

הבעיה ה"מוסדית" בגישה ה"מהותית"

מאמר תגובה למאמרו של ברק מדינה: "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית"

מאת

עידו פורת*

מאמרו של ברק מדינה, "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ודמוקרטיה ליברלית",¹ הוא מאמר חשוב ומרתק. חשיבותו, לטעמי, בכך שהוא מהווה את הביטוי העשיר, המתוחכם והמפורש ביותר לגישה שתופסת תאוצה בשנים האחרונות בישראל – הן בתוך בית המשפט העליון והן מחוצה לו – הגישה המהותית לביקורת שיפוטית. מסיבה זו הוא מהווה גם נקודת התייחסות הכרחית למי שמבקר את הגישה המהותית, כמוני. בתגובה קצרה זו אציג את חשיבות הגישה המהותית, אסביר את החלק בגישה שאני מסכים איתו, ואפנה לביקורת שלי על גישה זו המתמקדת בהיבט ה"מוסדי" – העובדה שהיא נשענת כל כולה על האמון בהכרעות בית המשפט העליון.

לפי הגישה המהותית לביקורת שיפוטית, התוקף של חוקה נקבע על פי התוכן שלה (המהות שלה) ולא על פי ההליך שעל פיו התקבלה. לפי גישה זו גם החוקה, שהיא החוק העליון בשיטה, מוגבלת מבחינת תוכנה על ידי עקרונות יסוד מסוימים, ואותם חלקים בחוקה הנוגדים אותם לא יהיו תקפים. גישתו של מדינה כוללת גם את הפן האחר בגישה המהותית, ולפיו עקרונות יסוד אלו יהיו תקפים כחוק עליון גם אם לא התקבלו בחוקה. כלומר הגישה המהותית שמדינה מאמץ יכולה לשמש גם באופן חיובי (כדרך ליצירת סעיפים בחוקה, או חוקה שלמה) וגם באופן שלילי (כדרך לפסילת סעיפים בחוקה, או חוקה שלמה). במילותיו של מדינה: "...יש מגבלות טבועות על כוחו של השלטון. מגבלות אלה עשויות למצוא ביטוי בחוקה כתובה, אך עיגונן בחוקה אינו תנאי הכרחי, ואף אינו תנאי מספיק, להכרה במעמד החוקתי של המגבלות".²

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ועסקים.
1 ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" **עיוני משפט** מד 1 (2021).

2 שם בעמ' 28. מדינה מכנה את גישתו "דמוקרטיה ליברלית", אך מבחינת המאפיינים שלה היא זהה, לטעמי, לגישה שאני מכנה בשם הגישה המהותית. במקום אחר כיניתי גישה זו, הגישה האפלטונית לחוקה, ראו Iddo Porat, *THE PLATONIC CONCEPTION OF THE ISRAELI INSTITUTION IN THE INVISIBLE CONSTITUTION IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 268 (Rosalind Dixon and Adrienne Stone eds., 2017).

לגישה המהותית חשיבות רבה בהקשר הישראלי, משתי סיבות. ראשית, כיוון שכפי שמדינה מציינת במאמרו היא משקפת את גישתו ה"אמיתית" של בית המשפט העליון בישראל לחוקי היסוד. רק גישה זו יכולה להסביר את הסתירות הרבות שבתוך הפסיקה בנוגע לחוקי היסוד: מצד אחד הפרשנות המרחיבה מאוד לחוקי יסוד מסוימים תוך הרחבתם הרבה מעבר לטקסט שלהם – בעיקר שני חוקי היסוד הנוגעים לזכויות אדם, לעומת הפרשנות המצמצמת מאוד של חוקי יסוד אחרים – בעיקר חוק יסוד: מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, שלפי פסיקה אחרונה יש לפרש אותו בצמצום;³ וכך, מצד אחד, ההעלאה של חוקי היסוד לרמת חוקי-על המייצגים את רצונו הישיר של העם והחולשים על כל מערכת המשפט, ומצד שני, הנכונות לבטל חוקי יסוד מסוימים תוך ביקורת קשה עליהם ועל הליך חקיקתם. הגישה המהותית פותרת סתירות אלו, כמו גם מסבירה את נכונותו של הנשיא בדימוס ברק לבטל חוקים גם ללא חוקה,⁴ כיוון שלפיה בית המשפט העליון מודרך על ידי עקרונות היסוד ישירות ולא על ידי השאלה האם חוק קיבל את הכותרת חוק יסוד או לא.

