

מדוע אין כל צורך ביוזמות החקיקה לשינוי מערכת המשפט?

בל יוסף

לאחרונה עולות על סדר היום הציבורי יוזמות רבות שמטרתן החלשה של מערכת המשפט, ובהן יוזמות קונקרטיות לפגיעה בסמכותו של בית המשפט העליון לפסול את חקיקת הכנסת. מאמר זה טוען כי יוזמות אלו מיותרות, לנוכח הדיאלוג החוקתי שמתקיים בין בית המשפט העליון לכנסת. בית המשפט מאפשר ברוב המקרים של המקרים תגובה פוליטית לפסיקותיו (ולעיתים נמנע מהתערבות מטעם זה); לכנסת מצידה יש יכולת אפקטיבית להתמודד עם פסיקות בית המשפט העליון ולהגיב עליה, וכך היא אכן עושה הלכה למעשה. על בסיס מחקר אמפירי רחב היקף מדגים המאמר כיצד דיאלוג זה מתנהל, ומראה כי התהליך החוקתי הקיים מערב את כל רשויות השלטון.

מילות מפתח: משפט ופוליטיקה, משפט וביטחון, בית המשפט העליון, כנסת, דיאלוג חוקתי

במהלך חודש מאי 2019 וכחלק מהמשא ומתן הקואליציוני לקראת הרכבת הממשלה ה-35 דווח בתקשורת על יוזמות שמטרתן להחליש בצורה משמעותית את בית המשפט העליון, את כוחו ואת סמכויותיו, לצד חיזוק ההשפעה הפוליטית עליו ועל הרכבו. מהלך דומה עתיד היה להתבצע ביחס ליועצים המשפטיים בממשלה.¹ אף כי לא ברור מה בדיוק נכלל ביוזמות אלו, עצם פרסומן והיותן "על השולחן" משפיעים במידה רבה על השיח הציבורי, הפוליטי, החוקתי והמשפטי המתקיים כיום. יוזמות אלו לא נולדו בחלל ריק. מזה תקופה ארוכה קיים דיון ער ותוסס (כמו בהרבה מדינות אחרות) על מקומו של בית המשפט בחברה דמוקרטית, ובאופן רחב יותר על הדרכים השונות להבין את עקרון הדמוקרטיה. האם הדגש הוא על

בל יוסף היא חוקרת במכון למחקרי ביטחון לאומי ותלמידת מחקר לתואר שלישי באוניברסיטת תל אביב.

שלטון הרוב או על יישום מכלול של ערכים כדוגמת שלטון החוק, הפרדת רשויות והגנה על מיעוטים, שמצריך ביקורת שיפוטית? כך, מצד אחד יש הטוענים כי ההתנהלות של בית המשפט העליון, הנכונות שלו להתערב בסוגיות יסוד והאופן המרחיב שבו הוא מתערב מהווים סכנה לדמוקרטיה ומחייבים שינוי יסודי של הכללים. נטען במסגרת זו כי בית המשפט בהתערבותו המוגברת פוגע בכוחן של הרשויות הפוליטיות למשול ולהוציא לפועל את המדיניות הרצויה בעיניהן.² מצד אחר טוענים כי הפיקוח על השלטון, ובכלל זה מעשי המינהל והחקיקה, הוא רכיב הכרחי בממשל דמוקרטי תקין ומתפקד.³ לפי גישה זו בית המשפט נתפס כשומר הסף של הדמוקרטיה במובנה הרחב (במיוחד בישראל, שבה אין חסמים אחרים על כוחם של המחוקק והממשלה).⁴

ככל שהיוזמות הללו עשויות לשנות את טיבו של המשטר הדמוקרטי במדינה, אזי יש להן גם השלכות על הביטחון הלאומי, שכן נכלל בו לא רק עיסוק בהגנה על קיומה הפיזי של המדינה אלא גם שימור זהותה כמדינה יהודית ודמוקרטית. ביטוי לכך מצוי למשל במסמך 'אסטרטגיית צה"ל', שבו מוגדרים יעדיה הלאומיים של המדינה כך שהם כוללים את "שמירת ערכיה של מדינת ישראל וצביונה כמדינה יהודית ודמוקרטית וכבית לעם היהודי".⁵ לשינוי מהותי בהיקף הביקורת של בית המשפט העליון בנושאי ביטחון יש גם השלכות מעשיות על היבטים הנוגעים ללגיטימציה של הפעילות הביטחונית, הן כלפי פנים והן כלפי חוץ, כפי שאף עולה מדבריה של נשיאת בית המשפט העליון, אסתר חיות.⁶

