

חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?

יניב רוזנאי*

"The making of laws is like the making of sausages – the less you know about the process the more you respect the result."
[מיוחס לאוטו פון ביסמרק]

"הכנסת היא אחד הפרלמנטים הספורים הנקיים מכל רבב של טקסיות ולמעשה יש בה רק מספר קטן ביותר של נהגים המחייבים ריסון עצמי של חבריה. הדיונים מתנהלים באווירה של חוסר-משמעת, סירוב שגרתי להישמע להוראות היו"ר, וצעקנות המונית. מזונן חברי-הכנסת דומה לאירוע המוני בחוצות עיר – משהו בין תחנת אוטובוס פרועה לפיקניק עממי – ואין לך סתירה גדולה יותר בין יפי הבניין לבין כיעורה של השיגרה הפרלאמנטארית."

[אמנון רובינשטיין נסיון פוליטי מסוים 18 (1982)]

מטרתו של מאמר זה היא לפתוח דיון בפורמליזציה ובאינטגרציה של ניתוח זכויות אדם חוקתיות במסגרת הליך החקיקה. לצורך כך המאמר בוחן את

* עורך-דין; תלמיד התואר השלישי, The London School of Economics and Political Science, UK. תודתי נתונה לערן דויד, לניר ימין, למורן קנדלשטיין-הנייה ולדין ליבנה על הערותיהם המצוינות לטיוטה מוקדמת של רשימה זו. ברצוני להודות גם לגיא פרמינגר על עריכה לשונית מעולה ולחברי מערכת כתב-העת **משפט ועסקים**, ובעיקר לשרה חווה, לדניאל פולנס ולדניאל פרידלר, על הערותיהם המועילות ועבודת העריכה היסודית. האחריות לתוכן הדברים מוטלת עליי בלבד. מאמר זה מוקדש ללשכה המשפטית של הכנסת, שעובדיה עושים ימים כלילות בהגנה על עקרונות-היסוד החוקתיים של ישראל, ובמיוחד לעו"ד אתי בנדלר, המשנה ליועץ המשפטי לכנסת (כלכלה ותקשורת), שהייתה לי זכות גדולה להתמחות ולעבוד תחתיה. זה המקום להודות לפרופ' אמנון רובינשטיין, מורי למשפט חוקתי, אשר הקנה לי את התשוקה לתחום משפט זה.

הצורך בעיגון "ביקורת פרלמנטרית" במסגרת הליך החקיקה, לנוכח מחויבותה של הכנסת לכבד את זכויות האדם שנקבעו בחוקי-היסוד. המחבר טוען כי אין להסתפק בנוהג הקיים בכנסת, כחלק מתהליך החקיקה, לבדוק את חוקתיותן של הצעות חוק, וכי יש לתקן את תקנון הכנסת כך שיכלול הוראות מפורשות בדבר בדיקת התאמתה של חקיקה מוצעת להוראות חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. המחבר סבור כי הבעייתיות במצב הקיים טמונה בכך שמבחינה קונספטואלית הגנה על זכויות חוקתיות נתפסת כשייכת לבית-המשפט, ולא לכנסת. כמו-כן, זכויות אדם חוקתיות נתפסות אצל חלק מן המחוקקים בכנסת כמגבלה או כמכשול בדרך להשגת יעדים פוליטיים, ופחות כשיקול שיש להביאו בחשבון בעת הליך החקיקה. מבחינה פרוצדורלית, הביקורת החוקתית המתקיימת כיום במסגרת הליך החקיקה אינה שיטתית, ומותירה שאלות רבות פתוחות. כדי לשפר את המצב הקיים בשני המישורים, המחבר מציע לעגן באופן מפורש מנגנון שיטתי של ביקורת חוקתית פרלמנטרית בעת הליך החקיקה, אשר יבטיח כי השלכותיהן של הצעות חוק על זכויות האדם החוקתיות יובאו לידיעתם של חברי-הכנסת ויקבלו את תשומת-הלב הראויה. המחבר סבור כי לרשות המחוקקת יש הן הלגיטימיות המוסדית והן היכולת המעשית לבחון סוגיות של זכויות אדם. ביכולתה של ביקורת פרלמנטרית, כפי שתוצע במאמר, להגביר את האחראיות (accountability) של חברי-הכנסת ולחזק את ההגנה על זכויות אדם גם מחוץ לכותלי בית-המשפט, בממלכה הפוליטית-הדמוקרטית.

מבוא

פרק א : חוקתיזציה של הליך החקיקה

1. חוקתיזציה של המשפט הישראלי
2. חשיבותה של בחינת החוקתיות במסגרת הליך החקיקה
3. בחינה חוקתית בכנסת הלכה למעשה

פרק ב : מבט אל העולם

פרק ג : מנגנון ביקורת פרלמנטרית

1. מודלים אפשריים של ביקורת חוקתית בכנסת
2. מאפייניה של חוות-הדעת החוקתית
3. פעולות משלימות לחוות-הדעת החוקתית
4. ביקורת פרלמנטרית וביקורת שיפוטית

סיכום

מבוא

מאז נחקקו חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם,¹ בשנת 1992, מצא בית-המשפט העליון הוראות חוק כבלתי-חוקתיות בתשעה מקרים בלבד.² על-אף הביקורת הנשמעת לעיתים נגד בג"ץ בגין ביקורת שיפוטית זו, יש לזכור כי מספר זה הינו מועט יחסית למספרן הרב של העתירות המוגשות מדי שנה לבג"ץ לביטול חוקים.³ ייתכן שאחת הסיבות לאחוז קטן זה מצויה בשמירה נאותה על זכויות אדם חוקתיות במסגרת הליך החקיקה.⁴ אם כך הדבר, ניתן לטעון כי הכנסת עושה עבודה טובה יחסית בהגנה על זכויות האדם. האומנם? ככלל, מרבית הכתיבה האקדמית הישראלית העוסקת בחוקי-היסוד מתמקדת בהגנה ה**שיפוטית** על זכויות אדם. אולם דווקא הכנסת אמורה להוות בהקשר זה מוקד מרכזי לדיון.⁵ **ראשית**, הכנסת, אשר נבחרת על-ידי העם, היא הגוף הפוליטי הייצוגי העיקרי בשיטת המשפט שלנו.⁶ היא הגוף שאמור לייצג בצורה המיטבית, גם אם לא

- 1 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.
- 2 ראו בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 **אורון נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון** פ"ד סב(1) 1 (2006); בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** (טרם פורסם, 19.11.2009); בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 11.2.2011); בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל** (טרם פורסם, 21.02.2012); בג"ץ 10662/04 **סלאח חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** (טרם פורסם, 28.02.2012).
- 3 ראו דוחות סטטיסטיים בדבר עתירות המוגשות לבג"ץ באתר של בית-המשפט העליון – elyon1.court.gov.il/heb/stats/bagaz.htm.
- 4 אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3, 47 (2004) (להלן: ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה"): "אחת הסיבות למיעוט של הכרעות שיפוטיות המבטלות חוקים בשל אי-התאמתם לחוקי-היסוד נעוצה בזהירות הרבה שהכנסת נוקטת בעת חקיקתם של חוקים העלולים לפגוע בזכות חוקתית על-חוקית."
- 5 השו"ר: Carolyn Evans & Simon Evans, *Evaluating the Human Rights Performance of Australian Legislatures: A Research Agenda and Methodology*, text to fn. 34–36 (Melbourne Law School Legal Studies Research Paper No. 123, 2005), available at ssrn.com/abstract=771224 (להלן: Evans & Evans, *Evaluating Human Rights*). בכך, לעניין זה, הכנסת היא אולי "the least examined branch", כפרפרזה על כותרת ספרו של אלכסנדר ביקל: ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE THE LEAST EXAMINED BRANCH: THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE* (Richard W. Bauman & Tsvi Kahana eds., 2006).
- 6 ראו קלוד קליין "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם הישראלי" **משפטים** ה 308 (1973). ראו ס' 1 לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69: "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה".

המושלמת, את ערכי העם, שבחר את הנציגים שיִשבו בה. ככזו – ובשים לב לבעיה הרובנית של חשש מפני ניצול כוחו של הרוב לרעה, טיעון אשר באופן מסורתי תומך בביקורת שיפוטית על חקיקה⁷ – הכנסת היא לכאורה הפורום הראוי ביותר לשקילת ערכים ואינטרסים מתנגשים, תוך כדי מתן תשומת-לב ראויה לזכויות אדם.⁸ שנית, בניגוד לבתי-המשפט, שהינם סבילים וממתינים לסוגיות שיגיעו לפתחם,⁹ הכנסת יכולה להיות פרואקטיבית בהגנה על זכויות, ואינה צריכה להמתין להתרחשות של הפרת זכויות לשם מתן סעד. לכנסת – בניגוד לבית-המשפט, אשר ככול בתחום הכרעתו – יש יכולת תמרון רחבה יותר בקביעת הסדרים ואמצעים שונים, הגוררים רמות שונות של פגיעה לכאורית בזכויות.¹⁰

פרלמנטים במדינה דמוקרטית, טוען פרופ' ג'רמי וולדרון (Jeremy Waldron), פועלים במסגרת תרבות פוליטית שבה זכויות אדם והרעיון שלפיו יש גבולות לפעולות פוליטיות לגיטימיות ממלאים תפקיד חשוב. חברי הפרלמנט מחויבים לברר מהם גבולות אלה, ואם הצעות החקיקה המוצגות לפנייהם "מסיגות" אותם.¹¹ האם הליך החקיקה בכנסת כולל בחינה נאותה של הצעות חוק מבחינת הלימתן עם הוראות חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם? נדמה שאין מקום הולם יותר לבחון את הליך החקיקה בהקשר של חוקי-היסוד מאשר בכרך המוקדש לפרופ' אמנון רובינשטיין – "אבי המשפט החוקתי בישראל".¹² תרומתו הייחודית של פרופ' רובינשטיין נרשמת לא רק בעבודותיו

- 7 ראו: CHARLES L. BLACK, THE PEOPLE AND THE COURT: JUDICIAL REVIEW IN A DEMOCRACY 106–107 (1960); יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" **משפט וממשל** א 395, 397 (1992). לדיון בעניין זה ראו גם יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149, 152–157 (1997).
- 8 ראו בג"ץ 715/98, 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, 508 (1998): "ההכרעות המהותיות באשר למדיניותה של מדינה וצרכיה של חברה צריכות להתקבל על-ידי נציגיו הנבחרים של העם. גוף זה נבחר על-ידי העם לחוקק את חוקיו, והוא נהנה אפוא מלגיטימיות חברתית בפעולתו זו... אכן, אחד מהיבטיה של הדמוקרטיה הינו התפיסה, כי ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל על-ידי הגוף שנבחר על-ידי העם לקבל הכרעות אלה. המדיניות של החברה צריכה להתגבש בגוף המחוקק."
- 9 ראו יניב רוזנאי "רטורואקטיביות – יותר מאשר רק עניין של זמן! מחשבות על ניתוח חקיקה רטורואקטיבית בעקבות בג"ץ גניס" **משפט ועסקים** ט 395, 457 (2008).
- 10 ל"מרחב התמרון" הנתון לרשות המחוקקת ראו ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 437–439 (1995); עניין **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 386; דליה דורנר "מידתיות" **ספר ברנזון** כרך שני 281, 291–292 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000); אהרן ברק "השלכותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **מבחר כתבים** א 401, 411 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבולותיה** 510–512 (2010).
- 11 JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 307–308 (1999).
- 12 כפי שכונה בנימוקיה של ועדת השופטים לקבלת פרס ישראל לחקר המשפט. ראו בכתובת cms.education.gov.il/EducationCMS/Units/PrasIsrael/Tashsav/AmnonRubinstein/Nimoky.HsoftimRobinstein.html

האקדמיות החשובות בעניין המשפט החוקתי הישראלי, אלא גם בפרקטיקה פרלמנטרית שנמשכה עשרים וחמש שנים, ששיאה בייזומם ובהעברתם של שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, אשר שינו את פני המשפט החוקתי הישראלי.¹³ במאמר שפרסם בשנת 2000 טען פרופ' רובינשטיין עצמו כי הכנסת נוהגת לבדוק את חוקתיותן של הצעות חוק, וכי נוהג זה אף "הפך להיות חלק ממוסד מתהליך החקיקה בכנסת".¹⁴ אף שככלל אמירה זו מוסכמת עליו, לגבי דידי המצב הקיים אינו מספק, ויש לתקן את תקנון הכנסת כך שיכלול הוראות מפורשות בדבר בדיקת התאמתן של הצעות חוק לחוקי-היסוד. הבעייתיות מצויה כיום לדעתי **בשני מישורים**: במישור של ה**לך-הרוח**, חלק נרחב מן המחוקקים בכנסת רואים את זכויות-היסוד החוקתיות כמגבלה או כמכשול בדרך להשגת יעדים פוליטיים, ופחות כשיקול שיש להביאו בחשבון או כתכלית שיש להגשימה. הגנה על זכויות אדם נתפסת כשייכת לתחום השיפוטי, ולא הפוליטי. במישור ה**פורצדורלי**, הביקורת החוקתית המתקיימת כיום במסגרת הליך החקיקה אינה שיטתית, ומותירה שאלות רבות פתוחות. עיגון הליך שיטתי של ביקורת חוקתית פרלמנטרית בתקנון הכנסת עשוי לשפר את המצב הקיים בשני המישורים. מטרתו של מאמר זה היא אפוא לפתוח דיון בפורמליזציה ובאינטגרציה של ניתוח זכויות אדם חוקתיות במסגרת הליך החקיקה.

פרק א סוקר בקצרה את הקשר בין המהפכה החוקתית לבין הליך החקיקה בכנסת. בתחילתו, הפרק עומד על חשיבותה של בחינת חוקתיות במסגרת הליך החקיקה מנקודת-מבט תיאורטית. לאחר-מכן הפרק מתמקד בבחינה החוקתית המתרחשת בפועל במסגרת הליך החקיקה בכנסת, ומציג את העמדה שלפיה בחינה זו אינה מספקת. אטען כי יש ליצור נוהל מובנה במסגרת הליך החקיקה לבחינת חוקתיותן של הצעות חוק אשר יקדם אחריותיות (accountability) וגישה חיובית כלפי הגנה על זכויות. **פרק ב** סוקר את הביקורת החוקתית הפרלמנטרית הקיימת במדינות שונות. **פרק ג** בוחן מודלים שונים לביקורת חוקתית פרלמנטרית. בפרק זה אציע תוספת להליך החקיקה, באמצעות תיקון תקנון הכנסת, שתבטיח כי סוגיית חוקתיותן של הצעות חוק תזכה בתשומת-הלב הראויה. **פרק ד** מסכם.

13 בצדק נטען כי יש לראות בפרופ' רובינשטיין את "אבי המהפכה החוקתית". ראו ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 10.

14 אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה' 339, 352 (2000) (להלן: רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד").

פרק א: חוקתיזציה של הליך החקיקה

1. חוקתיזציה של המשפט הישראלי

המשפט הישראלי עבר בשני העשורים האחרונים שינוי שורשי. עם חקיקתם של שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והפרשנות שניתנה להם – מהלך שכונה "המהפכה החוקתית"¹⁵ – ניתן מעמד נורמטיבי חוקתי על-חוקי לזכויות אדם בישראל. עד שנת 1992, התפיסה המשפטית השלטת הייתה כי למדינת-ישראל אין חוקה פורמלית. אם עובר לחקיקתם של חוקי-היסוד היה בכוחה של הכנסת לחוקק כל חוק העולה על רוחה – ובדרך זו גם לפגוע בזכויות אדם, ובלבד שהפגיעה הייתה מפורשת¹⁶ – הנה אחרי המהפכה החוקתית הוגבל כוחה של הכנסת לפגוע בזכויות-יסוד חוקתיות. נקבע כי פגיעה בזכויות האדם החוקתיות מותרת רק בתנאי שהחוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, קרי, הולם את ערכיה של מדינת-ישראל, מיועד לתכלית ראויה ופוגע בזכות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש.¹⁷ חוק אשר אינו מקיים דרישות אלה – ולעניין פגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק גם אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההתגברות – אינו חוקתי, ובית-המשפט יהא רשאי להכריז על כך.¹⁸ על חשיבות העניין עמד הנשיא שמגר: "לפנינו תופעה משפטית חדשה: מסמך משפטי שהוא לא רק בעל עדיפות ועליונות במדרג החקיקתי, אלא גם נושא בתוכו כלים אשר על יסודם עוצבו אמות המידה למימוש העליונות."¹⁹ כל תחומי המשפט הישראלי מושפעים ממעמד חוקתי זה ומזכויות האדם החוקתיות.²⁰ עמד על כך הנשיא ברק באחת הפרשות, בציינו: "כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית מושפעים מההסדרים החוקתיים בדבר זכויות האדם. זכויות

15 ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית" **מבחר כתבים** א 349 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000). לדין ביקורתי בביטוי "מהפכה חוקתית" ראו רות גביון **המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?** 110–106 (1998).

16 ראו, למשל, בג"ץ 337/81 **מיטרני נ' שר התחבורה**, פ"ד לז(3) 337 (1983). תפיסת הכנסת כמחוקק כל-יכול לא הייתה חפה מביקורת. ראו, למשל, יזהר טל "מחוקק כל-יכול – האמנם?" **עיוני משפט** י 361 (1984).

17 ראו ס' 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וס' 4 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק.

18 ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א 9 (1992); אהרן ברק "זכויות מוגנות: ההיקף וההגבלות" **משפט וממשל** א 253 (1992). ראו גם עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 10; עניין **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל ה"ש 2.

19 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 10, פס' 55 לפסק-דינו של הנשיא שמגר.

20 ראו בג"ץ 3914/92 **לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו**, פ"ד מח(2) 491, 502 (1994): "זכויות האדם החוקתיות הן חלק של המשפט החוקתי והן מכוונות, בראש ובראשונה, כנגד רשויות השלטון. עם זאת, הן מקרינות עצמן (במישרין או בעקיפין) לכל ענפי המשפט, ובכך יוצרות קונסטרוקציונליזציה של המשפט."

האדם החוקתיות מקרינות עצמן על כל ענפי המשפט ומשפיעות על כל הנורמות המשפטיות.²¹ זוהי, בקצרה, החוקתיזציה של המשפט הישראלי.

2. חשיבותה של בחינת החוקתיות במסגרת הליך החקיקה

מעבר להשלכות הרבות של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם על ענפי המשפט השונים,²² הם השפיעו גם על הליך החקיקה: "אין לך מי שעוסק בזכויות אדם, אם במישור הממשלתי, אם במישור השיפוטי ואם כמובן במישור האקדמי, שאינו רואה תדיר לנגד עיניו את חוקי-היסוד כאמת-מידה חוקתית אופרטיבית."²³ למן חקיקתם של חוקי-היסוד, הליכי החקיקה והאנשים הפעילים באותם הליכים, ובמיוחד היועצים המשפטיים, נדרשים להבטיח כי זכויות האדם החוקתיות יישמרו ויכובדו בהתאם להוראותיהם של חוקי-היסוד.

בחינת חוקתיותן של הצעות חוק על-פי אמות-המידה של חוקי-היסוד היא נושא שלא נחקר כמעט בארץ, למרות חשיבותו המכרעת. הכנסת הינה בית-המחוקקים הישראלי. בית-המחוקקים נקרא "פרלמנט" (בלטינית *parliamentum*) שכן כל חבר בבית יכול להביע את דעתו (*parler la ment*).²⁴ אולם בפרלמנט עושים יותר מאשר החלפת דעות ותו לא. בפרלמנט נוקטים פעולות ומקבלים החלטות. זכויות חוקתיות יכולות

21 כ"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421 (1995).

22 ראו, למשל, פרנסס רדאי "חוקתיזציה של דיני העבודה" שנתון משפט העבודה ד 152 (1994); רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד 27 (1994); שי שגב "על היחס שבין חוקי-יסוד: כבוד-האדם וחירותו לבין תקנות סדר הדין האזרחי, בכלל, והסעדים הזמניים, בפרט" המשפט ב 53 (1995); אהרן יורן "המהפכה החוקתית במסוי בישראל" משפטים כג 55 (1994); יוסף אדרעי "מכשולים קונסטיטוציוניים וערכיים בהטלת מס על רווחי הון בבורסה" מיסים ח(6) א-20 (1994); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיני)" מחקרי משפט נג 5 (1996); יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64 (1992); ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 35–36 וההפניות שם. על חוקתיזציה ראו באופן כללי: Martin Loughlin, *What is Constitutionalisation? in THE TWILIGHT OF CONSTITUTIONALISM?* 47 (Martin Loughlin & Petra Dobner eds., 2010).

23 אליקים רובינשטיין "על חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון" עיוני משפט כא 21, 23–24 (1998).

24 ראו: WILLIAM BLACKSTONE, JOHN EKYN HOVENDEN & ARCHER RYLAND, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND, vol. I 147 (19th ed. 1836). אם בעבר הפרלמנט "דיבר אל הממשלה" (*parlement parle au gouvernement*) – קרי, העביר את דרישותיו ותלונותיו של הציבור אל הממשלה – במערכות משטר מודרניות הפרלמנט משמש כלי לתקשורת ולחברות פוליטיים, הפונה אל הציבור באמצעות דיוניו (*parlement parle au peuple*). ראו: IVO D. DUCHACEK, POWER MAPS: COMPARATIVE POLITICS OF CONSTITUTIONS 144–145 (1973).

להשפיע על קבלת החלטות של המחוקק במסגרת הליך החקיקה.²⁵ כאשר הצעת חוק פוגעת לכאורה בזכויות אדם בצורה שאינה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה, קיימות כמה אפשרויות: נטישת הצעת החוק; בחינת שינויים בהסדרים הקבועים בהצעת החוק שיובילו להגשמת תכלית זהה תוך פגיעה פחותה בזכויות, או אולי אף להגשמה חלקית בלבד של התכלית אם כתוצאה מכך הפגיעה בזכויות קטנה באופן משמעותי;²⁶ אם חוק-היסוד מאפשר זאת – הוספה של אמירת "על-אף האמור" לחוק וגיוס הרוב הדרוש לאישורו;²⁷ שינוי חוק-היסוד – מהלך קיצוני אבל לא בלתי-אפשרי.²⁸

פרופ' אהרן ברק עמד על כך ש"מחוקק בדמוקרטיה חוקתית מעצב את חוקיו באופן שהם יגשימו את החוקה ולא ינגדו לה".²⁹ דבר זה נכון גם בהקשר הישראלי. חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם חלים – הן לפי לשונם והן לפי תכליתם – על הכנסת. סעיף 11 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, שעניינו תחולתו של חוק-היסוד, קובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-היסוד זה". הוראה דומה מצויה בסעיף 5 לחוק-היסוד: חופש העיסוק.³⁰ חובה זו המוטלת על רשויות השלטון לכבד את הזכויות שבחוקי-היסוד חלה בוודאי – אם לא בעיקר – על הכנסת, כרשות המחוקקת, ולו רק בבחינת "נאה דורש ונאה מקיים".³¹ לכן, למן המהפכה החוקתית, הזכויות

25 ראו באופן כללי: David Feldman, *Injecting Law into Politics and Politics into Law: Legislative and Judicial Perspectives on Constitutional Human Rights*, 34(2) COMM. L.

WORLD REV. 103 (2005) (להלן: Feldman, *Injecting Law into Politics*).

26 ראו פס' 25–28 לפסק-דינה של השופטת נאור בעניין **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**, לעיל ה"ש 2. מובן שברגע שקיימות כמה דרכי פעולה, יש לכנסת מרחב תמרון חקיקתי. ראו לעיל ה"ש 10.

27 ראו ס' 8 לחוק-היסוד: חופש העיסוק (פסקת ההתגברות).

28 ראו בג"ץ 4676/94 **מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15, 19–32 (1996); ס' 7 לחוק-היסוד: חופש העיסוק. יצוין כי תיתכן הטענה כי גם שינוי חוק-היסוד אינו בלתי-מוגבל. לעניין הרעיון של "תיקון חוקתי לא-חוקתי" ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 394, 546; ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3) 577, 629–630 (1997); עניין **מישראל, שם**, בעמ' 28–29; פרשת **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 8, פס' 15 לפסק-דינו של השופט חשין; בג"ץ 6427/05 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, פס' 74 לפסק-דינו של הנשיא ברק ופס' 11 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין (2006); בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פס' 24–32 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 7.4.2011); אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-היסוד" **ספר ברנזון** כרך שני 119, 132–137 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000); אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **ספר בכ** 361 (2011). פרופ' קלוד קליין עמד כבר מזמן על חשיבותה של תיאוריה בדבר הסמכות לתקן חוקה. ראו: Claude Klein, *Is There a Need For An Amending Power Theory?* 13 ISR. L. REV. 203 (1978).

29 אהרן ברק "שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת" 51, 61 **מאזני משפט** ד (2005).

30 ס' 5 לחוק-היסוד: חופש העיסוק: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב."

31 ראו אשר מעוז "ריבונות הכנסת וביקורת שיפוטית" **הפרקליט** מג 25, 31 (1996), הטוען כי פסקה זו "מטילה על המחוקק את החובה לכבד את הזכויות האמורות בכך שלא תחוקק בסתירה להן אלא בהתאם למה שנקבע בחוקי-היסוד". יש להזכיר גם את טענתה של פרופ' סוזי נבות כי "הכנסת היא

שבחוקי-היסוד מחייבות, בין היתר, גם את הכנסת עצמה. כדבריו של חבר-הכנסת דדי צוקר בדיון בעניין הליכי החקיקה לאור חוקי-היסוד: "משמעותה העיקרית של המהפכה החוקתית היא בתוך הבית הזה. יש לה למהפכה אולי הרבה מאוד השלכות. המשמעות הראשונה, המיידית היא בתוך הבית הזה, שאנחנו מחוייבים לחוקק בדרך מסוימת ואיננו יכולים לחוקק כאילו לא קרה דבר."³²

הייתה ציפייה שבעקבות המהפכה החוקתית ישונה הליך החקיקה כך שיכלול הליך של בחינת התאמתן של הצעות חוק לחוקי-היסוד. הצעות ברוח זו הועלו על-ידי חברי-הכנסת חגי מירום ורדי צוקר בשנת 1995, ואף נידונו בכנסת,³³ אולם לבסוף לא התקבלו. סבורני כי היה מקום לקבוע מנגנון לבחינה כאמור ולעגנו בתקנון הכנסת. בית-המשפט העליון ציין לא פעם כי חוק היוצא מתחת ידיה של הכנסת נהנה מחזקת חוקתיות.³⁴ כדי שתהא זו חזקה אמיתית ומבוססת, נדרש שינוי בהליך החקיקה. חשוב לציין כי אני מציע להקים מעין "מועצה חוקתית מיעצת ליד הכנסת", שתפקידה יהא ליעץ לכנסת בנושא חוקתיותם של דברי חקיקה היוצאים מתחת ידה,³⁵ אלא לערוך

נאמן הציבור' בהפעילה את כוחות החקיקה שלה... תורת האמון מאפשרת לטעון כי מוטלת על הכנסת חובת אמון כלפי הציבור להימנע מחקיקה השוללת או מגבילה בצורה קיצונית וחמורה את זכויות היסוד של הפרט". ראו סוזי נבות "חבר-הכנסת כ'נאמן הציבור" **משפטים** לא 433, 523 (2001) (להלן: נבות "חבר-הכנסת כ'נאמן הציבור"). חשוב לציין גם כי במסגרת הערכים הקובעים את עיקרי האתיקה של חברי-הכנסת, על חבר-הכנסת למלא את תפקידו מתוך "נאמנות לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", לקיים את חובותיו "באופן שישרת את כבוד האדם", להקפיד "לקיים את דיני המדינה" ולפעול "לקדם את עקרון שלטון החוק". ראו הוועדה להכנת כללי אתיקה לחברי הכנסת **דין וחשבון** 44 (2006). ניתן לטעון כי מכל אלה נגזרת גם החובה (האתית) לכבד את זכויות-היסוד החוקתיות.

32 פרוטוקול ישיבה משותפת מס' 325 של ועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת הכנסת, הכנסת ה-13, 10 (28.3.1995) (להלן: פרוטוקול מס' 325). ראו גם מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" **משפטים** כח 211, 228–229 (1997) (להלן: הופנונג "ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית"): "מעצבי המדיניות ברשות המחוקקת וברשות המבצעת נדרשים מעתה לתת את דעתם לא רק לשאלה מהי מדיניות טובה או רעה, אלא גם לשאלה לאיזו מדיניות הסיכוי הטוב ביותר לעמוד במבחני הביקורת של הרשות השופטת."

