

שער שני

על מעמדו של בית המשפט העליון –
מגמות וכיוונים

שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת

והמבצעת לבין הרשות השופטת*

אהרן ברק**

1. השותפות בין הרשויות
 - א. שותפות בין שופט למחוקק
 - ב. שותפות ולא שליחות
 - ג. שותפות בין שופט למבצע
 - ד. מעמד השופט במפעל המשפט המקובל
2. הדיאלוג בין הרשויות
 - א. משותפות לדיאלוג
 - ב. דיאלוג אינו היווצרות של השופט במחוקק או במבצע
 - ג. משפט עברי: תנורו של עכנאי
 - ד. האם המחוקק והמבצע רשאים להיוועץ בשופט?
 - ה. מהו הדיאלוג בין הרשויות?
 - ו. הדיאלוג בין הרשויות בפיתוח המשפט המקובל
 - ז. הדיאלוג בין הרשויות בחקיקה
 - ח. הדיאלוג בין הרשויות ובעיית חוקתיות החוק
 - ט. הלגיטימיות של הדיאלוג
 - י. דיאלוג וביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק
 - יא. דיאלוג ושיח ציבורי
 - יב. מגבלות השימוש בדיאלוג
 - יג. "חוק עוקף בג"ץ"
 - יד. מדיאלוג למנוולוג
 - טו. חקיקה בעניין התלוי ועומד בפני בית המשפט

1. השותפות בין הרשויות

א. שותפות בין שופט למחוקק

השופט והמחוקק הם שותפים במפעל החקיקה. "לענין מפעל החקיקה" – ציין

* מבוסס על פרק שמונה-עשר בספר א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית (2004), 375.
** נשיא בית המשפט העליון בישראל.

ש' אגרנט¹ – "מקיימות ביניהן הרשויות המחוקקת והשופטת שיתוף פעולה הנמשך והולך". המחוקק יצר את הטקסט. השופט מפרש אותו. המחוקק הוא השותף הבכיר. רק הוא יצר את הטקסט, ורק הוא יכול לשנותו. השופט הוא שותף זוט, שכן כוחו מוגבל במתן מובן לטקסט או בהשלמת חסר בו. זוהי המטאפורה של השותפות בין השופט למחוקק². המחוקק יצר את החוק. תפקידו של השופט הוא לתת לו מובן. מובן זה צריך להשתלב במבנה הכללי של השיטה, ערכיה ותפיסותיה הבסיסיות. במקום שקיים שיקול דעת פרשני הוא צריך לשאוף לגישור הפער בין משפט למציאות החיים המשתנה ולהגנה על החוקה וערכיה³. המחוקק מניח את המסד. השופט בונה בפרשנותו את הטפחות.

ב. שותפות ולא שליחות

מספר מחברים מתארים את היחס בין המחוקק לשופט באמצעות המטאפורה של שליחות⁴: המחוקק הוא השולח; השופט הוא השלוח. תפקידו של השופט הוא לפעול על פי הוראות המחוקק. השופט פוזר דימה את מעמדו של השופט למעמד של קצין זוט, החייב לבצע את הוראות מפקדו המחוקק⁵. גישה זו אינה תואמת את המציאות הנורמטיבית. השופט אינו שלוח של המחוקק. שניהם אורגנים של המדינה. לכל אחד מהם תפקיד משלו בהפרדת הרשויות. האחד יוצר את החוק. האחר מפרש אותו או משלים חסר בו. זאת ועוד, חקיקה אינה פקודה. חקיקה היא אורגניזם חי. היא "יצור החי בסביבתו"⁶. היא צריכה להשתלב במרקם הכללי של החקיקה והמשפט. היא צריכה להתאים עצמה לתפיסות היסוד של החברה והמשפט. עליה לגשר בין משפט לחיים ולהגן על ערכי הדמוקרטיה.

ג. שותפות בין שופט למבצע

יחסי השותפות הקיימים בין המחוקק לשופט קיימים גם ביחסים בין האורגנים של הרשות המבצעת לשופט. אף אלה אינם יחסי שליחות. מחוקק המשנה אינו שולחו של השופט. שניהם שותפים במפעל חקיקת המשנה. האחד יוצר את התקנות והצווים. האחר נותן להם מובן. בעשותו כן על השופט לשלב את חקיקת המשנה במרקם

1 ראו ש' אגרנט, "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה", עיוני משפט י (תשמ"ד) 233.
 2 ראו R. Dworkin, *Law's Empire* (1986) 313.
 3 ראו Payne, "The Intention of the Legislature in the Interpretation of Statutes", 9 *C.L.P.* (1956) 96, 105.
 4 ראו א' ברק, פרשנות הכליחית במשפט (2003) 303.
 5 ראו R. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (1990) 269.
 6 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג (2) 477, 513 (השופט י' זוסמן).

השיטה כולה. הוא הדין בצווים אינדיווידואליים שרשויות המינהל מוציאות. אין אלה הוראות לשופט. אלה הן נורמות משפטיות, אשר באמצעות הפרשנות של השופט צריכות להשתלב במרקם הכללי של השיטה. כמו בחקיקה, גם בפעולות של ביצוע יצירת הטקסט אינה סוף פסוק. אם מחוקק המשנה אינו מרוצה מהפירוש השיפוטי, בידו ליצור טקסט חדש אשר יביא לתוצאות שונות. אף טקסט זה נתון לפירוש שיפוטי. זהו הדיאלוג בין מחוקק המשנה לשופט.

ד. מעמד השופט במפעל המשפט המקובל

השופט הוא השותף הבכיר במפעל המשפט המקובל. הוא יוצר אותו. הוא מפתח אותו. מעורבותו של המחוקק היא משנית. הוא שותף זוטר. הוא מתערב כאשר הוא מבקש להסדיר בדרך החקיקה תחום שלם שבעבר נשלט על ידי המשפט המקובל, או כאשר הוא מבקש לתקן הסדר פרטני שהמשפט המקובל הגיע אליו.

קיים שוני רב בין היצירה השיפוטית במסגרת פרשנות החקיקה (שותף זוטר) לבין היצירה השיפוטית במסגרת פיתוח המשפט המקובל (שותף בכיר). במפעל החקיקה השופט אינו יוצר את הטקסט החקיקתי. במפעל המשפט המקובל היצירה של הטקסט היא שיפוטית. החופש הניתן לשופט במפעל החקיקה הוא מוגבל במידה רבה יותר מזה הניתן לו במפעל המשפט המקובל. כך למשל השופט אינו רשאי לתת ללשון החוק משמעות שהלשון אינה יכולה לשאת. הגבלה כזו אינה קיימת בפיתוח המשפט המקובל. זאת ועוד, במפעל החקיקה על השופט להגשים את רצונו של המחוקק. דרישה כזו – הגשמת רצון השופטים שיצרו משפט מקובל – אינה קיימת בפיתוח המשפט המקובל.

חרף השוני בין מעמד השופט בשני המפעלים – מפעל החקיקה ומפעל המשפט המקובל – קיים גם דמיון ביניהם. בשני המקרים שיקול הדעת השיפוטי הוא מוגבל; בשני המקרים יש להבטיח כי פסק הדין ישתלב במרקם הכללי של השיטה תוך שאיפה להרמוניה ולאחדות בשיטת המשפט.