מטרת מאמר זה אינה להביע עמדה בשיח בין המבקשים לצמצם את הביקורת השיפוטית לבין המבקשים לשמרה או אפילו להרחיבה, או להציע עמדה בשאלת ההיקף הראוי לביקורת זו. מטרת מאמר זה היא להתייחס לרקע העובדתי של הדיון ולהראות כי בניגוד לתמונה המצטיירת, קיים כבר כיום דיאלוג מתמשך בין בית המשפט העליון לבין הכנסת והממשלה. לכן אין בהכרח ניגוד בין התערבות שיפוטית לבין יכולת משילות פוליטית. הדברים מבוססים על מחקר אמפירי רחב היקף של פסיקות בית המשפט העליון, הכולל את כל פסקי הדין שבהם הועלו טענות כנגד התאמת חקיקה של הכנסת לחוקי היסוד משנת 1992 ועד סוף שנת 2018. תמצית הטיעון היא כי בין בית המשפט העליון לבין הרשויות הפוליטיות מתנהל דיאלוג בין-מוסדי. דיאלוג זה מאפשר לכל רשות להגיב ולהביע את עמדתה באופן שאינו מעקר את התגובה העתידית של רשויות אחרות. דיון זה מיועד להוות כלי רעיוני נוסף שדרכו אפשר יהיה לדון באופן ענייני בשאלות היסודיות שצפות לאחרונה, מבלי להשטיח את הדיון או להפוך אותו לפופוליסטי.

בטרם דיון בביקורת השיפוטית על חקיקה ובאופן שבו היא מעוצבת ומאפשרת תגובה פוליטית, חשוב להציג רקע קצר והכרחי לדיון: לאורך השנים חוקקה הכנסת 13 חוקי־יסוד, רובם מוסדיים במובן זה שהם מסדירים את פעילות מוסדות הממשל (כדוגמת חוקי־יסוד: הממשלה, חוקי־יסוד: הכנסת, חוקי־יסוד: השפיטה, חוקי־יסוד: הנשיא ועוד). בשנת 1992 חוקקה הכנסת לראשונה את חוקי־היסוד שעסקו בהגנה על זכויות אדם: חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי־יסוד: חופש העיסוק. מלבד ההגנה החוקתית על זכויות אדם, בשני חוקי־היסוד קיימת פסקת הגבלה. פסקת ההגבלה מורה כי למחוקק אסור לפגוע בזכויות המוגנות בחוקי־יסוד אלו, אלא אם החוק הפוגע עומד במספר תנאים: ההגבלה היא בחוק, היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, היא נעשתה לתכלית ראויה והיא מידתית.⁷

בשנת 1995, בפסק דין בנק המזרחי קבע בית המשפט העליון כי מכיוון שהמחוקק הגביל את יכולת החקיקה שלו, משמעות הדברים היא כי לבית המשפט נתונה סמכות לבחון אם המחוקק עמד בתנאים שהוא הציב לעצמו.⁸ במילים אחרות, הוא מוסמך לבחון אם החקיקה עומדת בתנאים של חוקי־היסוד ולקבוע כי חוק בטל אם לא עמד בתנאים אלה. זוהי הביקורת השיפוטית החוקתית.⁹

מאז שנת 1992 מתקיימת ביקורת שיפוטית חוקתית באופן תדיר למדי, וניתן להצביע על כמאתיים פסקי דין שפורסמו ובהם טענות כנגד חוקתיות החקיקה. אולם, יש להיזהר מאוד מהרושם כי ביטול חקיקה מתרחש באופן תכוף. ראשית, זוהי כמות זניחה ביותר מכלל התיקים שבהם מטפל בית המשפט העליון. לפי אתר בית המשפט העליון נפתחים בו כ־10 אלפים תיקים מדי שנה.¹⁰ גם אם רק כ־10 אחוזים מהתיקים אכן ניתן פסק דין, מדובר בכמאתיים פסקי דין חוקתיים לעומת אלפים רבים שאינם עוסקים בחוקתיות החקיקה. שנית, גם במסגרת המצומצמת הזאת, בית המשפט נזהר מאוד בבואו לבטל חקיקה. עד כה בוטלו 16 חוקים בלבד על בסיס פגיעה בזכות המוגנת בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו, או חוקי־יסוד: חופש העיסוק מבלי לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.¹¹

