Justice in Israel: A Study of the Israeli Judiciary

Shimon Shetreet (Dodrecht, 1994)

עלי זלצברגר*

א. מבוא. ב. מהי עצמאות שיפוטית? ג. הערות מספר על עצמאות הרשות השופטת בישראל. ד. סיכום.

א. מבוא

אחד הדברים המפליאים והמרגיזים ביותר תוקרים ישראלים בחו"ל הוא דלותה המפתיעה של הספרות באנגלית על המשפט הישראלי. המדף הישראלי היחיד בבודליאנה המשפטית, אחת הספריות המשפטיות המובילות בעולם, אפילו הוא אינו מלא עד תומו. זה שנים רבות שאפילו החומר הבסיסי ביותר: מבחר פסקי־דין של בית־המשפט העליון, שהתפרסם באנגלית בשנים הראשונות של המדינה, אינו בנמצא. שיטת משפט מעורבת, כשיטת המשפט הישראלית,[1] המעוניינת לא רק לקלוט משיטות אחרות אלא גם לתרום לעולם המשפט, חייבת להשקיע מאמץ מזערי בהפצת תורתה. המעלה הראשונה של הספר החדש שכתב שמעון שטרית על הרשות השופטת בישראל, היא איפוא שפתו האנגלית. זו, לאור דברי הפתיח, תרים תרומה ניכרת למדפים הישראליים בספריות זרות, וחשוב מכך, תרים תרומה ליצוא מידע אלמנטרי, מקיף וחשוב על מערכת בתי־המשפט והשופטים בישראל.

* מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1. ראו א' ברק, "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה", המרקליט מ (תשנ"ג) 197.

nevo.co.il

אבל שפתו של הספר אינה מעלתו היחידה. ספרו עב הכרס (כ-550 עמודים) של פרופסור שטרית הוא אחד המחקרים המקיפים ביותר שפורסמו על הרשות השופטת בישראל, על היחסים בינה לבין רשויות השלטון האחרות ועל עצמאותה השיפוטית.

לאחר סקירה השוואתית של מושג העצמאות השיפוטית (פרק 2), סוקר הספר את ההיסטוריה של הרשות השופטת בישראל מהתקופה העותמאנית ועד לתיקונים של חוק בתי־המשפט משנת 1992, ובכלל זה שורשיה במשפט העברי (פרקים 3-7). בהמשך מובאית בפנינו סקירה של מערכת בתי־המשפט בישראל, לרבות בתי־המשפט הצבאיים, בתי־הדין לעבודה, בתי־הדין הדתיים ומערכת הטריבונלים המינהליים (פרקים 8-9).

הפרקים הבאים עוסקים בתנאי המשרות השיפוטיות השונות, מעמדם החוקתי של השופטים והעצמאות השיפוטית בישראל על רכיביה השונים (פרקים 10-16), מינוי שופטים, אחריותם (ה-accountability שלהם – מלה, שכנראה לא במקרה, אין לה תרגום נאות בשפה העברית) ואמות־המידה של התנהגות שיפוטית מפורטים בפרקים הבאים (17-19). הספר דן בהרחבה גם ביחסים שבין הרשות השופטת לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת (פרקים 20-21), ומטתיים בהערכה כללית של תפקידי הרשות השופטת והשופטים בישראל בסגרת רחבה יותר של החברה הישראלית (פרקים 22-23). הספר משובץ באזכורים של כ-300 פסקי־דין, וטוקר את כל החקיקה הנוגעת לרשות השופטת וליחסיה עם הרשויות האחרות. הוא גם מצטיין במפתחות מפורטים וממצים.

