

מבט השוואתי על סמכות בית המשפט לביטול חקיקה

מאת

אביתר כהן*

מבוא

אחת הקריאות הפופוליסטיות בנוגע לרפורמה המשפטית היא שאימוצה יוביל את מדינת ישראל לאיבוד האיזונים והבלמים, או במילים אחרות, לזנוח את עקרונות המשטר הדמוקרטי.

הטענה הרווחת היא שישראל צועדת בצעדי ענק אל עבר מודל לא דמוקרטי, קיצוני וחריג שאין לו אח ורע בעולם המערביהדמוקרטי. מודל שבו בניגוד למדינות בעלות איזונים ובלמים, הפרלמנט אינו מוגבל. כך למשל התבטא בעניין דיקן בית הספר למשפטים באוניברסיטת צפת: "הפיכה משטרית, כזו אשר לא יכולה להתהדר עוד בנוצות של משטר דמוקרטי"¹. דוגמה נוספת קיבלנו ממארגני יום "השיתוק הלאומי" שהכריזו לאחרונה: "אנו קוראים לכל האזרחים והאזרחיות להגיע [...] ולהשמיע את קולם נגד הדיקטטורה"². כמו אלו, הרהיבו עוד רבים במרחבי העיתונות, באקדמיה ובמקומות נוספים.³

למצער, נראה שמדובר על הבנה שגויה לחלוטין של המשפט הישראלי, מקורותיו ועקרונותיו. השוואות חסרות שחר על המצב בצ'ילה, השיטה בשוויץ או מודל פסילת החוקים בגרמניה משטח את הדיון ההשוואתי. מטרת מאמר זה היא להשוות את המשפט הישראלי למדינות אחרות. בנוסף, אטען כי ההשוואה הנעשית למדינות רבות בעולם אינה רלבנטית ולכן מייצרת מסגרת דיון לא מדויקת. במקום

* סטודנט למשפטים וכלכלה באוניברסיטה העברית, ותלמיד במכללה למדינאות.
1 מוחמד ס. ותד "סירוס הדמוקרטיה: הרפורמה" אינה אלא הפיכה משטרית, וכך גם יש להתייחס אליה" וואלה (18.3.2023).

2 סיון חילאי "הקואליציה מאיצה את המהפכה המשפטית, המחאה מחריפה: קול נגד הדיקטטורה" Ynet (22.3.2023).

3 יוחנן פלסנר "השינויים המוצעים כיום על ידי הממשלה הם לא רפורמה אלא הרס" מעריב (19.2.2023); גדעון רהט "על תומכי המהפכה המשפטית לחתום ויתור על הדמוקרטיה" וואלה (13.3.2023); אליס ברזיס "ביבי, שלח את עמי" כלכליסט (21.3.2023).

השוואות אלו, אציע לסקור שתי מדינות אחרות – בריטניה וניו זילנד – אשר מבחינה השוואתית יותר רלבנטיות לדיון בישראל.

חשוב להדגיש, אין בכוונתי לטעון טענה נורמטיבית בדבר טיבן של הרפורמות המוצעות, טיב השיטה של עליונות הפרלמנט או טיב השיטה הבריטית או הניר זילנדית. מטרת המאמר היא רק להשיב באופן מנומק כי השיח שבו אנו נמצאים בליבה של המחלוקת הוא עתיק ולגיטימי בין שיטת המשפט של עליונות הפרלמנט ובין שיטת המשפט החוקתית. כמו כן, ברצוני להסיר את השיח את הביטויים 'דיקטטורה' ו'דמוקרטיה' אשר השימוש הלקוי בהם מזהם את השיח הציבורי בימים אלו.

א. שיטת המשטר הדמוקרטי בישראל

ברובן הגדול של המדינות המערביות יש חוקה אשר התקבלה בהסכמה רחבה של אזרחי המדינה.⁴ חוקות אלו משמשות הגבלה משפטית לכוחו של הרוב. אומנם, בחלק ממדינות אלו רוב כזה או אחר יכול לשנות גם את החוקה, אך לפחות ניתן לומר שרוב צר בפרלמנט מוגבל לחוקה או לפחות לפרשנות ששופטיו נותנים לחוקה.