נוסף על כך, ברבים ממקרי ביטול החקיקה מתקיים דיאלוג בין בית המשפט העליון למחוקק (ובכלל זה גם הממשלה כמשפיעה על הליך החקיקה), כאשר פסקת

דיאלוג בין בית המשפט העליון למחוקק מתאפשר הן מצד בית המשפט והן מצד הכנסת. הדיאלוג החוקתי בין בית המשפט העליון לכנסת נותן מענה לטענות שעומדות בבסיסן של רבות מהיוזמות לצמצם את סמכותו של בית המשפט, שכן כבר במצב הקיים, לכל מוסד נתונה אפשרות תגובה למוסד השני (בחוק או בפסק הדין) גם ללא פסקת התגברות.

ההגבלה היא המכשיר החוקתי המרכזי שמאפשר אותו. דיאלוג זה מתאפשר הן מצד בית המשפט והן מצד הכנסת. הדיאלוג החוקתי בין בית המשפט העליון לכנסת נותן מענה לטענות שעומדות בבסיסן של רבות מהיוזמות לצמצם את

סמכותו של בית המשפט, שכן כבר במצב הקיים, לכל מוסד נתונה אפשרות תגובה למוסד השני (בחוק או בפסק הדין) גם ללא פסקת התגברות. להשלמת התמונה חשוב לציין כי במשפט הישראלי אכן קיימת פסקת התגברות מפורשת, כחלק מחוקי-יסוד: חופש העיסוק. ההוראה מצויה בסעיף 8(א) לחוק-היסוד והיא מאפשרת למחוקק לחוקק מחדש (ברוב של 61) חוק שנפסל בבית המשפט. עם זאת, מכיוון שהבסיס לפסילה של מרבית החוקים במשפט הישראלי הוא חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו (שמעגן זכויות ליבה כמו כבוד, חירות, שלמות הגוף, קניין ועוד), אין לפסקת ההתגברות הקיימת השלכה מהותית.

לרשות בית המשפט העליון עומדים ארבעה סוגי מנגנונים המאפשרים לו לנהל "דיאלוג חוקתי" עם הרשות המחוקקת. הממצאים השלמים והמלאים המבוססים על מחקר אמפירי רחב עתידים להתפרסם במאמר שיראה אור בקרוב,¹² אך ניתן כבר עתה להצביע על עיקר הדברים:

מנגנון אחד הוא ה**רטוריקה השיפוטית** אשר מאפשרת לבית המשפט להעביר מסרים ולהביע את דעתו, ובכך למתן את המתח הבין-מוסדי ללא תלות ב"שורה התחתונה". ברוב המקרים, כאשר בית המשפט בוחן את ההתאמה של חקיקה לדרישות חוקי-היסוד של זכויות האדם, הוא מדגיש כי הוא עושה זאת בריסון ניכר; כי הוא בוחן אם החוק עומד בדרישות חוקי היסוד ולא אם החוק "טוב" או "רצוי", או את המדיניות שעומדת בבסיסו; וכי ההתערבות השיפוטית בחקיקה היא מוגבלת ומרוסנת ככל האפשר. לצד זאת מדגיש בית המשפט במקרים רבים גם את ההתנהלות הדיאלוגית בין בית המשפט העליון למחוקק. כך למשל כתב המשנה לנשיאה, ג'ובראן, בנושא הזכות לפונדקאות של זוג אבות, לאחר שהחליט להותיר את ההכרעה לכנסת:

