

## רב שיח:

### פסק דין בנק המזרחי<sup>1</sup> – לאחר שלוש שנים\*

פרופ' זאב סגל (מנחה): "ואולי לא היו הדברים מעולם? ואולי מעולם לא השכמתי עם שחר לגן, לעבדו בזיעת אפי. מעולם לא טיהרתי בתכלת שוקטה ובחום של כינרת שלי, הוי כינרת שלי. ההיית? או חלמתי חלום?" (רחל). כשאנחנו נמצאים לשפת הכינרת, ותוהים על "המהפכה החוקתית", אנחנו יכולים לשאול "המהפכה החוקתית" ההיית? או חלמתי חלום? פסק הדין בפרשת בנק המזרחי, מעורר כיום בקהילייה המשפטית ויכוחים רבים. אנחנו יודעים שחוקי-היסוד הישראליים עד 1992, כמעט ולא נגעו בהגנה על זכויות אדם, חוץ מהזכות לשוויון בבחירות, שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. היה ניסיון של משרד המשפטים בשנת 1990 לגבש חקיקה כוללת שנוגעת לזכויות אדם. לאחר מכן התחיל תהליך של פירוק לגורמים, חקיקת חוקי-היסוד, וכך הגענו לשני חוקי-היסוד מ-1992 חוק-יסוד: חופש העיסוק, שהוחק מחדש ב-1994, וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שהוחק ב-1992. על רקע החוקים האלה התעוררה שאלה הגדרתית מעניינת. השופט אהרן ברק מדבר על "המהפכה החוקתית"; השופט מנחם אלון אומר "אין מהפכה חוקתית", פרופ' קלוד קליין מדבר על "המהפכה החוקתית השקטה"; פרופ' יוסף ארעזי מכתיר את מאמרו "מהפכה חוקתית – האמנם?"<sup>2</sup>; פרופ' דוד קרצ'מר מדבר על "מיני מהפכה". אני מוכן לדבר על מעין מהפכה חוקתית, שטרם ידענו מה משמעותה והיקפה, הלכה למעשה. נראה בעיני שקבלת חוקי-היסוד בשנת 1992 הייתה בבחינת נס חוקתי. הנס אירע הואיל ורוב חברי הכנסת היו אז טרוידים בעניינים אחרים בתקופה שבטרם בחירות. חוק-יסוד: חופש העיסוק התקבל ראשון ברוב של עשרים ושלושה ח"כים וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ברוב של שלושים ושניים כנגד עשרים ואחד. השופט ברק כידוע ראה בחוקי-היסוד אלו מהפכה חוקתית<sup>3</sup>.

\* רב השיח התקיים במושב הפתיחה בכנס השנתי של העמותה למשפט ציבורי, שהתקיים בין התאריכים 26–28 בנובמבר 1998 במלון גלי כינרת בטבריה. רב השיח נערך לשם פרסום בכתב העת ואינו כולל את הערות קהל המשתתפים בכנס.

1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: פרשת בנק המזרחי).

2 "מ' ארעזי "מהפכה חוקתית – האמנם?" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 453.

3 א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 253.

מה כלול בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? הזכות לחיים, לשלמות הגוף, לכבוד האדם, לקניין, לחירות, חופש התנועה, הזכות לפרטיות ולצנעת החיים. חופש העיסוק לא הוגדר. יש בחוק-היסוד זכויות מפורשות הנקראות בשמן, ויש גם זכויות מסתרות. אני קורא להן "הזכויות המסתרות" – זכויות בנות בלי שם. כלומר האם אפשר לומר שבחוקים האלה, בעיקר תחת כבוד האדם וחירותו, מסתרות הזכויות כמו חופש הביטוי, חופש הפולחן והדת, חופש היצירה, הזכות לשוויון, חופש החוזים, הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים וכדומה? כך אפשר לומר על הזכויות המסתרות האלה ההייתן או חלמתי חלום? בכך קיימת מחלוקת פוסקים בבית המשפט העליון. ישנה גישה מרחיבה, של השופטים ברק, אור, מצא, (שטרסברג-כהן בסימן שאלה) שלפיה נכללות זכויות אלה ב"כבוד האדם". ישנה גישה צרה, בעיקר של השופטים זמיר וחשין, שלפיה אין לכלול ב"כבוד האדם" זכויות כשוויון, שלא הוכרו במפורש, וזאת לצורך תביעה שחוק בטל בהיותו סותר חוק-יסוד. כלומר יש על זה היום מחלוקות וויכוחים לא מעטים בחברה הישראלית. ספר מרתק של פרופ' Laurence Tribe מאוניברסיטת Harvard עוסק במשמעות שתיקותיה של החוקה האמריקאית. השאלה היא מה משמעות שתיקת חוק-היסוד כאשר לקיומה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים. בשני חוק-היסוד אין הוראה על ביקורת שיפוטית ישירה. אין גם סעיף עליונות (Supremacy Clause) שאומר זה החוק העליון של המדינה, כמו בחוקה האמריקאית או בחוקה הקנדית. יש בחוק-היסוד החדשים פסקת הגבלה (Limitation Clause) המוכרת לנו מהחוקה הקנדית. זו הגבלה על כוח הכנסת לפגוע בזכויות היסוד שהוכרו. כך אפשר לפגוע בחוק, או לפי הסמכה מפורשת בחוק, וזאת רק בחוק ההולם את ערכי מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ושפוגע בזכויות היסוד, במידה שאינה עולה על הנדרש. כלומר לפחות דבר אחד ברור, זוהי סטייה מהעיקרון של המלומד Deicey שהפרלמנט יכול לעשות כל דבר חוץ מאשר להפוך גבר לאישה. אין לנו יותר מחוקק כול-יכול, לפחות לגבי חוקים מ-1992 ואילך, שאפשר להעמיד אותם לטבילת אש חוקתית. השאלה מי יעשה את טבילת האש הזאת, כאשר המחוקק שותק? בפסק הדין בפרשת בנק המזרחי, שניתן ב-9.11.1995 בהרכב של תשעה שופטים, נקבע שלכל בית משפט בארץ סמכות להכריז, על בטלות חוק המנוגד לחקיקת יסוד שיש בה "פסקת הגבלה", כלומר: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק.

אין הכרעה במשפט החוקתי שלנו בשאלה מה יהא דינו של חוק המנוגד לחוק-יסוד, שאין בו פסקת הגבלה. זהו נושא הראוי בדיון, אם כי לי נראה שניתן לקיים ביקורת שיפוטית גם במקרה כזה. עם זאת יש לזכור שפסק דין בפרשת בנק המזרחי מבוסס על הכרה בביקורת שיפוטית הצמודה לקיומה של "פסקת הגבלה" חרף העובדה, שניתן להסכים לכך ש"פסקת הגבלה" סוללת דרך לביקורת שיפוטית, אין להתעלם מהעובדה שחוק-היסוד לא הסמיך את בית המשפט, מפורשות, לקיים ביקורת שיפוטית-חוקתית. אין ספק בכך שהסמכה מפורשת כזו הנה רצויה ועדיפה על שתיקה.

פסק הדין בפרשת בנק המזרחי, שאני לא אכנס לפרטיו, קובע בתמצית, שיש שריון מהותי תקף, כך שיש הגבלה תוכנית על חקיקת הכנסת. מטילים על כוח החקיקה של הכנסת הגבלה מהותית-תוכנית-ערכית, וזה החידוש החשוב. אומר השופט ברק באותו פסק דין: עם חקיקת חוקי-היסוד חל שינוי מהותי במעמד של זכויות האדם בישראל. ישראל היא דמוקרטיה חוקתית, הצטרפנו לקהיליית המדינות הדמוקרטיות, שלהן מגילת זכויות אדם חוקתית. אומר השופט זמיר, דבר מעניין: המהפכה החוקתית, לא התחוללה ב-1992, כשנחקקו חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. היא התחילה לפני שנות דור בפסק דין ברגמן נ' שר האוצר<sup>4</sup> שנכתב בידי השופט לנדוי ושם נאמר: אם הכנסת הטילה על עצמה מגבלה חוקתית, שוויון בבחירות ואמרה שאין לפגוע בשוויון אלא ברוב של 61, הרי כשהיא פגעה בשוויון, ברוב שמתחת ל-61, בית המשפט יאמר את דברו, ויקבע לגבי תקפות החוק ואפילו יאמר שאי-אפשר לפעול לפי החוק, כפי שהיה בפרשת ברגמן.

