

פודקסט – ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד – בג"ץ סתיו שפיר נ' הכנסת

שלום לכולם,

לפני מספר ימים, פורסם פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין סתיו שפיר (5969/20). העתירה, אשר נדונה בהרכב מורחב של 9 שופטים, עסקה בשאלת הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון על עבודת הכנסת **כרשות מכוננת** – בניגוד לעבודה של הכנסת רשות מחקת – ובסוגיית 'השימוש לרעה בסמכות הרשות המכוננת'.

בפסק הדין הזה, נקבע בדעת רוב, של שישה שופטים למול שלושה, כי הכנסת – כרשות מכוננת – אכן עשתה שימוש לרעה בסמכותה כרשות המכוננת ועל כן – קבע בית המשפט כי יש להודיע על 'התראת בטלות'.

מה זה אומר? מה בדיוק היה בפסק הדין? האם בג"ץ חרג מסמכותו? והכי חשוב – מה המשמעויות העתידיות של החלטה – והאם ניתן להסיק מפסק דין זה לפסק דין שיינתן בעתיד לגבי חוק הלאום? אנסה להסביר בפודקסט הזה.

כפתיח קצר, ועל מנת להבין טוב יותר את המורכבות, נזכיר את הבסיס:

לכנסת ישראל שני כובעים שונים. האחד – והמפורסם יותר – הוא הרשות המחוקקת. במסגרת זאת, הכנסת מחוקקת חוקים, נותנת אמון בממשלה, וכיוצא בזה.

השני, הוא הרשות המכוננת. הרשות המכוננת, היא הרשות המוסמכת לכונן – או במילים אחרות לחוקק או לייצר-חוקה. כידוע, חוקה כדברי השופטת ברק-ארז – " אמורים להתוות את "כללי המסגרת" לפעילות של המדינה, " – ומסדירה את מבנה המשטר, חלוקת התפקידים בין הרשויות וסמכויותהם וזכויות אדם. לחוקי היסוד – מהיותם חוקה – יש מעמד נורמטיבי גבוה יותר מאשר לחקיקה רגילה על כל המשתמע מכך – לרבות חסינות (מוגבלת או מלאה – כפי שנראה להלן) מביקורת שיפוטית.

בפסק דין מזרחי, קבע בית המשפט העליון כי בישראל, חוקי היסוד, מהווים חוקה מהותית ובפועל נהנים ממעמד של חוקה.

החוקה – היא שמגדירה – בין היתר – את תפקדה של כל רשות – לרבות הרשות השופטת.

נכון להיום, כאשר בית המשפט העליון מבטל חוק של הכנסת – הוא עשה זאת בשל העובדה שהוא סותר את חוקי היסוד או פוגע בהם באופן בלתי מידתי. בית המשפט שואב את כוחו לעשות זאת, מתוך החוקה עצמה (באמצעות פסקת ההגבלה למשל).

לאור זאת, נשאלת השאלה אם כן, האם יש בסמכותו של בית המשפט העליון, לדון בכלל ולהחיל ביקורת שיפוטית בפרט, על חוקי היסוד – אשר מעמדם הנורמטיבי גבוה יותר, ובעצם מכוחם מקבל בית המשפט העליון את סמכותו לפעול.

אז כדי להתחיל לענות על השאלות הרבות, נתחיל בהתחלה:

בג"ץ סתיו שפיר עסק בתיקון של חוקי יסוד, אשר נחקק במטרה למנוע התפזרות של הכנסת – ויציאה לבחירות נוספת – רביעיות במספר, בתוך שנתיים. זאתף בשל אי העברת תקציב. מה שמוכר לציבור כ- "פשרת האוזר".