לעומת זאת, במספר מצומצם של מדינות מערביות ודמוקרטיות, אין חוקה כתובה כלל או שישנה חוקה מצומצמת שאינה נוקשה. מדינות אלה, הנחשבות כחלק ממדינות "המשפט המקובל" הן למשל בריטניה ושלוחותיה, קנדה וניו זילנד (מכונות גם בעבר 'מדינות חבר העמים הבריטי'). גם ישראל אשר ינקה חלק משיטת המשפט שלה מן המשפט המקובל, נעדרה חוקה כתובה עד המהפכה החוקתית בשנות ה-90.

במדינות אלו התפתחו כמה מודלים של משטרים דמוקרטיים:

בחלקן הפרלמנט הוא עליון ובלתי מוגבל על ידי חוקה כלל. כפי שאראה להלן, אין לבית המשפט או לאף גוף אחר סמכות לבטל חקיקה: אנגליה ונירזילנד. חוץ משתי מדינות אלו, במשפט המקובל יש מספר מדינות אחרות שקיבלו על עצמן חוקה במודלים שונים כמו קנדה ואוסטרליה. כך למשל, החוקה הקנדית שהתקבלה בשנת 1980 אינה משמשת מחסום ניכר בפני הפרלמנט. למעט מספר סעיפים בחוקה הקשורים בשיטת הבחירות, הפרלמנט יכול להתגבר על פסילת חקיקה אשר לכאורה סותרת את החוקה ברוב רגיל.⁵ בעת הקמת מדינת ישראל, לאחר סיום המנדט הבריטי בשנת 1948, הוחלט לאמץ חלקים נרחבים מן המשפט המנדטורי כך שהמודל הישראלי דמה מאוד למודל הבריטי והנירזילנדי. אומנם נעשה ניסיון לכוון חוקה כתובה, אך הוא לא צלח. במקום זאת נקבע בהחלטת הררי כי חוקי היסוד ירכיבו את חוקת המדינה בעתיד, בשלב מסוים כאשר מפעל חקיקת חוקי היסוד יבוא לסיומו. ממילא, המודל הישראלי דמה למודל הבריטי, מודל ללא חוקה כתובה המקדש את עליונות הפרלמנט. בשלושים השנים האחרונות עברה ישראל

⁴ ראו באתר: <https://www.constituteproject.org> המפרט על חוקות העולם.
⁵ ישנה סוגייה נפרדת בדבר משמעותה של ההתגברות של האם ההתגברות היא בעצם אמירה שהחקיקה תואמת את החוקה לדעת הפרלמנט בניגוד לדעת בית המשפט או לחילופין הסכמה שישנה סתירה, אך רצון להתגבר בכל זאת על הסתירה. בכל אופן, אין לדיון זה נפקא מינה מעשית.

שתי מהפכות חוקתיות מרכזיות,⁶ כך שהמודל החוקתי הפך לשונה מאוד מהמודל המקורי הבריטי ממנו התחלנו. בשיטה החדשה, לישראל יש חוקה גמישה ולא נוקשה (חוקי היסוד) בעזרתה שופטים יכולים לפסול חוקים. בנוסף, בשיטה החדשה לבית המשפט יש לכאורה סמכות לפסול גם את פרקי החוקה המתהווים.⁷

אם כן, טענתי כי המודל הישראלי הישן של עליונות הפרלמנט דמה למודלים הקיימים היום בבריטניה וניו זילנד. עם זאת, רבים, ביניהם מובילי דעת קהל ומשפטנים מן האקדמיה בישראל, טוענים פעם אחר פעם כי השוואה זו אינה נכונה. לדבריהם, גם בשתי מדינות אלו ישנם בלמים על כוחו של הפרלמנט, כך שהמודל המוצע קצת על ידי שר המשפטים יריב לויין לא ידמה למודלים אלו. על כן, כדי להעמידם על טעותם, אציג תחילה את מערכות המשפט בבריטניה ובניו זילנד כדי להמחיש את מודל המשפט המקובל ממנו שאבה ישראל את המודל הראשוני שלה. הדיון המעמיק יותר ייעשה בעניין ניו זילנד מכיוון שמודל זה הוא הדומה ביותר למודל הישראלי.

