

הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים — הסמכות להכריז על אי-חוקתיות חקיקה — למי?

מאת

זאב סגל*

מפסק-הדין בעניין בנק מזרחי עולה בבירור, כי חרף היעדרה של הוראה מפורשת, נתונה לבתי-המשפט בישראל סמכות לביקורת שיפוטית על חוקתיותה של חקיקת הכנסת שתימצא נוגדת את ההוראות האמורות בחוק יסוד: חופש העיסוק, ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסק-הדין מקבל את הגישה, שלפיה נתונה הסמכות לביקורת חוקתית לכל בית-משפט בישראל. מכאן עולה גם, שהסמכות נתונה לא רק לבתי-המשפט של המערכת הרגילה, אלא גם לבתי-הדין הדתיים, הצבאיים, לבתי-הדין לעבודה ואולי אף לבתי-דין מנהליים לסוגיהם.

גישת הכותב היא, שהסמכות האמורה צריכה להיות נתונה לבית-המשפט העליון לבדו, ולא לבתי-משפט או לבתי-דין אחרים. גישה זו מתבססת על הרגישות החברתית הרבה הנודעת להכרעה בית-משפט בדבר בטלותה של חקיקת הכנסת ומתייחסת למידת האמון הציבורי הרחב הניתן לבית-המשפט העליון. ספק אם אמון כזה יינתן גם לערכאה שיפוטית נמוכה שתקבל החלטה כזו. הפקדת הסמכות לביקורת חוקתית לכל בית-משפט יכולה גם להביא לאי-ודאות ולאי-יציבות בשיטת-המשפט. לגישת המחבר, הסמכות לביקורת חוקתית צריכה להיות מופקדת בידי בית-המשפט העליון ולא בידי בית-משפט חוקתי נפרד, העלול להגביר יתר על המידה פוליטיזציה של המערכת השיפוטית.

עיקר המאמר הוא בכך, שהדין הרצוי צריך להקנות לבית-המשפט העליון סמכות ייחודית לביקורת חוקתיות של חוקים. הדרך הראויה לפעול לכך היא בחקיקה מפורשת של הכנסת. עם זאת, סבור המחבר שניתן לקבוע, כהלכה שיפוטית, שסמכות הביטול תהיה נתונה לבית-המשפט העליון בלבד, למצער בתקופת גיבושה של "המהפכה החוקתית", הנמצאת בתחילתה.

א. מבוא. ב. היקף חלוחה של ההלכה בעניין כנג המזרחי. ג. עמדתו של השופט מ' חשין. ד. גישת פסק-הדין בעניין בנק המזרחי — הלכה שיפוטית למול הצהרה

* פרופסור-חבר למשפטים, הפקולטה למדעי החברה, אוניברסיטת תל-אביב. המחבר מודה לעו"ד אבי זמיר על הערותיו מאירות-העיניים.

שיפוטית. ה. בטלות חקיקה בתקופת גיבוש. ו. בית-המשפט העליון כבית-משפט חוקתי — על שפיטה ושופטים. ז. ניקורת חוקתית — ההרכב הראוי. ח. גישות הקהילה המשפטית. ט. סכנת אי-הוודאות ואי-העיות. י. קביעת הסמכות — הלכה שיפוטית או הכרעה חקיקתית.

א. מבוא

המסר המרכזי בפסק-הדין בעניין בנק המזרחי¹ הוא, כי חרף היעדרה של הוראה מפורשת, נתונה לבתי-המשפט בישראל סמכות לביקורת שיפוטית על חוקתיותה של חקיקת הכנסת. כך נעשה ברור בשיטתנו המשפטית שחקיקה, אשר אינה מקיימת את הוראות "פסקות ההגבלה" שבחקיקת-היסוד, אשר עניינה חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו, מוסמכים בתי-המשפט לתת לגביה סעדים חוקתיים, ובהם הכרזה על בטלות החוק או חלק ממנו². שופטי בית-המשפט העליון, רובם ככולם, שישבו לדין בעניין זה, שותפים לקביעת עקרון-היסוד.

מבין השופטים היה זה השופט אהרן ברק, אשר ראה להביא את המקור החוקתי ששימש לו השראה — הלכת בית-המשפט העליון בארצות-הברית בפרשה הידועה של *Marbury v. Madison*³. באותו פסק-דין נקבע לא רק, שחוק הפוגע בהוראות החוקה בטל, אלא גם שכל בית-משפט מוסמך להכריז על כך. החלטה זו נחשבת כאבן-פינה לעקרון הביקורת השיפוטית בארצות-הברית וכאבן שואבת לשיטות משפט רבות. אמנם, היא שימשה נושא לוויכוח ואף למחלוקת⁴, אולם אין ספק שהיא הטמיעה לשיטת המשפט האמריקנית את ההכרה בביקורת השיפוטית ואת העליונות המשפטית של החוקה כעניין הברור כיום כמעט מאליו⁵.

ההלכה האמריקנית פרצה גבולות והשפיעה על החשיבה החוקתית במדינות אחרות.

- 1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי).
- 2 ראו את "פסקות ההגבלה" בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150; ובסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90. באשר לסמכות הביטול, ראו עניין בנק המזרחי, בדברי הנשיא אהרן ברק, בעמ' 167-170, 260-270 לנוסח המודפס (פסקאות 1-4, 76-80 לפסק-דינו).
- 3 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).
- 4 ראו, למשל, J. Tayer "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law" 7 *Harv. L. Rev.* (1893) 129; R. Berger *Congress v. The Supreme Court* (1969); R. Clinton "Marbury v. Madison" and Judicial Review (1989).
- 5 לרקע ההיסטורי של ההחלטה ולוויכוח עליה ראו ל' שלף מרות המשפט ומהות המשטר (תל-אביב, 1996) 131, 139-140.

בקנדה, למשל, שאימצה לעצמה חוקה בשנת 1982, והנעדרת אף היא הוראה מפורשת בדבר ביקורת שיפוטית, שימשה הפסיקה האמריקנית בעניין *Marbury v. Madison* דוגמא ומופת. היא מוגדרת שם כ-"Momentous decision" וכמצביעה על כך שבאין ביקורת שיפוטית היה נפגע עקרון היסוד של עליונות ממשית של החוקה⁷.

חוק יסוד: חופש העיסוק, וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא רק שאינם כוללים הוראה בדבר ביקורת שיפוטית, אלא שאינם כוללים גם פסקת עליונות (supremacy clause), שלפיה יהיה ברור כי חקיקה הסותרת אותם, ושנתקבלה בזמן הרלבנטי — בטלה. הוראה מפורשת כזו, שעניינה ה-"Primacy of the Constitution", קיימת בחוקה הקנדית⁸. הוראה מפורשת כזו מקלה יותר על המסקנה בדבר קיומה של סמכות להכרזה שיפוטית על בטלות חוק מאשר קביעת מסקנה כזו בהסתמך על "פסקת הגבלה" (limitation clause) בלבד, כפי המצב בישראל, על-פי הקיים בשני חוקי היסוד הנזכרים⁹; שהרי "פסקת הגבלה" מגבילה את זכות היסוד ואת כוחה של הכנסת לפגוע בה, אך אין היא קובעת במפורש את אפסותה של חקיקה שאינה עומדת בדרישת חקיקת היסוד המגבילה.

אלא שגם כך, בהיעדרה של פסקת עליונות, גם בתקופה מודרנית שבה מקובל לקבוע בחוקות פסקה כזו¹⁰, לא ראה בית-המשפט בעניין בנק המזרחי כל בעייתיות בכך¹¹.

