

האם העליון רשאי לפסול חוקי יסוד?

רות גביזון

בתאריך 21.1.2020 התקיים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית אירוע דיבייט בנושא: "פסילת חוקי יסוד ותיקונים חוקתיים - לאור הדיון המתקרב בחוק הלאום", בהשתתפות פרופ' רות גביזון ופרופ' ברק מדינה. הדברים המובאים להלן הם תמלול הרצאת הדברים של פרופ' גביזון, והמענה לעמדה שהציג פרופ' מדינה.

קישור להרצאה המלאה: www.youtube.com/watch?v=vrCVP4gEc14

הנושא שבחרתם לדון בו הוא נושא מענקי הענקים – מפני שהוא לא דן בשאלה משפטית רגילה, "האם צריך תמורה כדי לסיים חוזה" או משהו מהסוג הזה, אלא הוא בעצם לוקח אותנו אל השאלה האחרונה – מהו המשפט? מה הצידוק למשפט? ומה הם התפקידים ביצירת משפט וביישומו, של השחקנים המרכזיים שלנו: המחוקק, המבצע ובית המשפט?

ואני מאוד מתרגשת מהעמדה של עמיתי, פרופ' מדינה, משום שהיא, בעצם, דומה לעמדה של הקהילה הבינלאומית במשפטי נירנברג. אחת מהטענות היסודיות של הגרמנים שהועמדו לדין שם אחרי המלחמה, הייתה: "אנחנו פעלנו לפי החוק של גרמניה". התשובה של הקהילה הבינלאומית הייתה שהחוק של גרמניה הוא היה כל כך בעייתי, כל כך לא נכון, שאנחנו קובעים רטרואקטיבית שאתם אמנם פעלתם לפי החוק הגרמני, אבל החוק הגרמני איננו בעצם חוק, מפני שהחוק הגרמני הוא כל כך נגד זכויות האדם וכבוד האדם ודגל שחור מתנוסס מעליו. המוסר הכל כך עמוק, שאמור להיות חלק משותף של כולנו, הוא כל כך נגד מה שאתם עשיתם, שהטענה הזאת ש"אנחנו פעלנו לפי החוק" – אינה עומדת לכם.

אני חושבת שבנירנברג צריך היה להגיד שהעובדה שזה היה חוק לא נתנה צידוק. אני לא חושבת שיש חובה מוחלטת של אזרחים לציית לחוק. אבל אני בהחלט לא חושבת שנובע מזה, מה ששמענו עכשיו, שהוא דבר בעיניי מאוד מאוד חדשני בתורת המשפט והוא בעצם חותר תחת ההבחנות היסודיות ביותר בין משפט, מוסר, דמוקרטיה, הגבלת כוח; והוא מאיים לתת, לכל מי שחושב שהוא יכול, לעשות את השיקול שנותן תשובה לשאלה "מהו החוק?", ובכך בעצם מבטל אחת מההבחנות היסודיות ביותר שעומדות ביסוד האידיאל של שלטון החוק.

שלטון החוק אומר שנכון וטוב שאנשים, רשויות, מדינות, קהילה בינלאומית, לא יישלטו על ידי שרירות של אנשים, מצוינים ככל שיהיו, גם מלכים פילוסופים, אלא שהם יישלטו על ידי החוק.

מה זה החוק?

החוק הוא חלק ממערכת נורמטיבית שיש לה היבטים של מוסר, אבל המייחד אותו הוא, שהוא חלק ממערכת נורמטיבית מוסדית המרכזת בידיה את המונופולין על השימוש המוצדק בכוח, ובמובן הזה, היא שונה ממוצר שכוחו הנורמטיבי, אני מסכימה עם ברק, גבוה מזה של המשפט.

המשפט הוא מעשה ידי אדם, ויכול להיות די רע. מוסר הוא בהגדרתו – ה"טוב", וה"טוב" חשוב יותר מהקיים. אבל במערכות חברתיות מורכבות, לא חשוב רק הטוב, אלא חשוב גם איך אנחנו מנהלים את העניינים המשותפים שלנו. ומכיוון שיש לנו מחלוקות עמוקות בשאלה מהו "טוב", הרעיון של שלטון החוק, שהוא הבסיס לסמכות המיוחדת של השופט, הוא שלהבדיל מהמוסר, לחוק יש גם מרכיב פוזיטיבי, חברתי, מוסכם, ולכן התפקיד המיוחד של המערכת הנורמטיבית המשפטית, להבדיל מהמוסרית, הוא לזהות עבורנו כאנשים, את כללי ההתנהגות המוסכמים בחברה שלנו, אלה שייאכפו בחברה שלנו, אלה שאנחנו יכולים לצפות בחברה שלנו – הם המשפט.