2. הדיאלוג בין הרשויות

א. משותפות לדיאלוג

השותפות בין השופט לבין המחוקק או המבצע מתמקדת בפעילות השיפוטית. היא מבקשת להצביע על תפקידו של השופט כשותף זוטר בפרשנותו של טקסט שנוצר על ידי אחר. היא מדגישה את מעמדו של השופט כשותף בכיר במפעל המשפט המקובל. הסתכלות זו על השופט כשותף היא סטטית במהותה. היא מתחילה בשופט ובתפקידו

כשותף (זוטר או בכיר) ומסתיימת בו. היא מהווה מעין מונולוג של הרשות השופטת. גישה זו צרה היא מדי. הפרדת הרשויות אינה מבוססת על מונולוג שיפוטי. היא מבוססת על "גשרים מאזנים ומפקחים"⁷. גשרים אלה מקשרים בין הפעילות השיפוטית לבין פעולתן של רשויות השלטון האחרות. זהו המעבר מהמטאפורה של שותפות בין הרשויות למטאפורה של דיאלוג בין הרשויות.

ב. דיאלוג אינו היוועצות של השופט במחוקק או במבצע

הדיאלוג בין השופט לבין המחוקק והמבצע משמעותו אינה היוועצות של השופט במחוקק או במבצע. שופט אינו רשאי לפנות למחוקק ולשאול לדעתו באשר לכוונתו. פנייה כזו פוגעת בעצמאות השיפוטית ובעקרון הפרדת הרשויות. היא אינה עולה בקנה אחד עם דרישותיה של האובייקטיביות השיפוטית. המטאפורה של "דיאלוג" בין שופט למחוקק אסור לה שתוביל לקשר כלשהו בנוגע לסכסוך קונקרטי. עם חקיקת החוק חל ניתוק בינו לבין יוצרו. "ובצאתו של חוק מביתו של מחוקק, ניתק טבורו מיוצרו. חוק שיולד אין הוא עוד ברשותו של מולידו. השרביט מעתה בידי בית המשפט הוא. לביאורה של היצירה, לפירושו של הטקסט"⁸. בהגשמת תפקידו זה הפרשן אינו פונה ליוצר לשאול לעמדתו באשר למוכנה של היצירה. תפקיד נתינת מובן ליצירה הוא תפקידו של השופט. תפיסה זו מובנת מאליה כיום. היא חלק מתרבותנו המשפטית. עם זאת אין לכחד כי בתקופות היסטוריות שונות היה זה מקובל למדי לפנות ליוצר הטקסט כדי לקבל ממנו פירוש "אותנטי" של הטקסט⁹. הן במשפט הקונטיננטלי והן במשפט האנגלי הייתה מקובלת הדעה כי הפרשן הטוב ביותר של הדין הוא יוצרו. הקיסר יוסטיניאנוס ציווה על השופטים כי במקרה של ספק בדבר מובן הדין יפנו את השאלה אליו. רק לקיסר הסמכות "לעשות ולפרש את החוקים"¹⁰. ברוח דומה ביקש המלך האנגלי לפרש את חוקיו¹¹. מאז המאה החמש-עשרה אין נוהגים על פי גישה זו באנגליה. השינוי באירופה היה איטי יותר. הקיסר האוסטרי יוזף השני ציווה עוד ב-1786 כי ספקות בפירוש החוק יוכרעו על ידי הקיסר. בדרך דומה הלך פרידריך השני, מלך פרוסיה. בעקבות המהפכה הצרפתית ננקטה גישה דומה בצרפת. בצו שניתן על ידי האספה הלאומית ב-1790 נקבע כי האספה הלאומית היא הפרשנית המוסמכת של החוק. נוסד המוסד של ה-*refere*, שלפיו שופטים פונים למחוקק לשם קבלת תשובה לשאלה פרשנית. כל זה השתנה ואיננו עוד. הן במחשבה האנגלו-אמריקנית הן במחשבה הקונטיננטלית הגישה הברורה הנה כי הפרשנות היא תפקיד שיפוטי. המחוקק מחוקק

7 בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141, 158 (השופט א' ברק).

8 ראו בג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ (1) 573, 611 (השופט מ' חשין).

9 לסוגיה זו ראו א' ברק, פרשנות במשפט (1993, כרך שני) 67.

10 ראו 583 (1966) 18 *Stan. L. Rev.* (1966) 583, Merryman, "The Italian Style III: Interpretation",

11 ראו 330 (5th ed., 1956) Plucknett, *A Concise History of the Common Law*

— ואינו מפרש — והשופט אינו רשאי לפנות אליו בשאלות פרשניות. מחוקק המבקש לפרש טקסט שנוצר על ידי צריך לבטא את עמדתו הפרשנית בדבר החקיקה. המחוקק מדבר באמצעות חקיקה, ולא באמצעות פרשנות.

ג. משפט עברי: תנורו של עכנאי

מעניינת היא עמדתו של המשפט העברי בשאלה, מה משקל יש בפירושו של טקסט אלוהי לעמדתו של אלוהים לגבי פירושו¹². עמדת המשפט העברי הנה כי אף ש"תורה מן שמיים" היא, הרי "תורה לא בשמיים" היא, ומשמעותה היא זו הניתנת לה על ידי בני האדם עצמם, ולא על ידי היוצר האלוהי. מכאן שאין ליוצר הטקסט שליטה על פירושו. כאשר קיימים "חילוקי דעות" בין "המחוקק העליון" לבין מפרשיו, יד המפרשים על העליונה.

עיקרון זה בא לידי ביטוי באגדה על "תנורו של עכנאי"¹³. כאן התעוררה מחלוקת בין תנאים. הבעיה מושא המחלוקת הייתה אם התנור של עכנאי מקבל טומאה ועל כן הוא טמא, או שמא אין תנורו מקבל טומאה והוא טהור. דעתו של רבי אליעזר בן הורקנוס הייתה כי התנור טהור. דעתם של רבי יהושע וחרביו הייתה כי התנור טמא. וכך נאמר בבבלי¹⁴:

"תנא: באותו יום השיב ר' אליעזר כל תשובות שבעולם — ולא קיבלו הימנו. אמר להם: אם הלכה כמותי חרוב זה יוכיח; נעקר החרוב ממקומו מאה אמה; ואמרי לה (=ויש אומרים) ארבע מאות אמה. אמרו לו: אין מביאים ראיה מן החרוב. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי — אמת המים יוכיחו; חזרו אמת המים לאחוריהם; אמרו לו: אין מביאין ראיה מאמת המים. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי — כתלי בית המדרש יוכיחו; הטו כתלי בית המדרש ליפול. גער בהם ר' יהושע ואמר להם: אם תלמידי חכמים מנצחים זה את זה בהלכה — אתם מה טיבכם? לא נפלו (=כתלי בית המדרש) מפני כבודו של ר' יהושע, ולא זקפו מפני כבודו של ר' אליעזר, ועדיין מטיין ועומדין. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי — מן השמים יוכיחו. יצאתה בת קול ואמרה: מה לכם אצל ר' אליעזר, שהלכה כמותו בכל מקום. עמד ר' יהושע על רגליו ואמר: 'לא בשמים היא'. מאי 'לא בשמים היא'? אמר רבי ירמיה: שכבר ניתנה תורה מהר סיני, אין אנו משגיחים בבת קול, שכבר כתבת בהר סיני בתורה: 'אחרי רבים להטות'. אשכחיה (=מצאו) רבי נתן לאלהו. אמר ליה: מאי עביד קודשא בריך הוא

12 ראו מ' אלון, המשפט העברי (מהדורה שלישית, תשמ"ח), 214.

