

הצעה לאימוץ מנגנון לביקורת אפריורית על הליך החקיקה החוקתי בישראל

במאמר זה נציע לאמץ מנגנון לביקורת אפריורית על הליך הכינון והתיקון החוקתיים בישראל. טענתנו היא שבהיעדר חוק-יסוד: החקיקה או חוק במעמד נורמטיבי "רגיל" המתווה את הליך התיקון החוקתי, נדרש שינוי עמוק ומקיף בכל הקשור לעבודת החקיקה של המכונן ובעיגון של גורמי בקרה משמעותיים יותר בשלבים מוקדמים של הליך החקיקה החוקתי. התזה המוצעת במאמר עוסקת בעיגון של גוף בקרה חיצוני, שאיננו בית המשפט, שמטרתו הבלעדית תהא לבקר הליכים חוקתיים עוד במסגרת הדיונים המוקדמים בכנסת וטרם פרסומם. מודל זה, השואב השראה ממודל הביקורת המוקדמת על חקיקה כפי שמקיימת המועצה הצרפתית החוקתית (Conseil Constitutionnel), יציע לבסס דגם שנועד לעגן אפשרות לביצועה של ביקורת אפריורית על הליכי החקיקה החוקתיים בכנסת. לדעתנו, אימוץ מנגנון זה עשוי לסייע בקידום של עקרונות הליכיים חוקתיים, כגון השתתפות, התדיינות, שקיפות ושיתוף הציבור, באופן שעשוי להגביר את הלגיטימציה ואמון הציבור בהליך החוקתי. המאמר דן בהצדקות למודל, בתמריצים לאימוצו וכן בהשפעותיו על ההיבטים ההליכיים והמהותיים.

מבוא

במאמר זה נציע לאמץ מנגנון לביקורת אפריורית (מראש) על הליך הכינון והתיקון החוקתיים בישראל. טענתנו היא שבהיעדר חוק-יסוד: החקיקה או חוק במעמד נורמטיבי "רגיל", שנועד להתוות את הליך החקיקה החוקתי, נדרש שינוי מקיף בדרכי החקיקה של המכונן לצד עיגון גורמי בקרה משמעותיים יותר בשלבים מוקדמים של הליך החקיקה החוקתי. עד היום טרם עיגן המחוקק הישראלי כללים הנוגעים להליכי חקיקה ייחודיים לכינונם ולתיקונם של חוקי-יסוד, והליך הכינון והתיקון של חוקי-יסוד זהה לזה של חוקים "רגילים". הואיל וישראל נהנית ממבנה חוקתי גמיש ונעדרת (כמעט) כל מגבלה

* גונן אילן תלמיד לתואר שלישי במשפטים באוניברסיטת בר-אילן (Gonen.ilan@biu.ac.il). גל רוזיליו תלמיד לתואר שלישי במרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב (Rosilio@mail.tau.ac.il). חלקים ממאמר זה מבוססים על עבודת התיזה שלי שנכתבה באוניברסיטת רייכמן כחלק מלימודי התואר השני במשפטים בבית הספר הארי רדזינר בהנחייתו של פרופ' אדם שנער, אשר לו נתונה תודתי העמוקה.

על שינויים חוקתיים, הרעיון המוצע במאמר דן בעיגון גוף בקרה חיצוני, שאינו בית המשפט, אשר יפקח אך ורק על הליכי חקיקה חוקתיים כבר בשלב הדיונים המוקדמים בכנסת ולפני פרסומם.¹

על רקע האמור מוצע לאמץ רובד בקרה נוסף על חקיקה, פרוצדורלי באופיו, שנועד להוסיף לנדרבך הבחינה המאוחרת שמבצע בית המשפט העליון (ex-post) גם נדרבך בחינה מוקדמת (ex-ante). רובד בחינה מסוג זה מיושם כיום בצרפת ומבוצע על ידי המועצה הצרפתית החוקתית, שמוסמכת לבצע ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה עוד במסגרת שלבי העבודה המוקדמים ותוך כדי ההליך (להלן: **המועצה הצרפתית או המועצה**); כמו כן הוא מתבסס באופן מסוים על הצעת קרמניצר-כרמון, שעסקה באימוץ מנגנון לביקורת שיפוטית אפריורית בישראל. אומנם המועצה הצרפתית אינה מבצעת ביקורת שיפוטית על הליכים ותיקונים חוקתיים (Constitutional Amendments), הואיל ופרוצדורה זו מוסדרת במפורט בחוקה הצרפתית,² אולם המועצה מבצעת ביקורת שיפוטית הליכית על חקיקה מוסדית (Institutional Acts), שהיא מעין חקיקה נלווית לחוקה הצרפתית וככזו מעניקה עקרונות מנחים לצורך התיקונים החוקתיים.³

המאמר מניח כי ייתכן שאימוץ מנגנון בקרה הליכי בהשראת הקיים במועצה הצרפתית, בשינויים מתבקשים, עשוי לסייע בקידום של עקרונות הליכיים של ההליך החוקתי, כגון השתתפות, התדיינות, שקיפות, שיתוף הציבור, היוועצות במומחים, שיתוף הייעוץ המשפטי וכיוצא בזה. במאמר נדון, בין היתר, בנושאים הבאים: הסיבות אשר בעטיין ראוי לאמץ מנגנון בקרה מוקדם כזה בישראל; ההצדקות לאימוץ מנגנון מסוג זה; התמריצים השונים של המכונן לאימוץ המנגנון; השפעות המנגנון לא רק על היבטים הליכיים אלא גם מהותיים ועוד. אנו סבורים שאימוץ מנגנון אפריורי שמטרתו המרכזית הינה עיגון סטנדרטים הליכיים הנוגעים להליכי הכינון והתיקון החוקתיים עוד במסגרת הליך החקיקה עצמו, לבטח במציאות הישראלית שבה אין בנמצא חוק-יסוד: החקיקה, עשוי להוביל לטיוב הליכים אלו. בתוך זאת, מטרתו השלובה של המנגנון המוצע היא

אנו מודים למערכת כתב העת "משפט, חברה ותרבות" על הערות מועילות ועבודת עריכה מצוינת, לעורכי הכרך "חוקה ופרוצדורה" פרופ' יניב רוזנאי ופרופ' אלון קלמנט, לשופטים.ות האנונימיים.ות, וכן לבאי ובאות כנס "משפט, חברה ותרבות" (9.1.2025) ובמיוחד לפרופ' רונן אברהם על הערותיו המועילות בכנס זה.

1 השוו לגל רוזיליו **הטמעה של מנגנון לביקורת אפריורית על הליך החקיקה בכנסת בראי המודל הצרפתי** (עבודת גמר לשם קבלת תואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת רייכמן הרצליה 2023).

2 ראו להלן בפרק א.

3 בצרפתית: Loi Orgnique, שהם דברי חקיקה במעמד נמוך מזה של החוקה ונלווים לה. המועצה הצרפתית מסתייעת בחקיקה מוסדית לצורך עיצוב נורמות חוקתיות. חוקים אלו כפופים לביקורת של המועצה, משום שהם נתפסים כחוקים ממעמד נמוך (חוק רגיל) הנלווים לחוקה הצרפתית. לעיתים קרובות, המועצה מסתייעת בסט החקיקה כמעין רפרנס (Reference) לעיצוב נורמות חוקתית מצידה. ראו Denis Baranger, *The Language of Eternity: Judicial Review of the Amending Power in France (or the Absence Thereof)*, 44 Isr. L. Rev. 389, 415 (2011).

להטיל דרישות סף הליכיות מחמירות יותר על המכונן, שיחייבו אותו לנהוג שלא באופן גחמני ותחת הנחת המוצא שמניעה מוקדמת של חקיקה חוקתית בלתי ראויה עדיפה מביטולה המאוחר.

דרך הילוכנו תהא כדלקמן: **בפרק א'** נתאר בקצרה את ההבחנות התאורטיות והנורמטיביות שבין "פוליטיקה רגילה" לבין "פוליטיקה חוקתית", בשים לב למקרה הבוחן הייחודי בישראל, אשר נעדרת הסדרה של הליך ייחודי לכינון ולתיקון של חוקי-יסוד. **בפרק ב'** נשרטט את מנגנון הביקורת השיפוטית האפריורי בהקשרים של בחינת הליכי חקיקה. לצד זאת, נסקור את מטרותיה של הבחינה האפריורית ואת ההבחנות שבינה לבין הביקורת האפוסטריורית (בדיעבד) על הליך החקיקה, וכן נציג את האופן שבו הוצע אימוץ מודל מסוג זה בישראל בעבר. **בפרק ג'** נציג את מודל הביקורת האפריורית שמבצעת המועצה החוקתית הצרפתית. המודל הצרפתי ישמש בהמשך הדברים כהשראה להצעתנו לאימוץ מנגנון אפריורי על הליך החקיקה החוקתי בישראל. **בפרק ד'** נפרט את המנגנון המוצע לביקורת אפריורית על הליך החקיקה החוקתי בישראל. נסקור את המבנה הארגוני של גוף הבקרה האפריורי, את אופן פעולתו ואת המנדט שלו, וכן נבאר כיצד גוף זה יבצע את הביקורת האפריורית. **בפרק ה'** נקדיש דיון לביקורת הקיימת על מנגנון הביקורת האפריורית ונציג ארבעה חסרונות בולטים לאימוץ מנגנון ביקורת אפריורי. נטען שחורף החסרונות יש דרכים להפחתת החשש מפני התגשמותם וכי המנגנון המוצע טומן בחובו פוטנציאל לטייב את תהליך החקיקה ולהגביר את האחריותיות ושיתוף הציבור בהליך החוקתי. **בפרק ו'** נסכם.

א. הליך החקיקה החוקתי

דיני החקיקה, שנועדו להסדיר את הליך החקיקה ואת סדרי עבודתה של הכנסת,⁴ מוסדרים בישראל ברובד נמוך מאוד ומעוגנים ברובם בתקנון הכנסת, שהינו תחיקת משנה.⁵ כמו כן, בישראל כמעט אין כל מגבלות הקשורות להיקף הצעת חוק או למספר הנושאים שיכולים להיכלל בהצעה – הן בנוגע לחוקים "רגילים" ולא כל שכן בנוגע לחוקי-יסוד. לצד זאת קיים מנגנון בקרה מוקדם בכנסת בדמות הייעוץ המשפטי של הכנסת (הפועל בעיקר בוועדות הכנסת). ואולם, אין מדובר במנגנון מחייב.⁶ מנגד יש כמה מגבלות, פרוצדורליות בעיקרן, בנוגע להליכי החקיקה שהמחוקק נדרש לקיים במסגרת הליך לקידום הצעת חוק, כגון כיבוד כל שלבי החקיקה,⁷ עמידה בזמני קריאות

4 איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" **עיוני משפט** 650, 645 (2016).

5 אריאל בנדור "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" **משפטים** כב 571, 574 (1993).

6 קרן הורוביץ ואיתי בר-סימן-טוב "הייעוץ המשפטי לכנסת ומקומו בהפרדת הרשויות בהליכי החקיקה" **עיוני משפט** מד 267, 308-310 (2021). יוער שבניגוד להצעות חוק פרטיות או מטעם ועדה, הצעות חוק-יסוד ממשלתיות מחייבות ביקורת של הייעוץ המשפטי לממשלה שעשויה, נוכח עמדתו המחייבת, לעצור את ההליך.

7 חלק ד' לתקנון הכנסת (28.10.2024).

לאחר הנחה של הצעת חוק,⁸ הצגת מקור כספי ודרכי מימון להצעות חוק בעלות נפקות כלכלית⁹ וכיוצא בזה.

נוסף על כך, עד היום טרם עיגן המחוקק הישראלי כללים הנוגעים להליך חקיקה ייחודי לכינונם ולתיקונם של חוקי-יסוד, והליך הכינון של חוקי-יסוד זהה להליך החקיקה של חוקים "רגילים".¹⁰ בהיעדר חוק-יסוד: החקיקה, שנועד בין היתר ובאופן תאורטי להתוות את הליך הכינון והתיקון של חוקי-יסוד,¹¹ ישראל נהנית ממבנה חוקתי גמיש ונעדרת כאמור כל מגבלה על שינויים חוקתיים. לדברי רוזנאי וכהן קיים קושי המתבטא בכך שהליך החקיקה ה"רגיל" והליך החקיקה החוקתית בישראל מתקיימים בהליך זהה וללא כל מגבלות הנוגעות למהות ולמדרג הנורמטיבי של החוק המוצע ומאתגרות אותו.¹² במילים אחרות, הליך החקיקה בישראל אינו מחולק כיאות להליך חקיקה במסלול א' לחוק "רגיל" ולחלופין להליך חקיקה במסלול ב' לחקיקה חוקתית, כפי שמתרחש במדינות דמוקרטיות רבות.¹³

הזהות של הליך החקיקה ה"רגיל" ושל הליכי הכינון והתיקון החוקתיים מטשטשת בישראל את ההבחנה שבין הפוליטיקה הרגילה לבין הפוליטיקה החוקתית.¹⁴ במילים אחרות, בעוד הפוליטיקה הרגילה היא ביטוי להתנהלותם של נציגי העם בפרלמנט ומושפעת משיקולים פוליטיים עיתיים, הרי שהחקיקה החוקתית נדרשת להתקבל בתהליך חקיקה מיוחד, שנועד להבטיח קבלת החלטות על בסיס ערכי רחב אגב בחינת השלכות ארוכות טווח ולא מתוך צורך רגעי.¹⁵ כאמור, לא אלה הם פני הדברים במציאות החוקתית-פוליטית בישראל, שבה תיקונים חוקתיים מתרחשים למכביר.¹⁶ כך, למשל, רק בכנסת ה-20 הוכנסו 15 תיקונים חוקתיים לחוקי-היסוד.¹⁷ השינויים התכופים בכללי המשחק החוקתיים בישראל, במיוחד בעת האחרונה, מעוררים תחושה, כפי שכינה זאת

8 שם, בס' 76(ג).