התוקף של המשפט הוא התוקף שלו כלפי האיש הרע, האיש שאומר, אני רוצה לדעת איך להימנע מסנקציה של המדינה, לא של האיש המוסרי שאומר, אני רוצה לדעת איך לנהוג באופן מוסרי. חשוב מאוד שכל אדם ישאל את השאלה המוסרית, ואני מסכימה וחוזרת, בעיניי השאלה המוסרית יותר חשובה מהשאלה המשפטית, אבל השאלה המשפטית, כדי שהמשפט יוכל למלא את תפקידו, השאלה המשפטית חייבת להיות שאלה שרוב התשובה עליה איננו התוצאה של הערכה המוסרית שלי, אלא התוצאה של ההחלטה המשותפת של בני החברה.

עכשיו כשאנחנו בונים מערכת חוקתית, אנחנו אומרים – אנחנו לא רוצים שיהיה ריכוז של הכוח בידי רשות אחת, ולכן אנחנו רוצים לעשות הפרדה. היררכיה של נורמות והיררכיה של אורגנים, וההיררכיה של הנורמות והאורגנים משחקות משחק זה מול זה. ההיררכיה האורגנית הגבוהה יותר היא זו שיוצרת את הנורמה הגבוהה יותר. עכשיו, בשיטות מסוימות, האורגן הגבוה ביותר הוא הפרלמנט ואז הנורמה הגבוהה ביותר היא חוק הפרלמנט. נובע מזה, שלאף אחד אין סמכות לבדוק את חוקי הפרלמנט, אלא אם כן יש מחאה ציבורית, תרבותית, מוסרית, פוליטית – אבל זה לא משפט. מבחינה משפטית הריבון, הקודקוד, הוא המחוקק. אנחנו, רובנו, לא מקבלים את השיטה הזאת, גם באנגליה ובמדינות אחרות, אבל יש הרבה מדינות אחרות שזה עדיין הכלל – דמוקרטיה, שמכבדות את זכויות האדם, וחושבות שיותר נכון לתת למחוקק הנבחר, שבסיס האחריות שלו היא הציבור, בתהליכים של משא ומתן ושל פשרות בין קבוצות שונות, לחוקק את החוקים. המבצעים יבצעו את החוקים, ואנחנו, המשפטנים, התפקיד המיוחד שלנו הוא לעזור למחוקק לחוקק חוקים טובים, לעזור לממשלה לבצע את החוקים בצורה חוקית וטובה, וכשופטים – לפתור סכסוכים, בין פרט לפרט ובין פרט למדינה, שמבוססים על פרשנות החוק הקיים. זה מקור כוחנו, ולכן נבחרים שופטים, בדרך כלל, כאנשים שיש להם שכל ישר, מצפון חזק, יושרה גדולה וידיעה של החוק, והתפקיד שלהם, מה שהם נשבעים אליו הוא, שלא יהיה להם אדון פרט לחוק. לא כתוב מוסר, לא כתוב ציבור.

כמובן שהשאלה מה חשוב לשופטים, ואיך שופטים עושים את זה היא שאלה מאוד מאוד גדולה והיא שאלה של תורת המשפט הכללית. אבל עכשיו אנחנו מגיעים לשאלה אחרת. יש שיטות משפט, כל שיטת משפט מתמודדת עם הבעיות האלה, כל שיטת משפט עונה את התשובה שנראית לה נכונה, לשאלה מהי הנורמה העליונה והאורגן העליון. תמיד יש שיטה של לדחוף את זה יותר למעלה, מפני שבסוף תמיד

מישהו הוא הפרשן המוסמך של החוק. אם אנחנו אומרים שיש לנו שלטון החוק, ושלטון החוק הוא האידיאל, ואז יש לנו פרשן מוסמך של החוק, אז, בדרך הטבע, מי שמפרש באופן מוסמך את החוק, הוא זה שיחליט מהו החוק שיחול גם על רשויות אחרות.

פה יש בעיה, כי, בעצם, אנחנו אומרים השופט, שהוא הפרשן המוסמך של החוק, בייחוד אם החוק הוא גם חוקה – הוא יכול להיות זה שיפרש באופן מוסמך את החוק; ולכן יגביל את הממשלה, כמובן, אין שום בעיה, אבל גם את המחוקק. לא רק את המחוקק, אומרים לנו עכשיו, אלא גם את הרשות המכוננת, זאת שעושה את החוקה, שהיא אמורה להיות המקור, שהוא זה שבכוחו אנחנו מגבילים את המחוקק.