בפסק הדין, נאלצו השופטים לתמודד עם שתי סוגיות מרכזיות:

האחת – ועליה לא ארחיב – היא העובדה כי מדובר בעתירה תיאורטית. היות שחוקי היסוד שתוקנו, היו הוראת שעה (זמניות), אשר פגו והכנסת, אשר עסקה בנושא כבר התחלפה ומאז היו בחירות. לכן, על פניו, מדובר בעניין תיאורטי.

ככלל, בית המשפט העליון לא יידון בעניינים תיאורטיים. לכלל זה יש חריג, ועל פי דעת הרוב בפסק הדין, החריג אכן חל לעניין זה. אבל, כאמור, אני מבקש לא להתעכב על נושא זה.

מה שכן אגיד – שלנוכח העובדה שמדובר בעניין תיאורטי, יצאה "התראת בטלות" – דהיינו – אזהרה לכנסת, שאם תפעל באופן דומה פעם נוספת, החקיקה תבוטל על ידי בית המשפט. אבל כעת אין מה לבטל, שכן מדובר בחקיקה שכבר איננה רלוונטית.

הסוגיה השניה – והחשובה יותר - האם ניתן להחיל במקרה זה – כאשר מדובר בחוק יסוד – ביקורת שיפוטית.

אקדים ואומר – שלמען האמת, זו לא הפעם הראשונה שבית המשפט העליון מוציא התרעת בטלות לחוק יסוד. שכן, זה כבר קרה ב-2017, לאחר שתיקנו את חוק יסוד משק המדינה 'בהוראת שעה' – תיקון זמני - חמש פעמים ברצף - בגץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל.

עם זאת, פסק דין הדין שלנו, חריג מאוד ומחיל בתוכו אמירות משמעותיות ביותר לעתיד המשפט החוקתי הישראלי ואף קובע מבחנים פרקטיים ליישום – אשר את השפעתם ומשמעותם נרגיש היטב בשנים הבאות ואין כל ספק כי רבות עוד יכתב עליהם.

כשלב ראשון, יש להבחין בין שתי דוקטרינות שונות; דוקטרינת '**התיקון החוקתי שאינו חוקתי**' – זוהי דוקטרינה שבודקת את תוכן החוקה (או חוק היסוד במקרה שלנו) ומהותה – וקובעת, כי האם החוקה או התוספת החדשה שלה, אינה חוקתית (למשל, חקיקה נאצית).

במדינת ישראל, כיום, טרם נעשה שימוש בביטול חוק יסוד בשל היותו תיקון חוקתי שאינו חוקתי, ולמען האמת, ספק רב ביותר, שיש לבית המשפט העליון סמכות בכלל לעשות בו שימוש.

כך למשל, בדיון שנערך בנוגע לחוק יסוד הלאום, ביקשו השופטים משלל העותרים מקור סמכות להפעלת התיקון החוקתי שאינו חוקתי – או מקור סמכות אחר לבקר חוק יסוד ולא ממש קיבלו מענה.

כך למשל, **הנשיאה חיות לעו"ד איימן אבו-רייא: "ההתרגשות של אדוני**

מובנת, וגם הסערה מובנת. אבל נשמח לשמוע טיעון משפטי"

הדוקטרינה השניה, היא '**השימוש לרעה בסמכות הרשות המכוננת**'. על פי דוקטרינה זו, בית המשפט לא בודק האם חוק היסוד ראוי, אלא האם בכלל מדובר בחוק יסוד – בחוקה – או שמא, עשתה הרשות המכוננת שימוש לרעה בסמכות שלה, והעניקה לחוק מסוים את השם "חוק יסוד" ואת מעמד החוקה – כאשר בפועל לא באמת מדובר באקט של חוקה או חוק יסוד. במילים אחרות, מדובר בחוק רגיל שהתחפש לחוק יסוד.

בעצם הטענה היא – לא מתערבים בחוק יסוד – זה פשוט לא חוק יסוד. החוקה – היא הרי כללי המשחק המאקרו – המסגרת של המרגש. אי אפשר להגדיר חוקים כאלה כהוראת שעה.

