

## הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית

אורי אהרונסון\*

המאמר מציג טיעון בזכות מודל ביזורי לביקורת שיפוטית חוקתית בישראל, כלומר הסמכת כל בתי המשפט לבטל חוקים שסותרים את חוקי היסוד. אף שמבחינה פורמלית השיטה הישראלית כוללת מסלול ביזורי, ניסיון העשורים האחרונים מעיד על התכנסות המערכת החוקתית לקצה הריכוזי, הממוקד בשפיטה החוקתית בבג"ץ. המאמר טוען שהעצמת הרכיב הביזורי בשפיטה החוקתית תקדם ערכים דמוקרטיים של השתתפות, התדיינות ופולרליזם בהליך החוקתי, ושקידום של ערכים אלה חיוני במיוחד למצב החוקתי הישראלי. לבסוף בוחן המאמר בראייה יישומית את הדרכים שבהן ניתן לפעול כדי להעצים את היסודות הביזוריים בשפיטה החוקתית בישראל.

**מבוא. א. הנחת היסודות;** 1. הגדרת מושגים; 2. על ביזוריות, ריכוזיות, תקיפה עקיפה ותקיפה ישירה. **ב. המצב בישראל: ביזורית להלכה, ריכוזית למעשה;** 1. ישראל כשיטה ביזורית; 2. פרשת הנדלמן וגורלה של הביקורת השיפוטית הביזורית; 3. ישראל כשיטה ריכוזית; 4. מצב השיח: קונצנזוס מסקרן. **ג. הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית;** 1. תאוריה דמוקרטית של ההליך החוקתי; 2. ערכאות הדיון כזירה דמוקרטית; 3. ביקורת שיפוטית ביזורית וההקשר הישראלי. **ד. ביקורת המודל הביזורי – ומענה להן;** 1. ודאות; 2. שוויון; 3. יעילות; 4. הגינות חלוקתית והמדינה כבעל דין; 5. פגיעה בלגיטימציה של הביקורת השיפוטית; 6. מדוע בג"ץ אינו הפתרון?. **ה. ביקורת שיפוטית ביזורית: היבטים יישומיים;** 1. איך להשיג את המטרה?; 2. תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה; 3. העלאת הטענה החוקתית; 4. התייצבות המדינה. **סיכום.**

---

\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. [ori.aronson@biu.ac.il](mailto:ori.aronson@biu.ac.il). תודה לחבריי אריאל בנדור, ריבי וייל, שחר ליפשיץ ואדם שנער על הערותיהם. טיוטה של המאמר הוצגה בפורום שיתוף הפעולה בין בית המשפט העליון והאקדמיה הישראלית בספטמבר 2013. תודתי למשתתפי המפגש, ובמיוחד לשופט עוזי פוגלמן, על הערותיהם המועילות. תודה ליהונתן דראל, לדנה כהן ולדוד לסרי על עזרתם במחקר.

## מבוא

המבנה המוסדי של הביקורת השיפוטית החוקתית בישראל מאופיין בצירוף ייחודי בנוף ההשוואתי: באין חוקה המסדירה נושא זה מפורשות, בישראל פועלות זו בצד זו מערכת ריכוזית של ביקורת שיפוטית, שבה בית המשפט העליון יושב כערכאה ראשונה בעניינים חוקתיים כבית משפט גבוה לצדק, ומערכת ביזורית של ביקורת שיפוטית, שבמסגרתה מוסמכות כל ערכאות הדיון להורות על בטלות חקיקה, בהחלטה שתחולתה מוגבלת לצדדים להליך בלבד. עם זאת, למרות קיומו הפורמלי של מסלול ביזורי להעלאת טענות חוקתיות ולהכרעה בהן, הפרקטיקה החוקתית בישראל התכנסה מאז ומתמיד – וביתר שאת בשני העשורים האחרונים – לקצה הריכוזי, המדגיש את תפקידו של בג"ץ בתחום הביקורת השיפוטית. ערכאות הדיון הפכו שחקניות שוליות בתחום החוקתי.

טענת המאמר היא שזו התפתחות מצערת מבחינה חברתית. המאמר מבקש להסיט את תשומת הלב בחזרה אל הפוטנציאל הגלום בהתדיינות חוקתית בערכאות הדיון. המאמר מציג טיעון חיובי, התומך בהעצמה מחודשת של הליך הביקורת השיפוטית הביזורית באופן שיהפוך את הליטיגציה בבתי המשפט השונים לזירה משמעותית של שיח חוקתי, שיח הקודם – בזמן ולעתים אף בחשיבות – להכרעה סופית במחלוקת החוקתית בבית המשפט העליון (או מחוצה לו).<sup>1</sup>

המאמר כולל אפוא שני מהלכים מרכזיים: תיאורי ונורמטיבי. מטרת המהלך התיאורי היא לחשוף את התהליך שהביא לדחיקתה בפועל של הביקורת השיפוטית הביזורית אל שולי ההסדר החוקתי בישראל. עיון בפסיקת בית המשפט העליון, בנעשה בערכאות הדיון ובשיח הציבורי והאקדמי, מאז כינון חוקי היסוד של 1992 ומתן פסק הדין בעניין בנק המזרחי ב-1995, מלמד שכל השחקנים המעורבים בהליך החוקתי מיקדו את תשומת לבם בראש ובראשונה בפסיקה החוקתית של בג"ץ. למרות ההכרה הפורמלית בקיומו של מסלול ביזורי של ביקורת שיפוטית בישראל, אפשרות זו לא השתרשה בבתי המשפט הדיוניים, ובפועל המערכת כולה מוכוונת לבירור שאלות חוקתיות בפורום הריכוזי שבבית המשפט העליון.

כך, עותרים מעדיפים תדיר את המסלול המהיר לפסיקה תקדימית; שופטי ערכאות הדיון נרתעים בדרך כלל מלגשת לשאלות של תקפות חוקתית ועל אחת כמה וכמה מלפסול חוקים בפועל; גם היוזמות השונות לרפורמה במשטר החוקתי, שנוסחו בעשור האחרון, מציעות לרכז את הביקורת השיפוטית החוקתית בבית המשפט העליון לבדו. גם בספרות האקדמית מוקדשת תשומת הלב לפסיקות החוקתיות של בג"ץ, והאפשרות לפעילות חוקתית בערכאות הדיון נותרת מחוץ לשיח העיוני ולהכרה הציבורית. דווקא בג"ץ עצמו שולח מעת לעת עותרים לבירור טענותיהם החוקתיות בתקיפה עקיפה בערכאות הנמוכות, אך דומה שהדבר נעשה

1 לגרסה ראשונית של הטיעון, המכוונת לקהל השוואתי, ראו Ori Aronson, *The Democratic Case for Diffuse Judicial Review in Israel*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 121 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

באופן נסיבתי וללא דוקטרינה מגובשת. התוצאה היא מערכת ביזורית להלכה אך ריכוזית למעשה.

המהלך השני במאמר הוא נורמטיבי בעיקרו. הוא מבקש לסתור את המגמה הריכוזית השליטה כיום בשיח ובפרקטיקה החוקתיים בישראל, זאת באמצעות הצגת טיעון חדש בזכות הביקורת השיפוטית הביזורית. טיעון זה יונק מגישות עדכניות בתאוריה פוליטית וחוקתית, אשר שואפות לדמוקרטיזציה של ההליך החוקתי, כלומר לשילוב רכיבים השתתפותיים (participatory) והתדיינותיים (deliberative) בתהליכי היצירה והפירוש של נורמות חוקתיות, וכן למתן ביטוי לפלורליזם הערכי המאפיין את הקהילה הפוליטית בתהליכים אלה.

אופיו של ההליך בערכאות הדיון אוצר פוטנציאל מוסדי ייחודי לקידום ערכים אלה, ולכן ביקורת שיפוטית ביזורית – ככל שבעלי הדין והשופטים בערכאות הדיון מעודדים לעשות בה שימוש – יכולה לספק לפחות חלק מהתנאים הדרושים לקיום הליך חוקתי דמוקרטי. לעומת ההליך הריכוזי הגורף, המתנהל בסגנון "הכול-או-לא-כלום", ההליך הביזורי יכול לייצר שיח חוקתי נמשך ומגוון, אשר מעוגן בנסיבות המשתנות של המקרים הנדונים, ולפתח שדה של עמדות חוקתיות וגישות פרשניות לשאלות חוקתיות נפוצות. היות שככלל התחולה של החלטה חוקתית בערכאת דיון היא על הצדדים בלבד, עלות הטעות של פסיקות חריגות נמוכה, ולכן נוצר גם מקום רחב יותר לנסיינות ולחדשנות פרשנית. בסופו של תהליך, הביקורת השיפוטית הביזורית היא גם מקור המספק לבית המשפט העליון (וליתר רשויות השלטון) תפיסות חוקתיות שונות ומידע שנצבר על האופן שבו הן מיושמות ב"שטח". במובן זה יש בה גם הבטחה לשיפור האיכות של התקדימים החוקתיים שייקבעו לבסוף.

המאמר בוחן טיעוני נגד לטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית, ומציע להם תשובות. נדונים טיעונים קלאסיים בזכות המודל הריכוזי – ודאות בדין, חיסכון בעלויות ההתדיינות ושוויון בין בעלי דין דומים. אלא שטיעונים אלה חלים באופן דומה על כל תחום משפטי שנהוג לבררו תחילה בערכאות הדיון, ואין הצדקה לייחד דווקא את הנורמה החוקתית לטיפול ריכוזי. אדרבא, המאמר טוען שיש חשיבות מיוחדת לשמר את האופי הדמוקרטי של השפיטה החוקתית, אולי אף יותר מאשר בתחומי משפט אחרים. טיעון נגד נוסף עניינו ההשלכות החלוקתיות של המודל הביזורי, המטיל על עותרים עלויות נכבדות של ניהול הליכים רבים בדרך להכרעה חוקתית יציבה. בכך מוקנה יתרון ניכר הן לעותרים מבוססים על פני עותרים חלשים, והן למדינה, שהיא שחקן חוזר בהליכים אלה ונהנית מיתרונות לגודל ומזמינותה של התנהלות אסטרטגית. המודל הביזורי אינו יכול לספק מענה שלם לביקורת החלוקתית, אך ניתן לפתחו כך שיכלול רכיבים מוסדיים שינטרלו לפחות חלק מיתרונותיה של המדינה. לבסוף מסביר המאמר מדוע בג"ץ, שבמובנים מסוימים מתנהל כערכאת דיון גדולה, יתקשה במתכונתו הנוכחית לממש את התכלית הדמוקרטי של ההליך החוקתי, ולכן החלופה הביזורית עדיפה באופן עקרוני גם ממנו.

אם אמנם יוחלט לסטות מן המסלול הנוכחי ולהעצים את הביקורת השיפוטית הביזורית בישראל (אפילו לצד שימור החלופה הריכוזית בבג"ץ), יידרשו מהלכי יישום למימוש השינוי. המאמר בוחן אפוא כמה מן ההיבטים היישומיים הללו, תוך שימת דגש בתפקידו של בית המשפט העליון כמנווט העתירות החוקתיות. פיתוח של דוקטרינת-סף מפורטת שתקבע אילו סוגי תיקים מתאימים לבירור בבג"ץ ואילו ראויים להידון בערכאות הדיון יספק הנחיה בהירה הן לבעלי הדין והן לשופטי הערכאות השונות באשר לגבולות הלגיטימציה של השפיטה

החוקתית בערכאות הנמוכות. בדרך זו הוא עשוי לעודד התנעה מחודשת של המסלול הביזורי, במתכונת של תקיפה עקיפה וישירה כאחד.

מבנה המאמר הוא כלהלן: פרק א מניח את היסודות המושגיים לדיון ומציג את הקטגוריות המוסדיות העיקריות הנדונות בו – ביקורת שיפוטית, ריכוזיות וביזוריות. פרק ב כולל את המהלך התיאורי. הוא מציג את היסודות הביזוריים של הביקורת השיפוטית בישראל, אך מראה כיצד אלה נסוגו למעשה בפני החלופה הריכוזית הממוקדת בבג"ץ כערכאה החוקתית הישראלית. פרק ג פורס את הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית. הוא מציג את עיקריה של תאוריה דמוקרטית להליך החוקתי, מראה כיצד ההליך בערכאות הדיון יכול לקדם את תכליתה של תאוריה כזו ומדגיש את עוצמת הטיעון דווקא בהקשר הישראלי. פרק ד דן בביקורת על הטיעון הנורמטיבי ומציע תשובות. פרק ה' עוסק במגוון היבטים יישומיים הנגזרים מהעצמת המודל הביזורי בהקשר הישראלי.

## א. הנחת היסודות

### 1. הגדרת מושגים

כבסיס לדיון, להלן הגדרות כלליות למושגים העיקריים שיופיעו בו. איני מציע כאן הגדרות רשמיות ואיני מתיימר לתפוס באמצעות הגדרות אלה את כל המובנים האפשריים של המושגים, או את האופן שבו יובנו בכל שיטה או הקשר. מטרת ההגדרות היא לפשט את קריאת המאמר באמצעות הבהרת נושאו, והן נועדו לחפוף את השימוש השגור במושגים אלה בשיח החוקתי העדכני.

### ביקורת שיפוטית

"ביקורת שיפוטית" היא קביעתה של ערכאה שיפוטית שלפיה חקיקה ראשית (חוק או חלק מחוק) בטלה עקב עמידתה בסתירה אסורה לנורמה חוקתית גוברת. הדיון מוגבל אפוא לביקורת שיפוטית חוקתית בלבד – איני עוסק בביקורת שיפוטית המבוססת על היררכיות נורמטיביות נמוכות יותר (למשל ביקורת שיפוטית מנהלית המבטלת חקיקת משנה או מעשה מנהלי אחר הסותרים חקיקה ראשית או נורמה שמקורה במשפט המקובל). אף שחלק מהטיעונים שיוצגו במאמר חלים גם על ביקורת שיפוטית מרמה נמוכה יותר, השיקולים אינם זהים והם אינם חלק מהדיון הנוכחי. הגדרה זו של ביקורת שיפוטית מחריגה גם הסדרים של ביקורת שיפוטית רכה או חלשה, שבה הקביעה השיפוטית אינה מובילה לבטלות בפועל. המודל שמעסיק אותי הוא המודל הישראלי, שהשראתו בשיטות חוקתיות כמו אלה של ארצות הברית, קנדה, גרמניה, או דרום אפריקה. כמו כן, ההגדרה של מאמר זה לביקורת שיפוטית מתייחסת רק לביקורת תוכנית. היא אינה כוללת ביקורת שיפוטית המבוססת על פגמים בהליך החקיקה – מקרה מיוחד שיש לו היבטים מוסדיים מובחנים. לבסוף, המאמר דן רק בביקורת חוקתית המתבצעת על ידי ערכאות שיפוטיות, ואינו עוסק בסמכותם של מוסדות מדינתיים

אחרים (למשל ברשות המבצעת) לקבוע שחוק כלשהו בטל ולכן אינו מחייבם – סוגיה זו כורכת שאלות נפרדות של הפרדת רשויות ולגיטימיות דמוקרטית.<sup>2</sup> אם כן, המאמר עוסק בביקורת שיפוטית מן הסוג המערורי את הקושי האנטי-רובני הקלאסי:<sup>3</sup> מצב שבו לשופטים ספורים (שאינם נבחרים) ניתן הכוח לבטל את הכרעת הרוב של הנציגים הנבחרים של העם-הריבון, המתבטאת במעשה החקיקה.

### ביקורת שיפוטית ביזורית

בשיטות של ביקורת שיפוטית ביזורית סמכות הביקורת השיפוטית נתונה לכל ערכאה שיפוטית במערכת, כלומר לכל מוסד מדינתי המחזיק בכוח שיפוטי, בין שזו ערכאה של סמכות כללית ובין שזו ערכאה מתמחה או ייחודית.<sup>4</sup> ככל פעולה אחרת של פרשנות שיפוטית, גם החלטות בדבר חוקתיותו – או אי-חוקתיותו – של דבר חקיקה ראשית נעשות על ידי ערכאת הדיון הראשונה, והן עשויות לטפס במעלה ההיררכיה השיפוטית ולהיבחן גם על ידי הערכאות הגבוהות בהתאם לדיני הערעור הרגילים. בה בעת, שוב בדומה להכרעות משפטיות אחרות של ערכאות ראשונות, תחולתה של הביקורת השיפוטית שמבצעת ערכאת הדיון היא בין הצדדים בלבד (*inter partes*) ואינה חלה על מקרים אחרים שלא נדונו באותו משפט. המשמעות היא שחוק "בוטל" בהחלטתה של ערכאת דיון ממשיך לעמוד בתוקפו ביחס למקרים אחרים העשויים לבוא לפני בתי המשפט מאוחר יותר.

שיטות של ביקורת שיפוטית ביזורית מכירות אפוא באופן עקרוני בהיתכנות של שדה חוקתי מפוצל – מצב שבו שאלת חוקתיותו של חוק נתון נענית בדרכים שונות על ידי ערכאות שונות, כך שהחוק חל במקרים מסוימים ואינו חל באחרים. במצבים כאלה, הכרעה שיפוטית סופית באשר לחוקתיותה של הנורמה תתקבל רק אם וכאשר יגיע העניין בערעור אל בית המשפט העליון, שהחלטתו מגובה במנגנון התקדים המחייב.<sup>5</sup> לעתים החלטה תקדימית שהיקפה חלקי יכולה להתקבל עוד לפני שבית המשפט העליון נדרש לשאלה – בשיטות

2 לדיון בגישה "דיפרטמנטליסטית", שלפיה כל רשות שלטונית היא עצמאית בפרשנות החוקתית שלה, ראו Alon Harel & Adam Shinar, *Between Judicial and Legislative Supremacy: A Cautious Defense of Constrained Judicial Review*, 10 INT'L J. CONST. L. 950, 956–957 (2012).

3 ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR* OF POLITICS 16 (1962).

4 ראו ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW* 127–135 (1989); MAURO Cappelletti, *THE JUDICIAL PROCESS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 133–135 (1989) (להלן: Cappelletti, *THE JUDICIAL PROCESS*); Alec Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why It May Not Matter*, 101 MICH. L. REV. 2744, 2770–2771 (2003). לגרריו המוסדיים של מושג הכוח השיפוטי ראו Ori Aronson, *Out of Many: Military Commissions, Religious Tribunals, and the Democratic Virtues of Court Specialization*, 51 VA. J. INT'L L. 231, 246–247 (2011).

5 בישראל: ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

שקיימת בהן ערכאת ביניים ערעורית כמו ה־circuit courts בשיטה הפדרלית האמריקנית.<sup>6</sup> זה אינו מצב ייחודי למשפט החוקתי: מחלוקות פרשניות בין ערכאות הדיון תיתכנה במגוון של תחומים וסוגיות (כמו משמעותה של נורמה חוקית או חוזית, אפיון התנהגות כלשהי כרשלנית או רמת הענישה הראויה לעבירה מסוימת). כל מערכת משפט מבוזרת – כלומר כל מערכת שיש בה יותר מבית משפט אחד, ולאמתו של דבר יותר משופט אחד – מאופיינת על כן באופן אינהרנטי בתקופות של פיצול ושל אי־ודאות נורמטיביים, שבמהלכן מקרים דומים זוכים ליחס שיפוטי שונה. תופעות אלה נפתרות לאורך זמן, בין שבפסיקה מחייבת של בית משפט עליון ובין שבתיקון חקיקתי המסדיר מחדש את הסוגיה.

בנוף ההשוואתי, השיטה הביזורית המוכרת ביותר היא גם השיטה הוותיקה ביותר המפעילה ביקורת שיפוטית – ארצות הברית. כיום גם מדינות אחרות מקיימות אותה, כמו קנדה והודו,<sup>7</sup> וכפי שנראה, במובנים מסוימים גם ישראל.

### ביקורת שיפוטית ריכוזית

שיטות של ביקורת שיפוטית ריכוזית מפקידות את סמכות הביקורת השיפוטית בידי ערכאה אחת שמומחיותה בפרשנות החוקה.<sup>8</sup> בשיטות אלה אין לערכאות הדיון סמכות להכריע בדבר תוקפה של חקיקה ראשית. במקום זאת הן כוללות הסדרים דינוניים המבטיחים ששאלות חוקתיות יתועלו היישר לערכאה החוקתית הריכוזית – באמצעות עתירות ישירות או לחלופין באמצעות הפניה בסגנון "אבעיה" (certification, renvoi) של שאלות בנושאי תוקף חוקתי, המתעוררות במסגרת ההליך בערכאת הדיון, לפסיקתה של הערכאה החוקתית. כל עוד לא הכריעה הערכאה החוקתית בשאלת התוקף של החוק השנוי במחלוקת, יתר הערכאות (כמו רשויות השלטון האחרות) נדרשות להניח שהחוק תקף.

ביקורת שיפוטית ריכוזית יכולה להתבצע בידי בית המשפט העליון, המכהן גם כערכאה החוקתית של השיטה. תופעה נפוצה יותר בשיטות ריכוזיות היא הפקדת סמכות הביקורת השיפוטית בידי טריבונל חוקתי נפרד, שהנו חיצוני לשדרת השפיטה הרגילה, וכל סמכותו ומומחיותו בסוגיות חוקתיות (פעמים רבות אין מדובר רק בשאלות של תוקף חוקתי אלא גם, למשל, בנושאים כמו הסדרת מערכת הבחירות).<sup>9</sup> ערכאות חוקתיות כאלה מחזיקות אמנם מאפיינים רבים של "בית משפט", אך לא אחת ההליכים הנהוגים בהן והאופי של שופטיהן

6 בישראל, החלטות של בית המשפט המחוזי מנחות בלבד את בתי משפט השלום (ס' 20' (א) לחוק-יסוד: השפיטה), או ערכן התקדימי מוגבל.

7 MAURO CAPPELLETTI, JUDICIAL REVIEW IN THE CONTEMPORARY WORLD 47 (1971) (להלן: CAPPELLETTI, JUDICIAL REVIEW).

8 VÍCTOR FERRERES COMELLA, CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES 5–9 (2009) או BREWER-CARIAS, לעיל ה"ש 4, בעמ' 185–194; CAPPELLETTI, THE JUDICIAL PROCESS, לעיל ה"ש 4, בעמ' 136–146.

9 Tom Ginsburg & Zachary Elkins, *Ancillary Powers of Constitutional Courts*, 87 TEXAS L. REV. 1431 (2009).

נבדלים מאלה שבכתי משפט רגילים, והם עשויים למשל לכלול היבטים פוליטיים או ייצוגיים מובהקים הן בתנאי האיוש והן בהליך המינוי.<sup>10</sup>

בניגוד לגישה הביזורית, ביקורת שיפוטית ריכוזית פועלת בשיטה של "אחת ולתמיד" – כל שאלה חוקתית מגיעה בפני הערכאה החוקתית בדרך כלל פעם אחת בלבד, וההכרעה שניתנת חלה באופן מידי וגורף על כל רשויות השלטון. מנקודת המבט של בעלי הדין התוקפים את חוקתיותו של חוק, הליך בפני בית המשפט החוקתי הוא לכן בדרך כלל משחק "על כל הקופה", כי ניצחון משמעותו ביטול החוק כלפי כולי עלמא (erga omnes), בעוד הפסד משמעותו קביעה סופית שהחוק תקף.

המודל הריכוזי של ביקורת שיפוטית מופיע ברבות ממדינות הקונטיננט באירופה, כמו גם ברבות מהדמוקרטיות החוקתיות החדשות של העשורים האחרונים ברחבי העולם (במזרח אירופה, בדרום אמריקה ובדרום-מזרח אסיה). החוקה האוסטרית של טרום-מלחמת העולם השנייה הייתה הראשונה להציג בית משפט חוקתי, שמנסח החוקה ואחד משופטיו הראשונים, הנס קלזן, הגדירוהו "מחוקק שלילי".<sup>11</sup> כיום התופעה נפוצה יותר, ושיטות ריכוזיות – המבוססות בבית המשפט העליון או בבית משפט חוקתי – נמצאות למשל בגרמניה, בדרום אפריקה, בספרד ובאיטליה.<sup>12</sup>

## 2. על ביזוריות, ריכוזיות, תקיפה עקיפה ותקיפה ישירה

בספרות האקדמית מקובל לשלב את הדיון המוסדי בדבר ביקורת שיפוטית ביזורית וריכוזית עם דיון מקביל, שהוא בעיקרו תורת-משפטי, בנושא ההבחנה בין תקיפה עקיפה לתקיפה ישירה של נורמות משפטיות. המהלך המקובל נראה כך: התומכים בביקורת שיפוטית ביזורית נוהגים להצדיקה בעמדה פילוסופית שלפיה הנורמה החוקתית היא נורמה משפטית "רגילה", ולכן פעולתה זהה לזו של כל נורמה משפטית אחרת. לדבריהם, הדברים נכונים גם במצבים של סתירה בין נורמות – למשל מוקדמת ומאוחרת, כללית וספציפית, וגם עליונה לעומת נחותה. לפי תפיסה זו, חוק שאינו חוקתי בטל מעיקרו – למעשה הוא "אינו חוק" כלל<sup>13</sup> – משום שאינו מקיים את תנאי התוקף של המערכת המשפטית, שכוללים ציות להיררכיית הנורמות. אם כך הדבר, הרי שבטלות זו חלה בכל הליך משפטי ובכל ערכאה שיפוטית.<sup>14</sup> ערכאות הדיון

10 John Ferejohn & Pasquale Pasquino, *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, 82 TEX. L. REV. 1671, 1677–1678 (2004).

11 HANS H. KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 268–269 (Anders Wedberg trans., 1945).

12 COMELLA, לעיל ה"ש 8, בעמ' 3–5.

13 ראו (1803) 5 U.S. 137, 177 Marbury v. Madison ( ) a legislative act contrary to the Constitution is not law (Constitution is not law); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 417–416, 221 (1995).

14 ראו BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 4, בעמ' 128 ( ) "If the principle of constitutional supremacy is adopted the logical and necessary consequence is that the courts must have the power to decide which norm is to be applied when a contradiction exists between a particular law and (the Constitution)".

מוסמכות ומורגלות להכריע בשאלות של תוקף נורמטיבי, ומבחינה אנליטית אין כל הבדל בין שאלות של תוקף חוקתי לשאלות פרשניות אחרות שמאפיינות את מלאכת השפיטה היומיומית.<sup>15</sup> לבסוף, היות שבהליכים משפטיים טיפוסיים יוזם ההליך אמור לבסס את עילתו על דין תקף, הרי שטענה של סתירה בין חוק לחוקה תתעורר באופן טיפוסי כטענת הגנה, שבה טוען המתגונן שהחוק שהתביעה מתבססת עליו אינו תקף – כלומר במצבים של "תקיפה עקיפה".

לעומת זאת, לפי התפיסה המקובלת, שיטות של ביקורת שיפוטית ריכוזית יוצאות מנקודת הנחה תורת-משפטית שונה ביחס למעמדן של נורמות חוקתיות. שיטות אלה, כך נטען, תופסות את הנורמה החוקתית כנורמה ייחודית, שיש לה, פרט להיבטים משפטיים, גם היבטים חוץ-משפטיים – מוסריים ופוליטיים. כדי שהיא תוביל לבטלותו של חוק נדרשת אפוא פעולת ביטול אקטיבית, וזו אינה יכולה להתבצע במסגרת ההתדיינות המשפטית הרגילה; נדרשת ערכאה ייחודית, בעלת מומחיות בנושאים חוקתיים ובסיס לגיטימציה נפרד, שתעסוק בביקורת שיפוטית.<sup>16</sup> היות שמדובר בערכאה ייחודית שאינה דנה במחלוקות משפטיות אחרות, ההגעה אליה תהיה ממילא בדרך של "תקיפה ישירה" – ההליכים שיידונו בה יעסקו מלכתחילה בשאלות של תוקף חוקתי, ויוזם ההליך יהיה זה שטוען לביטול החוק, ולא זה שטוען לקיומו. גישה זו, המצמידה תקיפות ישירות למערכות ריכוזיות ותקיפות עקיפות למערכות ביזוריות, משולבת בדרך כלל עם הבחנה נוספת בין סוגים של ביקורת שיפוטית: ביקורת שיפוטית מופשטת (abstract) וביקורת שיפוטית ממוקדת (concrete). ההבחנה עניינה סוג הטענה והביסוס הראייתי המובאים בפני בית המשפט – האם הפגם החוקתי עולה מלשון החוק עצמו עוד טרם יישומו של החוק, או שמא הוא מתברר רק לאור האופן שבו הופעל החוק הלכה למעשה? כאן מקובל להניח ששיטות ריכוזיות מתייחדות בביקורת שיפוטית מופשטת, בעוד שיטות ביזוריות עוסקות בביקורת שיפוטית ממוקדת.<sup>17</sup>

אני מבקש לשחרר את הדיון שלהלן ממערכת ההנחות הזו, לפחות כנקודת מוצא. אף שקיימת זיקה נסיבתית בין ריכוזיות ותקיפה ישירה ומופשטת ובין ביזוריות ותקיפה עקיפה וקונקרטי, הרי ייתכנו שיטות ביזוריות הכוללות גם הליכים של תקיפה ישירה, כלומר יוזם הליך בערכאה נמוכה שמטרתו הכרזה על בטלות חוק. מנגד אפשריות גם שיטות ריכוזיות הכוללות הליכים שיש להם מאפיינים של תקיפה עקיפה, למשל תקיפה המבוססת על פגיעה חוקתית קונקרטי שכתב אירעה.<sup>18</sup> השאלות בדבר ההסדר הרצוי בנושא תקיפה ישירה או

15 ראו אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט 390–391 (אהרן אמיר מתרגם, 2001) (אלכסנדר המילטון, הפדרליסט מס' 78).