בהחלטתנו זו משעים אנו את ההכרעה בסוגיות כבדות המשקל שאליהן התייחסתי לעיל. אנו עושים זאת מתוך כבוד לרשות המחוקקת, ולמערכת היחסים בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת. מערכת יחסים זו היא מערכת יחסים מורכבת, המושתתת על דרשיח שבין בית המשפט לבין המחוקק. דרשיח זה נסוב על עקרונות היסוד ועל החוקים של מדינת ישראל ובמסגרתו שואפות שתי הרשויות לקדם את מטרות המדינה ולהתמודד בצורה מיטבית עם האתגרים הניצבים בפניה – זאת תוך שמירה על זכויות היסוד המוקנות לכל אדם מכוח חוקי-היסוד. בסופו של דרשיח זה, מצופה כי תתקבל תוצאה משפטית אשר הולמת את עקרונות היסוד של המדינה ומגנה על חירויות הפרט. כעת, תורה של הרשות המחוקקת לומר את דברה. חזקה עליה כי תגשים את חובותיה החוקתיות ותפעל להגשמה של הזכויות החוקתיות.¹³

בית המשפט אף מדגיש לעיתים את יכולתו של המחוקק להגיב בחקיקה חוזרת. כך למשל נקבע בפסק הדין בעניין ההתנתקות, שם בית המשפט פסל חלק מהסדרי

הפיצוי משום שהם פגעו בקניין המפונים באופן שאינו עומד בהוראות חוקי-היסוד, והוסיף (בהרכב מאוחד של עשרת שופטי הרוב):

למותר לציין כי ביטול ההוראות שעליהן עמדנו אינו סוף פסוק. הוא חלק מהדיאלוג הנמשך בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת. על-כן מוסמכת הכנסת כמובן לבחון את התוצאה המתקבלת מביטולן של כמה הוראות בחוק יישום ההתנתקות. היא רשאית לשנות הסדרים אלה או אחרים, על-פי שיקול-דעתה, כדי להגשים יעדים חקיקתיים הנראים לה כרצויים והמקיימים את הדרישות שהיא עצמה קבעה בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם.¹⁴

מנגנון נוסף המאפשר דיאלוג בין הרשויות הוא **דוקטרינות מבוססות תגובה**: דרכי התנהלות שונות העומדות לרשות בית המשפט ומאפשרות לו להימנע מהכרעה חוקתית ולשמר אותה בידיים הפוליטיות. דוקטרינה אחת למשל היא הנחיה שיפוטית: פסקי הדין של בית המשפט העליון נוטים להיות ארוכים ומלאים באמירות שיפוטיות, שחלקן כלל אינן נוגעות לצדדים להתדיינות לפניו, ולכן אינן מחייבות אותם. אולם אמירות אלה מיועדות להעביר מסרים רבים, בין היתר לרשויות הפוליטיות. בכך מתאפשר לבית המשפט להביע את דעתו למול הרשויות הפוליטיות באופן שאינו כופה, ולרשויות הפוליטיות לשקול את הדברים באופן מושכל. בישראל ישנם מחקרים המראים כי בית המשפט עושה שימוש תדיר בכלי זה.¹⁵

דוקטרינה נוספת היא התראת הבטלות: בית המשפט מודיע למדינה כי היא פועלת שלא כדיון וכי לא תוכל להמשיך לנהוג באופן זה, אך נמנע מביטול החוק באותו מקרה. התראת בטלות מעבירה מסר חד לרשויות הפוליטיות, ועדיין מאפשרת לבית המשפט לא לקבוע הוראה מחייבת באותו מקרה.¹⁶ דרך נוספת היא באמצעות מתן משקל ליוזמות חקיקה. לעיתים מתברר במהלך דיון בעתירה לבג"ץ כי קיימת יוזמת חקיקה שיכולה לתת מענה לנושא שנדון בעתירה. בתגובה בית המשפט משהה, דוחה או מוחק את העתירה. ההנמקה לבחירה זו מבוססת באופן שיטתי על הכבוד שבית המשפט רוחש לכנסת ולממשלה ועל הרצון השיפוטי להותיר את ההכרעה בידי קובעי המדיניות, שם היא צריכה להתקבל. מחקר שנערך על הדוקטרינה בישראל מגלה כי בית המשפט מסתמך עליה ברוב כמעט מוחלט של המקרים, וככלל נמנע מהכרעה בעתירות שיש בנוגע אליהן יוזמת חקיקה.¹⁷