כך למשל, דברים זמניים לא אמורים להיות חלק מהחוקה - כפי כתבו שופטי הרוב כי: **כבר בעניין בר-און צוין כי "הוראות השעה, על פי רוב, ינבעו מצרכים קואליציוניים ופוליטיים, שביניהם לבין חוקה [...] אין קשר של ממש**

וכי שהוראות החוקה אמורות לבטא נורמות על-זמניות ולקבוע בדרך זו את המסגרת הקבועה לפעולתם של מוסדות המדינה ויחסייהם עם אזרחיה

על פי דעת הרוב – אותה כתבה הנשיאה חיות, בית המשפט מוסמך בהחלט לבחון חקיקת חוקי יסוד, ולבדוק האם הכנסת עשתה שימוש לרעה במסכותה כרשות מכוננת. על פי הנשיאה, את השימוש לרעה יש לבחון בשני שלבים:

- א. שלב הזיהוי – מאפיינים צורניים
- ב. שלב בצידוק

מתוך פסק הדין:

"(שלב הזיהוי)", יבחן בית המשפט האם הנורמה שהוכתרה על-ידי הכנסת כחוק-יסוד, נושאת "את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות" (פסקה 36 לחוות דעתה). ככל שיגיע בית המשפט למסקנה, כי 'טעם העץ אינו כטעם הפרי', וכי חוק-היסוד על-פי מהותו איננו 'יסודי', יפנה אל השלב השני ("מבחן הצידוק"). על-פי מבחן זה, יעבור הנטל אל המשיבים "להצביע על הצדקה לעיגון הנורמה בחוק-יסוד דווקא" (הסבר של שופט אחר על דברי הנשיאה)

בשלב הזיהוי, מבקש בית המשפט לבחון האם 'המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות' מופיעות בדבר החקיקה החדש. ככול שהתשובה שלילית, נעבור לשלב הצידוק.

שלב הזיהוי – התנאים לזיהוי נורמה כחוקתית – מונה 3 מבחנים (כאמור, לצד דעת המיעוט, גם חלק משופטי הרוב לא הסכימו עם כלל המבחנים)

1. מבחן היציבות – לא הוראת שעה
 2. מבחן הכלליות – נורמה כללית או פרסונאלית
 3. מבחן המארג החוקתי – האם מתשלב במארג החוקתי שאליו הוא משתלב.
- מבחן המארג החוקתי גם בודק, אני מצטט – " גם את האופן שבו חוק היסוד או התיקון תואמים את סוג הנושאים שהוסדרו בחוקי היסוד; את ההיגיון הפנימי שלהם ותכליתם".
- אם לאמר את האמת, המבחן השלישי בעייתי בעיני ראשית, הוא נותן העדפה אוטומטית לחוקי יסוד שנחקקו ראשונים. שנית, וחשוב מכך, ברגע שיש בחינה של "תכליות" "והתאמות", הדבר מהווה פתח רחב לפרשנות משפטית ובדיקה מהותית – ולא רק טכנית – של חוק היסוד. בכך, בעצם בית המשפט עושה, מה שהוא לא רוצה לטענתו לעשות, והוא נכנס לבחינה מהותית של חקיקת יסוד ועלול לשים את עצמו במקום הרשות מהכוננת ולחרוג בוודאי (אם לא עשה זאת עד כה, לשיטת דעת הרוב) מסמכותו.

הבעיה במקרה שלנו, היא במיוחד במבחן היציבות – כאשר מדובר בהוראת שעה – כאמור. ולחוקה, אין מאפיין של זמניות.

(בסוגריים אולי יש מקום לשאול – ככול שתעבור חקיקה נגד ביבי, המונעת ממנו להיות ראש ממשלה, האם היא תפסל ותאבד את מקומה כחוק יסוד, בשל היותה פרסונאלית ולא עומדת במבחן הכלליות?)

