

ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ומעמד הכנסת*

מאת: אהרן ברק

1. בתי-המשפט בישראל הם מגן הדמוקרטיה. הם עושים ככל שביכולתם – ובמסגרת הכלים העומדים לרשותם – כדי לבסס את הדמוקרטיה הישראלית, שכן הם יודעים כי אם לא נגן על הדמוקרטיה, היא לא תגן עלינו.¹ דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב כפי שהוא מתבטא ברשות מחוקקת; דמוקרטיה היא גם שלטונם של ערכים, עקרונות וזכויות אדם, שהרוב אינו רשאי ליטול מהמיעוט. ביטוי לגישה רב-מימדית זו של הדמוקרטיה נחנה הכנסת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. שני חוקי-יסוד אלה קבעו הגבלות על כוח החקיקה של הכנסת לשם הגנה על זכויות האדם הקבועות בחוקי-יסוד אלה, ובמרכזן כבוד האדם וחירותו. הגבלות אלה על הכנסת (כרשות מחוקקת) לא הוטלו על-ידי בתי-המשפט. הן הוטלו על-ידי הכנסת (כרשות מכוננת). שלילתן של הגבלות אלה פוגעת בראש ובראשונה בכנסת עצמה. כאשר בית-המשפט העליון קבע בפרשת בנק המזרחי² כי חוק רגיל אינו יכול לפגוע בחוק-יסוד, הוא ביטא בכך את עליונותה של הכנסת כרשות מכוננת. כדי להגשים עליונות זו, נדרשת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. ביקורת שיפוטית זו אינה נוגדת את הדמוקרטיה ואינה פוסט-דמוקרטית.³ ביקורת שיפוטית זו היא הביטוי העליון של הדמוקרטיה, שכן היא ביטוי הן לשלטון הרוב (שקבע את חוקי-היסוד), והן לזכויות האדם (הקבועות בחוקי-היסוד). ביקורת שיפוטית זו היא הגשמתה של הפרדת הרשויות, שכן היא נועדה להבטיח כי הכנסת כרשות מחוקקת, לא תפגע בכנסת כרשות מכוננת. ככלית המחוקקת היא כבילה שהכנסת עצמה יצרה, והיא ביטוי לכוחה המכונן העליון. קיומן של נורמות מעל החקיקה הרגילה והמעוגנות בחוקי-היסוד אינה נוגדת את הדמוקרטיה, אלא היא הגשמתה החשובה ביותר. כך הדבר ברוב-רובן של מדינות הדמוקרטיה. זו מהפכת הזכויות לה אנו עדים מאז מלחמת העולם השנייה בכל המדינות הדמוקרטיות, וזהו הלקח שלמד העולם מהשוואה שלנו.
2. ומה תפקידו של בית-המשפט בכל אלה? בית-המשפט ממלא את תפקידו הקלאסי. הוא מפרש את הנורמה העליונה של הכנסת – את חוקי היסוד; הוא מפרש את החוק הרגיל; והוא קובע אם יש סתירה ביניהם. כאשר הוא מכיר בסתירה זו, הוא נותן תוקף לנורמה העליונה של הכנסת – לחוק-היסוד. אין בכך פגיעה בכנסת, אלא הגנה על חוק-היסוד שהכנסת כוננה כנגד פגיעות בו. אכן, הניגוד אינו בין בית-המשפט למחוקק. הניגוד הוא בין הכנסת כמחוקקת

* דברים בפתיחת הכנסת השנתי של לשכת עורכי הדין באילת – 26.5.2003.
1. Aharon Barak "Foreword: A Judge on Judging: The Role of the Supreme Court in a Democracy" 116 *Harvard Law Review* 16 (2002).
2. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.
3. ראו א' ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 403.

"רגילה", לבין הכנסת ממכוננת את חוקתה של ישראל. בית-המשפט שומר על סמכותה המכוננת של הכנסת כנגד פגיעה בה על-ידי הכנסת המחוקקת רגילה. מסקנה זו, אליה הגיע בית-המשפט העליון בפסק-דינו בפרשת בנק המזרחי עוד ב-1994 מתבקשת מלשונם של חוקי היסוד עצמם. הם קובעים, בין השאר, כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות לפי חוק-יסוד זה"⁴. נמצא, כי גם הכנסת (כרשות מחוקקת) חייבת לכבד את זכויות האדם שבחוק היסוד. חוק "רגילה" אינו רשאי לפגוע בהם. הדבר עולה בבירור מלשונו המפורשת של חוק-היסוד לפיה:⁵

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש".