6 See P.W. Hogg *Constitutional Law of Canada* (3rd ed., 1992) 116.

7 שם, בעמ' 118.

8 סעיף 52 (1) לחוקה הקנדית (הידועה כצירטר) קובע:

The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of inconsistency, of no force or effect.

9 לניתוח החוקה וההוראה ראו P.W. Hogg *supra*, note 6, at pp. 1241-1260, 1333-1368. הוראות אלה מגבילות את זכות היסוד ואת כוחה של הכנסת לפגוע בזכויות אלה. ראו א' ברק פרשנות במשפט — פרשנות חוקתית (תשנ"ד, כרך ג) 473-569.

10 לחוקות במדינות שונות, בעיקר בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה, שאחד מלקחיה היה הכרה בעליונות חוקות המגנות על הפרט ראו: M. Cappelletti *The Judicial Process in Comparative Perspective* (1989); A. Brewer-Carias *Judicial Review in Comparative Law* (1989); A. Stone *The Birth of Judicial Politics in France — the Constitutional Council in Comparative Perspective* (1992); J.N. Pandey *Constitutional Law of India* (17th ed., 1987); Justice Durga Das *Bacu Introduction to the Constitution of India* (14th ed., 1992); D.P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (1989).

11 במקום אחר הצבעתי על כך, כי חרף העובדה שניתן לתלות ביקורת שיפוטית בעצם קיומה של "פסקת הגבלה", הרי ראוי מאוד שהמחוקק יאמר דברו במפורש. ראו Z. Segal "Israel Ushers in a

בית-המשפט אימץ את הלכת *Marbury v. Madison* כדבר כמעט מובן מאליו בלא ערעור והרהור. כאמור, השופט ברק היה היחיד משופטי ההרכב שקרא להלכה בשמה ודן בדוגמת-היסוד שהיתה לנגד עיניו¹², אשר התאזרחה אצלנו עתה בצורה מפורשת וחד-משמעית.

שתיקת המחוקק פירושה — כהלכת פסק-דין בנק המזרחי — שבידי בתי-המשפט כולם הסמכות לקבוע את דבר אי-החוקתיות של חוק. בכל פסק-הדין הארוך והמפורט מאוד¹³, שאמור היה להאיר את נושא הביקורת השיפוטית בכללה, ובכלל זה גם שאלות שלא נמצאו במחלוקת ספציפית באותו מקרה, לא מצאו שמונה משופטי ההרכב מקום לדון בשאלה, מהו הפורום הראוי להפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקה? רק השופט מישאל חשין ראה להעיר כמה הערות קצרות בעניין זה¹⁴.

הנחת בית-המשפט היתה — כך נראה — שהסמכות להכריז על בטלות חקיקה נתונה לכל בית-משפט על-פי הדין המצוי, כאשר זו נראתה תוצאה מתבקשת מהגישה האמריקנית, שאומצה כמובנת מאליה. החלטת בית-המשפט העליון בעניין בנק המזרחי ניתנה בשכתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים, בדונו בערעור ובבקשות לרשות ערעור על החלטות של בתי-משפט מתוזיים¹⁵. בתי-משפט אלה הניחו את סמכותם כקיימת, ושאלת עצם הסמכות לא היתה במחלוקת בין הצדדים. עם זאת, נראה לי ששאלת הפורום הראוי ראוי היה לה כי תידון בפסק-דין כה מקיף ויסודי. לדעתי, ניתן היה להתייחס גם לשאלת הדין המצוי, על-פי גישה אפשרית שבית-המשפט העליון מוסמך היה גם לקבוע כי הסמכות להכרזה על בטלות חקיקה תהיה נתונה בידיו בלבד¹⁶.

מטרתה של רשימה זו היא לדון בהיבט אחד בלבד בפסק-הדין, והוא בעיקר ה"אין" שבו, להבדיל מרוב ה"יש". אבקש להראות, כי בית-המשפט העליון הוא הפורום הרצוי היחיד מבין בתי-המשפט שלו תהיה סמכות להכריז על אי-חוקתיות חקיקה של הכנסת.

Constitutional Revolution — The Israeli Experience, The Canadian Impact" 6
Constitutional Forum (1995) 44, 46

12 בעניין בנק המזרחי, פסקאות 75-76.

13 ההחלטה מחזיקה 519 עמודים.

14 בעניין בנק המזרחי, פסקה 138.

15 ראו ת.א. (ת"א) 1744/91, המר' 3655/92, המר' 3459/92, המר' 4071/92, המר' 1630/93, בנק המזרחי המאוחד בע"מ ג' בוחן אגודה מרכזית בע"מ, פ"מ תשנ"ד (3) 113 (השופטת הניה שטיין); ת.א. (ת"א) 2252/91, המר' 5025/92, שירותי אשראי מסחרי (ישראל) בע"מ ג' גבעת יואב — מושב עובדים, פ"מ תשנ"ד (3) 243 (השופטת הניה שטיין); בר"ע (חי') 18/94 נחמיאס ג' כפר ביאליק — כפר שיתופי (ניתן ביום 30.5.94, השופט סלים ג'ובראן).

16 כפי שיובהר להלן, עיקר רשימתי זו הוא בכך שעל-פי הדין הרצוי, בית-המשפט העליון לבור אמור להיות בעל הסמכות להכריז על בטלות חקיקה. עם זאת ייתכן גם, שניתן להגיע לתוצאה זו על-ידי הלכה שיפוטית שתיפסק בערכאה העליונה כלי להמתין להכרעת המחוקק.

אבקש לנסות ולהראות גם כי קביעה שיפוטית, ולא חקיקתית, בדבר ייחוד הפורום היא אפשרית, אפילו רצויה הוראה חקוקה מפורשת. ארון גם בכך שבית-המשפט העליון, כניצב בראש המערכת השיפוטית, הוא הפורום הראוי להכרזה על בטלות חקיקה, להכריז מבית-משפט חוקתי נפרד ומיוחד. ההתייחסות לכך (בפסקה ו' להלן) תהיה בגדר רישום קווי-מתאר לדיון בנושא, בלי מגמה להרחיב בשאלת עדיפותו של בית-המשפט העליון על-פני בית-משפט חוקתי נפרד.

ב. היקף חלותה של ההלכה בעניין בנק המזרחי

כפי שהראיתי לעיל, פסק-הדין כמעט שאינו דן בשאלה, איזהו בית-המשפט המוסמך להכריז על בטלות חוק? השופט ברק מסתמך על "המסורת המשפטית" שהתגבשה אצלנו, המחייבת מסקנה "כי התרופה על אי-חוקתיות חוק היא בטלותו, וכי הסמכות לקבוע את דבר אי-החוקתיות נתונה לבתי-המשפט"¹⁷. ניתן למצוא בדברים אלה התייחסות, אגבית במהותה, לשאלת הפורום. כדעת השופט, הסמכות נתונה ל"בתי-המשפט". השופט ברק משווה בין חקיקת-משנה, הסותרת חוק, שבית-המשפט מוסמך להצהיר על כך, לחקיקה ראשית הסותרת חוק-יסוד, שאף כאן בית-המשפט מוסמך להצהיר על כך¹⁸.

