

הרצאה

ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק*

אהרן ברק**

א. הצגת הבעיה. ב. ביקורת שיפוטית ושלטון החוק. ג. ביקורת שיפוטית והפרדת רשויות. ד. ביקורת שיפוטית ודמוקרטיה.

א. הצגת הבעיה

ביקורת שיפוטית על חוקיות המינהל היא תופעה ידועה ומקובלת בישראל ומחוצה לה. לעומת זאת, ביקורת שיפוטית על חוקיות החוק היא תופעה חדשה עברנו. התנסינו בה – בגדרי השוויון בבחירות – במספר קטן של מקרים. לעומת זאת, זו תופעה ידועה ומקובלת מחוץ לישראל. ראשיתה במשפט החוקתי האמריקני, בתחילת המאה ה-19. עיקר צמיחתה לאחר מלחמת העולם הראשונה. אחד ממניחי היסוד החשובים שלה היה קלוז, אשר בהשפעתו נקבעה הוראה מפורשת בדבר ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בחוקה האוסטרית מ-1920. לפריחה מיוחדת זכתה הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק לאחר מלחמת העולם השנייה. אמצעי זה נתפס כאחד הלקחים מעליות הנאציזם, וכאחת הדרכים למניעת הישנותו. גם בעשור זה, השינויים החברתיים במזרח אירופה כוללים תמיד, כאחד המרכיבים המרכזיים, הכרה בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. כך במדינות פדרליות וכך במדינות יוניטריות.

* הרצאה ביום הזיכרון למשה בן-זאב ז"ל (29 באוקטובר 1995). ההרצאה נישאה לפני שניתן פסק-דין של בית-המשפט העליון בע"א 6821/93, רע"א 3363/94, 1908 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי (טרם פורסם).

** נשיא בית-המשפט העליון.

השאלה בה אבקש לעסוק כאן אינה האם ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק מוכרת בישראל אם לאו.¹ כמו כן לא אדון בשאלה, מהם האמצעים שיש לנקוט כדי להקים בשיטת משפט פלוגית ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק; האם דרושה, לעניין זה, הוראה מיוחדת בחוקתה של המדינה (כפי המצב בקנדה, בגרמניה ובחוקתה החדשה של דרום אפריקה), או שמא ניתן להכיר בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק גם בהעדר הוראה בחוקה, ועל בסיס פרשנות שיפוטית בלבד (כפי המצב בארצות-הברית ובחלקים רבים של ה-commonwealth הבריטי). כן לא אעסוק בשאלה, האם תיתכן ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בלא קיומה של חוקה כתובה ונוקשה, והאם תיתכן ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוקה עצמה לאור עקרונות יסוד על-חוקתיים.

השאלה בה אתמקד היום היא בעלת אופי עיוני, והיא מבקשת לבחון את הטעמים העיוניים העשויים להצדיק ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. אעמוד על הבעיות העיקריות שביקורת זו מעוררת מבחינת השפיטה, והדרכים השונות לפיתרון של בעיות אלה. השאלה בה אעסוק היא, איפוא, שאלה של משפט רצוי. נקודת המוצא שלי, לצורך דיוננו היום, הינה כי בשיטת משפט פלוגית קיימת חוקה כתובה. אותה חוקה היא בעלת אופי דמוקרטי, והשיטה בה היא פועלת היא משטר דמוקרטי. כן מניח אני, כי באותה שיטת משפט חוק "רגיל" של המחוקק אינו מסוגל לשנות את החוקה. השאלה בה אבקש לדון הינה, מהם הטיעונים העיוניים בעד ונגד הנהגת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק באותה שיטת משפט. הנה כי כן, אני מניח מבנה משפטי שאין בו קושי פורמלי בהענקת לגיטימיות פורמלית לביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. מבקש אני לבחון את מידת הלגיטימיות המהותית של אותה ביקורת שיפוטית, ואת בעיותיה, אם תונהג. נקודת המבט שלי היא שיפוטית. השאלה בה אדון היא הלגיטימיות המהותית של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק מנקודת המבט של תפקיד השופט בחברה דמוקרטית. אניה, איפוא, שמטעמים של מדיניות חברתית מבקשים לקיים חוקה באותה שיטת משפט. עם זאת, מתלבטים בשאלה, אם ראוי הוא שבית-משפט יוכל לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק.

הנושא הוא רחב ומקיף. קיימת עליו ספרות רבת היקף בכל השיטות ובכל הלשונות. ממילא לא אוכל להקיף את מלוא המורכבות של נושא זה. כל שאוכל הוא להעלות מספר קטן של "ראשי פרקים" למחשבה ולהרהור. יותר משאתן פיתרונות לבעיות, אבחן את הבעיות העולות מהפיתרונות.

