

חוקת היוריסטוקרטיה

משה קופל¹

מי מחליט, מי קובע

חוקה מספקת את התשובה לשאלה יסודית אחת – מי קובע מה. ואיך פירושה הוא, זיל גמור.

בדמוקרטיה, האזרחים הם המחליטים, בסופו של דבר - באמצעות נציגיהם הנבחרים. כמוכן שהנציגים עלולים להגיע להחלטות בלתי צודקות. לפיכך, חוקות קובעות עקרונות בסיסיים מסוימים אשר אותם אין להפר. עם זאת, השאלה המתבקשת היא אפוא, מי יקבע מתי הופרו עקרונות אלה. אם מדובר בגורם אחר, מלבד נציגי הרוב שמפניהם אנו מבקשים הגנה, הבעיה רק מחריפה. מי יגן עלינו מפניו? הרי ערבך ערבא בעי, ואין לדבר סוף.

אין כל פתרון לבעיה זו. בסופו של דבר, למישהו יש את זכות המילה האחרונה, ואותו מישהו, יהא אשר יהא, עלול לחולל אי-צדק. המירב שאליו הגיעו חברות דמוקרטיות הוא מנגנונים מאזנים אשר מחלקים את קבלת ההחלטות בין מספר גופים שונים התלויים זה בזה. בדרך זו, סביר שגורמים הפועלים למען האינטרס הפרטי שלהם יצטרכו למצוא לכל הפחות הסדרים הקבילים גם על גורמים אחרים המתחרים בהם.

כך, השלטון נחלק מקדמת דנא לשלוש זרועות נפרדות אך תלויות זו בזו: הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת. בדמוקרטיה מודרניות, נוסף על יישוב מחלוקות בין אדם לחברו, עוסקת הרשות השופטת גם ביישוב מחלוקות בין אדם לבין המדינה, ובאופן שכזה מפקחת בפועל על רשויות השלטון האחרות. הדבר מחזיר אותנו לשאלה הבערת שלפנינו: מי יפקח על בתי המשפט?

לדמוקרטיה מגוון רחב של מנגנונים המיועדים למנוע מבתי המשפט מלצבור כח רב מדי. היות ועל בתי המשפט להכריע בדיון באופן בלתי תלוי, המגבלות נסובות סביב השאלות 'מי ישפוט' וכן 'מה שפיט':

- שופטים בעלי סמכות להכריע בנושאים חוקתיים ממונים על ידי רשויות השלטון האחרות, כך שבסופו של דבר המינויים ישקפו את רחשי הציבור.
- החוקים הנוגעים לזכות העמידה מגבילים את הסוגיות שבתי המשפט רשאים לדון בהן לשאלות הנוגעות לתובענה של אדם מסוים ולא בסוגיות שיש בהן עניין עקרוני בלבד.

¹ פרופ' משה קופל הוא חבר המחלקה למדעי מחשב באוניברסיטת בר-אילן. הוא אחד המחברים של הצעת החוקה של המכון לאסטרטגיה ציונית.

- כללי שפיטות מגבילים את העניינים שבתי המשפט רשאים לדון בהם, ובמיוחד שוללים מבתי המשפט "את החרב ואת הכיס".
- רף מבחן אי-הסבירות – המשמש קריטריון שלפיו מותרת התערבות בית המשפט בהחלטות מנהליות של רשויות האחרות – הינו גבוה ביותר, כדי למנוע מבתי המשפט מלהחליף את שיקול דעתן של הרשויות האחרות בשיקוליו שלו עצמו.
- הזכויות אשר בשמן פועלים בתי המשפט כבסיס להתערבותם מוגדרות היטב.
- לבתי המשפט אין כל השפעה על התביעה הכללית ועל משרד היועץ המשפטי לממשלה, המחליטים בעצמם באילו תיקים לפעול.
- על פי רוב, הסמכות לבטל חוקים של המחוקק מוגבלת בדרכים שונות: הקביעה כי חוק אינו חוקתי מוגבלת למעמד של חוות דעת מיעצת (באנגליה), או יכולה להתממש אך ורק על-ידי גוף פרלמנטרי כחלק מתהליך החקיקה (בצרפת), או שהיא נתונה להתגברות על ידי הפרלמנט (בקנדה), או שהיא שמורה לבתי משפט לחוקה שאופיים פוליטי בעליל (כך במרבית מדינות אירופה).

