץ בהתאם לזהות חברי הבית העומדים מאחוריה: הצעות חוק של חברי הקואליציה יתקבלו, והצעות חוק של חברי האופוזיציה ייכשלו. כלל שלפיו די ברוב של 61 חברי כנסת לשם השארת-בעינו של חוק שנפסל על ידי בג"ץ – אין בו כדי לבטא את ההסכמה הרחבה הדרושה לשמירה על ערכים מוגנים המוסכמים על כלל מניינה ובניינה של החברה; תחת אשר תידרש הסכמה רחבה בכל הנוגע לפגיעה בערכי יסוד, תוכל כל קואליציה כמעט לפגוע בערכים אלה – אם רק תחפוץ בכך. מאידך-גיסא, מאחר שבדרך כלל אין הקואליציה מונה 70 חברי כנסת, הרי שנוכח האמור – ודאי נוכח ההיסטוריה של כנסת ישראל – ניתן לומר כי דרישת רוב של 70 חברי כנסת היא בגדר דרישה שכמעט אין אפשרות לעמוד בה. המודוס-אופרנדי של האופוזיציה בישראל הוא למנוע הישגים של הקואליציה; ולפיכך אפילו יסברו למעלה מ-70 חברי כנסת מן הקואליציה והאופוזיציה שחוק מסוים ראוי הוא, משמעותה של דרישת רוב 70 חברי כנסת לקיומו היא שחוק כזה לא יאושר. הצעה שהועלתה בעבר ואשר לפיה הרוב הדרוש יהיה בן 65 חברים היא הצעה סבירה יותר משתי ההצעות הנזכרות, אך גם היא אינה מספקת משום שאין זה חיזיון נדיר מאוד שקואליציה מונה מספר כזה של חברים.

דרוש לנו אפוא כיוון אחר לתיקון המשטר, כיוון אשר ישלים את המבנה החוקתי הישראלי, ייצור איזון בין הרשויות, יתגבר על בעיית חוסר הייצוגיות באופן המאפשר פתרון לגיטימי לסוגיות ערכיות שבמחלוקת, ישיב את אמון הציבור במוסדות השלטון, וימציא מזור לקיטוב שבו שרויה החברה הישראלית.

מועצת חוקה: הפתרון הנכון לישראל

נוכח כל האמור, דומה כי המודל שעשוי להיות פתרון אופטימלי לדילמה החוקתית הישראלית הוא דווקא המודל הצרפתי: כינונה של מועצת חוקה שתפקידה יהיה להכריע בסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית ונוגעות ליסודות המשטר. מדובר בהקמתו של גוף נוסף במסגרת הרשות המחוקקת, אשר יורכב מאישי ציבור ובעלי משרות בכירות בדימוס; גוף שחבריו יזכו לאמונם של לפחות 70 חברי כנסת ויבחרו לתקופה קצובה ובלתי-מתחדשת. בחירת חברי המועצה על ידי חברי הכנסת – ולא על ידי בעלי תפקידים פוליטיים כבמודל הצרפתי – תבטא ייצוגיות טובה-יותר של חברי המועצה ותקנה להם את המעמד הציבורי הנחוץ לפעולתם. להבטחת ייצוגיות טובה-יותר ראוי לשקול הגדלה משמעותית של מספר חברי המועצה – מתשעה חברים לכדי כמה עשרות חברים.

ניסיונם העשיר של חברי הגוף בעבודה בשירות הציבור, העובדה שמינויים-לתפקיד ייעשה לתקופה קצובה, וכן כהונתם בגוף זה בשלהי הקריירה הציבורית שלהם – כל אלה יבטיחו כי השפעתם של שיקולים פוליטיים צרים על חברי הגוף תהיה פחותה וכי ראייה רחבה של צורכי המדינה והחברה היא שתוביל אותם. מאחר שכל אחד מחברי המועצה ייבחר ברוב של 70 חברי כנסת, הרי שהכרעת רוב מוחלט של חבריה תהיה נחוצה ומספקת לשם אישורו של חוק, או דחייתו, משיקולים חוקתיים.

