

ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה־צנטרליסטית (מבוזרת)* אהרן ברק*

רבות נכתב אצלנו בשאלה אם רצוי הוא להקים בית משפט נפרד לחוקה. כידוע הנני סבור כי הקמת בית משפט נפרד לחוקה היא אסון למדינת ישראל. היא תביא לידי פוליטיזציה גמורה של השיפוט החוקתי, ולהרס בית המשפט העליון.¹ אצא אפוא מתוך ההנחה כי בית משפט נפרד לחוקה אינו רצוי, וכי השיפוט החוקתי יתקיים במסגרת המערכת השיפוטית הרגילה. על פי גישה זו קמה ומתעוררת השאלה הבאה: האם להכיר בהסדר חוקתי דה־צנטרליסטי שלפיו כל שופט ודיין במערכת השיפוטית הרגילה מוסמך לפסוק בדבר אי־חוקתיות החוק או שמא ראוי להכיר בהסדר חוקתי צנטרליסטי, שלפיו הסמכות לפסוק בדבר אי־חוקתיות החוק נתונה רק לבית המשפט העליון? שאלה זו עלתה, בדרך אגב, בפרשת **בנק המזרחי המאוחד**.² כזכור, באותה פרשה החליט בית המשפט המחוזי כי הוראה בחוק רגיל של הכנסת בטלה בשל היותה נוגדת את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט העליון ביטל ההחלטה לגופה. ממילא לא היה מקום לדיון נרחב בשאלה אם בית משפט מחוזי מוסמך הוא להכריז על בטלות – וזו בטלות "בין הצדדים" בלבד – של חוק. עם זאת, השופט מ' חשין הביע דעתו בעניין זה, באומרו:³

* דברים שנישאו (ב-9 ביוני 2003) ביום הזיכרון לפרופ' מ' שאווה ז"ל.

* אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון.

1. ראו אהרן ברק, "בית המשפט העליון כבית־משפט לחוקה", *משפט וממשל* 1 (תשס"ג) 315.

2. ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221.

3. שם, בעמ' 568.

חבריי הניחו תשתית עיונית לסמכותו של בית משפט לפסילת חוקי כנסת, ואנוכי הוספתי עליהם במקצת. ועדיין תטרוד אותנו שאלה באשר למחזיקים בסמכות זו: האם יהיו אלה כל בתי המשפט בארץ לערכאותיהם, או שמא תיוחד הסמכות לבית המשפט העליון בלבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק? חבריי לא נדרשו כלל לשאלה, ונוכל להסיק מדבריהם, ולו במשתמע, כי כל בתי המשפט בארץ – למקטון ועד גדול – כולם מוסמכים הם לפסול חוקים של כנסת. והוא כמעשה בית המשפט המחוזי בענייננו. תוך שהשאלה לא הועלתה לפנינו להכרעה, לא אביע דעתי בה. אומר אך זאת, שיש יסוד איתן להשקפה כי סמכות פסילתם של חוקי כנסת ראויה היא שתהיה שמורה אך לבית המשפט הגבוה לצדק, לו בלבד, להוציא כל בתי המשפט האחרים כולם. אכן, המסורת המשפטית המקובלת עלינו – מסורת המשפט המקובל – מכירה סמכות לכל בתי המשפט להצהיר על דברי חוק כבטלים מעיקרם. ואולם במה היו דברים אמורים עד כה, בחקיקת משנה שנעשתה (לכאורה) על-פי חוק הכנסת.

משהכרנו עתה לראשונה – כדבר הלכה – בסמכות של בתי משפט לפסול חוק של כנסת, דומה כי זכאים אנו להוסיף ולקבוע איזו ערכאה תחזיק בסמכות של בדיקה ופסילה. אכן, הקנקן שמסורת המשפט המקובל נתנה בידינו – הקניית סמכות פסילה לכל בית משפט, בכל ערכאה – הינו צר מהכיל סמכות פסילתם של חוקי כנסת אף הם. מכל מקום, הדוקטרינה החלה על פסילתם של מעשי חקיקת משנה, בוודאי אין זה ראוי לה כי תחול מעשה מוכני על ענייננו שלנו אף הוא. כשאני לעצמי, דומה עליי כי טעמים כבדי משקל יתמכו בייחודה של הסמכות לבית המשפט הגבוה לצדק (תוך קביעת סדרי דין מתאימים להעברתן של שאלות חוקה מבתי משפט אחרים לבית המשפט הגבוה לצדק). בדרך זו אף יוכל בית המשפט הגבוה לצדק לבור לעצמו שאלות הראויות, לדעתו, לדיון מידי תוך דחיית נושאים אחרים לימים יבואו. ועוד נכוננו לנו עלילות.