13 רבות נכתב על אגדה זו: ראו מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד (תשכ"ב), 68; ר' אנגלרד, "תנורו של עכנאי — פירושה של אגדה", שנתון המשפט העברי א (תשל"ד) 45.

14 בבא מציעא, דף נ"ט, ע"א-ע"ב. התוספות בסוגריים הן משל מ' אלון, לעיל הערה 12, עמ' 231-232.

בההיא שעתא (=מה עשה הקדוש ברוך הוא אותה שעה, בשעת דין ודברים זה שבין ר' אליעזר ור' יהושע וחברו)? אמר ליה, קא חייך ואמר: נצחוני בני, נצחוני בני".

אגדה זו – מופלאה היא. אין מודרנית ממנה. היא מצביעה על הניתוק בין יוצר הטקסט לבין מפרשו ועל סמכותו של המפרש לפרשו אף בניגוד לפרשנות של יוצר הטקסט. בצדק ציין מ' אלון כי "קשה לתאר הדגמה מוחשית יותר לסמכותו הייחודית של חכם ההלכה בפסיקתו ולשלטון החוק המוחלט של החוק, אף על מחוקקו, כביכול"¹⁵. באחת הפרשות שפורש בהן חוק, הוספתי בפסק דיני "לא פעם צריך המחוקק, תוך חיוך על שפתיו, לומר – כפי שהקדוש ברוך הוא אמר שעה שהקשיב לדין ולדברים שבין ר' אליעזר ור' יהושע וחבריו – 'נצחוני בני, נצחוני בני'¹⁶.

ד. האם המחוקק והמבצע רשאים להיוועץ בשופט?

מבנהו של ההליך השיפוטי ומהותו אוסרים על היוועצות עם יוצר הטקסט באשר למובנו. האם איסור זה פועל גם בכיוון ההפוך? האם המחוקק או המבצע רשאים לפנות לבית המשפט ולשאול לחוות דעתו באשר לסוגיה משפטית המטרידה אותם? פנייה כזו מוכרת בחקיקה שלנו רק בעניין אחד. חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 קובע, כי אם הוגשה בקשה למתן חנינה או להפחתת עונש לנשיא המדינה "והתעוררה שאלה אשר לדעת שר המשפטים ראויה לדיון בבית המשפט העליון ואשר אינה יכולה לשמש עילה למשפט חוזר לפי סעיף 31, רשאי שר המשפטים להעמיד את השאלה לבית המשפט העליון"¹⁷. פרט למצב זה אין הוראה בעניין זה בחקיקה ואין לנו בישראל מסורת של פניות מסוג זה. המשפט ההשוואתי בעניין זה מגלה תמונה שאינה אחידה. בארצות הברית, בית המשפט העליון מסרב לתת חוות דעת משפטיות. לעומת זאת בכמה ממדינות ארצות הברית הדבר מקובל. בקנדה מקובל – הן במישור הפדרלי הן במישור של הפרובינציות – המוסד של ה"הפניה" (reference), על פיו הממשלה רשאית לפנות לבית המשפט בבקשת חוות דעת משפטית על שאלה משפטיות¹⁸. השימוש במכשיר זה נעשה לרוב בתחום המשפט החוקתי. המצבים הטיפוסיים הם קבלת חוות דעת בעניין הצעת חוק שהממשלה מבקשת להגיש לפרלמנט, או בקשר להצעה שנדונה בפרלמנט ואף סיימה את הליכי החקיקה. לאחרונה נתבקשה חוות דעתו של בית המשפט העליון באשר לכוחה של

15 אלון, לעיל הערה 12, עמ' 232.

16 בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז (1) 743, 764.

17 סעיף 32 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

18 ראו P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed., 1997) 224.

קוויבק לפרוש מהפדרציה הקנדית¹⁹. מטרת הפנייה בכל המקרים היא למנוע פגיעה בביטחון ובוודאות.

לדעתי, פרקטיקה זו של פנייה לצורכי מתן חוות דעת מוקדמת היא רצויה. היא מאפשרת לרשות המבצעת לתכנן את מהלכיה. עדיפה היוועצות מראש מאשר ביטול החקיקה בשל אי-חוקתיותה לאחר חקיקתה תוך פגיעה בביטחון ובוודאות. למותר לציין כי הפנייה היא לעולם רשות. החלטת בית המשפט הנה בגדר עצה בלבד והיא אינה מחייבת. גם בית המשפט עצמו אינו קשור בחוות דעתו.

ה. מהו הדיאלוג בין הרשויות?

מהו אפוא אותו דיאלוג המתקיים בין הרשות השופטת לרשויות האחרות? כפי שראינו, אין זה שיח בין שופטים למחוקקים ולמבצעים; אין זו עצה שהשופט מבקש לקבל מהמחוקק או מהמבצע באשר לפירושו של טקסט שנוצר על ידיהם. הדיאלוג מתבטא בתגובה האפשרית של כל אחת מהרשויות השלטוניות בעקבות פסק הדין של בית המשפט, בתגובתו של בית המשפט לתגובה זו, בתגובתן של הרשויות השלטוניות לתגובה זו, וחוזר חלילה. הדיאלוג מבוסס על תפקידן השונה של הרשויות השונות במבנה הדמוקרטי. נעמוד על מהותו של דיאלוג זה ועל חשיבותו תוך הבחנה בין הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט המקובל, בפרשנות החקיקה ובפרשנות החוקתית.

ו. הדיאלוג בין הרשויות בפיתוח המשפט המקובל

השותף הבכיר במפעל המשפט המקובל הוא השופט. נפתח אפוא בו. בית המשפט מפתח הלכה שיפוטית חדשה שיש בה כדי לגשר בין המשפט למציאות החיים המשתנה. הוא מכיר בזכויות אדם חדשות שלא היו מוכרות קודם, או קובע היקף חדש לתחולתן.

הדיאלוג מתחיל בכך שהמחוקק רשאי לבחון הלכה חדשה זו. אם היא רצויה לו, הוא בוודאי יימנע מכל מעשה. אם היא אינה רצויה לו, הוא יבחן אם ראוי הוא לשנות את ההלכה השיפוטית. הכוח בידו של המחוקק לעשות כן. חוק של הכנסת יכול לבטל הלכה שהיא חלק מהמשפט המקובל. במסגרת זו המחוקק ישקול אם ההלכה היא בנושא או בתחום המצדיקים התערבות חקיקתית. אם הוחלט בסופו של שיקול על התערבות חקיקתית, יש להבטיח את האפקטיביות שלה. לשם כך יש להתחשב באופן שבו בית המשפט יפרש את דבר החקיקה החדש. כך, למשל, אין ספק כי הכנסת

19 ראו: In the Matter of a Reference by the Governor in Council Concerning Certain Questions Relating to the Secession of Quebec From Canada 2 S.C.R. 217 [1998].

רשאית לפגוע בזכויות אדם המעוגנות במשפט המקובל שלנו. עם זאת כדי שבית המשפט יפרש את החוק כפוגע בזכויות אדם הלכתיות, על החוק לקבוע זאת בלשון מפורשת, ברורה וחד-משמעית²⁰. הוא הדין בחקיקת משנה. אף זו יכולה לפגוע בזכות אדם הלכתית, ובלבד שהמחוקק הראשי מסמיך בלשון מפורשת, ברורה וחד-משמעית את מחוקק המשנה לשנות מזכויות האדם ההלכתיות, ומחוקק המשנה נתן ביטוי לרצונו זה בלשון מפורשת, ברורה וחד-משמעית²¹.