השופט ברק דן כאן בהיעלם אחד במעשה של ביטול חקיקת-משנה על-ידי בתי-המשפט כולם במעשה של ביטול חקיקת הכנסת על-ידי אותם בתי-משפט. לי נראה, שאפילו ניתן למצוא דמיון מסוים בין הכרזה על בטלותה של חקיקת-משנה ובין הכרזה על בטלותה של חקיקת הכנסת, הרי שעדיין אין הגדרון דומה לראיה. לא הרי ביטול חקיקת-משנה, המותקנת על-ידי רשות מוסמכת מכוח חקיקת הכנסת, כהרי ביטולה של חקיקת בית-הנבחרים עצמו. רגישותה של הכרעה כזו רבה בכל מקרה ובולטת במיוחד כאשר "פסקות ההגבלה" שבחקיקת-היסוד מאפשרות הכרזה על בטלות חקיקה תוך שימוש במושגים רחבים ועמומים להיותה של החקיקה בלתי-הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, שנחקקה שלא לתכלית ראויה או שפוגעת יתר על המידה בזכות-יסוד. הבעייתיות שציינתי כאן מתחזקת גם אם נידרש להיקפה הרחב של הלכת בנק המזרחי. בית-המשפט העליון אינו מתייחס לכך, אולם תוצאה מתבקשת מפסיקתו היא, שהסמכות להכריז על אי-חוקתיות חקיקה תהיה נתונה לא רק לבתי-המשפט של המערכת הרגילה, כלומר: לבתי-המשפט השלום ולבתי-המשפט המחוזיים. הסמכות

17 בעניין בנק המזרחי, פסקה 77.

18 שם, שם.

האמורה תהיה נתונה גם לבתי־הדין הדתיים, לבתי־הדין הצבאיים, לבתי־הדין לעבודה ואולי אף לבתי־הדין המשמעתיים למיניהם בעת שידונו בעניינים שבסמכותם. נקל לשער, למשל, את הרגשה הציבורית שהיתה מתעוררת לו החליט בית־דין רבני, למשל, על בטלות חקיקה של הכנסת, בהיותה מנוגדת לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. נראה, שבית־המשפט העליון לא נתן כלל את דעתו על כך. הדיון שלהלן ייעשה על רקע היקפה הרחב של הלכת בנק המזרחי — כפי שהבהרתי לעיל.

ג. עמדתו של השופט חשין

השופט מישאל חשין היה היחיד מתשעת שופטי ההרכב בעניין בנק המזרחי שראו לנכון להעיר, ולו הערות קצרות, בשאלה, מיהו בעל הסמכות להכריז על פסילת חוק של הכנסת: האם כל בתי־המשפט בארץ לערכאותיהם או שמא בית־המשפט הגבוה לצדק בלבד¹⁹. כהדגשת השופט, השופטים האחרים לא נדרשו כלל לשאלה, אך ניתן להסיק מדבריהם, ולו במשתמע, שכל בתי־המשפט בארץ "למקטון ועד גדול" מוסמכים לפסול חוקים של הכנסת. לפי דברי השופט, יש "יסוד איתן" להשקפה, שראוי הוא כי הסמכות תהיה שמורה לבג"ץ בלבד. על־פי גישת השופט חשין, זכאי בית־המשפט העליון לקבוע, בהלכה פסוקה, איזו ערכאה תחזיק בסמכות ביטול חוק של הכנסת. כדבריו, לא מן המידה להסיק על סמכותם של כל בתי־המשפט בדרך ההיקש מסמכותם לפסול חקיקת־משנה. לדעת השופט, "טעמים כבדי משקל" תומכים בייחוד הסמכות לבג"ץ ולדבריו ראוי לקבוע סדר־דין מתאימים להעברת עניין פסלות חקיקה מבתי־משפט אחרים לבג"ץ בעת שהעניין יתעורר לפנייהם בהליך שבסמכותם.

דברים חשובים אלה של השופט חשין מעלים את הנושא כראוי לדיון. גישת השופט מתייחדת בכך, שהוא רואה אפשרות כי בית־המשפט העליון יכריע בשאלת הפורום המתאים מבלי שיזדקק להכרעת המחוקק. זאת כמובן בשעה שאת קביעת סדר־הדין המיוחדים לא נותר אלא להשאיר למחוקק עצמו²⁰. גם דבריו אלה של השופט חשין לא הניעו את השופטים האחרים לדרך בנושא.

19 ראו לעיל הערה 14.

20 לדיון בהקשר זה ראו להלן.

ד. גישת פסק-הדין בעניין בנק המזרחי – הלכה שיפוטית למול הצהרה שיפוטית

כאמור, גישת פסק-הדין בכללה היא, שכל בית-משפט בישראל מוסמך להחליט על ביטולה של חקיקת הכנסת. גישה זו אינה מתיישבת אפילו עם חלק מדברי השופטים עצמם. כך מציין השופט ברק שהצהרה על בטלותו של חוק הנוגד חוקה היא עניין רציני, הואיל ויש בה סיכול רצונו של הרוב דהיום²¹. על רקע זה אומר השופט:

... רק שופט מקצועי, הסופג במשך שנים רבות את הצורך להכטיח אובייקטיביות שיפוטית, והנהנה מאי-תלות גמורה, יכול להגשים משימה כבדה זו... רק שופט שכל חינוכו מביא אותו לחשיבה מופשטת, שביסודה עומד ההגיון ולא הכוח, משקל הטיעון ולא זהות הטוען, יוכל להגשים תפקיד זה. רק שופט החי יום יום את המתח שבין העקרון המופשט לבין הפעלתו בחיי המעשה כלפי בשר ודם העומד בפניו יוכל לעמוד במשימה קשה זו. לשם כל אלה נדרשת רשות שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה, הצומחת מהעם, המשקפת את הקונסנווס החברתי הבסיסי, אך שאינה נבחרת כל מספר שנים, כפי שחברי הכנסת עומדים לבחירה²².

דברים כדרבונות, נאים למי שאמרם. אלא ששאלה היא, האם כל הדברים האלה, בדבר שופטים הסופגים במשך שנים הרבה את הצורך להבטיח אובייקטיביות שיפוטית, רלבנטיים גם לכל שופטי ישראל בערכאות הנמוכות, שבחלקם התמנו זה עתה לתפקידם? האם תואמים הדברים האלה את שופטי בתי-הדין הצבאיים, שקשה לומר כי נהנים הם מאי-תלות גמורה? האם נכונים דברים אלה לגבי כלל השופטים, ובראשם שופטי בתי-המשפט המחוזיים ושופטי בתי-משפט השלום, האמורים לבוא בפני הוועדה לבחירת שופטים, שבה נציגים של הרשות המחוקקת ושל הרשות המבצעת? ומה באשר להרכב שופטים או דיינים, שלחלקם אין כלל השכלה משפטית (כך, למשל, נציגי ציבור בבתי-דין לעבודה, שופטים שאינם משפטאים בבתי-דין צבאיים)? פסק-הדין עצמו בעניין בנק המזרחי מעיד דווקא על כך שבתי-המשפט המחוזיים, אשר החליטו על בטלותה של חקיקת הכנסת, ושהחלטותיהם היו נשוא לערעור, לא גילו את הגישה של הריסון השיפוטי שבה מצדדים כל שופטי ההרכב. בית-המשפט מציין, שבית-המשפט המתוזי הרחיב מעל המידה הראויה את סמכות בית-המשפט בבואו לדרן

21 בעניין בנק המזרחי, פסקה 81.

22 שם, שם.

