



## ביקורת על ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד בעקבות בג"ץ שפיר

מאת

משה יפה\*

### מבוא

בבג"ץ שפיר נדונה בהרכב מורחב של תשעה שופטים שאלת הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון על עבודת הכנסת כרשות מכוננת במסגרת דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות הרשות המכוננת"<sup>1</sup> במילים אחרות, נידונה סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד. בפסק הדין נקבע בדעת רוב של שישה שופטים מול שלושה כי הכנסת – כרשות מכוננת – עשתה שימוש לרעה בסמכותה כרשות המכוננת ועל כן הוכרזה 'התראת בטלות'<sup>2</sup>. מאמר זה יסקור את החלטת בית המשפט ויצביע על מספר קשיים בה.

כפי שיפורט להלן בהרחבה, על אף הנימוקים הרבים, בדעת הרוב קשיים רבים אשר לטעמי אינם באים על פתרוןם בפסק הדין. ראשית, קיימת סתירה בין עמדות בית המשפט העליון בדבר חשיבותו של המבחן הצורני.<sup>3</sup> מחד גיסא, כאשר דן בית המשפט במעמדו של חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו, בעת עריכת המהפכה החוקתית, חשיבותו של המבחן הצורני הייתה מכרעת. מאידך גיסא, בתיקוני החקיקה בבג"ץ שפיר, חשיבותו הפכה למינורית והתבטלה לעומת המבחנים האחרים, עליהם אפרט בהמשך. שנית, בניגוד למצב הדברים המתואר בפסק הדין, לפיו בית המשפט מפעיל בחינה צורנית הליכית של חוק היסוד, בפועל גולש בית המשפט למבחני תוכן ונכנס לשיקול דעתה של הרשות המכוננת. בכך פוגע בית המשפט בהפרדת הרשויות ובכוחה של הרשות המכוננת. שלישית, לבסוף, למרות הנימוקים המפורטים, טרם הוצג מקור חוקי המעניק לבית המשפט סמכות לערוך

\* עו"ד משה יפה הוא דוקטורנט למשפטים באוניברסיטת בר אילן. בוגר תואר שני מאוניברסיטת קולומביה בניו יורק, מרצה למשפט חוקתי במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט ומרצה למשפט חוקתי משווה בבית הספר למשפטים 'קרדון' בניו יורק.

<sup>1</sup> בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (נבו) 23.05.2021 (להלן: "בג"ץ שפיר").  
<sup>2</sup> משמעות הביטוי 'התראת בטלות' תוסבר להלן בפרק השני "בג"ץ שפיר – העובדות". שם, פסקה 68 לפסק דינה של הנשיאה חיות שניסחה את דעת הרוב. לעמדתה הצטרפו השופטים הנדל, עמית, ברק-ארז, ברוך וקרא, נגד דעתם החולקת של השופטים סולברג, מינץ ואלרון.  
<sup>3</sup> משמעות הביטוי 'המבחן הצורני' תוסבר להלן בפרק הרביעי "קשיים וביקורת".

ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד ועל עבודת הרשות המכוננת.

## 1. רקע לעתירה

כנסת ישראל מחזיקה בשני כובעים שונים. האחד, והמפורסם יותר, הוא הרשות המחוקקת. במסגרתו מחוקקת הכנסת חוקים, מעניקה אמון לממשלה, מפקחת עליה וכיוצא בזה. כובעה השני של הכנסת, היא הרשות המכוננת – הרשות המוסמכת לכונן חוקה.<sup>4</sup>

תפקיד חוקי היסוד, כדברי השופטת ברק-ארוז, היא "להתוות את "כללי המסגרת" לפעילות של המדינה" – ולהסדיר את מבנה המשטר, חלוקת התפקידים וסמכויות הרשויות וזכויות אדם.<sup>5</sup> במסגרת זאת, החוקה היא שמגדירה, בין היתר, גם את תפקידיה וסמכויותיה של הרשות השופטת. לחוקי היסוד – מעצם הגדרתם כחוקה – יש מעמד נורמטיבי גבוה יותר מאשר לחקיקה רגילה על כל המשתמע מכך, ועל כן הם אמורים להנות מחסינות מביקורת שיפוטית.