בית המשפט העליון בישראל

בישראל לא נהוגה אף לא אחת ממגבלות אלה בפני צבירת כח רב מדי על ידי הרשות השופטת:

- שופטי בית המשפט העליון מתמנים על ידי וועדה בת תשעה חברים, ללא כל שקיפות ציבורית, ובה דומיננטיות לשופטים מכהנים המתואמים בינם לבין עצמם.
- בית המשפט העליון מתערב בנושאים מנהליים באמצעות דיון סלקטיבי בעתירות שמעלות קבוצות לחץ הנעדרות כל מעמד של ממש.
- בית המשפט העליון זן בעתירות העוסקות בנושאי תקציב המדינה, ביטחון המדינה, מדיניות חוץ, ושאלות פוליטיות אחרות שהינן בעליל חלק מסמכותן של הרשויות הנבחרות.
- בית המשפט העליון פיתח דוקטרינות של "סבירות" ושל "מידתיות" שאינן אלא דרכים אלגנטיות להמיר את הכרעות הגופים הנבחרים בפסיקותיו שלו.
- בית המשפט העליון מתבסס על זכויות מעורפלות כגון "הזכות לכבוד" כדי להגן על כל חירות שניתן להעלות על הדעת, לרבות הזכות לייבא בן זוג מארץ אויב, זכותם של ילדים שלא לספוג את נחת זרועם של הוריהם, הזכות של אדם למיגון ביתו מפני ירי טילים, וזכותם של אלו היורים את הטילים ליהנות מאספקה סדירה של חשמל.
- היועץ המשפטי לממשלה, האמור לשמש כפרקליט עבור הממשלה, הפך למעשה לנציגו של בית המשפט העליון בתוך הממשלה: היועץ מתמנה על ידי וועדה בראשות שופט, שבעצמו מונה על ידי נשיא בית המשפט העליון; היועץ המשפטי מחויב כלפי בית המשפט העליון אם הוא מעוניין להתמנות

לכס השיפוט בעצמו; זה לא מכבר נאמר ליועץ המשפטי לממשלה (בתיק פנחסי) כי הוא כלל אינו מחויב להגן על הממשלה; ואף נקבע לאחרונה כי החלטותיו נתונות לביקורת בית המשפט העליון (תיק קצב).

• בית המשפט העליון נטל לעצמו את הזכות לבטל חוקים מבלי שקיים המנגנון לקביעת התנאים שבהם הדבר ייעשה וכיצד.

יש הטוענים כי העצמת בית המשפט משמשת לחיזוקן של הזכויות ולביצורה של הדמוקרטיה. אלא שטענה זו אינה קוהרנטית דיה אפילו כדי להיות שגויה, שכן היא מתייחסת לשאלה המבנית – "מהו המנגנון של איזונים ובלמים אשר יבטיח באופן הסביר ביותר כי רשות כלשהי לא תגרום נזק ניכר?" באמצעות התשובה המהותנית "שום גורם אינו קנאי יותר מבית המשפט העליון לרדיפה אחר צדק וחירות" (או בניסוח פטרוני יותר, "דווקא אתה ושכמותך, הפגיעים ביותר, כאשר כוחות הרשע רודפים אתכם - אל מי תפנו אם לא אל שופטינו הנאורים").

מבחנה האמיתי של דמוקרטיה של ממש הינו, שהיא אינה מבלבלת בין שאלות המבנה לשאלות המהות. טענות מהותניות מסוג זה אינן מוגבלות בשום פנים להגנה על בתי משפט פעלתניים מדי. (דמיינו, למשל, את "שום גורם לא יהיה קנאי יותר לרדיפה אחר צדק וחירות מאשר הוד רוממותו המלך הטוב והמיטיב", או "דווקא אתה ושכמותך, הפגיעים ביותר, כאשר כוחות הרשע רודפים אתכם - אל מי תפנו אם לא אל אבינו שבשמים"). במסגרת ההגות הדמוקרטית, טענות שמשמעותן שיש להשעות את האיזונים ואת הבלמים לטובת גוף זה או אחר כדי להשיג תוצאה טובה יותר, נתפשות בצדק כמיועדות רק להשיג עמדה וייחוס לאותו גוף ולאנשי שלומו.

במקרה הספציפי של בתי המשפט בישראל, אותיר לשיפוטו של הקורא להכריע האם בתי המשפט הם המילה האחרונה אודות הישר והטוב, לעומת גורמים אחרים. נקודה זו הינה בלתי רלוונטית לחלוטין. השאלה שאותה יש לשאול היא: מי רשאי וצריך להכריע בסוגיות של מדיניות ציבורית – נציגי הציבור, אשר נבחרו לצורך כך, או קליקה קטנה שאינה כפופה לציבור.

הנצחת הסטטוס קוו וקידושו

בית המשפט העליון בעצמו הוא שחיסל את כל מנגנוני ההגנה מפני היפר-אקטיביזם שיפוטי (למעט הליך המינויים הייחודי, שנחקק על ידי הכנסת). עם זאת, בית המשפט מודע היטב לכך שמרבית אמצעי הגנה אלה יכולים לשוב על כנם באמצעות חקיקה. האיום הגלום בחקיקה שכזו נותר הבלם היחיד בפני בית המשפט.