בשאלה, אם אכן ראוי לבטל חקיקה בהיותה בלתי-הולמת את ערכיה של מדינת ישראל²³. הפער הבולט בין גישת בית-המשפט המחוזי ובין גישת כל השופטים בבית-המשפט העליון אומר דרשני. פסק-הדין, המבטל פה אחד החלטה שיפוטית של ערכאה נמוכה בדבר בטלות חקיקה אינו מתיישב — לדעתי — עם גישה המעניקה לערכאות אלה סמכות כה רחבה, אפילו זו כפופה, בסופו של דבר לערעור. ספק רב בעיני, אם דברי השופטים בדבר הריסון השיפוטי בטרם בטלות חקיקה²⁴, די בהם כדי להציב גבולות ברורים ומדויקים, שימנעו בעתיד הפעלה נמהרת מדי של הסמכות לבטל חוק²⁵. עם זאת, ניתן גם לשער שהלכת פסק-הדין תביא לריסון רב מדי של הערכאות הנמוכות בגין האיפוק העולה מהלכת בית-המשפט העליון. גם כך ניתן לפגוע בהתפתחות החוקתית של הביקורת השיפוטית אשר ראוי לה, בעת שמדובר בחקיקת הכנסת, כי תעוצב בידי הערכאה העליונה.

ה. בטלות חקיקה בתקופת גיבוש

מה שהוצהר בפסק-הדין, כפי שהראיתי לעיל, צריך היה להוביל לפחות למסקנה שראויה תקופת גיבוש של הדין על-ידי בית-המשפט העליון בטרם תינתן הסמכות לכל בית-משפט להכריז על בטלותה של חקיקה. גישה כזו, שהיתה פרי של הלכה שיפוטית, התפתחה על-ידי בית-המשפט העליון בעיצוב הסמכות לדין בעניינים מנהליים. עוד בשנת 1975 הצביע פרופ' יצחק זמיר על כך, שלאחר תקופת גיבוש אשר נמשכה מאז הקמת המדינה ניתן להעביר סמכויות מבג"ץ לערכאות נמוכות²⁶, אלא ששנים רבות עברו לפני שהתגבשה הלכה שיפוטית בנדון. רק בשנות התשעים החל בג"ץ לפתח

23 בעניין בנק המזרחי, בדברי הנשיא (בדימוס) שמגר, פסקה 79. אך ראו הסתייגותו של הנשיא ברק בנושא זה, פסקה 103.

24 בעניין בנק המזרחי, פסקה 79 (בדברי הנשיא [בדימוס] שמגר); פסקה 96, 109 (בדברי הנשיא ברק); פסקה 8 (בדברי השופט גולדברג), שעניינם נטל ההוכחה בדבר אי-חוקתיות חוק, שלפיהם על הטוען לבטלות חוק להראות כי הפגיעה חורגת באופן מפליג ממתחם הפגיעה הסביר להגשמת תכלית ראויה.

25 כפי שנראה מהדברים הנ"ל, ההכרזה השיפוטית נשאת עמומה בעת שמדובר על "מתחם של התחשבות" במחוקק, הכרה כ"מרחב תמרון" שלו (בדברי הנשיא ברק, פסקה 81, 96) ובחינה אם החקיקה תואמת *grosso modo* את היותה של המדינה דמוקרטית ויהודית (בדברי הנשיא [בדימוס], שמגר, פסקה 79).

26 ראו י' זמיר השפיטה בעניינים מנהליים (תשל"ה).

בפסיקתו גישה, שלפיה מן הראוי להעביר סמכויות, באמצעות הלכה פסוקה, לבתי-משפט נמוכים, משנתגבשו הלכות יסוד עקרוניות²⁷.

הביקורת החוקתית בישראל, המאפשרת בטלות חקיקה על רקע היותה בלתי מתאימה לערכי המדינה — היא בחיתוליה. בתקופת בראשית זו הפקדת הסמכות לבטלות חקיקת הכנסת בידי ערכאות נמוכות אינה הולמת את ההתפתחות השיפוטית המחייבת תקופת גיבוש מיוחדת לנושא זה. לאחר שבית-המשפט העליון ישיכיל לפתח את הדין המהותי ולקבוע עקרונות-יסוד בנושא הביקורת השיפוטית, ניתן יהיה אולי לשקול אפשרות למתן הסמכות לביטול חקיקה לערכאות נמוכות.

1. בית-המשפט העליון כבית-משפט חוקתי — על שפיטה ושופטים

המסורת בתחום ביקורת על חוקתיות החקיקה הינה קצרת-מועד. בארבעה מקרים בעבר החליט בית-המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, על בטלותה של חקיקת הכנסת, הואיל וזו נעשתה שלא כדין, תוך הפרת ההוראה שנקבעה בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת²⁸. במקרים אלה שאלת הסמכות לא היתה שרויה במחלוקת. בכל מקרה ברור, ששאלה כזו הנוגעת לבטלות חקיקה נדונה בבג"ץ. כך ניתן לומר שמסורת כלשהי, אם בכלל, שנתגבשה בנושא זה מייחדת את הסמכות לבית-המשפט העליון בשיבתו כבג"ץ, שהוא זה אשר רכש ניסיון-מה בתחום הביקורת החוקתית על חקיקה בעת שהוגשו לו עתירות שבהן הותקפה חקיקת הכנסת בתקיפה ישירה.

בצד "מסורת" שיפוטית זו ניתן להצביע על כך, שהצעות חוק יסוד: החקיקה, שבעבר²⁹ מציעות להפקיד את הסמכות בידי בית-המשפט העליון לבדו. הצעת חוק

27 כך בענייני מכרזים. ראו בג"צ 991/91 פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50; ובענייני תכנון ובנייה ראו בג"צ 1921/94 סוקר נ' הועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, פ"ד מח(4) 237. ראו גם חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (תיקון מס' 43), ס"ח תשנ"ה, 450.

28 ראו בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693; בג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1; בג"צ 141/82 רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לז(3) 141; בג"צ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529.

29 ראו הצעת חוק יסוד: החקיקה, תשל"ו-1975, ה"ח 135; הצעת חוק יסוד: החקיקה, תשל"ח-1978, ה"ח 326. ראו והשוו גם הצעת חוקה לישראל, שגובשה על-ידי פרופסורים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב בשנת 1987, שבה הוצעה הקמתו של בית-משפט לחוקה, שיהיה בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לחוקה ואשר ידון בחוקתיות חוקים בהרכב של שבעה שופטים או יותר; וכן הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון) (בית-משפט לעניינים חוקתיים), ד"כ 125 (התשנ"ב) 2749-2753, 2851-2852 — הצעת חוק פרטית של ח"כ משה שחל (עבודה) מיום 3.2.92, שלא הובאה לדיון ולאישור בשל המחלוקת שעוררה.

יסוד: החקיקה, התשנ"ב-1992³⁰, שהונחה על שולחן הכנסת ה-12 בלי שנדרונה, מעלה הסדר שלפיו ניתן יהיה להשיג אך ורק בפני בית-המשפט העליון, כבית-משפט לעניינים חוקתיים, על תוקפה של חקיקת הכנסת³¹. מדברי ההסבר להצעה ברור, שיסודה ברצון להבטיח אחידות של מערכת-השפיטה בשני מובנים: הן בהפקדת הסמכות בידי בית-המשפט העליון בלבד, להבריל מבתי-המשפט הנמוכים, הן באי-הקמת בית-משפט חוקתי נפרד, כנוהג בארצות שונות. האחידות מובטחת בכך, שפסיקה בהקשר זה תינתן אך ורק בבית-המשפט העליון, מבלי שתיתכן פסיקה בערכאות נמוכות — פסיקה שלא יוגש עליה ערעור לערכאת-השיפוט העליונה.