בהקשר הלגיטימיות להישען על פרשת ברגמן כתשתית להחלטה בפרשת בנק המזרחי פורסם לפני כשנתיים ב"מעריב" מאמר של משה גורלי<sup>5</sup>, שסקר כנס שקיימה העמותה למשפט ציבורי. הכותרת שלו הייתה: "לנדוי מכחיש את אבהותו". אמר אז השופט לנדוי לפי אותם דברים שנרשמו "אני רוצה למחות מחאה חריפה על שאומרים כי פסק דין זה בפרשת בנק המזרחי הוא צאצא של פסק דין ברגמן. אני עומד כאן צורח ככרוכיה, לא נכון".

במאמר שפרסם השופט לנדוי<sup>6</sup> הוא אומר שביום 9.11.1995, בישר לנו בית המשפט העליון בפסק דינו בפרשת בנק המזרחי, (שאותו אקרא להלן פסק דין סתם) שעם חקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו נולדה לנו חוקה קשיחה נוסח ארה"ב, עם פיקוח שיפוטי על חוקי הכנסת. באשר לפרשת ברגמן, בית המשפט השאיר שם, בפרשת ברגמן, בפירוש, את כל השאלות החוקתיות פתוחות. לכן אין להסתמך על פסק דין בפרשת ברגמן. טרם שמענו על חוקה למדינה שהתקבלה כמעט בהיחבא... מהפכה חוקתית חייבת להתחולל בגלוי ובמודע, חוקה המשנה את יחסי הגומלין בין רשויות המדינה, אינה יכולה להתקבל בדרך של מחטף חקיקתי.

בהקשר זה גם דבריה של פרופ' רות גביון במאמרה<sup>7</sup> כי הפרשנות שמקבל מהלך החקיקה של 1992 בבית המשפט עומדת בסתירה ברורה, לדבריה, להבנות של המחוקקים אז. כעסם של אותם מחוקקים המרגישים מרומים, הוא זה התורם

4 בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (להלן: פרשת ברגמן).

5 מ' גורלי "לנדוי מכחיש את אבהותו" מעריב 21.3.1996, לסיקור כנס של סניף תל-אביב של העמותה למשפט ציבורי שהתקיים באוניברסיטת תל-אביב ב-16.1.96, לגישת השופט לנדוי ראו גם מאמרו "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 697.

6 לנדוי, שם.

7 ר' גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (1997) 21.

לעיתים המשך המהלך החקיקתי, הוא מגביר גם את החשדנות כלפי בית המשפט וכלפי סמכות הביטול של חוקי הכנסת שהוא שש לקבל על עצמו. עד כאן אלה קרוי המתאר לדיון. השופט לנדוי יהיה ראשון, הוא יציג את עמדתו. לאחר מכן הנשיא ברק יציג את עמדתו.

השופט משה לנדוי: תודה למנחה שלנו, שכבר הכניס אותנו אל תוך טרקלין הדיון. אני צריך לומר – הבהלת אותי לא מעט כאשר התחלת בפרשת ברגמן, אבל בהגינות רבה, גם נתת לי להשמיע את קולי על פרשה זו. אבל לא אחזור עליה כאן, ואף לא אחזור על הביקורת שיש לי על פסק הדין בפרשת בנק המזרחי. יש לכם בכרך שהוכן לכנס זה, העתק של מאמר הביקורת שלי<sup>8</sup> ואין טעם ואין צורך וגם אין זמן לחזור על הביקורת הזאת. ההערות שלי אינן מוסכות על פסק הדין בפרשת בנק המזרחי עצמו. הנושא הוא: "שלוש שנים לאחר פסק דין בנק המזרחי", ובאופן טבעי הערותי מתחלקות לשני חלקים: (1) מה קרה מאז ועד היום? חלק זה יהיה קצר יותר. (2) איפה אנחנו עומדים כיום ולאן פנינו מועדות? זה חשוב לי וזה לפי דעתי צריך להיות מרכז הדיון הזה. על הנושא הראשון: מה קרה בינתיים, רק בקיצור: כידוע לכם, פסק הדין, בפרשת בנק המזרחי קבע שני דברים: ראשית, קיום חוקה במובן של חוק בעל רמה יותר גבוהה שעל פיו נמדד תוקפם של חוקי הכנסת הרגילים. שנית, מתן סמכות ביקורת לבית המשפט על החקיקה הרגילה של הכנסת. כתוב "בית המשפט" סתם וזה ראוי לציון – לקיים את הביקורת על החקיקה הרגילה, לפי תוכן החוקה הקיימת. דעתי בקיצור נמרץ היא: לא היה ולא נברא, לא נולדה לנו חוקה. זאת הזדמנות טובה לשבת כאן על המרפסת ולקרוא את המאמר שלי שהזכרתי<sup>9</sup>. אבל יותר חשוב יהיה לקרוא מסמך אחר הנכלל בחוברת זאת, על מה שקרה מאז. פסק דין בפרשת בנק המזרחי היה, כידוע, כולו להלכה. יש מי שטוען שכל הדברים שנאמרו שם, הם אמרת אגב עצומה, אני בדעה אחרת. אני חושב שבאמת הדברים הם גם לגוף העניין. אבל באופן מעשי, בית המשפט לא הפעיל את הסמכות של ביקורת על החוק, של ביטול חוק, לפי אמות המידה "שבחוקה". זה קרה בפעם הראשונה, כפי שידוע לכל המשפטנים הנוכחים כאן בפסק הדין לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר<sup>10</sup>. בית המשפט הפעיל שם בפעם הראשונה הלכה למעשה, את מה שהוא ראה כסמכותו. הוא ביטל סעיף, אמנם מאד משני, סעיף מעבר בחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995. כך שיש איזה הגיון פנימי במהלך העניינים. קודם קביעת העיקרון. אחר כך הפעלה של העיקרון, אמנם גם זאת בצורה שלא תפסה את תשומת לבו של הציבור, כולל גם את ציבור המשפטנים.

8 לנדוי, לעיל הערה 5.

9 שם.

10 בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (להלן: פרשת יועצי השקעות).

פסק דין שלישי שאני רוצה להזכיר הוא פסק הדין האחרון בפרשת מיטראל נ' כנסת ישראל<sup>11</sup>. שם נדון סעיף ההתגברות שבחוק-יסוד: חופש העיסוק, היינו סעיף 8. אינני רוצה להיכנס כאן לפרטים. נמצא שדי בסעיף ההתגברות כדי להכשיר את חוק הבשר במתכונתו החדשה, למרות פגיעתו בחופש העיסוק. יש באותו פסק דין גם חלק שני, שאני רואה בו חשיבות, איזו זחילה קדימה בזחירות, אחר כך, יבוא פסק דין נוסף ויאמר: כפי שאמרנו בפסק דין בפרשת מיטראל – כך וכך. למה אני מתכוון? הייתה גם טענה נוספת לטוען מטעם העותרים, עו"ד יאראק, הוא אמר: אפילו תדחו את הטענה שלי במסגרת חוק-יסוד: חופש העיסוק, יש לי עוד חץ באשפתי וזה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט בעצם היה חייב לתת תשובה חותכת, ברורה, על הטענה הנוספת הזאת. במקום זה קבע בית המשפט שלושה תנאים שצריך לקיים כדי שטענה זאת תתקבל. אבל אין הוא אומר שהטענה עצמה נכונה, אלא הכול נשאר פתוח. לפי דעתי, זה יותר גרוע מפסק הדין בפרשת ברגמן, מבחינת הפרקטיקה השיפוטית.