מלבד הכרעה בדבר הוראות חוק שנמצאו סותרות חוקי יסוד על ידי בית המשפט, ניתן להטיל על גוף זה תפקידים נוספים: ניתן להסמיכו להכריע בעניינים שבהם סובלים חברי הכנסת מניגוד עניינים מובנה (כגון ההכרעה בדבר גובה שכרם וחסינותם) וכן לגבש כללי אתיקה לחברי הכנסת ולקיים ועדת משמעת לחברי הכנסת. כמו כן ניתן להטיל עליו מינוי לתפקידים בכירים כגון נשיא בית המשפט העליון, מבקר המדינה והיועץ המשפטי לממשלה. ניתן להסתייע בגוף זה גם לטובת מעשה החקיקה ולהפקיד בידיו סמכויות שיקלו על ההתמודדות עם בעיית גודש הליכי הסרק של הצעות חוק פרטיות, המעמיסות עד לעייפה על עבודת הכנסת. גוף זה יוכל להקפיא לתקופה הצעות חוק שאותן ימצא כבלתי-חוקתיות-לכאורה, כפרסונליות, או כחסרות סיכוי של ממש להתקבל. כמו כן אפשר להסמיך גוף זה לגבש הצעות חוק ותיקוני חקיקה שבהם יבחר לעסוק, והללו יועברו לכנסת לקריאה ראשונה.³⁵

גוף כזה יוכל להועיל למערכת הפוליטית גם בתחומים נוספים, ותועלות אלו כשלעצמן מצדיקות את הקמתו. ראשית, קיומו של גוף המושפע-פחות משיקולים מפלגתיים יקטין את הפילוג בחברה, יתרום לגישור על פני השסעים ולצמצום המחלוקות. שנית, לגוף כזה תהיה תרומה לתדמית אנשי הרשות המחוקקת, בהעמדת מודל של נבחרי ציבור שטובת הציבור נגד עיניהם; ובכך יושג שיפור במעמד הכנסת וחבריה, בדומה לשינוי החיובי-מאוד שחל בתדמיתם של חברי הכנסת שמונו לנשיאי

המדינה. כהונה כחברי הגוף הזה עשויה בהחלט להיות חתימה ראויה ואטרקטיבית של מפעלם הציבורי של חברי כנסת ואנשי ציבור שפרשו מתפקידיהם.

הקמתו של גוף שלטוני חדש נדמית כצעד דרמטי – ואכן יש לו משמעויות דרמטיות – אך בפועל היא עשויה להיות קלה ופשוטה ביותר: היא אינה דורשת שינויים מבניים משמעותיים במערכות הקיימות; והיא אף אינה דורשת הקצאת משאבים משמעותית, משום שעלותו של גוף כזה אמורה להיות נמוכה (במיוחד אם חבריו יהיו כאלה הנהנים כבר מפנסיה מן הקופה הציבורית).³⁶

איני רואה כל סיבה שהקמתה של מועצת חוקה תזכה להתנגדות ציבורית חריפה. יצירת קונצנזוס סביב רעיון זה היא בגדר האפשר, וממילא גם תיקון הליקוי החמור ביותר במשטר הישראלי הוא בגדר האפשר. ובכן, המעבר ממשטר בולט-בליקוי אל משטר דמוקרטי ראוי-לשמו הרי הוא בהישג ידינו.

