

## זעקות הקוזק הנגזל של המהפכה החוקתית

המהפכה החוקתית - על כל הגזמותיה - נוצרה תוך פחות דיונים דמוקרטיים  
ד"ר עמנואל נבון 27/5/19

הדיווחים בתקשורת על ההסכמות המתגבשות, לכאורה, במגעים הקואליציוניים על הרפורמה במערכת המשפט הולידו תגובות נסערות מצדי המתרס הפוליטי. בעידן הרשתות החברתיות, התגובות הן אוטומטיות, פשטניות וקיצוניות. קשה לשמוע קולות שקולים בין הטוענים שישום הרפורמות המשוערות ישים קץ לדמוקרטיה הישראלית לבין הטוענים שאותן הרפורמות מיועדות דווקא להציל את הדמוקרטיה. ובכן, חלק מהרפורמות המוצעות (לפי הדיווחים) פסולות וחלק דווקא הכרחיות.

חקיקה פרסונלית ורטוראקטיבית היא חקיקה של רפובליקת בנות. כמו כן, אין מקום למנוע ביקורת שיפוטית מינהלית.

אולם, יש מקום לדון באקטיביזם השיפוטי, ובראש ובראשונה בסוגיות, כגון פסקת ההתגברות ועילת הסבירות. הרי המהפכה החוקתית של אהרן ברק שינתה באופן יסודי וחד-צדדי את האיזון בין הרשויות תוך העברת המילה האחרונה בסוגיות ערכיות מנבחר הציבור לבתי המשפט, וזאת כתוצאה מחמישה צעדים:

1. התערבות בג"ץ בנושאים לא משפטיים ("הכל שפיט").

2. מתן זכות עמידה לכול.

3. הסמכה עצמית של בג"ץ לבטל חקיקה המנוגדת לשיטתו לחוקי יסוד.

4. פסילת החלטות ממשלה על בסיס קריטריונים, סובייקטיביים כמו "חוסר סבירות" ומושגים מסתוריים כמו "עקרונות היסוד של השיטה".

5. הפיכת חוות הדעת של היועמ"ש למחייבות.

כאשר אני מסביר את המהפכה החוקתית לבני שיח אירופים, הם תוהים איך שינויים כאלו רדיקליים נעשו באופן חד-צדדי, ללא דיון ציבורי וללא הסכמה בין הרשויות. קשה לי לענות לשאלה המצוינת הזו. עילת הסבירות מעוררת בדרך כלל בקרב שומעי הזרים תגובות הנעות בין צחוק לבין עיקום אף. הניסיון לתרגם ולהסביר את מושג "עקרונות היסוד של השיטה" בשפות זרות הוא מאתגר ביותר.

צודקים מתנגדי פסקת ההתגברות שלא ניתן להשוות בין ישראל לבין קנדה (מדינה שבה החוקה מאפשרת לבית המחוקקים "להתגבר" על פסילת חוקים באמצעות חקיקה מחדש ברוב מיוחס), היות ואין בישראל בלמים לחקיקה בלתי חוקתית מלבד בג"ץ. בדמוקרטיה מערביות אחרות ישנם איזונים ובלמים נוספים, למשל מו"מ בין שני בתי מחוקקים, וטו של הנשיא או בית משפט לחוקה שיכול לפסול חקיקה טרם השלמתה ועוד. אולם מתנגדי ההתגברות מעלים גם עובדה חשובה לא פחות: בדמוקרטיה מערביות, בית המשפט העליון מבטל לעתים חוקים והחלטות ממשלה על בסיס חוקה כתובה ומוסכמת, ולא על בסיס מושגים מעורפלים כמו "עקרונות היסוד השיטה" ו "חוסר סבירות" או "מידתיות".

כמו כן, על מתנגדי פסקת ההתגברות להסביר מדוע לא ראו בה כל פסול כאשר הוצעה על ידי ברק ב-1993. כדי להציל את הקואליציה של יצחק רבין עם ש"ס, שאימה לפרוש בשל הכוונה של בג"ץ לפסול חוק שאסר על ייבוא של בשר לא כשר, ברק הציע לממשלה להוסיף "פסקת התגברות" לחוק יסוד: חופש העיסוק. אם פסקת ההתגברות הייתה כשרה אז, איך היא הפכה לפסולה ב-2019? האם הדבר תלוי בניסיונות הפוליטיים?

אמנם בהיעדר איזונים ובלמים בנוסף לבג"ץ, פסקת ההתגברות בישראל תהיה אולי מוגזמת. אולם ההגזמה התחילה עם המהפכה החוקתית ועם המצאת המושגים "חוסר סבירות" ו-"עקרונות היסוד של השיטה". כדי שלא יהיה צורך בפסקת התגברות יש להגדיר באופן ברור ומוסכם את גבולות הגזרה של הביקורת השיפוטית על ידי חוק יסוד: החקיקה.

אין ספק שעדיפים תיקונים בהסכמה, כדי להחזיר איזון שהופר, על פני מהפכות ומהפכות נגדיות. אך מי שמתעקש לשמר את המהפכה החוקתית עם כל הגזמותיה וזועק כאשר מסתמנת מהפכה נגדית נשמע כמו קוזק נגזל.

**הכותב הוא עמית בכיר בפורום קהלת**