על ההצעה להקים בית־משפט לחוקה

בית־משפט חוקתי למדינת ישראל

(בעקבות כנס בנושא הקמת בית־משפט לחוקה שנערך בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה ב־8 ביולי 2001).

בשנים 1992-1994 נחקקו תוקי־היסוד החדשים – חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק־יסוד: חופש העיסוק. בעקבות חקיקה זו קבע בית־המשפט העליון בפסק־דין תקדימי,[1] כי בסמכותו לבצע ביקורת שיפוטית על תוקיותם של חוקים. ביקורת זו הוצאה מהכוח אל הפועל בשנת 1998.[2]

בשנתיים הראשונות של המילניום החדש התפתח בארץ ויכוח נוקב סביב ההצעה להקמת בית־משפט חוקתי שיחליף את בית־המשפט העליון בביצוע ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים, את ההצעה יזמו במה חברי־כנסת. היא הועמדה להצבעה טרומית בכנסת בחודש יולי 2000 וזכתה לרוב של 57 מול 19.

בעקבות הצעה זו התקיים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה כינוס בסוגיה, "האם ראוי להקים בית־משפט לחוקה?" עיקרי הדברים שנאמרו בכינוס מופיעים בדפים דלעיל, נוספו עליהם דבריו של נשיא בית־המשפט העליון, השופט אהרן ברק, שנישאו במקום אחר, כנגד ההצעה האמורה.

ב־2 בינואר 2002 נפלה בכנסת בקריאה ראשונה ההצעה להקמת בית־משפט חוקתי. עם זאת, נראה, כי זהו סיום של שלב ראשון בלבד במערכה להקמת בית־משפט לחוקה ובמערכה הכללית יותר כנגד בית־המשפט העליון.

להלן עיקרי הדברים שנאמרו בכנס וכן הרצאתו של נשיא בית־המשפט העליון.

---

1. ע"א 6821/93, רע"א 1908/94 ואח' בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221.
2. בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נא (4) 367.

nevo.co.il

בית־המשפט העליון כבית־משפט לחוקה

(דברי הנשיא בכנס במכון הישראלי לדמוקרטיה, 1.11.2001)

אהרן ברק*

א. השארת המצב הקיים. ב. שלילת הביקורת השיפוטית. ג. בית־משפט מיותר לחוקה. ד. ביקורת שיפוטית מקדמית. ה. דרכי מינוי השופטים בבית־המשפט העליון. ו. זהות המתמנים לבית־המשפט העליון. ז. סוף דבר.

א. השארת המצב הקיים

נקודת־המוצא שלי היא, כי במדינת ישראל נוהגים חוקי־יסוד שהם הנורמה העליונה במדינה. כן נוהגת בישראל ביקורת שיפוטית על חוקתיות החקיקה שנתקבלה לאחר כינונם של חוקי־היסוד בדבר זכויות האדם. כך נפסק ב־1995 בע"א בנק המזרחי,[1] השאלה הניצבת בפנינו בדיונים אלה היא, אם יש לשנות מהסדר זה ודוק: איננו מצויים בשלב של טרום־המדינה; השאלה אינה אם להנהיג חוקה וביקורת שיפוטית על חוקתיותו של החוק, אנו נמצאים 54 שנה לאחר הקמת המדינה ולאחר שהוחלט על כינונה של חוקה; אנו נמצאים שש שנים לאחר הפסיקה בע"א בנק המזרחי, שהכירה בקיומה של ביקורת שיפוטית על תוקפתיותו של החוק. אפשר כמובן לשנות את המבנה החוקתי, והשאלה הניצבת בפנינו כיום היא אם שינוי כזה רצוי? בשלב זה של הדיונים במכון הישראלי לדמוקרטיה ההנחה היא, כי אין הצעה לבטל את תוקי־היסוד (או החוקה), אם כי ראוי בוודאי להכניס בהם שינויים מסוימים. השאלה היא אפוא צרה יותר: היש מקום לשנות מע"א בנק המזרחי ולקבוע הסדר שונה בדבר הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק? למותר לומר, כי הנטל מוטל על מבקשי השינוי. טענתי היא, כי בנטל זה הם לא עמדו. ההסדר הקיים בדבר ביקורת שיפוטית אינו אידיאלי, ולי כשלעצמי ישנן הצעות לשיפורים. כך, למשל, ראוי לבחון אם לא לאמץ את הרעיון שהופיע בכמה הצעות חוק־יסוד: חקיקה[2] – ושהיה מקובל הן על ממשלתו הראשונה של רבין המנוח (צדוק היה אז שר־המשפטים) הן על

---

* נשיא בית־המשפט העליון.

1. ע"א 6821/93, רע"א 1908/94 ואח' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221 (להלן: ע"א בנק המזרחי).
2. הצעת חוק־יסוד: החקיקה, ה"ח 2100 (תשנ"ב).

nevo.co.il

ממשלתו של מר בגין המגנת (הוא־עצמו היה אז שר־המשפטים) – שלפיה הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק תיעשה רק על־ידי בית־המשפט העליון, תוך שייקבע במפורש כי הדבר ייעשה בהרכב מורחב של תשעה שופטים לפחות. אך אלה הם תיקונים בגדרי הקונספציה הקיימת. אני סבור, כי בעיקרו של דבר המצב הקיים הוא ראוי וטוב; כי ההצעות השונות שהועלו, ואשר יידונו היום, אינן ראויות. על־כל־פנים, אין הן ראויות במידה המספיקה כדי להביא לשינוי בהלכת בנק המזרחי. שינוי כזה הוא מהפכה חוקתית ודשה. לא שוכנעתי כלל, שיש צידוק להכניס את המדינה למערבולת חוקתית זו. אלה טעמי.