1. בשאלה זו דן בחוברת זו של משפט וממשל הנשיא לנדוי, ברשימתו "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט". ראו להלן, בעמ' 697. דעתו של הנשיא לנדוי הינה, כי בית-המשפט יצר שלא כדון, יש מאין, ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. לגישה זו אינני מסכים. הנשיא לנדוי אינו מתמודד עם הוראותיהם של חוקי-היסוד החדשים, ובעיקר לא עם פיסקת ההגבלה. לדעתי, אין מנוס מהכרה בביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק בנסיבות אלה. זהו גם הפירוש הסביר ביותר לבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693, שכתב הנשיא לנדוי עצמו. לא אוכל ברשימה זו לעמוד על פרטי הנמקתו של הנשיא לנדוי ועל תשובתי לו. אשאיר זאת להזדמנות אחרת. ברשימתי זו – שאינה עוסקת במצב בישראל, אלא הינה בעלת תחולה עיונית כללית – אני מניח קיומה של סמכות לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק.

ב. ביקורת שיפוטית ושלטון החוק

אפתח בעקרון שלטון החוק. הטענה הינה כי הבסיס העיוני המרכזי של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק הוא עקרון שלטון החוק, ובענייננו שלטון החוקה. כשם שבית המשפט מקיים ביקורת שיפוטית על שלטון החוק בשלטון המבצע, כך ראוי לו לבית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על שלטון החוק במחוקק. על-פי הטענה, בשיטת משפט בה קיימת חוקה, גם המחוקק כפוף לחוקה וצריך לקיימה. אכן, כאשר השופט מכריז על בטלותו של חוק הנוגד את החוקה, הוא מגשים את עקרון שלטון החוקה. עקרון שלטון החוק מחייב שמירה על שלטון החוקה. הלגיטימיות הפורמלית של החוקה מעניקה, כדבר המובן מאליו, לגיטימיות מהותית לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. ביקורת שיפוטית על חוקתיות היא נשמת החוקה. חוקה ללא ביקורת שיפוטית מעמידה את החוקה, הלכה למעשה, במעמד של חוק רגיל. ביקורת שיפוטית מבטיחה, איפוא, עליונות נורמטיבית. נמצא, כי אם אותה שיטת משפט מבקשת "לקחת ברצינות" את החוקה, מן הראוי שתקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק.

כנגד גישה זו ניתן לטעון, כי עליונות החוקה אינה חייבת לגרור ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. האלטרנטיבה שניתן להציג היא ביקורת פוליטית-חברתית על חוקתיות החוק. ביקורת זו מתבטאת בסוף התהליך בהצבעת העם, אשר עשוי שלא לבחור בחבר בגוף מחוקק אשר בעבר הרים ידו בעד חוק הנוגד את החוקה. הנה כי כן, האלטרנטיבה לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא ביקורת פוליטית על חוקתיות החוק. עליונות החוקה אינה חייבת להתבטא בעליונות משפטית. היא עשויה להתבטא בעליונות פוליטית. החוקה מהווה או צו ללא סנקציה משפטית (אך עם סנקציה פוליטית) למחוקק לא לחוקק חוקים הנוגדים את החוקה. מן הבחינה המשפטית, החוקה והחוק הנוגד – ואין גוף מוסמך שיקבע את דבר הניגוד – שניהם תופסים, ואין האחד מבטל את השני.

התשובה לטיעון זה הינה, כי הכל תלוי ברצונה של אותה שיטת משפט. אם השיטה מסתפקת בעליונות הפוליטית של החוקה, היא יכולה לוותר על ביקורת שיפוטית. אך אם אותה שיטה מבקשת להבטיח לא רק עליונות פוליטית אלא גם עליונות משפטית, מן הראוי שתקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. על-פי קו מחשבה זה, העמדת הביקורת רק על היבטה הפוליטי, תוך שלילת היבטה השיפוטי, שוללת מהחוקה למעשה – אם כי לא להלכה – את עליונותה. בשלב זה הופך הוויכוח בין העמדות השונות לוויכוח על מטרות החוקה. אם אמנם מטרת החוקה היא להגביל את כוחו של המחוקק, נדרשת לשם הגשמה יעילה של מטרה זו ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, ואין להסתפק בביקורת פוליטית. ואכן, אם המחוקק הרגיל הוא זה שמחליט על חוקתיות חקיקתו, רוקנה למעשה החוקה כגורם המגביל את הרוב. קו מחשבה זה עמד ב-1803 ביסוד פסק-דינו של השופט מרשל, נשיא בית-המשפט העליון האמריקני, בפרשת *Marbury v. Madison*². כפי שציינתי, החוקה האמריקנית אינה כוללת הוראה מפורשת

² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

בדבר ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, בית-המשפט הסיק ב-1803 את קיומה של ביקורת זו מעצם מהותה של החוקה ושלטונה. ואלה דבריו של השופט מרשל:

The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it: or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.³

והשופט מרשל ממשיך:

If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law?... It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the constitution,

3. שם, 176-177.

