האם ישראל צריכה בית־משפט לחוקה?

יואב דותן*

א. מבוא. ב. מודלים של מוסדות ביקורת חוקתית: 1. מודל המוסד לביקורת חוקתית־פוליטית; 2. מודל הביקורת השיפוטית בידי בתי־המשפט הרגילים; 3. מודל משולב – בית־המשפט העליון כבית־משפט לחוקה. ג. היתרונות והחסרונות של כל מודל – היבטים דיוניים ומערכתיים. ד. היתרונות והחסרונות של כל מודל – המישור הפוליטי־מוסדי: 1. בסיס הלגיטימיות של הביקורת התוקתית – היבטים עיוניים ואמפיריים; 2. ייצוגיות, מקצועיות ואמון הציבור בשופטים; והערה לגבי חשיבות המיתוסים; 3. מודל בית־המשפט המקצועי ה"ישן"; 4. מודל בית־המשפט ה"ערכי" – ה"חדש"; 5. האם תהליך "המרת המיתוסים" הוא הדיר? ה. במקום סיכום: רציותו של בית־המשפט לחוקה – היבטים עכשוויים.

א. מבוא

האם רצוי כי בישראל יוקם בית־משפט מיוחד לחוקה? או שמא ראוי להשאיר את מלאכת הביקורת על תוקיותם של חוקים בידי בתי־המשפט הרגילים, כפי שהדבר נעשה כיום? לאחרונה הועלו בנושא זה כמה הצעות לבינונו של בית־משפט לחוקה. המדובר בהצעות שונות שהועלו על־ידי חברי־כנסת (באמצעות הצעות חוק), אישים פוליטיים (בדרך של התבטאויות בתקשורת) ועל־ידי כותבים אקדמיים (ראו להלן). המאמר הנוכחי נועד להציע מסגרת כוללת לבחינתן ולהערכתן של הצעות כאלו. הטיעון המרכזי שיוצג כאן הוא, כי המודל הקיים בישראל כיום, בשינויים קלים ביותר, כאשר הביקורת על חוקתיות החוקים נעשית במסגרת מערכת־המשפט הרגילה, הוא מודל ראוי ומתאים למציאות החוקתית שלנו וכי כל שינוי או רפורמה שעניינם הקמת בית־משפט מיוחד לחוקה הוא שינוי לא־רצוי, ואף מסוכן, מנקודת־ראות חוקתית.

בשנת 1992 נפל דבר בישראל: הכנסת קיבלה את שני חוקי־היסוד החדשים: חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק־יסוד: חופש העיסוק. אמנם, חוקי־היסוד נתקבלו בהליך שקשה

* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. תודתי נתונה לגב' דורית רובינשטיין על עבודתה המצוינת כעוזרת מחקר.

nevo.co.il

לראות בו סממנים של "תגיגיות היסטורית", הצריכה לכאורה לאפיין את מעמד "מתן" החוקה. הם התקבלו בערוב ימיה של הכנסת ה-12, בהליך שדמה יותר למתטף פרלמנטרי שנעשה באווירה של "דממה תקשורתית",[1] מאשר להליך חגיגי של קבלת חוקה שמכאן ואילך תהיה נורמה פוליטית ומשפטית יסודית בחייה של קהילה חברתית ותרבותית.[2] החוקים גם התקבלו ברוב לא־גדול ולא־אחיד וכאשר חלק ניכר מחברי־הכנסת נעדרו מהצבעה.[3] התוצר הסופי של ההליך היה שני חוקי־יסוד, המעניקים הגנה חוקתית לא־אחידה לחלק מחירויות הפרט הבסיסיות (ולאו דווקא לחשובות שבהן),[4] זאת ועוד: הגם שעברו למעלה מחמש שנים מאז חקיקת חוקי־היסוד החדשים, הרי ההשלכה הישירה שלהם על התנהגות בתי־המשפט – ככל שאפשר ללמוד זאת מניתוח פסקי־הדין שבהם פסלו בתי־המשפט בפועל דברי חקיקה של הכנסת בהסתמך על חוקים אלו – היתה מינימלית ביותר.[5] עד היום פסל בית־המשפט העליון רק את תוקיותו של חלק אחד

---

1. יהודית קרפ, "חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כת", משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, עמ' 325.

2. כדבריה של מי שעקבה מקרוב אחרי הליך זה: "...דומה שימי קבלת חוקי־היסוד בכנסת לא ימי מהפכה היו, אף לא ימי התרוממות והתעלות; ימי קטנות היו, ימים של מאבקים ופשרות" (שם, 326).

3. חוקי־היסוד התקבלו בנוכחות פחות מחצי מחברי הבית וברוב הנופל בהרבה ממחצית חברי־הכנסת. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, התקבל בקריאה שלישית ברוב של 32 לעומת 21 (ד"כ כד (תשנ"ב) 3793); חוק־יסוד: חופש העיסוק, נתקבל ברוב של 23 ובלא מתנגדים ונמנעים (ד"כ כב (תשנ"ב) 3393). לעניין זה ראו יואב דותן, "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפיכה החוקתית'", משפטים כח (תשנ"ז) 149, עמ' 181-182 והערה 56; קרפ (לעיל, הערה 1), 337-340. לעמדה שלפיה אין לכך חשיבות מאחר שבדרך־כלל הנוכחות בהצבעות בכנסת אינה גבוהה, להוציא בשעת "גיום" קואליציוני ואופוזיציוני, ראו הלל סומר, "הזכויות הבלתי־מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח (תשנ"ז) 257, עמ' 270, הערה 65.

4. החוקים מעגנים במפורש את הזכות לפרטיות, הזכות לקניין, הזכות לחיים ולכבוד, אך לא את חופש הביטוי או את חופש הדת. חופש העיסוק, זכות שאינה מהעיקריות, זוכה לחוק־יסוד משלו ולשריון עודף, אך השוויון והזכות להיבחר אינם זוכים כלל להגנה. ראו קרפ (לעיל, הערה 1), 346. נסיונות להמשיך את ה"מהפכה" החוקתית ולחוקק חוקי־יסוד נוספים (ביטוי, דת, זכויות חברתיות) נתקלו עד היום בתגובה נמרצת של הלובי הדתי בכנסת והורדו מעל סדר־היום. ראו אריה בנדר, "חוקי־יסוד? תשכחו מזה", מעריב – מוסף היום, 8.7.97, 16: "אפילו אם יביאו את עשרת הדברות בצורת חוק יסוד, נצביע נגד" – אומר ח"כ שלמה בניזרי מש"ס"; וכן דותן (לעיל, הערה 3), 196, הערה 88. האופי הליברטיאני של רשימת הזכויות הכלולות בחוקי־היסוד ושל הפרשנות שניתנה להן על־ידי בית־המשפט העליון זכה לביקורת. ראו, למשל, אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 133.

nevo.co.il

(שלמעשה היה הוראת מעבר) בחוק של הכנסת בהסתמך על חוקי־היסוד החדשים. וגם פסיקה זו (בג"ץ **לשכת מנהלי תיקי השקעות בישראל**[6] עסקה בהיבט טכני בעיקרו של פגיעה בחירות־יסוד שולית יחסית (חופש העיסוק) של קבוצה קטנה, אך חוקה ומיוחסת, של מי שמקצועם הוא ניהול תיקי השקעות.[7]

בכל־זאת פתחתי רשימה זו באומרי כי ב-1992 נפל דבר בישראל. הגם שבמישור המעשי, שעניינו התוצאות של פסיקת בתי־המשפט, השינוי עדיין מוגבל, והרי השינוי במישור הריטורי של השיח השיפוטי והמשפטי הוא עצום ורב. מאז תקיקת חוקי־היסוד החדשים נכתבו אלפי עמודים של פסקי־דין, ספרי משפט, מאמרים אקדמיים ועיתונאיים, שכולם עוסקים ומשתמשים בשיח חדש – השיח החוקתי של מדינת ישראל. שופטי בית־המשפט העליון, כמו אלו בבתי־משפט נמוכים יותר, נזקקים לשיח החוקתי, לדיון בפסקאות השונות של חוקי־היסוד החדשים, חדשים לבקרים, וכך גם עמיתיהם באקדמיה ובתקשורת. ספק אם לדברי נשיא בית־המשפט העליון, בפתח פסק־דינו בע"א **בנק המזרחי**, שלפיהם "עתה הצטרפנו לקהילת המדינות הדמוקרטיות... אשר להן מגילת

5. אינני טוען שזהו המדד היחיד להשלכה המעשית של חוקי־היסוד החדשים. אין ספק שלחוקים עלולות להיות השלכות על התנהגות הכנסת העשויה להתאים את הקיקתה מראש לדרישות חוקי־היסוד כדי למנוע אפשרות של פסילתם על־ידי בית־המשפט (ראו, למשל, חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, ס"ח 338; וחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), תשנ"ו-1996, ס"ח 136 – שנחקקו לאחר קבלת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו). כמו־כן לחוקים השלכות על פסיקת בית־המשפט העליון ובתי־משפט נמוכים יותר במישור הפרשני (ראו, למשל, **ש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט (3) 355; ודנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט (4) 589, שם נקבע ברוב דעות, כנגד עמדת השופט חשין, שסעיף שמירת הדינים אינו מונע פרשנות־מחדש של דין קודם אשר יש לפרשו ברוח חוקי־היסוד). פירוש־מחדש בפועל של תקיקה ברוח חוקי־היסוד נעשה שם, כדי לשנות את עילות המעצר הקיימות; וכן בבג"ץ 3914/92 **ל לב ואח' נ' בית־הדין הרבני האזורי בתל־אביב־יפו**, פ"ד מח (2) 491, לשינוי הדין לעניין עיכוב יציאה מהארץ. ראו גם בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הבטחון ואח'**, פ"ד מט (4) 94, עמ' 138-140 (פסקאות 10-11 לפסק־דינה של השופטת דורנר) והאסמכתאות שם, לעניין שינוי הפרשנות כדי שתתאים לזכות השוויון.

6. בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח'**, פ"ד נא (4) 367.

7. נסיונות רבים אחרים לתקוף חוקים של הכנסת בהסתמך על חוקי־היסוד החדשים נדחו על־ידי בית־המשפט העליון. ראו, למשל, בג"ץ 726/94 **ואח' כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר־האוצר ואח'**, פ"ד מח (5) 441; בג"ץ 4562/92 **זנדברג נ' רשות השידור ואח'**, פ"ד נ (2) 793. בית־המשפט העליון גם הפך בע"א 6821/93, רע"א 1908/94 **ואח', בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי ואח'**, פ"ד מט (4) 221 (להלן: ע"א **בנק המזרחי**) – פסיקה של בתי־משפט מחוזיים שפסלו חוק של הכנסת.

nevo.co.il

זכויות אדם (Bill of rights) חוקתית", יש כיסוי במישור המשפטי הפוזיטיבי.[8] אך אין ספק כי יש להם כיסוי גרתב במישור השית המשפטי של ישראל בשנות התשעים.

נקודת־המוצא של הדיון החוקתי בישראל כיום היא אפוא, כי קיימת אצלנו ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים רגילים שהכנסת מחוקקת. הביקורת מוגבלת בהיקפה, נעשית על סמך מגילת זכויות מקוטעת ו"מחוררת", נעשית גם בלא מסורת רבת־שנים של ביקורת מסוג זה וכפופה, עקרונית, לאפשרות של תגובת־נגד במישור החוקתי והתקיקתי כאחד, מצד הכנסת.[9] אך היא בכל־זאת קיימת. השאלה שבה יעסוק מאמר זה היא, מהו המוסד הראוי לקיים את הביקורת החוקתית על חוקי הכנסת?

לא בכדי פתחתי את המאמר בתיאור ההתפתחות – מנקודת־ראותי – של הביקורת השיפוטית על חוקתיות בשל חוקים בישראל בעשור האחרון. הנחת־המוצא של הדיון הנוכחי תהיה, כאמור, כי במשפט הישראלי נמתחת ביקורת על התאמתם של חוקים רגילים לחוקי־היסוד. השאלה של המיהות וההרכב של המוסד שיקיים את הביקורת החוקתית היא שאלה שונה ונפרדת מהשאלה של עצם הקיום, הלגיטימיות וההיקף של הביקורת. אך מובן, כי בין שתי השאלות ישנם קשרים חוקים וכי אי־אפשר לנתק לחלוטין בין השקפותיו של הכותב בעניין אחד ובין עמדותיו באשר לשאלה השנייה, ואין במאמר זה כל התיימרות לקיים דיון מנותק כזה בשאלת המוסד הראוי לקיום הביקורת השיפוטית. הטיעונים שאביא להלן בנושא הרציות של בית־משפט לחוקה קשורים קשר הדוק בהשקפתי הספקנית לגבי מעמדו של מוסד הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים בישראל כיום,[10] עם זאת, רוב הטיעונים שיובאו להלן הם רלבנטיים – לדעתי – גם מנקודת־ראותם של מי שמכנים לאמץ השקפה אחרת, רחבה יותר, לגבי מעמדו וחוסנו של מוסד הביקורת השיפוטית בישראל כיום. במלים אחרות: ההנחה הטבעית לכאורה מצדם של מי שמבקשים לבסס ולחזק את "המהפכה החוקתית" היא, כי קביעת בית־משפט מיוחד לגבי הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים תסייע להשריש את מוסד הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים בשיטתנו המשפטית והחברתית.[11] במאמר זה אנסה לטעון, כי הנחה זו אינה בהכרת נכונה וכי הלכה למעשה במציאות החוקתית הקיימת אצלנו כיום, מהלך של יסוד בית־משפט לחוקה עלול להוביל דווקא לתוצאות הפוכות.

ב. מודלים של מוסדות ביקורת חוקתית

לצורך הדיון בפורום הראוי לדון בהתאמתם של חוקים רגילים לחוקה אפשר להבחין בין שלושה דגמים של מוסדות כאלו. שני הדגמים הראשונים הם מודלים מופשטים: את המודל הראשון אכנה "מודל המוסד לביקורת חוקתית-פוליטית", ואת המודל השני אכנה "מודל הביקורת השיפוטית". יש להדגיש, כי שני המודלים הראשונים יובאו כאן

8. שם, 352.
9. ראו דותן (לעיל, הערה 3), 185.
10. שם, שם.
11. ראו אסמכתאות להלן, בהערות 23 ו-24.

nevo.co.il

בצורתם ה"טהורה" באופן שיסייע להדגיש את התכונות המנוגדות בכל אחד מהם ואת ההבדלים ביניהם. ספק, אם ישנה בעולם שיטה משפטית המקיימת את כל המרכיבים של אחד מהמודלים הללו ב"טוהרתו". אין גם ספק כי בכל שיטת־משפט נתונה אפשר ליצור הסדר חוקתי שישלב תכונות מסוימות של שניהם. עם זאת, הדיון בדגם הטהור של כל אחד מהמודלים חשוב לצורך הבהרת המשמעויות, היתרונות והחסרונות של כל מרכיב בהסדר חוקתי נתון ולצורך ניתוח המחיר האפשרי של אימוצו על חשבון ההסדר האלטרנטיבי האפשרי על־פי המודל המתחרה. להלן אתאר את המרכיבים של כל מודל ולאחר־מכן אעסוק בהשוואה ביניהם וביתרונות ובחסרונות של כל מודל. המודל השלישי שיתואר כאן הוא מודל "בית־המשפט לחוקה" שהוא למעשה שילוב של אלמנטים משני המודלים האחרים. זה ינותח כאן בעיקר בשל הפופולריות הרבה שהוא זוכה לה בהצעות השונות שהועלו בעניין זה אצלנו. בניגוד לשני המודלים הראשונים, את המודל הזה אנתח בהתייחסי באופן ישיר להצעות שהועלו לאחרונה לגבי אימוצו בגרסה כזו או אחרת.

1. מודל המוסד לביקורת חוקתית־פוליטית

בשיטה משפטית המאמצת מודל זה, הביקורת החוקתית על חוקתיותם של חוקים איננה נעשית על־ידי בתי־המשפט הרגילים, אלא על־ידי מוסד מיוחד, הנמצא מחוץ למערכת־המשפט הרגילה והמיועד לעסוק באופן בלעדי במלאכת הביקורת החוקתית. כלומר: מדובר במוסד שאיננו עוסק בשפיטה רגילה, אלא הוקם במיוחד כדי לעסוק בבירור השאלות החוקתיות בלבד.[12] השיטה המשפטית שאימצה את הדגם הזה באופן המובהק ביותר היא שיטת־המשפט הצרפתית שבה הוקמה – על־פי חוקת הרפובליקה החמישית משנת 1958 – מועצה חוקתית (Conseil Constitutionnel), אך מוסדות מיוחדים לשם ביקורת חוקתית פועלים במדינות קונטיננטליות נוספות, כגון גרמניה, אוסטריה ואיטליה.[13] מאפיין נוסף של מוסדות מיוחדים לביקורת שיפוטית הוא, שגם הליכי המינוי

12. לעתים מייעדים למוסדות כאלו גם תפקידים "מיוחדים" נוספים בתחום החוקתי, שגם הם אינם חלק משפיטה במובן הרגיל והמקובל של המונח. כך, למשל, בצרפת מוסמכת המועצה החוקתית על־פי החוקה לברר סכסוכים בנוגע לתוצאות הבחירות, לפקח על משאלי־עם ועל תקנון בית המחוקקים וכן להכריע לגבי תוקפם המשפטי של הסכמים בינלאומיים (ראו קלוד קליין, "ביקורת על חוקתיותם של חוקים בצרפת", עיוני משפט ב (תשל"ב-תשל"ג) 711, עמ' 714). בגרמניה מוסמך בית־המשפט החוקתי להצהיר על אי־חוקתיותה של מפלגה פוליטית, לפטר את הנשיא הפדרלי ולהדיח שופטים שמרצונם המשפטי הפרו את חוק־היסוד. ראו אותה לימבך, "תפקיד בית־המשפט החוקתי הפדרלי כשומר החוקה", משפטים כח (תשנ"ז) 5, עמ' 11. ראו גם: Michael J. Baun, "The Federal Republic of Germany", *Political Culture and Costitutionalism – A comparative Approach* (Daniel P. Franklin and Michael J. Baun – eds., M.E. Sharpe, Inc., Armonk, New-York, 1985) 79, Ch. 4, p. 82.

nevo.co.il

של חברי המוסדות הללו שונים מאלו של בתי־המשפט הרגילים. בדרך־כלל מדובר במספר חברים קטן המבהנים במוסד־ביקורת כזה, המתמנים ישירות על־ידי גורמים פוליטיים ובהתאם למפתח של השתייכות פוליטית ואידיאולוגית.[14] כלומר: ה"שופטים" המכהנים במוסד הביקורת השיפוטית אינם בהכרח משפטנים ואינם נבחרים על־פי כישוריהם המשפטיים־מקצועיים, אלא על יסוד השקפותיהם הערכיות ועל יסוד עיקרון כלשהו של ייצוג ההשקפות הפוליטיות של הציבור שמתוכו הם באים.[15] שופטים אלו אינם בהכרח מומחים לענייני משפט. הם "מומחים" לענייני ערכים או להשקפות הערכיות של הקהילה הפוליטית שהם אמורים לייצגה כשהם בוחנים את התאמת החוקים לחוקה. הליך הביקורת החוקתית איננו נתפס – על־פי הדגם הזה – כהליך שיפוטי, אלא הוא חלק מהשלבים הכרוכים בחקיקה התוק ולכן הוא צמוד להליך החקיקתי הן במישור הזמן הן מבחינת המגבלות הקיימות על אפשרות פתיחת ההליך. לכן הביקורת על חוקתיות החוקים היא ביקורת מקדמית, הנעשית מיד לאחר חקיקתם של החוקים ואף לפני פרסומם וכניסתם לתוקף.[16] בהתאם לכך, גם האפשרות לתקוף את חוקתיות החוק איננה נתונה לכל אדם,

13. Joachim Schwietzke, "Constitutional Courts of Germany, Austria and Switzerland", *Supranational and Constitutional Courts in Europe – Functions and Sources* (Igor I. Kavass – ed., William S. Hein & Co. Inc., Buffalo and New York, 1992) 147-185; Walter Rodino, "The Constitutional Court Of Italy", *ibid*, pp. 281-305; *ibid*, pp. 309-311, art. 159-165 of the Spanish Constitution. ראו גם עמוס שפירא וברוך ברכה, "המעמד החוקתי של זכויות הפרט", עיוני משפט ב (תשל"ב-תשל"ג) 20, עמ' 43. הואיל וכאמור השיטה המקיימת בפועל הסדרים התואמים באופן מקורב ביותר את המודל התיאורטי הזה היא השיטה הצרפתית, יעסוק הניתוח בטקסט בדוגמאות הלקוחות מהמשפט הצרפתי.

14. בצרפת מורכבת המועצה החוקתית מתשעה חברים – שלושה מתמנים על־ידי נשיא הרפובליקה, שלושה על־ידי יו"ר האסיפה הלאומית ושלושה על־ידי יו"ר הסנט. ראו קליין (לעיל, הערה 12), 713. בגרמניה שני הרכבים לבית־המשפט, כשבכל אחד מהם שמונה שופטים – מחציתם נבחרים על־ידי הפרלמנט הפדרלי ומחציתם על־ידי המועצה הפדרלית. המינוי נעשה על־פי עמדות פוליטיות. ראו לימבך (לעיל, הערה 12), 9; שוויצקה (לעיל, הערה 13), 162-163.

15. השוו, למשל, להצעת התוק של חברי־הכנסת דרי צוקר להקמת בית־המשפט לחוקה (תזכיר הצעת חוק מיום 13.1.98. על־פי סעיף 3.1 להצעה, בית־המשפט לחוקה יורכב מ-9 או מ-11 שופטים, שמחציתם יהיו מבין שופטי בית־המשפט העליון ומחציתם "ימונו ע"י גוף פרלמנטרי, שכללי פעולתו יקבעו בחקיקה" ואין הכרח כי יהיו משפטנים. על־פי ההצעה, כישוריהם של חברי בית־המשפט לחוקה ייקבעו בהתאם ל"נסיונם, השכלתם והרקורד האישי של המיועדים לכהן בביהמ"ש לחוקה".