ב. שלילת הביקורת השיפוטית

אפתח בהצעה לשלול ביקורת שיפוטית, שהרי זו ההצעה מרחיקת־הלכת ביותר מזווית־הראייה של המצב הקיים. בשיטת משפט שבה קיימת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק – וזהו המצב בישראל זה שנים מספר – נדרשים נימוקים כבדי־משקל במיוחד כדי לבטל את הביקורת הזו. לדעתי, לא הובאו נימוקים משכנעים לכך. אני מודע לטיעונים המקובלים, שלפיהם ביקורת שיפוטית על־ידי שופטים שאינם accountable היא "אנטי־מג'וריטנית". חרף טיעון זה – והוא תופס בין אם בית־המשפט העליון יהיה בית־משפט לחוקה בין אם יוקם בית־משפט נפרד לחוקה – מרבית המדינות הדמוקרטיות מקיימות ביקורת שיפוטית. מה שתופס, קיים ומשגשג בכל העולם הדמוקרטי, ראוי לו שיתפוס, יתקיים וישגשג גם אצלנו. אין כל ייחוד לחברה הישראלית המבחין אותנו בעניין זה משאר העולם הדמוקרטי. אכן, העולם הדמוקרטי למד את לקחיה של השואה. אחד מהלקחים החשובים היה הצורך לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של החוק ובכך להטיל מגבלות על כוחו של הרוב. יהיה זה טרגי אם דווקא מדינת ישראל לא תפיק לקח זה. ואשר לטיעון המג'וריטני עצמו, בעיני אין כוחו רב כלל. העימות אינו בין השופט המבטל חוק ובין הפרלמנט שחוקק אותו. העימות הוא בין החוק שחוקק הפרלמנט ובין החוקה. חוקה שנתקבלה בעבר אינה מג'וריטנית לעניין הרוב של ההווה. אלה טיעונים חלשים כנגד חוקה. על־כל־פנים, משהחלטנו שאנו מעוניינים בחוקה, החלטנו גם שהרוב של היום לא יובל להגשים את רצונו בכל מקרה. עם זאת, מקובל עלי כי לריסון של הרוב העכשווי צריכים להיות גבולות. על־כן אני סבור כי יש להבטיח ששינוי החוקה לא יהיה כה קשה כפי שהוא בארצות־הברית. אפשר גם להרחיב את "פסקת ההתגברות" – זו הפסקה הקבועה בתוק־יסוד: חופש העיסוק[3] – לעבר כל הוקי־היסוד. בכך ניתן בידי רוב הכנסת הכוח להביא בדרך החקיקה הרגילה לתוצאה שאינה עולה בקנה אחד עם החוקה, תוך הגנה (זמנית) בפני ביקורת שיפוטית. שני אמצעים אלה – שינוי לא קשה במיוחד של החוקה עצמה ואפשרות לחוקק חוקים "על־אף האמור בחוקה" – נותנים תשובה, ולו חלקית, לטיעון המג'וריטני. על־כל־פנים, בוודאי שאין לו כל מקום כיום, כאשר רוב חברי־הכנסת – ולעתים קרובות רוב בכנסת – יכולים לשנות את החוקה שלנו. הכנסתו

3. ס"ח תשנ"ד 90.

nevo.co.il

של הטיעון המג'וריטני למצב הקיים כיום בישראל הוא ייבוא של טיעון זר שאין לו מקום של ממש בישראל.

טוענים, כי באנגליה אין ביקורת שיפוטית, והדמוקרטיה האנגלית איתנה וראויה. זה נכון, אבל ישראל אינה אנגליה. המושג "it is not done" קיים באנגליה, לא אצלנו. אנגליה גם לא שקלה ביטול ביקורת שיפוטית קיימת, אלא הנהגת ביקורת שיפוטית במקום שזו אינה קיימת על־ידי בתי־משפט אנגליים. אך מעבר לכך: באנגליה ישנה ביקורת שיפוטית בתחום חקיקה הפוגעת בזכויות־האדם. זו נעשית מחוץ לאנגליה, בבית־הדין האירופאי לזכויות האדם בשטרסבורג.[4] אנגליה היא "נתבע" קבוע בפני בית־המשפט האירופאי לזכויות האדם. מתוך 421 מקרים שבהם מצא בית־המשפט בשטרסבורג הפרה של זכויות אדם ב־2000, אנגליה נמצאת במקום הרביעי (לאחר איטליה, צרפת ותורכיה). ביקורת זו נלקחת באנגליה ברצינות רבה. כל זאת אינו קיים בישראל, שבה הביקורת השיפוטית היחידה על חוקתיות החוק היא "פנימית". בכך נבדלת גם ישראל מהולנד, שגם בה אין ביקורת שיפוטית "פנימית", אלא ביקורת שיפוטית "חיצונית". השוני המהותי (הריסון העצמי של הפרלמנט האנגלי והחברה האנגלית) והשוני המשפטי (קיומה של שטרסבורג) בינינו ובין אנגליה הוא כה רב, עד כי אין זה פתרון ראוי להנהיג אצלנו את ההסדר האנגלי בעניין הצהרת ה־non-competability. להצהרה כזו יש "שיניים" באנגליה, אך לא בישראל.

מדוע לשלול אפוא ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק? משה לנדוי טוען, שיש לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות התוק בתחום המוסדי, אך לא בתחום של זכויות האדם.[5] הטעם לכך הוא הרצון להגן על בית־המשפט בפני פוליטיזציה. אין זו הצעה ראויה. אין להבחין בין הצד המוסדי של החוקה (שלגביו מציע לנדוי קיומה של ביקורת שיפוטית) ובין זכויות האדם (שלגביהם מציע לנדוי שלילת ביקורת שיפוטית). דווקא בתחום של זכויות האדם יש צורך להגן על המיעוט בפני כוחו של הרוב ועל־כן דווקא בתחום זה חשובה הביקורת השיפוטית. יצוין, כי דווקא הניסיון הישראלי עם קיומה של ביקורת שיפוטית בתחום זכויות האדם הוא טוב. הכנסת לקחה ברצינות את תובתה לקיים את חוקי־היסוד בדבר זכויות האדם. כל הצעת חוק נבדקה היטב נוכח חוקי־היסוד ופסקאות ההגבלה. החוקים שהתקבלו מאז 1992 רגישים לזכויות האדם. לא מקרה הוא שמאז ע"א בנק המזרחי לפני שש שנים הוגשו לא יותר מ־15 עתירות וערעורים בעלי אופי חוקתי. הדבר אינו נובע מחוש האיפוק של הישראלים. הדבר נובע מעבודתה הטובה של הכנסת, אשר לקחה ברציגות את חובתה החוקתית. היא עשתה כן בעיקר בשל קיומה של ביקורת שיפוטית. אכן, קיומה של ביקורת שיפוטית מפית רוח־חיים בחוקה. בלעדיה היא נשארת מסמך פוליטי, אשר הרשות המחוקקת מתחשבת בו אם היא רוצה בכך ואינה מתחשבת בו אם היא אינה רוצה בכך. הביקורת השיפוטית היא שמחייבת לקחת את התוקה ברצינות.