דרך נוספת להימנע מהוראה על בטלות החקיקה היא באמצעות פרשנות. מזה שנים רבות פועל בית המשפט על פי הכלל שאם ניתן לפרש הוראת חוק כך שתישאר בתוקפה ותמלא את מטרתה, יש לעשות זאת ולהימנע מהכרזה על בטלותה. לדרך זו שני יתרונות חשובים מנקודת ראות של הדיאלוג החוקתי: האחת,

את הפרשנות השיפוטית המחוקק יכול לשנות בחקיקה; השנייה, לפרשנות אין את המחיר הפוליטי והציבורי שיש להכרזה על בטלות חקיקה.

מנגנון שלישי שמאפשר דיאלוג הוא **סעדים חוקתיים**. ככלל, כאשר בית המשפט מוצא כי הייתה הפרה של הדין הוא מעניק סעד – תרופה – למי שפנה אליו ופנייתו נמצאה מוצדקת. כך בכל תחומי המשפט. בתחום החוקתי יש לכך מורכבות מיוחדת: מבחינה מעשית יש לפסילת החוק השלכות רחבות ביותר, שמשתרעות הרבה מעבר לצדדים לתיק. מורכבות שנייה מצויה במישור הציבורי והבין-מוסדי: כאשר בית המשפט מורה על בטלות חקיקה הוא למעשה נותן הוראה כפויה למחוקק, באופן שיוצר מתח רב בין הרשויות. משני טעמים מרכזיים אלה נוטה בית המשפט העליון להעניק סעדים מרוכבים. אלו סעדים ששומרים על ההצהרה העקרונית על הבטלות, אך מצמצמים את השפעתה ואת המתח הבין-מוסדי שהיא יוצרת, ומעבירים את ההכרעה לידיים הפוליטיות.

בהקשר זה ניתן למנות שני סעדים מרכזיים שבהם בית המשפט משתמש. האחד ידוע כ'הפרדה' או 'עקרון העיפרון הכחול'. בית המשפט "מקיף בעיפרון כחול" את החלק בחוק שאינו חוקתי (סעיף, מספר סעיפים, פרק) ומבטל רק אותו, כל עוד שאר החוק יכול להישאר בתוקף ולגשים את תכליתו. כך הפגיעה בפעילות המחוקק מצומצמת ככל האפשר. סעד שני הוא השעיית הבטלות. בית המשפט מורה בפסק דינו על בטלות, אך בד בבד מורה כי ההכרזה תיכנס לתוקף כעבור פרק זמן מסוים (לרוב שלושה או שישה חודשים).¹⁸ פרק הזמן הזה נועד לאפשר למחוקק לתקן את החוק כך שיעמוד בחוקי-היסוד. אם המחוקק יתקן את החוק בטווח זמן זה (יש להדגיש כי בפועל פרק הזמן ניתן להארכה, וכך אכן נעשה פעמים רבות), ההכרזה השיפוטית תתרוקן מתוכן ולא תהיה לה כל משמעות מעשית.

המנגנון הרביעי והאחרון עוסק בשאלה כיצד בית המשפט קובע כי החוק אינו עומד בדרישות חוק-יסוד. כפי שצוין, יש ארבע דרישות מצטברות כדי להצדיק חקיקה הפוגעת בזכות שבחוק-יסוד. למעשה שתי הדרישות הראשונות – כי הפגיעה תהיה בחוק, וכי החוק יהלום את ערכיה של מדינת ישראל (שאותם נהוג לפרש כערכיה בתור מדינה יהודית ודמוקרטית) – אינן מעלות קושי. הדרישות השלישית והרביעית הן שהפגיעה נעשית לתכלית

ההתנהלות הדיאלוגית של בית המשפט בהקשר של ביקורת שיפוטית חוקתית משולה להזמנה, אפשר בהחלט לומר שברוב המקרים של המקרים המחוקק מקבל את ההזמנה.

ראויה וכי היא מידתית. בפועל, **בית המשפט מעולם לא פסל את תכלית החקיקה**. כל פסילות החקיקה על בסיס חוקי-היסוד של זכויות האדם היו לאור מידתיות האמצעים שבהם השתמש המחוקק כדי לממש את תכליתו.

