

תחיקה

הצעת חוק יסוד: החקיקה

הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה ערכה ביום ד' בניסן התשנ"ב (7 באפריל 1992) יום עיון על הצעת חוק-יסוד: החקיקה. יום העיון נפתח על-ידי השופטת טובה שטרסברג-כהן מבית-המשפט המחוזי בחיפה. שר המשפטים דן מרידור נשא את ההרצאה הראשונה על הרקע, העיקרים וההשלכות של הצעת החוק. יתר ההרצאות עסקו בנושאים שונים, המוסדרים על-ידי הצעת החוק; פרופ' יצחק זמיר הרצה על הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים; פרופ' ברוך ברכה - על חקיקת משנה; ופרופ' שמעון שטרית על חקיקת חירום. להלן נוסח ההרצאות, לאחר שנערכו לפרסום.

ב-15 במרס 1993 פורסמו הצעת חוק-יסוד: החקיקה והצעת חוק הליכי החקיקה, התשנ"ב-1993. הבאות להחליף את ההצעה שנדונה ביום העיון. ראו ה"ח התשנ"ג 91, 99. הרצאתו של פרופ' ברוך ברכה עודכנה על-יסוד ההצעות החדשות, ואילו שאר ההרצאות מתייחסות להצעה הקודמת. סקירה של השינויים העיקריים בהצעות החדשות לעומת ההצעה הקודמת ראו להלן, כנספח להרצאות.

תיקון טעות

ברשימתו של ד"ר דן אבנון, "חוק המפלגות, התשנ"ב-1992", שפורסמה במדור זה בחוברת הקודמת (עמ' 175), נפלה טעות, העלולה לפגוע בהבנת משמעות הדברים: בעמ' 179 בפסקה השניה המשפט האחרון צריך להיות: "חוק המפלגות מאפשר פסילת מפלגה עוד בטרם החלה לפעול, וזו הגבלה משמעותית בהשוואה לנהוג טרם נחקק חוק זה, כאשר פסילת מפלגה היתה אפשרית רק בשעה שהיא הגישה את רשימת מועמדיה לכנסת, ולעניין ההשתתפות בבחירות בלבד".



עיקרים בהצעת חוק-יסוד: החקיקה

דן מרידור*

א. רקע. ב. עיקרים והשלכות; 1. היחס בין חוקי-יסוד לבין חוקים רגילים; 2. היחס בין חוקי-היסוד לבין עקרונות היסוד של המדינה; 3. מגבלות החקיקה בחברה דמוקרטית והצורך בביקורת שיפוטית; 4. המנגנון לביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים; 5. סיכום.

א. רקע

הצעת חוק-יסוד: החקיקה מהווה אבן דרך בדרך הארוכה של המאבק על שלטון החוק ועל חקיקת חוקה לישראל.

עד היום התקבלו חוקי-יסוד רבים. כמעט כולם עוסקים במשטר המדינה ובדרכי פעולתו. אכן, בוודאי אין להחפז בחקיקה, אך למרות הלחצים והקשיים המיוחדים שעמם ישראל מתמודדת, הנוגעים לעתים לשאלות של קיום ממש, אין לדחות יתר על המידה את השלמתה של חקיקת-היסוד. ראוי מאוד להשלים את החקיקה החוקתית כדי להבטיח את היותה של ישראל מדינה דמוקרטית, ליברלית ונאורה, וזאת למרות מצבה המיוחד של המדינה, ואולי דווקא בגללו.

בהיכנס לתפקידי כשר משפטים, עמדו לנגד עיני שני תחומים עיקריים, אשר הסדרתם בחוקי-יסוד דרושה להשלמת החוקה. התחום האחד – והוא לב החוקה – הוא זכויות היסוד של האדם; והתחום האחר – החקיקה. צוות בכיר במשרד המשפטים הצטרף אלי לניסוח הצעות חוק בתחומים אלה. לא יצרנו יש מאין. לנגד עינינו עמדו נסיונות קודמים¹ חלקם היו טובים יותר וחלקם היו מעט פחות טובים, לדעתנו. הכנו שתי הצעות. האחת – הצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם. האחרת – הצעת חוק-יסוד: החקיקה. שפר מזלה של השניה מן הראשונה. קבלתה בממשלה של הצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם לא הושלמה, וזאת מסיבות בלתי-ענייניות. לעומתה, הושלמה קבלתה בממשלה של הצעת חוק-יסוד: החקיקה, וההצעה הוגשה ופורסמה כהצעת חוק ממשלתית.²

* ח"כ דן מרידור כיהן כשר המשפטים כאשר הצעת חוק-יסוד: החקיקה הוכנה במשרד המשפטים.