כאמור, מכיוון שהספר מתמקד בעצמאות השיפוטית בישראל, או בסיפורה של הרשות השופטת הישראלית דרך הפרספקטיבה התיאורטית של מושג העצמאות השיפוטית, אקדיש למושג זה ולפיתוחו בהקשר הישראלי על־ידי פרופסור שטרית את יתרת רשימה זו, אקדים רק הערה קטנה אחת: מכיוון שהספר מהווה מקור מידע ראשוני וחשוב על הרשות השופטת בישראל למי שהעברית אינה שגורה על פיו, היה חשוב לדקדק בתרגום כותרים ושמות של דברי החקיקה ופסקי־הדין, כפי שהם מופיעים בפרסומים הרשמיים באנגלית. הקפדה כזו לא תמיד ניכרת בספר. כך אנו מוצאים למשל, שתוק־יסוד: השפיטה תורגם ל-Basic Law: Adjudication ולא כפי שפורסם באופן רשמי כ-Basic Law: Judicature[2], או ששמו של השופט זילברג תורגם ל-Zilberg במקום Silberg (עמ' 190 בספר). טעויות אלה אינן רבות.

ב. מהי עצמאות שיפוטית?

"עצמאות שיפוטית" הוא מושג מרתק מבחינות רבות. כבר ברמת הניתוח הלשוני של המונח "עצמאות" מתעוררת השאלה: מדוע תורגם המונח האנגלי "Independence" ל"עצמאות" בעברית, ולא לתרגומו המילולי של המונח האנגלי – "אי־תלות". אי־תלות היא, למשל, הגורם המודגש ב-Declaration of Independence של ארצות־הברית, שבה ביקשו להדגיש את ניתוק תלותן של המושבות האמריקניות בבריטניה. כותרתו של

2. 38 Laws (1984) 101.

המסמך הקונסטיטוטיבי של מדינת ישראל היא למעשה "ההכרזה על הקמת מדינת ישראל", ולא כמו שהוא מכונה בעגה הפוליטית משפטית "הכרזת העצמאות".

כיצד באה עגה זו לאוויר העולם ומה משמעותה המטה־סמנטית? האם הבנתנו את המושג "עצמאות" זהה להבנתנו את המושג "אי־תלות"? ולאילו מהמושגים הללו קרוב יותר המושג "Independence"? לשאלות אלו יש חשיבות רבה כשבאים לנתח את המושג "עצמאות שיפוטית". השאלות המתעוררות מהניתות הלשוני יכולות גם הן לשמש בסיס לניתוח אנליטי של המושג, לניתוח היסטורי, לניתוח פוזיטיבי (מדוע קיימת עצמאות שיפוטית) ולניתוח נורמטיבי (מדוע רצויה עצמאות שיפוטית, ומה בדיוק אנו רוצים שתכלול).

פרופסור שטרית מתייחס לכל מישורי הניתוח האלה, אבל באופן לא מספק מבחינה עיונית (למשל הפרדה בין המצוי לראוי)[3] ובאופן חסר, כך שביקורתו – המוצדקת – על מקצת ההסדרים השוררים בשיטתנו אינה יוצרת תפיסה אינטגרטיבית של מושג העצמאות השיפוטית ושל דרכי הגשמתה.

שטרית מתאר את הרציות של עצמאות שיפוטית כנגזרת מדוקטרינת הפרדת הרשויות (עמ' 174-177), אך יש לזכור שעצמאות שיפוטית התפתחה באנגליה הלכה למעשה עוד לפני לידתה של דוקטרינת הפרדת הרשויות, עקב מאבקי הכוח בין המלך לפרלמנט ועקב תהליך ההתמקצעות שעבר המקצוע המשפטי.[4] רק בעקבות תיאורו השגוי של מונטסקיה את שיטת הממשל באנגליה התפתחה התפיסה של עצמאות שיפוטית כקשורה לעקרון הפרדת הרשויות.[5] כדי לדון באופן ביקורתי בהסדרים הנוגעים לעצמאות הרשות השופטת בישראל יש, על כן, להבהיר תחילה מה היא אותה עצמאות שיפוטית מיוחלת. הגדרה כזו אינה ניתנת בספר. במקומה מציין שטרית ארבעה רכיבים של עצמאות שיפוטית, שכבר הציע בספרים קודמים.[6]

1. **עצמאות מהותית.** השופט אינו כפוף לשום דבר זולת החוק וציווי מצפונו (עמ' 189). בקטגוריה זו של עצמאות מהותית כולל שטרית גם את כללי הסוביודיצה וביזיון בית־משפט, את תהליכי בחירת השופטים באופן שישקפו נאמנה את החברה, ובחירת הרכבים, באופן שתימנע ישיבתם של שופטים הנוגעים בעניין הנדון, ואת החסינות השיפוטית.