פסק דין אחרון שאני רוצה להזכיר, הוא משטח אחר לגמרי. זה ממש מהזמן האחרון. אנחנו מדברים כאן על היחסים בין בית המשפט ובין הכנסת – בית המחוקקים. כולנו יודעים שבמשך הזמן קרו דברים חשובים מאד בהרחבת והעמקת הסמכות להתערבות הזאת. מכיוון שכך, כמה מפליא לדעתי הדבר, שהנה רק לפני כמה שבועות ניתן פסק דין בפרשת מינוי חבר הכנסת פנחס<sup>12</sup> לתפקיד יושב ראש ועדת הכנסת – שאלה קונסטיטוציונית רבת חשיבות. הנה, כאן בית המשפט נהג במידת האיפוק השיפוטי המובהק. אני צריך לומר, אילו ישבתי שם ואילו הייתי חושב שבית המשפט בכלל מוסמך להתערב בהליכי הכנסת, הייתי אומר כי זה מקרה בולט בו יש צורך בהתערבות לביטול המינוי הזה. אמרתי אילו חשכתי שבית המשפט יכול להתערב בכלל. בפסק דין פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת<sup>13</sup> הבעתי ספקות אם בכלל יש מקום להתערבות של בית המשפט בהליכים פנים-פרלמנטריים. היו בידי בית המשפט כל המכשירים, כל הטכניקות, כדי לומר: זה מקרה בולט שבו אנחנו צריכים להתערב. אזכיר את פסק הדין שריד נ' יו"ר הכנסת<sup>14</sup> אשר בו הפסיקה בסוגיה זו התחילה, הפרשנות התכליתית ועוד מכשירים לרוב, שאילו הופעלו, היו יכולים להביא לביטול המינוי המוזר הזה. אבל הפעם בית המשפט נהג בתכלית האיפוק, הוא אמר: איננו מוצאים באותו החוק שום סמכות מפורשת, המאפשרת את זה, לכן לא נתערב במינוי. זה היה פסק דין של שבעה שופטים, ביניהם גם ידידי הנשיא ברק. אני רואה בזה שינוי אקלים, שיכול להשפיע גם על שאלות של פרשנות חוקתית, ביחסים בין הכנסת ובין בית המשפט. עכשיו העיקר – זאת ההרצאה שהרצית אתה, ידידי [הנשיא ברק], ביוני

11 בג"צ 4676/94 מיטראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (להלן: פרשת מיטראל).

12 בג"צ 7367/97 התנועה למען איכות השלטון נ' הי"מ, (טרם פורסם) תקדין עליון 98(3) 1629 (להלן: פרשת פנחס).

13 בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 134.

14 בג"צ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (להלן: הלכת שריד).

שעבר, בפקולטה למשפטים בחיפה. אני רואה בהבעת פניכם שאלה: "מה זה בכלל? לא שמענו על זה". אני אומר לכם שבהרצאה זו אולי אין מהפכה, אבל מהפכונת בגישתו של נשיאנו היקר יש ויש שם. מה כתוב שם? אני משתדל מאז להסביר את זה על כל במה, בעל פה וגם בכתב. הנשיא ברק אומר שם: אני עומד על דעתי בכל תוקף, יש לנו חוקה לפי *Marbury v. Madison*<sup>15</sup>, במתכונת החוקה הפדרלית האמריקנית. אין עוד חזרה מן הדבר הזה. אני אומר שיש חזרה. אבל זו שוב הערת שוליים. בחלק השני, הנשיא ברק, הייתי אומר, מודה במקצת. הוא אומר: נכון שחוקה יש לנו, אבל היא לא בריאה, היא צולעת והיא נכה, ואני רוצה להסביר מדוע הוא אמר את זה. מדוע הדברים הללו מופיעים בהרצאה זו. אגב, ההרצאה נולדה – מותר לי לגלות סודות מהחדר מפני שאתה כבר גילית את זה באותה הרצאה – כי באתי אל הנשיא ברק ואמרתי שצריך לעשות מעשה כדי להכניס קצת יותר בהירות אל תוך העמימות שמסביב לנושא של המהפכה החוקתית. את המונח הזה "עמימות" תמצאו גם בחיבור של רות גביון שכבר הוזכר כאן<sup>16</sup>. איפה העמימות? קודם כל לא קדם דיון ציבורי רציני לחקיקה זו. הנשיא ברק לא ידבר על מחטף, אבל אחרים כן מדברים על מחטף ויש דברים בגו. דיון כמו שאנחנו מנהלים כאן הערב, לא היה. זה יצא מאת בית המשפט, כמו אחת האלות היווניות, פלס אתנה, שיצאה ישר מן המצח של זאוס. בית המשפט בעצמו אמר שיש לנו חוקה – זאת התשובה. אבל זה לא מספיק, מפני שמתעוררת שאלה של הלגיטימיות של האמירה הזאת. החוקה, כפי שהיא תוארה על ידי הנשיא ברק, היא היחידה בעולם שנוצרה באמרי פיו של בית המשפט – חסרות זכויות אדם קלאסיות מרשימת הזכויות. עכשיו מנסים לתקן את זה. שר המשפטים הציג שלוש הצעות חוק חדשות, שוב נקודתיות, לוועדת חוק חוקה ומשפט.

שאלה אחרת, גם היא עמומה: האם בית המשפט העליון בלבד מוסמך להניף את החרב החדה הזאת, או כל שופט? אני יודע ממה שאומרים שופטים, שופטי שלום, שיהיו כנראה עוד מעט שופטי בית המשפט הכללי, כמה הם מתלבטים בשאלה הזאת ואיזה דסטרציות מלומדות הם כותבים על הנושא הזה, כשיותר בריא היה ששאלה כזאת תוכרע רק בבית המשפט העליון. אמנם זה לא ימנע מעורכי דין לטעון בפני שופט שלום: החוק הנדון במשפט זה נוגד את החוקה. הדברים הללו הוסדרו בהצעת חוק של חבר הכנסת דן מרידור, הצעה לחוק-יסוד: החקיקה התלויה ועומדת לפני הכנסת כבר כמה שנים טובות והיא תשובה ברורה, אם כי קצת מסובכת על השאלה הקשה הזאת. ועוד: חסר ה־Supremacy Clause שישנו בחוקה הקנדית למשל, ובחוקות אחרות. לא נאמר בשום מקום שבית המשפט הוא הפוסק האחרון בשאלה של חוקתיות החוקים. כל הדברים האלה מופיעים במפורש, או במשתמע בהרצאת הנשיא, שבאה במקום מאמר שהתכוונו לכתוב שנינו יחדיו. אבל הנשיא ברק לא הספיק לכתוב את המאמר ובמקום זה הרצה את ההרצאה

15 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1803) 137 (להלן: פרשת מרבורי נ' מדיסון).

16 גביון, לעיל הערה 7.