1. ראה, למשל, הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח תשל"ג, 448: הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח תשל"ו, 133.

2. ה"ח תשנ"ב 147.

בעיניי, הכנסת השתמשה עד כה מלחוקק את שני החוקים האלה, האמורים להוות תשתית למבנה הקונסטיטוציוני שלנו. חסרונם של חוקים אלה מולא על-ידי בית-המשפט העליון. במשך שנים רבות נקבעו זכויות האדם, אחת לאחת, בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון, החל מפסקי-הדין בפרשות בזרנו³ ו"קול העם"⁴, ועד לפסק-הדין שניתן לאחרונה בפרשת קסטנבאום,⁵ ופסקי-דין נוספים שניתנו אחריו. הדברים ידועים, ולא אחזור עליהם כאן. בפסק-הדין בפרשת לארר⁶ נדונה – אמנם במסגרת אמרת-אגב, אך לא במקרה – סמכותו של בית-המשפט לפסול חוקים של הכנסת, בהיותם נוגדים עקרונות-יסוד של השיטה. נאמר שם מה שנקרא בארמית "לא אכשרא דרא" – לא כשר הדור. אך הסמכות העקרונית קיימת. הכנסת וחברי הכנסת אינם יכולים אפוא להימנע מלמלא את תפקידם לחוקק, ויחד עם זאת להתלונן על שהחטר בחקיקה, שנגרם על-ידם, מתמלא על-ידי יוצר אחר של נורמות משפטיות – בית-המשפט העליון. עם זאת, אני סבור כי מוטב שנושאים כה חשובים יוסדרו בחקיקה על-ידי נבחר העם, ולכן עשיתי כמיטב יכולתי להכנתן של שתי הצעות החוק האמורות.

אפשר לטעון כי המאמצים נכשלו, שכן שתי ההצעות לא הפכו לחוקי המדינה. אך דעתי היא כי, לפחות ככל שהדברים אמורים בחקיקה של חוק-יסוד: זכויות האדם, חלה התקדמות רבה. כוונתי היא לשני חוקים שהכנסת קיבלה לאחרונה: חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אלה הם חוקים חוקתיים, פרקים של חוקה, הן בתחום זכויות האדם והן בתחום ההגבלה של כוח החקיקה של הכנסת. בשני החוקים נקבעו סעיפים, המגבילים את סמכות החקיקה של הכנסת עצמה, והקובעים כי אין לפגוע בזכויות האדם שפורטו בהם אפילו בחוקים, וזאת בחוקים שיתקבלו בהליך וברוב מיוחדים.⁷ למעשה, המדובר בחוקה. ייתכן שהמונחים (במיוחד בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) רחבים מדי, וייתכן שהם אינם מוגדרים די הצורך. ואולם, אין הם רחבים יותר, למשל, מן הביטוי "due process", המופיע בתיקונים לחוקה האמריקנית.⁸ אף בחוקה זו נעדרה התייחסות לזכויות האדם, ורק התיקונים שנוספו אליה עיגנו בה את זכויות האדם, ופורשו במאות רבות של פסקי-דין. בהכירי את בית-המשפט העליון של ישראל, דומה, כי התקדמותנו בעניין זה תהיה אף בקצב מהיר יותר. נראה אפוא, כי המאבק המתנהל שנים רבות לחקיקת זכויות האדם לא רק כנגד רשויות המינהל, אלא אף כנגד הרשות המחוקקת – מטרה שאף היא תוגבל ותוכפף לזכויות אלה – נשא פירות שיש לברך עליהם. אני סבור, כי זו אבן-דרך חשובה ביותר, שכמוה לא היתה מאז קום המדינה.

3. בג"צ 1/49 בזרנו ואח' נ' שר-המשטרה ואח', פ"ד ב 80.
 4. בג"צ 73/53, 87 חברת יקול העם בע"מ ואח' נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871.
 5. ע"א 294/91 חברה קדישא גחשיא יקהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464.
 6. בג"צ 142/89 תנועת לאויר - לב אחד ורות חדשה ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד מד (3) 529, 554-551.
 7. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף 8, חוק-היסוד: חופש העיסוק סעיף 5.
 8. דאה: התיקון ה-14 לחוקה.