אפשר לטעון, כי בישראל של היום אין די קונסנסוס לתוקה שצריך לקחת אותה ברצינות. אינני מסכים לכך. יש קונסנסוס רחב לרוב חלקי החוקה. האין קונסנסוס על

4. Human Rights Act, 1998.

5. משה לנדוי, "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית־המשפט", משפט וממשל ג (תשנ"ו) 697.

nevo.co.il

חופש ביטוי? האין קונסנסוס על זכויות הנאשמים? קונסנסוס קיים. מה שיש זה וטו פוליטי. זאת ועוד: קונסנסוס זה ילך ויגבר ככל שעקרון החוקתיות ילך ויתבסס. כמובן, תמיד יהיו טענות נגד פסק־דין זה או אחר, על־כל־פנים, ודאי שטענות כאלה אינן צריכות להימען בישראל, שבה בשש השנים האחרונות, מאז הוכרה ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, בוטלו שני סעיפים בשני חוקים.[6] בתקופה המקבילה בגרמניה בוטלו 88 סעיפים או חוקים, ובארצות־הברית בוטלו 65 סעיפים או חוקים, בקנדה בוטלו 19 חוקים או חלקי חוק. אכן, כל הטיעונים באשר לאקטיביזם השיפוטי – טיעונים שאינם מגדירים אקטיביזם מהו והמחייבים דיון נפרד – אינם נוגעים לצד התוקפי, אלא לרוב להיבטים של משפט מינהלי. העמדה כלפיהם – תהיה אשר תהיה – אינה נוגעת בשאלת סמכותה של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק, ודוק: אינני טוען, שהביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק אינה חשובה בשל מיעוט פסקי־הדין שביטלו הוראות חוק. הביקורת השיפוטית חשובה מאוד, דווקא באותם עניינים שבהם בית־המשפט מפרש את החוקה גם אם אין בעקבות הפרשנות ביטול חקיקה. כל שאני מבקש לומר הוא, כי בפעילותו החוקתית לא גילה בית־המשפט העליון קלות־דעת כלפי החקיקה.

ג. בית־משפט מיוחד לחוקה

אך גם אם הביקורת השיפוטית חיונית, האין זה ראוי שביקורת זו תיעשה על־ידי בית־משפט מיוחד לחוקה, כמקובל ברוב מדינות אירופה? אם זה טוב לאירופה, מדוע אין זה טוב עבורנו? עמדתי היא, כי הדוגמא האירופאית אינה מתאימה למציאות שלנו וכי הדוגמא התואמת את המציאות שלנו היא דווקא הדוגמא של מדינות המשפט המקובל, כגון ארצות־הברית, קנדה, אוסטרליה והודו. אני סבור, כי יש להימנע מהקמת בית־משפט מיוחד לחוקה, שכן הדבר יביא לפוליטיזציה של השפיטה, לסיכון הרמה המקצועית של השפיטה, לפגיעה באמון הציבור במערכת־השפיטה ולהרס בית־המשפט העליון. עמדתי היא, כי יש להותיר את השפיטה החוקתית בידי בית־המשפט העליון, אשר מאז קום המדינה משקף בראוי את הפלורליזם של החברה הישראלית ומגן כראוי על החוקה וערכי המדינה, ובהם זכויות האדם.

רוב בתי־המשפט החוקתיים באירופה הוקמו לאחר מלחמת־העולם השנייה. הלקח שנלמד מהמלחמה ומהשואה היה, שיש לעגן בחוקה את זכויות האדם ולאפשר לבית־המשפט לקבוע אם פעולות השלטון, לרבות פעולות בית־המחוקקים, הן חוקתיות. השופטים נתפסו אפוא כמגנים התוקתיים על זכויות האדם. אך מי היו שופטים אלה? היו אלה אותם שופטים שפעלו בגרמניה הנאצית, באיטליה הפשיסטית ובספרד של פרנקו. לא היה אפשר להפקיד בידי שופטים אלה – שרבים מהם שיתפו פעולה עם השלטון המדכא ועל־כל־פנים לא נמנעו מלפעול בשירותו – את ההגנה התוקתית על זכויות האדם. לא היה מנוס מיצירתו של בית־משפט מיוחד, שבו יכהנו שופטים שלא נטלו חלק

6. ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות ואח' נ' שר־האוצר ואח', פ"ד נא (4) 367; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר־הבטחון ואח', פ"ד נג (5) 241.

במשטר הישן. כך הוקמו במדינות אלה בתי־משפט חוקתיים, ובהם שופטים מיוחדים, שלא שירתו את המשטר הישן. תופעה דומה התרחשה עם התפוררותה של האימפריה הסובייטית. ברוסיה עצמה ובמדינות מזרח־אירופה נכונו חוקות חדשות המגנות על זכויות האדם. לא היה אפשר להעניק לשופטים הרגילים, אשר שירתו את המשטר הקומוניסטי, את ההגנה על וכויות האדם ולכן לא היה מנוס מהקמתו של בית־משפט מיוחד.

למגמת זו נתוספו שני שיקולים נוספים הקשורים במבנה בתי־המשפט ובמעמדם של השופטים: השיקול הראשון קשור במבנה בתי־המשפט באירופה. מבנה זה מבוסס על כמה מערכות־שיפוט, שבראש כל אחת מהן עומד בית־משפט עליון שאינו כפוף לבתי־המשפט העליונים של מערכות־השיפוט האחרות. בצרפת מוכרים בתי־המשפט האזרחיים והפליליים, ובראשם בית־המשפט לקסציה (ה־Cour de Cassation). בצִדם עומדת מערכת בתי־המשפט לענייניים מינהליים, אשר בראשה עומדת מועצת־המדינה (ה־Conseil d'Etat). בית־המשפט לקסציה אינו כפוף למועצת־המדינה, ומועצת־המדינה אינה כפופה לבית־המשפט לקסציה. מבנה דומה קיים בגרמניה. בראש בתי־המשפט הרגילים עומד בית־המשפט העליון (ה־Bundesgerichtshof). כן קיימים בתי־משפט לעבודה, ובראשם בית־המשפט העליון לעבודה (ה־Bundesarbeitsgericht); בתי־המשפט המינהליים, ובראשם בית־המשפט המינהלי העליון (ה־Bundesverwaltungsgericht); בתי־משפט לביטוח סוציאלי, ובראשם בית־המשפט העליון לענייניים סוציאליים (ה־Bundessozialgericht); ובתי־משפט לתקציב ציבורי, ובראשם בית־המשפט העליון לתקציב ציבורי (ה־Bundesfinanzhof). מבנה דומה קיים בשאר מדינות אירופה. מבנה זה מעורר ממילא את השאלה, בידי מי להפקיד את השיפוט החוקתי? התלטתו של איזה בית־משפט תהיה סופית ומחייבת? בהיעדר מבנה פירמידי, המעמיד בראש המערכת השיפוטית בית־משפט אחד, לא היה מנוס מיצירתו של בית־משפט חדש, שיעמוד מחוץ למערכות הרגילות של בתי־המשפט וישמש קודקוד הפירמידה השיפוטית, באופן שפסקי־הדין שלו בעניינים חוקתיים יחייבו את כל בתי־המשפט. לא היה מנוס אפוא מהקמת בית־משפט חוקתי מיוחד.