נניח עתה כי הכנסת הגיעה למסקנה שראוי לשנות מההלכה שנפסקה, והיא חוקקה חוק שנועד לבטא את רצונה זה. בכך התקיים "הסיכוב הראשון" בדיאלוג שבין בית המשפט למחוקק. תופעה דומה מתקיימת אם השינוי בהלכה הפסוקה נעשה על ידי חקיקת משנה של הרשות המבצעת.

זמן רב עשוי לחלוף בטרם יימשך הדיאלוג בין הרשויות, ודבר החקיקה (הראשית או המשנית) יבוא בפני בית המשפט. בכך בא לידי ביטוי השוני המוסדי בין המחוקק לשופט. המחוקק מתכנן את צעדיו מראש. אם הוא מבקש לשנות את פסק הדין של בית המשפט, בכוחו ליזום פעולת חקיקה. לא כן בית המשפט. הוא אינו יכול לפעול בלא פנייה אליו, והוא אינו יכול ליזום את הפנייה. עליו להתנין עד שיימצא אדם שיביא את הסכסוך בפניו. שנים רבות עשויות לחלוף עד שדבר זה יתרחש. ומה הדין כאשר הדבר מתרחש? נדון בכך במסגרת בחינתו של הדיאלוג המתחיל עם חקיקתה של חקיקה חדשה.

ז. הדיאלוג בין הרשויות בחקיקה

השותף הבכיר בחקיקה הוא המחוקק הראשי או מחוקק המשנה. נפתח במעשה חקיקה שנחקק על ידיו. זוהי נקודת המוצא לדיאלוג שבין הרשויות²². ייתכן שהחקיקה אינה אלא שלב נוסף בדיאלוג שכבר התקיים בעבר בין הרשויות. יהא עניין זה כאשר יהא, בעת הכנתה של החקיקה מן הראוי להביא בחשבון את האופן שבו היא תתפרש על ידי בית המשפט. בית המשפט פועל בפרשנותו על בסיס כמה חזקות באשר לתכליתה של החקיקה²³. אם החקיקה החדשה סותרת חזקות אלה – ומעצם מהותן, הן ניתנות לסתירה – עליו לנקוט לשון שיש בה, על פי כללי הפרשנות המקובלים, כדי לסתור את החזקה. כך למשל אם החקיקה החדשה פוגעת בזכויות אדם, עליה לנקוט לשון מפורשת, ברורה וחד-משמעית.

20 ראו ברק, לעיל הערה 9, עמ' 558.

21 ראו בג"ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה (4) 581, 595.

22 על הדיאלוג ראו K. Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue* (2001); Mathen, "Constitutional Dialogue in Canada and the United States", 14 *N.J.C.L.* (2003) 403.

23 ראו א' ברק, לעיל הערה 4, עמ' 220.

ימים עוברים. שנים חולפות. דבר החקיקה עשוי להגיע ביום מן הימים לבית המשפט. עליו לפרשו במסגרת הליך המתנהל בפניו. בית המשפט יעשה כן על פי כללי הפרשנות הנוהגים בשיטתו. בישראל הוא ייתן לחקיקה פרשנות תכליתית. זו מתחשבת ברצון המחוקק ובעקרונות השיטה גם יחד. במתן פירוש לחקיקה לא ייתן השופט ביטוי לתפיסותיו הסובייקטיביות. הוא יפרש את החקיקה – גם אם היא אינה נראית לו – באופן אובייקטיבי. בעשותו כן השופט מודע כמוכן לכך שפירושו שלו אינו "המילה האחרונה". הוא מכיר את המבנה החוקתי. הוא יודע שהמחוקק יכול – אם ירצה בכך – לשנות ולתקן את החוק באופן שתושג תוצאה שונה מזו שבית המשפט הגיע אליה על בסיס החוק המקורי. אין בכך כדי להשפיע על האופן שבו תפורש החקיקה. תפקידו של בית המשפט הוא לפרש את החוק באופן המגשים את תכליתו. תפקידו אינו לפזול לעבר צעדיו הבאים של המחוקק תוך ניסיון לנחש מה תהא תגובת המחוקק. תגובה אפשרית זו – שלשופט אין כלים לדעת את תוכנה – אינה צריכה להשפיע על הפירוש. השופט מפרש והמחוקק מחוקק. הפירוש של בית המשפט צריך להיות אחד בכל מקרה, בין שהוא סבור שהמחוקק יקבלו ולא יבקש לשנות מתוצאותיו, ובין שהוא סבור שהמחוקק לא יקבלו ויזום חקיקה לשינוי תוצאותיו. פעולות אפשריות אלה של המחוקק אינן חלק מכללי הפרשנות. אין לשופט "אסטרטגיה" באשר לצעדיו האפשריים של המחוקק, וכיצד למנוע אותם או לזרז אותם. "אסטרטגיה" זו זרה היא לשופט. הוא אינו חושב במונחים אלה.

כמוכן, השופט רשאי, כחלק מפסק דינו, להמליץ בפני המחוקק לזום חקיקה שמשנה מתוצאות פרשנותו של השופט. הוא יעשה כן לא כדי להקל עליו במלאכת הפרשנות או כדי לשנותה. הוא יעשה כן כדי להביא לידי כך שהמחוקק ישנה מתוצאה פרשנית שהשופט הגיע אליה, ושאינה רצויה לשיטת המשפט. בתי המשפט בישראל, על כל ערכאותיהם, עושים שימוש באפשרות זו. הם מפנים את תשומת לבו של המחוקק לתוצאות הבלתי רצויות הצומחות מהפרשנות השיפוטית. הם אינם רשאים להימנע מתוצאות אלה, שכן הם פרשנים נאמנים של החוק. הם מפנים את תשומת לבו של המחוקק על מנת שישנה את החוק, ובכך ישנה את המקור לתוצאה הבלתי רצויה²⁴.

בדומה, לעתים בית המשפט יגיע לידי מסקנה, כחלק מתהליך הפרשנות, כי לשם פתרון הסוגיה בשלמותה נדרשת פעילות נוספת של המחוקק. הוא יפנה את תשומת לבו של המחוקק לכך. כך, למשל, באחת הפרשות התעוררה השאלה, אם לשם תוקפו של גיור רפורמי שנערך בישראל נדרש אישור של הרבנות הראשית. המדינה טענה לקיומה של דרישה זו. לאחר שפירשנו את החקיקה הרלוונטית הגענו למסקנה כי הדרישה לאישור הרבנות הראשית אינה מעוגנת בחוק. בכך לא פתרנו את בעיית התוקף של הגיור הרפורמי הנערך בישראל, שכן כל המחלוקת כולה סבבה סביב

24 ראו י' זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת", משפטים ג (1971) 213, 218.

שאלת הצורך באישור הרבנות הראשית. ציינו בפסק דיננו כי עתה יש לפתור את הבעיה העיקרית – תוקף גיור רפורמי הנערך בישראל – וכי עניין זה הוא נושא הראוי לחקיקה.²⁵

הנה כי כן, פסק הדין של בית המשפט הוא חלק מדיאלוג. תחילתו במעשה החקיקה והמשכו במעשה הפרשנות. כל אחת מהרשויות השלטוניות מילאה את תפקידה בהפרדת הרשויות. בכך לא מסתיים הדיאלוג. פסק דינו של בית המשפט אינו סוף פסוק. סמכות החקיקה היא גם הסמכות לשנות חקיקה שפורשה על ידי בית המשפט והמביאה לתוצאות אשר נראות למחוקק בלתי רצויות. המחוקק רשאי אפוא לבחון את פסק הדין ואת תוצאותיו. הוא רשאי להגיע למסקנה כי חרף חוסר הנחת מהפירוש השיפוטי אין מקום לשנות את החקיקה כדי להגיע לתוצאה הנראית למחוקק רצויה. אך המחוקק רשאי להגיע למסקנה שונה. באיזון בין השיקולים השונים הוא עשוי לסבור כי רצויה חקיקה מתקנת אשר תביא לתוצאה הנראית למחוקק כרצויה ואשר נמנעה בשל הפרשנות השיפוטית. בהגיעו למסקנה זו המחוקק יחוקק דבר חקיקה חדש.