and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.⁴

דברים פשוטים ואלמנטריים. דברים פשטניים, במובן מסוים, המניחים את שהם צריכים להוכיח. כטיעון פורמלי, ניתן למתוח ביקורת על דברים אלה. שכן, תיתכן חוקה המסתפקת אך בביקורת פוליטית. על־פיה, חוק נוגד תופס, ובתי־משפט ינהגו על־פיו, אם כי הוא אינו משנה את החוקה. כך המצב בהולנד. כך המצב בצרפת לעניין חוק שפורסם בלא שעבר pre-review. עם זאת, כטיעון מהותי בזכות העליונות המשפטית של החוקה ובזכות הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק, דבריו הם בעלי עוצמה רבה. אכן, מנקודת המבט של שלטון החוק הטיעון הוא לטובת עליונותה המשפטית של החוקה, ממנה נגזרת הביקורת השיפוטית. אין הוא טיעון בזכות הביקורת השיפוטית, אשר ממנה תיגזר העליונות המשפטית.

ג. ביקורת שיפוטית והפרדת רשויות

מה עמדתו של עקרון הפרדת הרשויות בטיעונים בעד ונגד הביקורת השיפוטית? דומה שניתן להעלות טיעונים נוגדים. מחד גיסא, ניתן לומר כי ביקורת שיפוטית תוצאתה בטלות החוק. ביטול החוק הוא חקיקה במובנה הפונקציונלי. בוודאי כך, אם רואים בביטול (כפי שרבים רואים) אקט קונסטיטוטיובי ולא רק דקלרטיבי. חקיקה היא פעילות המוטלת על הרשות המחוקקת ולא על הרשות השופטת. ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק תנגוד, איפוא, את עקרון הפרדת הרשויות. מאידך גיסא, ניתן לומר כי ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא מכשיר עיקרי להגשמת הפרדת הרשויות. על־פי קו טיעון זה, הפרדת רשויות משמעותה קיומן של שלוש רשויות שוות מעמד: הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת. לכל אחת מהרשויות הללו פונקציות שהחוקה הטילה עליה. הפונקציה העיקרית המוטלת על הרשות המחוקקת היא חקיקתם של חוקים. הפונקציה העיקרית המוטלת על הרשות השופטת היא הכרעה בסכסוכים על בסיס החוקה והחוקים. לשם הגשמת תפקידה החוקתי חייבת הרשות השופטת לפרש את החוקה והחוקים. עליה לקבוע, כחלק מהתהליך של הכרעה בסכסוך, מהי הנורמה המשפטית על־פיה יוכרע הסכסוך: האם זו החוקה או החוק הנוגד לה. נמצא, כי לשם הגשמת תפקידה החוקתי בשילוש הרשויות צריכה הרשות השופטת לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, שאם לא כן לא תוכל להכריע בסכסוך שבפניה, ולא תוכל למלא את תפקידה החוקתי.

אכן, קיומה של הפרדת רשויות מחייב מנגנון הכרעה בשאלה, אם אומנם אחת הרשויות חרגה מסמכותה. מנגנון הכרעה זה צריך להימצא – כך ממשיך הטיעון – מחוץ לרשות שלפי הטענה חרגה מסמכותה. הטענה הינה, כי על־פי עקרון הפרדת הרשויות עצמו, אותו מנגנון חייב להיות בית־המשפט, שכן אותה הפרדת רשויות הטילה על בית־המשפט את

4. שם, 177-178.

החובה להכריע בסכסוכים, וממילא גם את החובה - כתוצר לוואי להכרעה בסכסוך - לנקוט עמדה באשר לחוקתיות החוק. כמוכן, אין מניעה לכך כי בצד הביקורת השיפוטית תקיים גם ביקורת פוליטית. אך כל עוד דבקים בעקרון הפרדת הרשויות ובתפקידה של השפיטה להכריע בסכסוך, חייבים להכיר בכוחה לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. שאם לא כן יעמוד בית המשפט בפני שתי נורמות נוגדות בלא שיוכל להכריע ביניהן. עמד על כך השופט ברגר, נשיא בית המשפט העליון האמריקני, בפרשה ידועה מ-1974:

In the performance of assigned constitutional duties each branch of the Government must initially interpret the Constitution... Many decisions of this Court, however, have unequivocally reaffirmed the holding of **Marbury v. Madison**... that [i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is... Any other conclusion would be contrary to the basic concept of separation of powers and the checks and balances that flow from the scheme of a tripartite government.⁵

