

הפרלמנט ובית-המשפט העליון – מבט לעתיד*

מאת: אהרן ברק

הקדמה

בין הפרלמנט (הכנסת) לבין מערכת בתי-המשפט (וכראשה בית-המשפט העליון) קיימת מערכת יחסים מורכבת. היא נשלטת על-ידי מספר עקרונות יסוד, ובהם עקרון הדמוקרטיה, העיקרון של הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק. עקרונות אלה הם רב-משמעיים ועמומים. הרבה תלוי במסורת הפוליטית, בתרבות השלטון ובמסגרת הנורמטיבית. אכן, לעקרונות אלה נותנות שיטות פוליטיות שונות פתרונות שונים, ולעיתים מנוגדים. בגדריה של אותה שיטה עצמה, חל לא פעם שינוי, עם התפתחות החיים הפוליטיים, החברתיים והמשפטיים. ענין לנו, איפוא, במערכת יחסים דינמית, המשקפת תרבות פוליטית, חברתית ומשפטית. אעמוד תחילה על הבנתי שלי לעקרונות אלה, לאחר מכן אבחן את המתבקש מכך לענין מערכת היחסים בין הפרלמנט לבין בית-המשפט העליון. למותר לומר, כי הדעות שאביע הן דעותיי שלי, ולא דעתו של בית-המשפט העליון.

עקרון הדמוקרטיה

אנחנו דמוקרטיה. מהו המסר העולה מקביעה זו שהוא רלבנטי לענינו? אכן, הדיבור "דמוקרטיה" אינו חד-משמעי. אנשים שונים נותנים לו מובן שונה. עמדתי שלי היא זו: דמוקרטיה היא שיטת משטר המבוססת על שני ראשים: האחד, שלטון המבוסס על הכרעת העם הנעשית בבחירות חופשיות, והפועל באמצעות נציגיו הנבחרים; השני, שלטון המבוסס על מרכזיותם של מספר ערכי יסוד, ובהם זכויות האדם. היסוד הראשון מבסס את הדמוקרטיה הפורמלית. היסוד השני מבסס את הדמוקרטיה המהותית. כל אחד מהם הוא חיוני לקיומה של דמוקרטיה. משטר שבו השליטים אינם נבחרים על-ידי העם אינו משטר דמוקרטי. משטר שאינו מכבד זכויות אדם, ושבו הרוב עושה שימוש בכוחו כרוב כדי לשלול זכויות מהמיעוט, כאשר הוא מיעוט, אינו משטר דמוקרטי.

עקרון הפרדת הרשויות

עקרון זה עבר שינויים רבים, מאז פותח על-ידי מונטסקייה בספרו על "רוח החוקים". אנו מבינים בו כיום קביעה, כי לרשויות הממלכתיות - הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת - יש פונקציות שהוענקו להם בחוקה ובחוקים. בגדרי הפונקציות האלה, כל רשות היא לעצמה. עם זאת, לכל רשות ייחוד משלה. בהפרדת הרשויות הרשות המחוקקת מתייחדת, בין השאר, בכך, שבכוחה לשנות את חלוקת הפונקציות. כוח זה, מוגבל הוא בחוקתה של המדינה. וכאן נכנס ייחודה של הרשות השופטת: היא הפרשן המוסמך של החוקה והחוקים. תפקידה של הרשות

* דברים (כיום 16.11.1999) בכנס בינלאומי על הפרלמנט בדמוקרטיה הישראלית.

השופטת הוא להכריע בסכסוכים על בסיס החוקה והחוקים. לשם כך עליה לפרש את החוקה והחוקים. פרשנות מוטמכת של החוקה והחוקים היא, על-כן, תפקידה של הרשות השופטת בהפרדת הרשויות. מכיון שחלוקת הפונקציות בין הרשויות השונות נעשית באמצעות חוקה וחוקים, הרשות השופטת היא המפרשת המוטמכת של הסמכות הנתונה לרשויות השונות בחוקה ובחוקים. כאשר רשויות אלו חורגות מהמסגרת שהותוותה להן בחוקה ובחוקים, או פועלות במסגרת זו בניגוד לחוקה או לחוקים, הרי זה מתפקידה של הרשות השופטת לקבוע את דבר החריגה, וליתן הסעדים המתבקשים מכך. זהו ביטוי לתפישה כי לעקרון הפרדת הרשויות משמעות של "איוון ובלימה" (checks and balances).

