הפעלת נשק יום־הדין בביקורת חוקתית – הרהורים בעקבות המודל הבריטי

זאב סגל*

(1) הביקורת השיפוטית החוקתית ראויה במידה רבה לכינוי "נשק יום־הדין". היא נותנת בידי בית־המשפט את הסמכות להכריז על בטלות חוק של הרשות המחוקקת. לא הרי החלטה כזו כהרי כל החלטה שיפוטית אחרת, כולל החלטה הפוסלת החלטה של הכנסת שאינה חוק. כאשר הכנסת חובשת את כובעה החוקי ומדברת ב"שפת הדיבור" שלה, שפת החקיקה, אפשר להבין את ציפיית חבריה, העשויה לשקף גם ציפייה חברתית רחבה לתסינות חוקיה מביקורת שיפוטית חוקתית; שכן הכנסת עצמה לא הכירה במפורש בסמכותם של בתי־המשפט להעביר את חוקיה תחת טבילת־אש חוקתית. הימנעות הכנסת מקביעת הוראה מפורשת בדבר ביקורת שיפוטית חוקתית היא נתון־יסוד קונסטיטוציוני שאי־אפשר להתעלם ממנו כל־אימת שהנושא עולה לדיון. אכן, הפעלת ביקורת חוקתית על חקיקת הכנסת טוב לה שתוסדר בהוראה מפורשת.

(2) שתיקת הכנסת לא הניאה את בית־המשפט העליון בישראל מלהימנע טליטול לעצמו סמכות שיפוט חוקתית. שרשרת חזקה מחברת את פסיקת בית־המשפט בבג"ץ ברגמן בשנת 1969[1] עם פסיקת בית־המשפט העליון בע"א בנק המזרחי בשנת 1995,[2] עיצוב הסמכות החוקתית נשען תחילה (בבג"ץ ברגמן) על הימנעות המדינה מלטעון נגדה והתבסס לאחר־מכן (בע"א בנק המזרחי) על קיומה של "פסקת ההגבלה" בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובחוק־יסוד: חופש העיסוק, שלפיה אפשר לפגוע בזכויות־היסוד שהוכרו רק כאשר מתקיימות אמות־מידה מסוימות המפורטות בה. בית־המשפט עשה במידה רבה "קיצור דרך" משהסיק מקיום פסקת ההגבלה את קיומה בידי בתי־המשפט של סמכות שיפוט חוקתית, משל סמכות זו, והיא בלבד, יש בה כדי לתת משמעות להגבלה שנקבעה על כוח החקיקה של הכנסת. כך, למשל, גם מדיניות הכרזה שיפוטית על היות חוק טותר את חוק־היסוד, מבלי להכריז על בטלותו, היתה יכולה להתיישב עם פסקת ההגבלה.

---

* פרופסור חבר למשפטים, בית־הספר לממשל ומדיניות, הפקולטה למדעי החברה, אוניברסיטת תל־אביב.

1. ראו בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג (1) 693 (להלן: בג"ץ ברגמן).
2. ראו 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).

nevo.co.il

(3) גם ההישענות בע"א בנק המזרחי על הפסיקה האמריקנית בעניין *Marbury v. Madison*[3] כהצדקה לנטילת סמכות שיפוט חוקתית, תרף שתיקת החוקה שם, נחשבת בעייתית. עם זאת, בארצות־הברית נעשה הדבר בשנת 1803, לפני העידן החוקתי המודרני שבו נקבעת סמכות שיפוט חוקתית במפורש, כפי שהדבר נעשה, למשל, בחוק־היסוד הגרמני (1949) או בחוקה הקנדית (1982). נוסף על כך בארצות־הברית קבועה בחוקה בסעיף 11 "הוראת עליונות", הקובעת את היותה של החוקה הדין העליון של הארץ. תוקי־היסוד בישראל נעדרים הוראה כזו. והעיקר, לא הרי חוקה מקיפה כחוקת ארצות־הברית כהרי תוקי־היסוד הישראליים, שאינם יכולים להיחשב חוקה במלוא משמעותה.