מבחן הצידוק – מעביר את הנטל על המשיבים – על המדינה – להצדיק מדוע החקיקה הזאת, אשר אין לה מאפיינים של חוקה, בכל זאת מהווה חוקה. בעיני, עצם העברה האוטומטית של הנטל לידי המדינה, – בעייתית מאוד.

נראה, כי צריך להיות הפוך – נטל כבד מאוד על העותרים – שיוכיחו מדוע זה לא מוצדק.

מכל מקום, גם שלב הצידוק, מונה שני מבחנים:

1. קיומן של נסיבות חריגות – דהיינו, על המדינה להסביר - לתרץ – לבית המשפט, למה חרגה מהזיהוי הרגיל.
2. מידת הפגיעה בעקרונות המשטר

שני השיקולים הללו אינם משמשים לדיהוי פגם בנורמה חוקתית, אלא לבחינת השאלה אם ניתן להצדיק את עיגונה של הנורמה במערך החוקתי

גם שלב הצידוק, לטעמי, נכנס לשאלות של מהות והצדקה. בכלל, יש קושי בעובדה שהרשות המכוננת צריכה להתייבץ בפני בית המשפט ולהצדיק את עצמה ואת הנסיבות.

אגיד בסוגריים, שהשופטת ברק-ארז, מסמיכמה עם המסקנה של הנשיאה חיות, אולם חושבת שאין צורך בשלב הצידוק, ומבקשת לשנות את מבחן המארג החוקתי להמובחנות – הבחנה בין תפקידי הרשויות - האם הרשות המכוננת גלשה לתפקיד של רשות אחרת.

לסיכום דעת הרוב, כאשר חוק יסוד אינו מחזיק המאפיינים של חוקה ולכן אינו בר זיהוי כחוקה, חזקה דלא מדובר בחוקה, וחזקה שמדובר בניצול לרעה של סמכות הרשות המכוננת – אלא אם הרשות המכוננת מצדיקה עצמה. לכן, כאשר לא מדובר בחוק יסוד באמת, ניתן, ויש להחיל עליו ביקורת שיפוטית.

לטעמי, פסק דין זה, אינו חף מקשיים.

ראשית, דעת המיעוט, של 3 שופטים, אשר נכתבה בהיקף לא מבוטל, ועם נימוקים מפורטים, לא קבלה אף מילת התייחסות בדעת הרוב של הנשיאה.

שנית, וזו אולי שאלת המפתח – היא שאלת המסכות, שנותרה פתוחה. על אף ההגיון שמדובר ב"תחפושת" ובניצול, עדיין זה אקט חקיקתי שעשתה הרשות המכוננת ואין מקור סמכות להחלת ביקורת עליו.

שלישית, בפסק דין מזרחי, קבע השופט ברק – וכך גם ההלכה – כי הדרך לזהות האם חוק מסוים הוא חוק רגיל או חוק יסוד – והאם הוא נהנה ממעמד חוקתי, הוא המבחן הצורני. ככול שיש לחוק כותרת של "חוק יסוד", ללא ציון שנה, הרי הוא חוק יסוד בעל מעמד חוקתי. לכן, ומכוח זה, קיבל חוק יסוד כבוד האדם חרותו מעמד של חוקה ובכך החלה המהפכה החוקתית.

הכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת [...] כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו 'חוק יסוד' (ללא ציון שנת החקיקה)" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 403

יוזכר! חוק יסוד כבוד האדם וחרותו, נלמד הכותרת שלו – לא עמד בתנאי בסיס אחרים שאמורים להיות בחוקה – הוא עבר ברוב קטן מאוד (32 ח"כ בלבד הצביעו בעד) ולא ברוב של חברי הכנסת – לפחות 61. החוק איננו משוריין – דהיינו, אפשר לשנות אותו ברוב של 2 נגד 1 (בניגוד למשל חוק יסוד חופש העיסוק).