---

3. בעמ' 152, למשל, בפרק על המעמד החוקתי של השופטים בארץ שכותרת המשנה שלו The Normative Level, אנו מצפים לניתוח נורמטיבי, ובמקומו זוכים לניתוח פוזיטיבי תיאורי.
4. ראו M. Shapiro, "Judicial Independence: The English Experience", 55 **North Carolina Law Review** (1977) 577; M. Shapiro, **Courts** (Chicago, 1981) 75-125.
5. Montesquieu, **The Spirit of the Laws** (first published 1748) tras. by Nugent (USA, 1949), books 1, 3, 4, 10-16, 24, 26, 29; וראו גם M. Vile, **Constitutionalism and the Separation of Powers** (Oxford, 1967) 76-97.
6. **Shetreet, Judges on Trial** (Amsterdam, 1976); Shetreet & Deschenes (eds.), **Judicial Independence: The Contemporary Debate** (Dordrecht, 1985) 595 ff.

nevo.co.il

2. **עצמאות אישית.** על השופטים ליהנות מתנאי העסקה כך, שלא יתאפשר פיקוח של הרשות המבצעת על עבודתם (עמ' 211). עם תנאים אלה נמנים: קביעותם של שופטים, העדר סמכות לרשות המבצעת להעבירם ממקום למקום, תסינות שכרם והעדר מינויים זמניים.

3. **עצמאות קולקטיבית.** משמעותה – מסירת האחריות על המינהל והתקציב של בתי־המשפט לשופטים עצמם.

4. **עצמאות פנים־שיפוטית.** עצמאותם של שופטים משופטים אחרים – בערכאות גבוהות יותר ובאותו בית־משפט – בנוגע לפעילות השיפוטית (הכוללת יסודות מינהליים, פרוצדורליים ומהותיים – עמ' 231).

לדעתי, ניסיון זה להגדיר עצמאות שיפוטית בעזרת ארבעת הרכיבים הללו אינו עולה יפה, כי הוא מערבב בין שתי רמות ניתוח. האחת היא ההגדרה וההיקף הרצויים של עצמאות שיפוטית – מה שכיניתי בעבר עצמאות מהותית. האחרת היא ההסדרים המבניים שנועדו להשיג עצמאות זו – מה שכיניתי עצמאות מבנית.[7] כך, למשל, מה ששטרית מכנה "עצמאות אישית" כולל את ההסדרים שנועדו להבטיח מה שהוא מכנה "עצמאות מהותית". מהי המטרה של הסדרי משכורות השופטים, קביעותם וכו' (רכיביה של העצמאות האישית), אם לא להבטיח שההחלטות השיפוטיות לא יהיו תלויות אלא בתוק (העצמאות המהותית)? ומה באשר לעצמאות הפנים־שיפוטית, האין היא נועדה להשיג אותה מטרה?

גם הגדרתו של שטרית את העצמאות המהותית נראית לי בעייתית בעיקר בגלל הסייפא שלה. מהו היחס בין החוק לצו המצפון של השופט? האם שופט עצמאי יכול, למשל, להחליט שלא להכריע על־פי החוק אלא על־פי צו מצפונו? האם צווי המצפון של השופט או המוסר האישי שלו תלויים או צריכים להיות תלויים במצפון החברתי או במוסר החברתי הנוהג? עדיף היה שלא לכלול את צווי המצפון בהגדרת העצמאות השיפוטית המהותית, שכן שאלת היזקקותו של שופט למצפונו אינה קשורה במישרין לנושא תלותו או אי־תלותו בגורמים חיצוניים לו – משמעותה של עצמאות שיפוטית – אלא נגזרת מתיאוריות של המשפט ושל שיקול הדעת השיפוטי.[8]

---

7. E. Salzberger, "A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers or: Why Do We Have an Independent Judiciary?", 13 **International Review of Law and Economics** (1993) 349, 350-352.