הדרך היעילה ביותר לחסל איום זה, הינה לעגן את הכוח שבית המשפט העליון נטל לעצמו במסגרת חוקה שיהיה כמעט בלתי אפשרי לשנות. המכון הישראלי לדמוקרטיה, בתיאום עם בית המשפט העליון, השקיע מאמץ ניכר ומשאבים רבים להשיג מטרה זו בדיוק.

החוקה המוצעת על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה² מכסה את שלושת התחומים שאותם חוקות מכסות בדרך כלל: עקרונות יסוד, זכויות ומבנה הממשל. באופן כללי, המסמך המוצע על ידי המכון אינו מתאפיין ברעיונות מקוריים במיוחד, והינו רופף להפליא: על פי רוב, החוקה המוצעת אינה מבחינה נכונה בין נושאים חוקתיים של ממש לבין פרטים שוליים שאותם מוטב להותיר לחוק הרגיל. מגמת המרכיבים "היהודיים" המופיעים בחלק העקרוני (ראו להלן) משקפת הלך רוח שמאלי, חילוני וציוני-למחצה, כאשר בד בבד משליכים עצמות ספורות לעבר הדתיים ולעבר הערבים.

אלא שכל זה אינו העיקר. ליבת המסמך, ולאמיתו של דבר מטרתו, הינה הכוח שהוא מעניק לרשות השופטת. זאת, באמצעות חמש דרכים:

1. הליך המינויים הקיים מעוגן בחוקה.
2. בית המשפט העליון מוסמך במפורש לפסול חוקים כבלתי חוקתיים, ללא כל מגבלות.
3. בית המשפט העליון מוסמך במפורש להוציא צווים כנגד כל גוף ציבורי שהוא, ללא כל מגבלות.
4. רשימה ארוכה של זכויות, מרביתן אמורפיות ובלתי מוגדרות כראוי ("הזכות לכבוד", "הזכות לחירות" – רק "הזכות לזכויות" נעדרת), זוכה לעיגון בחוקה, ומהווה בסיס לכוחו הכפול של בית המשפט העליון, כמתואר לעיל.
5. ניתן לשנות את החוקה אך ורק בתמיכתם של שמונים חברי כנסת לפחות.

קיצורו של דבר, הצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה מעניקה לבית המשפט העליון, הממנה את עצמו, כוח בלתי מוגבל של ביקורת שיפוטית הן על הרשות המחוקקת והן על הרשות המבצעת, בהתבסס על רשימה ארוכה של זכויות מעורפלות, ללא כל מנגנון לתיקון המערכת.

ונימוקו עמו. שהרי, שום גורם אינו קנאי יותר מבית המשפט העליון לרדיפה אחר צדק וחירות...

מדינה יהודית

אחת התוצאות החיוביות האפשריות של חוקה, הינה גיבושם של עקרונות מנחים קונצנזואליים בכל תחום שנוי במחלוקת, במטרה להגביל את ההשפעה המפלגת של הדיון הציבורי ביחס לנושאים. דבר זה חשוב במיוחד ביחס לנושאים שמוטב כי ילובנו במסגרת פשרה, ולא בין כותלי בית המשפט.

² <http://www.idi.org.il/hebrew/ebooks/CONST/part%202.htm>

ללא ספק, הנושא המפלג ביותר את הציבור הינו אופייה היהודי של המדינה – הן מן הבחינה הלאומית והן מן הבחינה הדתית. עקרונות היסוד של הציונות – כי ישראל היא הבית הלאומי של העם היהודי, כי מעייניה של ישראל נתונים לשלומם של כל יהודי, כי ישראל פועלת למען שימורה של המורשת היהודית וקידומה, וכי ישראל פועלת ליישוב הארץ – צריכים להיות מקודשים בחוקה כעניין עקרוני וחיוני. יתירה מכך, היות וערכים אלו מאוימים באופן ישיר על ידי סעיפי החוקה ועל ידי מרחב התמרון השמור לבית המשפט העליון כמפרש של אותם הסעיפים, הדרך היחידה להגן על ערכים אלה מפני מתקפה חוקתית היא להעניק להם את הגנתה המפורשת של החוקה עצמה. אף על פי כן, ערכים אלה אינם מופיעים בהצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה, לא במפורש ולא במשתמע³.