השופטים האחרים לא הביעו דעתם בעניין זה בפסק הדין. אכן, בצדק ציין השופט מ' חשיין כי משתיקתנו השתמע כי כל בתי המשפט ובתי הדין בארץ מוסמכים להכריע בשאלת אי-חוקתיות החוק, וכך נוהגים בתי המשפט ובתי הדין הלכה למעשה. כדי לקבל תוצאה שונה יש צורך בדבר חקיקה שיקבע זאת במפורש. אכן, שש הצעות ברוח זו פורסמו בעבר.

הצעת חוק־יסוד: החקיקה מ-1975

ההצעה הראשונה הנה הצעת חוק־יסוד: החקיקה, אשר פורסמה ב-1975.⁴ הצעה זו הוגשה על ידי הממשלה. היא הוכנה על ידי השר ח' צדוק. על פיה אין לתקוף את חוקתיות החוק אלא בפני בית המשפט העליון. אם שאלת החוקתיות מתעוררת בבית משפט אחר או בבית דין, אין הוא רשאי להכריע בה. המבקש הכרעה בשאלת החוקתיות יגיש ערר לבית המשפט העליון. הערר יידון תחילה על ידי שלושה שופטים. אם הם קבעו שהעניין ראוי לדיון, הוא יועבר להרכב של שבעה שופטים או יותר, אשר יוסמכו להכריע בו. ההצעה קובעת:⁵

בקורת תקפם של חוקים

- (א) אין עוררין על תקפו של חוק אלא בערר לפי סעיף זה; ואין לערור אלא בטענה שהוא מתקן חוק־יסוד או סותרו ושלא נתקבל ברוב הדרוש לקבלתו, או חוק הסותר חוק־יסוד – שלא פורש בו שתקפו הוא על אף האמור בחוק־היסוד.
- (ב) לא יערור על תקפו של חוק אלא מי שנפגע ממנו.
- (ג) בערר על תקפו של חוק לא יכריע אלא בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה, בהרכב של שבעה שופטים או בהרכב לא זוגי גדול יותר, כפי שיורה נשיא בית המשפט העליון.
- (ד) בית המשפט לחוקה לא ידון בערר אלא לאחר שבית המשפט העליון, בהרכב של שלושה שופטים, קבע שהערר ראוי לדיון.
- (ה) התעוררה בהליך משפטי שאלה בדבר תקפו של חוק ובעל דין באותו הליך הגיש ערר לפי סעיף זה, אין בכך עילה לעיכוב ההליכים, אולם בית המשפט העליון, בהרכב שלושה שופטים, רשאי לצוות על עיכובו, כולו או מקצתו, לזמן קצוב או עד להכרעה בערר.

לאחר פרסומה של הצעה זו התקיים על אודותיה (ביום 26 באפריל 1976) יום עיון בכנסת.⁶ בהצאתי⁷ עמדתי על מעלותיה ועל חסרונותיה, תוך שציינתי כי אני תומך בגישתה הצנטרליסטית. מנגד ניצב השופט חיים כהן אשר גרס כי "שלטון החוק איננו יכול להיות קיים אלא אם יש בידי כל שופט, שיש לו סמכות ענישה, גם סמכות לומר: החוק שעל פיו דורשים שאעניש את האזרח איננו חוק כשר", ותמך בגישה הדה־צנטרליסטית.⁸ הצעה זו נדונה על ידי הכנסת השמינית בקריאה ראשונה, אך לא נערכה עליה הצבעה.

4. הצעת חוק־יסוד: החקיקה, ה"ח תשל"ו, 135.

5. סעיף 12 להצעה.

6. אהרן ברק, "ייסודותיה של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת", ספר ברקת – דברי עיון ודיון בבעיות פרלמנטריות, תחיקה וממשל (ירושלים: האגודה הישראלית לבעיות הפרלמנטריות, תשל"ז), בעמ' 277-317.

7. שם, בעמ' 286.

8. שם, בעמ' 311.