33 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 304 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-13 (18.7.1995), וכן פרוטוקול מס' 325, שם. הנושא נידון גם בדיוני המכון הישראלי לדמוקרטיה. ראו המכון הישראלי לדמוקרטיה "שולחן עגול: תהליכי החקיקה בעידן חוקי היסוד" (12.7.1995), נגיש בכתובת www.idi.org.il/events1/roundtablediscussion/pages/events_rt_forum_12.aspx (להלן: "תהליכי החקיקה בעידן חוקי היסוד").

34 ראו, למשל, בג"ץ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נ(3) 485, 496 (2009); בג"ץ 4513/97 **אבו ערער נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד נב(4) 26 (1998); עניין **צמח**, לעיל ה"ש 2; עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 428.

35 ראו, למשל, המכון הישראלי לדמוקרטיה "המועצה הציבורית – נייר רקע בנושא דגם קרמניצר-קרמון לביקורת שיפוטית" (28.10.2009), נגיש בכתובת www.idi.org.il/researchandprograms/

שינוי מזערי יותר – "a small-scale reform"³⁶ – והוא עיגון בתקנון הכנסת של מנגנון אשר יבטיח כי השלכותיהן של הצעות חוק על זכויות האדם החוקתיות יובאו לידיעתם של חברי-הכנסת ויקבלו את תשומת-הלב הראויה, כשם שנבחנות השלכות אחרות, כגון השלכות על זכויות הילד,³⁷ השלכות תקציביות³⁸ והשלכות מגדריות.³⁹

הרעיון הבסיסי הוא שעיון הליך מפורש לעניין ביקורת פרלמנטרית יגביר את המודעות להשלכותיה של החקיקה המוצעת על זכויות האדם החוקתיות ואת האחריות של חברי-הכנסת. לעניות דעתי, אין לראות את בתי-המשפט כאכסניה הבלעדית לדיון בהתאמת חקיקה לאמות-המידה של זכויות אדם. יש למקד את הדיונים הפרלמנטריים בוועדות הכנסת ובמליאת הכנסת גם לסוגיות של פגיעה לכאורית בזכויות החוקתיות. לרשות המחוקקת יש הן הלגיטימיות המוסדית והן היכולת המעשית לבחון סוגיות של זכויות אדם. גם אם פגמים בהליך כאמור יושלמו באמצעות ביקורת שיפוטית הנסמכת על חוקי-היסוד, קיים עדיין ערך בקידומה ובשיפורה של עבודת המחוקק בכל הנוגע בסוגיות הקשורות לזכויות אדם, מה-גם שיתכן שלהליך הביקורת הפרלמנטרית תהא השפעה על הביקורת השיפוטית.⁴⁰ מכל מקום, ביכולתה של ביקורת פרלמנטרית, כפי שתוצע להלן, להגביר את ההגנה על זכויות אדם גם מחוץ לכותלי בית-המשפט, בממלכה הפוליטית-הדמוקרטית – "חוקתיות פוליטית", אם תרצו.⁴¹

דיון בנושא זכויות האדם החוקתיות שמתמקד רק בביקורת השיפוטית מתעלם מההשפעה הפוטנציאלית שיש להליך החקיקה על זכויות האדם החוקתיות. על חשיבותה של הביקורת הפרלמנטרית עמדה נציבת זכויות האדם של האו"ם לשעבר לואיס ארבור (Louise Arbour):

"In order to maintain the vitality of the cardinal principle of the separation of powers, parliament should not only take pride in prerogatives and rights, but should also make them a living reality for all constituents. Human rights are shaped in practice at the national level, and can only be enjoyed through a

public_council/pages/public_council_5_b.aspx#p2 (להלן: "דגם קרמניצר-כרמון לביקורת שיפוטית").

36 ראו: ADRIAN VERMEULE, MECHANISMS OF DEMOCRACY: INSTITUTIONAL DESIGN WRIT SMALL 2-3 (2007).

37 ראו, למשל, חוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002, ס"ח 486.

38 ראו ס' 33 לחוק-יסוד: משק המדינה, ס"ח התשל"ה 206.

39 ראו חוק השלכות מגדריות בחקיקה (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2007, ס"ח 35.

40 ראו להלן פרק ג.

41 RICHARD BELLAMY, POLITICAL CONSTITUTIONALISM: A REPUBLICAN DEFENCE OF THE CONSTITUTIONALITY OF DEMOCRACY (2007); Richard Bellamy, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, 9(1) INT'L J. CONST. L. 86 (2011).

robust domestic protection system that places individuals as rights holders at its centre, and prescribes the obligations of duty bearers."⁴²

ברי כי לחברי-הכנסת יש קושי ממשי לבחון את חוקתיותן של הצעות חוק. הרצון לקדם סדר-ימים מסוימים, בצירוף הצעות חוק רבות ורחבות-היקף שמנוסחות באופן מורכב ואשר לעיתים נדרש – כמו בחוק ההסדרים⁴³ – לקדמן ולאשרן במסגרת זמן קצרה, מקשים על המחוקק להפנים את השלכותיו של כל דבר חקיקה על זכויות-היסוד החוקתיות.⁴⁴ ייתכן גם שחברי-הכנסת חסרים את הידע או הניסיון המקצועי שיאפשר להם להעריך את השלכותיה החוקתיות של חקיקה, אפילו היה בידם הזמן והרצון לעשות כן.⁴⁵

יש שיטענו כי הליך החקיקה הוא הליך פוליטי של משא-ומתן, מדיניות ציבורית וקבלת החלטות, שבמרכזו בחירה בין תכליות שונות והאמצעים להגשמתן. במסגרת הליך זה יש לשקול שיקולים של עלות-תועלת, שיקולים פוליטיים, שיקולים של טובת הציבור וכולי, אך השיקול החוקתי צריך להיות שיקול משני השייך בעיקרו לממלכת הרשות השופטת, ולא לרשות המחוקקת. כך, למשל, עו"ד שלמה גוברמן, לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, הביע את העמדה שלפיה אל לו לגוף פוליטי לעסוק בשאלות מקצועיות משפטיות, כשם שמצפים מגוף מקצועי כבית-משפט שלא יעסוק בפוליטיקה. יש להימנע מבחינת החוקתיות בכנסת בשלב החקיקה, שכן זו עלולה למנוע את המחוקק מלבטא את רצונו. במילים אחרות, לא מתפקידו של בית-המחוקקים לעסוק

42 LAW AND JUSTICE: THE CASE FOR PARLIAMENTARY SCRUTINY 14 (Inter-Parliamentary Union 2006), available at www.ipu.org/pdf/publications/law-and-justice-e.pdf; PARLIAMENT AND DEMOCRACY IN THE 21ST CENTURY 7 (preliminary report by the Inter-Parliamentary Union 2005), available at www.ipu.org/splz-e/sp-conf05/democracy-rpt.pdf: "it is the particular responsibility of parliament as the legislative power to ensure that their [citizen rights – Y. R.] formulation and mode of protection in practice conform to international human rights standards"

43 על חוק ההסדרים ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004); טל גולן "הגירעון הדמוקרטי של חוק ההסדרים ושחיקתה של מדינת-הרווחה הישראלית" משפט וממשל יא 247 (2008).

44 ראו בנימין אקצין תורת המשטרים כרך ב 108 (1966): "הכמות העצומה של החקיקה המודרנית בהשוואה לדורות הקודמים מקשה כשלעצמה על הפרלמנט לעיין בחומר עיון מעמיק. אופיה הטכני מצריך ידיעות מקצועיות שחסרות לרוב חברי הפרלמנט, ואלה – שהתעניינותם היא פוליטית יותר מאשר מקצועית – אף אינם מעוניינים לרכוש את המומחיות הדרושה לשם עיון שכזה. בנסיבות אלה מסתפקים הפרלמנטים בדיון שטחי-פחות-ארוכות בחומר התחיקתי, ומוכנים לסמוך על דעת מומחים..."

45 ראו: Carolyn Evans & Simon Evans, *Legislative Scrutiny Committees and Parliamentary* Evans & Evans, *Legislative Conceptions of Human Rights*, 2006 PUB. L. 785 (להלן: *Scrutiny*).

בהתאמת החקיקה לחוקי-היסוד, ועליו להותיר מלאכה זו לבית-המשפט.⁴⁶ זו גם הייתה עמדתו הכללית של יושב-ראש הכנסת באותה עת, שבח וייס, אשר חשש כי ביקורת פרלמנטרית תהפוך את הדיון בוועדות הכנסת למעין-שיפוטי.⁴⁷ שר המשפטים דאז דוד ליבאי הביע עמדה דומה: "מוטב שנשאיר את הדיון המעין שיפוטי בשאלה, לערכאות השיפוטיות ונשאיר לכנסת את הליכי החקיקה."⁴⁸

לדידי, אין לקבל גישה זו. בית-המחוקקים הוא שצריך לדאוג להתאמת החוקים לחוקי-היסוד, מבלי לגרוע מכוחו של בית-המשפט למלא את תפקידו לאחר שהושלמה מלאכת החקיקה. מדוע על המחוקק לשקול שיקולים כלכליים, אלקטורליים, חברתיים וכולי, אך לא שיקולים חוקתיים? שמירה על הזכויות החוקתיות היא חלק בלתי-נפרד מטובת הציבור ומהתועלת הציבורית שכל דבר חקיקה צריך לשאוף להגשים.⁴⁹ נוסף על כך, חוק אינו מוצר פוליטי ותו לא, אלא מוצר משפטי.⁵⁰ כך גם הצעת חוק. בית-המשפט העליון כבר קבע כי "הליך החקיקה, ככל הליך שלטוני אחר, הוא הליך נורמטיבי, כלומר, הליך ששלביו מוסדרים בדין."⁵¹

יש שיגידו כי החדרת שיקולים משפטיים-חוקתיים להליך החקיקה תפגום בו ותגרום ל"משפטיזציית-יתר" שלו.⁵² זאת ועוד, כל ביקורת מקדמית על תוכנו של הצעות חוק שתגביל את חירותו של המחוקק להגיש הצעות חקיקה עלולה לגרוע מריבונות המחוקק על הליכים פרלמנטריים.⁵³ ברי כי הפרלמנט אינו אוהב שמכריחים אותו לפעול בצורה מסוימת, ויש להכיר בכך שבבסיס הרעיון העיוני מושא מאמר זה ניצב היחס בין משפט ופוליטיקה.⁵⁴ עם זאת, כדי לפתח תרבות של כיבוד זכויות אדם בכל מוסדות השלטון,

46 ראו "תהליכי החקיקה בעידן חוקי היסוד", לעיל ה"ש 33.

47 ראו פרוטוקול מס' 325, לעיל ה"ש 32, בעמ' 14–16.

48 שם, בעמ' 19.

49 אהרן ברק **פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה** 553 (1993) (להלן: ברק **פרשנות החקיקה**): "הכרה בזכויות האדם מהווה את תכליתו (האובייקטיבית) של כל דבר חקיקה."

50 על חוק כמושג יוריסטי ראו באופן כללי: Benjamin Akzin, *The Concept of Legislation*, 21 IOWA L. REV. 713 (1935–1936).

51 בג"ץ 975/89 **Nimrodi Land Development Ltd. נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מה(3) 154, 157 (1991).

52 על המשפטיזציה של הפוליטיקה בישראל ראו איתן לבונטין ורות גביון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" **ספר שמגר – מאמרים א** 221, 281 (2003): "בשנים האחרונות נפל על השלטון מורא בית המשפט, וחלה 'משפטיזציה' עמוקה בתוכנו של החלטות שלטוניות וברוך שבה הן מתקבלות." לדיון כללי ראו אמנון רובינשטיין "תהליך המשפטיזציה של ישראל" **דעת יחיד** 57–62 (2001); יצחק גלינור "על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל" **משפט וממשל** ז 355 (2004); עילי אהרנסון "המשפטיזציה של התרבות הפוליטית בישראל: כיצד היא השפיעה על הדיון הציבורי בסוגיות אמנציפטוריות?" **עיוני משפט** לא 157 (2008); יואש מייזלר "תחיית המתים של תורת הפרדת הרשויות ואזורפציה שיפוטית – חידה ופתרונה" **מאזני משפט** ז 143, 185–196 (2010).

53 ראו Feldman, *Injecting Law into Politics*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 111.

54 לדיון תיאורטי ביחס בין משפט ופוליטיקה ראו שלמה מזרחי ואסף מירני **מדיניות ציבורית בין חברה למשפט – בית המשפט העליון, השתתפות פוליטית ועיצוב מדיניות** 30–62 (2006). ראו גם:

ובראשם בכנסת, חייבת להיות מודעות נאותה לעקרונות חוקתיים ונכונות ויכולת ליישם.⁵⁵

לביקורת פרלמנטרית בדבר חוקתיותן של הצעות חוק יש יתרונות ברורים. היתרון המרכזי הוא האפשרות לערוך שינויים בנוסחן של הצעות חוק או לבלום הצעות חוק שאינן עומדות בדרישות החוקתיות עוד במסגרת הליך החקיקה, ולא לאחר מעשה, בבית-המשפט, לאחר שהחוק כבר הושלם, פורסם ומיושם.⁵⁶ ביקורת פרלמנטרית נכונה ומוצלחת (המהווה בחינה חוקתית "מונעת") יכולה לשמור על הקהרנטיות של הסדר המשפטי, ובמיוחד על מדרג הנורמות, שכן אלה כבר מוגדרים מראש במידה מסוימת, כך שרשויות ציבוריות לא יִשְׁמו נורמות משפטיות הסותרות את החוקה ובתי-המשפט לא יידרשו ליישב סתירות אלה. ביקורת פרלמנטרית מבטיחה חקיקה המיטיבה יותר עם זכויות אדם חוקתיות. במבט לעתיד, הטמעה נכונה של גישת כיבוד זכויות האדם בהליך החקיקה יכולה להתפתח עם הזמן גם לבחינת התאמתן של הצעות חוק לאמנות בין-לאומיות בדבר זכויות אדם שישראל מחויבת להן.⁵⁷

יתרון משמעותי נוסף בביקורת פרלמנטרית יכול שיהא בפיקוח של הכנסת על הרשות המבצעת, שהרי הכנסת אינה רק גוף מחוקק, אלא גם גוף מפקח על הממשלה.⁵⁸ ראשית, בהתאם לעקרון הפרדת הרשויות, הכנסת היא הגוף המופקד על קביעת הסדרים ראשוניים.⁵⁹ על-ידי הפעלת ביקורת פרלמנטרית על הצעות חוק ממשלתיות, שתכלול שינוי ואף דחייה של הצעות חוק ממשלתיות במסגרת הליך החקיקה בכנסת, הכנסת

MARTIN LOUGHLIN, SWORD AND SCALES: AN EXAMINATION OF THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND POLITICS 3–17, 217–235 (2000).

55 השווה ל-Feldman, *Injecting Law into Politics*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 112.

56 השווה ליתרונות של עריכת-דין חקיקתית אצל דבי גילד-חיו וסיגל שהב "עריכת-דין חקיקתית ככלי לשינוי חברתי" **מעשי משפט** ב 69, 80 (2009).

57 ניתן להעלות על הדעת יתרון משמעותי נוסף של הביקורת הפרלמנטרית על הביקורת השיפוטית, וזאת דווקא בתחום של הזכויות שאינן מוגנות באופן חוקתי. בית-המשפט אינו יכול לבטל חקיקה ראשית הפוגעת בזכויות אדם שאינן מוגנות באמצעות חוקי-היסוד. הכנסת עצמה, לעומת זאת, ככל שתגדל מודעותה לחשיבות ההגנה על זכויות, תוכל לרסן את עצמה אף כאשר חקיקה מוצעת עלולה לפגוע בזכויות אדם שאינן חוקתיות. אולם יתרון כזה אינו כה מציאותי, שכן קשה להאמין שהמחוקק יגביל את עצמו באופן וולונטרי אף מעבר להגבלות החוקתיות שהוא חייב בהן.

58 על הכנסת כמפקחת על הממשלה ראו: SUZIE NAVOT, THE CONSTITUTIONAL LAW OF ISRAEL (2007) 118; אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** 108, 748–749 (מהדורה שישית, 2005); חן פרידברג "ועדות הכנסת בפרספקטיבה של פיקוח: כרוניקה של כישלון ידוע מראש?" **עיונים בתקומת ישראל** 20, 49 (2010).

59 על כלל ההסדרים הראשוניים ראו גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" **עיוני משפט** לב 5 (2010); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 163–171; יצחק הנס קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 105, 108 (יצחק זמיר עורך, 1993); פרשת **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 8; בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לעינויים ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל פ"ד (א1) 1 (2006); בג"ץ 6061/08 **ישראלי נ' משרד החקלאות** (טרם פורסם, 19.8.2009).

יכולה להוות "מעצור ובלם" לרשות המבצעת.⁶⁰ על הממשלה לדעת כי הצעות חוק ממשלתיות ייבחנו בכנסת גם "בצילם" של חוקי-היסוד. **שנית**, בעת אישורה של חקיקת-משנה או הסמכתו של מחוקק-המשנה,⁶¹ יעמידו חברי-הכנסת לנגד עיניהם פן נוסף, והוא מידת ההלימה של חקיקת-המשנה עם זכויות האדם החוקתיות. ביקורת כזו תחייב את הממשלה לבחון בצורה רצינית את חוקתיותן של התקנות לפני הגשתן לכנסת. פרופ' פייר אבריל (Pierre Avril) צדק אפוא בציינו כי בבואנו לזהות את תפקידי הפרלמנט, אין לעמת בין סמכויות החקיקה והפיקוח – ביקורת פרלמנטרית של חקיקה הינה אמצעי נוסף של הפרלמנט לפקח על הממשלה.⁶²

לבסוף, לביקורת חוקתית פרלמנטרית יש יתרון נוסף, והוא חיזוק האופוזיציה הפרלמנטרית.⁶³ כאשר האופוזיציה תזהה זכויות חוקתיות מקנות אמת-מידה נוספת לביקורת על עבודת הקואליציה, ייתכן שגם חבר-כנסת המתנגד לרעיון הכללי של זכויות חוקתיות ימצא בהן כלי שימושי להגברת האחריות של הממשלה כלפי הכנסת.⁶⁴

כמובן, ביקורת פרלמנטרית אינה חפה מבעיות. במקומות אחרים שקיימים בהם מנגנונים לבחינת חוקתיותן של הצעות חוק התגלו כמה חולשות של הביקורת הפרלמנטרית, ביניהן לחץ זמן, חוסר מומחיות של חברי הפרלמנט, קשיים בהעסקת מומחים, קושי בבניית תורת משפט קוהרנטית לאורך זמן, וההכפפה הבלתי-נמנעת של החלטותיהם של חברי הפרלמנט לצרכים ולתנאים הפוליטיים המשתנים.⁶⁵ נוסף על חולשות אלה, שניתן למזערן במשך הזמן בעזרת משאבים הולמים, מתעוררים בעיקר שלושה קשיים, כמפורט להלן.

60 זאת, כמובן, בעירבון מוגבל, שכן: "Most EU member states have parliamentary governments, in the sense that the executive comes from and requires the support of a majority of parliament. As there is a kind of symbiosis between the executive and parliament's majority, the majority parties will usually support government bills." Koen J. Muylle, *Improving the Effectiveness of Parliamentary Legislative Procedures*, 24(3) STAT. L. REV. 169, 186 (2003).

61 ראו ברוך ברכה "לקראת פיקוח פרלמנטרי על חקיקת-משנה?" **עיוני משפט** ז 390 (1980).
62 Pierre Avril, *Le Parlement Législateur*, 31(1) REV. FRANC. SCI. POL. 15–16 (1981). ראו גם את עמדתה של פרופ' סוזי נבות כי אין ליצור בחוקה הבחנה בין תפקידי החקיקה והפיקוח של הכנסת: סוזי נבות "הצעת החוקה: שלוש הערות על פרק הכנסת" **משפט וממשל** י 593, 600 (2007).

63 על האופוזיציה הפרלמנטרית ראו יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" **משפטים** לח 217 (2008).

64 השוו Feldman, *Injecting Law into Politics*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 112; Greg Power, *Making Government Accountable – The Report of the Hansard Society Commission on Parliamentary Scrutiny*, 7(2) J. LEGIS. STUD. 1 (2001).

65 George Winterton, *An Australian Rights Council*, in PROTECTING RIGHTS WITHOUT A BILL OF RIGHTS: INSTITUTIONAL PERFORMANCE AND REFORM IN AUSTRALIA 305 (Tom Campbell, Jeffrey Goldsworthy & Adrienne Stone eds., 2006).

האחד, ניתן לטעון כי בחינה חוקתית עלולה להסיח את דעת הוועדה ולהסיט את מרכז הדיונים מן ההסדרים המהותיים הקבועים בהצעת החוק. התשובה לכך היא כי אין צורך להתנתק מן ההסדרים הקבועים בהצעת החוק ו"להתמקד" בהיבטים החוקתיים. הללו שלובים זה בזה, שכן כחלק מהבחינה החוקתית יידרשו חברי-הכנסת לדון באמצעים חלופיים – שפגיעתם בזכויות החוקתיות פחותה – ובאיזו מידה הם מגשימים את התכלית המבוקשת.

השני, בחינה פרלמנטרית של חוקתיותן של הצעות חוק תגרום בוודאי להתמשכותם של הליכי החקיקה. אולם ראוי לחשוב בהקשר זה גם על הזמן והמשאבים הכלכליים שבחינה כזו תחסוך באותם מקרים שבהם היא תמנע התדיינויות משפטיות בבג"ץ סביב חוקתיותם של חוקים שהתקבלו וכן דיונים חוזרים בכנסת לצורך תיקון חוקים שנמצאו בלתי-חוקתיים. דיון בחוקתיותה של הצעת חוק יכול לחסוך זמן ומשאבים, שכן תביעה שתתקבל בבג"ץ תגרור אחריה לא רק דיונים נוספים בנוגע לתיקון החוק כאמור, אלא אולי אף פיצוי לנפגעים.⁶⁶ ייתכן, כמובן, שבחינה כלכלית תוביל למסקנה שונה: יש לזכור כי לא כל חקיקה שהינה "בלתי-חוקתית לכאורה" אכן מגיעה לבחינתו של בית-המשפט. כאשר חקיקה כאמור אינה מגיעה לפתחו של בית-המשפט, "נחסך" זמנם של בית-המשפט ושל הכנסת. כמו-כן ייתכן שבחינה חוקתית פרלמנטרית תוביל לייקור – מטעמים של "זהירות-יתר" – של ההוצאה הכלכלית הנלווית להסדרים המוצעים בחקיקה כדי להגן בצורה מיטבית על זכויות אדם, בעוד שבית-המשפט, אילו הוגשה עתירה, לא היה פוסל כלל את ההסדרים הקודמים. מכל מקום, ובשים לב להרהורים אלה, נראה כי זהו מחיר שחברה החפצה בהגנה על זכויות צריכה לשלם, ואין זה מחיר יקר.⁶⁷

השלישי, ביקורת פרלמנטרית אמורה להיעשות במהלך הדיונים בוועדות הפרלמנט, וזהו שלב מאוחר יחסית בהליך החקיקה כאשר מדובר בהצעות חוק ממשלתיות, שכן הממשלה כבר החליטה לגבי תכלית החקיקה המבוקשת, לגבי הצורך בחקיקה לשם הגשמת התכלית האמורה ולגבי המודל החקיקתי הראוי. ייתכן גם שהממשלה התחייבה באופן פומבי להסדרים אלה.⁶⁸ בעיה זו אינה בלתי-פתירה. עיקר הדיון בוועדות יכול להתמקד בבחינת אמצעים אחרים להגשמת התכלית המבוקשת, אשר פגיעתם בזכות החוקתית תהא פחותה, כפי שחוקי-היסוד דורשים. נוסף על כך, בשיטת המשפט הישראלית הכנסת היא הרשות המחוקקת. אם הכנסת סבורה כי חקיקה מסוימת אינה

66 להרחבה בנושא של פיצויים בגין הפרה של זכויות אדם חוקתיות ראו דפנה ברק-ארז **עוללות חוקתיות – ההגנה הכספית על הזכות החוקתית** (1994); דפנה ברק-ארז "עוללות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל** ט 103 (2006).

67 כתגובה נוספת על הטענות הכלכליות ניתן לטעון גם כי ככלל תועלתה של הגנה עודפת על זכויות עולה על חסרונה של אי-חקיקת הסדר מסוים. לטיעון ברוח זה ראו: Richard H. Fallon, Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693 (2008).

68 ראו: Simon Evans, *Improving Human Rights Analysis in the Legislative and Policy Process*, 29 MELB. U. L. REV. 665, 670 (2005) (להלן: *Evans, Improving Human Rights*).

ראויה עקב הפגיעה הצפויה בזכויות אדם, טוב תעשה אם תדחה את החקיקה האמורה או תבקש לערוך בה שינויים. לבסוף, נוסף על מניעת הוצאה מיותרת של כספי ציבור ובזבוז זמן פרלמנטרי הנלווים לביקורת שיפוטית, עתירות חוקתיות נגד חקיקה שאושרה בכנסת מציגות אותה כגוף שאינו מגן כראות על זכויות אדם.⁶⁹

"מי שבוחר בדמוקרטיה בתור ממשל קונסטיטוציוני", כתב פ"א הרמנס, "עושה זאת משום שהוא מעריך מעל לכל את האדם וכבודו. דמוקרטיה היא אמצעי הכרחי להשגת מטרה זו. אכן, יש והדמוקרטים אינם מבחינים באמצעים שיש לנקוט כדי להגיע למטרה... שום חוק אינו מסוגל להבטיח את קיומן [של זכויות אדם – ר']. מה שקובע זו לא חזרה פעמים אין-ספור על השאיפות המשותפות לכולנו, פחות או יותר, אלא אבחנת האמצעים העשויים להגשים את השאיפה ודרכי הגשמתה."⁷⁰ עיגון זכויות אדם בחוקי-היסוד אינו מספיק כשלעצמו, וגם לא הסתמכות על מנגנון הביקורת השיפוטית לבדה. נדרש אמצעי נוסף, והוא הפנמת ההכרה בזכויות האדם וכיבודן במסגרת הליך החקיקה.

3. בחינה חוקתית בכנסת הלכה למעשה

באופן כללי ניתן לדמיין לפחות שלושה מודלים באשר ליחס שבין הליך החקיקה לבין חוקי-היסוד. הראשון, הכנסת יכולה לחוקק ככל העולה על רוחה ולהמתין ולראות אם היא תצליח "לצאת פטורה בלא עונש", כלומר, מבלי שבית-המשפט יבטל את דבר החקיקה. השני, הכנסת תקפיד על זכויות-היסוד החוקתיות מבלי לראות את עצמה מחויבת להן באופן מוחלט. זה המצב כיום באנגליה, שבה אף-על-פי שהמחוקק נדרש לעמוד בהוראות האמנה האירופית לזכויות אדם, היה אם בית-המשפט קבע כי קיימת אי-התאמה בין דבר חקיקה לבין הוראות האמנה, דבר החקיקה נותר עדיין בעינו. המודל השלישי הוא שחקיקה מוצעת נדרשת להלום את הזכויות החוקתיות, ולשם כך זו נבחנת לפני חקיקתה על-ידי גורם אשר מוסמך לכך.⁷¹ על פניו ישראל פועלת על-פי המודל השלישי. כפי שפרופ' אמנון רובינשטיין מציין:

"קבלת חוקי-היסוד... לוותה ויכוח על סמכותו של בית-המשפט להעביר תחת שבט-ביקורתו החוקתי את חוקי הכנסת הסותרים חוקים אלה. לעומת זאת, במערכת הייעוץ המשפטי – וחשוב מכך: במערכת הייעוץ של הכנסת – התקיימה, ומתקיימת, משעה שנתקבלו שני החוקים, מערכת נפרדת של בדיקת חוקתיותן של הצעות חוק. עבודה זו, הנסתרת מעין הציבור והדיווח העיתונאי,

69 השו: Noel A. Kinsella, *Some Dimensions of Human Rights Standards and the Legislative Process*, 47 U.N.B. L.J. 147, 161 (1998).

70 פ"א הרמנס *חוקה ומשטר* 34 (1967).

71 ראו Feldman, *Injecting Law into Politics*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 110 וההפניות שם.

חשובה לא פחות מהביקורת השיפוטית ורחבה ממנה בהיקפה ובהשלכותיה הממשיות.⁷²

אכן, הכנסת מחויבת לפעול בגדרי חוקי-היסוד, וקיימים הלכה למעשה מנגנונים לבחינת חוקתיותן של הצעות חוק. אולם בחלק זה אבקש להראות כי המצב הנוכחי אינו מספק, וכי מבחינת הלך-הרוח של חלק מן המחוקקים ישראל פועלת עדיין על-פי המודל הראשון. לשם כך אבחן להלן את הליך החקיקה הלכה למעשה.