הזאת. אילו היה מעלה את הדברים על הכתב, הדוכרות של בית המשפט הייתה מפיצה אותם, כמו שהיא מפיצה, ובצדק, כל הצהרה חשובה של הנשיא בכתובים. הפעם, הדברים נאמרו בעל פה, והם כאילו נאמרו אל תוך הרוח. איש אינו יודע בעצם שדבר זה קרה. אך הוא חשוב מאד, ובעיקר בשביל הכנסת אם כי אומרים להם מדי פעם שזוהי אתגר שהם צריכים להיענות לו. לא, חס וחלילה! במקום זה הם מטפלים בשאלות חשובות מאד, למשל האם בית המשפט המחוזי לפי הסדר החדש של דו"ח ועדת אור, כשהוא דן בעניינים מינהליים, בכג"צים, האם הוא ייקרא בית המשפט הגבוה לצדק או בית המשפט ה... אינני יודע איזה שם אחר. אני חושב שכאשר מתדיינים בעניינים כגון אלה לעומת השאלה, הייתי אומר הגורלית של תזוזה או לא ביחסים בין בית המשפט והכנסת, אז אין בכלל מה לדבר על יחס נכון. הכנסת פשוט לא רוצה. אני מבין שהיא עסוקה עכשיו בדברים פוליטיים חשובים ביותר, אבל בכל זאת, איפה העיסוק החיוני בענייני החוקה? הכנסת או איזו ועדת משנה שלה חייבות לתפוס פעם את השור הזה בקרניו.

בוודאי ייאמר: אתם, שוללי רעיון החוקה נוסח ארצות הברית, אתם תמיד מסתמכים על אנגליה, שאין לה חוקה כתובה. אין לה עליונות של בית משפט על הפרלמנט, אבל הנה הם חוקקו לפני כמה ימים את ה־Human Rights Act 1998, שיש בו אינקורפורציה של ה־Convention on Human Rights האירופאי אל תוך חוק הפרלמנט. על כן, עכשיו כאילו גם בית המשפט באנגליה מפעיל סמכות של ביקורת על חקיקה של הפרלמנט. אני רוצה לקרוא ממאמר שכתב הלורד צ'נסלור הנוכחי, לורד אירוויין<sup>17</sup>, המשקף את מה שכתוב בחוק הפרלמנט:

"The Courts will now have the power to give effect to the Convention rights in the course of proceedings when they arise in this country and to grant relief against an unlawful act of a public authority (a necessarily widely drawn concept). The courts will not be able to strike down primary legislation. But they will be able to make a declaration of incompatibility where a piece of primary legislation conflicts with a Convention right. This will trigger the ability to use in Parliament a special fast-track procedure, to bring the law into line with the Convention"<sup>18</sup>.

לפי הבנתי הפרוצדורה לא פורטה בחוק עצמו, אלא כנראה בתקנות שנעשו לפי החוק (אנחנו יודעים מה זה fast-tracked procedures מן ההוראה אצלנו שפסק דין חייב להינתן תוך שלושים יום). נאמר שהפרלמנט יכול לנהוג כך, אבל אין הוא חייב לעשות כן.

Irvin of Lairg "The Development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention on Human Rights" *Public Law* (1998) 221.

*Ibid*, at p. 225. 18

ולהלן אומר הלורד צ'נסלור:

"This innovative technique will provide the right balance between the judiciary and Parliament. Parliament is the democratically elected representative of the people and must remain sovereign"<sup>19</sup>.

כך באנגליה הפרוגרסיבית של היום.

"The judiciary will be able to exercise to the full the power to scrutinise legislation rigorously against the fundamental freedoms guaranteed by the Convention but without becoming politicised. The ultimate decision to amend legislation to bring it into line with the Convention, however, will rest with Parliament. The ultimate responsibility for compliance with the Convention must be Parliament's alone"<sup>20</sup>.

אני חותם על זה בשתי ידיים.

רק עוד הערת סיום אחת. יש לי רעיון שאני משתדל לקדם אותו משנת 1971<sup>21</sup>. כמובן אנשים זקנים מתעקשים על דעותיהם ולא מוכנים לחזור בהם. אני עדיין עומד על זה, שפיקוח שיפוטי על חקיקה ראשית, בענייני חלוקת הכוח השלטוני בין רשויות המדינה, דרכי המינוי של שלוש הרשויות הידועות, את זה הייתי נותן לבית המשפט העליון כמו שהוא היום, מפני שאלה דברים שבעיקרם אינם מעוררים שאלות פוליטיות.

אמר לי פעם ידידי אהרן ברק: אבל בכל זאת, כשצריכים להחליט, למשל, על שוויון האזרח, גם אלה הם דברים בגבול הפוליטיזציה. אבל עם זה אפשר להשלים. בדיקת החקיקה לפי מגילת זכויות היא דבר רצוי, אולם המחיר שיש לשלם בעדו הוא גבוה – ולכן: זה לא. אחרי שהסכמנו שנינו שצריך לפנות לכנסת, אני מקווה שמכאן תצא קריאה. אינני מציע החלטה פורמלית. אבל להביא לידיעת הציבור שזאת שאלה ממדרגה ראשונה, שצריך להכריע בה האם אנחנו רוצים בחוקה נוסח מרבורי נ' מדיסון ואם כן, איך אנחנו מחוקקים חוקה כזאת. אלה שאלות שצריכות סוף סוף לבוא בפני הכנסת. אל תגידו לי "נו, הכנסת!". זאת הכנסת שיש לנו, זה המחוקק, זה הנציג של דעת הציבור. אסורה הסגת גבול רק מפני שרשות אחת מרשויות השלטון אינה פועלת כראוי ולכן בית המשפט מקבל על עצמו את התפקיד הזה. זה מביא בסופו של דבר לקריסת הרשות שמתערבת כך ולהמעטת האמון של הציבור בניטרליות של בית המשפט. אני מודה לכם על הקשבתכם.

*Ibid*, *ibid*. 19

*Ibid*, *ibid*. 20

21 מ' לנדוי "חוקה כערך עליון למדינת ישראל?" הפרקליט כז (תשל"א) 30.

הנשיא אהרן ברק: ערב טוב לכם. תמיד נעים לשמוע את משה. תמיד יש בדבריו דברים חדשים מרעננים, ומעוררים למחשבה. גם כאשר אני לא מסכים אתו, הרי זה משום שאני לא מסכים אתו על יסוד רעיונות ומחשבות שלמדתי ממנו. צאו וראו אדם לא צעיר בגילו, עומד לפנינו במלוא המרץ, ועומד על דעותיו וחוזר על דעותיו, זאת תופעה שכולנו צריכים לכבד ולהעריך. על כל פנים אני לעולם לא יכול להתווכח עם השופט לנדוי, ואני לעולם לא יכול לנהל אתו מאבק. אני יכול להעיר הערות אלו ואחרות על דעותיו. משום שאני מכבד אותן כל כך.

אף אני כמוהו, אסקור בקצרה את העבר, אחר כך את ההווה, ובעיקר נדבר על העתיד. עד שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם ופסק הדין בפרשת בנק המזרחי, היו לנו כמובן זכויות אדם, והן ממשיכות להיות. חלקן סטטוטוריות כגון: חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 רובן הלכתיות. עבודה נפלאה של מערכת בתי המשפט בישראל, בראשם בית המשפט העליון, וכמובן קברניט ראשי, השופט לנדוי עצמו. חולשתן של הלכות אלה הייתה בכך שחוק רגיל יכול היה לשנותן ובלבד שהדברים ימצאו ביטוי מתאים. לא הייתה ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. חוק שנגד את חוקי-היסוד, עמד על אותה הרמה כמו חוקי-היסוד. לכן, הוחלו לגבי אותם כללים של חוק מאוחר וחוק מוקדם וחוק כללי וחוק ספציפי וכיוצא בהם. הייתה בעיה של פרשת ברגמן. אני לא רוצה להיכנס אליה.