ב. שיטת המשטר הדמוקרטי בבריטניה

בבריטניה הפרלמנט מורכב משני בתים. הבית הראשון הוא בית הנבחרים שחבריו נבחרים בבחירות אזוריות. המשמעות היא שאומנם נציגי הפרלמנט מחויבים לבוחרים שלהם במחוזות, אך מכיוון שהמנצח במחוז מייצג את כל המחוז, הפרלמנט לא מתפלג בדיוק על פי מספר הבוחרים, אלא יש הטיה כלפי הרוב. הבית השני, הוא בית הלורדים. העברת החקיקה בבריטניה תלויה בפועל בבית הנבחרים. בית הלורדים יכול רק לעכב חקיקה של בית הנבחרים, לכל היותר למשך 13 חודשים דה פקטו.⁸ בנוסף, בית המשפט העליון הבריטי אינו יכול לבטל חקיקה של הפרלמנט בשום מצב.⁹ כל סמכותו של בית המשפט בביקורתו על חקיקה היא להכריז כי חוק מסוים לא תואם את האמנה האירופית לזכויות אדם או חוקי זכויות אדם אחרים. הכרזה זו אינה מחייבת את הפרלמנט. נקודה מעניינת היא שראש ממשלת בריטניה ממונה על ידי המלך. אומנם לכאורה המלך יכול למנות מי שירצה, אך בפועל הוא זקוק לאמון בית הנבחרים כך שהוא ממנה את ראש המפלגה המנצחת ללא שיקול דעת. בכל מקרה, הדבר נתון לשינוי גם על ידי חקיקת הפרלמנט. ראוי לזכור, הרכיב המונרכי בשיטה זו, שבה למלך יש סמכויות, הוא רכיב לא דמוקרטי ולכן משמעותו היא בעיקר טקסית. טענה כי מדובר בבלם על עליונות הפרלמנט היא כזו החותרת תחת הרעיון הדמוקרטי ולא כזו המבססת אותו.

⁶ על המפכה החוקתית הראשונה והמהפכה החוקתית השנייה ראו: שאול שארף "ביקורת שיפוטית שאינה חוקתית – ממהפכה למהפכה" דיומא (2023.8.116).

⁷ העניין נידון במספר פסקי דין מפורסמים, ביניהם בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו) (8.7.2021) שעוסק בחוקיותו של חוקי יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.

⁸ תקציר על מבנה הפרלמנט הבריטי: RICHARD KELLY & LUCINDA MAER, [THE PARLIAMENT ACTS](#) (2016).

⁹ ראו אתר הרשות השופטת בבריטניה: <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/our-justice-system/jud-acc-ind/judges-and-parliament>. ראו שם גם לעניין 'הכרזת אי-התאמה'. הרחבה על להלן בדיון על נירזילנד.

כמו כן, הפרלמנט הבריטי אינו כפוף לבית הדין האירופי לזכויות אדם (ECtHR) – Rights Human of Court European – להלן: בית הדין) כפי שנהוג לטעון. לפי החוק הפנימי בבריטניה, הפרלמנט מטה אוזנו לדברי בית הדין, אך אינו מחויב לפסיקותיו. דוגמה מעניינת לכך היא העובדה שבבריטניה אסירים מורשעים לא יכולים להצביע בבחירות, הוראת חוק שרבים יראו בה פגיעה בזכות יסוד "חוקתית" מן המעלה הראשונה. על אף שבית הדין פסק כי הוראה כזו אינה חוקתית, הפרלמנט הבריטי לא שעה לפסיקתו וקבע שרק אסירים בתהליך שיקום רשאים להצביע.¹⁰

עם זאת, בעיני הבריטים יש להם חוקה לא כתובה או עקרונות חוקתיים המובעים בחוקים. ראו למשל באתר הפרלמנט הבריטי:

"Parliamentary sovereignty is a principle of the UK constitution .It makes Parliament the supreme legal authority in the UK ,which can create or end any law . Generally, the courts cannot overrule its legislation and no Parliament can pass laws that future Parliaments cannot change .Parliamentary sovereignty is the most important part of the UK constitution".¹¹

לאחר תיאור נוסף של חוקי זכויות האדם שנחקקו על ידי הפרלמנט, נכתבו הדברים הבאים:

"These developments do not fundamentally undermine the principle of parliamentary sovereignty, since, in theory at least, Parliament could repeal any of the laws implementing these changes".¹²

שלוש הסתייגויות מרכזיות עשויות לעלות בהשוואה בין המודל הבריטי ובין המודל המוצע בישראל:

ראשית, במספר אוביטרים נטען כי ייתכן ולשופטים יש סמכות פסילת חקיקה של הפרלמנט במקרים קיצוניים. עם זאת, שימוש בסמכות זו לא נעשה מעולם, שלא לומר שאינו מעוגן בשום מסגרת שלטונית ואינו מקובל על רשויות השלטון והציבור הבריטי (ארחיב על כך להלן בהקשר הנירזילנדי).