9 ס' 39 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 מחייב את מציע החוק לציין את דרך מימונו.

10 צבי ענבר "הליכי החקיקה בכנסת" **המשפט** א 91, 93-91 (1993).

11 דן מרידור "עיקרים בהצעת חוק-יסוד: החקיקה" **משפט וממשל** א 387 (1993).

12 עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** מד 87, 161-160 (2021).

13 הנס קלזן **על מהותה וערכה של הדמוקרטיה** 67-77 (יצחק אנגלרד מתרגם 2005).

14 עידו פורת "פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה: חוק הלאום, תורת הסמכות המכוננת ודואליזם חוקתי" **תרכות דמוקרטית** 20, 217 (2021).

15 BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE* 266-94 (1993).

16 Suzie Navot, *Israel, in HOW CONSTITUTIONS CHANGE: A COMPARATIVE STUDY* 191 (Dawn Oliver & Carlo Fusaro eds., 2011).

17 יניב רוזנאי "מרמה חוקתית" **ICON-S-IL Blog**, ה"ש 10 (31.1.2021) <https://perma.cc/23EZ-LFZD>; יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" **ספר אליקים רובינשטיין** כרך ב 1349, 1386 (אהרן ברק ואח' עורכים 2021); לסקירה השוואתית מדמוקרטיה אחרות בעולם בנושא זה ראו אלעד גיל "שינוי כללי המשחק בזמן המשחק – פתולוגיה ישראלית" **תכלית – המכון למדיניות ישראלית** (18.1.2023) <https://perma.cc/4K46-35Y5> (להלן: גיל "שינוי כללי המשחק").

רוזנאי, של "מרמה חוקתית", במובן זה שהמכונן משנה את הכללים החוקתיים כך שיתאימו לתכליות פרסונליות וקצרות ראי.¹⁸ דוגמה לכך היא תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה, שנחקק בראשית הכנסת ה-23 ונועד לעגן את הקונסטרוקציה הפוליטית המכונה "ממשלת חילופים", וכן לעגן את התפקיד של ראש ממשלה חלופי, מוסד שאין לו אח ורע בעולם.¹⁹ נטען שתיקון כזה לחוק-היסוד הוא בסימן שינוי משטרי מהותי עבור אינטרסים פוליטיים פרטיקולריים. במילים אחרות, מדובר בשינוי משטרי שנטען כי נתפר למידותיהן של שתי דמויות פוליטיות עבור נסיבות ספציפיות, כשלהליך התיקון לא קדמה בחינה מעמיקה של סעיפי החוק ולא התקיימה הערכת השפעות ארוכת טווח.²⁰ בעניין זה טען רוזנאי שבניגוד לקיים בעולם, בישראל אין "תרבות תיקון" חוקתית (Amendment Culture) כמקובל במדינות דמוקרטיות בעלות מנגנונים העוסקים בהליכי החקיקה החוקתיים.²¹ כך, במרבית הדמוקרטיות המערביות החוקה תיחשב נוקשה משום שהשחקנים הפוליטיים לא יעלו על דעתם לשנות את כללי המשחק החוקתיים לעיתים תכופות.²² לעומת זאת, בישראל מספר התיקונים החוקתיים החל משנת 2013 ועד היום עומד על למעלה מ-30, והיד עודנה נטויה.²³

- 18 רוזנאי "מרמה חוקתית", לעיל ה"ש 17. השוו לבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי).
- 19 ראו חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8), ס"ח התש"ף 34; שני שניצר ויניב רוזנאי "סימפוזיון בנושא ממשלת החילופים בעולם חוסר יציבות חוקית – מבוא" ICON-S-IL Blog (21.1.2021) <https://perma.cc/YER7-RPBN>.
- 20 שם. על חשיבה ארוכת טווח כרכיב בהליכי חקיקה תקינים ראו Timea Drinóczi, *Concept of Quality in Legislation-Revisited: Matter of Perspective and a General Overview*, 36 STATUTE L. REV. 211, 216 (2015).
- 21 רוזנאי "מרמה חוקתית", לעיל ה"ש 17.
- 22 נוקשות חוקתית אינה רק מוסדית אלא מבטאת גישה רחבה יותר. ראו Xenophon Contiades & Alkmene Fotiadou, *Models of Constitutional Change, in ENGINEERING CONSTITUTIONAL CHANGE: A COMPARATIVE PERSPECTIVE ON EUROPE, CANADA AND THE USA* 417, 458-59 (Xenophon Contiades ed., 2012). לעניין שינוי תכופ בכוללי המשחק ראו Tom Ginsburg & James Melton, *Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty*, 13 INT'L. J. CONST. L. 686 (2015).
- 23 ראוי לציין את התיקון לס' 40 לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 6), ס"ח התשע"ח 636, בעניין יציאה למלחמה (ראו גם עמיחי כהן "יש רק סיבה אחת לתיקון החפוז בחוק יסוד הממשלה" הארץ (1.5.2018) <https://perma.cc/YB97-Z3V8>); דוגמה נוספת היא תיקון לס' 33 לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 5), ס"ח התשע"ח 112, בעניין מינוי סגן שר שהתקבל בתוך 35 שעות בלבד (ראו גם עמיר פוקס "רק בישראל משנים חוקה באופן הזוי" הארץ (17.1.2018) <https://perma.cc/Z7R3-YSH5>).

הדרכים לתיקון חוקה משתנות בין מדינה למדינה.²⁴ כך, למשל, באוסטריה נקבע שתיקונים לחוקה יתקבלו בנוכחותם של לפחות מחצית מחברי הבית התחתון במסגרת הצבעה וברוב של לפחות שני שלישים מקולותיהם.²⁵ בבלגיה עוגנה בחוקה הוראה דומה שמחייבת רוב של שני שלישים מחברי הפרלמנט לנכוח בעת ההצבעה על תיקון חוקתי. לצד זאת, נקבע שמייד לאחר הכרזה של הפרלמנט על תיקון מוצע לחוקה יתפזרו שני בתיו וייערכו בחירות.²⁶ בפינלנד החוקה קובעת שבכל הנוגע להצעה לתיקון החוקה, לביטולה או לחריגה מצומצמת מהוראותיה תושהה ההצעה לאחר הקריאה השנייה בפרלמנט, וזאת עד לשיבה הראשונה של הפרלמנט החדש שיכונן לאחר עריכת בחירות. לאחר מכן, עם הוצאת דוח של ועדת הפרלמנט הרלוונטית, תוכל ההצעה להתקבל ללא שינויים מהותיים בקריאה אחת, ברוב של לפחות שני שלישים מהקולות.²⁷ בדנמרק, שבה מתקיימת שיטה פרלמנטרית דומה לזו שבשראל (מבנה אוניקמרלי), נקבע בחוקה שלאחר קבלת הצעת תיקון לחוקה ייערכו בחירות חדשות לפרלמנט. אם יקבל הפרלמנט החדש את התיקון המוצע, וללא שינוי מההצעה המקורית, הוא יובא להצבעה במשאל עם בתוך שישה חודשים. אם תזכה ההצעה לתיקון ברוב של לפחות 40% מבעלי זכות הבחירה וכן להסכמת בית המלוכה, יתקבל התיקון כסעיף קבוע בחוקה.²⁸ גם באוסטרליה הצעה לתיקון חוקה, לפי הוראות החוקה, דורשת אישור ברוב מוחלט של שני בתי הפרלמנט. נוסף על כך, בפרק זמן שבין חודשיים לשישה חודשים מיום קבלתו יובא התיקון למשאל עם בקרב בעלי זכות ההצבעה לבית הנבחרים בכל אחת מהמדינות והטריטוריות.²⁹

על כל אלה אפשר להוסיף את בריטניה וניו זילנד, אשר בדומה לישראל נעדרות חוקה פורמלית. בבריטניה, בית המשפט אינו מוסמך לבטל חקיקה של הפרלמנט, אולם מוסמך להצהיר על אי-התאמה (Incompatibility) של חקיקה לאמנה האירופית לזכויות אדם, שאומצה אל תוך הדין הבריטי הפנימי באמצעות חוק זכויות האדם (1998).³⁰ נוסף על כך, בבריטניה פועלת ועדה פרלמנטרית לזכויות אדם שמטרתה לייעץ לפרלמנט בשאלות

- 24 להרחבה ראו RICHARD ALBERT, CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: MAKING, BREAKING AND CHANGING CONSTITUTIONS (2019).
- 25 BUNDES-VERFASSUNGSGESETZ [B-VG] [CONSTITUTION] BGBl. No. 1/1930, art. 44 (Austria).
- 26 1994 CONST. (Belg.) art. 195.
- 27 SUOMEN PERUSTUSLAKI [CONSTITUTION] art. 73 (Fin.) (להלן: ס' 73 לחוקת פינלנד). ואולם, הפרלמנט בפינלנד רשאי לקבוע ברוב של חמש שישיות שההצעה דחופה, ואז אפשר לאשרה בפרלמנט הנוכחי, ללא השהיה לפרלמנט הבא, ברוב של שני שלישים.
- 28 DANMARKS RIGES GRUNDLOV [CONSTITUTION] § 88 (Den.).
- 29 AUSTRALIAN CONSTITUTION s 128. השוו 1958 CONST. 89 (Fr.) (להלן: חוקת צרפת).
- 30 ראו למשל Mike Finn & Anthony Seldon, *Constitutional Reform Since 1997: The Historians' Perspective*, in THE BRITISH CONSTITUTION 17, 29 (Matt Qvortrup ed., Human Rights Act 1998 (Eng.) ; 2013).

הלימה שבין חקיקה ראשית לבין הוראות האמנה האירופית לזכויות אדם,³¹ כלומר קיים בפרלמנט מנגנון פנימי שמפקח על עבודת החקיקה.³² לבסוף, בבריטניה מסורת דמוקרטית בת מאות שנים שלפיה אימוץ מנגנוני איזון בין הרשויות מתקבל תוך כיבוד כללי המשחק והערכים החוקתיים הבסיסיים ולא על בסיס תרבות פרלמנטרית של "תן וקח" פוליטי-קואליציוני או של קפריזה רגעית.³³ בניו זילנד עוגנה זה מכבר מגילת זכויות אדם (New Zealand Bill of Rights).³⁴ סעיף 7 במגילה מחייב את היועץ המשפטי לממשלה לבחון אם חקיקה מוצעת תואמת את ערכי המגילה, ובמקרים של אי-התאמה קיימת חובת דיווח לפרלמנט.³⁵ נוסף על כך פועלת במשרד המשפטים ועדה לייעוץ חקיקתי (The Legislation Advisory Committee), שהיא גוף עצמאי שמטרתו לבחון את ההסדרים המוצעים בהצעות חוק מסוימות ולאחר מכן לייעץ לתובע הכללי טרם קבלת החלטתו בדבר תקינותה של החקיקה באשר לנפקות ההצעות ולחוקיותן.³⁶

בישראל, לעומת זאת, נמנע המכונן מלעגן נורמות הליכיות ביחס לתיקונים חוקתיים. בשל כך, למשל, אפשר לתקן (ואף לכונן) חוקי-יסוד בפרק זמן קצר מאוד (אף של שעות!). לצד זאת, וכאמור לעיל, בשנים האחרונות חל גידול ניכר בהיקף ובתכיפות של תיקונים חוקתיים לצרכים פוליטיים עיתיים,³⁷ באופן שהעלה על נס את הצורך בעיגון כללי פרוצדורה נוקשים יותר בהליך החוקתי.³⁸ בית המשפט העליון, שמראשיתו נוקט ריסון רב בכל הקשור להיקף הביקורת השיפוטית העוסקת בהליכי החקיקה³⁹ וכמעט אינו

- 31 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, 721 (2002).
- 32 בישראל הסוגיות נבחנות בידי היעוץ המשפטי לכנסת, אך אין ועדה פרלמנטרית ייעודית שנועדה לבחון חוקתיות של הצעות חוק. על תפקיד היועצים משפטיים בהליך החקיקה ראו איתי בר-סימן-טוב "תורת החקיקה וגבולות החקיקה" **חוקים** יא 51, 78 (2018).
- 33 השווו לפסיקת מ"מ הנשיאה פוגלמן בבג"ץ 2412/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פס' 27 (נבו 3.1.2024) (להלן: עניין הנבצרות).
- 34 New Zealand Bill of Rights Act 1990 (N.Z).
- 35 Walter Iles, *New Zealand Experience of Parliamentary Scrutiny of Legislation*, 12 STATUTE L. REV. 165, 180-81 (1991).
- 36 יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" **משפט ואדם – משפט ועסקים** יד 199, 231 (2012).
- 37 כהן ורוזנאי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 160-161; גיל "שינוי כללי המשחק", לעיל ה"ש 17.
- 38 השוו לאורי אהרונסון ואח' "מחוקתיות פוגענית להליך חוקתי ראוי: נורמות הליכיות בחקיקת חוקי יסוד ובחקיקה במסלול ועדה" **עיוני משפט** מח 5 (2025).
- 39 איתי בר-סימן-טוב "בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או 'סטייה רבת' בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה?" **מחקרי משפט** לב 889 (2020); מתן גוטמן "המדינה הקואליציונית: 'חותמת הגומי' ו'להקת המעורדות' – על רמיסת הכנסת על ידי הממשלה" **ספר סלים ג'ובראן** 197 (אהרן ברק ואח' עורכים) (2023).

