

בית־משפט לחוקה בלא חוקה?

עו"ד יהודה כהן*

א. מי רשאי להקים בית־משפט לחוקה? ב. תחום הסמכות הרצוי של בית־משפט לחוקה לאחר שהוקם כהלכה. ג. שלבים אפשריים בביצוע הרעיון ושיטת מינוי שופטי בית־המשפט לחוקה.

א. מי רשאי להקים בית־משפט לחוקה?

ההצעה להקמת בית־משפט לחוקה שהועלתה בכנסת ונדחתה, ובוודאי תעלה מחדש, היא הצעה שגויה מבחינה חוקתית לפי מצבה של ישראל, הואיל ודובר בה בבית־משפט בעל סמכויות לבטל חוקי הכנסת שיוקם על־פי חוק של הכנסת. לכנסת אין סמכות לעשות כן בשל שלושה נימוקים:

(1) בדמוקרטיה העם הוא הריבון והחוקה היא דברו של העם, והכול כפופים לעם ולחוקה. בהיעדר חוקה כתובה המסדירה את היחסים הפנימיים וההיררכיה בין מוסדות השלטון, המוסד העליון הוא הפרלמנט הנבחר על־ידי העם-הריבון כשליחו ואשר לפי חוקיו מתקיימות הרשות המבצעת והשופטת. לכן שתי רשויות אלה נמוכות בדרגתן מן הפרלמנט. בית־משפט לחוקה המוקם בתוקף חוק של הפרלמנט פוגע בעיקרון זה הואיל ובית־משפט כזה רשאי לבטל את חוקי הפרלמנט ובוה הוא מתעלה עליו. רק העם – במשאל־עם המאשר הקמת בית־משפט כזה או המאשר חוקה שבמסגרתה מוקם בית־משפט כזה – רק הוא רשאי להקים בית־משפט לחוקה. ואכן, כל בתי־המשפט בעולמנו הדמוקרטי שלהם סמכות לבטל חוקים הוקמו לפי תוראותיה של חוקה.

(2) במשטר דמוקרטי שאין בו חוקה כתובה, כמו בריטניה, ניו־זילנד וישראל (לפחות בתחילת דרכה) – מכוח זה שהעם הוא הריבון והפרלמנט שליח העם, והפרלמנט לפי חוקיו קובע סמכויות הממשלה והרשות השופטת, הפרלמנט הוא העליון משלוש הרשויות. בהיותו שליח העם אין הוא מגביל את עצמו ואינו מעביר סמכויותיו לחקיקה ראשית ולביטול מעשי חקיקה ואין הוא ממנה בית־משפט המוסמך לבטל את חוקיו. זוהי הפרקטיקה הנהוגה עד היום בבריטניה ובניו־זילנד, מבלי שקיימת הנמקה תיאורטית שפורסמה לפרקטיקה הזו. הצעתי היא הנמקה תיאורטית לפרקטיקה מקובלת. וזו תמצית

* תלמיד מחקר בנושא משפט חוקתי באוניברסיטה העברית בירושלים.

1. ראו יהודה כהן, מי מפחד ממדינה יהודית? היבט חוקתי ואיריאולוגי (ההוצאה־לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"א), 39-41, 84-85.

התיאוריה: יש להחיל על הכנסת, כמו הפרלמנטים בבריטניה ובניו-זילנד, את דיני השליחות הקובעים כי אין שליח רשאי לפגוע בשולח. כנסת המתימרת להקטין כוחה של כל כנסת בעתיד לבוא מקטינה את כוחו של העם – השולח – שבכוח שליחותו כל כנסת פועלת. העם אינו יכול לפעול אלא בקלפי שבה הוא בוחר וקובע מי ישב בכנסת.² זאת הוא עושה אחת לכמה שנים. מי שאינו יכול לפעול אלא על-ידי שליחים, כוחו ככוח השליחים שהוא יכול לשלוח. אם שליח א יצליח להקטין את כוחו של השליח הבא, שליח ב, פגע שליח א בכוחו של השולח לשלוח שליח ב שכוחו יהיה ככוח שליח א. במקרה שלנו צומצם כוחו של העם על-ידי שליחו. לכן אין בידי כנסת כלשהי היכולת לקבוע סעיף שריון בחוק מחוקיה או לכונן חוקה, שבהכרח מגבילה את כוחה של הכנסת כמחוקק לא-מוגבל, כפי שהיה המצב עם תחילת דרכה של הכנסת. כן הדבר גם לגבי הקמת בית-משפט לחוקה, הרשאי לבטל חוקי הכנסת. בכל הפעולות האלה הכנסת מקטינה את כוחה של הכנסת הבאה לעומת הכוח שהיה לכנסת הנוכחית בעת שנבחרה³ וכך היא פוגעת בעם שמעתה לא יוכל לבחור בכנסת כל-יכולה, אלא בכנסת מוגבלת בכוחה.

