הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריותיות – מבט השוואתי

יואב דותן*

הרשימה עוסקת בשאלת ההסדר הראוי לביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים בישראל מנקודת־מבט השוואתית. הענקת סמכות למוסדות שיפוטיים לפסול חוקים במסגרת חוקה מעוררת את שאלת האחריותיות (accountability) הדמוקרטית של אותם מוסדות, כלומר, את השאלה בדבר דרכי ההסדרה של הפיקוח הדמוקרטי־הייצוגי על פעולתם של גורמי הביקורת השיפוטית.

הטענה העיקרית ברשימה היא כי בכל שיטות המשפט שבהן הוענקה למוסדות שיפוטיים סמכות ביקורת חוקתית התמודדו מכווני החוקה עם שאלת האחריותיות בשני מישורים: האחד, פיקוח על דרכי הבחירה ותקופת הכהונה של השופטים; והאחר, הגבלה של היקף הסמכות החוקתית שניתנה למוסדות השיפוטיים. שיטות משפט שהעניקו לבתי־המשפט סמכות ביקורת חוקתית רחבה (כגון השיטה האמריקאית ושיטות אירופיות) דאגו להבטיח את רמת האחריותיות הדמוקרטית שלהם באמצעות קביעת מנגנוני בחירה ומינוי פוליטיים באופיים ו/או באמצעות הגבלת תקופת הכהונה של מוסדות השיפוט החוקתיים. לעומת זאת, שיטות שבהן מינוי השופטים הוא הליך אוטונומי וא־פוליטי (כגון בריטניה וקנדה) אימצו דגם של ביקורת חוקתית שבה סמכות הביקורת השיפוטית הוגבלה כך שבידי המחוקק נותרה סמכות "המילה האחרונה".

המסקנה העולה מהניתוח ההשוואתי היא שבהנחה שמכווני החוקה בישראל שואפים לפעול בקווים הכלליים המאפיינים דמוקרטיות חוקתיות בעולם, סמכות הביקורת החוקתית שיש להעניק לבתי־

* פרופסור־חבר, ראש הקתדרה ע"ש ארווין א' גודמן למשפט ציבורי ודקן, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. גרסה מוקדמת של המאמר הוכנה עבור מרכז מצילה – מרכז למחשבה ציונית, יהודית ליברלית, והומניסטית, לצורך הדיון בכינון חוקה לישראל בוועדת ההוקה חוק ומשפט של הכנסת. אני מודה לפרופ' גביזון על הערותיה המועילות לטקסט. אני מודה למר נדיב מרדכי על עבודתו המצוינת כעוזר מחקר.

nevo.co.il

המשפט שלנו צריכה להיות מוגבלת, בדומה לפתרונות שאומצו במדינות אחרות המשתייכות למשפחת המשפט המקובל.

א. מבוא. ב. ביקורת שיפוטית־חוקתית – היבטים נורמטיביים: 1. ביקורת שיפוטית ודמוקרטיה – שאלת האחריותיות (accountability); 2. פתרונות לבעיית האחריותיות – שלוש אסטרטגיות; 3. התמודדות עם שאלת האחריותיות באמצעות הטקסט החוקתי. **ג. דגמים של שפיטה חוקתית – סקירה השוואתית. ד. תהסדר הראוי לביקורת שיפוטית במסגרת חוקה בישראל – הצעה מעשית**: 1. הכרחיות הקשר בין סמכות חוקתית לאחריותיות; 2. ביקורת שיפוטית: סמכויות ותרופות; 3. אי־ההתאמה של הדגמים האמריקאי והאירופי לשיטת המשפט בישראל; 4. קווים להסדר הראוי לביקורת השיפוטית בישראל.

א. מבוא

מטרתה של רשימה זו היא לבחון, מנקודת־מבט מעשית, את המאפיינים המוסדיים והפונקציונליים של שאלת הביקורת השיפוטית במסגרת כינון חוקה לישראל.[1] הדיון בהכנתה של חוקה פורמלית ומשוריינת לישראל מחייב התייחסות לשאלת הביקורת השיפוטית. ביקורת שיפוטית היא הליך שבאמצעותו נבחנת ההתאמה בין החוקה לבין החקיקה הרגילה.[2] לכן השאלות בדבר עצם קיום הביקורת, הגורמים המוסמכים

[1] הנחת־העבודה המרכזית של רשימה זו היא שבשיטת המשפט בישראל **תכונן** חוקה פורמלית ומשוריינת, כלומר, שמוסד הביקורת החוקתית שיידון **להלן** "ימוקם" במסגרת של שיטה חוקתית שבה קיימת חוקה. המעוגנת במסמך אחוד, **שהשיטה המשפטית רואה** בו **את** הנורמה העליונה, ושכל נורמה אחרת, לרבות חקיקה ראשית, **צריכה** לתאום את הוראותיה. כמו־כן יונח כי העליונות של החוקה תבוא לידי ביטוי, בין **היתר**, בכך שההליך הדיוני שיידרש על־מנת לשנותה יהיה שונה, ובעיקרון מסורבל **ותובעני** יותר, מזה הנהוג לגבי שינוי או ביטול של הקיקה רגילה. אני מודע, כמובן, לעובדה שהגחות אלה אינן טריוויאליות כלל. שיטת המשפט הישראלית כיום מתאפיינת בכך שרוב ההנחות האמורות אינן מתקיימות לגביה, והשאלות הכרוכות ביישומן של הנחות־העבודה הללו רחוקות מלהיות מוכרעות בה.

[2] אני משתמש במונה "ביקורת **שיפוטית**" משום שכמעט בכל שיטות המשפט המוכרות מקובל שהליך בחינת ההתאמה של חקיקה רגילה להוראות **החוקה נעשה** על־ידי טריבונלים שיש להם מאפיינים בסיסיים המקבילים ביסודו לדרכי פעולתם של טריבונלים שיפוטיים. מאפיינים אלה כוללים הליך שבו הטריבונל המחליט מתבקש להכריע בשאלת התאמתה של החקיקה לחוקה על־סמך פנייה או עתירה של צד מעוניין, ובדרך־כלל מוזמנים צדדים המתנגדים לתקיפה החוקתית להגיב לפני אותו טריבונל. בכל המקרים הללו תוצאת ההליך היא **החלטה** של המוסד המבקר, המקבילה באופן עקרוני ל"פסק־דין" של טריבונלים משפטיים. אולם יש להדגיש כי מעבר למאפיינים הבסיסיים האמורים, גורם הביקורת אינו חייב להיות מוסר שיפוטי ששייך דווקא למערכת המשפט הרגילה, ודרכי פעילותו עשויות להיות שונות מאוד מדרכי הדיון הרגילות של **בתי**־המשפט באותה שיטה

nevo.co.il

לקיימה, דרכי בחירתם, היקף סמכויותיהם והיחסים ביניהם לבין רשויות אחרות הן מן השאלות החשובות והמרכזיות ביותר בכל מהלך שתכליתו לכונן חוקה. במובנים רבים ניתן לומר כי שאלות אלה חשובות לא־פחות – ואולי אף יותר – מאשר תוכן ההסדרים המהותיים המוסדרים בטקסט החוקתי. זאת, בין היתר, משום שההכרעה בחלוקת הסמכויות האמורות עשויה להשפיע על העמדות בנוגע לתוכנו המהותי של הטקסט החוקתי. לא במפתיע, סוגיה זו היא שעמדה במרכז הדיון התוקתי וההתפתחות החוקתית בשיטות משפט רבות שבהן התעוררה השאלה אם לאמץ חוקה (ראו להלן). בהתאם, ניתן לומר כי אי־אפשר לנקוט מהלך של כינון חוקה ללא קיום דיון מקיף בשאלות אלה וקבלת הכרעות מודעות ומושכלות לגביהן.

הדגשת חשיבותה של שאלת הביקורת השיפוטית היא חיונית דווקא על רקע המציאות הישראלית וההיסטוריה של המהלכים החוקתיים אצלנו. קיימת נטייה בולטת אצל חלק מן העוסקים בכך להבליע את הדיון בשאלת הביקורת במסגרת הדיונים על כינון חוקה, תוך כדי התמקדות בהסדרים החוקתיים המהותיים ובתוכנו של הטקסט החוקתי, והזנחה של הדיון בשאלות המוסדיות הכרוכות בביקורת השיפוטית.[3]

נתונה. כפי שנראה להלן, בשיטות חוקתיות לא־מעטות הגורמים שעוסקים בשאלת התאמתם של החוקים לחוקה אינם בהכרח מוסדות שהם בתי־משפט רגילים של אותה שיטת משפט, או אף מוסדות הפועלים בתבנית דיונית הדומה לזו של בתי־המשפט הרגילים. לעיתים מדובר במוסדות הפועלים מחוץ לרשות השופטת, ולעיתים אלה אף מוסדות ששייכים מבחינה ארגונית ומוסדית למחוקק עצמו, ופעילותם הפיקוחית נעשית באופן שניתן לראותו במישור ההליכי כמעין הליך משלים לחקיקה עצמה (ראו הדיון בשיטה החוקתית הצרפתית בה"ש 67 להלן). גם פעילות כזו נכללת במסגרת הנוכחית תחת הכותרת "ביקורת שיפוטית", ובלבד שמדובר בפעילות שאינה הליך החקיקה הרגיל שבאמצעותו נוצרת החקיקה, אלא סוג של הליך פיקוחי שנועד לבחון את התאמת החקיקה לחוקה. מן הראוי לציין עוד כי קיימות שיטות שיש בהן אפשרות לבקרה פנימית, במסגרת הליך החקיקה הרגיל, באמצעות דדישה של שני בתים של הפרלמנט (בארצות־הברית, בגרמניה, בקנדה ובבריטניה; ראו אלעד נאן גלדר "קוורום – השוואה בין לאומית" **הכנסת – מרכז מחקר ומידע** (2001) (www.knesset.gov.il/MMM/data/docs/m00433.rtf) או באמצעות וטו אפשרי של הרשות המבצעת על התוצר של הליך החקיקה (למשל, בארצות־הברית; ראו: WILLIAM N. ESKRIDGE, PHILIP P. FRICKEY & ELIZABETH GARRETT, LEGISLATION AND STATUTORY INTERPRETATION 197–203 (2000)). עם זאת, במקומות מסוימים השתמשתי בהקשר זה במונח "ביקורת חוקתית" במובן זהה לזה של המונח "ביקורת שיפוטית".

3 דוגמה בולטת אחת למגמה זו היא המהלך החוקתי שבו פתח בית־המשפט העליון בשנת 1995 בפסק־הדין הידוע בעניין **בנק המזרחי** ("חוק גל"). פסק־דינו המקיף של בית־המשפט מתמקד בשאלת עצם קיומה של הסמכות לביקורת שיפוטית, אשר נובעת לשיטתו מחקיקת חוקי־היסוד החדשים בשנת 1992, תוך שהוא מניח, כמעט ללא דיון בעניין, שסמכות הביקורת נחונה למערכת המשפט הרגילה, אשר קנתה סמכות זו מעצם קבלתם של חוקי־היסוד. זאת, אף שהטקסט של חוקי־היסוד אינו אומר דבר באופן ישיר לגבי עצם קיום הביקורת או לגבי המוסדות המוסמכים לקיימה. ראו ע"א 6821/93 **בנק המזרחי**

nevo.co.il

המתודולוגיה שבה בחרתי לבחון את שאלת הביקורת השיפוטית היא מתודולוגיה השוואתית. בחנתי את ההסדרים הנוגעים בביקורת השיפוטית בשורה של שיטות משפט שבהן מוסד הביקורת השיפוטית מוכר ומבוסס כחלק מהשיטה החוקתית.[4] הבחירה במתודולוגיה זו נעשתה הן משום שלנוכח הניסיון המועט של השיטה החוקתית בישראל נראה כי נוכל להפיק לקחים חשובים מנסיונן של שיטות אחרות, והן לנוכח העובדה שסקירה השוואתית של הפתרונות שניתנו בשיטות אחרות לשאלות הנוגעות בביקורת השיפוטית יכולה להעשיר את הדיון בפרספקטיבות שאינן קיימות תמיד בדיון בנושא זה ברמה המקומית. השימוש בכלים השוואתיים לבחינת הֶסדרים חוקתיים אינו נטול מגבלות או נקי מסכנות.[5] אולם טענתי היא כי דיון כזה בהקשר הנוכחי מספק שורה של תובנות חשובות שיכולות לשמש רקע לדיון החוקתי בישראל. הטענה המרכזית היא כי סקירה השוואתית כזו מצביעה על כך *שכל* השיטות החוקתיות המוכרות כיום נאלצו להתמודד עם הקושי המרכזי של הביקורת השיפוטית, והוא שאלת **האחריותיות הדמוקרטית** של הליך הביקורת השיפוטית, וכי ניתן להצביע על שלושה פתרונות מקובלים לבעיה זו, שכל אחד מהם אומץ על־ידי קבוצה של שיטות משפט. בהתאם, אטען כי ניתן לצפות כי במסגרת הליך כינון החוקה אצלנו יידרשו המכוננים להתמודד עם שאלת האחריותיות ולהכריע בין הפתרונות הקיימים לשאלה זו.

בפרק ב של המאמר אציג בקצרה את בעיית האחריותיות ואת שלוש האסטרטגיות המקובלות להתמודדות עימה: האסטרטגיה המבוססת על הטקסט החוקתי, זו המבוססת על דרכי הבחירה או המינוי של השופטים, וזו המבוססת על הגבלה של סמכות הביקורת החוקתית. *בפרק ג* תובא סקירה של הפתרונות לבעיית האחריותיות שאומצו על־ידי שלוש משפחות של שיטות משפט: האמריקאית, האירופית־הקונטיננטלית והמשפחה של שיטות המשפט המקובל. לאחר־מכן אסקור בקצרה, *בפרק ד*, את הפתרונות השונים הקיימים לגבי היקף הסמכויות של מוסדות הביקורת

המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 415-427 (1995) (פסק־דינו של הנשיא ברק).

4 ראו, למשל, את הסקירה המפורטת מהעת האחרונה של: Arne Mavcic, *Constitutional Courts: Historical Steps in the Developments of Systems of Constitutional Review and Particularities of Their Basic Models* (2005), www.concourts.net/tab/introen.html, וההפניות שם.

5 דומה כי הסכנה העיקרית בהקשר זה היא החשש מהסקת מסקנות חפוזות ושטחיות לגבי התנעלת, הסיכון או ההשלכות של הֶסדרים מבניים ודיוניים מסוימים בשיטות אחרות, בהתעלם מהרובד הפוליטי, החברתי, ההיסטורי והתרבותי באותן שיטות, שעשוי להיות שונה מאוד ממאפייני־הרקע המקבילים בישראל. לדיון העוסק בקשר שבין אימוץ דגמים שונים של ביקורת שיפוטית לבין הרקע הפוליטי והמסורת המשטרית של המדינה ראו: John Ferejohn & Pasquale Pasquino, *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, 82 Tex. L. Rev. 1671, 1674–1675 (2004).

nevo.co.il

השיפוטית, ואציג את המסקנות העולות מהסקירה ההשוואתית לגבי ההסדר הרצוי בישראל. מן הראוי להדגיש כי מטרתה של רשימה זו אינה להציע הֶסדר מפורט ומדויק לביקורת חוקתית בישראל, אלא רק להצביע על המסקנות הנובעות מניתוח השוואתי של הסוגיה לגבי הקווים שבמסלולם נצטרך ללכת בשעה שנידרש ליצירת הֶסדר כזה. טענתי היא כי בהנחה שמדינת־ישראל שואפת לפתרון של שאלת הביקורת השיפוטית שיתאם את התפיסה החוקתית המקובלת בדמוקרטיות מפותחות, ניתוח השוואתי יכול להציע תובנות לגבי הכיוון שעלינו לבחור בבואנו לכונן חוקה לישראל ולהסדיר במסגרתה את סוגיית הביקורת השיפוטית.