מקור עיגונו החוקתי של הליך החקיקה קבוע בסעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי "הכנסת תקבע סדרי עבודתה; במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון; כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה כאמור, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנהל המקובלים בה".⁷³ חוק הכנסת, התשנ"ד-1994,⁷⁴ אינו מסדיר את הליכי החקיקה, ואלה נקבעו בתקנון הכנסת.⁷⁵ הוראות התקנון מהוות חלק מהמשפט החוקתי,⁷⁶ אולם מעמדו הנורמטיבי של התקנון אינו כשל חוק ראשי.⁷⁷ אף שהתקנון מסדיר את הליכי החקיקה בכנסת,⁷⁸ אין הוא מסדיר את נושא התאמתן של הצעות חוק לחוקי-היסוד. נושא זה מוסדר במעין נוהל או נוהג מקובל.⁷⁹ אכן, הלשכה המשפטית של הכנסת בוחנת את התאמתן של יוזמות החקיקה להוראות חוקי-היסוד בכל שלבי החקיקה, החל בבחינתן של הצעות חוק פרטיות לפני הנחתן על שולחן הכנסת וכלה במסגרת הדיונים בהצעות חוק בוועדות הכנסת.⁸⁰ בהעדר כל הליך פורמלי במסגרת עבודתה של הכנסת, זכויות אדם יכולות רק להיבנות בהדרגה, בדרך של נוהל או נוהג, אל תוך ההליך הפוליטי. ליועץ המשפטי לכנסת יש תפקיד חשוב לעניין זה. פרק ז לחוק הכנסת קובע הוראות בדבר מינויו של היועץ המשפטי לכנסת ותפקידיו. בין היתר, סעיף 17(ב)(2) קובע כי היועץ המשפטי לכנסת "ייעץ לכנסת ולוועדותיה בכל ענין הנוגע להליכי החקיקה ויפעל להבטחת תקינותם".⁸¹ ניתן לטעון כי בפעולתו להבטחת תקינותם של הליכי החקיקה

72 רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד", לעיל ה"ש 14, בעמ' 351. ראו גם ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 47-48.

73 ראו גם אמנון רובינשטיין ורענן הר-זהב פירוש לחוקי-יסוד – חוקי-יסוד: הכנסת 78-79 (1993).

74 חוק הכנסת, התשנ"ד-1994, ס"ח 140.

75 ראו תקנון הכנסת, י"פ התשכ"ח 590 (להלן: תקנון הכנסת).

76 בג"ץ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197, 201 (1982).

77 בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4), 393, 399 (1986). ראו גם אריאל בנדור "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" משפטים כב 571 (1994).

78 להרחבה על הליכי החקיקה ראו צבי ענבר "הליכי החקיקה בכנסת" המשפט א 91 (1993).

79 הכנסת יכולה לפעול לפי הנוהג והנהל המקובלים בה רק באותם נושאים שלא מצאו ביטוי מפורש בחוק או בתקנון הכנסת. ראו בג"ץ 1179/90 סיעת ר"צ – התנועה לזכויות האזרח ולשלום נ' מ"מ יו"ר הכנסת, פ"ד מד(2) 31, 34-35 (1990).

80 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 58, בה"ש 197.

81 ראו חוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א-2000, ס"ח 50. עוד על מוסד היועץ המשפטי לכנסת ראו שוריק דריישפיץ "היועץ המשפטי לכנסת והלשכה המשפטית של

נכללת לא רק פרוצדורת החקיקה, כי אם גם מהותם של דברי החקיקה. לפי פרשנות מרחיבה זו, היועץ המשפטי לכנסת נדרש לייעץ לכנסת אף בדבר חוקתיותן של הצעות חוק. נוסף על היועץ המשפטי לכנסת יש להזכיר כמובן גם את היועץ המשפטי לממשלה, הרשאי לחוות את דעתו לפני הכנסת, בכל שלב של הליכי החקיקה, באשר לחוקתיותו של חוק שהכנסת דנה בו.⁸² סעיף 118(ב) לתקנון מוסיף וקובע כי "היועץ המשפטי לממשלה, סגניו ועוזריו, והיועצים המשפטיים למשרדי הממשלה יעמדו לרשות הוועדה ולרשות כל אחד מחבריה לכל עזרה שתידרש מהם בניסוח החוק, ההצעות וההסתייגויות". סיוע זה אכן ניתן בפועל.

מה אפוא הבעיה? הרי בכל הנוגע בהצעות חוק ממשלתיות, הללו מגיעות לדיון בכנסת לאחר הליך ארוך, הכולל הפצת תזכירי חוק בין משרדי הממשלה וגופים רלוונטיים שונים, וקיום דיונים רבים במסגרת הלשכות המשפטיות של משרדי הממשלה השונים. זאת ועוד, בהתאם להנחיה שהוציא היועץ המשפטי לממשלה ביום 21.7.1993, כאשר מובאת הצעת חקיקה מטעם הממשלה לדיון לפני הממשלה או לפני ועדת השרים, תלויה להצעה חוות-דעת בדבר תוקפה של החקיקה המוצעת לאורם של חוקי-היסוד.⁸³ מה אם כן חסר?

ראשית, אף שמשרדי הייעוץ המשפטי למשרדי הממשלה השונים עושים את עבודתם נאמנה, יש להתייחס למספרן העצום של הצעות החוק הפרטיות המונחות מדי יום על שולחן הכנסת, וכן לשיעור הנכבד שהצעות החוק הפרטיות מהוות מסך החקיקה המתקבלת.⁸⁴ הצעות חוק ממשלתיות, אשר עוברות עבודת הכנה של הייעוץ המשפטי לממשלה, מהוות אך כמחצית מן החוקים המתקבלים בכנסת. כאשר מקורה של כמחצית מהחקיקה המתקבלת הוא בהצעות חוק פרטיות, משמעות הדבר היא שאין לגביהן דיון מוקדם משמעותי במשרדי הממשלה, למעט דיון בוועדת השרים לענייני חקיקה. בחינת הצעות חוק פרטיות מתבססת על הנוהל הקיים בלשכה המשפטית של הכנסת, אולם כמות החקיקה הפרטית המוצעת המונחת על שולחן הכנסת אינה מאפשרת בחינה חוקתית מעמיקה של כל הצעת חוק לפני העברתה לדיונים בוועדה. לנוכח כל אלה, ביקורת פרלמנטרית בוועדות הכנסת היא חיונית.

שנית, הכנסת, כגוף המחוקק, אמורה להוות, בין היתר, מעין "בלם לרכבת

הכנסת "פרלמנט 64 (2010), נגיש בכתובת www.idi.org.il/Parliament/2010/Pages/66_2010/D/d_66.aspx.

82 ראו "התערבות היועץ המשפטי לממשלה בהליכי חקיקה" 4 (חוות-דעת של היועץ המשפטי לכנסת, 5.2.2001): "היועץ המשפטי לממשלה, לא רק שרשאי הוא, אלא אף חובתו היא, להתייצב בפני ועדה מועדות הכנסת ולהשמיע דבר, כל אימת שנראה לו כי הצעת חוק אשר נדונה בוועדה, יש בה משום אי חוקתיות."

83 הנחיה זו לא פורסמה בקובץ ההנחיות הרשמי. ראו אצל רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד", לעיל ה"ש 14, בעמ' 352.

84 על תופעה זו ראו ענת מאור "כיצד אירעה הצמיחה הדרמטית בחקיקה הפרטית בישראל, 1992–2006?" המשפט יב 363 (2007); ענת מאור הח"כ כמחוקק: החקיקה הפרטית בכנסת – צמיחתה ותורמתה 20–21 (2009); דנה בלאנדר וערן קליין חקיקה פרטית 41–45 (2002).

הממשלתית⁸⁵. הדיון בממשלה מתאפיין לעיתים בהעדר שקיפות נאותה ובדומיננטיות של משרד האוצר.⁸⁶ על-כן, לאחר הגיען לכנסת, הצעות חוק ממשלתיות צפויות לעבור עוד שינויים רבים במהלך הכנתן לקריאות השנייה והשלישית. שינויים דומים צפויים גם לגבי הצעות חוק פרטיות במהלך הכנתן לקריאות הראשונה, השנייה והשלישית. במסגרת דיוני הכנה אלה יש חשיבות רבה להתאמתן של הצעות החוק להוראות חוקי-היסוד.

יובהר: בהתאם לנוהג הקיים כיום, מערכות הייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה מעניקות במקרים מסוימים חוות-דעת משפטיות בעניין חוקתיותן של הצעות חוק, כפי שמעידות דוגמות רבות מן השנים האחרונות.⁸⁷ ראו, למשל, את חוות-הדעת של היועצת המשפטית לכנסת, נורית אלשטיין, בעניין הצעת חוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון) – ניהול קרקעות קק"ל לטובת העם היהודי, התשס"ז-2007, הגורסת כי הצעת החוק "אינה יכולה לעמוד באשר היא מנוגדת לעקרונות היסוד בדבר חובת השוויון", וכי "האפליה הטמונה בהצעת החוק כלפי קבוצה שלמה שאינה נמנית עם היהודים היא פסולה ונראה כי לא ניתן יהיה להכשיר את הצעת החוק בנוסחה הקיים". עמדה דומה הובעה בחוות-דעת מטעם היועץ המשפטי לממשלה.⁸⁸ דוגמה נוספת ניתן למצוא בחוות-דעת מיוחדת שחיברה היועצת המשפטית של הכנסת בעניין הצעות חוק לשלילת קצבאות מחבר-הכנסת לשעבר עזמי בשארה, לאחר שנחשד בריגול לטובת חיובאללה במהלך מלחמת לבנון השנייה,⁸⁹ שלפיה הצעות החוק פוגעות בזכות הקניין ובשוויון.⁹⁰ לעיתים לחוות-הדעת החוקתית יש השפעה רבה על נוסחה של הצעת החוק ועל ההסדרים הקבועים בה. כך, למשל, בעניין הצעת חוק סינון אתרים⁹¹ ניתנה חוות-דעת על-ידי היועצת המשפטית לוועדת הכלכלה, אתי בנדלר, שלפיה חלק מההסדרים

85 כדבריו של עו"ד אייל יינן, יועצה המשפטי של הכנסת, ביום-עיון בנושא "תפקיד הכנסת בהגנה על דמוקרטיה וזכויות אדם", שנערך בכנסת ב-14.12.2010 לציון יום זכויות האדם הבינ-לאומי.

86 שם.

87 חשוב לציין כי השפעתו של היועץ המשפטי על הוועדה אינה מסתכמת בחוות-דעת משפטית כתובה, אלא במגוון אמצעים בעבודתו השוטפת עם חברי הוועדה.

88 ראו שחר אילן "מתגבש הסכם חילופי קרקע: קק"ל תעביר למדינה 60 אלף דונם קרקע בנויה ותקבל שטח זהה בנגב ובגליל" **הארץ** 30.10.2007 www.haaretz.co.il/misc/1.1453801. ראו הצעת חוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון) – ניהול קרקעות קק"ל לטובת העם היהודי, התשס"ז-2007 (פ/2711/17).

89 ראו, למשל, הצעת חוק שלילת גמלה מחבר הכנסת לשעבר עזמי בשארה, התשס"ח-2008 (פ/3782/17); הצעת חוק שלילת תשלומים לחבר הכנסת שחשוד בעבירה נגד ביטחון המדינה (תיקוני חקיקה), התשס"ז-2007 (פ/2554/17); הצעת חוק הפסקת תשלום פנסיה מקופת הכנסת לחבר הכנסת לשעבר עזמי בשארה, התשס"ח-2008 (פ/3754/17).

90 איציק וולף "היועצ"ש של הכנסת: לא לשלול פנסיה מבשארה" **News1** 10.6.2008 www.news1.co.il/Archive/001-D-168429-00.html?tag=22-56-12.

91 הצעת חוק הגבלת גישה לאתרי אינטרנט למבוגרים, התשס"ו-2006 (פ/892/17), שהוחלפה מאוחר יותר בהצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 41) (שירות סינון של תכנים בלתי הולמים לקטינים באינטרנט), התשס"ח-2008, ה"ח 204.

הקבועים בהצעת החוק מעלים קשיים חוקתיים ביחס לזכויות חוקתיות כחופש הביטוי, הזכות לקניין והזכות לפרטיות, ובתחום ההסדרים הראשוניים.⁹² בהתאם לחוות-הדעת התפתח דיאלוג, שבסופו סוכמה הצעת חוק הקובעת הסדרים שפגיעתם בזכויות פחותה – הצעה שיכולה, לפי חוות-הדעת המשפטית, לצלוח מבחנים משפטיים-חוקתיים.⁹³ לחוות-דעת חוקתית יכולה להיות גם השפעה עקיפה. כך, למשל, הצעת חוק פרטית שהציעו חברי-הכנסת אמנון כהן וגלעד ארדן להארכת הזיכיון לשידורי הרדיו האזורי⁹⁴ העלתה בעיות חוקתיות בנוגע לזכויות לחופש העיסוק, לחופש הביטוי ולשוויון, אשר פורטו בחוות-דעת של היועצת המשפטית לוועדת הכלכלה של הכנסת. לאחר דיונים מספר בוועדת הכלכלה, שבה הדגישה היועצת המשפטית לוועדה את הקשיים החוקתיים, הסיר חברי-הכנסת גלעד ארדן – אולי בעקבות חוות-הדעת ואולי בשל סיבות אחרות – את שמו מהצעת החוק.⁹⁵

מנגנון זה ראוי, אך אינו מספיק. כפי שנפרט, הבעיה הראשונה היא פרוצדורלית, והשנייה היא קונספטואלית. ראשית, במישור הפרוצדורלי, העדר עיגון במסגרת עבודתה של הכנסת של הליך פורמלי, שיטתי וקוהרנטי לפיקוח ולבקרה על השלכותיהן של הצעות חוק על זכויות אדם מהווה כשלעצמו בעיה. משמעותו היא שהדבר תלוי כיום בראות-עיניהם של היושבים בוועדה, ובעיקר של יושב-ראש הוועדה, בעמדתו של היועץ המשפטי לוועדה, וכמובן בעמדתם של משרדי הממשלה השונים ובפעולתם הוולונטרית של גופים שונים. לא בהכרח יסבור היועץ המשפטי לוועדה כי הצעת החוק מעלה בעיה חוקתית, ואף אם יסבור כן, הוא לא יניח בהכרח חוות-דעת חוקתית על שולחן הוועדה. יתר על כן, גם אם יבקש היועץ המשפטי לוועדה להניח על שולחן חוות-דעת לעניין חוקתיותה של הצעת חוק, בהעדר נכונות של חברי-הכנסת לא יתקיים בהכרח דיון נאות בהשלכות חוקתיות אלה. הנוהג הקיים הלכה למעשה בלשכה המשפטית, והכבוד שחברי-הכנסת רוחשים ליועצים המשפטיים לכנסת, משככים מעט בעיות אלה, אך אינם פותרים אותן. זאת ועוד, העדר נוהל מסודר פוגע באחידותה של הבחינה החוקתית במהלך הדיונים בכנסת, ומעלה שאלות רבות, כגון: מי רשאי להעלות טענת אי-חוקתיות – חברי-הכנסת, משרדי הממשלה, גופים פרטיים או ארגונים, יושב-ראש הוועדה ואולי היועץ המשפטי עצמו? האם קיימת חובה להגיש חוות-דעת חוקתית? על מי היא מוטלת? מתי יש להגיש חוות-דעת כאמור – בכל שלב או שמא רק במהלך הדיונים בעת הכנת ההצעה לקריאת השנייה והשלישית? האם יש להעביר את חוות-הדעת רק לחברי הוועדה או לכלל חברי-הכנסת המצביעים על הצעת החוק במליאת הכנסת? האם יש לעכב דיון לשם קבלת חוות-דעת חוקתית? מהו מעמדה

92 למען הגילוי הנאות יש לציין כי כותב שורות אלה נטל חלק בכתיבת חוות-דעת זו.

93 פרוטוקול ישיבה מס' 612 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17 (30.6.2008), נגיש בכתובת www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/kalkala/2008-06-30-03.rtf.

94 הצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון – הארכת זיכיון לשידורי רדיו אזורי), התשס"ו-2006 (פ/1054/17), שהוחלפה מאוחר יותר בהצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס'

28) (הארכת זיכיון לשידורי רדיו אזורי), התשס"ז-2007, ה"ח 87.

95 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 170 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17 (29.1.2007).

המשפטי של חוות-הדעת? שאלות אלה ורבות אחרות נותרות כיום ללא מענה. המודל המוצע להלן יחייב למצער דיון בהשלכות החוקתיות של חקיקה מוצעת. מעבר לכך, דיון בעיגונו של נוהל מסודר, בין לפי המודל המוצע ובין לפי מודל אחר, יחייב את בחינתן של הסוגיות הפתוחות.

שנית, במישור הקונספטואלי, חלק מחברי-הכנסת תופסים לעיתים את זכויות האדם החוקתיות לא כמטרה שיש לקדם, אלא כמחסום בדרך לקידומו של סדר-יום חברתי, בטחוני, פוליטי או כלכלי שהם מאמינים בו ואשר הם סבורים כי ביכולתם לקדמו באמצעות כלים פרלמנטריים. מי שנתפס כמגן זכויות האדם הוא בית-המשפט. השרים וחברי-הכנסת נחשבים בדרך-כלל לקדם את הצעות החוק שלהם – מסיבות פוליטיות ואידיאולוגיות – מבלי לשים לב להשלכות החוקתיות.⁹⁶ אם יטען לפנייהם מאן דהוא שהצעת החוק שלהם עלולה להיות בלתי-חוקתית אם תתקבל, הם ייטו לגלגל את הכדור הלאה לפתחו של בג"ץ.⁹⁷ הדיון החוקתי נתפס לעיתים כשמור באופן בלעדי לבית-המשפט. על הפיסה זו ניתן ללמוד מלקט של דברי חברי-הכנסת כפי שמופיעים בפרוטוקולים משיבות של המליאה או של ועדות הכנסת השונות. ראו, למשל, את הדיון בעניין הקמת בית-סוהר בניהול פרטי – הסדר שנפסל בסופו של דבר בבג"ץ:⁹⁸

“דב חנין: ... כמו שאמרנו גם במליאת הכנסת, אני אומר את זה גם למען הפרוטוקול וגם למען הדיון בבג"ץ בעתיד, הדיון בכנסת איננו בא להחליף את

96 לכן, למשל, ציינו פיליפ קאולי ומארק סטיוארט, בהקשר הבריטי, כי יש לבחון בחשדנות את רצונן של ממשלות לשפר את הליך החקיקה ביחס לביקורת פרלמנטרית: Philip Cowley & Mark Stuart, *Parliament: A Few Headaches and a Dose of Modernisation*, 54(2) PARLIAM. AFF. 238, 238 (2001): "The government's approach to legislative modernisation always owed more to its desire to secure the passage of its business than to a desire to improve the effectiveness of parliamentary scrutiny"

97 ראו, למשל, דיון בנושא הצעת חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3) (עריכת בדיקות גנטיות לקשרי משפחה), התשס"ח-2008, בפרוטוקול ישיבה מס' 83 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17 (1.4.2008), נגיש בכתובת www.knesset.gov.il/protocols/data/html/mada/2008-04-01.html: "משה גפני: בסדר. אם אנחנו לא נפריד בעניין הזה בין בית הדין הרבני לבין בתי הדין האחרים – והמשפטים יכולים להגיד עד מחר שזה לא חוקתי, עם כל הכבוד, אז שילכו לבג"ץ, ושבג"ץ יגיד שזה לא חוקתי – [אז] ליהודים בחוק הזה יש בעיה" (ההדגשה הוספה). כן ראו דיון בנושא חמרת ענישה והטלת סנקציות חריפות על שימוש במין כאמצעי שיווקי בפרוטוקול ישיבה מס' 150 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-16 (9.2.2004), נגיש בכתובת www.knesset.gov.il/protocols/data/html/kalkala/2004-02-09-02.html

“רוני בר-און: ... צריך להתחיל לעבוד בעניין הזה עם סנקציות חריפות... ברגע שמישהו יקבל 100, 150 אלף קנס על דבר נתעב כזה, כולם יבינו שעל פרסומת כזאת הם יצטרכו למכור חצי מיליון סודרים כדי להרוויח בחזרה את הכסף של הקנס. יאיר קורח: אתה לא תעבור את מבחן בג"ץ.

רוני בר-און: אז שבג"ץ יהיה אחראי לקטסטרופה הזאת.”
98 ראו עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 2.

הסוגיות שבג"ץ צריך לבחון אותן. בג"ץ צריך לבחון את שאלות החוקתיות. אנחנו איננו עוסקים כאן בשאלות החוקתיות אלא אנחנו עוסקים בשאלות ציבוריות, בממד הציבורי, הערכי, העקרוני, והמינהלתי של ההחלטות לגבי הקמת בית סוהר פרטי... העובדה שיש לנו עמדות, וגם לי יש עמדה, לגבי אי החוקיות של המהלך הזה ברמה החוקתית, אני את עמדתי בשלב זה שומר לעצמי ואינני מתכוון להתייחס אליה בכלל בדיון הזה. לכן, למען הפרוטוקול צריך להירשם שוועדת הפנים של הכנסת, כמו גם מליאת הכנסת, אנחנו במסגרת הדיונים שלנו לא עסקנו, לא עוסקים, לא מתיימרים לחוות דעה ולא מחווים דעה בפועל על שאלת אי החוקתיות של המהלך הזה שמסורה כולה בידי בג"ץ ואנחנו מקווים אכן, בהמשך לדברים שנאמרו קודם לכן, שבג"ץ יחליט בנושא הזה במהרה בימינו.⁹⁹

שאלת השאלה מדוע שהדיון בוועדות הכנסת, ואולי אף במליאת הכנסת, לא יכול הליך מסודר שבו קיימת התייחסות גם להיבטים החוקתיים של הצעות חוק? כפי שצוין לעיל, לבחינה כאמור יש יתרונות רבים.

זאת ועוד, לעיתים רצון המחוקק להעביר חקיקה במהירות אינו מאפשר דיון נאות בסוגיות חוקתיות המלוות את הצעת החוק.¹⁰⁰ כך היה, למשל, בעניין הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003,¹⁰¹ שעוררה סוגיות חוקתיות קשות בכל הקשור להגבלת הכניסה לישראל, הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון:¹⁰²

"מיכאל מלכיאור... היועצת המשפטית... אמרה שלא הייתה לה אפשרות ללבן סוגיות משפטיות חוקתיות רציניות ביותר שיש בחוק הזה. במגבלת הזמן לא ניתנה לה אפשרות לעשות את זה... יש בחוק דברים כל כך כבדים, שהיועצת המשפטית של הוועדה אומרת שהיא לא יכולה לעמוד מאחורי הדברים כי לא הייתה לה אפשרות ללבן אותם, ושיש סוגיות משפטיות כבדות משקל, שכנראה

99 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 84 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18 (27.10.2009), נגיש בכתובת www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2009-10-27.html (ההדגשות הוספו).

100 הדבר נכון במיוחד לגבי חוק ההסדרים. ראו גולן, לעיל ה"ש 43, ועניין ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 43.

101 ה"ח הממשלה 482.

102 ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" משפט וממשל ח 643 (2005); אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי – המקרה של הגירה לצורכי נישואין" הפרקליט מח 315 (2006); ליאב אורגד "הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום (בעקבות בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים)" מחקרי משפט כה 485 (2009); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים פ"ד סא(2) 2002 (2006), שבו כמעט נפסל החוק. העתירה נדחתה ברוב של שישה שופטים מול חמישה, ודעת הרוב החליטה כי החוק אינו פוגע בזכויות חוקתיות, ואף אם קיימת פגיעה כאמור, היא מידתית.

לא יעברו לא את האמנות הבינ-לאומיות שישראל חייבת בהן, ולא את הבג"ץ במדינת ישראל... אני חושב שדבר ראשון שחייבים לעשות... לתת קודם כל ליועצת המשפטית את השהות כדי שהיא תוכל לעמוד מאחורי החוק שאנחנו מביאים להצבעה.

...

מירי פרנקל-שור: ... בנושא של חוות דעתי המשפטית, שהייתה צריכה להיות מונחת על שולחן הוועדה. מן הראוי בהליכי חקיקה תקינים, שתונח חוות דעתי בנושאים בהם היא מתבקשת. בין נושאים שיחליט יו"ר הוועדה ובין שתחליט היועצת המשפטית של הוועדה, להניח חוות דעת מטעמי. היה נכון וראוי בנושא כל כך כבד, כל כך מורכב וכל כך מסובך להניח חוות דעת מטעמי. אבל מה לעשות, הנושא הוא מורכב, הנושא סבוך וצריך לתת זמן. בלוח הזמנים שהועמד, לטעמי, לא היה באפשרותי להניח חוות דעת מנומקת ומסודרת, לעבור בים של חומר על כל ההשפעות שיש לכך.

למרות זאת – אמרתי זאת לחה"כ מלכיאור בהפסקה – הגינותי היא שאני חייבת לומר לך, שאי מתן חוות דעתי על שולחן הוועדה לא יכולה לחייב אותך להפסיק את הליכי החקיקה ולהמתין עד למתן חוות דעתי. הדבר נתון לשיקול דעתך.¹⁰³

הרושם המתקבל הוא שחלק מחברי-הכנסת אינם מתייחסים תמיד ברצינות הראויה לסוגיות החוקתיות. כך, למשל, בעניין הצעת החוק להארכת הזיכיון לשידורי הרדיו האזורי, אשר הוזכרה לעיל,¹⁰⁴ ציינה היועצת המשפטית לוועדה, בחוות-דעת שהוגשה לחברי-הכנסת, כי הצעת החוק פוגעת בזכויות לחופש העיסוק, לחופש הביטוי ולשוויון, וזאת מבלי שהונחה במהלך הדיונים תשתית לעניין תכליתיה הראויה של ההצעה ובדבר אמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה. אם כן, סוגיית חוקתיותה של הצעת החוק עמדה במקרה זה באופן מפורש לנגד עיניהם של חברי-הכנסת.¹⁰⁵ היועצת המשפטית אף הציעה לחברי-הכנסת אפשרויות שונות לקביעת הסדרים שפגיעתם בזכויות תהא פחותה. אולם חוות-דעת זו נפלה על אוזניים ערלות: חברי-הכנסת נמנעו מלאמץ

103 פרוטוקול ישיבה מס' 63 של ועדת הפנים ואיכות הסביבה, הכנסת ה-16 (29.7.2003), נגיש בכתובת www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2003-07-29-02.html

104 ראו לעיל ה"ש 94 והטקסט שלידה.

105 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 170 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17 (29.1.2007):

"דוד טל: במצב כזה, אם המדינה, נניח שהחוק עובר בקריאה ראשונה והמדינה יכולה לפנות לבג"צ, כי היא אמרה פה שהיא פונה לבג"צ, שהחוק הוא בלתי חוקתי? לא דידי [דוידה לחמן-מסר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה – ר'], דידי תזמין עתירה מהתנועה לאיכות השלטון והיא תגיד שהיא לא רוצה, לא יכולה להגן על זה כי היא גם חושבת ככה. אתי בנדלר: יכול בהחלט להיות שאם החוק יתקבל כפי שהוא, מאוד יכול להיות שהחוק הזה ייפסל בבג"צ."

הסדרים חלופיים ואף מלדון בסוגיות החוקתיות, והצביעו לאשר את הצעת החוק לקריאה ראשונה.¹⁰⁶

דוגמה מובהקת לגישה זו ניתן למצוא בדיוני הכנסת בעניין חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, התש"ע-2009.¹⁰⁷ בדיון הפתיחה העיר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מלכיאל בלס, כי מתפקידה של הכנסת לדון בשאלות החוקתיות הכרוכות בהקמת מאגר ביומטרי ולבחון את חלופותיו:

"הוועדה הזאת תצטרך, בין היתר, לעשות בדיקה חוקתית של ההצעה שנמצאת בפניה של הקמת המאגר... ההצעה הזאת צריכה לעמוד, מבחינתנו, במבחני פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. צריך לבדוק את התכלית, את ההתאמה, את החלופות ואת השאלה אם בסופו של דבר לא נוצר פה משהו שהוא אמצעי שפוגע מעל הנדרש בזכויות האדם... חשבתי שהמקום הכי נכון לקיים את הדיון הזה, מבחינת מדינת ישראל, זה לא במנהל הפנימי מכיוון שיש הרבה מאוד גורמים שחושבים שהמאגר הוא נכון, **אלא פה בכנסת.**"¹⁰⁸

אולם בהמשך הדיונים הודיע חבר הכנסת מאיר שטרית כי "בעניין הזה אין ויכוח על הקונספט של החוק".¹⁰⁹ מאותו שלב התקיימו דיונים ממושכים בסוגיות שונות, אולם נפקדה מהדיון השאלה המרכזית אם עצם הקמת המאגר הביומטרי מהווה אמצעי מידתי לפגיעה בזכויות האדם החוקתיות.¹¹⁰ ראוי, למשל, את דבריה של היועצת המשפטית לוועדה באחד מדיוניה של הוועדה המשותפת:

"נירה לאמעי־רכלבסקי: ... אין ספק... ששאלת המאגר וכל השאלה של החלופות, מעלה שאלה חוקתית מובהקת... של האיזון בין זכות היסוד החוקתית שעלולה להיפגע מקיומו של המאגר והיא הזכות לפרטיות, יחד עם סכנות נוספות של אפשרות להפללה, דליפה מהמאגר וכדומה, לעומת התכליות האחרות... כאשר דיברנו על האם להעלות את נושא המאגר שוב לדיון, לפתוח אותו בעת קריאת החוק, עמדתו של יושב־ראש הוועדה שניהל את הדיון הייתה לא. בשלב הזה עברנו כבר מהספרה של הבחינה הראשונית של מאגר כן או לא,

106 פרוטוקול ישיבה מס' 192 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17 (14.2.2007).