הצעת החוק שהיא נושא דיוננו – הצעת חוק-יסוד: החקיקה – לא הגיעה, לצערי, לקריאה ראשונה עקב התנגדות פוליטית בכנסת, וכך גם הצעות שקדמו לה.⁹ אני מקווה כי ההצעה הזאת וההצעות הקודמות ישמשו יסוד לחקיקה בכנסת הבאה. לכן, אין לראות כישלון באי-ההצלחה להעביר את ההצעה ולהפכה לחוק. היתה בה תרומה למודעות הציבורית-החברתית, האקדמית והמשפטית – לנושא רב חשיבות. אנו מתקדמים לקראת החקיקה. חלק כבר נעשה, והשאר ייעשה בעתיד.

ב. עיקרים והשלכות

1. היחס בין חוקי-יסוד לבין חוקים רגילים

ההסדר החדש העיקרי בהצעת החוק, שעורר גם את עיקר ההתנגדות, נוגע להיררכיה של חוקי-יסוד ושל חוקים רגילים.

במצב של היום יש סעיפים אחדים במספר חוקים, אשר נדרש רוב מיוחד כדי לבטלם או כדי לפגוע בעקרונות הקבועים בהם. לכל משפטן מוכר סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, שבו נקבע, בין השאר, עקרון השוויון בבחירות לכנסת, סעיף שלסטיה ממנו נדרש רוב חברי הכנסת.¹⁰ מאז פסק-הדין בעניין ברגמן¹¹ ועד עתה, נדונה סוגייה זו בכית-המשפט הגבוה לצדק פעמים אחדות.¹² בסעיף 45 לחוק-יסוד: הכנסת נדרש רוב של שמונים חברי הכנסת לביטול ההוראה המחסנת את חוק-היסוד: הכנסת מפני שינויים בתקנות-שעת-חירום. הוראה דומה נקבעה בסעיף 42 לחוק-יסוד: הממשלה, אלא ששם הסתפקו ברוב חברי הכנסת לשינוי הסעיף, המחסן את חוק-יסוד: הממשלה (ה"ישן", שתוקפו יפקע עם בחירתו של ראש ממשלה לפי חוק-יסוד: הממשלה החדש)¹³ משינוי על-ידי תקנות-שעת-חירום. לאחרונה נקבעה דרישה לרוב חברי הכנסת גם כדי לבטל או לשנות את חוק-יסוד: חופש העיסוק,¹⁴ וכך גם בחוק-יסוד: הממשלה החדש.¹⁵ הוראת שריון נוספת קיימת גם בחוק שאינו חוק-יסוד,¹⁶ ועל-כן קיימת שאלה באשר לתוקפה,

9. ראה לעיל, הערות 1 ו-2.

10. חוק-יסוד: הכנסת, סעיף 46.

11. בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג (1) 693.

12. ראה בג"צ 246/81, 260 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השירות ואח', פ"ד לה (4) 1;

בג"צ 141/82 רובינשטיין ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד לו (3) 141; בג"צ 158/81

ישראלים - למדינה יהודית מתוקנת נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת העשירית, פ"ד לה (3)

447; בג"צ 231/73 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כז (2) 785; ע"ב 2,3/84 ניימן ואח' נ' יו"ר

ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225; ע"ב 1/88 ניימן ואח' נ'

יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב (4) 177.

13. חוק-יסוד: הממשלה (החדש), סעיף 63.

14. חוק-יסוד: חופש העיסוק, סעיף 5.

15. חוק-יסוד: הממשלה (החדש), סעיף 56.

16. חוק להגנה על השקעות הציבור בנכסים פינאנסיים, התשמ"ד-1984, סעיף 3.