1. באשר לפרטי ההסדרים השונים ראו: רוזי אטיאס, סקירה משווה בנושא: ביקורת שיפוטית על חקיקה, ירושלים: מרכז המחקר והמידע של הכנסת, תשס"ח; יואב דותן, "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות – מבט השוואתי", ממשל ומשפט, י' (תשס"ז), עמ' 489–520.
2. בהולנד, בית המשפט אינו מוסמך לקבוע אי-התאמה של חוק לחוקה או לאמנה, אך בהכרעתו במקרה שבדיון רשאי הוא להתעלם מחוק מסוים. הסדר דומה קיים בשוודיה, אך בית המשפט השוודי נוהג כך רק במקרים נדירים כשמדובר בטעות בחקיקה שאין עליה עוררין ותוך נתינת משקל רב לדעתו של המחוקק. בנוורגיה אין בית המשפט מוסמך להכריז על בטלות חוק אך הוא רשאי לפסוק בגין פגיעה חוקתית.
3. ראו באתר הרשמי של המועצה בכתובת <https://constitutionnel.fr/en/www.conseil>.
4. דברי הכנסת, ישיבה 113 של הכנסת הראשונה, 7.2.1950, עמ' 740. כנגד דברי בגין הועלתה בכנסת הטענה שגם בבריטניה אין חוקה. על כך השיב בגין באומרו שיש שם "חוקה לא כתובה" וראו להלן בהערה הבאה.
5. המשטר הישראלי אומנם עוצב לאור רעהו הבריטי, אך קיימים ביניהם הבדלים משמעותיים ולכן בריטניה אינה טובלת מהכשל החוקתי הקיים במדינת ישראל מאז היווסדה. הבדלים אלה יפורטו להלן במסגרת סקירת ההצעות שנידונו עד כה.
6. משה נגבי, מעל החוק, תל-אביב: עם עובד, 1987, עמ' 36.
7. בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז, עמ' 871.
8. כך למשל סברו נשיא בית המשפט העליון בדימוס, משה לנדוי (בריאיון שניתן על ידו לביטאון לשכת עורכי הדין, הלשכה, ינואר 1995), המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס, מנחם אלון (ראו להלן הערה 11); השופט מישאל חשין (בפסק דינו בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נגד מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט' 4], עמ' 221; על עמדתו חזר במאמרו "תגובות", מאזני משפט, ו' (תשס"ז), עמ' 503; ופרופ' רות גביוון (במאמרה "המהפכה החוקתית: תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", משפטים, כח [תשנ"ז], עמ' 123–128).
9. בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג(1), עמ' 693.
10. שם, עמ' 696.
11. בג"ץ 142,172/89 תנועת לא"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד מד(3), עמ' 529.
12. דברי הכנסת, ישיבה 398 של הכנסת השתיים-עשרה, 17.3.1992, עמ' 3783.
13. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), עמ' 221.
14. בג"צ 5342/96 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3), עמ' 353, 362; בג"צ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5), עמ' 749, 759; בג"צ 5441/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4), עמ' 132, 94.