(3) מוטעה הוא הטיעון על דבר "הכנסת בעלת שני הכובעים", על דבר היותה הן מחוקקת הן מכונן חוקה, על דבר זה שבחוקקה הוקייסוד היא מצויה בדרגה של מכונן חוקה. טיעון זה, שעליו מיוסד ע"א בנק המזרחי,⁴ אומר כי החל משנת 1992 יש לישראל חוקה. הבנת הטעות שבשורש טיעון זה שייכת לדיון בסוגיית בית-המשפט לחוקה, הואיל ואם הכנסת רשאית להגביל את עצמה בחוקייסוד, שאמנם נחשב לחוקה, היא רשאית גם להקים בית-משפט לחוקה. בספרי הרחבתי בנושא, אך פה אציין קיצור עיקרי הדברים:⁵ (א) הכנסת, כאמור, היא שליח העם. העם הסמיך אותה לחוקק ולבטל חוקים. אין שליח רשאי לעשות שליח. ביטול חוקים, כפי חקיקתם, הוא בסמכות המחוקק. העברת הסמכות לבטל חוקים, כמודגם בהקמת בית-משפט לחוקה, אינו בתחום ייפוי-הכוח שקיבלה הכנסת.

(ב) האסיפה המכוננת שנבחרה על-ידי העם לפי הוראות הכרות העצמאות לשם כינון חוקה, אף היא היתה שליח שנבחר על-ידי העם. כשליח, היא לא היתה מוסמכת כלל

2. בכפופות לזכותו של העם לקבוע חוקה, לאשרה או להסמיך גוף אחר לקבלה.
3. אינה עומדת אף אמירתו של השופט חשין בע"א 6821/93, רע"א 1908/94 ואח' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221, עמ' 541, כי סעיף שריון בחוק מסוים או בסעיף חוק ספציפי המדבר על הצורך ב-61 חברי-כנסת הוא כשר הואיל וככלות הכול זהו פשוט כלל תקנוני המטפל בשיטת ספירת הקולות באשר לאותו חוק או אותו סעיף. דעתו זו של כב' השופט חשין אינה יכולה לעמוד הואיל ואין לקבוע כלל שעניינו מקרה יחיד. הרי אין מדובר בשינוי כללי של שיטת ספירת הקולות בכנסת. לא ייתכן לקבוע שיטת ספירת קולות מיוחדת לעניין תיקונו של סעיף אחד בחוק יחיד מסוים. דומה הדבר לקביעה שבישראל נוהגים ברכב בצד ימין של הדרך, אך אם מדובר בנהג מסוים יחיד, ושמו יהודה כהן, שכתב מאמר זה, רשאי הוא לנהוג אף בצד שמאל.
4. שם, 391.
5. ראו כהן (לעיל, הערה 1), 27, 39-41, 84, 102-106, 193-210.

לקבוע שכל כנסת תהיה בעתיד בעלת סמכות מכוונת, שכן זו העברת שליחות על-ידי שליח (האסיפה המכוונת) בלא הרשאת השולח (העם).