באשר מהות החוק שבו היא מעוגנת אינה קונסטטוטיוניונית. האם רשאית הכנסת, בנושא שאינו חוקתי, להגביל את סמכותה לחוקק ברוב רגיל?¹⁷ בהצעת חוק-יסוד: החקיקה שלפנינו, הוצע לקבוע כי חוקים רגילים יהיו כפופים לחוקי-היסוד בכללותם, וכי ביטולם של חוקי-היסוד או שינויים, וכן קבלתם של חוקי-יסוד חדשים, יצריכו רוב מיוחד.¹⁸ המעיין בחוקי-היסוד הקיימים נוכח לדעת, כי מוסדרים בהם לא רק עניינים קונסטטוטיוניים יסודיים. למשל, חוק-יסוד: הממשלה, אף בנוסחו החדש, כולל גם הוראות בעניינים שאין בינם לבין רמה חוקתית ולא כלום. הוראות אלה מתאימות יותר לחקיקה רגילה. מאחר שהצענו כי יידרש רוב של שני שלישים מחברי הכנסת כדי לשנות חוק-יסוד או כדי לחרוג מהוראותיו, סברנו כי יש צורך בתקופת מעבר, שבה תוכל הכנסת לתקן חוקי-יסוד גם ברוב רגיל ולהוציא מתוכם הוראות שאינן ראויות להגנה המיוחדת שניתנת להוראות חוקתיות. במשך תקופה זאת תוכל הכנסת להחליט גם האם להשאיר בחוקי-יסוד את כל החוקים הקרויים כיום "חוקי-יסוד". כידוע, אין הגדרה מחייבת של סוג הנורמות שניתן לעגן בחוקי-יסוד, ולכאורה, אין מניעה מלקרוא לכל חוק – "חוק-יסוד".¹⁹ למשל, ניתן לקבל חוק-יסוד: גבולות המדינה. ברגע מסוים יקבע הרוב בחוק זה, כי גבולות המדינה הם גבולותיה הקיימים, וכי אין לסגת מהם. אין זה סביר להקנות לחוק מעין זה הגנה, בכך שתידרש תמיכה של 80 חברי הכנסת כדי לשנותו. על-כן, הוצע כי בתום חמש השנים הראשונות לקבלת חוק-יסוד: החקיקה, תקופה הנדרשת, כאמור, להתאמת חקיקת היסוד למצב הרצוי, תיווצר קשיחות ויציבות, ויידרש רוב של שני שלישים מחברי הכנסת, הן לביטול חוקי-יסוד קיימים או לשינויים, והן לקבלת חוקי-יסוד חדשים.

2. היחס בין חוקי-היסוד לבין עקרונות היסוד של המדינה

שאלה מעניינת המתעוררת כאן נוגעת גם לחוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם, שכאמור טרם התקבל במלואו. במספר פסקי-דין דובר על "עקרונות היסוד", או על "ערכי היסוד" של המדינה, או של השיטה, או של הציבור הנאור. בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מדובר על "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".²⁰ נשאלת השאלה, האם חוקים יכולים לסתור ערכים כאלה, שהם ערכי היסוד של מדינת ישראל? יש להבחין בין שאלה זאת לבין השאלה שהעליתי לעיל, האם חוקים יכולים לסתור חוקי-יסוד. האם ייתכן כי ערך שהוא מערכי היסוד של המדינה לא יעוגן במלואו בחוק-יסוד וחוק רגיל יסתור אותו, או שאותו הערך אמנם יעוגן בחוק-יסוד, אך הוא יסתור בחוק שיתקבל ברוב שיידרש בחוק-יסוד: החקיקה לסתירת חוקי-יסוד? למשל, האם ייתכן כי חוק, שיתקבל ברוב של 90 או 100 חברי הכנסת, ויקבע כי מותר לירות בכל אדם מפני שהוא

17. ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטטוטיוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית מורחבת, תשנ"א), 451 הערה 17.

18. הצעת חוק-יסוד: החקיקה, סעיפים 5(ג) (ד) ו-1(ה) 35-36.

19. לדעה אחרת ראה א' רובינשטיין (לעיל, הערה 17), 451.

20. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 1.

גי'נגי, או ערבי, או יהודי, או דתי, ייחשב לחוק תקף? אין ספק כי חוק כזה סותר ערכי יסוד של מדינת ישראל, אף אם התקבל ברוב ניכר. מתעוררות כאן שאלות חברתיות, פילוסופיות וקונסטיטוציוניות במובן הרחב ביותר.