ב. ביקורת שיפוטית־חוקתית – היבטים נורמטיביים

1. ביקורת שיפוטית ודמוקרטיה – שאלת האחריותיות (accountability)

ביסוד מושג החוקתיות והצורך בחוקה עומדת התפיסה כי יש מצבים ומקרים שבהם קיימת הצדקה להגביל את כוחה ואת סמכויותיה של הרשות המחוקקת. עצם ההגבלה של כוחו של המחוקק בדמוקרטיה ייצוגית באמצעות מסמך חוקתי מעוררת שורה של שאלות כבדות־משקל בכל הנוגע ללגיטימיות הדמוקרטית של חוקה ולגבולות התפרשותו התוכנית של ההסדר החוקתי.[6] מן הצד האחר, ברוב שיטות הממשל, ובין רוב הכותבים האקדמיים בנושא, קיימת כיום הסכמה כי הגבלת כוחו של בית־המחוקקים באמצעות חוקה עשויה, כשלעצמה, להיות לגיטימית מנקודת־ראות דמוקרטית.[7] זאת ועוד, קיימים טיעונים שונים שלפיהם עצם הגבלת כוחה של הרשות המחוקקת־הייצוגית עשויה להיות במקרים מסוימים לא רק לגיטימית, אלא אף מתחייבת מעקרונות־היסוד של הדמוקרטיה עצמה (בין שההגבלה האמורה נעשית באמצעות חוקה פורמלית ובין שהיא נעשית באמצעים אחרים). הטיעון הנפוץ ביותר בהקשר זה הוא הטיעון הידוע שלפיו במצבים שמתעוררת בהם שאלה של פגיעה בזכויות המיעוט אי־אפשר, באופן אינהרנטי, לסמוך על גוף פוליטי דוגמת הפרלמנט שיֵדע לדאוג להגנה על זכויות מיעוטים, וזאת ווקא בשל האופי הייצוגי־הרובני של הרשות המחוקקת.[8]

---

6 ראו, למשל, רות גביזון "המהפכה החוקתית: תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה" **משפטים** כח 21, 28-32 (1997); יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? הזדמנות אחרונה לאחד 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149 (1997); Bruce Ackerman, *The Storrs Lectures – Discovering the Constitution*, 93 YALE L.J. 1013 (1984); Cass R. Sunstein, *Constitutionalism and Secession*, 58 U. CHI. L. REV. 633 (1991).

7 גביזון, שם, בעמ' 42-47.

8 לדיון בעניין זה ראו: ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (1962); JOHN H. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980); דותן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 152-157.

מבלי להיכנס במסגרת הרשימה הנוכחית לדיון במידת השכנוע ובהיקף הפרישה של טיעונים אלה,[9] ניתן להניח, לצורך הדיון הנוכחי, כי ההכרה בצורך בחוקה פידושה גם הכרה בצורך להגביל במצבים מסוימים את כוחו של המחוקק. עם זאת, בהנחה שהמחוקק הוא הגורם הדמוקרטי, הייצוגי, מובן כי לכל הגבלה כזו – עם כל ההצדקה שעשויה להיות לה במצבים נתונים – יש מחיר מנקודת־ראות דמוקרטית, ולכן המצבים שבהם תותר התערבות בהכרעה שקיבל המחוקק הייצוגי בדמוקרטיה על־ידי גורם אחר צריכים להיות מצבים חריגים ויוצאי־דופן.[10] זאת ועוד, עצם ההכרעה מתי מתקיימות נסיבות המצדיקות התערבות כזו היא כשלעצמה הכרעה רגישה מנקודת־ראות דמוקרטית. כלומר, המנגנון החוקתי חייב להכיל הֶסדרים שיביאו בחשבון את הרגישות ביחס להתערבות ביקורתית בהכרעות של המחוקק, וישכילו להתוות את הדרך להגנה על העיקרון הבסיסי הדמוקרטי של קבלת ההכרעות "הרגילות" באמצעות המנגנון הייצוגי של הפרלמנט.

באופן כללי יותר ניתן לומר כי הפקדת סמכות חוקתית של ביקורת שיפוטית על הכרעות של המחוקק הייצוגי בידי גורם אחר (שמעצם ההגדרה הוא ייצוגי *פחות* מאשר המחוקק עצמו, ראו להלן) מעוררת את השאלה הקלסית: "מי ישמור על השומרים?" דהיינו, גם כאשר אנו מוכנים להסכים שבמקרים *מסוימים* מוצדק להתערב בהכרעות של הרשויות הפוליטיות הנבחרות, על ההסדרים החוקתיים לתת תשובה לבעיית הפיקוח על הגורם המבקר עצמו ולשאלת ההסדרה של דרכי פעולתו. זאת, כדי לענות על החשש – העומד ביסודה של דוקטרינת הפרדת הרשויות וביסודה של תפיסת החוקתיות עצמה – כי כל גורם שמוענק לו כוח הכרעה עלול לנצל כוח זה לרעה אם לא יהיו מנגנונים חוקתיים שיפקחו עליו ויאזנו את הסמכויות שניתנו לו. לדוגמה, אם בשיטת ממשל מסוימת סמכות הביקורת השיפוטית נתונה לבית־משפט לחוקה, מתעוררת השאלה כיצד יהיה אפשר לפקח, להגביל ולהתוות את דרכי פעולתו של בית־המשפט החוקתי, כדי לוודא שאותו טריבונל עצמו מקיים את הוראות החוקה ואינו פוגע בסמכות ההכרעה הפוליטית־הרובנית יותר מכפי שמתחייב על־פי ההסדרים החוקתיים באותה שיטה. שאלת האחריותיות היא אפוא השאלה בדבר **דרכי ההסדרת של הפיקוח הדמוקרטי־הייצוגי על פעולתם של גורמי הביקורת החוקתית**.

הצורך בהסדרה ובפיקוח על דרכי פעולתם של מוסדות הביקורת השיפוטית רוחק במיוחד לנוכח צירוף הנתונים הבאים: ראשית, למוסדות הביקורת יש באופן פוטנציאלי כוח רב, הנובע מהסמכות הניתנת להם להרהר אחר קביעותיו של הגורם הפוליטי הייצוגי בשם ערכי־היסוד, וגם מהחשש כי מי שחולק על פרשנותם לגבי המתחייב מערכי־היסוד עלול להיות מוצג כמי שאינו מקבל ערכים אלה, ולא כמי שיש לו תפיסה שונה משלהם; שנית, הנחת־היסוד היא שמידת הייצוגיות הדמוקרטית של גופים אלה

[9] גביזון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 64-68.
[10] רותן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 144-147.

nevo.co.il

נמוכה (בדרך-כלל באופן משמעותי) מזו של הרשויות הפוליטיות שעל החלטותיהן יש להם סמכות פיקוח. במילים אחרות, **קיימת סכנה אינהרנטית של תת-אחריותיות דמוקרטית כפעולתם של גורמי הביקורת השיפוטית.**

בהקשר זה ראוי להוסיף ולהבהיר כי הדרישה לאחריותיות דמוקרטית מצד הגורם האחראי לביקורת השיפוטית אין פירושה כי גורם זה יהיה אחראי באופן ישיר לפני ציבור הבוחרים, וגם לא שהאופנים להבטחת האחריותיות שלו (לרבות דרכי בחירתו) יהיו זהים או אף דומים לאלה של הרשות המחוקקת. למעשה, ניתן לומר כי ההפך הוא הנכון: הדרישה כי מוסדות הביקורת השיפוטית יהיו אמונים על ערכי החוקה ויבטיחו את השיטה הממשלית מפני מצבים שבהם חקיקה רגילה סותרת את החוקה מחייבת פער מסוים בין המחוקק לבין המוסד המבקר בכל הנוגע לדרכי הבחירה של הגורם המבקר, לתקופת כהונתו, להרכבו המקצועי, לרקע האישי של החברים בו וכיוצא באלה. במילים אחרות, שיטה ממשלית שבה הרכבו של הגורם המבקר משקף באופן ישיר את יחסי הכוחות הפוליטיים בבית-המחוקקים היא שיטה שפותחת פתח לשורה של כשלים מנקודת-ראות חוקתית. שהרי כבר אמרנו כי בלב-ליבו של מושג החוקתיות עומדת התפיסה כי יש הצדקה להטיל הגבלות מסוימות על כוחו של המחוקק הייצוגי. הגבלות אלה נובעות, בין היתר, מההכרה בכך שהמחוקק, שהרכבו משקף יחסי כוחות פוליטיים עכשוויים ואינטרסים קצרי-טווח, עלול לנקוט פעולות שיעמדו בניגוד לערכים הבסיסיים של החברה שבה הוא פועל, קרי, אותם ערכים שהחוקה שואפת לעגן מתוך "מבט רחב" והתבוננות לטווח הארוך. שיטה שיש בה זהות (בהרכב הפוליטי, בדרכי הבחירה וכדומה) בין המחוקק לבין הגוף המבקר היא שיטה שעל פניה אינה ערוכה להגן על הערכים החוקתיים במצבים (משוערים) שבהם המחוקק סוטה מאותם ערכים. הדברים אמורים, בראש ובראשונה, לגבי מצבים שבהם הרוב בפרלמנט מבקש לפגוע באופן בוטה בחירויות-היסוד בכלל או בחירויות-היסוד של קבוצת מיעוט מסוימת בפרט. עצם קבלתה של חוקה נועדה להבטיח כי במצבים כאלה תהיה אפשרות להתערב בהכרעות של המחוקק. אך לא יהיה אפשר להבטיח זאת אם ההרכב ו/או דרכי הפעולה של הגורם המבקר יהוו שיקוף מדויק (או אף יהיו מושפעים במידה רבה) מהלך-הרוחות בפרלמנט. מכאן שמושג החוקתיות תומך (ואולי אף מחייב) קיום של שוני, או פער, בין רמות הייצוגיות ואופני השגת האחריותיות של המוסדות המחוקקים, מצד אחד, ושל מוסדות הביקורת השיפוטית, מן הצד האחר. כלומר, אין כל פגם בכך שרמת האחריותיות הדמוקרטית של גופי הביקורת השיפוטית תיפול מזו של הפרלמנט, ושדרכי הבחירה של חברי הגופים הללו יהיו שונות בתכלית מאלה של חברי בית-המחוקקים.

מאידך גיסא, העובדה שמוסד הביקורת השיפוטית יכול (וצריך) להיות ייצוגי פחות מאשר המחוקק אין פירושה שמוסדות אלה צריכים להיות משוחררים מכל חובה של אחריותיות דמוקרטית. ניתוק מוחלט של מוסד הביקורת מכל חובה לתת דין וחשבון לציבור שבתוכו הוא פועל, ואשר עליו ישפיעו הכרעותיו החוקתיות, הוא אנטי-

nevo.co.il

דמוקרטי על פניו, ונוגד מושכלות־יסוד של חוקתיות ושל הפרדת רשויות. אשר על־כן, השאלה שעל מכונני החוקה לעסוק בה אינה **אם** גופי הביקורת השיפוטית צריכים לעמוד באמות־המידה של אחריותיות דמוקרטית וחוקתית, אלא **מהם האופנים** שבהם יש להשיג אחריותיות כזו ביחס להליך הביקורת השיפוטית.

2. פתרונות לבעיית האחריותיות — שלוש אסטרטגיות

ככלל, ניתן להעלות על הדעת שלוש אסטרטגיות לפיקוח על הביקורת השיפוטית ולהסדרתה על־מנת לענות על בעיית האחריותיות. האסטרטגיה הראשונה היא **טקסטואלית**. אסטרטגיה זו מבוססת על התפיסה שהטקסט החוקתי עצמו הוא מכשיר שיכול — באמצעות עיצוב ההוראות התוכניות של החוקה — להבטיח באופן אפקטיבי את מידת האחריותיות החוקתית והדמוקרטית של פעולת הגורם המבקר. האסטרטגיה השנייה מתמקדת בהגדרה של **היקף הסמכויות** של גורמי הביקורת השיפוטית. האסטרטגיה השלישית מתמקדת **בדרכי המינוי או הבחירה** של הגורם המבקר. להלן אנתח את הנחות־היסוד, היתרונות והחסרונות של כל אחת מהאסטרטגיות הללו.

דרך הדיון בשלוש האפשרויות תהיה כדלהלן: בפרק הנוכחי אדון באסטרטגיה הראשונה — הטקסטואלית — ואשלול אותה כאסטרטגיה רצויה לפתרון בעיית האחריותיות של גורמי הביקורת השיפוטית. לאחר־מכן, בפרק הבא, אעבור לדיון משולב בשתי האסטרטגיות האחרות. הדיון האמור יהיה משולב משום שהן במישור התיאורי והן במישור הנורמטיבי קיימים קשרים של תלות והשפעה הדדית, כפי שאנסה להראות, בין שאלת היקף הסמכויות של גורמי הביקורת לבין שאלת דרכי הבחירה של מוסדות הביקורת השיפוטית. בהתאם, אביא סקירה משווה של ההסדרים המרכזיים הקיימים בעולם ביחס לדרכי הבחירה ולהיקף הסמכויות של גורמי הביקורת השיפוטית במדינות השונות. לאחר־מכן יובאו מסקנות אחדות מהניתוח המשווה לגבי המציאות הפוליטית והמשפטית בישראל.

3. התמודדות עם שאלת האחריותיות באמצעות הטקסט החוקתי

הרעיון שלפיו הדרך הטובה ביותר להבטיח את האחריותיות של גורמי הביקורת השיפוטית היא ניסוח נכון, מדויק והחלטי של החוקה — כזה שיוכל להנחות את השופטים האמונים על אכיפת החוקה בקבלת הכרעותיהם — עשוי להיראות מושך מכמה וכמה בחינות. בראש ובראשונה, כבר הראינו כי החלופה לכך, קרי הטענה כי את האחריותיות של מוסדות הביקורת יש להבטיח באמצעות הסדרת ייצוגיותם במישור של דרכי הבחירה של חברי המוסד, היא בעייתית משום שהיא טומנת בחובה מלכוד: מחד גיסא, יש להבטיח אחריותיות, אך מאידך גיסא, מושג החוקתיות מחייב שאחריותיות זו לא תיהפך ל"ייצוגיות" פוליטית של ממש. מכאן שהניסיון להבטיח אחריותיות דמוקרטית של מוסדות הביקורת השיפוטית באופנים הדומים (במהותם) לאלה המקובלים לגבי מוסדות פוליטיים ייצוגיים הוא אסטרטגיה סבוכה ובעייתית. אל מול

nevo.co.il

הבעייתיות האמורה, האסטרטגיה הטקסטואלית מציעה חלופה המשוחררת לכאורה מהקשיים האמורים. היא מבוססת על התפיסה הרואה את מוסד הביקורת כמוסד שיפוטי. בהתאם, היא מצביעה על האפשרות ליישם לגבי מוסד הביקורת השיפוטית את מה שמקובל לגבי בתי-משפט בדרך-כלל. על-פי התפיסה הקלסית של "דגם שלטון החוק", בתי-משפט נחשבים למוסדות שיושבים בהם משפטנים מקצועיים, אשר אמונים, בראש ובראשונה, על אכיפת חוקים, ואשר מביאים לידי ביטוי הכרעות מרניות של גורמים אחרים (קרי, בית-המחוקקים).[11] כלומר, בית-המשפט אינו אמור לקבל בעצמו את ההכרעות החברתיות העקרוניות, אלא רק ליישם את ההכרעות הללו – באופן מקצועי, אובייקטיבי וחסר פניות, ובדרך של פרשנות משפטית – כפי שהתקבלו על-ידי המוסדות הייצוגיים המוסמכים בדרך של עיגון בחוקים. אם מוסד הביקורת השיפוטית הוא מוסד שיפוטי, ואם תפקידו המערכתי הוא אכיפת טקסט שהוא משפטי ביסודו, מדוע לא נוכל ליישם אותה תפיסה ביחס לאכיפת החוקה על-ידי בית-המשפט (או גורם הביקורת) החוקתי?