שנית, מינוי השופטים בבריטניה אינו פוליטי גרידא ולגורמים שאינם נבחרים ישנה מעורבות רבה בבחירת השופטים. דבר זה מתאפשר מכיוון שכפי שהוצג לעיל, לבית משפט זה אין סמכות להתערב בחקיקה כלל. הרפורמה המוצעת בישראל

¹⁰ ראו אתר הפרלמנט הבריטי: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-7461>

¹¹ ראו באתר הפרלמנט הבריטי (הדגשים אינם במקור): <https://www.parliament.uk/about/how/role/sovereignty>. בתרגום חופשי, עליונות הפרלמנט היא עיקרון חוקתי בחוקה הלא כתובה של בריטניה. להרחבה על עיקרון זה ראו: שגיא ברמק "עקרונות עליונות הכנסת כעקרונות יסוד בשיטת המשטר הישראלית" רשות הרבים (29.3.2023).

¹² אתר הפרלמנט הבריטי, שם. כלומר, מובהר למען הסר ספק שהפרלמנט האנגלי והעם האנגלי יכולים דה יורה ודה פקטו לחוקק ככל העולה על רוחם.

מעגנת את הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת ולכן מוצע גם להתאים את הליך מינוי השופטים למעורבות הפוליטית של בית המשפט העליון, בדומה למדינות בעלות ערכאות חוקתיות דומות.

שלישית, הבחירות בבריטניה כפי שנאמר לעיל, הן אזוריות. עובדה זו יכולה לעלות בתור בלם שאינו קיים במודל הישראלי הקיים והמוצע. נראה כי בחירות אזוריות עשויות לשמש בתור בלם לרוב, אך גם להסיר את הבלם שעומד לרשות מיעוטים בפרלמנט. לפי שיטה זו יש יתרון מובנה לרוב – כך שייצוגיות המיעוט עלולה להיפגע. על כן, יש לשקול היטב אפשרות זו שכן טמון בה חיסרון לטובת אלו המבקשים ליצור בלם על שלטון הרוב.

לסיכום חלק זה נראה כי לא בית המשפט הבריטי, כך גם לא בית הדין האירופי ולא בית מחוקקים נוסף (ובוודאי לא המונרפך) – מגבילים את הרוב בבריטניה. עליונות הפרלמנט הוא העיקרון המנחה ועל פיו מבוססת שיטת המשטר. גם ההסתייגויות לעיל אינן משמשות חסמים בפני עליונות הפרלמנט ואינן יכולות למנוע את שלטון הרוב. המודל הבריטי הוא דמוקרטי, וככזה אינו מחזיק בבלמים שאינם קיימים במודל הישראלי הישן או המוצע כעת.

ג. שיטת המשטר הדמוקרטי בנירזילנד

הפרלמנט בנירזילנד מורכב מבית אחד. בית הנבחרים מונה בדרך כלל 120 חברים ולעיתים יותר – בהתאם לאחוזי ההצבעה למפלגות השונות. 70 מחברי הבית נבחרים ישירות במחוזות הבחירה והשאר נבחרים מתוך רשימות מועמדים מפלגתיות. שיטה זו משלבת בין בחירה אזורית ובחירה מפלגתית. בדומה לבריטניה, ראש ממשלת נירזילנד נבחר מבין חברי בית הנבחרים ללא בית נוסף, כך שהרוב בבית הנבחרים שולט בממשלה. כמו בבריטניה – מי שקיבל את מרב האמון בבית הנבחרים עומד בראש הממשלה.

לניו זילנד אין חוקה כתובה אלא חוקים רגילים בעלי נופך חוקתי כמו ACT 1986 CONSTITUTION שהוראותיו לא משוריינות. בנוסף, בדומה לישראל, בחוק הבחירות ACT ELECTORAL 1993 שוריינו ההוראות בדבר תקופת הכהונה של הפרלמנט ונחוק רוב של 75 אחוזים מחברי הפרלמנט כדי לשנות זאת, אף כי סעיף זה עצמו אינו משוריינן וניתן לביטול ברוב רגיל. כל החוקים שווי ערך וכל אחד מהם ניתן לתיקון בידי הפרלמנט. דבר נוסף שדומה לבריטניה הוא האפשרות להכריז על אי התאמה של חוקים לחוק זכויות האדם. להכרזה זו אין השלכה אופרטיבית שכן אינה מבטלת חקיקה. בנוסף, השופטים ממונים על ידי שר המשפטים שמתיעץ עם נשיא בית המשפט העליון – ייעוץ שאינו מחייב.¹³