מתערב בפרוצדורות של הליכי החקיקה,⁴⁰ נמנע מכך ביתר שאת ובאופן שיטתי בהקשר של ההליך החוקתי.⁴¹ מעבר לכך, בית המשפט העליון נמנע מהתאמתם של מבחני הביקורת השיפוטית על הליכי הכינון והתיקון החוקתיים ומבקר גם את ההליך החוקתי באספקלריה של חקיקה "רגילה". כך, למשל, פסיקות בולטות בתחום הביקורת השיפוטית ההליכית, כגון עניין **מגדלי העופות**⁴² ועניין **קוונטינסקי**,⁴³ אשר קבעו וליטשו בהתאמה את אמות המידה לבחינה הליכית של הליך החקיקה,⁴⁴ לא הותאמו לסטנדרט החוקתי הנדרש ובית המשפט העליון בחן את הליכי החקיקה החוקתיים בסטנדרט זהה להליכי החקיקה ה"רגילים".⁴⁵ בכך נמנע בית המשפט מלהציב רף נוקשה, בהשוואה לבחינת הליך החקיקה ה"רגיל", או לחלופין מגלישה להחלת דוקטרינות הליכיות מחמירות יותר לבחינה של חקיקה חוקתית על המכונן, כגון סטנדרט הליך החקיקה הנאות (Due Process).⁴⁶ את גישתו של בית המשפט העליון בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה החוקתיים אפשר לסכם בדבריה המייצגים של השופטת דורנר בעניין **ליברמן**: "הגם שמן הראוי שבפני חברי-הכנסת יוטעם כי על הפרק עומדת נורמה חוקתית [...] היקף הדיון בהצעת חוק-יסוד נתון לשיקול-הדעת של רשויות הכנסת,

- עד היום פסל בג"ץ חוק אחד בטיעון הליכי טהור (פרק י"ב לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז-2016) במסגרת בג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (נבו 6.8.2017).
- בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו 1.1.2024) (להלן: **עניין הסבירות**) שם פסל בית המשפט העליון לראשונה חוק-יסוד. השוו לגובן אילן וגל רוזיליו "בג"ץ הסבירות: פספוס חוקתי? לקראת ביקורת שיפוטית הליכית על חוק-יסוד" <https://perma.cc/2MFL-U3ED> (2.4.2024) **ICON-S-IL-Blog**.
- בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14 (2004) (להלן: **עניין מגדלי העופות**).
- עניין קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 40.
- איתי בר-סימן-טוב "האם נותצה החומה בין עקרון ההשתתפות לדוקטרינת הליך החקיקה הנאות? הערות בעקבות בג"ץ קוונטינסקי" **ICON-S-IL-Blog** (22.3.2018) <https://perma.cc/3VG9-7RUC>. יודגש שאמות המידה להתערבות שיפוטית בהליך חקיקה גובשו בעיקר בהקשר של חוק ההסדרים והורחבו לשמש כסטנדרט גם לחקיקה חוקתית (טל גולן "הגירעון הדמוקרטי של חוק ההסדרים ושחיקתה של מדינת-הרווחה הישראלית" **משפט וממשל** יא 247 (2007)).
- היעדר מסגרת חוקתית להליך החקיקה החוקתי ואמות מידה שיפוטיות ברורות עלולים לפגוע בהליך הכינון והתיקון החוקתי ובעיצוב הנורמה החוקתית. Gonen Ilan & Gal Rosilio, *Toward Procedural Judicial Review of Constitutional Law-Making Process in Israel*, 46 STATUTE L. REV. (forthcoming 2025).
- על הליך החקיקה הנאות ראו Victor Goldfeld, *Legislative Due Process and Simple Interest Group: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of* Hans A. Linde, *Due ; Congressional Processes*, 79 N.Y.U. L. REV. 367 (2004) *Process of Lawmaking*, 55 NEB. L. REV. 197 (1975).

ובלבד שמקוימות הוראות התקנון, וניתנת לחברי הבית הזדמנות הוגנת ליטול בדיון חלק".⁴⁷

על רקע האמור, אנו סבורים שנכון לעגן מנגנון בקרה אפריורי (להלן: **גוף הבקרה** או **גוף הבקרה האפריורי**), שתפקידו ומטרתו הם הגברת המודעות (החסרה) של המכונן להשלכות האפשריות של חקיקה חוקתית באופן שנועד להקשיח את סף האחריות המוטל על חברי הרשות המכוננת. המנגנון המוצע להלן מתמקד בהליך החקיקה החוקתית, שמטרתו לסייע בעידוד עקרונות הליכיים, שלובים זה בזה, של ההליך החוקתי, ביניהם: השתתפות, התדיינות, שקיפות ההליך לציבור, היווצרות במומחים, שיתוף הייעוץ המשפטי ושיתוף הציבור במסגרת ההליכים החוקתיים.⁴⁸ עקרונות אלה רלוונטיים גם לחקיקה "רגילה", אך בשל חשיבותם המיוחדת ביחס להליכי חקיקה חוקתיים, ובאופן מעשי מול הכמות הגדולה של חקיקה "רגילה" בכנסת שאיננה מאפשרת בדיקה אפריורית מקיפה, יש לבחון אותם מראש במיוחד בהקשר החוקתי. בדיקה כזו נחוצה גם בהתאם לתפיסה התומכת בהבחנה שבין חקיקה חוקתית ל"רגילה" ובהחמרת רף הביקורת והקדמתה לשלב מוקדם יותר.⁴⁹ יוער שכינון עתידי היפותטי של חוק-יסוד: החקיקה לא ייתר לדעתנו את הצורך בקיומו של גוף בקרה אפריורי, שכן, כפי שיוצג, גוף הבקרה האפריורי נועד להתאים את אופני פעילותו לנורמות שייקבעו בחוק-יסוד: החקיקה (אם אלה אכן ייקבעו בחוק-יסוד כזה). משכך, נציע שבמקרה שחוק-יסוד כזה יכונן ישלימו השניים זה את זה.

ההתמקדות במאמר בהליכי חקיקה חוקתיים נשענת על שתי הנחות: **הראשונה**, קיים הבדל רעיוני בין תוצאה של פגם בחקיקת חוקים ברובד נורמטיבי "רגיל" לבין פגם בחקיקה ברובד החוקתי, כלומר אף אם יתרחש בהליך החקיקה של חוק "רגיל" פגם הליכי דומה לפגם בהליך של חקיקת חוקי-היסוד, התוצאה בפועל דורשת התייחסות מובחנת ושונה. במילים אחרות, בעוד חקיקה "רגילה" אינה פרק מתוך חוקתה העתידית של המדינה ואינה משמשת כתחליף זמני לחוקה⁵⁰ ואף אפשר לבצע ביקורת שיפוטית

47 בג"ץ 5163/99 **ליברמן נ' ראש הממשלה**, פס' 4 לפסק הדין של השופט דורנר (נבו) 5.8.1999.

48 לאחרונה פורסם דוח מקיף הנוגע לחשיבותם של מאפייני חקיקה מעין אלו על ידי המשרד למוסדות דמוקרטיים וזכויות אדם באירופה. ראו Organization for Security and Co-operation in Europe, Office for Democratic Institutions and Human Rights [OSCE/ODIHR], *Guidelines on Democratic Lawmaking for Better Laws*, (Jan. 16, 2024) <https://perma.cc/3CJG-8YKS>.

49 William Partlett & Zim Nwokora, *The Foundations of Democratic Dualism: Why Constitutional Politics and Ordinary Politics are Different*, 26 CONSTITUTIONS 177 (2019).

50 ראו עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 18, בפס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל ("חוק יסוד אינו עומד באותו מדרג כחוק רגיל").

בנוגע אליה, אין הדבר נכון לגמרי כשמדובר בחקיקה חוקתית, לבטח במישור ההליכי.⁵¹ גם במבט השוואתי הליך הכינון והתיקון החוקתיים הוא לרוב נוקשה יותר מאשר הליך החקיקה ה"רגיל"⁵² וכולל עיגון נורמות הליכיות-מוסדיות קפדניות כגון מגבלות טמפורליות (Temporal Limitations) ומגבלות דיוניות (Deliberation Ceilings),⁵³ כמו למשל: קביעת זמני התדיינות מינימליים להתדיינות חוקתית;⁵⁴ קביעת מכסת דיונים מינימלית בהצעות חוקתיות (למשל כלל המבחין בין הצעות כינון לבין תיקון של חוקי-יסוד);⁵⁵ כללי צינון שמונעים מהמכונן להציע הצעות חוקתיות לפרקי זמן מוגדרים לאחר קבלת תיקון חוקתי;⁵⁶ עיגון חובת קוורום (מניין חוקי) השתתפות (נוסף על קוורום הצבעה) בדיונים חוקתיים;⁵⁷ הוראות חוקתיות נוספות שנועדו לעודד תפיסות של קבלת החלטות חוקתיות על בסיס מושכל. **ההנחה השנייה**, הביקורת האפוסטריורית על הליכים חוקתיים טרם הותאמה לאמות המידה המחמירות של הפוליטיקה החוקתית. מיאונן של בית המשפט להתערבות בנורמות חוקתיות, בעיקר במישור ההליכי, עשוי להצדיק הקמת גוף שנועד לטייב את הליך קבלת ההחלטות לכינון או לתיקון פרקים מהמסמך המכונן של האומה. נוסף על כך, בחרנו להתמקד בביקורת הליכית, הואיל ובניגוד לביקורת השיפוטית המהותית על חוקי-יסוד, שפותחה בפסיקה לאורך השנים (דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי ושימוש לרעה בסמכות מכוונת), טרם פותחו מבחנים הליכיים שהותאמו להליכים חוקתיים.

ב. ביקורת אפריורית על הליך החקיקה

התאורטיקן סטון סוויט (Stone Sweet) הבדיל בין שתי שיטות נהוגות לביקורת שיפוטית חוקתית: האחת בחינת חקיקה מראש, קרי בחינה אפריורית (a-priori), והאחרת בחינת חקיקה בדיעבד, קרי בחינה אפוסטריורית (a-posteriori). את השיטה האפוסטריורית הגדיר סטון סוויט ככזו שבאמצעותה נבחנת חקיקה לאחר פרסומה ובאמצעות ביקורת שבדיעבד (ex-post). מנגד, השיטה האפריורית נועדה לבטא מאפיינים ביקורתיים

- 51 עד היום לא נפסק או נקבע בחקיקה מהו סטנדרט הבקרה הנדרש מבית המשפט בעודו בוחן הליכי חקיקה חוקתיים, כאשר הסטנדרט המקובל זהה לזה שנקבע בנוגע לחקיקה "רגילה" בעניין **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 42, ולוטש בעניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 40.
- 52 Richard Albert, *Temporal Limitations in Constitutional Amendment*, 21 REV. CONST. STUD. 37, 38-39 (2016).
- 53 שם, בעמ' 44-42.
- 54 השור (It.) Costituzione Italiana [Constitution of the Italian Republic], Art. 138 (להלן: **ס' 138 לחוקת איטליה**).
- 55 השור ; CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA art. 195(2) (S. Kor.) DAEHANMINKUK HUNBEOB [HUNBEOB] [CONSTITUTION] art. 129.
- 56 השור לס' 73 לחוקת פינלנד, לעיל ה"ש 27.
- 57 ראו למשל ס' 39(4) לחוקת צ'כיה, שדורש משלוש חמישיות מחברי הפרלמנט להיות נוכחים בעת ההצבעה על קבלת תיקון חוקתי (Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České Republiky [Constitution of Czechia], art. 39(4)).