השינוי כפי שאני רואה אותו, שהתרחש ב-1992 עם חקיקתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם כפי שנתפרשו בפרשת בנק המזרחי, הוא שזכויות האדם המוזכרות בשני חוקי-היסוד האלה, הועלו לרמה חוקתית על-חוקית. כן נקבע כי מותרת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. נתנו את ההנמקה שלנו להשקפה הזאת. מתוך תשעה שופטים, שמונה שופטים חשבו כך. אני משוכנע שכל שופטי בית המשפט העליון, למעט השופט חשין שעומד על דעתו בפסק דין בפרשת בנק המזרחי, חושבים כך. כאשר אני עושה מיפוי של הדעות השונות, כפי שהן עולות היום, עם שני חוקי-היסוד האלה ועם פסק הדין בפרשת בנק המזרחי, נדמה לי שהמיפוי הוא כזה: מצד אחד עומד בית המשפט העליון, רוב רובו, שאמר שני דברים: (א) שני חוקי-היסוד האלה הם על רמה חוקתית על-חוקית. (ב) יש ביקורת שיפוטית. כלומר הוא אמר: הכנסת מסוגלת ליצור נורמה חוקתית על-חוקית, והיא עשתה את זה. בקצה השני עומד השופט חשין, לשיטתו הכנסת לא מסוגלת ליצור נורמה ברמה חוקתית על-חוקית. המקסימום שהיא יכולה לעשות זה לומר שאין לשנות חוק זה אלא ברוב של 61 חברי כנסת. אבל לא מעבר לזה. לא 62. ממילא לא חשוב לחשין אם הכנסת אמרה את זה או לא אמרה את זה, משום שהיא לא מסוגלת לומר את זה.

באמצע נמצא משה לנדוי. משה לנדוי לא אומר בשום מקום שהכנסת לא מסוגלת ליצור נורמה חוקתית על-חוקית. להפך, הוא כמוני, חושב שהיא מסוגלת. כפי שהוא אמר – ואני אמשיך לתמוך בדעה הזאת – אנחנו שנינו מבקשים מהכנסת שתאמר את דברה. רוצה לומר – שנינו מניחים שאם הכנסת תאמר את

דברה – יש לה סמכות לומר את זה. מהו אפוא, השוני בין בית המשפט העליון בפרשת בנק המזרחי לשופט לנדוי? השוני הוא רק בזה, שהשופט לנדוי אומר: אכן הכנסת מוסמכת ליצור נורמה חוקתית על-חוקית אבל היא לא עשתה זאת. היא לא הוציאה את הפוטנציאל הנורמטיבי הטמון בה מן הכוח אל הפועל. ואני משה לנדוי מבקש ממנה שתאמר את דברה, לכאן או לכאן, ואם היא חושבת שצריך, שתוציא את הפוטנציאל הזה מן הכוח אל הפועל. מדוע הכנסת לא הוציאה את הפוטנציאל הזה מן הכוח אל הפועל? משום שבשני חוקי-היסוד על זכויות האדם, אין Supremacy Clause ולא נאמר במפורש כי קיים Judiciary Review. על זה המחלוקת בינינו. משום שאני חושב שהכנסת אמרה בשני חוקי-היסוד האלה, ששני חוקי-היסוד האלה הם Supreme וממילא היא גם אמרה Judicial Review. אני חושב שגם משה יסכים, שלו היה נקבע בשני חוקי-היסוד Supremacy Clause מפורש אז גם הוא היה אומר – טוב, הרי למדנו כבר מפרשת מרבורי נ' מדיסון, שלא צריך לקבוע במפורש הוראה על Judicial Review והיא קבועה במשתמע. אלא הקושי של משה הוא שלא נקבע במפורש Supremacy Clause. אני אומר – יש שם Supremacy Clause, לא מפורש אלא משתמע. זה נובע מהסעיפים השונים של חוק-היסוד: כבוד האדם, ובעיקר סעיף 11, לפיו כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות לפי חוק-היסוד ופסקת ההגבלה.

אני מוכרח לומר כי, ההתמודדות של משה עם פסקת ההגבלה, לא מניחה את הדעת. אם תקראו את מאמרו של משה<sup>22</sup> בעניין זה תראו מה משה אומר, על פסקת ההגבלה? הוא אומר: היא עמומה, היא נותנת שיקול דעת רחב לשופטים. זאת לא תשובה לטענה שזה מבטא רעיון של Supremacy Clause. זאת תשובה לטענה כי זה Supremacy Clause לא טוב. זו לא טענה שזה איננו Supremacy Clause. אכן, סעיף דומה מאד למה שיש אצלנו, יש במדינות אחרות בעולם, והן חיות עם זה. אז אצלנו מותר לפגוע בחוק לתכלית ראויה ולא מעבר למידה הדרושה, וערכיה של מדינת ישראל, ובקנדה: demonstrably justified in a free and democratic society. אז זה יותר ברור? אז אכן הטקסט קצת עמום, אבל ההתמודדות עם פסקת ההגבלה, לפי דעתי, היא התמודדות שאינה מספקת. אין בעצם התמודדות עם פסקת ההגבלה. אך מה שחשוב לי זה לא להתווכח עכשיו על העמדה של השופט לנדוי, אלא למקם אותו על המפה. הוא הרבה יותר קרוב אלי מאשר חשין למשל, בנקודה הזאת. משום ששנינו מסכימים, כלומר הוא מסכים ובית המשפט העליון, בפרשת בנק המזרחי, מסכים שהכנסת שלנו יכולה לחוקק חוקה.

משה, במאמרו<sup>23</sup> מותח ביקורת חריפה למדי גם על שמגר, על התיאוריה שלו, של הריבונות של הכנסת, וגם על תורת שני הכובעים שלי. אך היש לו תורה יותר טובה? נניח שהכנסת תחוקק את חוק-היסוד: החקיקה, שהוא רוצה בו כל כך, ושגם אני רוצה בו כל כך. ויבוא מישהו ויאמר – אבל אין לה סמכות לחוקק את זה.

22 לנדוי, לעיל הערה 5.

23 שם.

מה התשובה לטענה זו. תשובתי שלי ברורה – תורת שני הכובעים – לכנסת יש סמכות, שכן היא רשות מכוונת. מה התשובה של משה? אין לו תשובה. משום שאת תורת שני הכובעים הוא דחה. את הגישה של שמגר הוא דחה. מה נשאר לו? אני חושב שהוא יצטרך לחזור לאחד משנינו. אני חושב שהגישה שלי בעניין הזה יותר נכונה. אבל לא אכפת לי, שייקח את שמגר לעניין הזה, משום שהוא מוכרח להסביר לעם ישראל איך הכנסת יכולה לחוקק חוקה, על יסוד מה? אני חושב שהוא חייב לתת לנו תשובה על השאלה הזאת.

לגוף העניין, כפי ששמעתם, משה מבדיל בין הצד של זכויות האזרח, לבין הצד המוסדי. זאת אבחנה חשובה. היא אבחנה שהוא העלה בעבר וגם היום. היא לא נראית לי. כלומר אני בעד הצד המוסדי, אבל אני גם בעד זכויות האדם, ואם אני צריך לבחור בין השניים, אני מעדיף את זכויות האדם על הצד המוסדי.