הצעת חוק-יסוד: החקיקה מ-1978

לאחר הבחירות לכנסת התשיעית שימש מנחם בגין הן כראש ממשלה והן כשר משפטים. בסמוך לאחר כינון הממשלה החדשה שוחחתי עמו בתפקידי כיועץ משפטי לממשלה, וביקשתי ממנו לקדם הצעה זו. ראש הממשלה עבר על ניסוחו של סעיף 12 להצעה מ-1975. הוא הכניס בו מספר שינויים. אני זוכר היטב את רצונו כי ייקבע במפורש שייכון בית משפט לחוקה וכי בית המשפט לחוקה יהא בית המשפט העליון בשבתו בהרכב של תשעה שופטים – ולא בהרכב של שבעה שופטים כפי שנקבע בהצעה מ-1975 – או במספר שופטים בלתי זוגי גדול יותר. על פי הצעה זו, כאשר מתעוררת שאלת החוקתיות של חוק לפני רשות שיפוטית שאינה בית המשפט העליון, ורשות זו סבורה שאין בידה לפסוק בעניין בלי לקבוע שהחוק אינו חוקתי, הרשות השופטת תעביר את השאלה לבית המשפט העליון. הרכב של שלושה שופטים יקבע אם התקיימו התנאים לדיון בחוקתיות החוק. אם תשובתו תהא חיובית, יעבור העניין להרכב מורחב של תשעה שופטים או מספר בלתי זוגי גדול יותר. וזו לשון ההצעה:⁹

בית משפט לחוקה

13. (א) ייכון בית משפט לחוקה.

(ב) בית המשפט לחוקה יהיה בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לחוקה בתשעה שופטים או במספר בלתי זוגי גדול יותר, כפי שהורה נשיא בית המשפט העליון.

בקורת על תקפם של חוקים

14. (א) אדם רשאי להשיג לפני בית המשפט לחוקה על תקפו של חוק או על תקפה של הוראה בו, מן הטעם שהחוק לא נתקבל ברוב הדרוש לקבלתו או מן הטעם שהוא סותר חוק-יסוד ולא נאמר בו במפורש שתקפו הוא על אף האמור בחוק-היסוד; לא ישיג אדם על תקפו של חוק אלא אם נפגע במישרין ממנו.

(ב) התעורר בהליך לפני רשות שיפוטית ספק בדבר תקפו של חוק מאחד הטעמים האמורים בסעיף קטן (א), ומצאה הרשות השיפוטית שאין בידה לפסוק בעניין שלפניה בלי להכריע בשאלת תקפו של חוק ושלא ניתן להסיר את הספק האמור ולקיים את תקפו של החוק, תביא את השאלה לפני בית המשפט לחוקה.

(ג) בית המשפט לחוקה לא ידון בעניין שהובא לפניו לפי סעיפים קטנים (א) או (ב) אלא לאחר שבית המשפט העליון בהרכב של שלושה שופטים קבע שנתקיימו לכאורה התנאים האמורים

9. הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח תשל"ח 326.

בסעיפים קטנים (א) או (ב) ושהעניין ראוי לדיון, זולת אם הובא לפניו העניין מבית המשפט העליון.
 (ד) פסק בית המשפט לחוקה שהחוק או הוראה בו אינם תקפים, תחול קביעתו מיום פסק הדין והלאה, זולת אם הורה בית המשפט הוראה אחרת, ועל העניין שלפניו.
 (ה) אין משיגים על תקפו של חוק או הוראה בו ואין דנים בשאלת תקפם, אלא מן הטעמים ובדרכים האמורים בסעיף זה.
 כפי שעולה יש שוני מסוים בין ההצעה מ-1978 ובין ההצעה מ-1975. כך, למשל, בראשונה, צד נפגע מביא את השאלה החוקתית להכרעה שיפוטית. בשנייה, בית המשפט עצמו מעביר את השאלה להכרעה שיפוטית.¹⁰ הצעה זו לא עברה קריאה ראשונה בכנסת.