8. כך יטען, למשל, הפוזיטיביסט כי שופט חייב להכריע לפי צווי מצפונו כיוון שהמשפט אינו נותן תשובה לכל שאלה משפטית המתעוררת לפני השופט, וכיוון שאחת מפונקציות המשפט היא הכרעה בסכסוכים לא פתורים (ראו, למשל, H.L.A Hart, **Essays in Jurisprudence and Philosophy** (Oxford, 1983) 139-140, 157). לעומתו יטען הנון־פוזיטיביסט כי שופט לא צריך להפעיל את צווי מצפונו האישי, שכן המשפט רחב יותר מהכללים הפוזיטיביים וכי המשפט, בדרך כלל, נותן תשובה אחת חד־משמעית לכל שאלה משפטית (ראו, למשל, R. Dworkin in (eds. Hacker & Raz) **Law, Morality and Society**, Essays in Honour of H.L.A. Hart, (Oxford, 1977) 59-83).

כאמור, כדי לדון בעצמאות השיפוטית באופן עיוני אינטגרטיבי יש תחילה לבתן מהי העצמאות המהותית הרצויה. האם המטרה היא באמת להביא לחוסר תלות מוחלט של השופטז במקום אחר הצעתי לראות את המושג "עצמאות" כמודכב משלושה גורמים: **נושא העצמאות**, שבהקשר השיפוטי כולל את השופט היחיד, המותב השיפוטי, ההחלטות השיפוטיות והרשות השופטת כאחת מרשויות השלטון, **מרשא העצמאות**, שבהקשר השיפוטי כולל את שאר רשויות השלטון, את הצדדים המתדיינים ואת הציבור בכללותו וטבעה של העצמאות, הכולל שתי קטגוריות: עצמאות יסוד, שהיא עצם קיומו של נושא העצמאות, ועצמאות דינמית, שהיא אופן ההתנהגות או קבלת ההחלטות של נושא העצמאות.[9]

כן ביקשתי, כאמור לעיל, להבחין בין עצמאות מהותית שהיא דרגת עצמאות (מאחד הסוגים לעיל) המבוטאת על־ידי נושא העצמאות (למשל, מידת אי־תלותו הדינמית של השופט היחיד בממשלה, או מידת עצמאות היסוד של הרשות השופטת שמושאה הציבור כולו), ועצמאות מבנית שהיא ההסדרים המבניים שנועדו להגשים את העצמאות המהותית. הבחנות אלה יכולות לסייע לנו הן בניתוח נורמטיבי והן בניתוח פוזיטיבי של מושג העצמאות השיפוטית.

העצמאות השיפוטית המהותית מורכבת מכמה מעגלים. שני המעגלים הפנימיים כוללים את העצמאות הדינמית של השופט היחיד, שמושאה רשויות השלטון האחרות, והעצמאות הדינמית של השופט היחיד – שמושאה הצדדים המתדיינים. הרציונלים מאחורי מעגלים אלה שונים זה מזה. בעוד המעגל הראשון – המקביל להגדרה של עצמאות שיפוטית שהוצעה על־ידי לא מעט מלומדים[10] – נגזר מדוקטרינת הפרדת הרשויות, נובע המעגל השני מתיאוריות של צדק ויש שאינם משייכים אותו כלל לעצמאות שיפוטית אלא לתכונה רצויה בפרדת של שופטים המכונה "Impartiality".[11] מקצת הרכיבים של העצמאות המבנית (למשל, מה שנכלל אצל שטרית בעצמאות אישית) נועדו להשיג את העצמאות המהותית בשני המעגלים, אבל תשוב להדגיש שהמתחם הנורמטיבי שלהם שונהז כך תפיסות נורמטיביות שונות של הפרדת רשויות (דגם ההפרדה המוחלטת, דגם הממשל המעורב, דגם הממשל המאוזן, דגם האיזונים והבקרות)[12] יניבו תפיסות שונות של דרגת העצמאות במעגל הראשון, בעוד שתפיסות שונות של צדק ישפיעו על הדרגה הרצויה של