לכך יש משקל לא מבוטל. פסילת תכלית החוק היא חריפה ביותר, והיא למעשה חוסמת את המחוקק מהוצאה לפועל של המדיניות שאותה הוא מבקש לבצע. בית המשפט מכיר בכך, ומטעם זה נמנע מפסילת תכלית החקיקה גם כשהיא מעלה קושי.¹⁹ בכך בית המשפט פועל ביודעין ובאופן מושכל על מנת לאפשר למחוקק להגיב ולהוציא לפועל את המדיניות הרצויה לו, כל עוד הוא עומד בדרישות חוקי היסוד.

מול בית המשפט עומד המחוקק, אשר מביע את דעתו בחקיקה. אם ההתנהלות הדיאלוגית של בית המשפט בהקשר של ביקורת שיפוטית חוקתית משולה להזמנה, אפשר בהחלט לומר שברוב המכריע של המקרים המחוקק מקבל את ההזמנה. כאמור, ב־16 מקרים בית המשפט ביטל חקיקה משום שעמדה בסתירה להוראות חוקי יסוד של זכויות האדם. ב־11 מקרים המחוקק הגיב ותיקן את החוק. פסקת ההגבלה, לצד ההימנעות השיפוטית מפסילת תכלית החקיקה, אפשרו זאת. המחוקק שינה את האמצעים כך שיעמדו בדרישת המידתיות, ובכך הותאמה החקיקה להוראות חוקי היסוד. בחמישה מקרים אחרים המחוקק לא הגיב. בשניים מתוך חמשת המקרים הללו מתגבשות יוזמות חקיקה שונות (באשר להוראות חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 ולחוקי הגיוס), אשר ככל הנראה יובילו לתגובה של המחוקק.

תהליך חשיבה על מקומו של בית המשפט בחברה ובפוליטיקה ועל היקף ההתערבות הראוי – הוא מבורך, אולם השפעה על בית המשפט שנובעת מאיומים להצר את צעדיו ולפגוע בסמכויותיו אינה הדרך הנכונה לשנות את האיזון החוקתי הקיים.

מכאן, נראה כי הטיעון שבית המשפט העליון ניכס לעצמו שליטה על קביעת מדיניות אינו משקף את המצב בפועל. בית המשפט התנהל ומתנהל באופן שמשמר (לעיתים ממש מקדם) את יכולת התגובה של הרשויות הפוליטיות. הן מצידן נענות להזמנה השיפוטית וממשיכות את הדיאלוג. המחוקק רואה עצמו כבעל יכולת חשיבה עצמאית ומתן תגובה עצמאית בחקיקה, והוא אכן עושה זאת. העובדה שעד כה התגובות של המחוקק היו ענייניות, לגופו של חוק, ולא תגובות שמצמצמות את הביקורת השיפוטית החוקתית, הוסיפה רבות ואפשרה לשמר ולקדם את הדיאלוג החוקתי.

כמו לעצם הדיון בביקורת שיפוטית ובהיקפה, גם לדיון בדיאלוג החוקתי ובהשלכותיו יש פנים לכאן ולכאן ומבקרים רבים. עם זאת, מאמר זה לא מבקש לדון בשאלה אם הדיאלוג החוקתי שמתנהל הוא רצוי או לא, אלא להציע היבט בעל משקל שפעמים רבות הוא סמוי מן העין.

הערה נוספת לקראת סיום היא באשר לשינויים שמתחוללים באופן ההתנהלות של בית המשפט. בשנתיים האחרונות, חרף הטענות על ההתערבות השיפוטית הרבה, אפשר לזהות שינוי לכיוון של ריסון מוגבר. הקושי במצב זה הוא שהריסון המוגבר אינו נובע מהחלטה מנומקת או מדיון ענייני, אלא ממה שנדמה כסדרת אימונים – עדינים יותר או פחות – על בית המשפט. בית המשפט העליון אינו אמור לפעול מתוך חשש לעצמאותו. כאמור בתחילת הדברים, תהליך חשיבה על מקומו של בית המשפט בחברה ובפוליטיקה ועל היקף ההתערבות הראוי הוא מבורך, אולם השפעה על בית המשפט שנובעת מאימונים להצר את צעדיו ולפגוע בסמכויותיו אינה הדרך הנכונה לשנות את האיזון החוקתי הקיים, ככל שיש רצון לעשות זאת.