16 ראו COMELLA, לעיל ה"ש 8, בעמ' 45–47 (מתאר את ה-"relative autonomy of constitutional discourse", שמשחרר את הערכאות החוקתיות מכבלי השיח המשפטי הטיפוסי, ואת הערכאות המשפטיות מן הצורך לעסוק בשאלות של מוסר ומדיניות).

17 ראו למשל Patricio Navia & Julio Ríos-Figuera, *The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America*, 38 COMP. POL. STUD. 189, 198–199 (2005).

18 ראו Víctor Ferreres Comella, *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism*, 82 TEX. L. REV. 1705, 1714–1716 (2004).



עקיפה, מופשטת או ממוקדת, הן מעניינות ומורכבות וכמובן רלוונטיות לדיון, ואשוב אליהן בהמשך המאמר.<sup>19</sup> עם זאת חשוב להבהיר כבר כעת כי שאלות אלה נפרדות משאלת העיצוב המוסדי של הביקורת השיפוטית. עמדתנו בשאלה אם עדיפה שיטה ריכוזית או ביזורית אינה יכולה להיגזר מתפיסה תורת-משפטית או פרוצדורלית כלשהי בנוגע למהותן של הנורמה החוקתית או השפיטה החוקתית. מדובר בהכרעה עצמאית שעניינה כישורים מוסדיים ולגיטימיות דמוקרטית.

## ב. המצב בישראל: ביזורית להלכה, ריכוזית למעשה

מהי שיטת הביקורת השיפוטית החוקתית בישראל? כידוע לשאלה זו אין תשובה בטקסטים החוקתיים הקיימים. כמו ארצות הברית, גם ישראל אימצה את הביקורת השיפוטית החוקתית במהלך של פרשנות שיפוטית, כמסקנה שנבעה מן ההכרה בהיררכיית הנורמות שהמשפט החוקתי הישראלי הגיע אליה באמצע שנות התשעים של המאה העשרים, וכהמשך לפרקטיקה מושרשת היסטורית של ביקורת בג"ץ על תוקפן של נורמות מרמה נמוכה יותר ואף של חקיקה ראשית שלקתה בפגמים פרוצדורליים.<sup>20</sup> התנאים המוסדיים שבהם התפתחה הביקורת השיפוטית הם אפוא נתון נסיבתי ולא תוצר של תכנון חוקתי מכוון. ואמנם באין תכנון גם לא נעשתה בחירה בין הגישות, וישראל מקיימת בפועל עירוב של שתי השיטות יחד: הביקורת השיפוטית בישראל יכולה להתבצע הן במסלול ביזורי, במסגרת ההליכים המתנהלים בערכאות הדיון והערעור השונות, והן בהליך ריכוזי, באמצעות עתירה ישירה לבג"ץ. עם זאת, ואף ש"שעטנז" זה הנו חלופה מעוררת עניין כשלעצמה, בפועל הנטייה הכללית של הליטיגציה החוקתית בשני העשורים האחרונים (מאז הלכת בנק המזרחי) מתמקדת באופן מובהק בקצה הריכוזי, אגב זניחה כמעט גורפת של החלופה הביזורית.

אציג להלן את ההיבט הביזורי ואת ההיבט הריכוזי של השיטה הקיימת בישראל, ואראה את הראיות להטיה הנמשכת של המערכת לכיוון הקצה הריכוזי, כלומר למיקוד הליטיגציה החוקתית הישראלית בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. אף שבית המשפט העליון מכיר בקיומה של חלופה ביזורית ומתייחס אליה לעתים בפסיקתו, מרבית הנתונים מעידים על התגבשותו של כעין קונצנזוס במערכת החוקתית, על שחקניה השונים, בקצה הריכוזי. זהו נתון מעניין בהתחשב בעוצמת המחלוקות האופפות ככלל את תחום הביקורת השיפוטית החוקתית מאז הופיעה במשפט הישראלי; כפי שאטען בהמשך, זהו גם נתון מטריד, בהתחשב בטעמים התומכים דווקא בהעדפת היבט ביזורי משמעותי לביקורת השיפוטית הישראלית.

19 ראו להלן בעיקר פרק ה(2).

20 ראו אהרן ברק "פיקוח בתי המשפט על חקיקת משנה" הפרקליט כא 463, 468, ה"ש 39 (1965) ("להלכה רשאי כל בית משפט לפסול חקיקת משנה שהיא אולטרה-וירס, אך למעשה נעשה הדבר בעיקר על ידי בית הדין הגבוה לצדק"); דוד קרצ'מר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח 359 (1997).

## 1. ישראל כשיטה ביזורית

בישראל נוהגת היום שיטה של ביקורת שיפוטית ביזורית. באין קביעה חוקתית מפורשת באשר לסמכות ייחודית של ערכאה כזו או אחרת לעסוק בתחומים חוקתיים, ההנחה היא שכל ערכאה במערכת רשאית לעסוק בפירוש חוקי היסוד ובאכיפתם, ואף לקבוע שחוק רגיל שסותר שלא כדין חוק יסוד, אינו תקף. אכן, פסק הדין המכונן בעניין בנק המזרחי עצמו ניתן על ידי בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים,<sup>21</sup> בהליך שהחל בהחלטותיהם של שני בתי משפט מחוזיים לבצע ביקורת שיפוטית ביזורית. השופט שטיין (בתל אביב) והשופט ג'ובראן (בחיפה) קבעו, במסגרת הליכים אזרחיים של מימוש חובות, שחוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג–1993<sup>22</sup> סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו באופן שאינו מקיים את פסקת ההגבלה, ולכן הוא בטל.<sup>23</sup> בית המשפט העליון אמנם קיבל את הערעורים על פסיקות אלה, אך לא מן הטעם שבתי המשפט המחוזיים לא היו מוסמכים ליתן, אלא עקב מחלוקת משפטית מהותית ביחס לקיום דרישותיה של פסקת ההגבלה.

בפסק דין בנק המזרחי, שבו הוכרה במפורש סמכות הביקורת השיפוטית, כמעט לא נדונה ההבחנה בין ביזוריות לריכוזיות. שופטי הרוב, משלא עסקו כלל בשאלת הסמכות של בתי המשפט המחוזיים לפסוק כפי שפסקו, ומשביססו את ההלכה על התפיסה שלפיה חוקי היסוד הם נורמות משפטיות לכל דבר, קבעו במשתמע ששיטתנו היא ביזורית. בפסק הדין של הנשיא ברק נאמר ש"הסמכות לקבוע את דבר אי החוקתיות נתונה לבתי המשפט"<sup>24</sup> (לשון רבים), גם אם מבלי שהרחיב בדבר. כך הבין את הדברים גם שופט המיעוט, השופט חשין, שהיה היחיד להתייחס לנושא בציינו שמדעות שופטי הרוב עולה "ולו במשתמע, כי כל בתי המשפט בארץ – למקטון ועד גדול – כולם מוסמכים הם לפסול חוקים של כנסת".<sup>25</sup> השופט חשין התנגד גם לתוצאה זו; הוא ציין שראוי להגביל את הסמכות לבית המשפט הגבוה לצדק בלבד, וצפה כי "עוד נכוננו לנו עלילות"<sup>26</sup> כפי שנראה, עמדתו של חשין היא שמומשה למעשה, גם אם לא להלכה.

בשורה של פסיקות מאז הלכת בנק המזרחי אישש בית המשפט העליון את המסקנה שבישראל נוהגת שיטה ביזורית. הדבר נלמד, בראש ובראשונה, ממקרים נוספים דוגמת בנק המזרחי, שבהם דן בית המשפט העליון בערעורים על הכרעות חוקתיות של ערכאות הדיון, וזאת מבלי לפקפק בסמכותם של בתי המשפט הנמוכים לעסוק בשאלות של תוקף חוקתי.<sup>27</sup>

21 ע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 13.

22 ס"ח 178.

23 ת"א (מחוזי ת"א) 2252/91, המ' 5025/92 שירותי אשראי מסחרי (ישראל) נ' גבעת יואב – מושב עובדים, פ"מ התשנ"ד (3) 243 (1994) (השופט שטיין); בר"ע (מחוזי חי') 18/94 כפר ביאליק כפר שיחופי נ' נחמיאס (פורסם בנבו, 30.5.1994) (השופט ג'ובראן).

24 ע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 418 (ההדגשה הוספה).

25 שם, בעמ' 568.

26 שם.

27 ראו למשל רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 1 (2003) (דחיית בקשה למתן רשות ערעור על החלטת בתי הדין לעבודה שלפיה איסור העבודה בשבת)

יתרה מכך, בכמה מקרים בחר בית המשפט העליון שלא להפעיל את סמכותו כבג"ץ, ובאמצעות דוקטרינת הסף בדבר קיומו של "סעד חלופי" הפנה עותרים שהעלו טענות חוקתיות לבררן במסגרת תקיפה עקיפה בערכאות הדיון.<sup>28</sup> באחת מאותן פרשות קבע הנשיא ברק במפורש כי "בתי המשפט האזרחיים מוסמכים, במסגרתן של תביעות נזיקין ספציפיות, לבחון טענות כנגד חוקתיות [חוק]".<sup>29</sup> בה בעת, לפחות פעם אחת קבע בית המשפט העליון ש"שאלת סמכותה של ערכאה דיונית רגילה לדון ולהחליט בשאלת חוקתיות הוראת חוק ראשית הינה שאלה מורכבת" המצריכה עיון שיבוא עתו.<sup>30</sup> אף שבית המשפט העליון מעולם לא עיין באופן מפורט ומפורש בשאלה זו, אין כאמור ספק שהפרקטיקה החוקתית המעשית שלו מעידה על הכרה גורפת ברכיב הביזורי של השיטה החוקתית הישראלית.

מאז 1992 אכן מובאות בפני ערכאות הדיון השונות טענות חוקתיות רבות. לפי שעה אין ברשותנו מאגר נתונים ממצה של כל ההחלטות החוקתיות של ערכאות הדיון, אך התמונה המצטיירת מאיסוף ראשוני של מידע, המאוששת גם בתפיסה הרווחת בקרב שופטים ועורכי דין שעמם שוחחתי כרקע למחקר, מעידה על כך שבעלי דין מרבים לעורר טענות חוקתיות, ושבתי המשפט השונים נוטים בדרך כלל לדחותן. חלק מן הדחיות נעשות לגופם של דברים, כלומר

בחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א–1951 הנו חוקתי); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010) (קבלת ערעור על החלטת בתי משפט השלום והמחוזי ולפיה ס' 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו–2006 הוא חוקתי); ע"א 4737/06 חסונה נ' רשות הפיתוח – מנהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 31.12.2012) (דחיית ערעור על החלטת בית משפט מחוזי שלפיה ס' 8 לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד–1964 הוא חוקתי); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013) (כצד עתירה לבג"ץ, קבלת ערעורים על החלטת בית המשפט לעניינים מנהליים שלפיה ס' 30 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד–1954 הוא חוקתי).

28 ראו למשל בג"ץ 8424/01 הנדלמן נ' נציב מס הכנסה (פורסם בנבו, 30.9.2002); בג"ץ 2055/02 עביד נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 12.12.2002); בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 18.1.2006); בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הבטחון, פ"ד סב(1) 1, פס' 31 (2006); בג"ץ 2426/08 בן עטר נ' מדינת ישראל – משרד התחבורה (פורסם בנבו, 16.9.2008); בג"ץ 1076/07 קברצת ממן אילת נ' משרד האוצר (פורסם בנבו, 19.1.2009); בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר, פס' 29 (פורסם בנבו, 22.3.2009); בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פס' 34 (פורסם בנבו, 5.1.2012); בג"ץ 6887/13 קניאס נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 12.1.2014).

29 בג"ץ עדאלה נ' שר הבטחון, לעיל ה"ש 28. כן ראו בג"ץ בוגרי התיכון, לעיל ה"ש 28 ("סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדון בטענות בדבר אי חוקתיות אינה מונעת דיון בטענות בבית משפט רגילי"); בג"ץ 6871/03 מדינת ישראל נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נח(2) 943, 947 (2003) (בית הדין הארצי לעבודה מוסמך "לדון ולהכריע – מכוח סמכותו הנגזרת, שלא בתקיפה ישירה – בשאלת תקפותו של החוק").

30 רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 396 (2003). באותו מקרה קבע בית המשפט המחוזי באופן מנומק שהוא מוסמך לבצע ביקורת שיפוטית חוקתית, אך מצא שהחוק שעמד לבחינה (חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון מס' 2), התשנ"ו–1996) עומד במבחן החוקתיות. ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 1276/96 בנק לאומי לישראל נ' חזן (פורסם בנבו, 10.3.1999). שאלת הסמכות נותרה אפוא בגדר הערת אגב, וממילא בית המשפט העליון אישר את ההחלטה לגופה ולא נדרש לה גם כן.

באמצעות יישום הדוקטרינה החוקתית שפיתח בית המשפט העליון וקביעה שהחוק העומד לבחינה אינו פוגע באופן אסור בהוראות חוק היסוד (אינו פוגע בזכות, או פוגע בה אך מקיים את דרישות פסקת ההגבלה).<sup>31</sup> בכמה מקרים כוללות החלטות אלה גם דיון מקדמי מפורט המוביל להכרעה מנומקת בדבר סמכותה של ערכאת הדיון לקיים ביקורת שיפוטית.<sup>32</sup> עם זאת, חלק אחר מן ההחלטות הדוחות טענות לביקורת שיפוטית עושות זאת מתוך תפיסה מוסדית המעדיפה ששאלות חוקתיות יתבררו בבית המשפט העליון, ולא בערכאת הדיון. עם קבוצה זו נמנות אמירות שלפיהן ערכאות הדיון כלל אינן מוסמכות להורות על בטלותה של חקיקה ראשית – בין בשום מקרה<sup>33</sup> ובין בתקיפה ישירה<sup>34</sup> – לכאורה בסתירה לעמדתו של בית המשפט העליון בנושא. לצד אלה מופיעות גם אמירות מתונות יותר, שלפיהן רצוי שערכאות הדיון יימנעו מהכרעה בנושאים אלה (גם אם הן מוסמכות לכך) ושהמסלול המתאים לבריורן הוא עתירה לבג"ץ.<sup>35</sup>

נדירים הרבה יותר המקרים הידועים שבהם ערכאות דיון החליטו לבטל חוק מחמת אי-חוקתיותו. בדיקה מקיפה המבוססת על חיפושים מוצלבים במאגרי המידע (גם אם לא על סקר אמפירי ממצה) מעלה שמספר ההחלטות המוכרות מסוג זה ככל הנראה אינו עולה על עשר.<sup>36</sup>

- 31 ראו למשל ע"ש (מחוזי ת"א) 739/96 יקריביץ' נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פרק 14 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.9.1996). (ס' 44 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976); וע' (מחוזי י-ם) 6048/03 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.2.2004) (חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), התשכ"ט-1969); עב"ל 461/03 עזרוב נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 2.9.2004) (ס' 348 (ב) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995); תיק ערעור (גדול) 1-13-002793529 פלוני נ' פלונית, עמ' 24 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.4.2005) (ס' 53 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961); ב"ש (תעבורה רמ') 408/06 בשארה נ' מדינת ישראל, פס' 10 (פורסם בנבו, 4.7.2006) (ס' 57 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961); ת"א (שלום רמ') 4012/05 עיריית ראשון לציון נ' ברזילי, עמ' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.7.2006) (ס' 8 לחוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), התשנ"ג-1992); ב"ש (מחוזי י-ם) 5291/08 אברגיל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 16.10.2008) (חוק ההסגרה (תיקון מס' 6), התשנ"ט-1999); ב"ל (אזורי ב"ש) 4814-07-11 ברקאי נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 11-13 (פורסם בנבו, 19.3.2012) (ס' 150 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995); עת"מ (מינהליים ב"ש) 21001-10-12 טהנגס נ' משרד הפנים, פס' 10 (פורסם בנבו, 17.1.2013) (ס' 30 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954).
- 32 ראו למשל ה"פ חזן, לעיל ה"ש 30; ה"פ (מחוזי ת"א) 1848/97 ירשי מוסא חסונא נ' שר האוצר, פס' 10-11 (פורסם בנבו, 6.3.2006).
- 33 ראו למשל ב"ש (שלום כ"ס) 2809/04 סולטאן נ' משרד התשתיות הלאומיות (פורסם בנבו, 16.8.2004); עת"מ (מינהליים ת"א) 1817/08 נייסשלוס נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, עיריית כפר סבא, עמ' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.07.2009) (דחיית הטענה החוקתית לגופה תוך קביעה שהחלטה אחרת הייתה מחייבת העברת העניין לבית המשפט העליון); ה"פ (מחוזי חי') 18682-01-13 כרמון נ' מעינות העמקים בע"מ, פס' 18-19 (פורסם בנבו, 13.6.2013).
- 34 ראו למשל ב"ש בשארה, לעיל ה"ש 31; ע"ע (ארצי) 209/10 וינברגר נ' אוניברסיטת בר-אילן, פס' 63 (פורסם בנבו, 6.12.2012).
- 35 ראו למשל בש"א (מחוזי י-ם) 553/03 מדינת ישראל נ' נבילי (פורסם בנבו, 18.6.2010); ע"ע וינברגר, לעיל ה"ש 34.
- 36 ראו ת"א שירותי אשראי, לעיל ה"ש 23; בר"ע כפר ביאליק, לעיל ה"ש 23; ת"פ (שלום ת"א) 4696/01 מדינת ישראל נ' הנדלמן (פורסם בנבו, 14.4.2003) (ס' 1236 (ב) לפקודת מס הכנסה

מספר זה כולל החלטות של בתי משפט מחוזיים, בית משפט שלום, בתי משפט לתביעות קטנות, בית דין צבאי ובית דין לעבודה; למעט ההחלטות שהובילו לפסק הדין בעניין בנק המזרחי, אף לא אחת מהן הגיעה בערעור עד בית המשפט העליון.<sup>37</sup> השכיחות המזערית של ביקורת שיפוטית בערכאות הדיון – פחות ממספר המקרים של ביקורת שיפוטית בבית המשפט העליון מאז 1995 – היא ממצא מעניין מכמה סיבות. ראשית, כפי שראינו, בית המשפט העליון מניח שביקורת שיפוטית בערכאות הדיון היא אפשרות ממשית, ולאמתו של דבר נראה שהוא מעדיף אותה על פני ביקורת שיפוטית בג"צית, לפחות בהקשרים מסוימים. שנית, כפי שצוין לעיל, ההשפעה של ביקורת שיפוטית המבוצעת בערכאה ראשונה במסגרת תקיפה עקיפה היא מוגבלת בהיקפה, שכן היא חלה רק על הצדדים להליך. המשמעות היא שעלות הטעות הכרוכה בה (error cost) בדרך כלל מוגבלת אף היא, ולכן ניתן היה לסבור ששופטי ערכאות הדיון יירתעו מפני הפעלת סמכותם החוקתית פחות מאשר שופטי העליון. שלישי, בהתחשב בעלות הנמוכה הכרוכה בהעלאת טענה חוקתית (על ידי בעלי הדין או ביוזמת בית המשפט), ובעובדה שהליכים משפטיים רבים מערבים בהכרח סוגיות חוקתיות (שאינן חסומות באמצעות שמירת הדינים), למשל בדיני מעצרים, הפקעות, או הגירה, ניתן היה לצפות ששאלות של תוקף חוקתי יופיעו תדיר בסדר היום של ערכאות הדיון. למרות זאת ניכר שבתי המשפט הנמוכים נרתעים משימוש בסמכות הביקורת השיפוטית, אף שרבים מהם סבורים (בצדק) שהיא נתונה להם. אטען בהמשך שיש להצטער על המתנינות החוקתית הזו של ערכאות הדיון. בשלב זה אני מבקש רק לשאול כיצד ניתן להסביר אותה. מדוע ערכאות הדיון נמנעות ככלל מביטול חוקי הכנסת? כמובן, ברקע עומדת גישתו העקרונית של בית המשפט העליון בעניין כיבוד הרשות המחוקקת והזהירות הנדרשת מבית משפט הבא לבטל חקיקה של הכנסת.<sup>38</sup> אין ספק שערכאות הדיון הפנימו גישה זו, ולעתים נראה ששופטיהן סבורים שאם כך הכלל בבית המשפט העליון, הרי מקל וחומר שעל ערכאה נמוכה יותר להיזהר במיוחד בכבודה של הכנסת.<sup>39</sup> אך דומה שאין מדובר רק במתנינות יזומה ששופטי ערכאות הדיון פיתחו בעצמם עבור עצמם, אלא גם בהפנמה של נורמה נגד ביקורת שיפוטית אשר מונחלת אליהם מגורמים חיצוניים. הדינמיקה שסבבה את אחד מאותם אירועים של ביקורת שיפוטית ביזורית יכולה ללמד על הכוחות הללו.

[נוסח חדש], התשכ"א–1961; ת"ק (תביעות קטנות פ"ת) 940/07 תרוף נ' איבריה, פס' 17–32 (פורסם בנבו, 8.7.2007) (ס' 10 לחוק התובלה האווירית, התש"ם–1980); ת"ק (תביעות קטנות עכו) 1457/07 ענבר נ' איבריה (פורסם בנבו, 20.11.2007) (ס' 10 לחוק התובלה האווירית, התש"ם–1980); ב"ל (אזורי נצ') 1822/09 ידינק נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 7.1.2010) (ס' 4)223 (4) סיפא לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995; דר/150/07 (צבאי דרום) התובע הצבאי נ' אדרי (פורסם בנבו, 27.1.2010) (ס' 33א, 541 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955).

37 עם זאת, הביקורת השיפוטית שביצע בית הדין האזורי לעבודה בב"ל ידינק, לעיל ה"ש 36, נהפכה בהחלטת בית הדין הארצי לעבודה בבר"ע (ארצי) 257/10 המוסד לביטוח לאומי נ' עזבון ידינק (פורסם בנבו, 23.1.2012).

38 ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 66 (1996) ("עד שבית המשפט פוסל חוק, הוא חייב לשבת שבעה נקיים").

39 ראו למשל ע"א (שלום ראש"צ) 16/09 כהן נ' מדינת ישראל – הועדה להטלת עיצום כספי, עמ' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.10.2009).

## 2. פרשת הנדלמן וגורלה של הביקורת השיפוטית הביזורית

להבהרת הנקודה ראוי להתעכב על אחד המקרים הבודדים שבהם ביצע בית משפט השלום ביקורת שיפוטית חוקתית. התגובות לאותה החלטה שיפוטית יכולות ללמדנו על מערכת התמריצים המופעלת על ערכאות הדיון בנושא זה. כוונתי להליך הפלילי בעניינו של משה הנדלמן, שהועמד לדין בשנת 2001 בבית משפט השלום בתל אביב בגין עבירה לפי סעיף 236ב(ב) לפקודת מס הכנסה (כנוסחו אז), אשר אסר על מי שאינו רשום בפנקס יועצי המס להציג את עצמו כיועץ מס.<sup>40</sup> משהואשם בעבירה כאמור, הנדלמן עתר לבג"ץ נגד חוקתיות הסעיף (במסגרת מסלול הביקורת השיפוטית הריכוזית). בעתירה טען שההוראה פוגעת שלא כדין בזכות לחופש העיסוק. ההליך הסתיים בפסק דין קצרצר, שבו ציין בית המשפט העליון שבהמלצת ההרכב ביקש העותר למחוק את העתירה כדי להעלות את הטענה החוקתית במסגרת ההליך הפלילי שהוא נאשם בו.<sup>41</sup> הנדלמן אכן הציג את הטענה החוקתית בפני בית משפט השלום כטענת הגנה מקדמת.

בית משפט השלום (השופט רוזן) ערך דיון מפורט בחוקתיות הסעיף ובעמידתו בתנאי פסקת ההגבלה, וקבע שהסעיף אינו חוקתי ולפיכך בטל.<sup>42</sup> הנדלמן זוכה אפוא מעבירה זו, אך הורשע בשתי עבירות אחרות שנכללו בכתב האישום.<sup>43</sup> המדינה בחרה שלא לערער על ההחלטה החוקתית של בית משפט השלום, ובכך מנעה את הגעתה של השאלה החוקתית להכרעה תקדימית בבית המשפט העליון. הנדלמן מצדו ערער על ההרשעה בסעיפים האחרים של כתב האישום. הערעור נדחה, אך בית המשפט המחוזי מצא להוסיף בפסק הדין גם הערה לעניין הביקורת השיפוטית, ולפיה "טוב היה עושה בית משפט קמא אילו נקט במידה רבה יותר של איפוק שיפוטית" בתחום החוקתי. בית המשפט המחוזי סבר ש"במקום להזדרז ולבטל" את הוראת החוק, היה על בית משפט השלום להתאמץ ולמצוא פתרון פרשני לבעיה החוקתית.<sup>44</sup> התייחסותו הביקורתית של בית המשפט המחוזי לביקורת השיפוטית בעניין הנדלמן לא הייתה היחידה, אף לא החריפה ביותר. שמעה של החלטתו של בית משפט השלום הגיע גם למערכת הפוליטית, והמקרה שימש את כמה ממבקריה של "המהפכה החוקתית" כראיה לסמכויות הבלתי מבוקרות הנתונות כעת גם ל"שופט שלום, מכובד ככל שיהיה", כדבריו של יושב ראש הכנסת באותה עת, ח"כ ראובן ריבלין. בדבריים שנשא במכון הישראלי לדמוקרטיה במאי 2003 הביע ריבלין את תדהמתו מכך ש"בית משפט שלום יעז פניו בפני החוק, בפני המחוקק הריבוני, בפני קודשיה של הדמוקרטיה, ופשוט 'כריז' על 'בטלותו' כביכול של חוק מדינה. שהרי מצב בו שופט שלום הופך בעצם למחוקק, מחזיר אותנו באחת לימי 'שפוט

40 כיום מעוגן הסדר זהה במהותו בסעיף 9 לחוק הסדרת העיסוק בייצוג על ידי יועצי מס, התשס"ה-2005, ס"ח 114.

41 בג"ץ הנדלמן, לעיל ה"ש 28.

42 ת"פ הנדלמן, לעיל ה"ש 36.

43 ת"פ (שלום ת"א) 4696/01 מדינת ישראל נ' הנדלמן (פורסם בנבו, הכרעת דין מיום 10.11.2003). ההרשעה בוטלה בהמשך והושטו תחתיה שעות שירות לתועלת הציבור (החלטה מיום 5.2.2004).

44 ע"פ (מחוזי ת"א) 70597/04 הנדלמן נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.12.2005).