מקדימים המתרחשים באופן אבסטרקטי וכחלק בלתי נפרד (מלכתחילה) מהליך החקיקה עצמו ועוד טרם פרסומו של חוק (ex-ante).⁵⁸ לצד זאת, בחינה אפריורית נועדה למנוע הצעות חוק בעלות פוטנציאל לפגיעה באלמנטים חוקתיים עוד במסגרת ההליך.⁵⁹ בהקשר הליכי, שיטת הביקורת האפריורית הינה מנגנון פיקוח ובקרה החולש על הליך החקיקה ומתבטא בעיתוי הביקורת ההליכית המוקדמת תוך כדי הליך החקיקה עצמו.⁶⁰ נטען כי באמצעות עיגון מנגנון לבחינה אפריורית-הליכית, המתרחשת תוך כדי ההליך עצמו, הסיכוי שחוק שקיבל גושפנקה מוקדמת (ביחס לתקינות ההליך) יבוטל בעתיד אינו גבוה.⁶¹ יתרון מרכזי בבחינה האפריורית הוא בעצם העובדה ששיטה זו אינה מבטלת את האפשרות לביקורת אפוסטריורית,⁶² זאת, באופן טבעי, בניגוד למצב הפוך. במילים אחרות, אילו עבר חוק פלוני ביקורת ובחינה מוקדמת, אולם לאחר מכן התקיים שינוי נסיבות המצדיק בחינה חוזרת,⁶³ אפשר לבצע בחינה מאוחרת אגב הישענות על ממצאי הבחינה המוקדמת.⁶⁴ זאת ועוד, אפשר להניח שגוף בקרה מאוחר עשוי לפעול בריסון ובזהירות יתרה בבדיקתו האפוסטריורית לאחר שחוק כבר נבחן קודם לכן.⁶⁵

- 58 Alec Stone, *The Birth and Development of Abstract Review: Constitutional Courts* 84 (1990) and *Policymaking in Western Europe*, 19 POL'Y STUD. J. 81, 84 (1990) (להלן: Stone); ALEC STONE SWEET, *The Birth and Development of Abstract Review* (GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE 74 (2000)).
- 59 נטען שמנגנון פיקוח על חקיקה שיבצע בחינה של הצעות חוק במהלך ההליך עשוי להועיל לכנסת בהליך הביקורת החוקתית בשלבי ההתדיינות. כך, עשוי להתייחס הצורך בביקורת שיפוטית מאוחרת (יניב רוזנאי *ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל* 46 (2021)).
- 60 ביקורת אפוסטריורית עשויה להתייחס אם הבחינה החוקתית המקדימה תהא איכותית, נוקשה ומקצועית, אף אם תבטא אלמנטים אבסטרקטיים (מארק טושנט "נגד ביקורת שיפוטית" *מאזני משפט* 9, 23 (2010)).
- 61 נטען שחורף היתרונות בביקורת אפוסטריורית, ראוי לשקול פתרונות עקיפים שימנעו מראש חקיקה בעלת השלכות שליליות – במיוחד בתחום החקיקה החוקתית (אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" *משפטים* מ 239, 254-253 (2010)).
- 62 קני וקייסי סבורים שביקורת שיפוטית מאוחרת שנחשבת "חזקה" משפיעה על רמת האפקטיביות של הביקורת האפריורית. ראו David Kenny & Conor Casey, *Shadow Constitutional Review: The Dark Side of Pre-Enactment Political Review in Ireland and Japan*, 18 INT'L J. CONST. L. 51, 62-63 (2020).
- 63 ראו להלן בפרק ד.
- 64 להרחבה לשימוש בביקורת אפריורית ראו Michael Asimow et al., *Between the Agency and the Court: Ex Ante Review of Regulations*, 68 AM. J. COMPAR. L. 332, 372 (2020). מנגד, וולדרון סבור שאחת הבעיות בשימוש בלעדי בביקורת שיפוטית אפוסטריורית היא שהפתרון, ככלל, בינארי ומושרש על תקדימים. אפשר להסיק מכך שמנגנון שמטרתו ביצוע בחינה בינארית, כבית משפט, מתאים לפעול לאחר בחינה מוקדמת של הנורמה שעולה מהחוק. ראו Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1359 (2006).
- 65 JANET L. HIEBERT, *CHARTER CONFLICTS: WHAT IS PARLIAMENT'S ROLE?* 222 (2002).

הצעה לאימוץ מנגנון לביקורת אפריורית נדונה בישראל בראשית שנות האלפיים במסגרת דיוני "המועצה הציבורית לחוקה" על ידי המלומדים קרמניצר וכרמון.⁶⁶ הצעתם כללה רעיון לעיגונו של מנגנון לביקורת חוקתית מקדימה על חקיקה בשלבי החקיקה וטרם פרסומה, זאת במטרה להבטיח שדברי החקיקה היוצאים תחת ידי הכנסת עומדים בסטנדרטים ההולמים את הוראות החוקה (או חוקי-היסוד).⁶⁷ הוצע כי תוקם מועצה שתפקידה הבלעדי יהא ייעוץ (שאינו מחייב) ופיקוח מקדימים לכנסת בנושאים חוקתיים. בה בעת, הצעת קרמניצר-כרמון עסקה גם במישור ההליכי ושאלה לעודד ולעגן סטנדרטים הליכיים תקינים שבתורם נועדו להשפיע בחיוב על ממד החוקתיות (הממד המהותי). החידוש המרכזי בהצעתם הוא ההתמקדות בשאלה היכן ומתי ראוי לבצע ביקורת על חקיקה, בשימת דגש על בחינה אפריורית סמי-שיפוטית בשלבים המקדמיים, בטרם הושלמה עבודת המחוקק ואף לפני שהחוק נכנס לתוקף ופורסם בספר החוקים.⁶⁸ יודגש שדגם קרמניצר-כרמון גובש במטרה לעצב מנגנון ביקורת על הליכי חקיקה "רגילים" ומבוסס על מודל המועצה הצרפתית, ומשכך הינו אחד המודלים הבולטים שביטאו את הרעיון של ביקורת אפריורית על חקיקה בישראל.⁶⁹ ואולם, כאמור, טשטוש ההבחנה שבין הפוליטיקה הרגילה לבין הפוליטיקה החוקתית בישראל עשוי ללמד על כך שמנגנון בקרה אפריורי צפוי לסייע ככלי חיוני לצורך פיקוח על הליכי הכינון והתיקון החוקתיים, קל וחומר בהיעדרו של חוק-יסוד: החקיקה. הדבר נכון במיוחד כאשר מנגנון הביקורת והפיקוח המקדמי העיקרי על הליך החקיקה בכנסת הוא הייעוץ המשפטי של הכנסת,⁷⁰ שממנו אפשר ללמוד על פרקטיקה חלקית, מוגבלת ושאינה מחייבת של ביקורת אפריורית על עבודת הכנסת.⁷¹ ייתכן אפוא שכדאי לאמץ מנגנון בקרה אפריורי על חקיקה חוקתית בישראל, דומה באופיו למנגנון הצרפתי, אשר ייחנה ממעמד מחייב או למצער יזכה ליחס הגון ורציני מצד הכנסת (כרשות מכוונת).⁷²

66 תהילה שוורץ אלטשולר "דגם קרמניצר-כרמון לביקורת שיפוטית" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (31.10.2001) <https://perma.cc/N876-YVFX>.

67 שם.

68 גישת בית המשפט לסוגיה היא הימנעות מהתערבות כל עוד הליך החקיקה נמשך, למעט חריגים (ראו למשל בג"ץ 10703/02 **המועצה לשיווק פרי הדר נ' ממשלת ישראל** (נבו 17.12.2002) (להלן: **עניין המועצה לשיווק פרי**)).

69 ראו להלן בפרק ג.

70 לצורכי המאמר, נניח שחוקי-יסוד מתקבלים בידי הגוף המכוון, שאינו כפוף במידה זהה לעמדות המחייבות של הייעוץ המשפטי לממשלה, כפי שנהוג בחקיקה רגילה.

71 נטען שהסיבות המרכזיות לעיגון מוסד היועץ המשפטי לכנסת נובעות מהיעדר הסדרה של דיני החקיקה בישראל ורצון לבטא צורך בבקרה על זכויותיהם וחובותיהם של חברי הכנסת בהליך. זאת כל שכן כאשר קיימת פרקטיקה של התעלמות מעמדת היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע לקידום חקיקה (הורוביץ ובר-סימן-טוב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 302).

72 ראו להלן בפרק ד.

ג. מודל המועצה הצרפתית

בפרק זה נתאר בפירוט מנגנון ביקורת אפריורית בולט כגון זה שפועל במסגרת המועצה החוקתית הצרפתית,⁷³ אשר מדגים את החשיבות של ביקורת מקדמית הליכית על חקיקה והינו כלי חיוני להבטחת התאמתה של חקיקה לחוקה ולשמירה על תהליכי חקיקה תקינים. נבהיר עתה שהמודל הצרפתי הוא בגדר השראה קונספטואלית לפיתוח הדיון התאורטי בשאלה אם ראוי לאמץ מנגנון אפריורית על הליך החקיקה החוקתי. כמו כן, נעיר שהמודל הצרפתי הוא מודל ייחודי שאין דומים לו, ומכאן שההישענות עליו להלן תיעשה בשינויים המתבקשים.

בצרפת, תפקיד הפרלמנט והיקף הסמכויות שלו קבועים בחוקה.⁷⁴ לצד זאת, כל דבר חקיקה שנקבע על ידי הפרלמנט הצרפתי מחייב הלימה לחוקה הצרפתית.⁷⁵ החוקה קובעת בסעיפים 56-63 את המהות, המבנה, הסמכות ודרך הפעולה של המועצה הצרפתית. המועצה הצרפתית (או בשמה האחר: המועצה החוקתית) פועלת כמעין בית משפט לחוקה וכאמור מוסדרת בחוקה הצרפתית;⁷⁶ בין חבריה נמנים באופן מסורתי פוליטיקאים לשעבר (בשלהי הקריירה), שופטים מערכאות נמוכות ולעיתים אקדמאים מהשורה הראשונה מתחומי המשפט הציבורי, מדעי המדינה והסוציולוגיה.⁷⁷ בכל הנוגע לביקורת מוקדמת על חוקתיות חקיקה (Constitutionality of Legislation) וכן הליכי חקיקתה, סעיף 61 בחוקה קובע שכל חקיקה מוסדית (Institutional Acts) שנועדה לבאר ולהרחיב בעת הצורך את הפירוש הנדרש מסעיפי החוקה, הצעות חוק פרטיות טרם העברתן למשאל עם וכן תיקוני תקנון של שני בתי הפרלמנט יופנו טרם פרסומם במצבים מסוימים, לבחינת המועצה הצרפתית, וזו תכריע ותפסוק בדבר התאמתם לחוקה. עוד קובע סעיף 61 שנשיא הרפובליקה, ראש הממשלה, יו"ר האספה הלאומית (בית תחתון),

73 נציין שמנגנון זה נסקר לצורכי השראה והכרה של מאפייני ביקורת אפריורית לצורך הסקת מסקנות לאופן שבו אפשר, או צריך, לאמץ בעתיד מנגנון דומה בישראל ביחס להליך החוקתי ושאינו במודל כדי להקיף את מכלול המודלים. לסקירת מודלים של ביקורת אפריורית על הליך החקיקה ראו רוזיליו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 96-106.

74 ס' 24-33 לחוקת צרפת, לעיל ה"ש 29.

75 RAYMOND YOUNGS, ENGLISH, FRENCH & GERMAN COMPARATIVE LAW 30-31 (3d ed. 2014).

76 יצוין שמאז שנת 2008 נתונה למועצה הצרפתית סמכות לבחון אפוסטריורית שאלות חוקתיות תוכניות והליכיות. בה בעת, לא מקובל לפנות בדיעבד בשאלות הליכיות, שכן הפנייה למועצה מתרחשת במהלך ההליך. לרוב, פנייה מאוחרת בנוגע לסוגיות הליכיות איננה רלוונטית אם כבר התקיימה ביקורת אפריורית, משום שלאחר קבלת גושפנקה של הליך תקין אי-אפשר לפנות למועצה בשנית, ראו: Federico Fabbrini, *Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation*, 9 GERMAN L.J. 1297, 1307-12 (2008).

77 על דרכי המינוי של חברי המועצה הצרפתית ראו: Arthur Dyeve, *The French Constitutional Council*, in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL REASONING 323, 329-30 (András Jakab et al. eds., 2017).

יו"ר הסנאט (בית עליון) או קבוצה של 60 חברי פרלמנט לפחות (חברי המועצה הלאומית או חברי סנאט) רשאים לפנות למועצה לצורך בחינה מהותית-חוקתית של חוקים וכן לצורך בחינה אפריורית של הליכי חקיקה (שמכונים Acts of Parliament) טרם פרסומם. בשני המקרים, קרי פנייה למועצה לצורך בחינה מהותית או הליכית, שבהם מפנים גורמים דבר חקיקה לבחינה אפריורית של המועצה, מוגדרת לזו מסגרת זמנים נוקשה בת 30 ימים לכל היותר לשם מתן החלטה בדבר תקינות החקיקה.⁷⁸ יודגש שסעיף 61 לחוקה הצרפתית קובע שכל הצעת חוק שהוגשה לבחינתה של המועצה וטרם הושלמה הבדיקה בגינה לא תפורסם ברשומות כחוק ולא תקבל תוקף עד קבלת אישור הלימה לחוקה באמצעותה. נוסף על כך, לפי סעיף 62 לחוקה הצרפתית נקבע שלא יתאפשר לערער על החלטות המועצה ושהחלטותיה יחייבו את כל רשויות השלטון ואת שאר בתי המשפט במדינה (העליונים והמדינתיים כאחד).