על-פי גישה זו, אין משמעותו של עקרון הפרדת הרשויות, שכל רשות רשאית להרוג מסמכותה בלא שהרשויות האחרות יתערבו בכך. הפרדת הרשויות אינה דיקטטורה של הרשויות. הפרדת רשויות משמעותה, שכל רשות עצמאית בתחומה היא, כל עוד היא פועלת בגדרי סמכותה. כאשר בית המשפט קובע - בגדר הסכסוך המובא בפניו - כי חוק הוא לא חוקתי ועל כן בטל, אין בית המשפט פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. נהפוך הוא: בית המשפט מגשים את התפקיד הקלאסי של הכרעה בסכסוך: הוא נותן ביטוי לתפקידו המרכזי לפרש את החוקה. בפעולתו מחזיר בית המשפט למקומו את האיזון החוקתי המונח ביסוד עקרון הפרדת הרשויות, איזון שהופר שעה שהחוק חוק לא חוקתי. עקרון הפרדת הרשויות מבוסס על ייחוד פונקציונלי לכל אחת מהרשויות. עם זאת, כדי לקיים ייחוד זה, יש למנוע את שיבושו. אמת, ייחודו של המחוקק שהוא קובע את החוקים. עליו לעשות כן בגדרי החוקה. כאשר המחוקק מחוקק חוק הנוגד את החוקה, הוא משבש את הפרדת הרשויות. ההכרעה הסופית בשאלה אם חוק נוגד את החוקה אם לאו אינה חלק מהתפקיד החוקתי. ההכרעה הסופית בשאלה זו - בגדרי סכסוך המובא להכרעה שיפוטית - היא תפקיד שיפוטי. אכן, בשלוש הרשויות - ולאור אופי תפקידו של בית המשפט - הפרשנות המתייבת והסופית של החוקה היא זו של בית המשפט. כך ניצב לפנינו העיקרון המודרני של הפרדת הרשויות, שעניינו איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות השלטוניות. הרשות המחוקקת מחוקקת את החוק, אך אין היא מכריעה בדבר חוקתיותו. הרשות השופטת אינה מחוקקת את החוק, אך היא מפרשת אותו ומכריעה בדבר חוקתיותו. אכן, שלוש הרשויות שוות הן. לכל אחת מהן ייחוד משלה, ואף בכך שוות הן.

⁵ .United States v. Nixon, 413 U.S. 683, 703-704 (1974).

ייחודה של האחת מתאון בייחודה של השנייה. בכך מובטחת ההרמוניה הפנימית בשיטה. לאף רשות אין סמכות מוחלטת. הרשויות שזורות וקשורות זו בזו. מתקיימים ביניהן איזון ובקרה. נמצא, כי ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא תוצר לוואי היוני לעקרון הפרדת הרשויות עצמו.

דומה כי מערכת טיעונים זו, המבקשת לישב ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק עם עקרון הפרדת הרשויות, היא בעלת עוצמה רבה, אם מניחים עליונות נורמטיבית לחוקה. מערכת טיעונים זו נחלשת, אם ביסוד המחלוקת עומדת שאלת עליונות המשפטית של החוקה עצמה. על כל פנים, נדמה לי כי היא זה נכון לומר, כי אם תפיסת היסוד הינה עליונות נורמטיבית של החוקה, כי אז בצד עקרון שלטון החוק עומד גם עקרון הפרדת הרשויות, כעיקרון התומך בביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק.

ד. ביקורת שיפוטית ודמוקרטיה

אעבור עתה לטיעון שלישי, שעניינו דמוקרטיה. הטיעון השלישי בוחן את השאלה, האם ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק מתיישבת עם הדמוקרטיה עצמה. האם זה דמוקרטי ששופט - אשר לא עמד לבחירת העם, ואשר אינו מציג בפניו מצע חברתי ופוליטי, ואשר אינו accountable - יבטל חוק שהעם, באמצעות נציגיו, חוקק? כאשר שופט - שאינו accountable לעם - מבטל חוק שהעם חוקק באמצעות נציגיו, הוא מבצע פעולה הנוגדת את הדמוקרטיה. זהו הטיעון המגזריטני, או נכון יותר טיעון אנטי-או קונטר-המגזריטני. סביב טיעון זה סובב העיון המודרני בשאלת הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. רוב הספרות בוחנת שאלה זו. על-פי הטיעון המגזריטני, שופט המבטל חוק פועל בניגוד לרצון העם, כפי שמצא ביטוי בחוק. זוהי, על כן, פעילות אנטי-דמוקרטית. התשובה הפורמלית לטיעון זה היא פשוטה. בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק מגשים בית המשפט את החוקה. החוקה מבטאת את רצון העם. אם החוקה היא דמוקרטית, גם הגשמתה באמצעות בית המשפט היא דמוקרטית. עמד על כך המילטון לפני למעלה ממאתיים שנה, בציינו לגבי המסקנה, לפיה מוכרת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בהשוואה לחוקה:

Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both, and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws rather than by those which are not fundamental.⁶

⁶. Hamilton and Madison et al., *The Federalist Papers* (Montor ed. 1961, 1788) 467-468.