16. בכל־זאת ישנן שיטות, כמו זו בגרמניה, המקיימות בבית־המשפט לחוקה גם ביקורת על החוק לאחר חקיקתו (ראו שוויצקה (לעיל, הערה 13), 163-165, לגבי גרמניה; 181-183, לגבי אוסטריה). אך, כאמור, אני דן בדגם ה"טהור" של המודל.

nevo.co.il

אלא מוגבלת לגורמים מסוימים שלהם מעמד בהליך הפוליטי־חקיקתי עצמו. כך, למשל, בצרפת כדי לפסול חוק רשאים לפנות למועצה החוקתית רק נשיא הרפובליקה, ראש־הממשלה, יו"ר אחד מבתי הפרלמנט או לפחות שישים מבין חברי בית־המחוקקים.[17] תוצאי־לוואי הכרחי של מודל זה הוא שהביקורת החוקתית בעשית *in abstract*, היינו: לפני המוסד המבקר לא עומדת מסכת עובדתית קונקרטית כלשהי שעל־פיה נטען כי במעשל החוק הגידון פגע בחירויות הפרט, אלא הטענה לגבי אי־חוקתיות של החוק היא טענה כללית, המתייחסת למכלול של מקרים היפותטיים, שעדיין לא התעוררו במסגרת סכסוך משפטי של ממש. המוסד המבקר צריך להעריך, במישור העיוני המקדמי, את ההשלכות האפשריות של החוק שבו מדובר. ולסיכום: מודל זה של ביקורת חוקתית הוא מודל השולל למעשה את האפשרות של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוקים, ומאמץ במקומה מודל של ביקורת פוליטית על החוקים, הנעשית בידי מוסד שאופיו הוא בעיקרו פוליטי. לא ייפלא, שמודל זה אומץ על־ידי שיטות משפט, כמו זו הצרפתית, שבאופן מסורתי שללו את הלגיטימיות של ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים משיקולים אידיאולוגיים וחוקתיים כאחד.[18]

2. מודל הביקורת השיפוטית בידי בתי־המשפט הרגילים

לעומת המודל של מוסד ביקורת חוקתי־פוליטי עומד המודל הנגדי, שעל־פיו הביקורת על חוקתיות חוקים נעשית כחלק ממלאכת השיפוט הרגילה בידי בתי־המשפט הכלליים. מודל זה תופס את שאלת התאמתם של החוקים לחוקה בתור שאלה משפטית פרשנית, שעקרונית חלים עליה הכללים הרגילים של הכרעות שיפוטיות. החוקה נתפסת בתור הנורמה העליונה במערכת הנורמות המשפטיות, שכל נורמה אחרת צריכה לתאום אותה. בתי־המשפט נדרשים לפרש את החוקה כשם שהם נדרשים לפרש טקסטים נורמטיביים אחרים. הם בוחנים את התאמת החוקים לחוקה, כשם שהם בוחנים התאמה של נורמות אחרות (בגון תקנות) לחוקי הפרלמנט. אכן, אין פירוש הדבר כי אין שום ייחוד בפרשנות הטקסט החוקתי. ישנם כללים לגבי פרשנות החוקה ולגבי הביקורת השיפוטית על חוקים שהם שונים במידה מסוימת מהכללים העוסקים בפרשנות לנורמות אחרות. אך השוני

17. ראו: Francoise Dreyfus et Francois d'Arcy, *Les Institutions Politiques et Administratives de la France* (3rd. ed., Economica, 1989), 170. על־פי סעיף 61 לחוקת צרפת מ־1958, מועד התקיפה חייב, כאמור, להיות קודם לפרסום החוק ולכניסתו לתוקף, והמועצה החוקתית חייבת לתת את החלטתה בדבר תוקפו של החוק תוך חודש ימים מיום הפנייה (או במקרים שבהם הממשלה פונה אל המועצה בנסיבות דחופות – תוך שמונה ימים מיום הפנייה).

18. השיקולים האידיאולוגיים שביסוד את ההתנגדות לביקורת השיפוטית מבוססים על קדושת החוק בתור המכשיר המייצג את "רצון הכלל" בהתאם למשנתו הפוליטית של רוסו. השיקולים החוקתיים מבוססים על התפיסה הדוקנית של עקרון הפרדת הרשויות הפונקציונלית המסורתית מבית־מדרשו של מונטסקייה. ראו קליין (לעיל, הערה 12), 711־712.

nevo.co.il

והייחוד של הדיון החוקתי אינם מוציאים אותו מחוץ לגדר הדיון המשפטי-מקצועי, הנעשה על־ידי משפטנים מומחים, בין בותלי בית־המשפט.[19] לפי מודל זה, מלאכת הביקורת החוקתית מופקדת בידיהם של בתי־המשפט, שבהם יושבים שופטים הממונים ווזכים לקידום מקצועי, בראש־וזבראשונה בהתאם לקריטריונים של מומחיות משפטית-מקצועית.[20] הביקורת על חוקתיות החוקים נעשית כחלק אינטגרלי מהפעולה של המערכת הרגילה של השפיטה, במסגרת הכרעה של סכסוכים קונקרטיים ועל סמך עובדות קונקרטיות מגובשות. ממילא אי־אפשר במסגרת מודל זה לתקוף חוק באופן אבסטרקטי, לפני כניסתו לתוקף, אלא רק לאחר שהחוק נכנס לתוקף וגרם לתובע (או לקבוצת־אנשים שהתובע משתייך אליה) פגיעה של ממש בחירויות הפרט או באינטרסים אחרים שלהם המוגנים על־ידי החוקה.[21] המודל של ביקורת חוקתית הנעשית במסגרת סכסוכים קונקרטיים בידי בתי־המשפט הרגילים קיים במדינות רבות בעלות מסורת של המשפט הסקובל – כגון ארה"ב, קנדה ואוסטרליה – אך גם במדינות מטוימות ביבשת אירופה, כגון נורבגיה ודנמרק.[22] זהו גם המודל המיושם כיום במדינת ישראל.[23]

19. אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי – פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 79-87 והאסמכתאות שם.

20. מובן שלמעשה, ולעתים גם להלכה, מינוי השופטים מושפע גם מקריטריונים אידיאולוגיים ונעשה על־ידי רשויות פוליטיות, במיוחד כאשר מדובר במוסדות־שיפוט גבוהים. כך, למשל, באוצות־הברית, ששיטת הביקורת החוקתית בה תואמת בעיקרה את המודל המתואר בטקסט, ממונים שופטי בית־המשפט העליון על־ידי הנשיא ונחקרים ארוכות בפני הסינט על השקפותיהם האידיאולוגיות והפוליטיות קודם לאישור המינוי. ראו: Walter F. Murphy and Joseph Tanenhaus, *Comparative Law – Cases and Comentaries* (Princeton University, New-York, 1977), 7-8; Lawrence Baum, *The Supreme Court* (5th ed., CQ Press, Washington D.C., 1995), 29-58; P. Cooper and H. Ball, *The United States Supreme Court* (New York, Princeton Hall), 31-69.

21. Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed., The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 1988), 68.

22. לגבי קנדה, מרפי (לעיל, הערה 20), 56-66; Gregory S. Mahler, "Canada – Two Nations, One State?" *Political Culture and Costitutionalism – A comparative Approach* (Daniel P. Franklin and Michael J. Baun – eds., M.E. Sharpe, Inc., Armonk, New York, 1985) 56, ch. 3. לגבי אוסטרליה, מרפי (לעיל, הערה 20), 73-80; לגבי נורבגיה ודנמרק ראו: The *CONDIDES, Infobase on Constitutional Case Law*, Venice Commission, Council of Europe, Vol. 2.1 1997/2. ראו גם שפירא וברכה (לעיל, הערה 13), 43.

23. ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 7), 418; וכן זאב סגל, "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים – הסמכות להכריז על אי־חוקתיות חקיקה – למיז", משפטים כח (תשנ"ז) 239, עמ' 243-244.

nevo.co.il

3. מודל משולב – בית־המשפט העליון כבית־משפט לחוקה

על־פי מודל זה, ימלא בית־המשפט העליון בשיטה המשפטית הרגילה את תפקידו של בית־המשפט החוקתי. מדובר בטריבונל שיוקם במיוחד לבחינת שאלות של התאמת החוקים לחוקה ותהיה לו סמכות בלעדית לעניין זה, אלא שעל־פי רוב ההצעות, הרכבו יהיה קשור באופן כלשהו בהרכב של בית־המשפט העליון הקיים בישראל (ראו להלן). מודל זה הוא שילוב של אלמנטים מסוימים שבשני המודלים שהובאו לעיל (כלומר: אותת מהאפשרויות הרבות לשילוב ביניהם). החשיבות שיש לדיון במודל זה גובעת מכך שרוב ההצעות שהועלו לאחרונה לגבי הקמת בית־משפט לחוקה בישראל עסקו בגרסה זו או אחרת של המודל הזה ולכן יש מקום לתאר את המרכיבים (האפשריים שלו) קודם שאגש לדון ביתרונות ובחסרונות היחסיים של כל אחד מהמודלים האבסטרקטיים שתוארו לעיל. שאלה ראשונה בחשיבותה באשר למודל זה היא, מה יהיה הרכבו של בית־המשפט העליון, כשישב בתור בית־משפט לחוקה? בעניין זה אין כל אחידות בין הגורמים השונים שהעלו הצעות באשר לכך בישראל. הצעות מסוימות, שבאו בעיקר מקרב גורמים משפטיים הנחשבים ל"מקצועיים" (קרי: שופטים או משפטנים בשירות המדינה), כללו הסדר שלפיו שופטי בית־המשפט העליון הקיים יכהנו בתור שופטי בית־המשפט לחוקה, אלא שבית־המשפט העליון ישב בהרכב מורחב (של תשעה שופטים או יותר), או אף בהרכב מלא, בעת שהוא דן בשאלות חוקתיות.[24] לעומת זאת, גורמים פוליטיים שונים, שעסקו באפשרות של יצירת בית־משפט לחוקה, תמכו בהסדר שעל־פיו בית־המשפט לחוקה יורכב בחלקו לפחות ממי שאינם מכהנים כשופטים בבית־המשפט העליון או בבתי־המשפט הרגילים, בכלל. כך, למשל, הצעת חוק אחת שהופצה בנושא זה תומכת בהסדר שעל־פיו רק בית־המשפט לחוקה יורכב בחציו משופטים המכהנים בבית־המשפט העליון ובחציו האחר מ"שופטים" אחרים, שאינם מכהנים כשופטי בתי־המשפט הרגילים ואף אינם בהכרח משפטנים,[25] שאלות אחרות המתעוררות באשר למודל־ביניים כזה נוגעות להיבטים דיוניים ומערכתיים שונים: בהנחה, שרק בית־המשפט לחוקה מוסמך להכריז על בטלותו של חוק הנוגד את החוקה, למי נאפשר לתקוף את חוקיותו של החוק? האם נותיר

24. ראו, למשל, סעיף 35 להצעת חוק־יסוד: החקיקה, תשנ"ב-1992, ה"ח 2100, מינואר 1992 (להלן: הצעת חוק־יסוד: החקיקה מתשנ"ב), כפי שהוכנה על־ידי משרד־המשפטים והונחה על שולחן הכנסת; הצעת חוק־יסוד: החקיקה, תשל"ו-1975, ה"ח 1221; הצעת חוק־יסוד: החקיקה, תשל"ח-1978, ה"ח 1364. ראו גם יצחק זמיר, "הביקורת השיפוטית על חוקיות תוקים", משפט וממשל א (תשנ"ג) 395, עמ' 410, שם מובעת תמיכה בהסדר הכלול בהצעת החוק; סגל (לעיל, הערה 23), 251-252.

25. ראו הצעת צוקר (לעיל, הערה 15), סעיף 3.1. חלק מההצעות של פוליטיקאים שנדרשו לנושא כללו דרישה להוציא לחלוטין את שופטי בית־המשפט העליון מהרכב בית־המשפט לחוקה. ראו, למשל, את הידיעות "מציע לקבוע בחקיקה ששופטי בית־המשפט ייבחרו על־ידי הכנסת", הארץ, 11.1.94, מדור "במסדרונות"; "המסמך של ש"ס (לקראת המשא ומתן הקואליציוני) – "יוקם בית־משפט לחוקה"", מעריב, 26.5.99. מובן שהצעות כאלו קרובות מאוד במהותן למודל הראשון המתואר לעיל.

אפשרות כזו רק בידי גורמים מוסדיים מסוימים ונגביל אותה לתקופה קצרה לאחר קבלת החוק בכנסת (בהתאם למודל הראשון ולמצב הקיים בצרפת)? האם תתאפשר תקיפה של חוקים על־ידי עתירה ישירה לבית־המשפט העליון גם לאחר קבלתם ופרסומם ובלא מגבלת זמן נוקשה? או שמא אפשר יהיה להעלות את שאלת חוקיותו של חוק במסגרת של כל הליך משפטי, אלא שבית־המשפט אשר בפניו התעוררה שאלת חוקיותו של חוק יפנה (ביוזמתו או לבקשת אחד הצדדים) את השאלה הנידונה להכרעה בבית־המשפט לחוקה? ההצעות שהועלו בעניין זה תמכו ברובן באפשרות האחרונה, שלפיה שאלות חוקתיות תוכלנה להיות מועלות על־ידי כל בעל־דין בפני בתי־המשפט הרגילים ובמסגרת סכסוכים משפטיים קונקרטיים; אלא שרק לבית־המשפט העליון – בשבתו כבית־המשפט לחוקה – תהיה סמכות לפסול דבר חקיקה של הכנסת, לאחר שבית־המשפט הרגיל, הסובר כי יש ספק רציני לגבי תוקפו של חוק, יעביר את השאלה החוקתית ישירות לפתחו של בית־המשפט לחוקה.[26]

להלן אדון ביתרונות ובחסרונות השונים של כל אחד מהמודלים. אקדים ואומר, כי התיזה שתוצג להלן היא שהפתרון השני עדיף, הן במישור הכללי הן במציאות החוקתית המיוחדת של מדינת ישראל, על הפתרון הראשון. לאחר־מכן אטען כי פתרון־הביניים שהוצג לעיל – קרי: המודל השלישי – יוביל כמעט בהכרח את השיטה החוקתית במדינת ישראל לאימוץ המודל הראשון על דוב חסרונותיו וסכנותיו.

ג. היתרונות והחסרונות של כל מודל – היבטים דיוניים ומערכתיים

בספרות העוסקת בנושא מועלים כמה טיעונים לטובת מודל של בית־משפט מיוחד לתוקה (בהתאם למודל הראשון והשלישי לעיל) על פני המודל של ביקורת חוקתית בידי בתי־המשפט הרגילים. לפי הטענה, היתרון הראשון נוגע לדרגתה ולכובד־משקלה של הערכאה המוסמכת לפסול חוקים. אין זה רצוי – כך נטען – כי כל בית־משפט, נמוך בדרגתו ככל שיהיה, יהיה מוסמך, על־פי השיטה המשפטית, להכריז על בטלותו של חוק שנעשה בידי נציגי הרשות המחוקקת, נבחרי הציבור. חוק של הכנסת הוא מעשה חקיקה רם־דרג, שיצירתו היא תוצר של הליך מורכב ורב־שלבי, שבו נוטלים חלק נבחרי הציבור (חברי־הפרלמנט), כמו גם רשויות מינהליות וגופים מעוניינים אחרים (במסגרת הליך הדיון בחוק בוועדות־הכנסת וכדו'). האם יעלה על הדעת (כך הטענה), כי כל שופט של בית־משפט שלום (ולמעשה, כל פוסק במסגרת כל טריבונל, אפילו אם אינו בית־משפט של ממש) יוסמך להכריז כי מעשה חקיקה כזה חסר תוקף משפטי? האם לכל שופט הכישורים המקצועיים והניסיון הדרוש לשם הכרעות כאלו? זאת ועוד: התומכים בקו הטיעון הזה מוסיפים לו תימוכין במישור המוסדי, הקשור בפוליטיקה של השפיטה. כך, למשל, מציין זמיר כי

26. סעיף 35 להצעת חוק־יסוד: החקיקה מתשנ"ב (לעיל, הערה 24); זמיר (לעיל, הערה 24), 409.

nevo.co.il

> הכרעה כזאת, השוללת תוקפו של חוק, עלולה ליצור עימות של ממש בין בית־המשפט לבין בית הנבחרים, וחמור מזה – בין בית־המשפט לבין הציבור הרחב. לפיכך, הכרעה כזאת מחייבת גם שיקול־דעת ברמה הגבוהה ביותר וגם יוקדה מידבית. מכאן שרצוי לייחד את הסמכות לפסול חוק לבית־המשפט העליון.[27]

בבחינת הטענות הללו רצוי להבחין בין היבטים טכניים ודיוניים (הקשורים ביכולת המקצועיות של מוסד שיפוטי זה או אחר, ליעילות הדיונית של הביקורת וכדו') ובין היבטים מוסדיים הנוגעים בשאלת הלגיטימציה הפוליטית והציבורית של הליך הביקורת. היבטים אלו אזרונים יידונו להלן בפרק הבא של המאמר. בשלב זה רצוני להתמקד במישור המשפטי־מקצועי. במישור זה חשוב לומר, כי הטענות של מי שמציעים להקים בית־משפט מיוחד לחוקה מתעלמות במידה רבה מן הפרקטיקה הקיימת במשפטנו לגבי בחינת תוקפן של נורמות משפטיות וגם מן המסגרת הקיימת בשיטות שבהן נוהג היום המודל השני (וביניהן ישראל) להערכת תוקפן של הכרעות שיפוטיות, בכלל. בשיטת־המשפט בישראל (כמו גם בשיטות אתרות, כמו זו באנגליה ובארצות־הברית) בתי־המשפט נדרשים מדי פעם להעדיך את תוקפן של נורמות שונות ואת התאמתן לנורמות גבוהות מהן במדרג הנורמטיבי. כך הוא כאשר בית־משפט (כל בית־משפט) נדרש להעדיך את תוקפן של תקנות או חקיקת־עזר עירונית באשר לתוקפה של חקיקה ראשית, וכך הוא כאשר נדרש בית־משפט כלשהו להעדיך את מעמדה של נורמה מסוימת (כללית או אינדיבידואלית) באשר לעקרונות־היסוד של השיטה המשפטית (וביניהם, עקרון השוויון ודרישת ההגינות ההליכית והסבירות החלים על נורמות מינהליות שונות וכדו').[28]

---

27. שם, 410; סגל (לעיל, הערה 23), 247-248. וראו גם אהרן ברק, "יסודותיה של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת", ספר ברקת (ירושלים, תשל"ז) 286. על הטיעון האמור מתוסף עוד טיעון־משנה ועל־פיו, כובד האחריות והחשש מפני תגובת הציבור עלולים לגרום לשופטי הערכאות הנמוכות לנקוט הסתגות־יתר ולהימנע מלהפעיל את הסמכות החוקתית גם כאשר הם סבורים כי החוק הנידון אכן נוגד את דרישות הנורמה החוקתית. ראו זמיר (לעיל, הערה 24), 409. התשובה לפן זה של הטיעון נובעת מהתשובה לטיעון הראשי, שעניינה תוקפה המוגבל ממילא של ההכרעה השיפוטית, להלן.

28. כך, למשל, נפסק שאין לפגוע בחופש העיסוק בתקנות בלא אסמכתא מפורשת בחוק. ראו בג"ץ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לז (3) 337. כך גם לגבי זכויות אדם אחרות – תקנות מגבילות הוכרו כתקפות רק אם התוק הסמיך במפורש; בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש העיר ואח', פ"ד ח 1524; בג"ץ 144/77 ליפבטקי־הליפי נ' שר המשטרה, פ"ד כז (1) 719, עמ' 723; בג"ץ 5073/91 ואח' תיאטראות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה ואח', פ"ד מז (3) 192. מן הראוי לציין גם, שאחר מפסקי־הדין הבולטים בתחום חופש הדת ניתן על־ידי בית־המשפט לענייגים מקומיים בירושלים. ראו ת"פ (י-ם) 3471/87 ואח' מדינת ישראל נ' קפלן ואח', פס"מ תשמ"ח (ב) 265, מפי השופטת פרוקצ'יה, אשר פסלה חוק־עזר שאסר פתיחת בתי־קולנוע בירושלים בשבת.

nevo.co.il

מבחינה זו, אין לכאורה ייחוד לבחינת תוקפו של חוק באשר לחוק־יסוד. בשני המקרים צריך בית־המשפט להכריע (הכרעה שיש בה אלמנטים של פרשנות משפטית מקצועית, אך גם אלמנטים של מדיניות ותפיסות ערכיות) בסתירה בין שתי נורמות מתנגשות.

אכן, אפשר לטעון כי למרות האמור לעיל, עדיין יש הבדל איכותי־עקרוני – מבחינת מלאכת השיפוט המקצועי – בין הכרעה לגבי התאמתו של חוק לחוקה ובין הכרעה לגבי תוקפה של נורמה משפטית אחרת. זאת, למשל, משום שפרשנות הטקסט התוקתי, שהוא מטבעו "רחב", "עמום" ו"ערכי" יותר מטקסטים אחרים, מחייבת סוג מיוחד של כישורים שיפוטיים, או משום שהביקורת התוקתית דורשת הליך של בחינת ערכים ואיזונם באופן יותר תכוף, או יותר אינטנסיבי, מאשר נורמות אחרות. ואולם אפילו נצא מההנחה כי טיעון זה נכון לגבי המקרה האופייני של ביקורת על חוקתיות חוק (בהשוואה למקרה האופייני של ביקורת לגבי תוקפה של נורמה אחרת), עדיין לא מתבקשת מכך – לדעתי – המסקנה כי יש לשלול את סמכותם של בתי־המשפט הרגילים לדון בשאלות של ביקורת חוקתית. הסיבה לכך היא, שהמודל של ביקורת שיפוטית על־ידי בתי־המשפט הרגילים מכיל מנגנוני־הגנה, המונעים במידה רבה (או לפחות מקטינים) את הנזקים העלולים לנבוע מפסיקה מוטעית או בלתי־אתראית של טריבונלים נמוכים בתחום התוקתי. בראש־ובראשונה יש לזכור, כי תוקפה של כל הכרעה שיפוטית באשר למעמדה של נורמה כלשהי (לרבות חוק) מתייחס ממילא אך ורק לצדדים הישירים לסכסוך העומד בפני הטריבונל הרלבנטי. כאשר, למשל, בית־משפט לתביעות קטנות קובע, בתביעה בין בעל־מכולת לבין לקוחו, כי חוק מסוים המסדיר את היחסים בין הצדדים הוא חסר־תוקף בהיותו נוגד את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי מבחינה משפטית ומעשית כאחד, התוקף של הכרעה כזו הוא אך ורק בין הצדדים לאותו הליך. החוק שבו מדובר אינו הופך ל"בטל" מנקודת־הראות של כלל הציבור, ולהכרעה (ככל שמדובר בבית־משפט בערכאה הנמוכה) אין גם כל השלכה תקדימית על מקרים דומים אחרים העומדים לדיון באותה עת.[29] תפיסה זו לגבי התוקף המוגבל של הכרעות שיפוטיות (בערכאות נמוכות) משתלבת היטב ותואמת עיקרון מושרש אחר בשיטתנו המשפטית – ההכרה בסמכות העקרונית של כל בית־משפט להכריע, לצורך העניין העומד לפניו, גם בשאלות המתעוררות בפני אותו בית־משפט באופן אגבי, הגם שעקרונית הן מצויות מחוץ לסמכותו לדון בהן מלכתחילה.[30]

29. אכן, לכאורה הכרעה של בית־משפט בערכאה נמוכה לגבי בטלותו של חוק עשויה ליצור אי־ודאות מבחינה ציבורית, להבדיל משאלת התוקף הפורמלי־תקדימי של ההחלטה. בהיבט זה של הוודאות המשפטית אדון בהמשך. ראו להלן, ליד הערה 32 ולפני הערה 40.