עקרון שלטון החוק

גם עקרון זה מובן באופן שונה על-ידי אנשים שונים. על-פי הבנתי שלי, עקרון שלטון החוק מבוסס על שלושה היבטים: ראשית, ההיבט הפורמלי. שלטון החוק בהיבט זה משמעו שכל רשות - כלומר, הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת - תפעל במסגרת החוק. זהו עקרון שלטון החוק בשלטון. כמו כן, כל פרט יפעל במסגרת החוק. כמוכן במסגרת זו התפישה הינה כי לרשות השלטונית אסורה פעילות אלא אם כן החוקה או החוקים הסמיכו אותה לכך, ואילו לפרט פעילות מותרת, אלא אם כן החוקה והחוקים אסרו זאת עליו. שנית, היבט תורתי. שלטון החוק בהיבט זה משמעו, שהחוק צריך לקיים מספר תנאים בסיסיים כדי שניתן יהיה לדבר על שלטון החוק ולא שלטון האדם. ההפניה הינה לתנאים כמו כלליות החוק ופומביותו; החוק צריך להיות וודאי, ניתן להבנה, ויציב; אין לדרוש ביצוע דברים שאינם ניתנים לביצוע, ואין לחוקק חקיקה פלילית רטרואקטיבית; חייבת להתקיים מערכת אכיפה ראויה; יש לקיים כללים מינימליים של צדק טבעי. ההיבט השלישי הוא ההיבט המהותי. שלטון החוק המהותי גורס כי שלטון החוק אינו רק חוקיות השלטון. שלטון החוק אינו רק ה-conception rule-book, אלא גם ה-rights conception. היבט זה גורס כי שלטון החוק מבוסס גם על איוון ראוי בין כלל ופרט; שלטון החוק מבוסס על צדק חברתי וסדר חברתי גם יחד; שלטון החוק מבוסס על הכרה בזכויות אדם, תוך הבנה שאלה אינן זכויותיו של האדם החי לבד על אי בודד, אלא זכויותיו של אדם בחברה מאורגנת. זכויות אדם אינן מהוות מרשם לכליון לאומי. הן אינן מוחלטות. ענין לנו באיוון ראוי בין החירות של הפרט לצרכים של הכלל.

מסקנות המתבקשות מערכי היסוד של השיטה

מהן המסקנות המתבקשות – לענין היחסים בין הפרלמנט לבית-המשפט העליון – מתיאור קצר זה של ערכי היסוד המאפיינים את המשטר הדמוקרטי? נראה לי כי ניתן להסיק מספר מסקנות:

ראשית, במשטר בו קיימת חוקה – כמו בגרמניה (ה-grundgesetz) ובישראל (חוקי היסוד) – שואבות הרשויות השלטוניות את סמכויותיהן מהחוקה. עקרון שלטון החוק דורש, שלכל רשות יהיו הסמכויות – ורק אותן הסמכויות – שהחוקה העניקה לו. במובן זה קיים שיויון בין הרשויות. כולן מוקמות על-ידי החוקה; כולן

שואבות את כוחן מהחוקה. חשוב להדגיש ענין זה, רווקא בישראל. לא פעם אומרים כי הכנסת היא הריבון, שכן היא נבחרת על-ידי העם. טרמינולוגיה זו אינה נכונה. הכנסת - וכיום גם ראש הממשלה שגם הוא נבחר על-ידי העם - אינם הריבון. הריבון הוא העם, ולא נציגיו. והעם מדבר באמצעות החוקה ובאמצעות החוקים. שנית, אף, שהכנסת אינה ריבונית, הכנסת היא עליונה. אכן, יש לה לכנסת ייחוד משלה. מעקרון הדמוקרטיה גובע שהכנסת היא הביטוי המלא של הדמוקרטיה הפורמלית שלנו. היא נבחרת על-ידי העם. רק היא הוסמכה לחוקק את חוקי המדינה. ייחוד זה - אותו אני מבטא בתאור של הכנסת כעליונה - מתבטא בכוחה של הכנסת - בכפוף לחוקת המדינה - לשנות את מבנה הסמכויות של הרשויות השונות. תפקיד זה של הכנסת הוא כפול: האחד, בהיות הכנסת שלנו גם בגדר אסיפה מכוונת, היא זו הקובעת את החוקה שלנו. זהו מעמד מיוחד במינו, ממנו נהנית הכנסת שלנו. במדינות אחרות - כמו בגרמניה למשל - הפרלמנט לא קבע את החוקה המקורית. אין הוא רשות מכוונת מקורית. עם זאת, הכנסת שלנו - כמו פרלמנטים אחרים - היא בעלת כוח לשנות את החוקה. זו סמכות מכוונת נגזרת. שנית, בהיות הכנסת רשות מחוקקת, היא יכולה - באמצעות החוקים ובמסגרת החוקה - לשנות את מבנה הסמכויות של הרשויות השונות. כולנו חייבים לפעול לפי כללי המשחק. הכנסת - ורק היא - יכולה לשנות את כללי המשחק. הסמכות שמוענקת לרשות המבצעת ולרשות השופטת, היא הסמכות שהכנסת - בכובע של הרשות המכוונת (חוקי היסוד) או בכובע של הרשות המחוקקת (חוקים רגילים) - מעניקה להם. אין הם יכולים להעניק לעצמם סמכויות אלא רק לקבלן מכוחה של הכנסת. במובן זה הכנסת היא עליונה. להיבט זה משמעות מיוחדת ביחסים בין הכנסת לממשלה, שכן בשיטת המשפט שלנו הכנסת יכולה, בהתקיים תנאים מסויימים, להביע אי-אמון בראש הממשלה ובממשלה. אך מעבר לכך: מעליונותה של הכנסת מתבקש שההכרעות החשובות והעקרוניות למהות המשטר ייעשו על-ידי הכנסת ולא על-ידי הרשויות האחרות. זאת סמכות המיוחדת לכנסת. סמכות זו - חובה בצדה. על הכנסת להגשים סמכות זו בעצמה, ואין היא יכולה - אלא אם בכושרה כרשות מכוונת תשנה את החוקה עצמה - להעביר סמכות זו לזולתה. מעליונותה של הכנסת מתבקש יחס של כבוד לכנסת מכל הרשויות השלטוניות האחרות, ומכל הפרטים במדינה. הכנסת היא הנציגה של כל אחד ואחד מאתנו. זהו נציג בעל מעמד מיוחד. על כל אחד ואחד, ועל כל רשות ורשות, לגלות יחס של כבוד לפרלמנט. הפוגע בפרלמנט פוגע באושיות המשטר. אך גם הפרלמנט חייב בכבודן של הרשויות האחרות. החסינות הניתנת לחברי הפרלמנט נועדה לאפשר להם לבצע את תפקידם ללא חשש מתביעות; אך חסינות זו אין לנצל לרעה. כבודה של הכנסת שהיא מכבדת את הרשויות האחרות.