---

9. ראו לעיל, הערה 7, 350.

10. ראו, למשל, הגדרתו של Ninian Stephen המצוטטת אצל שטרית, 1985 (לעיל, הערה 6) 594.

11. ראו, למשל, Becker, **Comparative Judicial Politics** (Chicago, 1970) 140-145. לדעה שונה ראו Eckhoff, "Impartiality, Separation of Powers and Judicial Independence", 9 **Scandinavian Studies in Law** (1965) 11, 33 ff; Thompson, "Judicial Independence, Judicial Accountability, Judicial Elections and the California Supreme Court: Defining the Terms of the Debate", 59 **Southern California Law Review** (1986) 809, 823.

12. על דגמים אלה ואחרים של הפרדת רשויות ראו Vile (לעיל, הערה 5).

nevo.co.il

עצמאות במעגל השני. חשוב גם לציין שבשיטות משפט, שבהן מופרדת מערכת בתי־המשפט המינהליים ממערכת בתי־המשפט האזרחיים, ושתיהן לעתים גם נפרדות מבית־המשפט ההוקתי – כמו ברוב ארצות היבשת האירופית – תיתכן תפיסה שונה של עצמאות שיפוטית לכל אחת מהזרועות השיפוטיות השונות, ואז אולי ניתן גם לתכנן את רכיבי העצמאות המבנית בצורה מושכלת יותר.

המעגל הבא של העצמאות השיפוטית הוא העצמאות הדינמית, שנושאה הוא השופט היחיד ומושאה הם הקולגות שלו או שלה (המקבילה של העצמאות הפנים־שיפוטית של שטרית). הרציונל כאן שונה מהרציונלים של שני מעגלי העצמאות הראשונים. הוא קשור לניתוח קבלת החלטות קולקטיבית, ובין השאר לניתוח של ענף הבחירה החברתית (Social Choice) את השפעת מספר מקבלי ההחלטה על איכותה של ההחלטה, כמו גם את השפעת מידת אי־התלות בין המחליטים על איכות ההחלטה, ועוד. גם כאן יסודות מבניים, כמו השאלה אם בית־המשפט יושב בהרכב מלא של כל שופטיו או בהרכבים חלקיים, או הדוקטרינה התקפה לגבי התקדים המתייב, יש להם השפעה חשובה על מידת העצמאות המהותית הרצויה ורכיבי העצמאות המבנית המיועדים להשיגה.

מעגל אחר של עצמאות שיפוטית הוא העצמאות הדינמית, שנושאה הוא השופט היחיד ומושאה הוא הציבור בכללותו. בנוסף לרציונל הצדק, המשותף למעגל זה ולמעגל העצמאות השני, למעגל זה נוגעות גם פילוסופיות פוליטיות של ייצוג ותיאוריות יוריספרודנטליות באשר לשאלות מהו משפט וכיצד על שופטים להכריע במקרים קשים. העובדה שבמערכות משפט אחדות, למשל בכמה מדינות בארצות־הברית, שופטים נבחרים או עומדים לביקורת הציבור ולכן גם אינם עצמאיים מהציבור, מראה שדרגת העצמאות הרצויה במסגרת מעגל זה שנויה במחלוקת.