ברוב המוחץ של המקרים עומדת לרשות המחוקקת האפשרות לשנות את פסיקת בית המשפט. המחוקק מחוקק ובית המשפט בוחן. לעיתים הוא מחזיר את הכדור למגרש החקיקתי ללא הכרעה, ולעיתים עם הכרעה. כך או כך, באנלוגיה זו הכדור נותר בידים המחוקקות. עם סיום תהליך החקיקה, ייתכן שהכדור יחזור לבית המשפט, וחוזר חלילה. מטעם זה לא נכון להשתמש בביטוי 'המילה האחרונה'. תהליך הדיאלוג החוקתי בין הרשות השופטת לרשויות הפוליטיות הוא תהליך נמשך ומורכב, שבו כל רשויות השלטון לוקחות חלק בעיצוב המשפט החוקתי של מדינת ישראל. לפיכך, רבות מהיוזמות שמוצעות כיום כדי להגביל את סמכותה של מערכת המשפט הן **מיותרות**.

לסיכום הדברים, כיום מתקיים דיאלוג חוקתי בין בית המשפט העליון לבין הכנסת. הטיעונים הפוליטיים כי בית המשפט "גנב את הדמוקרטיה" והפך למקבל ההחלטות המרכזי בישראל רחוקים מלשקף את המציאות. אין ספק שבית המשפט מביע נכונות בולטת להתערב בסוגיות חברתיות, כלכליות ופוליטיות. אין ספק גם שהרשויות הפוליטיות הן אקטיביות ביותר בכל הנוגע לסדר היום החוקתי והציבורי. לצד זאת, ממצאי המחקר מראים כי כבר כעת יש מסד טוב ואיתן ליחסים הבין-מוסדיים, ככל שמדובר בביקורת שיפוטית חוקתית. בית המשפט העליון בהתנהלותו עושה מאמצים לשמר משילות פוליטית. המחוקק מצידו נמנע עד כה מהוצאה לפועל של יוזמות הפוגעות בבית המשפט העליון. בין שני מוסדות אלו מתקיים וימשיך להתקיים מתח רב, וזה טיבה של מערכת חוקתית. ככל שיש צורך בדיון על "חישוב מסלול מחדש", מוטב שלא להתעלם מהבסיס הרחב הקיים כעת. תמיד אפשר לתקן ולשפר מוסדות ואת אופן התנהלותם, אך יש לעשות זאת תוך הכרה במורכבות היחסים ביניהם ותוך מתן חשיבות למצב הקיים הַלָּף מחיקתו.