וברוח דומה ציין פרופ' רולס:

A supreme court fits into this idea of dualist constitutional democracy as one of the institutional devices to protect the higher law. By applying public reason the court is to present that law from being eroded by the legislation of transient majorities, or more likely, by organized and well-situated narrow interests skilled at getting their way. If the court assumes this role and effectively carries it out, it is incorrect to say that it is straight-forwardly antidemocratic. It is indeed antimajoritarian with respect to ordinary law, for a court with judicial review can hold such law unconstitutional. Nevertheless, the higher authority of the people supports that. The court is not antimajoritarian with respect to higher law when its decisions reasonably accord with the constitution itself and with its amendments and politically mandated interpretations.⁷

הנה כי כן, ביקורת שיפוטית נותנת ביטוי לדמוקרטיה שעמדה ביסוד החוקה. היא נותנת ביטוי לרצון העם שיצר חוקה כנורמה משפטית על-חוקית ועליונה. אמת, רצון זה מתנגש ברצון של הרוב בהווה. הביקורת השיפוטית אינה עומדת בניגוד לרצון זה. כל שהיא עושה הוא לתת ביטוי לרצון אחר, "עמיק יותר", "חשוב יותר". הנה כי כן, הקונפליקט בו מכריע השופט אינו קונפליקט בין רצון השיפוט לבין רצון העם המבוטא בחוק. הקונפליקט בו מכריע השופט הוא קונפליקט בין רצון העם – רצון על-זמני המתמשך בטווחים ארוכים – המתבטא בחוקה, לבין רצון זמני של העם המתבטא בחוק. כמוכן, ניתן לומר כי ראוי לו לרצון שבהווה שיהא המכריע. הגורס כך מתנגד לעצם קיומה של חוקה. אך אם מקבלים את קיומה של החוקה כנתון קונסטיטוציוני, ואם מבקשים לתת לה עליונות, כי אז הביקורת השיפוטית לא רק שאינה אנטי-מג'וריסטית, אלא היא ביטוי לרצון העם המתבטא בחוקה.

דומה כי טיעון זה הוא פשוט ומשכנע במקום בו הסתירה בין החוקה לחוק היא ברורה ובולטת. החוקה אומרת "שחור" והחוק אומר "לבן". במצבים אלה ניתן לומר – בעקבות מונטסקיה – כי השופט הוא הפה של החוקה, ובטלות החוק נתפסת כפעולת החוקה באמצעות השופט, ולא כפעולת השופט באמצעות החוקה. השופט כמלא, במצב דברים זה, תפקיד מעין מיניסטר־יאלי. אין לו שיקול דעת. אך ברבות מההכרעות השיפוטיות אנו מצויים בתחום "האפור", הן לעניין מובנה של החוקה והן לעניין מובנו של החוק. השופט צריך לאזן בין ערכים מתנגשים, מבלי שהחוקה קובעת ברורות את משקלם. בית-המשפט

7. J. Rawls, *Political Liberalism* (Columbia Univ. Press, 1993) 233.

הוא המעניק את המשקל הפנימי היחסי לערכים החוקתיים, כאשר ההנחה המצויה בחוקה עצמה היא מעטה. במצבים אלה ואחרים קיימת יצירתיות שיפוטית בפרשנות החוקתית. זהו שיקול הדעת השיפוטי-חוקתי. יותר משהשופט מוציא מובן מלשון החוקה הוא מכניס אליה מובן שהוא תיצוני לה.

מהו הטיעון המצדיק ביקורת שיפוטית בתחום "האפור"? מהו הבסיס לביקורת שיפוטית, מקום שהטקסט החוקתי הוא "עמום", ומבוסס על "הכללות מלכותיות", כמו "שוויון", "פרטיות", "חירות"? מדוע לא לשלול ביקורת שיפוטית במצבים אלה? מדוע לא לקבוע כי במצבים של עמימות לשונית, הפרשנות של המחוקק, בחוקקו חוק שלפי הטענה פוגע בחוקה, היא הקובעת?

על שאלות אלה אין תשובה פשוטה. התמודדות עמן מחייבת בחינה מקרוב של מושג הדמוקרטיה עצמו. קו המחשבה עליו מבוססת תשובה אפשרית הוא זה: דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם שלטונם של ערכי יסוד בכלל וזכויות האדם בפרט. דמוקרטיה היא איוון עדין בין שלטון הרוב לבין ערכי היסוד של החברה. דמוקרטיה אינה רק דמוקרטיה "פורמלית" (שעניינה תהליך הבחירה בו שולט הרוב). דמוקרטיה היא גם דמוקרטיה "מהותית" (שעניינה ערכי יסוד וזכויות האדם). עמד על כך פרופ' דבורקין, בציינו:

True democracy is not just statistical democracy, in which anything a majority or plurality wants is legitimate for that reason, but communal democracy, in which majority decision is legitimate only if it is a majority within a community of equals. That means not only that everyone must be allowed to participate in politics as an equal, through the vote and through freedom of speech and protest, but that political decisions must treat everyone with equal concern and respect, that each individual person must be guaranteed fundamental civil and political rights no combination of other citizens can take away, no matter how numerous they are or how much they despise his or her race or morals or way of life.⁸