אכן, בתחום זה של הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים מקובלות גישות שונות, המבחינות בין הפקדת הסמכות בידי כל בית-משפט ובין הפקדתה בידי בית-משפט מיוחד. במדינות רבות מקובלת השיטה הביזורית, המקנה סמכות לכל בתי-המשפט, וכזהו הדין בארצות-הברית, ביפן, בהודו ובקנדה. יש מהן שהפקידו את הסמכות בידי בית-משפט חוקתי נפרד וכזהו המצב בגרמניה ובדרום-אפריקה, על-פי חוקתה משנת 1994³².

בהקשר זה יש להדגיש, שאת הגישה התומכת בהקמת בית-משפט נפרד לעניינים חוקתיים צריך לבחון לפי "תנאי הארץ ותושביה". כך, למשל, הוקם בית-משפט חוקתי בגרמניה שלאחר מלחמת-העולם השנייה, כחלק ממערך של בתי-משפט המופעלים כמעגלים נפרדים, כך שבית-המשפט לחוקה פועל לצד בית-המשפט המנהלי. נוסף על כך ביקשו המכוננים להקים ערכאה שיכהנו בה שופטים שלא כיהנו בתקופת השלטון הנאצי. בדרום-אפריקה, שבה הוקם בית-משפט חוקתי נפרד ב-1994, הודגש הצורך המיוחד בשאיפה למנות שופטים שאינם מזוהים עם תקופת האפרטהייד ולהביא למינוים של שופטים שחורים, לצד אלה הלבנים.

בעיות ספציפיות אלה אינן קיימות בישראל. יתירה מכך: במציאות הפוליטית הקיימת תביא הקמת בית-משפט נפרד לחוקה לפוליטיזציה מובהקת של השפיטה, העלולה להביא לפגיעה תמורה באמון שירחוש הציבור לפסיקתו של בית-משפט כזה בשעה שידון בנושא הרגיש ביותר של ביקורת חוקתיותה של החקיקה.

הקמת בית-משפט נפרד לחוקה — שבו יכהנו גם מועמדים אשר ייבחרו על-ידי הכנסת³³ — תביא עמה, כמובן מאליו, מינויים פוליטיים מובהקים. מינויים כאלה אמנם אינם נמנעים גם בארצות-הברית שאין בה בית-משפט נפרד לחוקה, וששופטיה מתמנים

30 הי"ח 149.

31 להסדר ראו שם, בסעיף 35.

32 לגישות השונות ראו לעיל הערה 10; באשר לוויכוח בישראל ראו ז' סגל "בית-משפט לחוקה" הארץ,

31.1.95, עמ' ב' 1.

33 ראו להלן, הערה 35.

לכית-המשפט העליון על-ידי נשיא ארצות-הברית, כאישור הסנט³⁴. עם זאת, נראה הדבר, שהסמכת בית-משפט מיוחד לקיים ביקורת חוקתית גוררת עמה אפשרות ליחיד השפעות פוליטיות על הליך בחירת השופטים. השפעות פוליטיות מקובלות בשיטות-בחירה שונות, ויש הרואים השפעות כאלה גם על שיקול-דעתה של הוועדה לבחירת שופטים בישראל³⁵, אך מה שקיים יגבר מאוד אם יוקם בית-משפט נפרד לחוקה.

ככל שהביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים תלך ותיעשה תופעה מקובלת, כך שייפסלו הלכה למעשה הוראות חקיקה, הגורמים הפוליטיים השותפים לבחירת שופטים בישראל מקרב שרי הממשלה וחברי-הכנסת יהיו מעוניינים יותר בבחינת הרקע האידאולוגי של המועמדים למינוי. ברוח זו התבטא שר-המשפטים דאז, חה"כ דוד ליבאי, הסבור שמן הראוי לתהות על השקפותיהם של מועמדים לשיפוט בנושאים כאכיפת חוק מול זכויות הפרט, מטרות הענישה וכדומה³⁶. דברים אלה מבטאים — לדעתי — השקפה ראויה. אכן, יהיה זה סביר לעמוד על השקפותיהם של מועמדים לשיפוט, בעיקר בבית-המשפט העליון, בשאלות-יסוד של שיטת-המשפט. כך, למשל, בשאלות שעניינן נוסחת האיזון הראויה בין זכויות-יסוד שונות — למשל: בין חופש העיתונות לביטחון המדינה — או — בין הזכות לחירות אישית ובין שיקולי טובת הציבור; מדיניות הענישה; שיקול-הדעת הראוי לפסילת ראייה בגין דרכי השגתה; היקפה הראוי של "החקיקה השיפוטית" באין הסדר חוקי מפורש בנושא מסוים ועוד. אפשר להניח שהוועדה לבחירת שופטים — שמיוצגות בה שלוש הרשויות, המחוקקת, המבצעת והשופטת, וכן עורכי-הדין — תתייחס בעתיד ביתר שימת-לב לרקע האידאולוגי של מועמדים לשיפוט, ובעיקר בבית-המשפט העליון. גם ניסיון לתהות על הרקע הפוליטי של מועמד, אם אכן יש רקע כזה, יכול להיות רלבנטי. עם זאת יש לקוות שבישראל תישמר המסורת הראויה, שלפיה רקע פוליטי מובהק כחברות בכנסת או בממשלה או פעילות במפלגה פוליטית, תמנע כרגיל מינוי לבית-המשפט. זאת בניגוד למדינות אחרות, שבהן רקע כזה יכול לשמש דווקא בסיס למינוי לבית-משפט בעל סמכות חוקתית.

34 ראו H.J. Tribe *American Constitutional Law* (2nd ed., 1988) 244-246. ראו גם L.H. Abraham *The Judicial Process — Analysis of the Courts of the United States, England and France* (5th ed., 1986); S. Shetreet *Judges on Trial — A Study of Appointment and Accountability of English Judiciary* (1976); S. Shetreet "Who Will Judge — Reflections on the Process and Standards of Judicial Selection" *The Australian Law Journal* (1987) 767.

35 ראו S. Shetreet *Justice in Israel — A Study of the Israeli Judiciary* (1994) 272-277.
36 ראו ג' אלון "ראיון עם שר המשפטים דוד ליבאי" הלשכה — בטאון לשכת עורכי הדין, הוצע המחוזי, ירושלים (גליון מס' 29, פברואר 1996) 3, 7.

הגישה, כפי שהועלתה בעבר, בדבר הסמכתו של בית-המשפט העליון כבית-משפט לחוקה, נושאת עמה כוח שכנוע רב. היא נזנחה רק בשעה שהונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק יסוד: החקיקה, משנת 1993, בעת כהונתה של הכנסת ה-13³⁷. בהצעה זו הושמט הרעיון של הסמכת בית-המשפט העליון לבדו לכהן כבית-משפט לעניינים חוקתיים. בדיונים שהתקיימו בשנים 1995-1996 התגבשה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הצעת חוק יסוד: החקיקה, שהכילה כמה שינויים בנוסח שהתפרסם בשנת 1993. גם בהצעה זו הושמטה הוראה בדבר הסמכת בית-המשפט העליון לבדו לכהן כבית-משפט לחוקה, בלחצן של סיעות דתיות שלא היו נכונות להקנות לבית-המשפט העליון כוח שכזה³⁸. אי-נכונות זו מבוססת גם על רצונן של סיעות אלה להשאיר פתח לאפשרות הקמתו של בית-משפט חוקתי, שיהיה נפרד מבית-המשפט העליון. שתיקה זו שבהצעות חוק יסוד: החקיקה, האחרונות יכולה להביא להמשך המציאות הקיימת, שלפיה מוסמכים כל בתי-המשפט להכריז על בטלות חקיקה. אם אכן זה ימשך להיות דין המציאות, הרי שהדבר עומד בניגוד לניסיון שהתגבש בישראל, שלפיו רק לבית-המשפט העליון הזכות לדיון בשאלה כזו. גישה זו היא גם הראויה, בהתבסס על מידת האמון הרחבה ביותר שרוחש הציבור הישראלי לבית-המשפט העליון³⁹. אין כל ביטחון

37 ה"ח 91.