(4) תרף כל האמור לעיל טוב עשה בית־המשפט העליון כשנטל לעצמו את סמכות השיפוט בעניינים חוקתיים. שתיקת המדינה והסכמתה לסמכות השיפוט החוקתית, על רקע החיוניות בחברה דמוקרטית של הגבלת כוחו של הרוב לפגוע בזכויות הפרט והמיעוט, יכולות ליצור בסיס משפטי להפעלתה של ביקורת כזו. ואת כמובן על רקע הקביעה, המשכנעת כשלעצמה, כי לחוקי־היסוד מעמד בכורה משפטי, בהיותם נחקקים על־ידי הכנסת בכובעה התוקתי. ההיגיון העומד בבסיס החלטת בית־המשפט העליון בעניין בנק המזרחי לקיום ביקורת חוקתית נוכח פסקת ההגבלה בחוקי־היסוד בדבר כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק יכול לבסס גם סמכות ביקורת שיפוטית חוקתית במקרה של סתירה בין חוק "רגיל" ובין חוקי־יסוד כמו חוק־יסוד: הכנסת, או חוק־יסוד: הממשלה, שאינם כוללים פסקת הגבלה מפורשת.

(5) בית־המשפט העליון התווה קו ברור של ריסון שיפוטי, ולדעתי, אף גילה והירות־יתר בהפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית. מאז היכנסם לתוקף של חוקי־היסוד בדבר כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק הוא ביטל עד לעת הבאת דברים אלה לדפוס רק שלושה הסדרים שנקבעו על־ידי הכנסת בחוק. רק החלטתו האחרונה בבג"ץ אורון[4] נגעה בנושא (היתר להפעלת תזנת־שידור למי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנת־רדיו כלא היתר כדין), המשליך על גורמים פוליטיים רבי־עוצמה; ואילו שתי ההחלטות האחרות – בעניין ניהול תיקי השקעות[5] ובבג"ץ צמח[6] – עסקו בנושאים שאינם מעוררים מטבעם התנגדות בקרב גורמים פוליטיים. אין זה מן הנמנע אפוא, שההחלטה האחרונה תביא להעמדת שאלות הנוגעות בהפעלתה של הביקורת השיפוטית החוקתית על חודן. יש לשער שגישת הריסון השיפוטי המובהק שמגלה בית־המשפט – בהשאירו למחוקק מרחב תמרון ניכר

3. ראו: *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).
4. ראו בג"ץ 1030/99 ואח' אורון נ' יושב־ראש הכנסת ואח', פ"ד נו (3) 640.
5. ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נא (4) 367.
6. ראו בג"ץ 6055/95 ואח' צמח נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נג (5) 241.

להשגת יעדיו החברתיים, הפוליטיים והכלכליים – מנעה עד עתה התערבות של הכנסת לביטולה של הביקורת השיפוטית החוקתית, שיסודה בהלכה פסוקה.

(6) ההצעות השונות להקמת בית־משפט חוקתי נפרד, שהועלו בכנסת ובציבור, לא היו באות לעולם כלל אלמלא עשה בג"ץ מלאכה נאמנה בהגנת זכויות הפרט הן במישור החוקתי הן במישור המינהלי. ההצעות, העוסקות לכאורה בהפקדת בית־המשפט התוקתי הנפרד על בטלות חקיקה בלבד,[7] באות למעשה לצמצם את סמכותו של בג"ץ במישור המינהלי הכולל, אי־אפשר לראות את ההצעות על רקע תוקתי צר. צמצום סמכותו החוקתית, או המינהלית, של בג"ץ עלול להביא לפוליטיזציה של השפיטה ולפגום בייחודו של מוסד הנמצא במרום סולם האמון הציבורי. העובדה שבמדינות רבות באירופה מתנהל השיפוט החוקתי בערכאות נפרדות, המורכבות בחלקן מאנשים מזוהים מבחינה פוליטית, אין בה כדי לשמש לגו מקור השראה. השיפוט התוקתי גובש שם על רקע נסיבות היסטוריות ייחודיות (כקביעת בית־משפט חוקתי נפרד בגרמניה לאחר מלחמת־העולם השנייה) וקיום מערכות־שיפוט מקבילות שאינן נוגעות זו בזו.

(7) בהיעדר חקיקה ונוכח קביעת בית־המשפט העליון בע"א בנק המזרחי, המציאות המשפטית הישראלית מפקידה את השיפוט החוקתי בידי כל בית־טשפט או בית־דין. לגישתי, זוהי מציאות בלתי־רצויה, גם אם ברור שהחלטה שיפוטית של ערכאה שאינה בית־המשפט העליון נעדרת משמעות תקדימית ואינה מביאה לבטלות כללית של חוק.[8] החלטה שיפוטית על היות חוק סותר חוק־יסוד ראוי לה כי תתקבל על־ידי הערכאה השיפוטית העליונה בלבד בשל הרגישות הציבורית והחברתית המיוחדת הנלווית לפסיקה כזו.