על-פי גישה זו, כאשר הרוב שולל זכויות אדם מהמיעוט, הוא פוגע בדמוקרטיה. כאשר שופט קובע בתחום "האפור", כי חוק נוגד ערכי יסוד וזכויות אדם, ולאור קביעתו זו הוא מבטל את החוק, הוא נותן בכך ביטוי לאופי הדמוקרטי של המשטר. בכך שומר בית-המשפט על הדמוקרטיה. בכך הוא נותן ביטוי ללגיטימיות של החוקה עצמה. אנו כפופים לחוקה שנעשתה בעבר, משום שהיא משקפת תפיסות עומק של החברה המודרנית. אכן, כל דור ודור מכונן מחדש את החוקה. באמצעות הביקורת השיפוטית אנו נאמנים לערכי

⁸ R. Dworkin, A Bill of Rights for Britain (London, 1990) 35.

היסוד שהטלנו על עצמנו בעבר, המשקפים את מהותנו בהווה, ואשר ידריכו אותנו בעתיד.

טיעון זה אינו פשוט כלל ועיקר. אפילו נסכים כי ביטול חוק בשל ניגוד לערכים החוקתיים ולזכויות האדם החוקתיות הוא דמוקרטי ולא אנטי־מג'וריאני, הרי הסכמתנו זו תהא מותנית בכך, שקיים קונסנזוס באותה חברה באשר לתוכנם של הערכים החוקתיים ובאשר להיקף הפריסה של זכויות האדם, וכי השופט מבטא קונסנזוס זה. אך קונסנזוס כזה – כך ממשיך הטיעון הנגדי – אינו קיים. ממילא השופט מעניק לערכים החוקתיים ולזכויות האדם את התוכן שתחושתו הסובייקטיבית מכתובה לו, ועל כן מתעורר הטיעון האנטי־מג'וריאני בכל עוצמתו. כיצד ניתן להתמודד עם טיעונים אלה?

ניתן לומר, כי אם יש להכריע בין התפיסות של הרוב באשר לזכויות האדם וערכי היסוד לבין תפיסתו הסובייקטיבית של השופט, רצוי להעדיף את זו האחרונה. הרי מטרת ערכי היסוד וזכויות האדם להגן על המיעוט מפני הרוב, להגן על הפרט מפני הכלל. לשם יעילותה של הגנה זו, אין להפקיד בידי הרוב את הכוח לתת תוכן לאותם ערכים אשר בגינם מבקשים להתגונן בפני הרוב. על־פי קו מחשבה זה, דוקא השופט – שאינו חייב לעמוד בבחירה חדשות לבקרים – ונהנה מעצמאות שיפוטית, ראוי לו שיקבע את תוכנם של הערכים החוקתיים וזכויות האדם.

טיעון זה מבוסס הוא, עד כמה שיש בו כדי להצדיק את המסקנה, כי הפרשן המוסמך והסופי של עקרונות היסוד וזכויות האדם החוקתיות לא יהיה המחוקק עצמו, המשקף את הרוב, אותו באו הערכים והעקרונות להגביל. טיעון זה אינו מבוסס עד כמה שהוא בא להצדיק את הלגיטימיות של הסובייקטיביות השיפוטית.

וכאן אנו מתקרבים, לדעתי, ללב לבה של הבעיה העיונית בדבר הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק בכלל, ולטיעון האנטי־מג'וריאני בפרט. השאלה הינה, האם ניתן לבסס מודל חוקתי המכיר בביקורת שיפוטית בתחום "האפור", שבו שולטים ערכים עמומים וזכויות אדם "מלכותיות" עם שוליים של חוסר ודאות, ושאינו מבוסס על העדפתה של הסובייקטיביות השיפוטית?

תשובה אפשרית היא זו המבוססת על הבנת התפקיד השיפוטי, בתחום ערכי היסוד בכלל ובתחום החוקתי בפרט. על־פי תשובה זו, תפקידו של השופט הוא לתת ביטוי לתפיסות העומק של החברה, ולא לדעותיו האישיות. מושג המפתח הוא האובייקטיביות השיפוטית. על השופט לשקף את השקפותיה של החברה, גם אם אינן השקפותיו שלו. הרשו לי לצטט את עצמי באחת הפרשות בהן אמרתי:

על השופט לשקף את האמונות ארוכות הטווח של החברה. עליו להמנע מלהטיל על החברה את אמונותיו הפרטיות... דרישה זו לאובייקטיביות מטילה נטל כבד על השופט. עליו להיות מסוגל להבחין בין הרצוי האישי, לבין המצוי החברתי. עליו ליצור מחיצה ברורה בין השקפותיו כפרט לבין תפיסותיו כשופט. עליו להיות מסוגל להכיר בכך שיתכן ודעותיו האישיות אינן נחלתו של הציבור הרחב. עליו להבדיל הבדל היטב בין ה"אני מאמין" האישי