כמתואר, הביקורת השיפוטית האפריורית שמבצעת המועצה אינה מוגבלת אך למישור המהות וההלימה שבין החוק לחוקה, אלא שלמועצה סמכויות לדון בפגמים הליכיים ולפסול חקיקה עקב פגמים פרוצדורליים במסגרת ההליך הפרלמנטרי.⁷⁹ בה בעת, גם למועצת המדינה (Conseil d'État) סמכות בחינה דומה, אולם אין לה סמכות הכרעה והיא גורם מיעוט שאליו פונות הממשלה והרשות המחוקקת בעצמן לצורך קבלת חוות דעת, שאינה מחייבת, בנוגע לתקינות החקיקה.⁸⁰ אופן הביקורת האפריורית המתרחשת עוד במהלך הליך החקיקה בפרלמנט מלמד שהמועצה הצרפתית פועלת כמעין טריבונל שלוקח חלק פעיל ואפקטיבי בהליך החקיקה עצמו באופן מנותק מסכסוך קונקרטי (ועתידי) כלשהו. הליך הביקורת ודרישת ההלימה שבין חוק לחוקה (מבחינת מדרג והיררכיה נורמטיבית) הנהוג בצרפת ומיושם על ידי המועצה הצרפתית מלמד שאופן הביקורת השיפוטית של זו אינו שונה באופן מהותי מהליך החקיקה עצמו המתרחש בבית המחוקקים.⁸¹

במסגרת הביקורת ההליכית של המועצה הצרפתית, זו מתמקדת בשאלות כגון: האם התקיימו נוהלי הצבעה תקינים (קול אחד לכל אחד)? האם בין הקריאות השונות במליאה בוצעו שינויים שקשורים ללשון המקורית של הטקסט? האם התקיים דיון מלא באספות

78 במצבי דחיפות או בבקשה מנומקת של הממשלה אפשר לחייב את המועצה הצרפתית להכריע בתוך שמונה ימים (Stone Sweet, *The Birth and Development of Abstract* Review, לעיל ה"ש 58, בעמ' 90).

79 Dyevre, לעיל ה"ש 77, בעמ' 349-350.

80 על ה-Conseil d'État ותפקידו כמיעוט במסגרת הליך החקיקה ראו נטלי דודזון ואח' שיטת מינוי השופטים בצרפת (נייר עמדה 16, פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה 2023); Rob Van Gestel & Jan Vranken, *Assessing the Accuracy of Ex Ante Evaluation Through Feedback Research: A Case Study*, in THE IMPACT OF LEGISLATION 198, 201 (Jonathan Verschuuren ed., 2009).

81 קלוד קליין "בית-דין לחוקה: שלא כצעתה!" מחקרי משפט יט 497, 501 (2003); Fabbrini, לעיל ה"ש 76.

ובוועדות הפרלמנט?⁸² האם יש הלימה בין הדיון הפרלמנטרי ואיכותו לבין התיקון לחוק? ועוד.⁸³ מעבר לכך, המועצה הצרפתית שמה דגש בהקפדה על עקרון הבהירות של ההליך הפרלמנטרי, שנועד לבחון אם המחוקק הקפיד על דיון פרלמנטרי תקין, בוחנת את משך הזמן שהוקדש לבחינת טקסט חקיקתי לצורך תיקונו ומשך הדיבור של המשתתפים בדיוני הוועדה וכן סוקרת את המועדים להגשת תיקונים לחקיקה.⁸⁴ לאלה אפשר להוסיף פרמטרים נוספים שנבחנים תדיר על ידיה, לרבות ההיקף והמידה של השתתפות חברי האופוזיציה בהליך החקיקה, וכן את מידת השימוש במחקרי השפעה (Impact Assessments) טרם קידומן של הצעות חוק.⁸⁵ עוד בוחנת המועצה הצרפתית אם המחוקק הציג תשתית עובדתית ענפה המצדיקה את קידום החקיקה וכן אם ההצבעות בפרלמנט ובסנאט התקיימו כדין ולפי כללי הקוורום וההשתתפות הקבועים בחוקה ונהוגים בפרלמנט. ככלל, החלטותיה של המועצה הצרפתית מתקבלות בהסכמה באופן גורף וחוצה מפלגות (Broad Partisan Consensus), והיא זוכה למעמד כמבקרת המדיניות הראויה ביותר בצרפת.⁸⁶

זכור, במאמר זה אנו בוחנים אפשרות לפתח מנגנון ייחודי שמשלב בין התפיסה שביסוד הצעתם של קרמינצור-כרמון בנוגע להליכי חקיקה "רגילים" לבין המודל הצרפתי, שקשור בביקורת שעניינה התאמת הנורמות המשפטיות התת-חוקתיות לנורמה החוקתית העליונה במדינה (החוקה). מטרתנו היא פיתוח המחשבה על מודל לביקורת אפריורית של הליך החקיקה החוקתי, כזה שמשלב את אלמנט הביקורת ההליכית (קרמינצור-כרמון) ושאלת ההתאמה לעקרונות הליכיים חוקתיים (בדומה לצרפת).⁸⁷ אף על פי שאנו מודעים לקושי האופרטיבי שביישום המודל הצרפתי (שבו הליך החקיקה או מהותה נבחנים אפריורית ביחס לשאלת ההתאמה עם החוקה) בישראל, המאמר גובש בהנחה שבישראל טרם התגבשו עקרונות יסוד הנוגעים לשאלה כיצד ראוי לכוון ולתקן הסדרים חוקתיים. לצד זאת, נציין כי מתוך תפיסה של טיוב הליך היצירה והתיקון של נורמות חוקתיות אנו סבורים שהישענות קונספטואלית על המנגנון הייחודי הצרפתי עשויה לפתוח צוהר

82 Damien Chamussy, *La Procedure Parlementaire et le Conseil Constitutionnel*, 38 LES NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL 37 (2013) (Fr.) (ההליך הפרלמנטרי והמועצה החוקתית).

83 J.P. Duprat, *The Judicial Review of Ex Ante Impact Assessment in France: An Attempt to Fuse the Principles of Legal Certainty and Institutional Balance*, 6 LEGISPRUDENCE 379 (2012).

84 תנאים אלה "מתכתבים" עם רשימתו, הבלתי ממצה, של השופט סולברג בעניין קוונטינסקי בהמשגת "דיון כדבעי" בכנסת (לעיל ה"ש 40, בפס' 80 לפסק הדין של השופט סולברג).

85 Jonathan Verschuuren & Rob van Gestel, *Ex Ante Evaluation of Legislation: An Introduction*, in THE IMPACT OF LEGISLATION 3, 3-4 (Jonathan Verschuuren ed., 2009) (להלן: Verschuuren & Van Gestel).

86 Dyevre, לעיל ה"ש 77, בעמ' 326.

87 למרות שמנגנון קרמינצור-כרמון והמודל הצרפתי עוסקים גם בחוקתיות, אימצנו את הדוקטרינה ההליכית בלבד, שכן את ההיבטים המהותיים ראוי לבחון בבג"ץ לאחר השלמת ההליך ובמסגרת בדיקה הוליסטית של החוק.

להתדיינות על האופן שבו ראוי לבקר את הליך החקיקה החוקתי בישראל (ראו בפרק ד'), זאת נוכח ההסדרה ברובד נמוך מאוד של דיני החקיקה וטענתנו בדבר הטשטוש שבין הפוליטיקה הרגילה ובין הפוליטיקה החוקתית בישראל.

ד. המודל המוצע – יתרונות והצדקות בישראל

במבט השוואתי, בעוד נקודת המוצא היא שבמדינות דמוקרטיות ממילא עוגנו בחוקות הוראות בדבר הליך התיקון החוקתי אגב דרישה להתאמה של תוכן התיקון לנורמות חוקתיות (גם בצרפת),⁸⁸ בישראל נעדרות החוקה או נורמות הליכיות המותאמות לחקיקת חוקי-יסוד. השיח החוקתי סביב הליכי הכינון והתיקון של חוקי-יסוד התמקד היסטורית בשלושה נושאים עיקריים: ההבחנה בין פוליטיקה חוקתית לפוליטיקה רגילה באמצעות הליך נפרד ונוקשה לחקיקת חוקי-יסוד; מעמד של חוקי-יסוד לעומת חוקים "רגילים", כולל הגדרתם, עליונותם והיותם בסיס לביקורת שיפוטית; סמכות בתי המשפט, ובמיוחד בית המשפט העליון, לבצע ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד עצמם.⁸⁹ הצעתנו במאמר זה היא אפוא לבחון את הקמתו של גוף בישראל שיפעל למען קידום של הליכי חקיקה חוקתיים תקינים באמצעות מנגנון בקרה אפריורי והתמקדות בהיבטים חוקתיים הליכיים דווקא. במילים אחרות, מדובר בבחינה המתמקדת בהתאמת ההליך החוקתי לנורמות הליכיות חוקתיות ואגב כך להתאמת הנורמה הנחקקת לנורמות החוקתיות הקבועות בחוקי-יסוד.

נדגיש כי מטרתנו במאמר זה צנועה ונועדה להציע מסגרת חשיבה קונספטואלית לאימוץ מנגנון ביקורת אפריורי שתכליתו התמקדות בהיבטים חוקתיים הליכיים בהליך החקיקה החוקתי בישראל. המודל שנציע אינו בבחינת "ובא לציון גואל", אלא מאפשר את אימוצו בשלמות או לחלופין אימוץ חלקים ממנו וזאת אף כדי לעודד את רציונל הביקורת ההליכית האפריורית. לדעתנו, לצד אימוץ מנגנון אפריורי לבחינה של חקיקה גלומה הזדמנות לא רק בהיבט של בחינה מהותית של תוכן החקיקה והשלכותיה (כפי

88 השו"ל 138 לחוקת איטליה, לעיל ה"ש 54; ס' 52 לחוקת קנדה (Constitution Act, 1867), Grundgesetz [GG] [Basic Law], art. 31 & 30; ס' 79 לחוקת גרמניה (Basic Law), translation at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html.

89 לסקירה לא ממצה ראו הצעת חוק-יסוד: החקיקה, התשל"ו-1975, ה"ח 133; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, התשנ"ב-1992, ה"ח 147; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, התשס"ז-2006, פ/17/1843; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, התשס"ט-2009, פ/18/317; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, התש"ף-2019, פ/22/1383; הצעת חוק-יסוד: החקיקה והגבלת ביקורת שיפוטית על חוקים, התשפ"ב-2021, פ/24/2786.

שהוצע בהצעת קרמניצר-כרמון),⁹⁰ אלא גם, ובעיקר, בהקשר של טיוב הליך החקיקה החוקתי, כמפורט להלן.⁹¹

מוצע אפוא שסמכויותיו של גוף הבקרה האפריורי ייקבעו בחוק-יסוד, שיעגן את סמכויותיו המפורשות לבקר את הליכי התיקון החוקתי, ואותם בלבד, שמתרחשים בוועדות ובמליאת הכנסת. בדומה למודל המועצה הצרפתית, מוצע לעגן בחוק את אופיו הריאקטיבי של הגוף, קרי שפעולתו תתאפשר באמצעות בקשה יזומה בלבד. כך, מוצע שאפשרות פנייה לגוף הבקרה תיעשה על ידי קבוצה של חברי כנסת, יו"ר של ועדות הכנסת או עובדי הייעוץ המשפטי לכנסת.⁹² כמו כן, ולעומת המנגנון שקיים בצרפת ובהיעדר נורמות הליכיות חוקתיות המעוגנות בישראל, הצעתנו מדגישה את חשיבות השתתפותן של חברות הרשות המכוננת בהליך החוקתי ועשויה ליצור עבורן תמריץ לפנות לגוף הבקרה במקרה שבו יתגבש חשש לפגם בהליך החוקתי. משכך, מוצע שגוף הבקרה לא יוסמך להכריע בסוגיות אלא על בסיס עקרונות תקדימיים פסיקטיים הנוגעים לסוגיות הליכיות כפי שהוכרו בעניין **מגדלי העופות** ולוטשו בעניין **קוונטינסקי**, לפי הוראות חוק-יסוד: הכנסת, חוק הכנסת, התשנ"ד-1994, ותקנון הכנסת, שהם כיום המסגרת הנורמטיבית הבסיסית המתווה את דיני החקיקה החלקיים בישראל, וכן לפי נוהל ונוהג מקובלים. במילים אחרות, גוף הבקרה האפריורי ידרש לערוך ביקורת מוקדמת רק ביחס לפנייה המבוססת על תשתית עובדתית ומשפטית שמגובה במסגרת החוקתית, החוקית או הפסיקתית כאמור. בחינתם של עקרונות אלו אינה מתמצה אך בשאלת האפשרות של חברות הכנסת לנכוח בהצבעה ובדיונים על תיקון או כינון של חוק-יסוד, אלא כוללת דרישה מינימלית מחברי הרשות המכוננת לקחת חלק פעיל בדיונים (השתתפות) ולהבין (אף אם באופן מינימלי, אם כי מצופה שרף זה יוקשח בהליכים חוקתיים) על מה הם מצביעים בדיונים.⁹³ בה בעת, מצופה מגוף הבקרה לפתח וללטש את הדוקטרינות ההליכיות ולהתאימן למבחני הביקורת ההליכיים-חוקתיים בצפייה להקשחתו של רף הבחינה כיאה לחקיקה חוקתית. מוצע שבג"ץ יישם את המבחנים ההליכיים-חוקתיים שיאומצו (או ילוטשו) על ידי גוף הבקרה, אך יהיה רשאי לסטות מהם.

90 Yaniv Roznai, *Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy*, 29 WM. & MARY BILL RTS. J. 327, 348-55 (2020).

91 Justin Blount et al., *Does the Process of Constitution-making Matter?*, in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL DESIGN 31, 54 (Tom Ginsburg ed., 2012).