בכך מתפתח הדיאלוג בין הרשות השופטת לרשויות האחרות. דברה של הרשות השופטת אשר פירשה את החוק אינו מונולוג שאין אחריו ולא כלום. זהו חלק מדיאלוג עם המחוקק, אשר רשאי לנקוט צעדים חקיקתיים הנראים לו כדרושים. מעשה החקיקה החדש, המתקן את החקיקה שזכתה לפרשנות שיפוטית, הוא צעד נוסף בדיאלוג זה. אין זה צעד אחרון. החקיקה המתקנת תבוא, ביום מן הימים, לפני בתי המשפט. אלה יפרשו אותה. הם יעשו כן באותה רוח שבה פירשו את החוק קודם לתיקון. הם יפעילו שוב, באופן אובייקטיבי, את כללי הפרשנות המקובלים. הם לא "יתעקשו" לחזור ולתת את הפירוש שהמחוקק ביקש לשנותו. בתי המשפט אינם מנהלים מלחמה עם המחוקק. הם אינם מבקשים להראות כי ידם על העליונה. אין הם חלק ממאבקי כוח. הם ייתנו את הפירוש הטוב ביותר שהם מסוגלים לתת על פי הכללים המקובלים. ואף בכך לא מסתיים הדיאלוג, שכן גם פסק הדין החדש נתון לבחינה חקיקתית ולתגובה חקיקתית. דוגמה יפה לכך ניתן למצוא בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975. עם חקיקתו של החוק ב-1975 הוא פורש על ידי הפסיקה. כאשר הפירוש לא נראה למחוקק הוא תיקן את החוק. מאז חקיקתו הוא תוקן כמה פעמים. בתי המשפט פירשו את התיקונים על פי תכליתם. כאשר הפירוש לא נראה למחוקק הוא תיקן את החוק שוב. אלפי פסקי דין ניתנו בפירושו של חוק מורכב זה. יש בהם ביטוי יפה לדיאלוג מבורך בין מחוקק לשופט. עם זאת, יש להצטער על טיבה של החקיקה שהביאה לצורך בדיאלוג מפרה זה.

זהו הדיאלוג הנמשך בין הרשות השופטת לבין הרשויות השלטוניות בכל הנוגע

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

לפירושו של חוק. בדיאלוג זה חל מפנה כאשר בית המשפט מחליט כי החוק אינו חוקתי. דיאלוג חדש נפתח. למהותו של זה נפנה עתה.

ח. הדיאלוג בין הרשויות ובעיית חוקתיות החוק

גורם חדש נכנס לדיאלוג בין השופט למחוקק כאשר בפני השופט מועלית הטענה כי החוק נוגד את החוקה – אצלנו את חוקי היסוד – ועל כן הוא בטל. כמובן, אפשרות זו צריך שתובא בחשבון כבר בשלב החקיקה. מחוקק בדמוקרטיה חוקתית מעצב את חוקיו באופן שהם יגשימו את החוקה ולא ינגדו לה. המחוקק מתחשב כמובן, בהקשר זה, בכללים המקובלים לפרשנות החוקה. הוא מבקש לדעת אם החוק המוצע יעמוד במבחן החוקתי. הוא מגבש חקיקה התואמת לדעתו את המבחנים החוקתיים. חוק זה בא עתה לבחינה חוקתית בפני בית המשפט. לאחר בחינה – ועל פי הכללים המקובלים – השופט מגיע למסקנה שהחוק הוא לא חוקתי. נניח, לענייננו, כי הוא פוסק שהחוק פוגע בזכות אדם, הקבועה בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, בלא שתקוימנה הדרישות של פסקת ההגבלה. האם בכך הסתיים הדיאלוג? האם הפסק החוקתי הוא ביטוי למנוולוג שיפוטי?

התשובה היא בשלילה. פסק הדין אינו וטו שלאחריו אין ולא כלום.²⁶ הדיאלוג נמשך. במהותו הוא אינו שונה מהדיאלוג המתקיים שעה שהשופט פירש את החוק באופן שאינו לרוחו של המחוקק. מה הן האופציות העומדות בפני המחוקק? הוא עשוי – לאחר שקילת היתרונות והחסרונות – להגיע למסקנה כי לאור אי-חוקתיות החוק הוא מושך ידו מהעניין תוך שתוצאת פסק הדין נשארת על כנה. לעתים תוצאה זו אינה רצויה כלל ועיקר, שכן נוצר חלל שראוי למלא אותו בדבר חקיקה חדש. אכן, המחוקק עשוי להחליט כי מטעמים אלה ואחרים הוא מבקש להגשים את המטרה שהציב לנגד עיניו בחקקו את החוק. מה יעשה המחוקק במצב דברים זה?

התשובה לשאלה זו מצויה במבנה החוקתי של שיטת המשפט. התשובה משתנה אפוא משיטה אחת לרעותה. האופציות העומדות למחוקק הישראלי הן בעיקרן שלוש: ראשית, הוא יכול לחוקק את החוק מחדש תוך הסרת ההסדר שגרם לאי-החוקיות של החוק. כך, למשל, אם בית המשפט קבע, כי אי-החוקתיות נגרמה משום שההסדר אינו מידתי, ניתן לתקן את החקיקה תוך בחירה בהסדר מידתי. כך אמנם היה בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות²⁷. באותה פרשה נפסק, כי הוראות המעבר בחוק פוגעות בחופש העיסוק בלא לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה. השעינו את הצהרת הבטלות לחודשים מספר. במסגרתם הוכנה הצעת חוק. נאמר בה שהיא באה בעקבות פסק הדין. הצעת החוק התקבלה, תוך שנקבעה הוראת מעבר חדשה שביקשה להסיר

26 ראו Roach, לעיל הערה 22, עמ' 105.

27 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא (4) 367.

את חוסר המידתיות שעמדנו עליו. גישה דומה נקט המחוקק לאחר פרשת צמח²⁸. באותה פרשה נפסק, כי ההוראה בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, שלפיה שוטר צבאי רשאי לתת פקודת מעצר לתשעים ושש שעות מעצר בלא מעורבות שיפוטית, אינה חוקתית שכן אינה מידתית. החוק תוקן. תחת תשעים ושש שעות ותחת שבעה ימים נקבעו ארבעים ושמונה שעות. חוסר המידתיות שעליו הצביע בית המשפט הוסר.

שנית, במקום שחוק היסוד קובע "פסקת התגברות" ניתן לחוקק החוק מחדש בלא לשנותו חרף אי-החוקתיות שלו. פסקת התגברות מצויה אצלנו בחוק-יסוד: חופש העיסוק. זה לשונה (סעיף 8(א)):

"הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4 [הקובע את פסקת ההגבלה – ההוספה שלי א.ב.], אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר".