שנית, הגישה המהותית היא חשובה כיוון שהיא פטורה מן הבעיות בגישה המוצהרת של בית המשפט העליון לחוקי היסוד – תורת הסמכות המכוננת. כפי שמאמרו של מדינה מראה, תורת הסמכות המכוננת אינה גישה מהותית אלא הליכית. לפי הפסיקה חוקי היסוד הם תוצרים של האספה המכוננת, ועובדה (הליכית) זו היא שמקנה להם תוקף עליון של חוקה. כפי שפירטתי במקום אחר, תורה זו היא בעייתית הן כתורה תיאורית (היא אינה נותנת תיאור סביר של המציאות) ובעיקר מבחינה נורמטיבית (כיוון שאין היגיון להקנות לכנסת את הסמכות לכונן חוקה בהליך הזהה לחקיקת חוק רגיל).⁵ לאחרונה, כפי שמדינה מציינת, בית המשפט העליון מוכן יותר ויותר להתקרב לאימוץ מפורש של הגישה המהותית.

³ השוו את דבריו של השופט עמית בע"א 1604/19 מדינת ישראל נ' פלונית (26.1.2021) ("כשלעצמי, התקשיתי להבין מדוע נדרש בית המשפט להתבסס על חוק יסוד זה, באשר לשיטתו-שלו ניתן היה להגיע לתוצאה אליה הגיע גם ללא שימוש בחוק יסוד... חוק יסוד: הלאום, שעניינו במאפיינים הזהותיים של המדינה, לא נועד לשמש את ראובן בריבו עם שמעון"), לדבריו של הנשיא ברק בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, מט(3) 355 (1995) ("כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית מושפעת מההסדרים החוקתיים בדבר זכויות האדם").

⁴ בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יו"ר הכנסת פ"ד מד(3) 529 (1990).

⁵ עידו פורת "פוליטיקה חוקתי ופוליטיקה רגילה – חוק הלאום, תורת הסמכות המכוננת, ודואליזם חוקתי" **תרבות דמוקרטית** 20 (2021) (שם הבחנתי בין גישה המסתמכת על הליך השתתפותי רחב לחקיקת חוקה, לבין כזו, כמו גישה הסמכות המכוננת, המסתמכת אך על מהות הגוף המחוקק את הנורמה. לצורך מאמר זה ההבחנה פחות חשובה, וניתן לראות בגישה הסמכות המכוננת גישה הליכית).

עם זאת, הגישה המהותית, לטענתי, אינה מוצדקת ובעייתית מבחינה מעשית, ובית המשפט העליון עושה טעות קשה כאשר הוא מאמץ אותה. אפתח דווקא באותו חלק בגישה שעיימו אני מסכים, והוא הנחת המוצא של הגישה המהותית. הנחת המוצא של הגישה המהותית ושל מאמרו של מדינה הינה כי בבסיס משטר דמוקרטי ליברלי כלשהו חייבות לעמוד הכרות בסיסיות מסוימות בדבר המוסר וטבע האדם: כי לכל בני האדם כבוד פנימי שווה, כי הפרט הוא שעומד במרכז המבנה הפוליטי, וכי בני האדם זכאים לאוטונומיה ולזכות להנהיג את עצמם בעצמם. הכרות בסיסיות אלו הן שמצדיקות קיומו של משטר המבוסס על הכרעת הרוב, ולא ההפך – כלומר, הכרעת הרוב היא לא זו שמצדיקה ונותנת תוקף להכרות בסיסיות אלו. הכרות בסיסיות אלו מנביעות כמה עקרונות יסוד וביניהם בחירות חופשיות על פי עקרון הכרעת הרוב, וגם הגנה על זכויות בסיסיות שאינן תלויות בהכרעת הרוב, כגון הזכות לחופש הביטוי, ולהגנה מפני הפליה.