107 חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, התש"ע-2009, ס"ח 256.

108 פרוטוקול ישיבה מס' 1 של הוועדה המשותפת – מדע ופנים, הכנסת ה-18, 10, 15 (30.6.2009) (ההדגשה הוספה).

109 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 2 של הוועדה המשותפת – מדע ופנים, הכנסת ה-18, 45 (7.7.2009).

110 ראו ניצן ליבוביץ ואבנר פינצ'וק "מדינת ישראל והחוק הביומטרי, או: כוח המרכז והפוסט-דמוקרטיה" (16.11.2009), נגיש בכתובת www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/148.aspx; "האגודה ליו"ר הכנסת: אל תיתן יד למחטף ביומטרי במהלך הפגרה" (11.8.2009), נגיש בכתובת www.acri.org.il/he/?p=2230.

לשלב של בדיקת האיזונים בחוק, ושם בוודאי שניתנו אינפוטים לייעוץ המשפטי לכנסת. זה תפקידם של חברי הכנסת לקחת את השאלה החוקתית שהועלתה וגם אם בדיון הראשון שהיה באמת דיון שהציגו את ההצעה, לא היה דיון יחד עם הייעוץ המשפטי של הכנסת, אין ספק שהדברים הועלו גם לאחר מכן ולפי החלטתו של היושב-ראש לא נעשה דיון נוסף בנושא הזה. ודאי ובוודאי שהשאלות החוקתיות קיימות. ציפו מאתנו לבחון חלופות אך החלטתו של היושב-ראש הייתה לא לבחון חלופות.

היו"ר מאיר שטרית: נכון.¹¹¹

על החשש כי יש חברי-כנסת שמעוניינים בקידומן של הצעות חוק על-אף קשיים חוקתיים ניתן ללמוד מאמירות של חברי-כנסת בעניין הצעת חוק הרשות לפיתוח הנגב (תיקון – מיזם חקלאי-תיירותי בנגב), התשס"ט-2009.¹¹² לאחר שהיועצת המשפטית לוועדת הכלכלה ציינה כי הצעת החוק מעלה קשיים חוקתיים, העלה חבר-הכנסת טלב אלסאנע את החשש הטמון בהמשכת הליכי החקיקה:

"היו"ר ישראל חסון: אדוני, חבר הכנסת אלסאנע, החרדה שלך מהעבירה על החוק...

טלב אלסאנע: אני שם לב שיש כאלה שרוצים עכשיו לאשר את זה, בלי דיון, בלי לשמוע חוות דעת, בלי יועצים משפטיים. לא צריך משרד משפטים...

חנא סוויד: אדוני היושב ראש, הוא לא חושש מעבירה על החוק – יש פה עבירה על החוקה.¹¹³

מכל מקום, באותו עניין גיבשה היועצת המשפטית לוועדה חוות-דעת משפטית שלפיה אין בהוראותיה של הצעת החוק כדי לפגוע בזכות-היסוד לשוויון, ואף אם קיימת פגיעה כאמור, היא עומדת במבחנים החוקתיים. היועצת המשפטית אף הציעה לחברי-הכנסת לשקול תיקונים מספר בנוסח ההוראה כדי למזער ככל האפשר את הפגיעה בעקרון השוויון.¹¹⁴

111 פרוטוקול ישיבה מס' 7 של הוועדה המשותפת – מדע ופנים, הכנסת ה-18, 24–25 (21.7.2009) (ההדגשות הוספו). עוד ראו ניב ליליאן "החוק הביומטרי: שטרית לא בחן חלופות למאגר" ynet, 21.7.2009, www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3749979,00.html

112 הצעת חוק הרשות לפיתוח הנגב (תיקון – מיזם חקלאי-תיירותי בנגב), התשס"ט-2009 (1342/18/פ).

113 פרוטוקול ישיבה מס' 89 של ועדת הכלכלה של הכנסת, הכנסת ה-18 (26.10.2009), נגיש בכתובת www.knesset.gov.il/protocols/data/html/kalkala/2009-10-26-02.html

114 "חוות דעת בנושא חוקתיות הוראת המעבר" (חוות-דעת של היועצת המשפטית לוועדת הכלכלה, 15.3.2010), נגיש בכתובת www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/kalkala2010-03-16-02.pdf

ודוק, אף שעל פניו אנו פועלים בישראל על-פי המודל השלישי שצוין בתחילת הפרק, שלפיו הכנסת מחויבת שחקיקה מוצעת תהלום את הזכויות החוקתיות, מבחינת הלך-הרוח, ולעיתים אף הלכה למעשה, אנו פועלים על-פי המודל הראשון: הכנסת מחוקקת ככל העולה על רוחה וממתינה לראות מה יקבע בית-המשפט לעניין השלכותיו החוקתיות של דבר החקיקה. ראו, למשל, את דבריו של חבר-הכנסת יצחק לוי בדיון בעניין הצעות החוק לשלילת הפנסיה של חבר-הכנסת לשעבר בשארה: 115 "אני מציע לא לדון בכל הנושאים המשפטיים שנוגעים לעניין החוקתי. אנחנו שמענו את מה שהיועצת המשפטית אמרה, ועכשיו הכנסת יכולה לחוקק." 116 המתח המצוי בין מוסד הייעוץ המשפטי לבין הרשות המחוקקת התגלה במלוא עוצמתו בעניין החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011. 117 חוק זה קובע, בין היתר, כי המפרסם קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת-ישראל או על אזור הנמצא בשליטתה, בהתקיים אפשרות סבירה שקריאה זו תביא לידי הטלת חרם כאמור, עושה עוולה אזרחית העשויה אף לשמש בסיס לתשלום פיצויים שאינם תלויים בנוק. חוק זה מעלה קשיים חוקתיים אמיתיים. לא בכדי, בעקבות חקיקתו, ציין פרופ' רובינשטיין במאמר דעה כי מדובר ב"יום שחור" לדמוקרטיה הישראלית, והוסיף כי "לאחר שקראתי את הדיונים בוועדת החוקה אני מציע לשנות את שמה לוועדת אנטי חוקה, אנטי חוק ואנטי משפט". 118 לפני קבלתו של החוק בכנסת, היועץ המשפטי לכנסת, איל ינון, חווה את דעתו בעניין ההסדרים המוצעים, וציין – בלשון עדינה, יש לומר – כי "ההגדרה של 'חרם על מדינת ישראל' בנוסח רחב [כפי שמופיע בהצעת החוק – י' ר'], בצירוף עם העוולה הנזיקית, הינן בבחינת פגיעה בליבת חופש הביטוי הפוליטי במדינת ישראל, המביאה מרכיבים אלה בהצעת החוק אל סף האי-חוקתיות ויתכן אף מעבר אליו". 119 חוות-דעת זו עוררה ביקורת קשה מצד חברי-הכנסת מהקואליציה, שהאשימו את היועץ המשפטי כי פעל ממניעים פוליטיים. הגדיל לעשות חבר-הכנסת יריב לויין מהליכוד, שהכריז כי "אנו עדים היום לניסיון לייצר 'פוטש' משפטי במטרה למנוע את חקיקתו של החוק החשוב הזה. אני רוצה להזכיר לכולם שלמדינת ישראל אין חוקה. הניסיון לייצר חוקה וירטואלית שרק יודעי סוד יודעים את צפונותיה, הוא ניסיון אנטי דמוקרטי שלא נאפשר לו להצליח." 120

115 ראו לעיל ה"ש 89.

116 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 257 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-17, 40 (22.7.2008), נגיש בכתובת www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/knesset/2008-07-22.rtf

117 התקבל בכנסת ביום ט' בתמוז התשע"א (11 ביולי 2011); הצעת החוק ודברי ההסבר פורסמו בהצעות חוק הכנסת 373, 112.

118 ראו אמנון רובינשטיין "חוק החרם: היום השחור" nrg 12.7.2011, נגיש בכתובת www.nrg.co.il/online/1/ART2/258/978.html

119 "הצעת חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם" (חוות-דעת של היועץ המשפטי לכנסת, 10.7.2011) (ההדגשה במקור).

120 יהונתן ליס "הכנסת אישרה את חוק החרם; המאבק יגיע בקרוב לבג"ץ" הארץ 12.7.2011. גישתו של חבר-הכנסת יריב לויין אינה מקובלת עליי. www.haaretz.co.il/misc/1.1180066

לסיכום, על פניו ניתן להסתפק במצב הקיים: הכנסת מחויבת לפעול בגדרי חוקי-היסוד, והלכה למעשה קיימים מנגנונים לבחינת חוקתיותן של הצעות חוק. מנגנונים אלה תורמים לכך שהליך החקיקה כולל גישה חיובית כלפי הגנה על זכויות אדם. ברם, גישה חיובית זו אינה מספיקה, כפי שניתן ללמוד, בין היתר, מהעדר שיטתיות בבחינה החוקתית הקיימת ומאמרותיהם של חברי-הכנסת המובאות לעיל (אף שיש להתייחס אליהן בעירובן מוגבל, כמובן, שכן אין בהן כדי להצביע על תוצאת מחקר אמפירי מעמיק באשר ליחסם של חברי-הכנסת למנגנון הייעוץ המשפטי, אלא רק כדי להעיד על הלך-רוח מסוים במשכן). יש ליצור נוהל מובנה במסגרת הליך החקיקה לבחינת חוקתיותן של הצעות חוק. נוהל כאמור – שעל מאפייניו אעמוד בפרק ג – יחייב את העמדת הנושא של זכויות האדם החוקתיות במוקד הדיונים, ויעביר את האחריות בנוגע לכיבוד הזכויות החוקתיות באופן מפורש אל חברי-הכנסת.

פרק ב: מבט אל העולם

בתקופה האחרונה הוענקה תשומת-לב רבה יותר לתפקידם הפוטנציאלי של פרלמנטים בהגנה על זכויות אדם חוקתיות. קנדה, אוסטרליה, ניו-זילנד ובריטניה גיבשו כולן בשני העשורים האחרונים מנגנונים להגנה על זכויות שלפיהם הפרלמנט נדרש להעריך את השפעת החקיקה המוצעת על נורמות של זכויות אדם.¹²¹ קיימת גם כתיבה אקדמית לא-מועטה בנושא זה.¹²² מאחר שזכויות-יסוד מציבות גבולות לפעולות השלטון, ציין פרופ' אולריך קרפן (Ulrich Karpen), המחוקק חייב להעריך את השפעתה של חקיקה מוצעת על זכויות-יסוד.¹²³ פסיקתו של בית-המשפט האירופי לזכויות אדם (European

לישראל יש חוקה. היא חלקית אומנם, אולם זוהי כיום עובדה פוליטית ומשפטית. ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291, 355 (2003).

121 לניתוח תהליכים אלה ראו: David Kinley, *Parliamentary Scrutiny of Human Rights: A Duty Neglected?* in PROMOTING HUMAN RIGHTS THROUGH BILLS OF RIGHTS: COMPARATIVE PERSPECTIVES 158, 163–174 (Philip Alston ed., 1999) (להלן: Kinley, *Parliamentary Scrutiny of Human Rights*).

122 ראו, למשל: Anthony Lester, *Parliamentary Scrutiny of Legislation under the Human Rights Acts 1998*, 33 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 1 (2002); Peter Bayne, *The Protection of Rights: An Intersection of Judicial, Legislative and Executive Action*, 66 AUSTL. L.J. 844 (1992); Janet L. Hiebert, *A Hybrid-Approach to Protect Rights? An Argument in Favour of Supplementing Canadian Judicial Review with Australia's Model of Parliamentary Scrutiny*, 26 FED. L. REV. 115 (1998); Cheryl Saunders, *Protecting Rights in Common Law Constitutional Systems: A Framework for a Comparative Study*, 33 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 507 (2002).

Ulrich Karpen, *Giving Effect to European Fundamental Rights*, 23(3) STAT. L. REV. 191, 123 (2002).

מאשרת כי זו אכן חובה משפטית המוטלת על המחוקק. בפרשת *Hatton*, למשל, הבהיר בית-המשפט האירופי כי הוא רשאי לבחון את הליך קבלת ההחלטות על-מנת לוודא שננקטו "אמצעי בטיחות פרוצדורליים" לשם הבטחת איזון הולם בין אינטרסים וזכויות מתנגשות, והדגיש כי המחוקק חייב לפעול בזירות ראויה, ובהתבסס על איזון פנימי של אינטרסים באמצעות שקיפות, השתתפות והערכה מתמדת של החקיקה המוצעת.¹²⁴

בבריטניה אין מנגנון ביקורת שיפוטית המאפשר ביטול חקיקה של הפרלמנט על-ידי המערכת השיפוטית. עם זאת, מוקנית לבתי-המשפט הסמכות להצהיר על אי-התאמה בין חקיקה לבין האמנה האירופית לזכויות אדם, שאומצה אל תוך הדין הבריטי הפנימי בחוק זכויות האדם (Human Rights Act) משנת 1998, ומצופה כי הצהרה זו תניב תגובה חקיקתית הולמת של הפרלמנט. לחוק זכויות האדם – "אבן-הפינה" של החוקה הבריטית דהיום¹²⁵ – יש השפעה מכרעת גם במסגרת הליך החקיקה. החוק קובע כי חקיקה תפורש ותיושם, ככל שהדבר אפשרי, באופן העולה בקנה אחד עם האמנה האירופית לזכויות אדם.¹²⁶ בהתאם לכך, חוק זה מחייב כל שר להצהיר לפני הפרלמנט כי הצעת חוק אכן תואמת את הוראות האמנה האירופית לזכויות אדם (Statement of "Compatibility").¹²⁷ הצהרת הלימה זו אמורה ליצור מנגנון שיטיל אחריות על הרשות המבצעת לפני הפרלמנט.¹²⁸ השר רשאי להצהיר לחלופין כי אף שאין ביכולתו ליתן הצהרת הלימה כאמור, הממשלה מבקשת שבית-הנבחרים ימשיך בהליכי החקיקה.¹²⁹ אחד ההסדרים החשובים ביותר לענייננו הוא שהחוק הקים ועדה פרלמנטרית מיוחדת שתפקידה ליעץ לבתי הפרלמנט בדבר הלימתן של הצעות חוק עם הוראות האמנה – ה-Joint Committee on Human Rights (להלן: JCHR).¹³⁰ למעשה, ה-JCHR

124 *Hatton and Others v. The United Kingdom* [GC], 36022/97 [2003] ECHR 338 § 128 (8 July 2003), available at www.echr.coe.int: "On the procedural aspect of the case, the Court notes that a governmental decision-making process concerning complex issues... such as in the present case must necessarily involve appropriate investigations and studies in order to allow them to strike a fair balance between the various conflicting interests at stake"

125 ראו: VERNON BOGDANOR, *THE NEW BRITISH CONSTITUTION* 62 (2009).

126 ראו: Human Rights Act 1998, c.42, sec. 3 (Eng.).

127 ראו ס' 19(a) ל-Human Rights Act 1998. ראו באופן כללי: K.D. Ewing, *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, 62 MODERN. L. REV. 79, 96 (1999).

128 Rabinder Singh, *The Place of the Human Rights Act in Democratic Society*, in UNDERSTANDING HUMAN RIGHTS PRINCIPLES 179, 198 (Jeffrey L. Jowell & Jonathan Cooper eds., 2001).

129 ראו ס' 19(b) ל-Human Rights Act 1998.

130 Ariel L. Bendor & Zeev Segal, *Constitutionalism and Trust in Britain: An Ancient Constitutional Culture, a New Judicial Review Model*, 17 AM. U. INT'L L. REV. 683, 711

(2001–2002). להרחבה ראו: David Kinley, *Human Rights Scrutiny in Parliament: Westminster Set to Leap Ahead*, 10 PUB. L. REV. 252 (1999); David Feldman, *Can and*

פועלת כמעין מנגנון לייעוץ משפטי לפרלמנט בדבר זכויות אדם, ועבודתה נושאת תרומה מכרעת להתאמה טובה יותר של חקיקה להוראותיו של חוק זכויות האדם.¹³¹ דוחות הוועדה הובילו לשינויים ממשלתיים בהצעות חוק, וחברי הפרלמנט מפנים אליהם בעת הכנת החקיקה בקריאה השנייה ובוועדות. קיומה ומומחיותה של הוועדה משמען שהממשלה ומשרדיה מודעים יותר להשלכותיהן של הצעות חוק על זכויות אדם מאשר בהעדר הליך זה של ביקורת פרלמנטרית.¹³² מהלך זה לא היה חף מביקורת, שלפיה חוק זכויות האדם יוצר חוסר איזון חוקתי בהעדפת זכויות פוליטיות וכלכליות על קידום ערכים סוציאליים,¹³³ וחמור מכך – גורם ל"משפטיזציה של ההליך הפוליטי".¹³⁴ נוסף על כך, חשוב לציין כי בבריטניה קיימת בעיית אכיפה של המנגנון האמור, הואיל ועקרון ריבונות הפרלמנט אינו מאפשר לתקוף הליכים פנים-פרלמנטריים בבתי-המשפט.¹³⁵ אף-על-פי-כן נטען כי הקמת ה-JCHR הולידה ביקורת עצמאית, ממוקדת, שיטתית ומקצועית של כיבוד זכויות אדם במסגרת הליך החקיקה.¹³⁶

בסקוטלנד ובצפון-אירלנד, יושבי-ראש הפרלמנטים חייבים לבחון את הלימתן של הצעות חוק עם זכויות המנויות באמנה האירופית לזכויות אדם, כחלק מאחריותם

-
- Feldman, *Should Parliament Protect Human Rights?* 10(4) EUR. PUB. L. 635 (2004) (להלן: Feldman, *Can and Should Parliament Protect Human Rights*).
- 131 ראו: Janet L. Hiebert, *Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR Help*
- Francesca Klug & ראו גם: *Facilitate a Culture of Rights?* 4 INT'L J. CONST. L. 1 (2006)
- Keir Starmer, *Standing Back from the Human Rights Act: How Effective Is It Five Years On?* 2005 PUB. L. 716, 718
- 132 Dawn Oliver, *Constitutional Scrutiny of Executive Bills*, 4 MACQUARIE. L.J. 33, 49 ראו: (2004) (להלן: Oliver, *Constitutional Scrutiny*).
- 133 Keith Ewing, *The Unbalanced Constitution*, in SCEPTICAL ESSAYS ON HUMAN RIGHTS (Tom Campbell, Keith Ewing & Adam Tomkins eds., 2001)
- 134 DANNY NICOLE, EC MEMBERSHIP AND THE JUDICIALIZATION OF BRITISH POLITICS 1 (2001): "we have witnessed nothing short of the transformation of the British constitution from a constitution firmly based on politics to one increasingly based on law..." קל להבין ביקורת על שינויים תהליכיים אלה, בעיקר בעולם משפטי עתיק דוגמת זה האנגלי, שבו שינויים אינם באים בקלות. ראו: Clive Walker & Russell L. Weaver, *United Kingdom Bill of Rights 1998: The Modernisation of Rights in the Old World*, 33 U. MICH. J. L. REFORM 497 (1999–2000)
- 135 Nicholas Bamforth, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act 1998*, 1998 PUB. L. 572, ראו גם Ewing, לעיל ה"ש 127.
- 136 Dawn Oliver, *The 'Modernization' of The United Kingdom Parliament?* in THE CHANGING CONSTITUTION 161, 169 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 6th ed. 2007); Anthony Lester QC & Kate Beattie, *Human Rights and the British Constitution*, in THE CHANGING CONSTITUTION 59, 68–69 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 6th ed. 2007) להערכת עבודתה של ה-JCHR, על חסרונותיה, ראו: Michael C. Tolley, *Parliamentary Scrutiny of Rights in the United Kingdom: Assessing the Work of the Joint Committee on Human Rights*, 44(1) AUSTL. J. POL. SCI. 41 (2009)

להבטיח, ככל האפשר, שהפרלמנט אינו מחוקק באופן החורג מסמכותו. בצפון-אירלנד הצעת חוק שהיושב-בראש סבור כי היא חורגת מן הסמכות המחוקקת אינה יכולה להיות מונחת.¹³⁷ זהו כוח רב. בסקוטלנד, לעומת זאת, יושב-ראש הפרלמנט חייב לבחון הצעות חוק ולציין אם הן במסגרת סמכותו של הפרלמנט, אולם אין לו כל סמכות וטו על הצעות חוק שהן בגדר *ultra vires* לדעתו.¹³⁸

החוקה הצרפתית נוקטת כידוע מנגנון אחר, שלפיו קביעה דמוי-שיפוטית באשר להתאמתה של הצעת החוק לחוקה נעשית על-ידי המועצה החוקתית (Conseil Constitutionnel) במסגרת הליך החקיקה, אחרי שהפרלמנט הצביע על החקיקה אך קודם לפרסומה. אם מצאה המועצה החוקתית כי הצעת החוק אינה חוקתית, היא לא תפורסם.¹³⁹ כמו-כן, מחלקת המנהלה (Section Administrative) של מועצת המדינה (Conseil d'Etat) בוחנת את חוקתיותן של הצעות חוק, ורשאית להציע תיקונים לפני הצגתן בפרלמנט. הממשלה אינה מחויבת אומנם לקבל את המלצותיה של מחלקת המנהלה, אולם היא יודעת כי אם תוגש עתירה למועצת המדינה ביושבה כבית-דין לעניינים מנהליים, זו עשויה בהחלט לקבוע כי דבר החקיקה אינו חוקתי אם מחלקת המנהלה סברה כך עובר להצגת הצעת החוק בפרלמנט, ועובדה זו מוסיפה לאפקטיביות של המלצותיה.¹⁴⁰

בבלגיה בית-המשפט החוקתי – אשר שינה בשנת 2007 את שמו מ"בית-משפט לבוררות" (Arbitragehof/Cour d'arbitrage) ל"בית-משפט חוקתי" (Grondwettelijk Hof) – מקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה.¹⁴² במסגרת הליך החקיקה, מחלקת החקיקה של מועצת המדינה (Conseil d'Etat) מייעצת לפרלמנט בדבר

137 ראו: Northern Ireland Act 1998, § 10.

138 ראו: David Feldman, *The Impact of Human Rights on the UK Legislative Process*, 25 STAT. L. REV. 91, 114 (2004) (להלן: Feldman, *Impact of Human Rights*). ראו גם

Injecting Law into Politics, לעיל ה"ש 25, בעמ' 111.

139 ראו: Cynthia Vroom, *Constitutional Protection of Individual Liberties in France: The* 63 TUL. L. REV. 265, 270–274 (1988). *Conseil Constitutionnel Since 1971*. ראו גם את

הסקירה באתר המועצה החוקתית – www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/presentation/presentation.25739.html

140 ראו: Jean Massot, *Legislative Drafting in France – The Role of the Conseil d'Etat*, 22 STAT. L. REV. 96 (2001); Nicole Questiaux, *Administration and the Rule of Law: The Preventive Role of the French Conseil d'Etat*, 1995 PUB. L. 247, 250–255

141 ראו את החוק לתיקון החוקה מיום 7.5.2007, פורסם ב-*Belgisch Staatsblad* (ילקוט הפרסומים הבלגי) ביום 8.5.2007, בעמ' 25101.

142 לדיון בביקורת השיפוטית המתקיימת בבלגיה ראו: Maurice Adams & Gerhard van der Schyff, *Political Theory Put to the Test: Comparative Law and the Origins of Judicial Constitutional Review*, 10(2) GLOBAL JURIST, Art. 8, 1, 8–17 (2010); Patrick Peeters, *Expanding Constitutional Review by the Belgian 'Court of Arbitration'*, 11(4) EUR. PUB. L. 475 (2005)

חוקתיותן של הצעות חוק,¹⁴³ ובית-המשפט החוקתי מעודד את המחוקק להביא בחשבון ייעוץ משפטי זה, ופעמים רבות מפנה לחוות-דעת אלה.¹⁴⁴ המחוקק נדרש אפוא, כחובה משפטית, להעריך את ההשפעה ואת המידתיות במובן הצר (תועלת מול נזק) של ההסדרים המוצעים, כדי להגיע לאיזון ראוי והוגן של האינטרסים המתנגשים.¹⁴⁵

ביפן החוקה מעניקה לבית-המשפט העליון (Saiko Saibansho) סמכות לקיים בחינה חוקתית של חקיקה.¹⁴⁶ אכן, בית-המשפט העליון מקיים ביקורת שיפוטית, אולם הוא נוקט ריסון עצמי, ועל-כן הוא מוכר, ככלל, כמוסד שמרני.¹⁴⁷ בנפרד מבית-המשפט העליון, קיים ביפן מוסד נוסף המופקד על הערכת חוקתיותה של חקיקה מוצעת – המשרד לחקיקה ממשלתית (Naikaku Hosei Kyoku), אשר הוקם בשנת 1975 לפי המודל הצרפתי של מועצת המדינה, ונושא באחריות לניסוחה ולבחינת חוקתיותה של חקיקה ממשלתית מוצעת. החברים במוסד יוקרתי זה הינם שופטים או פקידים בכירים שרובם מומחים בתחומי המשפט. חלק מהפקידים במשרד מתמנים, עם סיום תקופת כהונתם בת שלוש השנים, לבית-המשפט העליון. מתוקף תפקידו, המשרד לחקיקה ממשלתית בוחן כ-80% מסך החקיקה, לפני קבלתה, והוא מהווה נדבך נכבד במערכת החוקתית היפנית.¹⁴⁸

בפינלנד – שבה לפי המשפט הנוהג לבתי-המשפט יש סמכות מצומצמת לבחון את חוקתיותה של חקיקת הפרלמנט¹⁴⁹ – הוועדה הפרלמנטרית למשפט חוקתי

143 ראו: MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS 62 (2000).

144 ראו: Patricia Popelier, *The Role of the Belgian Constitutional Court in the Legislative Process*, 26(1) STAT. L. REV. 22, 29 (2005).

145 להרחבה על עקרונות של חקיקה ראויה ראו שם, בעמ' 32–39.

146 Kenpo [Constitution], art. 81 (Japan).

147 למן הקמתו, לפני יותר משישים שנה, ביטל בית-המשפט העליון היפני רק שמונה חוקים. ראו:

David S. Law, *The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan*, 87 TEX. L.

REV. 1545, 1547 (2009); Jun-ichi Satoh, *Judicial Review in Japan: An Overview of the*

Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional

Oversight, 41 LOY. L.A. L. REV. 603, 609 (2008).

ביפן ראו: Norikazu Kawagishi, *The Birth of Judicial Review in Japan*, 5(2) INT'L J. CONST.

L. 308 (2007).

148 ראו: David S. Law, *Why Has Judicial Review Failed in Japan?* 88(6) WASH. U. L. REV.

1425, 1454–1456 (2011) (להלן: Law, *Why Has Judicial Review Failed in Japan?*).