מה אם החוקה היא נוראה? מה אם עושים תיקון קטסטרופלי לחוקי היסוד? התשובה הפשוטה היא, תיקון קטסטרופלי לחוקי היסוד לא צריך שיעמוד. מי יחליט שהוא לא צריך לעמוד? אותו בית משפט, שהתפקיד המרכזי שלו הוא לפרש את החוק הקיים ומקור סמכותו הוא החוק הקיים, הוא גם זה שיגיד לנו מתי מותר לבית המשפט לבטל חוק של הכנסת? רע מאוד המצב.

הדילמה של בית המשפט היום היא דילמה מאוד מאוד קשה. כי צודק ברק, שהתשובה לשאלה הזו היום במדינת ישראל איננה משפטית, כמו לפני פס"ד ברגמן, ולפני פס"ד בנק המזרחי. התשובה לשאלה אם לבית המשפט יש סמכות לבטל את חוקי הכנסת, לא הייתה שאלה משפטית, זאת הייתה שאלה חוקתית-פוליטית, אבל בית המשפט נתן לה תשובה והמערכת הלכה עם התשובה הזאת. המערכת קיבלה את התשובה ולפי הכללים שלנו על איך עושים משפט, נעשה משפט. היום אין ספק, שיש לבית המשפט סמכות מסוימת, שנויה במחלוקת בהיקף המדויק שלה, לפסול חוקי כנסת. לא כולם שמחים עם זה, אבל זו המציאות המשפטית.

לגבי חוקי היסוד, התשובה עדיין לא ברורה, והיא צריכה להינתן לא מתוך שיקולים כלליים, שעכשיו קצת דיברנו עליהם, אלא מתוך שיקולים ספציפיים ישראליים, ולפי דעתי, צודקת [הנשיאה] חיות לחלוטין כשהיא אומרת מצד אחד, אני לא רוצה להגיד שאף פעם אין סמכות, כי זו לא אופציה – אולי יהיה משהו נורא כמו הנאצים, ואז נרצה להגיד יש סמכות, חובתנו, לכן אנחנו לא רוצים להגיד שאין סמכות.

אבל מה נגיד? נגיד שיש לנו סמכות אבל לא נפסול את החוק? זה דבר די נורא, מפני שיש אלה שאומרים שחוק הלאום זו חקיקה קטסטרופלית, מה יותר קטסטרופלי יהיה לנו מחוק הלאום? אז אולי בכל זאת נגיד שאין לנו סמכות? פה צריך להבין איזו חכמה של המערכת השיפוטית. החכמה אומרת, אל תתנדב לדון בשאלות שאינן שאלות בתחום הלגיטימיות המפורש שלך, והשאלה האם יש לבית המשפט סמכות לבטל חוקי יסוד כרגע, אינה שאלה משפטית, וטוב לבית המשפט להימנע ממנה.

אנחנו מדברים באותן מילים ועקרונות יסוד, אבל התפיסות שלנו על השאלה שעומדת לדיון, הן באמת די מנוגדות, גם אם הן לא מניבות תגובה אחרת, בהכרח, לשאלה ספציפית כזו או אחרת. אני חושבת שהדבר הזה הוא מאוד חשוב, ואני אציג אותו במלוא הברוטות שלו, מפני שכמו שאנחנו שמענו עכשיו, ברק חושב שהשאלה הכי חשובה היא מה טוב רק לבסוף. הוא מסתכל על כל השחקנים ואומר: המערכת הפוליטית זה די קטסטרופה – זה צבוע, זה אינסטרומנטלי, זה נמוך, זה כוחני – כל זה, לצערנו, נכון מאוד. המערכת

הממשלתית, אתה בכלל לא יודע מאיפה היא באה ולאן היא הולכת, ובתוך כל המחליטים האלה, מי הוא זה שאני יכולה לסמוך על היושרה שלו ועל הערכים שלו? התשובה שלו היא בית המשפט.

זו תשובה מאוד מושכת, כי באמת בית המשפט מובנה בצורה, שחלק מהדברים הבוטים האלה שיש במערכות הפוליטיות, לא קיימים בבית המשפט. אני רוצה לטעון שזה לחלוטין לא מספיק. מפני שזה נכון שבית המשפט, כאילו, יש לו פחות ארוס, לא מאמינה שיש לו הרבה פחות ארוס, בנוי אחרת, אבל הוא בכוונה בנוי אחרת.