השיקול השני קשור במעמדם של השופטים. בתפיסה הקונטיננטלית, השופטים נתפסים כחלק מהביורוקרטיה השלטונית. הם מתמנים לשפיטה בגיל צעיר עם סיום לימודי המשפטים, כמו עובדי מדינה אחרים. קיימת אפשרות של מעבר בין תפקיד שפיטה ובין תפקידי ביצוע. לדוגמא: היום פלוני הוא שופט "יושב" ("Juge "dit assis") המכריע בסכסוכים, ומחר הוא שופט "עומד" ("Juge "dit debout") המנהל חקירה פלילית. בדרך־כלל קיים חשש כי שופטים כאלה – על־פי תינוכם, מעמדם, וצורת חשיבתם – אינם מתאימים לשיפוט חוקתי, המשקף מתוך מבט רחב על מבנה השיטה ועל עקרונות־היסוד ועל־פיהם הוא נותן מובן ללשון החוקה.

הנה כי כן, היו טעמים כבדי־משקל להקמתם של בתי־משפט חוקתיים מיוחדים בכמה מדינות באירופה. קשה לתאר שיפוט חוקתי בארצות אלה בלא הקמתם של בתי־משפט לחוקה. יודגש, כי ישנן מדינות באירופה – כגון שווייץ ומדינות סקנדינביה – שבהן אין בית־משפט חוקתי מיוחד. על־כל־פנים, הנימוקים שעמדו ביסוד הקמתם של בתי־המשפט החוקתיים המיוחדים באותן מדינות באירופה אינם קיימים בישראל. הניסיון של 54 שנות

nevo.co.il

עצמאות הראה, כי שופטי ישראל – ובראשם שופטי בית־המשפט העליון – רגישים לזכויות אדם. הם הגנו על זכויות האדם לפני חקיקתם של חוקי־היסוד בדבר זכויות האדם והם מסוגלים להגן היטב על זכויות האדם המעוגנות בחוקי־היסוד. דומה שדווקא מציאות זו היא המפריעה כגראה לחלק מהדוגלים בהקמת בית־משפט חוקתי מיוחד בישראל. לא השמירה על זכויות האדם – שעמדה ביסוד השיקולים בקונטינגנט – היא המונחת ביסוד שיקוליהם, אלא דווקא ההסתייגות מפני ההגנה הרחבה הניתנת לזכויות האדם על־ידי בתי־המשפט בישראל. זאת ועוד: השיקולים המבניים המצדיקים הקמת בית־משפט חוקתי מיוחד בקונטינגנט אינם קיימים בישראל. המבנה שלנו הוא מבנה פירמידי, המעמיד בראש מערכת בתי־המשפט את בית־המשפט העליון, שפסקי־הדין שלו מחייבים את כל מערכות־השיפוט.[7] אין צורך מוסדי בבית־משפט חוקתי מיוחד מחוץ לבית־המשפט העליון. לבסוף, השיקולים הקשורים במעמד השופטים אינם תופסים בישראל. התפיסה הקונטינגנטלית אינה תפיסתנו־שלנו. השופט בישראל אינו נתפס כביורוקרט. נהפוך הוא: הוא מצוי מחוץ למסגרת הביורוקרטית. הוא נבחר מבין טובי המשפטנים, כאשר אישיותו, תפיסת־עולמו ונסיונו המקצועי מכשירים אותו לשיפוט חוקתי.

כנגד הדוגמא הקונטינגנטלית, שממנה שואבים תסידי בית־המשפט החוקתי המיוחד את השראתם, עומדת הדוגמא של מדינות המשפט המקובל. במדינות אלה בתי־המשפט – המורכבים משופטים הנבחרים מטובי המשפטנים – הגנו כל השנים על זכויות האדם. הבעיות החוקתיות מגיעות לבתי־המשפט הרגילים בדרכים שונות והן מוצאות את הכרעתן בסופו של יום בבית־המשפט העליון של השיטה, העומד בראש הפירמידה של בתי־המשפט. זהו המצב בארצות־הברית, בקנדה, באירלנד, בהודו, באוסטרליה, בקפריסין ובשאר המדינות של המשפט המקובל. זהו גם המצב בכמה מדינות אירופאיות (כגון הסקנדינביות) ודרום אמריקניות (כגון צ'ילה וארגנטינה) ובאסיה (יפן, הונג־קונג, הפיליפינים, דרום־קוריאה).

מדינת ישראל ירשה מן המשטר המנדטורי שיטת־משפט שהיא ביסודה שיטת המשפט המקובל, והיא פועלת על יסוד שיטה זאת מאז ומתמיד. המצב המשפטי אצלנו דומה ביסודו למצב במדינות המשפט המקובל. כמו שם, גם אצלנו ישנה רגישות של בתי־המשפט לזכויות האדם. את החוקה החדשה כדבר זכויות האדם אפשר להפקיד אפוא בידי השופטים הרגילים, אשר חונכו בכל חייהם השיפוטיים כמשתייכים לרשות נפרדת שבינה ובין הרשות המבצעת אין חילופי תפקידים. המבנה ההיררכי של מערכת בתי־המשפט מעמיד אצלנו, כמו בשאר מדינות המשפט המקובל, בית־משפט עליון אחד בראש מערכת בתי־המשפט, שאליו מתנקזים כל העניינים הקשים ואשר על־פי עקרון התקדים המחייב מחייב את כל בתי־המשפט הנמוכים. זהו אפוא המודל שצריך לעמוד לנגד עינינו וזהו גם המודל הקיים אצלנו הלכה למעשה. אין לרעות בשדות זרים ואין לייבא מהקונטינגנט מודל שאינו תואם את המבנה שלנו ואת ההתפתחות של זכויות האדם אצלנו. המודל הקונטינגנטלי של בית־משפט נפרד לחוקה יהיה נטע זר בשיטה שלנו ויש מקום לחשוש שהשתלה כזאת תקעקע את יסודות השיטה הקיימת, שהוכיחה עצמה.

7. חוק־יסוד: השפיטה, ס"ה תשמ"ד 78.

nevo.co.il

מדוע אפוא מבקשים חסידי בית־המשפט לחוקה להקים בישראל בית־משפט לחוקה? האם אין הם מודעים לשוני בינינו ובין אירופה ולדמיון בינינו ובין מדינות המשפט המקובל? תשובה אפשרית היא, כי ביסוד תפיסתם עומד הרצון למנות בית־משפט "ייצוגי", שבו ישבו שופטים המייצגים קבוצות או עמדות פוליטיות. אכן, אחת התוצאות השליליות של הקמת בית־משפט לחוקה נוסח אירופה היא שהמינויים בבית־משפט כזה הם בעלי אופי פוליטי. המפלגות השונות המיוצגות בפרלמנט ממנות את אנשי־שלומן לבית־המשפט החוקתי. השופט החוקתי, להבדיל מהשופט המקצועי, נחשב שופט "פוליטי". תוצאה שלילית דומה קיימת גם בכמה מדינות של המשפט המקובל, כגון ארצות־הברית.