30. סעיף 76 לחוק בתי־המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 195: "הובא ענין כדין לפני בית־משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור הענין, רשאי בית־המשפט להכריע בה לצורך אותו ענין אף אם הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית־משפט אחר או של בית־דין אחר". אפשר לטעון, כי סעיף זה כלל אינו רלבנטי לסוגיה הנידונה כאן במצב המשפטי אצלנו כיום, משום שממילא לבית־המשפט העליון אין כיום סמכות ייחודית לדון בטענות כנגד חוקתיות חקיקה (ראו סגל (לעיל, הערה 23), 255). לצורך העמדה המוצגת בטקסט אין אני נצרך להכרעה פרשנית בשאלה זו. בהנחה שהטענה

nevo.co.il

המנגנון המשלים את המנגנון האמור הוא מנגנון הערעור. במקרים שבהם נפלה טעות בהכרעתו של טריבונל נמוך לגבי חוקתיות חוק, הרי לא זו בלבד שהטעות משליכה אך ורק על זכויות הצדדים הישירים להתדיינות, אלא שהיא אף צפויה לעמוד לביקורת של דרג אחר, גבוה יותר, בהירדכיה השיפוטית (ועל כך עוד ארחיב להלן). היינו: השיטה המשפטית שלנו שוללת את התפיסה, שלפיה יש קשר בין "מדרג הנורמות" לבין "מדרג הירדכיית הסמכויות השיפוטיות". היא אימצה – מטעמים של יעילות דיונית – את העיקרון, שעל־פיו לכל בית־משפט סמכות להכריע בכל שאלה משפטית המתעוררת לפניו במסגרת תובענה שבה הוא מוסמך לדון, תוך שהיא דואגת להגביל את היקף ההכרעה למסגרת של הצדדים והעניין שנידון בפני אותו טריבונל. בהנחה, ששאלות חוקתיות אף הן שאלות "משפטיות", קשה לראות את הצידוק לחרוג מעקרונות מושרשים אלו במקרה של ביקורת חוקתית על תוקפם של חוקים. ההנחה הנוגדת, שעל־פיה שאלות חוקתיות הן שאלות "לא־משפטיות", מובילה אותנו הישר לתפיסה של המודל הראשון שהוצג לעיל, עם המשמעויות במישור המוסדי והפוליטי המתחייבות מכך (ושעוד תידונה להלן). זאת ועוד: התפיסה המוצעת על־ידי תומכי המודל השלישי בדבר הצורך בעצירתו של הליך משפטי באמצע מהלכו, כדי לבצע "הפניה" (renvoi) של השאלה החוקתית לבית־המשפט החוקתי המוסמך, היא הכנסת אלמנט דיוני זר, בלתי־מוכר ובעייתי, הנוגד את התפיסה הדיונית הכללית אצלנו (ראו להלן).[31]

טיעון שני לטובת בית־משפט חוקתי מיוחד יוצא מנקודת־מוצא שבה הסתיים הדיון בטיעון הראשון. בהנחה שאנו מוכנים להפקיד את מלאכת הביקורת החוקתית בידי כל בית־משפט וכל ערכאה שהיא, ובהנחה שכל טריבונל כזה הוא "טוב־רני" להכריע בדבר תוקף החוקים, ככל שההכרעה נוגעת למקרה המובא בפניו, הרי מכאן קצרה הדרך למצב של פסיקות סותרות והיעדר אחידות בדין, ועקב כך – לפגיעה תמורה אפשרית בביטחון המשפטי.[32] יש לשים לב, כי גם הטיעון הזה איננו מיוחד לסיטואציה של ביקורת על חוקתיותם של חוקים. אותה בעיה עצמה קיימת גם לגבי הכרעות שיפוטיות באשר לתוקפן של תקנות (ונורמות כלליות אחרות). כך, למשל, אם פוסק בית־המשפט לתעבורה בטברייה כי תקנה מסוימת מתקנות התעבורה (הנוגעת למאות אלפי נהגים) היא חסרת־תוקף, משום שהיא נוגדת את דרישות פקודת התעבורה (או מטעם אחר של המשפט המינהלי), הרי אז עשויה להתעורר בעיה קשה של אי־ודאות משפטית.[33] אכן, פסיקתו של

הפרשנית המצמצמת נכונה, נובע ממנה כי רפורמה שתבקש ליישם את המודל השלישי בשיטתנו המשפטית תצטרך, בצד הקמת מוסד ההפניה, להתייחס גם להשלכות האפשריות של סעיף 76.

31. אלמנט כזה קיים, ולא במקרה, כשיטת־המשפט המינהלית בצרפת, שהיא, כאמור, הדוגמא המובהקת והקיצונית ביותר בתחום החוקתי לאימוץ מודל הביקורת הראשון שתואר לעיל.

32. ראו, למשל, סגל (לעיל, הערה 23), 253.

33. מעניין לציין, כי דווקא הדוגמא שמביא סגל לאי־ודאות משפטית בהקשר של ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים נוגעת לתחום התעבורה, שבו, כידוע, רובן המכריע של הנורמות החשובות כלולות דווקא בתקנות התעבורה ולא בחקיקה ראשית (שם, שם).

nevo.co.il

אותו בית־משפט לא תוביל אלא לזיכויו של הנאשם הספציפי שהובא בפני בית־המשפט. להכרעה זו לא תהיה השלכה (ישירה) על תוקפן של הכרעות (ולרבות של הרשעות) שניתנו בבתי־משפט לתעבורה אחרים ברחבי המדינה ואף לא על הכרעות דומות שניתנו על־ידי אותו בית־משפט עצמו בעבר.[34] עם זאת, פסיקה כזו עשויה לעורר בעיות קשות במישור של אחידות הדין, ודאותו וצפיותו, במיוחד במקרים שבהם ישנן פסיקות סותרות של בתי־משפט שונים לגבי תוקפה של נורמה נתונה.

דומה, כי אלו הסוברים כי הטיעון הנ"ל מצדיק יצירת טריבונל מיוחד ואחיד לבחינת תוקפם של חוקים, מניחים, כי הבעיה האמורה תמורה יותר במישור המעשי במקרה של פסילת חוק מאשר במקרה של פסילת נורמות מינהליות או תקנות. אחרת קשה להסביר מדוע ישנה הצדקה ליצירת טריבונל מיוחד כזה במקרים של פסילת חוק ולא במקרים של פסילת תקנות. הגם שהנתה כזו עשויה להיראות לכאורה הגיונית ומסתברת (שכן מקובל לחשוב, כי חוקים הם נורמות "חשובות יותר" לציבור מאשר תקנות), לא הייתי ממהר לקבל אותה בלא בחינה אמפירית מדוקדקת, החייבת להיות מבוססת על מעקב שיטתי לאורך זמן וצבירת ניסיון מצטבר; שהרי, כידוע, חלק ניכר מהנורמות, שלהן השלכה מיידית על חיינו ועל חיי הציבור במישור היומיומי המעשי, מעוגן דווקא בתקיקת־משנה (ואף בהנחיות מינהליות) ולא בחקיקה ראשית (למשל: תקנות התעבורה שכבר הוזכרו, תקנות הבטיחות בעבודה, תקנות הביטוח הלאומי ועוד כהנה וכהנה דוגמאות). ההנחה בדבר החשיבות המיוחדת של הכרעות בנוגע לתוקף חוקים (מהבחינה המעשית של ודאות המשפט) מבוססת למעשה על שילוב כלשהו (או ליתר דיוק: "מכפלה") של שתי הנחות־משנה: האחת, שההשלכות המעשיות של חקיקה ושל פסילת חקיקה ראשית הן, מבחינת חיי המעשה של הציבור הרחב, רחבות ורבה יותר מאשר ההשלכות המעשיות של פסילת נורמות שאינן חקיקה ראשית. הנחת־המשנה השנייה עניינה סיכויי ההיתכנות (קרי: לשכיחות בפועל או להסתברות בכוח) של אירועים של פסילת חקיקה ראשית על־ידי בית־המשפט בהשוואה להיתכנות של אירועים מסוג דומה שבהם נפסלות נורמות כלליות אחרות. ההיסטוריה הקצרה של הביקורת החוקתית בידי בתי־המשפט הרגילים בישראל בחמש השנים שחלפו מאז "מהפכת" 1992 ודאי איננה תומכת בטיעון, ששכיחות המקרים של פסילת החוקים בידי בתי־המשפט מצדיקה פתרון חדיג ומיוחד כמו זה של בית־משפט חוקתי מיוחד.[35] לכן,

34. לצורך הדיון אני מתעלם מהשלכות עדיפות העשויות להיות, בלא ספק, לפסיקה כזו במישור של מדיניות התביעה הכללית לגבי העמדה לדין מכוח אותה תקנה, מדיניות האכיפה של גזרי־דין אחרים שניתנו על־פיה וכיו"ב. סוגיות אלו מעוררות שאלות קשות שאין מקום לדון בהן כאן.

35. אני מודע לעובדה, כי אחד ההסברים האפשריים לנדירות היחסית של התערבות שיפוטית כרוך בהיסוס ובזהירות (אולי זהירות־יתר) שבתי־המשפט הנמוכים נוקטים, משיקולים מוסדיים, בכל הנוגע לפסילת חוקים. אם אכן לטיעון זה תוקף אמפירי (ועל כך אני חולק, מטעמים שיוסברו להלן), אזי אפשר לטעון שהטיעון הנוכחי בטקסט לוקה בהנחת המבוקש. אך, כאמור, אני חולק על הטיעון עצמו, מטעמים שחלקם פורטו למעלה וחלקם (הנוגעים לפן הפוליטי־מוסדי) יידונו בהמשך.

nevo.co.il

דומה, כי אלו המוכנים לאמץ את מודל בית־המשפט החוקתי על סמך הטיעון הנ"ל ובלא בחינה אמפירית עקיבה של המשתנים שפורטו לעיל, עושים זאת הלכה למעשה (ואולי מבלי משים) משיקולים אחרים (מוסדיים) ולא משיקולים של דאוות הדין ויעילות דיונית.

עם זאת, התשש מפני ההשלכות השליליות של פסיקה סותרת של בתי־משפט בערכאות שונות באשר לתוקפן של נורמות כלליות (וביניהן כמובן חוקים של הפרלמנט) על דאוות ויציבות של הדין, אינו כשלעצמו חסר־בסיס. אי־דאוות של הדין בגלל המבנה המבורר של הביקורת על תוקפן של נורמות כלליות היא אכן נקודת־תורפה של המודל השני. עם זאת, הפתרון המתאים לבעיה זו – במסגרת שיטה הדוגלת בביקורת על־ידי בתי־המשפט הרגילים – אינו מצוי ביצירת טריבונל מיוחד לבחינת תוקפן של נורמות (פתרון, שכפי שאראה להלן, איננו פותר באופן ראוי את בעיית דאוות הדין), אלא הפתרון המתאים לשיטת־משפט כמו זו הנהוגה בישראל הוא יצירת הסדרים דיוניים שיביאו מצבים מעין אלו במהירות הרבה ביותר אל הערכאה העליונה והמוסמכת לקבוע החלטות תקדימיות כלליות, קרי: לבית־המשפט העליון.[36] בלומר: במקום לאמץ את המודל של בית־משפט לתוקה (על הבעייתיות הכרוכה בכך, שתפורט להלן), במקרים שבהם ישנה פסיקה סותרת של ערכאות נמוכות, או במקרים של פסילת נורמות כלליות היוצרת סכנה לביטחון המשפטי – מן הראוי לאפשר הליך מהיר של ערעור הישר לבית־המשפט העליון, והו פתרון "זול" מבחינת היקף השינויים שיש להכניס במערכת־השפיטה. אפשר לעגן אותו בלא כל צורך ברפורמות מקיפות שהשלכותיהן אינן ברורות ובלא צורך בחריגה מהמודל השיפוטי המוכר לנו, באמצעות המוסד המוכר של בקשת רשות ערעור, תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות. היינו: במקרים שבהם טריבונל שיפוטי כלשהו (לרבות בית־משפט שלום או בית־משפט לתביעות קטנות) קובע קביעה המטילה ספק בתוקפה של נורמה כללית (ולשיטתי, נורמה כזו אינה חייבת להיות בהברח חוק של הכנסת, אלא יכולה להיות גם תקנה שלה חשיבות כללית), יתירו סדרי־הדין הליך מהיר של בקשת רשות ערעור לבית־המשפט העליון (תוך הבטחת עדיפות לדיון כזה במסגרת התור לדיון בערכאה העליונה המוסמכת).[37]

36. ואכן, בדין האמריקני אחת העילות המקובלות לקבלת רשות לערער לבית־המשפט העליון היא פסיקה סותרת של בתי־משפט פדרליים נמוכים. ראו: Gerald Gunther and Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law* (13th ed., The Foundation Press, Westbury, New York, 1997), 68.

37. ההצעה המובאת כאן לגבי אפשור הערעור נגד הרשות לבית־המשפט העליון מתייחסת להליכים שבהם בית־משפט שלום (או בתי־משפט אזרחיים נמוכים אחרים) קבעו כי חוק של הכנסת הוא בלתי־חוקתי. תוצאה דומה אפשרית להשגה גם לגבי קביעות דומות של טריבונלים אחרים, כגון בתי־דין בעלי סמכות ייחודית (בתי־דין צבאיים, בתי־דין דתיים, בתי־הדין לעבודה וכדו') וכן טריבונלים מינהליים שונים, אף בלא צורך בשינוי סטטוטורי. לשם כך אפשר להשתמש במוסד הביקורת הבג"צית הקיים כיום. כידוע, בדרך־כלל יימנע בג"ץ מלהיזקק לעתירות כנגד בתי־דין כאלו כל זמן שלא מוצו כל הליכי הערעור בתוך המערכת הנפרדת שבה מדובר. אלא שעיקרון זה כפוף לשיקול־הדעת הכללי של בג"ץ בנוגע

nevo.co.il

עד כה דנתי בטיעונים שונים לטובת המודל של בית־משפט חוקתי, המסתמכים בעיקרם על הבעיות והחולשות של מודל הביקורת השיפוטית בידי בתי־המשפט הרגילים. כעת הגיעה השעה לבצע את המהלך ההפוך, קרי: לבחון את המשמעויות הדיוניות והמערכתיות של אימוץ ההצעה להסב את השיטה המשפטית שלנו בתחום הביקורת השיפוטית למודל של בית־משפט לחוקה, ואת, הן לגבי האפשרות של רפורמה טוטלית (מעבר למודל הראשון) הן לגבי האפשרות של רפורמה חלקית שתיצור "יצירי־כלאיים", של בית־משפט "חוקתי" בשיטה המבוססת, לכל עניין אחר, על הנחת־היסוד הכלליות של המודל השני.

לכאורה במודל בית־המשפט לחוקה במישור הדיוני בולטות כמה חולשות בהשוואה למודל המוכר לנו כיום. הריכוזיות של הביקורת השיפוטית ואחידות הדין הנובעת ממנה מושגות במחיר כבד של הגבלת הנגישות של הביקורת השיפוטית וסרבול דיוני ניכר של כל הליך שבמסגרתו מתעוררת שאלה חוקתית. במודל הראשון של ביקורת חוקתית־פוליטית (כמו זה הנהוג בצרפת) המחיר של אימוץ המודל הוא למעשה טוטלי. כלומר: אין בשיטת־המשפט הצרפתית ביקורת שיפוטית העומדת לרשות כל אזרח, כמו זו הנהוגה אצלנו. יש רק הליך, המאפשר לכמה גורמים פוליטיים פנייה, המוגבלת לזמן יצירת החוק עצמו, אל הטריבונל המבקר, שאיננו, כזכור, מוסד שיפוטי רגיל. אכן, המודל הזה משיג ודאות מקסימלית של הדין: לאחר פרסום החוק אין עוררין על תוקפו. אך ודאות זו מושגת במחיר של שפיכת התינוק עם מי האמבט, היינו: במחיר של ויתור מוחלט על ביקורת שיפוטית על חוקי הפרלמנט לאחר חקיקתם. גם על־פי המודל השלישי, משלמת השיטה המשפטית מחיר כבד למדי תמורת הניסיון לרכז את הביקורת השיפוטית בידיו של בית־המשפט החוקתי בלבד. בראש־ובראשונה ההסדר, שעל־פיו פסילת חוק על־ידי ערכאה נמוכה תגרום אוטומטית להתלייית ההליך ולהפסקתו עד להכרעה בשאלה החוקתית, גורר עמו בהכרח סרבול, סיבוך והארכה של הדיון השיפוטי, לעתים בלא כל צורך של ממש (כפי שיוסבר להלן). נתאר לעצמנו את מהלך הדברים בדיון שבו מועלית טענה כנגד תוקפו של חוק. לאחר העלאת הטענה בית־המשפט צריך לשקול את משקלה. לפי ההצעות בעניין זה, אם הטענה נראית לבית־המשפט מבוססת דיה כדי לעורר ספק לגבי תוקפו של החוק, עליו לעצור לאלתר את הדיון בתיק שלפניו ולהעביר את העניין אל בית־המשפט לחוקה.[38] כלומר: הדיון השיפוטי

להיוקקות לעתירות. לכן אם קבע, למשל, בית־הדין האזורי לעבודה כי חוק מסוים של הכנסת בלתי־חוקתי, יכול בעל־הדין שנפגע מההחלטה לעתור ישירות לבג"ץ. במקרה כזה יוכל בג"ץ להביא עובדה זו בין שיקוליו, ואם מוצדק בנסיבות העניין להיוקק מיד לעתירה, או שמא יש להמתין בכל־זאת למיצוי ההליכים במסגרת מערכת בתי־הדין לעבודה. קיומה של שאלה חוקתית בעלת חשיבות כללית היא ממילא עילה להיוקקות בג"ץ לעתירה גם בלא מיצוי ההליכים במערכת בתי־הדין הייחודיים. ראו, למשל, בג"ץ 6163/93 ואח' איזנברג נ' שר השיכון ואח', פ"ד מו (2) 229, עמ' 237-240.

38. סעיף 35(ה) להצעת חוק־יסוד: החקיקה מתשנ"ב (לעיל, הערה 24); זמיר (לעיל, הערה 24), 409-410. סגל אינו דן בהרחבה בשאלה כיצד בדיוק אמור בית־משפט נמוך לנהוג בשעה שהוא נתקל בטענה של אי־חוקתיות חוק. הוא מסתפק בטענה, כי דווקא משום שכיום אין

nevo.co.il

בתיק הנידון מותלה ואינו יכול להימשך. הגם שייתכן כי הטענה בדבר תוקפו של החוק תידחה בסופו של דבר; והגם שייתכן, כי אפילו הטענה עצמה היתה מתבררת כנכונה, הרי הצד שהעלה אותה היה מפסיד את הדיון בתיק הקונקרטי מסיבות אחרות, שאינן תלויות בשאלת תוקפו של החוק הנידון. במלים אחרות: ההצעה פותחת פתח לשילוב בין שני מוסדות בעייתיים של המודל הראשון – ביקורת חקיקתית הנעשית באופן תיאורטי והיפותטי, יחד עם מוסד ההפניה (renvoi), שהוא זר כל־כך לשיטת־המשפט שלנו. מעבר לסרבול הדיוני העצום הכרוך במוסד ההפניה קשה לראות מדוע השימוש בו פותר אותם קשיים שכל המציעים אותו מתיימרים לפתור באמצעותו. בהנחה שבירור השאלה בפני בית־המשפט לחוקה אורך זמן (לפחות כמו ההליך של בקשת רשות הערעור שתואר לעיל), קשה לראות במה ההצעה הזו עדיפה על ההצעה שהובאה לעיל בדבר השימוש במוסד המוכר של בקשת רשות הערעור; שהרי מכל בחינה שהיא – במישור של היעילות הדיונית – דומה כי בקשת רשות הערעור עדיפה על מוסד ההפניה: ראשית, מבחינת הסרבול והעלויות הדיוניות אין ספק, כי עדיף מצב שלפיו הצדדים ממתינים להחלטת בית־המשפט החוקתי המוסמך, כאשר יש בידיהם פסק־דין סופי המתייחס לזכויותיהם הקונקרטיות, מאשר מצב שבו ההליך תלוי ועומד (במשך חודשים? שנים?) באמצעיתו, כשלא ברור כלל האם ההכרעה החוקתית חיונית להכרעת ההליך הקונקרטי. שנית, מבחינת בזבוז הזמן השיפוטי: לפי מודל הבקשה של רשות הערעור, יש חשש כי יבוזבז זמנו של בית־המשפט הנמוך (ושל הצדדים הקונקרטיים) מפני שהכרעה חוקתית של אותו בית־משפט תיהפך על פיה במסגרת הליכי הערעור. אלא שסכנה כזו קיימת לגבי כל הליך שיפוטי וכל טענה המתעוררת במסגרתו. תמיד אפשר לראות בהליך שהוביל לפסק־דין, שבסופו של דבר נהפך על פניו, משום "בזבוז זמן". לעומת זאת, על־פי מוסד ההפניה, הסכנה היא שדווקא זמנו של בית־המשפט הגבוה יותר, החוקתי, הוא שיבוזבז לריק; שכן בדיעבד יתברר כי ההפניה אליו נעשתה בעניין שבסופו של דבר לא יכול היה להכריע את הזכויות הקונקרטיות של הצדדים, משום שבית־המשפט הנמוך הנתקל בטענה חוקתית אינו יכול לקבוע מראש (לפחות לא בכל המקרים), האם טענה זו תכריע בסופו של דבר את הדיון שלפניו. מנגד, אם נוסיף על מודל ההפניה את הדרישה הנוספת שלפיה תנאי להחלטה על הפניה הוא שברור לבית־המשפט כי מדובר בשאלה שעל־פיה יוכרע המקרה הקונקרטי – אזי קשה לראות מדוע אי־אפשר לבקש מבית־המשפט, המצוי בשלב כזה, להכריע לגבי התיק עצמו באופן סופי ולהותיר את הביקורת החוקתית של בית־המשפט החוקתי לשלב הערעור. שלישית, מתעוררת הנקודה של הביטחון המשפטי: האם אכן מוסד ההפניה פותר את אי־הוודאות המשפטית בתקופת־הביניים, שבה אנו ממתינים להכרעת בית־המשפט החוקתי? התשובה היא ודאי שלילית. כזכור, גם לפי המודל השני, לפסיקה של ערכאה נמוכה הפוסלת תוקפו של חוק אין השלכה משפטית ישירה וכללית. ההשלכות היחידות של פסיקה כזו הן במישור הציבורי־פסיכולוגי. אך בעיית אי־הוודאות במישורים ולולו לא תיפתר על־ידי מודל ההפניה, שהרי כשם שהכול יודעים כי במשפטו של פלוני נגד אלמוני פסק בית־משפט שלום פלמוני כי חוק נתון הוא בלתי־חוקתי, כך ידעו הכול, כי

לבית־המשפט העליון סמכות "ייחודית" לדון בטענות כנגד חוקיות חקיקה ראשית, סעיף 76 לחוק בתי־המשפט אינו רלבנטי בהקשר זה. ראו סגל (לעיל, הערה 23), 254-256.

nevo.co.il

אותו בית־משפט גילה "ספק של ממש" באשר לתוקפו של אותו חוק, עד כדי כך שמצא לנכון להעמיס את השאלה על שולחנו העמוס לעייפה של בית־המשפט (החוקתי) העליון. על־פי המודל השני, ישנה לפחות ודאות יחסית אצל הצדדים הנוגעים לעניין, בעת שהם ממתינים לבירור הערעור – ודאות הנובעת מקיומו של פסק־דין (הגם שאינו חלוט) בעניינם הספציפי. על־פי מודל ההפניה, גם ודאות זו לא תהיה קיימת.[39]

לבסוף מתעוררת השאלה, האם מודל ההפניה יקטין או יגדיל את המוטיבציה והנכונות של בתי־המשפט הנמוכים לעורר שאלות חוקתיות? בין תומכי מודל ההפניה היו שטענו, כי המצב המשפטי הקיים, שבו "כובד האחריות" לפסיקה החוקתית מוטל על כתפיהם של שופטי הערכאות הנמוכות, עלול לגרום להם להירתע מהחלטות הפוסלות חוקים של הכנסת.[40] לא ידוע לי על מחקרים אמפיריים התומכים בשיטתיות בטענה היפותטית כזו, וכפי שאראה להלן, דווקא במישור של פוליטיקה שיפוטית לפסילת חוק על־ידי בתי־משפט נמוכים ישנם יתרונות ניכרים. אולם אם בהשערות בעלמא עסקינן, אפשר, על־פי אותו היגיון, להציע טיעון הפוך: מחד גיסא, מודל הביקורת הרגילה לא ירתיע שופטים כלל מלעשות שימוש בסמכות הביקורת החוקתית, הן משום שהם יודעים כי החלטתם "לפסול" חוק מוגבלת – מבחינה פוזיטיבית – לעניין שהובא בפניהם ולצדדים הקונקרטיים לאותו דיון, הן משום שהם יודעים כי החלטתם כפופה תמיד לאפשרות של ערעור. שנית, דווקא האפשרות של "הפניה" תרתיע שופטים מלעשות בה שימוש תכוף, בגלל שתי סיבות מצטברות: ראשית, במישור הדיוני, השופט יודע כי החלטה על הפניה פירושה כי ההליך המשפטי שעליו הוא אמון ואחראי נידון להיקטע אגב מהלכו, תוך שהוא מחכה לחסדיהם של קובעי התור לדיון בבית־המשפט החוקתי ועד להודעה חדשה. שנית, וחשוב יותר, ההחלטה על הפניה היא זו שבה שופט של ערכאה נמוכה מחליט ביוזמתו "להטריד" את מנוחתם של שופטי הערכאה העליונה במדינה ולהטיל – אולי שלא לצורך, ומכוח החלטתו היזומה – עומס נוסף על כתפיהם. זהו הליך חריג גם בשיטות־המשפט המכירות בו כיום, שרמת הבולטות שלו גבוהה, ועמה גם רמת הסיכון של מי שמקבל את ההחלטה על פתיחת הליך כזה. על־פי המודל החלופי, לא נוצרת כל בעיה כזו: אמנם, השופט מחליט שחוק מסוים אינו תקף רק אם הדבר חיוני לשם ההכרעה הקונקרטית, והכול במסגרת עבודתו הרגילה ובתחום אחריותו כמי שנדרש להכריע בסכסוך שהובא בפניו. לכן – לדעתי – אין בסיס להשערה כי דווקא המודל השני נחות משאר המודלים, משום שהוא יצור הרתעת־יתר אצל שופטי הערכאות הנמוכות מפני פסילת חוקים.[41]

39. חסרון מסוים של מוסד רשות הערעור במישור של ודאות הדין מתעורר במקרים שבהם הצד שהפסיד בהליך המקורי יימנע מלערער על פסק־הדין שבו נקבעה בטלותו של חוק. אלא שיש להניח, כי במהלך הרגיל של הדברים מתדיין שלצדו עומד חוק של הכנסת לא יימנע מלערער על פסק־דין של ערכאה נמוכה שפסלה אותו חוק.