שלו לבין ה"אני מאמין" של האומה. עליו להיות ביקורתי כלפי עצמו, ומרוסן כלפי עמדותיו. עליו לכבד את הכבלים הקושרים אותו כשופט.⁹

הנה כי כן, השופט נותן ביטוי לערכי החוקה כפי שהם מובנים עליידי התרבות והמסורת של העם בתנועתו על פני ההיסטוריה. השופט משקף את תפיסות היסוד של העם, ואת ה"אני מאמין" הלאומי, ולא את תפיסותיו האישיות. בכך הוא מגשים את הדמוקרטיה ואת החוקה, ונותן תשובה מניחה את הדעת לטיעון האנטי-מג'ורטני. אכן, הבחירה השיפוטית, במסגרת הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק בתחום "העמום" של ערכים וזכויות, אינה בין רצון העם לבין רצון השופט. הבחירה היא – כפי שאמרו המילטון ורולס – בין שתי שכבות של רצון העם: השכבה העקרונית והבסיסית, המשפת את הקונסנזוס העמוק של החברה בתנועתה על פני ההיסטוריה, והשכבה האד-הוקית (העכשווית) המשקפת רוחות שעה חולפות. אם אמנם השופט משקף את הרצון הבסיסי והיסודי של תפיסות היסוד של החברה, ולא את השקפותיו הסובייקטיביות, כי אז ניתן לכאורה להתמודד בהצלחה עם הטיעון האנטי-מג'ורטני, ולבסס לכאורה טיעון דמוקרטי התומך בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. על-פי קו מחשבה זה, אין כמו השופט – הנהנה מאי תלות ועצמאות, ואינו עומד לבחירה כל מספר שנים – כדי לבצע בהצלחה תפקיד קשה זה של בחירה בין שתי השכבות הללו. לעומת זאת, דווקא המחוקק – העומד לבחירה מחודשת, חוקק לאמון העם והנתון לרוחות השעה החולפות – אינו מתאים לבצע בחירה זו. עמד על כך פרופ' ביקל, מראשי המפתחים של הטיעון האנטי-מג'ורטני, באומרו:

When the pressure for immediate results is strong enough and emotions ride high enough [legislators] will ordinarily prefer to act on expediency rather than take the long view... Not merely respect for the rule of established principles but the creative establishment and renewal of a coherent body of principled rules – that is what our legislators have proven themselves ill equipped to give us... Judges have, or should have, the leisure, the training and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government. This is crucial in sorting out the enduring values of a society... [The court can] appeal to men's better natures, to call forth their aspirations, which may have been forgotten in the moment's hue and cry.¹⁰

9. בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז (1) 749, 781, 782.

10. A. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Indianapolis, 1962) 25-26.

אכן על-פי קו מחשבה זה דווקא השופט, שאין לו חרב ואין לו ארנק, וכל שיש לו זו עצמאותו ואי תלותו, מסוגל וראוי לשקף את תפיסות היסוד של העם. רק הוא יכול לאזן בין ערכים מתנגשים באופן אובייקטיבי. דווקא שופט, שאינו מחפש כוח ואינו תאב שלטון, מסוגל לתת ביטוי לערכים שהם חיצוניים לו, המשקפים את תפיסות היסוד של החברה. בכך הוא מבסס לא רק את האמון בשפיטה, אלא את הלגיטימיות המהותית של הביקורת השיפוטית.

תשובות אלה היו עשויות להניח את הדעת, לו ניתן היה להניח את הדעת, כי ההכרעה השיפוטית היא תמיד "אובייקטיבית" ואין כלל מקום לשיקול דעת שיפוטי סובייקטיבי. אילו כך היה בכל המקרים, ניתן היה לומר – כפי שאמר פרופ' עטייה (Atiyah) – כי הנכס החשוב ביותר להבטחת האופי הדמוקרטי של החוקה הוא ה- non-accountability של השופטים. אך, כידוע, לא הכל טובים כך. אני עצמי סבור, כי קיים שיקול דעת שיפוטי, אשר בשלביו האחרונים, במקרים הקשים במיוחד, הוא עשוי לעתים להיות בעל אופי סובייקטיבי. כיצד מתיישבת מציאות נורמטיבית זו עם ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק? לרעתי, הפיתרון האפשרי של קושי זה אינו נעוץ בעצימת עיניים, ובטיעון כי שיקול דעת שיפוטי סובייקטיבי אינו קיים. אך הפיתרון האפשרי גם אינו בשלילת הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק בשל קיומו של שיקול הדעת הסובייקטיבי. הלא אין לשכות, כי בסופו של דבר, אפילו קיים שיקול דעת שיפוטי סובייקטיבי, הוא קיים במיעוט שבמיעוט של המקרים. זאת ועוד: שיקול דעת שיפוטי סובייקטיבי במיעוט המקרים קיים גם מחוץ לחוקה. הוא פועל גם בפרשנות החוק וביצירת משפט מקובל באותה מידה כמו בפרשנות החוקתית. הנרצה לשלול את הביקורת השיפוטית גם במצבים אלה? התשובה לטיעון אחרון זה הינה, כי באותם מקרים בהם הפרשנות הסובייקטיבית של השופט אינה משקפת את רצון העם בהווה, ניתן לשנות את החוק, ואילו בחוקה השינוי אינו אפשרי, ועל כל פנים אינו פשוט.