למרות זאת, הוא החוק שביסס את המהפכה החוקתית, ומכוחו בוטלו חוקים, תקנות והחלטות ממשלה.

כיצד אם כן, ניתן לאחוז את החבל בשני קצותיו. כאשר בכבוד האדם וחרותו, מספיק המבחן הצורני על מנת ליצר חוקה בישראל ומהפכה חוקתית שלמה. מצד שני, בעניין שלנו, המבחן הצורני כבר אינו מספק, ויש דרישות נוספות, שללא עמידה בהן, תחול ביקורת שיפוטית.

רביעית, פתיחת פתח, בצורת מבחן מהותי, שאיננו צורתי 100%, עלול לייצר פתח רחב מידי לביקורת שיפוטית על החוקה, ולפגוע קשה בהפרדת הרשויות.

השופט מינץ סיכם את הקשיים היטב:

מינץ – "חברתי השופטת ברק-אדל, הדגישה בחוות דעתה, כי אין לה לכנסת יותר מאשר קיבלה מידיו של הריבון. אין מנוס מלומר כי גם לנו, הרשות השופטת, אין סמכות מעבר למה שהכתיב לנו הדין..."

זאת ועוד. להשקפתי, לא ניתן בעצם ההחלטה "להנמיך" את קומתה הנורמטיבית של הוראת חוק יסוד, לכדי חוק "המתחזה" לחוק-יסוד, כדי להביא להתראת בטלות "אוטומטית". לא ניתן להשלים עם מצב שבו דווקא חוק יסוד, לעומת חוק "רגיל", יהיה נתון לביקורת שיפוטית רחבה יותר, כך שמן הרגע שבו "ייחשף" כי אין מדובר ב"חוק יסוד"...

יתכן שמדובר בעיניו בדבר שהוא בבחינת "מוקצה מחמת מיאוס". על כן אין מקום לטלטלו. מבחינתי הואיל ומדובר בחוק יסוד, ייתכן שמדובר אף "במוקצה מחמת מצווה" וזו הסיבה שאין לטלטלו. אבל יהיה המוקצה מחמת מיאוס או מחמת מצווה, המסקנה היא אחת – אסור לטלטלו"

לעניות דעתי, על אף הטעמים הטובים של דעת הרוב ודעת המיעוט, נראה, כי כאשר באים לדון בחוק יסוד, על בית המשפט לזכור כי מדובר בנשק יום הדין, וכי גם לגישת מתירי הביקורת השיפוטית, יש לפעול בזהירות רבה ביותר, ולמנוע ככול שניתן פגיעה בכנסת, בכבודה, במעמדה והפרדת הרשויות. יצירת התגשות חוקתית, בנושא תיאורטי, מייצרת מתח ציבורי, משפטי וחוקתי מיותר לטעמי.

אסכם, כפי שסיכום השופט סולברג, כי:

1. סוף דבר ועיקרו: כשם שבהיבט המהותי, אין עוררין על כך שהתערבות שיפוטית במעשי הכנסת, לא תעשה אלא אם פלו כל הקצין; באותה מידה, עלינו להגביה אל על את החסמים הדיוניים שעומדים בפני העותר לבית משפט זה, שעה שפניו לבקשת סעד של התערבות בחקיקה ראשית של כנסת ישראל; לא כל שכן בחקיקת יסוד! סבורני אפוא, כי גם לדוגלים בהשקפה שלפיה מסורה בידינו הסמכות לעשות כן, לא נרהיב עז לקרוא תיגר על מעשה של חקיקת-יסוד, אם אין צורך משפטי וציבורי לוחץ, דוחק וממשי, הכופה אותנו שלא לעמוד מנגד. הקאנו לדעת, כי בעניין דנן רחוקים אנו ממצב זה ת"ק פרסה.

לסיום, אברך את כולנו לימים רגועים יותר ומלאים באהבת אחים ואחוה!