השופטים', לימים בהם 'איש הישר בעיניו יעשה'".<sup>45</sup> אחרים במערכת הפוליטית ביטאו רגש דומה.<sup>46</sup>

פרשת הנדלמן כשלעצמה הייתה אירוע זניח בהיסטוריה של דיני המס או של דיני העונשין של מדינת ישראל, וגם בדיני זכויות האדם היא לא נחרתה כרגע בעל משמעות. ואולם, מדובר ברגע חשוב מבחינת סוג המסרים שהוא גרר מצד גורמים שונים – במערכת המשפט ובעיקר במערכת הפוליטית – בדבר הלגיטימיות של מעשה הביקורת השיפוטית בידי ערכאות הדיון. אף שאיננו יכולים לדעת מה השפעתם האישית של מסרים אלה על כל שופט ושופטת בערכאות הדיון, הרתיעה הניכרת של אותם שופטים מהפעלתה של סמכות הביקורת השיפוטית יכולה לרמוז שהמסרים "עובדים": אף על פי שהביקורת השיפוטית הביזורית מוכרת באופן פורמלי בשיטה החוקתית הישראלית, בפועל היא ממעטת מאוד "לנשוך". באופן יחסי לכמות התיקים הנדונים בערכאות הדיון בישראל ולכמות הטענות החוקתיות שנטענות בהם (כפי שניתן לשער), הביקורת השיפוטית הביזורית היא תופעה אנקדוטלית במשפט החוקתי הישראלי.

### 3. ישראל כשיטה ריכוזית

אף שההיגיון המוסדי של המערכת החוקתית הישראלית מורה להלכה לשיטה הביזורית, ההסדר הייחודי של סמכות השיפוט הכפולה של בית המשפט העליון – כבית משפט לערעורים וכבית משפט גבוה לצדק – הוביל להתפתחותה של ביקורת שיפוטית ריכוזית בישראל, במקביל למסלול הביזורי. היות שסמכותו של בג"ץ מוגדרת באופן רחב ביותר בחוק-יסוד: השפיטה,<sup>47</sup> והיות שהוא כבר ביקר בעבר את מגוון הפעולות השלטוניות, ובכלל זה את חקיקת הכנסת,<sup>48</sup> נראה שבשום שלב לא עלה ספק אצל איש בכ"ר סמכותו של בג"ץ לבצע ביקורת שיפוטית חוקתית, מרגע שזו הוכרה במשפט הישראלי.

ואמנם, אף שפסק דין בנק המזרחי ניתן בערעור במסורת הביזורית, כמעט כל הפעילות החוקתית של בית המשפט העליון מאתו שלב נעשתה בסמכותו כבג"ץ. כך היה בכל פסקי הדין שבהם ביצע בית המשפט העליון ביקורת שיפוטית חוקתית, למעט בשני מקרים, שנדונו

45 הדס מגן ואיתמר לוין "ריבלין: המהפכה החוקתית" של אהרון ברק היתה להפיכה שלטונית" גלובס 22.5.2003 [tinyurl.com/24v642q](http://tinyurl.com/24v642q).

46 ראו למשל צבי לביא "יש אולי דיין אבל אין דין לאזרחי ישראל" גלובס 24.4.2003 [tinyurl.com/29ksfs5](http://tinyurl.com/29ksfs5) (דברי ח"כ מיכאל איתן כי "זו הפקרות מוחלטת אם הגענו למצב שבו כל שופט יכול בכל עניין לפסול את חוקי הכנסת. ככה יש אולי דיין אבל אין דין לאזרחי ישראל, והכנסת שנבחרה כדי לחוקק מאבדת את כוחה"); דניאל פרידמן הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה 227–228 (2013) (תיאור הופעתה של הביקורת השיפוטית הביזורית בפרשת הנדלמן כ"אפילו מעולם האבסורד" לפסק דין בנק המזרחי).

47 ראו בעיקר ס' 15(ג) ו-15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה.

48 כוונתי לפסקי הדין בהם אכף בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, מאז סוף שנות ה-60, את השריון הפורמלי של ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת. ראו בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969); בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990).

אף הם בצמוד לעתירות ציבוריות זהות לבג"ץ;<sup>49</sup> כך הדבר גם בעשרות המקרים שבהם דוחה בית המשפט העליון עתירות חוקתיות. ברוב המקרים הללו נדחות העתירות לגופן. לעתים רחוקות בוחר בג"ץ, במסגרת שיקול דעתו, שלא להפעיל את סמכותו ומפנה את העתירה למסלול הביקורת הביזורית.<sup>50</sup> למיטב ידיעתי מעולם לא עורר בית המשפט העליון ספק בסמכותו כבג"ץ לבצע ביקורת שיפוטית.

אמת, מבחינה פורמלית ניתן אולי להתייחס אל בג"ץ כאל ערכאה ראשונה נוספת במערכת המשפט הישראלית, כזו שסמכותה העניינית היא במתן צווים נגד רשויות השלטון ושבמקרה אין מעליה ערכאת ערעור. במובן זה ייאמר שבג"ץ מפעיל את סמכותו כחלק משיטה ביזורית, ככל ערכאה אחרת שמוסמכת – כל אחת לפי רמתה והיקף סמכותה העניינית – לדון בטענות חוקתיות. העובדה שבית המשפט העליון אינו ערכאה חוקתית ריכוזית טיפוסית במסורת בתי המשפט החוקתיים של מרכז ומזרח אירופה, דרום אפריקה או דרום אמריקה, עשויה לתמוך בתפיסה כזו. המומחיות של שופטיו אינה בפרשנות חוקתית דווקא, אלא בשפיטה "רגילה" – רוב שופטי העליון כיהנו קודם לכן כשופטים מקצועיים בערכאות הדיון, והם ממונים בהליך זה לזה המתקיים במינוי יתר שופטי המערכת,<sup>51</sup> ללא רכיב פוליטי או ייצוגי ייחודי.

בפועל ברור שתיאור זה מחמיץ את המאפיינים המוסדיים ואת התנאים הפוליטיים של פעילותו החוקתית של בג"ץ. מבחינה מהותית זו ערכאה ריכוזית טיפוסית לכל דבר: ההגעה אליה נעשית באמצעות תקיפה ישירה, לא אחת מופשטת, של חקיקה ראשית.<sup>52</sup> ההליכים בה מתנהלים לפי סדרי דין ודיני ראיות ייחודיים, בדרך כלל בפני הרכבים מורחבים, וגם האסתטיקה של ההליך המתנהל בבג"ץ מצביעה על ייחודיות המעמד. לדיונים בפני בג"ץ ולפסקי הדין החוקתיים שלו יש נראות חריגה – תשומת הלב הפוליטית, התקשורתית והאקדמית מופנית בראש ובראשונה אליו. וחשוב מכול, העתירות המוגשות לו ופסקותיו

49 המקרה האחד הוא בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 27. באותו מקרה בוטלה הוראת חוק שאפשרה הארכת מעצר של חשוד בעבירת ביטחון בהיעדרו. בינתיים פקע הטעם למניעת נוכחותו של העותר. ראו פס' 5, 8–11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. העתירה הציבורית שהוגשה במקביל – בג"ץ 2028/08 הוועד הציבורי נגד עיניים בישראל נ' שר המשפטים – נמחקה בהמשך לבקשת העותרים בעקבות החלטת בית המשפט לעיין בחומר חסוי במעמד צד אחד. ראו בש"פ פלוני, שם, פס' 7 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. המקרה השני הוא בג"ץ אדם, לעיל ה"ש 27, שנדון במקביל לשני ערעורים שהוגשו מבית המשפט לעניינים מנהליים.

50 ראו לעיל ה"ש 28.

51 ההבדל היחיד הוא הרוב הנדרש בוועדה לבחירת שופטים: מינוי שופט עליון מחייב הסכמת שבעה מתוך תשעת חברי הוועדה, בניגוד לרוב הרגיל הנדרש ביחס ליתר הערכאות. ראו ס' 7(ג)2 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984.

52 ראו יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" משפטים לט 347, 386 (2010) ("אל נוכח הפנייה הישירה והשכיחה לבית המשפט הגבוה לצדק בנדון, ואל נוכח מיעוט ההליכים שבהם מוכרע תוקף החוק בתקיפה עקיפה בבתי משפט בדרגות אחרות, הולכת ומתאפיינת ההתדיינות בהקשר זה כתקיפה ישירה של חוקתיות החוק. הטיעון בבית המשפט העליון מתמקד לכאורה בטענות כנגד ביצוע החוק, אולם באופן מעשי נראה כי לא פעם התקיפה כוללת מרכיב אבסטרקטי מובהק כטענת חרב ולא כטענת מגן, באופן המקרב את הליך הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק לביקורת האבסטרקטית הנוהגת בבתי דין לחוקה במדינות קונטיננטליות").



החוקתיות הן מעשים חד-פעמיים של "הכול-או-לא-כלום". עתירה מוצלחת משמעה ביטול מידי של חקיקה כלפי כולי עלמא. עתירה שנדחת משמעה, כמעט תמיד, הכשרה סופית של דבר החקיקה.<sup>53</sup>

אין זה מפתיע אפוא שעותרים ציבוריים, שגישתם לערכאות הורחבה סמוך להופעתה של סמכות הביקורת השיפוטית במשפט החוקתי הישראלי, מקדישים את עיקר מאמציהם במישור הביקורת השיפוטית בעתירות מרוכזות לבג"ץ, ולא בניהול ליטיגציות מגוונות בערכאות הדיון השונות. ליטיגציות כאלה סיכוייהן נמוכים (כפי שראינו) ותחום חלותן, אפילו הצליחו, מוגבל.<sup>54</sup> העתירה החוקתית לבג"ץ היא באופן מעשי ה"משחק היחיד" כיום בקרב השחקנים המשמעותיים בתחום ההגנה המשפטית על זכויות אדם. זהו המקום שבו מבוטלים בפועל חוקים של הכנסת, וזהו המקום שבו מונעים תהליכים חקיקתיים משמעותיים כמענה לפסיקות בית המשפט (כמובן, זהו גם המקום שבו חוקים רבים מאוד מקבלים "הכשר" בג"ץ, שבדרך כלל מסיים באחת את הדיון הציבורי בחוקתיותם). העתירה החוקתית לבג"ץ היא הליך זול ומהיר הרבה יותר מאשר החלופה של התדיינות סדרתית בערכאות דיון רבות, בציפייה להגעתו של תיק מתאים, בסופו של תהליך, לביקורת ערעורית בבית המשפט העליון. האפשרות לתקיפה ישירה מופשטת, שהתגבשה בפרקטיקה הישראלית כמאפיין ייחודי לעתירות חוקתיות בבג"ץ, מזמינה הגשת עתירות מיד עם כניסת החוק לתוקף. אלה יכולות להתבסס על טיעון משפטי טהור, אשר משולב לעתים בטענה עובדתית הסתברותית באשר להשלכות הצפויות של החוק.<sup>55</sup>

53 המשפט הישראלי ידע גם חריגים לכלל זה, כמצבים שבהם בג"ץ היה נכון לדון מחדש בחוקתיותו של חוק שאושר בסיבוב קודם. ראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006) ובג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012) ("חוק טל"); בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006); ובג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012) ("חוק איחוד משפחות"). אלא שבמקרים חריגים אלה פסק הדין הראשון רמז על האפשרות להבאת עתירה חוזרת בשלב מאוחר יותר, ופסק הדין השני אכן התחשב בשינויי נסיבות מהותיים שהתרחשו בתקופה שחלפה. ראו נטע זיו "עריכת דין לשינוי חברתי בישראל: מבט לעתיד לאחר שני עשורי פעילות" מעשי משפט א 19, 23 (2008) ("ההתדיינות המשפטית המערכתית (impact litigation/legal reform) תמיד עמדה בלב [ה]עשייה של [עורכי דין חברתיים]"). להמחשה ראו את תיאור פעילות הליטיגציה העיקרית של האגודה לזכויות האזרח באתר האינטרנט שלה: "האגודה לזכויות האזרח מתדיינת בערכאות השונות בישראל, עם דגש על בית המשפט הגבוה לצדק (בג"ץ) ובתי המשפט המינהליים" [www.acri.org.il/he/tag/legal-work](http://www.acri.org.il/he/tag/legal-work); ובהתאם את פירוט פסקי הדין העקרוניים בהם הייתה מעורבת: 101 פסקי דין של בג"ץ, 15 פסקי דין של בית המשפט העליון בערעור, ו-22 פסקי דין של ערכאות אחרות [www.acri.org.il/he/19](http://www.acri.org.il/he/19).

54 בתקופה האחרונה מסתמנת גישה של בית המשפט להקשות על הבאת עתירות חוקתיות בשלבים בוסריים כאלה. הופעתה המחודשת של עילת הסף הדורשת "בשלות" של העתירה הביאה לחסימתן של כמה עתירות חוקתיות. ראו בג"ץ בוגרי התיכון, לעיל ה"ש 28; בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2012); בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014). לדיון ביקורתי בהתפתחות זו ראו ילנה צצקו "על בשלות וחוקתיות" משפטים מג 419 (2013); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לו 45 (2013).

אם כן, אף על פי שהביקורת השיפוטית נוסח ישראל כוללת הן רכיבים ביזוריים והן רכיבים ריכוזיים, הפרקטיקה החוקתית שהתגבשה בשני העשורים שחלפו מאז פסק דין בנק המזרחי מלמדת על התגבשות המודל הריכוזי במסגרת בג"ץ כמסלול העיקרי להעלאת טענות חוקתיות ולבירורן. נדמה שגם העותרים וגם שופטי ערכאות הדיון הפנימו את ההסדר הזה, כך שהביקורת השיפוטית הביזורית הפכה בפועל לתופעה אנקדוטלית בשיטה הישראלית, בעוד הביקורת השיפוטית הריכוזית מתבססת כנתון חוקתי יציב. גם התבוננות אל השיח מחוץ למעגלי הפרקטיקה מגלה הטיה דומה.

#### 4. מצב השיח: קונצנזוס מסקרן

מחוץ לבתי המשפט ההטיה בשיח החוקתי לכיוון השיטה הריכוזית היא מובהקת, אף יותר מאשר בשיח המשפטי הפנימי. זהו נתון מעורר עניין, משום שמתברר שההעדפה לביקורת שיפוטית ריכוזית משותפת הן למבקריה של המהפכה החוקתית והן לתומכיה. כך, אף על פי שהמהפכה החוקתית עוררה ביקורת תקיפה מחוגים שונים באקדמיה ובפוליטיקה, מעטים הציעו להחזיר את הגלגל אחורה באופן מלא, כך שלא תתקיים מסגרת שיפוטית כלשהי לאכיפת עליונותם של חוקי היסוד על חקיקת הכנסת. ההצעות הקיימות כיום עוסקות אפוא בעיקר בתנאים המוסדיים שבהם תבוצע הביקורת השיפוטית, לפי גישותיהם של הדוברים השונים. בשדה עתיר מחלוקות זה מסתמן קונצנזוס מסקרן בין בעלי מגוון גישות ביחס לעיצוב המוסדי הראוי לשיטה החוקתית בישראל.

שתי חלופות מוסדיות עיקריות מופיעות בשיח הציבורי בעניין זה, שתיהן בקצה הריכוזי של הטווח. האחת היא הקמת בית משפט לחוקה, והאחרת היא ריכוז הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית בידי בית המשפט העליון לבדו. מודל בית המשפט לחוקה מתייחס למוסד שהוא חיצוני למערכת השיפוטית הרגילה, המאופיין בתנאי כשירות ובהליכי מינוי ייחודיים, ואשר יהיה בעל הסמכות הייחודית להכריע בשאלות של תוקף חוקתי של חקיקה ראשית. הצעות אלה – המבקשות לחקות (במידה כזו או אחרת של נאמנות) את ניסיון של דמוקרטיה חוקתיות אירופיות כמו גרמניה, צרפת, איטליה, ספרד, או ארצות מזרח אירופה – נסמכות על תפיסה של הנורמה החוקתית כנורמה מסוג מיוחד, ששייכת לתחום המוסר הפוליטי יותר מאשר לתחום המשפטי המקצועי. הן מציגות תאוריית לגיטימציה למעשה הביקורת השיפוטית, שמבוססת על היסודות הפוליטיים של מינוי השופטים ועל הייצוגיות האידאולוגית שזו אמורה להבטיח בערכאה החוקתית. הקמתו של בית משפט לחוקה אמורה להנהיר את ההיבטים הערכיים והפוליטיים של ההכרעה החוקתית באמצעות ריכוזה במוסד נפרד וכולט ו"חיסון" ערכאות השיפוט המקצועיות מן הצורך לעסוק בשאלות שנתפסות כפוליטיות, ערכיות ומפלגות.<sup>56</sup>

56 הטיעון האקדמי המפורט ביותר בזכות מודל זה הובא אצל אורן סופר וגבריאלה פיסמן "ביקורת שיפוטית בחברה מקוטבת" עיוני משפט כד 663, 688–694 (2001). כן ראו יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות" – מבט השוואתי" משפט וממשל י 489, 502–504 (2007).

המתנגד התקיף ביותר בשיח הישראלי לרעיון הקמתו של בית משפט לחוקה היה כידוע אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון לשעבר. ברק ראה בהצעה לייחד את התחום החוקתי לערכאה שאינה "בית משפט" כמובן המקובל של המושג בבחינת סתירה הן למהותה של חוקה כמערכת של נורמות משפטיות והן לתפקידה כאמצעי להגנת יחידים ומיעוטים מפני ניצול לרעה של הפוליטיקה הרובנית.<sup>57</sup> הוא התריע מפני מהלך שמשמעותו תהיה פוליטיזציה של השפיטה החוקתית וסיכול משימתה המוסרית להגן על הדמוקרטיה המהותית (זכויות אדם, הגנת מיעוטים, הפרדת רשויות) מפני פגיעה של הדמוקרטיה הפורמלית (שלטון רוב).<sup>58</sup> ערכאה נפרדת, חיצונית לשדרת השיפוט, התאימה למערכות חוקתיות שהתאוששו מניסיון לא-דמוקרטי אשר השחית את בתי המשפט הרגילים. זה אינו הניסיון הישראלי.<sup>59</sup>

ואולם, כשעסק ברק במודל המוסדי הראוי לביקורת שיפוטית בישראל, הוא מיקם את עצמו – כמו תומכי בית המשפט לחוקה – בצד הריכוזי של הטווח. במאמר המרכזי שפרסם בנושא זה, בשנת 2005, הציג ברק את הטיעון התומך בריכוז סמכויות השפיטה החוקתית בידי בית המשפט העליון.<sup>60</sup> באותו מאמר הכיר ברק בטעמים התומכים בגישה הביזורית: יעילותו של ההסדר המאפשר לכל בית משפט לברר שאלות חוקתיות מבלי לעכב את ההליך עד לבירורן בערכאה החוקתית; מהותה של הנורמה החוקתית כמתנה את תוקפו של כל חיקוק, ללא קשר לשאלה באיזו ערכאה נדון; והיתרון שב"פעפוע" הדיון החוקתי לאורך זמן ועל פני רצף של תיקים הנדונים בהקשרים קונקרטיים טרם הכרעה כללית על ידי בית המשפט העליון בערעור.<sup>61</sup> עם זאת ברק סבר ששיקולים אלה נסוגים בפני יתרונותיה של השיטה הריכוזית לישראל בעת הזו: היכולת לתת מענה מהיר ואחיד לשאלות חוקתיות חשובות; עדיפותן של המקצועיות והמומחיות של שופטי העליון בתחום סבוך כפרשנות חוקתית; קיומה של מסורת חוקתית יציבה שהפקידה בידי בג"ץ את הסמכות לאכוף את חוקי היסוד;<sup>62</sup> ולבסוף השיקול המכריע: עובדת היותה של השיטה החוקתית הישראלית שיטה צעירה המצויה בתהליכי ביסוס והתקבעות. נתון זה הצדיק לדעתו את הפקדת הסמכות "המעוררת" קשיים" לבטל את חוקי הכנסת בידי ערכאה שנהנית מאמון מוצק בציבור הישראלי, כלומר בידי בית המשפט העליון.<sup>63</sup>

כותבים נוספים מן הצד התומך בסמכות הביקורת השיפוטית כפי שהוכרה בפסק דין בנק המזרחי התמקמו גם הם בקצה המעדיף ביקורת שיפוטית ריכוזית, בין שבבית משפט לחוקה ובין שבבית המשפט העליון.<sup>64</sup> בכתיבה זו מבוטאת רתיעה מביקורת שיפוטית ביזורית ממגוון

57 ראו אהרן ברק "בית-המשפט העליון כבית-משפט לחוקה" משפט וממשל ו 315 (2003).  
 58 שם, בעמ' 321–322.  
 59 שם, בעמ' 318–320.  
 60 אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" משפט וממשל ח 13 (2005) (להלן: ברק "ביקורת שיפוטית").  
 61 שם, בעמ' 19–20.  
 62 שם, בעמ' 20–21.  
 63 שם, בעמ' 22.  
 64 ראו יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א 395, 408–410 (1993); זאב סגל "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים – הסמכות להכריז על אי-

טעמים: היווצרותן של סתירות ואי-ודאות בדין החוקתי; הבזבוז שייגרם עקב דיונים חוזרים בשאלות חוקתיות זהות תחת הכרעה יחידנית בבית המשפט העליון; החשש מפני רגיעה של שופטי ערכאות נמוכות מפני מימושה של סמכות הביקורת השיפוטית נוכח הרגישות הפוליטית של התחום (חשש שהתממש במידה רבה); ומנגד החשש מפני ניצול הסמכות בידי שופטים לא-אחראיים או כאלה שאינם מחויבים למסורת הליברלית של המשפט החוקתי הישראלי, דוגמת שופטי הערכאות הדתיות (חשש שהופרך לחלוטין, לפי שעה). לבסוף, תומכי הגישה הריכוזית מרבים להדגיש את כובד המשקל המוסרי והפוליטי של הביקורת השיפוטית החוקתית, מאפיין שמצדיק לגרסתם את הפקדתה בידי שופטים בעלי ותק, ניסיון ומעמד. אף שיש גם קולות שקולים יותר בשיח האקדמי, המכירים בחסרונותיו של המודל הריכוזי,<sup>65</sup> כמעט ולא נשמעת בו עמדה המעדיפה את החלופה הביזורית.<sup>66</sup>

ההטיה של השיח לכיוון הריכוזי מצאה ביטוייה גם בהצעות הרבות שהועלו לאורך השנים לעיגון סמכות הביקורת השיפוטית בטקסט חוקתי. מבין ההצעות הוותיקות לחקיקת יסוד בנושא זכויות אדם, אלה אשר כללו הסדר של ביקורת שיפוטית עיצבו אותו לפי המודל הריכוזי.<sup>67</sup> כחלק מהמהלך שהביא לכינון שני חוקי היסוד על זכויות האדם ב-1992, הוסרו מהצעות החוק הפרטיות של ח"כ אמנון רובינשטיין הרכיבים העוסקים בביקורת שיפוטית, ולכן לא הוסדרה בהם באופן מפורש שאלת הסמכות.<sup>68</sup> בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שהכינה את הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לקריאה ראשונה, סבר יושב ראש הוועדה, ח"כ אוריאל לין, שמשמעות ההצעה היא "שכל בית משפט יוכל לקבוע שהוראת חוק היא לא תקפה משום שהיא פוגעת בזכויות יסוד שנקבעו בחוק זה". אך ח"כ רובינשטיין, מנסח

- 
- חוקתיות חקיקה – למי? "משפטים כח 239 (1997); קלוד קליין "בית-דין לחוקה: שלא כצעתה!" מחקרי משפט יט 497 (2003); סופר ופיסמן, לעיל ה"ש 56.
- 65 ראו בעיקר גדעון ספיר **המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד** 142–147 (2010) (הצגת טיעון שלפיו המודל הריכוזי "איננו נחוץ להגשמת המטרות שלשמן הוא נבחר, לא ברור כלל אם הוא אפשרי וייתכן שנוקו גדול מתועלתו", שם, בעמ' 146); יואב דותן "האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה?" **משפט וממשל** ה' 117 (2000) (ביקורת הרעיון להקים ערכאה חוקתית נפרדת, מתוך השוואה למאפייני פעילותו של בית המשפט העליון בתחום החוקתי; ללא התמקדות במאפייניה של השפיטה החוקתית בערכאות הדיון).
- 66 חריג בנוף זה הוא אמנון רייכמן "גשרון צר מאוד: חוקה, צדק, יושר וסעד בעקבות פרשת 'הפורום' דוריקום בנגב" **משפטים** לו' 701, 736–737 (2007); אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית-המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי" **משפט חברה ותרבות: שקט, מדברים!** 185, 236–238 (2006). ולאחרונה גם פוליאק, לעיל ה"ש 55, בעמ' 86–88.
- 67 ראו למשל ס' 103 ל"הצעת חוקה למדינת ישראל" של פרופ' בנימין אקצין מ-1965 (www.huka.gov.il/wiki/makor/39.pdf); ס' 12 להצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ו 135; ס' 13–14 להצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ח 326; ס' 35–36 להצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ב 149).
- 68 ראו אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי היסוד" **משפט ואדם – משפט ועסקים** יד 79, 97–98 (2012).

ההצעה, התקומם: "בית המשפט המחוזי חייב להעביר את העניין לבית המשפט העליון. אני לא מוכן שבית משפט שלום יפסוק שחוק של הכנסת הוא לא קונסטיטוציוני".<sup>69</sup>

אף יותר מעמדת המציעים השונים בתקופה שעד 1992, בולטת ההתכנסות לקצה הריכוזי בהצעות החוקה השונות שנוסחו בישראל מאז המהפכה החוקתית, כלומר אחרי שכבר החלה לפעול בישראל הביקורת השיפוטית על שני מסלוליה. כמה פרויקטים בולטים של ניסוח חוקתי נוהלו בישראל בשני העשורים האחרונים, על ידי מוסדות שונים שאינם מזוהים עם אותו מחנה אידאולוגי. למרות זאת כולם אימצו מודל ריכוזי של ביקורת שיפוטית במסגרת הצעותיהם. כך נעשה בהצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה,<sup>70</sup> בהצעת החוקה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת,<sup>71</sup> בהצעת החוקה של המכון לאסטרטגיה ציונית<sup>72</sup> ואף בהצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4), שפרסמה הממשלה ב-2008 (בעידן השר דניאל פרידמן),<sup>73</sup> ובתזכיר חוק-יסוד: החקיקה, שפרסם משרד המשפטים ב-2012 (תחת השר יעקב נאמן).<sup>74</sup> אף שההצעות שונות בהקשרים רבים, כולל במודל הביקורת השיפוטית (למשל בנוגע לאופיים של הסדרי ההתגברות על ביטול חוק), בכל חמש הטיוטות מוצע להפקיד את סמכות הביקורת השיפוטית בידי בית המשפט העליון, שידון בנושאים חוקתיים בהרכב מורחב.<sup>75</sup> החלופה הביזורית, כך נראה, אינה חלק מהדמיון המוסדי של מעצבי החוקה הישראלית.

לנגד עינינו מתגבשת אפוא קואליציה מסקרנת של כוחות משפטיים, פוליטיים ואינטלקטואליים, המשתייכים למחנות מגוונים ולעתים אף מנוגדים מבחינה אידאולוגית ומקצועית, אשר תומכים כולם במודל ריכוזי של ביקורת שיפוטית לישראל. נראה שהמודל הריכוזי נתפס, מצד אחד, כאמצעי לתחום את עוצמתה של הסמכות השיפוטית: הגבלתה למוסד יחיד ולשופטים ספורים מאפשרת ריכוז תשומת לב פוליטית מלאה בהליכי המינוי הבודדים שישפיעו על פירוש החוקה, ואולי גם פיתוח של מאזן כוחות אסטרטגי בין שני מוסדות ממעמד דומה התובעים כיבוד הדדי. מהצד האחר, המודל הריכוזי מבטא עבור תומכי

69 פרוטוקול ישיבה מס' 275 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12 (1.7.1991) (מובא אצל רובינשטיין, שם, בעמ' 98–99).

70 "חוקה בהסכמה" – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר, ס' 163–164 (2005) [tinyurl.com/qebubzq](http://tinyurl.com/qebubzq).

71 "חוקה בהסכמה רחבה" – דו"ח ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בעניין הצעות לחוקת מדינת ישראל, פרק שישי, ס' 13 (2006) [tinyurl.com/2w8yvbs](http://tinyurl.com/2w8yvbs). הטיוטה של ועדת החוקה, חוק ומשפט כוללת חלופה נוספת ("גרסה ב'"), בה יוסמכו גם ערכאות הדיון להכריע בשאלות של תקפות חוקתית, אך החלטות כאלה תהיינה טעונות אישור של בית המשפט העליון.