אולם למרות הפיתוי לבסס את האחריותיות של מוסדות הביקורת השיפוטית על ניסוח הטקסט החוקתי, לדעתי אין למעשה אפשרות להכטיח בדרך כזו מידה מספקת – או אפילו מינימלית – של אחריותיות דמוקרטית וחוקתית. יש לכך שתי סיבות עיקריות: האחת גלומה באופיו של הטקסט החוקתי, והאחרת כרוכה במתודולוגיה הפרשנית השלטת בשיטת המשפט בישראל בעשורים האחרונים. להלן אפרט.

חוקה אינה דומה מבחינה טקסטואלית לדבר חקיקה רגיל. הטקסט החוקתי אמור לעגן את ערכי-היסוד של החברה ושל השיטה המשפטית באופן הצהרתי, כוללני וחגיגי, ומתוך ראייה לטווח ארוך (קרי: של דורות לעתיד לבוא). ככזה, הוא חייב להיות מנוסח באופן "פתוח" ועמום במידה רבה. בניגוד לחוקים רגילים, שיכולים להיות מפורטים וספציפיים באופן שעשוי לתת במקרים המתאימים הנחיה ברורה לפרשן המשפטי ביחס לדרך שבה יש להפעיל את החוק במצבים קונקרטיים עתידיים, ולהנביל באופן אפקטיבי את שיקול-דעתו, הטקסט החוקתי אינו עדוך מטבעו לספק הנחיה כזו.[12] זאת, כל זמן שהנחת-היסוד שלנו היא שהחוקה שתכונן למדינת-ישראל תהיה דומה, במישור הטקסטואלי, לתבנית המקובלת ביחס למסמכים חוקתיים כאלה.

---

[11] PAUL P. CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW 3 (1994); Richard B. Stewart, *The Reformation of Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667 (1974).

[12] ראו: DAVID BEATTY, CONSTITUTIONAL LAW IN THEORY AND PRACTICE 7 (1995) ("The grand and eloquent style in which constitutions are written, they seem to provide no help to the very questions that they are meant to resolve. Constitution seems to say everything and nothing at the same time"). מובן שאין פירוש הדבר כי עמימות טקסטואלית מסוימת אינה קיימת גם בחקיקה רגילה, אך בעיית העמימות חמורה הרבה יותר בהקשר החוקתי משום שעמימותם של טקסטים חוקתיים רבה יותר והכרחית, כמוסבר בטקסט.

טלו, לדוגמה, את הטקסט החוקתי הקיים אצלנו כיום בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. החוק מנוסח באופן קצר ו"גרעיני". הוא מצהיר, למשל, כי "אין פוגעים בקנינו של אדם"[13] (הא ותו לא). מובן כי מהצהרה כללית זו ניתן ללמוד מעט מאוד על ההסדרים הספציפיים הכרוכים בהגנה על זכויות הקניין או בפגיעה בהן, או על היקף התפרשותה של הזכות על־פני אינסוף מצבים קונקרטיים ששאלה זו עשויה להתעורר בהם. מי שנצרך לצקת תוכן לתוך הסעיף הוא בית־המשפט שצריך ליישם את החוק. בית־המשפט יכול לאמץ בהקשר זה שורה של תפיסות־עולם אשר שונות זו מזו לחלוטין, החל בתפיסה הלוקנריסטית הקיצונית שלפיה כל פגיעה בקניין הפרטי או בהתקשרויות של גורמים במסגרת השוק החופשי מהווה הפרה של ערכי החוקה,[14] וכלה בתפיסה שלפיה זכות הקניין הגלומה בסעיף מחייבת כי לכל אדם יהיה קניין מינימלי שיוכל להבטיח את קיומו בכבוד, כלומר, גישה שוויונית (או "סוציאליסטית") המבטאת השקפת־עולם חברתית הנוגדת באופן קיצוני את התפיסה הראשונה. אין שום דבר בנוסחו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – שהוא נוסח חוקתי אופייני ונפוץ[15] – שמגביל ברמה הטקסטואלית את בית־המשפט מלאמץ כל אחת משתי ההשקפות הללו, השונות כל־כך זו מזו, או קשת אינסופית של אפשרויות־ביניים. מה שיקבע את התפיסה הפרשנית של מוסד הביקורת ביחס לטקסט כזה הוא בראש ובראשונה השקפת־העולם של מי שיכהנו כחברי המוסד המבקר, וזאת בין שמרובר בהשקפת־העולם הסובסטנטיבית שלהם לגבי שאלות חלוקתיות בתחום החברתי־הכלכלי ובין שמרובר בתפיסתם לגבי מהות תפקידם כשופטים חוקתיים.[16] מי שחושב כי יש מקום לדרוש מחברי הטריבונל החוקתי המפעיל טקסט כזה מידה של אחריותיות דמוקרטית אינו יכול להסתמך על הטקסט. הוא יהיה חייב לשאול את עצמו: מי יהיו חברי הטריבונל? מה תהיה השקפת־עולמם בתחום התברתי־הכלכלי ולגבי תפקידם כשופטים? כיצד יש לבחור אותם? וכיוצא באלה.

הספקנות העקרונית לגבי יכולתו של הטקסט החוקתי להוות ערובה מתאימה להשגת אחריותיות מצידו של בית־המשפט החוקתי מקבלת תיקוף אמפירי במחקרים

---

[13] ס' 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו).

[14] Lochner v. People of the State of New York, 198 U.S. 45 (1905). פסק־הדין נידון גם אצלנו בהקשר של היקף סמכויות הביקורת השיפוטית. ראו פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, פס' 102 לפסק־דינו של הנשיא ברק.

[15] ראו, למשל, את נוסח התיקון הארבעה־עשר לחוקת ארצות־הברית (U.S Const. amend. XIV §1): "...nor shall any state deprive any person of life, liberty or property without due process of law".

[16] לניתוח המרכיבים השונים של "אקטיביזם שיפוטי" ראו, למשל: Bradley C. Canon, *Defining the Dimensions of Judicial Activism*, 66 JUDICATURE 236 (1983); רות גביזון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי – בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** (2000).

nevo.co.il

שנעשו לגבי המתודולוגיה המקובלת על בתי-משפט חוקתיים שונים ביחס לאופני האכיפה של טקסטים חוקתיים. מחקרים אלה מעניקים משנה תוקף לטענה כי טקסטים חוקתיים הם טקסטים שמעצימים (empower) את מוסדות הביקורת יותר מאשר טקסטים שמסוגלים להגביל (constrain) באופן אפקטיבי את שיקול-הדעת של מוסדות הביקורת.[17]

זאת ועוד, הטענה האמורה מקבלת משנה תוקף במציאות המשפטית במדינת-ישראל. זה כמה עשורים שולטת בכיפה בישראל תפיסה פרשנית המכונה "גישת הפרשנות התכליתית". גישה זו מייחסת משקל יחסי נמוך ביותר לטקסט המשפטי הנוגע בעניין, ומתמקדת באיתור "תכליות" הטקסט, כלומר, באיתור תפיסות מדיניות וערכים המונחים בבסיס הטקסט, הגם שלא תמיד יש להם ביטוי טקסטואלי מפורש. פסיקתם של בתי-משפט אצלנו אימצה לא-פעם במקרים קונקרטיים פתרונות שבמישור הטקסטואלי אינם תואמים – ולעיתים אף נוגדים באופן ישיר – את מה שעולה מקריאה פשוטה של הטקסט.[18] זאת ועוד, בהליך הפרשנות המשפטית ניתן משקל רב למה שמכונה "ערכי השיטה המשפטית", כלומר, לשורה של ערכי-יסוד שאינם מעוגנים בהכרח בטקסט משפטי כלשהו (לא כל שכן בטקסט הספציפי העומד לדיון), ואשר מבוססים על מה שבית-המשפט רואה כבסיס האידיאולוגי-הרעיוני (והמופשט) של השיטה המשפטית כולה.[19] כלומר, זוהי מתודולוגיה פרשנית שנותנת מעמד מרכזי לתפקידו של הפרשן כגורם שיש לו סמכות מוסדית לעצב את הפתרון המשפטי על-סמך קריאה "ערכית" ו"חופשית" במידה רבה מכבלי הטקסט הספציפי עצמו. בהנחה (הסבירה ביותר) שלמתודולוגיה הפרשנית המקובלת אצלנו עשויה להיות השפעה חזקה על הדרך שבה תפורש בעתיד החוקה,[20] אי-אפשר לסמוך על הטקסט החוקתי כמכשיר להבניה או הנחיה אפקטיביות של דרכי הביקורת השיפוטית, ולהשגת אחריותיות מצד מוסדות הביקורת.

---

17 לדיון בעניין זה ראו: Yoav Dotan, *The Spillover Effects of Bills of Rights: A Comparative Assessment of Bills of Rights on Courts in Canada and Israel*, 53 AM. J. COMP. L. 293 (2005).

18 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 157 (1993). דוגמה בולטת בהקשר זה היא בש"א 1481/96 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד מט(5) 598, 602 (1996), שם נקבע כי למרות הלשון המפורשת של סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה, בית-המשפט העליון מוסמך לקיים דיון נוסף בעניין שבו החליט בית-המשפט במקור בהרכב של חמישה שופטים.

19 ברק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 417 ואילך.

20 אהרן ברק **פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית** 125 (1992); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 89-95, 129-143 (1994) (להלן: ברק **פרשנות חוקתית**).

nevo.co.il

ג. דגמים של שפיטה חוקתית – סקירה השוואתית

על-מנת לדון בחלופות לאסטרטגיה הטקסטואלית להבטחת האחריותיות של מוסדות הביקורת השיפוטית, מן הראוי להציג את הדרכים ששיטות משפט שונות בעולם אימצו על-מנת להתמודד עם הבעיה. הסקירה ההשוואתית להלן תתמקד בשיטות המשפט העיקריות הקיימות במדינות אמריקה הצפונית, במדינות אירופה ובמדינות נוספות המשתייכות למשפחת המשפט המקובל (common law). ההגבלה של הסקירה לקבוצה (לא-קטנה) של מדינות אלה נובעת מהעובדה שהיא כוללת הן את כל הדמוקרטיות המערביות הוותיקות, שישראל שואפת להידמות אליהן, והן את רוב המדינות ששיטת המשפט שלהן קרובה – במישור ההיסטורי, המבני והתרבותי – לזו של מדינת-ישראל (המשפט המקובל). הואיל והסקירה המובאת כאן אינה נעשית לשם רוחב היריעה גרידא, אלא לשם הסקת מסקנות אופרטיביות אפשריות לגבי השיטה בישראל, לא מצאתי לנכון לכלול בסקירה זו מדינות שהן דמוקרטיות צעירות (דוגמת אלה שבאמריקה הדרומית או במזרח הרחוק), אשר שיטת הממשל, המשפט והחברה בהן שונה מאוד מזו של מדינת-ישראל, או מדינות שעד היום קיימים בהן משטרים אוטוריטריים או דמוקרטיים למחצה, או שיש בהן דמוקרטיות לא-יציבות (כגון סין, חלק ממדינות אפריקה, מדינות ערב וכולי). ממילא, ברוב המדינות הללו שבהן יוסדה דמוקרטיה וכוננה חוקה, עשו מכוונני החוקה שימוש באחד הדגמים שיידונו להלן כבסיס לחיקוי.[21]

ככלל, ניתן להבחין בין שלושה דגמים מרכזיים של שפיטה חוקתית שאומצו על-ידי רוב מדינות העולם:[22] **הדגם הראשון** הוא הדגם **האמריקאי**; הדגם השני הוא הדגם האירופי-הקונטיננטלי (להלן: **הדגם האירופי**); והדגם השלישי הוא זה של מדינות **המשפט המקובל**, ששיטת הממשל והמשפט שלהן הושפעה במידה מכרעת מהשיטה הבריטית. להלן אסקור את המאפיינים העיקריים של הקשר בין אחריותיות דמוקרטית לבין שפיטה חוקתית בשיטות המשתייכות לשלושת הדגמים הללו.

הדגם האמריקאי הוא הדגם הוותיק והידוע ביותר, וככל הנראה גם המשפיע ביותר על החשיבה בתחום בכל הנוגע לביקורת שיפוטית-חוקתית. למן הלכת Marbury v. Madison,[23] השתרשה בשיטה האמריקאית התפיסה כי לרשות השופטת – כלומר, למערכת המשפט הרגילה בארצות-הברית (המורכבת, כידוע, מערכאות פדרליות

---

[21] ראו Mavcic, לעיל ה"ש 4, ליד ה"ש 4-6. סקירתו של Mavcic מצביעה על ההתפתחות ההיסטורית של מוסדות הביקורת השיפוטית מהדגמים של הדמוקרטיות הוותיקות. עם זאת, ניתן למצוא בסקירתו גם התייחסויות לדגמים או מסגרות ספציפיים יותר הקיימים במדינות אלה.

[22] שם, ליד ה"ש 9-10.