הרעיון של עיגון עקרונות יסוד בחוק ודרישת רוב גדול לשינויים יסודו בהערכה, כי ניתן לקרב את ערכי היסוד שבחוקה אל ערכי היסוד של שיטה או של המדינה, וכי אפשר ליצור בלם מפני חקיקה חפוזה, הפוגעת מתוך להט הרגע בעקרונות היסוד. ההנחה היא, שיהיה כמעט בלתי-אפשרי לגייס רוב של שני שלישים מחברי הכנסת לפגיעה בעקרונות היסוד. ואולם אין ביטחון מוחלט בכך. על-כל-פנים, בהסדר של דרישת רוב מיוחד לפגיעה בעקרונות היסוד אין מענה לשאלה היסודית: האם חוק יכול לפגוע בעקרונות היסוד של השיטה? כאמור לעיל, בפרשת לארר העלה השופט ברק שאלה זאת, וקבע כי לבית-המשפט יש סמכות לפסול חוק הסותר את עקרונות היסוד של השיטה, אך הוסיף, כי הציבור עוד לא כשר לכך כיום.²¹ בקביעת ההוראה המאפשרת פסילת חוק אם הוא יסותר עיקרון מעקרונות היסוד של מדינת ישראל²² יש כדי לתת מענה לשאלה זאת.

לו היתה מתקבלת הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם, משמעותה של קביעה כי אין לתקוף חוק אלא מן הסעם שהוא לא התקבל ברוב הדרוש או שהוא סותר חוק-יסוד היתה שלילת הכוח מבית-המשפט העליון לבטל חוק הסותר את זכויות האדם היסודיות ביותר, שהן מעקרונות היסוד של חברתנו. עם מצב כזה אינני מוכן להשלים. לכן, הצענו לקבוע כי חוק לא יסתור עיקרון, שהוא מעקרונות היסוד של המדינה. אכן, הנושא אינו פשוט, ויש להוסיף ולדון בו. ייתכן, כי עם קבלתם של חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המגינים על חלק ניכר מזכויות האדם, ניתן יהיה לוותר על קביעה זו.

3. מגבלות החקיקה בחברה דמוקרטית והצורך בביקורת שיפוטית

התפיסה המוטעית של מרבית הציבור, לרעתי, היא שדמוקרטיה משמעותה שלטון הרוב. אני סבור, כי זהו אפיון מאוד שטחי ומסעה. כך, באלג'יריה, בבחירות חופשיות, הצביעו למעלה משמונים אחוז מן האזרחים בעד מפלגה פונדמנטליסטית, השואפת לשלול זכויות אדם שונות. האם זו דמוקרטיה רק משום שהרוב בחר במפלגה זאת? לרעתי, משטר דמוקרטי ניכר בשניים: בכוח הרוב ובמגבלות המוטלות על כוח זה. אכן, יש חשיבות רבה לעיקרון בדבר שלטון הרוב, העומד כנגד משטרים שבהם לא הרוב שולט אלא אוליגרכיות או שליטים אוטוקרטיים מסוגים שונים. יחד עם זאת, לא פחות חשוב הוא העיקרון, המגביל את כוחו של הרוב. יש זכויות שרוב אינו רשאי ליטול. עיקרון זה בא לביטוי בנוסח האמנה החברתית של רוסו, בנוסח של לוק או אתריס: אנו, האזרחים, מעניקים לשלטון סמכות מוגבלת. לא כל דבר אנו מסמיכים את הרוב לעשות. לענייננו, הכנסת צריכה להיות מוגבלת בחקיקתה. לא הכול מותר לה לחוקק. לא כל זכות מותר לה לעקור, אף אם נמצא לכך רוב.

21. ראה לעיל, הערה 6.

22. הצעת חוק-יסוד: החקיקה, סעיף 35 (ה).

מן הבחינה המוסרית, על עיקרון זה להתבטא בהעברת מרכז הכובד מעליונות הפרלמנט כריבון או כמייצג הריבון, אל משטר של איזונים בין רשויות שונות. איני מסכים לטענה שלפיה, מאחר שבית-המשפט אינו נבחר על-ידי העם בבחירות ישירות, הוא אינו כשיר להיות הגוף המאזן. אדרבא, משטר נאור יכול להיעזר עד מאוד ב"מכשיר" זה לצורך איזון בין הרשויות. בעקבות השיטה המשפטית המתפתחת בחקיקת-היסוד החדשה ובפסיקתו של בית-המשפט העליון, תוביל הצעת חוק-יסוד: החקיקה למשטר, שהאמריקנים מכנים "משטר של איזונים ובלמים". איני מכיר גוף מתאים יותר לשמור על האיזון בין הרשויות מאשר בית-המשפט העליון שלנו, וזאת בשל היכולת, המוניטין, האמינות והמעמד הציבורי העומדים לו.