אלא שעקרונות יסוד אלו הם עקרונות תאורטיים כלליים שיש להניח את התקיימותם, אחרת לא יהיה זה משטר דמוקרטי ליברלי. אך תרגומם של עקרונות כלליים אלו למסגרת פוליטית מתפקדת שבה ישנם אנשים בשר ודם בעלי אינטרסים ומאבקי כוח, ובה בהכרח יהיו חילוקי דעות לגיטימיים לגבי התרגום של עקרונות כלליים להסדרים ספציפיים, הוא עניין מסובך, המשתנה מאוד משיטה לשיטה, ויש מגוון אפשרויות לעשות זאת המתיישבות כולן עם משטר דמוקרטי ליברלי. הבעיה בגישה המהותית היא שהיא גוזרת מהנחת מוצא תאורטית זו מסקנה מוסדית מסוימת מאוד ומציגה אותה כאילו היא נובעת מהנחת המוצא באופן הכרחי, מבלי לספק כל צידוק מוסדי לראויות המסקנה. המסקנה המוסדית מחולקת לשניים: ראשית, כי חייב להיות גוף שיאכוף את אותם עקרונות יסוד על הכרעת הרוב בחברה, ושנית, כי בית המשפט העליון בשיטה הוא זה שצריך להיות מוסמך לעשות זאת, וזאת גם מבלי שנכתבו בחוקה או בניגוד לחוקה וגם מבלי שהוסמך לכך פורמלית.

בנוגע לחלק הראשון של המסקנה, הרי שהחוקות הראשונות שטבעו עקרונות יסוד של דמוקרטיה וזכויות אדם לא סברו כי יש צורך או צידוק לגוף מסוים שיאכוף אותם על המחוקק, ולא הסמיכו את בית המשפט לעשות זאת. כך היה בחוקה של צרפת לאחר המהפכה הצרפתית, וכך בחוקה האמריקאית. עד היום יש דמוקרטיה, שהמחויבות שלהן לזכויות אדם ולערכים דמוקרטיים אינה מוטלת בספק, שלא תרגמו את ההנחה בדבר קיומם של עקרונות יסוד למסקנה בדבר הסמכת גוף כלשהו שיאכוף אותם על רצון הרוב: בריטניה, ניו זילנד, רוב המדינות הסקנדינביות, וככל שהדבר נוגע למגילת זכויות, גם אוסטרליה וצרפת. מדינות אלו מודעות לכך שהרוב יוכל לעיתים לפגוע במיעוט, או להפר עקרונות יסוד דמוקרטיים אחרים, או אף להחליט על משטר לא דמוקרטי, אך סוברות כי המבנה המשטרי מספק הגנות מספיק טובות כנגד חריגות מעין אלו, או שהפקדת סמכות זו בידי גוף כמו בית משפט נזקה עולה על תועלתה, או שישנם סיכונים שלא ניתן לבטח מפניהם מראש בצורה מוסדית.

החלק השני של המסקנה המוסדית הוא מרחיק לכת עוד יותר, ואין, למיטב ידיעתי, אף שיטת משפט שגזרה אותו מן ההנחה בדבר קיומם של עקרונות יסוד. גם במדינות שיש בהן חוקה המגבילה את כוח הרוב של המחוקק ובית המשפט מוסמך לאכוף אותה, אין בית המשפט מוסמך לבטל סעיפים בחוקה, ובוודאי לא לבטל חוקים מכוח עקרונות-על ללא כל עיגון בחוקה. כך ברוב המכריע של המדינות בעלות חוקה. יש מדינות בודדות, ולא דווקא אלו המובילות במדדי הדמוקרטיה העולמיים – כגון הודו וטורקיה – שבהן בית המשפט הכיר בסמכותו לאכוף סעיף אחד של החוקה על סעיפים אחרים שלה, או לאכוף מבנה בסיסי של החוקה על סעיפים מסוימים שלה, וכך פסל סעיפים בחוקה. עם זאת, באף מדינה לא הוסמך בית משפט, או לקח לעצמו את הסמכות, לבטל סעיפים בחוקה או ליצור סעיפים חדשים רק מכוח התאמתם או אי התאמתם לעקרונות יסוד בלתי כתובים. במילים אחרות, אף שיטה משפטית לא תרגמה את הנחת המוצא התאורטית בדבר קיומם של עקרונות יסוד שאינם תלויים בתוקפם ברצון הרוב למסקנה המוסדית בדבר הפקדת הסמכות בידי בית המשפט לבטל או ליצור חוקה על סמך אותם עקרונות בלבד.