[23] Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803). בפועל, לאחר מתן פסק-הדין, נמשך המאבק בין הקונגרס לבין בית-המשפט העליון בשאלה מיהו הגורם המוסמך להכריע בעניין חוקתיותם של חוקים עוד עשרות רבות של שנים.

nevo.co.il

ומדינתיות) – יש סמכות לפסול חוקים הנוגדים את החוקה. הסמכות האמורה, הנתונה בידי הרשות השופטת, נתפסת כמרכיב מרכזי של תפיסת "האיזונים והבלמים" במסגרת הדוקטרינה החוקתית המרכזית של הפרדת הרשויות. אלא שסמכות חשובה זו, הניתנת לכל הערכאות השיפוטיות בארצות-הברית, מהווה שטר שיש בצידו שובר. השובר הוא שיטת מינוים של השופטים בארצות-הברית. שיטת מינוים של השופטים בארצות-הברית מגוונת, ומשתנה ממדינה למדינה, אך כל השיטות השונות שמות דגש מרכזי בעקרון האחריותיות הפוליטית של השופטים. שופטים פורליים בארצות-הברית ממונים לכל ימי חייהם. מינוים נעשה על-ידי הנשיא, תוך קיום הליך של שימוע ואישור בסנט. זהו הליך שיש לו מאפיינים פוליטיים מובהקים ומוצהרים. בחירת המועמדים לשיפוט נעשית על-סמך השקפות-העולם הידועות (או המשוערות) שלהם ועל בסיס השתייכותם המפלגתית. המועמדים נחקרים באופן מדוקדק על-ידי הסנט בנוגע להשקפותיהם הפוליטיות, במיוחד לגבי עניינים ערכיים השנויים במחלוקת (הפלות, עונש מוות, דת ומדינה, וכן מידת המעורבות הראויה של הרשות השופטת בהכרעות פוליטיות). ההצבעה על אישור מועמדים לשיפוט בסנט היא הליך פוליטי מובהק, המוכרע בדרך-כלל על-פי השתייכות מפלגתית.[24] שיטת המינוי של שופטים מדינתיים משתנה ממדינה למדינה. חלק מהמדינות הולכות בעקבות הדגם הפדרלי, קרי, המינוי נעשה על-ידי מושל המדינה תוך קבלת אישור מבית-הנבחרים המדינתי. במדינות מסוימות השיטה מתאפיינת בדרישת ייצוגיות פוליטית חריפה אף יותר: השופטים עומדים לבחירה כמו כל מועמד פוליטי אחר, או שמינוים על-ידי המושל צריך להיות מאושר במשאל-עם זמן-מה לאחר המינוי. בחלק מהמדינות המינוי הוא לתקופה

---

[24] ROBERT A. CARP & RONALD STIDHAM, JUDICIAL PROCESS IN AMERICA 241 (1996); LAWRENCE BAUM, THE SUPREME COURT 49-59 (1995). אופיו הפוליטי של המינוי בא לידי ביטוי במיוחד בהקשר של מינוי שופטים פדרליים לבית-המשפט העליון, אולם מחלוקות פוליטיות עשויות למנוע מינוי שופטים גם לערכאות נמוכות יותר. כך, למשל, בשנים 2002-2003 מנעו הדמוקרטים את הנשיא ג'ורג' בוש (הבן) מלמנות שופטים לכל הערכאות בכתי-המשפט הפדרליים באמצעות פיליבסטר בסנט. לעומת זאת, היו מקרים שבהם תמכו חברי סנט משתי המפלגות במינוי מועמד מסוים שהוצג על-ידי הנשיא. כך היה, למשל, במקרה של מינוי ג'ון רוברטס לנשיא בית-המשפט העליון, שאושר ברוב גדול משתי המפלגות לנוכח האג'נדה הפוליטית המתונה שלו באופן יחסי ולנוכח כישוריו המקצועיים. כך או כך, בהליך המינוי מעורבים שיקולים פוליטיים מובהקים, שיש בהם מקום מרכזי להערכות לגבי האידיאולוגיה הפוליטית של המועמדים. ראו: David S. Law & Lawrence B. Solum, *Positive Political Theory and the Law: Judicial Selection, Appointments Gridlock and the Nuclear Option*, 15 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 51 (2006). לאופייה הפוליטי של שיטת המינויים יש גם השלכה על תוצר הפסיקה של בתי-המשפט הפדרליים. מחקרים מוכיחים כי יש מתאם בין הזהות הפוליטית של המתמנים לבין העמדות שהם מבטאים בפסיקתם. ראו, למשל: JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL (1993); ידידיה צ' שטרן "בין שופט לשיפוט" **משפט וממשל** ט 189, 212-214 וההפניות שם (2005).

קצובה, או שלגורמים פוליטיים (כגון המתוקק) או לציבור הבוחרים במדינה הרלוונטית יש סמכות ליזום הליך של משאל שבאמצעותו ניתן להעביר שופטים מכהונתם.[25] בקצרה, לצד הסמכות החוקתית הרחבה הניתנת לרשות השופטת, מובָנים בשיטת מינוים של השופטים בארצות־הברית שורה של אמצעים שאמורים להבטיח כי חברי הרשות השופטת יהיו אחראים במישור הדמוקרטי־הייצוגי כלפי הציבור שאליו מכוונות ההכרעות החוקתיות שהם מוסמכים לקבל. בהתאם, בית־המשפט העליון הפדרלי בארצות־הברית נחשב בעיני רבים כאורגן שיש לו אומנם דרכי פעולה שונות משל הרשויות המחוקקות או המבצעות, אך כחלק מן המבנה הפוליטי במובנו הרחב.

לעומת אופיים הפוליטי המובהק של הליכי מינוי השופטים בארצות־הברית, במדינות אירופה מינוי שופטים למערכת המשפט **הרגילה** הוא הליך שיש לו מאפיינים ביורוקרטיים־מקצועיים מובהקים. שופטים במערכות המשפט של מדינות כגון צרפת, גרמניה, איטליה וספרד (ושל מדינות אירופיות רבות אחרות) מתמנים לכהונתם בגיל צעיר, בדרך־כלל מייד לאחר סיום לימודי המשפטים שלהם, ועל־סמך הצטיינותם בבחינות סינון.[26] השופטים עוברים הליך של הכשרה מקצועית לקראת המינוי, שנחשב בדרך־כלל לקריירת־חיים (life-career) שיש לה מאפיינים ביורוקרטיים מובהקים של קידום הדרגתי בשלבים בתוך המערכת על בסיס הצטיינות מקצועית.[27] ברובן המכריע של מדינות אירופה לא התקיים מוסד ביקורת שיפוטית עד לתום מלחמת־העולם השנייה.[28] אולם מייד לאחר מלחמת־העולם השנייה, עם כינון חוקות חדשות ודמוקרטיות בגרמניה ובאיטליה, נדרשו מכונני החוקות לשאלת הביקורת השיפוטית. תהליך דומה התרחש בצרפת עם כינונה של חוקת הרפובליקה הרביעית בשנת 1958,[29] וכן בספרד, בפורטוגל וביוון לאחר נפילת המשטרים הפשיסטיים וכינון שיטה דמוקרטית במהלך שנות השבעים והשמונים. אל מדינות אירופה המערביות הצטרפו רוב מדינות מזרח אירופה זמן קצר לאחר נפילת מסך־הברזל והתמוטטות המשטרים הקומוניסטיים. במדינות צ'כיה, הונגריה, פולין, סלובקיה, רוסיה ובמדינות נוספות כוננו חוקות שתאמו את הדגם המערבי הדמוקרטי, ואשר כללו את מוסד הביקורת השיפוטית.[30]

---

25 Carp & Stidham, שם, בעמ' 258.

26 David P. Currie, The Constitution of the Federal Republic of Germany 155 (1994); Marc Tushnet, Viki Jackson *et al.*, Comparative Constitutional Law 488-542 (1999); Gustavo Fernandes De Andrade, *Comparative Constitutional Law: Judicial Review*, 3 U. Pa. J. Const. L. 977 (2001).

27 De Andrade, שם, בעמ' 984-986.

28 המדינה הראשונה שאימצה את הדגם של בית־משפט חוקתי הייתה אוסטריה, בחוקת 1920, שהושפעה מעבודתו של הנס קלזן. ראו Mavcic, לעיל ה"ש 4, תחת הכותרת "The 'Austrian' (Continental – Constitutional Review) Model".

29 שם, תחת הכותרת "The 'French' (Continental) Model".

30 שם, ליד ה"ש 8, וכן Ferejohn & Pasquino, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1671-1672.

nevo.co.il

בכל המדינות הללו, וכן במדינות קונטיננטליות נוספות שאימצו את מוסד הביקורת השיפוטית (כגון בלגיה, לוקסמבורג ושוודיה), החליטו מכונני החוקה לא להפקיד את סמכות הביקורת השיפוטית בידי מערכת המשפט הרגילה. זאת, לנוכח ההכרה בכך ששפיטה חוקתית מצריכה ראיית־עולם פוליטית־ערכית, וששיטת המינויים למערכת בתי־המשפט הרגילה אינה ערוכה להבטיח אחריותיות דמוקרטית מספקת.[31] במקום זאת, כוננו החוקות האירופיות **מוסדות חדשים, שאינם נחשבים לחלק ממערכת המשפט הרגילה, קרי, בתי־משפט חוקתיים**. הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים הופקדה בידי המוסדות הללו באופן **בלעדי**. השוני **בין** מוסדות הביקורת החוקתית לבין מערכת השיפוט הרגילה של מדינות אירופה בא לידי ביטוי במישורים רבים (ראו להלן), אך מאפיין בולט אחד נוגע בדרכי המינוי והכהונה של בתי־משפט אלה.[32] **בניגוד** להליכי המינוי של שופטים דגילים, **שהם** כאמור ביורוקרטיים מקצועיים, הליכי המינוי של שופטי בתי־המשפט החוקתיים בשיטות האירופיות הם הליכים פוליטיים מובהקים, ומטרתם להבטיח את האחריותיות הדמוקרטית של חברי מוסדות אלה. להלן נמנה כמה מן המאפיינים הללו.

ראשית, בניגוד להליך המקובל במערכת המשפט הרגילה במדינות הקונטיננט, מינוים של שופטי בתי־המשפט החוקתיים הוא לתקופה קצובה.[33] *שנית*, סמכות המינוי נתונה בידי גורמים פוליטיים־ייצוגיים, וברוך־כלל הכוח מבוזר בין שורה של גורמים כאלה. חברי בית־המשפט החוקתי בגרמניה, למשל, נבחרים על־ידי בית־הנבחרים (מחציתם על־ידי **הבית** העליון ומחציתם על־ידי הבית התחתון). בצרפת, שלושה מבין תשעת חברי המועצה החוקתית נבחרים על־ידי נשיא הרפובליקה, שלושה נבחרים על־ידי יושב־ראש האספה הלאומית, ושלושה – על־ידי יושב־ראש הסנט. באיטליה, המישה מבין חמישה־עשר חברי הטריבונל החוקתי נבחרים על־ידי נשיא הרפובליקה, חמישה נבחרים על־ידי שני בתי הפרלמנט, וחמישה נבחרים במשותף על־ידי חברי בית־המשפט העליון האזרחי וחברי בית־המשפט העליון המִנהלי. בספרד, מבין שנים־עשר שופטים, שניים ממונים על־ידי הממשלה, שניים נבחרים על־ידי הרשות

---

31 TUSHNET & JACKSON, לעיל ה"ש 26, בעמ' 457-458. ראו גם: MAURO CAPPELLETTI, JUDICIAL REVIEW IN THE CONTEMPORARY WORLD (1971).

32 מאפיינים חשובים נוספים הנובעים מההפרדה של בית־המשפט החוקתי ממערכת המשפט הכללית נוגעים במישור הדיוני, כלומר, בשאלה כיצד, אם בכלל, ניתן להעביר שאלה שהתעוררה במסגדת הליך משפטי דגיל לשיפוטו של בית־המשפט החוקתי. ראו את הדיון בפרק ד להלן, בטקסט שליד ה"ש 68.

33 תשע שנים בצרפת, באיטליה, בספרד, בפורטוגל ובהונגריה, עשר שנים בצ'כיה ושתים־עשרה שנים בגרמניה. ראו: NORMAN DORSEN, MICHAEL ROSENFELD *et al.*, COMPARATIVE CONSTITUTIONALISM: CASES AND MATERIALS 132 (2003); Ferejohn & Pasquino, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1681-1682.

השופטת, ויתר שמונת השופטים נבחרים על-ידי הפרלמנט ברוב מיוחד.[34] *לכסוף*, חברי הטריבונלים החוקתיים אינם חייבים – בדרך-כלל – להיות שופטים מכהנים, או אף להיות כשירים לכהן כשופטים. בצרפת, למשל, רוב חברי המועצה החוקתית הם פוליטיקאים מקצועיים (או כאלה שניהלו קריירה של פוליטיקאים מקצועיים) או אנשי אקדמיה, ולחלקם אין השכלה משפטית כלל. באיטליה, שבה החוקה דורשת השכלה משפטית מחברי הטריבונל החוקתי, נבחרים בדרך-כלל פרופסורים למשפט לכהן כחברי הטריבונל. ברוב השיטות הללו, השתייכות פוליטית של המועמדים, או לפחות השקפת-עולמם הפוליטית, נחשבות אמות-מידה מרכזיות ולגיטימיות למינוי חברי בית-המשפט החוקתי.[35]

קבוצת המדינות השלישית שיש מקום לבחון את ההסדרים החלים בה בנוגע להבטחת האחריותיות החוקתית היא קבוצת **מדינות המשפט המקובל**.[36] במדינות אלה, ששיטת המשפט שלהן הושפעה מן המורשת הבריטית, אומצה בדרך-כלל חוקה עליונה ונוקשה רק לגבי מדינות פדרליות ורק כדי להסדיר את היחסים בין השלטון המרכזי לבין מרכיבי הפדרציה (קנדה, אוסטרליה). בהתאם, במדינות אלה מקובל שהליך מינוים של השופטים הוא הליך בעל מאפיינים מקצועיים מובהקים, ורמת האחריותיות הפוליטית של השופטים נחשבת ככלל לנתון שאינו רלוונטי להליך זה. תפיסה זו, שלפיה הליך מינוים של השופטים אינו נחשב פוליטי-מפלגתי באופיו, מקובלת במדינות המשפט המקובל, אף שבאופן פורמלי הגורם הממנה את השופטים הוא עצמו גורם פוליטי ברובד-כלל. למשל, מינוי שופטים באנגליה נעשה על-ידי הלורד צ'נסלור, שהוא חבר

---

34 לסקירה משווה בעניין זה ראו דפנה בן-פורת "הסדרים חוקתיים הנוגעים למינוי שופטים, לעצמאות השפיטה ולסמכויות בתי-המשפט – סקירה משווה" **הכנסת – מרכז מחקר ומידע** (2004) www.knesset.gov.il/mmm/doc.asp?doc=m00957&type=pdf.

35 ראו Currie, לעיל ה"ש 26, בעמ' 194. עם זאת, אין פירוש הדבר שרמת הפוליטיזציה של תהליך המינוי היא גבוהה בהכרח. למשל, יש הטוענים כי למרות המאפיינים הפוליטיים המובהקים של הליך המינוי לבתי-המשפט החוקתיים באירופה, בפועל המינויים נעשים על בסיס מוניטין משפטי-מקצועי יחד מאשר על-סמך שיקולים מפלגתיים, וזאת גם כאשר הרשויות הממנות הן רשויות פוליטיות-מפלגתיות מובחקות (כגון הפרלמנט או נשיא המדינה). ראו Ferejohn & Pasquino, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1681-1682. כך או כך, הפרופיל הציבורי של הליכי מינוי שופטים במדינות אירופה, מבחינת היקף הסיקור התקשורתי, נחשב נמוך בהרבה מזה הכרוך במינוי שופטים פדרליים בארצות-הברית (ראו להלן).