72 "חוקת מדינת ישראל" – הצעת המכון לאסטרטגיה ציונית, ס' 90–93 (2006) [tinyurl.com/pe6nzy9](http://tinyurl.com/pe6nzy9).

73 ס' 1 להצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים), ה"ח הממשלה התשס"ט 26.

74 ס' 24 לתזכיר חוק-יסוד: החקיקה (משרד המשפטים, 2012) [tinyurl.com/76fen9c](http://tinyurl.com/76fen9c).

75 כן ראו ס' 86 לדו"ח הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל ("ועדת אור") מאוגוסט 1997, המציע להעביר לבית המשפט העליון באופן ישיר שאלות בדבר חוקתיותו של דבר חקיקה ראשית המתעוררות בערכאות הדיון (מובא בספר אור 933, 1007–1008 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013)).

הסמכות השיפוטית הכרה בחשיבותה של הביקורת השיפוטית ובמעמדו ההיסטורי של בית המשפט העליון כמוסד שפיתח אותה. בתווך, כמדומה, ניצבים אלה התומכים בחלופה הריכוזית כפשרה מעשית בין הקצוות הנצים. התוצאה היא קונצנזוס רחב בזכות הגמוניה פרשנית בסוגיות חוקתיות לקבוצה קטנה ונישאת של שופטים, והמחלוקת הנותרת היא ביחס לתנאים המוסדיים שבהם יפעלו (המינוי, ההרכב והפרוצדורה).

בשדה עתיר המחלוקות של הפוליטיקה החוקתית הישראלית ניתן אולי לברך על קיומה של פאה קטנה שבנוגע אליה מסתמנת הסכמה בין המחנות. ואולם, בחלק הבא אני מבקש לערער על תפיסה זו ולעורר עניין חדש בפוטנציאל הגלום לדמוקרטיה הישראלית בהעדפתו של המודל הביזורי דווקא.

### ג. הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית

בפרק זה אני מבקש לטעון שההתמקדות של השיח, הפרקטיקה והפוליטיקה החוקתיים בבית המשפט העליון כליבת הביקורת השיפוטית מחמיצה את הפוטנציאל העצמאי לקידום ערכים דמוקרטיים, המצוי בליטיגציה חוקתית בערכאות הדיון. נדרש כאן "ניעור" מושגי מסוים: האתגר הוא להפסיק לחשוב על ערכאות הדיון כלא יותר מספקיות של שאלות חוקתיות לערכאה הריכוזית שמעליהן, בין שהדבר נעשה בדרך של ערעור לבית המשפט העליון ובין שבדרך של הפניה לבית משפט לחוקה. תחת זאת, אני מבקש להצביע על מאפיינים שהנם ייחודיים לשפיטה בערכאות הדיון – כלומר כאלה שלא ניתן לשחזרם בבית המשפט העליון – ואשר עשויים להיות רכיבים רצויים לתאוריה דמוקרטית של ההליך החוקתי. אציג תחילה את עיקריה של תאוריה כזו, ולאחר מכן אבקש להראות כיצד התדיינות חוקתית בערכאות הדיון עשויה להלוים אותה. לבסוף אטען שהמצב החוקתי הישראלי עשוי להצדיק דווקא פנייה למסלול הביזורי, ולא רתיעה מפניו.

#### 1. תאוריה דמוקרטית של ההליך החוקתי

תפיסות דמוקרטיות של ההליך החוקתי מתמקדות בחשיבותו של תהליך היצירה של נורמות חוקתיות, לא פחות מאשר בתוכנן הסופי של הנורמות המגובשות. מנקודת מבט זו ההווה החוקתית של מדינה דמוקרטית היא עניין דינמי, שראוי שיעסיק את הציבור באופן מתמשך. גם אם בכל רגע נתון החוקה מספקת יציבות באמצעות צמצום מרחב התמרון הדמוקרטי-רובני של ציבור מקרי (ולמעשה של נציגיו הנבחרים),<sup>76</sup> הרי שלאורך זמן גישות דמוקרטיות לרעיון החוקה שואפות שהסדרים היסודיים המכוננים את הקהילה הפוליטית יהיו פתוחים לעיון, לביקורת, להתדיינות ולעדכון, וזאת לאור ההתפתחויות במצבה של הקהילה – שינויים דמוגרפיים, תרבותיים או כלכליים, פיתוח של טעמים מוסריים חדשים, הכרה במערכות

76 ראו הפדרליסט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 390 ("במקום שרצון בית-המחוקקים, המוצהר בחוקיו, נמצא מנוגד לרצון העם, כפי שהוא מוצהר בחוקה, חייבים השופטים לנהוג לפי האחרון ולא לפי הראשון").

טיעונים חדשות או בנשאים חדשים של זכויות או חובות. החשש מפני התקבעות-יתר של הסדר חוקתי המנציח יחסי כוח מסוימים מצדיק בראייה זו מיסוד של רכיבים מערערי-סדר בהליך החוקתי עצמו, כך שהוא ינביע מתוך עצמו אפשרויות לנסיינות ולחדשנות במבנה החוקתי.<sup>77</sup>

בה בעת, תפיסות דמוקרטיות של ההליך החוקתי רואות חשיבות בהשתתפות נמשכת של חברים רבים בקהילה הפוליטית בשיח על אודות תוכן הרצוי של נורמות חוקתיות עתידיות ופירושן הנכון של נורמות חוקתיות קיימות. בראייה זו (היונקת מן המסורת הפוליטית הרפובליקנית), האזרחות אינה מתמצית בציות לחוק ובהצבעה עתית בבחירות, אלא נמדדת גם במידת המעורבות הנמשכת של היחיד בבירור ערכיה של הקהילה ובהשפעה עליהם, וכן בקיומה של תודעה אזרחית-דמוקרטית ערה ביחס לתהליכים הפוליטיים המתנהלים בה. השלטון העצמי בתפיסה זו אינו רק נתון משפטי-מוסדי, אלא מצב תודעתי, בעל יסודות רציונליים ורגשיים, המשותף לכל חברי הקהילה.<sup>78</sup> גישות השתתפותיות כאלה חושדות בהסדרים אשר מותירים את עיצוב הספֵרה הציבורית בידי אליטות מוסדיות, תרבותיות או כלכליות. הן דוגלות במעורבות אזרחית בכלל; עם זאת יש להן עניין מיוחד בחלקו של הפרט בעיצוב הערכים החוקתיים, שמהם ניוונות כל יתר המערכות הציבוריות. כדי לממש את חזון הדמוקרטי, גישות כאלה תרות אחר מסגרות מוסדיות שיאפשרו לחברי הקהילה לממש את אזרחותם במישור החוקתי.<sup>79</sup>

תפיסות אלה מתיישבות עם זרם מרכזי בהגות הליברלית של העשורים האחרונים, המתמקד בדינמיקות של התדיינות כרכיב יסודי בהתנהלותה של דמוקרטיה חוקתית שהיא גם לגיטימית מבחינה מוסרית וגם מוצלחת מבחינה תוצאתית.<sup>80</sup> תורות של דמוקרטיה התדיינותית (deliberative democracy) צמחו כחלופה, או כהשלמה, לתאוריות דמוקרטיות סוכמות (aggregative), שהתמקדו בעיקר במנגנונים לקבלת החלטות ציבוריות כמו הצבעת-רוב או הכרעה שיפוטית. הגישות ההתדיינותיות מדגישות לעומת זאת את תהליך השיח המוביל לשלב ההכרעה.<sup>81</sup> הן תופסות את ההתדיינות הציבורית – אם היא מקיימת תנאים של כבוד, שוויוניות ורציונליות – כשלב חיוני בדרך להכרעה לגיטימית כלשהי.<sup>82</sup> דינמיקות של התדיינות תובעות

- 77 ראו למשל Michael C. Dorf & Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, 98 COLUM. L. REV. 267 (1998); ROBERTO MANGABEIRA UNGER, *DEMOCRACY REALIZED: THE PROGRESSIVE ALTERNATIVE* 16–27 (1998); William N. Eskridge Jr. & John Ferejohn, *Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review*, 87 TEX. L. REV. 1273 (2009).
- 78 ראו למשל WALTER F. MURPHY, *CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: CREATING AND MAINTAINING A JUST POLITICAL ORDER* 345–347 (2007).
- 79 ראו למשל Frank Michelman, *Law's Republic*, 97 YALE L.J. 1493 (1988).
- 80 ראו Eskridge & Ferejohn, לעיל ה"ש 77, בעמ' 1286–1283.
- 81 ראו למשל AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, *WHY DELIBERATIVE DEMOCRACY?* 13–29 (2004).
- 82 ראו JÜRGEN HABERMAS, *BETWEEN FACTS AND NORMS* 287–328 (William Rehg trans., 1996).

מבעלי הכוח השלטוני לנמק את עמדותיהם ולהיחשף לדעות נוגדות ולמידע חדש. הן מעודדות תהליך נמשך של שכנוע באמצעות טיעונים רציונליים, והן מבטיחות שגם מי ש"מפסיד" בסופו של דבר בהחלטה הסופית חש שקולו נשמע ושהיה לו חלק בתהליך שהוביל לעיצוב ההחלטה וליישומה. מבחינה מוסדית, גישות התדיינותיות זקוקות למסגרות שיספקו לחברי הקהילה הפוליטית תנאים מסוגננים לניהול שיח הגון ומכבד.<sup>83</sup> בין היתר החלה הכתיבה בתחום זה להתעניין בבתי המשפט – בעיקר עליונים או חוקתיים – כזירות מעודדות-דליברציה.<sup>84</sup> לבסוף, תאוריה דמוקרטית של ההליך החוקתי עניינה גם הנתון הפלורליסטי המאפיין את כל המדינות המודרניות כיום: עובדת קיומם של קהילות ופרטים האוחזים בתפיסות טוב מגוונות, במערכות שונות של אמונות ביחס לתנאי היסוד של החיים החברתיים, כלומר ביחס להסדרים החוקתיים הראויים למדינה.<sup>85</sup> ככל שהשיטה הדמוקרטית שואפת להבטיח יחס שווה ומכבד לכל חברה, היא נדרשת להכיר בתפיסות מתחרות אלה ולתת מקום בזירה הציבורית לאנשים האוחזים בהן ולמגוון הקולות שלהם.<sup>86</sup> בהיותה מבוססת על ביקורת ונסיינות, גישה דמוקרטית להליך החוקתי מבקשת לשמר את הריבוי הזה גם מטעמים אינסטרומנטליים – כדי להעשיר את השיח החוקתי ולסתור מגמות משתקות של חשיבה קבוצתית וכבילה לפרדיגמות שגויות. משמעות הדבר היא שעל הדמוקרטיה למצוא מקום לריבוי תפיסות בתהליכי היצירה של נורמות חוקתיות ובתהליכי הפירוש שלהן. האתגר של עיצוב מוסדי פלורליסטי מורכב במיוחד, משום שהשימוש בכוח מדינתי בהכרח משמעו העדפה של אידאולוגיה או אמונה אחת מחברתה. נדרש אפוא פיתוח של שדות מוסדיים שונים שיוכלו מצד אחד להכיר בגיוון החברתי ולבטא אותו, ומצד אחר לתרגמו לבחירה ציבורית סופית כלשהי החותכת לכאן או לכאן.

בתאוריה של המשפט החוקתי קיבלו תפיסות דמוקרטיות אלה ביטוי בתנועה בולטת בשיח האמריקני של שני העשורים האחרונים, שכונתה *popular constitutionalism* – "חוקתיות עממית" (בקירוב). הספרות המזוהה עם קטגוריה אינטלקטואלית זו כוללת כמה סוגים של מהלכים ואינה עשויה מקשה אחת, רעיונית או אידאולוגית. בבסיסה עוסקת הכתיבה הזו בזיהוי ובעידוד דינמיקות שונות של יצירת משמעויות חוקתיות שאינן מתנהלות בהליך המקובל של חקיקה חוקתית ופרשנות שיפוטית (בבית המשפט העליון).<sup>87</sup> במסגרת זו ניכר עניין מחודש

83 ראו למשל Bruce Ackerman & James S. Fishkin, *Deliberation Day*, in *DEBATING DELIBERATIVE DEMOCRACY* 7–30 (James S. Fishkin & Peter Laslett eds., 2003).

84 ראו למשל CHRISTOPHER F. ZURN, *DELIBERATIVE DEMOCRACY AND THE INSTITUTIONS OF JUDICIAL REVIEW* 163–184 (2007); John Ferejohn & Pasquale Pasquino, *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice*, in *CONSTITUTIONAL JUSTICE, EAST AND WEST* 21–36 (Wojciech Sadurski ed., 2002).

85 ראו JOHN RAWLS, *JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT* 32–38 (2003).

86 ראו William A. Galston, *Two Concepts of Liberalism*, 105 *ETHICS* 516, 523–525 (1995).

87 כמה מן הטקסטים היסודיים הם MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (1999); LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* (2004); Larry D. Kramer, *Popular Constitutionalism, Circa 2004*, 92 *CAL. L. REV.* 959 (2004); Robert Post & Reva Siegel,



במעמדו של בית המחוקקים כפרשן של החוקה,<sup>88</sup> נעשים מחקרים על מקומם של ההמון,<sup>89</sup> דעת הקהל,<sup>90</sup> תנועות חברתיות,<sup>91</sup> ארגונים לא־ממשלתיים וקבוצות אינטרס בתהליכי היצירה של תפיסות חוקתיות בתוך בית המשפט ומחוצה לו, נדון ההיבט החוקתי של ההליך הפוליטי ככלל ושל הליכי מינוי ובחירה של שופטים בפרט<sup>92</sup> ונבחנה גם תרומתן האפשרית של הערכאות הנמוכות להליך חוקתי דינמי ועשיר.<sup>93</sup> בנקודה זו אתמקד להלן.

## 2. ערכאות הדין כזירה דמוקרטית

בתי משפט נמוכים בשיטות המשפט המקובל הם מוסדות ייחודיים. אלו אתרים שבהם מתרחשות התדיינות רבות מאוד בין המדינה (השופטים ויתר הפקידים המעורבים בהליך) לבין הפרט (בעלי הדין) על תוכנו ומשמעותו של נורמות משפטיות, וזאת בתנאים מסוגננים של כללי שיח המבוססים על טיעונים רציונליים, על החלטות מנומקות ועל פנייה לערכים ולעקרונות. במובן זה, ערכאות הדין הן מסגרת ממוסדת מפותחת ונגישה מאוד, יחסית למוסדות מדינה אחרים, שבה יכולים אנשים לממש את השתתפותם הדמוקרטית כאזרחים באמצעות התדיינות – בעלת השפעה ישירה על אופן הפעלת כוחה הכופה של המדינה – על מהותו של המשטר המשפטי.<sup>94</sup> פוטנציאל זה מצטמצם והולך ככל שההליכים מטפסים

*Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, 92 CAL. L. REV. 1027 (2004); Mark Tushnet, *Popular Constitutionalism as Political Law*, 81 CHI.-KENT L. REV. 991 (2006). לסקירה ראו גרעון ספיר ושאול שארף "חוקתנות עממית" מחקרי משפט ל (צפוי להתפרסם ב-2015).

88 ראו למשל Elizabeth Garrett & Adrian Vermeule, *Institutional Design of a Thayerian Congress*, 50 DUKE L.J. 1277 (2001); Mark Tushnet, *Some Notes on Congressional Capacity to Interpret the Constitution*, 89 B.U.L. REV. 499 (2009).

89 ראו KRAMER, לעיל ה"ש 87.

90 ראו BARRY FRIEDMAN, *THE WILL OF THE PEOPLE* (2009).

91 ראו למשל Robert Post & Reva Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 373 (2007); Reva B. Siegel, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller*, 122 HARV. L. REV. 191 (2008).

92 ראו למשל Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 VA. L. REV. 1045 (2001); David E. Pozen, *Judicial Elections as Popular Constitutionalism*, 110 COLUM. L. REV. 2047 (2010).

93 ראו Ori Aronson, *Inferiorizing Judicial Review: Popular Constitutionalism in Trial Courts*, 43 U. MICH. J.L. REFORM 971 (2010); Doni Gewirtzman, *Lower Court Constitutionalism: Circuit Court Discretion in a Complex Adaptive System*, 61 AM. U.L. REV. 457 (2012); Katie Eyer, *Lower Court Popular Constitutionalism*, 123 YALE L.J. ONLINE 197 (2013).

94 ראו והשוו OWEN FISS, *THE LAW AS IT COULD BE* 48–58 (2003); Susan S. Silbey, *Making Sense of the Lower Courts*, 6 JUST. SYS. J. 13 (1981). הנגישות למשפט היא כמוכּן אידאל, המוחלשות בישראל למשפט "עלי משפט" ג 493 (2003); יורם רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית 109–120 (1998). אך הדגש כאן הוא בעובדה שמבין רשויות השלטון, הרשות השופטת היא שמיקמה את הנגישות בלב האתוס המוסדי, ומבין היחידות של הרשות השופטת, הערכאה התחתונה היא הנגישה מכולן.

בערכאות. אמנם בערעור הדיון מתמקד באופן טיפוסי בעיקר בשאלות משפטיות (ולכן ערכיות), אך ככל שעולים בהיררכיה השיפוטית מספר ההתדיינות מצטמצם, וכך גם כמות השופטים ואף כמות עורכי הדין המייצגים. הערעור הוא בעצם הגדרתו מסגרת מוסדית אליטיסטית יותר, שבה המקום להשתתפות אזרחית ישירה – יכולתו של היחיד לטעון את טענתו ביחס לנורמה המשפטית הראויה ולקבל לה מענה – מצומצם ביחס לערכאת הדיון. משערכאות הערעור טרודות ביצירת תקדימים מנחים או מחייבים, הרי שמוקד הדיון בהן הוא בראש ובראשונה בקביעת הכלל המשפטי, ולא בעצם ההתדיינות על אודותיו.

נוסף על כך, העובדה שערכאות הדיון הן רבות, פועלות (בדרך כלל) בדרך-יחיד ופזורות ברחבי הארץ, מבטיחה לנעשה בהן אופי פלורליסטי יותר מזה של ההליכים המרכזים בערכאות גבוהות. לערכאות ערעור (ולערכאות חוקתיות) תחולה על-אזורית, והן יושבות בהרכבים שגורמים למיתון עמדות חריגות ולמיצוע התוצר השיפוטי.<sup>95</sup> לעומת זאת, ההקשר המקומי והקונקרטי של השפיטה בבתי המשפט הנמוכים, התחולה המוגבלת של החלטותיהם, עלות הטעות הנמוכה שנגזרת מתחולה מוגבלת זו והעובדה שרוב החלטותיה של ערכאת הדיון לא יהיו כפופות בסופו של דבר לביקורת ערעורית אפקטיבית – כל אלה הופכים את המשפט בערכאת הדיון לזירה שמאפשרת נסיינות וחדשנות בפיתוח רעיונות משפטיים ומהלכים פרשניים. בשונה מבית המשפט העליון, הערכאות הנמוכות, שפועלות במקביל זו לזו, נחשפות לאורך זמן למגוון נסיבות שבהן מופעלת נורמה משפטית, שומעות טיעונים מגוונים בשאלות משפטיות דומות ויכולות לתת פתרונות שונים לאותן שאלות. הן עושות זאת באמצעות גישות פרשניות שונות, יישומים שונים של הדין או מתן סעדים שונים. הן מהוות שדה שתיתכן בו סתירה, אך מתקיימים בו גם גיוון, השוואה ולימוד.<sup>96</sup>

כמובן, ערכאות הדיון כפופות באופן פורמלי למשטר של תקדימים מנחים ומחייבים ולכן אינן חופשיות לעשות כרצונן. עם זאת יש להדגיש כמה סייגים ביחס למשמעותו של עקרון התקדים כמגביל את היצירתיות של ערכאות הדיון. ראשית, התקדים רלוונטי רק כאשר הוא קיים. בשאלות חדשות של פרשנות, שמתעוררות כל העת לנוכח התחדשותם התמידית של החיים החברתיים, הכלכליים והטכנולוגיים, ערכאות הדיון פועלות מתחילה ללא הנחיה מגבוה.<sup>97</sup> שנית, לרשותן של ערכאות הדיון עומד מערך מגוון של אסטרטגיות, המאפשרות להן

95 ראו למשל Heather K. Gerken, *Dissenting by Deciding*, 57 STAN. L. REV. 1745, 1769–1774 (2005); להיגד שיפוטי קלאסי ראו BENJAMIN N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 176–177 (1921) (“The eccentricities of judges balance one another... out of the attrition of diverse minds there is beaten something which has a constancy and uniformity and average value greater than its component elements”) כתוצאה של הליך החלטה שיתופי בו מעורבים כל חברי ההרכב, ראו Harry T. Edwards, *The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making*, 151 U. PA. L. REV. 1639, 1656–1662 (2003).

96 ראו יפעת הולצמן-גזית “בין המשפט, האישיות והמבנה המוסדי: פיתוחם של דיני הפקעת מקרקעין בפסיקתם של בתי-המשפט המחוזיים” עיוני משפט כט 311, 349–373 (2006).

97 ראו לדוגמה את תהליך התפתחותה הנמשכת של עילת התביעה בנויקין בגין סרבנות גט: זהו חידוש נורמטיבי שמקורו בבתי המשפט לענייני משפחה, ואשר רק בשלב מאוחר יחסית – לאחר

להימנע מיישום דווקני של מה שנדמה כהנחיה תקדימית קיימת. טכניקות של הבחנה בין רציו לאוביטר, של אבחון לאור הנסיבות ושל הגדרת שאלות כעובדתיות או משפטיות, הן בין הדוגמאות המוכרות לכלים מסוג זה.<sup>98</sup> שלישית, לערכאות הדיון יש גם כלים להתמודד עם תקדימים שאמנם מחייבים אותם, אך שלראייתן הם אינם נכונים או אינם רצויים. הכלים הללו משתרעים מהפרה בוטה במקרי קצה (שכרוכה בסיכון אישי ומוסדי ברור), ועד הפרקטיקה המקובלת של יישום התקדים אגב "הבעת מחאה" על תוצאותיו הפסולות (בתקווה לתיקון עתידי בערעור).<sup>99</sup> רביעית, התקדים אינו חייב לפתור את השאלה המשפטית אחת ולתמיד. הערכאה הקובעת תקדים יכולה להחליט, למשל, שראוי שבנושאים מסוימים יישאר לערכאת הדיון שיקול דעת מסוים בפירוש הדיון ובהפעלתו. במחיר מסוים של ודאות ואחידות בדיון מושגים יתרונות אחרים של רגישות הקשרית באכיפת הדיון וכאמור גם בעידוד של נסיינות וחדשנות.

אם אמנם ההליך בערכאת הדיון מספק תנאים מוסדיים ייחודיים המשלבים השתתפות אזרחית, התדיינות מבוססת-טעמים, גיוון ופלוורליזם בקולות ובתוצאות ויצירתיות ונסיינות בפיתוח הדיון, הרי שלגישות דמוקרטיות של ההליך החוקתי צריך להיות עניין מיוחד בנעשה בהן. כפי שראינו, לפי גישות אלה, הנורמה החוקתית, אולי יותר מכל נורמה אחרת, זקוקה לדינמיקה נמשכת של השתתפות והתדיינות כדי להישאר רלוונטית וכדי לממש את ייעודה במתן מסגרת ערכית יציבה ומוצדקת לחיים הפוליטיים של קהילה בזמן נתון. החיפוש אחר מסגרות מוסדיות למימוש האידאל הדמוקרטי של ההליך החוקתי יכול למצוא מענה, ולו חלקי, בהתדיינות חוקתית בערכאות הדיון.

איני מעוניין לעשות כאן רומנטיזציה של ההליך בערכאות הדיון. המשפט הפלילי או התביעה הקטנה אינם סמינרים בתאוריה פוליטית או בפילוסופיה של המוסר. בתי המשפט, ובעיקר ערכאות הדיון הנמוכות, הם ארגונים שנשפטים, בין היתר, באמצעות מדדים כמותיים של זמן ותפוקה. הם מתמודדים עם עומס רב ורבים מלקוחותיהם מגיעים אליהם שלא מרצון ובלא עניין או חדווה, וספק אם יש להם עניין מודע בפיתוח התכנים החוקתיים של הקהילה הפוליטית. אלא שהתאוריה הדמוקרטית של המשפט החוקתי אינה מבקשת להפוך את האזרחים לפילוסופים. ההפך הוא הנכון: היא מבקשת "לחלן" את השיח החוקתי באמצעות

---

שערכאות שונות התייחסו אליו באופן שונה ובחנו את האפשרויות הגלומות בו – החל להופיע גם בהתייחסויות ראשוניות של בית המשפט העליון. לסקירה ראו ענת ליפשיץ "עוולה בגין סרבנות גט והיפוך הפירמידה המוסדית" (טיוטה 2011) (עותק בידי הכותב); בנימין שמואלי "הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו'כלל האחריות' של קלברוי ומלמד" **משפטים** מא 153, 158 (2011).

98 ראו JEROME FRANK, COURTS ON TRIAL 275–280 (1949); Walter F. Murphy, *Lower Court Checks on Supreme Court Power*, 53 AM. POL. SCI. REV. 1017 (1959); Pauline T. Kim, *Lower Court Discretion*, 82 N.Y.U.L. REV. 383, 408–426 (2007). לדיון מקביל בהקשרים היררכיים נוספים ראו Adam Shinar, *Dissenting from Within: Why and How Public Officials Resist the Law*, 40 FLA. ST. U.L. REV. 601, 630–646 (2013).

99 ראו רע"א 3749/12 בר-עוז נ' סטר, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 1.8.2013).

העשרתו באינטראקציות רגילות בין אנשים שפוגשים, מרצון או מאונס, את המדינה (ולו בדמות השופט) בבית המשפט. במובן זה גם אמירות כמו "אינני חייב", "החוק הזה לא צודק" או "זו זכותי" הן רגעים בעלי ערך חוקתי לתפיסה התדיינותית-השתתפותית. אלה אמירות שמביעות עמדה ביחס למשפט הרצוי, תובעות התייחסות והנמקה מצד בעלי הדין שכנגד ומצד המערכת המדינתית עצמה (באמצעות השופט היושב בדין), כלומר הן מגרות דינמיקה התדיינותית; הן מתורגמות למעשים (צווים שיפוטיים) שמשפיעים באופן מוחשי על האופן שבו פועלת המערכת החוקתית, כלומר מפקידות בידי הפרט המתדיין כוח נורמטיבי ממשי: הן הופכות אותו ליצרן של תוכן חוקתי.

בראייה זו, דווקא טענות לביקורת שיפוטית חוקתית מתאימות במיוחד להתברר גם בערכאות הדין. אלה טענות שמאפשרות לפרט המתדיין להתערב בתוכנה של חקיקה, כלומר בתוכן היצירה של בית הנבחרים המייצג אותו, ובמובן זה לבקר באופן שוטף את פעילותם של הנבחרים.<sup>100</sup> הן הופכות את הפרט המתדיין לשותף פעיל ומשפיע בשיחה ציבורית על מערכת הערכים החוקתית שאמורה להגביל את בית הנבחרים בחקיקתו. לאורך זמן ועל פני רצף של תיקים יכולים הליכים אלה להתגבש לדינמיקה דמוקרטית של ממש (במובנים ההשתתפותיים, התדיינותיים, פלורליסטיים ופופוליסטיים של המושג). אמת, יש טיעון שלפיו כדי לממש תכליות מסוג זה אין צורך בביקורת שיפוטית ממש בערכאות הנמוכות, אלא די בכך שבתי המשפט השונים יוסמכו לזהות קשיים חוקתיים ואז להפנותם לערכאה חוקתית ריכוזית כדי שדין מסוג זה יתנהל ממילא גם בערכאות הדין;<sup>101</sup> ואולי ניתן להסתפק בחובתן של ערכאות הדין לפרש את הנורמות הרגילות לאור הערכים החוקתיים כדי לשלבן בשיח החוקתי.<sup>102</sup> ואולם, אם ברצוננו לממש באופן מלא את הפוטנציאל הדמוקרטי של ההתדיינות בערכאות אלה, רצוי שהאפקט שלה יהיה מלא – שתהיה לה יכולת להשפיע באופן ממשי על המצב הנורמטיבי, גם אם מדובר בהשפעה קטנה יחסית של בטלות במקרה המסוים.