מסקנה שלישית המתבקשת מערכי היסוד שלנו על דבר היחסים בין הפרלמנט לבית-המשפט העליון, היא זו: מתבקש קיומה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. עליונותו של הפרלמנט, ומעמדו המיוחד בהפרדת הרשויות, אינו מסמיך אותו לפעול בניגוד לחוקה. אמת, בישראל, הכנסת היא זו אשר כוננה את החוקה, ובכוחה לשנותה. אך כל עוד לא נקטה הכנסת בהליך הפורמלי של שינוי החוקה - אצלנו, תיקון חוקי היסוד - היא כפופה לחוקה שהיא עצמה כוננה. אמת, הכנסת - כרשות מכוונת - יכולה לשנות את כללי המשחק, אך כל עוד לא עשתה כן, היא

כפופה לכללי המשחק הקיימים. על כן, אל-לו לפרלמנט לחוקק חוקים בניגוד לחוקה. מעשה שכזה פוגע בעקרון שלטון החוק, ובעיקרון הפרדת הרשויות; שכן הכנסת חורגת מהכוחות שהוענקו לה בחוקה (ואצלנו – בחוקי היסוד). לרוב יש בכך גם פגיעה בדמוקרטיה המהותית, שכן החוק פוגע באופן לא חוקתי בזכויות האדם. הסעד המתבקש הוא ביטולו של החוק שחורג מהחוקה. לעתים הדבר נקבע במפורש בחוקה. כך המצב בגרמניה. לעתים הדבר לא נקבע במפורש בחוקה, אלא מתבקש מהעקרונות עליהם עמדת. כך הדבר בארצות הברית. אכן, תפקידו של בית-המשפט בהפרדת הרשויות מטיל עליו את התפקיד לפרש את החוקה והחוקים. כאשר הוא מגיע למסקנה כי החוק סותר את החוקה – שהנורמה התחתונה סותרת את הנורמה העליונה – עליו להצהיר על בטלותה של הנורמה התחתונה.