עד כה, נראה כי אין בלם שיכול להגביל את הרוב בניו זילנד. בית המשפט לא יכול לפסול חקיקה מכוח חוקה או מכוח סמכות שקיבל מהפרלמנט ולכן הסוגייה שנוותר לבחון היא כוחו של בית המשפט לפסול חקיקה של הפרלמנט מכוח עקרונות יסוד שאינם כתובים עלי ספר.

¹³ ראו סקירה של פורום קהלת בעניין מינוי שופטים.

רק כדי לחדד, נבהיר נקודה קצרה. המהפכה החוקתית שביצע בית המשפט העליון בישראל מתחלקת למספר חלקים: ראשית, פסילת חוקים רגילים על בסיס חוק יסוד כבוד האדם וחירותו אינה מהפכה בעיני רבים. הפרשנות הסבירה של פסקת ההגבלה בחוק יסוד זה היא שבית המשפט יפסול חוקים שאינם עומדים בתנאי הפסקה. המהפכה בחוסר סמכות מתמקדת בשני חלקים אחרים: האחד, פסילת חוקים על בסיס סתירה לחוקי יסוד שאין בהם פסקת הגבלה, למשל חוק הסותר את חוק יסוד הכנסת.¹⁴ השני, פסילת חוקי היסוד עצמם בדוקטרינות השונות.¹⁵

בדומה להחלטתו של בית המשפט הישראלי, בית המשפט הנירזילנדי ציין במספר אמרות אגב שבכוחו לבטל את חקיקת הפרלמנט. בניגוד לישראל, אמרות אגב אלו לא עברו לשלב המעשה אלא נשארו בשלב הדיון התיאורטי. בעניין זה, ציין זיו בורר בסקירה שערך כי כאשר השופט ברק התחבט האם בית המשפט בישראל מוסמך לפסול חקיקה על ידי עקרונות שאינם כתובים, איזכר פסיקה מנירזילנד עם הערת אגב:

“אשר לשאלה בדבר יכולתה של הכנסת לחוקק חוק (או חוק יסוד) [...] מבקש אני להשאיר שאלה זו בצריך עיון. זו שאלה קשה, הקשורה בלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על רקע עקרונות יסוד שאינם חקוקים עלי חוק יסוד, ראה גם: *Transport of Ministry v Brader* [1981] 1 NZLR¹⁶.”

כאמור, בית המשפט בניו זילנד מעולם לא פסל חוק. על כן, עולה השאלה, האם בית המשפט בניו זילנד בדרכו לבצע מהפכה חוקתית בדומה לישראל?

על מנת לענות על שאלה זו נבחן את החקיקה הרלוונטית בניו זילנד וכן את המידע באתרי הממשל בנירזילנד שעוסקים בסוגיות אלו.

בחוק ACT CONSTITUTION 1986, נאמר בסעיף 15 כי הפרלמנט הנירזילנדי ממשיך להחזיק בכוח מוחלט של חקיקת חוקים. ובלשון הסעיף עצמו: “The make to power full have to continues Zealand New of Parliament laws.”¹⁷

בחוק נוסף ומפורסם שקבע את זכויות האדם בניו זילנד, NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT 1990, נכתב בסעיף 4 כי אף בית משפט לא יוכל להחליט על כך שחוק מסוים אינו תקף.¹⁸ לשון החוק אינה משתמעת לשתי פנים:

“No court shall ,in relation to any enactment) whether passed or made before or after the commencement of this

¹⁴ ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, נז(3) 793 (2003).

¹⁵ ראו ביקורת על כך: שארף, לעיל ה"ש 6.

¹⁶ בג"ץ 5364/94 ולגר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, מט(1) 758 (1995). בנוסף, בסקירתו על העניין הביא בורר כמה מפסקי הדין והציטוטים מבתי המשפט בהם נראה ששופטים תהו בהערות אגב על כוחם לפסול חקיקה.