החלטות בודדות של ביקורת שיפוטית בערכאות הדין ביחס לחוק מסוים, אפילו השפעתן המעשית מוגבלת, יכולות לשמש זרז לפעילות חוקתית בתוך בתי המשפט וגם מחוץ להם, בהיותן סמן בעל משמעות למגוון השחקנים המעורבים בתהליך היצירה של משמעויות חוקתיות. הן מספקות מידע לבעלי הדין – הנוכחיים, השוקלים אם לערער, והעתידים, השוקלים אילו טענות להעלות בהליכים שיבואו. הן מיידעות את ערכאות הערעור, ואלה מבחינות בקושי החוקתי שזוהה בערכאות הדין, לומדות ממגוון הפתרונות של בתי המשפט השונים ביחס לאותה שאלה ומייחסות חשיבות מיוחדת ליישוב הדין במצבים של סתירה. הביקורת השיפוטית בערכאות הדין משרתת מסר גם למעצבי המדיניות ולמנסחי החקיקה: אין הכרח שחוק יבטל באופן מוחלט וכלפי כולי עלמא – כלומר על ידי בית המשפט העליון – כדי שהמחוקקים יכירו בבעייתיות חוקתית המצויה בו ואשר נחשפה בבתי המשפט הנמוכים. הנעת המחוקק לתיקון חוק הסובל מפגם חוקתי באמצעות ביקורת שיפוטית בערכאה נמוכה

100 השוו אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" משפטים מ 239 (2010).

101 ראו למשל ספיר, לעיל ה"ש 65, בעמ' 146–147.

102 ראו COMELLA, לעיל ה"ש 8, בעמ' 112–113.

היא מעשה בעל משקל אנטי-רובני פחות מאשר ביקורת שיפוטית בבית המשפט העליון. אכן, בהתחשב בהשפעות המוגבלות של ביקורת שיפוטית בערכאות הדיון, ניתן לתמוה על הכעס הגדול שעוררה החלטה כמו זו שבפרשת הנדלמן בחוגים פוליטיים מסוימים.

### 3. ביקורת שיפוטית ביזורית וההקשר הישראלי

הטיעון שהוצג עד כה בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית היה תאורטי בעיקרו, והתבסס על מאפיינים טיפוסיים להתדיינות משפטית בערכאות דיון במסורת המשפט המקובל. אני מבקש להשלים את המהלך על ידי הדגשת מאפיינים שהנם ייחודיים למצב החוקתי הישראלי, ואשר עשויים להצדיק העדפה מיוחדת, דווקא בישראל, לביקורת שיפוטית ביזורית. כוונתי לשני היבטים של המצב החוקתי הישראלי: ראשית, העובדה שהמהלך החוקתי הישראלי מעולם לא זכה ל"רגע חוקתי" מכוון; ושנית, אופייה של ישראל כמדינה שאוכלוסייתה מקוטבת ומפוצלת על פני צירים דתיים, לאומיים, אתניים ותרבותיים.

היעדרו של רגע חוקתי. כידוע, חוקי היסוד הישראליים נוצרו במקוטע לאורך שנות קיומה של המדינה במסגרת הליך החקיקה הרגיל. חלק מחוקי היסוד (והתיקונים להם) נוסחו ונחקקו כביטוי לשיקולים פוליטיים קצרי-טווח יותר מאשר לתפיסות ערכיות באשר למשטר החוקתי הראוי,<sup>103</sup> ורבים מהם עברו בכנסת ללא הליך התדיינותי מהותי ובהצבעות בהשתתפות חלקית בלבד. לא זכינו ל"מעמד הר סיני" שיגבש את הקהל כולו סביב טקסט חוקתי מכוון.<sup>104</sup> זו אינה נקודת מוצא מבטיחה לשיטה חוקתית, אשר זקוקה להזדהות נמשכת של הציבור עם הערכים החוקתיים ועם המנגנונים המופקדים על שמירתם, פיתוחם ואכיפתם.<sup>105</sup> כדי שהחוקה הישראלית<sup>106</sup> תישאר ותשגשג, אנו זקוקים אפוא למסגרות שבאמצעותן יוכל הציבור הישראלי להתעמת עם התוכן החוקתי ולקחת חלק בקביעת משמעויותיו. אף שנעשו לאורך השנים

103 דוגמה אופיינית היא השינויים התכופים שנעשו בשני העשורים האחרונים בחוק-יסוד הממשלה בעניין מספר חברי הממשלה, ואשר שיקפו בראש ובראשונה צרכים קואליציוניים משתנים. ראו דברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון) (הגברת המשילות), ה"ח הכנסת התשע"ג 46 ("חוק-יסוד: הממשלה משנת 1992, המכונה 'חוק הבחירה הישירה', קבע לראשונה כי מספר השרים לא יעלה על שמונה-עשר ולא יפחת משמונה ומספר סגני השרים לא יעלה על שישה (ס' 33(א) ו-37(א)). כשלוש שנים לאחר כניסת החוק לתוקף בוטלה ההגבלה על מספרם המרבי של השרים (ר' חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 9), ס"ח התשנ"ט, עמ' 258), ועם חקיקת חוק-יסוד: הממשלה הנוכחי בשנת התשס"א, שביטל את הבחירה הישירה, בוטלה גם המגבלה על המספר המזערי של השרים. בהיעדר הגבלה על המספר המרבי של חברי הממשלה, גדל הרכבן של הממשלות שלאחר מכן, עד להרכב ממשלה של שלושים שרים". כיום קובע ס' 5(ו) לחוק היסוד כי החל מהכנסת ה-20 יעמוד המספר המרבי על תשעה-עשר.

104 ראו דברי השופט חשין בע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 474.

105 אף ראו Adam Shinar, *Accidental Constitutionalism: The Political Foundations and Implications of Constitution – Making in Israel*, in THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS 207 (Denis Galligan & Mila Versteeg eds., 2013) (מטיל ספק, לאור הניסיון הישראלי, בקיומה של זיקה סיבתית בין אופן היווצרותו של משטר חוקתי לבין עוצמתו ויציבותו, משנוצר).

106 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291 (2003).

ניסיונות להתניע מהלכים של ניסוח חוקה בהשתתפות רחבה ובהסכמה רחבה,<sup>107</sup> אלה טרם הבשילו. הקהילה הפוליטית הישראלית זקוקה אפוא, כבר עכשיו, לפורומים נוספים שיאפשרו לה לנסח, להתווכח, להתלבט, ולהתנסות בטיעונים וברעיונות חוקתיים.

אמנם ניתן לטעון שדווקא האופי ה"לא-חוקתי" של החוקה הישראלית – העובדה שהיא נוצרת ומתפתחת, מאז החלטת הררי<sup>108</sup> ואילך, בהליך נמשך של חקיקה ברמה הפוליטית-הפרלמנטרית – מקנה ממילא להליך החוקתי בישראל מהות דמוקרטית שאינה צריכה "תגבור" בהליך שיפוטי מבוזר. יש אמת מסוימת בטענה זו: מערכות הבחירות וההסכמים הקואליציוניים בישראל נוגעים לעתים בעניינים חוקתיים ואף בתוכן של חוקי היסוד, ובדרך זו חושפים את המשטר החוקתי של ישראל לדינמיקות השתתפותיות והתדיינותיות. אלא שהאידיאל הדמוקרטי של ההליך החוקתי שואף ליותר מכך; הוא אינו מסתפק במערכת המפלגתית ובפוליטיקה המקצוענית כאתרים לפיתוח החוקה הישראלית, אלא מבקש לערב בתהליך זה את הפרטים החיים בישראל ממש. הליטיגציה, אשר מאפשרת אינטראקציה בלתי-אמצעית בין הפרט למדינה, היא מסגרת מוסדית שמקיימת השתתפות מן הסוג הזה, והיא גם נגישה לפרטים שאינם מוזמנים להשתתף בפוליטיקה ההיבחרותית אף שיש להם עניין מובהק במשטר החוקתי שהיא מכוננת (כמו הפלסטינים תושבי ה"שטחים" או המהגרים לישראל).

אמת, המחלוקות החוקתיות בישראל חריפות (עוד על כך להלן), והליטיגציה היא הליך לעומתי שעלול להרבות מדנים ולא לשככם. בראייה זו ניתן לתפוס את ההליך הפרלמנטרי כמנגנון מתווך שמבטיח מידה מסוימת של עידון (סובלימציה) של הרגשות, הדחפים והיסודות האלימים הנוכחים לפחות בחלק מאותן מחלוקות. זו גישה אפשרית, אך קשה להתעלם מהגוון האליטיסטי המשתקף ממנה, כאילו אין לסמוך על הפרטים בחברה ואל לנו להפקיד בידי ה"המון" את תהליך ההגדרה של תכנים חוקתיים; עדיף שיעשו זאת המחוקקים, ולצדם שופטי בית המשפט העליון. קשה להתווכח עם גישה זו, שכפי שכבר ציין ריצ'רד פארקר היא בעיקרה עניין של טעם או העדפה (sensitivity), ופחות ביטוי לשיקול רציונלי או לטיעון מבוסס אמפירי.<sup>109</sup> אין לכחד: התאוריה הדמוקרטית של ההליך החוקתי מבכרת את ה"בלגאן" של ההשתתפות הרחבה והשפיטה המבוזרת על פני העידון של הפורומים הנישאים והמועדונים הסגורים, אפילו בתנאי החום והיזע של הפוליטיקה החוקתית הישראלית.

הנתון הרב-תרבותי. מקובל לומר שאין מדינה מערבית כיום שאינה רב-תרבותית במידה כזו או אחרת. השילוב של סובלנות דתית, של הכרה בחירויות המצפון, הביטוי וההתאגדות ושל התפשטות תופעת ההגירה לרחבי העולם גרם לכך שההטרונגניות התרבותית היא נתון אוניברסלי, שכל דמוקרטיה ליברלית עכשווית נדרשת להתמודד עמו. אלא שבישראל זהו מצב חריג בעוצמתו. אוכלוסייתה כוללת מיעוט לאומי גדול מאוד, קהילה חרדית דומיננטית, מעמד

107 ראו לעיל ה"ש 70–74.

108 ד"כ 5, 1743 (התש"י) ("הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה").

109 RICHARD D. PARKER, HERE, THE PEOPLE RULE 4, 56–70 (1994).

גדל והולך של מהגרי עבודה, אוכלוסייה פלסטינית רבה הנתונה לשליטה ישראלית חלקית וכן קבוצות תרבותיות רבות נוספות, בקרב הקהילות היהודית והערבית כאחת. המייחד את הגיוון הזה, באופן חריג ביחס למדינות רבות אחרות, הוא שלרבות מן הקבוצות המרכיבות את החברה הישראלית יש תפיסות ותביעות שנוגעות לאופיו של המרחב הציבורי ולשאלות חוקתיות מובהקות – ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, משטר זכויות האדם החל בה והיקפו, ההכרה בזכויות קבוצתיות ועוד – ושתפיסות אלה הן לא אחת נוגדות ואף מוציאות האחת את האחרת.<sup>110</sup> חלק מן המחלוקות בתחומים אלה הובילו בעבר לעימותים קשים ולעתים אלימים בין קבוצות בחברה. דמוקרטיה פלורליסטית, כלומר כזו שמבקשת לכבד את התפיסות והתביעות של חברי הקבוצות השונות וגם ליהנות מתרומותיהן לפיתוח החוקתית, נדרשת לתת מענה לריבוי החזונות החוקתיים ולמחלוקות הערכיות שבאות עמו. כמובן לא כולם יכולים "לנצח" בסופו של תהליך, ולא כל התפיסות המתחרות יוכלו להתממש במלואן; דמוקרטיה היא גם מנגנון להכרעה בין העדפות סותרות.<sup>111</sup> עם זאת עדיין אפשר לתבוע מן המדינה ליצור תנאים שיאפשרו לתפיסות השונות לקבל ביטוי, להישמע ולהשפיע על עיצוב ההחלטות הציבוריות. באופן זה היא תכבד את התפיסות האחרות, גם אם לא תממש אותן במלואן, וחשוב מכך: באופן זה היא תעשיר את ההליך החוקתי במידע, ברעיונות ובנקודות מבט שעשויות להיעדר משיח ריכוזי-מונוליטי.

ההתדיינות החוקתית בערכאות הדיון – ביקורת שיפוטית ביזורית – יכולה לספק לפחות חלק מן התנאים המוסדיים הנדרשים למתן מענה לשני האתגרים הישראליים הללו. בגלל האופי הנגיש והמרובה שלה היא יכולה להפוך לזירה זמינה להתדיינות נמשכת בין בני החברה, ברמות שונות של מעורבות ותחכום, על הנורמות החוקתיות ועל משמעותן. בדרך זו היא תהפוך את החוקה הישראלית למצע חי לדיון ולשיחה על סוגיות חוקתיות, וזאת בתנאים המסוגגנים של ההליך השיפוטי, כלומר באופן המחייב פנייה לטיעונים רציונליים וכיבוד של טיעוני נגד. בה בעת, בגלל המעמד הראשוני שלה והגיוון המובנה שבה, התדיינות חוקתית בערכאות הדיון יכולה לשמש מקום שבו חזונות חוקתיים שונים ומתחרים מוצאים את ביטויים ולעתים אפילו מתממשים, גם אם בהקשר המוגבל של פסיקה מקומית בהליך נתון.

כאשר המחלוקות החוקתיות מתחילות ומסתיימות בהליך יחיד בפני בית המשפט העליון במסורת הריכוזית, התוצאה השיפוטית הבודדת מכריעה באופן סופי, ומאוינת ההזדמנות לשמר לאורך זמן, גם אם לא לתמיד, מגוון של קולות נורמטיביים בתוך מערכת המשפט. ההכרעה השיפוטית, כתב רוברט קאבר, היא אירוע "הורג-משפט" (jurispathic), משום שבאמצעה תפיסה נורמטיבית אחת היא ממילא דוחה תפיסה חלופית.<sup>112</sup> אלא שאמירה זו נכונה במיוחד לפסיקה תקדימית של בית משפט עליון. פסיקותיהן של ערכאות הדיון ממיתות אף הן

110 ראו למשל מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 277–275 (2008).  
במונחיה של יעל תמיר, ישראל מאופיינת ב"רב-תרבותיות עבה": יעל תמיר "שני מושגים של רב-תרבותיות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 79, 85–91 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, 1998). ראו גם סופר ופיסמן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 680–681.

111 ראו למשל HABERMAS, לעיל ה"ש 82.

112 Robert M. Cover, *Foreword: Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV 4, 40 (1983).

חלופות שנדחו, אך הן אינן מונעות מאותן חלופות את ההזדמנות לשוב ולהתברר בהליך חדש בערכאה מקבילה. שיטת משפט שמבקשת לשמר תוכן פלורליסטי בתוצרים השיפוטיים שלה ולעודד דיון על מחלוקות כאובות ולא להשתיקן,<sup>113</sup> נדרשת לתרגם זאת לעיצוב מוסדי. ביקורת שיפוטית ביזורית היא תבנית מוסדית שמאפשרת לקולות רבים יותר בשיח החוקתי להישמע ולהשפיע למשך זמן רב יותר מאשר החלופה הריכוזית.

## ד. ביקורות המודל הביזורי – ומענה להן

הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית אינו חסין כמוכן מביקורות ומטיעוני נגד. בפרק זה אתייחס לחמש ביקורות שנראות בעיניי בעלות העוצמה הרבה ביותר, ואבקש להציע להן תשובות. איני סבור שניתן לבטל את הביקורות באופן מוחלט. הטיעון בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית מעורר גם קשיים, וההסדר שהוא מציע כרוך גם בעלויות. טענתי היא שבסופו של חישוב, ובנסיבותיו של המצב החוקתי הישראלי, הסדר זה עדיף מהחלופות לו.

### 1. ודאות

הטיעון הבסיסי נגד כל מהלך של ביזור מתמקד באי־הוודאות הנורמטיבית שפסיקות רבות וסותרות עלולות לגרום לצרכני המשפט. כל עוד אין הכרעה תקדימית של בית המשפט העליון בשאלה החוקתית, לא ניתן לדעת אם החוק תקף אם לאו; כל עוד הדבר נתון להכרעותיהן של ערכאות הדיון השונות, התשובה לשאלה החוקתית עשויה להשתנות לפי דעות השופט שידון בתיק או איכות הפרקליט שיטען בפניו. חוסר ודאות כזה הוא דבר יקר, כי הוא מקשה את ההיערכות לתוצאותיה של הנורמה. בנסיבות מסוימות הוא עשוי לחייב רכישת ביטוח מפני הסיכון של תוצאה לא רצויה, ובמקרים שבהם נמען הנורמה הוא שונא סיכון, חוסר הוודאות גם עלול לגרום לזניחה של ההתנהגות הרלוונטית כדי שלא להיחשף לסיכון שבפרשנות חוקתית נוגדת, וזאת אף שייתכן שההתנהגות רצויה מבחינה חברתית. יתרה מכך, אי־ודאות בדיון נתפסת גם כפגם במוסריותה של מערכת המשפט, שכושלת במשימה המרכזית שלה – הכוונת התנהגות באמצעים הוגנים ומובנים.<sup>114</sup>

המענה הפשוט לטיעון הוודאות מצוי בתזכורת שביזוריות היא לאמתו של דבר הכלל בשיטת המשפט שלנו, ולא חריג. כל שאלה פרשנית אשר מתעוררת בתחומי המשפט שנדונים תחילה בערכאות הנמוכות – כל המשפט האזרחי והפלילי, למשל – מקבלת תחילה מענה במסלול הביזורי, טרם יישובה התקדימי בערעור בבית המשפט העליון. די אם נחשוב על סוגיות כמו רמות הענישה בעבירות שונות או תוכנה של עוללת הרשלנות בהקשריה המגוונים, כדי שנחוש עד כמה רווי הדיון באי־ודאות פרשנית. כל עוד הנושאים הללו מבוררים בערכאות

113 השו"ג גרעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" משפטים לו 349, 393–411 (2007) (על החוקה כ"כלל השתק").

114 ראו למשל (Lon L. Fuller, *The Morality of Law* 46–91 (rev. ed., 1969)).



הדיון, עלויות השיטה הביזורית חלות גם בהם, ועדיין מקובל לחשוב שאנו חיים במערכת משפטית מתפקדת יחסית, שמצליחה לאורך זמן לספק הכוונה סבירה של התנהגות לנמעניה. תטען הביקורת עם זאת שגם אם אי-ודאות כזו נסבלת במגוון תחומי המשפט, הרי שאין לה מקום בתחום החשוב כל כך של פרשנות חוקתית וביקורת שיפוטית, שעניינו תוקפן של הנורמות ולא רק מובנן או יישומן בהקשר מסוים; מה גם שמדובר לרוב בהגנה על זכויות חוקתיות המצדיקות יציבות וודאות מוגברות.<sup>115</sup> איני סבור שביקורת זו נכונה. בהקשרים רבים שאלות פרשניות ממעלה נורמטיבית נמוכה יותר עשויות להיות בעלות משמעות להחלטותיהם היומיומיות של אנשים רבים ולהקשרים מעשיים כלכליים וחברתיים מגוונים יותר מאשר שאלות של תוקף חוקתי. גם מבחינה אנליטית, פעמים רבות קשה להבחין בפער שבין קביעה בדבר תוקפה של נורמה (ביקורת שיפוטית חוקתית) לקביעה שעניינה פירושה של נורמה (שפיטה "רגילה").<sup>116</sup> זכויות אדם מונחות על כף המאזניים בעניינים תת-חוקתיים רבים, החל משלמות הגוף בידי נזיקין וכלה בחירות בידי עונשין.

חשוב מכך: הטענה שהוצגה במאמר התבססה על הצורך ביצירת תנאים מוסדיים שיכירו במחלוקות הקיימות בשאלות חוקתיות, יבטאו אותן ויאפשרו להן להתנסח ולהתברר טרם שיוכרעו באופן תקדימי. המשמעות היא שדווקא שאלות של פרשנות חוקתית הן שמתאימות לטיפול מבוזר ולשימור מכוון של רקמה נורמטיבית פתוחה. מאחר שהן עוסקות בשורשי הזהות הישראלית, בערכיה של מדינת ישראל, באופי המוסדות השלטוניים שלה ובמעמד הזכויות המוגנות בה, רצוי ששאלות חוקתיות כאלה לא תוכרענה מהר מדי ומבלי שנשמעו בהן טיעונים רבים מפייהם של בעלי עניין מגוונים, ונעשו ניסיונות לפותרן בקנה מידה קטן. ודאות היא עיקרון חשוב בעיצוב המשפט, אך נראה שראוי שתיוסג מפני השאיפה לנורמות חוקתיות טובות ונכונות יותר, ולגישת מאמר זה גם דמוקרטיה יותר מבחינת הליך יצירתן. אם יש תחום אחד במשפט המדינה שבו רצוי להבטיח דינמיקה התדיינותית-פלורליסטית טרם התכנסות לסטטוס קוו נורמטיבי, זהו התחום החוקתי. כמובן, השיטה הביזורית אינה שוללת ודאות בסופו של תהליך, אך היא מבקשת שלכל הפחות נורמות חוקתיות יזכו לתהליך התדיינותי דומה לזה שמקבלות נורמות מרמה נמוכה יותר בערכאות הדיון השונות.

התפיסה שלפיה יישוב מחלוקות חוקתיות ייתכן רק בהכרעה שיפוטית תקדימית גם היא אינה מדויקת. אמנם לביקורת השיפוטית, ובפרט זו המתבצעת בבית המשפט העליון, תפקיד מרכזי בשימור מעמדה של החוקה, אך גם רשויות אחרות יכולות להביא ליישוב של שאלות חוקתיות עוד לפני שבית המשפט העליון פוסק בהן באופן סופי. כך למשל, תיקון חקיקתי

115 רמזים לגישה זו מופיעים בכתיבה מוקדמת של אהרן ברק בנושא: ראו אהרן ברק "יסודותיה של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת" מבחר כתבים כרך א 309, 316 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000) (מודל ריכוזי יבטיח כי "השאלה החוקתית תתברר; [ו]כי היא תתברר על-ידי האורגן העליון"). ראו גם ס' 15 (1) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (החרגת עתירות בנושא תוקפן של תקנות מסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים והותרתן בסמכות בג"ץ).

116 ראו לדוגמה בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004) (מחלוקת בין שופטים באשר לדרך המשפטית הנכונה להגיע לתוצאה נורמטיבית זהה – בטלות חוקתית או פרשנות).

שמטרתו הסרת פגם חוקתי בעקבות פסיקה שיפוטית – פרקטיקה שקיימת כיום בישראל<sup>117</sup> – יכול להתבצע בעקבות פסק דין של ערכאה נמוכה ואינו חייב להמתין להכרעה של בית המשפט העליון. אין בכך פחיתות כבוד למחוקק; לאמתו של דבר, כפי שכבר צוין, יש בכך דווקא צמצום של האפקט האנטי-רובני שבביקורת השיפוטית, מכיוון שהנעת המחוקק לפעול נעשית בהחלטה בעלת תחולה מצומצמת ומבלי לאיין באופן מלא את החקיקה הפגומה. במודל זה, סוכני הניסוח החקיקתי – משרד המשפטים וחברי הכנסת וועדותיה – ינהלו מעקב אחר הליטיגציה החוקתית המתנהלת בערכאות הדיון וילמדו מן התוצרים של הליכים אלה על קשיים חוקתיים או על מחלוקות בין ערכאות המצדיקים טיפול, וזאת להסרת אי-הבהירות או לתיקון מה שלפחות חלק מערכאות הדיון ימצאו כאי-חוקתיות.

בדומה, הרשות המבצעת יכולה גם היא להביא להסרת קושי חוקתי בפרשנות שנתנה לדבר חקיקה, אם היא נחשפת אליו בפסיקותיהן של ערכאות הדיון. הרשות יכולה לסגת מפרשנותה ולאמץ פירוש אחר שפותר את הקושי החוקתי, ובדרך זו לחסוך את הצורך בטיפוס עד לבית המשפט העליון. הפסיקה החוקתית של ערכאות הדיון משמשת בהקשר זה כעין מנגנון ייעוץ לרשויות האחרות באשר לחוקתיות של החלטותיהן. הן רשאיות כמובן להוביל את המחלוקת כל הדרך עד לפסיקה סופית בבית המשפט העליון, אך ביכולתן גם להסתפק במסרים מן השלבים הראשונים של הליטיגציה כדי לשנות את עמדתן ולהסיר את הקושי החוקתי כבר אז. כאשר הן עושות כך, בעיית הוודאות נפתרת מבלי שיהיה צורך להמתין להגעת העניין לבית המשפט העליון. אגב, עידוד פרקטיקה כזו אצל הרשויות האחרות הנו טעם נוסף לכך שחשוב להסמיך ולעודד את ערכאות הדיון לבטל חקיקה בפועל, ולא להסתפק בציון קשיים חוקתיים מבלי להורות על הסרתם: ביטול החוק בפועל מטיל על הרשות נטל מיוחד של התמודדות עם הקושי החוקתי, שאינו קיים בהכרח במקרה של סעד רך יותר.

## 2. שוויון

טענה קרובה לטענת הוודאות מעוררת את הקושי שבקיומן של תוצאות חוקתיות שונות לאנשים דומים מבחינה משפטית. מצב זה מתאפשר מפני שבשיטה הביזורית ייתכן שאותו חוק ממש ייצא כלא-חוקתי ובטל על ידי בית משפט אחד, וכחוקתי ותקף על ידי בית משפט אחר. זו תופעה מתבקשת, משום שהניתוח החוקתי עשיר בשאלות ערכיות ובאיזונים עדינים. במקרה של פסקות ההגבלה בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, למשל, מדובר בפירוש מושגים כמו "ערכיה של מדינת ישראל", "תכלית ראויה" ומידתיות. שופטים סבירים עשויים להגיע בתום לב למסקנות סותרות ביישום המושגים הללו (גם שופטי בג"ץ עצמם נחלקים לעתים בעתירות

117 מאז פסק דין בנק המזרחי, ביטל בית המשפט העליון שנים-עשר חוקים במסלול הראשי של הביקורת השיפוטית, המבוסס על פסקת ההגבלה בחוקי היסוד בדבר זכויות אדם. בשישה מן המקרים הללו, הגיבה הכנסת כמה שניתן לכנות "חקיקה אוכפת בג"ץ" – תיקון החוק שנמצא כלא-חוקתי באופן שיהלום את פסיקת בית המשפט. לסקירה ראו אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס קוו כקושי אנטי-רובני" עיוני משפט לז, ה"ש 62 והטקסט הסמוך לה (צפוי להתפרסם ב-2015).

חוקתיות), וכך להביא למצב שבו בעלי דין שהם זהים לעניין החוק המדובר מקבלים יחס שונה, כלומר תיווצר ביניהם הפליה.

גם כאן התשובה הפשוטה תזכיר שזהו המצב הקיים בכל תחום במשפט שמטופל מראשיתו על ידי ערכאות דיון. הנתון המוסדי של ביזור מערכת המשפט מניח מידה מסוימת של יחס לא שוויוני. השיטה מקבלת מצב זה מטעמים פרגמטיים – בהינתן גודל מסוים של אוכלוסייה וכמות מסוימת של תיקים, אין בררה אלא להפקיד את סמכות השפיטה בידי שופטים רבים ובתי משפט נפרדים. הדבר מביא לפיצול בתוצאות השפיטה, ובהנחה שניתוב התיקים לשופטים שונים בבית משפט נתון הוא אקראי, המשמעות היא לכאורה שהמזל ולא הדין הוא שקובע את תוצאת המשפט.<sup>118</sup> מענה מסוים של שיטת המשפט לחשש זה מצוי במוסדות הערעור והתקדים, המבטיחים שלפחות לאורך זמן יצומצם אי-השוויון והפערים בין השופטים השונים ובתי המשפט השונים ייעלמו. מענה זה חל כמובן גם בהקשר של הביקורת השיפוטית הביזורית.