אך האם עולה הצהרה כזו בקנה אחד עם הדמוקרטיה? האם זה דמוקרטי ששופטים – אשר לא עמדו לבחירת העם – יבטלו חוקים של נבחרים העם? התשובה הברורה הינה: כן. מכיוון שהחוקה היא מסמך דמוקרטי, גם ביקורת שיפוטית שנועדה לאכוף את החוקה, היא פעילות דמוקרטית. אכן, ביקורת שיפוטית זו נותנת ביטוי לדבריו של העם באמצעות הרשות המכוננת. 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. זאת ועוד: במרבית המקרים מתבטאת הביקורת השיפוטית בהגנה על ערכי היסוד, ובמרכזם זכויות האדם, המעוגנים בחוקה. בעשותו כן מבטא בית-המשפט את הדמוקרטיה המהותית. כאמור, דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב שיצר את החוק; דמוקרטיה היא גם שלטונם של ערכי היסוד בהם פגע החוק. הגנה על ערכי היסוד היא פעילות דמוקרטית בדרגתה הגבוהה ביותר. כמובן, בית-המשפט צריך לגלות איפוק שיפוטי. עליו לבטל חוק של הפרלמנט כסעד אחרון ולא ראשון. עליו לעשות כל מאמץ פרשני להגיע לתוצאה לפיה החוק עולה בקנה אחד עם החוקה. השאיפה לאחדות נורמטיבית ולהרמוניה פנימית, מחייבת גישה זו. ביטולו של חוק הוא ענין רציני. לא הרי הכרזה כי תקנות שהותקנו על-ידי שר בטלות בשל סתירה לחוק, כהרי הכרזה כי חוק בטל בשל סתירה לחוקה. בביטולו של חוק, בית-המשפט העליון מסכל לכאורה את רצונו של העם כפי שמצא ביטויו בחוק. הצידוק לכך הוא ברצונו של העם – רצון היסטורי נמשך ועמוק – כפי שמצא ביטויו בחוקה. עם זאת, יש לעשות זאת בזהירות רבה, ומתוך הערכה למעמדו המיוחד של הפרלמנט. אולם, לאחר שכל הריסון העצמי הוגשם, ואין ברירה אלא בהכרזה על חוק כבטל, אין לראות בפעילות זו מעשה לא דמוקרטי. נהפוך הוא: זוהי הדמוקרטיה ברמתה הגבוהה ביותר. זהו שלטון החוק ברמתו הגבוהה ביותר. כך נוהגות רוב-רובן של הדמוקרטיות המודרניות: ארצות הברית וקנדה, גרמניה ואיטליה, ספרד ופורטוגל, הודו ויפן. אכן, אחד מהלקחים החשובים שנלמדו מהשוואה – בהם פרלמנטים פגעו בערכי יסוד דמוקרטיים – הוא הצורך בקיומה של חוקה ושל ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק.

מסקנה רביעית מתבקשת בכל הנוגע לפעילות של הפרלמנט שאינה חקיקת חוקים. האם פעילות זו – כגון החלטות של המליאה, הוועדות, יושב ראש הכנסת ויושבי ראש הוועדות – נתונה לביקורת שיפוטית? בענין זה יש גישות שונות במדינות שונות. בקצה האחד של הקשת מצויה אנגליה. הגישה בה הינה כי

בית-המשפט אינו מבקר את הפעולות האמורות של האורגנים השונים של הפרלמנט. מצד שני של הקשת מצויה גרמניה. בית-המשפט החוקתי בגרמניה מוסמך לבדוק החלטות אלה ולקבוע אם הן בהתאם לחוקה. כך למשל, בית-המשפט הגרמני בודק אם הכוחות הניתנים לחבר הפרלמנט הבודד בתקנון מתיישבים עם החוקה; אם חלוקת המושבים בוועדות הפרלמנט מתיישבת עם הוראות החוקה; ועוד. ישראל מצויה בין שני הקצוות. הביקורת השיפוטית מוכרת אצלנו, עקרונית, כמו בגרמניה. עם זאת, היא תופעל באופן הרבה יותר מרוסן. החלטנו כי החלטות בעלות אופי מינהלי – להבדיל מאופי כעין שיפוטי – תהיינה נתונות לביקורת שיפוטית רק אם על-פי הטענה הן פוגעות פגיעה קשה במרקם החיים הדמוקרטיים. הגבלה כזו אינה קיימת בגרמניה, ומשפטנים גרמניים ביקרו את ההלכה הישראלית בטענה שאין היא מפעילה ביקורת שיפוטית בהיקף מלא. השבנו לביקורת, כי זוהי התוצאה המתבקשת מסמכות בג"צ שהיא סמכות של שיקול דעת. הנני סבור שהמצב בישראל בענין זה מניח את הדעת. אין בית-המשפט מוכן לבדוק את חיי היומיום של הפרלמנט. אך מקום שנטענת הטענה כי יש סכנה של פגיעה במרקם החיים הדמוקרטיים, בית-המשפט יבחן את ההחלטה. בעשותו כן בית-המשפט מגשים את תפקידו בהפרדת הרשויות: הוא מפרש את החוק ואת ההחלטה וקובע אם ההחלטה הפרלמנטרית היא בגבולות החוקה. הוא מגן על שלטון החוק על כל היבטיו, שכן הוא בוחן אם אורגן של הכנסת לא חרג מסמכותו הפורמלית והמהותית. הוא מגשים את הדמוקרטיה, שכן החוקה אותה הוא מגשים היא דמוקרטית. הוא עושה כן בזהירות רבה, ומתוך התחשבות במעמדה המיוחד של הכנסת.