כידוע, מעמד חוקי היסוד בתור חוקה נקבע בפרשת בנק מזרחי, בו קבע בית המשפט העליון, כי חוקי היסוד מהווים "חוקה מהותית" ולכן בפועל נהנים ממעמד של חוקה.<sup>6</sup> לאור זאת, נקבע גם בפרשת בנק מזרחי, כי בסמכותו של בית המשפט העליון לבטל חקיקה של הכנסת, כאשר היא סותרת את ערכי היסוד המעוגנים בחוקי היסוד שלא לפי תנאי פסקת ההגבלה, בין היתר באופן בלתי מידתי.<sup>7</sup> בית המשפט נימק את נטילת הסמכות מתוך החוקה עצמה – למשל, באמצעות פסקת ההגבלה.<sup>8</sup>

נשאלת השאלה אם כן, האם יש בסמכותו של בית המשפט העליון לערוך ביקורת שיפוטית גם על חוקי היסוד עצמם, כאשר מעמדם הנורמטיבי גבוה יותר מחקיקה רגילה, ובעצם מכוחם נטל בית המשפט העליון את סמכותו לערוך ביקורת שיפוטית כנגד חקיקה של הכנסת.

## 2. בג"ץ שפיר – העובדות

בג"ץ שפיר עסק בתיקון של חוקי יסוד שנחקקו למנוע את התפזרותה של הכנסת ויציאא לבחירות רביעיות בתוך שנתיים, בשל אי העברת התקציב.<sup>9</sup> תיקוני החקיקה

<sup>4</sup> ראו בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 366, 221 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי). לביקורת על עמדתו השופט ברק ראו בעמדתו של השופט חשין שם, וכן ראו למשל עידו פורת "מודל הסמכות המכוננת – קביים שניתן להשליך" – **IL Blog** (17.9.2019).

<sup>5</sup> בג"ץ שפיר, לעיל ה"ש 1, בפסקה 24 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

<sup>6</sup> פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 352. ראו גדעון ספיר **המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד** פרק שלישי (2010).

<sup>7</sup> פרשת בנק מזרחי, שם.

<sup>8</sup> שם, בעמ' 428.

<sup>9</sup> חוקי-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה), חוקי-יסוד: משק המדינה (תיקון מס' 10 – הוראת שעה לשנת 2020).

כוננו בתקשורת "פשרת האזור".<sup>10</sup>

בפסק הדין התמודדו השופטים עם שתי סוגיות מרכזיות. **האחת** – ועליה לא ארחיב במאמר זה – היא העובדה כי מדובר בעתירה תיאורטית. היות וחוקי היסוד שתוקנו היו הוראת שעה (זמניות) שתוקפם פג, והכנסת שעסקה בנושא כבר התחלפה ונבחרה כנסת חדשה, על פניו, מדובר היה בעניין תיאורטי. ככלל, בית המשפט העליון אינו דן בעניינים תיאורטיים.<sup>11</sup> לכלל זה קיים חריג, במקרים שבהם העתירה מעלה שאלה חשובה ומבחינה מעשית בית המשפט אינו יכול לפסוק בה בזמן אמת.<sup>12</sup> בכל מקרה, על פי דעת הרוב בפסק הדין החריג אכן חל לעניין זה.<sup>13</sup> בשל העובדה כי מדובר בעניין תיאורטי בלבד, הוציא בית המשפט "התראת בטלות": אזהרה לכנסת לפיה תפעל באופן דומה בעתיד, חקיקת היסוד תבוטל על ידי בית המשפט.<sup>14</sup>

**הסוגיה השנייה**, והמשמעותית יותר, עוסקת בשאלה העקרונית בדבר עריכת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, שכאמור מעמדם כשל חוקה. ראשית יש לציין כי בג"ץ שפיר איננו המקרה הראשון בו בית המשפט העליון מוציא התראת בטלות לחוק יסוד. לאחר שהכנסת תיקנה את חוק יסוד: משק המדינה, במתכונת של 'הוראת שעה' חמש פעמים ברצף בין השנים 2009-2018, קבע בית המשפט העליון בשנת 2017 כנגד חוק יסוד: משק המדינה "התראת בטלות".<sup>15</sup> עם זאת, בג"ץ שפיר חריג ושונה כיוון שכולל בתוכו אמירות משמעותיות מאוד לעתיד המשפט החוקתי הישראלי וקובע מבחנים פרקטיים ליישום הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד.<sup>16</sup> יש לכך הרחבה משמעותית בסמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית והשלכות רחבות היקף בשנים הבאות.