ואולם, גם בהקשר של השוויון אני מבקש להדגיש דווקא את חשיבות השוני בתוצאות השיפוטיות למודל הדמוקרטי של ההליך החוקתי. ההבדלים בשפיטה החוקתית בין הערכאות המבוזרות נתפסים בראייה הדמוקרטית כמקור חיוני לחשיפת קשיים, מחלוקות, עמדות ופתרונות בשאלה שעל הפרק. זהו "מחיר" שראוי לשלם כדי למצות את הפוטנציאל הדמוקרטי מן השפיטה החוקתית, משום שבלעדיו לא תתפתח דינמיקה התדיינותית, לא יתרחש תהליך של ביקורת ולמידה ולא ימומש האידאל הפלורליסטי. את ציפייתו של הפרט המתדיין להגינות בהליך יש לממש אפוא באמצעות הבטחת הגינותם של התנאים הדייוניים עצמם – שימור זכות הגישה לערכאות, זכות הטיעון, החשיפה לראיות, היכולת לחקור עדים ולערער על אמינותם, שופט נטול פניות המנמק את החלטותיו וכן הלאה. אם כל מתדיין מקבל את מלוא הזכויות הדייוניות הללו, הרי שמתקיים שוויון (אקס אנטה) בין מתדיינים, גם אם תוצאות משפטיהם שונות (אקס פוסט).<sup>119</sup>

### 3. יעילות

טיעון נפוץ בזכות המודל הריכוזי הנו החיסכון שהוא מבטיח במשאבי התדיינות. במקום ניהול ליטיגציות רבות בערכאות הדיון השונות עד שהשאלה החוקתית תוכרע לבסוף בבית המשפט העליון לכשיגיע אליו ערעור מתאים, השיטה הריכוזית מאפשרת הבאה מידית של השאלה לבית המשפט הגבוה. כך נחסכים כל המשאבים הנדרשים להעלאת טענות חוקתיות חוזרות בערכאות הדיון, לטיעון ביחס אליהן, להכרעה בהן ולערעור עליהן.

טיעון היעילות הזה משכנע בעיקר על רקע המודל הבג"צי הקיים כיום בישראל, שבו העניינים החוקתיים מובאים היישר לבית המשפט העליון על ידי העותרים עצמם. לא ברור

118 ראו Menachem Mautner, *Luck in the Courts*, 9 THEORETICAL INQ. L. 217, 222 (2007); ראו Jeremy Waldron, *Lucky in Your Judge*, 9 THEORETICAL INQ. L. 185, 209 (2007).

119 ראו והשוו Shay Lavie, *Reverse Sampling: Holding Lotteries to Allocate the Proceeds of Small-Claims Class Actions*, 79 GEO. WASH. L. REV. 1065, 1079 (2011).

שהוא משכנע באותה מידה ביחס למודלים הריכוזיים הקלסיים, שאותם מבקשות רוב ההצעות הנוכחיות לחקות. על פי מודלים אלה, ערכאת דיון שמתעוררת בה שאלה חוקתית צריכה להקפיד את ההליך, להפנות את הנושא לפורום הריכוזי ולהמתין להכרעתו העקרונית טרם פסיקה בתיק המסוים. מובן שהליך כזה כרוך בעיכוב הדיון בערכאה הנמוכה, ועלויותיו של עיכוב כזה בצדו.

עדיין, מרגע שפוסקת הערכאה הריכוזית בשאלה החוקתית העקרונית, הדבר אמור למונע התדיינות נוספות בערכאות הדיון על אותה שאלה ובכך לחסוך משאבים מסוימים לבעלי הדין ולמערכת המשפט. אלא שתובנה זו חלה על כל תחום במשפט, וככל שהתשובות שהוצעו לעיל להבחנה בין התחום החוקתי לתחומי המשפט החוקתי עומדות, לא ברור מדוע היעילות מצדיקה לייחד לבית המשפט העליון את התחום החוקתי דווקא, ולא תחומים אחרים, שהשפעתם על הוודאות בדין ועל עלויות ההתדיינות גדולה אף היא, אך הערך הדמוקרטי שבקיום התדיינות ציבורית על אודותיהם הוא אולי פחות. ככלל, "יעילות" היא קריטריון חמקמק בהקשר זה, שכן מול העלות הנוספת עלינו להעריך את התועלת החברתית שתצמח מאימוץ המודל הביזורי, ובכלל זה את היתרון שבהאטה מסוימת בקצב הבירור של מחלוקות חוקתיות, כך שיתאפשר לציבור לעבד אותן, לגבש עמדות ביחס אליהן ואולי להשתתף בתהליכים ההתדיינותיים שיובילו להכרעתן, בתוך בתי המשפט או מחוצה להם. בעוד את צד העלות ניתן, במאמץ מסוים, לכמת במחיר כלכלי מדויק יחסית, הרי שאת התועלת הדמוקרטית שהוצגה במאמר זה קשה לכמת במדד דומה, שיאפשר השוואה רצינית בין החלופות.

היבט אחר של יעילות שעשוי להיות מושפע מהעצמת המודל הביזורי ביחס לזה הריכוזי עניינו בשאלה כיצד להבטיח הזרמה אופטימלית של תיקים חוקתיים להכרעה תקדימית בבית המשפט העליון. כפי שהוסבר בהרחבה קודם לכן, המודל הביזורי אינו כופר בחיוניותה של הכרעה סופית בשאלות של תקפות חוקתית, אלא שואף שהכרעה זו תבוא אחרי שנוהל שיח מפרה ומכבד על הסוגיה החוקתית, בין היתר דרך הליטיגציה בערכאות הדיון. חשש מסוים במודל ביזורי הנו שהעניין "ייתקע" בערכאות הנמוכות, ובגלל שיקולים פרטיים של בעלי דין שאינם מייצגים את אינטרס הציבור, לא יצליח לטפס להכרעה סופית בבית המשפט העליון, בין שבכלל ובין שבזמן המתאים. זהו אתגר מוכר בכל הקשר של הפקדת כוח ציבורי בידי גורם פרטי – כיצד להבטיח הלימה בין האינטרס הפרטי (במקרה זה, של בעלי הדין העושים לעצמם) לבין התועלת הציבורית (המתבטאת בהבאת העניין החוקתי בנקודת זמן אופטימלית להכרעה תקדימית).

כמובן, גם זו בעיה כללית של שיטת משפט מבוזרת, שבה ההחלטה אם יהיה ערעור וייקבע תקדים נתונה בפועל בידי בעלי הדין. מכל מקום, ככל שהתחום החוקתי מצדיק יחס מיוחד בעניין זה, נדמה שהמענה לו צריך להיות מוסדי. יידרש אפוא פיתוח של הליך כלשהו שיבטיח ששאלות חוקתיות חשובות יובאו בסופו של תהליך הביזור להכרעה סופית של בית המשפט העליון (אם לא נפתרו בינתיים על ידי הרשויות האחרות), וזאת גם אם בעלי הדין עצמם בוחרים שלא לערער. ניתן לחשוב כאן למשל על מנגנון, שיפעיל בית המשפט העליון, של איתור ממוקד או של דגימה אקראית של תיקים חוקתיים המתנהלים בערכאות הדיון ו"משיכתם" לביקורת ערעורית. אפשרות אחרת היא מתן סמכות שבשיקול דעת לערכאת הדיון להחליט על שליחת החלטתה לערעור בערכאה שמעליה. לחלופין אפשר לחייב את היועץ המשפטי לממשלה להתייצב בתיקים חוקתיים בערכאות הדיון, ולתבוע ממנו לייצג את אינטרס

הציבור, בין היתר בהקשר של הובלת ההליך להכרעה בערכאות הערעור.<sup>120</sup> עם זאת גם למדינה עשויים להיות אינטרסים סותרים בליטיגציה חוקתית כזו – על כך בתת-הפרק הבא. היבט פונקציונלי אחרון שניתן לכלול בביקורת היעילות עניינו השוואת איכות ההחלטות החוקתיות שמנפיק בית המשפט העליון לעומת אלה של ערכאות הדיון. שופטי בית המשפט העליון אמורים להיות, לפחות בממוצע, השופטים האיכותיים ביותר במערכת המשפט (ולו מטעמי ותק ו-selection), הם דנים בדרך כלל בהרכבים המשפטיים גם כן את האיכות האפיסטמית של החלטותיהם, הם נעזרים במתמחים ובעוזרים משפטיים שהנם היעילית של בוגרי הפקולטות למשפטים והתיקים שנדונים בפניהם מוכנים ונטענים על פי רוב בידי עורכי דין מובילים ועותרים ציבוריים מנוסים. האם השיטה הביזורית תוביל למשפט חוקתי איכותי ומדויק פחות, כלומר עלויות הטעות המצטברות של מודל זה גדולות מסיכוני הטעות של בית המשפט העליון, פשוט כי הוא טועה פחות?

סביר שפסקי הדין של בית המשפט העליון עולים באיכותם על אלה של ערכאות הדיון. גם אם בית המשפט העליון הישראלי עמוס במידה חריגה ביחס למקביליו בעולם, מספר התיקים הנדונים בפניו עדיין בטל בשישים לעומת כמויות התיקים שבערכאות הנמוכות, הצוות המסייע לשופטיו גדול ומוכשר יותר, ובהתאם לכך החלטותיו ארוכות יותר, מנומקות היטב ומספקות עושר עיוני ורעיוני שקשה למוצאו ברבות מההחלטות של ערכאות הדיון. יחד עם זאת יש לזכור שהמודל הביזורי אינו מבטל את תפקידו של בית המשפט העליון בתחום החוקתי, אלא פשוט דוחה אותו לסופו של תהליך ערעורי המתחיל, ככל תיק אחר, בליטיגציה רגילה. לצד זאת, האיכות ה"ארצית" של ההחלטות של ערכאות הדיון נתפסת בראיית התאוריה הדמוקרטית של ההליך החוקתי כמאפיין שיש גם לברך עליו. הדבר הופך את הפסיקה החוקתית לחומר נגיש יותר ליחידים, לקבוצות ולארגונים המבקשים לקחת חלק פעיל בחברה האזרחית, אך לשון הפסיקה של בית המשפט העליון, אורכה ומורכבותה אינם מאפשרים להם לעשות זאת. זו כמוכן תועלת ציבורית שיש לחשבה בבחינת היעילות של המודל הביזורי.

#### 4. הגינות חלוקתית והמדינה כבעל דין

ביקורת חשובה על המודל הביזורי מציגה אותו כמעצים באופן לא הוגן את כוחה של המדינה בליטיגציות חוקתיות. הטיעון מבוסס על אופייה של המדינה כ"שחקנית חוזרת" ברבים

120 ראו למשל ע"א (מחוזי י-ם) 3350/02 היועץ המשפטי לממשלה נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 14.7.2003). באותו עניין הגיש היועץ המשפטי לממשלה ערעור לבית המשפט המחוזי על ביקורת שיפוטית שביצע משפט השלום בירושלים, בה קבע שרכיבים מרכזיים בפרק טז לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, העוסק בסדר הדין המהיר, אינם חוקתיים (ראו ת"א (שלום י-ם) 4050/01 עיריית ירושלים נ' מחמד (פורסם בנבו, החלטה מיום 16.7.2002)). ההליך המקורי בעניין זה היה סכסוך אזרחי ללא מעורבות המדינה. היועץ המשפטי לממשלה התייצב נוכח התערורת השאלה החוקתית, ומשנקבע שהתקנות אינן חוקתיות, ערער המחוזי. בית המשפט המחוזי, שקיבל את הערעור, ציין גם זאת: "לא ייפלא שבנסיונות אלה מצאנו עצמנו ניצבים בערעור בפני צדדים שלאיש מהם, פרט ליועץ המשפטי לממשלה שלא היה צד להליך המקורי והוא צורף לדיון ביוזמת בית המשפט, לא היה עניין בהחלטה". על התייצבות המדינה באופן כללי יותר ראו להלן פרק ה.4.

מההליכים בנושאים חוקתיים, מה שמאפשר לה להתנהל באופן אסטרטגי על פני סדרה ארוכה של תיקים, זאת בניגוד לבעלי הדין המבקשים את הביקורת השיפוטית, שהם בדרך כלל "שחקנים חד-פעמיים" – יחידים הטוענים לפגיעה קונקרטית בזכויותיהם בהליך בודד.<sup>121</sup> בגלל הפער המובנה הזה, המדינה בהליך הביזורי יכולה לכאורה לבחור כיצד לנהוג בכל מקרה ומקרה לאחר ההחלטה השיפוטית.

כך, אם התקבלה הטענה לביקורת שיפוטית ונקבע שהחוק בטל, המדינה יכולה לבחור לערער או שלא לערער. המדינה צפויה לערער אם היא סבורה שסיכויי ההצלחה של ערעורה גבוהים (למשל אם הטענה הייתה קלושה או אם בערכאת הערעור יושבים שופטים שמרנים יותר, וכדומה), וכך יתאפשר לה לעגן תקדים שיאשר את חוקתיות החוק. מנגד, המדינה עשויה לבחור גם שלא לערער על ההחלטה החוקתית – אם למשל היא חוששת מפני אישורה בערכאות הערעור. במצב כזה המדינה יכולה לקבל על עצמה את התוצאה ככל שהיא חלה על בעל הדין המסוים, ולהמשיך ולקיים את הפירוש החוקתי שלה (שנדחה במקרה המסוים) ביחס לכל המקרים האחרים שלא נדונו בבית המשפט. כך נהגה כמדומה המדינה בפרשת הנדלמן, וקיימות ראיות לכך שזו דרכה של המדינה גם בענפים אחרים של המשפט הציבורי, למשל בתחום ההגירה.<sup>122</sup> בדרך זו מונעת למעשה המדינה את האפשרות שביטול החוק בערכאת הדיון יהפוך לתקדים בערכאת הערעור.

אם, לעומת זאת, דחתה ערכאת הדיון את הטענה לביקורת שיפוטית וקבעה שהחוק תקף, המדינה לא תוכל לערער. הפעם בעל הדין שהפסיד בטענה החוקתית הוא שעשוי לערער. אלא שגם כאן למדינה יש יכולת למניפולציה אסטרטגית: אם היא סבורה שסיכויי הערעור של בעל הדין נמוכים, היא תטען בערעור בציפייה לניצחון ולעיגון תקדימי של הישגה מערכאת הדיון. אם, לעומת זאת, המדינה חוששת שלטענה החוקתית סיכוי טוב בערעור, בכוחה לסגת גם בשלב זה – לאחר מתן פסק הדין בערכאת הדיון – מעמדתה המקורית, להקנות לבעל הדין את הזכות שנשללה ממנו (כדין, לפי קביעתה של ערכאת הדיון) ובדרך זו לבטל את אפשרות הערעור.

לפי ניתוח זה, בשיטה הביזורית המדינה היא שתקבע תמיד אם ומתי יגיעו תיקים חוקתיים אל ערכאות הערעור ואל בית המשפט העליון. אם אכן כך, הרי שהדרך היחידה לכאורה של יחידים להביא שאלות חוקתיות עד לבית המשפט העליון הנה ניהול כמות גדולה מספיק של תיקים, עד כדי היווצרות "מסה קריטית" של החלטות חוקתיות שיגרמו בסופו של דבר למדינה לבקש אף היא הכרעה סופית-תקדימית לכאן או לכאן. אלא שניהול של תיקים מרובים אינו רלוונטי לנפגעים פרטיים (שככאלה מעוניינים רק בהליך שלהם), והוא נטל מכביד מאוד מבחינה כלכלית גם על ארגוני חברה אזרחית שמעורבים בליטיגציות רבות. אכן אין זה מפתיע שארגוני זכויות אדם משקיעים את עיקר מרצם בתחום החוקתי בעתירות ישירות לבג"ץ ולא

121 המונחים לקוחים מן המודל הקלסי של מארק גאלאנטר "מדוע 'אלה שיש להם' נוטים להצליח: הרהורים על גבולות השינוי המשפטי" מעשי משפט ד 15 (ישי מישורי מתרגם, 2011).

122 ראו יהודית קרפ "אי ציות המדינה לפסקי דין של בתי המשפט: בג"ץ ובתי המשפט לעניינים מנהליים" 19–16 (לא פורסם) (תזכיר שנשלח ליועץ המשפטי לממשלה בפברואר 2010) [.tinyurl.com/o6y7b2y](http://tinyurl.com/o6y7b2y)

בייצוג בעלי דין עם טענות חוקתיות בערכאות הדיון השונות.<sup>123</sup> בהתחשב בסיכוייה הנמוכים של טענה חוקתית בערכאות הדיון כיום, אין ספק שההשקעה בהליכים "מצטברים" אלה אינה משתלמת כלל לארגון שמשאבי ההתדיינות שלו מוגבלים, בעוד הליך אחד לבג"ץ שעלותו היחסית זניחה יכול לשנות באחת הסדר חוקתי שלם. לעומתם, המדינה כבעלת דין – שלרשותה "צבא" של פרקליטים מיומנים שעלות העסקתם אינה מותנית בכמות התיקים שהם מופקדים עליהם – נהנית מיתרונות מובהקים לגודל ומעלות שולית נמוכה ביותר בניהול כל הליך והליך. מכאן שגם הצורך לנהל הליכים רבים הופך את השיטה הביזורית לשיטה מוטה נגד עותרים "קטנים" ולטובת משיבים "גדולים".

יש להבהיר בראש ובראשונה את גבולותיו של הטיעון הזה: הוא רלוונטי רק לאותם מקרים שבהם הטענה החוקתית מועלית בהליך שהמדינה צד לו. היות שבערכאות הדיון רבות מהטענות החוקתיות מועלות בתקיפה עקיפה, הדבר יכול להתרחש גם בהליכים אזרחיים בין צדדים פרטיים, כאשר אחד מהם טוען לאי-חוקתיות של החוק שבשמו טוען בעל הדין שכנגד. במקרים אלה המדינה נמצאת ברקע הסכסוך כיוצרת הנורמה השנויה במחלוקת, אך היא אינה צד מובנה בהליך, ולכן אין לה שליטה על בחירת התיקים שיטפסו במעלות הערעור. זה היה המצב, בין היתר, בעניין בנק המזרחי, שהיה בבסיסו סכסוך חוזי בין נושים בנקאיים ולווים פרטיים (שנהנו מחוק מיטיב). במצבים כאלה, שני הצדדים הם באופן טיפוסי שחקנים חד-פעמיים שלגורל ההליך המסוים יש משמעות עבורם, ולכן קיים בהם חשש קטן יותר מהטיה חלוקתית טבועה של ההליך לטובת הצד המגן על חוקתיות החוק.

יחד עם זאת, הביקורת החלוקתית עדיין רלוונטית בנסיבות רבות, ולמודל הביזורי אין מענה מלא עבורה. בניגוד לביקורות הקודמות שנדונו, זו גם ביקורת שנוגעת במיוחד לתחום החוקתי, שכן תחום זה עוסק במקרים רבים בטענות להפרה מדינתית של זכויות הפרט, ולכן קיים בו תדיר פער כוחות מובנה בין הצד הטוען לביקורת שיפוטית לבין הצד המתנגד לה.

תשובה חלקית לביקורת זו עשויה לבוא מכיוון המשפט המנהלי וחובות ההגינות המוטלות על המדינה בהתנהלותה כבעלת דין: ניתן לתהות אם התנהלות אסטרטגית מן הסוג שתואר, שבבסיסה התייחסות שונה למקרים דומים, יכולה להיחשב פרקטיקה שלטונית סבירה. אף שהצעת לעיל לדחות את טיעון השוויון בכל הנוגע לתוצאות שיפוטיות שונות, לא ברור שאותה עמדה צריכה לחול על הרשות המבצעת. השונות בתוצאות השיפוטיות היא תוצאה בלתי נמנעת של המבנה המבוזר של המערכת ושל עקרון העצמאות השיפוטית של היושב בדין. לעומת זאת, השונות בהקשר המנהלי נובעת מאסטרטגיה תועלתנית מכוונת של הרשות, אשר קובעת את יחסה לאנשים השונים לפי התוצאה המקרית במשפטם. ניתן לכאורה לתבוע מן המדינה לאמץ כלל אחיד, למשל שנסיגה מעמדתה ביחס לאדם מסוים מחייבת עדכון העמדה המערכתית גם ביחס לכל יתר האנשים הנמצאים במצבו.

אכיפתה של חובת השוויון על המדינה כמתדיינת סדרתית אולי תפתור את אתגר המשפט המנהלי, אך לא תועיל בהבטחת ריבוי של התדייניות חוזרות על שאלות דומות טרם הכרעה ציבורית בשאלה החוקתית. נראה אפוא שתשובה מספקת לבעיה החלוקתית המתעוררת במודל

123 ראו לעיל ה"ש 54.

הביזורי מחייבת מידה של חדשנות מוסדית: עלינו לנטרל את חוסר השוויון בין הצדדים במשאבי ההתדיינות תוך שמירת היתרונות הדמוקרטיים של המודל הביזורי. כך למשל ניתן לחשוב על חקיקה שתחייב את המדינה לערער אם "צברה" מספר נקוב של הפסדים בשאלה חוקתית מסוימת, ובדרך זו לוודא שהאפשרות להפיכת הביקורת השיפוטית להלכה מחייבת לא נחסמת בשורות המנהל. אנלוגיה מועילה בהקשר זה יכולה להילקח מדיני העונשין, שם הטלת עונש מוות מובילה לערעור אוטומטי, ללא קשר לרצונו של הנדון.<sup>124</sup> ביקורת שיפוטית היא כעין "עונש מוות" לדבר חקיקה, ורצוי שגם היא תחברר בערכאה נוספת, אך לא לפני שעברה את שלב הדין.

חידוש מוסדי אחר שיועיל לאיזון הפערים החלוקתיים בין הצדדים יכול להיות הקמתה של קרן ציבורית לתמיכה בליטיגציות חוקתיות בערכאות הדין – במודל מקביל אולי לקרן למימון תובענות ייצוגיות.<sup>125</sup> הסדר כזה ימתן את פער הכוחות בין המדינה ובין טועני הטענות החוקתיות. בה בעת, מנגנון כזה יסייע גם במיתון אי-השוויון בין שני סוגים של בעלי דין המעוררים טענות חוקתיות במסלול הביזורי: בעלי דין מבוססים, שהעלות של ליטיגציה ממושכת בכמה ערכאות לא תרתיע אותם מקידום הטענה החוקתית (דוגמת הבנקים בפרשת בנק המזרחי), ובעלי דין חלשים, שהגישה הזולה לבג"ץ אפשרה להם להיות שחקנים חשובים בזירה החוקתית, ושהעלות של ניהול הליך ממושך ורב-שלבים עשויה להיות מרתיעה עבורם. מאמר זה אינו המקום המתאים לפיתוח מפורט של חלופות מוסדיות אלה. חשיבותן כאן בהדגמת האפשרות העקרונית לתת מענה גם להשלכות החלוקתיות של הביקורת השיפוטית הביזורית.

## 5. פגיעה בלגיטימציה של הביקורת השיפוטית

האם אימוץ מלא של המודל הביזורי לא יפגע בלגיטימציה של מוסד הביקורת השיפוטית, שמעמדו במשטר החוקתי הישראלי עדיין שנוי במחלוקת? ביקורת זו אינה כופרת בהכרח בטיעון הדמוקרטי בזכות הביקורת השיפוטית הביזורית, אך היא חוששת שיישומו לישראל אינו מתאים, לפחות לא בעת הזו.<sup>126</sup> החשש הוא שהרחבת תפקידן של ערכאות הדין בתחום החוקתי תיתפס בשיח הציבורי והפוליטי כהעמקה של האקטיביזם השיפוטי וכחיזוק נוסף של כוחה של הרשות השופטת על חשבון הרשות המחוקקת, ושיהיה בכך כדי להעצים את הביקורות והמתקפות הפוליטיות נגד מעורבות שיפוטית כלשהי בפיקוח על חקיקת הכנסת, אולי עד כדי חקיקה חוקתית נוגדת. לפי קו מחשבה זה, שכרם של התומכים בקידום הביקורת השיפוטית החוקתית בישראל יצא בהפסדם, ומוטב לכן להסתפק במודל הריכוזי שהמערכת כבר התרגלה אליו, בכחינת "second best".

124 ס' 202 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

125 ראו ס' 27 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

126 כזכור זו הייתה למשל עמדתו של אהרן ברק, לפחות כפי שבאה לביטוי במאמרו בנושא המודלים השונים של הביקורת השיפוטית. ראו ברק "ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 60, בעמ' 21-22.



זו ביקורת בעלת משקל (כמובן, רק עבור מי שתומך בשימור משטר חוקתי מן הסוג שפותח בישראל מאז המהפכה החוקתית). עם זאת יש להבחין שהיא עוסקת בעיקר בשאלת ה"מתי", ופחות בשאלת ה"אם". במילים אחרות, גם לגישתם של אלו המציגים אותה, השאיפה היא להגיע למשטר ביזורי, והמודל הריכוזי-בעיקרו הקיים כיום בישראל הוא פתרון ביניים שנועד להכשיר את הלבבות ולהרגיל את הקהילות המקצועיות, הפוליטיות והתרבותיות טרם נורמליזציה מלאה של הביקורת השיפוטית כמשימה רגילה של כל שופטי המערכת. אם זה כך, הרי שעלינו לשקול מנגנון של הטמעה הדרגתית של רכיבים ביזוריים בשיטה החוקתית, כך שלאורך זמן יעבור המשקל היחסי של הליטיגציה החוקתית לאטו מבית המשפט העליון לערכאות הדיון – המסלול ההפוך בדיוק מזה שאנו רואים כיום.<sup>127</sup> אני עוסק באפשרויות הדרגתיות כאלה בפרק הבא.<sup>128</sup> נוסף על כך אבקש להציג שני טיעוני נגד לביקורת שעניינה פגיעה בלגיטימציה של הביקורת השיפוטית – האחד עוסק בנכונות ההנחות שעליהן היא מבוססת, השני תוקף את העמדה האידאולוגית שהיא לכאורה משקפת.

ראשית, אף שפוליטיקאים ניצלו בעבר מקרים של ביקורת שיפוטית ביזורית כדי לתקוף את המהפכה החוקתית כולה, הרי לאורך זמן לא ברור שביקורת שיפוטית בערכאות הדיון, שהיקף תחולתה מוגבל ושהנראות הפומבית שלה נמוכה מהחלטה חוקתית של בית המשפט העליון, אמנם תגרור את אותו קצף שיוצרות פסיקותיו הגורפות והתקדימיות של בית המשפט העליון, בין כשהוא מבטל חוק ובין כשהוא מקיימו. כפי שציינתי, האפקט האנטי-רובני של ביקורת שיפוטית בערכאה נמוכה מצומצם מזה של פעולה מקבילה של בית המשפט העליון, ובמובן זה אין זה רציונלי "לכעוס" על הראשונה יותר מאשר על השנייה. יתר על כן, כאמור המודל הביזורי המוצג במאמר זה רואה כיעדו "חילון" של הליטיגציה החוקתית, כך שהיא תהפוך נגישה וזמינה לקהלים רבים יותר בהקשרים מגוונים יותר של סכסוכים משפטיים. אם אמנם תתממש תכלית זו, אירועים של ביקורת שיפוטית ביזורית יהפכו ממילא לתופעות נורמליות, ללא הדרמטיות הנלווית לכל פסיקה חוקתית עקרונית של בית המשפט העליון. גם בכך יהיה כדי למתן את אתגרי הלגיטימציה שהביקורת השיפוטית החוקתית מעוררת.

שנית, ברמה האידאולוגית, כפי שצוין לעיל טיעונים מן הסוג של "לא בעת הזו" או "העם אינו מוכן" עשויים להתפס כמשקפים נטייה חוקתית אליטיסטית. עולה מהם שטוב שיעיזוב המשטר החוקתי של מדינה ופיתוחו יופקדו בידי מומחים לעניין, שלהם יישוב הדעת ואורך הרוח להכריע הכרעות מושכלות, ולא יינתן ל"המון", שאין לסמוך על שיקול דעתו ועל יכולתו להתחשב בערכי עומק ובזכויות מיעוטים.<sup>129</sup> אמת, הטיעון בדבר פגיעה בלגיטימציה של הביקורת השיפוטית אינו טוען זאת באופן ישיר, אך דומני שהוא לא רחוק משם. טיעון זה אינו סומך למשל על הציבור שיבין שביקורת שיפוטית ביזורית היא אנטי-רובנית פחות מהחלופה הריכוזית. הוא גם אינו מקבל את האפשרות שאם הקהילה הפוליטית הישראלית אינה מעוניינת

127 למשל ניכרת כיום העדפה של שופטים בערכאות הדיון שלא לדון בשאלות חוקתיות העומדות במקביל להכרעה בפני בג"ץ. ראו למשל פ"ה (אזורי י-ם) 40061-04-14 הליץ נ' נציבות שרות המדינה (פורסם בנבו, 29.5.2014); עת"מ (מינהליים ב"ש) 10025-05-14 אחמד נ' מדינת ישראל – משרד הפנים (פורסם בנבו, 6.7.2014).