דוגמה לשימוש באפשרות זו היא בפרשת מיטראל²⁹. פסק הדין עסק בחוקיותו של צו מינהלי שאסר על ייבוא בשר קפוא לא כשר. בית המשפט העיר, אגב אורחא, כי גם חוק של הכנסת עשוי להיות לא חוקתי, שכן הוא עשוי לפגוע בחופש העיסוק בלא לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה. כדי להתגבר על קושי זה נקבע בחוק בשר ומוצריו, תשנ"ד-1994 כי "תוקפו של חוק זה הוא על אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק" (סעיף 5).

שלישית, ניתן לשנות את חוק היסוד עצמו. הסמכות לשינוי חוק היסוד נתונה לכנסת עצמה. אותה כנסת אשר (כרשות מחוקקת) חוקקה את החוק הלא חוקתי מוסמכת (כרשות מכוננת) לשנות את חוק היסוד שבשל אי-קיום הוראותיו נקבע כי החוק אינו חוקתי. עליה לעשות כן בחוק יסוד³⁰. לעתים נדרש לכך רוב מיוחס (כגון רוב חברי הכנסת). כך הדבר אם מבקשים לשנות את חוק-יסוד: חופש העיסוק. במרבית המקרים אין נדרש רוב מיוחס, ודי ברוב רגיל של חברי הכנסת. כך הדבר אם מבקשים לשנות את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דוגמה לשימוש באופציה זו היא שוב חוק בשר ומוצריו, תשנ"ד-1994. בשל החשש כי חוק זה אינו חוקתי תוקן חוק-יסוד: חופש העיסוק באופן שהוכנסה בו פסקת ההתגברות. הבחירה בין האופציות השונות היא בידי הכנסת עצמה. עליה לשקול את היתרונות

28 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג (5) 241.

29 ראו בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז (5) 485.

30 בהודו מקובלת הגישה כי שינוי חוקתי – המקיים את הדרישות הפורמליות לשינוי החוקה – אינו חוקתי אם הוא משנה את המבנה הבסיסי (ה-Basic Structure) של החוקה: ראו *Keshavahada Bharati v. State of Kerala* AIR 1973 SC 146.

והחסרונות של כל אחת מהאפשרויות הללו. כמובן, האפשרות הראויה ביותר היא תמיד בשינוי בחוק עצמו כדי להתאימו לדרישת החוקתיות. אין לשנות חוקה בשל צרכים חולפים. עם זאת, גם אפשרות זו קיימת בישראל. כל עוד לא נקבעה נוקשות לחוק היסוד שאינה מאפשרת לרוב רגיל או אף לרוב חברי הכנסת לשנותו, עומדת אפשרות זו לשינוי בפני הכנסת. יש לקוות כי השימוש בה ייעשה רק במקרים חריגים, וכי תוך זמן קצר ייקבע כי רוב רגיל או אף רוב חברי הכנסת אינם יכולים לשנות את חוקי היסוד, וכי נדרש לשם כך רוב מיוחד.

ט. הלגיטימיות של הדיאלוג

הדיאלוג שעמדתי עליו מבטא את עקרון הפרדת הרשויות. המחוקק מחוקק, והשופט שופט. חוק חדש המשנה מתוצאות פסיקתו של בית המשפט, אין לפרשו כהתערבות בהליך השפיטה. הוא אינו מהווה פירוש לחוק הקודם. הוא מעשה חקיקה חדש. הוא יוצר מציאות נורמטיבית חדשה שהמחוקק רוצה בה. זו זכותו. זה כוחו. הוא ביטוי של "פרקטיקה בריאה". עמדתי על כך בפרשת ולנר בציניני³¹:

"שינוי בהלכה הפסוקה הוא ביטוי לשיתוף פעולה פורה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת... הרשות האחת יוצרת את החוק, והרשות השנייה מפרשת אותו. אם הפירוש אינו נראה מטעם זה או אחר למחוקק, הוא משנה את החוק, והשינוי יעמוד לפירוש מחודש, וחוזר חלילה".

אין בחקיקתו של חוק המשנה מתוצאתה של פסיקה משום פגיעה ברשות השופטת. לעתים השופט עצמו ממליץ על שינוי. אך גם בהיעדר המלצה יש בשינוי זה משום ביטוי לתפקידו של המחוקק בהפרדת הרשויות³². עמדתי על כך בפרשת ולנר³³:

"עקרונית, שינוי הלכה פסוקה בדרך החקיקה אינו פוגע כשלעצמו ברשות השופטת, ואין בו ביטוי לחוסר אמון בשפיטה. אין כל פגיעה ברשות השופטת, כשהרשות המחוקקת מתקנת את החוק אחרי שבית המשפט אמר את דברו ופירושו אינו מניח את דעת המחוקק".

היטיב להביע זאת השופט א' גולדברג³⁴:

"אין כל פסול בכך כי הכנסת תחוקק, כל אימת שייראה לה לנכון לעשות כן, חוק שיש בו לשנות מתוצאתו של פסק-דין, ובלבד שיהא חוק חוקי (על-פי

31 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט (1) 758, 784.
 32 אגרנט, לעיל הערה 1, עמ' 254; א' ויתקון, "הפרדת רשויות", משפט ושיפוט קובץ מאמרים ורשימות (א' ברק, מ' לנדוי ו' נאמן עורכים, תשמ"ח-1988) 132, 136.
 33 בג"ץ 5364/94, לעיל הערה 31, עמ' 784. הציטוט בתוך פסק דיני הוא משל א' ויתקון, שם, שם.
 34 שם, עמ' 808.

חוקי היסוד). בכך לא נפגמת ריבונותו ועצמאותו של בית-המשפט, וכבר היו דברים מעולם. פסק-דינו של בית המשפט היה יפה לעת נתינתו, על-פי המערך החוקי ששרר אותה שעה, ואילו החוק המתקן יצר עם חקיקתו מציאות חוקית שונה, שפניה (דרך כלל, וכמתחייב) לעתיד לבוא. בדרך זו אין רשות אחת נוגעת בחברתה, וכל אחת פועלת בתחום סמכותה היא: בית המשפט עומד על משמר קיומו של החוק, ואילו הכנסת יוצרת את החוק".

כמובן, יש למנוע מצב שהחקיקה החדשה תפגע בזכותו של אותו צד שזכה בדינו. חקיקה רטרואקטיבית שכזו אינה מותרת.

י. דיאלוג וביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק

הדיאלוג בין השופט למחוקק – לרבות הדיאלוג בין השופט למכונן – מחזק את הבסיס לביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. אחת הטענות המרכזיות כנגד הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק הוא הטיעון ה"קאונטר-מג'וריטני", שעל פיו השופט מסכל את רצון העם, ודבר זה נוגד את הדמוקרטיה³⁵. כפי שהדיאלוג בין הרשויות מראה, ברוב רובם של המקרים – ובישראל בכולם – השופט אינו יכול לסכל את רצון העם. העם – באמצעות נציגיו – יכול לשנות את חוקי היסוד עצמם. אכן, הדיאלוג הוא ביטוי לתפיסת היסוד כי בדמוקרטיה המחוקק אינו עליון, והשופט אינו עליון, אלא החוקה היא העליונה³⁶. הוא הדין – וביתר תוקף – בישראל. כמובן, אין להצדיק בקיום הדיאלוג את האופן הקל שבו ניתן לשנות את חוקי היסוד בישראל. עניין זה מחייב שינוי תוך הענקת נוקשות מסוימת לחוקי היסוד. אך גם במסגרת נוקשות זו פועל הדיאלוג בין השופט למכונן. לא הרי המצב בארצות הברית, שבה שינוי בחוקה הוא הלכה למעשה בלתי מעשי, כהרי המצב בישראל ובקנדה שבהן השינוי בחוקי היסוד – בין לפי המצב הקיים ובין לפי ההצעות השונות לשינויו – הוא מעשי וריאלי³⁷. אכן, הדיאלוג בין הרשויות מוכיח כי גם במקום שבית המשפט מבטל חוק של הכנסת, אין בכך "וטו" שיפוטי. זהו אך תחילתו של הליך שבמסגרתו הכנסת יכולה, באמצעים שונים העומדים לרשותה – כגון שינוי חוק היסוד או תיקון החקיקה באופן שתתאים לדרישות החוק – להגשים את עיקרי שאיפותיה³⁸.