149 למעשה, עד שנת 2000 לא הייתה לבית-המשפט סמכות לערוך ביקורת שיפוטית מהותית. ברפורמה

שנערכה בשנת 1999 נקבעה בס' 106 לחוקה הוראת עליונות מפורשת המאפשרת ביקורת חוקתית

מסוימת: "If, in a matter being tried by a court of law, the application of an act would be in

evident conflict with the Constitution, the court of law shall give primacy to the provision

English text of the Constitution of 1999 as amended to: "in the Constitution"

Law 802/2007 19 (2000), available at heinonline.org/HeinDocs/WorldConstitutions

Ran Hirschl, *The Nordic Counternarrative: Democracy*, Illustrated_Content.html. ראו:

(Perustuslakivaliokunt) בוחנת את חוקתיותן של הצעות חוק ומדווחת לישיבת המליאה באמצעות הוועדה המדווחת. חוות-הדעת של הוועדה מחייבת את הפרלמנט. הצעת חוק אינה מתקבלת בלי אישור מטעם יושב-ראש הפרלמנט בדבר חוקתיותה של הצעת החוק – אישור שאינו יכול להינתן אם הוועדה למשפט חוקתי סברה כי הצעת החוק אינה חוקתית – אלא אם כן ההצעה זוכה ברוב מיוחד בפרלמנט (אותו רוב הדרוש לתיקון החוקה). בבחינה את חוקתיותן של הצעות חוק, הוועדה הפרלמנטרית למשפט חוקתי פועלת באופן א-מפלגתי וכמעט דמוי-שיפוטי. דיוניה אינם חלק מההליך הפרלמנטרי הרגיל, והיא מתכנסת רק כאשר מתעוררים ספקות באשר לחוקתיותה של הצעת חוק. הוועדה מורכבת אומנם מפוליטיקאים, אולם דיוניה מבוססים על דעות של מומחים למשפט חוקתי, בעיקר מן האקדמיה. הוועדה אינה כבולה לחוות-דעת קודמות שלה, והלכה למעשה החלטותיה מתקבלות כמעט תמיד "פה אחד".¹⁵⁰

בשוודיה, באופן היסטורי, הפרלמנט הוא שפעל כמגן העיקרי של זכויות-יסוד, ואילו בתי-המשפט מילאו תפקיד משני בהקשר זה. הביקורת השיפוטית המתקיימת בשוודיה מצומצמת, שכן בית-המשפט מקנה לפרלמנט מרחב תמרון חקיקתי נרחב.¹⁵¹ מרבית החקיקה – לפי בקשת הממשלה או ועדה של הפרלמנט – מוגשת למועצת החקיקה (Lagrådet). מועצה זו היא גוף עצמאי המורכב משישה שופטים מכהנים ושופטים בדימוס של בית-המשפט העליון ובית-המשפט המנהלי העליון, הנבחרים על-ידי בתי-המשפט לתקופת כהונה של שנתיים. המועצה בוחנת את היבטיה המשפטיים והטכניים של החקיקה המוצעת, ובעיקר את התאמתה לחוקה, ומעבירה את הערותיה למשרדי הקבינט, אשר שוקל אותם. לחוות-הדעת של מועצת החקיקה אין מעמד מחייב, ומועצת החקיקה אינה כפופה להחלטות קודמות שלה. הליך זה מסתיים בהצעת חוק ממשלתית אשר מוגשת לפרלמנט, שם הצעת החוק מועברת לדיון בוועדה הרלוונטית. אך בכך לא מסתיים הליך הביקורת המקדמית. אם הצעת חוק מעלה קשיים חוקתיים (מוסדיים או של זכויות אדם), היא תיבחן על-ידי ועדת החוקה של הפרלמנט, אשר תפיק דוח לפרלמנט באשר לקשיים אלה. ועדה זו, שהוקמה בשנת 1809, מורכבת משבעה-עשר

Human Development, and Judicial Review, 9(2) INT'L J. CONST. L. 449, 450 (2011);

Tuomas Ojanen, *From Constitutional Periphery Toward the Center: Transformation of Judicial Review in Finland*, 27 NORDIC J. HUM. RTS. 194, 202–206 (2009)

150 ראו: Jaako Husa, *Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective*, 48 AM. J. COMP. L. 345, 363–369 (2000); Kaarlo Tuori, *Judicial Constitutional Review as a Last Resort*, in THE LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: SKEPTICAL ESSAYS 365, 377–383 (Adam Tomkins, K. D. Ewing, Tom Campbell eds., Mikael Hiden, ; 53 בעמ' Oliver, *Constitutional Scrutiny*, 2011). ראו גם *Constitutional Rights in the Legislative Process: The Finnish System of Advance Control of Legislation*, 17 SCAND. STUD. L. 97, 108 (1973); Juha Lavapuro, Tuomas Ojanen & Martin Scheinin, *Rights-Based Constitutionalism in Finland and the Development of Pluralist*. *Constitutional Review*, 9(2) INT'L. J. CONST. L. 505, 510–518 (2011).

151 ראו Husa, שם, בעמ' 360–363.

חברי פרלמנט. בראשה עומד חבר פרלמנט מן האופוזיציה, אולם הרוב בוועדה משקף את הרוב בפרלמנט. הוועדה נתמכת על-ידי חמישה אנשי צוות עם רקע במשפט או במדעי המדינה ברמה הגבוהה ביותר, ולעומד בראש הצוות יש מעמד כמעט כשל שופט בית-משפט עליון. חברי הוועדה מפרסמים את עמדתם כחלק מדוח הוועדה, והם רשאים גם לכתוב עמדות מיעוט. אם יש חמישה חברים במיעוט, עומדת למיעוט הזכות להפנות כל נושא למועצת החקיקה לשם ייעוץ. עיקר ההשפעה של מהלך זה הוא ההד התקשורתי המלווה צעד כאמור.¹⁵²

גם בניו-זילנד קיים מנגנון לבחינת הצעות חוק. על התובע הכללי מוטלת החובה לבחון הצעות חוק ולדווח לפרלמנט כאשר נראה שהצעת חוק מגבילה באופן בלתי-סביר זכויות וחירויות במגילת זכויות האדם הניו-זילנדית.¹⁵³ הוועדה לייעוץ חקיקתי (The Legislation Advisory Committee) – אשר פועלת תחת משרד המשפטים אך מהווה למעשה גוף עצמאי – בוחנת את ההסדרים הקבועים בהצעות חוק, מייעצת ומדווחת לתובע הכללי כאשר לאלה יש השפעה על המשפט הציבורי.¹⁵⁴ באוסטרליה הליך החקיקה ברוב הפרלמנטים כולל גורמים שונים ששמים דגש מפורש בזכויות אדם. כך, בפרלמנטים אחדים (Commonwealth, Australian Capital Territory, New South Wales, Queensland, Victoria, Western Australian) קיימות ועדות הנדרשות באופן מפורש לבחון אם החקיקה המוצעת פוגעת יתר על המידה בזכויות

Thomas Bull, *Judges without a Court – Judicial Preview in Sweden*, in THE LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: SKEPTICAL ESSAYS 392 (Adam Tomkins, K.D. Ewing & JOAKIM NERGELIUS, CONSTITUTIONAL LAW IN : ראו גם: Tom Campbell eds., 2011) SWEDEN 115–117 (2011); L. PRAKKE, C.A.J.M. KORTMANN & J.C.E. VAN DEN BRANDHOF, CONSTITUTIONAL LAW OF 15 EU MEMBER STATES 836 (6th ed. 2004); Iain Cameron, *Protection of Constitutional Rights in Sweden*, 1997 PUB. L. 488, 500–501; Iain Cameron & Thomas Bull, *The Role of the Parliament as the Guardian of Fundamental Rights: Swedish Perspectives*, a presentation given at UCL Faculty of Laws, co-hosted with the Bingham Centre for the Rule of Law, UK (4.11.2011).

Sara Jackson, *Designing Human Rights*: ראו: New Zealand Bill of Rights Act, s. 7 153 *Legislation: 'Dialogue', the Commonwealth Model and the Roles of Parliaments and Courts*, 13 AUCKLAND U. L. REV. 89, 101 (2007); Paul Fitzgerald, *Section 7 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990: A Very Practical Power or a Well-intentioned Nonsense*, 22 VICTORIA. U. WELLINGTON L. REV. 135 (1992); John McGrath, *The Bill of Rights and the Legislative Process*, in NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT 1990, 98 (Legal Research Foundation Inc. 1992); Walter Iles CMG, QC, *New Zealand Experience of Parliamentary Scrutiny of Legislation*, 12(3) STAT. L. REV. 165 (1991); Grant Huscroft, *The Attorney-General's Reporting Duty*, in THE NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS 215 (Paul Rishworth, Grant Huscroft, Scott Optican & Richard Mahoney eds., 2003).

154 ראו באתר משרד המשפטים של ניו-זילנד – www2.justice.govt.nz/lac/who/index.html. ראו גם: Dawn Oliver, *Improving the Scrutiny of Bills: The Case for Standards and Checklists*, 2006 PUB. L. 219, 235–237. (Oliver, *Improving the Scrutiny of Bills*: (להלן: 2006 PUB. L. 219, 235–237).

ובחירויות הפרט,¹⁵⁵ ובמקומות מסוימים היועץ המשפטי לממשלה נדרש לצרף להצעת החוק "הצהרת התאמה" של החקיקה המוצעת לזכויות אדם.¹⁵⁶ בפרלמנט האוסטרלי, בהתאם להוראת-קבע מס' 24 של הסנט (Senate Standing Order 24), ועדת הסנט לביקורת של הצעות חוק בוחנת את הצעות החוק בהתאם לרשימה (checklist) של נושאים מהותיים – למשל, אם הצעות החוק פוגעות בזכויות אדם ובחירויות אדם באופן שאינו מידתי – ומדווחת בהתאם לסנט. חוות-דעתה של הוועדה אינה מחייבת את הפרלמנט.¹⁵⁷ לאחרונה חלה התפתחות חשובה בביקורת הפרלמנטרית האוסטרלית. בשנת 2010 הציגה הממשלה לפרלמנט שתי הצעות חוק שנועדו לקדם את הביקורת הפרלמנטרית במסגרת הליך החקיקה – The Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Bill 2010 (Consequential Provisions) ו-The Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Bill 2010. הצעות חוק אלה מבקשות ליישם אמצעים שונים לשם הגנה וקידום של זכויות אדם באוסטרליה. שני האמצעים העיקריים שהצעות חוק אלה מקדמות הם: (1) הקמת ועדה פרלמנטרית משותפת חדשה לזכויות אדם (Joint Parliamentary Committee on Human Rights), שתפקידה יהא לבחון את התאמתה של חקיקה מוצעת לזכויות האדם המוכרות באמנות בין-לאומיות מרכזיות בדבר זכויות אדם, ולדווח על ממצאיה לשני בתי-הפרלמנט; (2) הטלת חובה ללוות כל הצעת חוק חדשה בהצהרת הלימה עם זכויות אדם.¹⁵⁸ קבלתן של הצעות חוק אלה, המונחות כיום לפני הפרלמנט, תביא לידי שיפור משמעותי בביקורת הפרלמנטרית המתקיימת באוסטרליה.

גם בקנדה יש לזכויות אדם חשיבות במסגרת הליכי החקיקה, אולם תפקידו של הפרלמנט דווקא מצומצם בהקשר זה, ועיקרה של בחינת הפגיעה בזכויות-יסוד מצויה בסמכותה של הרשות המבצעת.¹⁵⁹ באופן כללי קיימות שתי מערכות. האחת היא מערכת התמיכה של הקבינט (the Cabinet Support System), שלפיה בסמכותו של שר המשפטים להבטיח כי חקיקה תעלה בקנה אחד עם מגילת הזכויות הקנדית (Canadian Charter of Rights and Freedoms) ועם הצ'רטר הקנדי (Canadian Bill of Rights).

155 ראו Evans & Evans, *Evaluating Human Rights*, לעיל ה"ש 5, בטקסט שליד ה"ש 76. על הוועדות האוסטרליות ראו גם Evans & Evans, *Legislative Scrutiny*, לעיל ה"ש 45; Stephen Argument, *Legislative Scrutiny in Australia: Wisdom to Export?* 32(2) STAT. L. REV. 116, 126–127 (2011).

156 ראו Evans, *Improving Human Rights*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 676–677.
157 "The committee examines all Bills which come before Parliament and reports to the Senate whether such Bills: (i) trespass unduly on personal rights and liberties..." Oliver, ראו *Improving the Scrutiny of Bills*, לעיל ה"ש 154, בעמ' 229–230.

158 ראו: The Senate, Legal and Constitutional Affairs Legislation Committee, Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Bill 2010 [Provisions] and Human Rights (Parliamentary Scrutiny) (Consequential Provisions) Bill 2010 [Provisions] 9–14 (January 2011) נגיש בכתובת www.aph.gov.au/senate/committee/legcon_ctte/human_rights_bills_43/report/report.pdf.

159 ראו Jackson, לעיל ה"ש 153, בעמ' 97.

מערכת זו דורשת שתזכירי חוק ממשלתיים (Memoranda to Cabinet) יכללו ניתוח של הצ'רטר והשלכות "חוקתיות" אחרות של כל מדיניות או תוכנית מוצעת. ניתוח זה כולל הערכה של הסבירות לתקיפה חוקתית של החקיקה המוצעת. כך חברי הקבינט יכולים להעריך את סיכוייה של עתירה אפשרית, את השלכותיה ואת עלויות הדיון הנלוות. אם יסתבר שקיים סיכוי גבוה לעתירה חוקתית, ימליץ הקבינט לשרים על דרך פעולה אפשרית חלופית. נוסף על כך, במשרד המשפטים קיים יועץ משפטי מיוחד שתפקידו לייעץ בעניינים חוקתיים.¹⁶⁰ מערכת שנייה היא מערכת אישור של הצעות חוק. כחלק מהליך החקיקה, כקבוע בסעיף 3 למגילת הזכויות ובסעיף 4 לחוק משרד המשפטים (Department of Justice Act), באחריותו של שר המשפטים לוודא כי הצעות חוק המוצגות לבית-הנבחרים (House of Commons) על-ידי שר מהממשלה אינן מפרות התחייבות להגנה על זכויות הקבועה במגילת הזכויות או בצ'רטר הקנדי. אם מצא השר כי חקיקה מסוימת אינה עומדת בהתחייבויות אלה, עליו לדווח על כך לנבחרים. כדי למלא אחר חובה זו, יושב-ראש בית-הנבחרים חייב לשלוח לשר המשפטים שני עותקים מכל הצעת חוק. סגן השר חותם על אישור שלפיו הצעת החוק נבדקה, ומייד לאחר-מכן יועץ החקיקה הראשי (Chief Legislative Counsel) בוחן את הצעת החוק ומאשרה בשם שר המשפטים. ברגע שהצעת החוק מוצגת בבית-הנבחרים, שני עותקים נשלחים לעריכת חוקים ומפורסמים על-ידי המחלקה לניהול מידע במשרד המשפטים. שני עותקים נשלחים ליושב-ראש בית-הנבחרים וליושב-ראש המועצה המלכותית (Privy Council), המציינים כי הצעות החוק נבדקו כנדרש. הליך אישור זה הינו חלק בלתי-נפרד מהליך החקיקה בקנדה.¹⁶¹ ברם, ריכוזה של סמכות בחינה זו בידי הרשות המבצעת אינו מותר מקום רב לבחינה עצמאית של חקיקה על-ידי הפרלמנט.¹⁶²

בארצות-הברית אין לכאורה הליך פורמלי במסגרת הליכי החקיקה בקונגרס שתכליתו לקבוע את חוקתיותן של הצעות חוק. תפקיד זה שייך באופן מסורתי לבתי-המשפט. מובן ששאלת חוקתיותן של הצעות חוק מתעוררת לעיתים במהלך הדיונים בבית-הנבחרים ובסנט. בסנט סנטורים רשאים להעיר "הערה לסדר" ("point of order") שלפיה הוראה מסוימת אינה חוקתית. במקרה כזה יעלה יושב-הראש את ההערה להצבעה, אך לא יכריע בדבר החוקתיות. ההחלטה הקולקטיבית של הסנט באותו רגע מכריעה אם ההוראה חוקתית בעיני הרוב אם לאו. בבית-הנבחרים אין הליך דומה. אם נטען במהלך דיון כי הצעת חוק אינה חוקתית, ואף-על-פי-כן בית-הנבחרים מקבל את הצעת החוק, יש לראות בכך הכרעה לחיוב בשאלת חוקתיותה של ההצעה. מאחר שנדרשת הכרעת רוב בכל בית-מחוקקים, ניתן לחשוב על מקרה שבו בית-הנבחרים מחליט כי הצעת חוק הינה חוקתית בעוד הסנט מכריע להפך. במקרה כזה יאלץ אחד הבתים לוותר לטובת החלטתו של הבית האחר כדי ליצור הסכמה בדבר נוסחה הסופי

160 ראו Kinsella, לעיל ה"ש 69, בעמ' 160.

161 שם, בעמ' 161.

162 ראו Jackson, לעיל ה"ש 153, בעמ' 97-98; Janet L. Hiebert, *Rights-Vetting in New-Zealand*; and Canada: Similar Idea, Different Outcomes, 3 N.Z. J. PUB. & INT'L. L. 63, 92 (2005).

של הצעת החוק.¹⁶³ כמו־כך, בארצות־הברית, כמו בפרלמנטים של מדינות רבות אחרות, עומדים לרשותם של חברי הקונגרס גופים המעניקים ייעוץ חוקתי במסגרת הליך החקיקה, כגון המחלקה למשפט אמריקאי בספריית הקונגרס, הכוללת עשרות עורכי־דין המתמחים בתחומים שונים, או המשרדים לייעוץ חקיקה של בית־הנבחרים ושל הסנט, אשר מסייעים לחברי הקונגרס בניסוח הצעות חוק והחלטות ומספקים ייעוץ משפטי חוקתי.¹⁶⁴ בשנת 2007 הוקמה ועדת־משנה לזכויות אדם ומשפט (Subcommittee on Human Rights and the Law) במסגרת ועדת הסנט לשפיטה (Senate Committee on the Judiciary), שתפקידה לבחון חקיקה מוצעת מפרספקטיבה של זכויות אדם.¹⁶⁵ חשוב לציין כי נגד הדוקטרינה האמריקאית נמתחת ביקורת על כך שאף־על־פי שכל חבר קונגרס נשבע להגן על החוקה ולתמוך בה, הדיון החקיקתי אינו בוחן ברובו את ההשלכות החוקתיות של חקיקה מוצעת.¹⁶⁶ השופט אבנר מקווה (Abner Mikva), למשל, מבקר את הקונגרס על כך שהוא פוסח על שאלות חוקתיות ומותיר את ההחלטות הקשות לבתי־המשפט.¹⁶⁷ יש הטוענים כי אם יוטמעו בארצות־הברית מוסדות דומים לאלה הקיימים באוסטרליה או בבלגיה, למשל, הדבר עשוי לשפר את הבנתו של המחוקק בדוקטרינה החוקתית.¹⁶⁸ פרופ' אדריאן ורמיול (Adrian Vermeule), למשל, מציע להקים בקונגרס משרד לעניינים חוקתיים (Office for Constitutional Issues), שירכז את הבחינה החוקתית במסגרת הליך החקיקה.¹⁶⁹ לסיכום נקודה זו, מן הסקירה שלעיל ניתן ללמוד כי במערכות פרלמנטריות קיימות אפשרויות לביקורת עצמאית של הצעות חוק במסגרת הליך החקיקה, וזאת להבדיל מביקורת שיפוטית (במובנה הישראלי או האמריקאי). עיקר משקלה של ביקורת זו יכול שיהיה בממשלה (קנדה), בפרלמנט (סקוטלנד, צפון־אירלנד, פינלנד, אוסטרליה) או משולב (בריטניה); בגוף דמוי־שיפוטי (צרפת, בלגיה) או בוועדה עצמאית (ניו־זילנד, שוודיה, יפן). האפקטיביות של הסדרים אלה תלויה, בין היתר, בקיומן של נורמות

163 ראו סקירה באתר האינטרנט www.centeroncongress.org/legislative-process.

164 ראו גם: Louis Fisher, *Constitutional Interpretation by Members of Congress*, 63(4) N.C. L. REV. 707, 727–731 (1985).

165 ראו: United States, Senate, Committee on the Judiciary, Report on the Activities of the Committee on the Judiciary United States Senate During the One Hundred Tenth Congress Pursuant to Rule xxvi of the Standing Rules of the United States Senate, (Senate Report 111-11, The Committee, Washington, D.C. 2009), available at frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=111_cong_reports&docid=f:sr011.111.pdf; Tara J. Melish, *From Paradox to Subsidiarity: The United States and Human Rights Treaty Bodies*, 34(3) YALE J. INT'L L. 389, 403 (2009).

166 Abner Mikva, *How Well Does Congress Support and Defend the Constitution?* 61 N.C. L. REV. 587 (1983).

167 שם, בעמ' 609.

168 TUSHNET, לעיל ה"ש 143, בעמ' 62.

169 VERMEULE, לעיל ה"ש 36, בעמ' 231–235. לבחינה ביקורתית של הצעה זו ראו: Mark Tushnet, *How Different is Writing Small from Writing Large?* 18(1) THE GOOD SOCIETY 16 (2009).

חוקתיות שגופי הביקורת יכולים לבחון מולן את ההסדרים המוצעים בחקיקה, ובמקרה של ישראל – חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, כפי שהם מפורשים על-ידי בית-המשפט העליון.¹⁷⁰ ודוק, ברור כי המודלים האוסטרליים, הבריטיים, הניו-זילנדיים, הפינלנדיים ואף הקנדיים אינם תואמים בהכרח את מודל הביקורת הרצוי בישראל.¹⁷¹ ניתן, למשל, לטעון כי אין להשוות את ישראל לחלק ממדינות אלה שכן בניגוד למצב המשפטי השורר בישראל: (1) בבריטניה מדובר ב"ביקורת שיפוטית רכה", שבה אין לבית-המשפט סמכות לבטל חקיקה, אלא רק להצהיר על אי-התאמה של החוק להוראות האמנה האירופית לזכויות אדם (אם כי הציפייה היא שהפרלמנט יגיב בהתאם על הצהרה כאמור),¹⁷² ולכן קיימת חשיבות יתרה לבחינת "חוקתיותן" של הצעות חוק; (2) בקנדה "המילה האחרונה" בין הרשויות היא של הפרלמנט, אשר רשאי "להתגבר" על החלטת בית-המשפט (בדומה למנגנון "ההתגברות" הקיים רק בסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק);¹⁷³ (3) אוסטרליה וניו-זילנד הן בין הדמוקרטיה היחידות שאין להן חקיקה ראשית או חוקתית המאפשרת בחינה שיפוטית של חקיקה לאור נורמות של זכויות אדם;¹⁷⁴ (4) שיטת המשפט של פינלנד חסרה גם היא מנגנון אפקטיבי של ביקורת

170 ראו: Bryan Horrigan, *Improving Legislative Scrutiny of Proposed Laws to Enhance Basic Rights, Parliamentary Democracy, and the Quality of Law-Making*, in PROTECTING RIGHTS WITHOUT A BILL OF RIGHTS: INSTITUTIONAL PERFORMANCE AND REFORM IN AUSTRALIA 61 (Tom Campbell, Jeffrey Goldsworthy & Adrienne Stone eds., 2006) (אשר מצייין כי קשה יותר ליצור תרבות של זכויות אדם בהעדר מגילת זכויות אדם פורמליות, אולם סבור כי ביקורת פרלמנטרית יכולה להיות אפקטיבית אפילו ללא מגילה כאמור).

171 מודלים שונים של ביקורת שיפוטית משפיעים על מודל הביקורת הפרלמנטרית הרצוי. לדיון במודלים שונים של ביקורת שיפוטית ראו שמעון שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים – המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים בישראל" **מאזני משפט** ה' 23, 52–71 (2006) (להלן: שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים"); גרעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" **ספר חשין** 485 (2009).

172 ראו Jackson, לעיל ה"ש 153, בעמ' 93–94. ראו את דבריה של פרופ' דון אוליבר בעומדה על חשיבותה של הביקורת הפרלמנטרית באנגליה: "...careful, systematic and rational scrutiny of Bills and draft Bills in Parliament... is particularly important in the United Kingdom, lacking a written constitution, independent scrutiny body such as the New Zealand Oliver, *Improving the Legislation Advisory Committee, or a US-style Supreme Court*" *Scrutiny of Bills*, לעיל ה"ש 154, בעמ' 246.

173 ראו: Anne F. Bayefsky, *The Judicial Function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 32 MCGILL L.J. 791 (1987); Brian Slattery, *Override Clauses under S. 33*, 61 CAN. BAR REV. 391 (1983).

174 ראו, למשל, Evans & Evans, *Evaluating Human Rights*, לעיל ה"ש 5. אולם גם באוסטרליה גזר בית-המשפט הגבוה מן החוקה הגבלות משתמעות לגבי הסמכות לחוקק חוקים הפוגעים בזכויות אדם. ראו: Keith D. Ewing, *New Constitutional Constraints in Australia*, 1993 PUB. L. 256; Hoong Phun Lee, *The Australian High Court and Implied Fundamental Guarantees*, 1993 PUB. L. 606. בניו-זילנד, חוק זכויות האדם (New Zealand Bill of Rights Act, 1990 (N.Z.)) Mark V. מנחה שופטים לפרש חקיקה כך שתעלה בקנה אחד עם זכויות-היסוד של האדם. ראו: Mark V.

שיפוטית כ"גיבוי" לביקורת הפרלמנטרית. אשר על-כן ניתן לטעון כי חשיבותו של מודל ביקורת פרלמנטרית באה לידי ביטוי בעיקר במודל פרלמנטרי וסטמינסטריאלי ("Westminsterian parliamentary") שבו הביקורת השיפוטית מוגבלת או חסרה, ופחות במודל הפרלמנטרי המוגבל ("constrained parliamentarianism"),¹⁷⁵ דוגמת זה הקיים בישראל, שבה יש מנגנון אפקטיבי של ביקורת שיפוטית לאכיפת החוקה, ובית-המשפט מוסמך לבטל חקיקה הנוגדת את החוקה. אולם טענה זו, אף אם היא נכונה, אין בה כדי לשלול את רעיון הביקורת הפרלמנטרית על הסף, וזאת מכמה טעמים עיקריים שיובאו להלן: ראשית, המסורת החוקתית במדינת-ישראל אינה ארוכת-שנים, עצם הרעיון של ביקורת שיפוטית ובעיקר היקפה נתונים בה במחלוקת קשה, וההליך החוקתי מצוי עדיין בעיצומו ועתידו אינו ברור.¹⁷⁶ לנוכח כל אלה מוטל על המחוקק הנטל להראות כיצד דווקא הוא – ולא גוף אחר – מצליח לכבד את זכויותיו של האדם ולהגן עליהן. שנית, מדינת-ישראל, אשר מצויה במצב חירום למן הקמתה, מתמודדת עם בעיות חוקתיות רבות ומורכבות, לרבות זכויות אדם בעת מלחמה בטרור,¹⁷⁷ יחסי דת ומדינה,¹⁷⁸ זכויות מיעוטים¹⁷⁹ ועוד. כל אלה מצדיקות חיזוק של מנגנון ההגנה על זכויות האדם. שלישי, מנגנון הביקורת הפרלמנטרית קיים גם במדינות שמתקיימת בהן ביקורת שיפוטית בצורה זו או אחרת (למשל, בצרפת, בבלגיה, בשוודיה, ביפן ובקנדה). אפילו בארצות-הברית, שבה קיים מנגנון אפקטיבי של ביקורת שיפוטית, נמתחה ביקורת על המודל המסורתי שדחה מנגנון מסודר של ביקורת פרלמנטרית, ובשנת 2007 אכן הוקמה כאמור ועדת-משנה שמתמקדת בתחום זכויות האדם. רביעית, הפרלמנט הישראלי מורכב מבית אחד, ללא בית שני שיכול להוות מעצור ובלם, ובהליך החקיקה קיימת דומיננטיות של הממשלה. פרופ' וולדרון שאל בהקשר הניו-זילנדי:

"We ask does Parliament take its legislative responsibilities seriously enough to make it inappropriate for Judges to undertake the sort of close scrutiny of

Tushnet, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy-Based Worries*, 38 WAKE FOREST L. REV. 813, 815, fn. 5 (2003)

175 לשימוש במונח זה ראו: Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 HARV. L. REV. 633, 664–687 (2000).

176 ראו, למשל, יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט' מאזני משפט ה 125 (2006).

177 ראו, למשל, מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 1948–1991 (מהדורה שנייה, 2001); עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים (2004).

178 ראו, למשל, מיכאל קוריןאלי דיני אישים, משפחה וירושה – בין דת למדינה – מגמות חדשות 295–235 (2004).

179 ראו, למשל, אילן סבן "המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח" מחקרי משפט כד 565 (2009); אילן סבן "המיעוט הערבי פלסטיני ובית המשפט העליון: תמונה (ותחזית) ולא בשחור לבן" משפט וממשל ח 23 (2005); אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האיך ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241 (2002).

rushed through under urgency, members subservient to the executive, constant closure motions, no second chamber, no checks and balances – is that the sort of process that can reassure us that judicial scrutiny is not necessary?"¹⁸⁰

דברים אלה יפים גם למצב בישראל. על-כן אני מחזיק בדעה כי למנגנון ביקורת פרלמנטרית יש חשיבות יתרה במשפט הישראלי. בפרק הבא אבחן אפשרויות שונות לעיגון מנגנון כאמור במסגרת הליך החקיקה.