36 לדיון במדינות המשפט המקובל כמי שאימצו דגם מיוחד של קונסטיטוציונליזם ראו, למשל: Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 Am. J. Comp. L. 707, 709 (2001); Po Jen Yap, *Rethinking Constitutional Review in America and the Commonwealth: Judicial Protection of Human Rights in the Common Law World*, 35 Ga. J. Int'l & Comp. L. 99 (2006); Mark Tushnet, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights-and-Democracy-Based Worries*, 38 Wake Forest L. Rev. 813 (2003).

nevo.co.il

קבינט;[37] בקנדה מינוי השופטים נעשה על-ידי ראש הממשלה או שר המשפטים הפדרלי;[38] באוסטרליה המינוי נעשה על-ידי הקבינט;[39] בניו-זילנד הוא נעשה על-ידי הקבינט, על-סמך המלצה של היועץ המשפטי לממשלה (ה-Attorney General);[40] ובהודו המינוי נעשה על-ידי נשיא המדינה, בהיוועצות עם שופטי בית-המשפט העליון.[41]

במסורת המשפטית המקובלת בעולם המשפט המקובל, הליך המינוי אמור להיות מנותק לחלוטין משיקולים הנוגעים בתפיסת-עולמם הפוליטית של המועמדים לשיפוט, ואמות-המידה המקובלות כלגיטימיות למינוי שופטים הן מצוינות משפטית, תכונות אופי ראויות במישור האישי ויכולות מקצועיות טכניות הנדרשות למלאכת השפיטה.[42] נוסף על כך קיים ויכוח בעולם המשפט המקובל בשאלה אם הרכב השופטים צריך להוות שיקוף של ההרכב החברתי במדינה מבחינת מינם, מוצאם האתני, דתם וכדומה.[43] כך או כך, האחריותיות הפוליטית של שופטים – כלומר, הצורך לבחון את תפיסותיהם האיריאולוגיות בסוגיות שנויות במחלוקת ומידת ההזדהות הפוליטית שלהם – היא שיקול שמוצא לחלוטין מגדר הדיון בכל הנוגע למינוי שופטים. קרי, מדובר בשיקול לא-רלוונטי לא רק משום שהוא אינו חשוב, אלא מכיוון שעידוב

37 STANLY DE SMITH & RODNEY BRAZIER, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 397 (1994). באנגליה נעשתה לאחרונה רפורמה בהליכי מינוים של השופטים, וחלק מהסמכויות למינוי השופטים הועברו מהלורד צ'נסלור לוועדת מינוי שופטים בת חמישה-עשר חברים (Judicial Appointment Commission). ראו: Constitutional Reform Act 2005. אולם גם לאחר החוק החדש נותר לצ'נסלור תפקיד מרכזי בהשיבותו בהליכי המינוי (ס' 82-83 לחוק). הרכבה של ועדת המינויים מגוון, וכולל שופטים, עורכי-דין ונציגי ציבור (תוס' 12 לחוק).

38 PETER W. HOGG, THE CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 228–229 (1996); Marc C. Miller, *A Comparison of the Judicial Role in the United State and in Canada*, 22 SUFFOLK TRANSNAT'L L. REV. 1, 18 (1998).

39 Mita Bhattacharya & Russell Smyth, *The Determinations of Judicial Prestige and Influence: Some Empirical Evidence from the High Court of Australia*, 30 J. LEGAL STUD. 223, 229 (2001).

40 David A.R. Williams, *The Judicial Appointment Process*, 2004 NZ L. R. 39, 65.

41 M.P. Singh, *Securing the Independence of the Judiciary – The Indian Experience*, 10 IND. INT'L & COMP. L. REV. 245, 252 (2000).

42 Williams, לעיל ה"ש 40, בעמ' 43-44.

43 שם, וכן: Rachel Davis & George Williams, *Reform of the Judicial Appointments Process: Gender and the Bench of the High Court of Australia*, 27 MELB. U. L. REV. 819 (2003). לדיון בהצעה להחיל את עקרון השיקוף גם לגבי מינוי שופטים בישראל ראו שמעון שטרית **על השפיטה – מערכת הצדק במשפט** 288-293 (2004).

שיקולים מעין אלה בהליך מינוים של השופטים נחשב פסול מעיקרו ובגדר פגיעה בעקרון אי־התלות של הרשות השופטת.[44]

ההתנגדות בעולם המשפט המקובל להשגת אחריותיות פוליטית־אידיאולוגית בכל הנוגע להליכי מינוי של שופטים אינה מפתיעה, משום שהנחת־היסוד ההיסטורית של מערכות המשפט הללו הייתה שלשופטים אין סמכויות הכרעה חוקתיות. דהיינו, התפיסה לגבי דרכי המינוי של בתי־המשפט תואמת לחלוטין את תפיסת השיפוט כמלאכה משפטנית־מקצועית שביסודה השאיפה להגשים באופן המדויק ביותר את הכרעותיו של המחוקק הנבחר במסגרת דגם שלטון החוק (ראו לעיל). תפיסה זו תואמת היטב גם את ההתנגדות של מסורת המשפט המקובל למוסד הביקורת השיפוטית. בניגוד לארצות־הברית, שתפיסת החוקתיות שלה מבוססת על עקרון הפרדת הרשויות, העיקרון החוקתי המרכזי של הדגם הבריטי היה ריבונות הפרלמנט. המרכזיות של רעיון ריבונות הפרלמנט בתשיבה הפוליטית והחוקתית באנגליה מסבירה היטב מדוע בבריטניה, כמו־גם בחלק מהמדינות שאימצו את מסורת המשפט המקובל, אין חוקות פורמליות אפילו כיום, ובאלה שקיימות בהן חוקות, היקף הביקורת השיפוטית מוגבל. בבריטניה עצמה, למשל, לא כוננה עריין חוקה פורמלית, ואין בשיטת המשפט שלה מוסד של ביקורת שיפוטית, וזאת אף־על־פי שתפיסת עליונות הפרלמנט נשחקה בהתמדה בעשורים האחרונים לנוכח הצטרפותה של בריטניה לאיחוד האירופי וחקיקתו של ה־Human Rights Act.[45] זה המצב גם בניו־זילנד, שבה ממשיכה לשדוד תפיסה השוללת את הצורך בחוקה פורמלית ובמוסד הביקורת השיפוטית.[46] אותן מדינות ממשפחת המשפט המקובל שאימצו חוקות פורמליות בשלבים מוקדמים עשו זאת בדרך־כלל רק כדי להסדיר את היחסים בין השלטון המרכזי לבין היחידות הפדרליות,

---

44 לדיון נוסף בעניין זה ראו Bhattacharya & Smyth, לעיל ה"ש 39, בעמ' 229-232; Williams, לעיל ה"ש 40, בעמ' 47-48; Smith & Brazier, לעיל ה"ש 37, בעמ' 398.

45 על־פי ה־Human Rights Act 1998, כל רשויות הממשל בבריטניה כפופות לחובה לקיים את הוראות האמנה האירופית על זכויות האזרח, ולבתי־המשפט הבריטיים הוענקה הסמכות לקבוע "אי־התאמה" של חקיקה להוראות החוק. ראו: Ariel L. Bendor & Zeev Segal, *Constitutionalism and Trust in Britain: An Ancient Constitutional Culture, A New Judicial Review Model*, 17 Am. U. Int'l L. Rev. 683 (2002).

46 בניו־זילנד חוקק הפרלמנט חוק מגילת זכויות (Bill of Rights Act 1990, 1990 S.N.Z. No. 109), אך בניגוד למצב בבריטניה, חוק מגילת הזכויות בניו־זילנד אינו מעניק לבתי־המשפט סמכות מפורשת אפילו בנוגע להצהרות בדבר אי־תאימות, אלא דק קובע (בסעיף 6) כי חובה על בתי־המשפט לפרש כל חקיקה בהתאם לזכויות הקבועות במגילה. ראו: Matthew S.R. Palmer, *Using Constitutional Realism to Identify the Complete Constitution: Lessons from an Unwritten Constitution*, 54 Am. J. Comp. L. 587 (2006); Gardbaum, לעיל ה"ש 36, בעמ' 729. לתיאור התפתחותה של הסמכות הפרשנית של בתי־המשפט בניו־זילנד ביחס למגילת הזכויות ראו: James Allan, *Turning Clark Kent into Superman: The New Zealand Bill of Rights Act 1990*, 9 Otago L. Rev. 613 (2000).

nevo.co.il

תוך שחן שוללות את מוסד הביקורת השיפוטית בעניינים שאינם נוגעים בפרדליזם. זה היה המצב בקנדה, למשל, עד לקבלת הצ'רטר על זכויות האזרח בשנת 1982,[47] וזה המצב באוסטרליה, שבה החוקה הפדרלית אינה כוללת גם כיום מגילת זכויות.[48]

אין בכוונתי לטעון, כמובן, כי הדגם הקונסטיטוציוני של המשפט המקובל שולל כיום לחלוטין את האפשרות של ביקורת שיפוטית. למעשה, ברבות מבין מדינות המשפט המקובל ניכרת בשנים האחרונות נטייה לאמץ הֶסדרים של ביקורת שיפוטית, אך ההתפתחויות בתחום זה הדרגתיות, וההסדרים שאומצו הם בדרך־כלל חלקיים.[49] במילים אחרות, במדינות המשפט המקובל התפתחה תפיסה **רבגונית** של מוסד הביקורת השיפוטית, המכירה בכך שבין שני המצבים הקיצוניים – ביקורת שיפוטית מלאה מזה והעדר כל ביקורת חוקתית מזה – קיימת קשת של אפשרויות־ביניים.[50]

---

47 CHRISTOPHER P. MANFREDI, JUDICIAL POWER AND THE CHARTER 31(1993). לאחר קבלת הצ'רטר בשנת 1982 הורחבה מאוד הביקורת השיפוטית בקנדה, ובתי־המשפט שם פסלו לא־פעם חוקים של הפרלמנט. ראו, למשל, Gardbaum, לעיל ה"ש 36, בעמ' 719-727; Sujit Choudhry, *So What is the Real Legacy of Oaks? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1*, 34 S. C. L. REV. (2d) 501 (2006). עם זאת, גם כיום היקף הסמכות החוקתית של בתי־המשפט בקנדה קטן באופן משמעותי מזה הקיים בארצות־הברית או בקונטיננט לנוכח אפשרות ה"התגברות" – ראו הדיון להלן בטקסט ליד ה"ש 61. כאן המקום לציין כי כניגוד לנהוג ברוב מדינות המשפט המקובל, בהודו קיימת חוקה פורמלית המעניקה לבית־המשפט את הסמכות לביקורת שיפוטית. לעיון ראו: S.P. Sathe, *Judicial Activism: The Indian Experience*, 6 WASH. U. J.L.& POL'Y 29, 38–39 (2001). ראו גם Yap, לעיל ה"ש 36, בעמ' 107-110.

48 TONY BLACKSHIELD & GEORGE WILLIAMS, AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL LAW AND THEORY 151–152 (2006); Douglas J. Stewart, *Rights of Children: Educational and Legal Implications for Schools: An Australian Perspective*, B.Y.U. EDUC. & L.J. 255, 258–260 (2002). לניסיונות לתקן את החוקה האוסטרלית ולהוסיף לה מגילת זכויות ראו BLACKSHIELD & WILLIAMS, שם, בעמ' 1410-1413.

49 החריג הבולט הוא הודו, שבה קיימת חוקה פורמלית וסמכות ביקורת שיפוטית מלאה, והחוקה משוריינת בכך שתיקונה מצריך רוב של שני שלישים בכל אחד מבתי הפרלמנט ואישור של נשיא המדינה (INDIA CONST. art. 368). למעשה, בתי־המשפט בהודו הרחיקו לכת אף יותר מעמיתיהם בכל מדינה אחרת כאשר הכפיפו לביקורת שיפוטית את עצם הסמכות לתקן את החוקה, אשר נתונה באופן פורמלי בידי הפרלמנט, כך שתיקוני חוקה שסתרו הידויות־יסוד נפסלו על־ידי בית־המשפט העליון (Kesavananda Bharati v. Kerala, [1973] Supp. S.C.R. 1). ראו בעניין זה Sathe, לעיל ה"ש 47, בעמ' 46-50. ספק, עם זאת, אם הדוגמה ההודית רלוונטית לדיון הנוכחי (ראו לעיל טקסט לפני ה"ש 21). לטענה כי בית־המשפט העליון בהודו פועל במציאות המנותקת באופן מוחלט מהמציאות החברתית הקיימת במדינה זו, ראו, למשל: Jamie Cassels, *Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?* 37 AM. J. COMP. L. 495, 515 (1989).

50 ראו Gardbaum, לעיל ה"ש 36, בעמ' 710, 742-745.

nevo.co.il

עובדה זו תואמת היטב את ההסדרים של מינוי השופטים באותן מדינות, המבוססים כאמור על תפיסה של שפיטה מקצועית, ולא על בחירת שופטים לפי מפתחות של ייצוגיות פוליטית.[51]

ד. ההסדר הראוי לביקורת שיפוטית במסגרת חוקה בישראל – הצעה מעשית

1. הכרחיות הקשר בין סמכות חוקתית לאחריותיות

המסקנה העולה מהניתוח ההשוואתי שערכתי היא שקיימת מוסכמה כללית המקובלת כמעט בכל שיטות הממשל והמשפט של העולם המתקדם, והיא המוסכמה הדמוקרטית הבסיסית שלפיה לכל **סמכות** במשטר דמוקרטי חייבת להתלוות **אחריותיות**. ביטויה של מוסכמה זו בהקשר הנידון כאן הוא שכמעט כל שיטות הממשל הקיימות כיום שוללות הלכה למעשה מצב שבו מוענקת לטריבונל שיפוטי כלשהו סמכות ביקורת שיפוטית-חוקתית מבלי שיהיו לצידה הֶסדרים שיבטיחו רמת אחריותיות דמוקרטית גבוהה של הגורם המבקר. בפועל, כל שלושת הדגמים החוקתיים שתוארו במסגרת הסקירה המשווה התמודדו, כל דגם בדרכו שלו, עם בעיית הקשר שבין סמכות חוקתית לאחריותיות דמוקרטית: הפתרון האמריקאי לבעיה הוא הענקת סמכות ביקורת שיפוטית למערכת המשפט הרגילה, תוך הבטחת רמה גבוהה של אחריותיות פוליטית בהליכי המינוי של שופטים פרליים ומדינתיים;[52] הפתרון שאומץ באירופה, לעומת זאת, היה הוצאת השפיטה החוקתית מגדר סמכותם של בתי-המשפט הרגילים והפקדתה בידי טריבונלים חוקתיים מיוחדים שעומדים בדרישות מוגברות של אחריותיות דמוקרטית; ואילו הפתרון הנהוג במערכת המשפט המקובל מבוסס על שימור האוטונומיה המקצועית של הרשות השופטת (קרי, ויתור על אחריותיות דמוקרטית מקיפה), אך תוך צמצום חד של היקף סמכויות הביקורת השיפוטית בשיטה הממשלית בכללותה.

---

[51] ראו, למשל, Yap, לעיל ה"ש 36, בעמ' 100: "The Discomfort with the Judiciary's power to nullify the legislative commands of an elected majority eventually prompted various Commonwealth legislatures to initiate their own unique constitutional responses to the intricate conundrum of balancing legislative supremacy with the judicial protection of human rights".