35 ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית (2004) 321.

36 ראו Roach, לעיל הערה 22, עמ' 6.

37 ראו 493 [1998] 1 S.C.R. (sec. 139) *Vriend v. Alberta*.

38 Hogg and Bushell, "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't a Bad Thing After All)", 35 *Osgoode Hall L.J.* (1997)

75. תגובה לרשימה זו ראו: Manfredi and Kelly, "Six Degrees of Dialogue: A Response

Hogg and Bushell", 37 *Osgoode Hall L.J.* (1999) 513

Thornton, "Reply to 'Six Degrees of Dialogue'", 37 *Osgoode Hall L.J.* (1999) 529

יא. דיאלוג ושיח ציבורי

הדיאלוג בין הרשות השופטת לבין הרשויות השלטוניות האחרות אינו מתקיים בחדרי חדרים. הוא מתרחש על הבמה הציבורית. החקיקה המקורית והפסיקה המפרשת אותה או המבטלת אותה הופכות לחלק מהשיח הציבורי. התגובה החקיקתית היא ביטוי לשיח זה. הציבור כולו נוטל חלק בדיאלוג. הדיון הציבורי מעמיק את הבנת החברה באשר למסגרת המשפטית ובאשר לתפקיד השיפוטי. הוא מגביר את מודעות הציבור לזכויות האדם ולמגבלות המוטלות עליהן. הוא מחדד את תפיסת הציבור בדבר מעמד הרשויות השלטוניות, הפרדת רשויות ושלטון החוק. כל אלה הם חלק בלתי נפרד מהדיאלוג בין הרשויות. לכל אלה יש חשיבות רבה ותועלת רבה בחברה דמוקרטית.

יב. מגבלות השימוש בדיאלוג

הדיאלוג הוא מכשיר להגשמת השותפות שבין השופט למחוקק ולמבצע. הערכתו של הדיאלוג – אם תוצאותיו הן חיוביות או שליליות – תלויה במידה רבה במידת השימוש בו. שימוש רב מדי בדיאלוג – אקטיביות-יתר של החקיקה – יפגע במהותו של הדיאלוג. אם ביטול תוצאות הפסיקה על ידי חקיקה של הכנסת ייחפץ לשגרה, הדבר יביא לפגיעה בביטחון המשפטי, בוודאות המשפטית ובמעמדה של הרשות השופטת. האיפוק הנדרש מהשופטים שעה שהם דנים בביטול חוק נדרש גם מהמחוקקים שעה שהם דנים בביטול תוצאותיו של פסק דין. אכן, הכל הוא עניין של דרגה ומידה. דיאלוג הוא דבר אחד. שיטפון הוא דבר אחר.

במסגרת הדיאלוג המחוקק בוחן את הפסק על כל היבטיו. הוא בוחן את היתרונות והחסרונות שבהשאת הפירוש על כנו לעומת היתרונות והחסרונות שבשינוי התוצאה על ידי מעשה חקיקה. "בחוקקו חוק הבא לשנות מפסיקתו של בית המשפט, המחוקק מגלה הבנה לפעילות השיפוטית הפרשנית, שוקל אותה לגופה ומגיב עליה על בסיס יתרונותיה וחסרונותיה. זהו ה'דו-שיח' הבלתי פוסק בין מחוקק לשופט, בין אורגן אחד של גוף המדינה, לאורגן אחר שלו"³⁹.

על כן תהא זו פגיעה חמורה בדיאלוג אם ביטול תוצאות הפסק לא יבוא לאחר שיקול ענייני, אלא מכוח התחייבות מראש לשנות כל פסק דין הנעשה בתחום מסוים או בעניין מסוים. פגיעה כזו בדיאלוג התרחשה שעה שנעשה הסכם קואליציוני בין "העבודה" לסיעת ש"ס. על פי אחד מסעיפיו (סעיף 3), התחייבו הצדדים כי בכל מקרה שפסק דין של בית המשפט העליון יביא בפרשנותו לשינוי בסטטוס קוו בענייני דת ומדינה, יצביעו שתי המפלגות לשינוי החוק באופן שהסטטוס קוו ישוב לקדמותו. חוקיותו של הסכם זה נדונה בבית המשפט העליון בפרשת ולנר. כל שופטי ההרכב

39 בג"ץ 5364/94, לעיל הערה 31, עמ' 791 (השופט א' ברק).

הביעו עמדה שלילית כלפי ההסכם. בדעת המיעוט שלי סברתי כי ההסכם נוגד את טובת הציבור ועל כן הוא בטל. ציינתי כי הוא פוגע באמון הציבור בשופטים ובהפרדת הרשויות. לעניין זה כתבתי⁴⁰:

"סעיף 3 להסכם הקואליציוני הורס את הגשר אשר הפרדת הרשויות נשענת עליו. הוא מפרק את השותפות בין הרשויות במפעל החקיקה. הוא בונה חומה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. הוא יוצר שבר בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. הרשות המחוקקת נקראת על פיו לשנות את הפרשנות השיפוטית, בלא לשקול אותה לגופה, בלא לבחון את יתרונותיה וחסרונותיה, ובלא לעיין בה כלל. אפילו מתבקשת הפרשנות השיפוטית מתוך מירקם המבנה השיטתי, ואפילו נגזרת היא באופן טבעי וראציונלי מתוך מיגוון העקרונות והערכים, ואפילו משרתת היא את מרב האינטרסים והערכים הראויים להגנה, ואפילו קשורה היא בקשר אמיץ עם מכלול ההסדרים בשיטה – אין בכל אלה כדי להצדיק ולו עיון קל בפסק ובהגיונו, בהלכה ובהנמקתה. העין החקיקתית לא קוראת את הפסק. האוזן החקיקתית לא קולטת אותו. הלב החקיקתי לא חש בו".

הלכה למעשה לא הופעל סעיף זה בהסכם הקואליציוני. סמוך לאחר מתן פסק הדין פורקה הקואליציה, וההסכם כולו שבק חיים לכל חי. יש לקוות כי לא נהיה עדים בעתיד להוראה דומה בהסכם בין-מפלגתי.