קשה כמובן להבין מדוע מפלגות המייצגות מיעוט באוכלוסייה תבקשנה להגשים רעיון זה, שעל־פיו אנשיהם־שלהם יהיו תמיד במיעוט. אך גם קשה להבין, מדוע מפלגות אחרות נותנות את ידן לרעיון זה, שתוצאתו המיידית היא פוליטיזציה של הערכאה השיפוטית העליונה במדינה. מדוע לפגוע באחד הנכסים היקרים ביותר שיש למדינת ישראל – מערכת שפיסה, מקצועית וא־פוליטית? שיטת המינוי של השופטים בישראל היא מהטובות שבעולם. מדוע להחליפה בכל הנוגע לערכאה השיפוטית העליונה – בית־המשפט לחוקה – בשיטת מינוי פוליטית גרועה? שכן זאת לדעת: שיטות־המשפט האירופאיות אינן מרוצות מהאופי הפוליטי של מינוי השופטים לבתי־המשפט החוקתיים. רבים מסתכלים על השיטה שלנו בקנאה. מדוע זה נרצה להרוס את אחד הנכסים החשובים שיש לנו, שהוא כולו שלנו, והנותן לנו יתרון על־פני רבות מהשיטות בעולם? מדוע נרצה לשנות את מה שמדינות אחרות רוצות לחקות? ואם טוענים בתשובה, כי ביסוד הקמתו של בית־משפט מיוחד לחוקה לא עומדים שיקולים פוליטיים, מדוע לא יתמנו שופטיו בדרך המקובלת למינוי כל השופטים בישראל? ואם כך, מה צידוק יש לבית־משפט נפרד לחוקה?

זאת ועוד: בית־משפט נפרד לחוקה הוא רעיון רע לא רק בשל טעמים של פוליטיזציה. לבית־משפט נפרד לחוקה תוצאות־לוואי שליליות והרסניות: ראשית, יש בו הרס של בית־המשפט העליון. בית־המשפט העליון חדל להיות בית־משפט עליון, שכן בית־המשפט החוקתי הוא בית־המשפט העליון. בשיטות־משפט שבהן בית־המשפט העליון לא היה רגיש לזכויות האדם ואינו מסוגל להגן על המסמך החוקתי המעגן את זכויות האדם אפשר להצדיק יחס זה לבית־המשפט העליון. אך מה צידוק יש ליחס זה אל בית־המשפט העליון במדינה שבה ההגנה העיקרית וההכרה המרכזית בזכויות האדם היא מבית היוצר של בית־המשפט העליון? ואת ועוד: כפי שההצעות המונחות בכנסת מלמדות, הכוונה אינה להעניק לבית־המשפט לחוקה רק סמכות שיפוט לעניין חוקתיות החוק. הכוונה היא להפוך אותו לבית־משפט מינהלי עליון, כלומר: להרוס את הבג"ץ. וו אכן התוצאה – הרס בית־המשפט העליון.

שנית, עם הקמתו של בית־משפט חוקתי מוצאות השאלות החוקתיות מבתי־המשפט האחרים. השופטים ה"רגילים" אינם עוסקים בהכרעות חוקתיות. אלת מסורות לבית־המשפט החוקתי. להרחקה זו של התוקה מבתי־המשפט הרגילים עלולות להיות תוצאות קשות. השופט ה"רגיל" העוסק במשפט אזרחי ופלילי, מינהלי ומסחרי, נעדר את

nevo.co.il

הזיקה הישירה לחוקה ולזכויות האדם. אופיה ה"ביורוקרטי" של השפיטה גדל. זו תוצאה שלילית. החוקה צריכה להיות בנפשו של כל שופט. זכויות האדם צריכות להיות במומחיותו של כל שופט. אסור להפריד בין השופט ה"רגיל" ובין זכויות האדם.

שלישית, קיימת סכנה, שהפוליטיזציה של בית־המשפט החוקתי לא תיעצר אך בו. אם אפשר למנות את "אנשי־שלומנו" לבית־המשפט החוקתי, מדוע לא נמנה את "אנשי־שלומנו" לבית־המשפט העליון ולבתי־המשפט האחרים? כזה הוא נסיונן של ארצות רבות, שבהן הפוליטיזציה של השפיטה העליונה הקרינה את עצמת לפוליטיזציה של השפיטה כולה. ארצות־הברית היא דוגמא טובה (או נכון יותר: רעה) לעניין זה. נדרשים איזונים ובלמים חזקים במיוחד ונדרשת מסורת חוקה במיוחד כדי למנוע תופעה זו. כל אלה חסרים אצלנו. אם חלילה יתקבל אצלנו הרעיון של בית־משפט חוקתי מיוחד, שהמינויים אליו נושאים אופי פוליטי, לא יעבור זמן רב ובכל בתי־המשפט שלנו – מבית־המשפט העליון (שיהיה הקורבן הבא) ולמטה – המינויים ישאו אף הם אופי פוליטי.

בדברי ההסבר להצעות השונות ניתן בנימוק עיקרי להקמת בית־משפט לחוקה הטעם שבית־משפט לחוקה מתבקש בשל גישתו של בית־המשפט העליון, שלפיה חוקי־היסוד הם חוקה, ובית־המשפט רשאי לפסוק בחוקתיותו של חוק לפי חוקי־היסוד. טעם זה אינו מצדיק את המסקנה בדבר הקמת בית־משפט מיוחד להוקה. כפי שראינו, ברבות מהארצות נמתחת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ואין בית־משפט מיוחד לחוקה. ואם מבקשים לייחד בית־משפט אחד – ולא כל בית־משפט במדינה – שיעסוק בענייני חוקה, אפשר להפקיד עניין זה בידי בית־המשפט העליון. הצעה ברוח זו פורסמה ב-1975 על־ידי ממשלת רבין (הראשונה) ואומצה על־ידי ממשלת בגין.