אני לא רוצה שהשאלה מה טוב תוכרע בבית משפט, אני גם לא רוצה שהיא תוכרע בלשכה של פילוסופים, אני לא רוצה שהיא תוכרע בשום מקום שבו מה שכאילו מכתוב אותה זה תבונה כללית ואוניברסלית. אני רוצה שבדמוקרטיה שלי, בחברה שלי, ייקחו בחשבון את כל האנשים, והדרך היחידה שאני מכירה לקחת בחשבון את כל האנשים, היא לקיים בחירות חופשיות. יש לנו בעיות עם הדבר הזה, הוא מניב תוצאות נוראות, יכול להיות שכל הרעיון של דמוקרטיה הוא עומד בסימן שאלה, אבל אי-אפשר לתקן את הרעיון של דמוקרטיה בלהגיד – אנחנו מעבירים את הסמכות להחליט בעניינים הכי חשובים שלנו, מהציבור, מהמפלגות, מהמנהיגים הדתיים והפוליטיים, מהדיון הציבורי, מהמריבות של החלקים בציבור הזה, אנחנו את כל זה משתקים ואת כל המלחמות שלנו אנחנו מנהלים בבית המשפט.

אני מזמינה אתכם לחשוב על השאלה, מה יקרה בחברה הישראלית אם בית המשפט יחליט. זה שהוא לא ייטה להחליט אני מסכימה איתו, אבל זה טקטיקה, זה לא מפני שחלקו לא רוצה להחליט ושמשפטנים מצוינים לא קוראים לו לבטל את חוק היסוד כבלתי-מתיישב עם הכרזת העצמאות, ערכי היסוד וכל הדברים האלה.

תזכרו, אין במדינת ישראל חוקה. כל הדוקטרינה הזאת שואבת את כוחה מזה שיש חוקה, שהיא מה שהעם רצה, והתיקון החוקתי בעצם משבש את החוקה. אבל לנו אין חוקה, חוק יסוד כבוד האדם וחירותו הוא גם כן חצי תיקון, אין לנו עדיין חוקה. אם הייתה לנו חוקה, אפשר היה אולי להגיד – אלה שעכשיו תיקנו את החוקה הם בעצם כוחות הרוע. אבל אין דבר כזה כוחות הרוע אצלנו בחברה, כל מה שיש לנו זה הציבור, והשאלה בסוף היא מי מחליט בשאלה מי מנהיג אותנו, מי קובע האם הטוב הוא, שברירת המחדל תהיה שבית המשפט איננו פוסל חוקי כנסת. במשך 40-50 שנה בית המשפט העליון במדינת ישראל לא פסל אף חוק של הכנסת. לא חושבת שהייתה פגיעה מאוד חמורה בזכויות האדם שנבעה מחוסר היכולת הזו, ועד היום חלק גדול מהוויכוחים שלנו הם לא ויכוחים על חוקים אלא על קווי מדיניות ודברים אחרים.

אנחנו הולכים למקום שבו השאלה היחידה היא מה שפיט? מה קובע בית המשפט העליון? בית המשפט העליון איננו קשור לציבור. הוא קורא את מה שאומר הציבור לפי מה שהוא חושב, הוא קורא את מה שטוב לפי מה שהוא חושב. אני לא מאמינה שכל החכמה נמצאת בידי בית המשפט העליון. אני תמיד הייתי יותר קרובה לערכים של בית המשפט העליון מפני שלערכים של חלק מהכוחות הפוליטיים שמכבים בחברה הישראלית. זה לא מפריע לי לרגע להיות בטוחה שאסור, באיסור חמור במשטר דמוקרטי שמגביל את הכוח, להעביר את הכוח, להחליט בשאלות האידיאולוגיות הכי חמורות של מדינת ישראל כמו האם היא צריכה להגיד, ולעמוד מאחורי זה, שמדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי וכו'. השאלה הזאת איננה משפטית, אסור שהיא תקבע ותיחתך בבית המשפט, חיוני שהיא תמשיך להיות בוויכוח סוער בין ימין ושמאל, דתיים וחילונים, יהודים וערבים, ותיקים וחדשים. כל זה

הוא דבר שאנחנו מאיימים עליו, אם אנחנו מקבלים, שהדרך הטובה להחליט החלטות היא מפני שהשופטים הם יותר נחמדים, יותר הגונים ופחות אינטרסנטים וכוחניים מהפוליטיקאים שלנו ומאלה שבחרים אותם.

אני בעד "של העם, על ידי העם, למען העם" – בלי להוציא את העם. העם! העם יחליט!