### 3. הדוקטרינות להחלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד

#### א. תיקון חוקתי שאינו חוקתי

כאשר עוסקים בביקורת שיפוטית על חוקה יש להבחין בין שתי דוקטרינות שונות: הראשונה, דוקטרינת 'תיקון חוקתי שאינו חוקתי', היא דוקטרינה שבוחנת את תוכן החוקה ומהותה, על מנת להכריע האם החוקה או התוספת החדשה שלה אינה חוקתית.<sup>17</sup> במדינת ישראל טרם נעשה שימוש בביטול חוק יסוד בשל היותו תיקון

<sup>10</sup> פשרת האזור היא פשרה שנועדה למנוע קיומן של בחירות נוספות בשל אי העברת התקציב במועד. זאת, בעזרת תיקון זמני של חוק יסוד הכנסת וחוק יסוד משק המדינה. משמעות כשלון העברת התקציב או לחלופין תיקון חקיקת חוק היסוד הייתה קיומן של בחירות רביעיות בתוך שנתיים.

<sup>11</sup> ראו למשל בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נגד (5) 241 (1999).

<sup>12</sup> שם, בעמ' 250.

<sup>13</sup> ראו למשל בג"ץ שפיר, לעיל ה"ש 1, בפסקאות 26-27 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>14</sup> שם, פסקאות 67-68.

<sup>15</sup> בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (נבו, 6.9.2017). להלן תפורט בהרחבה המורכבות בשימוש ב"הוראת שעה" (מנגנון זמני) בחוק יסוד (מסגרת קבועה).

<sup>16</sup> ראו שם בהרחבה בדעות המיעוט של השופטים סולברג ומינץ.

<sup>17</sup> להרחבה ראו אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9, 31-34 (2018). ראו תגובתו של שמעון נטף "מועצת מדינה הנצחית? תשובה למאמרו של אהרן ברק מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים טז 7 (2021).

חוקתי שאינו חוקתי. למען האמת, יש לשאול מהיכן ישאב בית המשפט סמכות להפעלת הדוקטרינה – כי נראה שאין לו סמכות לכך בחוק. בית המשפט עסק בהרחבה בתיקון החוקתי שאינו חוקתי בבג"ץ חסון העוסק בחוק יסוד: הלאום, שניתן בסמיכות לבג"ץ שפיר.<sup>18</sup> בבג"ץ חסון הציגה הנשיאה חיות את הקשיים בשימוש בדוקטרינה זו בישראל ואת המורכבות במתן סמכות לבית המשפט לבטל חוקי יסוד מכוחה. עם זאת, הנשיאה לא שללה את הפעלת הדוקטרינה והציגה טיעונים בעד השימוש בה, כך שבפועל, נראה כי פסק הדין משאיר את דלת זו פתוחה למקרים חריגים בעתיד.<sup>19</sup> במאמר זה לא ארחיב על דוקטרינה זו, שכן נכון להיום, לא נעשה בה שימוש ואף בבג"ץ שפיר מקומה היה שולי ביותר.

### ב. שימוש לרעה בסמכות הרשות המכוננת

הדוקטרינה השניה היא 'שימוש לרעה בסמכות הרשות המכוננת'. דוקטרינה זו בוחנת האם "הכנסת לא ניצלה לרעה" את מעמדה כרשות מכוננת, ולא העניקה תואר של "חוק יסוד" לדבר חקיקה שאינו ראוי לכך,<sup>20</sup> ובפועל בוחנת שמא – על אף הכותרת – לא מדובר בחוקה אלא בחוק רגיל. עיקר הטענה היא כי בית המשפט אינו מתערב או נוקט בביקורת שיפוטית על חוק יסוד, שכן כלל לא מדובר בחוק יסוד, אלא בחוק רגיל, עם כותרת שגויה.<sup>21</sup> כך למשל, עניינים זמניים – כמו "הוראת שעה" – אינם אמורים להיות חלק מן החוקה. כפי שכתבו שופטי הרוב כי "הוראות השעה, על פי רוב, ינבעו מצרכים קואליציוניים ופוליטיים, שביניהם לבין חוקה [...] אין קשר של ממש",<sup>22</sup> וכי "הוראות החוקה אמורות לבטא נורמות על-זמניות ולקבוע בדרך זו את המסגרת הקבועה לפעולתם של מוסדות המדינה ויחסיהם עם אזרחיה".<sup>23</sup>

על פי דעת הרוב שניסחה הנשיאה חיות, לבית המשפט סמכות לבחון את חקיקת חוקי יסוד ולבדוק האם עשתה הכנסת שימוש לרעה בסמכותה כרשות מכוננת. על פי הנשיאה, השימוש לרעה נבחן בשני שלבים. השלב הראשון הוא 'שלב הזיהוי', בו יבחן בית המשפט האם חוק היסוד, אכן נושא "את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות".<sup>24</sup> ככול שהתשובה לכך שלילית, יעבור בית המשפט לשלב השני – 'שלב הציודוק'.