אני מוכרח לומר שזה נראה לי טרגי שמדינת היהודים שקמה לאחר השואה, דווקא היא, לא מיישמת את אחד הלקחים הגדולים של השואה, לאמור: הגנה חוקתית על זכויות האדם. ההגנה החוקתית על זכויות האדם חוקה אחרי מלחמת העולם השנייה, כאחד הלקחים העיקריים של השואה. זה מופיע בכל הספרות. כמוכן היו גם הגנות לפני כן, מגילת הזכויות האמריקאית – The Bill of Rights האמריקאי הוחק לפני השואה. אבל הדחיפה החזקה להגנה חוקתית על זכויות האדם, באה דווקא אחרי מלחמת העולם השנייה. רוב רובן של המדינות הדמוקרטיות, יש להן חוקה ויש שם פרק על זכויות האדם ויש ביקורת שיפוטית. משה צודק, לא כל המדינות, ובוודאי שאפשר לקיים זכויות אדם בלי חוקה, ובוודאי שאפשר לקיים זכויות אדם עם חוקה, בלי ביקורת שיפוטית – זה נכון. אבל אם רוצים לתת שיניים לזכויות האדם, אם לוקחים זכויות אדם ברצינות, צריך חוקה עם פרק על זכויות אדם וביקורת שיפוטית. זה נראה לי עצוב מאוד שמדינת ישראל, שם נמצאת שארית הפליטה, שדווקא אנחנו, מהאחרונות בדמוקרטיה, שהולכות בכיוון הזה. אני מצטער שמשה כאשר הוא כבר מסכים שתהיה חוקה ותהיה לנו נורמה חוקתית עליונה, מגביל את זה דווקא לצד המוסדי, ועוזב את הצד של זכויות האדם. באנגליה למשל, חל לאחרונה שינוי מסוים. אנגליה לא נתנה לשופטים את הסמכות לבטל את החוק, אבל יש להם את הסמכות להכריז שהחוק לא מתאים לחוקה. באנגליה זה מספיק. הביקורת של משה כל השנים, נגד מעורבות שיפוטית בענייני זכויות האדם, הייתה: זה לא טוב שבית המשפט יישב ויעשה את האיזונים ויחליט שמצד אחד אינטרס הציבור, מצד שני הזכויות השונות, ויגיע למסקנה שזה נוגד או לא נוגד את החוקה. אבל זה בדיוק מה שהשופטים האנגלים יצטרכו לעשות עכשיו. נכון שהם, השופטים, לא עושים את הפסיקה בסוף. משום שבתרבות המשפטית האנגלית אין צורך בזה, אם בית משפט יאמר שהחוק הוא לא חוקתי, אז בית המחוקקים האנגלי יתקן את זה. אם ידעתי שגם אצלנו זה יהיה כך, אף אני הייתי מסתפק בזה. אבל הביקורת הבסיסית של משה, לא הייתה "מה פתאום מבטלים את החוק?", הביקורת הייתה – לא לערב שופטים בפוליטיקה. לא להכניס אותם לצורך יצירת האיזונים האלה. עכשיו,

השופטים האנגלים יצטרכו לעשות את האיוונים האלה. לכן נדמה לי, שהמבצר האחרון, או כמעט האחרון חוץ מניו זילנד, שנשאר למשה, נפל. יתר על כן, ובכך לא נדון, האנגלים כפופים לבית הדין האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג, שם יושבים שופטים לא אנגלים, למעט אחד, אשר יכול לקבוע שחוק אנגלי לא חוקתי והאנגלים צריכים לשלם פיצויים וכיוצא באלה.

עכשיו רבותי מה קרה מאז ועד היום? אני חושב שמשה אמר מעט מדי על מה שקרה מאז ועד היום, משום שאני חושב שבשלוש השנים האלה, קרה הרבה מאד. לא רק פסק הדין בפרשת יועצי השקעות, בעיני זה שולי, ולא רק פסק הדין בפרשת מיטראל. אלא מה שקרה מאז, הוא כמה דברים:

א. המושג של כבוד האדם וחירותו, חדר לתודעה הציבורית הישראלית. מהילדים בבתי הספר, ועד לבוגרים, הנבחנים בבחינות באזרחות, לחיילים, למורים, לתלמידים, לסטודנטים, לעם ישראל. לפעמים קשה לי לחשוב איך בכלל חשבנו חשיבה קונסטיטוציונית, לפני שהמושג הזה קיבל את העוצמה שיש לו עכשיו? זה לא רק עורכי הדין שטוענים את זה יום יום בבתי המשפט, וכ-90% מהמקרים לא לעניין. לא נורא, אני שמח שהם עושים את זה. משום שלאט לאט הדברים יתאפסו.

ב. יש שינוי בתרבות המשפטית והפוליטית הישראלית. קחו את הכנסת. היום הכנסת, כאשר היא מחוקקת חוק שפוגע בזכויות אדם, מודעת לכך שהיא צריכה לקיים את ההוראות של פסקת ההגבלה – היא בודקת את זה. זה לא היה כך בעבר, אז שלט עקרון ריבונות הכנסת. היום אין יותר ריבונות של הכנסת, יש ריבונות של העם. הכנסת צריכה להתאים את עצמה למסגרת החוקתית – והיא עושה את זה.

רבותי, זה שינוי גדול מאד. חברי הכנסת מודעים לחוקי-היסוד, יותר מאתנו. הם פועלים על פיהם יותר מאתנו. הם יודעים מה בית המשפט אמר ויגיד, יש להם יועצים משפטיים מצוינים שאומרים להם: רבותי, אתם צריכים לקיים את פסקת ההגבלה, והם עושים את זה. שמחתי הגדולה ביותר הייתה, אילו היו עוברות הרבה שנים, ואפילו חוק אחד לא היה מתבטל. וכי יש איזה שהוא שופט שנהנה להכריז על בטלותו של חוק? אנחנו ממעטים לבטל חוקים. עשינו את זה כמו שמשה אמר, בסעיף אחד שולי למדי, משום שמספר המקרים שהגיעו אינו רב, ובאותם מקרים שהגיעו, הגענו למסקנה שהכנסת אכן קיימה את הפרמטרים הקונסטיטוציוניים.

ג. תראו רבותי, בפסק הדין בפרשת יועצי השקעות נמצא לקח חשוב מאד. יכלה הכנסת לומר: הם ביטלו את סעיף 48? הם לא מוסמכים לכך. אין הוראה על Judicial Review ואנחנו ממשיכים כתמול שלשום. היו חברי כנסת שאמרו: מה פתאום? אך הממשלה ושר האוצר אמרו: לא. בית המשפט פסק שהסעיף הזה בטל – זה החוק במדינה. אם אנחנו רוצים לשנות את זה, אנחנו צריכים לחוקק חוק. והייתה הצעת חוק ממשלתית לתקן את החוק ברוח פסק הדין שלנו. אגב, ההמלצה היא ברוח ההמלצות של פסק דין בפרשת ברגמן, זה הרי כתוב שאפשר ללכת כך או כך. והכנסת תיקנה את החוק, היא סובייקטיבית חשבה שזה לפי

הפרמטרים. אני לא רוצה להיכנס עכשיו לשאלה אם התיקון הוא חוקתי או לא. בהנחה שכן. זה דבר חשוב מאד במערך הכוחות וביחסי הגומלין בין הכנסת לבית המשפט, זהו אקט קונסטיטוציוני, ממדרגה ראשונה. הכנסת מבינה שחל שינוי קונסטיטוציוני והיא מקבלת את זה! היא פועלת על פי זה. לכן יש חשיבות גדולה מאד.

ד. כבוד האדם והזכויות האחרות, מפעפעות בתוך כל השיטה המשפטית שלנו. יושבים פה כמה פרופסורים למשפטים ואני שואל אותם: אתם היום מלמדים את המקצועות שלכם: דיני משפחה, דיני עבודה, נזיקין, חוזים, קניין, כמו שלימדתם לפני 1992. קרה משהו? והתשובה היא שקרה המון. הכל השתנה. אי-אפשר ללמד היום סדר דין פלילי כמו שלימדנו בעבר. אי-אפשר לעסוק בו בלי לשאול את עצמנו – איך זה עומד עם חוק-היסוד? לכן, אני חושב שאם משה שואל, ובצדק, מה קרה בשלוש השנים האלה? תשובתי היא: קרה המון. לא מספיק, אבל קרה המון. מה שקרה הוא שהחברה הישראלית, התרבות הישראלית, השיח הפוליטי הישראלי, למותר לומר בתי המשפט בישראל, עורכי הדין בישראל, כולם קיבלו את התפיסה כפי שהיא עולה משני חוקי-היסוד האלה ומפרשת בנק המזרחי. אני שואל אתכם רבותי, כמה אנשים במדינת ישראל חושבים כמו משה לנדוי? כמה אנשים סבורים שהכנסת מוסמכת לעשות חוקה, אך לא עשתה זאת. רוב רובה של האקדמיה שלנו, חושבת שפסק הדין בפרשת בנק המזרחי הוא נכון. יש לזה חשיבות רבותי. לא הייתה זעקה: "מה עשו שם השופטים האלה? פתאום המציאו Judicial Review. פתאום המציאו Supremacy Clause. לדעתי, הקהילייה המשפטית הבינה שפסקת ההגבלה היא פסקה קריטית, ושאי-אפשר להתעלם ממנה רק על ידי אמירה שהיא עמומה, שהיא נותנת שיקול דעת לבית המשפט. יש פסקת התגברות, שמשעה הזכיר, בחוק-יסוד: חופש העיסוק האומרת שחוק יהיה תקף למרות שהוא פוגע בפסקת ההגבלה, אם הוא מקיים תנאים אלה ואחרים. האם לא נובע מכאן שהוא לא תקף אם הוא לא מקיים את התנאים האלה? האם זה לא Supremacy Clause?