(8) נוכח ההצעות הקיימות להקמת בית־משפט לחוקה, לא למותר לשקול גם דגם "מתון" לביקורת שיפוטית בתחום החוקתי, שיוכל להקהות את חודה של הדרישה להקמת בית־משפט חוקתי נפרד. על־פי דגם אפשרי כזה, בית־המשפט לא יהיה מוסמך להכריז על בטלותו של חוק, אך יוסמך להכריז כי התוק פוגע בחוק־יסוד. במקרה כזה יהיה על הכנסת לדון בהחלטה זו של בית־המשפט העליון ורק רוב מיוחד של חברי־כנסת יוכל להחליט כי החוק ה"פוגע" יישאר בתוקפו. באין החלטה כזו, ייחשב התוק כבטל. הנחתי היא כי המחוקק יקנה משקל נכבד להצהרת בית־המשפט העליון וכי בכל מקרה יימצא גוש של חברי־כנסת שיחייב דיון ממשי בפסיקה. יש גם לשער, כי בלי־התקשורת יעלו לדיון ציבורי חקיקה כזו. ייתכן גם שהכרת שופטי בית־המשפט העליון כי החלטתם אין בה כדי לבטל את חקיקת הכנסת תניע אותם לסטות מקו הריסון המופרז המלווה את הפסיקה וכך

7. ראו הצעת חוק־יסוד: בית־המשפט לחוקה (הונחה על שולחן הכנסת ב־12.6.2000).
8. ראו זאב סגל, "הדרך לביקורת שיפוטית על תוקתיות של תוקים – הסמכות להכריז על אי חוקתיות חקיקה לטיז", משפטים כח (תשנ"ז) 239.

nevo.co.il

ייתכנו החלטות רבות יותר על היות חקיקה סותרת את אחד מחוקי־היסוד. הצהרות כאלה יכולות אף להביא ליתר פיתוח של המשפט החוקתי מאשר החלטות נדירות ביותר על בטלות חוקים. במציאות המשפטית הקיימת ובשל המתקפות מחוגים שונים כנגד בית־המשפט העליון, קשה לשער כי הפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית תהפוך לחיזיון נפרץ, כמקובל בגרמניה או בקנדה.

(9) את תמיכתי ב"מודל ההצהרתי" – לפחות כחומת־מגן מפני הקמת בית־משפט חוקתי – אני מבסס על עיקרי "המודל האנגלי", שבו עסקתי במסגרת מחקר אקדמי שביצעתי עם פרופ' אריאל בנדור,? שאינו שותף לגישתי בדבר בחינת אפשרות הפעלתו במציאות הישראלית. להלן פירוט עיקרו של מודל זה.

(10) ב־2 באוקטובר 2000 נכנס לתוקפו חוק זכויות האדם בבריטניה, ובו נקבע מודל חדש וייחודי לביקורת שיפוטית על חוקים. ייחודה של השיטה הבריטית הוא בהסמכת בית־המשפט להצהיר כי חוק הוא "בלתי־תואם" (incompatible) את חוק זכויות האדם, שאימץ את הזכויות הקבועות באמנה האירופאית על זכויות האדם מבלי להסמיך את בית־המשפט לבטל חוק. החוק הבריטי הוא חוק "רגיל", שאומץ בפרלמנט בהליך חקיקה מקובל. עם זאת, החוק נחשב ליוצר מהפכה חברתית ומשפטית בעצם העובדה, שבית־המשפט קיבל בו סמכות מפורשת להצהיר כי חוקים של הפרלמנט הם "בלתי־תואמים" את מכלול זכויות האדם הקבועות באמנה האירופאית בדבר זכויות האדם, שבריטניה חתומה עליה, ושאומצה בחוק החדש. סמכות בית־המשפט חלה על מכלול החוקים, לרבות כאלה שנחקקו לפני חקיקת חוק זכויות האדם או תחימת האמנה. כך בית־המשפט יכול להצהיר שחוק מסוים סותר, למשל, את חופש הביטוי, הזכות לחינוך, הזכות לשוויון ועוד.