יג. "חוק עוקף בג"ץ"

הדיאלוג הוא אמצעי. הוא מכשיר לשיתוף פעולה בין רשויות השלטון. הצלחתו מותנית בתוכנו. אמת, אין בעצם חקיקתו של חוק המבטל – לאחר עיון ושקילה זהירים ולא כמדיניות מכוונת מראש לבטל פסק דין – תוצאותיו של פסק דין כדי לפגוע בבית המשפט. עם זאת תוכנו של אותו חוק, ייתכן שהוא פוגע בערכים שאין זה ראוי לפגוע בהם. ההתנגדות לחוק צריכה לבוא מטעם זה, ולא אך בשל פגיעתו בתוצאות הפסק. בפרשת ולנר, שעסקה באותו הסכם קואליציוני אומלל באשר לביטול פסקי דין המשנים מהסטטוס קוו בענייני דת, ציינתי כי "אין זה הסכם 'עוקף בג"צ'. זהו הסכם 'עוקף דמוקרטיה'⁴¹. אכן, נקודת המבט שלנו צריכה להיות מכוונת לתוכן החקיקה. עצם העובדה שחוק מבטל את תוצאותיו של פסק דין אין לראותה כפגיעה בבית המשפט, אך בתוכנו עשוי אותו חוק לפגוע בערכים חשובים אשר הדמוקרטיה מבוססת עליהם. הבעיה אינה בית המשפט והפגיעה בו. הבעיה היא

40 שם, בעמ' 791–792.

41 שם, עמ' 784.

הדמוקרטיה והפגיעה בה. על כן לאחר שחוק בוטל על ידי בית המשפט משום שהוא נוגד לחוקי היסוד, אל לה לכנסת לחזור ולחוקק את החוק בלא כל שינוי בו. יותר משיש בחקיקה שכזו התרסה כלפי בית המשפט, יש בה פגיעה בחוקי היסוד עצמם. חקיקה שכזו אינה ביטוי לדיאלוג, אלא מונולוג שאין להשמיעו⁴².

מקרה מיוחד הוא זה שבו תגובת המחוקק על פסק דין שאינו לרוחו היא בשינוי סמכותו של בית המשפט אשר נתן את פסק הדין. זהו מעשה חמור. אין פוגעים בסמכות בית המשפט אך משום חוסר הנחת מפסקי הדין הניתנים בו. סמכות יש לשנות מטעמים ענייניים הקשורים לתפקוד בית המשפט. סמכות אין לשנות כסנקציה נגד בית משפט. שינוי כזה בסמכות אינו ביטוי לדיאלוג בין הרשויות. זהו ביטוי לשבירת הדיאלוג, שכן לאחר השינוי שוב אין מקום ל"דו-שיח" עם אותו בית משפט.

יד. מדיאלוג למונולוג

לעתים המתח בין הרשויות מביא להתדרדרות ביחסים שביניהן. הדיאלוג בין הרשויות נפסק. תחתיו בא מונולוג. הכוח מחליף את שיקול הדעת. הכלים נשברים. הטעמים לכך רבים ומגוונים. חלקם אישיים: נושא משרה זה או אחר נפגע אישית מהחלטה זו או אחרת של בתי המשפט. חלקם נקודתיים: פסק דין זה או אחר פוגע בהגשמת סדר היום הפוליטי, והתגובה על כך היא בהתפרצות שוברת כלים. חלקם הם מוסדיים: חוסר הבנה באשר לתפקיד השיפוטי ולדיאלוג הראוי שבין הרשות השופטת לבין הרשויות האחרות. ככל אלה אכן לעתים טועה בית המשפט בפסק דינו, אך התגובה לפסק דין מוטעה אינה בשבירת הכלים, אלא בשימוש בכלים הקיימים ליצירת מצב שבו תוצאות הטעות יתוקנו.

שבירת הכלים עשויה ללבוש צורות שונות: היא באה לידי ביטוי בביקורת שלוחת רסן על פסק הדין; היא תוקפת את עצם הלגיטימיות של ההכרעה השיפוטית; היא מעלה הצעות – שלעתיים גם מתממשות – לצמצום בהיקף הסמכות של בתי המשפט; היא מאיימת להקים בתי משפט חדשים כדי להתגבר על פסקי הדין הבלתי רצויים; היא מבקשת להגדיל את ההשפעה הפוליטית על מינוי השופטים ועל העלאתם בדרגה; היא יוזמת העמדה לדין של שופטים אך בשל תוכן פסקי הדין שפסקו; היא מביאה לדרישה לפטר שופטים בשל השקפות שביטאו בפסקי דין. כל אלה מביאים, בסופו של דבר, לשבירת כלים. זוהי תחילת סופה של הדמוקרטיה.

דוגמה לשבירת כלים היא החלטה של הכנסת (מיום 13.1.2004) שלפיה "הכנסת רואה בדאגה גלישת בית המשפט העליון לנושאים שבמובהק הינם בתחום הסמכות של הרשות המבצעת והמחוקקת". שבירת הכלים במקרה זה אינה מתבטאת בעצם

42 ראו 3 S.C.R. 519 [2002] *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*.

הביקורת. שבירת הכלים מתבטאת בקבלת החלטה שעה שהליך שיפוטי תלוי ועומד ומתוך מטרה להשפיע על תוכנו. זאת אין לעשות. והשופט, מה יעשה הוא כאשר הכלים נשברים? לא הרבה. עליו להישאר נאמן למשטר ולחברה; עליו להמשיך ולכבד את הרשות המחוקקת; עליו להגשים את תפיסתו שלו את התפקיד השיפוטי. עליו לשמור על הכלים הקיימים. עליו להיות מודע למתרחש סביבו. אסור לו להיכנע לרוחות הרעות. השופט יבחן כמובן את עצמו, אולי טעה. ביסוד גישה זו מונחת התפיסה הבסיסית כי בית המשפט לא נלחם על כוחו שלו. בית המשפט מבקש להגן על החוקה ועל ערכיה.

טו. חקיקה בעניין התלוי ועומד בפני בית המשפט

לעתים המחוקק נוקט מהלך שנועד למנוע את פתיחתו של דיאלוג בינו לבין בית המשפט. כך הדבר מקום שמתקבל חוק המשמיט את הקרקע מתחת להליך תלוי ועומד בפני בית המשפט. האם חקיקה כזו ראויה היא? ברור שהכנסת רשאית לעשות כן כל עוד אין צו שימנע זאת ממנה. צו כזה בתי המשפט אינם נותנים, שכן הם אינם מתערבים בהליך החקיקה. בית המשפט הדגיש לא פעם כי "אפילו באה הצעת החוק במגמה להימנע מהתמודדות בבית המשפט על חוקיות הדין המצוי, אין בכך כדי לחסום את הדרך לשינויו של הדין ולהחלתו של הדין החדש מראש, או למפרע"⁴³. אך האם חקיקה כזו ראויה היא? האין זה ראוי להמתין עד שבית המשפט יפסוק את הדין? לדעתי, אין בחקיקה הנעשית תוך כדי הליך שיפוטי תלוי ועומד משום פגיעה בבתי המשפט ובכבוד ההדדי שרשויות השלטון מחויבות בו. אם המחוקק הגיע למסקנה כי חוק אינו חוקתי, אין עליו להמתין עד שבית המשפט יפסוק בדבר. הוא הדין אם המחוקק מגיע למסקנה כי החקיקה הקיימת אינה ראויה ורצוי לשנותה. במצבים אלה ואחרים אין כל פגיעה בבית המשפט אם המחוקק מבקש לומר את דברו ראשון, בלא להמתין להכרעה שיפוטית ובלא לפגוע בצד שעניינו נדון בבית המשפט. לעומת זאת, זו פגיעה קשה ברשות השופטת אם במהלך הדיון בעניין תלוי ועומד, הכנסת מקבלת החלטה אשר נועדה להשפיע על שיקול דעתם של השופטים.

43 ב"ש 166/84 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (2) 273, 277 (השופט א' גולדברג).