(ג) החלטת הר"י אינה יכולה להתפרש כמתן סמכות על-ידי האסיפה המכוונת לכל כנסת (שאינה אסיפה מכוונת) להיות אסיפה מכוונת. אסיפה מכוונת אינה יכולה למנות אסיפה מכוונת. הן מסמך היסוד של המדינה (הכרזת העצמאות) הן ציבור הבוחרים שבתר את האסיפה המכוונת קבעו אותה אסיפה מכוונת - אותה בלבד - לכונן חוקה. בכתב ההרשאה של האסיפה המכוונת שנבחרה (שהיתה באת-כוחה של הריבון) לא בכללה סמכות להעברת ייפוי-הכוח. לכן חוקי-יסוד שהכנסת מחוקקת בהתאמה להחלטה זו אינם אלא חוקים והם בגדר הכנה לחוקה, ולא חוקה. הליך אישור החוקה, או הצעת-החוקה, חייב לעבור אצל הריבון, או מי שהריבון אישר במפורש לצורך זה.

(ד) מכל-מקום, בסעיף 1 לחוק-היסוד הראשון שהתקבל, חוקי-יסוד: הכנסת, נקבע שהכנסת היא בית-הנבחרים של המדינה. בית נבחרים הוא מחוקק, לא מכוון עושה חוקה. אם לחוקי-יסוד היה באותה עת תוקף חוקתי ואם הכנסת היתה גוף מכוון נוסף על היותה גוף מחוקק, הרי בחוק-היסוד הראשון נקבע "באופן חוקתי" שהכנסת אינה (עוד) גוף מכוון. אמור מעתה: חסל סדר "שני כובעים".

ב. תחום הסמכות הרצוי של בית-משפט לחוקה לאחר שהוקם כהלכה

הואיל וההצעה להקים בית-משפט לחוקה מבקשת לכלול בסמכויותיו יותר מאשר ביטולי חוקים והואיל ואם תתקבל הצעתי אפשר יהיה להקים בית-משפט כזה באישור העם, אע"פ באשר לתחומים נוספים שמן הראוי לכלול במסגרת סמכויותיו של בית-משפט כזה (כמקובל בגרמניה ובמדינות אחרות). כוונתי היא לשני תחומים: (1) שיפוט בעניינים הפנימיים של הכנסת; וכן (2) שיפוט בסוגיות פוליטיות שהן בד-בבד גם סוגיות משפטיות שפיטות.⁷

6. ראו ד"כ 5 (תש"י) 1743.

7. כפי שזכר בהמשך וכמו שמקובל במדינות דמוקרטיות, בשעה ששופט קובע, כי השאלה שבפניו היא פוליטית, הוא נמנע מלדון בה. לכן מוצע כי אף בית-המשפט המוצע לחוקה לא ידון בשאלה שהיא בעיקרה פוליטית ובמידה שיימצא כי בית-משפט אחר דן בשאלה כזו, תהיה לו סמכות לבטל את פסק-הדין. בישראל, בהבדל מכל שאר המדינות הדמוקרטיות, הדבר נאמר בצורה ברורה, אף אם לא בצורה ישירה, בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ס-1980, שם נקבע לאמור: "ראה בית המשפט שאלה משפטיות הטעונה הכרעה... יכריע בה לאור עקרונות...". יוצא כי מסגרת ההכרעות השיפוטיות היא רק בשאלות משפטיות ולא בשאלות של מוסר, נימוס ופוליטיקה, שביסודן אינן משפטיות. על-כן, נותרו לשיפוט בישראל שאלות פוליטיות שהן אף שאלות משפטיות באותה מידה, ושאלות משפטיות שיש בהן גוון פוליטי לא-מבוטל. באלה מוצע, כי השיפוט העליון יהיה (בין כערכאה ראשונה, בין כערכאת ערעור) לבית-המשפט לחוקה. ראו כהן (לעיל, הערה 1), פרק ז.

קיים מכנה משותף בין שני אלה ובין ביטולי חוקים, בהיות שלושם תחומים פוליטיים בעליל.

סייגים על שיפוט בעניינים פוליטיים מקובלים בעולם הדמוקרטי כשילוב של שני דברים: האחד, בשעה ששופט קובע כי השאלה שבפניו היא "פוליטית", הוא נמנע מלדון בה; והשני, מינויים של השופטים בבתי-משפט לחוקה נעשים לעולם לפי מרכיבים פוליטיים.