40. זמיר (לעיל, הערה 24), 410.

41. השיטה של הפרדת סמכויות בין מערכת־המשפט הציבורית וזו הכללית נהוגה בצרפת. שם שיטת־המשפט אינה מכירה (להלכה, ראו להלן) באפשרות לתקוף אקט מינהלי באמצעות

nevo.co.il

בסופו של דבר דומה, כי לא טיעונים דיוניים ומערכתיים הם המביאים את תומכי המודל השלישי לדבוק בו, אלא בעיקר טעמים במישור הפוליטי־מוסדי. הנחת־היסוד של המציעים היא, כי החלטה על פסילת חוק היא החלטה חשובה ורגישה מבחינה פוליטית וציבורית. לכן הם מניחים, כי זו החלטה שלה משמעויות מערכתיות ודיוניות חריגות (שופטים יהססו לקבל ההלטות כאלו, המצדיקות אימוץ מודלים דיוניים מיוחדים וכיו"ב) ולכן הם סוברים כי נדרש בית־משפט מיוחד, בעל מעמד הירכי גבוהה, להכרעה בשאלות כאלו. נפנה אפוא לדון בהיבטים הפוליטיים, המוסדיים והחברתיים של שאלת בית־המשפט לחוקה.

ד. היתרונות והחסרונות של כל מודל – המישור הפוליטי־מוסדי

1. בסיס הלגיטימיות של הביקורת החוקתית – היבטים עיוניים ואמפיריים

הטענה המרכזית המבססת את הדרישה להקמת בית־משפט לחוקה כרובה בדיון העקרוני בבסיס הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית על הוקתיות חוקים. מבין נוטלים לעצמם – שואלים השואלים – שופטים שלא נבחרו באופן דמוקרטי לתפקידם ושאינם "מייצגים" באופן ממשי את רצון הציבור, את הסמכות לפרש את החוקה, לגזור ממנה ערכים ולהכריע בשאלות אידיאולוגיות מרכויות שהציבור נחלק לגביהן? ההצעות להקמת בית־משפט לחוקה נועדו אפוא בעיקר להתמודד עם בעיית הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית, בכלל.

יש להקדים ולומר, כי שאלת הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית היא שאלה קשה ונכבדה, שעליה נכתבו תלי־תלים של ספרים, מאמרים ופסקי־דין; ואין בכוונתי לדון במסגרת הדיון הנוכחי אפילו במקצת מהטיעונים השונים שהועלו בספרות העולמית

תקיפה עקיפה בבתי־המשפט הרגילים. לכן בהתעורר שאלת תוקפו של אקט שלטוני, במסגרת הליך אזרחי חובה על הצד המעלה אותה לפנות לבית־המשפט המינהלי המוסמך, וההליך (האזרחי או הפלילי) שבמסגרתו התעוררת השאלה מותלה עד להכרעת בית־המשפט המינהלי המוסמך. שיטה זו של הפרדת הסמכויות בין מערכות־המשפט גורדת חוסר־יעילות, סרבול וסיבוכים משפטיים שאינם מוכרים – למולנו – במשפט הישראלי. הסוגיה של ההברעה הראשונית לגבי בית־המשפט המוסמך נחשבת לאחת הסוגיות המסובכות במשפט הצרפתי, וקיים בית־משפט מיוחד (Tribunal des Conflits) שכל תפקידו הוא להכריע בסכסוכים לגבי חלוקת הסמכויות. הסרבול הדיוני הכרוך בהתלית המשפט (האזרחי או הפלילי) עד לבירור השאלה המינהלית בפני הטריבונל המוסמך הביאה לכך שבפועל פיתח המשפט הצרפתי שורה של כללים (מסובכים ובעייתיים כשלעצמם) שנועדו לאפשר לבתי־המשפט הלא־מינהליים לעקוף את המגבלה הזו ולקיים, הלכה למעשה, ביקורת על אקטים מינהליים בהליכי תקיפה עקיפה. בפועל, מצבים של הפניית הטענה המינהלית לבית־המשפט המינהלי אגב התלית ההליך שבו נתעוררה השאלה הם נדירים ביותר. ראו: L. Neville Brown and John S. Bell, *French Administrative Law* (4th ed., Oxford, New York, 1993), 142-144.

nevo.co.il

והמקומית בעניין וה.[42] הדיון בשאלת הלגיטימיות יוגבל כאן להקשר המוסדי הישיר שלה, קרי: לבחירה בין המודלים שהוצגו לעיל לגבי סוג הפורום שעליו תוטל מלאכת הביקורת השיפוטית. בהקשר הספציפי הזה אפשר לדבר על שני בסיסים אפשריים של לגיטימציה לביקורת השיפוטית, שכל אחד מהם קשור קשר הדוק באחד מהמודלים המוסדיים המופשטים שהוצגו בפרק הקודם. הבסיס הראשון הוא הערך של ייצוגיות דמוקרטית. הבסיס השני והמתחרה הוא מקצועיות משפטית. אף אחד מהבסיסים הללו אינו נותן, הלכה למעשה, מענה מספק ונטול קשיים ובעיות לשאלת הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית, והדיון בכל אחד מהם מדגיש את הבעייתיות הכרוכה בעניין זה בכל אחד מהמודלים המוסדיים המתחרים.

מודל הביקורת החוקתית-פוליטית מבסס את הלגיטימיות של הביקורת על הטענה, שלפיה לחברי בית־המשפט לחוקה סמכות מוסרית לפרש את החוקה ולפסול חוקים של הפרלמנט משום שהם מייצגים את העמדות האידיאולוגיות של הציבור שבתוכו הם פועלים. המודל של ביקורת חוקתית בידי בתי־המשפט הרגילים מבסס את סמכותם של השופטים להכריע בשאלות חוקתיות על ההנחה, ששאלות אלו הן בעיקרן שאלות משפטיות, שלהן פתרון המסופק על־ידי המיתודה המקצועית שהשופטים אמונים עליה. שני בסיסי הלגיטימציה הללו מעוררים, כל אחד בתורו, בעיות קשות. הבעיות שמעוררת הטענה לגבי מודל בית־המשפט לחוקה הן בעיקרן עקרוניות: האם השופטים אמורים לייצג את העמדות הפוליטיות והאידיאולוגיות של הקהילה שבתוכה הם פועלים? קבלת עמדה כזו עומדת בניגוד לתפקיד הקלסי המרכזי של הביקורת החוקתית – ההגנה על זכויות הפרט של המיעוט כנגד שרירות־לבו של הרוב ולכן היא מעוררת שורה של שאלות נכבדות לגבי הצורך בביקורת חוקתית "ייצוגית" כזו, ואשר ליחסים שבין המוסד השיפוטי ובין המוסדות הייצוגיים האחרים, האחראים ישירות בפני הבוחרים – אם אכן נקבל את הטענה כי התפקיד העיקרי של הביקורת החוקתית הוא הגנה על זכויות הפרט של המיעוט, אוי לא רק שאין חשיבות מיוחדת לאלמנט ה"ייצוגיות" אצל הפורום המבקר, אלא שיש אף להבטיח רמה גבוהה למדי של ניתוק בין הרכבו של המוסד המבקר ובין ההשקפות הפוליטיות והערכיות של הקבוצות בעלות העוצמה במערכת הפוליטית באותה קהילה.[43]

מנגד, הבעיות שמעורר המודל המבסס את הלגיטימיות של הביקורת על טענת המקצועיות נוגעות בעיקר לתוקף האמפירי של הטיעון. ההשקפות המקובלות כיום בתחום

---

42. ראו, למשל: John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1980); Bruce A. Ackerman, "The Storrs Lectures – Discovering the Constitution", 93 *Yale L.J.* (1984) 1013, p. 1045; Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (The Bobbs-Merrill Company Inc., Indianapolis and New-York, 1962). ראו גם לאחרונה בישראל מרמור (לעיל, הערה 4); וכן עלי זלצברגר ואלכסנדר קדר, "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוק־היסוד החדשים", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 489.

43. לדיון בתפקיד האנטי-רובי של הביקורת השיפוטית ראו ביקל (לעיל, הערה 42); אילי (לעיל, הערה 42); טרייב (לעיל, הערה 21), 61-65; וכן דותן (לעיל, הערה 3), 152-157.

תורת־המשפט ותורת־השפיטה שוללות מניה וביה את הטענה כי אפשר לנתק בין הכרעות שיפוטיות מקצועיות ובין התפיסות הערכיות, הרקע האישי וקבוצת־הייחוס החברתית של השופטים היושבים לדין.[44] ואם כך הוא הדבר לגבי כל הכרעה שיפוטית, לרבות אלו הנחשבות ל"טכניות" והנוגעות לנורמות נמוכות בהיררכיית הנורמות, קל־וחומר שאלו הם פני הדברים כשמדובר בפרשנות החוקה ובהחלטות לגבי תוקפם של חוקים של הפרלמנט. טקסטים חוקתיים הם מטבעם רחבים ועמומים. הם מנוסחים בדרך־כלל מתוך הנחה כי למי שיוסמך לפרש אותם ייוותר מרחב רב של פעולה, שבתוכו יש לקבל הכרעות בעלות אופי ערכי ואידיאולוגי. ובקצרה: הטענה כי הכרעות לגבי פרשנות החוקה הן עניין "מקצועי" שלגביו קיימים "פתרונות משפטיים" מוסכמים, שאת גיבושם יש להפקיד בידי "מומחים" לדבר, היא כה תמהה־בסיס, עד כדי כך שמי שמעלה אותה מסתכן בהטלת ספקות של ממש לגבי טוהר כוונותיו. למרות דברי הביקורת הללו, אטען להלן כי למודל השני, שעל־פיו בסיס הלגיטימציה של הביקורת החוקתית הוא מומחיות מקצועית – או ליתר דיוק: מראית־העין של מומחיות משפטית – ישנם יתרונות ניכרים לעומת המודל הראשון, לפחות ככל שהדברים נוגעים לרקע החוקתי ההיסטורי והעכשווי של ישראל. אך לפני שאגש לניתוח עצמו, מן הראוי לעסוק בעוד היבט עקרוני אחד – היחס בין ייצוגיותה של המערכת המשפטית, מחד גיסא, ואמון הציבור בה, מאידך גיסא.

2. ייצוגיות, מקצועיות ואמון הציבור בשופטים; והערה לגבי חשיבות המיתוסים

כל ההצעות השונות הקוראות לרפורמה, שבמסגרתה יכונן בית־משפט לחוקה, עניינן, במפורש או במובלע, בשאלה של אמון הציבור במוסד שבו יתקיים הליך הביקורת.[45] זהו בוודאי המוטו של אותם גורמים פוליטיים הקוראים להקים בית־משפט לחוקה "שייצג" את עמדות הציבור ויחליף לעניין זה את בית־המשפט העליון,[46] וזהו גם הבסיס של ההצעה להרחיב את ההרכב של בית־המשפט בחוקה ולכלול בו את מי שאינם מכהנים בבית־

44. ראו, למשל: Roberto Mangabeira Unger, "The Critical Legal Studies Movement", 96 *Harv. L. Rev.* (1982-1983) 561, especially pp. 567-576; Mark Kelman, *A Guide To Critical Legal Studies* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1987); Robin West, "Jurisprudence and Gender", 55 *U. Chi. L. Rev.* (1988) 1, in particular pp. 58-62. מנגד, ישנם המגינים על הטענה כי למערכות משפטיות יכולה להיות רמה גבוהה למדי של אוטונומיה, למשל: Sanford Levinson, "Escaping Liberalism – Easier Said Than Done", 96 *Harv. L. R.* (1982-1983) 1466; Owen M. Fiss, "Objectivity and Interpretation", 34 *Stan. L. Rev* (1981-1982) 739; Eckhoff, "Impartiality, Separation of Powers and Judicial Independence", 9 *Scandinavian Studies in Law* (1965) 91; Irving R. Kaufman, "The Essence of Judicial Independence", 80 *Colum. L. Rev.* (1980) 671.

45. ראו, למשל, סגל (לעיל, הערה 23), 249.

46. ראו אסמכתאות לעיל, הערה 25.

nevo.co.il

המשפט העליון,[47] והו גם הבסיס, אם גם המובלע, בהצעות מטעם גורמים משפטיים, ובראשם שופטי בית־המשפט העליון עצמם, לרפורמה מוסדית כזו, וגם (עוד הפעם, במובלע) הרציונל העומד מאחורי פרקטיקות שונות הנהוגות בבית־המשפט העליון ביום, גם בהיעדר רפורמה מוסדית כוללת, כגון זו המבטיחה הרכבים רחבים של בית־המשפט העליון כל־אימת שהשאלה העומדת לדיון היא שאלה ציבורית רגישה וחשובה (ראו להלן). ההנחה העומדת בבסיס כל העמדות הללו היא, שייצוגיות בפועל או (לפחות) למראית־עין היא מרכיב חיוני להבטחת אמון הציבור בפודום התוקתי. או, במלים אחרות: שהמודל המבסס את סמכות השופטים על כישורים מקצועיים משפטיים איננו יכול לספק את בסיס הלגיטימציה הנדרש ולהבטיח הלכה למעשה את אמון הציבור. האם הנחת זו תקפה במישור האמפירי?

לכאורה הטענה המקשרת בין ייצוגיות ובין אמון במוסד החוקתי נשענת על בסיס מוצק: כיצד אפשר, במציאות הדמוקרטית של ימינו, להבטיח את אמונם במוסדות השלטון, אם לא על־ידי כך שנבטיח כי נציגים מטעמנו יכהנו באותם מוסדות? אולם הלכה למעשה וככל שהדבר עשוי להיראות מפתיע, המחקר האמפירי החשוב ביותר שנעשה בישראל לגבי קיומו ושורשיו של אמון הציבור בבית־המשפט העליון בישראל מוביל למסקנות הפוכות. כוונתי היא למחקרם המקיף של ברזילי, יער־יוכטמן וסגל, בית־המשפט העליון בעין החברה הישראלית.[48] המחקר מבוסס על סקר דעת־קהל שנעשה בקרב הציבור הישראלי ביולי 1991 (היינו: ערב המהפכה החוקתית). הממצא המרכזי הראשון של המחקר הוא רמת האמון הגבוהה שממנה נהנה בית־המשפט העליון בקרב הציבור בישראל. רמת אמון זו מוגדרת על־ידי המחברים כגבוהה הן במונחים מוחלטים הן במונחים יחסיים, קרי: בהשוואה לרמת האמון שהציבור מגלה לגבי מוסדות שלטון אחרים, ובמיוחד למוסדות הפוליטיים – הממשלה והכנסת. כך אמרו 88% מהנשאלים בסקר, כי בג"ץ תורם או תורם מאוד למדינה, בעוד שרק 57% מהנשאלים הכירו בתרומה דומה של הכנסת ופחות מ־52% הביעו דעה דומה באשר לתרומת הממשלה למדינה. הממצא המרכזי השני של המחקר היה, כי רמת האמון הגבוהה שממנה נהנה בית־המשפט העליון מקורה

47. הצעת צוקר (לעיל, הערה 15), סעיף 1.3, לתזכיר שבו נאמר:

> בית־המשפט העליון שואב את שופטיו מן העידית שבקרב הקהילה המשפטית... נעדרים ממנו שופטים שמקורם החברתי מקבוצות־משנה שונות בחברה הישראלית... ההרכב החסר של בית־המשפט העליון הופך בעייתי בכל הקשור ללגיטימציה שלו בקרב כלל הציבור... ככל שסיפוט והכרעה בעניינים חוקתיים יעסקו בסוגיות הבעייתיות והרגישות ביותר בחברה – כך זקוק בית־המשפט להכרה, הוקרה ויכולת להציג הסכמה חברתית רחבה ככל האפשר בהרכבו – אף אם בהכרעותיו הוא יהיה מפוצל. מראית העין של ייצוגיות איננה רק עניין אסתטי אלא מהותי ויורד לשורשי תפקידו של בית־המשפט לחוקה.

48. גד ברזילי, אפרים יער־יוכטמן ואב סגל, בית־המשפט העליון בעין החברה הישראלית (ספירוס, תשנ"ד).

בתפיסת הציבור שעל־פיה בית־המשפט הוא מוסד א־פוליטי,[49] המתאפיין בנוהלי שיפוט צודקים והוגנים, המופעלים בלא אפליה ולטובתו של האזרח הקטן,[50] במלים אחרות: הבסיס לרמת האמון הגבוהה שבית־המשפט זכה לה בקרב הנשאלים היה התפיסה הרווחת הרואה את בג"ץ כגוף מקצועי, נייטרלי, הוגן וחסר־פניות.[51] הנשאלים שהשתתפו בסקר גם לא הראו סימני דאגה מיוחדים מהעובדה שבג"ץ איננו מוסד ייצוגי. למעשה ההיפך הוא הנכון: שלושה מכל ארבעה נשאלים סברו, כי שופטי בית־המשפט העליון צריכים להיבחר לתפקידם "רק על־פי כישורים משפטיים" או "בעיקר על־פי כישורים משפטיים"; ופחות מ־2% תמכו בבחירת שופטים שתיעשה באופן בלעדי, או בעיקר, על־פי "שיקולים חברתיים" (למשל: על־פי היות המועמד אשה, בן דת או מוצא מסוימים וכו'),[52] כלומר: לפחות על־פי מצב הדברים בערב המהפכה החוקתית, לא ניכרה בציבור הישראלי כל אי־נחת מכך שהרכב המוסדות השיפוטיים העליונים שלו אינו "ייצוגי" באופיו, אלא להיפך: דומה כי האמון הציבורי הרחב בבית־המשפט העליון היה מבוסס דווקא על האופי הטכנוקרטי, הא־פוליטי והבלתי־ייצוגי של בית־המשפט.[53] הממצא לגבי רמת האמון הגבוהה של הציבור בבית־משפט (שאינו נבחר על־ידי הציבור) בהשוואה לרמת האמון הנמוכה־יחסית במוסדות הנבחרים ישירות על־ידי הציבור הוא ממצא שנראה פרדוקסלי לכאורה, אולם ממצא זה משתלב במציאות הכללית בעניין זה, שעל־פיה מוסדות בלתי־נבחרים

49. שם, 131, 208, שאלה V-13.
50. שם, 128-129, 211-212, שאלות V-30–V-33.
51. שם, 114-115, 128-129.
52. שם, 218, שאלה V-67.
53. מאז נעשה הסקר – שעליו מבוסס מחקרם של ברוילי, יער־יוכטמן וסגל – חלפו כבר שנים אחדות, הגם שבשנים האחרונות גברו מאוד ההתקפות מצד גורמים שונים על בית־המשפט העליון, סקרי דעת־קהל ממשיכים להצביע על מידה גבוהה של אמון שלה זוכים מערכת־המשפט, בכלל, ובית־המשפט העליון, בפרט, בקרב הציבור בישראל. ראו, למשל, "סקר: ל־78% מהחרדים אין אמון בבית־המשפט העליון; בין הדתיים – ל־20% אין אמון", **הארץ**, 5.9.96 (הסקר נעשה בפרוייקט "מדד השלום", על־ידי מרכז תמי שטיינמץ בתל־אביב); טובה צימוקי, "ל־82% מהציבור יש אמון בבית־המשפט העליון", **ידיעות אחרונות**, 29.8.96, 12 (סקר של מכון 'סמית' לעיתון 'שישי'); רוב של 75% בסקר של מכון "רקפ" לעיתון **ידיעות אחרונות**: "סקר המוסף לשבת – רוב הציבור נותן אמון מלא במערכת־המשפט", **ידיעות אחרונות – מוסף השבת**, 12.6.98, 10. עם זאת, בסקר שנעשה לאחרונה בנוגע לצדקת הטענות שהשמיעו מנהיגים חרדיים כנגד בית־המשפט העליון, ניכרו הכדלים ברורים בין עמדות הציבור החילוני ובין זה המסורתי, מחד גיסא (89% ו־78%, בהתאמה, סברו שאין כל צדק או שישנה מידה מעטה בלבד של צדק בטענות הביקורת הללו), ובין עמדות הציבור הדתי והחרדי (60% מהדתיים וכל המשיבים החרדיים סברו כי הטענות כנגד בית־המשפט מוצדקות), מאידך גיסא. ראו אפרים יער ותמר הרמן, "מדד השלום – פברואר 1999 – הרוב מדרג את המחלוקת דתיים־חילונים כמסוכנת ביותר", **הארץ**, 2.3.99, ב2.

nevo.co.il

(כגון הצבא, מבקר־המדינה, בתי־המשפט והמשטרה) נהנים בקרב הציבור הישראלי מרמת אמון גבוהה הרבה יותר מזו של מוסדות דמוקרטיים ייצוגיים (הכנסת, הממשלה, המפלגות וארגוני־העובדים).[54] ההסבר לרמת האמון הגבוהה דווקא במוסד לא־ייצוגי כבית־המשפט מוצע על־ידי מחברי המחקר, הרואים בבית־המשפט העליון "סוכן קונסנסואלי חשוב להפגת מוקדי מתח בחברה הישראלית".[55] במלים אחרות: דווקא העובדה שבית־המשפט העליון אינו מבטא (לפחות לא באופי גלוי) בהרכבו ובדרכי פעולתו הבדלי השקפות קיצוניים, מתחים בין־קבוצתיים ופלגנות פוליטית – היא המשפיעה על מעמדו בקרב הציבור ועל תפקידו כגורם חברתי מייצב.