ממערכת יחסים זו שבין הפרלמנט לבית-המשפט העליון מתבקשת מסקנה חמישית. אם בית-המשפט פירש את החוקה באופן שאינו נראה לפרלמנט, הרשות בידי הפרלמנט בפרוצדורה הראויה (אצלנו – תיקון חוקי היסוד) להכניס שינוי בחוקה, באופן שההוראה החדשה תשקף את מה שנראה לפרלמנט כראוי. אין בשינוי החוקה, במצב דברים זה, משום פגיעה בבית-המשפט. כמוכן, יש לבדוק עד כמה התיקון ראוי כשלעצמו. אם יש בו פגיעה בערכי היסוד עליהם מושתתת הדמוקרטיה המהותית, כי אז התיקון אינו ראוי. הוא אינו ראוי – לא משום שהוא נעשה בניגוד לפסק-דין של בית-המשפט. הוא אינו ראוי – משום שבתוכנו פוגע התיקון בדמוקרטיה המהותית. הוא הדין בפירוש אשר בית-המשפט נותן לחוק של הפרלמנט. אם הפירוש אינו נראה לפרלמנט, הרשות בידו לתקן את החוק. לעתים בית-המשפט עצמו מפנה את תשומת הלב לצורך בתיקון. עריכת התיקון היא בסמכותו של הפרלמנט. בעשותו כן, אין הוא פוגע בסמכות בתי-המשפט. על-פי עקרון הפרדת הרשויות, בית-המשפט מפרש את החוק שהמחוקק יצר. אם הפירוש אינו נראה למחוקק הוא רשאי לחוקק חוק חדש. אין הפרלמנט נוטל בכך את סמכות השפיטה: פירוש לחוד וחקיקה לחוד. כל שנותר לשאול, ביחס לחקיקה החדשה, הוא אך שני אלה: האם היא ראויה והאם היא חוקתית. השאלה הראשונה אינה בגדר סמכותו של בית-המשפט. השאלה השנייה מעוררת בעיה חוקתית, שבית-המשפט חייב להזקק אליה, בגדר הסמכות הנתונה לו – עליה עמדתי – לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. מכאן, שהדיבור בישראל על "חוק עוקף בג"ץ" אינו לענין. הבעיה אינה בבג"ץ שאת פסיקתו משנים (בתיקון החוקה או החוקים). הבעיה

היא תוכן השינוי, האם ראוי הוא אם לאו. הבעיה אינה עקיפת הבג"ץ; הבעיה הינה הפגיעה בדמוקרטיה המהותית ובשלטון החוק המהותי; הבעיה היא הפגיעה בזכויות האדם. הבעיה אינה הבג"ץ כשלעצמו.