הצעות חוק יסוד: החקיקה מהשנים 1992-2001

ב-1992 פורסמה על ידי משרד המשפטים (בראשותו של השר דן מרידור) הצעה שלישית לחוק יסוד: החקיקה.¹¹ ההצעה פורסמה לפני חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ולפני פרשת בנק המזרחי המאוחד. הוצע בה לתקן את חוק יסוד: השפיטה בדרך של הכנסת הוראה דומה לזו המצויה בהצעה מ-1978. וזו לשון ההצעה:¹²

תיקון חוק-יסוד: השפיטה

בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, סעיפים קטנים (ד) ו-(ה) יסומנו (י) ו-(יא), ולפניהם יבואו:

(ד) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט לענינים חוקתיים ובשבתו כאמור ידון בתשעה שופטים או במספר בלתי זוגי גדול יותר, כפי שיוורה נשיא בית המשפט העליון.
 (ה) כל אדם רשאי להשיג לפני בית המשפט לענינים חוקתיים על תקפו של חוק או על תקפה של הוראה שבו, מן הטעם שהחוק או ההוראה לא נתקבלו ברוב הדרוש לקבלתם או מן הטעם שהם סותרים חוק יסוד ולא נאמר בהם במפורש שתקפם הוא על אף האמור בחוק יסוד, או שהם סותרים עקרון מעקרונות היסוד של מדינת ישראל; לא ישיג אדם על תקפו של חוק או על תקפה של הוראה שבו אלא אם נפגע מהם במישרין; השגה כאמור יכול שתוגש גם בידי היועץ המשפטי לממשלה.

10. פתרון זה הוא הראוי. הוא מקובל במשפט המשווה. ראו, למשל, סעיף 234 לאמנת רומא (לעניין הסמכות של בית הדין האירופי לצדק).

11. הצעת חוק יסוד: החקיקה, ה"ח תשנ"ב 149.

12. סעיף 35 להצעה.

(ו) רשות שיפוטית שבהליך שלפניה התעורר ספק בדבר תקפו של חוק או בדבר תקפה של הוראה שבו מאחד הטעמים האמורים בסעיף קטן (ה), ומצאה הרשות השיפוטית שאין בידה לפסוק בענין שלפניה בלי להכריע בשאלת תקפו של החוק או תקפה של הוראה שבו, ושלא ניתן להסיר את הספק האמור ולקיים את תקפו של החוק או את תקפה של ההוראה, תביא את השאלה לפני בית המשפט לענינים חוקתיים: לעניין זה, 'רשות שיפוטית' – בית משפט, בית דין או רשות אחרת שסמכות שפיטה נתונה בידיהם לפי סעיף 1.

(ז) בית המשפט לענינים חוקתיים לא ידון בענין שהובא לפניו לפי סעיפים קטנים (ה) או (ו) אלא לאחר שבית המשפט העליון קבע שנתקיימו לכאורה התנאים האמורים באותם סעיפים קטנים ושהענין ראוי לדיון, זולת אם הענין הובא לפניו מבית המשפט העליון.

(ח) פסק בית המשפט לענינים חוקתיים שחוק או הוראה שבו אינם תקפים, תחול קביעתו – לגבי מי שאינו צד להליך – מיום פסק הדין ואילך, זולת אם הורה בית המשפט הוראה אחרת.

(ט) אין משיגים על תקפו של חוק או על תקפה של הוראה שבו, ורשות שיפוטית לא תדון בשאלת תקפם, אלא מן הטעמים ובדרכים האמורים בסעיף זה.

הצעה זו לא קודמה בשלבי החקיקה. ב-1993 פורסמה הצעת החוק ברביעית,¹³ אף היא על ידי הממשלה. שר המשפטים היה הפרופ' ד' ליבאי. נקבע בהצעה שחוק לא ישנה ולא יסתור חוקי־סוד, אך לא נקבעה כל הוראה באשר לביקורת שיפוטית (צנטרליסטית או דה־צנטרליסטית) על חוקתיות החוק. הצעה זו עברה בקריאה ראשונה (ביום 15 בנובמבר 1993), אך הליכי החקיקה בה לא נמשכו. בדרך דומה – שביקשה להימנע מלעורר ויכוח בעניין הביקורת השיפוטית, ואשר משמעותה המעשית הייתה שימור המצב הקיים כפי שנקבע בפרשת **בנק המזרחי המאוחד** – נקטו גם הצעת חוקי־סוד: החקיקה שפורסמה מטעם ועדת החוקה חוק ומשפט בשנת 2000,¹⁴ והצעת חוקי־סוד: החקיקה שפורסמה מטעם ועדת החוקה חוק ומשפט ב-2001.¹⁵ בראשות הוועדה עמד באותה עת פרופ' א' רובינשטיין. ההצעה משנת 2000 נפלה בקריאה הראשונה (ביום 2 באוגוסט 2000) ואילו ההצעה משנת 2001 לא הובאה להצבעה בקריאה ראשונה. הנחת היסוד בכל ההצעות שנקטו עמדה מפורשת בעניין הייתה כי בית המשפט העליון בלבד יהא בית משפט לחוקה. מהם יתרוגותיה וחסרונותיה של הצעה זו, והאם היא ראויה?