ברזילי, יער־יוכטמן וסגל מציינים גם, כי – לדעתם – ההשקפה הרווחת בציבור, שלפיה בית־המשפט העליון הוא גוף א־פוליטי, המתאפיין בנוהלי שיפוט הוגנים והמופעלים באופן שווה לטובת הכול, היא אוטף של מיתוסים.[56] אולם – כפי שמחברי המחקר עצמם מציינים – לדימוי המקצועי־אובייקטיבי שנוצר במשך השנים בקרב הציבור לגבי בית־המשפט תפקיד חשוב כשלעצמו, אפילו אם הוא מיתוס שאין לו ביסוסים מוצקים במציאות האמפירית. בראש־ובראשונה לדימוי זה תפקיד חשוב בהבטחת אמון הציבור בבית־המשפט העליון, ובאופן נגזר מכך – גם במערכת אכיפת החוק, בכלל. שנית, וכפועל יוצא מהדימוי האמור, לבית־המשפט תפקיד של מוסד קונסנסואלי התורם ליציבות ולהפגת מתחים בחברה הישראלית השסועה.

כעת רצוני לסקור את אופי התהליך שעובר בית־המשפט העליון מאז המהפכה החוקתית. עד לתחילת שנות התשעים היה מעמדו האיתן של בית־המשפט העליון בקרב הציבור פועל יוצא של תדמיתו המקצועית. היינו: באורח פרדוקסלי, עוצמתו הפוליטית של בית־המשפט היתה תוצאה ישירה של תדמיתו הא־פוליטית. אולם החל בתחילת שנות התשעים, ובמיוחד לאחר המהפכה החוקתית, מתרחש אצלנו תהליך שאפשר לכנותו "המרת המיתוסים". שורה של גורמים שונים, הפועלים מטעמים שונים ואף מנוגדים זה לזה, פועלים בשיטתיות כדי להמיר את המיתוס, שלפיו בית־המשפט העליון פועל כמוסד מקצועי נטול־פניות, במיתוס אחר ומתורה, שלפיו בית־המשפט העליון הוא מוסד שבטיס הלגיטימציה שלו מבוסס על מודל כלשהו של ייצוג הציבור.

הניסיון לכונן בישראל בית־משפט לחוקה הוא אחד הביטויים הבולטים של תהליך זה, אם כי איננו הביטוי היחיד. כפי שכבר טענתי במהלך מאמרי, תהליך זה הוא – לדעתי – תהליך בלתי־רצוי, מזיק ומסוכן מבחינות רבות. כדי להמחיש היבטים נוספים של הטיעון הכללי אשתמש עתה בהשוואה בין שני מודלים היסטוריים של בתי־משפט שכיהנו עד כה בישראל. המודל הראשון הוא בית־המשפט ה"ישן" – מודל התואם את התנהגות בית־המשפט העליון (ובמיוחד בג"ץ) מאז קום המדינה ועד לסוף שנות השבעים. המודל השני הוא בית־המשפט שאכנה ה"חדש", והתואם את דרכי פעולתו של בית־המשפט העליון החל בראשית שנות השמונים, ובאופן אינטנסיבי עוד יותר – החל בסוף שנות

54. ברזילי (לעיל, הערה 48), 68-69, 217, שאלות V-56–V-63.

55. שם, 148.

56. שם, 127-131.

nevo.co.il

השמונים ועד היום. לאחר שאשוות בין שני המודלים הללו של בתי־המשפט ואבחן את ההישגים החוקתיים היחסיים שלהם, אשוב ואעסוק ישירות בהיבטים המוסדיים והפוליטיים של שאלת בית־המשפט לחוקה.

3. מודל בית־המשפט המקצועי הי"שן"

העובדה שלמדינת ישראל לא היתה (ולדעת אחדים, אין גם כיום) חוקה של ממש, אין פירושה שלא היתה לה קונסטיטוציה (במובן הרחב והלא־טקסטואלי של המונח).[57] אין פירושו של דבר גם, שלא היה בישראל בית־משפט אשר ידע להגן על חירויות הפרט של האזרח ולפתח יורספודנציה חוקתית עשירה בתחום זה. לא אחדש דבר אם אזכיר כאן את התפתחות הפסיקה של בית־המשפט העליון בתחום חירויות הפרט ויצירת מגילת הזכויות "שאינן כתובות על ספר".[58] דומה, שלא יהיה זה מוגזם לומר, כי כמה מן ההתלטות החשובות והקשות ביותר בתחום החוקתי התקבלו על־ידי בית־המשפט העליון דווקא בדמי ימיה של המדינה, מיד לאחר הקמתה, בסוף שנות הארבעים ובתחילת שנות החמישים. החשיבות העצומה של התלטות אלו נובעת מראשוניותן, קרי: מהעובדה שבית־המשפט נדרש לסלול לעצמו דרך עצמאית, בלא בסיס מוצק של פסיקה קיימת או מסורת דמוקרטית מסודדת. בית־המשפט פעל או בתנאים קשים ביותר: הוא היה צריך לעמוד אל מול שלטון שהיה, הלכה למעשה, שלטון־יחיד (של מפלגה חוקה, אידיאולוגיה דומיננטית ומנהיג כריזמטי) ובמציאות של מתחים בטחוניים וכלכליים קשים וקיומיים. אלא שבית־המשפט ידע, גם בתנאים אלו, להוציא תחת ידיו פסיקות שהיו אבן־דרך במגילת זכויות הפרט בישראל, גם על רקע המתח הבטחוני והאתני העצום שליווה את הקמת המדינה ידע בית־המשפט, בבג"ץ אל כרבוטלי,[59] להורות לשר־הביטחון על שחרורו של עציר ערבי שבמעצרו נפל פגם פורמלי חמור, תוך שהוא מכריז בקצרה:

> השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה. ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של המדינה. יהיה בזה נזק חמור לציבור ולמדינה גם יחד אם השלטונות ישתמשו בכוח הניתן מטעם המחוקק, אף באופן זמני, מתוך התעלמות גמורה מהסייגים המוצבים על־ידי המחוקק על דרך השימוש בכוח הזה. נכון שבטחון המדינה, המצריך מעצר אדם, אינו חשוב פחות מהצורך לשמור על זכות האזרח, אולם במקום שאפשר להשיג את שתי המטרות גם יחד אין להתעלם מאחת או מהשניה.[60]

57. דותן (לעיל, הערה 3), 191-192.
58. כדברי השופט לנדוי בבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי ואח', פ"ד טז 2407 (להלן: בג"ץ אולפני הסרטה), עמ' 2415.
59. בג"ץ 7/48 אל כרבוטלי נ' שר הבטחון ואח', פ"ד ב 5 (להלן: בג"ץ אל כרבוטלי).
60. שם, 15.

nevo.co.il

בית־המשפט המשיך לקבוע אבני־דרך חוקתיות: אל מול התפיסות השלטוניות הטרום־דמוקרטיות, מורשת המנדט הבריטי, שעל־פיהן יכול היה השלטון להגביל בקלות, על סמך תקיקה גורפת, את חירויות הפרט הבסיסיות, קבע בית־המשפט, בבג"ץ קול העם,[61] שורה של מבחנים קפדניים ששאב מהיודקטורה החוקתית האמריקנית, שבהם צריכה לעמוד כל פעולה שלטונית המתיימרת לפגוע בחירויות הפרט הפוליטיות הבסיסיות ביותר, כמו חופש הביטוי וההתאגדות הפוליטית.[62] שנות החמישים היו שנים של צנע כלכלי, ריכוזיות שוקית וקולקטיביזם חברתי – ימים שבהם פרוטקציוניזם כלכלי, חלוקת משרות, מכסות יבוא ורשיונות בלעדיים ל"אנשי שלומנו" היו חזון נפרץ, בשורה של ההלטות ידע בית־המשפט להתעמת עם השלטון הדומיננטי של בן־גוריון ומפא"י. אל מול שלטון השרירות הפקידותית הכריז בית־המשפט כבר בשנת 1949, בבג"ץ בזרנו, על זכותו של כל אדם לעסוק בכל עיסוק שיבחר, כל זמן שהכנסת לא הגבילה במפורש את זכותו זו.[63] הוא התערב ופסל פרקטיקות פרוטקציוניסטיות של חלוקת משאבים למקורבים פוליטיים, תוך שהוא עושה שימוש בעקרונות, יציר פסיקתו, של המשפט המינהלי, כגון האיסור לפעול על־פי מטרות זרות.[64] בבג"ץ אניות מיכל ומשא הוא התערב ופסל מדיניות ממשלתית של הענקת מונופול ביבוא טובין תוך שהוא מדגיש את המשמעויות המשחיתות של המונופול מנקודת־הראות של הפגיעה בחירויות הפרט, בעקרון השוויון ובדרישה לחלוקה צודקת של משאבים ציבוריים.[65] בתקופה שבה שלטה במערכת הפוליטית המימרה "בלי חירות ומק"י" העניק בית־המשפט הגנה לחופש הביטוי של העיתונות הקומוניסטית, מזה,[66] ולזכות השוויון הבסיסית של מנהיגי ארגוני ה"פורשים" הלאומיים, מזה. בשנת 1950 לא ראה ראש־הממשלה דאז, דוד בן־גוריון, כל מניעה או היסוס להודות במפורש ובריש גלי כי הוא אישית, כשר־הביטחון ולא כשר־החינוך, עומד מאחורי ההוראה שלפיה ייאסר על הד"ר ישראל שייב, ממנהיגי מתנרת הלח"י, לכהן כמורה להיסטוריה בבית־הספר התיכון (הפרטי) גימנסיה הרצליה,[67] את

61. בג"ץ 73/53 ואח', חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (להלן: בג"ץ קול העם).

62. לעניין חופש ההתאגדות ראו בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151; וד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טו 1209 שאישרו. ראו גם: Pnina Lahav, *Judgment in Jerusalem – Chief Justice Simon Agranat and the Zionist Century* (University of California Press, Berkeley and Los Angeles, California, 1997), 183-185.

63. בג"ץ 1/49 בזרנו ואח' נ' שר המשטרה ואח', פ"ד ב 80 (להלן: בג"ץ בזרנו), עמ' 82-83.

64. בג"ץ 74/51 המרכז הארצי של ארגוני הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' שר המסחר והתעשיה ואח', פ"ד ה 1545 (להלן: בג"ץ מרכז הקבלנים).

65. בג"ץ 125/57 אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר־האוצר ואח', פ"ד יא 1490.

66. בג"ץ קול העם (לעיל, הערה 61).

67. בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון ואח', פ"ד ה 399 (להלן: בג"ץ שייב). מכתבו של בן־גוריון הופנה ישירות אל העותר, וכך נאמר בו: "משרד הבטחון התנגד להזמנתך כמורה

nevo.co.il

משרת המורה שלו קיבל הד"ר אלדד מכות פסק־דינו של בג"ץ. בית־המשפט ידע גם להתערב ולפסול, בשם עקרון חופש הדת והמצפון, החלטות מינהליות והסדרים שלטוניים שונים שהנהיגו כפייה דתית על מי שאינם שומרי מצוות או הפלו לרעה זרמים לא־אורתודוקסיים ביהדות.[68] כל אלו הם כמובן רק ציוני־דרך מעטים מתוך האוסף העשיר של פסיקת בית־המשפט העליון בתחום חירויות הפרט במשך שלושים שנות המדינה הראשונות.[69]

החשיבות הראשונה במעלה של החלטות אלו של בית־המשפט העליון בולטת במיוחד לפי הנתונים והכלליים והסביבה הפוליטית והחברתית שבה פעל בית־המשפט: פסיקות בית־המשפט עמדו לא־פעם בסתירה חויתית לאינטרסים המיידיים של הממשלה. פסקי־הדין הגנו על מי שנחשבו לא רק מחוץ לקונסנסוס, אלא גם, במקרים מסוימים, ל"מוקצים" בעיני הזרם הפוליטי הדומיננטי, ויצרו, מבחינת הממשלה, בעיות מעשיות לא־פשוטות. בית־המשפט, כשפיתח את מגילת־הזכויות, פעל בלא חוקה כתובה ובלא תשתית סטטוטורית כלשהי שעיגנה את חירויות הפרט (במידה שהיתה תשתית כזו בחקיקה המנדטורית, היא סתרה בדרך־כלל ישירות את העקרונות של חירויות הפרט). לא עמדו בפני בית־המשפט תקדימים ישראליים שבהם יכול היה להיתלות וגם לא היתה בארץ תרבות ליברל־דמוקרטית מושרשת, כזו שבאה לידי ביטוי ברבדים אינטלקטואליים אחרים של החברה. לא־פעם נדרשו השופטים לקבל בתנאים קשים הכרעות לא־פופולריות, בתנאים שהיו "יש מאין", בכל הנוגע לתקדימים או למקורות נורמטיביים קונסנסואליים שעליהם יכלו לעגן את החלטותיהם. ההחלטות ה"גדולות" הללו בראשית ימי המדינה היו לא־פעם החלטות של "לכאן או לכאן": ההכרעה יכלה ליפול לטובת חירויות הפרט של העותר או נגדן,[70] ואילו הכרעה כנגד חירויות הפרט היתה אפשרות

מפני שאתה משיח בספרך ובעיתונך להשתמש בנשק נגד צבא־ההגנה לישראל וממשלת ישראל במקרים הנראים לך, בכבוד רב, דוד בן־גוריון" (הציטוט בעמ' 403 לפסק־הדין).

68. ראו, למשל, בג"ץ 98/54 ואח' **לורוביץ נ' המפקח על המזונות**, פ"ד י 40; בג"ץ 174/62 **הליגה למניעת כפיה דתית ואח' נ' מועצת עירית ירושלים ואח'**, פ"ד טז 2665; בג"ץ 262/62 **פרץ ואח' נ' המועצה המקומית כפר־שמריהו ואח'**, פ"ד טז 2101 (להלן: בג"ץ **פרץ**); בג"ץ 10/59 **לוי נ' בית־הדין הרבני האזורי תל־אביב־יפו ואח'**, פ"ד יג 1182.

69. דוד קרצמר, "ארבעים שנה למשפט הציבורי", **משפטים** יט (תשמ"ט־תש"ן) 551, ובעיקר עמ' 555-561; יצחק זמיר, "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?", **משפטים** יט (תשמ"ט־תש"ן) 563; פנינה להב, "העתו והמשרה – בית־המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו", **עיוני משפט** יד (תשמ"ט) 479; עלי זלצברגר ופניה עוז־זלצברגר, "המסורת הגרמנית של בית־המשפט העליון בישראל", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 259.

70. דוגמא טובה לכך היא בג"ץ **קול העם**. תודשים ספורים לפני מתן פסק־הדין, הידוע כבג"ץ 73/53, הגיש העיתון "קול העם" לבג"ץ עתירה אחרת לבית־המשפט העליון כנגד החלטה של שר־הפנים להפסיק את פרסום העיתון לתקופה של עשרה ימים בשל פרסומים בעיתון העותר ששר־הפנים ראה בהם סיכון לשלום הציבור, כלומר: דובר בנסיבות עובדתיות דומות להפליא לאלו שנידונו בבג"ץ 73/53. אלא ששם, באותו פסק־דין מוקדם, רחה בית־המשפט

nevo.co.il

מפתה מבחינת שיקולים של נוחות אידיאולוגית וקונפורמיזם חברתי. איש לא היה צפוי לבוא בטענות, או לכתוב מאמרי ביקורת, על התלטות קונפורמיסטיות כאלו, שתאמו היטב את האווירה הפוליטית ואת האידיאולוגיה החברתית של ימי ראשית המדינה, הכרעה בנגד השלטון ולטובת הפרט העותר הצריכה רמה גבוהה של מחויבות אידיאולוגית לערכים ליברליים, חזון שיפוטי, עקשנות ואף אומץ־לב אישי ומוסדי.

בית־המשפט העליון ה"יישן" התמודד עם הקשיים הללו באמצעות כמה עקרונות פעולה שבהם דבק בעקשנות: בראש־ובראשונה בולטת המגמה של בית־המשפט להגמיך ככל האפשר את הפרופיל הציבורי של פעולותיו, להקטין את הבולטות הריטורית של הפסיקה ולרכך ככל האפשר – במישור המילולי – את עוצמת הקונפליקט עם השלטון. במלים אחרות: בית־המשפט העליון, שפעל על־פי הדגם הזה, אימץ כמעט תמיד אסטרטגיית פעולה מינימליסטית: השאיפה היתה להגיע לתוצאה קונקרטית ראויה, שעל־פיה יוגנו חירויות הפרט של העותר, אך זאת תוך תשלום המינימום הנדרש במישור של היקף הסכסוך ועוצמתו בין בית־המשפט ובין הרשות המבצעת.

כדי ליישם אסטרטגיה זו השתמש בית־המשפט בשורה של אמצעים: פסקי־הדין הם בדרך־כלל קצרים. ענייני בנקודות המחייבות הכרעה לצורך פסק־הדין הנידון, והם משאירים בדרך־כלל בצריך עיון (או בלא התייחסות כלל) שאלות אחרות, שאינן מחייבות הכרעה כזו. אין בפסקי־הדין הללו (ברוב המקרים) אמרות־אגב רחבות, העוסקות בעקרונות חובקי־עולם, שהכרה בתוקפם אינה דרושה להכרעה הקונקרטית,[71] גם הכרזות תקדימיות על עקרונות משפטיים הן בדרך־כלל קצרות, משתרעות על כמה שורות ומנוסחות באופן ברור וחסכוני,[72] בית־המשפט שואף בדרך־כלל להעמיד את פסיקתו ככל האפשר על בסיס של קביעות משפטיות טכניות ופרוצדורליות ועל עקרונות משפטיים פורמליים ולא על קביעות משפטיות מהותיות העלולות לשמש בסיס לוויכוח עם אופי ערכי.

העליון (בהרכב שבו ישב גם השופט אגרנט) את העתירה, בלי שטרח אפילו להוציא צו על־תנאי ולבקש את תגובת המשיב לעתירה (בג"ץ 25/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 165).

71. במובן זה פסק־דינו הארוך והשיטתי (הכולל גם אמרות־אגב ארוכות) של **השופט אגרנט** בבג"ץ **קול העם** (לעיל, הערה 61) הוא חריג שאינו מלמד על הפרקטיקה הרגילה שרווחה בבית־המשפט באותם ימים.

72. ראו, למשל, בג"ץ **אל כרבוטלי** (לעיל, הערה 59) – התייחסות לכפיפות השלטון לחוק בפסקה קצרה, עמ' 15, ליד האות ב; בג"ץ שייב (לעיל, הערה 67) – התייחסות לכפיפות הרשות לחוק, עמ' 407, פסקה אחת; עמ' 411 – התייחסות בשלושת רבעי עמוד לשלטון החוק ולתחולתו על השלטון; בג"ץ **מרכז הקבלנים** (לעיל, הערה 64) – התייחסות בשני משפטים (עמ' 1550, פסקה 9) לדרישת אי־האפליה והיעדר משוא־פנים בביצוע מדיניות; וגם בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר־האוצר ואח'**; פ"ד כג (1) 694, עמ' 698 – פסקה אחת על חשיבותו של עקרון השוויון.

דוגמא מצוינת לפרקטיקת פעולה כזו הוא פסק־הדין שייב שהוזכר לעיל: אפשר היה לכאורה לצפות, כי בסיטואציה שבה נעשה שימוש כה ברוטלי ולא לגיטימי בכוח שלטוני, הלכה למעשה – מטעמים של רדיפה ונקמנות כנגד מתנגדים פוליטיים למשטר – יהיה לכל האלמנטים הללו ביטוי בולט בפסק־הדין. אלא שקריאת פסק־הדין מוליכה לרושם ההפוך: רובם של עשרים עמודי פסק־הדין מוקדשים לפירוט מדוקדק של ההתכתבויות המסועפות בין הנוגעים בדבר, הסוגיות המשפטיות הזוכות לדיון מפורט הן סוגיות טכניות, כמו סמכות בית־המשפט להפעיל את "צו המנדמוס" במקרה כגון זה,[73] ההשלכות המשפטיות של היחסים הפנימיים בין פקידי ממשלה שונים שטיפלו בעניין[74] וכיו"ב. הביקורת על צעדי המשיבים מושמעת באופן לטנטי ומרומז, כמעט בין השיטין. בית־המשפט מצטט, מחד־גיסא, את האיסור לפגוע בתירויות הפרט בלא אסמכתא בחוק, אך מיד לאחר־מכן מביא בפירוט את טיעוני המשיבים, המסתמכים על "הסכנה הבטחונית" הכרוכה בהעסקתו של העותר.[75] במקום לשפוך אש וגופרית על שר־הביטחון, שהשתמש בסמכויות לא לו כדי להתנקם במתנגד פוליטי, מצטט בית־המשפט את טיעוני היועץ המשפטי לממשלה בנימה של הבנה וקובע כי עליו לדחות את עמדתו בנימה שיש בה מעין נימה של התנצלות.[76] השופט חשין, שכתב את פסק־הדין העיקרי, מסיים את פסק־הדין בדיון טכני מובהק, שעיקרו הבהרה באיזו מידה הצו שהוא מוציא מוגבל בהיקפו ובהשלכותיו על פעולות המשיבים.[77]

73. בג"ץ שייב (לעיל, הערה 67), 409-410.

74. שם, 406, 408-409.

75. שם, 406-408.

76. יצויין כאן, כי על אף הודעתו הברורה של שר הבטחון על סיבת התנגדותו למבקש, והיא: מעשיו הבלתי־חוקיים של זה; ועל אף ציון המקורות, בהם מצויים דברי ההסתה של המבקש, לא הובא לפנינו... שום מאמר או העתק ממאמר פרי עטו של המבקש, אשר בו ישתקפו דעות ההסתה האמורות. אין בכוונתי לאמור בזה, כי על־ידי כך יכולים היינו להעביר את מסקנתו של שר הבטחון תחת שבט הביקורת. לכך אין אנו מוסמכים. אך המנדמוס נועד, כידוע, לשמש אמצעי של כפייה לקיום החוק... לפיכך, אילו היה לפנינו שמץ של הוכחה, כי המבקש בדבריו ובמאמריו מפר אמנם חוק, היינו אומרים: מעשיו של זה גרמו לצרותיו, ואין אנו מצווים לסייע בידו. אך דבר זה לא הוכח... (דברי השופט חשין בעמ' 407-408 לפסק־הדין).