הסיבה לכך היא שהדבר מקנה לבית המשפט העליון כוח רב שאינו מוצדק בהתחשב במאפיינים המוסדיים של בית המשפט ובעקרונות של ייצוגיות דמוקרטית. האם, למשל, ההכשרה של שופטים בבית ספר למשפטים, בפרשנות טקסטים הנקראים חוק או פסק דין, והניסיון שלהם בשיפוט בסכסוכים בין בני אדם על פי אותם טקסטים, יש בה כדי להצדיק הפקדת סמכות מעין זו בידיהם? האם הדרך שבה הם מחליטים – (במקרה של ישראל) בהרכבים של שלושה, על פי עקרון רוב רגיל, ולעיתים בהרכבים אי-זוגיים גדולים יותר – מתאימה להפקדת סמכות זו בידיהם? האם הדרך שבה הם נבחרים, בוועדה לבחירת שופטים, עד לגיל פרישה, ותוך עצמאות ומבלי שיצטרכו להיבחר שוב, מצדיקה זאת? מאפיינים אלו אינם נדונים כלל בגישה המהותית – לא במאמרו של מדינה, ולא בפסיקה הרלוונטית של בית המשפט העליון המכירה בסמכות לבטל חוקי יסוד. ישנה מעין הנחה מובלעת כי מעצם התואר "בית משפט עליון" נובע שגוף זה, יהיו מאפייניו המוסדיים אשר יהיו, מוסמך להיות המכריע העליון לגבי תוקפה של חוקה וחוקים על פי עקרונות יסוד בלתי כתובים אף מבלי שהוסמך לכך פורמלית. אך כמובן נתונים אלו חייבים להילקח בחשבון, וקשה, לטעמי, להצדיק בהתחשב בהם סמכות כה מרחיקת לכת לבית המשפט. האם, למשל, אורח אמריקאי בעל דעות פרוגרסיביות ירצה כי בית המשפט העליון האמריקאי, בהרכבו הנוכחי שבו רוב שמרני מוצק, יוכל לפסול סעיפים בחוקה האמריקאית שאינם מתאימים, לפי פרשנותו, לעקרונות היסוד הדמוקרטיים והליברליים, ויוכל, במקביל, לבטל חוקים ישירות מכוח הפרשנות שלו של אותם עקרונות יסוד, ומבלי שעקרונות אלו מופיעים בחוקה? נראה שלא, אך לא נראה שמאמרו של מדינה או פסיקת בית המשפט העליון מספקים לנו סיבה עקרונית מדוע לא תינתן סמכות כזו לבית המשפט העליון האמריקאי, בעוד שכן תינתן לבית המשפט העליון בישראל.

לסיום, אבקש לטעון כי הגישה המהותית אינה גישה מהותית כלל, אלא גישה הליכית במסווה. לפי הגישה המהותית החוק העליון במדינה צריך שיוכר ככזה על פי

תוכנו, ולא על פי ההליך שבו התקבל. אך כיצד נדע מהו אותו התוכן? בעולם ממשי יש לתרגם קביעה זו למבנה מוסדי כלשהו שבו מתקבלת ההכרעה על התוכן – כלומר, להליך מסוים. הגישה המהותית היא לכן גישה הליכית במסווה המבקשת להחליף הליך אחד לקביעת החוק העליון בשיטה – כגון משאל עם, החלטה של אספה מכוננת, או החלטת המחוקק ברוב גדול, בהליך אחר – קביעה של רוב של שופטים בבית המשפט העליון. לשם כך, עליה לספק הצדקות מדוע הליך זה הוא המוצדק, והצדקות אלו אינן מגיעות מעצם ההכרה בקיומם של עקרונות יסוד, גם אם תוקפם של אלו אינו תלוי בהכרעת הרוב.