מסקנה שישית נוגעת ל"חקיקה השיפוטית" (Judicial legislation or judicial law making). אנו משתמשים בביטוי לא מוצלח זה לתיאור התופעה של יצירת משפט על-ידי בית-המשפט. יצירה זו קיימת בכל שיטות המשפט. יצירה זו נעשית בשתי דרכים עיקריות: האחת, תוך פירוש החוקה והחוקים. לעתים קרובות הטקסט של החוקה והחוקים משאיר מספר אופציות פרשניות. בחרתי באופציה א' – לפניך חוקה או חוקים שמשמעותם א'; בחרתי באופציה ב', לפניך חוקה או חוקים שמשמעותם ב'. הן משמעות א' והן משמעות ב' טמונים בחוקה ובחוקים. הבחירה בין אופציה א' לבין אופציה ב' היא בהכרח בחירה של בית-המשפט. מכוחה של בחירה זו ניתנת לחוק משמעות א' או משמעות ב', והמשמעות שונות זו מזו. בביצועה של בחירה זו יש חקיקה שיפוטית. הדרך השנייה ליצירת חקיקה שיפוטית היא פיתוח משפט מחוץ לחוקה ולחוקים. דבר זה מקובל הוא הן במשפט הקונטיננטלי והן במשפט האנגלו-סכסי. אכן, חלקים ניכרים של המשפט המינהלי הצרפתי הם פרי יצירתו של בית-המשפט העליון (ה-Conseil d'Etat) הצרפתי; חלקים ניכרים של המשפט האזרחי הגרמני הם פרי הפסיקה של בית-המשפט העליון. הדבר מקובל בעיקר במשפט המקובל שמקורו, כידוע, באנגליה. כאלף שנים פועל המשפט המקובל (ה-Common Law) האנגלי, והוא פרי הפסיקה: דיני התזוים, הנוזיקין, והמשפט המינהלי – הם ורבים אחרים – אינם מעוגנים בחוק כלשהו, אלא הם פרי הפסיקה. זוהי גם המסורת המשפטית שלנו. אנו שיטת משפט מעורבת (mixed jurisdiction). עם זאת, בכל הנוגע לחקיקה השיפוטית, אנחנו קרובים יותר לשיטות המשפט המקובל מאשר לשיטות המשפט האזרחי. האם חקיקה זו מתיישבת עם היחסים הראויים שבין הפרלמנט לבית-המשפט העליון? בעצם הצגת השאלה, יש משום אבסורד: הרי אם המשפט המקובל היא אנגליה. היא גם אם הפרלמנטריות. אם באנגליה עצמה אין רואים כל סתירה בין השניים, מה לנו כי גלין? אך גם לגוף הענין, החקיקה השיפוטית אינה פוגעת בפרלמנט, ואינה משבשת את היחסים הראויים בינו לבין בית-המשפט. בכל הנוגע לחקיקה השיפוטית שהיא פרי הפרשנות, הרי היא תפקיד קלאסי של בית-משפט. המחוקק – מחוקק, והשופט – מפרש. כל חקיקת חוק היא גם אצילת סמכות לבית-המשפט לפרש את החוק. אנו מבינים את החוק באמצעות פירושו (המודע או הבלתי-מודע). כל אחד מפרש. גם הכנסת עצמה מפרשת את החוקה והחוקים שעה שהיא יוצרת טקסט חוקתי חדש או חוק חדש. אך הפרשנות האוטוריטיבית של החוקה והחוקים נתונה לבית-המשפט. זהו תפקידו בהפרדת הרשויות. בכל הנוגע לחקיקה השיפוטית שביצירת "משפט מקובל" (Common Law), אין בו פגיעה ברשות המחוקקת. הפרדת רשויות אין משמעותה שכל המשפט נוצר בפרלמנט. ידוע הוא שמרבית החקיקה – חקיקת המשנה – נעשית מחוץ לפרלמנט על-ידי הממשלה ורשויות מינהליות רבות אחרות. מה שחשוב הוא להבטיח כי חקיקה זו מחוץ לפרלמנט לא תסתור את חוקי הפרלמנט וכי הפרלמנט יוכל בחוקיו לבטלה. דבר זה קיים לענין חקיקת המשנה של הרשות המבצעת; דבר זה קיים לענין החקיקה השיפוטית של הרשות השופטת. היא אינה יכולה לסתור חוק; היא מתבטלת על-ידי חוק. בכך

נשמרים הערכים והעקרונות שהמשטר שלנו מבוסס עליהם; בכך נשמר היחס הראוי בין הפרלמנט לבית-המשפט.

בהקשר זה מתעוררת בעיית הערכים. לא פעם נשמעת הטענה כי בפירוש החוקה והחוקים ובפיתוח המשפט המקובל אסור לבית-המשפט לעסוק בערכים. העיסוק בהם הוא מעניינו של הפרלמנט המייצג את העם. אין לקבל גישה זו. הפעילות השיפוטית היא על-פי מהותה פעילות ערכית. פרשנות אינה פעילות מכנית. הפירוש מתחיל בלשון החוקה והחוקים, אך הוא אינו מתמצה בהם. כל פירוש מחייב התייחסות לערכים ולעקרונות. וכי בית-המשפט יכול להימנע מערכים ומעקרונות כאשר החוקה שלנו קובעת כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו)? כיצד יקבע בית-המשפט מהם ערכיה של מדינת ישראל בלא לפנות לערכים? כיצד יקבע בית-המשפט אם תכליתו של החוק היא ראויה בלא לפנות לערכים ולעקרונות? וכאשר הכנסת כרשות מכוונת קובעת "כי אין פוגעים בכבודו של אדם כאשר הוא אדם" – כיצד ניתן לקבוע את היקף הפריסה של "כבודו של אדם" בלא לפנות לערכים ולעקרונות? כך הדבר במישור החוקתי. כך הדבר גם במשפט הפרטי. הכנסת קבעה כי "חזזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל" (סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973) (להלן: חוק החוזים). כיצד אפשר לפרש הוראה זו בלא לקבוע מה הינו "בלתי מוסרי" ומה סותר את "תקנת הציבור"? אותו חוק קובע כי "בקיום של חיוב הנובע מחוזה זה יש לנהוג בדרך מקובלת ובחום לב" (סעיף 39 לחוק החוזים). כיצד זה ניתן להפעיל הוראה זו בלא לנקוט עמדה ערכית בשאלה מהו תום לב? פקודת הנזיקין קובעת כי אדם חב חובת זהירות כלפי מי שהוא צריך לראות מראש שהוא עלול להיפגע (סעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]). הוראה זו מטילה חובה שלא ל"התרשל". כיצד אפשר לקבוע את מי "צריך" לראות, וכיצד אפשר לקבוע את תוכנה של "ההתרשלות" – או של הסבירות – בלא להתחשב בערכים? אכן הביטויים הערכיים שהפרלמנט קובע אינם סיסמאות נבובות. הן אינן רטוריקה ריקה. הם ערכים שבתי-המשפט חייבים לתת להם תוכן יום-יום. לכן פרשנות אינה פעילות מכנית. פרשנות היא אינטראקציה בין לשון ותכלית. בקביעת גבולות הלשון פועל השופט כבלשן. בקביעת התכלית הוא מפעיל את מלוא כישוריו כמשפטן. חוק אינו יצירה חד-פעמית של מחוקק חולף. חוק אינו נחקק על אי בודד. חוק הוא יצור החי בסביבתו. חוק הוא יצירה נמשכת של מחוקק קבוע. חוק קובע מערכת יחסים בין בני אדם. בפירוש החוק על השופט לתת ביטוי לערכי היסוד של החברה כפי שהם ניצבים בפניו; עליו לשאוף להרמוניה ואחדות. בכל אלה ממלאים הערכים תפקיד נכבד. עם זאת, בפעילותו השיפוטית, אל-לו לשופט לשקף ערכים סובייקטיביים משלו. עליו לשקף את ערכי החברה, גם אם ערכים אלה אינם נראים לו. עליו לפעול באובייקטיביות. השופט לא נבחר על-ידי העם; הוא אינו נציג של העם; אל-לו לתת ביטוי להשקפותיו הסובייקטיביות. עליו להיות פרשן נאמן של החוקה, החוקים וערכי היסוד. הוא רשאי וחייב לעסוק בערכים. אך הערכים אינם בהכרח ערכיו שלו, אלא ערכיה של החברה בה הוא חי. השופט אינו מייצג, הוא משקף ומבטא. בית-המשפט – להבדיל מהפרלמנט – אינו גוף מייצג, הוא גוף