שלב הזיהוי, מונה שלושה מבחנים: **מבחן היציבות**, אשר בוחן האם החוק יציב ולא מהווה הוראת שעה. **מבחן הכלליות**, אשר בודק כי מדובר בנורמה כללית ולא פרסונלית.<sup>25</sup> **מבחן המארג החוקתי**, אשר שוקל את השתלבותו של החוק במארג החוקתי אליו הוא שייך.<sup>26</sup> מבחן המארג החוקתי בודק גם "את האופן שבו חוק היסוד או התיקון תואמים את סוג הנושאים שהוסדרו בחוקי היסוד; את ההיגיון

<sup>18</sup> בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו, 8.7.2021) (להלן: בג"ץ חסון).

<sup>19</sup> שם, פסקאות 32-36 לפסק דינה של הנשיאה.

<sup>20</sup> אהרן ברק **פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית** 46, ה"ש 51 (התשנ"ד).

<sup>21</sup> בג"ץ שפיר, לעיל ה"ש 1, פסקה 30 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>22</sup> שם, פסקה 56.

<sup>23</sup> שם, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

<sup>24</sup> שם, פסקה 36 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>25</sup> יש מקום לתהות, האם ככל שיעבור תיקון חוקי יסוד: הממשלה, כך שיאסור על אדם עם כתב אישום לכהן כראש ממשלה, יראה זאת בית המשפט כחקיקה פרסונלית, המהווה שימוש לרעה בסמכות הרשות המכוננת.

<sup>26</sup> ובתמצית – בג"ץ שפיר, לעיל ה"ש 1, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת ברון.

## הפנימי שלהם ותכליתם".<sup>27</sup>

על אף שארחיב על כך בהמשך, אציין בקצרה כי קיים קושי רב בעיני בהפעלת המבחן השלישי. ראשית, המבחן מעניק העדפה אוטומטית לחוקי יסוד שנחקקו ראשונים, אולם לא ברור מדוע תהיה העדפה שכזו ומה הבסיס שלה. שנית, וחשוב מכך, ברגע שבית המשפט מצריך בחינה של "תכליות" ו"התאמות", הדבר משמש פתח רחב לפרשנות משפטית ובדיקה מהותית – ולא רק טכנית – של חוק היסוד. בכך, בית המשפט עלול לשים את שיקול דעתו במקום שיקול דעתה של הרשות המכוננת ולחרוג, בוודאי, מסמכותו (אף אם לא עשה זאת עד כה, לשיטת דעת הרוב).

במקרה זה, לאור העובדה כי מדובר בהוראת שעה – והחוקה, כאמור, נעדרת מאפייני של זמניות – התיקון אינו עובר את מבחן היציבות. בשל כך, עובר בית המשפט לשלב השני: שלב הצידוק.

בשלב הצידוק, מעביר בית המשפט את הנטל למדינה – אשר עליה להצדיק בפני בית המשפט מדוע החקיקה הזאת, אשר אין לה מאפיינים של חוקה, תהא בכל זאת חוקה.<sup>28</sup> שלב הצידוק, אף הוא, מונה מספר מבחנים. ראשית, על המדינה להסביר לבית המשפט, מהן הנסיבות החריגות שבגינן חרגה ממבחני הזיהוי הרגילים.<sup>29</sup> לאחר מכן, יבחן בית המשפט את מידת הפגיעה בעקרונות המשטר ובזכויות יסוד.<sup>30</sup> יצוין כי השופטת ברק-ארז, אשר מסכימה עם מסקנתה של הנשיאה חיות, חולקת עליה בדבר הצורך בקיומו של שלב הצידוק. לשיטת השופטת ברק-ארז, יש לשנות את מבחן המארג החוקתי למבחן המובחנות, לפיו נבחן האם הרשות המכוננת גלשה לתפקיד של רשות אחרת.<sup>31</sup>

לסיכום, דעת הרוב קובעת, כי כאשר חוק יסוד אינו מחזיק המאפיינים של חוקה, ולכן אינו בר זיהוי כחוקה, חזקה על חוק היסוד שהוא אינו בחוקה, וחזקה שמדובר בניצול לרעה של סמכות הרשות המכוננת. זאת, אלא אם הרשות המכוננת תצליח להצדיק את עצמה בפני בית המשפט. לכן, על פי דעת הרוב, כאשר לא מדובר בחוק יסוד "אמיתי" – ניתן, וראוי להחיל עליו ביקורת שיפוטית.