[52] מסיבה זו הולכת וגוברת לאחרונה הביקורת על העדר ההגבלה של זמן כהונתם של שופטי בית-המשפט העליון הפדרלי בארצות-הברית. ראו, למשל: Judith Resnik, *Judicial Selection and Democratic Theory: Demand, Supply And Life-Tenure*, 26 CARDOZO L. REV. 579 (2005); David R. Stras & Ryan W. Scott, *Retaining Life Tenure: The Case for a Golden Parachute*, 83 WASH. U. L.Q. 1397 (2005), available at ssrn.com/abstract=818724.

nevo.co.il

מן הדברים האמורים לעיל ניתן להסיק כמה מסקנות־ביניים לגבי ההסדר החוקתי הראוי בישראל: ראשית, דומה כי התפיסה הכללית שפורטה לעיל, שלפיה נדרש קשר בין קיומה והיקפה של סמכות ביקורת שיפוטית לבין הבטחת אחריותיות דמוקרטית ברמה מתאימה מצד הגורם המבקר, צריכה לחול גם אצלנו, כשם שהיא חלה בכל דמוקרטיה חוקתית אחרת. כל זמן שישראל רואה את עצמה כמשתייכת למשפחת המדינות הדמוקרטיות, התפיסות המקובלות בשיטות המשפט במדינות אלה צריכות לחול גם בישראל. מכאן נובע **שכל מהלך שייעשה בישראל להענקת סמכות ביקורת חוקתית לגורם כלשהו צריך להבטיח את מידת האחריותיות הדמוקרטית של אותו גורם.**

שנית, יש מקום לציין כי בעיית האחריותיות הדמוקרטית של גורמי הביקורת החוקתית בישראל חריפה יותר על פניה מאשר בכל שיטות המשפט שהוזכרו לעיל.[53] הסיבה לכך היא שבישראל, מחד גיסא, אף שטרם כוננה חוקה פורמלית, קיימת למן שנת 1992 פעילות נרחבת של בתי־המשפט הרגילים בתחום הביקורת השיפוטית, ומאידך גיסא, רמת האחריותיות הדמוקרטית של מערכת בתי־המשפט הרגילים שלנו נמוכה אף בהשוואה למדינות אחרות המשתייכות למשפחת המשפט המקובל. כידוע, מינוי שופטים בישראל נעשה על־ידי ועדה שיש בה ייצוג מכריע לגורמים שאינם פוליטיים באופיים (בראש ובראשונה לשופטי בית־המשפט העליון עצמם ולחברי לשכת עורכי־הדין).[54] שיטת מינוי זו, שיש לה יתרונות ניכרים כל זמן שהשפיטה נתפסת כמלאכה מקצועית־טכנית,[55] לוקה בכל מה שנוגע ביכולת להבטיח את רמת האחריותיות הדמוקרטית של מי שעוסק במלאכת הביקורת החוקתית. כאן המקום להזכיר כי גם במדינות אחרות ממשפחת המשפט המקובל שקיימת בהן ביקורת שיפוטית (כגון הודו או קנדה) מינוי השופטים נתון, להלכה לפחות, בידי גורם פוליטי־אקזקוטיבי.[56] **מצב־דברים זה מותיר לשיטה המשפטית גמישות יחסית לנקוט צעדים להגברת האחריותיות הדמוקרטית של הליכי המינוי מבלי שיהיה צורך ברפורמות חוקתיות מרחיקות־לכת. אך כאמור, מצב־דברים זה אינו קיים במדינת־ישראל לנוכח שיטת המינויים המקובלת אצלנו כיום.**

---

[53] לסקירה השוואתית מקיפה המצביעה על כך ששיטת מינוים של השופטים בישראל לוקה ברמה נמוכה של אחריותיות דמוקרטית בהשוואה לרוב שיטות המשפט בעולם ראו גם מדרכי הלר "מינוי שופטים – הפתרון למשבר העליון" **תכלת** 8, 54, 58-62, 71-72 (1999).

[54] עם זאת, ראוי לציין כי ארבעה מבין תשעת חברי הוועדה למינוי שופטים הם גורמים פוליטיים: שני שרים (ביניהם שר המשפטים, המכהן כיושב־ראש הוועדה) ושני חברי־כנסת (שאחד מהם, כאופן מסורתי, נבחר משורות האופוזיציה).

[55] יואב דותן "האם ישראל צריכה בית משפט לחוקה?" **משפט וממשל** ח 117, 137-140 (1999).

[56] למעשה, בכל השיטות הללו קיימות קונוונציות מושרשות של היוועצות עם גורמים מקצועיים. ראו Williams, לעיל ה"ש 40, בעמ' 41-42, וראו גם את האמור לעיל בטקסט ליד ה"ש 41.

יוצא שכבר כיום מצויה הביקורת השיפוטית אצלנו במצב של "גירעון דמוקרטי" משמעותי. גירעון זה צפוי להחריף לרמות שהן מעבר לנסבל, אם תכונן אצלנו חוקה פורמלית שתרחיב את סמכויות הביקורת החוקתית של בתי־המשפט הרגילים מבלי לתת את הדעת לשאלת האחריותיות הדמוקרטית.

2. ביקורת שיפוטית: סמכויות ותרופות

במהלך הדיון בשאלת האחריותיות החוקתית בחלקים הקודמים הצבעתי על האפשרות להסדיר את שאלת האחריותיות של הביקורת השיפוטית באמצעות תיחום והגבלה של היקף הסמכויות הנתונות לגורמי הביקורת. בחלק הנוכחי אסקור בקצרה אפשרויות אחרות בהקשר זה.

עקרונית, הענקת סמכות של ביקורת שיפוטית בחוקה אין פירושה בהכרח הענקת סמכות מוחלטת לבית־המשפט להכריז על בטלותו של כל חוק שנוגד להשקפתו את התוקה. כלומר, הכרעה חוקתית בדבר כינונה של ביקורת שיפוטית־חוקתית אינה הכרעה של "הכל או לא־כלום", אלא יש בעניין זה קשת של אפשרויות־ביניים, שמן הראוי לסקור אותן. הסקירה להלן תיעשה "מהקל אל הכבד".

קיימות שיטות משפט שחוקתן שוללת במפורש אפשרות של ביקורת שיפוטית בכלל (כגון הולנד, בסעיף 120 לחוקה) או ביחס לסוגי חקיקה מסוימים (כגון החוקה השווייצית, אשר שוללת ביקורת שיפוטית על חקיקה פדרלית אך מכירה במוסד הביקורת לגבי חקיקה של הקנטונים).[57] קיימת אפשרות עקרונית להפריד בין הסמכות **לפרש** את החוקה לבין הסמכות **לאכוף** את הוראותיה. בשיטה שמאמצת הפרדה כזו תינתן לבית־המשפט המבקר הסמכות לקבוע כי חוק נתון סותר את החוקה, אך לקביעה זו יהיה תוקף הצהרתי בלבד, והמצב המשפטי לא ישתנה כל זמן שהמחוקק לא נקט בעניין זה שום פעולה. כלומר, בשיטה כזו הקביעה השיפוטית בדבר אי־התאמת החוק לחוקה מהווה המלצה למחוקק, שנדרש לנקוט בעקבותיה פעולה. זה המצב בבריטניה לאחר חקיקת ה-Human Rights Act. החוק קובע מפורשות כי הצהרת אי־התאמה לאמנה האירופית לזכויות האדם מצד בית־משפט אינה פוגעת בתוקפו של החוק העומד לדיון.[58]

---

57 De Andrade, לעיל ה"ש 26, בעמ' 987.

58 Human Rights Act sec. 4(6). מצב דומה שורר בניו־זילנד, שבה חוק זכויות האזרח (ראו לעיל ה"ש 46) קובע גם הוא מפורשות כי הצהרת אי־התאמה מצד בית־המשפט אינה פוגעת, כשלעצמה, בתוקף החוק העומד לדיון. ההבדל העיקרי בין בריטניה לבין ניו־זילנד הוא שחוק זכויות האזרח בבריטניה הוא אומנם חוק רגיל, אך יש לו מעמד מועדף מכוח העובדה שהוא מיישם את הוראות האמנה האירופית לזכויות האדם, ולכן הפרה של החוק עשויה להוביל לביטול החקיקה הרלוונטית על־ידי בית־המשפט האירופי לזכויות האזרח. בניו־זילנד, לעומת זאת, חוק זכויות האזרח הוא חוק רגיל לכל דבר, ויישום הצהרה שיפוטית בדבר אי־התאמה נתון כל־כולו לשיקול־דעתו של הפרלמנט. ראו בעניין זה: Kent Roach, *Constitutional, Remedial, and International Dialogues about*

nevo.co.il

ראוי לציין כי גם בשיטה משפטית כזו, שבה אין לבית־המשפט סמכות ישירה לפסול את החוקים, אין מקום להקל ראש בסמכות החוקתית הנתונה לבית־המשפט. למעשה, שיטה כזו מעניקה לבית־המשפט המבקר עוצמה רבה מכמה בחינות. ראשית, בהנחה ששיטה כזו מאמצת את התפיסה כי לבית־המשפט – למרות העדר הסמכות לבטל חוקים – יש מעמד עליון בכל הנוגע **לפרשנות** החוקה, קביעת בית־המשפט לגבי אי־החוקתיות מהווה את הקביעה המוסמכת של השיטה החוקתית בעניין זה. שנית, במישור המעשי, קביעה כזו תיצור ללא ספק לחץ כבד על המחוקק לפעול לשינוי המצב. זאת, משום שמדגע שנעשתה הקביעה השיפוטית, השיטה כולה מצויה במצב של "אי־חוקתיות", מצב שהמחוקק יתקשה להתעלם ממנו. אכן, הניסיון בבריטניה מלמד כי כמעט בכל המקרים שבהם קבעו בתי־המשפט כי חקיקה מסוימת נמצאת במצב של אי־תאימות ביחס לחוק זכויות האזרח, הזדרז הפרלמנט ותיקן את החוק.[59]

מבחינות מסוימות ניתן לטעון כי ביקורת שיפוטית באמצעות קביעות פרשניות, וללא סמכות לפסול את החקיקה באופן ישיר, עשויה להעניק לבית־המשפט עוצמה רבה יותר מאשר במצב החלופי. קביעות פרשניות של בית־המשפט עשויות להיות תובעניות יותר, מנקודת־ראותו של המחוקק, מאשר צווים שמבטלים סעיף כזה או אחר בחקיקה, משום שהן עשויות לכבול באופן ממשי את היקף שיקול־הדעת של המחוקק בבואו לתקן את החקיקה.[60] ניתן גם לטעון שדווקא העובדה שבית־המשפט אינו יכול לפסול ישירות דבר חקיקה, אלא רק להצהיר על אי־התאמה לחוקה, עשויה לעודד את בית־המשפט "ללחוץ על ההדק" החוקתי ביתר קלות.

אפשרות אחרת היא להעניק לבית־המשפט החוקתי סמכות לפסול חקיקה הנוגדת את החוקה, אך לאפשר לפרלמנט להפוך את קביעת בית־המשפט, וזאת בפרוצדורה שאינה מחייבת שינוי מלא של החוקה. פסקות "התגברות" כאלה קיימות בצ'רטר

Yap, *Rights: The Canadian Experience*, 40 TEX. INT'L L.J. 537, 547 (2005); **לעיל ה"ש 36, בעמ' 124-127.**

59 ראו: Declarations of incompatibility made under section 4 of the Human Rights Act 1998, www.dca.gov.uk/peoples-rights/human-rights/pdf/decl-incompat-tabl.pdf. מעבר לכך, **לחוק זכויות האזרח היו השלכות רחבות על פרקטיקות החקיקה של הפרלמנט הבריטי** ועל **דרכי קבלת ההחלטות ברשויות המנהל בבריטניה.** ראו: David Feldman, *The Impact of the Human Rights Act of 1998 on English Public Law* (2005), www.law.cam.ac.uk/docs/view.php?doc=2681.

60 Fredrick Schauer, *Ashwander Revisited*, 1995 SUP. CT. REV. 71; Victor Ferreres Comella, *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism*, 82 TEX. L. REV. 1705, 1723 (2004). **עם זאת, ניתן לטעון כי גם פסיקה המבטלת חוק יכולה לגלול הנמקה מפורטת שיהיה בה כדי להגביל את שיקול־הדעת של המחוקק בבואו לחוקק מתדש את החוק שבוטל.**

nevo.co.il

הקנדי[61] וגם, כידוע, בחוקי־היסוד שלנו.[62] ניתן כמובן להרחיק צעד נוסף לכיוון הקשחת המשמעות של ההתערבות השיפוטית, ולקבוע כי ההתגברות מחייבת רוב מיוחד בבית־המחוקקים[63] או שתוקפו של החוק המתגבר מוגבל בזמן. כל זאת, עוד לפני שמגיעים לקצה הספקטרום של הענקת סמכויות ביקורת חוקתית (הסמכות השיפוטית לפסול חקיקה באופן שרק תיקון של החוקה יוכל לגבור על פסיקת בית־המשפט). מה שמשותף לכל האמצעים הללו הוא שהם מסדירים הליך של "דיאלוג" בין בית־המשפט לבין המחוקק בכל הנוגע לעמדתה הסופית של השיטה החוקתית ביחס לתוקף וללגיטימיות של הֶסדר נתון.[64]

3. אי־ההתאמה של הדגמים האמריקאי והאירופי לשיטת המשפט בישראל

אילו מסקנות ניתן להסיק מהניתוח שלעיל לגבי הדגם הרצוי של ביקורת חוקתית בישראל? נקודת המוצא של הדיון היא, כאמור, שהענקת סמכות של ביקורת חוקתית מחייבת מתן מענה הולם לשאלת האחריותיות, וזאת מתוך מודעות לכך שהמערכת המשפטית בישראל מצויה כיום בהקשר זה במצב של "גירעון דמוקרטי". לנוכח זאת, מן הראוי לבחון את האפשרויות לאמץ בישראל פתרון המבוסס על כל אחד משלושת הדגמים שנסקרו לעיל במסגרת הסקירה ההשוואתית.

---

61 Canadian Charter of Rights and Freedoms, sec. 33 (להלן: הצ'רטר הקנדי). ראוי לציין כי בקנדה חקיקת התגברות תקפה לחמש שנים בלבד (סעיף 33(2) לצ'רטר הקנדי), אך אין מניעה שלאחר אותן חמש שנים ישוב המחוקק ויחוקק אותה חקיקה. סעיף 33(1) לצ'רטר הקנדי שימש דגם לפסקת ההתגברות בחוק־יסוד: חופש העיסוק. ראו אהרן ברק "חוק יסוד: חופש העיסוק" **משפט וממשל** ב 195, 215-216 (1994). לדיון בעניין זה ראו HOGG, **לעיל ה"ש 38, בעמ' 890**, וכן ברק **פרשנות חוקתית**, **לעיל ה"ש 20, בעמ' 633-634**. לדיון נרחב במשמעויות העיוניות ובהשלכות של מנגנון ההתגברות של הצ'רטר ראו: Tzvi Kahana, *Understanding the Notwithstanding Mechanism*, 52 U. TORONTO L.J. 221 (2002). אין הסכמה בין הכותבים השונים לגבי מידת הצלחתו של דגם ההתגברות הקנדי לאזן כראוי את המתח בין סוברניות דמוקרטית לבין השאיפה להגן על חירויות הפרט. Gardbaum, למשל, טוען כי הניסיון הקנדי מלמד כי דגם ההתגברות של הצ'רטר הקנדי לא הצליח ליצור דרך־ביניים ראויה בין שני הקטבים של עליונות המחוקק, מחד גיסא, ועליונות בית־המשפט, מאידך גיסא. ראו Gardbaum, **לעיל ה"ש 36, בעמ' 724-728**. אך השוו, **לעומתו**, Yap, **לעיל ה"ש 36, בעמ' 118-122**; Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*, 35 OSGOODE HALL L.J. 75 (1997). וראו גם Tushnet, **לעיל ה"ש 36, בעמ' 828-831**.

62 ס' 8 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90 (להלן: חוק־יסוד: חופש העיסוק). ראו גם Roach, **לעיל ה"ש 58, בעמ' 548**.

63 כפי שנקבע, למשל, בס' 45 לחוק־יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69 (להלן: חוק־יסוד: הכנסת).