נמצא, כי חוק "רגילה" הפוגע בזכויות שלפי חוק-היסוד והוא אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל או שהוא נועד לתכלית שאינה ראויה, או שפגיעתו עולה על הנדרש, הוא לא חוקתי, וכי-המשפט מוסמך להשיג על כך, שאם לא כן, חוק-היסוד אינו אכיף, והוא מהווה הצהרה בלבד. לא זו היא פרשנותו הנכונה. זו לא היתה כוונתה של הכנסת בעת החקיקה.

3. אכן, יש להבחין בין כנסת המכוננת חוקי-יסוד לבין כנסת המחוקקת חוקים רגילים. כאשר בית-משפט בוחן את חוקתיותו של חוק "רגילה" הוא אינו מבקר את מעשיה המכוננים של הכנסת. הוא מבקר את מעשי המחוקקים. כך נעשה ברוב רובן של המדינות הדמוקרטיות; כך נעשה בישראל. כאשר בית-המשפט מבטל חוק של הכנסת בהיותו נוגד לחוק-יסוד, הוא אינו שולל מן הריבון את סמכותו הדמוקרטית; הריבון הוא העם; בית-המשפט נותן ביטוי לדברו של הריבון (העם) באמצעות נציגיו בכנסת כפי שמצא ביטוי בחוק-היסוד. ואם פסק-דינו של בית-המשפט, המפרש חוק-יסוד, אינו נראה לכנסת, הרשות בידה לשנות את חוק היסוד ולכונן הסדר חוקתי שונה. שוב: היא יכולה לעשות כן רק באמצעות שינוי בחוק-יסוד ולא באמצעותה של חקיקה רגילה. הנה כי כן, בראש הפירמידה הנורמטיבית ניצבת הכנסת כרשות מכוננת. היא פועלת מעל לכנסת כרשות מחוקקת. תפקידו של השופט הינו לפרש את הוראות הכנסת כרשות מכוננת ומחוקקת, ולקבוע אם הן מתיישבות זו עם זו; בכך הוא מגן על הכנסת עצמה. בכך מגן הוא על שלטון המשפט. בכך הוא שומר על הדמוקרטיה המתבטאת לא רק בכוח החקיקה של המחוקק (הכנסת), אלא גם בזכויות אדם שקבעה הרשות המכוננת שלנו (הכנסת).

4. שאלה אחרת הינה, אם כל בית-המשפט בישראל יוכל להכריז על בטלותו של החוק, או שמא יש לייחד הסמכות לכך רק לבית-המשפט העליון.⁶ ענין זה, ראוי לה לכנסת לעסוק בו, ולקבוע אם היא רוצה לנקוט בגישה המקובלת בכל

4. סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

5. סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

6. האפשרות לייחד את הסמכות לבית-משפט חוקתי הנפרד מבית-המשפט העליון, אינה מקובלת עלי כלל ועיקר, ואיני עוסק בה כלל. לעניין אפשרות זו, ראו א' ברק "בית-המשפט העליון כבית-משפט לחוקה" משפט וממשל ו' (תשס"ג) 315.