(11) החוק מעניק לבית־המשפט תפקיד חדש ומיוחד בשני מובנים: האחד, בתיוב בתי־המשפט לפרש חוקים במידת האפשר בדרך התואמת את האמנה האירופאית. במסגרת זאת צפוי בית־המשפט לבחון מחדש הלכות שיפוטיות שפירשו חוקים קיימים. השני, בהסמכת בתי־המשפט לתת "הצהרת אי־התאמה" (declaration of incompatibility) של חוק לזכויות הקבועות באמנה. התוצאה של הסמכת בית־המשפט לתת הצהרה כזאת פירושה גם דחייה מפורשת של המודל המוכר בארצות־הברית ובמדינות אחרות של המשפט המקובל, שלפיו בית־המשפט מוסמך לקבוע בטלותו של חוק, הנחת־היסוד היא, שהצהרה על אי־התאמה תינתן כאשר ברור שאי־אפשר ליישב חוק עם האמנה האירופאית. הנחה נלווית היא, שאם הצהרה כזאת תינתן על־ידי בית־משפט בדרגה גבוהה, הדבר יניע את הפרלמנט לתקן את החוק ברוח הנחיות בית־המשפט.

9. ראו: Ariel L. Bendor and Zeev Segal, "Constitutionalism and Trust in Britain – An Ancient Constitutional Culture, A New Judicial Review Model", 17 *Am. U. Int. L. Rev.* (2002) 102.

nevo.co.il

(12) חרף העובדה שבית־המשפט לא הוסמך לבטל חוקים בעצמו, אין להפחית בהערכת העוצמה של החידוש שבחוק הבריטי. זאת על רקע התפיסה הבריטית המפורסמת, שלפיה Parliament can do no wrong (הפרלמנט אינו יכול לטעות (או לבצע עוולה)). בצד העובדה שהמודל הבריטי אינו מסמיך את בתי־המשפט לבטל חוקים, המודל מצטיין בהיקף הרחב של הסמכות השיפוטית להצהיר על היות חוקים בלתי־תואמים את זכויות האדם. הצהרה שיפוטית יכולת להינתן לגבי כל חוק – יהיה מועד קבלתו כאשר יהיה. זאת ועוד: חוק זכויות האדם הבריטי מגן על מכלול רחב של זכויות אדם. לעומת זאת, בישראל בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ישנה הוראה בדבר "שמירת הדינים". הוראה זאת משמרת את תוקפם של דברי חקיקה שנתקבלו בטרם נכנסו חוקי־היסוד לתוקף. כך נמנעת ביקורת שיפוטית על רוב החוקים, שנתקבלו לפני 1992 (מועד החקיקה של חוק־היסוד). נוסף על כך בחוקי־היסוד בישראל קבועה רשימה מצומצמת למדי של זכויות, שאינה מקיפה את מכלול הזכויות המקובלות.

(13) נראה ראוי להעמיד לדיון ציבורי־משפטי את המודל הבריטי לאחר התאמתו ל"תנאי הארץ ותושביה". אימוץ מודל כזה עשוי לקדם את ההגנה על זכויות האדם בישראל מבלי לעורר אנטגוניזם מסוכן כלפי בית־המשפט העליון, תוך שהרור בית־המשפט מרתיעתו, שקשה שלא להבין אותה, מעימות עם הרשויות הפוליטיות הנבחרות. עם זאת, לאימוץ המודל יהיה טעם אם הכנסת והממשלה ייחסו לפסיקת בית־המשפט משמעות ראויה, כפי שצפוי להיות באנגליה, וככלל ישלבו בחוקים את התיקונים שיתחייבו מן הפסיקה.

אסמכתאות לעיון נוסף במודל הבריטי

James Young, "The Politics of Human Rights Act", 26 *Journal of Law and Society* (1999) 27.

Luke Clements and James Young, "Human Rights: Changing the Culture", 26 *Journal of Law and Society* (1999) 1.

David Feldman, "The Human Rights Act 1998 and the Constitutional Principles", 19 *Legal Studies* (1999) 165.

Murray Hunt, "The Human Rights Act and Legal Culture: The Judiciary and the Legal Profession", 26 *Journal of Law and Society* (1999) 86.

Tom Campbell, "Human Rights: A Culture of Controversy", 26 *Journal of Law and Society* (1999) 6.

Geoffrey Marshall, "Interpreting Interpretation in the Human Rights Bill", *Public Law* (1998) 167.

Geoffrey Marshall, "Two kinds of compatibility: more about section 3 of the Human Rights Act 1998", *Public Law* (1999) 377.

Francis Bennion, "What Interpretation is 'possible' under Section 3(1) of the Human Rights Act 1998?", *Public Law* (2000) 77.

nevo.co.il