38 להקשר הנדון ראו ז' סגל "חופש הביטוי ימתין עד שיבוא אליהו" הארץ 3.4.96, עמ' ב 6. בתקופת כהונתה של הכנסת ה-13 (12.12.94) אף הונחה על שולחנה הצעת חוק של חה"כ יגאל ביבי (מפד"ל). לפי הצעה זו (שלא פורסמה ברשומות), יוקם בית-משפט נפרד לחוקה, שיכלול תשעה שופטים: שלושה שיומלצו על-ידי בית-המשפט העליון, שלושה שיומלצו על-ידי הכנסת, שני דינים שיומלצו על-ידי בית-הדין הרבני ושופט אחד של בית-הדין השרעי, לפי המלצת שופטיו. על-פי ההצעה, יכהנו השופטים עשר שנים; פסיקתם תתקבל בדעת רוב; בכל מקרה של ביטול חוק תינתן לכנסת "תקופת-חסד" של שישה חודשים לשם יישוב הסתירה בטרם תיכנס ההחלטה בדבר הביטול לתוקף. כמה חודשים לאחר-מכן הבהיר צוות בכיר במשרד-המשפטים, שלא יוקם בית-משפט מיוחד לחוקה, ובית-המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ או כבית-משפט לערעורים, הוא שיוסמך לפסוק בדבר חוקתיות חוקים, על-פי תיקון שיוצע לחוק יסוד: השפיטה. ראו ג' אלון "צוות בכיר במשרד המשפטים — לא יוקם בית-משפט מיוחד לחוקה" הארץ 6.6.95, בעמ' 8. הצעה ברוח הצעת חה"כ ביבי הנ"ל הועלתה בעת תחילת כהונת הכנסת ה-14 על-ידי שר התחבורה, חה"כ יצחק לוי (מפד"ל). ראו טובה צימוקי, "בית משפט לחוקה עם אנשי רוח" ידיעות אחרונות 28.8.96, עמ' 7.

39 ראו ג' ברזילי, א' יערי-יוכטמן ז' סגל בית-המשפט העליון בעין החברה הישראלית (תשנ"ד). מהמחקר שביסוד הספר עולה בין השאר, כי מבין רשויות-השלטון (הממשלה, הכנסת והרשות השופטת) נהנה בג"ץ מלגיטימציה רבה כמיוחד. ראו — בעמ' 69. כן הוברר, כי רוב הציבור (כ-65%) תומך בהענקת סמכות לבית-המשפט העליון לבטל חוק של הכנסת אם החוק אינו הולם את עקרונות הדמוקרטיה הישראלית. ראו בעמ' 216.

סקר דעת-קהל, שפרסם מכון דחף בפברואר 1995 העלה, כי 74% מהציבור תומכים בהסמכת בית-המשפט העליון כבית-משפט לעניינים חוקתיים. סקר דעת-קהל, שנערך ב-1996 הראה כי 82%

בכך, שאותו ארון רחב מוקנה גם לבתי-המשפט הנמוכים האחרים, לפחות בעת שמדובר בסמכותם להכריז על בטלות חקיקה של הכנסת.

ז. ביקורת חוקתית — ההרכב הראוי

בעת שהועלו בישראל הצעות לחקיקה, שעניינה הסמכת בית-המשפט העליון כבית-משפט לעניינים חוקתיים, הוצע שהסמכות להכריז על בטלות חוק תופקד בידי הרכב מיוחד של שבעה שופטים⁴⁰ או של תשעה שופטים, או מספר בלתי-זוגי גדול יותר — כפי שיוורה נשיא בית-המשפט העליון⁴¹. באין הוראה חקוקה, שעניינה מספר שופטי בית-המשפט העליון, האמורים להכריע בשאלת חוקתיותו של חוק, מן הראוי לבחון את ניסיון העבר, המצומצם כשלעצמו. כך, למשל, בעניין כלל⁴² החליט בג"ץ, ברוב דעות של שניים כנגד אחד, שלא להכריז על בטלותו של החוק שנדון שם⁴³. עם זאת, בשל ביקורתם של השופטים על ההסדר שדובר בו, לא רחוקה היתה האפשרות שהחלטתו הראשונה של בית-המשפט העליון על בטלותו של חוק, בהיותו מנוגד לחוק יסוד: חופש העיסוק, תינתן בהרכב רגיל של שלושה שופטים, ואף זאת ברוב דעות של שניים כנגד אחד. ניתן להניח, שבית-המשפט העליון הכיר בכך שלא ראוי להחליט על בטלות חקיקת הכנסת בהרכב רגיל ולפיכך כונן הרכב של תשעה שופטים בעניין בנק המזרחי. גם בעבר — לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק — בעת שהועלתה בבג"ץ הטענה שחקיקת הכנסת סותרת את חוק יסוד: הכנסת, דן בג"ץ, בדרך-כלל בהרכב מורחב של חמישה שופטים⁴⁴.

הרכב של תשעה שופטים מתוך הארבעה-עשר המכהנים כיום נראה סביר, אם כי ראוי יותר המספר הבלתי-זוגי הגדול ביותר של שופטי בית-המשפט העליון, כלומר:

מהציבור ורחשים אמון לבית-המשפט העליון, וזאת בכל מגזרי האוכלוסייה, פרט לקבוצות של מצביעים בעבור רשימות חרדיות ודתיות. ראו ט' צימוקי "ל-82% מהציבור יש אמון בביהמ"ש העליון" ידיעות אחרונות 29.8.96, עמ' 12.

40 כאשר להצעת הפרופסורים לחוקה לישראל ראו לעיל הערה 29.

41 ראו לעיל הערות 30-31.

42 בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441. פסק-הדין ניתן באוקטובר 1994.

43 חוק קרנות הפנסיה (קרנות חדשות) (הוראת שעה), התשנ"ד-1994.

44 כך בענייני ברגמן, אגודת דרך ארץ ורובינשטיין, לעיל הערה 28. עם זאת, בעניין תנועת לאו"ר (שם), דן בג"ץ בעתידה דומה בהרכב רגיל של שלושה שופטים. ניתן לשער, שהרכב רגיל נראה היה סביר בעיני מי שהחליט על כך, הואיל ונתגבשה כבר הלכה בשאלת בטלותו של חוק בגין פגיעתו בעקרון השוויון שבסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, כשלא נתקבל החוק ברוב הדרוש של 61 ח"כים.