64 לסקירה ולדיון ביישומו של הדגם החוקתי הדיאלוגי ראו גם גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" (צפוי להתפרסם **במשפטים** לז 2-3), וכן Roach, **לעיל ה"ש 58**.

nevo.co.il

האפשרות הראשונה היא לאמץ אצלנו ביקורת שיפוטית במתכונת האמריקאית, כלומר, להעניק סמכות של ביקורת שיפוטית לבתי־המשפט הרגילים, ולקבוע כי תקיפת החוקים תוכל להיעשות במסגרת כל הליך משפטי. אם יאומץ דגם זה, אזי השגת אחריותיות דמוקרטית כרוכה בשינוי דפוסי מינוים של השופטים בישראל, כך שיעמדו ברמה גבוהה של ייצוגיות דמוקרטית. לדעתי, פתרון כזה אינו רצוי משום שהוא כרוך בתשלום מחיר כבד של פוליטיזציה של כל הליכי מינוי השופטים אצלנו, תופעה שאינה תואמת את המסורת המוכרת בישראל של מינוי שופטים על בסיס מקצועי במתכונת המשפט המקובל. אכן, קיימת מחלוקת, אשר החריפה לאחרונה,[65] לגבי ההסדרים הראויים למינוי שופטים בישראל, וייתכן שיש מקום לערוך רפורמות בדרכי מינוים של השופטים, בהרכב הנועדה למינוי שופטים וכדומה. אולם מכאן לא נובע שהרפורמה הזו צריכה להיעשות מתוך מגמה להפוך את השופטים בישראל לייצוגיים במישור הפוליטי־חמפלגתי בדומה למקביליהם בארצות־הברית. האוטונומיה של מערכת המשפט בישראל והא־פוליטיות (היחסית אומנם) שלה היא אחד הנכסים המובהקים שלה ושל הדמוקרטיה הישראלית בכלל. לכן לא נראה כי שחיקת האוטונומיה הזו באופן שיקרב אותנו למדינות ארצות־הברית היא מטרה שצריך לשאוף אליה. בכל אופן, קשה לתמוך בתהליך כזה של פוליטיזציה של השפיטה רק על־מנת להשיג אתריותיות בהליכי הביקורת השיפוטית, וזאת משום שאם יאומץ אצלנו הדגם האמריקאי על קרביו וכריעיו, כלומר תוענק סמכות ביקורת שיפוטית למערכת בתי־המשפט הרגילת, יהיה צורך לעשות רפורמה בהליכי מינוים של השופטים בישראל בכל הרמות.[66] בהנחה שיש מקום להשיג יתר ייצוגיות דמוקרטית לגבי השפיטה החוקתית, פוליטיזציה של המערך הכולל של מינוי שופטים אצלנו היא מחיר מוגזם שאין מקום לשלמו. יש דרכים פשוטות יותר, ומסוכנות פחות, להשיג מטרה זו: בין על־ידי הגדרת

---

65 לדיון הציבורי בסוגיה זו ראו יובל יועז "האג'נדה של רותי" **הארץ Online חדשות** 3.12.2005 www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=651449&contrassID=2&sub ContrassID=13&sbSubContrassID=0; יובל יועז "**ברק מתנגד למינוי של גביזון: האג'נדה שלה אינה ראויה**" **הארץ Online חדשות** www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml ?itemNo=644620&contrassID=2&subContrassID=1&sbSubContrassID=0.

66 לא למותר להוסיף בהקשר זה כי גם כיום מערכת המשפט שלנו בכללותה, ובית־המשפט העליון בפרט, סובלים מביקורת המטילה ספק במידת הלגיטימיות הפוליטית של הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים. ביקורת זו מושמעת לא רק מצד חוגים פוליטיים, אלא גם בכתיבה האקדמית. הכותבים השונים מדגישים את האופי האידיאולוגי והסובייקטיבי של הנורמות חוקתיות של שופטים. ראו, למשל, רני סטטמן "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד 541, 543 (2001); דן אבנון "'הציבור הנאור': יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי?" **משפט וממשל** ג 417, 419 (1996). ההערכה הרווחת היא ששימוש מוגבר בסמכות חוקתית יסכן את הלגיטימציה של בית־המשפט העליון בעיני הציבור. ראו, למשל, אודן סופר וגבריאלה פיסטמן "ביקורת שיפוטית בחברה מקוטבת" **עיוני משפט** כד 663, 686 (2001).

מצמצמת יותר של הגורמים המוסמכים לקיים ביקורת חוקתית, ובין על-ידי תיחום של סמכויות הביקורת.

דברים אלה מובילים אותי לשקילת האפשרות להקים בישראל בית-משפט מיוחד לחוקה במתכונת האירופית. אימוץ דרך כזו חוסך למערכת המשפט הרגילה את הנזקים שהיא עלולה לספוג כתוצאה מפוליטיזציה של הליכי המינוי (וזו בדיוק הייתה כזכור הסיבה שבעטייה בחרו מדינות אירופה ללכת בדרך זו). אולם לאימוץ הרעיון של בית-משפט מיוחד לחוקה יש השלכות בעייתיות אחרות, בעיקר משום שהוא אינו מתאים לשיטת המשפט הכללית בישראל. ייחודו של השיפוט החוקתי לבית-המשפט לחוקה יוצר שאלות קשות בכל הנוגע לנגישותו של בית-המשפט, כלומר, ביחס לשאלה כיצד ומתי מתחיל הליך של ביקורת שיפוטית בבית-המשפט החוקתי, ולמי יש זכות לתקוף חוקים.[67] שאלה נוספת וקשורה שהדגם האירופי מעורר היא השאלה הדיונית של היחס בין ההליכים לפני בית-המשפט לחוקה לבין ההליכים המקבילים לפני בתי-המשפט הרגילים שהשאלה התעוררה לפניהם.[68] בשיטת המשפט הקיימת בישראל, כל בית-

---

67 שיטות המשפט האירופיות השונות נותנות תשובות שונות לשאלה זו, אך לכולן משותפת התפיסה שהיכולת לתקוף את חוקתיותו של חוק מוגבלת באופנים שונים. ההגבלות החריפות ביותר של האפשרות לפתיחה בהליך של ביקורת שיפוטית קיימות בשיטה הצרפתית. בצרפת אין זכות כללית לתקיפת חוקתיותם של חוקים. הזכות נתונה אך ורק לגורמים מוסדיים מסוימים שיש להם מעמד בהליך הפוליטי-החקיקתי עצמו. מי שרשאים לפנות למועצה החוקתית (Conseil Constitutionnel) הם רק נשיא הרפובליקה, ראש הממשלה, יושב-ראש של אחד מבתי הפרלמנט או לפחות שישים מחברי בית-המחוקקים. ראו: Francoise Dreyfus & Francoise d'Arcy, Les Institutions Politiques et Administratives de la France 170 (1989); דותן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 121-122 וההפניות שם. זאת ועוד, אפשרות התקיפה של חוק בצרפת מוגבלת באופן חריף במישור הזמן. היא חייבת להיעשות בתוך תקופה של שישים יום לאחר קבלת החוק בבית-המחוקקים, והחוק אינו נכנס לתוקף עד עבור תקופה זו (או עד אישורו על-ידי המועצה החוקתית). כלומר, לאחר כניסתו של החוק לתוקף – אין עוררין על תוקפו. ראו קלוד קליין "ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים בצרפת" **עיוני משפט** ב 711 (1972). בניגוד למצב בצרפת, בגרמניה כל אזרח יכול לתקוף את חוקתיותו של חוק לפני בית-המשפט החוקתי (ראו ה"ש 68 להלן). האפשרות של אזרחים רגילים לתקוף את תוקפם של חוקים לפני בית-המשפט החוקתי קיימת גם בספרד ובהונגריה. ראו Ferejohn & Pasquino, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1687. באיטליה, לעומת זאת, הפנייה לבית-המשפט החוקתי מחייבת הליך הפניה מצד בית-משפט רגיל, שלפניו התעוררה שאלה חוקתית (שם, בעמ' 1688).

68 בניגוד למצב בצרפת, במדינות אירופיות אחרות קיימת אפשרות לתקוף חוקתיות של חוקים לאחר קבלתם לפני בתי-המשפט החוקתיים. בגרמניה, לצד האפשרות הנתונה לחברי פרלמנט ולגופים מוסדיים אחרים לתקוף את חוקתיותם של החוקים לאחר תקיקתם (תקיפה ישירה), קיימת גם אפשרות לכל אזרח לפתוח בהליך של ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה, כלומר לתקוף חקיקה הפוגעת באינטרסים שלו, וזאת במסגרת סכסוך משפטי קונקרטי ולאחר מיצוי ההליכים בבתי-המשפט הרגילים. הליך זה נקרא "תלונה

nevo.co.il

משפט רשאי לדון אגב אורחא (ב"תקיפה עקיפה") בכל שאלה משפטית המתעוררת לפניו לצורך הכרעה בתובענה שבה הוא דן, וזאת אף אם אותה שאלה מצויה באופן עקרוני בסמכותו של בית-משפט אחר.[69] בשיטה שבה הסמכות לדון בחוקתיותם של חוקים נתונה באופן ייחודי לסמכותו של בית-משפט לחוקה מתעוררת בכל עוזה שאלת התקיפה העקיפה. שיטות המשפט בקונטיננט מתמודדות, כל אחת בדרכה שלה, עם שאלת התקיפה העקיפה, אך ספק אם הפתרונות המוצעים שם יכולים להיות מיושמים באופן קל ומיידי בשיטת המשפט שלנו.[70] מוסד התקיפה העקיפה בישראל הוא מוסד דיוני חשוב, ואימוץ הדגם של בית-משפט חוקתי כרוך לכאורה בוויתור עליו. יתרונותיו של מוסד זה נובעים גם מכך שניתן לדון בהליכים לתקיפת תוקפו של חוק על רקע עובדתי נתון של סכסוך קונקרטי שעושה את דרכו מבית-המשפט של הערכאה הראשונה לערכאות הגבוהות יותר.[71]

נוסף על כך, הקמת בית-משפט לחוקה כרוכה כבעיות פוליטיות לא-פשוטות. מה יהיה הרכבו של בית-משפט זה? מה יהיה היחס בין פסיקותיו לבין פסיקות סותרות או "מתחרות" של בית-המשפט העליון הרגיל? ניתן לחשוב על דגם שבו יוקם בית-משפט לחוקה שיורכב בחלקו משופטי בית-המשפט העליון ובחלקו מנציגים של רשויות אחרות (כגון הכנסת או הממשלה). ניתן להעריך כי הקמה של מוסד כזה עשויה להוליך לאחת משתי אפשרויות. האפשרות האחת היא שהרכבו של המוסד יהיה כזה ששופטי בית-המשפט העליון יוכלו להפגין בו דומיננטיות (והניסיון מוכיח כי במוסדות רבים אצלנו שבהם שופטי בית-המשפט העליון חוברים לנציגים חיצוניים, כגון בוועדות חקירה ממלכתיות, זו אכן התוצאה). האפשרות האחרת היא שהרכבו וזרכי מינויו של בית-המשפט יהיו כאלה שהשפעתו של בית-המשפט העליון תהיה שולית. במצב-דברים זה צפויה להתפתח להערכתי תחרות סמכויות חריפה (במישור הפוליטי ובמישור המשפטי כאחד) בין שני המוסדות, וספק אם מסמך חוקתי יוכל להסדיר מראש ולמנוע

תוקתית" או "תקיפה יחידנית". ראו אוטה לימבך "תפקיד בית המשפט החוקתי הפדרלי כשומר החוקה" **משפטים** כח 5, 7 (1997); Fercjohn & Pasquino, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1686.

69 ס' 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198.

70 ראו דותן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 132-135, והשוו אהרן ברק "בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה" **משפט וממשל** ו 315, 320 (2003) (הדגם האידופי של בית-משפט לחוקה אינו מתאים לשיטת המשפט בישראל).

71 דותן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 122-124. אומנם, בשיטה הקיימת כיום בישראל, עניינים חוקתיים חשוכים יכולים להגיע ישירות לבית-המשפט העליון באמצעות עתירה לבג"ץ, אולם המגמה הכללית בשיטתנו, שיש להניח כי תימשך ואף תגבר, היא להעביר עניינים מבג"ץ לבתי-המשפט הנמוכים יותר, המתאימים יותר לשמש כערכאה מקורית (ראו חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, ס"ח 190).

nevo.co.il

את תוצאותיה של תחרות כזו, אשר קשה לחזותן מראש. כך או כך, תהליך כזה יהיה כרוך קרוב לוודאי בפגיעה ביציבות החוקתית אצלנו, לפחות בשלב הראשון.[72]

יוצא שאימוץ כל אחד משני הדגמים האמורים – האמריקאי והאירופי – בישראל אינו מוביל לפתרון רצוי של סוגיית השפיטה החוקתית במציאות הישראלית. ניתן כמובן לחשוב על פתרון שיהווה שילוב מסוים בין שני הדגמים הללו – למשל, להפקיד את סמכות הביקורת החוקתית בידי בית־המשפט העליון באופן בלעדי, תוך יצירת מנגנון הפניה לבית־המשפט על־ידי בתי־משפט נמוכים יותר שבהם התעוררה שאלה חוקתית.[73] פתרון זה מאמץ למעשה, במישור הדיוני, את הרעיון האירופי של ייחוד השיפוט החוקתי (עם כל הבעייתיות האפשרית הכרוכה בכך), אך אינו מגשים את דרישת האחריותיות הדמוקרטית. ניתן לשפר את האחריותיות הדמוקרטית בדגם כזה על־ידי צירוף נציגים נוספים ("פוליטיים") לבית־המשפט העליון כאשר הוא דן בשאלות חוקתיות, אך דומה שפתרון כזה יוביל אותנו לאחת משתי האפשרויות שבהן דנתי למעלה. במילים אחרות, פתרון־"ביניים" כזה מהווה "הזזה" של הבעיה, אך אינו מספק תשובות אמיתיות לשאלות שעלו כאן. למעשה, דומה שההפך הוא הנכון. הואיל וההצעות הללו להענקת סמכות הביקורת השיפוטית (המלאה) לבית־המשפט העליון מועלות בד בבד עם ההצעה לעיגון חוקתי של דרך המינוי הנוכחית של השופטים, לרבות המוסר שיקבל סמכויות חוקתיות, התוצאה הצפויה היא הכרה בסמכות חוקתית לפסילה של חוקים ללא הגדלה של האחריותיות הדמוקרטית אף של השופטים המעטים שבידיהם יופקדו סמכויות אלה.

---

72 לביקורת על ההצעה להקים בישראל בית־משפט לחוקה ראו גם שטרית, לעיל ה"ש 43, בעמ' 549-552. לא למותר לציין כי מערכת המשפט הקיימת תופסת את רעיון בית־המשפט החוקתי כמזימה פוליטית שמטרתה להרוס את מעמדה של מערכת המשפט בישראל. ראו, למשל, ברק, לעיל ה"ש 70, בעמ' 321.