## 4. קשיים וביקורת

על אף הזהירות שנוקט בית המשפט בהפעלת הדוקטרינה, נראה כי פסק הדין כרוך במספר קשיים:

ראשית, ביקורת על הסגנון והצורה: פסק הדין אומנם התקבל בדעת רוב, אך לצידה נכתבו דעות מיעוט מפורטות של שלושה שופטים. דעות אלה, אשר נכתבו בהיקף לא מבוטל, ועם נימוקים מפורטים, לא קיבלו כלל התייחסות בדעת הרוב של הנשיאה. הנשיאה, אשר חלקה על השופטת ברק-ארז רק במבחני המשנה, השקיעה

<sup>27</sup> שם, פסקה 41 לפסק דינה של הנשיאה חיות. [הדגשים אינם במקור].

<sup>28</sup> שם, פסקה 43 לפסק דינה של הנשיאה חיות

<sup>29</sup> שם.

<sup>30</sup> שם.

<sup>31</sup> שם, פסקה 21 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

פסקאות רבות בניתוח והתייחסות לפערים בינה ובין השופטת ברק-ארז.<sup>32</sup>

קשה אם כן להבין מדוע דעת מיעוט מפורטת של שלושה שופטים אינה נבחנת כלל, וזוכה להתעלמות מוחלטת.

שנית, וזו שאלת המפתח שנתרה פתוחה: מהו מקור הסמכות. על אף הנימוקים הרבים על כך שמדובר ב"תחפושת" של חוקה וכי אין באמת מדובר בביקורת שיפוטית של חוק יסוד, עדיין נותרה עלומה שאלת הסמכות בהתערבות של בית המשפט באקט חוקתי שעשתה הרשות המכוננת, שנעדרת כל מקור סמכות להחלט ביקורת שיפוטית עליו.

שלישית, בפרשת בנק המזרחי, קבע השופט ברק, וכך גם ההלכה מזה שנים רבות, כי המבחן על פיו יש לזהות האם חוק מסוים הוא חוק רגיל או חוק יסוד, והאם הוא נהנה ממעמד חוקתי, הוא המבחן הצורני. על פי המבחן הצורני, ככל שיש לחוק כותרת של "חוק יסוד", ללא ציון שנה, הרי הוא חוק יסוד בעל מעמד חוקתי. מבחן זה, אינו דורש תנאים נוספים וכמעט רק על פיו, עד כה, הוכרע מעמד החוקתי של חוקי היסוד. יוזכר, כי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר על בסיסו החיל בית המשפט את המהפכה החוקתית, זכה למעמד של חוקה, בין השאר גם בשל הכותרת שלו.<sup>33</sup> חוק היסוד זה לא עמד במאפיינים בסיסיים אחרים שאמורים להיות בתיקוני חוקה. כך למשל, פגם בלגיטימיות שלו – שכן החוק עבר ברוב קטן מאוד (שלושים ושניים ח"כ בלבד הצביעו בעד) ולא ברוב של חברי הכנסת, כמו כן החוק איננו משוריין ("נוקשות") ולכן ניתן לשנותו ברוב רגיל. למרות זאת, הוענק לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעמד חוקתי, ומכוחו נטל בית המשפט את הסמכות לבטל חקיקה ראשית, כשזו סותרת ערכי המעוגנים בחוקי היסוד. מצד אחד, בפרשת מזרחי, לטובת מהפכה חוקתית ליצירת חוקה בישראל מספיק (כמעט) המבחן הצורני. מצד שני, בבג"ץ שפיר, המבחן הצורני כבר איננו מספק, וקיימות דרישות נוספות, שללא עמידה בהן עשויה חקיקת היסוד לאבד ממעמדה החוקתי, על אף כותרתה.<sup>34</sup>

רביעית, בית המשפט מבקר את החקיקה, בצורה טכנית לכאורה, ובודק האם אכן מדובר בחוק יסוד או לא. על פניו, מדובר בביקורת הליכית, אשר שומרת על הפרדת הרשויות. עם זאת, המבחנים השונים, בדגש על מבחן ההתאמה למארג החוקתי, שבוחן את ההתאמה והתכלית, מאפשרים לבית המשפט בחינה של תוכן החקיקה, ובפועל משנה את אופייה של הביקורתית ההליכית לביקורת תוכנית.