92 ארגוני חברה אזרחית או גורמים פרטיים לא יורשו לעתור לבג"ץ או לגוף המוצע במסגרת הליך החקיקה. יוער שכיום פנייה לבג"ץ תוך כדי ההליך נדחית לרוב על הסף (ראו עניין **המועצה לשיווק פרי**, לעיל ה"ש 68). המנגנון המוצע יחייב עותרים חיצוניים לפנות לחברי הכנסת, או לשאר הגורמים הזכאים לפנות לגוף המוצע, כדי לקדם את האג'נדה שלהם. דבר זה מחזק בענייננו את הקשר בין הנבחרים לבוחרים ומגביר את הפיקוח הציבורי על הליכי החקיקה החוקתיים.

93 עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 40, בפס' 51 לפסק הדין של השופט סולברג; איל בנבנשתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה: על פערי המידע והדרכים השיפוטיות לצמצומם" **עיוני משפט** לב 277 (2010).

לצד זאת, נבהיר שחוק-היסוד שיגובש להסדרת פעילותו של גוף הבקרה לא נועד לקבוע את ההסדרים ההליכיים שישמשו תשתית לבחינה האפריורית; מטרתו להעניק סמכויות בקרה אפריוריות לצורך פיתוח של הפסיקה, התקנון והנהג בהתאם לנורמות הליכיות (פסיקתיות), וכן אלו שיעוגנו בעתיד אם וכאשר יכונן חוק-יסוד: החקיקה.

התערבותו של גוף הבקרה האפריורי מוצעת ברשימה לא ממצה, בהקשר של הפגמים ההליכיים הבאים: כאשר יועלו טענות בדבר אי-שיתוף האופוזיציה בהליך החקיקה (לדוגמה: שימוש לרעה בסעיף 98 לתקנון הכנסת, שקובע סדרי דין מיוחדים); כאשר ייטען שלא נשמעו עמדות מומחים; כאשר יוצע שהליך החקיקה היה מזוז באופן שמנע התעמקות מספקת בפרטי ההצעה הנדונה; כאשר תועלה טענה לשימוש לרעה במסלול חקיקה שלא בהתאם לתכליותיו (למשל יו"ר ועדה בכנסת שמשמש בסמכותו כדי לזרז את ההליך החוקתי באופן בעייתי שעלול לגרום לפגיעה אפשרית בהליך הפרלמנטרי ולערעור ההליך הדמוקרטי התקין) וכיוצא בזה. במקרים כאלו גוף הבקרה נועד להתמודד עם הפגמים ההליכיים באופן מיידי ולחדד את הדוקטרינה בהקשר של הליכי החקיקה החוקתיים. לאמיתו של דבר, כאשר תועלה טענה לפגם הליכי יוכל גוף הבקרה לבחון זאת לאלתר ובאופן שיאפשר להכריע "תוך כדי תנועה". כך, ובניגוד לביקורת אפוסטריורית, מנגנון אפריורי עשוי לשמש כבלם למניעת הליך חקיקה פגום, וזאת תוך כדי התרחשותו וכאשר הפגם אקטואלי ורלוונטי.

נוסף על כך, מוצע שהחלטותיו של מנגנון הביקורת האפריורי יהיו חלוטות, למעט במקרים שבהם חל שינוי נסיבות קיצוני שיש בו כדי להצביע על חשש לפגם בהליך החוקתי המצדיק התערבות שיפוטית אפוסטריורית.⁹⁴ נסיבות קיצוניות כאלה עשויות להתרחש כאשר חל שינוי בסביבה המשפטית (בהקשר הליכי) כגון תיקון משמעותי של סעיפים הקשורים להליך החקיקה בתקנון הכנסת – בייחוד במציאות משפטית ללא חוק-יסוד: החקיקה. לחלופין, גילוי של פרטים עובדתיים חדשים (שמגובים בעמדת הייעוץ המשפטי של הכנסת) במסגרת הבדיקה ההליכית עשויים להצדיק התערבות אפוסטריורית. ככלל מוצע שנפקות החלטה של גוף הבקרה האפריורי תהא שבמקרה שבו הוחלט שנפל פגם בהליך החקיקה החוקתי, יוחזר החוק לדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט לאותה נקודה שבה זוהה הפגם. אם אכן יוגש ערעור על החלטת גוף הבקרה,⁹⁵ מוצע שהחלטתו האפריורית תשמש כתשתית לדיון בבג"ץ ביחס לערעור הנדון. ברם, אנו סבורים שפעילות גוף הבקרה עשויה לייתר עתירות לבית המשפט העליון בדבר פגמים הליכיים

94 בצרפת שינוי נסיבות משמעותי יוכר כשמתרחש שינוי בסביבה המשפטית החוקתית (בישראל, שינוי בחוק-יסוד) או כשמדובר בשינויים עובדתיים משמעותיים שאינם מותירים מקום לשיקול דעת. ראו Otto Pfersmann, *Concrete Review as Indirect Constitutional Complaint in French Constitutional Law: A Comparative Perspective*, 6 EUR. CONST. L. REV. 223, 230 (2010).

95 "ערעור" כוונתו "לגופו של עניין" ולאחר השלמת הליך החקיקה כשלא תתאפשר פנייה לבג"ץ במהלך ההליך, שכן במקרה כזה תתייתר החלטתו האפריורית של גוף הבקרה.

הנוגעים לחקיקה חוקתית ולהפחית את העומס השיפוטי המוטל עליו.⁹⁶ אנו סבורים שפעילותו של גוף אפריורי שמטרתו לבחון את הליך החקיקה החוקתית בשלב מוקדם נועדה להבטיח כי ההליך החוקתי עומד בכל הדרישות הפרוצדורליות המעוגנות והבלתי כתובות הנדרשות. במובן זה, גוף הבקרה יספק שכבת ביקורת נוספת שעשויה למנוע את הישנותם של פגמים פרוצדורליים וכן לתקנם בשלב מוקדם. נוסף על כך, פעילותו של גוף הבקרה עשויה לסייע בהבניית אוריינות הליכית-חוקתית. מעצם טיבו, גוף הבקרה שיידרש לפניות הליכיות של חברי הרשות המכוננת "תוך כדי תנועה" ומבעוד מועד יאלץ מראש את חברי הכנסת לבחון בשבוע עיניים את ההליך החוקתי ולהפגין ערנות מוגברת לפגמים הליכיים. דרישה כזו מהמכונן עשויה לעודד גם השתתפות ערה ואפקטיבית בהליך החקיקה החוקתית ובה בעת גם להטיל, כאמור, על חברי הכנסת דרישה לערנות מוגברת ביחס לפגמים ההליכיים המתהווים; היא גם תאפשר שיתוף משמעותי יותר של גורמי אופוזיציה בהליך החקיקה (באמצעות מנגנון הפנייה של חברי כנסת).

באשר לייעוץ המשפטי של הכנסת, נציין שלדעתנו נכון שזה ימשיך בתפקידו כגוף האמון על מתן חוות הדעת המשפטיות הנוגעות לתקינותם של הליכי החקיקה החוקתיים, וכך גם באשר לחברי הרשות המכוננת בוועדות. מוצע שלייעוץ המשפטי לכנסת תעוגן זכות לגבש את עמדתו (לאחר פנייה לגוף הבקרה) ולהעבירה לעיון טרם קבלת החלטה בידי גוף הבקרה. הקניית סמכות ביקורת אפריורית לגוף הבקרה, בשונה מהקניית לייעוץ המשפטי לכנסת, עשויה לשרת את תכלית אי-התלות של חוות הדעת בגורמים הפוליטיים. כך, למשל, שטאובר מצא שעל פי רוב הייעוץ המשפטי לכנסת בוחר "להמעיט ככל הניתן מאמירות חד-משמעיות או מחייבות" ומרבה להתנסח באופן "מעודן". לדבריו, הסיבה לכך היא שליועצים המשפטיים של הכנסת (בוועדותיה בעיקר) יש צורך חיוני לשמור על קשרי עבודה תקינים עם חברי הכנסת, היות שיועצים אלו הם שחקנים חוזרים בהליך החקיקה. סביר אפוא להניח שהייעוץ המשפטי לכנסת נמנע לעיתים מלהציג עמדה משפטית "חד-משמעית" או "מחייבת" עקב תפיסת תפקידו כתפקיד מוסדי מובהק, שעניינו סיוע למוסד הכנסת ולתפקידו כמחוקק.⁹⁷

בהמשך הדברים, מוצע שלאחר מתן החלטה, ובדומה למתרחש כיום בכל הקשור לפסיקת בג"ץ, יהיה הייעוץ המשפטי לכנסת אמון על תרגום ופירוש של החלטת גוף הבקרה עבור הוועדה הרלוונטית וחבריה. בדומה למודל הצרפתי, מוצע שזמן התגובה של גוף הבקרה לאחר פנייה בנוגע לסוגיה הליכית על ידי מי מהזכאים לכך יתוכם למסגרת זמנים קצרה כדי לא לעכב את ההליך החוקתי מעבר לנדרש, באופן שנועד לצמצם את האפשרות לשיתוק ההליך החוקתי.

קושי מרכזי בהצעתנו נעוץ בשאלת זהותם של חברי גוף הבקרה וכן בדרכי מינוים. אנו סבורים שהתייחסות לשאלות אלו חשובה כדי להבטיח שהגוף יפעל באפקטיביות,

96 השוו לעניין הסבירות, לעיל ה"ש 41, בפס' 78 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') חיות ("מטבע הדברים, ככל שההליך הנדרש לתיקון החוקה הוא נוקשה ומכביד יותר, ההצדקה לקיום ביקורת שיפוטית מהותית על נורמות חוקתיות נחלשת").

97 דניאל שטאובר "מעורבותו של הייעוץ המשפטי לממשלה בהליך חקיקתו של חוק יסוד האלום והשלכותיה" **מחקרי משפט** לד (צפוי להתפרסם).

יזכה ללגיטימציה ציבורית, יהא עצמאי ונטול פניות וכן כדי להבטיח שהביקורת המקדמית על החקיקה החוקתית תהיה אובייקטיבית. לצד זאת, יש לעגן מנגנון שבצידו תמריץ חיובי למכונן לאמצו. ככלל, נמליץ, בדומה למודל הצרפתי שהוצג, על מינוי של מספר אי-זוגי של חברים לגוף הבקרה, שיכהנו תקופה חד-פעמית שאינה מתחדשת. חברי גוף הבקרה יידרשו לעמוד בקריטריונים נוקשים הכוללים, בין היתר, ניסיון, אוריינטציה ומומחיות משפטית מוכחת, כמו למשל (ברשימה לא סגורה) שופטים בדימוס או נבחרי ציבור בדימוס, כגון יו"ר של ועדות כנסת, מומחים מהאקדמיה בתחומי המשפט ומדע המדינה וכיוצא בזה. לכל אלו, כנדרש, ניסיון או הבנה נרחבת באלמנטים משפטיים-פוליטיים המאפשרים לדעתנו ניתוח ומתן ביקורת משפטית בסוגיות פרוצדורליות באופן מספק. מוצע כי חברי גוף הבקרה ימונו כאשר יימצאו בשלהי הקריירה (משיקולי אי-תלות), ישתכרו בתקופת כהונתם שכר גבוה מאוד (משיקולי ניקיון כפיים) ויתאפיינו כדמויות בעלות עבר מקצועי וציבורי עשיר (כיאח לערכאה זו). נוסף על כך, היות שחברי גוף הבקרה יידרשו להימצא בשלהי הקריירה, הם יידרשו להצהיר, טרם מינויים, שלא ישובו לכהן בכל משרה ציבורית לאחר כהונתם, זאת, כאמור, לשם חוסר התלות שבגורם הממנה. עוד מוצע שחברי גוף הבקרה יוחלפו ברוטציה קבועה. כך למשל, בהשראת המודל הצרפתי, החילופים ייערכו בכל סיום כהונת כנסת או מנגד בתום תקופה (שתיקבע מראש) שתכלול לפחות שתי כנסות לצורך כהונה חוצת-כנסות באופן שעשוי להקטין את הממד הפוליטי. באשר למניין החוקי (קוורום) והרוב הדרוש לקבלת החלטה במועצה אנו סבורים כי החלטה שתתקבל בידי רוב החברים הנוכחים תהא מספקת, ובתנאי שינכחו בדיון לכל הפחות שבעה מתוך תשעת החברים.

ביחס לשאלת אופן מינויים של חברי גוף הבקרה, מוצע שבחירתם תיעשה באמצעות הוועדה לבחירת שופטים במתכונתה טרם קבלת התיקונים לחוק-יסוד: השפיטה ולחוק בתי המשפט – שאושרו בכנסת בחודש מרץ 2025, שינו את הרכב הוועדה לבחירת שופטים וביטלו את מנגנון הפשרה שנהג עד אז⁹⁸ – ובה ייבחרו נציגי הגוף ברוב זהה לזה שנדרש לבחירת שופט בית המשפט העליון (שבעה מתוך תשעה חברים). בדרך זו, אנו סבורים, תישמר המקצועיות בהליך הבחירה כרכיב מרכזי לצד עידוד פשרות פוליטיות ושמירת הכוח היחסי של הרשויות הנבחרות (כנסת וממשלה) בהליך הבחירה. שיטה זו תעודד, לדעתנו, פשרות ועשויה להפחית את רכיב הפוליטיזציה שבבחירה של נציגי גוף הבקרה. מטרת גוף הבקרה היא לשמש מנגנון מקצועי לבחינת פגמים הליכיים בהליך החוקתי, ולפיכך אנו סבורים כי מינוי נציגים מקצועיים בידי הוועדה לבחירת שופטים, בדומה להליך המינוי הקיים היום של נציב תלונות הציבור על השופטים, שהוא גורם מקצועי גרידא, עשויה להתממש בצורה הטובה ביותר באמצעות פשרות פוליטיות

98 חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4), ס"ח התשפ"ה 434; חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 105), התשפ"ה-2025, ס"ח 438. נעיר שנכון לכתיבת המאמר מונחות בפני בג"ץ עתירות בנושא זה המכוונות לשינוי הרכב הוועדה והפיכתה מגורם מקצועי המקדם פשרות רחבות לגוף מעין פוליטי.