פרק ג: מנגנון ביקורת פרלמנטרית

1. מודלים אפשריים של ביקורת חוקתית בכנסת

אין די בהכרה עקרונית בחשיבות ההגנה על זכויות אדם. יש לדאוג לכך שטיעונים מפוארים בדבר שמירה על שלטון החוק המהותי, על עקרונות-יסוד חוקתיים או על זכויות אדם יעוגנו בכללים פורמליים במסגרת הנהגים הפוליטיים.¹⁸¹ בהתחשב במצב המשפטי הקיים בישראל, ומבלי לדון ב"מהפכות מוסדיות",¹⁸² ניתן להעלות על הדעת כמה אפשרויות ישימות לביקורת פרלמנטרית בדבר זכויות אדם חוקתיות בכנסת.

מודל א: ועדת החוקה, חוק ומשפט. מן הסקירה המשווה למדנו כי במדינות אחדות (כבריטניה, אוסטרליה ופינלנד) קיימות ועדות פנים-פרלמנטריות שתפקידן לבחון את התאמן של הצעות חוק לזכויות האדם. אכן, בעוד שבניו-זילנד, לדוגמה, לא הוקם מנגנון כזה, פרט לשלב הראשוני של דיווח בדבר אי-התאמה על-ידי התובע הכללי, ועובדה זו מעוררת ספקות בדבר מידת ההשפעה של זכויות האדם על הליך החקיקה, בבריטניה ה-JCHR מבטיח הליך ביקורת שיטתי על חקיקה מוצעת.¹⁸³ ניתן אפוא לחשוב על ועדה ייעודית של הכנסת שתפקידה יהא לבחון כל הצעת חוק שחוות-דעת משפטית קבעה כי פגיעתה הלכאורית בזכויות אינה עולה בקנה אחד עם חוקי-היסוד. הוועדה המתאימה לכך ביותר היא ועדת החוקה, חוק ומשפט, העוסקת בחוקת המדינה, בחוקי-יסוד, בחוקים ובסדרי משפט.¹⁸⁴ הצעה ברוח זו הציע חבר-הכנסת חגי מרום במסגרת דיוני "השולחן העגול" של המכון הישראלי לדמוקרטיה ודיוניה של ועדת

Jeremy Waldron, *Compared to What? Judicial Activism and New Zealand's Parliament*, 180 NEW ZEALAND L.J. 441, 443 (2005).

181 השוו: MARTIN LOUGHLIN, *THE IDEA OF PUBLIC LAW* 156–157 (2004).

182 ראו "דגם קרמניצר-כרמון לביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 35.

183 Jackson, לעיל ה"ש 153, בעמ' 111–112.

184 ראו ס' 97(א)(6) לתקנון הכנסת, לעיל ה"ש 75.

הכנסת בעניין זה.¹⁸⁵ לדידו, יש להפקיד את מלאכת ההתאמה בידיה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, מכיוון שזו תכליתה של הוועדה. חבר-הכנסת מרום הציע שכל טענה בדבר ניגוד וסתירה לחוק-יסוד תועבר היישר לוועדת החוקה, חוק ומשפט, וכי במקרה של טענת ניגוד מן הראוי שהיועץ המשפטי לממשלה יציג עמדה מנומקת של הממשלה, והיועץ המשפטי לכנסת או היועץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט יגיבו על הטענה. ניתן לחשוב על וריאציות שונות לאפשרות זו – למשל, דיונים משותפים של הוועדה הרלוונטית ושל ועדת החוקה, חוק ומשפט. כיום, ועדת החוקה, חוק ומשפט אינה עוסקת בסוגיות חוקתיות המתעוררות במהלך דיון בהצעות חוק בוועדות אחרות של הכנסת.

על פניו נראה כי מדובר באפשרות אטרקטיבית, הדומה במידה מסוימת לנוהל הקיים בתקנון הכנסת בדבר טענת "נושא חדש".¹⁸⁶ יתרונו המובהק של מודל זה, המרפז את הביקורת הפרלמנטרית בגוף אחד, נעוץ בעקביות הניתוח החוקתי שיתקיים בוועדה וכן ב"מומחיות" שוועדה זו תרכוש עם הזמן בתחום הביקורת החוקתית. עם זאת, על-פי ראייתי, יש לדחות מודל זה, שכן חסרונותיו עולים על יתרונותיו. ראשית, הליך זה יסרב לאופן משמעותי את הליך החקיקה, ויקנה כלי פרלמנטרי נוסף בידי מתנגדי החוק לעכב את הליך החקיקה. שנית, היתרונות של מומחיות ועקביות מוטלים בספק, שכן חברי-הכנסת החברים בוועדות מתחלפים. נוסף על כך, היה אם ועדות הכנסת השונות יקיימו בעצמן ביקורת פרלמנטרית, עם הזמן ירכשו גם הן מומחיות דומה. שלישיית, עבודתן של ועדות הכנסת בכלל, ושל ועדת החוקה, חוק ומשפט בפרט, הינה רבה. דיון נוסף בכל הצעות החוק המעלות שאלות חוקתיות רק יוסיף עומס לדיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, ויעכב גם את ועדות הכנסת האחרות. רביעית, הצעה זו עלולה גם ליצור כפילות בתוך הלשכה המשפטית עצמה ומתחים ביחסי העבודה שבין היועצים המשפטיים של הוועדות השונות.¹⁸⁷ חמישית, בדיונים בדבר חוקתיותן של הצעות חוק יש ליתן את הדעת למבחני המידתיות השונים. חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט מצויים בעמדת נחיתות לעניין זה ביחס לחברי הוועדות השונות, אשר מומחים בתחומי הוועדה ויכולים לנהל דיון מעשי בחלופות הולמות. לסיום, מעבר להתמשכות ההליכים, וחשוב מכך, יש לזכור כי זכויות האדם הן עניין לכל חברי-הכנסת, ולא רק לחברי ועדת החוקה, חוק ומשפט. מתן הסמכות לקיים בחינה חוקתית רק לחברי ועדת החוקה, חוק ומשפט ירוקן מתוכן את התכלית הנורמטיבית הניצבת בבסיסו של רעיון הביקורת הפרלמנטרית – העמקת הגישה של כיבוד זכויות האדם החוקתיות בקרב חברי-הכנסת כולם.

185 ראו "תהליכי החקיקה בעידן חוקי היסוד", לעיל ה"ש 33.

186 ס' 120(א) לתקנון הכנסת, לעיל ה"ש 75, עוסק בסוגיה של טענת "חריגה מגדר הנושא": "הוצע בוועדה תיקון להצעת חוק, וחבר הוועדה או נציג הממשלה טוען שהתיקון המוצג חורג מגדר הנושא של הצעת החוק, יביא יושב-ראש הוועדה את הדבר לפני ועדת הכנסת, ויושב-ראש ועדת הכנסת יעמידו כסעיף ראשון על סדר יומה בישיבתה הרגילה הראשונה לאחר מכן; החלטת ועדת הכנסת תהא סופית."

187 ייתכן שיועצה המשפטי של הוועדה האורגנית יבקש ליתן חוות-דעת משפטית נוסף על זו שניתן יועצה המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט. ייתכן אף שחוות-הדעת יסתרו זו את זו.

מודל ב: פנייה לבית-המשפט העליון או לערכאה שיפוטית אחרת שתגשר בין הכנסת לבין בית-המשפט העליון. כיום מערכת השפיטה אינה מתערבת בהליך החקיקה. אולם, כפי שראינו לעיל, במשפט המשווה קיימת האפשרות של קיום הליך לקביעה דמוי-שיפוטית באשר להתאמתה של חקיקה מוצעת לחוקה (כך הדבר בצרפת, למשל¹⁸⁸). המכון הישראלי לדמוקרטיה הציע מודל דומה,¹⁸⁹ שלפיו "מועצה ציבורית" – אשר תורכב מנציגיהן של שלוש רשויות השלטון ומנציגים עצמאיים (למשל, אנשי אקדמיה) – תחווה את דעתה על חקיקה מוצעת לפני חקיקתה. למודל כאמור, כפי שמציין פרופ' שמעון שטרית, יש יתרונות במניעה מראש של חוקים אשר אינם עולים בקנה אחד עם חוקי-היסוד ובשמירת מעמדה של הכנסת, שכן הוא מצמצם את הסיכוי שבית-המשפט יכריז על ביטול חוק. אולם לצד יתרונות אלה מצוי החיסרון של סרבול הליך החקיקה.¹⁹⁰ יתרונות אלה וחסרון זה קיימים גם במודלים האחרים בעוצמה כזו או אחרת. אולם מלבד העובדה שמודל זה עומד בסתירה לרעיון הכללי המובא במאמר זה בדבר מנגנון פנים-פרלמנטרי לשם בחינה חוקתית, יש לתת את דעתנו לכך שמודל כאמור אינו מתאים לשיטה הישראלית באופן כללי. ככל שמדובר בפנייה לערכאה שיפוטית, מתן סמכות רחבה להתערב בחוקיותן של הצעות חוק עלול לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות ולהביא לידי כך שהרשות השופטת תחרוג מתפקידה, עד כדי הענקת סמכות חקיקה של ממש. צעדים בכיוון זה עלולים להביא לידי פוליטיזציה של השפיטה. ככלל, בית-המשפט אינו צריך להיות מעורב בפוליטיקה ובהליך החקיקה הפוליטי.¹⁹¹ אכן, בית-המשפט העליון נזהר מלהתערב בהליכים פנים-פרלמנטריים אלא במקרים חריגים.¹⁹² כמו-כן, ככל שמדובר בפנייה לגוף אחר, שאינו בית-המשפט העליון, עלול להיווצר מתח בין גוף זה לבין בית-המשפט העליון.¹⁹³

מודל ג: נשיאות הכנסת. ניתן להעלות הצעה שלפיה נשיאות הכנסת תדון בחוקתיותן של הצעות חוק (בדומה למצב הקיים כאמור בצפון-אירלנד). כיום נשיאות הכנסת

188 פרופ' שטרית מציין כי גם בנוורווגיה ובאיטליה קיימת אפשרות של ביקורת טרום-חקיקתית. ראו שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים", לעיל ה"ש 171, בעמ' 68.

189 ראו "דגם קרמניצר-כרמון לביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 35.

190 שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים", לעיל ה"ש 171, בעמ' 68–69.

ANDRAS SAJO, LIMITING GOVERNMENT – AN INTRODUCTION TO CONSTITUTIONALISM 191 (1999) 160.

192 ראו עניין שריד, לעיל ה"ש 76, בעמ' 199–204; בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117 (2002); עניין ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 43; בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85 (1985); עניין כהנא, לעיל ה"ש 77; בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נט(1) 577 (2005). לדיון בביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים ראו סוזי נבוח "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחודש בביקורת השיפוטית על הליכים פרלמנטריים" מחקרי משפט יט 721 (2003); Suzie Navot, *Judicial Review of Legislative Process*, 39 ISR. L. (2006) 182; יעקב ש' צמח "בעיית אי-שפיטות ההליכים הפרלמנטריים" עיוני משפט ג 752 (1974); שבח וייס "ביקורת שיפוטית על החלטות הכנסת" משפט וממשל ב 149, 150 (1994); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 708–756.

193 ראו שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים", לעיל ה"ש 171, בעמ' 69.

נושאת בתפקיד של אישור הצעות חוק פרטיות לפני הנחתן על שולחן הכנסת.¹⁹⁴ לשם כך היא רשאית לקיים בחינה צורנית ותוכנית של הצעת החוק: מבחינה צורנית היא מוודאת שהצעת החוק מנוסחת כדבר חקיקה; ומבחינה תוכנית עליה לבדוק אם יש בהצעת החוק "קביעת נורמה, שיש בה מסר נורמטיבי ולא סיפורת עובדתית. כן רשאים הם [יושב־ראש הכנסת והסגנים] לבחון את סגנונה של ההצעה, שתואמת היא דבר חקיקה, ושאינן בה דברי גידופין, בלע ועלבון".¹⁹⁵ נוסף על כך, בהתאם לסעיף 134(ג) לתקנון הכנסת, "יושב־ראש הכנסת והסגנים לא יאשרו הצעת חוק שהיא, לדעתם, גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי", ואכן היו מקרים שבהם פסלה נשיאות הכנסת הצעות חוק פרטיות על בסיס הוראה זו.¹⁹⁶ ניתן אפוא לטעון כי בדומה לסמכות המוקנית לנשיאות הכנסת לבחון את תוכנה של הצעת חוק פרטית בהתאם לסעיף 134(ג) לתקנון, ניתן להקנות לנשיאות סמכות דומה לבחון אם הצעות חוק פרטיות עולות בקנה אחד עם הוראות חוק־היסוד. אולם סבורני כי יש לשלול אפשרות זו מכל וכל. ראשית, מודל זה מותיר בסימן שאלה את בחינתן של הצעות חוק ממשלתיות. היה אם יכלול מודל כאמור גם הצעות חוק ממשלתיות, יקנה הדבר כוח רב מאוד – רב מדי – למוסד נשיאות הכנסת. שנית, מבחינת תפקידה של נשיאות הכנסת, נדמה כי הפקדה כאמור של סמכות בחינה חוקתית בידיה אינה מתאימה ואינה הולמת. עמד על כך פרופ' אריאל בנדור:

"נשיאות הכנסת היא גוף המתאים לדון בשאלות מסוימות הנוגעות להליך החקיקה. הנשיאות אינה מתאימה – מבחינת מומחיותה, הרכבה הפוליטי והיעדר־הפומביות של פעולתה – לפסוק בשאלות חוקתיות יסודיות, הנוגעות לחוקיות התוכן של הצעות־חוק."¹⁹⁷

לבסוף, הסמכות הנתונה לנשיאות הכנסת לא להניח הצעת חוק על שולחן הכנסת יש בה כדי לפגוע בעקרון ההשתתפות של חבר־הכנסת בהליכי החקיקה – עיקרון שהוכר כעקרון־יסוד חוקתי במסגרת הליך החקיקה.¹⁹⁸ יש לאפשר לחברי־הכנסת להניח הצעות חוק על שולחן הכנסת, ושהבחינה החוקתית תיערך בשלב מאוחר יותר, במסגרת הדיונים בהצעת החוק. חשוב לזכור כי ממילא רק אחוז קטן יחסית מכלל הצעות החוק הפרטיות המונחות על שולחן הכנסת אכן ממשיכות לשלבי דיון מתקדמים.

מודל ד: נציב זכויות אדם. ניתן לחשוב על הקמת תפקיד עצמאי של מינוי נציב זכויות אדם, בדומה לנציב הדורות הבאים,¹⁹⁹ שתפקידו יהיה לעיין בחקיקה מוצעת

194 ראו שוריק דריישפיץ "נשיאות הכנסת" פרלמנט 64–67 (2010), נגיש בכתובת www.idi.org.il/Parliament/2010/Pages/66_2010/B/b_66.aspx.

195 ראו ה"ש 2 ליד ס' 134(ב) לתקנון הכנסת, לעיל ה"ש 75.

196 ראו, למשל, עניין כהנא, לעיל ה"ש 77.

197 ראו בנדור, לעיל ה"ש 77, בעמ' 580.

198 עניין ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 43, בעמ' 45–46.

199 ראו פרק ח לחוק הכנסת, אשר הוסף לחוק בחוק הכנסת (תיקון מס' 14), התשס"א-2001, ס"ח 199.

העומדת על הפרק, לבחון את השפעתה על זכויות אדם חוקתיות, לצרף חוות-דעת בנוגע לחוקתיותה של הצעת החוק, וללוותה – בשילוב עם יועצה המשפטי של הוועדה – במהלך דיוני החקיקה.

תפקיד נפרד שיוקדש לנושא זה יזכה ביתרונות משמעותיים, ויצליח לשכך חלק מן החסרונות שהועלו בהקשר של ועדת החוקה, חוק ומשפט. נציב זכויות אדם יביא עימו הן מומחיות והן עקביות בניתוח החוקתי ובביקורת החוקתית. נוסף על כך, הוא לא יעכב באופן משמעותי את הליך החקיקה; היפוכו של דבר – הוא יעבוד בשילוב עם היועץ המשפטי לוועדה, ובכך יאפשר לו להתמקד בסוגיות המשפטיות המקצועיות של הצעת החוק. באופן זה גם יתגבר נציב זכויות האדם על הקושי שהוזכר לעיל בדבר המומחיות הדרושה בתחומי העיסוק של הוועדה הרלוונטית. עבודה בתיאום עם היועץ המשפטי לוועדה ובמסגרת הוועדה תאפשר לנציב לגבש באופן מקצועי יותר חוות-דעת בהתאם למְטְרִיה של תחומי הוועדה הרלוונטית.

עם זאת, מודל זה מלווה קשיים לא-פשוטים. נראה כי המנגנון של נציבות זכויות הדורות הבאים נחל כישלון,²⁰⁰ וקיים חשש שמנגנון דומה אשר יופעל לגבי זכויות אדם חוקתיות לא יצליח אף הוא. לגבי דידי, על-אף יתרונותיו של תפקיד כאמור, אין צורך בהקמת מוסד עצמאי זה. ניתן להשיג את התכלית שבבסיס המוסד באמצעות מחלקות אחרות בכנסת, ובעיקר באמצעות הלשכה המשפטית, ואין הצדקה לגוף נפרד. כפי שצוין לעיל, גם מערכת הייעוץ המשפטי של הממשלה יכולה לסייע בפעילות זו. הקמת גוף עצמאי כאמור תיצור כפילות הכרוכה בעלות תקציבית מיותרת. ייתכן גם שיש בתפקיד זה כדי לפגוע במעמדה של הלשכה המשפטית של הכנסת. כמו-כן לא ברור מהו היתרון המקצועי של נציב זכויות האדם על היועץ המשפטי לוועדה האורגנית, אשר עוסק מדי יום בתכניה הרלוונטיים. מודל זה מעלה גם קשיים בדמות התנגשויות אפשריות בין חוות-דעת סותרות של הלשכה המשפטית ושל נציב זכויות האדם. לנוכח זאת הצעתי היא לבחור לכל-היותר בגרסה מתונה של נציב זכויות אדם, בדמות יועץ משפטי בלשכה המשפטית של הכנסת שתפקידו יהיה בחינה רוחבית של ההשלכות החוקתיות של הצעות חוק שונות, ואשר יעבוד בשילוב עם היועצים המשפטיים של הוועדות במסגרת הליכי החקיקה. כיום לא קיים תפקיד כאמור.

מודל ה: ועדת הכנסת הרלוונטית ויועציה המשפטיים. בהתאם להצעה זו, יועצה המשפטי של כל ועדה בכנסת יבחן כל הצעת חוק ויגיש לחברי הוועדה חוות-דעת חוקתית לגבי כל הצעת חוק המעלה קשיים חוקתיים, וכל ועדה בכנסת תנהל את הדיון החוקתי – קרי, תפעל להתאמת הצעות החוק לחוקי-היסוד – בתחומה. זהו, לדידי,

200 למן סיום כהונתו של נציב הדורות הבאים הראשון, השופט בדימוס שלמה שהם, בסוף 2006, נותר התפקיד ללא איש, והנציבות חדלה למעשה להתקיים. בשנים האחרונות קמו קריאות לבטל את המוסד באמצעות חקיקה. ראו, למשל, הצעת חוק הכנסת (תיקון – ביטול נציב הדורות הבאים לכנסת), התש"ע-2010, פ/18/2394; הצעת חוק הכנסת (תיקון מס' 24) (ביטול נציב הדורות הבאים לכנסת), התשס"ח-2007, ה"ח 58. אכן, ביום 13 בדצמבר 2010 התקבלה בקריאות השנייה והשלישית הצעת חוק הכנסת (תיקון מס' 29), התשע"א-2010, שעניינה ביטול מוסד נציבות הדורות הבאים. ראו ס"ח התשע"א 94.

המודל המועדף, ובכך אני מקבל למעשה את הצעתו הכללית של חבר-הכנסת דדי צוקר.²⁰¹ ב"שולחן העגול" שנערך במסגרת המכון הישראלי לדמוקרטיה נדמה כי פרופ' מרדכי קרמיניצר תמך בגישה זו, בציינו כי הפקדת התאמתן של הצעות החוק לחוקי-היסוד בדיהן של הוועדות כולן, כל אחת לפי תחומה, תרחיב את שיח הזכויות החוקתיות לממדים של שיח חברתי כולל, שבו ישתתפו כל חברי-הכנסת, בניגוד למצב שבו ועדת החוקה, חוק ומשפט תהא הוועדה הבלעדית לבחינה כאמור – דבר שיגביל את השיח החוקתי למעגל צר ומקצועי. נוסף על כך, הותרת התפקיד בדיהן של הוועדות השונות תאפשר שקילת שיקולים ענייניים המחייבים היכרות עם התחום הנידון – היכרות שיש לחברים בוועדה העוסקת באותו תחום.²⁰² אכן, מרכז הדיון צריך להיות בוועדות הכנסת הרלוונטיות, שבהן נמצא ממילא מרכז-הכובד של עבודת החקיקה של הכנסת ומתקיימים הדיונים העיקריים והמהותיים באשר להסדרים הקבועים בהצעות החוק ובנוסחן של הצעות החוק.²⁰³

תפקיד הבחינה החוקתית יוטל על היועץ המשפטי של הוועדה. ככלל, היועץ המשפטי לוועדה נתפס אצל חברי-הכנסת כאדם רציני ושקול אשר בקי במטריה המקצועית. הוא מוכר אצל חברי הוועדה אשר עובדים עימו רבות ומייחסים חשיבות רבה לדבריו. כלומר, במהלך דיוני החקיקה בכנסת, החובה להגיש חוות-דעת חוקתית תוטל כאמור על מוסד היועץ המשפטי לכנסת, ולא על היועץ המשפטי לממשלה. מעבר לעובדה שזה המצב המשפטי הראוי מאז תוקן חוק הכנסת והוקם מוסד היועץ המשפטי לכנסת, ושזה גם המצב הקיים בפועל, יש חשיבות לעצמאות הביקורת שתצא מהכנסת אחרי שהצעת החוק "יצאה" מידי הממשלה. ברור שהחלטתם של חברי-הכנסת אינה יכולה להיות מנותקת משיקולים קואליציוניים – בוודאי מקום שחוות-הדעת אינה מחייבת – אולם יש חשיבות לכך שהביקורת לא תהא באופן בלעדי בידי הרשות המבצעת.²⁰⁴ לצד ההכרה בחשיבות פרסומן של הצעות חוק, שכן פרסום זה מוביל לקבלת חוות-דעת שונות באשר להצעות החוק מגופים שונים, למקור הביקורת יש משקל חשוב. ביקורת מקבוצות-אינטרס שונות, ואפילו מאת ארגוני זכויות אדם, לא תגרוור תגובה כמו חוות-דעת פנימית, אשר נתפסת לרוב כמקצועית, אובייקטיבית, עצמאית ונטולת אינטרסים. כך, חברי-הכנסת ועוזריהם יוכלו להפנות שאלות ליועצים המשפטיים ולקבל מהם תשובות. ביקורת רצינית ממקור מכובד בתוך הכנסת יכולה

201 ראו בהפניות המובאות בה"ש 33 לעיל.

202 ראו "תהליכי החקיקה בעידן חוקי היסוד", לעיל ה"ש 33.

203 על ועדות הכנסת ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 717–723. לבחינה משווה בדבר מעמדן ותפקידן של ועדות פרלמנטריות ראו: REUVEN Y. HAZAN, REFORMING PARLIAMENTARY COMMITTEES: ISRAEL IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (2001); THE NEW ROLES OF PARLIAMENTARY COMMITTEES (Lawrence D. Longley & Roger H. Davidson eds., 1998).

204 לדיון בנושא זה ראו Kinley, *Parliamentary Scrutiny of Human Rights*, לעיל ה"ש 121, בעמ' 163–167; Evans, *Improving Human Rights*; לעיל ה"ש 68, בעמ' 694–695.

להשהות מעט את הליך החקיקה, אשר לעיתים מהיר מדי ואינו מאפשר בחינה נאותה של חוקתיותה של הצעת החוק.²⁰⁵

2. מאפייניה של חוות-הדעת החוקתית

אחד ממאפייניה החשובים של חוות-הדעת החוקתית שתונח על שולחן הוועדה על-ידי יועצה המשפטי הוא מועד הגשתה. כך, במחקרו לגבי מידת השפעתן של זכויות אדם על שיקול-דעתם של חברי הפרלמנט, התייחס פרופ' דייוויד פלדמן (David Feldman), לשעבר יועצה המשפטי של ה-JCHR, לכמה גורמים המשפיעים על אופן הבאתן של זכויות האדם בחשבון במסגרת הליך החקיקה. לצד החשיבות של אופיים ואיכותם של הטענות החוקתיות, עמד פרופ' פלדמן על החשיבות של הגשת חוות-דעת בדבר הפגיעה בזכויות במועד מוקדם ככל האפשר.²⁰⁶ אכן, ביקורת פרלמנטרית לעניין זכויות חוקתיות יכולה להתקיים בכמה וכמה שלבים של הליך החקיקה.²⁰⁷ ככל שחוות-הדעת החוקתית תומצא לחברי-הכנסת במועד מוקדם יותר, כן יוכלו הללו לערוך שינויים בצורה טובה יותר, והדיון לא יהיה "כבול" להסדרים מסוימים שכבר קובעו בהלך-מחשבתם. סביר להניח שחוות-דעת שתומצא אחרי דיונים רבים, רגע לפני שהצעת החוק מאושרת לקריאות השנייה והשלישית, לא תקבל את המענה הראוי מחברי-הכנסת, אשר יירתעו משינוי ההסדרים המוצעים בהצעת החוק. הדבר נכון במיוחד לגבי הצעת חוק שעניינה סוגיה רגישה שכבר נעשו בה פשרות, שכן כל שינוי עלול לגרום לאי-הסכמה על הצעת החוק כולה. לכן ראוי שחוות-הדעת תומצא בתחילת הדיונים בוועדה: לגבי הצעת חוק ממשלתית – לאחר הקריאה הראשונה; ולגבי הצעת חוק פרטית – בעת הכנת הצעת החוק לקריאה הראשונה. אין מקום ליתן חוות-דעת חוקתית לגבי כל הצעת חוק פרטית המונחת על שולחן הכנסת. מספרן הרב של הצעות החוק הפרטיות המונחות על שולחנה של הכנסת תגזול זמן יקר ומשאבים רבים מהסגל המשפטי של הוועדות השונות.

לעניין מאפייניה האיכותיים של חוות-הדעת, זו צריכה להיות נקודתית ככל האפשר, קרי, להתייחס לסעיפים ספציפיים בהצעת החוק ולהציע חלופות, כך שחברי-הכנסת יוכלו לשקול אמצעים אחרים שפגיעתם פחותה. פרופ' פלדמן ציין כי ביקורת פרלמנטרית צריכה לכלול בחינה של ההסדרים החוקיים המוצעים כנגד אמות-מידה מסוימות שהינן עצמאיות ובלתי-תלויות בתוכנם ובתנאיהם של ההסדרים האמורים.²⁰⁸

205 השוו Feldman, *Impact of Human Rights*, לעיל ה"ש 138, בעמ' 112.

206 שם, בעמ' 105–113. כן ראו Evans & Evans, *Evaluating Human Rights*, לעיל ה"ש 5, בטקסט הסמוך לה"ש 80–83.

207 השוו Oliver, *Constitutional Scrutiny*, לעיל ה"ש 132, בעמ' 40–52; Jennifer Smookler, *Making a Difference? The Effectiveness of Pre-Legislative Scrutiny*, 59(3) PARLIAM. AFF. 522 (2006).

208 David Feldman, *Parliamentary Scrutiny of Legislation and Human Rights*, 2002 PUB. L. 323, 328. (להלן: Feldman, *Parliamentary Scrutiny*).