לכן רבותי, אני חושב שהרבה דברים קרו, יכלו לקרות הרבה יותר. בית המשפט באמת היה מאופק. משום שהוא צריך להיות מאופק. משום שאף שופט לא נהנה להכריז על בטלותם של חוקים. כל הדיבורים על אקטיביזם שיפוטי, אלה הם דיבורי הבל, כידוע לכם. וכי מישוהו נהנה לבטל חוק? וכי מישוהו לא מבין את החומרה שבדבר? וכי מישוהו לא מבין שהשופטים אינם accountable? כל הטיעונים האלה הם טיעונים קיימים ומוכנים, ואנחנו מאד זהירים. לשיטתם של רבים שמבקרים אותנו, אנחנו זהירים יותר מדי.

אגב, אני לא מקבל את מה שמשעה אמר כאן, שפסק הדין של השופטת דורנר ולפי הערכתי וגם של שאר השופטים בפרשת פנחסי מלמד על סטייה בקו המחשבה של בית המשפט העליון. פרשת פנחסי קודם כל זה עולם אחר. הוא לא עסק בחוקתיות החוק. הוא עסק בביקורת שיפוטית על Indoor Management של הכנסת, ושם תמיד גילינו איפוק. הלכת שריד שמשעה כל כך לא אוהב אותה, לא

אמרה שבית המשפט יבקר כל החלטה של הכנסת, אלא רק אם ההחלטה פוגעת במרקם החיים הפרלמנטרי. כך מראש זה נקבע.

כשאני נפגש עם שופטים זרים, למשל עם השופטים של בית המשפט החוקתי הגרמני, הם באים ואומרים לי, משום שהם מכירים את הלכת שריד, שפסק הדין הזה לא נכון. מה לא בסדר? משום שהם חושבים כמו משה? לא, הם אומרים: הוא לא נכון משום שאתה כותב שם שאתם תתערבו, רק כשיש פגיעה במרקם החיים הדמוקרטי, מי שמכם להתערב רק אז? ואם הפגיעה היא לא במרקם החיים הדמוקרטי, אתם לא צריכים להתערב? איפה העיקרון של שלטון החוק? מותר לכנסת לפגוע בחוק שלא במרקם החיים הדמוקרטי? לך תסביר להם שיש בג"צ וזה בסמכות של שיקול דעת וכיוצא בזה.

אנחנו מאד מאופקים, משום שאנחנו מכבדים את הכנסת. משה צודק. כל הדיבורים האלה נגד הכנסת, אלה דיבורי סרק. זאת הכנסת שלנו, זה הילד שלנו, אין לי כנסת אחרת. אני מכבד אותה, היא מייצגת את העם. אבל אני לא רואה בפסק דין בפרשת פנחסי איזה שהוא שינוי במגמה הזאת, מגמה כללית של איפוק. 95% מהעותרות נגד הכנסת נדחות. מעטות מאד מתקבלות, כאשר אנחנו חשים שיש פגיעה ביסוד היסודות. הבעיה היא לא העדר סמכות, גם בפרשת פנחסי הבעיה לא הייתה של סמכות, הבעיה היא של שיקול דעת.

יחד עם זאת, שואל משה – מה הלאה? פה אני מתחבר אליו. משום שבכל הדברים שהוא אמר מפה ואילך, אני חושב שהוא צודק. אני חושב שיש לנו Supremacy Clause, לא מפורש אלא משתמע. אני חושב שיש Judicial Review. אבל אני לא שמח על האופן שבו הדברים הוסדרו. אני חושב שיש לנו חוקה, אך אני לא חושב שהיא טובה, אני חושב שהיא חוקה מקוטעת, אני חושב שהיא חוקה נכה. אני חושב שצריך לעשות מעשה, ומי צריך לעשות זאת הכנסת, משום שלשיטתי היא מוסמכת לכך. גם לשיטתו של משה היא מוסמכת לכך.

ראשית, צריך להמשיך את חוקי-היסוד בקשר לזכויות האדם. לא כל זכויות האדם כלולות בשני חוקי-היסוד האלה. אינני אומר שכבוד האדם כולל הכל, אני רק אומר שכבוד האדם כולל הרבה יותר מאשר פגיעה ב-Honour, להבדיל מ-Dignity של בן אדם. כבוד האדם כולל הגנה על השם הטוב של האדם. אכן, ברור שכבוד האדם כולל דברים שיש להם משבצת כללית, תואר כללי של כבוד האדם, ומשבצות ספציפיות כמו פגיעה בשם הטוב. לשיטתי כלולים שם גם דברים נוספים, על כך יש ויכוח. זה ויכוח לא טוב. הכנסת, הרשות המכוננת לשיטתי, הגוף שיכול לעשות את זה לשיטתו של משה, צריכה לומר זאת. הדברים האלה צריכים להיקבע על ידי הכנסת, שמייצגת את העם. אני בהחלט מסכים. זה לא טוב, לא בריא, שבית המשפט יצטרך לומר, שכבוד האדם כולל שוויון. אין חוקה ראויה של זכויות אדם, שאין בה סעיף על שוויון. הוא מהסעיפים המרכזיים והחשובים ביותר. הכנסת צריכה לעשות את זה. אם היא לא תעשה את זה, לא תהיה ברירה לבית המשפט אלא לשאול את עצמו, האם זה כלול בכבוד האדם: לא כעונש לכנסת – את לא אמרת, לכן אנחנו נאמר. בא מקרה לבית המשפט,

והוא יידרש לפסוק. בית המשפט לא יאמר אנחנו נקפיא את המקרה הזה ונראה מה הכנסת תעשה, בית המשפט לא עובד ככה, הוא לא בוחר את המקרים. וזו אחת הביקורות העיקריות שלי על מה שרות גביון כתבה<sup>24</sup>, שהרי לחלק גדול ממה שהיא כתבה אני מסכים, אלא אני שואל את רות גביון: את יושבת בבית המשפט העליון, באו אליך יועצי השקעות, מה את פוסקת בפרשת יועצי השקעות? אותו סעיף 48 חוקתי או לא חוקתי? זה לא מספיק לומר: רגע אחד, אני חושבת שהיה צריך לעשות את זה בצורה אחרת והיה צריך לנהל דיון על זה. הכל את צודקת. מה את כותבת? תקראו את רות גביון<sup>25</sup> מהתחלה עד הסוף, מהסוף להתחלה, אין לה תשובה לשאלה הזאת. זה ההבדל אולי בין פרופסור לשופט. מה שהשופט ויתקון המנוח פעם אמר. השופט נותן פתרון לבעיה והפרופסור הופך מהפתרון – בעיה. אבל אין לה פתרון לשאלה הזאת. צריך שהכנסת תחוקק חוקי-יסוד נוספים באשר לזכויות האדם. אגב, לא רק באשר לזכויות האדם. אני חושב שאת חוק השבות, תש"י-1950 צריך להכניס כחוק-יסוד. וחוקים אחרים שמקבעים את אופיה היהודי ציוני של המדינה, אולי גם גבולות.