ברגע שלבית המשפט יש סמכות להחליט, האם יש לו סמכות, וזה המצב אצלנו, אז אין לבית המשפט בעצם שליטה על מה מגיע אליו. מפני שהלא אצלנו אין שפיטות כבר, אין מקום עמידה, אין כמעט שום דבר. הכל מגיע לבית המשפט. מי שקובע מה מגיע לבית המשפט הוא לא איזה מועצת חכמים שאומרת צריך מאוד למעט, מי שקובע מה צריך להגיע לבית המשפט הוא האנשים שחושבים שהחלטה של בית משפט, או אפילו גרירת רגליים בבית משפט או אפילו סתם לעשות רעש בבית משפט – עוזר להם.

ברגע שבית משפט איננו מקבל על עצמו ואיננו מקבל כחלק מהמשטר איזושהי אמירה, "התפקיד שלי הוא בעיקרו תפקיד של החוק הקיים" – ברגע שאנחנו אומרים, "אנחנו עכשיו בחזיתות לגמרי אחרות", המהלך שמזמין את ההבאה אל בית המשפט גורם לא רק לזה שיש התלבטות לבית המשפט; עכשיו ההתלבטות היא דרמטית כי בית המשפט, אם המקרה הוא לא רציני, אז הוא יכול לעשות מה שאני חושבת שבהתחלה חיות רצתה לעשות. היא רצתה לדון בזה בהרכב של שלושה שופטים ולהגיד זה לא בשל להחליט, אין לנו בינתיים סמכות ובואו נעזוב את זה. אבל היא ראתה שהיא לא יכולה מפני שהוויכוח הציבורי נהיה מאוד מאוד גדול, והתחילו להיות טענות משפטיות מאוד רציניות ברמה החוקתית, ואז היא הבינה שאין לה ברירה לדחות את זה כאילו על הסף כי לקחנו מבית המשפט את כל הכלים שאפשרו לו – במחיר מסוים, אני מסכימה, במחיר מסוים – אנחנו לקחנו לבית המשפט את היכולת לבקר חוקים של הכנסת.

בואו ניקח דוגמא אחת, שזה חשוב. המונופולין על דיני נישואין וגירושין, לא "היה נהדר" ולא "עכשיו נהדר", המצב שלנו הוא כל הזמן מורכב ואנחנו מתקדמים. אני חושבת שיש התקדמות מאוד יפה בשיח וברצון להגן על זכויות וגם בתפיסה ובניתוח. יש גם התדרדרויות, המצב הוא לא פשוט. אבל השאלה שלנו היא לא, איך אנחנו מתקדמים כחברה, השאלה שלנו היא איך אנחנו מחלקים את הסמכות להחליט. אני חושבת שמה שקרה בזמן האחרון הוא, שבגלל שלבית המשפט אין מנגנון מכובד להגיד: "חבר'ה, זה לא אצלי, תעשו את המלחמה במקום אחר", כמו למשל חוק נישואין וגירושין. חוק נישואין וגירושין עכשיו אפשר בין חוקי היסוד לעשות כל מיני דברים. אפילו הנשיא ברק אמר לי פעם אני יכול לבטל את חוק נישואין וגירושין. אמרתי לו, אולי אתה יכול, אבל אל תעשה את זה, זו לא העבודה שלך.

אם בית המשפט יכול להגיד ב"straight face" – זו לא העבודה שלי, אז כשהוא אומר, זו לא העבודה שלי, לא קורה שום דבר. אבל אם בית המשפט אומר, מה שברק אומר לנו, כשזה נורא חשוב אני אכנס, אז כשבית המשפט מחליט לא להיכנס, או להיכנס קצת, אז פתאום אומרים לו: רגע, איפה כל הערכים ואיפה כל המוסר?

אנחנו מביאים לכך שבית המשפט פתאום צריך לשרת את המוסר. זה לא טוב לבית המשפט, זה לא טוב לחברה הישראלית, זה לא טוב לבית המשפט שנתפס כמעוז המוסר האחרון. לפעמים כשאתה מפעיל כוח, אתה מוכרח לדעת להגביל אותו, כוח בלתי-מוגבל הוא כוח שאיננו עושה את העבודה. חכם הוא זה שלא



נכנס למקום שבסוף הוא ישלם מחיר עצום של לגיטימציה כשהוא ינסה לממש את ההבטחה שאסור היה לו להבטיח מלכתחילה.

ציטוט מוצע: רות גביזון "האם העליון רשאי לפסול חוקי יסוד?" **רשות הרבים** (1.10.2021).