אשר לסוגיה של ההתערבות בענייניה הפנימיים של הכנסת, המסקנה הנוגעת לשיפוט חוקתי ולהגבלת השליח חלה אף במקרה זה. כפי שאין הכנסת רשאית להעביר את סמכויותיה, אין היא רשאית להכפיף את עצמה לגוף או לאדם כלשהו שיתערב בניהול ענייניה. שיפוט בעניינים הפנימיים של הכנסת כמוהו כהכפפת הכנסת למי ששופט את צעדיה. אין הכנסת רשאית לעשות כן.

- אף אין לתלות את השיפוט בעניינים הפנימיים של הכנסת בהוראה על סמכות הבג"ץ לגבי "רשויות שלטון" - הוראה המתגלגלת מסימן 43 לדבר המלך במועצתו ומסעיף 7 לפקודת בתי-המשפט המנדטורית דרך סעיף 7 לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957, שגיבש אף פסיקה קודמת אשר פירשה את החקיקה המנדטורית ברוח המקור שממנה נחצבה - המקור האנגלי. בלא שינוי (לבד משינויי נוסח שוליים) התגלגלה הוראה זו לחוק-יסוד: השפיטה. שם, בסעיף 15(ד)(2) נקבע, כי "מוסמך בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק - לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על-פי דין...". הוראה זו במקורה המנדטורי-בריטי התכוונה כמו בבריטניה להוראות לפקידות ממשלתית ועירונית, בוודאי לא לפרלמנט הבריטי. זהו המצב בבריטניה מאז ומעולם ועד היום וזה היה המצב בישראל סמוך לאחר קבלת חוק בתי-המשפט משנת 1957. ואם תאמר: השינויים הנובעים מעצם הקמת המדינה מחייבים הכללת הכנסת בכלל הרשויות העומדות לשיפוט מתוך כך שבתקופת המנדט לא התקיים בארץ פרלמנט, ואילו התקיים היה המחוקק הבריטי מכפיף אף אותו לבית-המשפט - יש לקבוע כי ההיפך הוא הנכון. דווקא הפיכתנו לדמוקרטיה מחייבת את עליונות הפרלמנט על השופטים הממונים באופן לא-דמוקרטי.⁸ ואם תאמר: הכנסת, בקבלה את חוק-יסוד: השפיטה⁹ אמרה זאת - אף כי ברמיזה, מתוך פרשנות גרחת של המושג "רשויות המדינה" בהיות הכנסת אחת משלוש רשויות המדינה - התשובה תהיה כי הכנסת כלל אינה רשאית להעביר לאחרים כוח של שיפוט על עצמה, בהיות הדבר בבחינת מעשה שאין שליח רשאי לעשותו בלא הרשאה מפורשת מהשולח (העם).

8. כמוסבר בהרחבה בספרי (לעיל, הערה 1), 21-22.

9. ראו חוק-יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד 78.

ג. שלבים אפשריים בביצוע הרעיון ושיטת מינוי שופטי בית-המשפט לחוקה

בסיכום הדברים בסוגיית בית-משפט לחוקה יש להפריד בין שתי קטיגוריות:
 (1) שיפוט חוקתי שבכוונו להכריז על חוק כבטל וכן שיפוט בענייניה הפנימיים של הכנסת (פיקוח על הכנסת).
 (2) שיפוט בנושאים מינהליים בנושאים שיש להם חשיבותם פוליטית (פיקוח על הממשלה).

בגדר הקטיגוריה השנייה יכללו הפסיקות, כגון בג"ץ קעדאן¹⁰ (פסק-דין שפגע - לדעתי - בציונות, בכך שאסר הקצאת קרקעות לסוכנות היהודית), ת"פ קפלן¹¹ (הפסק שהוציאה השופטת פרוקצ'יה בעניין סגירת עסקים בשבת לפי חוק עזר שהוכרו על-ידי כבלתי-חוקי מפאת היותו סוגיה דתית, שלפי מהותה אין להסדירה בחוק-עזר אלא רק בחוק ממש) ופרשת כביש בר-אילן (בג"ץ חורב¹² שדן ביחסי חילוניים-דתיים). פרשיות כגון אלה עוסקות בשאלות-יסוד של אופי המדינה, באידיאות ובערכים שעליהם מושתתת המדינה, אלה הם עניינים עקרוניים שראוי להכריע בהם הכרעה פוליטית לפי השקפת-עולם ואין להפקידם בידי גוף שיפוטי אוליגרכי.¹³ נכון יותר להפקיד את ההכרעה בידי שופטים שלצד מקצועיותם והבנתם המשפטית וישרם קנה-המידה לבחירה יישען על שני אלה:

(א) יתרון בשקילת מינויים ייחשב נסיונם בעולם העשייה הפוליטי.
 (ב) השקפת-עולמם תיבחן בידי דרג פוליטי מתוך רשימה של מומלצים שתוגש על-ידי דרג לא-פוליטי - דרג שלא יכלול לא פוליטיקאים ולא שופטים.¹⁴
 (ג) כפי שהצעתי ונימקתי במקום אחר,¹⁵ השופטים שיתמנו "ישוריינו" מפני השפעה עליהם בכל דרך שהיא, וזה כולל מניעת האפשרות מהם לשרת בכל תפקיד ציבורי לאחר סיום כהונתם השיפוטית - כולל בתפקיד שר, חבר-כנסת, שגריר, מבקר-המדינה, שופט או נשיא המדינה. רק כך הם יחוו בלתי-תלויים בשלטון בעת שיכהנו בתפקיד. על-יכן בבואנו לדון בהצעת החוק להקמת בית-משפט לחוקה - הצעה שבוודאי תעלה מחדש בזמן הקרוב - אני מציע לומר כך:

10. ראו בג"ץ 6698/95 ע' קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד (1) 258.
11. ראו ת"פ (י-ם) 3471/87 ואח' מדינת ישראל נ' קפלן ואח', פ"מ תשמ"ח (2) 265.
12. ראו בג"ץ 5016/96 ואח' חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נא (4) 1.
13. ראו משה לנדוי, "כוחו של בית-המשפט ומגבלותיו", משפטים י (תש"ם) 200; וכן בספרי (לעיל, הערה 1), 21-22.
14. מעורבות שופטים במינוי שופטים היא רעה חולה, כפי שהתנסינו. מתן כוח כזה לשופטים מעורר בהכרח רצון בקרבם לגלוש מעבר לכוח השפיטה שבידם. רצוי ככל האפשר שלא להקנות לשופטים כוח מעבר לכוחם השיפוטי. לפירוט ההצעה ראו ספרי (לעיל, הערה 1), 116-120.
15. שם, 33.

סמכות השיפוט של אותו "בית-משפט להוקה" תחול על שתי הקטיגוריות הנזכרות לעיל, אלא שהשיפוט בקטיגוריה הראשונה לא יתקיים אלא לאחר שיחול אחד משני אלה: (א) הדבר יאושר בחוקה שתתקבל במשאל-עם, או (ב) ייקבע במשאל-עם דבר קיומו של שיפוט חוקתי, כאמור, אף כי טרם התקבלה חוקה.

כל עוד לא אירע אחד משני אלה, הדבר היחיד שבכוח הכנסת לאשר לשיפוט בבית-המשפט המוצע הוא עניינים השייכים לקטיגוריה השנייה - שיפוט בנושאים מינהליים בעלי חשיבות פוליטית.

עם זאת, על הכנסת לאשר¹⁶ את דבר חוסר הסמכות השיפוטית של בתי-המשפט הרגילים בסוגיית ביטולי חוקים ובעניינים פנימיים של הכנסת. בעניינים אלה אין מניעה שהכנסת תאשר גוף שלה, הנתון לביקורתה, שיהיה מוסמך - עד לקבלת חוקה - להחליט בענייניה הפנימיים שלה, שקודם-לכן נהג בית-המשפט שלנו להתערב ולהחליט בהם.

16. וכדי שלא לאפשר לשופטי בית-המשפט העליון לטעון נגד אישור זה, מוצע כי האישור יעוגן בחוקי-יסוד.