הערות

- 1 ראו למשל את הפרסום הנרחב ביותר בעיתונות בהקשר זה: מתי טוכפלד, "פסקת ההתגברות היא רק ההתחלה: כך תיראה המהפכה הגדולה במערכת המשפט", **ישראל היום**, 12 במאי 2019, <https://www.israelhayom.co.il/article/656863>
- 2 ראו למשל מהעת האחרונה: נטעאל בנדל, "ישפוט הציבור", **מקור ראשון**, מוסף דיוקן, 31 במאי 2019; יהודה יפרח, "חוזרים לפרופורציות", **מקור ראשון**, 19 במאי 2019. ראו גם את המאמר היסודי של שרת המשפטים (לשעבר) איילת שקד "מסילות אל המשילות", **השילוח**, אוקטובר 2016 http://hashiloach.org.il/wp-content/themes/hashiloach_landing/dist/images/article-shaked.pdf
- 3 גם בעניין זה התקשורת עשירה במיוחד. ראו למשל עלי זלצברגר, "סכנה ברורה ומיידית", **מעריב**, 14 במאי 2019; אבי בר-אלי, "יום הדין של בתי המשפט", *TheMarker*, 28 במאי 2019, (ראיון עם המשנה לנשיא, אליקים רובינשטיין); מרדכי קרמניצר, "בית המשפט, אל הדגל!", **הארץ**, 19 במאי 2019.
- 4 עמיחי כהן, **פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, מאי 2018.
- 5 **אסטרטגיית צה"ל**, פרק א', סעיף 2, אפריל 2018, <https://www.idf.il/media/34416/strategy.pdf>
- 6 אסתר חיות, "תפקידו של בית המשפט בקבלת הכרעות שיפוטיות הנוגעות לביטחון הלאומי של מדינת ישראל", – **עדכן אסטרטגי**, כרך 22, אפריל 2019.
- 7 מקורה של פסקת ההגבלה בסעיף 1 לצ'רטר הקנדי, אשר בו קבועה ביקורת שיפוטית מפורשת: "The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society."
- 8 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).
- 9 כך כתב הנשיא ברק: "פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ובסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת שריון מהותי. מכוחה, אין לפגוע על-ידי חוק רגיל בזכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד, אלא אם כן החוק הרגיל מקיים דרישות מהותיות באשר לתוכנו. הוראת שריון זו תופסת. היא חוקתית. היא שוללת את כוחה של חקיקה רגילה, שאינה מקיימת את דרישות השריון, לפגוע בזכות אדם המוגנת בחוק היסוד."
- 10 אתר בית המשפט העליון <https://supreme.court.gov.il/Pages/Overview.aspx> להרחבה ראו: הרשות השופטת בישראל, **דו"ח שנתי 2017** (2018).
- 11 ארבעה חוקים נוספים בוטלו עוד לפני 1992. כל הארבעה היו חוקים שעסקו בבחירות לכנסת, ונקבע כי הפרו את הדרישה לבחירות שוויוניות המוגנת בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. חוק-יסוד: הכנסת עצמו מורה כי ניתן לפגוע בדרישת השוויון ברוב של 61 חברי כנסת לפחות. מכיוון שחוקים אלו הפרו את עקרון השוויון מבלי לעמוד בדרישה הפורמלית של 61 חברי כנסת בכל הקריאות של החוק, נקבע כי הם בטלים. עם זאת, בית המשפט אפשר לחוקק אותם מחדש, והפעם ברוב הדרוש. שלושה מתוכם אכן נחקקו מחדש ועיגנו ברוב של 61 את הדרישה מהחוק המקורי שבוטל.
- 12 בל יוסף, "הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט" (עתיד להתפרסם ב**משפט ועסקים**).

- 13 בג"ץ 781/15 ארד־פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פס' 51 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן (פורסם בנבו, 3 באוגוסט 2017).
- 14 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 748 (2005).
- 15 ליאב אורגד ושי לביא, "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון" עיוני משפט כרך לד, 437 (2011); דוד זכריה קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור (2012).
- 16 לדיון בהתראת הבטלות ראו סוזי נבות, "הדיאלוג החוקתי: דו שיח בכלים מוסדיים", משפטים על אתר יב 99, התשע"ט.
- 17 בל יוסף, "אליה וקוץ בה: המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה", עיוני משפט מ 253, 2017. בשנת 2018 בית המשפט אף הסתמך על הדוקטרינה כדי לדחות על הסף, בהיעדר דיון ענייני, עתירות שהוגשו אליו. ראו בל יוסף, "המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה כעילת סף", *ICON-S-IL Blog*, 4 בדצמבר 2018.
- 18 להרחבה על סעד זה ראו יגאל מרזל, "השעיית הכרזת הבטלות", משפט וממשל ט 39, התשס"ו.
- 19 הדוגמה הבולטת והעדכנית ביותר היא בפרשיות השונות סביב החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954. כידוע, בשלושה פסקי דין שונים בית המשפט פסל חלקים מהחקיקה המתקנת. עם זאת ואף שהדיון בפסק הדין מראה כי התכלית של החקיקה העלתה קושי משמעותי, בית המשפט היה נכון לקרוא את התכלית במובן רחב ולאפשר אותה, ולפסול בכל פעם רק את מידתיות האמצעים (ראו בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 19 בספטמבר 2013), בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22 בספטמבר 2014), ובג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11 באוגוסט 2015). כן ראו חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012; חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013; חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 וחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוראת שעה), התשע"ו-2016).