שלושה-עשר שופטים במספר השופטים הקיים. כך, בעניין זנדברג⁴⁵, דן בית-המשפט העליון בהרכב של שלושה-עשר שופטים בטיעון כנגד חוקתיותו של חוק⁴⁶. בית-המשפט קבע — מפי הנשיא אהרן ברק, בהסכמת שנים-עשר השופטים האחרים — שהחוק האמור, שהוא חוק תשריר, הוא חוקתי. החלטת בית-המשפט העליון ניתנה, כאמור, על-ידי הנשיא, והשופטים האחרים הסכימו לה בלי להוסיף דברים משלהם. ניתן להגות, שפסק-דין זה ניתן לאחר ליבוץ הנושא על-ידי השופטים כולם. נראה, שפסק-הדין האחד, שלא נלוות לו הערות של שופטים אחרים, כשמדובר בהסכמה עמו, יש בו כדי להגביר את הוודאות המשפטית ואת אמון הציבור. מספר השופטים מחזק את האמון הציבורי במה שנפסק. נראה אפוא שהרכב בלתי-זוגי מקסימלי הוא ההרכב הראוי, לפחות בתקופת הבראשית של הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים, בעת שמדובר באפשרות לבטלות חוק בהיותו מנוגד לערכי-יסוד או בגין פגיעתו בזכויות-יסוד במידה העולה על הנדרש. בטלות חוק על-פי מושגים עמומים ורחבים, הכורכים השקפות ערכיות, דורשת דיון בהשתתפות מלאה של שופטי הערכאה השיפוטית העליונה. אם נראה הדבר שגם הרכב רגיל של בית-המשפט העליון אינו משמש משענת ראויה להכרזה על בטלות חקיקת הכנסת, קל-וחומר בעת שמדובר בהכרעה כזו שלא על-ידי בית-המשפט העליון.

ח. גישות הקהילה המשפטית

מהספרות המעטה שנתפרסמה בישראל בנושא האמור, עולה ההשקפה שהחלטה על בטלות חקיקת הכנסת ראוי שתהיה אך ורק בידי בית-המשפט העליון. ברב-שיח בנושא חוק יסוד: התקיקה, הביע פרופ' אהרן ברק, אז היועץ המשפטי לממשלה, תמיכה מפורשת בכך שהסמכות לקביעת חוקתיותה של חקיקת הכנסת תהיה בידי בית-המשפט העליון לבדו. לדבריו, מובטח בכך "כי השאלה התחקיתית תתברר על-ידי האורגן העליון; כי לא יהיו החלטות סותרות של בתי-משפט נמוכים, וכי ייתסך הזמן השיפוטי של בתי-המשפט הנמוכים"⁴⁷.

בגישה זו תמך גם פרופ' יצחק זמיר, שראה בהענקת הסמכות לבית-המשפט העליון לברור את הגברת הביטחון המשפטי ואת הבטחתה של הכרעה מהירה⁴⁸. לגישתו, העובדה שמדובר בהכרעה קשה, בעיקר כשמדובר בטענה ערכית הנושאת עמה רגישות

45 בג"צ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור (טרם פורסם. ניתן ביום 2.6.96).

46 חוק רשות השידור (אישור תוקפן של אגרות רדיו וטלוויזיה), התשנ"ג-1992.

47 ראו א' ברק "יסודותיה של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת" ספר ברקת (תשל"ז) 286, 291.

48 ראו י' זמיר "ביקורת שיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א (תשנ"ג) 395.

חברתית רבה, מחייבת שרק בית-המשפט העליון יחליט על כך. לפי גישה זו, הנושאת — לדעתי — כוח שכנוע רב, דורשת החלטה על בטלות חקיקה שיקול-דעת ברמה הגבוהה ביותר ויוקרה מירבית⁴⁹.

גם גישה כגישה של פרופ' רות גביון, המצדדת בריסון שיפוטי רב לפני ביטול חוק, מביאה לתמיכה בכך שאם ביקורת חוקתית היא בגדר עובדה קיימת, הרי שראוי שלא כל בית-משפט יוכל להפעיל ביקורת כזו⁵⁰.

ט. סכנת אי-הוודאות ואי-הציות

הפקדת הסמכות בשאלת חוקתיות חוקים בידי כל בית-משפט נושאת עמה סכנה רבה למקריות בפסיקה, לאי-וודאות ולאי-יציבות, ואף סכנה לאי-ציות.

פריסת רשת רחבה, המסמיכה בתי-משפט ובתי-דין במדינה כולה, יכולה להביא לאי-וודאות רבה, לפחות בכל אותם מקרים שבהם יכריז בית-משפט או בית-דין על בטלות חקיקה בלי שהעניין יגיע לכלל החלטה בערכאת-הערעור העליונה. במציאות של מדינה קטנה כמדינת ישראל לא ייקשה לשער מצב שבו עלולה להתפתח תופעה של אי-ציות לחקיקה, שבית-משפט, ולו גם נמוך, הכריז על בטלותה, אפילו ברור יהיה למשפטנים שאין בהחלטה משום קביעה שיש לה משמעות תקדימית. טלו, למשל, מקרה שבו יחליט בית-משפט, שלום או מחוזי, בעיר מסוימת, על זיכוי של נהג מעבירת תעבורה, הואיל והחקיקה שלפיה הועמד לדין נמצאה בלתי-חוקתית. האם ניתן להניח שנהגים ברחבי המדינה ימשיכו לקבל בשלוות-נפש את הרשעתם בדין על-ידי שופטים אחרים, שלא יהיו כבולים בעולה של ההלכה שנתקבלה בבית-משפט אחר? וכיצד ישפיע זיכוי כאמור על התנהגותם של שאר האוחזים בהגה?

כלומר: עצם קבלתה של החלטה שיפוטית על פסלות חקיקה יכולה להוביל לאי-ציות לאותו חוק, גם אם מבחינה משפטית טהורה ברור שהחלטת ערכאה נמוכה אין עמה בטלות חקיקה במובן הפורמלי, אלא החלטה בדבר אי-יישומה של החקיקה במקרה ספציפי, שתחולתה *in personam* בלבד ואין עמה תחולה *ergo omnes*. טיפול שונה של כמה ערכאות בשאלה מרכזית כחוקתיותו של חוק יהיה בו כדי להצביע על אפשרות לגישות שונות כאשר לאותו חוק עצמו, ובכך ייפגע אמון הציבור בטיב ההכרעה השיפוטית בנושא רגיש זה, כשזו איננה ניתנת על-ידי הערכאה השיפוטית העליונה.

49 שם, בעמ' 410.

50 ר' גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית — זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" מדינה יהודית ודמוקרטית (תשנ"ז) 169, 221.

י. קביעת הסמכות — הלכה שיפוטית או הכרעה חקיקתית

איי-הוודאות המאפיינת שיטה שבה הסמכות להכריז על אי-חוקתיות חוק נתונה בידי כל בית-משפט, הפכה לתופעה מטרידה במשפט הישראלי. כך, בשל החלטת בתי-המשפט המחוזיים נשוא הערעור בעניין בנק המזרחי, בדבר בטלות החקיקה, פנה היועץ המשפטי לממשלה, מיכאל בן-יאיר, לנשיא בית-המשפט העליון דאז, מאיר שמגר, במכתב שבו התבקש הנשיא להנחות את השופטים כך שבית-המשפט, שבפניו טיטען טענה בדבר חוקתיות חוק, יודיע על כך ליועץ המשפטי לממשלה, כדי שזה ישקול התייצבות מטעמו לדיון⁵¹. נשיא בית-המשפט העליון העביר את המכתב האמור לידיעת שופטי בתי-המשפט והביע את דעתו, כי "במקרה בו מתעוררת בדיון בו המדינה אינה צד, שאלת חוקתיותו של חיקוק, נכון היה להזמין ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, או להציע ליועץ המשפטי להתייצב לפי שיקולו"⁵².