מסקנתי היא אפוא, כי את השפיטה החוקתית בישראל ואת ההגנה על זכויות האדם בישראל יש להותיר בידי בית־המשפט העליון. בית־משפט זה רגיש לזכויות האדם; הוא שהכיר בזכויות אדם הלכתיות שלא היו כתובות "עלי ספר": הוא שיפקח ויגן על זכויות האדם המעוגנות עתה בחוקי־היסוד שלנו ועל אלה שאינן מעוגנות בו; הוא שיפעל באופן אובייקטיבי, תוך הגנה על כל אדם – יהודי, ערבי, דתי, חילוני, אשכנזי, ספרדי, עולה חדש או ותיק. הפסיקה של בית־המשפט העליון מאז הקמתו מאזנת בצורה ראויה בין פרט לכלל, בין זכות היחיד ובין צורכי החברה. היא הוגנת כלפי כל אדם וכלפי כל מיעוט. היא עושה צדק ליחיד ולכלל. היא שומרת על שלטון החוק ועל הגינות המינהל. כל ההישגים הללו הושגו כדי לקיים את הדמוקרטיה שלנו. בית־המשפט העליון לא חיפש אף פעם כוח לעצמו. הוא ראה את עצמו תמיד כשומר נאמן של החוקה והחוקים; הוא השקיף תמיד על עצמו כמגן זכויות האדם – כל אדם. הוא רכש לעצמו מוניטין כאחד מבתי־המשפט העליונים החשובים ביותר בעולם המערבי. אין כל צידוק ליטול ממנו אותו חלק מתפקידו הקשור בביקורת חוקתיות החוק. היינו פרשנים נאמנים של החוק ואין כל סיבה שלא נהיה פרשנים נאמנים של החוקה. כמובן נעשו בעבר טעויות. מי לא טועה? חלקן תוקנו, חלקן יתוקנו. אך מכאן ועד לנטילת הסמכות החוקתית ממנו שתביא להרס המשען המרכזי של הדמוקרטיה שלנו, רב המרחק.

לא פעם נשמעת הטענה, כי השיפוט החוקתי הוא מטבעו שיפוט על־פי ערכים, לפי הטענה, הכרעות ערכיות יש לעשות בבית־המחוקקים, המייצג את העם, או בבית־משפט חוקתי, שנבחר על־ידי נציגי העם. טענה זו בטעות יסודה. הטענה היא מוטעית, שכן כל

nevo.co.il

בית־משפט – חוקתי או לא־חוקתי – עוסק, וזייב לעסוק, בהכרעות ערכיות. אין משפט בלא ערכים ואין הכרעות במשפט, שאינן קשורות בהכרעות ערכיות. כך במשפט החוקתי וכך במשפט ה"רגיל" (הלא־חוקתי). כאשר בית־משפט "רגיל" קובע שיתוף נכסים בין בני־זוג, הוא קובע קביעה ערכית (שעניינה שוויון); כאשר בית־משפט רגיל קובע, כי תוזה בין גבר נשוי לאשה פנויה, שלפיו הגבר יתגרש מאשתו וינשא לפנויה, הוא חוזה הנוגד את תקנת הציבור, הוא קובע קביעה ערכית (שעניינה מוסר ותקנת הציבור). בכל אלה – בין במשפט החוקתי בין במשפט הרגיל – ישנן קביעות ערכיות. אין כל אפשרות להוציא את הערכים מבית־המשפט. על־כן התפיסה כי הכרעות ערכיות תיוחדנה לבית־משפט חוקתי היא תפיסת־שוא. כל המבקש לקבוע כי ההכרעות הערכיות תיעשנה בידי שופטים "יציגים", המייצגים קבוצות או עמדות, סופו שיקבע כי כל שופטי המדינה – בודאי שופטי בית־המשפט העליון – זייבים לייצג קבוצות או עמדות. זוהי הפוליטיזציה של השפיטה בישראל שבה דנתי. הטענה, כי הבעיה נעוצה בהכרעות ערכיות של בית־המשפט העליון, ממקדת את עצמה בטיעון מוטעה, וממילא הפתרון – בית־משפט חוקתי – אינו ראוי.

ד. ביקורת שיפוטית מקדמית

ישנן הצעות שלפיהן בית־המשפט לחוקה יורכב משופטי בית־המשפט העליון בתוספת שופטים מבחוץ, לפי העניין. אין זו הצעה ראויה. היא לא מקובלת במשפט ההשוואתי. זהו שעטנז בלתי־אפשרי. אם המצטרפים ראויים, שיהיו שופטים בבית־המשפט העליון; ואם אינם ראויים, אין לצרפם. שיפוט חוקתי אינו חלטורה. הוא מחייב השתתפות מתמדת, גיבוש תורת פרשנות ואתריות אישית נמשכת. אי־אפשר ליצור דיג־זג פרשני לפי השינוי בהרכב שיתבצע בכל פעם. בעניינים חוקתיים צריכים לשבת כל השופטים, הניגשים למשימתם מתוך מבט ארוך־טווח, תוך אתריות נמשכת.

ההצעה המתונה ביותר, בהשוואה למצב הקיים, היא זו המבקשת להנהיג, בצד ביקורת שיפוטית מאוחרת (judicial review), ביקורת שיפוטית מקדמית (judicial preview). אין בהצעה זו משום נטילת סמכויות מבית־המשפט העליון, שכן כיום אין כלל ביקורת שיפוטית מקדמית. מבחינה זו בהצעה זו יש משום הגברת הפיקוח על הרשות המחוקקת והגברת שלטון החוקה במחוקק. ההצעה בדבר ביקורת שיפוטית מקדמית מעוררת בעיות שונות ורבות, אשר בודאי תעמדו עליהן. יש לבחון ביסודיות אם שיטה זו מוצדקת בשיטת־משפט שבה ישנה ביקורת שיפוטית מאוחרת, כמו בישראל. אין לשכוח כי שיטת הביקורת השיפוטית המקדמית פותחה בעיקר בצרפת, שבה אין ביקורת מאוחרת. על־כל־פנים, מזוויית־הראייה שלי אבקש להעלות רק היבט אחד: אינני סבור שיש צידוק בקיומם של שני גופים שיפוטיים מבקרים – האחד לביקורת מקדמית והאחר לביקורת מאוחרת. אם הביקורת המקדמית נראית ראויה, כי אז התפקיד לקיים ביקורת זו צריך להיות מוטל על אותו גוף המבצע ביקורת מאוחרת. שיטות הביקורת, שיקולי הביקורת והאיזון בין הערכים הם זהים. לכאורה שוני מהותי הוא שהביקורת המקדמית היא מופשטת (abstract review), ואילו הביקורת המאוחרת היא קונקרטית (concrete review). למעשה ברבים מהמצבים גם הביקורת המאוחרת היא מופשטת. על־כל־פנים, השוני בין דרכי

nevo.co.il

הביקורת אינו מצדיק את הקמתו של בית־משפט חוקתי מיוחד, קיומו של גוף כזה הוא מובן בצרפת, שבה אין כלל ביקורת שיפוטית מאוחרת. אך בשיטת־משפט שבה קיימת ביקורת שיפוטית מאוחרת בידי בית־המשפט העליון, אין כל צידוק להקים ערכאה שיפוטית נוספת. אכן, פרט לצרפת, שבה אין כלל ביקורת מאוחרת בכל שאר המדינות בעולם שבהן מוכרת ביקורת שיפוטית מקדמית ומאוחרת, הביקורת נעשית על־ידי אותו גוף עצמו. כך הוא המצב – למיטב ידיעתי – בפורטוגל, באוקראינה, בפולניה, בהונגריה וברומניה – שבאירופה; ובדרום אפריקה ובוטביה שבאפריקה; באקוודור, בצ'ילה ובברזיל – שבדרום אמריקה; בקנדה (בצורה מוגבלת, באמצעות שיטת ה־reference) שבצפון אמריקה; ובהודו (בצורה מוגבלת, באמצעות הצגת שאלה על־ידי הנשיא לבית־המשפט העליון).