ומקצועיות כפי שאלה משתקפות בוועדה.⁹⁹ הצעתנו מבקשת לכוון מנגנון שיתמך את הדרג הנבחר, על מנעד גווני (אופוזיציה וקואליציה), לאמץ את המנגנון המוצע באופן שיתרונותיו יסייעו לשפר את מצב הדברים כיום, שכאמור מאופייין בחוסר התאמה ביחס לפיקוח על יישום נורמות הליכיות בהליכי החקיקה החוקתיים.

ה. חסרונות ומענה

בפרק זה נתייחס לארבעה חסרונות מרכזיים (שלושה פנימיים ואחד חיצוני) הנוגעים למנגנונים של ביקורת מקדמית על חקיקה (Pre-Enacted Review) כפי שהוצגו בספרות: ראשית, שימוש לרעה בהליך הביקורת המוקדמת; שנית, סיפוח סמכויות מהותיות של בחינה חוקתית מבית המשפט לידי גוף הבקרה; שלישית, שאלת יעילותם הכללית של מנגנונים לביקורת אפריורית על חקיקה; רביעית, כביקורת חיצונית למנגנון, היעדר תמריץ באימוץ המודל המוצע על ידי המכונן.

אשר לחיסרון הראשון, אכן, קיומו של גוף הליכי חיצוני עלול, בדומה לנאום התשה (Filibuster),¹⁰⁰ להוביל לשימוש לרעה בגוף הבקרה על ידי האופוזיציה הפרלמנטרית. החשש הוא שגוף הבקרה האפריורי ינוצל על ידי חברי האופוזיציה ככלי לסיכול הכרעת הרוב הפרלמנטרי באופן שעלול לפגוע בתהליך החקיקה החוקתי באמצעות פניות חוזרות ונשנות לצורך עיכוב גרידא. עם זאת, אנו סבורים כי יש דרכים להפחתת החשש מפני שימוש לרעה בשיטות עיכוב כאלו, כמו אימוץ מנגנוני פיקוח ובקרה נוקשים שעשויים להפחית את השימוש בגוף המוצע ככלי פוליטי.¹⁰¹ כך, למשל, אפשר לעגן מגבלות זמן להליך הביקורת שיבוצע על ידי גוף הבקרה, באופן שיימנע עיכוב מכונן של חקיקה (כמו בצרפת). נוסף על כך, אפשר לחייב את חברי גוף הבקרה לפעול לפי קריטריונים משפטיים ופרוצדורליים מוגדרים מראש, דבר שעשוי להקטין את מרחב התמרון האופוזיציוני וכפועל יוצא ימתן את האפשרות לשימוש לרעה במנגנון ויגביר את המקצועיות והאובייקטיביות של ההליך. יתרה מזאת, אפשר לקבוע מכסת פניות מצד חברי הרשות המכוננת (למשל, לכל חבר או קבוצת חברי כנסת תתאפשר מספר פניות מוגבלות),¹⁰² ולצד זאת לעגן מנגנון סנקציות (בדומה לוועדת האתיקה בכנסת)¹⁰³ לאלו שיחרגו מהכללים ויעשו שימוש לרעה במנגנון הפנייה. לדעתנו, סנקציה פוטנציאלית עשויה

⁹⁹ נעיר כי תוך כדי כתיבת המאמר התקבלה הצעת תיקון חוק נציבות תלונות הציבור על שופטים (תיקון מס' 6), התשפ"ה-2025, ה"ח 338, אשר בשונה מהליך מינוי נציב תלונות הציבור על השופטים שהיה קיים עד אז שינה את הליך המינוי באופן שהגביר את יכולת ההכרעה של הפוליטיקאים והחליש את מעורבות הגורמים המקצועיים.

¹⁰⁰ לסקירה לא ממצה ראו Catherine Fisk & Erwin Chemerinsky, *The Filibuster*, 49 STAN. L. REV. 181, 192-93 (1997).

¹⁰¹ Verschuuren & Van Gestel, לעיל ה"ש 85, בעמ' 5. לדיון נוסף בטקטיקות חסימה ראו Lauren C. Bell, *Obstruction in Parliaments: A Cross-National Perspective*, 24 J. LEGIS. STUD. 499, 501 (2018).

¹⁰² השוו למכסה הקבועה בדבר הצעות אי-אמון בממשלה בס' 44(ב)(2) לתקנון הכנסת.

¹⁰³ השוו לס' 13 ד לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951.

למנוע פנייה חוזרת לגוף הבקרה מקום שבו הוגשה טענה משוללת יסוד עובדתי ומשפטי. ראו למשל קבוצת חברי כנסת שפנתה לגוף הבקרה בטענה שלא ניתנה להם הזכות להשתתף בהליך החוקתי, ואומנם התגלה אגב בדיקת גוף הבקרה שקבוצה זו לא נכחה במשכן הכנסת ביום הדיונים הרלוונטיים. מוצע לקבוע כי במקרה כזה תימנע מחברי הכנסת הפונים אפשרות לשוב ולערער על אותה סוגיה הליכית, ואולי אף לצמצם אפשרות פנייה נוספת לגוף הבקרה.

דרך נוספת שבה עלולה קבוצה של חברי הרשות המכוננת לעשות שימוש לרעה בהליך היא באמצעות פנייה לגוף הבקרה בגין סוגיה הליכית שכבר נדונה במסגרת אותו הליך חוקתי. נוסף על כך, עולה חשש כי התנהלות פרלמנטרית שגרתית שמתרחשת במסגרת דיוני הוועדות או המליאה כבשגרה, למשל הערות ביניים או ויכוחים קולניים, תשמש כעילה או כבסיס עובדתי לפנייה לגוף הבקרה כדי לקבוע שמדובר בפגם הליכתי. קיים אפוא חשש הנובע מכך שעקרונות הליכתיים שאינם מעוגנים במפורש בחקיקה (או בחוקי-יסוד), וחלקם הם פרי נוהג ונוהל פנימיים של הכנסת, יהפכו לטענות סל ביחס לפגמים בהליך.¹⁰⁴ אכן, יש חשיבות לנוהל ונוהל, בייחוד בהיעדרם של דיני חקיקה סדורים, אולם לדעתנו על גוף הבקרה מוטלת האחריות לפתח את הדין בזהירות ולא לתת לכל טענת סל נטולת ביסוס להתקבל. מוצע לפיכך כי העילות שבעטיין יתאפשר לקבוצת חברי כנסת לפנות אל גוף הבקרה ולטעון כי קיים חשש לפגם בהליך החקיקה החוקתי יתבססו על העקרונות ההליכתיים המבוססים בפסיקה, בחקיקה ובתקנון הכנסת (כמובן, גם לאור החלטות הגוף שנועד, בין היתר, לפתח את העקרונות ההליכתיים כאמור גם לתחום החקיקה החוקתית). באופן זה ייאסר על גוף הבקרה לערוך ביקורת ביחס לפנייה שאינה מבוססת באופן הולם על תשתית עובדתית ומשפטית שמגובת במסגרת הנורמטיבית הקיימת באשר לבחינת הליכתי חקיקה, וזה יידרש לדחות טענות אלה על הסף.¹⁰⁵

כמו כן, אפשר לטעון כי יתאפשר לעשות שימוש לרעה בקוורום הנדרש לצורך פעילות גוף הבקרה האפריורי. כך, למשל, במקרה שבו יימנעו חברי גוף הבקרה מהתייצבות לדיונים באופן שעלול להוביל לקיפאון של עבודת גוף הבקרה. הצעתנו היא

¹⁰⁴ טקטיקת פנייה לבג"ץ המבוססת על "נוהג" בנוגע לסוגיות בחקיקה וסוגיות הנוגעות להליכים פנים-פרלמנטריים מתרחשת תדיר. ראו, למשל בג"ץ 482/88 **רייסר נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מב(3) 142 (1988); בג"ץ 1956/91 **שמאי נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מה(4) 313 (1991); בג"ץ 5711/91 **פורז נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מו(1) 299 (1991); בג"ץ 2442/11 **שטנגר נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד סו(2) 640 (2013); בג"ץ 7322/20 **מפלגת מרצ נ' יו"ר הכנסת** (נבו 13.1.2021).

¹⁰⁵ כך, למשל, בצרפת כדי למנוע "שימוש לרעה" במנגנון הביקורת האפריורית ייבחן הליך חקיקה תוך הגבלת הזמן שניתן לאופוזיציה להביע עמדה בדבר החקיקה המוצעת. הבחינה נעשית לפי קריטריון "זמן קבוע מראש לחקיקה" במטרה למנוע שימוש לרעה בזמנים בחקיקה כגון ריבוי פיליבסטרים וכיוצא בזה. נוסף על כך, המועצה הצרפתית בוחנת את הקצאת הזמנים להתבטאות המחוקקים במסגרת ההליך ואינה מהססת לפתח כללים העוסקים בדיני החקיקה ולבחון את תקנוניהם של שני הבתים (השוו Chamussy, לעיל ה"ש (82).

לשקול במצב דברים כזה עיגון מנגנון דיפרנציאלי של נוכחות. אפשר, למשל, לקבוע כי אי-הגעה לדיון לא תוביל לביטולו אלא תינתן אפשרות לנהל את הדיון בקוורום חסר; בהתאם, החלטות תתקבלנה ברוב יחסי של הנוכחים. במצב דברים של שוויון קולות, שנובע מקוורום נוכחות זוגי, מוצע כי החלטת גוף הבקרה תהיה לקולא, קרי פסילת הטענה לפגם הליכי או לחלופין אי-קבלת הטענה לפגם כזה.

אשר לחיסרון השני, הנוגע לחשש מסיפוח סמכויות לעריכת ביקורת מהותית על מקרים הליכיים על ידי גוף הבקרה, נציע שתוענק לגוף הבקרה סמכות שתאפשר התדיינות רק בטענות הנוגעות לפגמים בהליך החקיקה החוקתי. לצד זאת, מטבע הדברים שגוף הבקרה עשוי לדון בפניות שבהן יהיה הפגם ההליכי כרוך בפגם מהותי (פגם "סמי-פרוצדורלי").¹⁰⁶ כך, למשל, קבוצת חברי כנסת שתפנה לגוף הבקרה בטענה שתוכן התיקון החוקתי עומד בסתירה למבחן ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת"¹⁰⁷ וכי לצורך העניין לא ניתנה להם אפשרות להביע את עמדתם וחששותיהם בנוגע לתיקון החוקתי בזמן אמת באופן שפגע בעקרונות הליכיים. מקרה זה הוא דוגמה מאלפת שבאמצעותה אפשר לטעון בנקל טענה בדבר אי-הקפדה על עקרונות הליכיים, כגון זכותם של חברי הרשות המכוננת לקחת חלק פעיל בשיח ושיח החוקתי ולגבש את עמדתם מחד גיסא, אך בה בעת כרוכה בכך טענה מהותית בדבר שימוש לרעה בסמכות המכוננת מאידך גיסא. במקרים כאלו מוצע שגוף הבקרה יידרש להבחין בין הטיעון המהותי לבין הסוגיה ההליכית. בהיבט זה, עמדתנו היא שגוף הבקרה לא נועד להחליף את הביקורת השיפוטית המהותית האפוסטריורית שמבוצעת ברגיל על ידי בג"ץ, אלא להוסיף רובד אפריורי של ביקורת הליכית. עיגון מפורש של סמכויות ושל תחומי אחריותו של גוף הבקרה עשוי לסכל מצב של כפל סמכויות שיש בו משום חפיפה בין ביקורת מהותית להליכית.

יישאל אם בהצעתנו יש בחירה נורמטיבית מודעת להקריב במידה מסוימת את הביקורת האפוסטריורית ואת הלגיטימציה של בית המשפט לבצעה. כאמור, בית המשפט נמנע בדרך כלל מלהתערב בסוגיות הליכיות, קל וחומר כשמדובר בהליך חוקתי. אנו סבורים אפוא שהקמת גוף הבקרה האפריורי איננה מקריבה את הביקורת האפוסטריורית, שכן במישור המעשי זו אינה מתרחשת ממילא. אדרבה, נטען שגוף הבקרה, הלכה למעשה, נועד ליישם ביקורת הליכית, שאינה מתרחשת כיום, על ההליך החוקתי בעצם אפשרות הפנייה אליו. על כל פנים, בפועל, קשה לדמיין מקרה שבו ביקורת חוקתית-הליכית אפוסטריורית תתקיים אגב טענות על פגיעה בעקרונות הליכיים שנבחנו אפריורית.

Ittai Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, 6 LEGISPRUDENCE 271, 274-106 (2012). 79.