שנית, וזה העיקר, צריך לחוקק את חוקי-יסוד: החקיקה. פה אני מסכים עם משה במאת האחוזים. צריך שיהיה Supremacy Clause מפורש. הוא לא חיוני לשיטתי, אבל טוב שהוא יהיה. צריך שיהיה סעיף על Judicial Review. הוא לא חיוני לשיטתי – (כמו בפרשת מרבורי נ' מדיסון) – אבל טוב שהוא יהיה. אז אפשר יהיה לפתור את הבעיה איזה בית משפט ידון בחוקתיות החוק, שהיא בעיני בעיה שולית. בכלל לא מפריע לי שבית דין דתי יחליט שחוק הוא לא חוקתי. בהחלט, בוודאי שהוא יכול להחליט. שופט תעבורה יכול להחליט ושופט בית משפט שלום, מחוזי, עליון, כולם יכולים להחליט. ההבדל הוא זה שכששופט שלום יחליט, או שופט בבית דין דתי יחליט, זה יהיה לצורך המקרה הספציפי הזה. לא תהיה לזה תחולה כללית, כשבית המשפט העליון יחליט, מכוח הלכת התקדים, תהיה לזה תחולה כללית. אני אשמח שבית הדין הרבני יהיה הראשון שיבטל. הראשון כבר לא יהיה, אבל השני שיבטל חוק. מדוע לא? רבותי, בתי הדין הרבנים הם בתי דין של המדינה. כל מה שאני מוסמך, הם מוסמכים ואני מכבד אותם. יש להם סמכות לעשות זאת. אם שופט השלום בארקנסו, או איזה שהוא שופט שלום באלברטה, או איזה שהוא שופט בהודו הגדולה, או בפקיסטן, יכול להכריז על חוק כבטל, גם שופט שלום יכול לעשות את זה, עם המגבלות שעליהן דיברתי.

יש דעה שאומרת שרצוי שרק בית המשפט העליון יעשה את זה. אני אגב תמכתי בדעה הזאת. היה ויכוח בשנת 1975 על השאלה הזאת. אז בדיוק חוקי-יסוד: החקיקה הוגש לכנסת על ידי השר חיים צדוק. אני הייתי אז היועץ המשפטי לממשלה. הוצע שם שרק בית המשפט העליון יכצע ביקורת שיפוטית על חוקתיות

24 גביון, לעיל הערה 7.

25 שם.

החוק. אני הגנתי על העמדה הזאת, והשופט חיים כהן תקף עמדה זו. אני עדיין חושב שזה רעיון טוב. אני עדיין חושב שהכנסת צריכה להחליט בנושא הזה, ומה שהכנסת תחליט מבחינתי מקובל. אני חושב שזו החלטה של הכנסת. אני לא רואה בכך דבר גדול.

צודק משה, יש עמימות, צריך לפתור את העמימות. הכנסת צריכה לפתור את העמימות. אני אפילו מרחיק לכת, לגישתי לא צריך להסתפק בכנסת. אני בעד ללכת אל העם. אני בעד שאחרי שהכנסת תקבל טקסט מלא יותר, המשפטנים יחברו אותו, ונלך אל העם. והעם יצביע אם הוא בעד או נגד. אז לפחות גם חשין יצטרף למחנה, משום שזה מה שמפריע לו. ואני בהחלט מכבד את העמדה הזאת. חוקה, כמו שרות גביון אומרת, צריכה לשקף קונצנזוס. אני חושב שהיא שיקפה קונצנזוס. אומרים שחוקי-היסוד התקבלו ברוב קטן. זה לא אומר כלום. זה אומר ש-61 חברי כנסת תמכו בזה; זה אומר שהקואליציה תמכה בזה. זאת המשמעות. אם הקואליציה לא הייתה תומכת, זה לא היה עובר בעשרים ושמונה נגד שניים או עשרים ושמונה נגד עשרים ושבעה. זה לא מקרה. יש שם קיזוזים, והקואליציה תומכת.

אגב, לשיטתי זה לא מספיק ש-61 חברי כנסת תומכים בזה. הרבה יותר צריכים לתמוך בזה. אבל שלא יגידו שהחוק הזה התקבל בהיחבא. היו ויכוחים גדולים על הנושא הזה. עשרות ישיבות. נכון שלא כל חברי הכנסת ידעו בדיוק מה קורה. זה טבעי. היום אנחנו בדיוק יודעים מה קורה? אני מסכים, לא היה מספיק, לא היה מה שהאמריקאים קוראים סמינריון לאומי על הדברים האלה. לא מספיק שהכנסת מקבלת את זה. העם צריך לקבל את זה, ולכן צריך בשלב מסוים לחזור אל העם ולשאול את פי העם. אני משוכנע שהעם יקבל את זה ברוב מוחץ. אני חושב שאין דרך חזרה. פורמלית כמובן שיש דרך חזרה. אני מדבר לא פורמלית אלא אינטלקטואלית. אני חושב שגם פוליטית אין דרך חזרה.

פה אני רוצה באמת להתחבר אל משה. אני רוצה ולבוא ולומר שכמוהו גם אני חושב שצריך לתקן את חוקי-היסוד. צריך להכניס שם Supremacy Clause. וצריך להכניס שם Judicial Review. וצריך לנקוט עמדה בשאלה שמשה העלה, כן זכויות אדם ולא זכויות אדם. אני מקווה שהתשובה תהיה כן זכויות אדם. ראה אנגליה. ראה כל העולם. אגב חתמנו על שתי האמנות של האו"ם בדבר זכויות האדם, האזרחיות וגם הכלכליות והחברתיות. חתמנו את זה ואשררנו את זה. איפה אנחנו? יש לנו מחויבות בינלאומית לזה.

לכן, אני בעד זכויות האדם, ואני לא צריך לשכנע אתכם על החשיבות של זכויות האדם. זה דבר מובן מאליו. אבל אני גם בעד מה שמשה רוצה, שהצד המוסדי יהיה מבוסס בתוך חוקי-היסוד. לכן, מבחינה זאת כשדיברנו בינינו ואנחנו מדברים על הנושאים האלה, אנחנו מכירים בשוני בין הדעות שלנו ואנחנו מכבדים אחד את השני. לפחות בעניין זה, דעותינו משותפות. משום שגם אני לא מרוצה מהמצב הקיים. אפשר היה לבנות אותו אחרת. בהרצאה שהייתה לי לפני כמה ימים, אמרתי: הצרה אתנו היא שאנחנו בונים את הספינה על הים הפתוח. אנחנו

לא בונים אותה בתוך הנמל, זאת הצרה. אני "מקנא" בקפריסאים. חוקה יוצאת מן הכלל. כמה אני "מקנא" בדרום אפריקה, "מקנא" בחוקה שלהם. איזה חוקה יוצאת מן הכלל יש להם, מקצועית, מסודרת, פרק על זכויות אדם, אגב, משה, לכל אחד יש מעמד בדין, לכל אחד לפי החוקה הדרום אפריקאית מעמד בדין לטעון טענה של פגיעה בזכויות האדם. בדיוק מה שאנחנו פסקנו בפסק הדין שלנו, אבל בתחום זכויות האדם, זה עובד יפה מאד. למה אנחנו לא יכולים להגיע? אנחנו, שהמצאנו את הרעיון של זכויות האדם, כבוד האדם מי המציא אותו? אנחנו. כי כצלם אלוהים ברא את האדם. אז אנחנו לא מסוגלים להגיע לזה. רבותי, זה מה שרצית להעיר.