13. הצעת חוקי־סוד: החקיקה, ה"ח תשל"ג 91.

14. הצעת חוקי־סוד: החקיקה, ה"ח תש"ס 340.

15. הצעת חוקי־סוד: החקיקה, ה"ח תשס"א 556.

שיקולים לטובת שיטה דה-צנמטריסטית

קיימים שיקולים חשובים אחדים, התומכים בהמשך המצב הקיים, לפיו כל בית משפט או בית דין מוסמך, אגב הכרעתו בסכסוך שבין הצדדים שלפניו, לקבוע את דבר חוקיותו של חוק. הכרעה זו תתפוס אך בין הצדדים (inter partes), ולא תהא לה נפקות כלפי כולי עלמא (erga omnes). בטלותו של החוק – אם ניתן לומר כך – תהא "יחסית" בלבד. כמובן, ההכרעה של בית משפט נמוך כפופה לערעור לפני בית משפט גבוה יותר, עד בית המשפט העליון.

השיקול הראשון הנו שיקול של יעילות. ההסדר הקיים, לפיו כל שופט הוא "שופט חוקתי", הוא הסדר יעיל. השופט הדין בתיק מכריע בכל ההיבטים שלו. הוא אינו מחויב להפסיק את הדיון ולשלוח מעין "אבעיה" למוסד שיפוטי אחר. החובה להפסיק את הדיון ולהמתין להכרעה של בית המשפט העליון מאריכה מטבע הדברים את הדיון בתיק, מסבכת אותו ועשויה להביא לידי עיוות דין. בעיקר כך בתחום הפלילי, שבו הנאשם נתון במעצר.

השיקול השני הוא שיקול של מהות. כל שופט חייב שלא לשפוט על פי חוק הנוגד חוק-יסוד. אם חוק רגיל סותר חוק-יסוד – כפי שתקנה סותרת חוק – על כל שופט להצהיר על כך. אכן, השופט אינו יכול לשפוט בלא להניח לפניו את התשתית הנורמטיבית אשר על פיה עליו להכריע, ובמסגרת זו – שעה שיש סתירה בין חוק יסוד לחוק רגיל – עליו לקבוע על פי איזה חוק הוא פועל. במיוחד ראוי דבר זה לעניין הפעלתם של חוקי-היסוד, שכן ראוי הוא שכל שופט יפנים את החוקה לעצמו. הפנמה כזו אפשרית רק אם תוטל על השופט אחריות להכרעותיו החוקתיות. אחריות כזו תתרחש אם ההכרעה – ולו רק בין הצדדים – תהא מוטלת על כל שופט, ולא תועבר לבית המשפט העליון. ראוי הוא שכל שופט יראה עצמו כשופט חוקתי, הרגיש לזכויות האדם, ועל כן חייב לקבל הכרעה חוקתית. בכך תופנם החוקה אצל כל רשויות השפיטה.

השיקול השלישי מתמקד בבית המשפט העליון. ראוי הוא שעניין החוקתיות יגיע אליו אחרי שהוא נדון בהרחבה בבתי המשפט הנמוכים. על ידי כך נקבעת לא רק התשתית העובדתית הראויה, אלא נתחם מרחב של זמן בין האירוע הנדון במשפט ובין בית המשפט. נוצר "פתיל השהיה" המאפשר לחברה ולבית המשפט להפנים את הבעיה ואת פתרונה הראוי. אין זה טוב שהדברים יגיעו "ישר" לבית המשפט העליון. יש יתרון בטיפוס הדרגתי במעלות השפיטה, תוך הכרה הולכת וגוברת הן בקרב הציבור והן בקרב השופטים של הבעיה ושל דרכי פתרונה. זאת ועוד: מכיוון שהדיון בשאלת החוקתיות מתחיל בערכאה הדיונית, הוא צמוד מטבע הדברים לסכסוך קונקרטי. רבים מהמקרים באמצעות קביעה סופית של התשתית העובדתית ניתן לפתור את הבעיה המתעוררת בלי צורך לבחון את חוקתיות החוק. וכאשר צורך זה נוצר, נערך הדיון על בסיס מצב עובדתי קונקרטי ונמנע דיון מופשט בשאלת חוקתיות החוק.