107 בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (נבו 23.5.2021); בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011). שם הכיר בית המשפט בדוקטרינת ביניים מוסדית של "שימוש לרעה בסמכות מכוננת", שבמסגרתה הוא מתמקד בזיהוי הנורמה העומדת לדיון ובוחר את התאמתה למארג החוקתי. ואולם, הדוקטרינה, לפחות באופן יישומה בפסיקה עד כה, לא עוסקת בהיבטים הליכיים של הליכי הכינון והתיקון החוקתיים.

אשר לחיסרון השלישי, ביקורת מרכזית ביחס ליעילותם של מנגנוני ביקורת מקדמית על חקיקה אפשר לאתר במאמרם של קני (Kenny) וקייסי (Casey).¹⁰⁸ השניים גורסים בו שקיומו של מנגנון לבקרה מוקדמת על חקיקה עלול להוביל להימנעות המחוקק מקבלת אחריות (Accountability) על אי-התאמת הנורמות החוקתיות של החקיקה המוצעת.¹⁰⁹ לטענתם, פעילותם של גופי הביקורת המוקדמים במדינות שונות מוביל, הלכה למעשה, לכך שהדיון החוקתי המהותי מתקיים על ידי גופי הבקרה עצמם באופן הפוגע בסיכוי לקיום דיון ציבורי ופרלמנטרי מקיף.¹¹⁰ יתרה מזאת, הם מציינים שגופי הביקורת האפריוניים פועלים לעיתים קרובות תחת הנחיית הממשלה, ולעיתים חברי גופי הבקרה אף עלולים להתגלות כבעלי קשרים למפלגות הקואליציה, דבר שמוביל למניפולציה בהליך.¹¹¹ כמו כן, הם מדגישים שבמקרים מסוימים עמדות הייעוץ המוקדם בנוגע לתקינות החקיקה אינן מפורסמות ומשכך נמנע דיון ציבורי בניתוח ההשפעות. טענה נוספת היא שמקבלי ההחלטות בגופי הביקורת המקדמית הם לעיתים פקידים חסרי ניסיון מתאים, וכי הגוף המייעץ המוקדם אינו גוף נבחר, עובדה המובילה לעיתים לניגוד עניינים כשחברי הגוף מכהנים בכמה פורומים בו-זמנית.¹¹²

ביחס לביקורת זו נשיב שהצעתנו נועדה, בין היתר, גם להתמודד עם האתגרים שמציינים קני וקייסי. כאמור, גוף הבקרה האפריוני יידרש רק לטענות הנוגעות לפגמים בהליך החקיקה החוקתי, ובכך ינטרל את האפשרות שזה יכנס בנעלי המכונן ביצירת נורמה חוקתית. הדבר ייעשה תוך עידוד שיתופם של חברי הרשות המכוננת (מהקואליציה והאופוזיציה גם יחד) באופן שיאפשר פנייה של הציבור (למשל, של ארגוני חברה אזרחית שנוכחים בדיונים)¹¹³ לחברי הכנסת אגב חיזוק הדיון הציבורי והפרלמנטרי והקשר בין נבחרים לבוחרים. כמו כן, מטרתו של גוף הבקרה היא לגונן על כללי המשחק הפרוצדורליים ולהפחית את מידת ההתערבות העתידית של בית המשפט העליון בהליכי חקיקה חוקתיים. בניגוד לתפיסתם של קני וקייסי, אנו סבורים שהצעתנו תעודד אחריות בקרב המכונן הישראלי באמצעות עידוד השתתפות בהליך החקיקה החוקתי, כמו למשל באמצעות עיגון מנגנון המאפשר פנייה ושיתוף בזמן אמת לאופוזיציה. כיום אין בישראל מנגנון ביקורת מקדמי מחייב שעשוי להוביל לעצירה או השחית של הליך חקיקה חוקתי. עיגונו של גוף הבקרה עשוי לרסן את המכונן, שיהיה מודע לכך שההליך עלול להיות מבוקר ואף להיעצר עוד במהלכו, זאת הואיל והמנגנון המוצע מתמקד בהגנה על עקרונות הליכיים, כגון השתתפות הציבור ומומחים בדיון, ומתבסס על אמות מידה

108 Kenny & Casey, לעיל ה"ש 62.

109 להרחבה בהקשר הישראלי ראו גדעון ספיר **המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד** 252-253 (דב איכנולד עורך 2010).

110 Kenny & Casey, לעיל ה"ש 62, בעמ' 71.

111 שם, בעמ' 74-76.

112 שם, בעמ' 61. קני וקייסי טוענים שביפן, שבה מכהנים לעיתים שופטי בית המשפט בו-זמנית גם בגוף הייעוץ המוקדם, נוצר ניגוד עניינים, שכן אלו נדרשים לבחון חוקתיות של חוקים בביקורת שיפוטית אפוסטריורית, לאחר שבחנו אותם אפריונית.

113 ראו הכתוב ליד ה"ש 92 לעיל.

הליכיות המותאמות להליך החוקתי. נוסף על כך, גוף הבקרה נועד לעודד דיון פרלמנטרי כדבעי, ומוצע כי אם דיון כזה לא יתקיים, תתאפשר פנייה אליו עקב פגם בהליך החקיקה החוקתי.

באשר לטענת המניפולציה בהליך הביקורת המקדמית נציין שבדומה לצרפת, ובמטרה לעודד את חוסר התלות שבגורם הממנה, הוצע שחברי גוף הבקרה יידרשו להצהיר, טרם מינוים, כי לא ישוּבו לכהן בכל משרה ציבורית לאחר כהונתם. לצד זאת, הוצע מינוי של מספר אי-זוגי של חברים לגוף הבקרה האפריורי, שיכהנו תקופה חד-פעמית שאינה מתחדשת ויידרשו לעמוד בקריטריונים נוקשים כגון אוריינטציה ומומחיות משפטיות מוכחת. לבסוף, הואיל ומדובר בגוף בקרה רשמי, מוצע שתחול חובת פרסום של החלטותיו (ושימוש בהחלטות במקרים שבהם יוגש ערעור לבג"ץ) באופן שנועד דווקא לעודד את הדיון הפוליטי מחד גיסא ולאפשר דיון ציבורי ואקדמי לאור החלטותיו מאידך גיסא.

אשר לחיסרון הרביעי (החיצוני), בדבר תמריץ שלילי באימוץ גוף הבקרה, יישאל מדוע יאמץ המכונן את הצעתנו כאשר לפי הדין הקיים אפשר לעשות שימוש תכופ, מהיר וכמעט בלתי מבוקר בסמכות המכוננת לצורך קביעת נורמות חוקתיות. לטענה זו נשיב בשניים: ראשית, נקודת המוצא שלנו מניחה שחקיקה חוקתית נדרשת להתקבל בהסכמה רחבה, שכן מדובר בהליך שנועד לכוון או לתקן את הנורמה המשפטית העליונה בשיטה המשפטית של ישראל. הסכמה רחבה נועדה לבטא הליך שבו הקואליציה והאופוזיציה נוטלות חלק במשותף ביצירת הנורמה החוקתית, זאת אף אם יש מחלוקות בנוגע לקביעת נורמות ברמה התת-חוקתית. כזכור, מוצע שהביקורת ההליכית האפריורית תעניק לאופוזיציה הפרלמנטרית כוח מסוים שיאפשר לה לפקח על התנהלות הליך החקיקה החוקתי ולפנות לגוף הבקרה עוד במהלכו. כך, ובשונה מהמצב כיום, לאופוזיציה תהא אפשרות מעשית לקחת חלק אקטיבי בהליך החוקתי. כמו כן, אפשר לטעון שמאחורי "מסך הבערות" יעדיף מכונן רציונלי לאמץ גוף בעל יכולת בקרה ופיקוח על הליך החקיקה החוקתי כבר במסגרתו ותחת ההנחה המתבקשת כי "יום אחד אתה חבר.ה בקואליציה ולמוחרת הינך חבר.ה באופוזיציה".¹¹⁴ שנית, בכוחו של גוף הבקרה לשפר את הליך החקיקה החוקתי ולפיכך להשפיע לחיוב על תוצר התוכן החוקתי ועל אופן הציבור בכנסת,¹¹⁵ וזאת תוך עידוד הטמעתם של סטנדרטים ועקרונות הליכיים כגון השתתפות, שיתוף מומחים, דליברציה וכיוצא בזה. נדגיש שמטרת גוף הבקרה היא

114 כך למשל, טענה הכנסת בעניין הנבצרות, לעיל ה"ש 33, בפס' 27 לפסק הדין של מ"מ הנשיאה פוגלמן. השוו לברק מדינה "תוקפו של 'תיקון דרעי' בדבר כשירות לכהן בתפקיד

שר" פורום עיוני משפט (תגובות משפט) מזו (3.1.2023) <https://perma.cc/38F5-FS2F>.

115 למשל, Kirsti Samuels, *Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making*, 6 CHI. J. INT'L L. 663, 668 (2006).

לעודד דיאלוג פורה בינו לבין הרשות המכוננת, וזאת במטרה לטייב את תהליך החקיקה החוקתית¹¹⁶ ולא כדי לפסול מראש כל הצעה חוקתית.¹¹⁷ לאחר כל אלה, וביחס לחסרונות לעיל, אנו מכירים במורכבות המעשית של אימוץ הצעתנו על ידי הרוב בכנסת. ואולם, אנו סבורים שהרעיון המוצע הוא בעל ערך אף אם האפשרות ליישמו בנקודת זמן עכשווית או עתידית נדמית נמוכה למדי, שכן הרעיון נועד גם לשרת כתרומה לדיון הקונספטואלי על טיוב הליך החקיקה החוקתית ועל האופנים שבהם אפשר לעשות זאת.

סיכום ומסקנות

במאמר זה הצענו לאמץ בישראל גוף בקרה אפריורי, שאינו בית המשפט, שמטרתו הבלעדית תהא לבקר הליכים חוקתיים עוד במסגרת הדיונים המוקדמים בכנסת וטרם פרסומם. הצענו לאמץ רובד בחינה נוסף על חקיקה חוקתית, פרוצדורלי באופיו, שיוסיף לנדבך הבחינה האפוסטריורית שמבצע בית המשפט העליון (ex-post) באמצעות רכיב בחינה אפריורי (ex-ante). מטרתו של גוף הבקרה המוצע במאמר היא טיובו של תהליך החקיקה החוקתית. לאורך המאמר מנינו ארבעה יתרונות מרכזיים באימוצו של המנגנון: הראשון, המנגנון אינו סותר או מיתר את התהליך השיפוטי האפוסטריורי אלא משלים אותו (במידת הצורך); השני, המנגנון אינו נועד לייתר את הפוליטיקה החוקתית אלא דווקא לחזק אותה.¹¹⁸ הקפדה על עקרונות הליכיים במסגרת הפוליטיקה החוקתית ועיגון מנגנון שנועד לפקח על כך עשויים להגביר את הלגיטימציה הדמוקרטית ואת אמון הציבור בהליך החוקתי, זאת אגב משך זמן ארוך יותר של דיונים באופן טבעי; השלישי, המנגנון עשוי לעודד השתתפות אופוזיציונית, בעיקר במקרים שבהם עלולות להתגבש טענות בנוגע לתהליך חוקתי נמהר; הרביעי, אף על פי שהמנגנון עוסק בבחינה הליכית, הרי שאגב בחינה הליכית התוצר החוקתי (הרכיב המהותי) עשוי להשתפר באופן טבעי.¹¹⁹ במילים אחרות, בחינה הליכית שכתוצאה ממנה יתקיים הליך חקיקה חוקתית טוב יותר בוודאי עשויה במידה רבה להוביל לתוצר חוקתי ש"מתכתב" עם זכויות אדם.¹²⁰ לבסוף, באופן טבעי, מובן שהליך חוקתי שעבר בחינה אפריורית מפחית את הסיכויים לפסילת חקיקה במסגרת הביקורת השיפוטית האפוסטריורית.

YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 173-74 (2017)

Julien Mouchette, *The French Constitutional Council as a Law-Maker: From Dialogue with the Legislator to the Rewriting of the Law*, in JUDICIAL LAW-MAKING IN EUROPEAN CONSTITUTIONAL COURTS 9, 14 (Monika Florczak-Wątor ed., 2020)

ACKERMAN, לעיל ה"ש 15.

Liora Lazarus & Natasha Simonsen, *Judicial Review and Parliamentary Debate: Enriching the Doctrine of Due Deference*, in PARLIAMENT AND HUMAN RIGHTS: REDRESSING THE DEMOCRATIC DEFICIT 385, 394 (Murry Hunt et al. eds., 2014)

Jan Sieckmann, *Legislative Argumentation and Democratic Legitimation*, 4 LEGISPRUDENCE 69, 71 (2010)

לסיכום, אנו סבורים שבהיעדר חוק-יסוד: החקיקה או חוק במעמד נורמטיבי "רגיל" המתווה את הליך החקיקה החוקתי בישראל, נדרש שינוי עמוק ומקיף בכל הנוגע לעבודת החקיקה של המכונן ובעיגון של גורמי בקרה משמעותיים יותר בשלבים מוקדמים של הליך החקיקה החוקתי. כל זאת ייעשה מתוך תפיסה שחוקי-היסוד הינם חלק מפרקיה העתידיים של החוקה המתהווה בישראל. משכך, אנו סבורים שמוצדק וראוי לחייב את המכונן בתשומת לב מוגברת להליך החקיקה החוקתי וזאת, כמוצע, באמצעות עיגון גוף בקרה אפריורי שיעודד דרישות הליכיות מסוג זה.