האם אין סכנה כי מתן סמכות כזאת לבית-המשפט העליון יביא להתפתחות פוליטיזציה של בית-המשפט, בדומה לארצות-הברית, שבה המינויים לבית-המשפט העליון הם מינויים פוליטיים מובהקים, והדבר משפיע ללא ספק על תוכן הפסיקה.²³ בישראל, שיטת מינוי השופטים היא כזאת, המבטיחה במידה רבה מאוד העדר שיקול פוליטי במינוי שופטים, ובכלל זה שופטי בית-המשפט העליון. עם זאת, יש לראווג לכך שגם בעידן החדש – במשטר של איזונים עם פיקוח שיפוטי, וכאשר כוחו של בית-המשפט העליון גובר גם מול הכנסת, ומתבטא גם בבחינת חוקיותם של חוקים – יישאר הרכבו של בית-המשפט העליון נקי מהשפעה פוליטית של חברי הכנסת והממשלה.

4. המנגנון לביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים

יש הסבורים, כי בהעדר חקיקה של הכנסת, לא יתפתח המשפט. סברה זו בטעות יסודה. בית-המשפט העליון כבר הכריז על אי-חוקיותם של חוקים (במינוח האמריקני – אי-חוקתיות).²⁴ בחוקי-היסוד שהתקבלו לאחרונה²⁵ הסמיכה הכנסת בוודאי – במפורש או במשתמע – את בתי-המשפט לקבוע כי חוק אינו עומד באמות-המידה שנקבעו בחוק-היסוד. התוצאה של העדר חקיקת-יסוד בעניין המנגנון לביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים אינה אפוא העדר ביקורת שיפוטית. ביקורת שיפוטית קיימת. היא נעשית על-ידי כל רשות שיפוטית, שכפניה נטען כי חוק אינו חוקתי.

לרעתי, ראוי כי הקביעה שחוק של הכנסת אינו "חוקתי" לא תיעשה על-ידי כל רשות שיפוטית שהיא, ואפילו לא על-ידי הרכב מזדמן של שלושה שופטי בג"צ, אלא בפרוצדורה מיוחדת, על-ידי הרכב שיכלול את מרבית שופטי בית-המשפט העליון.²⁶ עיקר החידוש בהצעה אינו אפוא ב"מיסוד" של הביקורת השיפוטית על חוקים כשלעצמו, אלא דווקא בהקשיה על הביקורת. מוצע לקבוע, כי לא תהיה ביקורת שיפוטית על חוקים אלא בהליך

23. ראה ה' קלינגהופר, משפט מינהלי (תשי"ז), 24.

24. ראה לעיל, פסקי-הדין המוזכרים בהערה 12.

25. ראה פירוס לעיל, הערה 1.

26. הטעם לקביעת הרכב של 9 שופטים (בעוד שמספר השופטים התקני בבית-המשפט העליון הוא 12) היה למנוע מצב שבו חסר של שופטים מן התקן ימנע את האפשרות להרכיב בית-משפט לעניינים חוקתיים.

שנקבע. סברנו כי אין זה ראוי, שכל שופט, בכל הליך יוכל לקבוע את בטלותו של חוק, אף אם פסק-דינו יגיע בסופו של דבר בערעור לבית-המשפט העליון. המהלך המוצע הוא העברת העניין לבית-המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט לעניינים חוקתיים בהרכב של תשעה שופטים לפחות.

5. סיכום

הצעת חוק-יסוד: החקיקה מנסה לתת מסגרת ולהסדיר את הליכי החקיקה ואת הביקורת והפיקוח עליה. היא יוצרת משטר של איוונים בין הרשויות השונות – הכנסת, הממשלה ובתי-המשפט. אין לדעת כיצד ייראה החוק שיתקבל, אם בכלל, על יסוד ההצעה; אולם דומה כי יש בהצעה תרומה בעצם קבלתה על-ידי הממשלה, פרסומה, והדיון הציבורי אודותיה.

אם הטיעונים העקרוניים לבדם לא יספיקו, אני סבור כי ההתפתחות המשפטית הצפויה – במיוחד בדרך הפסיקה – תביא את הכנסת, מהר יותר מכפי שרבים משערים, לחקיקת חוק שיסדיר את היחסים בין הכנסת וחקיקתה לבין בית-המשפט וביקורתו השיפוטית. אפשר כי הדבר יקרה כבר בכנסת הקרובה.