128 ראו להלן פרק ה.1.

129 לטיעון דומה ראו Kramer, לעיל ה"ש 87, בעמ' 1001–1006.

במשטר חוקתי הכולל ביקורת שיפוטית (ולו מן המודל שפותח במסורת בנק המזרחי), היא זכאית לבחור לעצמה מסלול אחר; החשש שאמנם תעשה זאת אינו מצדיק בחירה במודל ביקורת שיפוטית, הנופל בפוּטנציאל הדמוקרטי שלו מחלופה זמינה אחרת.

## 6. מדוע בג"ץ אינו הפתרון?

לבסוף, ניתן לתהות אם המאפיינים המוסדיים הייחודיים של בית המשפט העליון הישראלי בשבתו כבית משפט גבוה לצדק אינם יכולים לספק את מרבית התנאים שהתאוריה הדמוקרטית של ההליך החוקתי מבקשת למצוא בערכאות הדיון. אמת, בג"ץ הוא כעין ערכאת דיון חריגה – ערכאה ראשונה שאליה מגיעים במישרין ובעלות נמוכה יחסית אלפי עותרים בשנה, וכל אחת מאלפי העתירות הללו מסתיימת בפסק דין מנומק. בג"ץ מקיים אפוא את תנאי הריבוי, שהנו מאפיין מרכזי של המודל הביזורי. הגישה הזולה והזמינה אליו וסדרי הדין הרכים המופעלים בדינו מאפשרים קיומה של דינמיקה התדיינותית ערה יחסית, לא אחת בהשתתפות אזרחים "מן השורה" הטוענים לעצמם (לצד פרקליטיהם או ללא תיווך מקצועי כלל) ומגיעים מכל שדרות החברה. בג"ץ גם יושב ככלל בהרכבי שלושה שאינם כובלים זה את זה בהחלטותיהם.<sup>130</sup> נתון זה עשוי לאפשר – בבית משפט המונה 15 שופטים, ואשר כולל גם אפשרות לדיון נוסף – גיוון תוצאתי אפילו בין ההרכבים השונים לבין עצמם, במידה שתאפשר אולי תהליכים של נסיינות וביקורת. הייתכן שבמדינה קטנה יחסית כמו ישראל די בבג"ץ כדי לספק את דרישותיה של חוקתיות דמוקרטית, ואין צורך לשאת בעלויות השונות הכרוכות בהפעלת שיטה ביזורית?

אין לפסול את האפשרות שהתפתחות מאפייני ההתדיינות בבג"ץ לאורך השנים – צמצום חסמי הגישה, העלייה בשיעור העתירות, הגדלת מספר השופטים – יוצרת פוטנציאל לדינמיקה דמוקרטית בהליכים החוקתיים שבבית המשפט העליון. אלא שבפועל זו אינה נטייתו של בית המשפט. אף שבית המשפט העליון פורמלית אינו מחויב בתקדימיו, התרבות המוסדית שהתפתחה בו מאז קום המדינה משקפת נטייה חזקה לציות לתקדימים קיימים ורתיעה מפני סטייה מן השורה,<sup>131</sup> כך שריבוי הרכבי-שלושה בדרך כלל אינו מייצר ריבוי של קולות שיפוטיים. חשוב מכך, בעשורים האחרונים, שבהם החל בית המשפט לעסוק באינטנסיוּת בסוגיות חוקתיות, גברה במידה משמעותית העדפתו להתכנס במותבים מורחבים. מגמה זו מופיעה בהקשרים מגוונים, והיא נפוצה במיוחד בעתירות שמצליחות להצביע על קושי חוקתי רציני.<sup>132</sup> הטעם לכך מובן, והוא מבטא את ההיגיון הריכוזי הדומיננטי של השיטה הקיימת: ביטול חוק נתפס כמעשה חריג ביותר, ה"מגרד" את גבולות הלגיטימיות של בית המשפט, ולפיכך רצוי שתיתן לו גושפנקה רחבה ככל הניתן. לגישה זו הצטרפה נטייתו של בית המשפט

130 ס' 20(ב) סיפא לחוק-יסוד: השפיטה.

131 ראו יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון: הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161 (2001).

132 ראו גיא זיידמן "מותבים מורחבים בבית המשפט העליון הישראלי" מאזני משפט ג 155, 167 – 175 (2004); יצחק הרצוג "על קביעת הרכבים בפרשנות חוקי היסוד" קרית המשפט ט 203 (תשע"א); אריאל בנדור וזאב סגל עושה הכובעים: דין ודברים עם אהרן ברק 49–51 (2009).

העליון, לפחות בתקופת נשיאותו של אהרן ברק, לשאוף לפסקי דין בהסכמה רחבה, כך שחילוקי דעות בין השופטים יטושטשו ואמון הציבור בהחלטה יגדל.<sup>133</sup> יוצא שבתחום החוקתי לפחות אימץ בג"ץ מאפיינים של ערכאה ריכוזית טיפוסית, ודווקא הפוטנציאל הדמוקרטי שמייחד את סדרי הדין שלו אינו בא לידי ביטוי. כפי שראינו, זה גם האופן שבו מדומיין תפקידו בחזונות החוקתיים השונים שהוצעו לישראל.

יתר על כן, אף שבג"ץ הוא בעל מאפיינים מוסדיים ייחודיים שעשויים לדמותו למערכת דינונית מבוזרת, עדיין אין הוא מתאפיין במלוא המאפיינים המייחדים את ההליך בפני ערכאות הדין. בג"ץ אמנם מעדיף לדון בעתירות חוקתיות קונקרטיות,<sup>134</sup> אך גם כשהוא עושה זאת לא מתקיימים בו הליכים רגילים של גביית ראיות וחקירת עדים. הדבר מטשטש את האופי הנסיבתי של הדיון המשפטי שהוא עורך, ואכן הורגלנו לקרוא בפסקי הדין שלו פרקים נפרדים של "מסגרת נורמטיבית" ושל "יישום לעובדות המקרה". בג"ץ עוסק בקביעת תקדימים, ולכן נדרש בהכרח לחשוב גם במונחים כלליים ומופשטים כשהוא פוסק בשאלות חוקתיות. ההליך בערכאת הדין מעוגן הרבה יותר בעובדות המקרה, הן משום שהאופן שבו מוצגות בפניה הטענות המשפטיות מושפע מנתוני ההליך (כולל מקום ההתדיינות וזהותם של הפרקליטים המייצגים את בעלי הדין המגוונים), והן משום שתוצאת ההליך חלה בראש ובראשונה על הצדדים עצמם. ההקשריות המאפיינת את השפיטה בערכאות הדין, ועלות הטעות הנמוכה הטבועה בהחלטותיהן, מאפשרות להן להיות יצירתיות ונסייניות יותר מאשר בית המשפט העליון, אפילו הוא יושב בהרכב מצומצם.

## ה. ביקורת שיפוטית ביזורית: היבטים יישומיים

אם עלה בידי לשכנע בחיוניות העצמתה של הביקורת השיפוטית הביזורית לשיטה החוקתית הישראלית, הרי שהדבר מעורר שורה של שאלות מעשיות באשר לאופן הפעלתה בתנאים הקיימים. בפרק זה אני מבקש להתייחס לכמה מההיבטים היישומיים שהביקורת השיפוטית הביזורית מעוררת, בתקווה שיהיה בכך כדי לסייע בהפעלתה למעשה, ולא רק להלכה.

### 1. איך להשיג את המטרה?

כזכור, שיטת הביקורת השיפוטית הישראלית כוללת להלכה את היסוד הביזורי. הקושי נובע מכך שהשחקנים השונים המעורבים בהליך החוקתי – בעיקר שופטי ערכאות הדין ובעלי הדין והמייצגים אותם – התרגלו לדומיננטיות של המשטר החלופי, הריכוזי, והם אינם מממשים את האפשרות הביזורית, בין שהם סוברים שהיא אינה זמינה להם למעשה ובין שהם נרתעים מהפעלתה. האתגר הראשוני הוא אפוא לשנות את התפיסות הקיימות ולעודד את השימוש

133 ראו שם. בפועל, הרוב המכריע של פסקי הדין החוקתיים של בית המשפט העליון – בין אלה שדוחים עתירות לביקורת שיפוטית ובין אלה שמקבלים אותן – ניתנים פה אחד. דעות מיעוט הן מחזה נדיר, ומחלוקות המפלגות את בית המשפט באופן ממשי הן חריגות עוד יותר. ראו אהרונסון, לעיל ה"ש 117, ה"ש 126–128 והטקסט לידן.

134 ראו בג"ץ בוגרי התיכון, לעיל ה"ש 28.

במסלול הביזורי. ניתן להשיג מטרה זו בכמה דרכים, המשקפות רמות שונות של אקטיביזם חוקתי.

### ביטול הביקורת השיפוטית הריכוזית

המהלך הקיצוני ביותר הוא כמובן ביטול היסוד הריכוזי במערכת החוקתית הישראלית, כלומר שלילת סמכותו של בג"ץ – בג"ץ בלבד – לבצע ביקורת שיפוטית חוקתית, והותרת הסמכות הקיימת למסלול הביזורי, המתחיל בערכאות הדיון ומסתיים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לערעורים. מהלך כזה חייב להתבצע בתיקון חוק-יסוד: השפיטה, שהוא הקובע את סמכות בית המשפט העליון.<sup>135</sup> הוא יכול לחול על כל תחומי הביקורת השיפוטית או רק על סוגים מסוימים של עניינים שהכנסת תראה לנכון להעבירם למסלול הביזורי, בדומה למהלך שנעשה עם הקמת בתי המשפט לעניינים מנהליים. אין בכך קושי פורמלי של ממש, שכן חוק היסוד אינו משוריין מפני שינוי כך שהליך חקיקה רגיל יכול להביא לשינויו.

ואולם, מובן שזה אינו תרחיש סביר, והוא כנראה גם אינו רצוי. ביום שבו תכנס הכנסת לצמצם את סמכות הביקורת השיפוטית, ספק אם היא תעשה זאת רק כדי להעביר כוח מבית המשפט העליון לערכאות הדיון. יתרה מכך, בהתחשב בהתלבטות הקיימת בערכאות הדיון ביחס לסמכותן לבצע ביקורת שיפוטית גם כיום, ניתן לצפות שתיוקן חקיקתי שישלול את הסמכות מבג"ץ יתפרש כמסר חמור עוד יותר נגד השימוש בה בערכאות הנמוכות. אמנם הכנסת יכולה, כחלק מאותו מהלך, לאמץ במפורש את המודל הביזורי ולציין בחקיקה את הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית בערכאות הדיון ובמסלול הערעור, אך גם אפשרות זו אינה נראית סבירה בתנאים הפוליטיים הקיימים – וכאמור אף טיוטה חוקתית שעסקה בנושאים אלה לא פנתה לכיוון הזה.

### פיתוח דוקטרינת סף בבג"ץ

החלופה הסבירה והמעשית יותר היא שבית המשפט העליון ייקח על עצמו את המשימה של העצמת ערכאות הדיון בתחום החוקתי. כפי שראינו, מכל הגורמים המעורבים בעניין, בג"ץ הוא אולי המוסד העקבי ביותר בהכרתו ביסוד הביזורי בשיטתנו. באמצעות עילת הסף בדבר קיומו של סעד חלופי בוחר בג"ץ מעת לעת שלא לדון בעתירה ישירה ותחת זאת לשלוח את העותרים להעלאת הטענה במסלול הביזורי. אלא שעדיין קשה לחלץ דוקטרינה בהירה מהמקרים השונים שבהם בחר בית המשפט העליון לעשות זאת. לעתים הרושם הוא שמדובר בטענה פעוטה או לא מבוססת מבחינה משפטית (כמו בפרשות הנדלמן, לקסר או בן עטר),<sup>136</sup> ואולי בטענה שבית המשפט צופה שתתייתר עד להתבררותה בהליך הביזורי (כמו בפרשות

135 ראו בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז"ד (1) 250 (2003).  
136 לעיל ה"ש 28.

לובל או עביד).<sup>137</sup> ברוב המקרים, עם זאת, דן בית המשפט העליון בטענה ומכריע בה לגופה, בין שהיא חשובה או מבוססת ובין שהיא שטחית או שולית. אם יאמץ בית המשפט את הטיעון בזכות הביקורת השיפוטית, יהיה עליו לפתח דוקטרינת סף מפורטת ובהירה, שתסווג עתירות לפי קריטריון אשר יגדיר אילו מתאימות לבירור מידי בפני הערכאה הגבוהה ואילו מתאימות לטיפול במסלול הביזורי, לפי היתרון היחסי של כל אחת מהחלופות. מתבקש כאן למשל מבחן של דחיפות: עתירה חוקתית המעוררת בעיה בהירה ומיידית מצדיקה בירור דחוף בבג"ץ, בעוד עתירה חוקתית שמעוררת שאלת רוחב שביטוריה יכול ליהנות מתהליך ממוסד של עיון, דיון, ניסוי וטעייה ראויה להישלח למסלול הביזורי.<sup>138</sup> מבחן אפשרי אחר יתבסס על מידת הקונקרטיות של הטענה החוקתית. אחד היתרונות של ערכאות הדיון הוא ביכולתן לגבש תשתית עובדתית עשירה שממנה ילמדו על אופן פעולתה של הנורמה החוקתית ב"שטח". הדבר מצדיק הפניה אליהן של עתירות שטוענות לפגיעה קונקרטית בעלת היבטים מוחשיים בזכות או בהסדר חוקתי. תחת מבחן זה ידון בג"ץ בעצמו בעתירות המופשטות יותר – אלה שמוגשות למשל סמוך למעשה החקיקה או שמעוררות טיעון משפטי טהור שאינו מבוסס על עובדות מוחשיות. ניתן למשל להשוות במונחים אלה שניים מפסקי הדין החוקתיים הבולטים של הנשיאה ביניש: ביטול "חוק טל"<sup>139</sup> וביטול ההפרטה של סמכות המאסר.<sup>140</sup> במקרה של חוק טל, פסק הדין התבסס על עיון מדוקדק בתוצאות המאמצים לגייס תלמידי ישיבות ולשלבם בשוק העבודה. ניתן לטעון שאת התשתית העובדתית המורכבת הזו ראוי היה לגבש בהליך אדברסרי קלסי, שבו יוצגו ראיות ותינתן הזדמנות לחקור את העדים על תצהיריהם. זהו הליך שיכול היה להתנהל בערכאות הדיון, אך אין לו מקום בבג"ץ. במקרה של בית הסוהר, לעומת זאת, העתירה הוכרעה על יסוד טענות מופשטות לגמרי, מבלי שהוצגה ומבלי שנדרשה כל תשתית עובדתית מוחשית; אכן, בית הסוהר המופרט עוד לא אוכלס כאשר ניתן פסק הדין שאסר על הפעלתו. דעת המיעוט באותו עניין, של השופט לוי, סברה שניתן יהיה להכריע בעתירה רק לאחר התגבשותה של תמונה עובדתית-תוצאתית על ההשלכות בפועל של הפרטת המאסר. סוג כזה של בירור, אילו נדרש, היה מתאים לערכאות הדיון.

יצוין שעילת הסף של בשלות העתירה, שהופעלה לאחרונה בכמה פסקי דין כדי למנוע דיון מוקדם מדי בעתירות חוקתיות,<sup>141</sup> פועלת פעולה דומה, אלא שבמקום להזמין את העותרים

137 ש.ם.

138 ראו גיא זיידמן והלל סומר "בית-המשפט העליון וההתנתקות" משפט וממשל ט 579, 606–607 (2006) (ניתוח החלטת בית המשפט העליון בעתירות החוקתיות נגד הסדרי הפיצויים בחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005, שלא לדחות על הסף את הטענות מן הטעם שניתן לעוררן במסגרת ועדות הזכאות שהוקמו לפי החוק. לדעת הכותבים, ההסבר הטוב ביותר להחלטת בית המשפט הוא לוח הזמנים הקצר שנקבע לפינוי; ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 581–582 (2005)).

139 בג"ץ רסלר, לעיל ה"ש 53.

140 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009).

141 ראו לעיל ה"ש 55.

לשוב לבג"ץ בהמשך הדרך, ראוי להפנותם לפי המודל הנוכחי להתדיינות בערכאות הנמוכות.<sup>142</sup>

קריטריון נוסף, מורכב יותר להפעלה, יכול להיות הרגישות הפוליטית או החברתית של הסוגיה. אף שהנטייה הרגילה היא לחשוב שראוי לסוגיות רגישות להתברר במוסד הבכיר והמכובד ביותר,<sup>143</sup> הטיעון שבמרכז מאמר זה מוביל דווקא לכיוון ההפוך: סוגיות שמבטאות מחלוקת מהותית בציבור הישראלי מצדיקות מתן הזדמנות להתדיינות נמשכת ב"עצימות נמוכה", ולא הכרעה חדה וסופית לצד זה או אחר, שסיכון הטעות שלה יכול להיות גורלי ממש. אחת האינדיקציות האפשריות למורכבות חריגה של הסוגיה היא מחלוקת בין שופטי העליון עצמם ביחס להיבטים הערכיים של טענה חוקתית כלשהי. ראו למשל את שתי העתירות בנושא "איחוד משפחות",<sup>144</sup> שהוכרעו בבג"ץ באופן חריג על חודו של קול (חמישה מול שישה). אפשר לראות עתירות אלה, אשר נגעו לסוגיה רגישה ביותר בציבור הישראלי, כמצדיקות הפניה לליבון אטי ומתמשך יותר בערכאות הדיון, במקום ההכרעה הסופית שנעשתה ישירות בבית המשפט העליון.

תועלתה של דוקטרינת סף בהירה בעניין זה, שתציג מבחנים ידועים ותיישם באופן עקבי, היא כפולה. ראשית, היא תשדר מסר לבעלי הדין היכן כדאי להם להציג את הטענה החוקתית הרלוונטית, ותחסוך בכך עלויות של הליכים מיותרים בפורום הלא נכון. שנית, וחשוב יותר, היא תספק לגיטימציה לערכאות הדיון לבצע ביקורת שיפוטית בתחומים המתאימים להן – לגיטימציה שבבירור חסרה כיום בתודעתם של רבים משופטי הערכאות הללו. לאורך זמן יכול בית המשפט העליון לבדוק את הצלחת הקטגוריות שיתווה ולעדכן את הדוקטרינה. במצב האופטימלי יתנהל תהליך מצטבר, שבו יתווספו מעת לעת תחומים חדשים למסלול הביקורת השיפוטית הביזורית, ותפקידו של בג"ץ יצומצם רק לעניינים חוקתיים שיש הצדקה מיוחדת וחריגה להכריע בהם באופן מידי וגורף.

#### "אקטיביזם דיפרנציאלי"

דרך משפטית נוספת להרחבת תחומיה של הביקורת השיפוטית הביזורית הנה בעדכון התפיסות הקיימות בדבר היקף ההתערבות הרצוי של ערכאות הדיון בסוגיות של תוקף חוקתי; במילים אחרות – במידת ה"אקטיביזם השיפוטי" שראוי שינקטו. כיום, כאשר ערכאות הדיון נתקלות בטענה חוקתית, הן נוטות ליישם את כללי ההתערבות שפיתח בית המשפט העליון עבור עצמו, ובראשם זהירות מוקפדת בהפעלת סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית. לאמתו של דבר, כפי שכבר צוין, נראה ששופטי ערכאות הדיון סבורים שעליהם להיות זהירים אף יותר מבית המשפט העליון בהפעלתה של הסמכות.<sup>145</sup> זה אינו ממצא מפתיע בהתחשב במה שאפיינתי

142 זו בקירוב טענתו של פוליאק, לעיל ה"ש 55.

143 ראו למשל COMELLA, לעיל ה"ש 8, בעמ' 120, המציע להפקיד בידי הפורום הריכוזי שאלות חוקתיות מורכבות וחדשות, ולהותיר למסלול הביזורי נושאים חוקתיים שכבר זכו לפירוש מנחה על ידי בית המשפט העליון.

144 בג"ץ עדאלה נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 53; בג"ץ גלאון, לעיל ה"ש 53.

145 ראו לעיל ה"ש 35 והטקסט לידה.

לעיל כנורמה מוסדית ופוליטית מושרשת נגד ביקורת שיפוטית ביזורית בישראל. עם זאת זהו ממצא שראוי לתהות בנוגע אליו כעניין שבמדיניות, משום שהעלות הדמוקרטית שבביקורת שיפוטית בערכאות דיון נמוכה מזו שבביקורת שיפוטית בערכאות הגבוהות. ניתן אפוא לנסח – ובית המשפט העליון יכול לפתח – דוקטרינה "דיפרנציאלית" של אקטיביזם שיפוטי, שתתיר לערכאות הדיון קצת יותר חירות בתחום הביקורת השיפוטית מאשר זו המותרת לו עצמו.<sup>146</sup> אף שזו נשמעת עמדה לא-אינטואיטיבית, הרי כמונחים של סיכון הטעות, עלות הטעות ופגיעה ברובניות הדמוקרטית – היא דווקא הגיונית. המשמעות המוסדית של גישה כזו תהיה עלייה בתדירות הביקורת השיפוטית החוקתית בערכאות הדיון, אך תוך הכרה בכך שרבות מן ההחלטות הללו תתבטלנה בערעור (בגלל הריסון העצמי המוגבר שיפעל בערכאות הגבוהות). מנקודת המבט של הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית זו תוצאה שאינה מעוררת קושי.

### גיבוש אתוס מקצועי

אפשרות אחרת לעידוד הפנייה למסלול הביזורי אינה מתבססת על שינוי המשפט, אלא על שינוי בתרבות מוסדית. מנקודת המבט של השפיטה, ניתן לנקוט אמצעים "רכים" כדי לעודד את השופטים בערכאות הדיון שלא לחשוש מהפעלת סמכותם החוקתית. הימנעות מאמירות ביקורתיות מן הסוג שהופיע בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בערעור בעניין הנדלמן היא דוגמה לכך.<sup>147</sup> ניתן אף לתגמל שופטים שמכירים בחשיבותם לפיתוח השיח החוקתי – למשל בהליכי הקידום. זהו מסר חשוב, מפני שסביר לצפות משופט רציונלי, החרד למעמדו ולקידומו, שישאף לא להצטייר כ"עושה צרות" הנכון לבטל חקיקה. אם יונחל לשופטים שביקורת שיפוטית בערכאות הדיון אינה "צרה" אלא תופעה רצויה דווקא (כמובן ככל שהיא מנומקת ועומדת ביתר תנאי ההגיונות הדיונית), הרי שמערך התמריצים הפועל עליהם עשוי להשתנות.

מנקודת המבט של הפרופסיה המשפטית, ראוי לתמרץ עורכי דין לקדם את המישור הביזורי. אמנם העלות של הכללת טענה חוקתית בטיעונים בהליך אזרחי או פלילי אינה גבוהה, ואכן בעלי דין מרבים לעשות זאת, לעתים לתפארת המליצה. עם זאת האתגר הוא לרתום למערכה את עורכי הדין ה"רציניים" ואת הארגונים העוסקים בייצוג משפטי אשר פיתחו מומחיות בניהול עתירות חוקתיות בכג"ץ. זה אתגר של ממש, מפני שהמסלול הריכוזי זול יותר ויש בו הסתברות לדיכוי מהיר ונכבד מבחינת עוצמת ההישג המשפטי והמוניטין הנלווה אליו. עבור עורך הדין, בחירה בנתיב הביזורי משמעה ניהול סדרה יקרה של מאבקים שההישג

146 השו"ר Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions*, 101 MICH. L. REV. 885, 928–931 (2003) (בחינת האפשרות שלרשויות רגולטוריות תינתן חירות פרשנית גדולה יותר של חקיקה מסמיכה מזו שתותר לבתי המשפט המבקרים את פעולותיהן).

147 ראו ע"פ הנדלמן, לעיל ה"ש 44. לדוגמה נוספת ראו ע"א עיריית ירושלים, לעיל ה"ש 120 (קבלת ערעור על החלטה חוקתית של בית משפט השלום בירושלים (השופט מיכל אגמון-גונן) שביטלה הוראות רבות בפרק סדר הדין מהיר בתקנות סדר הדין האזרחי. פסק הדין של בית המשפט המחוזי נפתח בגערה לבית משפט השלום על שערור את השאלה החוקתית מיוזמתו).

בהם הוא, במקרה הטוב, תוצאה מצטברת לאורך זמן. אם הקהילה המשפטית תתגמל במעמד וביוקרה דווקא את הבוחרים בדרך זו, ייתכן שיהיה בכך כדי לאזן במשהו את עלויותיה.

## 2. תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה

אני מבקש כאן לחזור לנקודה שנרמזה בראשית המאמר. מקובל להניח, גם בפסיקת בית המשפט העליון, שביקורת שיפוטית ביזורית מתאפיינת בתקיפה עקיפה של חקיקה, בעוד הביקורת השיפוטית הריכוזית עניינה תקיפה ישירה.<sup>148</sup> במקרה של בג"ץ זהו אפיון שהוא נכון בדרך כלל; ההליכים הנדונים בו הם בהגדרה עתירות של פרט נגד המעשה השלטוני, ובהקשר החוקתי מדובר בטענה לבטלותו של חוק. בהקשר הביזורי, לעומת זאת, התמונה מורכבת יותר, וככל שהשיטה הישראלית תיטה – כפי שממליץ המאמר – לכיוון הביזורי, הרי שהיא תידרש להנחות באופן ברור את ערכאות הדיון בנוגע לסוגי ההליכים שבכוחן לנהל בתחום החוקתי.

### תקיפה עקיפה הגנתית

מובן שההליך הטבעי להבאת טענה חוקתית בפני ערכאה נמוכה הנו בתקיפה עקיפה. הפרט נתבע בדין, בין שבהליך פלילי ובין שבהליך אזרחי, לקיים חובה כלשהי או לספוג סנקציה כלשהי; להגנתו הוא טוען שהחובה אינה חלה או שהסנקציה אינה תקפה משום שמקורה בחוק שאינו חוקתי. במסלול זה חייב בית המשפט לברר את תוקפם של הדינים שהוא מתבקש להחיל, ופעולה זו עשויה לכלול גם מסקנה שלפיה חוק כלשהו אינו מקיים את תנאי התוקף של חוק היסוד שמעליו. חשוב לציין עם זאת שאין מדובר כאן בהפעלת "סמכות נגרות".<sup>149</sup> סמכות נגרות מתירה לבית משפט להכריע בשאלה המצויה "בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר".<sup>150</sup> שאלת תוקפו של חוק אינה מצויה בסמכותו הייחודית של בג"ץ; היא חלק מסמכותו של כל בית משפט לפרש את הדין שהוא נדרש ליישם ובמסגרת זו גם לקבוע את תקפו. אחת המשמעויות המעשיות של תובנה זו הנה שביקורת שיפוטית הנעשית במסגרת ערעור בבית המשפט המחוזי היא קביעה משפטית שמהווה הלכה המנחה את בתי משפט השלום; זו אינה הכרעה "לצורך אותו עניין"<sup>151</sup> בלבד.

### תקיפה עקיפה התקפית

אפשרות התקיפה העקיפה ההגנתית בערכאות הדיון אינה חוסמת את הדרך גם לתקיפה חוקתית עקיפה המועלית על ידי יוזם ההליך, כלומר תקיפה עקיפה התקפית. אפשרות זו הוכרה זה מכבר בפסיקתו של בית המשפט העליון, וזמינותה נתפסת כ"סעד חלופי" שעשוי לשלול

148 ראו למשל מרזל, לעיל ה"ש 52, בעמ' 372; ההחלטות המאוזכרות לעיל בה"ש 28.

149 השוו לבג"ץ 6871/03, לעיל ה"ש 29.

150 ס' 76 לחוק בתי המשפט.

151 ש.ם.