¹⁷ אתר הרשות המחוקקת בנירזילנד:

<https://www.legislation.govt.nz/act/public/1986/0114/latest/whole.html>

¹⁸ ראו, שם:

<https://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM225500.html>

Bill of Rights –

- (a) hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked ,or to be in any way invalid or ineffective ; or
- (b) decline to apply any provision of the enactment —by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights”.

גם באתרי הממשל השונים מופיע העיקרון לעיל. כך באתר הרשמי של governor of New Zealand נכתב כי מוסכמות חוקתיות הן קריטיות, אבל הן לא אכיפות על ידי בית המשפט:

”Constitutional conventions are of critical importance to the working of the constitution ,even though they are not enforceable by the courts”.¹⁹

באתר האנציקלופדיה של נירזילנד – Te Ara – שהוקם על ידי ממשלת ניו זילנד מרחיבים אף יותר. לפי מקור זה, לפרלמנט הנירזילנדי יש את הסמכות לחוקק או לבטל כל חוק שירצה מאחר שעיקרון עליונות הפרלמנט הוא חזק ביותר. האתר אף מדגים זאת באמצעות חוק שחוקק תוך שלושה ימים בלבד משום דחיפותו. להלן הלשון המקורית:

” Parliament has the power to make or unmake any law. Because New Zealand has one Parliament and is not federated (divided into separate states), and because the judiciary cannot strike down any laws Parliament makes, parliamentary sovereignty is stronger in New Zealand than in any other Westminster democracy. This means that the governing party led by the cabinet is very powerful. Passing laws under urgency and foregoing the usual process of public consultation and submissions, is one demonstration of this power. In 2010 the government passed the Canterbury Earthquake Response and Recovery Bill under urgency in just three days”.²⁰

בהמשך למקורות אלו, גם באתר הרשמי של משרד המשפטים בנירזילנד נכתב בצורה דומה כי מערכת המשפט לא יכולה להתערב בהחלטות של הרשות המחוקקת. שוב, הדברים בהירים כשמש:

¹⁹ אתר הממשל בנירזילנד: <https://gg.govt.nz/office-governor-general/roles-and-functions-governor-general/constitutional-role/constitution>

²⁰ ראו באתר האנציקלופדיה: <https://teara.govt.nz/en/interactive/35918/power-of-parliament>

"The Judiciary cannot interfere with decisions of Parliament (the Legislature), such as the decision to pass a law".²¹

מקור נוסף הוא האתר של LEGISLATION DESIGN AND ADVISORY COMMITTEE (הוועדה שמייצעת בענייני חקיקה). באתר זה נאמר בצורה מפורשת מאוד כי הפרלמנט יכול לחוקק כל דבר:

" The courts can neither invalidate legislation passed by Parliament nor interfere with the legislative process .It is often said that Parliament can legislate to do anything .Yet this does not mean that it should ,particularly where human rights or fundamental constitutional principles are affected".²²

ולבסוף, כאשר מסתכלים גם באתר של בתי המשפט בניו זילנד ניתן לראות כי נכתב מפורשות כי לבתי המשפט אין סמכות להכריז על חוקים כלא תקפים:

"The courts do not declare laws passed by Parliament to be invalid".²³

יוצא אפוא כי בכלל המקורות אלו לבית המשפט אין סמכות להתערב בחקיקה ולפרלמנט הסמכות הבלתי מוגבלת לחוקק מתוקף עיקרון "עליונות הפרלמנט".

עם זאת, ארצה לבסס את הדברים אף יותר. ייתכן שטענתם של ד"ר בורר ונוספים אחרים היא שמהפכה חוקתית מתוך עקרונות שאינם כתובים עלי ספר תוכל לגבור על מקורות אלו. על כן, מצאתי לנכון לברר עניין זה עם מספר פרופסורים מובילים למשפט חוקתי מהפקולטות למשפטים בשתי האוניברסיטאות המובילות בניו זילנד, אוניברסיטת אוקלנד ואוניברסיטת אוטגו.

ראשון, פניתי לפרופסור ג'יימס אלן שלימד 11 שנים משפטים באוניברסיטת אוטגו בנירזילנד (The University of Otago). לשאלתי האם תיתכן – הן חוקית והן ביצועית – פסילת חוקים על ידי בתי המשפט ענה פרופסור אלן בפשטות כי לבתי המשפט אין את הכוח לעשות זאת, או בלשונו שלו:

"A short reply is that the NZ courts do not have the power to invalidate laws".²⁴

עוד הוסיף בהמשך כי בתי המשפט מוסמכים להכריז על אי התאמה – אבל לא יותר מכך.