ה. דרכי מינוי השופטים בבית־המשפט העליון

אם אין מקום להקים גופים שיפוטיים חדשים לביקורת שיפוטית, האין זה רצוי לשנות את דרכי המינוי של השופטים בגופים הקיימים? מטיחים כלפי לעתים, שאם אני מבקש להנהיג בישראל ביקורת שיפוטית כמו במדינות המשפט המקובל, כגון ארצות־הברית, הרי מן המפורסמות הוא כי בארצות־הברית המינויים לבתי־המשפט נושאים אופי פוליטי. תשובתי היא, כי שיטת המינויים בארצות־הברית – וכוונתי כאן בעיקר למינוי שופטים פדרליים או לבחירות של שופטים במדינות השונות – היא גרועה ואין זה ראוי כי נחקה אותה. השיטה האמריקנית – ובמידה מסוימת גם באירופה – מדביקה לכל שופט את התווית של המפלגה שהוא משתייך אליה, דבר הפוגע קשות באמון הציבור. קחו, למשל, את פסק־הדין בפרשת *Bush v. Gore*[8] שנפסק לאחרונה בבית־המשפט העליון הפדרלי בארצות־הברית. אין איש בארצות־הברית הסבור כי הפסק הוא מקצועי ולא פוליטי. ידועים דבריו של השופט סטיבנס – אחד משופטי המיעוט – אשר פסק:

> Although we may never know with complete certainty the identity of the winner of this year's Presidential election, the identity of the loser is perfectly clear. It is the nation's confidence in the judge as an impartial guardian of the rule of law.[9]

אכן, שיטת המינויים האמריקנית אינה טובה. שיטת המינויים שלנו היא מצוינת. שיטה דומה לה קיימת על־פי החוקה החדשה של דרום־אפריקה. השיטה שלנו היא טובה, משום שיש בה איזון ראוי בין הצד המקצועי – שלושה שופטים ושני עורכי־דין, שהם הרוב; ובין הצד הפוליטי – שני חברי־כנסת, האחד מהקואליציה והאחד מהאופוזיציה. אני מציע – כמו ועדת זמיר לאחרונה[10] – לא לגעת במבנה מצוין זה.

8. *George W. Bush and Richard Cheney v. Albert Gore, JR.* 121 S. Ct. 525 (2000).
9. שם, 542.
10. דין־וחשבון הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים (אפריל 2001).

nevo.co.il

ו. זהות המתמנים לבית־המשפט העליון

אם כך – אפשר לטעון – יש לשנות את ההרכב האישי של בית־המשפט העליון במסגרת השיטה הקיימת. על־פי גישה זו, ייבחרו שופטים המייצגים את חלקי האוכלוסייה השונים. ממשיכים וטוענים, כי לחוגים שונים אין אמון בהרכב האישי הקיים וכדי לספק את ביקורתם יש לשנות באופי ההרכב האישי. גישה זו אינה מקובלת עלי.

המינויים לבית־המשפט העליון מיום היווסדו היו ענייניים (מריטוריים). המועמד הטוב ביותר זכה למינוי. לא היו אלה מינויים מפלגתיים; לא היו אלה מינויים פוליטיים. הגישה המונחת ביסוד המינויים לבית־המשפט העליון היא, כי בית־משפט זה אינו גוף ייצוגי ואסור לשופטיו לייצג את המפלגות בישראל. בכך נבדל בית־משפט מהכנסת. הייצוגיות, המאפיינת את הרשות המחוקקת ושאף היא אינה שלמה בהרבה מקרים, אינה צריכה לאפיין את הרשות השופטת שבה שולט עקרון המקצועיות, האובייקטיביות והיכולת לשקף את המורכבות של החברה. אכן, בית־המשפט העליון אינו גוף ייצוגי, אך הוא גוף משקף, ושופטיו צריכים לשקף את המורכבות של החברה הישראלית, את הפלורליזם שלה. הנה כי כן, לא ייצוגיות אלא שיקוף. על־כן לא נעשה מינוי של שופט שמייצג מפלגה יהודית דתית, אך תמיד נעשה מינוי של שופט – לעתים כמה שופטים – תבקיאים במשפט העברי ומאפשרים הכרה של ערכי המשפט העברי; שהרי איננו רק מדינה שערכיה דמוקרטיים והרי אנו גם מדינה שערכיה יהודיים. השינויים החברתיים שעברו על ישראל והכרה בה כמדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים השתקפו יפה בפסיקתו של בית־המשפט העליון. תורת האיזונים שאימץ אפשרה לו להכיר בערכים השונים המשקפים את המורכבות של החברה הישראלית, תוך איזון ראוי ביניהם. זוהי שיטה טובה וראויה ואסור להחליפה בשיטה של מינויים פוליטיים.

יטען הטוען: אם הכול טוב, מדוע כה רבה הביקורת? האם באמת אין מה לשנות? תשובתי היא משולשת: ראשית, בחינת מהותה האמיתית של הביקורת מלמד כי ביסודה היא ביקורת כלפי המשפט הנוהג, תוך שהביקורת לובשת לבוש של ביקורת על בית־המשפט. התוגים הדתיים־תרדיים אינם מרוצים מהאיזון התוקתי שלנו בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית. הם שופכים את חמתם על השופטים, כאשר הביקורת שלהם – בין אם היא מוצדקת בין אם לאו – צריכה להיות מכוונת כלפי המחוקקים. אכן, אם הכנסת אינה מרוצה מהאופן שבו בית־המשפט העליון מפרש חוקי־יסוד, הכוח בידי הכנסת לשנות את חוקי־היסוד, ובארצנו השינוי הוא, לצערי, קל מאוד. הדרך אינה בפגיעה בבית־המשפט העליון. שיטה פסולה דומה ביקש לנקוט הנשיא רוזבלט, בשעה שלא היה מרוצה מהפסיקה, וביקש to pack את בית־המשפט העליון האמריקני. לא זו הדרך. עסקו במשפט ולא בבית־המשפט. שנית, מבקריו של בית־המשפט העליון אינם נושאים את עיקר עיניהם לביקורת תוקתיותו של החוק. הרי בעניין זה היבול השיפוטי הוא דל: שני סעיפים בשני חוקים במשך שש שנים; אין זה אקטיביזם כלל ועיקר. אכן, הביקורת העיקרית שלהם אינה בתחום הביקורת החוקתית אלא בתחום הביקורת המינהלית. מה שמפריע להם אינו בית־המשפט העליון כבית־משפט חוקתי, אלא בית־המשפט העליון כבית־משפט מינהלי. נדמה לי אפוא, שהמאבק כולו מתנהל