גישה לבג"ץ.<sup>152</sup> במקרה כזה תוגש לבית המשפט המוסמך תביעה אזרחית או עתירה מנהלית לקבלת סעד שנשלל על יסוד החוק השנוי במחלוקת, ובמסגרת ההליך הזה יטען יוזמו גם נגד חוקתיות החוק. זה היה המקרה בפרשת בנק המזרחי: שם תבעו הנושים השונים את המשקים החקלאיים למימוש חובותיהם, ובמסגרת ההליך טענו (כתובעים) ש"חוק גל" השולל את החוב אינו תקף. תקיפה כזו אינה מעלה קושי מיוחד מבחינת התחולה הנורמטיבית שלה, שכן זו תהיה רק על הצדדים להליך, בדומה לתקיפה עקיפה הגנתית. היא גם אינה מעלה קושי אנליטי או מעשי, כי מבחינת בית המשפט הדין בטענה המצב שקול לתקיפה עקיפה הגנתית, וההבדל היחיד הוא בעל הדין המעורר את הטענה החוקתית.<sup>153</sup>

### תקיפה ישירה

אך מה באשר לתקיפה חוקתית ישירה בערכאות הדיון? האם ניתן לדמיין הליך שאינו עתירה לבג"ץ, אשר הסעד המבוקש בו הוא קביעה בדבר בטלות חקיקה ראשית? בשיטה ביזורית מלאה זה עשוי להיות הליך חיוני, משום שלא כל טענה חוקתית יכולה למצוא את דרכה לתקיפה עקיפה. למשל, פגיעות מסוג ה"אפקט המצנן" – שבהן נורמה משפטית מטילה איום בסנקציה ביחס להתנהגות המוגנת על ידי זכות חוקתית (כמו חופש הביטוי או חופש העיסוק) – אינן נדרשות להפעלת הסנקציה בפועל (מה שיובייל לליטיגציה ולתקיפה עקיפה), ולכן עלולות שלא להגיע לבית המשפט בהיעדר אפשרות של תקיפה ישירה.<sup>154</sup> לעתים עצם הספק בדבר חוקתיותה של הוראת חוק מסוימת יכול להיות כרוך בעלויות ניכרות לכפופים לה (פרטים ורשויות האכיפה כאחד), ולכן יש תועלת בתקיפה ישירה מידית, שאינה ממתנה להתעוררות הטענה בתקיפה עקיפה.

מבחינה מוסדית-דיונית, נדמה שאין מניעה עקרונית לכך. ראשית, הסמכתם של בתי המשפט המחוזיים לדון בעתירות מנהליות (וההצעה הקיימת להרחיב הסמכה זו גם לבתי משפט השלום)<sup>155</sup> מלמדת שהמערכת מכירה באופן עקרוני ביכולת ההתמודדות של ערכאות דיון עם תקיפות ישירות של פעולות מנהליות, גם אם מדרגה נורמטיבית נמוכה יחסית.<sup>156</sup> עם זאת, בהתחשב בהגדרות הסמכות הסטטוטוריות שלהם, ניכר שבתי המשפט לעניינים מנהליים

152 ראו למשל בג"ץ בוגרי התיכון, לעיל ה"ש 28, פס' 34; ובהקשר המנהלי: בג"ץ 6090/08 ברגר נ' שר המשפטים, פס' 5–6 (פורסם בנבו, 11.8.2008); בג"ץ 2172/13 כהן נ' שר המשפטים, פס' 8 (פורסם בנבו, 21.3.2013).

153 ראו ס"ע (אזורי ת"א) 54860-01-12 לנצברג נ' מדינת ישראל, פס' 19–22 (פורסם בנבו, 14.3.2013).

154 ראו למשל פס' 10–24 לעיקרי הטיעון של העותרים בבג"ץ 2072/12 קואליציית נשים לשלום נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 13.2.2014), בנושא האפקט המצנן של החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א–2011, והשפעתו על עילת הבטלות. [tinyurl.com/o3sjdto](http://tinyurl.com/o3sjdto). כן ראו פוליאק, לעיל ה"ש 55, בעמ' 72–75.

155 ראו הצעת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים (תיקון מס' 75) (בתי משפט שלום לעניינים מינהליים), התשע"ב–2011, ה"ח הממשלה 1243.

156 ראו ס' 15 סיפא לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים (שלילת הסמכות לדון בעתירות שעניינן "התקנת תקנות, לרבות ביטול תקנות, הכרזה על בטלותן או מתן צו להתקין תקנות").

לא יוכלו לשמוע עתירות חוקתיות. החלופה המעשית יותר, הזמינה מבחינה דיונית, היא הגשת המרצת פתיחה נגד המדינה בבקשה לסעד הצהרתי שעניינו בטלות החוק.<sup>157</sup> הליך מוצלח כזה יכול להוביל לתביעה אזרחית עוקבת למתן צו מניעה שיורה למדינה, שבהליכים אזרחיים היא ככל בעל דין,<sup>158</sup> להימנע מאכיפת החוק הפסול.<sup>159</sup>

כל בית משפט אשר דן בעניין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי כמו גם צו לא-תעשה;<sup>160</sup> קשה לראות מדוע עמדנו של בית המשפט העליון, שלפיה סמכות הביקורת השיפוטית של בג"ץ אינה שוללת את סמכות ערכאות הדיון בתקיפה עקיפה יזומה, לא תחול גם בתקיפה ישירה. אמת, לאור דיני הסמכות העניינית תתאפשר תקיפה ישירה כזו בדרך כלל רק בבית המשפט המחוזי, מפני שבאופן טיפוסי יהיה מדובר בסעדים שלא ניתן לשום את שוויים.<sup>161</sup> אם הדבר כך, הרי שבכל הנוגע לתקיפות ישירות הפוטנציאל הדמוקרטי של הביקורת השיפוטית הביזורית מוגבל, כי אלה אפשריות רק בששת בתי המשפט המחוזיים. המייחד את התקיפה הישירה במסלול הביזורי הוא שהסעד שניתן בה מופנה לכאורה כלפי המדינה או הרשות המנהלית באופן כללי, ולא נועד לזכות בעל דין מסוים דווקא. כאן מודל התחולה על הצדדים בלבד עשוי להתערער. אמנם מבחינת דיני התקדים ההחלטה לא תחייב ערכאות אחרות (כל עוד לא אושרה כמובן בערעור בבית המשפט העליון), אך מבחינתה של הרשות הרי היא ניצבת בפני צו בעל תחולה כללית המורה לה להימנע מפעולה מסוימת. התייחסתי לעיל להיבטי המשפט המנהלי שהביקורת השיפוטית הביזורית עשויה לעורר, ולאפשרות שבכל מקרה המדינה נדרשת לקבוע מדיניות אחידה בעקבות החלטה חוקתית של ערכאת דיון, גם בתקיפה עקיפה.<sup>162</sup> בתקיפה ישירה האתגר של הרשות גדול יותר. כמובן ביכולתה לערער, והיא מן הסתם תעשה זאת. אך האם יותר לה להמשיך להחזיק בעמדתה במקרים אחרים למרות הצו הישיר, עד להכרעה בערעור? גם אם מבחינה משפטית נראה שהתשובה שלילית, הרי מבחינת הגישה הדמוקרטית להליך החוקתי יש ערך בשימור האפשרות להתדיינות חוזרות על אותה שאלה חוקתית טרם ההכרעה בערעור. מכאן שעדיף שהכרעה בודדת של בית משפט מחוזי בתקיפה ישירה לא תסיים מניה וביה את תפקידן של ערכאות הדיון בפרשה, ורצוי שתחולתה תישמר לצדדים בלבד. התועלת הנוותרת ממסלול

157 ראו תק' 253 לתקנות סדר הדין האזרחי ("תובענה לסעד הצהרתי גרידא מותר להגיש בדרך המרצת פתיחה").

158 ס' 2 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958.

159 לדוגמה אמריקנית מסוג זה ראו Log Cabin Republicans v. United States, 716 F. Supp. 2d 884 (C.D. Cal. 2010) (צו של ערכאת הדיון הפדרלית בקליפורניה שהוצא נגד צבא ארצות הברית כולו, להשעיית מדיניות "don't ask don't tell" בעניין שירות הומוסקסואלים בצבא). ההחלטה בוטלה בדיעבד על ידי ערכאת הערעור בעקבות ביטול חקיקתי של החוק, שנבקע כלא חוקתי בערכאת הדיון. ראו Log Cabin Republicans v. United States, 658 F.3d 1162 (9th cir. 2011). אף שקשה לאמוד במדויק את השפעת ההחלטה השיפוטית המקורית על שיקולי הקונגרס בביטול החקיקה, זהו סיפור מובהק של הליך פוליטי שבו הפעילות של ערכאות דיון ושל המחוקק השתלבה לכלל שינוי חוקתי.

160 ס' 75 לחוק בתי המשפט.

161 ראו יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 63 (מהדורה שביעית, שלמה לוי עורך, 1995).

162 ראו לעיל פרק ד.4.

התקיפה הישירה היא בכך שהיא מאפשרת גם לטענות חוקתיות ולטוענים חוקתיים שאינם יכולים להגיע לערכאה דיונית באמצעות אחד המסלולים העקיפים, להידון בפניה. הכרה באפשרות התקיפה הישירה בערכאות הדיון תבטיח שכל סוגי הטענות החוקתיות – גם אלה שאינן יכולות למצוא ביטוי בתקיפה עקיפה – יוכלו לצעוד במסלול הביזורי.

### 3. העלאת הטענה החוקתית

האם בית המשפט הדן בהליך פלילי או אזרחי רגיל רשאי לערר מיוזמתו (sua sponte) שאלות של תוקף חוקתי, כלומר ליזום את הביקורת השיפוטית, אף אם איש מבעלי הדין לא עורר את הטענה? כמובן, שאלה זו אינה נוגעת למצבים של תקיפה ישירה, שבהם העילה עצמה היא האי-חוקתיות הנטענת של החוק. אך כפי שראינו, הביקורת השיפוטית הביזורית מתעוררת לרוב בתקיפה עקיפה, ולפיכך ייתכנו הליכים רבים שבהם בעלי הדין יימנעו – בין שבהעדפה מכוונת ובין שלא במודע – מלהטיל ספק בחוקתיות הנורמה העומדת בבסיס הליטיגציה. מה תפקידו של בית המשפט עצמו במצבים אלה?

בשיטות אופייניות של ביקורת שיפוטית ריכוזית, כמו גרמניה או איטליה, שופטי ערכאות הדיון אכן מוסמכים לערר מיוזמתם קשיים חוקתיים ולהפנותם לערכאה הריכוזית.<sup>163</sup> זהו נתון מתבקש, שכן מדובר בשיטות המשויכות לרוב למסורת הקונטיננטלית-אינקוויזיטורית, שבהן ממילא השופט הוא מנהל ההליך ולו סמכות רחבה להעלות עניינים עובדתיים כמשפטיים. השיטה הביזורית הוותיקה מכולן, זו הנהוגה בארצות הברית, אמנם משייכת את עצמה למסורת האדברסרית, אך ההיסטוריה החוקתית שלה רצופה פסיקות, הן בבית המשפט העליון והן בערכאות שתחתיו, שקבעו הלכות חוקתיות מבלי שהטענה הועלתה על ידי בעלי הדין.<sup>164</sup> סביר שגם מבחינת המשפט הפוזיטיבי הישראלי לשופטי ערכאות הדיון מותר, ואולי אפילו חובה עליהם, לערר מיוזמתם את השאלה החוקתית. הדבר מתבקש בראש ובראשונה מן ההיגיון הפילוסופי שנהוג לייחס לשיטה הביזורית, מאז פסק דין *Marbury*<sup>165</sup> לפחות, המניח שאי-חוקתיות שוללת את תוקפו של חוק, ומכאן שאין ליישמו בשום ערכאה ובשום הליך. אם הנורמה כלל "אינה חוק" (כי היא אינה עומדת בתנאי התוקף החוקתיים),<sup>166</sup> הרי בית המשפט אינו רשאי להחילה, ורצון הצדדים אינו מעלה ואינו מוריד בעניין זה.<sup>167</sup> במובן זה אי-חוקתיותו של חוק היא אנלוגית להיעדרה של סמכות שיפוט עניינית: אם החוק לא הסמיך

163 ראו CAPPELLETTI, JUDICIAL REVIEW, לעיל ה"ש 7, בעמ' 75, 77; COMELLA, לעיל ה"ש 8, בעמ' 7, 65.

164 ראו Joseph R. Pope, *Snyder v. Phelps: Issue Waiver and the Scope of Appellate Discretion*, 1 ON APPEAL 3 (2010), <http://tinyurl.com/nsmnu6x>.

165 לעיל ה"ש 13.

166 ראו לעיל פרק א.2.

167 ראו BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 4, בעמ' 133 ("The rationality of the diffuse system must allow the judge to consider the constitutional question even on his own initiative, even when none of the parties in the particular process have raised the question of the (constitutionality of the law before the judge").

ערכאה מסוימת לדון בעניין מסוים, היא אינה רשאית לעשות זאת גם אם בעלי הדין מעוניינים בכך, ואכן במשפט הישראלי בית המשפט אמור לעורר מיוזמתו סף יסודיות נוספות, כמו קיומה של שפיטות בית המשפט מוסמך לעורר מיוזמתו שאלות סף יסודיות נוספות, כמו קיומה של שפיטות מוסדית<sup>169</sup> או זהות הדין החל על העניין הנדון.<sup>170</sup> אף שחוקת החוק(ת) חלה על החקיקה הישראלית ברמותיה השונות, ומעת לעת ערכאות הדיון אמנם "ננזפות" על העלאה יזומה של ספק באשר לתוקף הנורמה,<sup>171</sup> הרי הגישה המקובלת בפסיקת בית המשפט העליון הנה שבית משפט רשאי לעורר טענה משפטית, אף אם לא הועלתה בידי בעלי הדין, אם הצדק מחייב זאת ויהיה בכך לקדם את טובת הציבור.<sup>172</sup> קשה לחשוב על שאלה משפטית שנוגעת באופן עמוק יותר לצדק במשפט ולטובת הציבור מאשר האפשרות שהכנסת חוקקה חוק שותר את החוקה הישראלית. כמובן, אם בית המשפט מחליט לעורר שאלה חוקתית, עליו לתת לבעלי הדין זכות טיעון בעניין לפני שיכריע.<sup>173</sup>

#### 4. התייצבות המדינה

השיטה הריכוזית, המבוססת על תקיפה ישירה בבג"ץ, מבטיחה שבכל הליך חוקתי תיוצג בין היתר עמדת המדינה, באמצעות נציגי היועץ המשפטי לממשלה המשיבים לעתירה. הסדר זה מבטיח שההיבט הציבורי של השאלה החוקתית יקבל ביטוי בהליך המשפטי. גם בשיטה הביזורית המדינה (או רשות מרשויותיה) היא צד להליכים רבים – בראש ובראשונה כל ההליכים הפליליים, וכן ההליכים המנהליים למיניהם. תחומי משפט אלה מאופיינים בפגיעות תדירות בזכויות אדם, ומכאן שניתן לצפות שרבות מהטענות החוקתיות במסלול הביזורי יופיעו בהם. יחד עם זאת מובן שטענות חוקתיות רבות עשויות להתעורר גם בהליכים אזרחיים

168 ראו למשל בג"ץ 113/84 בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד לט(3) 378, 365 (1985); בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678, 685, 688 (1988); ע"א 4796/95 אלעזר נ' אלעזר, פ"ד נא(2) 678, 669 (1997); בג"ץ 2117/99 מנסור נ' בית הדין השרעי לאזור התיכון – טייבה, פ"ד נד(1) 214, 211 (2000); דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש-הממשלה נ' הופמן, פ"ד נו(3) 331, 289 (2003); ע"א 4779/05 בנק דיסקונט למשכנתאות נ' בן דוד, פס' 7 (פורסם בנבו, 15.3.2007); זוסמן, לעיל ה"ש 160, בעמ' 819; נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי 203 (1991).

169 בג"ץ 9056/00 ח"כ מיכאל קליינר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נה(4) 707, 703 (2001).

170 ע"א 300/84 אבו עטיה נ' ערבטיסי, פ"ד לט(1) 373, 365 (1985).

171 ראו למשל ע"מ 8380/07 עיריית חדרה נ' רכבת ישראל, פס' 5–7 (פורסם בנבו, 16.2.2010); רע"א 5255/11 עיריית הרצליה נ' כרם, פס' 16 (פורסם בנבו, 11.6.2013); ע"א מחמד, לעיל ה"ש 119, פס' 3.

172 לדיון מקיף המסכם את ההלכה, ראו ע"א 11771/04 לשכת עורכי הדין בישראל נ' הארגון הבינלאומי של עורכי דין ומשפטנים, פס' 19–21 (פורסם בנבו, 22.1.2007). ראו גם זוסמן, לעיל ה"ש 160, בעמ' 333.

173 יצוין שלסמכות בית המשפט לפעול מיוזמתו בענייני סף מהותיים יש גם עיגון במשפט הדיוני, לפחות בכל הנוגע לשלב של קדם-המשפט בהליך האזרחי. ראו תק' 144 לתקנות סדר הדין האזרחי, המסמיכה את בית המשפט להחליט במגוון עניינים – כולל סילוק על הסף של תביעה וקבלת תביעה באין הגנה לנתבע – "ללא צורך בבקשת בעל דין".

שהמדינה אינה צד להם, ובמובן זה העניין הציבורי לא יקבל בהם ביטוי ממוסד כטיעון משפטי אדברסרי. זה אינו מצב שלילי בהכרח, שכן חלק מהמשיכה של המודל הביזורי מצוי גם ב"הפרטה" המסוימת של השיח החוקתי – באפשרות שהוא ינוהל בין בעלי עניין פרטיים, שעשויים להעלות טענות מקוריות ולחשוף נקודות מבט ייחודיות שאינן זמינות למעצבי הדין המדינתיים. נוסף על כך, גם בהליך אזרחי-פרטי המדינה כמובן "נוכחת", למצער בדמות השופט היושב בדיון, המפעיל את כוחה של המדינה ואמור לבטא בפסיקתו את ערכי היסוד של השיטה המשפטית. לבסוף, כזכור תוצאת ההליך המבוזר חלה בשלב הראשון רק על הצדדים עצמם, ובמובן צר זה הציבור אינו מושפע ממנה במישרין.

בה בעת, כפי שכבר נדון לעיל, הכרעות חוקתיות במסלול הביזורי עשויות להשפיע גם על אינטרסים ציבוריים ועל מדיניות האכיפה של המדינה. בוודאי כך כאשר הן מטפסות במעלות הערעור, אך גם קודם לכן, בהתחשב בהשפעותיהן על דרישת היחס השוויוני של הדין. במצבים אלה רשאי היועץ המשפטי לממשלה להתייצב מיוזמתו בהליך "ולהשמיע דברו".<sup>174</sup> ייתכן שלאור חשיבותו של התחום החוקתי, ראוי ליצור מנגנון שיבטיח עדכון אוטומטי ליועץ המשפטי בכל מקרה שבו נדונה שאלה של תוקף חוקתי בערכאות הדיון; כך יוכל להפעיל את שיקול דעתו באופן מלא אם להתייצב בהליך, ולא יחמיץ תיקים בעלי עניין לציבור.<sup>175</sup>

"שחקנית" חדשה יותר בתחום הליטיגציה החוקתית, שבחיקקה נקבע כי יש להזמינה להתדיינות משפטית בשאלות של תוקף חוקתי של חקיקה ראשית, היא הרשות המחוקקת עצמה. סעיף 17(ג) לחוק הכנסת, שנוסף בשנת 2008, קובע שבית משפט המוצא כי הוא "נדרש לברר את שאלת תוקפו של חוק, יזמין את הכנסת להתייצב בהליך, והיא תהיה רשאית להשמיע את טענותיה להוכחת תוקפו".<sup>176</sup> מדברי ההסבר להצעת החוק<sup>177</sup> ומתיאור הרקע הפוליטי שקדם לחקיקתו<sup>178</sup> ניכר שהוא נוצר מתוך התפיסה (האופיינית) של הביקורת השיפוטית כאקט של בית המשפט העליון, ונקודתית לאור פסיקות מסוימות של בג"ץ שעוררו את חמת המחוקקים. למרות זאת, ס' 17(ג) מנוסח באופן כללי וחל לפי לשונו על כל "בית משפט". המשמעות היא שגם בית משפט שאינו בית המשפט העליון, השוקל לבצע ביקורת שיפוטית במסלול הביזורי, נדרש לאפשר לכנסת לטעון לתוקפו של החוק.

מי אמור לצרף את הכנסת בפועל להליך? לפי לשונו, נראה שס' 17(ג) מטיל את האחריות והיוזמה בעניין זה על בית המשפט עצמו, משמץא שמונחת לפניו שאלה חוקתית המצריכה הכרעה. עם זאת, בהידרשו לשאלה באופן אגבי בעניין בהט, קבע בית המשפט העליון שלפחות

174 ס' 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש].  
 175 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 380–381 (1997) ("לכל [הליך שבו נדונה חוקתיותו של חוק שחוקק על ידי הכנסת] יש להזמין את היועץ המשפטי לממשלה").  
 176 חוק הכנסת (תיקון מס' 23), התשס"ח–2008, ס"ח 205.  
 177 הצעת חוק הכנסת (תיקון מס' 25) (התייצבות בהליך בעניין תוקפו של חוק), התשס"ח–2008, ה"ח הכנסת 103.  
 178 מיכאל איתן "מעמדה של הכנסת בעתירות לפסילת חוקים: בעקבות בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון" הארת דין ד 91 (התשס"ז).

בתקיפות חוקתיות ישירות מוטל על העותר הנטל לכלול את הכנסת בין המשיבים לעתירה.<sup>179</sup> אף שלא נקבעה הלכה באותו מקרה, בית המשפט העליון התייחס לאי-צירוף הכנסת כמשיבה בתקיפה חוקתית ישירה כאל עילת סף שעשויה למנוע בירור של הטענה החוקתית המהותית.<sup>180</sup> במסלולי התקיפה העקיפה העניין מעט מורכב יותר: בתקיפה עקיפה הגנתית, שהיא ההליך הטיפוסי לביקורת שיפוטית ביזורית, נראה שיהיה זה תפקידו של בית המשפט ליוזם את הזמנת הכנסת, ולא ניתן לדרוש זאת מהנאשם (בהליך פלילי) או מהנתבע או המשיב (בהליך האזרחי), שכן לאלה אין ככלל סמכות או הזדמנות להוסיף בעלי דין.<sup>181</sup> תקיפה עקיפה התקפית היא מקרה ביניים, שכן הטענה החוקתית מועלית על ידי יוזם ההליך, ולפיכך ניתן לכאורה לצפות ממנו לצרף את הכנסת בין משיביו. אלא שזהו הסדר בעייתי, שכן הטענה החוקתית במסלול זה אינה תמיד חשופה בשלב יוזם ההליך; העלאתה עשויה להיות תלויה, בין היתר, בטענות ההגנה שמציגים הנתבעים ובמידת הסתמכותם על החקיקה השנויה במחלוקת. נראה אפוא שבכל סוגי התקיפה העקיפה, ראוי שהכנסת תזומן להליך הביזורי ביוזמת בית המשפט עצמו.

בפועל, אף על פי שמאז 2008 התעוררו בערכאות הדיון שאלות חוקתיות שהצריכו הכרעה מהותית,<sup>182</sup> הכנסת כמעט לעולם אינה מזומנת להופיע בהליכים אלה,<sup>183</sup> לכאורה בניגוד להוראת החוק. אמת, זימון הכנסת להליכים אלה יעורר קושי מעשי: בניגוד ליועץ המשפטי לממשלה, ליועץ המשפטי לכנסת אין מערכת ייצוג ענפה במחוזות השיפוט השונים, והתייצבות הכנסת בהליכים הביזוריים תהיה אפוא אתגר מוסדי לא מבוטל, שיהיה צורך לתת עליו את הדעת.<sup>184</sup> כמובן, הכנסת (כמו המדינה) עדיין יכולה לבחור להתייצב רק בהליכים

179 ראו בג"ץ 4550/13 בהט' נ' שרת הבריאות, פס' 22 (פורסם בנבו, 6.10.2013).

180 ראו ברוח זו בג"ץ 4855/13 חזן נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פס' 3 (פורסם בנבו, 7.8.2013). מנגד, לפחות חלק משופטי בית המשפט העליון נוהגים להורות מיוזמתם על צירוף הכנסת כמשיבה בעתירות חוקתיות ישירות מכוח ס' 17(ג), אף אם העותר לא עשה זאת. ראו למשל בג"ץ 7626/12 איגוד לשכת המסחר נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, החלטה מיום 22.10.2012); בג"ץ 4511/12 גמליאלי נ' הנהלת הביטוח הלאומי (פורסם בנבו, החלטה מיום 4.11.2012).

181 ראו בג"ץ חזן, לעיל ה"ש 180. בתביעה אזרחית אפשר אולי להשתמש בהודעה לצד שלישי כאמצעי של הנתבע להוספת הכנסת להליך – כביכול, אם הנתבע חב כלפי התובע, אזי חברותו נובעת מהחוק הלא חוקתי שהכנסת חוקקה. אך זו תהיה התפלפלות דינונית מיותרת, ונראה שדרך המלך היא הוספת בעל דין שנוכחותו דרושה "כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה" – סמכות שנתונה בידי בית המשפט ואינה מחייבת בקשה יוזמה של מי מבעלי הדין (תק' 24 לתקנות סדר הדין האזרחי).

182 ראו למשל ההחלטות בעניין אברגיל, ברקאי וטהנגס, לעיל ה"ש 31; נייסלוס וכרמון, לעיל ה"ש 33; ידינק ואדרי, לעיל ה"ש 36.

183 משיחה עם עו"ד גור בליי, האחראי על עתירות חוקתיות בלשכת היועץ המשפטי לכנסת, 18.11.2013.

184 קושי זה עלה בדיוני ועדת הכנסת שהכינה את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית, והוא הביא לתיקון מסוים של הניסוח, כך שחובת ההזמנה של הכנסת חלה רק כאשר בית המשפט "נדרש לברר" את השאלה החוקתית, כלומר לא בכל מקרה שבו מועלית טענה חוקתית. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 204 של ועדת הכנסת, הכנסת השבע-עשרה, 6 (4.2.2008) (דברי ח"כ מיכאל איתן

בבית המשפט העליון. זו תהיה בחירה מובנת מבחינה מוסדית, אך היא תשלול חלק מהפוטנציאל הנדיר לשיח ישיר בין האזרח לבין בית הנבחרים שלו, שבמסגרתו עשויים נציגי הכנסת להיחשף לתוצאות המוחשיות של פועלה החקיקתי.

## סיכום

השיטה החוקתית הישראלית היא מקרה ייחודי בנוף ההשוואתי. היא כוללת חוקה שאינה שלמה ואינה קשיחה, היא מערבת רכיבים מוסדיים היונקים ממסורות חוקתיות שונות, היא נתונה למחלוקות עיקשות על הנחות היסוד שלה ועל הלגיטימיות של המהלכים שעיצבו אותה, ועם כל אלה עלה בידה להתפתח ולהתבסס בשני העשורים האחרונים באופן מרשים. ואולם, הנושאים הבלתי-פתורים במערכת החוקתית הישראלית עדיין רבים, והסיכון שבהזנחתם לדינמיקות סטיכיות של תלות-במסלול הוא גדול. בהתחשב בכך, דווקא אלה התומכים במודל העליונות החוקתית והביקורת השיפוטית המתעצב בישראל מאז המהפכה החוקתית של תחילת שנות התשעים נדרשים כעת להפעיל מחדש את הדמיון המוסדי, זאת במטרה להפוך ההסדר החוקתי הישראלי להווייה שלה שותפים כל אזרחי המדינה ותושביה, ולא רק המעגלים המקצועיים והפוליטיים המעורבים בהפעלתו ובביקורת עליו. ערכאות הדיון במערכת המשפט הישראלית נדמות כזירה מתבקשת למיקום המהלך הזה, או לפחות חלקו. סמכותן (הקיימת) לביקורת שיפוטית ביזורית היא מנגנון זמין ומתוחכם, שיכול להיות בסיס לדמוקרטיזציה של ההליך החוקתי. לאמתו של דבר, השינוי הנדרש הוא בעיקרו תפיסתי, ופחות מוסדי-נורמטיבי. ביקשתי במאמר זה להועיל בקידומו.

---

ומזכיר הכנסת). כן ראו מרזל, לעיל ה"ש 52, בעמ' 391. במאמרו סוקר מרזל כמה קשיים מעשיים ועקרוניים נוספים ביישום ההסדר של ס' 17(ג), ובכללם שאלת הייצוג של הכנסת, המשמעות של הגבלת תפקידה להוכחת תוקפו של החוק, וכן סיווג מעמדה בהליך – כבעל דין לכל דבר (שלו זכויות וחובות מיוחדות) או כמשתתף חיצוני. ראו שם, בעמ' 391–397.