77. שם, 410-411. דוגמא נוספת לגישה זו יכולה להיות בג"ץ 18/72 שליט נ' שר הפנים ואח', פ"ד כו (1) 334 (להלן: בג"ץ שליט), שבו הסתמך בית־המשפט על נימוק טכני לפסילת אי־רישום ילדי העותרים כיהודים תוך הימנעות מדיון בשאלה הרגישה של "מיהו יהודי". בית־המשפט העדיף תמיד לקבוע, כי פעולת השלטון נגועה בפגם פורמלי כלשהו (כגון פגיעה ב"עקרון שיקול־הדעת העצמאי") מאשר לקבוע כי השלטון פעל ממניעים זרים או בחוסר תום־לב. ראו, למשל, בג"ץ בדרנו (לעיל, הערה 63), 82; ע"א 421/61 מדינת ישראל נ'

אלמנטים נוספים באסטרטגיית הפעולה של בית־המשפט היו השמירה הקפדנית על מחסומי הסף לפתחו של בג"ץ (במיוחד דרישות זכות העמידה והשפיטות); הסירוב השיטתי לדון בעתירות שאינן נובעות ממצוקה הנוגעת אישית לחירויות העותר, אלא לרצונו לזכות ב"תיקון עולם" במישור כלשהו של הזירה הציבורית;[78] והזהירות והקפדנות של בית־המשפט בכל הנוגע להרחבת סמכויותיו לתחומים שבהם לא התערב בעבר. כאשר נדרש בג"ץ להכריע בעתירות של תושבי השטחים המוחזקים, זמן קצר לאחר סיום מלחמת ששת הימים, הוא עשה זאת תוך שהוא מקפיד לציין כי המדינה לא הביעה שום התנגדות או השגה לגבי האפשרות שבג"ץ יטיל את פיקוחו על רשויות הממשל הצבאי ותוך שהוא מקפיד לציין כי אינו קובע כל מסמרות בשאלת הסמכות.[79] כאשר נדרש בית־המשפט להכריע בסוגיה הרגישה והבעייתית של פינוי התנחלות בשטחים המוחזקים, מציין השופט לנדוי כי בית־המשפט הכריע בסוגיה בלית ברירה וכמי שכפאו שד. בית־המשפט אינו מצטייר כמי ששש לנדב את עצמו "לקבוע ערכים" בתחום של פעולות ישראל בשטחים המוחזקים, אלא כמוסד שנכפה עליו, מטעמים מקצועיים גרידא, לקבל הכרעה בנושא, והוא עושה כן בחוסר־רצון בולט.[80]

ואין לכם דוגמא טובה יותר לגישה זו מאשר בג"ץ ברגמן,[81] שבו נדרש בית־המשפט בפעם הראשונה להיזקק לשאלת תוקפו של חוק באשר לחוק־יסוד: דבר בפתיחת פסק־דינו של השופט לנדוי אינו מרמז על כך שעסקינן ב"רגע חוקתי". פסק־הדין נפתח בתיאור עובדתי קצר ותכליתי של הרקע המשפטי לסכסוך ושל טענות הצדדים, ולאחר־מכן אומר השופט לנדוי את הדברים הבאים:

> בדיון זה היו עשויות להתעורר שאלות חוקתיות מוקדמות נכבדות מאוד, בדבר מעמדם של חוקי־היסוד ובדבר שפיטותה בפני בית־משפט זה של השאלה אם קיימה הכנסת הלכה למעשה הגבלה שהטילה על עצמה... היועץ המשפטי פטר אותנו מלהיכנס לעבי

האז', פ"ד מו 2193; בג"ץ 171/78 אשכר בע"מ נ' שר העבודה והרווחה החברתית ואח', פ"ד לו (3) 141.

78. בג"ץ 107/50 אריאב נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד ה 523, עמ' 532; בג"ץ 276/65 פלוני נ' נציב שירות בתי־הסוהר, פ"ד יט (4) 281; בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הבטחון ואח', פ"ד כד (1) 238; בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה ואח', פ"ד כד (1) 337; בג"ץ 26/76 בר־שלום נ' זורע ואח', פ"ד לא (1) 796; יואב דותן, "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית־המשפט הגבוה לצדק", עיוני משפט כ (תשנ"ו-תשנ"ז) 93, הערה 61 והטקסט לידה.

79. בג"ץ 302/72 ואח' שיח' סולימאן חסיין עודה אבו חילו ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד כו (2) 169, עמ' 176-177. על התלבטות השופטים האם לדון בסוגיית הסמכות ראו גם משה נגבי, כמלים של צדק (כנה, תשמ"ב) 19-22.

80. בג"ץ 390/79 דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד (1) 1, עמ' 4-5.

81. בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר־האוצר ואח', פ"ד כג (1) 694 (להלן: בג"ץ ברגמן).

nevo.co.il

> הקורה הואת, בהודיעו בהודעתו מטעם המשיבים כי "אין המשיבים נוקטים עמדה בשאלה אם כשרותו המשפטית של דבר חקיקה הוא עניין שפיט בפני בית־משפט זה, כאשר הם סבורים כי לגופו של עניין אין לפתירה על מה שתסמוך". על הודעה זו הוא תמד גם בעיקרי הטיעון שלו וגם בטענותיו בעל־פה ביום התשובה, וכאשר נשאל מה תהא עמדתו אם בית־המשפט ימצא שיש לעתירה על מה שתסמוך, השיב ואמר שבמקרה כזה יהיה מוכן לעמוד לרשותו של בית־המשפט ולחוות את דעתו על שאלת השפיטות. על־כן תלוי הדבר בבית־משפט זה עצמו, אם ירצה להיכנס על־פי יזמתו לבירור שאלת השפיטות. החלטנו שלא לעשות כן, מפני שמטעמים מובנים תוכעות הבעיות המהותיות אשר הועמדו לפנינו בדיון זה פתרון דחוף, ובירור השאלות התוקתיות המוקדמות היה מצריך דיון ממושך בפני עצמו. נשאיר איפוא את עניין השפיטות בצריך עיון, ומובן מאליו שבכל אשר נאמר כאן אין משום הבעת דעה עליו...[82] (ההדגשה שלי – י"ד).

נקל לראות, כי בית־המשפט בבג"ץ ברגמן עושה ככל יכולתו להימנע מדיון עקרוני בשאלת סמכותו החוקתית. הוא מציג את השאלה בתור שאלה היפותטית שיכלה (כביכול) להתעורר בנסיבות המקרה, אך לא התעוררה בפועל. הוא מדגיש את הפסיביות בעמדת המשיבים בעניין זה ואת העובדה, כי עמדת בית־המשפט היא פועל יוצא של אי־נקיטת העמדה בשאלת השפיטות על־ידי המשיבים. הוא מציג את החלטת בית־המשפט להיכנס ישירות לדיון בטענות לגופן כהכרעה פסיבית שבה בית־המשפט נמנע מנקיטת יוזמות עצמאיות ("החלטנו שלא לעשות כן..."). הוא מתרץ את ההימנעות מדיון בשאלת השפיטות בשיקולים מעשיים ומקצועיים: הצורך לספק לצדדים הקונקרטיים פתרון מעשי לסכסוך שהתעורר בתוך פרק־זמן קצר כדי להגשים את הערך של היעילות הדיונית. בית־המשפט ממשיך בדיון ממוקד ותמציתי בטענות הצדדים לגופו של עניין. הגם שהשאלה המהותית שמתעוררת היא שאלה נכבדה של משמעות עקרון השוויון בחוק־יסוד: הכנסת – שאלה שכרוכות בה שאלות פוליטיות, פילוסופיות וחברתיות נכבדות – בית־המשפט דן בעניין בקצרה, מקבל את טענות העותר ועושה את הצו למוחלט, תוך שאינו שוכח לציין לקראת סיום, כי "למותר הוא להוסיף... [ש] רחוקים אנו מאוד מכל התיימרות לנגוע במשהו בריבונותה של הכנסת כרשות מחוקקת".[83] הא ותו לא.

קשה שלא להימנע מהשוואה מיידית של גישה זו לגישת בית־המשפט העליון ה"חדש" בע"א בנק המזרחי[84] – פסק־דין שנפתח בהצהרות אידיאולוגיות רחבות ונמשך בדיון אבסטרקטי על מאות עמודים בשאלת גבולות סמכותו של בית־המשפט, תוך שבית־

82. שם, 696.
83. שם, 700.
84. לעיל, הערה 7.

nevo.co.il

המשפט שוכח כמעט לציין כי בשל ההכרעה הקונקרטית עצמה, הדיון התיאורטי בשאלת הסמכות החוקתית היה למעשה כל־כולו אמרת־אגב שלא נדרשה כלל להכרעה בהליך שבפני בית־המשפט. בעניין ברגמן ויתר בית־המשפט על דיון תיאורטי מקיף, אך פסל לראשונה חוק של הכנסת, תוך שהוא מספק הגנה מוצקה וגם תכנים מהותיים לעקרון השוויון הפוליטי בחוק־יסוד: הכנסת. בע"א בנק המזרחי עסק בית־המשפט לאורך כ־500 עמודים בתלי־תלים של תיאוריות רחבות וטענות היפותטיות, אך בסופו של דבר נמנע מלאשר פסק־דין קיים (של ערכאות נמוכות יותר) שלפיו חוק של הכנסת נפסל, וכל זאת תוך הצגת דיון שטחי במישור העובדתי והמשפטי כאחד בכל הנוגע לשאלת תוקפו של החוק הקונקרטי שעמד בפועל לדיון בפניו. בית־המשפט של ברגמן דחה בשתי ידיים כל ניסיון לערב אותו בדיונים עקרוניים על תיאוריות תוקפות.[85] בית־המשפט בע"א בנק המזרחי עסק אך ורק בשאלות תיאורטיות כאלו, תוך שהוא מזניח כמעט להלוטין את עניינם של הצדדים שבאו להתדיין לפניו.[86]

ולפני סיום חלק זה יש לעסוק בעוד היבט של דרכי הפעולה של בית־המשפט ה"ישן", והוא הדה־פרסונליזציה של הפסיקה השיפוטית. אמונים על מסורת שיטות־המשפט המקובלות, ניתנים פסקי־הדין של כל בית־משפט בישראל, לרבות של בית־המשפט העליון, מטעמו ובשמו של השופט הכותב את חוות־הדעת,[87] עם זאת, אלמנטים, בגון השקפותיו הערכיות של השופט היושב בדין, תפיסותיו החוקתיות, חילוקי־דעות עקרוניים שיש לו עם חבריו השופטים (כאלו שבאו לידי ביטוי בפסיקה קודמת) אינם תופסים מקום של ממש בפסקי־הדין. על־פי תפיסה זו, השופטים הם מקצוענים שתפקידם לספק פתרון שיפוטי לצדדים הבאים לפניהם. השופטים אינם הוגי־דעות, מורי הלכות או פילוסופים מדיניים. הם אינם עוסקים בכתיבה אקדמית, אינם מרבים להרצות על השקפותיהם בקרב הציבור הרחב ואינם מנהלים ויכוחים בזירה הציבורית עם אישי־ציבור

85. כך, למשל, בבג"ץ 60/77 רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ואח', פ"ד לא (2) 556, ניסו העותרים להרחיב את הלכת בג"ץ ברגמן (לעיל, הערה 81) אגב הסתמכות על תיאורית הסמכות המכוננת שפותחה במאמרו של קלוין (קלוד קליין, "הסמכות המכוננת במדינת ישראל", משפטים ב 51) בעקבות בג"ץ ברגמן, בית־המשפט דוחה את הניסיון דחייה נמרצת אך לקונית, תוך שהוא מסתפק בציטוט עמדתו באותה סוגיה בבג"ץ ברגמן עצמו, עמ' 560.

86. ראו יואב דותן, "המעמד החוקתי של זכות הקניין", משפטים כה (תשנ"ז) 535, עמ' 556-557. האחזה של בית־המשפט העליון ה"חדש" לעיסוק שיפוטי בסוגיות תיאורטיות באה לאחרונה לידי ביטוי מפורש בבג"ץ 3966/98 אמיתי נ' ועדת הכנסת (טרם פורסם). שם מציע הנשיא ברק למתוקק ליצור הליך פנייה מיוחד לבירור שאלות משפטיות אף לפני שהתגבשו לידי שאלה קונקרטית העומדת לדיון (ראו פסקה 18 לפסק־דינו).

87. זאת בניגוד למקובל בקונטיננט, שם פסקי־הדין הם אנונימיים (כלומר: ניתנים בלא ייחוס הדברים לשופט זה או אחר) וקצרים ביותר.

או משפטנים אחרים. אכן, ייתכנו מילוקי־דעות מסוימים בין שופטים, אך אלו נוגעים לשאלות "מקצועיות" של פרשנות החוק העומד לדיון. הם נובעים מוויכוח קונקרטי על מקרה העומד לדיון ואינם תוצאה הנובעת מ"הבדלי השקפות עקרוניים" בין השופטים, שכבר שיטשו כר נרחב לוויכוחים גלויים וארוכים בפסקי־דין קודמים, וממילא הם עשויים להתעורר שוב בכל פסיקה שבה תועלינה שאלות דומות.

בהתאם לכך – וזו, לדעתי, נקודה מרכזית בחשיבותה – ההרכב השיפוטי היושב לדין בכל עניין ועניין נקבע, לפי המודל הזה, על־ידי עקרונות טכניים, דיוניים (עומס תיקים, לוח־הזמנים של כל שופט וכדו') או מקצועיים (מומחיות בנושא ספציפי, כמו, למשל, בדיני מִסים), או נשלט – כפי שהדבר נדמה לגבי רוב המקרים – על־פי מקריות גרידא. לשלטונו של עקרון המקריות לגבי קביעת הרכבי בית־המשפט העליון, במיוחד בשבתו כבג"ץ (או, אולי, שמירה קפדנית על מראית־עין של שלטון המקריות), תפקיד מרכזי בשימור התדמית המקצועית וה־פוליטית של בית־המשפט;[88] שהרי אין זה סוד (גם עבור מי שאינו נמנה עם חסידי אחד הזרמים הריאליסטיים של המשפט שצוטטו לעיל),[89] ואפילו בשיטה המקדשת את המודל המקצועי, כי לרקע האישי של השופט ולהשקפותיו עשויה להיות השפעה על עמדותיו, וממילא על פסיקתו בנושאים מסוימים. הדבר בא לידי ביטוי במיוחד בסוגיות בתחום המשפט הציבורי שבהן מרכיבים אידיאולוגיים דומיננטיים, כמו, למשל, בעתירות לבג"ץ בנושאים של דת ומדינה. שופט דתי עשוי לדון בשאלות כאלו בצורה שונה לחלוטין משופט שאינו דתי. מוסד שיפוטי (כגון בג"ץ), שהרקע האידיאולוגי של שופטיו אינו אחיד והצריך להתמודד עם שאלות אידיאולוגיות כאלו, חייב לשמור מכל משמר שיטה של ציוות הרכבים שבה שולט עקרון המקריות. כל פתרון אחר יוביל לאחת משתי תוצאות (שכל אחת מהן תותרת תחת אושיות המודל): או שבית־המשפט (או גורם מסוים בו, כמו, למשל, הנשיא) יואשם בניסיון להטות את תוצאות התיקים הבאים לפניו באמצעות ציוות הרכבים שעמדותיהם (ולכן גם פסיקתם) ידועה לו מראש; או שבית־המשפט יצטרך לאמץ עקרונות גלויים ומוכרזים של ייצוגיות אידיאולוגית (קרי: שמירה על "שוויון" בתלוקת התיקים, בהתאם למפתח אידיאולוגי כלשהו, בין הפלגים השונים).

88. סוגיית ציוות ההרכבים בבית־המשפט העליון בישראל כמעט שלא נידונה עד כה בספרות האקדמית אצלנו, למעט מחקר שנעשה לאחרונה. ראו מידון גרוס ויורם שחר, "לשאלת דרכי השיבוץ של מותבי בית־המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", משפטים כט (תשנ"ח-תשנ"ט) 567. המחברים לא הצליחו להצביע על עקרונות כלשהם שהנחו את בית־המשפט העליון לגבי שיבוץ מותבי שלושה בשנים 1948-1988, אם כי הם טוענים כי ממחקרים עולה לכאורה שישנן אינדיקציות סטטיסטיות לכך שהשיבוץ לא נעשה באקראי (ראו שם, 584). ככל הידוע לי, קביעת ההרכבים נעשית בדרך־כלל על־ידי מוכירות בית־המשפט על בסיס טכני בעיקרו (לוחות־הזמנים וימי הדיונים של השופטים וכדו') וכי לאחרונה נשקלת בבית־המשפט האפשרות שהשיבוץ ייעשה על־ידי תוכנת מחשב שתבטיח אקראיות. גרוס ושחר תומכים בהעלאת שאלת דרכי השיבוץ על סדר־היום הציבורי "מטעמים אקסיומטיים של שקיפות מינהלית" (שם, שם). הדיון בטקסט כאן מצביע כמובן על שיקולים נגדיים.

89. לעיל, הערה 44.

nevo.co.il

כאמור, אף לא אחת מהאפשרויות הללו אינה מתקבלת על הדעת מנקודת־ראותו של המודל המקצועי. אלא ששופטי בג"ץ במשך למעלה משלושים שנה ידעו לשמור על התדמית המקצועית של המוסד גם בנסיבות באלו. מצד אחד, בית־המשפט הקפיד לשמר למראית־עין את התפיסה שעל־פיה כל השאלות הנידונות שלפניו הן שאלות "משפטיות מקצועיות" ולכן אין צורך לדון בשאלת העמדות האידיאולוגיות של השופטים לפני שקובעים את ההרכב שידון בתיק קונקרטי. מצד אחר, בית־המשפט הקפיד לצוות הרכבי שופטים אחידים מבחינה מספרית (קרי: הרכבים של שלושה שופטים בכל תיק ותיק) על־פי מפתח שלכאורה נראה מקרי לחלוטין (או, לחלופין, חסר כל חוט או הכוונה אידיאולוגית נראית לעין). על־פי המודל הישן, בבית־המשפט לא היו כמעט מקרים של חריגה מהרכבים של שלושה שופטים, למעט בכמה מקרים נדירים שאפשר למנותם, במשך שלושים שנה ויותר, על אצבעות יד אחת.[90] פרקטיקה זו גרמה לכך, שתוצאת הדיון בתיקים מסוימים היתה תלויה במידה מסוימת ביד המקרה, קרי: בהרכב שצוות בתיק. מנגד, היא סייעה היטב לטשטש את המשמעויות שישנן לרקע ולהשקפות של שופטים על תוצאות המשפטים. כך, למשל, אם היו בבית־המשפט בנקודת־זמן מסוימת שני שופטים דתיים מתוך 12, זרי מחד גיסא, ברור היה כי בדרך־כלל שאלות של דת ומדינה יוכרעו בהתאם להשקפות של שופטים שאינם דתיים, שיהיו רוב במרבית ההרכבים היושבים לדין. מאידך גיסא, במספר קטן של מקרים כאלו (ובאופן בלתי־מתוכנן מראש) ישבו בדין שני השופטים הדתיים, ולצדם שופט אחד שאינו דתי. או־אז יש סיכוי סביר, שבאותם מקרים חריגים יפסוק בית־המשפט פסיקה התואמת את השקפת־העולם הדתית החורגת מקו הפסיקה הרגיל של בית־המשפט.[91] המחיר של גישה כזו הוא, כאמור, מקריות מסוימת

90. כך, למשל, בבג"ץ פרץ (לעיל, הערה 68); בבג"ץ אולפני הסרטה (לעיל, הערה 58); בבג"ץ אל כרבוטלי (לעיל, הערה 59); בבג"ץ קול העם (לעיל, הערה 61); ובע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365 – היה מספר השופטים שלושה. החריג הבולט במגמה זו היה פסק־הדין החשוב שנגע בסוגיית "מיהו יהודי" ושם ישב בית־המשפט בהרכב מורחב (ראו בג"ץ שליט (לעיל, הערה 77) – תשעה שופטים; בג"ץ 72/62 רופאיזן נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428 – חמישה שופטים). בבג"ץ ברגמן (לעיל, הערה 81) ישב בג"ץ בהרכב של חמישה. הרכב של חמישה ישב גם בכמה פסקי־דין שדנו בטענות נגד חוקתיותם של חוקי הבחירות לפי הלכת בג"ץ ברגמן ושניתנו בתחילת שנות השמונים (ראו בג"ץ 246/81 ואח' אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (4) 1; בג"ץ 141/82 רובינשטיין ואח' נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לז (3) 141). אין כלולים כאן כמובן מקרים של דיון נוסף, שאז יש לכאורה צידוק מקצועי (וגם הוראת חוק – סעיף 30 לחוק בתי־המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198) להרכב רחב. בכל אופן, בטרם הדיונים הנוספים באותה תקופה וגם במקרים המיוחדים לא ישבו יותר מאשר חמישה (למעט בג"ץ שליט).

91. ראו, למשל, בד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457; ע"א 617/78 לי בן יחזקאל נ' י' בן יחזקאל, פ"ד לג (1) 693; בד"מ 1/81 י' נגר נ' א' נגר, פ"ד לח (1) 365. לעתים עצם נוכחותו של שופט דתי אחד בהרכב די היה בה "לגרור" עמו שופט לא־דתי נוסף ולהביא

nevo.co.il

בפיתוח הדין (בהנחה, כאמור, שאין יד אידיאולוגית מכוונת בקביעת ההרכבים),[92] אך התועלת שבה היא בכך שהתפיסה הזו מסייעת להבליע את האופי האידיאולוגי של השפיטה בענייני דת ומדינה ולשמר את תדמיתו המקצועית של בית־המשפט: איש אינו יודע מראש, ולאיש אין שליטה מרכזית, מתי ובאיזה הקשר עשויה להתעורר "מחלוקת שופטים" בסוגיית דת ומדינה. יתרון נוסף הגובע מתפיסה זו הוא בכך שהיא מסייעת לטשטש את חילוקי־הדיעות ואת הפערים ביחסים שבין השופטים לבין עצמם. שופט דתי היושב לדין מודע בוודאי לעובדה כי השקפותיו האידיאולוגיות שונות מאלו של חבריו, אך הבדלי הדעות בינו לבינם נתפסים כ"מחלוקת פוסקים" יותר מאשר כמחלוקת אידיאולוגית או דתית, ובכל מקרה הוא חש שהוא מחויב ל"קו ההלכה" המקובל בבית־המשפט בדרך־כלל; ואילו באותם מקרים שאפשר לפרש את ההלכה הקיימת לכאן או לכאן, אזי באמת – כך לפחות הוא עשוי להרגיש – בית־המשפט מכריע לעתים בכיוון אחד ולעתים הוא מכריע בכיוון אחר, ולאיש אין יכולת להשפיע מראש על הכיוון שלגביו תפול בסופו של דבר הכרעה קונקרטית עתידית.[93]

את בית־המשפט לאימוץ עמדה הנוגדת את תפיסותיו הליברליות המסורתיות בתחום זה. כך, למשל, בבג"ץ 175/71 **פסטיבל למוסיקה אבו־גוש קרית־יערים נ' שר החינוך והתרבות** ואח', פ"ד כה (2) 821 (ולהלן: בג"ץ **פסטיבל למוסיקה**) הצטרף הנשיא זוסמן לפסק־דינו של השופט קיסטר, ובית־המשפט אישר החלטה של המשיבים שלא לאשר לעותרת תמיכה ממשלתית לקיום פסטיבל למוסיקה, משום שהפסטיבל הוקדש למוסיקה כנסייתית. התלטה זו עמדה בלא ספק בניגוד לעמדה הרגילה של בית־המשפט, שהדגישה את חשיבותו של עקרון השווין בין הדתות והזרמים השונים בכל הנוגע לשימוש במשאבי המדינה (ראו בג"ץ פרץ (לעיל, הערה 68)).

92. לעיל, הערה 88.