15. ראו: בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3), עמ' 464 (בפסק דין זה נקבע שאדם זכאי לתנאי קיום נאותים שיאפשרו לו "לנהוג את חייו הרגילים כבן אנוש בלא שתכריע אותו המצוקה ותביא אותו לכלל מחסור בלתי נסבל"); בג"ץ 10662/04 סלאח חסן נ' המוסד לביטוח לאומי ואח', פ"ד סה(1), עמ' 782 (בפסק דין זה נקבע כי הזכויות החברתיות וההגנה החוקתית עליהן זהות לאלה של הזכויות האזרחיות והפוליטיות; הנושא עלה גם בכמה פסקי דין נוספים אך עד עתה לא קיבל בית המשפט עתירות אלא באורח נגטיבי, כגון בפרשת חסן שבה פסל תקנה הקובעת שאדם לא יהיה זכאי לקצבת הבטחת הכנסה אם יש רכב בבעלותו, וקבע כי יש לערוך בדיקה פרטנית).
16. בנאום שנשא לאחרונה בכנס העמותה למשפט ציבורי (שהתקיים ב-12.2019) אמר פרקליט המדינה היוצא שי ניצן: "אין לכם מושג כמה עתירות חוסכים פרקליטי מחלקת הבג"צים לשופטים כאשר הם אומרים למדינה – על זה אנחנו לא נגן" (ראו גיל ברינגר, "מהפכת הסבירות של השופט נעם סולברג", גלובס, 13.12.2019).
17. ראו בריאיון שניתן על ידו לביטאון לשכת עורכי הדין, הלשכה, ינואר 1995.
18. "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים", המשפט, ה (תשס"א), עמ' 254.
19. משה לנדוי, "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית- המשפט: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי", משפט וממשל, ג (תשנ"ו), עמ' 697-712.
20. מייסאל חשין, "תגובות".
21. רות גביוון, "המהפכה החוקתית".
22. דניאל פרידמן, הארינק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה, תל-אביב: משכל, 2013, עמ' 587.
23. ראו למשל מאמרם של מרדכי קרמניצור ועמיר פוקס, "הפרדת הרשויות או חלוקה של סמכויות", זמין לעיון באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה.
24. חוקי ברוך, "יגוב: להרים על בג"ץ כף של טרקטור D9", ערוץ 7, 29.7.2015.
25. ריאיון עיתונאי (לעמית סגל, חדשות ערוץ 12) מיום 12.6.2019.
26. על הפיחות בתדמית בית המשפט העליון על פני השנים, ראו למשל נעה שפיגל, "סקר: ירידה באמון הציבור בבית המשפט ובמטרה", הארץ, 21.5.2017.
27. ראו דברי הנשיא שמגר בבג"צ 433/87 רכטמן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4), עמ' 606, 610; ובבג"ץ 506/89 בארי נ' כוכבי שבתי, פ"ד מד(1), עמ' 604, 608.
28. הצעת חוק של ח"כ יגאל ביבי מ-2.8.2000, והצעת חוק של ח"כ אליעזר כהן מ-12.6.2000. דיון בנושא (התומך בסברה זו) ראו במאמרו של פרופ' קלוד קליין, "בית דין לחוקה, שלא כצקתה!", מחקרי משפט, יט (תשס"ג), עמ' 497-513.
29. דיון בנושא ראו במאמרו של מנחם מאוטנר, "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב-תרבותית", מחקרי משפט, יט (תשס"ג), עמ' 423-460. סיכום הביקורת שהושמעה מקרב אנשי ציבור והצעות לחקיקה ראו שם בעמ' 427.
30. כהמלצת דו"ח ועדת אור לבדיקת מבנה בתי המשפט משנת 1997. דו"ח הוועדה מקבל בעיקרו את עמדותיו של הנשיא ברק, כפי שהוצגו בעדותו בפני הוועדה, ולפיהן הסמכות לדון בחוקתיות דברי החקיקה תיוחד לבית המשפט העליון. על פרטי ההצעה ראו שחר גולדמן, הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט: יתרונות מול סכנות, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999. זמין במרשתת.
31. הצעתו של פרופ' פרידמן בישיבת ממשלה מ-14.1.2008, בעת ששימש שר המשפטים. ראו פנחס וולף, "אולמרט לברק: אינך מצבי לעצמך גבולות", וואלה, 7.9.2008.
32. הצעתו של פרופ' רות גביוון, "היעדר ביקורת שיפוטית", דגמים של ביקורת שיפוטית: פרוטוקולי הכינוס החמישי של המועצה הציבורית, נובמבר 2011, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2001, עמ' 39-47.
33. הצעת "חוקי-סוד: ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת" של ח"כ אברהם רביץ (יהדות התורה). הצעת חוק פ/17/1864 שנידונה בכנסת ב-28.2.2007.
34. תזכיר "חוקי-סוד: החקיקה", קשרי ממשל, 19.12.2017.
35. חלק מתפקידיים אלה נמנים לעיתים, במקצת מדינות המערב, בין תפקידי הבית העליון של צד בית הנבחרים. בכל מקום שבו קיים בית עליון, סיבת הקמתו, ייעודו ותפקידיו שונים הם, בהתאם לצורכי המקום והזמן, אך אין כאן המקום להרחיב בסוגיה זו.
36. מטבע הדברים, המשמעות הרבה שיפיק חבר הגוף מעצם חברותו בגוף זה ועשייתו הציבורית במסגרתו תהיה מטרת החברות בו. ניתן לקבוע כי כל שכר וגמלה מן הקופה הציבורית שלהם זוכים חברי הגוף ייחשבו כחלק משכר חברותם בגוף זה.