בהקשר הישראלי מדובר, כמובן, באמות-המידה של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. אולם המלצתי היא שחוות-הדעת תתייחס להשפעה אפשרית על זכויות אדם גם אם הצעת החוק אינה פוגעת בזכויות-יסוד מוגנות באופן שאינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה. החובה המוטלת על רשויות השלטון היא **לכבד ולהבטיח** זכויות אדם, ולא רק למנוע פגיעה באופן שאינו עומד בתנאיו של חוק-היסוד. לכן חשוב להביא לידיעתם של חברי-הכנסת גם פגיעה עקיפה בזכויות אדם או נסיבות שבהן החוק המוצע עלול לאיים על זכויות אדם. בהתבסס על חוות-דעת כאמור יוכלו חברי-הכנסת לשקול גם תרופות כלשהן במסגרת הוראות החוק למען מי שעלול למצוא את עצמו נפגע. נוסף על כך, היה אם הוראה מסוימת בהצעת החוק ניתנת לכמה פירושים, על הוועדה להבהיר כי מדובר בפרשנות אשר מצמצמת את הפגיעה בזכויות אדם. לציון זה יכולה להיות השלכה בפרשנות עתידית של ההוראה החוקית על-ידי בית-המשפט.²⁰⁹

האם חוות-הדעת תהא מחייבת? זוהי כמובן שאלה קשה שסקירת היבטיה הרחבים השונים חורגת מהיקפו של מאמר זה. עם זאת, אציין בקצרה את עמדתי העקרונית, שלפיה ראוי שחוות-הדעת לא תהא מחייבת. חברי-הכנסת נותרים ריבוניים בהחלטותיהם, והם אלה שיישאו באחריות הציבורית לפגיעה מודעת בזכויות בצורה שאינה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה. לעניין זה נדרשת הבחנה מסוימת בין היועץ המשפטי לכנסת לבין היועץ המשפטי לממשלה. לגבי האחרון, להלכה הרשות המבצעת חייבת לפעול ככלל בהתאם לחוות-דעתו.²¹⁰ אם זו לא תעשה כן, יהיה בכוחו לנקוט הליכים משפטיים (אם מדובר בעברה) או להותיר את הממשלה ללא הגנה משפטית אם המעשה יותקף בערכאות משפטיות.²¹¹ מכיוון שייצוגן של רשויות

209 דברים הנאמרים בדיוני הכנסת ובוועדותיה בעת הליכי החקיקה עשויים להיות חשובים בעת פרשנות של חקיקה. ראו ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 49, בעמ' 388–389; אהרן ברק "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון" **הפרקליט** לו 165, 177, 181 (1985); א"מ אפלבוים "דברי הכנסת כראיה לפירוש החוק" **הפרקליט** כא 411 (1965); אורי ידין "ישוב על פירוש חוקי הכנסת" **הפרקליט** כו 358–360 (1970); אורי ידין "על פירוש חוקי הכנסת – ברביעית" **הפרקליט** לא 395, 415–417 (1977).

210 יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" **עיוני משפט** יא 411, 417 (1986) (להלן: זמיר "המאבק על חוקיות השלטון"); "חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה בשאלה משפטית משקפת, מבחינת הממשלה, את המצב המשפטי. כיון שמקובל על הכל כי הממשלה צריכה לנהוג על-פי החוק, יוצא שהממשלה צריכה לנהוג, בכל הנוגע להיבט המשפטי, על-פי חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה. אם היועץ המשפטי לממשלה מגיע למסקנה כי החלטה מסוימת של הממשלה תהיה נוגדת את החוק, על הממשלה להימנע מאותה החלטה." לדיון ביקורתי ולהרחבה בדבר עמדתו המחייבת של היועץ המשפטי לממשלה ראו רות גביוון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" **פיללים** (2) 27 (1996); לבונטין וגביוון, לעיל ה"ש 52.

211 זמיר "המאבק על חוקיות השלטון", שם, בעמ' 418. ראו גם יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה בשעת משבר; פרשת שרות הבטחון הכללי (השב"כ)" **ספר אורי ידין** 47, 54–55 (1990); יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 451, 431 (יצחק זמיר עורך, 1993). אסור ליועץ המשפטי לממשלה לטעון בבית-המשפט טענה שאינה נכונה לדעתו. ראו חיים כהן "כשרותם של משרתי ציבור" **משפט וממשל** ב 265, 285

השלטון בבתי-המשפט מופקד בידי היועץ המשפטי לממשלה באופן בלעדי, הסנקציה של אי-ייצוג הרשויות מאפשרת לו לכפות את שלטון החוק על הרשות.²¹² המצב שונה לגבי הכנסת. לנוכח מעמדה של הכנסת כרשות המחוקקת, חוות-הדעת של היועץ המשפטי לכנסת ביחס לסמכויות החקיקה שלה הן בגדר חוות-דעת מיעצות בלבד, ואין להן מעמד מחייב.²¹³ כפי שציינה ועדת שמגר, "הרשות המחוקקת אינה ככולה על-ידי חוות-הדעת המשפטיות לגבי חוקתיות החוק, אלא עושה, בסופו של דבר, הערכה משל עצמה, היכולה להיבדק על-ידי בית המשפט".²¹⁴ דברים דומים נכתבו על-ידי הפרופסורים אריאל בנדור וזאב סגל:

"באשר לתחיקה כזו [עתידית – י' ר'], ראוי אומנם שתישמע בוועדות הכנסת דעתם של יועצים משפטיים, כפי שהדבר אכן נעשה בפועל, אולם חוות דעתם אינן מחייבות. ככלל הכנסת היא ריבונית בחקיקת חוקים, ובכוחה למלאם תוכן כטוב בעיניה... חוות-דעת משפטית איננה יכולה כשלעצמה לעצור את גלגלי החקיקה בכנסת. בעובדה שבתי-המשפט בישראל מוסמכים להצהיר על בטלות חוק של הכנסת, המנוגד לחוק יסוד, אין כדי למנוע את הכנסת מלכתחילה מלחוקק."²¹⁵

לפיכך, לתפיסתי, לפחות במבט ראשון, חוות-הדעת של היועץ המשפטי לכנסת או לוועדה ביחס לחקיקה אינה צריכה להיות מחייבת.²¹⁶ בהעדר חוק-יסוד: החקיקה או חוק אחר שיגדיר את סמכויות היועץ המשפטי בהקשר זה, סבורני כי יכולת הקביעה המוחלטת בדבר חוקתיותו של דבר חקיקה צריכה להיות שמורה לבית-המשפט. חוות-הדעת יכולה לציין אם על פניו הפגיעה הלכאורית בזכות החוקתית הינה בהתאם להוראותיהם של חוקי-היסוד, כפי שפורשו ופותרו בפסיקתו של בית-המשפט העליון, אם לאו. אך חוות-דעת זו תהא בלתי-מחייבת. כל קביעה אחרת שלפיה חוות-הדעת תהא מחייבת עלולה לפתוח פתח רחב להתערבות משפטית בהליכי החקיקה של הכנסת ולפגיעה בעקרונות הפרדת הרשויות וריבונותה של הכנסת.

(1994). להרחבה על מוסד היועץ המשפטי לממשלה ראו גם אריאל בנדור וזאב סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והמימשל" הפרקליט מד 423 (2000); גר ברזילי ודוד נחמיאס היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות (1997); מיכאל בן-יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה(2) 5 (1996); דוד קרצ'מר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה(2) 121 (1996); עלי זלצברגר "דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל" פלילים ה(2) 149 (1996).
212 אברהם וינרוט "שניות בתפקידי היועץ המשפטי לממשלה" המשפט ג 85 (1996).
213 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 725, 1009.
214 הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (ועדת שמגר) דין וחשבון 48 (1998).
215 בנדור וסגל, לעיל ה"ש 211, בעמ' 433–434.
216 אין בכך כדי לרמוז דבר ביחס למעמדה של חוות-דעת שאינה נוגעת בחקיקה מוצעת.

אכן, פתרון זה אינו מיטבי, כי ייתכן שחברי-הכנסת פשוט יתעלמו מחוות-הדעת, ואז נותרנו לכאורה באותו מקום שבו אנו מצויים כיום.²¹⁷ פתרון זה גם מוביל לקשיים אחרים. ראשית, לעניין הייצוג בבית-המשפט, כיצד היועץ המשפטי לכנסת אמור לייצג את הכנסת בעתירה נגד חוק שחוות-דעתו קבעה כי הצעת החוק אינה חוקתית אך הכנסת לא קיבלה את עמדתו? נדמה כי במקרה זה ייתכנו שתי אפשרויות: האחת, היועץ המשפטי לכנסת, על-אף הבעייתיות הטמונה במצב זה, יעניק את הייצוג המיטבי לכנסת;²¹⁸ והאחרת, היועץ המשפטי לכנסת יבקש – כפי שהחוק מתיר לו – שעורך-דין אחר ייצג את הכנסת. חוק הכנסת קובע מפורשות כי היועץ המשפטי לכנסת "ייצג את הכנסת בערכאות, ואולם רשאי הוא, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, לבקש כי הכנסת תיוצג על ידי פרקליטות המדינה, או לייפות את כוחו של עורך דין אחר לייצג את הכנסת".²¹⁹ ייפוי-כוח זה חשוב מקום שקיימת אי-הסכמה בין היועץ המשפטי לכנסת לבין הכנסת.²²⁰ שנית, קיים קושי בנוגע ליכולתם של חברי-הכנסת לקבל הכרעה שהיא למעשה מעין-שיפוטית – אם הצעת חוק הינה חוקתית אם לאו. כאן מתעוררת גם שאלת איכותה של קבלת ההחלטות החוקתית של חברי-הכנסת.²²¹ אולם לעניין קשיים אלה יש לזכור כי כבר כיום מופקדות בידי אורגנים של הכנסת, הלכה למעשה, סמכויות מעין-שיפוטיות – למשל, בעניין הסרת חסינותם של חברי-כנסת.²²² נוסף על כך חשוב להזכיר כי חברי-הכנסת – בניגוד לחברי הממשלה – הינם נבחרים, וככאלה עליהם לחוב באחריותיות כלפי הבוחרים.²²³

217 השוו ל-Tolley, לעיל ה"ש 136 (הטוען כי אחת החולשות של ה-JCHR בבריטניה היא העובדה שיש לו סמכויות המלצה בלבד – עובדה המחלישה את האפקטיביות של מנגנון הביקורת הפרלמנטרית).

218 כך, למשל, בעניין חוק החרם פורסם כי מסתמן שהיועץ המשפטי של הכנסת ייצג אותה בעתירה לבג"ץ שהוגשה נגד החוק, אף שחוות-דעתו בעניין הצעת החוק קבעה כי היא ניצבת על "סף האי-חוקתיות ויתכן אף מעבר אליו". ראו לעיל ה"ש 119. היועץ המשפטי לממשלה הבהיר גם הוא כי יגן על החוק, אף שהחוק מהווה לדעתו "קו אדום" מבחינת חוקתיות. ראו נועם שרביט "וינשטיין: אגן על חוק החרם בבג"ץ למרות הקשיים החוקתיים" nrg 12.7.2011 www.nrg.co.il/online/1/ART2/259/296.html.

219 ס' 17(ב)(4) לחוק הכנסת.

220 ראו יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" משפטים לט 347, 377, בה"ש 114 (2009) (להלן: מרזל "מעמד הכנסת"). עוד על מעמדה של הכנסת בעתירות ראו מיכאל איתן "מעמדה של הכנסת בעתירות לפסילת חוקים בעקבות בג"ץ 8267/05 עדאלה נ' שר הבטחון" הארת דין ד 91 (2007).

221 השוו: Michael J. Gerhardt, *Judging Congress*, 89 B.U. L. REV. 525, 535 (2009).

222 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 681; בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 698, 661 (1995).

223 על חובת הנאמנות של חברי-הכנסת ראו בהרחבה נבות "חברי-הכנסת כ'נאמן הציבור'", לעיל ה"ש 31.

3. פעולות משלימות לחוות-הדעת החוקתית

אם ברצוננו לכוון את זרקור תשומת-הלב של חברי-הכנסת אל הסוגיות החוקתיות, אין די בהפצת חוות-הדעת החוקתית לחברי הוועדה. הן פרופ' דייוויד קינלי (David Kinley) והן פרופ' שריל סונדרס (Cheryl Saunders) זיהו את הצורך בקיומם של מנגנונים אפקטיביים לבחינת השפעתן של הצעות חקיקה על זכויות אדם במסגרת הליך החקיקה.²²⁴ לכן דרושים מנגנונים תומכים לחוות-הדעת החוקתית.

בראש ובראשונה, אין להסתפק בהגשת חוות-דעת חוקתית מטעם יועצה המשפטי של הוועדה האורגנית. יש לשקול תיקון של תקנון הכנסת שיחייב דיון בנושא החוקתי ולמעשה יגן על זכותו של כל חבר בוועדה לדון בחוות-הדעת, באופן שלא יאפשר ליושב-ראש הוועדה לבטל במחייב את טענת אי-החוקתיות.²²⁵ זהו שינוי משמעותי מהמצב הקיים כיום, שבו אין חובה כאמור. הצעה זו תקדם ותפתח את האחריות של חברי-הכנסת, שכן היא תאלץ אותם להכריע – באופן פומבי ומפורש – אם לאמץ הוראת חוק שלפי חוות-דעת משפטית מוסמכת אינה עולה בקנה אחד עם הוראותיהם של חוקי-היסוד.²²⁶ מנגנון זה לא יאפשר לחברי-הכנסת להימלט מאחריות ולגלגל את "תפוח-האדמה הלוהט" לפתחו של בית-המשפט העליון. חברי-הכנסת יהיו חייבים לקבל החלטות ולשאת באחריות למעשי-ידיהם, ולא יוכלו להסיר אחריות זו ולהטילה על בתי-המשפט, כאילו האחרונים טעו בפרשנות של כוונותיהם. דיון בחוות-הדעת החוקתית, גם אם זו אינה בעלת משקל מחייב, יבטיח – בדומה ל"כלל הציון המפורש" או למנגנון אמירת "על-אף האמור"²²⁷ – את התפיסה שהמחוקק מקבל החלטות שקולות, לאחר שהסוגיות הרלוונטיות הוצגו לפניו באופן מפורש, וישפר את שקיפותם של הנימוקים התומכים בחקיקה המוצעת.²²⁸ דרישה זו תבטיח אפוא שהפגיעה הלכאורית בזכויות-יסוד חוקתיות הובאה לתשומת-ליבו של המחוקק, וכי החלטתו בעניין התקבלה רק לאחר הליך נאות של התדיינות פוליטית.

²²⁴ Kinley, *Parliamentary Scrutiny of Human Rights*, לעיל ה"ש 121, בעמ' 181, 183; Saunders, לעיל ה"ש 122, בעמ' 532–533.

²²⁵ כפי שהציע חברי-הכנסת יצחק לוי. ראו פרוטוקול מס' 325, לעיל ה"ש 32, בעמ' 26.

²²⁶ יש להבחין בין אחריותיות זו לבין אחריותיות של מוסדות ביקורת שיפוטית. לדיון באשר לאחריותיות האחרונה ראו, למשל, יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריותיות – מבט השוואתי" **משפט וממשל** י 489 (2007).

²²⁷ "כלל הציון המפורש" הינו כלל פרשני המטיל "חובת בהירות" על המחוקק, קרי, עליו לציין באופן מפורש כאשר הוא מבקש להשיג תכלית העלולה לפגוע בעקרונות חוקתיים. ראו באופן כללי: John F. Manning, *Clear Statement Rules and the Constitution*, 110 COLUM. L. REV. 399 (2010). דוגמה לכלל הציון המפורש ניתן למצוא בס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, הקובע פסקת התגברות שלפיה מתאפשרת פגיעה בחופש העיסוק בחוק אם, בין היתר, נאמר בו במפורש שהוא תקף "על-אף האמור" בחוק-יסוד זה.

²²⁸ Feldman, *Parliamentary Scrutiny*, לעיל ה"ש 208, בעמ' 333.

אולם בכך לא מסתיימת הביקורת הפרלמנטרית. פרופ' מארק טושנט (Mark Tushnet) התייחס לרעיון של "incentive-compatible constitution" כאמצעי להבטיח שמחוקקים יתייחסו ברצינות לחובתם לחוקק בהתאם לסטנדרטים של זכויות אדם. לדידו, הואיל ודאגה להוראות החוקה אינה עומדת בראש מעייניהם של רוב הפוליטיקאים, יש לדאוג לכך שהמחוקק – כמוסד – יהיה מובנה באופן שיתמרץ מתן עדיפות גבוהה לעקרונות חוקתיים. הקשיית הליך החקיקה, למשל, תקשה פגיעה בזכויות חוקתיות, אולם לא יהיה בפעולה זו כדי להניע מחוקקים לנקוט צעדים פוזיטיביים לשם הגנה על זכויות. לעומת זאת, אם יסופקו למחוקקים משאבים, כגון יועצים מומחים והכשרה ראויה בשיח הזכויות החוקתיות, איכות החקיקה צפויה להשתפר.²²⁹ לפיכך מוצע כי באופן לא-פורמלי יעברו חברי-הכנסת – חדשים וותיקים – הדרכות תקופתיות, ויקבלו מדריכים כתובים בדבר חשיבותה של ההגנה על זכויות-יסוד ובדבר התפתחויות רלוונטיות במשפט החוקתי. במישור הפורמלי ניתן לשקול כמה תוספות להליך החקיקה. ראשית, בדברי ההסבר של כל הצעת חוק העומדת לקראת קריאה ראשונה תצוין השפעתה של הצעת החוק על זכויות האדם החוקתיות. כפי שכבר צוין, מנגנון דומה קיים לעניין חובת ציון מידע בדבר השפעתה של חקיקה על זכויות הילד.²³⁰ ההתייחסות צריכה להיות מפורטת ולציין מהן הזכויות הנפגעות לכאורה, כיצד החוק הולם את ערכיה של המדינה ונועד לתכלית ראויה, ומדוע פגיעתו בזכויות מידתית בהתאם למבחנים שפיתח בית-המשפט העליון. שנית, כאשר הצעת חוק מוצגת במליאה בקריאה הראשונה, המציג (לעניין הצעת חוק ממשלתית – השר; ולעניין הצעת חוק פרטית – יושב-ראש הוועדה או חברי-הכנסת המציג) יהיה חייב לציין את השלכותיה של הצעת החוק על זכויות אדם חוקתיות. הצהרה סתמית שלפיה החקיקה המוצעת עולה (או אינה עולה) בקנה אחד עם ההגנות החוקתיות על זכויות אדם אינה מספיקה. ההצהרה צריכה להיות מפורטת ומנומקת, כפי שמתרחש בבריטניה ובניו-זילנד.²³¹ שלישיית, אם לפי חוות-הדעת החוקתית הצעת החוק אינה חוקתית, אך למרות זאת חברי הוועדה סבורים כי אין לשנות את הוראות החוק המוצע, ניתן לחשוב על אפשרות שלפיה חוות-הדעת החוקתית תועבר לידעתם של כל חברי-הכנסת המצביעים על החוק במליאת הכנסת.²³² פגיעה לכאורית של חוק מוצע בזכויות המוגנות בחוקי-היסוד באופן שאינו עולה בקנה אחד עם ההגבלות הקיימות בחוקי-היסוד ראוי שתובא לידיעתם של חברי-הכנסת לפני הצבעתם על אישור החקיקה. רביעית, יש להתייחס להשלכותיו של המנגנון המוצע בכל הנוגע בפיקוחה של הכנסת על חקיקת-משנה.²³³ כאשר חקיקת-משנה מגיעה לאישורה של ועדה מוועדות הכנסת, על מחוקק-המשנה

229 TUSHNET, לעיל ה"ש 143, בעמ' 61–62, 95–128.

230 ראו לעיל ה"ש 37 והטקסט שלידה. מנגנונים דומים קיימים כאמור גם לעניין ההשלכות התקציביות של חקיקה מוצעת ולעניין הבטחת זכויות האישה בהליך החקיקה. ראו לעיל ה"ש 38–39 והטקסט שלידן.

231 ראו Evans, *Improving Human Rights*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 690–691.

232 כפי שהציע דן מרידור. ראו "תהליכי החקיקה בעידן חוקי היסוד", לעיל ה"ש 33.

233 ראו לעיל ה"ש 61.

לציין לפני הוועדה את השלכותיה של חקיקת-המשנה על זכויות אדם, ועל הוועדה לבחון אם ההסמכה בחוק מספיקה לשם פגיעה בזכויות אדם.²³⁴ לבסוף, המודל המועדף כאן – בחינה פרלמנטרית במסגרת ועדות הכנסת ובאחריותו של היועץ המשפטי לוועדה – מצריך חיזוק מתמיד של האמצעים והצוות המקצועי (בעיקר של אנשי הלשכה המשפטית) העומדים לרשותם של חברי-הכנסת. כך, למשל, בנתחו את אופן ההגנה של הפרלמנט האוסטרלי על זכויות האדם באוסטרליה, הציע פרופ' ג'ון אור (John Uhr) כי אחד האמצעים לחיזוק האפקטיביות של הפרלמנט בהגנה על זכויות יהיה נוכחות של מומחים מקצועיים וקבלת סיוע פעיל מגורמי ממשלה (כגון משרדו של התובע הכללי).²³⁵ פרופ' דייוויד קינלי (David Kinley) הצביע, בין היתר, על חשיבותם של מסמכים דוגמת ה־Legislative Scrutiny Manual בקידום המודעות לתפקידן של ועדות ביקורת פרלמנטריות, וכן על חשיבותן של עמדות מומחים.²³⁶ פרופ' דון אוליבר (Dawn Oliver) ציינה כי ביקורת פרלמנטרית הנעשית בוועדות פרלמנטריות מחייבת, לצד מידה של אובייקטיביות ללא קשר להשתייכות המפלגתית, גם מומחיות, שיכולה להינתן, בין היתר, באמצעות עוזרים מומחים.²³⁷ חיזוק האמצעים העומדים לרשותם של חברי-הכנסת לעניין הביקורת הפרלמנטרית יסייע לכנסת למלא את תפקידה בצורה מקצועית ואחראית, ויביא בסופו של יום לידי חיזוקן של הכנסת והדמוקרטיה הישראלית.²³⁸

לסיכום נקודה זו, המודל המוצע כאן עונה על כמה צרכים: ראשית, הוא יגביר את המודעות לסוגיות של זכויות אדם בהליך החקיקה, בהבטיחו שכל החקיקה מוצעת ומתקבלת תוך התייחסות להשפעתה האפשרית (אם בכלל) על זכויות האדם וחירויות הפרט המוגנות, וזאת מבלי לפגום בסמכותה של הכנסת לחוקק חוקים;²³⁹ שנית, נוסף על חיזוק המנגנונים המגינים על זכויות האדם החוקתיות, המודל המוצע יסייע בחיזוק האחריותות של חברי-הכנסת; שלישית, מודל זה יחייב את הרשות המבצעת להתמודד עם השפעתן של הצעות חוק ממשלתיות וחקיקת-משנה על זכויות אדם, ויגביר את יכולת הפיקוח של הכנסת על הממשלה.²⁴⁰

234 בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה פס' 9-13 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 20.8.2008).

235 ראו: John Uhr, *The Performance of Australian Legislatures in Protecting Rights*, in PROTECTING RIGHTS WITHOUT A BILL OF RIGHTS: INSTITUTIONAL PERFORMANCE AND REFORM IN AUSTRALIA 41 (Tom Campbell, Jeffrey Goldsworthy & Adrienne Stone eds., 2006).

236 Kinley, *Parliamentary Scrutiny of Human Rights*, לעיל ה"ש 121, בעמ' 180-183.

237 ראו Oliver, *Constitutional Scrutiny*, לעיל ה"ש 132, בעמ' 54.

238 ראו אהרן ברק "הפרלמנט ובית-המשפט העליון – מבט לעתיד" הפרקליט מה 5, 12 (2000).

239 ראו Kinley, *Parliamentary Scrutiny of Human Rights*, לעיל ה"ש 121, בעמ' 163.

240 השוו Evans, *Improving Human Rights*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 686.

4. ביקורת פרלמנטרית וביקורת שיפוטית

יצוין כי ההצעה האמורה לביקורת פרלמנטרית על הצעות חוקה אינה באה להחליף את מנגנון הביקורת השיפוטית. אין בבחינה כאמור כדי לייתר בחינה חוקתית על-ידי בית-המשפט, שכן ייתכן שהכנסת תהא סבורה כי חקיקה מסוימת עולה בקנה אחד עם הוראותיהם של חוקי-היסוד אך בית-המשפט יחליט, מטעמים שונים, כי החלטה זו שגויה.²⁴¹ כל נשכח – האפקטיביות של ביקורת פרלמנטרית היא מוגבלת, שכן היא תלויה בנכונותם ובמחויבותם של חברי הפרלמנט לתמוך בזכויות אדם במסגרת הליך החקיקה. נכונות ומחויבות אלה אינן קיימות תמיד. הליך החקיקה אינו המנגנון המיטבי להגנה על זכויות אדם. מחוקקים נוטים להתמקד בשאלות מדיניות, ועלולים לראות שיקולים של זכויות אדם כהסחת דעת משאלות אלה. נוסף על כך, לאור שיקולים אלקטורליים, למחוקקים, ככלל, יש תמריץ לתת עדיפות לאינטרסים של הרוב כאשר אלה מתנגשים בזכויות של המיעוט.²⁴² כמו-כן, ככלל, ביקורת פרלמנטרית בוחנת חקיקה בראייה היסטורית (של מקרי-עבר) ובראייה עתידית ספקולטיבית, *in abstracto*, ואילו ביקורת שיפוטית בוחנת חקיקה כפי שהיא חלה במקרה מסוים.²⁴³ זוהי ביקורת קונקרטי יותר. לבסוף, ייתכן פשוט שחוק הקובע הסדר בלתי-חוקתי עבר מבלי משים את הליך הביקורת הפרלמנטרית. היה אם הריסון העצמי של המחוקק נכשל, ביקורת שיפוטית מאוחרת יכולה לשמש מכשיר בעל ערך רב, ולכן יש לה צידוק.²⁴⁴

אם כן, אין לראות בביקורת הפרלמנטרית מקור בלעדי להגנה על זכויות אדם. עם זאת, אין משמעות הדבר שביקורת זו הינה חסרת ערך. יש לראות את הביקורת הפרלמנטרית כהליך נוסף, מקדמי, לביקורת השיפוטית. ההכרעה הסופית בשאלה אם

241 כפי שקרה בבריטניה. ראו Jackson, לעיל ה"ש 153, בעמ' 108.

242 ראו שם, בעמ' 112.

243 ראו: Mark Tushnet, *Non-Judicial Review*, in PROTECTING HUMAN RIGHTS: INSTRUMENTS AND INSTITUTIONS 213 (Tom Campbell, Jeffrey Goldsworthy & Adrienne Stone eds., 2003). להבחנה בין ביקורת שיפוטית קונקרטי ומופשטת ראו עידו פורת "המהפכה החוקתית, ותקיפה מופשטת מול תקיפה קונקרטי של חוק" הרצאה שניתנה בכנס 20 שנה למהפכת זכויות האדם, האוניברסיטה העברית בירושלים, 20.12.2011.

244 אהרן ברק "יסודותיה של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת" **מבחר כתבים** א 309, 311 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000). ראו גם Fallon, לעיל ה"ש 67, בעמ' 1735: "The affirmative case for judicial review need not depend on the assumption that courts can identify rights more accurately than legislatures. Rather, the most persuasive case maintains that both institutions should be enlisted in the cause of rights protection because it is morally more troublesome for fundamental rights to be underenforced than overenforced". לכן אין לקבל את הטענה שלפיה אם זכויות כבר נידונו באופן ראוי במסגרת הדיונים בפרלמנט בעת הליך החקיקה, אזי ביקורת שיפוטית הינה מיותרת ואולי אף לא-לגיטימית. לטענות ברוח זו ראו, למשל, WALDRON, לעיל ה"ש 11, בעמ' 12; BELLAMY, לעיל ה"ש 41, בעמ' 37–38.

משפט ואדם – משפט ועסקים יד, תשע"ב חוקי-היסוד והליך החקיקה בכנסת

חוק הינו חוקתי או לא אינה חלק מתפקידה החקיקתי של הכנסת, אלא מתפקידו של בית-המשפט.²⁴⁵

אולם ניתן לתהות כיצד הליך כאמור ישפיע על הביקורת השיפוטית של בית- המשפט,²⁴⁶ ולהפך – כיצד הביקורת השיפוטית תשפיע על הביקורת הפרלמנטרית. ניתן להעלות על הדעת כמה מצבים:

מצב	הביקורת הפרלמנטרית	התגובה השיפוטית
א	חוות-הדעת היא שהצעת החוק חוקתית	I
ב	חוות-הדעת היא שהצעת החוק אינה חוקתית, והכנסת מתקנת את הצעת החוק בהתאם	II בית-המשפט מחליט כי החוק אינו חוקתי
ג	חוות-הדעת היא שהצעת החוק אינה חוקתית, אך הכנסת אינה מתקנת את החוק	I בית-המשפט מחליט כי החוק חוקתי

באופן כללי ניתן להעלות את הסברה שכאשר חוות-הדעת קובעת כי הצעת החוק חוקתית והכנסת פעלה בהתאם לחוות-הדעת, ייטה בית-המשפט לא לבטל את החקיקה, ואילו כאשר חוות-הדעת קובעת כי הצעת החוק אינה חוקתית והכנסת לא פעלה בהתאם, יקל על בית-המשפט לבטל את החקיקה. במצב Ia חוות-הדעת החוקתית תואמת את הכרעת בית-המשפט. במקרה זה יתחזק מוסד הייעוץ המשפטי, וניתן לשער שחברי-הכנסת ייטו יותר לאמץ חוות-דעת עתידיות שלו. מצב II דווקא מערער את חוות-הדעת, אך בהבעת מקנה למוסד הייעוץ המשפטי כלים נוספים לחידוד הכלים החוקתיים למקרים הבאים. במצב ב, כך ניתן לטעון, כאשר חוות-הדעת הייתה שהחוק אינו חוקתי והכנסת פעלה בהתאם לחוות-הדעת, ייתכן שבית-המשפט יושפע מן התגובה של הכנסת וייטה יותר לכיוון אישורו של החוק. פעולה כזו תיתן תמריץ למחוקקים לציית לחוות-הדעת המשפטיות באשר לחוקתיותן של הצעות חוק. היה אם יחליט בית-המשפט כי החוק – כפי שתוקן בהתאם לחוות-הדעת – אינו עולה עדיין בקנה אחד עם הוראות החוק, סביר להניח שהדבר יהווה תמריץ שלילי מבחינת המחוקקים לפעול בהתאם לחוות-הדעת העתידיות, שכן החלטה כאמור תערער את מוסד הייעוץ המשפטי. במצב ג, אם חוות-הדעת קבעה שהצעת החוק אינה חוקתית והכנסת לא קיבלה חוות-דעת זו, ניתן לסבור כי יקל על בית-המשפט לקבל החלטה כי החוק אינו חוקתי. שוב, החלטה כאמור תתמרץ את המחוקקים לפעול בהתאם לחוות-הדעת החוקתיות; ולהפך – כאשר בית-המשפט יסבור – בניגוד לחוות-הדעת המשפטית

245 אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" **מבחר כתבים** א 293, 300 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).