73 להצעות ברוח זו להקמת בית־משפט לחוקה בישראל על בסיס בית־המשפט העליון (לעיתים עם שינויים מסוימים בהרכב בית־המשפט ובשיטת המינויים) ראו, למשל, זאב סגל "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים – הסמכות להכריז על אי־חוקתיות חקיקה – למי?" **משפטים** כח 239, 251 (1997); קלוד קליין "בית דין לחוקה: שלא כצעקתה!" **מחקרי משפט** יט 497, 507-510 (2003); "חוקה בהסכמה" – הצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה (מתכונת ספר, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005) www.idi.org.il/hebrew/ebooks/CONST/part%202.htm, ס' 163(ב) להצעת החוקה. לסקירה של הצעות שונות שהועלו במהלך השנים בכנסת ראו מגחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב תרבותית" **מחקרי משפט** יט 423, 427-434 (2003). הפתרון של הפקדת סמכות הביקורת החוקתית באופן בלעדי בידי בית־המשפט העליון הוא גם הפתרון שאומץ בתזכיר שפורסם לאחרונה כתיקון לחוק־יסוד: השפיטה, בעקבות יוזמתו של שר המשפטים דניאל פרידמן. ראו תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים), התשס"ז-2007.

nevo.co.il

4. קווים להסדר הראוי לביקורת השיפוטית בישראל

הקשיים שתוארו לעיל מובילים אותי לבחון פתרון לבעיית השפיטה החוקתית שיתבסס על הגבלת סמכויותיו של בית־המשפט המבקר, תוך אימוץ דגם־ביניים המצוי בתוך קשת האפשרויות שמציבים הפתרונות שאומצו על־ידי מדינות המשפט המקובל.[74] היתרונות של פתרון כזה בולטים לעין בהשוואה לפתרונות שנידונו לעיל. הוא אינו מצריך שינויים משמעותיים במערך מינויים של השופטים בישראל, וגם אינו מכניס לתוך מערכת המשפט מרכיבים דיוניים מרכזיים שזורים לה. במקום זאת, האחריות הדמוקרטית של השפיטה החוקתית מושגת מכוח העובדה שלבית־המשפט העוסק בביקורת חוקתית לא ניתן כוח סופי לפסול חוקים, אלא רק אפשרות להצהיר על אי־התאמתם לחוקה או לתלופין אפשרות לפסול חקיקה תוך מתן סמכות למחוקק להפוך (ברוב כלשהו, ראו להלן) את קביעותיו של בית־המשפט (וניתן לשלב בין פתרונות שונים במישור זה בהקשר של חלקים שונים של החוקה).[75]

אימוץ פתרון כזה, המצוי בתוך הקשת של אפשרויות־הביניים (או אף שילוב של כמה פתרונות־ביניים בחוקה, ראו להלן), יהיה מהלך שיתאם את ההיגיון הפנימי והמבנה של מערכת המשפט בישראל. אכן, לא במקרה אימצו שיטות משפט הדומות לזו של ישראל (זו של בריטניה וזו של קנדה) פתרונות בתוך קשת אפשרויות־הביניים.[76] פתרון כזה מגשים את רעיון הביקורת החוקתית באופן מוגבל אומנם, אך תוך יצירת מסגרת לדיאלוג בין הרשות השופטת למחוקקת – דיאלוג חוקתי שמערכת הממשל אצלנו אמונה עליו.[77] חוקה שתאמץ פתרון כזה משיגה כמה מטרות במקביל:

---

74 מעניין שגם התומכים בהענקת סמכות ביקורת חוקתית רחבה לבתי־המשפט אצלנו תומכים יתדותיהם בכך שישראל משתייכת למשפחת המשפט המקובל. ראו, למשל, ברק, לעיל ה"ש 70, בעמ' 317. אלא שברק מונה בין מדינות המשפט המקובל לעניין זה גם את ארצות־הברית, קנדה, אוסטרליה והודו, וראו לעניין זה את האסמכתות לעיל בה"ש 36, אשר דואות כולן בדגם האמריקאי דגם נפרד ושונה מהדגם של מדינות המשפט המקובל.

75 למשל, רק חלק מהזכויות הכלולות בצ'רטר הקנדי כפופות לפסקת ההתגברות בסעיף 33(1), ואילו זכויות אחרות (כגון זכות השוויון, המעוגנת בסעיף 15 לצ'רטר הקנדי) אינן ניתנות לפגיעה באמצעות מנגנון ההתגברות.

76 לתמיכה באימוץ הדגם שלפיו יינתנו לבית־המשפט העליון בישראל סמכויות הצהרה בלבד ראו גם שמעון שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים: המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים בישראל" **מאזני משפט** ה 23, 77 (2006); זאב סגל "הפעלת נשק יום הדין בביקורת שיפוטית" **משפט וממשל** ג 337, 340-341 (2003).

77 דותן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 190-200. הביקורת העיקרית המושמעת נגד הדגם הדיאלוגי היא שיש סכנה שדגם כזה "יקרוס" לתוך דגם של עליונות של המחוקק או לתוך דגם של עליונות שיפוטית (בהתאם לגורם אשר לו תעניק החוקה את "המילה האחרונה" בדיאלוג התוקתי). ראו ספיר, לעיל ה"ש 64, וכן Tushnet, לעיל ה"ש 36, בעמ' 824-827. אולם, כפי שספיר עצמו מציין, התממשות הסכנה של קריסת הדגם היא שאלה קונטינגנטית,

היא מעגנת בשיטה שלנו את מוסר הביקורת החוקתית, היא משמרת מרכיב חזק של אחריותיות דמוקרטית, והיא מגשימה את תפקידה כחוקה בכך שהיא יוצרת מסגרת לתחילתו של תהליך הדרגתי של התייחסות־גומלין בין הרשויות ביחס להגשמת סמכויותיהן החוקתיות. לדגם־ביניים כזה של ביקורת שיפוטית עשויים להיות יתרונות נוספים על דגם שמעניק לבית־המשפט סמכות מוחלטת לפסול חקיקה, משום שהשארת חלק מהאחריות החוקתית בידי המחוקק מבטיחה כי השיח החוקתי לא יהיה נחלתם של בתי־המשפט בלבד, אלא יהיה היזון הדדי בין השיח החוקתי לבין השיח הפוליטי־הפרלמנטרי, ולמחוקק יהיה תפקיד פעיל בבחינת חוקתיותם של החוקים. נוסף על כך, פתרון כזה תואם לכאורה את העמדה (שמקובלת בשיטת המשפט שלנו) כי זכויות חוקתיות כמעט לעולם אינן מוחלטות, וכי צריך לכן לבחון תמיד את האיזון בין זכויות אלה לבין אינטרסים ציבוריים נוגדים וכן בינן לבין עצמן. מסגרת חוקתית שמעדכת את המחוקק (בין באמצעות פסקות התגברות ובין באמצעות הגבלת בית־המשפט להצהרות ברבר אי־התאמה) מבטיחה כי השיח החוקתי האיזוני יהיה עשיר מזה הקיים במצב שבו חוקתיותם של החוקים נקבעת על־ידי בית־המשפט לבדו.[78]

בד בבד, פתרון כזה חוסך את הצורך להכניס שינויים רדיקליים בהליכי מינוים של השופטים בישראל, משום שהוא מבטיח את האחריותיות הדמוקרטית בהליך הביקורת השיפוטית באופן שמחלק את האחריות החוקתית בין המחוקק לבית־המשפט. לעומת זאת, כל פתרון שיעניק לרשות השופטת אצלנו סמכויות חוקתיות מוחלטות (שאינן כפופות – כמוצע כאן – לאפשרות של שינוי הפסיקה על־ידי הכנסת) יחייב עריכת שינויים משמעותיים בדרכי מינוים של השופטים (ובמיוחד של שופטי בית־המשפט העליון), ושינויים אלה נושאים בחובם סכנה מוחשית של פוליטיזציה של השפיטה ופגיעה במקצועיותה.[79]

במישור המעשי, הניתוח לעיל מוביל למסקנה שהדרך הראויה ביותר לכינון מוסד הביקורת השיפוטית בישראל היא עיגון חוקתי של דגם הביקורת השיפוטית, כפי שכבר נעשה – אם גם באופן חלקי, מקוטע ובלתי־אחיד – במסגרת הליכי החקיקה של חוקי־היסוד השונים. כלומר, רצוי שהחוקה שתתקבל אצלנו תחיל הֶסדרים המעניקים לבתי־המשפט סמכות לפסול חקיקה של הכנסת שאינה תואמת את הוראות החוקה, אך לצד הוראות החוקה תחוקק הכנסת "פסקות התגברות" שיגדירו, ביחס לכל פרק של החוקה, את הרוב הנדרש בכנסת על־מנת להכשיר חקיקה העומדת בניגוד להוראות החוקה (או על־מנת להתגבר על פסיקת בית־משפט הקובעת כי התקיקה עומדת

והניסיון של שיטות משפט שבהן הוא מיושם אינו מעיד כי זו סכנה חמורה במיוחד (שם, **תחת הכותרת** "סיכויי הצלחה").

78 ראו Gardbaum, לעיל ה"ש 36, בעמ' 744-748. וראו גם גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" **מחקרי משפט** יט 461, 478-480 (2003).

79 והשוו ספיר, שם, בעמ' 483-488 (המבקר את שיטת המינויים הקיימת בטענה כי היא מעודדת מונוליתיות אידיאולוגית והברתית בבית־המשפט העליון).

nevo.co.il

בסתירה לחוקה). יהיו פרקים של החוקה שייהנו משריון חזק מפני התערבות כלשהי של המחוקק (דהיינו, שהקיקה הסותרת אותם תידרש לעמוד ברוב של שני שלישים או כיוצא בזה), כגון הוראות המעגנות את ההסדרים הדמוקרטיים הבסיסיים עצמם, ויהיו פרקים אחרים שדרגת השריון שלהם תהיה נמוכה יותר (דהיינו, כאלה שהכנסת יכולה לשנותם ברוב רגיל). ייתכן בהחלט שבמסגרת חוקה כזו ייכללו גם פרקים שיעניקו לבית-המשפט סמכות הצהרתית בלבד (קרי, הצהרה על אי-התאמה), ללא הענקת סמכות לפסול את החוק העומד בסתירה לחוקה.

אין מקום שאכנס, במסגרת הרשימה הנוכחית, לדיון מפורט בהיקף ההגנה שתינתן להוראות הפרקים השונים בחוקה. לכל אחד מהפתרונות השונים הנכללים בדגם-הביניים (סמכות הצהרתית, פסקות התגברות ברוב רגיל או מיוחד) יש יתרונות וחסרונות, וכדאיות אימוצו של כל פתרון תלויה בשורה של שיקולים הנוגעים בעיצוב התכנים של הפרקים הרלוונטיים כמו-גם בשיקולים הנוגעים בהקשר המשפטי והפוליטי שבו ייערך הליך כינונה של החוקה.[80] כל שבכוונתי להדגיש במסגרת הנוכחית הוא שהחוקה יכולה – ולדעתי גם צריכה – לעגן הֶסדרים גמישים יחסית, שיהוו מסגרת נאותה להתפתחות דיאלוג חוקתי דינמי בין הכנסת לבין בית-המשפט, במקום לנקוט גישה של "הכל או לא-כלום" ביחס להענקת סמכות הביקורת החוקתית לבתי-המשפט.

הליכה כדרך-ביניים כזו מאפשרת השגת איזון נאות בין הצורך בביקורת חוקתית לבין השאיפה לשמר את האחריותיות הדמוקרטית. היא גם נותנת מענה, במישור הפוליטי, לחששות ההדדיים – של המערכת הפוליטית מזה ושל המערכת השיפוטית מזה – מהזעזועים שעלולים להיגרם כתוצאה ממהלך מהיר, דרמתי ובלתי-הפיך (לכאורה) של כינון חוקה. החשש המרכזי של המערכת הפוליטית בישראל הוא מפני איבוד מוחלט של כוח ההכרעה שלה בסוגיות עקרוניות לטובת המערכת השיפוטית כתוצאה ממהלך של כינון חוקה לפי הדגם האמריקאי. החשש המרכזי של המערכת השיפוטית בישראל הוא שהתנופה של המהלך החוקתי תנוצל על-ידי גורמים פוליטיים דווקא לכרסום במעמדה של המערכת השיפוטית, על-ידי הכנסת גורם חדש של "בית-משפט חוקתי" (בסגנון הקונטיננטלי), כערכאה שיפוטית עליונה שתכונַן על בסיס פוליטי-מפלגתי ותגרום לפגיעה קשה במעמדה של הרשות השופטת בכלל ושל בית-המשפט העליון בפרט.

הפתרון שמוצע כאן מיועד לענות על החששות משני הצדדים. מרובר בהסדר שתואם ומשלים את המהלכים החוקתיים שהתקבלו במדינת-ישראל לאורך ההיסטורית

[80] למשל, יש הטוענים כי אם מכווני החוקה מחליטים לכלול בין הזכויות המוגנות גם זכויות חברתיות-כלכליות, אזי יש הצדקה שההגנה החוקתית על זכויות אלה תהיה חלשה יותר מזו המוענקת לזכויות האזרחיות-הפוליטיות. ראו, למשל, Tushnet, לעיל ה"ש 36, בעמ' 823-824. לדיון מפורט ביתרונות ובחסרונות של כל אחד מהדגמים של פתרונות-הביניים ראו את האסמכתות לעיל בה"ש 36.

שלה למן הקמתה (קרי, חוקי־היסוד). הוא אינו מאמץ דרך של הכרעה חדה ודרמתית "לטובת" אחד הצדדים במשוואה החוקתית, אלא מעגן מסגרת דינמית וגמישה יחסית שתאפשר את המשך פיתוחו של המשפט החוקתי שלנו בדרך הדומה לזו שבה הלכנו עד כה.[81] אכן, יהיו שיטענו כי להסדר חוקתי גמיש יחסית יש מחיר בכך שהוא פוגם ביכולתה של הרשות השופטת לפעול באופן נחרץ ועצמאי להגנת הערכים החוקתיים, בלא חשש ומורא מפני השפעה לא־רצויה של גורמים פוליטיים רובניים.[82] אולם הניסיון החוקתי של מדינת־ישראל אינו מאשש את החשש מפני התערבות פוליטית לשחיקת עצמאותה של הרשות השופטת, שכן לאורך ההיסטוריה שלנו היו מקרים נדירים ביותר (וברובם לא חמורים במיוחד) של נסיונות לפגוע בעצמאותה של הרשות השופטת. אשר על־כן, הֶסדר חוקתי דינמי, שיציב משוכות פורמליות מוגדרות (אך לא מוחלטות) בפני כל מי שינסה לפגום בסמכות החוקתית של הרשות השופטת, עונה היטב על דרישת האיזון האמורה בין הצורך בביקורת חוקתית, מחד גיסא, לבין הצורך בהבטחת אחריותיות דמוקרטית, מאידך גיסא.

---

[81] מן הראוי להזכיר כי גם ביום, ועל־פי חוקי־היסוד של 1992, סמכות הביקורת החוקתית הנתונה לבתי־המשפט בישראל היא חלקית (ולא אחידה) מבחינת מידת הכוח שניתנת להם בחוקי־היסוד השונים. מקצתם של חוקי־היסוד – כגון חוק־יסוד: הצבא, ס"ח התשל"ו 154, חוק־יסוד: מקרקעי ישראל, ס"ח התש"ך 56, ואחרים – אינם נהנים כלל משריון פורמלי (ולכן, הלכה למעשה, סמכותם החוקתית של בתי־המשפט לגבי חוקים אלה דומה באופן עקרוני לסמכות הצהרתית; השוו פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 301-302, 413, 548, 550, 563-565). זה גם המצב לגבי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעומת זאת, חוק־יסוד: חופש העיסוק נהנה משריון פורמלי במובן זה שחקיקה הסותרת אותו נדרשת לרוב מיוחס של חברי־הכנסת, וסעיפים מסוימים בחוק־יסוד: הכנסת מחייבים אף רוב מוחלט של שמונים חברי־כנסת (למשל, ס' 9א(א) ו-45 לחוק־יסוד: הכנסת). ראו בעניין זה אמנון רובינשטיין וברק מרינה **ממשפט חוקתי של מדינת ישראל** 100-104 (2005).

[82] על טיעון זה אפשר להוסיף גם את הטענה כי בתי־המשפט אצלנו הפגינו עד כה איפוק רב בהפעלת סמכותם החוקתית, שכן עד כה, אף שהלפו כחמש־עשרה שנים מאז נתקקו חוקי־היסוד החדשים, נפסלו חוקים (או סעיפים בחוקים) רק במקרים מעטים ביותר. ראו, למשל, סגל, לעיל ה"ש 76, בעמ' 339.

nevo.co.il