א-פוליטי, עצמאי ואובייקטיבי. כוחו ביכולתו לחת ביטוי לערכים של השיטה כפי שהם מתגלים בפניו בעבודתו השיפוטית.

מבט לעתיד

מקווה אני כי הפרלמנט יהא חזק. הדמוקרטיה זקוקה לפרלמנט חזק, אמין ואחראי. שקיעת הפרלמנט מסוכנת לדמוקרטיה. פריחת הפרלמנט חיונית 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 בין הפרלמנט לבין הרשות המבצעת בהכרעה בשאלות המדיניות והחברתיות המרכזיות של החברה, וכי הפרלמנט לא יעביר אל הרשות המבצעת הכרעות שמן הראוי להן להעשות בפרלמנט. מקווה אני כי הפרלמנט יגביר את הפיקוח שלו על הרשות המבצעת. רשות מבצעת חזקה זקוקה לרשות מחוקקת חזקה. כך, למשל, יש לשקול הגברת הפיקוח של הפרלמנט על חקיקת המשנה של הרשות המבצעת. יש גם להגביר את תפקידו של הפרלמנט באישורן של אמנות בינלאומיות. כוונתי לא רק לאמנות הקשורות לשלום עם שכנינו, אלא גם בעניינים פחות דרמטיים.

זאת ועוד: הכרעה אחראית ומקצועית בכנסת תבטיח כי החקיקה תעשה במסגרות החוקתיות שהחוקה קבעה לכך. פעילות חוקתית אחראית תקטין את הצורך לפנות לבית-המשפט בטענות חוקתיות. זהו מצב דברים ראוי. בית-המשפט אינו שש להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. מבחינתו של בית-המשפט, המצב האידיאלי הוא שהחקיקה היא ראויה, תואמת את הפרמטרים החוקתיים, ומובאת לביקורת שיפוטית במקרים נדירים ויוצאי דופן.

מקווה אני שחבר הפרלמנט יגלה אחריות בכיצוע תפקידו. אמת, הוא נבחר במסגרת מפלגתו, והוא פועל כחלק מסיעתו. אך מוטלת עליו אחריות אישית. עליו לפעול מתוך עצמאות, אחריות ויוזמה. על הפרלמנט בתור שכזה לזום דברי חקיקה, בעיקר בתחום החוקתי. זו אחריותו החוקתית של הפרלמנט בהיותו רשות מכוננת מקורית, וראוי הוא שהיוזמה תצא ממנו. אכן, המסורת שלנו היתה שנים רבות, שחוקי היסוד הם יוזמתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט ולא של הממשלה. עם זאת, האחריות לכינון החוקה היא אחריותה של הכנסת, ועליה לפעול להגשמת אחריותה.