93. קיימת הקבלה ברורה בין התפיסות המרוסנות של שופטי בית־המשפט ה"ישן" ובין דפוסי ההתנהגות ויישוב המחלוקות ששרדו בחברה ובמערכת הפוליטית בישראל עד שנות השבעים. אלו היו דפוסים של התנהגות קונסנסואלית ושאיפה ליישב מחלוקות אידיאולוגיות בדרך של הבלעת המחלוקת, עמעום של ניסוחים ויצירת מנגנונים לעקיפת אי־הסכמות (ראו אשר כהן וברוך ויסר, "בין הסכמיות שבירה לשבירת ההסכמיות: תמורות ביחסי דת ומדינה – בין קונסוסיונליזם להכרעה", **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הכנרת לאריאל דהן צבי** (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר – עורכים, רמות, תשנ"ח) 675). מוסד ה"סטטוס קוו" בענייני דת ומדינה הוא דוגמא אופיינית למודל התנהגות קונסנסואלית כזו, מה גם שהמפד"ל היתה שותפה לכל ממשלות ישראל למן הקמת המדינה, הגם שלא היה כל צורך קואליציוני לשתפה בהנהגה משום שבאותה תקופה למפלגות־הפועלים היה תמיד רוב מוחלט בכנסת. במישור המוקתי־היסטורי עצם אי־קבלת חוקה על־ידי האסיפה המכוננת (כמו גם הניסוח העמום של מגילת־העצמאות בכל הנוגע ליחסי דת ומדינה) היא ביטוי למודל התנהגות זה (ראו רות גביזון, "מדינה יהודית ודמוקרטית – זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט", **עיוני משפט** יט (תשנ"ה) 639, בבית־

4. מודל בית־המשפט ה"ערכי" – ה"חדש"

בתחילת שנות השמונים, במקביל לחילופי הדורות בבית־המשפט העליון, החלו להסתמן במהירות שינויים במודל השפיטה שבית־המשפט מאמץ. מדובר בשינויים רחבים ומרחיקי־לכת שקצב מימושם הלך וגבר לקראת תחילת שנות התשעים, ערב המהפכה החוקתית. פן אחד ובולט של השינוי הוא ההרחבה הניכרת בהיקפה של הביקורת השיפוטית על פעולות המינהל הציבורי, פתיחת שערי בג"ץ בפני עותרים ציבוריים והצמצום הדרסטי בתפיסת השפיטות.[94] פן אחר שלה הוא הפיתוח הגלוי והמואץ של ביקורת שיפוטית על המחוקק, תהליך שהחל בהתלת ביקורת בג"ץ על החלטות פנימיות של הכנסת[95] המשיך בהחלת הפיקוח הזה גם על פרוצדורות של חקיקה ראשית[96] והסתיים, ערב המהפכה החוקתית, ביצירת גלויה של תשתית רעיונית מצד בית־המשפט לפסילת חוקים של הכנסת, גם בהיעדרה של חוקה כתובה;[97] ולאחר־מכן – עם קבלת חוקי־היסוד החדשים – בפיתוח שיפוטי מואץ של דוקטרינה מקסימליסטית באשר להשלכות החוקתיות של חוקי־היסוד החדשים ולהיקף הסמכויות שהם מעניקים לבית־המשפט לגבי רשויות השלטון האחרות.

אלא שהשינויים בתפיסת השפיטה של בית־המשפט העליון היו רחבים הרבה יותר מאשר מה שאפשר ללמוד מתוכן ההלכות שנפסקו על־ידי בית־המשפט. שינויים ניכרים

המשפט העליון יש לא מעט דוגמאות למקרים שבהם שופטים חילוניים בעלי השקפות ליברליות היו מוכנים לאמץ עמדות של אי־התערבות בהחלטות שלטוניות שהושפעו מלחץ או מפעילות פוליטית של הממסד הדתי. ראו, למשל, ע"א 373/72 **טפר ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח (2) 7; ע"א 450/70 **רוגוזינסקי ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו (1) 129 (לגבי חוקיות נישואין פרטיים/אזרחיים); בג"ץ 531/77 **ברוך ואח' נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל־אביב והמרכז ואח'**, פ"ד לב (2) 160 (לגבי סגירת רחובות בשבת); עמדת השופט ויתקון בע"א 280/71 **גדעון נ' חברה קרישא גחש"א ואח'**, פ"ד כז (1) 10 (לגבי כיתוב תאריך לועזי על מצבה); ובג"ץ **פסטיבל למוסיקה** (לעיל, הערה 91).

94. בג"ץ 910/86 **רסלר ואח' נ' שר הבטחון**, פ"ד מב (2) 441; דותן (לעיל, הערה 78), 121־126.

95. בג"ץ 652/81 **שריד נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לו (2) 197; בג"ץ 742/84 **כהנא נ' שלמה הלל ואח'**, פ"ד לט (4) 85; בג"ץ 325/85 **מיערי ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח'**, פ"ד לט (3) 122; בג"ץ 482/88 **רייסר ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח'**, פ"ד מב (3) 142. וראו גם: David Kretzmer, "Judicial Review of Knesset Decisions", 8 *Tel Aviv University Studies in Law* (1988) 95.

96. ב"ש 166/84, בג"ץ 780/83 **ישיבת תומכי תמימים מרכזית ואח' נ' מדינת ישראל ואח'**, פ"ד לח (2) 273; בג"ץ 975/89 *Nimrodi, Land Development Ltd.* **ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח'**, פ"ד מה (3) 154.

97. בג"ץ 142/89 **ואח' תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח'**, פ"ד מד (3) 529, פסק־דינו של השופט (כתוארו אז) ברק. וראו דותן (לעיל, הערה 3), 168־172.

nevo.co.il

התחוללו גם בסגנון השפיטה. אם אמרנו כי שופטי בית־המשפט ה"ישן" עשו ככל יכולתם כדי להקטין את הבולטות הציבורית של פסיקותיהם, הרי אפשר לומר את הדבר ההפוך על שופטי בית־המשפט העליון ה"חדש". במקום פסקי־דין קצרים, ממוקדים וקונקרטיים, הופכים פסקי־הדין להיות ארוכים ומנוסחים באופן כללי ורחב. בית־המשפט מרבה להיכנס לדיון בשאלות עקרוניות, גם כשאינן דרושות כלל לצורך ההכרעה במקרה העומד לפניו. הוא מרבה גם לדון בסוגיות היפותטיות – כלומר: בהשלכות אפשריות של ההלכה שהוא פוסק במקרה הנוכחי – על מקרים דומים (שאת נסיבותיהם הוא מציג ביוזמתו) במסגרת פסק־הדין. בחלק מהמקרים פסקי־הדין עצמם הופכים להיות מנוסחים באופן הדומה מאוד למאמרים אקדמיים. השופטים השונים מביעים על דפי פסקי־הדין את השקפותיהם בענייני שונים, תוך שהם מעמידים זו מול זו השקפות נוגדות בדרך של פולמוס עקרוני. חלק מהשופטים גם אינם מושכים את ידם מכתיבה אקדמית של ממש: מאמרים אקדמיים, ספרים ואף הרצאות פומביות שעניינם סוגיות תוקתיות שונות, הופכים לתחום נפרץ.

בית־המשפט העליון הופך אפוא את עצמו, במודע ובמכוון, לפורום מרכזי שבו מתבררות שאלות אקטואליות, העומדות על סדר־היום הציבורי, והגתונות במחלוקת בין פלגים שונים של הציבור, המיוצגים כל אחד על־ידי עורכי־דין המתמחים בכך או על־ידי ארגונים מיוחדים שעוסקים בשיטתיות בייצוג סוג מסוים של אינטרסים בפני בית־המשפט.[98] גם הכיסוי התקשורתי של פעולותיו נעשה אינטנסיבי עשרת מונים לגבי מה שהיה נהוג בעבר.[99] שופטי בית־המשפט העליון הופכים בגלוי למעורבים בתהליכים ציבוריים שונים: הם נפגשים עם אישי־ציבור (פגישות שלהן כיסוי תקשורתי נרחב), נואמים בפני חברי־הכנסת ומצהירים במקרים מסוימים הצהרות לתקשורת ולציבור הרחב.[100]

98. במחקר שנעשה לאחרונה נמצא, כי בעשור השנים שבין 1980 ו-1990 חל גידול של פי שישה במספר היחסי של עתירות שהוגשו לבג"ץ על־ידי קבוצות־אינטרס וארגונים שונים (מ-2% מכלל העתירות בשנת 1980 ועד למעלה מ-12% מכלל העתירות בשנות התשעים). ראו: Yoav Dotan and M. Hofnung, *Interest Groups in the High Court of Justice – Measuring Success in Litigation and in Out-of-Court Settlements*, Paper Presented at the International Political Science Association Annual Meeting, September 1997, Seoul.

99. לעיתונים היומיים כיום כתבים המכסים באופן שוטף את בית־המשפט העליון על בסיס יומיומי. בית־המשפט החל לאחרונה להעסיק דובר מטעמו לטיפול במגע עם אמצעי־התקשורת.

100. למשל: השופט ברק פנה לכנסת במכתב ובו המלצה לגבי חוק־יסוד: חופש העיסוק. ראו גדעון אלון, "שר המשפטים מותח ביקורת על פניית השופט ברק לוועדת החוקה בעניין חוק יסוד: חופש העיסוק: 'רצוי שהשופטים יהיו זהירים בפנותם אל הכנסת, כי התהליך עלול להיות דו־סטרי'", *הארץ*, 2.2.94, א1; י' זמיר, "ולו במחיר עימות עם השלטון", *הארץ*, 25.11.94, תגובתו להתקפות על בג"ץ; דליה שחורי, "השופט ברק: אין זו שאיפתי לכפות

כל התהליכים הללו שזורים וקשורים בתהליך נוסף – השינוי היסודי שחל בתפיסת תפקידם של שופטים. שופטי המודל ה"ישן" תפסו את תפקידם בראש־ובראשונה בתור מי שנדרשים לספק הכרעות, על בסיס משפטי מקצועי, לצדדים לסכסוך המובא בפניהם. על־פי המודל החדש, שופטי בית־המשפט העליון רואים את עצמם אחראים לא פחות מכך על קביעתם של ערכים חברתיים. לשינוי זה שורה של ביטויים: פסיקת בית־המשפט הופכת פתוחה ופחות טכנית ופורמליסטית. את מקום הפורמליזם תופסים ערכים מהותיים שבית־המשפט מייצר, מפיץ ומיישם בפסיקתו,[101] בית־המשפט גם יוצר מסגרות מושגיות שבתוכן מופעלים הערכים הללו: הוא קובע "מבחני איזון" (בין ערכים "מתחרים"), יוצר "מדרגי זכויות" ומפרש באופן ערכי ומופשט נורמות שונות (בראש־ובראשונה בחוקי־היסוד).[102] בית־המשפט גם מצהיר בגלוי על תפקידו הערכי בדפי פסקי־הדין ובמקורות אחרים.[103]

כל השינויים הללו מחייבים את בית־המשפט לעשות תפנית חדה גם לגבי מקור הלגיטימציה לפעולותיו. ככל שהשופטים הולכים ומרחיבים את השית המעניק להם תפקיד של "קובעי ערכים", כן נעשה ברור יותר ויותר כי בסיס הלגיטימציה הקיים של מומחיות מקצועית אינו יכול עוד לספק את הצידוקים שסיפק לשופטי בית־המשפט הישן. הבעיה מחריפה עוד יותר בשל העובדה שהשופטים המבצעים את "המהפך הערכי" הזה הם שופטים שמונו (להלכה לפחות) על סמך כישורים מקצועיים גרידא ובהתאם לשיטת מינוי שופטים שהותאמה היטב למודל ה"ישן" של שפיטה מקצועית בידי מומחים.[104] במחצית

את רצוני הסובייקטיווי על השלטון", הארץ, 13.12.94, 7א; דליה שתורי, "אהרן ברק קורא להבטיח עצמאות מינהלית לרשות השופטת", הארץ, 1.4.97, 5ב; רמי חוות, "ברק הלך אל הרב", ידיעות אחרונות – מוסף 24 שעות, 11.2.97, 2 – על פגישת הנשיא ברק עם הרבנים הראשיים.

101. מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (מעגלי דעת, תשנ"ג).

102. בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים ואח', פ"ד מה (4) 683; בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד מח (2) 1, עמ' 10, 17; בג"ץ 5016/96 ואח' חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח' (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ חורב), פסקה 52 לפסק־דינו של הנשיא ברק.

103. בג"ץ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מא (1) 421, עמ' 434; בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מו (1) 749, עמ' 781-782; בג"ץ 4267/93 ואח' אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד מט (5) 441 (להלן: בג"ץ אמיתי); בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ ואח' (טרם פורסם), פסקה 42 לפסק־דינו של השופט זמיר.

104. כידוע, שיטת המינוי בישראל היא אחת מהשיטות הכי פחות פוליטיות המוכרות. המינוי נעשה על־ידי ועדה בת תשעה חברים: שר־המשפטים (שהוא גם יושב־ראש הוועדה), שר נוסף, שני חברי־כנסת, נשיא בית־המשפט העליון ושניים משופטיו ושני נציגי לשכת עורכי־הדין (סעיף 4(ב) לחוק־יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד 78). כלומר: ל"מקצוענים" רוב בוועדה, בניגוד לרוב שיטות־המשפט בעולם שלפיהן שופטים ממונים על־ידי גורמים פוליטיים מובהקים (או נבחרים על־ידי הציבור, כמו בחלק ממדינות ארה"ב).

nevo.co.il

הראשונה של שנות השמונים עדיין עשה השופט ברק נסיונות ריטוריים שונים להתאים את בסיס הלגיטימציה השיפוטי הישן, המקצועי, למציאות החדשה.[105] אולם כבר במהלך המחצית השנייה של אותו עשור נעשה ברור יותר ויותר כי בסיס הלגיטימציה הזה הולך ונשחק ואינו יכול עוד "לספק את הסחורה". השאלה "מי שמכם?" מנסרת לה בחלל האוויר בעוצמה הולכת וגוברת.

או־אז חלה תפנית בריטוריקה השיפוטית המיועדת לספק לשופטים את בסיס הלגיטימציה לפעולתם. בית־המשפט מבצע מעבר חד מריטוריקה "מקצועית" לריטוריקה המבוססת על עיקרון של ייצוגיות הציבור. מונחים כגון "הציבור הנאור" ו"אמון הציבור" נעשים חלק מרכזי יותר ויותר בחשיבה השיפוטית ובשיח השיפוטי בפסקי־הדין,[106] מטבע הדברים המונחים הללו סובלים מעמעום מכוון, ולא זה המקום לדון בהרחבה בתוכנם

---

105. דוגמא טובה לכך היא השימוש במונח הסבירות. בעת שהחל לפתח את מושג הסבירות ככלי העיקרי בהרחבת הביקורת השיפוטית על פעולות המינהל הציבורי הדגיש השופט ברק את המימד ה"אובייקטיבי" בביכול של מבחן הסבירות (קרי: כזה שאינו תלוי בהשקפת־עולמו של השופט היושב בדין. ראו, למשל, בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (1) 421, עמ' 439 ואילך; בג"ץ 341/81 מרשב בית־עובד – מרשב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' המפקח על התעבודה ואח', פ"ד לו (3) 349, עמ' 354. לקראת סוף שנות השמונים כבר אין ברק חוזר על סיעון ה"אובייקטיביות" של מבחן הסבירות. בבג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה (1) 749 (להלן: בג"ץ ז'רז'בסקי), אל מול המתקפה המוחצת של המשנה־לנשיא אלון כנגד היומרה לאובייקטיביות "מדעית" של הלכת הסבירות (שם, 770-771, 813-816), ברק עדיין משתמש בנימוק של "מקצועיות" השופטים כבסיס ללגיטימיציה של הפעלת הסבירות (שם, 857-858). בספרו (שפורסם שנים מספר לאחר־מכן) ברק מציין, כי הסבירות "אינה אך ורק רציונליות" (אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שני – פרשנות החקיקה, נבו, תשנ"ג), 665), ומונח ה"אובייקטיביות" השיפוטית נידון אצלו בהקשר ישיר של החובה "לשקף את תפישות היסוד של הציבור הנאור" (שם, 660).

106. בג"ץ 6163/92 ואח' אייזנברג ואח' נ' שר הביטוי והשיכון ואח', פ"ד מז (2) 229, עמ' 261-262; בג"ץ אמיתי (לעיל, הערה 103), 461; בג"ץ 3094/93 ואח', בשג"ץ 4409/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (5) 404, עמ' 422, 428-429; בג"ץ ז'רז'בסקי (לעיל, הערה 105), 762-763, 840. יצוין כי מונחים, כגון "אמון הציבור" ו"הציבור הנאור", הופיעו בפסיקת בית־המשפט העליון בהקשרים שונים כבר בשנות השישים והשבעים (ראו, למשל, ע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון ואח', פ"ד יז 1009; בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים ואח', פ"ד כג (2) 477; בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה ואח', פ"ד כד (1) 337, עמ' 352 מול האות ז; בג"ץ 243/71 איזיק (שיק) נ' שר הפנים, פ"ד כו (2) 33). אולם תדירות הופעתם של המונחים הללו היתה נמוכה הרבה יותר באותה תקופה ולא נעשה בהם שימוש שיטתי כדי להכשיר את תפקידו של בית־המשפט כגורם מוביל ודומיננטי בהליך עיצובם של ערכי החברה.

nevo.co.il

ובמשמעויותיהם. מה שחשוב לענייננו הוא, שהחל בסוף שנות השמונים ועד עצם התקופה שבה נכתבות שורות אלו בית־המשפט העליון עושה מאמצים ניכרים להשתית את בסיס הלגיטימציה של פעולותיו על עקרון הייצוגיות. פן אחד של הנסיונות הללו הוא, כאמור, השימוש הדיטורי הנרחב במונחים הקשורים בייצוגיות בכל הנוגע לפעולתו של בית־המשפט. פן שני הוא השימוש במוסד החוקה עצמו בבסיס להענקת לגיטימציה לבית־המשפט: החוקה מתוארת כמבטאת וכתואמת את רצון הציבור, וכפועל יוצא מכך – את ההסכמה והתמיכה של הציבור ונציגיו למוסד הביקורת השיפוטית.[107]

הפן השלישי של הנסיונות הללו בא לידי ביטוי בשינוי החד של פרקטיקות קביעת ההרכבים בבית־המשפט העליון. בעוד שבעבר ישב בית־המשפט העליון כמעט תמיד בהרכבים של שלושה, כיום מקרים שבהם בית־המשפט יושב בהרכבים של שבעה, תשעה ואף יותר שופטים – הם חזון נפרץ,[108] מהדברים שנאמרו לעיל בנושא זה לגבי יתרונות של המודל הישן, קל להבין מהו המחיר ההברתי של פרקטיקה זו לגבי בית־המשפט העליון החדש: בית־משפט היושב דרך קבע (או כל־אימת שמתעורר בפניו עניין בעל חשיבות ציבורית או רגישות פוליטית) בהרכב מלא או כמעט מלא, הוא כמעט בהכרח בית־משפט ייצוגי־פוליטי, בפורום כזה חברים אנשים שעמדותיהם האידיאולוגיות ידועות מראש, מעוגנות בשורה של חוות־דעת בפסקי־דין קודמים ומוכרזות בציבור. מראית־העין של ההכרעה המקצועית ושל התוצאה התלויה במקריות של קביעת ההרכב אינה קיימת יותר. גם המחויבות – ולו החלקית – של השופטים להלכה או לקביעה "מקצועית" קודמת כלשהי, נשחקת, משום שהשופט אינו יושב כעת בהרכב מקצועי אקראי שבמסגרתו הוא מתויב לקו המקצועי ולעקרון האחידות. כעת השופט יושב כנציג של עמדה מסוימת, הנבדלת משאר העמדות של חבריו השופטים, שעליה הוא אמור להגן. יוצא, שהמרכיב

---

107. ברוח זו יש לראות את המאמץ שהנשיא ברק עושה בע"א **בנק המזרחי** להדגיש את התמיכה הרבה שלה זכה רעיון החוקתיות בחברה הישראלית במשך השנים. ראו ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), 374 ואילך. בניסיון להשתית את בסיס הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית על קיומה של חוקה כתובה וקיומו של קונסנסוס חברתי לגבי מעמדה, אין כל רבותא. זהו אחד הצידוקים המקובלים ביותר לגבי מוסד הביקורת השיפוטית, אלא שדווקא אצלנו הצידוק הזה חלש במיוחד (ראו דותן (לעיל, הערה 3), 159 ואילך).

108. ראו, למשל, ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7) (9 שופטים); בג"ץ **חורב** (לעיל, הערה 102) (7 שופטים); ע"א 5587/93 **די נחמני נ' ר' נתמני**, פ"ד מט (1) 485 (5 שופטים); בג"ץ 4562/92 **זנדברג נ' רשות שידור**, פ"ד נ (2) 793 (13 שופטים); רע"א 8061/95 **עחר נ' ארגט חברה לביטוח בע"מ ואח'**, פ"ד נ (3) 532 (7 שופטים); ע"מ 2831/95 **אלבה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם) (7 שופטים). ביטוי נוסף ומובהק למגמת בית־המשפט הנוכחי להרבות בישיבה בהרכבים מורחבים בא לידי ביטוי בבש"א 1481/96, דנ"א 2401/95 **ר' נחמני נ' ד' נחמני**, פ"ד מט (5) 598, שבו פסק בית־המשפט (ברוב דעות) כי הוראת סעיף 18 לחוק־יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד 80, שלפיה "ענין שפסק בית־המשפט העליון בשלושה, ניתן לקיים בו דיון נוסף..." אינה שוללת את סמכות בית־המשפט להורות על דיון נוסף גם כאשר בהרכב המקורי ישבו המישה שופטים או יותר.

nevo.co.il

הקונסנסואלי שהיה קיים בשיטת ההרכבים הקודמת אינו קיים היום, והמוטיבציה של שופטים לתמימות־דעים ולשמירה על מכנה משותף, ולו למראית־עין, אינה קיימת.[109]

זאת ועוד: הניסיון של בית־המשפט העליון הנוכחי לפעול במסגרת הרכבים רחבים הוא ניסיון ליצור מראית־עין של ייצוגיות שיפוטית. מעבר לעלויות של המעבר למודל כזה שפורטו לעיל חשוב לציין, כי אין שום סיכוי מעשי שהוא יגביר את רמת הלגיטימציה של בית־המשפט העליון, אלא למעשה ההיפך הוא הנכון. שופטי בית־המשפט העליון אינם מייצגים, מבחינת קשת הדעות הפוליטיות, הרקע החברתי שלהם וכיו"ב, את הציבור הרחב או את מגוון ההשקפות הרווחות בקרב הלקיו השונים; וכפי שכבר אמרתי לעיל, ספק רב אם הציבור מעוניין בכך שבית־המשפט העליון יפגין "ייצוגיות" כזו. הניסיון להציג כלפי חוץ "ייצוגיות" כדרך מלאכותית כזו שותק את בסיס הלגיטימציה המוכר (והמוצק) של בית־המשפט העליון כמוסד מקצועי. הוא מדגים ברבים, כי בית־המשפט **איננו תופס את עצמו עוד** כמוסד מקצועי כזה.