ואשר למגרעותיה של השיטה – הרי ניתן לצמצמן. ראשית, כל שופט יעשה כל מאמץ כדי להקטין את הצורך להכריע בדבר חוקתיות החוק. הוא יעשה כל מאמץ לפרש את החוק

באופן שחוקתיותו תישמר.¹⁶ זאת ועוד: עם קביעת התשתית העובדתית יכול שיתברר כי שוב אין צורך בהכרעה חוקתית. **שנית**, גם כאשר ההכרעה החוקתית באה – והשופט או הדיין מכריז על אי-חוקתיות החוק – הרי הכרזה זו – עד כמה שהיא אינה מקיפה שופטים רבים – פוגעת אך במצטט בביטחון המשפטי ובוודאות המשפטית, שכן היא פועלת רק בין הצדדים. החוק אינו מתבטל. הוא ממשיך להתקיים כלפי כולי עלמא, למעט הצדדים לאותו משפט שבו הוכרזה אי-החוקתיות. כמובן, גם חוסר ודאות צר זה יוסר בעתיד אם וכאשר יוגש ערעור על פסק הדין, והערעור יגיע לבית המשפט העליון. ניתן גם לאפשר "ערעור מדלג" במישרין לבית המשפט העליון.

שיקולים לטובת שיטה צנטרליסטית

ניתן להצביע על שיקולים אחדים התומכים בשינוי המצב הקיים, ובקביעה כי הסמכות הבלעדית לקביעת אי-חוקתיות של חוק תהא מופקדת אך ורק בידי בית המשפט העליון. השיקול הראשון הנו שיקול של יעילות. הבעיה של חוקתיות החוק היא בעלת חשיבות רבה. יש להניח כי בסופו של יום היא תובא בדרך של ערעור לבית המשפט העליון. יעיל יותר לקצר את ההליכים. חבל על זמן שיפוטי ועל זמנם של הצדדים שיחויבו להמתין להכרעה זו, תוך מעבר מערכאה נמוכה יותר לערכאה גבוהה יותר. יעיל יותר להעביר מיד את ההכרעה בשאלה החוקתית לבית המשפט העליון.

השיקול השני הנו שיקול של ודאות וביטחון. גם אם ההכרעה השיפוטית בבית משפט או בבית דין אינה פועלת כלפי "כולי עלמא" והיא מוגבלת אך לצדדים בלבד, הרי יש בה כדי להכניס גורם של חוסר ודאות בשיטת המשפט. חוסר ודאות זה יגבר אם כמה בתי משפט ובתי דין יפסקו את הדין בעניין זה, ופסיקתם תהא סותרת. לא תמיד ניתן להסיר את חוסר הודאות, שכן הערעור הוא בידי הצדדים: רוצים – מערערים; רוצים – נמנעים מערעור. בהיעדר ערעור נשארת הכרעה שיפוטית בדבר אי-חוקתיות חוק וגם אם הדבר פועל "בין הצדדים" בלבד, הרי עשויה להיות לדבר השלכה על הודאות המשפטית ועל הביטחון המשפטי.

השיקול השלישי הוא שיקול של מקצועיות והתמחות. חוקה היא עניין מורכב. משפט חוקתי הוא תחום סבוך. שופטי המדינה ודייניה אינם יכולים להקדיש את הזמן הנדרש, ועל כן אין להם המומחיות המוסדית הנדרשת, לטיפול בבעיה חוקתית. ראוי הוא להפקיד עניין זה בידי הערכאה השיפוטית העליונה בלבד, אשר בידיה הכלים המוסדיים להתמחות והתמקצעות בתחום חשוב זה.

השיקול הרביעי קשור למסורת המשפטית שהתגבשה בישראל. מאז הוחקו חוקי היסוד בוטל רק מספר קטן של חוקים בשל ניגוד לחוקי היסוד. ארבעה מקרים התרחשו לפני

16. ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מוגרל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 349-350; בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, בעמ' 810; בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, בעמ' 548-550.

חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, והם קשורים לשוויון בבחירות לכנסת.¹⁷ ככולם הפנייה הייתה במישרין לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. מאז כינונם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ב-1992 בוטלו על ידי בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, שלושה סעיפים בשלושה חוקים.¹⁸ אף בהם הפנייה הייתה במישרין לבית המשפט העליון. רק בשני מקרים – פרשת בנק המזרחי המאוחד ופרשת הנדלמן¹⁹ – הפנייה הייתה לבית המשפט הרגיל (בית המשפט המחוזי בראשון ובית משפט השלום בשני) אשר הכריז על בטלות (בין הצדדים) של החוק. סקירה קצרה זו מלמדת כי במרבית המקרים ההכרזה הראשונית על בטלות הוראת חוק הנוגדת חוק-יסוד נעשתה על ידי בית המשפט העליון. קביעה מפורשת ברוח זו תתאים אפוא לדינמיקה שהתפתחה בעניין זה.

ואשר למגרעותיה של השיטה, הרי ניתן לצמצמן. ניתן להבטיח כי רק כאשר אין מנוס מהכרעה בחוקתיות החוק יש להעביר את השאלה לבית המשפט העליון. לא די בעצם קיומה של טענה לעניין אי-חוקתיות. צריך שעל פיה יקום ויפול דבר. צריך גם שהטענה תהא רצינית ביותר. זאת ועוד: ניתן להבטיח כי העברת העניין לבית המשפט העליון לא תהא מותנית ברצונו של צד, אלא תוטל על בית המשפט עצמו, אשר יוכל בהליך מזורז לפני שלושה שופטים, לדחות טענה שאינה נראית מבוססת דיה.

ההסדר הראוי – צנטרליסטי

נראה לי כי השיקולים השונים לטובת כל אחד מהמודלים מאזנים זה את זה.²⁰ במשפט המשווה ניתן למצוא דוגמאות רבות למודל הדה-צנטרליסטי, הנוהג בכל מדינות המשפט המקובל (אמריקה, קנדה, אירלנד, אוסטרליה, הודו), במדינות שיש בהן – כמו בישראל – שיטת משפט מעורבת (כגון קפריסין, הפיליפינים), ובכמה מדינות באירופה (כגון נורבגיה, שבדיה, דנמרק), באסיה (כגון יפן, קוריאה הדרומית) ובדרום אמריקה (כגון ארגנטינה ומקסיקו). במשפט הקונטיננטלי רבות מהמדינות (כגון גרמניה, ספרד, פורטוגל, איטליה, רוסיה ומרבית ארצות הגוש המזרחי לשעבר) מקיימות בית משפט חוקתי, אשר לגביו נוהג המודל הצנטרליסטי. במצב דברים זה, של שיקולים לכאן ולכאן, יש ליתן משקל לשיקול נוסף לטובת המודל הצנטרליסטי, שטרם עמדתי עליו. לדעתי, יש בשיקול זה כדי להכריע לעת הזו את הכף לטובת הגישה הצנטרליסטית. שיקול זה נגזר מהתרבות

17. ראו בג"ץ 98/69 ברנמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693; בג"ץ 260/81, 246 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1; בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו(3) 141; בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529.

18. ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241; בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640.

19. ת"פ (תל-אביב-יפו) 4696/01 מדינת ישראל נ' הנדלמן (לא פורסם).

20. לסוגיה זו, ראו: Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law* (1989).

החוקתית של שיטת המשפט שלנו. על פיו, יהא זה מעבר חד מדי מדמוקרטיה פרלמנטרית גרידא לדמוקרטיה פרלמנטרית-חוקתית, אם כל בית משפט וכל בית דין יוסמך להכריז על בטלות החוק. לא הרי הכרזה על בטלותה של תקנה – הנתונה לכל בית משפט ולכל בית דין במדינה, ושאינה מעוררת כל בעיה בישראל של היום – כהרי הכרזה על בטלותו של חוק – המעורר קשיים. אכן, נדרש חינוך של החברה למהותם של חוקה ושל ביקורת שיפוטית, כדי להכיר בסמכותו של כל בית משפט להכריע – ולו בין הצדדים – בשאלת חוקתיות החוק. כל עוד הדבר לא חדר עמוק להכרה ולתודעה של הציבור, עדיף לרכז את הביקורת השיפוטית בידי בית המשפט העליון הנהנה מאמון הציבור כמגן הדמוקרטיה וכבר הפעיל ביקורת זו בעבר.

עם עבור השנים, וכאשר התרבות החוקתית תעמיק בחברה שלנו, וכאשר הביקורת השיפוטית תיתפס כאמצעי טבעי וחיוני לדמוקרטיה הישראלית, תוכל הכנסת לשקול מעבר למודל הדה-צנטרליסטי, בנוסח המשפט המקובל.