בכל הנוגע ליחסים בין הפרלמנט לבית-המשפט, מן המקובלות הוא שהפרלמנט מאשר את התקציב של מערכת בתי-המשפט. הדבר נעשה בישראל באמצעות המסגרת של הרשות המבצעת, המגישה מטעמה את תקציב בתי-המשפט. דבר זה מבטא את השליטה הרבה שיש לרשות המבצעת על ניהולה המוסדי של הרשות השופטת. לדעתי, יש להחליף את המעורבות של הרשות המבצעת ובמקביל לחזק את המעורבות של הרשות המחוקקת. בכך תובטח עצמאותה של הרשות השופטת - עצמאות משליטתה של הרשות המבצעת.

יחסים נוספים בין שתי הרשויות מתקיימים כאשר בית-המשפט מבטל הוראת חוק בהיותה נוגדת את החוקה. ברוב המקרים הענין חוזר לפרלמנט, אשר ממלא את החלל שנוצר. לפנינו דוגמא יפה ליחסי גומלין ראויים בין הרשויות. הפרלמנט חוקק

חוק. בית-המשפט פרש אותו ואת החוקה, תוך שקבע שהחוק או חלק ממנו סותר את החוקה. הפרלמנט חזר ועיין בדבר, שינה את הדרוש שינוי, וחוקק הוראה חדשה. זוהי הפיסיולוגיה הראויה של היחסים בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת. אמח, נוצר כאן עימות מסויים. אך זהו עימות טבעי; זהו עימות מפרה ויוצר. כל רשות ממלאת את תפקידה החוקתי. כל רשות פועלת במסגרת סמכויותיה. אין הרשות האחת מבקשת להשתלט על רעותה. אין הרשות האחת מבקשת לצבור כוח על חשבון הרשות השניה.

במפעל החקיקה, המחוקק הוא השותף הבכיר. השופט כפרשן הוא שותף זוטור. מן הראוי הוא שהצעות לתיקון החקיקה שהשותף הזוטור מעלה בפסיקה יילקחו בחשבון על-ידי השותף הבכיר. כמובן, גם ללא המלצה של בית-המשפט, רשאי המחוקק לעיין בפרשנותם של בתי-המשפט ולשקול שינוי החוק במקום שהדבר ראוי. ביקורת פרלמנטרית היא ראויה ורצויה. דיון פרלמנטרי בבעיות יסוד משפטיות הוא חיוני, ובלבד שהדברים נעשים מתוך יחס של כבוד וכיבוד הדדי, כיאה ליחסי גומלין בין שתי רשויות שלטוניות. בהקשר זה, מן הראוי הוא שהרשות המחוקקת תגן על הרשות השופטת, כאשר זו האחרונה מותקפת באופן הפוגע במעמדה. זאת ועוד: ראוי הוא להפסיק את הרטוריקה של "חוק עוקף בג"ץ". יש להתרכז בתוכנו של החוק, בחוקתיותו, ובשאלה אם החוק הוא ראוי על-פי הפרמטרים החברתיים והמשפטיים המקובלים.

בצד פרלמנט חזק ואפקטיבי זקוקה הדמוקרטיה לרשות שופטת חזקה ואפקטיבית. רשות שופטת שתהנה מעצמאות (אישית ומוסדית) ואשר תהיה נכונה לפקח על חוקיות רשויות השלטון. היא תפעל מתוך אובייקטיביות. המבחן לפעילותה אינו אקטיביזם או ריסון עצמי. המבחן לפעולתה הוא מקצועיות, תכונה, והבנה עמוקה של ערכי היסוד ועקרונות היסוד.

עם קבלתה של חוקה – ואצלנו חוקי היסוד – חל שינוי מהותי ביחסים בין הרשויות השלטוניות. השיח החברתי והציבורי חייב לקחת בחשבון לא רק את כוחן של הרשויות הפוליטיות (המחוקקת והמבצעת), אלא גם את המגבלות החוקתיות המוטלות עליהם. מגבלות חוקתיות אלה מעניקות חשיבות מיוחדת לרשות השופטת. עליה הוטל התפקיד של שמירה על החוקה, על הדמוקרטיה, על שלטון החוק ועל הפרדת הרשויות. אין לבוא עמה חשבון על שהיא מגשימה תפקיד חוקתי זה. יש מקום לבקר פסק דין זה או אחר, אך אין מקום לחתור תחת הלגיטימיות של המפעל החוקתי כולו. מפעל זה התחיל בכנסת וראוי לו שיסתיים בה בהקדם.

הנה כי כן, משטר דמוקרטי יציב זקוק לשלוש רשויות חזקות ויציבות. אם הרשויות פועלות כראוי, פועל יוצא הוא שקיים מתח מתמיד ביניהן. אך זהו מתח טבעי ומבורך. הוא יוצר ומפרה. התוצאה של מתח זה – בלשונו של השופט ברנדייס – אינה היעילות השלטונית אלא החירות האישית.