מדינות המשפט המקובל – ארצות הברית, קנדה, אוסטרליה, הודו, קפריסין, ורבות אחרות – לפיהן כל בית-משפט הוא בעל סמכות חוקתית, או שמא ברצונה לאמץ מודל לפיו רק בית-משפט אחד יכול לעשות כן. יש נימוקים לכאן ולכאן לכל אחת מהאפשרויות. כל עוד הכנסת לא אמרה את דברה, הסמכות נתונה לכל בית-משפט ולכל בית-דין בישראל. יצויין, עם זאת, כי אם ממשיכים בשיטה הקיימת, לפיה כל בית-משפט ובית-דין מוסמך להכריז על בטלות חוק, יש להבין את דרכי פעולתה של השיטה. כאשר כל בית-משפט או בית-דין (למעט בית-המשפט העליון) מכריז שחוק נוגד חוק-יסוד והוא בטל, הבטלות אינה פועלת כלפי "כל העולם". החוק מתבטל רק כלפי הצדדים באותו משפט ספציפי. בית-משפט אחר יכול להכריז כי החוק הוא חוקתי ואינו בטל. על כן הכרזה על בטלות חוק – כמו גם הכרזה על בטלות תקנה – הנעשות על-ידי כל שופט או דיין במדינה, אינה מביאה למחיקתו של החוק מספר החוקים. הבטלות היא יחסית וצרה. היא קובעת שהחוק לא מחייב רק בין הצדדים להליך השיפוטי. שונים פני הדברים מקום שהכרזה הבטלות נעשית על-ידי בית-המשפט העליון. במצב דברים זה, החוק בטל כלפי "כל העולם". זאת מכוח הגישה – אשר מעוגנת בחוק-יסוד: השפיטה – שפסקי-הדין של בית-המשפט העליון, ורק הם, מהווים תקדים מחייב. על כן, אין סכנה לוודאות המשפטית, ואין סיכון להירארכיה הנורמטיבית, כאשר כל שופט בישראל מוסמך להכריז על בטלותו של חוק. הכרזה זו פועלת בגבולות צרים מאד. רק כאשר הדבר יגיע לבית-המשפט העליון תהא להכרזה השפעה נורמטיבית כללית. כך הדבר באמריקה. כל שופט ברחבי המדינה הגדולה הזו מוסמך להכריז על חוק כבטל, בהיותו נוגד לחוקה. אך הכרזה זו לא מבטלת "באמת" את החוק. רק הכרזת בטלות של בית-המשפט העליון תשיג אפקט זה. הוא הדין בקנדה, בהודו באוסטרליה, בקפריסין ובמדינות אחרות.

5. ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק אינה פוגעת במחוקק. נהפוך הוא: יש בה כדי לחזק את כוחו, ולהגביר את האמון בו. פרלמנט חזק הנהנה מאמון הציבור הוא חיוני לדמוקרטיה. באחד המאמרים כתבתי:⁷

"מקווה אני כי הפרלמנט יהא חזק. הדמוקרטיה זקוקה לפרלמנט חזק, אמין ואחראי. שקיעת הפרלמנט מסוכנת לדמוקרטיה. פריחת הפרלמנט תיוגית היא למשטר הדמוקרטי. לשם כך יש להעמיד לרשות הפרלמנט את האמצעים הנחוצים, ובהם צוות מומחים אשר יסייע לחברי הפרלמנט היחידים ולועדות הפרלמנט לבצע את תפקידם בצורה מקצועית ואחראית. מקווה אני כי ימצא איזון ראוי לבין הפרלמנט לבין הרשות המבצעת בהכרעה בשאלות המדיניות והחברתיות המרכזיות של החברה, וכי הפרלמנט לא יעביר אל הרשות המבצעת הכרעות שמן הראוי להן להיעשות בפרלמנט. מקווה אני כי הפרלמנט יגביר את הפיקוח שלו על הרשות המבצעת. רשות מבצעת חזקה זקוקה לרשות מחוקקת חזקה."

7. ראו א' ברק "הפרלמנט ובית-המשפט העליון – מבט לעתיד" הפרקליט מה (תש"ס) 5, 12.

ובאחת הפרשות⁸ פסקנו כי ההכרעות העקרוניות שיש בהן כדי לקבוע דפוסים מהותיים לחיי האדם והחברה, ראוי שייעשו על-ידי הכנסת ולא על-ידי הממשלה. נימקנו גישה זו בצורך לשמור על מעמדה של הכנסת ועל העיקרון הדמוקרטי של ייצוגיות, המונח ביסודה. במספר מקרים פנינו לכנסת שהיא ולא זולתה תסדיר ענין חברתי שנוי במחלוקת, כגון גיוס בחורי ישיבה⁹ או גיור רפורמי וקונסרבטיבי בישראל.¹⁰ אכן, הכנסת יקרה לכולנו. הכנסת היא של כולנו. היא מרכיב מרכזי בדמוקרטיה שלנו. אסור לפגוע בה.

8. בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481.

9. שם.

10. בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661.