שני המעגלים האחרונים של עצמאות שיפוטית עוסקים בעצמאות יסוד (להבדיל מעצמאות דינמית). האחד, נושאו הוא המוסד השיפוטי כולו ומושאו – שאר רשויות השלטון. האחר, נושאו הוא ההכרעות השיפוטיות ומושאו – הממשלה. משמעותו של המעגל הראשון היא שלממשל אין כוח לבטל את הרשות השופטת או לעשות שינויים משמעותיים במבנה שלה. משמעותו של המעגל האחרון היא שלממשל אין כוח לשנות או להתעלם מהחלטות שיפוטיות גם אחרי נתינתן. הקיקה רטרואקטיבית או סמכות החנינה הן דוגמות של פגיעה פוטנציאלית בדרגת העצמאות הסובסטנטיבית בהקשר למעגל זה.

הארכתי בפירוט הגדרתי את המושג עצמאות שיפוטית והמסגרת הנורמטיבית שלו, מכיוון שספרו של פרופסור שטרית מספק חומר גולמי מקיף ויסודי לדון בעצמאות הרשות השופטת בישראל – הן בהיבט הפוזיטיבי שלה – ניתוח דרגת העצמאות הקיימת בכל אחד מהמעגלים, והן בהיבט הנורמטיבי – הערכת המצב המשפטי פוליטי של עצמאות שיפוטית בישראל. שימוש במסגרת מוצעת זו יכול גם לעזור בניתוח ובהערכה של הביקורת שמותח שטרית על הצדדים השונים של הרשות השופטת בישראל. אינני מתכוון, במסגרת מצומצמת זו, להציע יישום מלא של התבנית האנליטית המוצעת על המידע הרב וההערכות של שטרית. אשאיר זאת לקוראת או לקורא. אך בכל זאת אוסיף הערות אחדות.

nevo.co.il

ג. הערות מספר על עצמאות הרשות השופטת בישראל

בדיון על העצמאות המהותית טוען פרופסור שטרית שחזקות חלוטות בחוק פוגעות בעצמאות שיפוטית, וכי בשיטתנו יש יותר מדי חזקות כאלו באשר לקביעת המצב העובדתי על־ידי בתי־המשפט (עמ' 208-210). לדעתי, אין זה נכון לראות בחזקות שבחוק פגיעה בעצמאות שיפוטית. מסקנה זו ניתנת לגזירה מהגדרתו של שטרית עצמו את העצמאות המהותית (כפיפות השופט אך ורק לחוק), שכן חזקות אלו הן חלק מהחוק ועל כן חובתו של השופט להכריע על־פיהן אינה פוגעת בעצמאותו – דהיינו אי־תלותו אלא בחוק. אך מסקנה זו נובעת גם מהרציונלים של העצמאות השיפוטית שפירטתי לעיל. רוב הגרסות של דוקטרינת הפרדת הרשויות (למעט הגרסה הטהורה של הפרדת רשויות, שאיננה מקובלת באף שיטת משטר כיום) יראו כרצויה מעורבות מוגבלת באמצעות נורמות כלליות של הגוף המחוקק בהליכי השפיטה, במסגרת היחסים האופטימליים שבין הרשויות. הדגש כאן הוא במידת המעורבות – מוגבלת, ובצורת המעורבות – באמצעות נורמות כלליות. מסקנה זו נכונה גם לגבי קביעת כללי הפרוצדורה בבתי־המשפט, להבדיל מהמינהל שלהם.