²¹ ראו באתר הרשות השופט בנירזילנד: <https://www.justice.govt.nz/courts/going-to-court/without-a-lawyer/representing-yourself-civil-high-court/new-zealands-constitutional>

²² ראו באתר הוועדה: <http://www.ldac.org.nz/guidelines/legislation-guidelines-2021-edition/constitutional-issues-and-recognising-rights-2/chapter-4>

²³ ראו באתר בתי המשפט בנירזילנד: <https://www.courtsofnz.govt.nz/about-the-judiciary/overview>

²⁴ התכתובת הזו – כמו גם האחרות בהמשך – מופיעות בדואר האלקטרוני של מחבר המאמר.

לאחר מכן, פניתי לפרופסור נוסף למשפט חוקתי מאוניברסיטת אוקלנד (University of Auckland), פרופסור פול רישורט, והוא השיב בצורה דומה כי רעיון זה הוצע על ידי שופט מסוים, אך אין היתכנות כי דבר כזה יקרה בפועל, או בלשונו:

"Sir Robin Cooke, later Lord Cooke of Thorndon and a member of the House of Lords in the UK) suggested there were common law limits on Parliament's supremacy. No case has ever had to consider applying them. It was always seen as a warning, and unlikely to arise in practice".

פרופסור נוסף, אדוארד וויליס, גם הוא מאוניברסיטת אוטגו, טען כי רעיון כזה אינו סביר:

"The basic rule is quite clear: the New Zealand Parliament is sovereign in the sense that it has unlimited power to make or unmake any laws [...] Justice was writing about the idea of limits on Parliamentary sovereignty [...] It was a political claim he was making – both in his extra-judicial writings and in obiter in a handful of cases – as a kind of warning to Parliament to take its role more seriously. It has never been the orthodox legal position in New Zealand".

במענה לשאלתי מה יקרה אם בית המשפט יחליט לפסול חוק הוא טען:

"The Supreme Court would not, under our current system, invalidate legislation. This is just not something our Courts do. It would only happen in the context of a constitutional crisis, in which case all bets are off and the matter becomes political rather than legal".

פרופסור נוסף אליו פניתי, פרופסור אנדרו גדיס, גם הוא מאוניברסיטת אוטגו, היה פחות נחרץ מחבריו וטען כי:

"There is an active, unresolved debate as to whether there are, in fact, subject limits on Parliament's lawmaking powers and what these may be (if they exist). It primarily is an academic debate, with occasional contributions from judges and politicians. However, the debate has never resulted in a court invalidating an Act of Parliament, and every time the courts are invited to do so, they refuse to entertain the notion".

עם זאת, במענה לשאלתי מה היא עמדת הפרלמנט והממשלה בעניין הוא ציין:

"It is the supreme lawmaking institution of Aotearoa NZ, with no theoretical limits on its powers".

הוא הפנה אותי ל-NZ CONSTITUTION ACT 1986, S. 15, סעיף בחוק החוקתי, שהוצג לעיל, לפיו "The Parliament of New Zealand continues to have full power to make laws".

לבסוף, במענה לשאלתי, מה יקרה אם בית המשפט יחליט לפסול חוק בפועל ענה פרופסור גדיס:

"We don't know ! That would be a constitutional crisis for this country .Unless and until it happens ,we can't predict the outcome".

לסיכום המודל הנירזילנדי, נראה שהחקיקה הרשמית, עמדות הפרלמנט והממשלה תומכות במודל המקובל של עליונות הפרלמנט, בדומה לבריטניה. הפרלמנט בנירזילנד בלתי מוגבל. הגם שיש שופטים ופרופסורים שמנסים להצדיק הפיכה שיפוטית בדומה לזו שהתרחשה בישראל כבר שנים רבות, אך נראה כי אין היתכנות לכך – לא ברמה התיאורטית-אקדמית ולא ברמה הפרקטית.