246 בבריטניה, למשל, Gijsbert ter Kuile כתב עבודת דוקטורט כיצד הליכים של ביקורת פרלמנטרית בדבר התאמת חקיקה מוצעת לזכויות אדם חוקתיות משפיעים על עוצמתה של הביקורת השיפוטית.

– כי החוק הינו חוקתי, יהיה בכך כדי לתמרץ את המחוקקים להתייחס לחוות-הדעת המשפטיות "בעירבון מוגבל".
 יודגש: בית-המשפט אינו תלוי בכל גוף אחר. הוא עצמאי בהחלטותיו,²⁴⁷ ואינו "כפוף" לשיקולים ששקל המחוקק, במיוחד כאשר עסקינן בזכויות אדם. עובדה זו מחלישה את המשוואה לעיל. עם זאת, ייתכן ששיקולים הנוגעים בחיזוק מוסד הביקורת הפרלמנטרית יעמדו אף הם לנגד עיניו, וככל שיתקיים בכנסת דיון רציני ומעמיק יותר, היקף הביקורת השיפוטית יהא מצומצם יותר. עמדה דומה הביע היועץ המשפטי לכנסת, צבי ענבר, בחוות-דעת משנת 2001 בדבר התערבותו של היועץ המשפטי לממשלה בהליכי החקיקה:

"השיקולים להם נדרשת הכנסת בבואה לדון בטענות כנגד חוקתיותה של הצעת חוק, שיקולים ערכיים המה, וככל שתעמיק הכנסת בדיוניה, כך יהסס בית המשפט להתערב בהם, כדי שלא לשים שיקול דעתו תחת שיקול דעתה. בית המשפט יטה יותר להתערב, אם ראה שהכנסת לא נתנה כלל את הדעת לטענות שהועלו בפניה, ועל כן יראה חובה לעצמו לעשות זאת במקומה. מכאן שעל כל הרוצה בטובתה של הצעת חוק שהגיש, לשמוח על כל טענה המועלת כנגד חוקתיותה של הצעת חוק..."²⁴⁸

דומה הדבר לפסק-הדין בעניין צמח,²⁴⁹ שבו תיקנה הכנסת את חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, כדי לעמוד בקנה אחד עם הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית-המשפט העליון קבע כי בסמכותו לבטל אף חוק מתקן המצמצם את הפגיעה שנגרמה לזכות-יסוד על-ידי החוק הקודם, אם הוא סבור כי החוק אינו עומד בדרישותיו של חוק-היסוד. בתקנו את החוק, היה המחוקק מודע לחובה המוטלת עליו לא לפגוע בזכויות-יסוד בניגוד לחוק-היסוד, ותפקידו של בית-המשפט לבדוק אם החוק המתקן אכן מקיים חובה זו. אולם בית-המשפט ציין כי הוא "יחס משקל לעובדה שמדובר בחוק מיטיב

²⁴⁷ על עצמאותה של הרשות השופטת ראו ס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78. להרחבה ראו אהרן ברק "לקראת עצמאותה של הרשות השופטת" מבחר כתבים א 947 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); אהרן ברק "עצמאות השפיטה – כיצד" מבחר כתבים א 955 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); שמעון שטרית על השפיטה – מערכת הצדק במשפט 206 (2004); שמעון שטרית "תרבות העצמאות השיפוטית בישראל: היבטים מוסדיים ומהותיים של מערכת השפיטה בראייה היסטורית" משפט ועסקים י 525 (2009); יצחק זמיר "הרשות השופטת: מהי? האם היא עצמאית? מי עומד בראשה?" מאוני משפט ו 105, 109–118 (2007); מורן סבוראי "העצמאות השיפוטית כרכיב מרכזי באתיקה שיפוטית" שערי משפט ה 295 (2010); מיכל אגמון-גונן "אי-תלות שיפוטית? האיום מבפנים?" המשפט י 213 (2005); שלמה לוין "אי תלות שיפוטית – מבט כלפי פנים" עיוני משפט כט 5 (2005).

²⁴⁸ "התערבות היועץ המשפטי לממשלה בהליכי חקיקה", לעיל ה"ש 82, בעמ' 2.

²⁴⁹ עניין צמח, לעיל ה"ש 2.

בשעה שיבחן את חוקתיותו של חוק.²⁵⁰ הגדיל לעשות השופט קדמי בקובעו, בדעת מיעוט, כי לא יהיה זה נכון להעמיד חוק מתקן "מיטיב" בעליל לבחינה חוקתית, משום שיש לעודד חקיקה מתקנת מיטיבה הבאה להתאים חוק ישן לדרישות החוקתיות שנכנסו לתוקף אחריו. פתיחת פתח לביקורת חוקתית של חוק מתקן "מיטיב" תרתיע את המחוקק מתיקון חוקים ישנים בהדרגה, ותביא לידי הקפאת החוק הישן כמות שהוא.²⁵¹ משקל דומה יכול להינתן מקום שהכנסת מתקנת הצעת חוק בהתאם לחוות-הדעת החוקתית, או להפך – מקום שהכנסת מתעלמת מחוות-דעת חוקתית שלפיה הצעת החוק אינה עומדת במבחני החוקתיות.²⁵²

פרופ' גיאורג ונברג (Georg Vanberg), אשר חקר את פעולת-הגומלין בין ביקורת שיפוטית לבין בית-המחוקקים, הראה כי לסביבה הפוליטית שבתוכה פועל בית-המשפט יש השפעה מכרעת על האופן שבו הוא ישתמש בכוחו.²⁵³ השפעה דומה יש לביקורת חוקתית המתקיימת במסגרת הליך החקיקה. לא בכדי פרופ' מארק טושנט מציינ כי במדינות שיש בהן ועדות שתפקידן לקיים ביקורת פרלמנטרית, בתי-המשפט "אולי שלא במפתיע... כמעט (או אף פעם) אינם קובעים שחקיקה היא לא חוקתית".²⁵⁴ ככל

250 שם, בעמ' 261.

251 שם, בעמ' 288–289.

252 מעניין להשוות זאת למצב בצרפת, שם לחוות-הדעת של מועצת המדינה (Conseil d'Etat) כמייצעת במסגרת הליך החקיקה יש משמעות מכרעת לנוכח תפקידה הנוסף כערכאה שיפוטית. ראו Questiaux, לעיל ה"ש 140, בעמ' 255: "the Conseil d'Etat as advisor is effective within the administration because it has a very clear relationship with the judge. There is no beating about the bush. An action taken after the Conseil d'Etat has advised upon it, but against that advice, may be annulled by the Conseil, or whatever administrative court may have jurisdiction. This is the rule, and this is reality. Not only is it acceptable but it is the best incentive to be thorough in identifying causes of illegality; and it is because the Conseil may brandish the sword of judicial control, that it is respected as advisor"

253 ראו: Georg Vanberg, *Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review*, 45(2) AM. J. POL. SCI. 346 (2001).

254 ראו מארק טושנט "נגד ביקורת שיפוטית" מאוני משפט ז 9, 23, ה"ש 37 (2010). כך, למשל, נטען ביחס ליפן כי בזכות פעולת הביקורת החוקתית הקפדנית והמקצועית הנעשית במשרד לחקיקה ממשלתית, בית-המשפט העליון אינו מוצא כמעט כשלים חוקתיים בתוצר החקיקה הסופי. ראו: Yasuo Hasebe, *The Supreme Court of Japan: Its Adjudication on Electoral Systems and Economic Freedoms*, 5(2) INT'L J. CONST. L. 296, 298 (2007). לגישה הפוכה, שלפיה עבודתו של המשרד לחקיקה משפטית אינה משפיעה על החלטותיו של בית-המשפט העליון ביפן, ראו Law, *Why Has Judicial Review Failed in Japan?*, לעיל ה"ש 148, בעמ' 1455–1456. גם ביחס לשוודיה נטען כי חוק שעבר את מועצת החקיקה ללא כל ביקורת על רקע חוקתי ייצא לעיתים נדירות בלבד (אם בכלל) כבלתי-חוקתי בהליך של ביקורת שיפוטית. ראו Bull, לעיל ה"ש 152, בעמ' 407. באופן דומה נטען ביחס לפינלנד כי אם הוועדה למשפט חוקתי קבעה מפורשות בביקורת מקדמית של חוק כי הוא אינו מפר את החוקה, אזי אי-אפשר כמעט להעלות על הדעת שבית-משפט יקבע אחרת. ראו Tuori, לעיל ה"ש 150, בעמ' 381.

שיתחזק הליך הביקורת החוקתית הפרלמנטרית כן תתחזק גם "חזקת החוקתיות" שבית- המשפט מקנה לחקיקה היוצאת מתחת ידה של הכנסת.

עוד לעניין ההשפעה של הביקורת הפרלמנטרית על הביקורת השיפוטית – ייתכן שעם הזמן תתרום ביקורת כאמור לעיצובן של זכויות האדם החוקתיות אף בבתי- המשפט.²⁵⁵ אכן, אחד הקשיים בביקורת פרלמנטרית במדינה כישראל, אשר חסרה חוקה כתובה, שלמה ונוקשה, הוא שקיים מרחב רחב יותר לדיון באשר למה "חוקתי" או "אינו חוקתי".²⁵⁶ אולם כמאמר העם, "אין רע בלי טוב": בעידן של מחלוקת לעניין היקף ההגנה החוקתית הניתנת לזכויות-היסוד במסגרת חוקי-היסוד,²⁵⁷ ייתכן שעמדה עקבית של המחוקקים במסגרת הליך החקיקה תתרום לעיצובה של פרשנות מסוימת גם בבתי- המשפט. יש לראות אפוא את הליך הביקורת הפרלמנטרית לא כפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, אלא כמהלך לחיזוק הדיאלוג החוקתי, המבטא תפיסה מודרנית של עיקרון זה.²⁵⁸ אולם חשוב לוודא כי שיח זה בין הרשויות יהא אכן "דיאלוג", ולא "מונולוג" שבו הכנסת תנסה אך לנחש כיצד יגיב בית-המשפט על הביקורת הפרלמנטרית.²⁵⁹ מכל מקום, בין אם אכן ייווצר בהליך האמור דיאלוג חדש בין הכנסת לבין בית-המשפט העליון ובין אם לאו, יש חשיבות רבה לעצם הפוטנציאל לעורר את נושא הזכויות החוקתיות במסגרת השיקולים הפוליטיים.

255 על עיצובן של זכויות פרי ביקורת פרלמנטרית ראו: Janet L. Hiebert, *New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?* 82

TEX. L. REV. 1963 (2004); Janet L. Hiebert, *Interpreting a Bill of Rights: The Importance of Legislative Rights Review*, 35 BRIT. J. POL. SCI. 235 (2005)

256 ראו Oliver, *Constitutional Scrutiny*, לעיל ה"ש 132, בעמ' 33.

257 ראו, למשל, הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997); הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **משפט ועסקים** א 59, 66–72 (2004).

258 מרזל "מעמד הכנסת", לעיל ה"ש 220, בעמ' 361. ראו, למשל, על השפעת הצ'רטר הקנדי על הדיאלוג בין בתי-המשפט לבין המחוקקים בקנדה ועל "השפה החוקתית" של המחוקקים שם: Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*, 35(1) OSGOODE HALL L.J. 75, 101–103 (1997); PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 891–901 (2001). למבט ספקני על הדיאלוג האמור ראו: Christopher Manfredi, *The Unfulfilled Promise of Dialogic Constitutionalism: Judicial-Legislative Relationships under the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in PROTECTING RIGHTS WITHOUT A BILL OF RIGHTS: INSTITUTIONAL PERFORMANCE AND REFORM IN AUSTRALIA 239 (Tom Campbell, Jeffrey Goldsworthy & Adrienne Stone eds., 2006).

259 ראו: Jonathan Morgan, *Amateur Operatics: The Realization of Parliamentary Protection of Civil Liberties*, in THE LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: SKEPTICAL ESSAYS 428, 429 (Adam Tomkins, K.D. Ewing & Tom Campbell eds., 2011); Grégoire C.N. Webber, *The Unfulfilled Potential of the Court and Legislature Dialogue*, 42 CAN. J. POL. SCI. 443, 444 (2009).

לסיכומו של דבר, יש לעגן במסגרת הליך החקיקה בכנסת מנגנון ביקורת פרלמנטרית לבחינת הלימתם של הסדרים מוצעים עם חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. קיימים כמה מודלים אפשריים לביקורת כאמור, אך מוצע כי זו תיעשה במסגרת הדיונים בוועדת הכנסת הרלוונטית. ביקורת זו תכלול הגשת חוות-דעת חוקתיות לגבי הצעות חוק מטעם היועץ המשפטי לוועדה. לחוות-הדעת כשלעצמן לא יהיה מעמד מחייב, אולם הן יחייבו למצער דיון בהשלכות החוקתיות של הצעות חוק. על מנגנון הביקורת הפרלמנטרית לכלול גם ציון השלכות של ההסדר המוצע על זכויות האדם החוקתיות בדברי ההסבר של הצעות חוק, בעת הצגת הצעות חוק במליאת הכנסת וכן בעת אישורה של חקיקת-משנה בוועדות הכנסת. יתר על כן, יש לחזק באופן מתמיד את האמצעים והצוות המקצועי שיעמדו לרשות חברי-הכנסת לשם עריכת ביקורת פרלמנטרית כאמור. למנגנון זה ייתכן שתהא השפעה מכרעת על בית-המשפט בבואו לערוך ביקורת שיפוטית לדבר חקיקה.

סיכום

"הוראות חוקי-היסוד", כפי שצינו רובינשטיין ומדינה, "צוברות בשנים האחרונות הכרה ציבורית כביטוי לערכי יסוד, מהם אין רשאית הכנסת לסטות". עוד הם מוסיפים, כי "מודעת הכנסת עצמה היטב ל'עליונות' חוקי-היסוד, והיא רואה עצמה מחויבת לכבד את הוראותיהם".²⁶⁰ מודעות זו אינה מספקת. יש לכלול במסגרת הליך החקיקה משוכה פורמלית של ביקורת פרלמנטרית קפדנית, רציונלית ושיטתית של חקיקה מוצעת, ממשלתית ופרטית, לאור חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. ביקורת פרלמנטרית זו תהא מורכבת מכמה שלבים:

1. בעת הצגת הצעת חוק במליאת הכנסת, יציין מציג ההצעה את השלכותיה החוקתיות של החקיקה המוצעת.
2. השלכות חוקתיות אלה יצינו גם בדברי ההסבר של הצעות חוק העומדות לקראת קריאה ראשונה, וכן על-ידי מחוקק-המשנה בעת אישורה של חקיקת-משנה בוועדות הכנסת.
3. במהלך הדיונים בוועדות הכנסת יידרש יועצה המשפטי של כל ועדה להניח על שולחן הוועדה חוות-דעת חוקתית – שעל מאפייניה עמדנו בתת-פרק 2ג – בדבר הלימתם של ההסדרים המוצעים עם הוראותיהם של חוקי-היסוד. חוות-הדעת החוקתית לא תהא מחייבת, אך תהא חובה, למצער, לדון בה במסגרת הליך החקיקה.
4. היה אם קבעה חוות-הדעת החוקתית כי החוק אינו עומד לכאורה בתנאים הקבועים בחוקי-היסוד – קרי, על פניו הצעת החוק אינה חוקתית – והוועדה לא תיקנה את

260 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 108–109.

הוראת הצעת החוק בהתאם, תועבר חוות-הדעת לכלל חברי-הכנסת לפני הדיון במליאת הכנסת בקריאות השנייה והשלישית.

5. יש לחזק באופן מתמיד את האמצעים והצוות המקצועי – לרבות סיוע של מומחים, הספקת מדריכים כתובים והדרכות תקופתיות בעניין כיבוד זכויות חוקתיות והגנה עליהן – אשר יעמדו לרשות חברי-הכנסת לשם עריכת הביקורת הפרלמנטרית.

נראה כי כל עוד לא ייחקק חוק-יסוד: החקיקה,²⁶¹ על ההסדרים המוצעים לעיל להיקבע בתקנון הכנסת. תיקון התקנון הינו הליך קל ונוח יחסית, וכל שנדרש הוא רוב רגיל של משתתפים בהצבעה במליאת הכנסת.²⁶² תיקון התקנון ברוח ההסדרים המוצעים יכול להניב שיפור משמעותי והגנה מרבית על זכויות האדם, וייתכן שלמנגנון זה תהא השפעה מכרעת בבוא בית-המשפט לערוך ביקורת שיפוטית לדבר חקיקה. אין בכוננת מאמר זה להוות מחקר שלם ומקיף בדבר הביקורת הפרלמנטרית על חוקתיותן של הצעות חוק במסגרת הליך החקיקה. יש מקום למחקרים מעמיקים, תיאורטיים ואמפיריים.²⁶³ וולטר בג'ט (Walter Bagehot) פתח את חיבורו המפורסם על החוקה האנגלית בציטוט קביעתו של ג'ון סטיוארט מיל: "On all great subjects, much remains to be said".²⁶⁴ נראה כי הדבר נכון גם לגבי הסוגיה של חוקי-היסוד והליך החקיקה. מטרתו של מאמר זה להצביע על הצורך בדיון משפטי וציבורי בדבר עיגון הליך של ביקורת פרלמנטרית במסגרת הליך החקיקה, לנוכח אחריותה של הכנסת לכבד את זכויות האדם החוקתיות. הרעיון, כפי שהביע אותו פרופ' מרדכי קרמניצר, הוא שהמשמעות של המהפכה החוקתית היא הפיכת העקרונות שבחוקי-היסוד לחלק מ"שפת החברה". לא יהיה אפשר להצליח בכך אם המחוקק עצמו לא יתחשב בחוקי-היסוד. מטרתה של חקיקת-היסוד היא קודם-כל ריסון עצמי של הכנסת, ולשם כך עליה להתחשב בחוקי-היסוד. אם לא תעשה כן, ייאלץ בית-המשפט לשמש רסן ולפסול חקיקה של הכנסת.²⁶⁵ אכן, הכנסת יצאה בשנים האחרונות בביקורת חריפה על בית-

261 עד כה טרם התקבלו הצעות לעגן את הליכי החקיקה בחוק-יסוד. ראו, למשל, את הצעת חוק הליכי חקיקה, התשנ"ג-1993, ה"ח 91. לעניין זה ראו דן מרידור "עיקרים בהצעת חוק-יסוד: החקיקה" **משפט וממשל** א 387 (1993); תזכיר הצעת חוק-יסוד: החקיקה, התשס"ד-2004 (נוסח ועדת נאמן).

262 ראו ס' 150-155 לתקנון הכנסת, לעיל ה"ש 75.

263 השוו: Brian Galligan & Emma Larking, *Rights Protection – Comparative Perspectives*, 44 (2009) AUSTL. J. POL. SCI. 1 (המדגישים את הצורך במחקר אמפירי באשר להשפעתן של מגילות זכויות אדם על ביקורת פרלמנטרית); Carolyn Evans, *Messages from the Front Line: Parliamentarians' Perspectives on Rights Protection*, in THE LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: SKEPTICAL ESSAYS 329 (Adam Tomkins, K.D. Ewing & Tom Campbell eds., 2011) (המציג ראיונות עם חברי פרלמנט אוסטרליים לעניין עמדתם באשר לתפקידו של הפרלמנט בהגנה על זכויות).

264 WALTER BAGEHOT, THE ENGLISH CONSTITUTION 30 (2005).

265 "תהליכי החקיקה בעידן חוקי היסוד", לעיל ה"ש 33.

המשפט העליון בקשר לפסילת חקיקה שיצאה מתחת ידיה. שיתוף-פעולה של חברי-הכנסת, כפי שמוצע כאן, אמור למזער את ההתערבות השיפוטית בחקיקה. ייתכן שבכך גם יתהפך לו המאזן השורר למן קום המדינה, שבו בית-המשפט מהווה את הרשות העיקרית הפועלת להגנה על זכויות אדם ולקידומן.²⁶⁶ על חשיבותה של הביקורת הפרלמנטרית עמד פרופ' דייוויד פלדמן:

"...rights must become part of the way of thinking of all public servants, because we cannot rely on any one institution – whether Parliament, government, the courts or service providers – to carry the burden alone. Parliament must show leadership, but the main responsibility for protecting rights must be shared among all who make decisions affecting members of the public."²⁶⁷

יש אפוא לראות בכנסת שותפה פעילה, יחד עם המערכת השיפוטית, במאמץ המשותף להגנה על זכויות אדם. אין לראות בהגנה על זכויות אדם הליך לעומתי המשרה מתח בין רשויות השלטון השונות, האמורות לגבור האחת על רעותה. לכן, במקום להמתין לביקורת שיפוטית של בית-המשפט העליון, על הכנסת לאמץ הליך מסודר של ביקורת פרלמנטרית בדבר חוקיותן של הצעות חוק. אולם גם אם יוטמע נוהל זה, לא יתרחש כל שינוי כל עוד חברי-הכנסת לא ישתפו פעולה וייתחסו להליך זה ברצינות המתאימה. על חברי-הכנסת לראות את היועץ המשפטי לכנסת כשותף למטרות שהכנסת מעוניינת לקדם וכמי שמסייע להם בהליך החקיקה, ולא כמכשול הבא להקשות עליהם את הליך החקיקה. על חברי-הכנסת לזכור כי בסופו של יום האחריות מוטלת עליהם. בשורה התחתונה, מאמר זה מהווה קריאה לחברי-כנסת ישראל להעמיד את חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם כנר לרגליהם במסגרת הליך החקיקה, להתייחס לזכויות-היסוד של

266 לדין בהיסטוריה של ההגנה על זכויות אדם במשפט הישראלי ראו הופנונג "ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית", לעיל ה"ש 32, בעמ' 222–225; דוד קרצמר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי – הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" **משפטים** כח 359 (1997); דוד קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית-המשפט העליון – זכויות אדם" **משפט וממשל** ה 297 (2000); עמוס שפירא "בית-המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר?" **עיוני משפט** ג 625 (1973); מאיר שמגר "חקיקה, שפיטה וזכויות האזרח" **הפרקליט** 5 (1987); עמוס שפירא וברוך ברכה "המעמד החוקתי של זכויות הפרט" **עיוני משפט** ב 20 (1972); Amos Shapira, *The Status of Fundamental Individual Rights in the Absence of a Written Constitution*, 9 ISR. L. REV. 479 (1974); Baruch Bracha, *The Protection of Human Rights in Israel*, 12 ISR. L. REV. 110 (1982); Asher Maoz, *Defending Civil Liberties Without a Constitution – The Israeli Experience*, 16 MELB. U. L. REV. 815 (1988).

Feldman, *Can and Should Parliament Protect Human Rights?* 267, לעיל ה"ש 130, בעמ' 651.

האדם ברצינות, כניסוחו של פרופ' רונלד דוורקין (Ronald Dworkin).²⁶⁸ כדברי הנשיא ברק בסוף חוות-דעתו בעניין **בנק המזרחי**:

"אכן, נוצר סיכוי כי השינוי החוקתי יופנם, כי זכויות האדם יהפכו ללחם חוקם של כל נערה ונער, וכי המודעות לזכויות... תגבר, וכן כי נהיה רגישים יותר לזכויות האדם באשר הוא אדם. הסיכוי הוא בהשתתת השלטון על החוק, ולא בהשתתת החוק על השלטון. הסיכוי הוא בהגברת מודעותה של הכנסת לתפקידה החוקתי ובחיזוק הוקרת העם למעמדה המרכזי כמעניקה חוקה לישראל. הסיכוי הוא בהכרה בתפקידו החוקתי של בית המשפט כשומר החוקה, כמאזן בין ערכים חוקתיים הקבועים בחוקה וכמפקח על חוקיות פעולותיהן של הרשויות השלטוניות. הסיכוי הוא בהעלאת קרן זכויות האדם ובקירוב הלככות בין בני אדם, שכולם נבראו בצלם הבורא."²⁶⁹

לכנסת יש תפקיד חשוב בהגשמת כל אלה. פתחנו מאמר זה בתיאור תרומתו ופועלו של פרופ' אמנון רובינשטיין כמשפטן חוקתי בכנסת. אין מתאים מלסגור כעת את המעגל ומלפנות לקראת סיום אל דברים שכתב פרופ' רובינשטיין בתחילת שנות השבעים לעניין ההתפתחות העתידית של המשפט בישראל:

"אם אנו מפנים את מבטנו מן העבר אל העתיד ושואלים את עצמנו באלו כיוונים חייב המשפט הישראלי להתפתח, כדי לשרת את צרכי החברה הישראלית, חשוב שנדע את מגבלותיו של בית-המשפט בהתפתחות מסוג זה. רק במקרים נדירים יכולים בתי-המשפט, כשלעצמם, לקדם ולעמוד לפני המחנה... תפקיד קידומו של המשפט הישראלי יפול, אפוא, בהכרח על הכנסת. תפקיד זה מחייב התאמת המערכת המשפטית למציאות עליה מורכבת אותה מערכת."²⁷⁰

פסקה זו נכונה במיוחד לגבי כיבוד זכויות אדם במסגרת הליך החקיקה. הליך החקיקה חייב להתאים את עצמו למציאות החוקתית. אל לחברי-הכנסת לראות בביקורת פרלמנטרית משום הגבלה של כוחם כמחוקקים; היפוכו של דבר – ביקורת פרלמנטרית אשר תגביר את כיבוד זכויות האדם החוקתיות תחזק את הלגיטימציה של בית-

268 RONALD DWORGIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1978). לעניין חובת הפרלמנט "להתייחס לזכויות אדם ברצינות" ראו: 5 K.C.L.J. 1 Anthony Lester, *Taking Human Rights Seriously*, (1994–1995).

269 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 10, פס' 109 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
270 אמנון רובינשטיין "המשפט בישראל בשנות ה-70" **עיוני משפט** ב 271, 279 (1972). ראו גם אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** ד 133, 160 (1997): "אינני משוכנע שאמנם מהפכה צפויה לנו מבית-המשפט העליון. לעצמו ולסמכויותיו בית-המשפט אמנם עשה מהפכה, אך האם הוא יעשה אותה גם לחברה הישראלית? בכך אני מטיל ספק. אין זה מטבעם של בתי-משפט לקדם מהפכות חברתיות."

המחוקקים, ובכך תעצים את כוחו, ולא תגבילו.²⁷¹ "מיטב הפיקוח על כוח", כתב פרופ' לינטון קולדוול (Lynton Caldwell), "הוא לא בהגבלות נוקשות, אלא ביצירת אפיקים שדרכם יופעל באחריות".²⁷² הליך של ביקורת פרלמנטרית, כמוצע במאמר זה, מהווה אפיק אחד שדרכו יופעל כוחו של המחוקק באחריות.

271 ראו את הטענה לגבי נחיצותה של ביקורת פרלמנטרית באוסטרליה: Susan Ryan, *Parliamentary Scrutiny of Human Rights – A Bridge Too Far?* RIGHTS NOW – HUMAN RIGHTS IN AUSTRALIA (14.2.2011), available at rightnow.org.au/topics/bill-of-rights/parliamentary-scrutiny-of-human-rights-a-bridge-too-far/: "If parliament fails to put even these modest requirements for better scrutiny and recognition of Australia's existing human rights obligations into law, the community will become even more jaded and cynical about our politicians... Those people see parliament as having a fundamental responsibility to use its powers to protect the rights of vulnerable people. By enacting the Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Bill, the parliament would rebuild some confidence in the community".

272 LYNTON CALDWELL, *THE ADMINISTRATIVE THEORIES OF HAMILTON AND JEFFERSON* 19 (1944), מצוטט אצל הרמנס, לעיל ה"ש 70, בעמ' 34.