nevo.co.il

ברטוריקה של ביקורת חוקתיותו של החוק, כאשר המהות האמיתית היא ביקורת חוקיותו של המינהל (כגון החלטות בענייני גיוס, תמיכות כספיות לגופים דתיים, מועצות דתיות, השתתפות נשים בגופים הבוחרים רבנים וכו'). לדעתי, הפעילות השיפוטית החוקתית של בית־המשפט העליון טובה ולא נדרש בה כל שינוי של ממש. על־כל־פנים, אין לערבב בין בעיית בית־המשפט לחוקה – כלומר: בעיית הביקורת השיפוטית על חוקתיותו של החוק הניצבת לפנינו היום כאן – ובין בעיית בית־המשפט המינהלי העליון (אצלנו הבג"ץ), נדמה לי, שבעוד כלפי חוץ הטענות הן לעניין בית־משפט לחוקה, למעשה מבקשים לפגוע בעבודתו של הבג"ץ כבית־משפט מינהלי, בלא שהונחה לכך כל תשתית ראויה. שלישית, ודאי שיש מקום לשיפורים. כך, למשל, תמיד אמרנו כי הערכים החברתיים של המיעוט הערבי בישראל שלנו צריכים להישמע סביב שולחנו של בית־המשפט העליון, והדבר חסר. על־כל־פנים, יש להתמיד בניסיון להביא לבית־המשפט העליון את הטובים שבמשפטני המדינה. אם יש בעניין זה טענה, ראוי לה להישמע.

ז. סוף דבר

בסופו של יום אני סבור, כי השיטה הקיימת בישראל לעניין הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של החוקים היא טובה. לדעתי, לא הוצגו בפני החברה הישראלית טיעונים מספיקים המצדיקים שינוי במצב הקיים – לא במישור הנורמטיבי (ביטול הביקורת השיפוטית), לא במישור המוסדי (הקמת בית־משפט נפרד לחוקה או הקמת בית־משפט נפרד לביקורת מקדמית; שינוי בשיטה למינוי שופטים בישראל) ולא במישור ההרכב האישי של בית־המשפט העליון. על־כל־פנים, ניסיון של שש שנים של ביקורת שיפוטית ושני סעיפי חוק שבוטלו אינו מספיק כדי להגיע למסקנה כי הביקורת השיפוטית על חוקתיותו של החוק בישראל אינה פועלת כראוי. נהפוך הוא: חל שיפור רב בטיב החקיקה של הכנסת, והמספר הקטן של עתירות או ערעורים בעניין זה מצביע על כך. אם ישנה ביקורת על האיזון שבית־המשפט עשה בין ערכים ועקרונות – בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ובין ערכיה כמדינה דמוקרטית – האופן לדון בסוגיה זו אינו בדרך של שינויים בביקורת השיפוטית, אלא התמודדות ישירה במישור החוקה והחוקים עם התוכן הנורמטיבי של ההסדרים: לא פגיעה בשליח, אלא התמודדות עם ההודעה. על־כל־פנים, ההצעה לבטל את הביקורת השיפוטית כליל תחזיר אותנו שנים אחורה ותחליש ביותר את כוחה של החוקה שלנו. אם נבקש לקחת את החוקה ברצינות, יש לדחות הצעה זו, שכן ההצעה להקים בית־משפט מיוחד לחוקה תביא להרס בית־המשפט העליון ואסון על המפעל של הדמוקרטיה הישראלית. ההצעה להקים בית־משפט נוסף לביקורת מקדמית אינה ראויה ואם מבקשים ביקורת מקדמית – דבר השנוי במחלוקת כשלעצמו – יש להפקיד תפקיד זה בידי בית־המשפט העליון.

המבנה החוקתי שלנו אינו איתן. רק סיום מפעל החוקה והכרה בבית־המשפט העליון כבית־משפט לחוקה יבססו את האופי החוקתי שלנו. יש לחוקק בהקדם את חוק־יסוד: החקיקה. יש לקבוע בו, כי בית־המשפט העליון הוא בית־המשפט החוקתי. יש להשלים את חוקי־היסוד בדבר זכויות האדם, יש לנפות מחוקי־היסוד הקיימים עניינים שאינם

nevo.co.il

שייכים להם, יש לתבר את כל חוקי־היסוד למסמך אחד ורצוי להביא מסמך זה לאישור העם.

הרשו לי לטיים את דברי בהערה אישית. המאבק כנגד ביטול הביקורת השיפוטית וכנגד בית־משפט מיוחד לחוקה אינו מאבק אישי שלי. אינני נאבק על סמכויותי וכוחי. גם בעלי ההצעות השונות מבינים כי הן תופעלנה רק בסיום מפעל החוקה ואז בוודאי אפרוש כבר מבית־המשפט העליון. המאבק שלי הוא מאבק ענייני. טובתה של המדינה, ורק שיקול זה, עומד לנגד עיני. שנים רבות שתקתי, חרף הצעות שונות בדבר בית־משפט לחוקה. אך כאשר ההצעות עברו לשלב הדיון המוקדם, נזעקתי. תגובתי היא לגיטימית, שכן היא עוסקת בסמכויות בתי־המשפט. תגובתי היא ראויה, שכן ההצעות להקמת בית־משפט לחוקה או לביטול הביקורת השיפוטית פוגעות בהגנה על זכויות האדם בישראל ובדמוקרטיה הישראלית במובנה המלא והעשיר. ומה יקרה אם בשל שלילת ההצעות בדבר בית־משפט לחוקה לא יחוקקו חוקי־יסוד חדשים? תהיה זו תוצאה מצערת. חבל שביקורת על פסיקה בעניינים מינהליים (ולא־חוקתיים) תטיל וטו על השלמת מפעל החוקה – השלמה שנקבעה בהכרזת העצמאות עצמה. כמובן, החיים אינם עומדים מלכת. לא יהיה מגוס מפיתוח הלכתי של חוקי־היסוד הקיימים. פיתוח זה אינו יכול לשמש תחליף להשלמת החוקה, אך הוא יכול למנוע את שקיעתה והוא עשוי לתת פתרון חלקי – חלקי בלבד – לחלל שייווצר עם עצירת המהלך החוקתי.

nevo.co.il