באשר למינהל של בתי־המשפט, הנכלל אצל שטרית במסגרת העצמאות הקולקטיבית, מפרט המחבר שלושה דגמים אפשריים: אחריות אקסקלוסיבית של הרשות המבצעת, אחריות בלעדית של הרשות השופטת ואחריות משותפת (עמ' 219-229). שטרית פוסל בצדק את הדגם הראשון כפוגע בעצמאות השיפוטית, שכן במינהל יש החלטות רבות הנוגעות באופן אישי בשופטים מסוימים או בבתי־משפט מסוימים, שיש בהן כדי להשפיע הן על העצמאות הדינמית והן על עצמאות היסוד של שופטים. המחבר פוסל גם את הדגם השני כפוגע בעקרון האחריות המיניסטריאלית של הממשלה בפני הכנסת. איני יכול לקבל טעם זה. כשם שהרשות המחוקקת בישראל מנהלת את ענייניה המינהליים ואינה תלויה בשר זה או אחר, שמטילא אינו חייב בדין וחשבון לפניה, כך אין סיבה שענייניה של הרשות השופטת לא ינוהלו על־ידיה ויתויבו בדין וחשבון ישיר לכנסת ולא דרך שר המשפטים או הממשלה. עובדת היותו של שר המשפטים אחראי בפני הכנסת על פעולות בתי־המשפט, היא כשלעצמה צופנת בחובה עיוות ממסדי של היחסים הרצויים בין שלוש הרשויות. אם בכל זאת רצוי שהכנסת והממשלה תהיינה מעורבות במינהל בתי־המשפט, צריך הדבר לנבוע מהתפיסה הרצויה של הפרדת רשויות, באופן זה, המאמצים את מנגנון האיזון והבקרה של הפרדת רשויות, למשל, יראו בחיוב ביקורת של המינהל והמתוקקים על המינהל של בתי־המשפט, כשזו מבוצעת באופן בסיסי על־ידי השופטים עצמם. עם כל זאת, אני מצטרף בכל לב למסקנה של שטרית שנושא הלוקת הסמכויות של מינהל בתי־המשפט טעון שיפור בשיטתנו.

נושא שאינו זוכה, לדעתי, לביקורת מספקת בספר קשור למה שפרופסור שטרית מכנה "עצמאות פנים־שיפוטית". מדובר בשליטתם של נשיאי בתי־המשפט בחלוקת התיקים לשופטים (הנושא נדון בעמ' 250-252). נקודה זו בעייתית במיוחד בבית־המשפט העליון, שמוטכם על הכול כי הוא משמש גוף היוצר משפט ולא רק מחילו. במצב זה, ובעיקר עקב המגמה הנמשכת של אקטיביות שיפוטית בבית־המשפט העליון, יכולות להיות לקביעת

nevo.co.il

ההרכב השלכות משמעותיות – ישירות ועקיפות – על ההכרעה. ההשלכות הישירות נובעות מהאפשרות שבחירת ההרכב מושפעת מהתוצאה שנשיא בית־המשפט שואף אליה. ההשלכות העקיפות קשורות לתלותם של השופטים בנשיא, והאפשרות שהכרעתם תושפע מתלות זו. פתרון אפשרי לפגיעה זו בעצמאות שיפוטית הוא אימוץ העיקרון הקונטיננטלי של Natural judge, שעל־פיו ההרכבים נקבעים לפני הקצאת התיקים, כלומר, התיקים מחולקים באופן רנדומלי להרכבים; או שינוי תפיסה כולל באשר להרכבים בבית־המשפט העליון ומעבר לשיטה האמריקנית, שעל־פיה יושבים בכל תיק כל שופטי בית־המשפט העליון יחדיו. השיטה האחרונה תואמת יותר את התפיסה הפוסט־פורמליסטית של השפיטה, שעל־פיה שופטי הערכאה העליונה יוצרים משפט, קובעים מדיניות ונוטלים חלק פעיל בהליכי ההכרעות החברתיות.

אין ספק שאחת משאלות המפתח לגבי הרשות השופטת בישראל נוגעת בניתוח פוזיטיבי היסטורי של העצמאות השיפוטית בארץ. כיצד יש לנו היום בישראל רשות שופטת (ובעיקר בית־משפט עליון) בעלת דרגה גבוהה של עצמאות מהותית, שבאה לידי ביטוי, בין השאר, בהתערבות אקטיביסטית בפעולות הרשויות האחרות (ראו פירוט בפרקים 20-22 בספרו של פרופסור שטרית) ובתפיסה מרחיבה של התפקיד השיפוטי החל בגישה לסמכויות בתי־המשפט, דרך כללי הפרשנות והחקיקה השיפוטית וכלה באופן ניהול ההליך השיפוטי עצמו?

