



הרכב 15 השופטים שדן בבג"ץ בחוק הסבירות בספטמבר השנה. רגע, האם חקיקה כזו היא בכלל בסמכותם? צילום פול: אלכס קולומויסקי



# מבחן הסבירות

מה ניתן ללמוד מטיוטת פסק הדין שהודלפה ■ ואולי כדאי שהעליון יתחיל לנהוג כמו בית המחוקקים - ויציג לציבור את טיוטות החוקים שהוא עומד לחוקק?

מסביב לרצועת עזה, ההחלטה בעניין סדר גודל מסוקי הקרב של צה"ל והיקף ייצור התחמושת בישראל. חלקן של החלטות אלה התברר כמוצלח ואחרות ככישלון, אך האם יש לבית המשפט כלים לפקח על החלטות כאלה? והאם היה משיג תוצאות טובות יותר אילו עסק בהן?

אני ער, כמוכן, לעובדה שממשלת ה-64 שהקים נתניהו היא הגרועה בתולדות מדינת ישראל ושהיא אחראית לאסון המועזע ביותר שהתרחש עלינו מאז הקמת המדינה. ובכל זאת אני מאמין שהפתרון הוא בבחירות, ולא בהעברת השלטון לבית המשפט.



פתחתי בעניין ההדלפה של פסק הדין, מעשה המהווה הפרה של כל הכללים המקובלים. אבל אולי כדאי לשקול את העניין מחדש בימים שבהם ממילא כל הכללים נשברים. בית המשפט עוסק בחקיקה, והוא אף קיבל על עצמו לחבר חוקה למדינה. בעבר הייתה החקיקה של בית המשפט מוטווה. כיום היא גלויה. אם כך, אולי באמת כדאי שינהג כבית מחוקקים, המציג לציבור את טיוטות החוקים שהוא עומד לחוקק, שומע הערות ולומד על תקלות צפויות. הצגת טיוטה של אותם פסקי דין, הכוללים חוקים שברעת בית המשפט לחוקק, תקנה לבית המשפט יתרון רומה. הדבר יאפשר לו לקבל תגובות מתאימות מהציבור, ואולי גם לכלול תיקונים מתאימים בנוסח הסופי של חקיקתו. ❖

כאמור, החובה לנהוג בסבירות חלה גם על בית המשפט העליון (שהוא כמוכן רשות שלטונית). אבל אין עליו פיקוח שיפוטי בעניין זה, כשם שאין עליו פיקוח בכלל. לפיכך, היעדר פיקוח שיפוטי על הממשלה בנושא הסבירות (כאשר הפיקוח בכל נושאים אחרים עומד בעינו), אין משמעותו פגיעה בשלטון החוק. משמעותו רק שהשיטה הדמוקרטית מושתתת על ההנחה שסבירות השופטים אינה עדיפה על סבירות הממשלה, ושכך המשפט אינו הגוף המתאים לפיקוח על נושא הסבירות. אכן, שאלה גדולה היא אם חוק כזה - שכעת מבקש בג"ץ לחוקק ברוב דחוק, ומושתת על שופטים שפרשו מבית המשפט - אינו מעורר שאלה של שימוש לרעה בביקורת שיפוטית, וכן אם הוא עומד בעצמו במבחן הסבירות. ומכיוון שהחיים מלאים הפתעות - מי יודע, אולי נזכה כעת לבג"ץ נגד פסק הדין.

לכך ניתן להוסיף כי שאלות של חיים ומוות למדינת ישראל יישארו בידי הרשות המבצעת, מבלי שבית המשפט יוכל לפקח עליהן. להלן כמה דוגמאות: ההחלטה להפציץ את הכור הגרעיני בעיראק, ההחלטה להפציץ את הכור בסוריה, ההחלטה להשקיע סכומי עתק בגדר טכנולוגית ואלקטרונית

פרשו למעשה מבית המשפט, וכתבו את פסק דינם במסגרת התקופה של שלושה חודשים שלאחר הפרישה. מבחינה משפטית, משקלו אינו עולה על משקל של פסק דין רגיל, ובית המשפט העליון חופשי לסטות ממנו. ומכל מקום, האם משקלו גדול יותר ממשקל של פסק דין שניתן למשל, בהרכב של תשעה שופטים ברוב של 7 נגד 2 או 8 נגד 1?



השאלה שחוק היסוד, שהרוב של 8 מבקש לבטלו, נוגעת לשלילת ביקורת בג"ץ על סבירות שיקול הדעת של הממשלה ושריה. אכן, אין ספק שכל גוף הפועל במישור הציבורי, כולל בית המשפט עצמו, חייב לפעול בסבירות. אבל השאלה היא אם הסבירות של השופטים טובה יותר מזו של הממשלה. לשופטי הרוב יש דעה חיובית על עצמם, והם משיבים על כך בחיוב (ומבחינה זו מחליטים בעניינם). השיטה הדמוקרטית משמעותה שנושאים מסוימים מופקדים בידי נבחרי הציבור, שיעמדו למשפט הציבור בבחירות. פיקוח שיפוטי על הסבירות, משמעות הדבר ששופטי הרוב גורסים שהשיפוט בנושא יעבור אליהם. אבל מדינת ישראל אמורה להיות לא רק יהודית, אלא גם דמוקרטית.

**שאלה גדולה היא אם חוק כזה - שכעת מבקש בג"ץ לחוקק ברוב דחוק ומושתת על שופטים שפרשו מבית המשפט - איננו מעורר שאלה של שימוש לרעה בביקורת שיפוטית, וכן אם הוא עומד בעצמו במבחן הסבירות**

ההדלפה של טיוטת פסק הדין, שלפיה בג"ץ עומד לפסול על חודו של קול (8 לעומת 7) את חוק הסבירות, מלמדת שה"קלקולים" בממשלה (כפי שכינה זאת מנחם בגין בשעתו) גלשו לבית המשפט. נסיבה מקילה היא שגם בארה"ב הודלף פסק הדין בסוגיית ההפלות, לפני שפורסם רשמית. אבל ייתכן שמעז עוד ייצא מתוק - ועל כך בהמשך.

לפי הפרסום, כוללים נימוקי הרוב קביעה שלפיה שינויים משמעותיים בחוקי יסוד צריכים להתקבל ברוב משמעותי ואין די ברוב של 61 (או 64) קולות. אולם המסורת בכנסת הייתה מאז ומתמיד (מה שקוראים אצלנו "נוהג קונסטיטוציוני") שדי ברוב רגיל של 61. כך היה אפילו לגבי חוק הבחירה הישירה לראשות הממשלה (שבוטל מאז). יתר על כן, אם בית המשפט חפץ לחוקק שלעניינים מסוימים יידרש רוב גדול יותר, היא עליו לחוקק מהו הרוב הדרוש ומהם אותם עניינים. ולשאל האם חקיקה כזו היא בסמכותו?

שאלה נוספת היא, האם לא כדאי בהזדמנות זו לחוקק מהו הרוב הדרוש בבית המשפט לקביעה בנושאים עקרוניים? בכנסת היה בשיעור רוב ברור לכך שלצורך ביטול חוק יידרש רוב בעליון של שני שלישים, אבל הכנסת לא חוקקה זאת. כעת כדאי אולי שבית המשפט יעשה זאת במקומה ויקבע מהו הרוב הדרוש בבית המשפט לצורך ביטול חוקים בכלל, וחוקי יסוד בפרט.

שאלה נוספת נוגעת למשקלו של פסק דין שניתן אומנם בהרכב של 15 שופטים, אבל ברוב של 8 נגד 7 (כאשר שניים מה-8 כבר