בהתייחס לנושאים דתיים, הצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה כוללת הסדר מעניין, אשר במסגרתו מספר קטן של נושאים ליבה יהיו חסינים מפני ביקורת חוקתית ("א) סעיף 163 [הקובע את ההסדר בדבר פסילת חוק על ידי בית-המשפט העליון בשל אי-תקפותו החוקתית – מ.ק.] לא יחול ביחס לדבר חקיקה שעניינו אחד הנושאים המנויים בסעיף-קטן (ג). (ב) בבוא בית המשפט לפרש דבר חקיקה בעניין מן המנויים בסעיף-קטן (ג) אין חובה עליו להעניק עדיפות פרשנית להוראותיה של החוקה."

על פניו, הרעיון מאחורי ההצעה הוא לנטרל את מעורבותו של בית המשפט העליון בנושאים רגישים אלה, כך שהרשות המחוקקת תוכל למצוא להם פתרונות. זהו רעיון נכון וטוב. דא עקא, הביצוע לקוי, שכן הוא מניח כמובן מאליה את רצונו הטוב של בית המשפט העליון לכבד את רוח ההסדר הזה. בית המשפט אינו זקוק לחוקה כדי לפסול חקיקה, שכן הוא יכול לעשות זאת כבר עתה בהסתמך על חוקי היסוד הקיימים, לכל מטרה שיחפוץ. יתירה מכך, הניסוח החלקלק, האומר כי "אין חובה עליו להעניק..." אינו מגביל כלל ועיקר בית משפט שאינו מעוניין להגביל את עצמו.

בתמורה לסעיף זה, שהינו מפחיד-לכאורה אך למעשה חסר כל שיניים – אשר המכון הישראלי לדמוקרטיה מציג כויתור עצום לחוגים הדתיים, עד כדי כך שהינו מדיר שינה מעיני ליברלים רבים – אין המכון מעגן ולוא הסדר קלוש אחד ויחיד בענייני דת. אדרבא, החוקה המוצעת כוללת איסור מקיף על חקיקה דתית ("לא יישללו זכויות, ולא יוטלו חובות על אדם מטעמים שעיקרם דת"). תהא דעתו של אדם אשר תהא אודות חקיקה דתית, יש לתת את הדעת על האפקט של איסור החקיקה על הדיון הציבורי. כל חקיקה מוצעת שהיא, תידרש לעמוד בפני ההאשמה כי היא "מטעמים שעיקרם דת", ר"ל. יהיה ניתן להגן על חקיקה מטעמי סוציאליזם, פמיניזם או כל פסוידו-דת אחרת, ובלבד שהיא אינה דת של ממש.

³ נושא אחד אשר לגביו החוקה המוצעת של המכון הישראלי לדמוקרטיה דווקא נוקטת עמדה איתנה, הוא נושא האזרחות. החוקה קובעת כי בן או בת זוג של אזרח (שאינם זכאים לעלות מכוח חוק השבות) זכאים בהכרח לאזרחות. קביעה זו סותרת חקיקה של הכנסת לאחרונה, המיועדת למנוע מצב של הגירת אנשים עוינים למדינה, בדומה למדיניות שמדינות רבות באירופה נוקטות לאחרונה.

מסקנה

חוקה יכולה למלא תפקיד מועיל בחברה שסועה. היא יכולה להוות בסיס מוסכם ותשתית של עקרונות מאחדים, אשר יש בהם כדי למתן את החריפות של הדיון הציבורי. אלא שטכניקה זו יכולה להצליח הלכה למעשה רק אם החוקה יוצרת מנגנונים המעודדים פשרה ואמון הדדי, המעודדים אזרחים ליטול על שכמם את נטל הממשל העצמי, תחת להטילו על מומחים מטעם עצמם, אשר בתורם ישושו לגמד את האזרחים.

המחוקקים, לא בתי המשפט, הם האמורים להגיע לפשרות. המחוקקים, לא בתי המשפט, הם הכפופים לעם. חוקה המגבירה את כוחם של בתי המשפט, מבלי לכלול איזונים ובלמים מתאימים, אינה מעודדת פשרות ומחלישה את אמון הציבור. בתי משפט ממלאים תפקיד חיוני בחברה דמוקרטית, אך אם הם נוטלים לעצמם סמכויות לא להם, אלא השמורות לנבחרי הציבור, בתי המשפט הם שייכרעו תחת הנטל – והם יפילו את המשטר הדמוקרטי כולו יחד עמם.

על כל אחת מרשויות השלטון לקבל את סמכויותיה באופן הממקסם את יעילותם של האיזונים והבלמים בהשגת הסדרים הוגנים ובני קיימא. אלו המעוניינים להגביר את כוחה של רשות אחת על חשבון רעותה, רק משום שהם סבורים כי הדבר יקדם חזון פוליטי או אידיאולוגי מסוים, לא ישיגו זאת ובודאי לא יחזקו בכך את הדמוקרטיה.

יש להגן על הדמוקרטיה לא רק מפני עריצים, אלא אף מפני אלו הנושאים את שמה לשווא.