שאלה זו מתבקשת במיוחד עקב ההיסטוריה המנדטורית של העדר עצמאות שיפוטית (על כך מפרט הפרק החמישי בספר) והעדר הערכה לרשות השופטת מצד הציבור (ראו ניתוחו של שטרית בעמ' 449-502), ועקב המסורת האנטי־יורידית של הקהיליות היהודיות בעולם וביישוב הארץ־ישראלי, וההתייחסות השלילית של המנהיגים הישראלים הראשונים למוסדות המשפטיים (ראו עמ' 502-507 בספר, הכוללים ביקורת אמיצה של השר פרופסור שטרית נגד הממונה הנוכחי שלו, ראש הממשלה רבין); וכן עקב העדר מסגרת חוקתית מתאימה להבטחת הפן המבני של עצמאות שיפוטית. כיצד קרה שעל רקע משתנים אלה צמחה בארץ רשות שופטת בעלת דרגת עצמאות מהותית מהגבוהות בעולם? על שאלה מרתקת זו אין, למעשה, תשובה בספר של שטרית, והיא מזמינה מחקרים נוספים.[13]

ד. סיכום

מניתי בקצרה הערות אחדות על הערכותיו הנורמטיביות של פרופסור שטרית את העצמאות השיפוטית בישראל. דברי לגבי ניתוחו התיאוריים פוזיטיביים המעדכנים את הקורא באופן מקיף, מפורט ומסודר, בכל ההסדרים הנוגעים לרשות השופטת בישראל וליחסיה עם הרשויות האחרות, יפים גם לגבי הערכותיו הנורמטיביות והצעותיו לשינוי

13. ראו בעניין זה את מאמרי המוזכר לעיל בהערה 7, המנסה להציע דגם תיאורטי לניתוח פוזיטיבי של עצמאות שיפוטית. לדעתי, דגם זה יכול להסביר מדוע יש לנו רשות שופטת עצמאית יותר (מהותית) מרשויות מקבילות בשיטות פוליטיות משפטיות אחרות.

nevo.co.il

שלרובן אני שותף. עם זאת, ניסיתי להציע מסגרת תיאורטית יותר לניתוח המצב המצוי והרצוי של עצמאות שיפוטית כנגזרים מתיאוריות של המדינה, תיאוריות של צדק ותיאוריות של קבלת החלטות קולקטיבית. לניתוחים אלה יש השלכות גם מעבר לנושא העצמאות השיפוטית, והם נוגעים, למשל, בארגון הפונקציה השיפוטית במסגרת המדינית ובשאלות כגון: האם רצוי שאותם מוסדות יוסמכו לטפל בסכסוכים במשפט הפרטי ובסכסוכים במשפט הציבורי, האם רצוי להפריד בין בית־משפט תוקפני לשאר בתי־המשפט, ועוד.[14] נושאים אלה תובעים כתיבה נוספת, אולי לכרך שני של Justice in Israel.

מכל מקום, אני שמח להמליץ על הכרך הראשון לא רק לקוראים בתו"ל ולספרני הבודליאנה, אלא גם לקורא הישראלי.

14. כדאי לזכור שמבנה הפונקציה השיפוטית אצלנו – מערכת אחת של בתי־משפט כלליים – הוא מורשה מהשיטה הבריטית, המבוססת על התפיסה המוסדית (מוסדית גם לדעת הבריטים כיום) של דייסי, שלא קיים ענף משפטי נפרד של משפט ציבורי. במלים אחרות, מבנה מערכת בתי־המשפט שלנו אינו מבוסס על דוקטרינה אלא על מסורת, ולכן הוא מזמין בדיקה מחודשת. אבל זה כבר נושא למאמר אחר.

nevo.co.il