אפרט בעניין זה: ראשית, הרשות השופטת נכנסת לשיקול דעתה של הרשות המכוננת, ובכך פוגעת בהפרדת הרשויות. שנית, לו הייתה לבית המשפט הסמכות, העברת הנטל על הרשות אינה סבירה. התערבות בשיקול דעתה של הרשות המכוננת היא אקט קיצוני בכל קנה מידה. אף לשיטת המתירים, יש לעשות זאת בזהירות רבה, ותוך כיבוד מעמדה של הכנסת כרשות מכוננת. על כן, יש להטיל נטל כבד על העותרים, להוכיח טענתם, ולא להפוך את הנטל ולדרוש מהכנסת לבוא וליתן את טעמה.

<sup>32</sup> שם, פסקאות 66-58 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>33</sup> פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 4, פסקה 55 לפסק דינו של הנשיא ברק.

<sup>34</sup> להרחבה ולמשמעויות נוספות לפגיעה במבחן הצורני, ראו: רבקה ווייל "ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד: על מורשת חיות ונתניהו", [ICON-S-IL Blog](https://www.icon-s-il.org/blog/16.12.2021) (16.12.2021). יש לציין כי בכותרת מתבטאת כוונתה של הרשות המכוננת לייחס מעמד חוקתי לאותה חקיקת יסוד.

## 5. סיכום

מאמר זה עסק בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ שפיר, על פיו, בסמכותו של בית המשפט העליון להחיל ביקורת שיפוטית על החלטות הכנסת כרשות מכוננת. זאת בעזרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות הרשות המכוננת. סקרת בקצרה את הרקע והסוגיות המרכזיות אשר נידנו בבג"ץ שפיר, הצגתי את הדוקטרינות השונות להחלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד ואת המבחנים ליישום דוקטרינת השימוש לרעה במסכות הרשות המכוננת. לצד זאת, הצגתי קשיים העולים מפסק הדין ואתגרים שנוותרו עדיין ללא מענה. כך, בין השאר, היעדר הסמכות של בית המשפט לביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, העדר אחדות בשימוש במבחן הצורני, והתערבות גסה בשיקול דעתה של הרשות המכוננת.

יפים לעניין זה דבריו של השופט מינץ שסיכם את הקשיים בבהירות רבה:

"חברתי השופטת ברק-ארז, הדגישה בחוות דעתה, כי אין לה לכנסת יותר מאשר קיבלה מידי של הריבון. אין מנוס מלומר כי גם לנו, הרשות השופטת, אין סמכות מעבר למה שהכתיב לנו הדין.<sup>35</sup>

[...] 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", הרי שדינו להתבטל מעצם חשיפת ה"תחפושת", אם יתגלה כי לא הייתה הצדקה לקבעו כ"חוק יסוד".<sup>36</sup>

[...] 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.<sup>37</sup>

נראה אם כן, כי על אף הנימוקים של דעת הרוב ודעת המיעוט, כאשר דנים בחוקתיותו או מעמדו של חוק יסוד, על בית המשפט לזכור כי עסקינן בנשק יום הדין. גם לגישת מתירי הביקורת השיפוטית, יש לפעול בזהירות רבה ביותר, ולמנוע ככול שניתן פגיעה בכנסת, בכבודה, במעמדה והפרדת הרשויות. יצירת התנגשות חוקתית, בנושא תיאורטי, מייצרת מתח ציבורי, משפטי וחוקתי מיותר לחלוטין לטעמי.

אסכם, כפי שסיכם השופט סולברג, באומרו:

"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

<sup>35</sup> בג"ץ שפיר, לעיל ה"ש 1, פסקה 9 לפסק דינו של השופט מינץ.

<sup>36</sup> שם, פסקה 13.

<sup>37</sup> שם, פסקה 19.

שלפיה מסורה בדינו 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. הָרְאָנוּ לְדַעַת, כי בעניין דנן רחוקים אנו ממצב זה ת"ק פרסה".<sup>38</sup>

ציטוט מוצע: משה יפה "ביקורת על ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד – בעקבות בג"ץ שפיר" בלוג רשות הרבים (7.9.2022).

<sup>38</sup> שם, פסקה 22 לפסק דינו של השופט סולברג.