סיכום

הרפורמות המוצעות כעת מחזירות את ישראל למשפחת שיטות המשטר, ממנה התחילה וצמחה לפני המהפכה החוקתית. נראה כי יהיה זה לגיטימי לחלוטין שמדינת ישראל, שאימצה את השיטה הבריטית ללא החוקה, לא תעניק לשופטיה את הסמכות לפסול חקיקה בכלל. אין זה חידוש, גם לא תקדים – מודל זה היה קיים בישראל בעבר ועובר היום בבריטניה ובנירזילנד. עם זאת, הממשלה בישראל מציעה ברפורמות הנוכחיות להותיר בידי בית המשפט (ברוב גדול או פה אחד) סמכות פסילת חקיקה – סמכות שתחריג את ישראל ותיתן לשופטיה כוח שאין להם במדינות אחרות, הדומות לה במשטרן. ישראל יוצרת מודל מעין חוקתי מבחינת חוקי היסוד שיעמדו כחוקה לא נוקשה, אך לא מבחינת חקיקה רגילה אשר תעמוד לביקורת שיפוטית. כלומר, עיקרון שלטון הרוב יישמר מאחר שרוב רגיל בפרלמנט יוכל לחוקק חוקי יסוד ככל העולה על רוחו כמו במדינות בעלות מודל זה, אך עדיין תינתן לבית המשפט אפשרות לבקר חוקים אשר לא יוגדרו בתור חוקתיים (חוקי יסוד). בנוסף, ישראל גם מתעתדת לאמץ שיטה חדשה למינוי שופטים. אומנם, לא שיטה המקנה לקואליציה זכות למנות באופן מוחלט כמו בנירזילנד, אך שיטה מעט יותר דמוקרטית מן המצב כיום בישראל, שבה קואליציה ואופוזיציה יחדיו יוכלו למנות שופטים תוך ווטו הדדי.

יש מי שיטען שמודל זה אינו דמוקרטיה. מסופקני – שכן בריטניה היא ללא ספק אחת הדמוקרטיות הגדולות בעולם. גם נירזילנד, מדינה דמוקרטית לתפארת שנמצאת גבוה מאוד במדדי דירוג הדמוקרטיה בעולם. ממילא, החזרת ישראל למשפחת המשפט המקובל בכלל ולמשפחת שיטות עליונות הפרלמנט בפרט, היא מעשה לגיטימי שמבקש לחזק את הדמוקרטיה בישראל, לעילא ולעילא. שוב, אין כאן טענה בדבר טיבו של מודל זה או הצדקה לכך שהפרלמנט יכול לחוקק ככל העולה על רוחו. טענתי המרכזית במאמר היא שהמודל המוצע הוא דמוקרטי לחלוטין ואין בו חדשנות או תקדימיות.

לפני הסוף, אבקש להתייחס לנקודה קטנה: קיימת טענה מעגלית שלפיה אין סיבה להתקומם על המהפכה החוקתית בשנות התשעים או שהמצב בישראל כיום הוא נורמלי, מכיוון ששופטי בית המשפט העליון, ובראשם השופט אהרן ברק, שאבו השראה מן המשפט הנירזילנדי. בעיניי, טענה זו היא אבסורדית. בנירזילנד כפי שהוצג, מהפכה כזו לא נעשתה מעולם בפועל, ואף לא סביר שתתבצע וייתכן שאלו השואפים לממשה מצויים בדעת מיעוט, אפילו בין האקדמאים הפרוגרסיביים. השופט ברק לקח דעת מיעוט די מופרכת ויישם אותה במדינת ישראל. ממילא,

הטענה שהרפורמות המוצעות לא יהפכו את ישראל לדומה יותר לניו זילנד, מופרכת.

לסיום, הדיון הקיים בישראל מקשה לדון באופן ענייני אודות הרפורמה באמצעות המושגים "דמוקרטיה" ו"דיקטטורה". דווקא המצב הנוכחי אשר לוקח רכיב לא דמוקרטי אחד מכל שיטה הוא המקרב אותנו יותר מכל לדיקטטורה. מצב בו גם שופטים אינם ממונים על ידי הציבור וגם להם הסמכות לפסול חקיקה – אינו קיים באף מדינה מערבית. במשטרים בעלי חוקה כתובה ושלמה, השופטים ממונים בידי הציבור או נציגיהם. במודלים ללא חוקה רשמית, השופטים יכולים להתמנות שלא על ידי הציבור ונציגיו. אך חיבור של מודל משטרי הכולל חוקה רשמית, עם פסילת חוקים וזכות ווטו על מינוי השופטים על-ידי השופטים עצמם – ממציא מודל חריג, תקדימי ולא דמוקרטי.

ציטוט מוצע: אביתר כהן "מבט השוואתי על סמכות בית המשפט לביטול חקיקה" **רשות הרבים** (1.9.2023).