על רקע תשובה זו נפתח, לכאורה, פתח ליישוב אפשרי בין הטיעונים הנוגדים. הפיתרון האפשרי לקושי עשוי להימצא, מהר גיסא, בהכרה בביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק גם באותם מקרים מעטים בהם היא עשויה להתבסס על סובייקטיביות שיפוטית, כשם שכל הפעילות השיפוטית בכל הענפים של המשפט מבוססת על כך. מאידך גיסא, ידרוש הפיתרון הראוי פתיחתם של שסתומים חוקתיים אשר יאפשרו לרוב של היום להביא לשינוי בחוקה על-פי האופן שבו היא התפרשה על-ידי בית-המשפט (בין בפרשנות אובייקטיבית ובין בפרשנות סובייקטיבית). על-פי גישה זו יש מקום לשיקול מבנה חוקתי שאינו עושה את שינוי החוקה לבלתי אפשרי, הלכה למעשה, ומאפשר לרוב מיוחד של היום להביא לשינוי בחוקה, אם פרשנותה על-ידי בית-המשפט אינה לרוחו. גם "פיסקת ההתגברות" – לפיה רוב של חברי הכנסת, בלשון מפורשת, יכולים לפגוע בזכות חוקתית לתקופת זמן מוגבלת – היא אפשרות הפועלת באותו כיוון.

הנה כי כן, התשובה האפשרית לטיעון הדמוקרטי הינה, כי הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק היא דמוקרטית, משום שהחוקה עצמה היא דמוקרטית. החוקה היא דמוקרטית, לא רק משום שנוצרה על-ידי העם, אלא גם משום שהיא משקפת לא רק את שלטון הרוב אלא גם הכרה בשלטונם של ערכי יסוד וזכויות אדם. בית-המשפט – דווקא

בשל ה- non-accountability הפוליטית שלו – ראוי ביותר לתת ביטוי לערכים אלה. לשם כך עליו להפעיל את שיקול דעתו, במקרים הקשים, באופן אובייקטיבי. לא את ערכיו שלו ישקף השופט, אלא את ערכי היסוד של השיטה בה הוא פועל. יחד עם זאת – וכדי לפתור מקרים מיוחדים בהם הכרעה שיפוטית אובייקטיבית היא קשה או בלתי אפשרית, או כאשר חל שינוי בתפיסות היסוד של החברה – יש לאפשר שסתומים חוקתיים המאפשרים לרוב של היום לשנות את החוקה או לפגוע בה בלא לשנותה – ולשם כך נדרש כמובן רוב מיוחס. שלילת נוקשות יתר מהחוקה היא המאפשרת, איפוא, איזון ראוי בין העבר להווה.

כמובן, קיום של שסתומים חוקתיים אלו אינו תחליף לאובייקטיביות שיפוטית. זו מהווה את הבסיס לפעילות השיפוטית החוקתית. היא גם הבסיס לפעילות השיפוטית בתחומים אחרים. נוסף לכך יש מקום לגיבושן של דוקטרינות חוקתיות שיפוטיות, אשר יחזקו את היסודות האובייקטיביים והמג'ורטנייים בפסיקתו, וירחיקו את בית המשפט עד כמה שאפשר מהכרעות סובייקטיביות. ריסון עצמי חוקתי הוא אחת הדוקטרינות הללו; חוקת חוקתיות היא אחרת, וקיימות דוקטרינות נוספות. כל אלה – יחד עם הנחת היסוד בדבר אובייקטיביות שיפוטית המבטאת את ה"אני מאמין" הלאומי ולא האישי – עשויים לשמש צידוק עיוני לקיומה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק במשטר חוקתי ודמוקרטי.

הנה כי כן, מקווה אני כי הצלחתי לא רק לטשטש תמונה שנראית במבט ראשון ברורה, אלא גם להבהיר תמונה שנראית במבט ראשון סבוכה. לבעיית הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק אין פיתרון הגיוני. פיתרון הוא חברתי. כמו בכל בעיה חברתית קשה, הפיתרון מבוסס על איזונים פנימיים בין ערכים נוגדים. גם הביקורת השיפוטית היא תוצאה של איזונים פנימיים אלה בין עליונות פוליטית לעליונות משפטית; בין דמוקרטיה פורמלית לדמוקרטיה מהותית; בין השופט כפה של החוקה לבין החוקה כפה של המחוקק.