ההנחיה האמורה של נשיא בית-המשפט העליון אין בה כדי לחייב את השופטים, ובכל מקרה אין בה כדי לפתור את אי-הוודאות העתידה להשתרש במשפט הישראלי, אם אכן תזכה הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים לזכות עמידה, הלכה למעשה. על רקע אפשרות כזו נראה, שהכרעה בנושא הזה מתויבת המציאות. ככל שהכרעה כזו תתקבל מהר ככל האפשר, כך יימנעו מצבים של אי-ודאות, שעל סכנותיהם הצבעתי לעיל. לא יכול להיות ספק בכך שהגישה הרצויה היא זו של קביעת הוראת חקיקה מפורשת, שתסדיר את שאלת הסמכות להפעלת הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים. נראה, שדרך רצויה ביסודה הותוותה בהוראת סעיף 35 להצעת חוק יסוד: החקיקה, התשנ"ב-1992⁵³.

עם זאת, ניתן — לדעתי — להגיע לייחוד הסמכות לבית-המשפט העליון בשלב ראשוני זה של גיבוש הדין, באמצעות הלכה פסוקה. גישה זו חייבת להתמודד עם קושי העולה משיטת-המשפט בישראל. קושי זה יסודו בין השאר, בהוראת סעיף 76 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, שלפיה אם "הובא עניין כדיון לפני בית-משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור העניין, רשאי בית-המשפט להכריע בה לצורך אותו עניין אף אם העניין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית-משפט אחר או של בית דין אחר". כלל זה, המכונה כחוק בשם "סמכות

51 מכתב היועץ המשפטי לנשיא בית-המשפט העליון (מס' 35294, מיום 1.11.94). הוראה חקוקה ברוח זו קבוצה בסעיף 20 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982.

52 מכתב נשיא בית-המשפט העליון לשופטים (חקג — 1198/70, מיום 3.11.94). לפרסום על גישה זו ראו ג' אלון "שופטים יודיעו מראש ליועץ המשפטי על כוונתם לפסול חוק המנוגד לחוק יסוד" הארץ, 13.11.94, עמ' א 2.

53 ראו לעיל הערה 30.

נגררת", לא נועד כרי להקנות לבית-המשפט סמכות נוספת, אלא כל מטרתו היא לאפשר לבית-המשפט לדון ולהכריע בשאלה אגבית המתעוררת בפניו, ללא צורך להעביר את הסוגייה להכרעת בית-משפט אחר, שברגיל הוא זה המוסמך לדון בסוגייה זו.

הסעיף הנ"ל כולל כמה יסודות מצטברים, שבהתקיימות כולם גם יחד קונה בית-המשפט את הסמכות הנגררת. תנאי מרכזי הוא, שהעניין, אשר בו נדרשת אותה הכרעה אגבית, מצוי "בסמכותו הייחודית של בית-משפט אחר או של בית דין אחר"⁵⁴. דומה, שתנאי זה אינו מתקיים בענייננו, שכן נקודת-המוצא לדיונונו היא, שבשלב זה אין בנמצא הוראת חוק המקנה סמכות ייחודית לדון בשאלת חוקתיותו של חוק לבית-משפט מסוים דווקא. משום-כך אין רלבנטיות להוראת סעיף 76 הנ"ל. אדרבא: דווקא הקניית סמכות ייחודית, כאמור, לבית-המשפט העליון בחקיקה, תקים את האפשרות לשימוש בכלל הסמכות הנגררת ומשום-כך תצטרך חקיקה זו לכלול הוראה ספציפית, המצמצמת את תחולת ההסדר הקבוע בסעיף 76 הנ"ל והשוללת את האפשרות לעשות בו שימוש, כשמדובר בהפעלת ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוק. ניתן אפוא לגרוס, כי כשבסמכות "ייחודית" יציר פסיקה מדובר, לא נשקפת לייחודיות זו "סכנה" מכיוונו של כלל הסמכות הנגררת. כך, למשל, לא התבררו בבתי-המשפט הנמוכים ענייני מכרזים ותכנון ובניה (עד להלכות פסטרנק וסוקר)⁵⁵, חרף קיומו של כלל הסמכות הנגררת בחוק וחרף הוראה מפורשת בסעיף 2(40) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. זו קבעה, שבית-המשפט המחוזי ידון ב"כל עניין שאיננו בסמכותו הייחודית של בית דין אחר". למרות הוראה זו, חזקה היתה על בית-משפט מחוזי הלכתו הפסוקה של בית-המשפט העליון, שלפיה הוא לכדו ידון בעניינים אלה⁵⁶. נושאים אלה התבררו באופן מסורתי בבית-המשפט העליון על סמך ההלכה הפסוקה, שהקנתה לערכאה העליונה את הסמכות המקורית לדון בהם (הגם שמבחינה תיאורטית כונתה סמכות זו "סמכות מקבילה", היתה זו סמכות קרובה יותר לייחודית). כמובן ניתן — לדעתי — ליצור הלכה פסוקה אף בנושא חוקתיותם של חוקי הכנסת, שלפיה תהיה לבית-המשפט העליון סמכות מקורית, מעין-ייחודית, לדון בו, לפחות עד לגיבושו של דין מהותי מקיף. לאחר גיבושו של דין כזה תוכל הסמכות לחזור ולהיות "מקבילה", כפי שנפסק בענייני פסטרנק וסוקר הנ"ל. מסקנה זו מתחייבת — לדעתי — בגין ייחודה הערכי והמשפטי-חברתי של הכרעה כזו, הקובעת "אורחות חיים". אין זה רצוי להעמיד את בתי-המשפט

54 ראו בג"צ 727/85 נוצר נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 589, 600. כן ראו מ' קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי — הלכה ומעשה (מהדורה מורחבת, תשנ"ה), 136-138.

55 ראו לעיל הערה 27.

56 ראו בג"צ 731/86, בשג"צ 91/87 מיקרודף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449. ראו על כך ר' ברק-ארו "משפט מינהלי" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג (תשנ"ד) 211-208, 197.

הנמוכים בעימות עם המחוקק, אפילו ברור שמבחינה משפטית אין בהכרעתם תקדים מחייב.

אכן, ניתן להעלות סימני-שאלה על הכוח להכריע בנושא באמצעות הלכה פסוקה. עם זאת, ניתן לומר שהפרשנות השיפוטית, כעיצובה, נותנת ביסוס אפשרי לפסיקת בית-המשפט העליון, שבה ייקבע ייחודה של ערכאה זו. זאת, בגין הטיב המיוחד של ההחלטה שמדובר בה, הרגישות התברתית שלה וחשיבותה מבחינת שיטת-המשפט. במצב הנוכחי — באין חקיקה מפורשת בנושא — ולפני גיבוש קריטריונים ברורים בשאלות של בטלות חקיקה, תהיה החלטה שיפוטית בדבר ייחוד הסמכות בבחינת הכרח בל-יגונה.

בכל מקרה, בית-המשפט העליון, בעניין בנק המזרחי, החמיץ הזדמנות חשובה לדון בנושא זה ולהציב תשתית מחשבתית בפני המחוקק, לעת שיידרש לסוגייה זו. תשתית זו חשובה במיוחד בהתחשב בעובדה שבנושא זה יקנו הרשויות האחרות משקל מיוחד לגישות השופטים. יש לקוות, שבית-המשפט העליון יידרש לנושא בהחלטה שיפוטית קרובה, אם המחוקק לא יאמר את דברו. ביקורת שיפוטית על-ידי בית-המשפט העליון לברו היא שתוכל להבטיח את אמון הציבור בהכרעות קשות והיא שתוכל גם להבטיח איזון נכון בין כוחו של הרוב בבית-הנבחרים ובין ערכי-היסוד של מדינת ישראל, בהבנה שבית-המשפט העליון ינקוט קו של עליונות מרוסנת בטרם הכרזה על בטלות חקיקה, בעת שמדובר בהכרעה כה רגישה ובעייתית במארג העדין של רשויות-השלטון במדינה.