טלו שוב, כדוגמא, את השיפוט בטוגיה הרגישה והנתונה במחלוקת של דת ומדינה. הרכב בית־המשפט העליון איננו מייצג כלל חלק מהשחקנים הראשיים בתחום זה בזירה הפוליטית (והכוונה בראש־ובראשונה לסיעות החרדיות האנטי־ציוניות, שעמן נמנים חלק ניכר מהמבקרים הקולניים ביותר במגזר הפוליטי של בית־המשפט העליון בשנים האחרונות), וודאי שהרכב בית־המשפט העליון איננו מביא לידי ביטוי, ואינו יכול להביא לידי ביטוי, את העוצמה שיש לסיעות אלו במערך הפוליטי בכנסת ובממשלה (הנובע בעיקרו מהיותן "לשון־מאזניים" קואליציונית בין שני הגושים הפוליטיים הגדולים, החלוקים ביניהם בשאלות תוץ וביטחון). האם, למשל, העובדה שהנשיא אהרן ברק יצרף להרכב הדן בסוגיה רגישה בתחום זה (כגון סוגיית הגיור הרפורמי) נוסף על השופטים שלמה לוין ותיאודור אור, גם את השופטות דליה דורנר ודורית בייניש – **תהפוך את** הרכב בית־המשפט ל"ייצוגי" יותר בעיניהם של חברי־הכנסת יגאל ביבי, אריה דרעי ותומכיהם?[110] והאם תשתנה התמונה אם להרכב המורחב יצורפו גם השופט או שני

---

109. אין פירוש הדבר שלא ייתכנו קונסנסוס או פשרות בעמדות של שופטים, אך לפי המודל הפוליטי מדובר בפשרות עם אופי פוליטי, קרי: בהגעה לקונסנסוס באמצעות ויתור הדדי במסגרת מאבק כוחות פוליטי, הכולל מרכיבים של התנהגות אסטרטגית (ולהבדיל ממרכיבים של לכידות מקצועית). בספרות העוסקת במוסדות־שיפוט עליונים יש דיון על התנהגות אסטרטגית של שופטים. ראו, למשל: Lawrence Baum, *The Puzzle of Judicial Behavior* (The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997); Glendon A. Schubert, *Comparative Judicial Behavior* (Oxford University Press, New-York, 1969). אך לא ידוע לי על שום מחקר העוסק בכך באשר לבית־המשפט העליון בישראל. קשה ללמוד על התנהגות אסטרטגית כזו של שופטים מנוסח פסקי־הדין שלהם בלבד (והשוו יורם שחר, מירון גרוס ורון חרים, "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית־המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", **עיוני משפט** כ (תשנ"ו) 749.

110. לדוגמאות מספר מתוך שלל ההתקפות שבאו בשנים האחרונות מצד המחנה החרדי כנגד בית־המשפט העליון ראו א' ישראל, "קיצון במעמד של ערכאות נכרי", **המחנה החרדי**, 16.1.97;

nevo.co.il

השופטים הדתיים המכהנים באותה שעה בבית־המשפט העליון – שופטים שבכל מקרה, וכל זמן ששיטת המינוי הנוכחית אינה משתנה, צפויים להישאר בעמדת־מיעוט פרמננטית בסוגיות אלו.[111]

נקל לראות כי לא רק שלא תושג כאן ייצוגיות אמיתית, אלא שגם מראית־עין של ייצוגיות איננה נוצרת. כאמור, ההיפך הוא הנכון: פרקטיקות ציוות כאלו רק חושפות את בית־המשפט בפני ביקורת חיצונית שתטען שתי טענות קשורות: הראשונה, שהרכב בית־המשפט לוקה בחוסר־איזון כרוני בתחום זה (בהשוואה למערכת הפוליטית); והשנייה, כי כל זמן שההרכב נקבע באופן מכוון (על־ידי נשיא בית־המשפט העליון, שלו־עצמו ערכים "מוכרזים" ופסיקה מוכרת בתחום זה), אי־אפשר לייחס לבית־המשפט כל "אובייקטיביות", הוגנות או היעדר־פנייה. מכאן קצרה הדרך לקריאה לרפורמה אם בשיטת מינוי השופטים במסגרת המערכת השיפוטית הקיימת אם בדרך של יצירת מוסד שיעקוף וינטרל את בית־המשפט העליון, כמו, למשל, "בית־משפט לחוקה".

5. האם תהליך "המרת המיתוסים" הוא הדיר?

הביקורת המובאת כאן באשר לפרקטיקות שאימץ בית־המשפט העליון בשני העשורים האחרונים צריכה להתמודד עם כמה טיעונים נגדיים. על־פי הטיעון הראשון, התפתחות המודל של בית־המשפט ה"חדש" היתה פועל יוצא הכרחי של "המהפכה החוקתית", קרי: של קבלת תוקי־היסוד החדשים. לפי קו חשיבה זה, משהפקידה הכנסת בידי בתי־המשפט את הכלי של ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים, בהתאם לסטנדרטים הכלליים והעמומים של חוקי־היסוד החדשים, אזי הפרקטיקות ששימשו את בית־המשפט ה"ישן" הפכו לבלתי־רלבנטיות, והפיכת בית־המשפט לגורם פוליטי-ערכי היא תהליך בלתי־

נ' גרינשטיין, "כפיה חילונית", המחנה החרדי, 17.4.97; ח' טריקי, "לא ייתכן שהבג"ץ יתעלם עד כדי כך מהציבור הדתי", יום ליום, עיתון ש"ס, 17.4.97; ש' אילן, "יתד נאמן קורא להוסיף לבוז ולולזל בבית־המשפט העליון", הארץ, 5.9.96; מנחם רהט, "ח"כ רביץ: 'נדרוש חקיקה שתעמיד את בג"ץ במקומו'", מעריב, 19.1.96, 27; שלמה צונה ומנחם רהט, "היעד: בית־המשפט העליון", מעריב 15.5.97 – על התקפת אנשי ש"ס על בית־המשפט העליון; שלמה צונה, "סוויסה: פסק של הרב עובדיה עדיף על פסיקה של בג"ץ", מעריב, 14.8.97, 11. התקפות אלו הגיעו לאחרונה לשיא חדש בהפגנת־הענק של החרדים שהתקיימה בירושלים ב־14.2.99, כשמטרתה למחות כנגד פסיקת בג"ץ בנוגע לייצוג הורמים הרפורמי והקונסרבטיבי במועצות הדתיות ובדברי מנהיגים חרדיים כנגד בית־המשפט שנאמרו באותו הקשר. ראו, למשל, שחר אילן, גדעון אלון, מול מועלם וניקול קראו, "הרב יוסף: שופטי בג"ץ רשעים ובגללם באים כל הייסורים לעולם", הארץ, 11.2.99, 1.

111. כך, לדוגמא, השופט טל, שכיהן "על תקן" השופט ה־דתי" בבית־המשפט העליון בשנים האחרונות, נותר בעמדת־מיעוט בשורה של פסקי־דין אשר עסקו בסוגיות רגישות בתחום יחסי דת ומדינה (שברובם, ההרכב שישב בדין היה הרכב מורחב). ראו, למשל, בג"ץ חורב (לעיל, הערה 102); ע"פ אלבה (לעיל, הערה 108); בג"ץ 3269/95 ואח' כץ נ' בית־הדין הרבני האזורי בירושלים ואח', פ"ד נ (4) 590.

גמגם. כלומר: בית־משפט, שבידיו מופקדת סמכות לפסול חוקים של הכנסת על־פי הפסקאות הכלליות של חוקי־היסוד החדשים, ממילא איננו יכול ליהנות עוד מלגיטימציה ציבורית המבוססת על תדמיתו המקצועית, האובייקטיבית והא־פוליטית. לא נותרה לו אפוא ברירה אלא לשאוף לעגן את אמון הציבור בו על בסיס פנייה ישירה לערכים של ייצוגיות פוליטית-ערכית. השאלה, מה קדם למה, המהפכה החוקתית או בית־המשפט ה"חדש"? מזכירה לכאורה את שאלת הביצה ותתרנגולת. אולם אין זה מיותר להזכיר בהקשר זה כמה עובדות חשובות. ראשית, סמכות הביקורת החוקתית ניתנה בידי בית־המשפט העליון (בחוק־יסוד: הכנסת) הרבה לפני צמיחת המודל של בית־המשפט ה"חדש"; אלא, שכפי שתואר לעיל, בית־המשפט ה"ישן" ידע להפעיל אותה בזהירות (אם גם בנחישות) מבלי להיזקק לריטוריקה "מהפכנית",[112] שנית, המודל של בית־המשפט ה"חדש" פותח בבית־המשפט העליון שלנו במהלך שנות השמונים, כלומר: הרבה לפני חקיקת חוקי־היסוד החדשים ב־1992,[113] ולבסוף, גם לאחר 1992 היו, ועדיין ישנם, בין שופטי בית־המשפט העליון כאלו המתנגדים לתפיסה של בית־המשפט העליון ה"חדש", לרבות לטענה כי חוקי־היסוד החדשים הם "מהפכה" שהפכה את ישראל ל"דמוקרטיה חוקתית",[114] במלים אחרות: ההכרזה על "המהפכה החוקתית" לא היתה כלל ועיקר תוצר הכרחי של כינון חוקי־היסוד החדשים, אלא צעד של מדיניות מכוונת מצד הזרם המרכזי בבית־המשפט העליון החדש, כהמשך למגמה שאפיינה את תפיסתו החל בראשית שנות השמונים.[115]

אולם – ימשיך הטוען ויטען – גם אם הניתוח שהובא לעיל לגבי הגורמים ההיסטוריים לתהליך של "המרת המיתוסים" תקף, עדיין אין הדבר משליך על הברירות העומדות בפנינו כיום. כלומר: אפילו אפשר (ורצוי) היה למנוע מבעוד מועד את תהליך "המרת המיתוסים", הרי כיום איחרנו את המועד, ולכן אין מנוס מלעשות את הצעד הנוסף ולהשלים את התהליך באמצעות הליך פורמלי של כינון בית־משפט לחוקה שיגשים, במידה זו או אחרת, את הערך של ייצוגיות ערכית-פוליטית (הכול בהתאם לדגם הקונקרטי שיאומץ על־ידי החקיקה שתסדיר את הנושא). לדעתי, גם טיעון זה צריך להידחות. משאלי דעת־הקהל מוכיחים, כי בית־המשפט העליון עדיין נהנה מרמה גבוהה של אמון ציבורי, המושתת במידה רבה על תפיסתו כמוסד מקצועי, אובייקטיבי וא־פוליטי. אכן, בתפיסה זו של אמון הציבור חלה בשנים האחרונות שחיקה מסוימת, בעיקר בקרב קבוצות מסוימות בחברה הישראלית[116] (ולכן סביר להניח, כי הימשכות הפרקטיקות של בית־המשפט ה"חדש" יוסיפו ויכרסמו ברמת האמון). עם זאת, מכאן ועד למסקנה כי התהליך הוא בלתי־הדיר עדיין רחוקה הדרך. לדעתי, עדיין יש סיכוי סביר כי שינוי מגמה

112. ראו לעיל, ליד הערה 85 וההערה עצמה.

113. לעיל, הערות 94 ואילך והטקסט עצמו לידן.

114. הכוונה בראש־ובראשונה לעמדת השופט חשין, כפי שהוצגה בהרחבה בפסק־דינו בע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 7), 471 ואילך.

115. דותן (לעיל, הערה 43), 168-172.

116. לעיל, הערה 53.

בבית־המשפט העליון (חזרה לסגנון השפיטה הישן, תידוש השימוש במחסומי הסף בבג"ץ, צמצום הדיטוריקה השיפוטית והימנעות מהכרזות רחבות שאינן דרושות לגופו של עניין וכו') יוביל לשינוי מגמה ולמניעת סתף נוסף (וחזק יותר) במעמדו הציבורי של בית־המשפט.

טיעון הביקורת האחרון כנגד הגישה המוצעת כאן ענייננו מידת הלגיטימיות של העמדה המחייבת את השימוש במיתוס המקצועיות כבסיס לשימור אמונו של הציבור במערכת־המשפט. אפילו נניח כי ישנה אפשרות שבית־המשפט ישנה מגמות וינקוט פעולות שיתאימו למודל המומחיות המקצועית, האם יהיה זה ראוי לנסות ולבסס את אמון הציבור במערכת־המשפט על מיתוסים שאין להם בסיס במציאות? אפשר לטעון, כי גישה כזו בלתי־ראויה מבחינה מוסרית ופוליטית, אפילו בהנחה שהיא עשויה להשיג במישור המעשי את מטרותיה.[117] לדעתי, התשובה לטיעון זה נעוצה בניתוח של מהות המונח "מיתוס" בהקשר הנידון. קשה לחלוק על כך שהכרעות שיפוטיות (במיוחד בתחום החוקתי) תלויות, במידה זו או אחרת, ברקע האישי ובהשקפות האידיאולוגיות של השופט היושב לדין. אך יש מרחק רב בין ההכרה בקשר שבין פסיקתו של שופט לאמונותיו ובין הטענה שלפיה רקע אישי ועמדות אידיאולוגיות הן הגורם העיקרי או הבלעדי המכתיב את התוצאה השיפוטית. אכן, שום הכרעה שיפוטית בתחום החוקתי איננה יכולה להיות מוצגת כהכרעה מקצועית־טכנית. אך אין פירוש הדבר כי הטענה ההפוכה בהכרח נכונה. הכרעת בית־המשפט מושפעת מקשת של גורמים, ועמדות ערכיות הן רק סוג אחד של גורמים כאלה.[118] המשקל שבית־המשפט עשוי לתת לעמדות ערכיות תלוי בין השאר גם בתפיסת

---

117. לצורך הדיון אני מתעלם מהטענה שעצם הדיון במיתוס – למשל: במסגרות אקדמיות ולרבות במסגרת רשימה זו – חושף את קיומו ברבים ובכך פוגע קשות באפקטיביות שלו. לדעתי, אפשר להתעלם מטענה זו הן בשל ההשלכה המוגבלת של דיונים אקדמיים כאלו על עמדות הציבור הן בגלל העמדה העקרונית שתוצג להלן לגבי המשמעות של המונח "מיתוס" בהקשר הנידון.

118. הטענה שלפיה הכרעות שיפוטיות נגזרות מתפיסות ערכיות ופוליטיות של השופטים הושבים בדין נבחנה במישור האמפירי בשורה של מחקרים שנעשו בארה"ב (בעיקר בנוגע לעמדות שנקטו על־ידי שופטי בית־המשפט העליון שם). המסקנה העולה ממחקרים אלו היא, שאכן לעמדות ערכיות עשויה להיות השפעה במקרים מסוימים על התוצאה שאליה יגיעו השופטים; וכי אפשר לנבא, במידה גבוהה יחסית של דיוק, את התנהגות השופטים (קרי: האם יתמכו בעמדה זו או אחרת) על סמך ידיעה מוקדמת של העדפותיהם הערכיות והשקפותיהם הפוליטיות. אולם הגורם האידיאולוגי לבדו אינו יכול לספק הסבר מלא לתוצאות של הכרעות שיפוטיות, ואין חולק כי שורה ארוכה של גורמים אחרים (כגון נוסח החוק או סעיפי החוקה הרלבנטיים, תקדימים וכו') משפיעים על התנהגות השופטים. ראו, למשל: Lee Epstein and Thomas G. Walker, *Constitutional Law for a Changing America – Institutional Powers and Constraints* (3rd. ed., CQ Press, Washington D.C., 1998), 25-31; Lee Epstein, *Contemplating Courts* (CQ Press, Washington D.C., 1995), 305-314.

nevo.co.il

התפקיד השיפוטי ובמודל המוסדי שבית־המשפט עצמו אימץ לצורך העניין. במלים אחרות: שופטים האמונים על תפיסת תפקידם כתפקיד שעיקרו מומחיות מקצועית עשויים לתת משקל מצומצם הרבה יותר להשקפותיהם הערכיות במסגרת תהליך ההכרעה השיפוטית, בהשוואה לשופטים התופסים את עצמם כמי שמייצגים ציבור מסוים או השקפות אידיאולוגיות מסוימות. אחד הנימוקים החזקים ביותר למתן תוקף ל"מיתוס" של מודל השיפוט האובייקטיבי־מקצועי כבסיס ללגיטימציה של הליך הביקורת השיפוטית הוא, שהשופטים הפועלים על־פי מודל כזה מפנימים בעצמם את המודל ובכך מגשימים, ולו באופן יחסי וחלקי, את הערכים שהמיתוס מיועד להגן עליהם.[119] לדבקות השיפוטית במודל המקצועי עשוי אפוא להיות ערך חשוב לא רק משום שהיא עשויה לשטר את אמון הציבור בבית־המשפט ולאפשר לו לתפקד בתור סוכן קונסטואלי חשוב בחברה הישראלית המשוסעת,[120] אלא גם משום שבמישור המהותי היא עשויה להשפיע על התנהגות השופטים.

ה. במקום סיכום: רציותו של בית־משפט לחוקה – היבטים עכשוויים

הניתוח שהובא לעיל באשר לבית־המשפט העליון ה"חדש" נועד להדגים ולבסס את הטענה כי הלכה למעשה פעולות בית־המשפט העליון כיום במישור המשפטי המהותי, הדיסטורי, ובמישור של פרקטיקות הפעולה של שופטיו – תואמות במידה רבה את התפיסה של ביקורת חוקתית פוליטית, כמו זו של המודל המושגי המוצג בפתח רשימה זו, ומיועדות לקדם תפיסה זו. כל זאת עוד בטרם נעשו פעולות לעיגון מוסדי של בית־המשפט לחוקה ואף בטרם יש לנו חוקה כתובה של ממש. מהעמדות שהבאתי במהלך הדיון לעיל ברור, כי – לדעתי – אין זה רצוי שיהיה לנו בית־משפט לחוקה, ועוד פחות רצוי שבית־המשפט העליון ימשיך לאמץ אלמנטים של מודל כזה, תוך שהוא מסכן ושוחק בהתמדה את בסיס הלגיטימציה הציבורית המוצק שעליו התבססה פעולתה של הרשות השופטת אצלנו במשך שנים רבות.

לטיעונים כנגד כינון בית־משפט לחוקה כיום יש להוסיף טיעונים שעניינם המצב החוקתי בישראל כיום. כידוע, אין בישראל כיום חוקה כתובה, מלאה ושלמה, שמעמדה הנורמטיבי העדיף על חוקי הפרלמנט ברור, אחיד ומצוי מעל לכל מחלוקת. בית־משפט לחוקה שיכונן על סמך המצב החוקתי העכשווי יסבול בהתאם לכך מכמה חולשות ותסרונות קשים. ראשית, בהנחה שהרפורמה במבנה השיפוט לא תהיה חלק מיצירת חוקה כוללת למדינה, כינון בית־משפט כזה יצור בעיה קשה של אי־בהירות והיעדר־אחידות במישור הסמכויות והדין המהותי. כך, למשל, טענות הקשורות בחופש העיסוק או בהפרת חוק־יסוד: כבוד האדם, יידונו בבית־המשפט החוקתי. לעומת זאת, טענות לגבי הפרת

119. ראו: Frank I. Michelman, "The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government", 100 *Harvard Law Review* (1986) 4, pp. 66-77.

120. לעיל, ליד הערה 56.

nevo.co.il

חידושית־יסוד אחרות, כמו חופש הביטוי, יידונו (בהנחה שאינן מוגנות על־ידי חוקי־היסוד, והפרתן אינה עילה כיום לפסילת חוקים)[121] במערכת־המשפט הרגילה (על־ידי בג"ץ או בתי־המשפט האורתיים). ומי יקבע במסגרת מודל כזה את ההלכה המכרעת לגבי מעמדה של חירות אזרח נתונה? או מה, למשל, יהיה דינה של הלכה שקבע בית־המשפט החוקתי בעניין תוכנה המהותי של חירות הביטוי, כחלק מהמונח "כבוד האדם" בחוק־יסוד: כבוד האדם, באשר לפסיקה סותרת של בית־המשפט העליון, שהוא הפורום המוסמך כיום לדון בפן "הלא חוקתי" של חירות הביטוי? הסכנה של תחרות סמכויות, אי־בהירות והלכות סותרות (דווקא של בתי־משפט גבוהים) טמונה בכל שיטה המקיימת את המודל (הראשון) של בית־משפט חוקתי,[122] אך עשויה להתקיים אצלנו בעוצמה ובשכיחות הגבוהה אף מהמקובל בשיטות כאלו.

בית־משפט לחוקה שיוקם בישראל כיום צפוי להיות בית־משפט שמעמדו חלש ובלתי־ברור. היקף סמכותם ועוצמתם של מוסדות־ביקורת תוקתיים תלויים בטבורם בניסוחו, במעמדו ובעוצמתו החברתית של הטקסט החוקתי עצמו. כאשר הטקסט החוקתי מוגבל, מחורר, חסר ובעל מעמד נורמטיבי בלתי־ברור, כמו במקרה של ישראל כיום, גם בית־המשפט שיפעל מכוח מנדט שיעניק לו טקסט כזה יסבול בהכרח מחולשות דומות. יוצא, שגם מנקודת־ראותם של תומכי המודל של בית־משפט לחוקה אין כל מקום להקדים ולכונן בית־משפט כזה קודם שהושלמו התהליכים המהותיים והמבניים האחרים המיועדים להיכלל בחוקת המדינה.

נוסף על הטיעונים שהובאו לעיל מן הראוי לסיים את הצגת עמדתי בעוד כמה טיעונים במישור הפוליטי־מעשי, המשלימים את התמונה. כידוע, כל רפורמה מערכתית כוללת מסוכנת, בין השאר משום שתוצאותיה אינן בהכרח ניתנות לצפייה מראש. כך הם הדברים אפילו לגבי רפורמות שכוונת יוזמיהן ידועה מראש ואחידה וגם כאשר ישנה הסכמה בין היזמים השונים לגבי תוכן השינויים הראויים בתפקודו של המוסד או המערכת נשוא הרפורמה; לא־כל־שכן כאשר הכוחות השונים הפועלים לביצוע הרפורמה פועלים ממניעים שונים ומנוגדים זה לזה.

אין ספק, כי חלק מההצעות לכינון בית־משפט לחוקה הן הצעות המועלות בתום־לב, משיקולים מקצועיים שנועדו לשפר את תפקוד המערכת הקיימת של בתי־המשפט או מתוך שאיפה כנה (אם גם – כפי שהסברתי – מוטעית) להרחיב את בסיס הלגיטימציה של המערכת הקיימת בעיני הציבור. אך דומה, שלא כל מי שקרא לאחרונה לרפורמה שבמסגרתה יוקם "בית־משפט לחוקה" הונע בהכרח משיקולים מסוג זה. אסור לשכוח כי כל רפורמה כזו, שתתנהל ותוכתב בהכרח בבית־המחוקקים שלנו, היא הזדמנות מצוינת מבחינת גורמים שונים, לרבות כאלו שהפגינו עד היום התנגדות עקיבה לעצם המוסד של

121. השוו ברק (לעיל, הערה 19), 423-435; אהרן ברק, "זכויות אדם מוגנות – ההיקף וההגבלות", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 253; ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית ואח', פ"ד מו (5) 189; בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי ואח' נ' בית־הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד מט (2) 485.

122. ראו לעיל, הערה 41.

nevo.co.il

ביקורת שיפוטית במשמעותה המקובלת כדמוקרטיות ליברליות – להתפטר אחת ולתמיד מה"מטרד" של הביקורת השיפוטית כפי שפותח על־ידי מערכת בתי־המשפט הרגילים במשך יובל שנות המדינה, או לפתוח להחליש את המוסד האמור בצורה ממשית. בהתחשב בעובדה שהליך יצירת הרפורמה יתנהל, כאמור בעיקרו בכנסת, שבה לכוחות האנטי־ליברליים בישראל ייצוג נכבד, ובהתחשב בעובדה שאין אצלנו מגבלות חוקתיות נוקשות ומושרשות היכולות למנוע מהלך כזה – קשה לראות מדוע, בשל התסרונות הניכרים של מוסד בית־המשפט הנפרד לחוקה, בכלל, כדאי לנו להסתכן?

nevo.co.il