

# ביקורת חוקתית

## התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל

כיצד התפתחה הביקורת החוקתית? אילו מודלים קיימים בעולם ומה המודל הראוי לישראל? באיזה הרכב ראוי לפסול חקיקה של הכנסת? האם ראוי לאמץ "פסקת התגברות"?

יניב רוזנאי

הקדמה: יובל שני | תגובה: מרדכי קרמניצר

מחקר  
מדיניות  
154



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

## **ביקורת חוקתית**

---

**התפתחות, דגמים והצעה לעיגון  
הביקורת השיפוטית בישראל**

יניב רוזנאי

מחקר מדיניות 154

הקדמה: יובל שני  
תגובה: מרדכי קרמניצר

מרץ 2021

Constitutional Review: Evolution, Models, and a Proposal for Anchoring Judicial Review in Israel  
Yaniv Roznai

עריכת הטקסט: קרן גליקליך  
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו תמר בר־דיין  
ביצוע גרפי: רונית גלעד, ירושלים  
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב: 978-965-519-330-5

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר) 2021  
נדפס בישראל, תשפ"א/2021

**המכון הישראלי לדמוקרטיה**  
רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602  
טל': 02-5300888  
אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

**להזמנת ספרים:**  
החנות המקוונת: [www.idi.org.il/books](http://www.idi.org.il/books)  
דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)  
טל': 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חנים, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

## המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפול שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפול חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

# תוכן העניינים

## הקדמה

יובל שני

7

## ביקורת חוקתית:

התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל

17

יניב רוזנאי

21

תקציר

27

מבוא

46

פרק 1. ביקורת חוקתית: התפתחות ודגמים

54

א. ביקורת שיפוטית חזקה ביזורית (הדגם האמריקאי)

56

ב. ביקורת שיפוטית חזקה ריכוזית: בית משפט חוקתי  
(הדגם הקונטיננטלי)

60

ג. ביקורת שיפוטית חלשה: עליונות של בית המחוקקים  
(הדגם הקנדי, הדגם הבריטי)

63

ד. היעדר ביקורת שיפוטית: ריבונות הפרלמנט

68

פרק 2. האם אפשר לוותר בישראל על ביקורת שיפוטית?

100

פרק 3. מה הדגם הראוי לישראל?

101

א. ביקורת שיפוטית במסגרת בית משפט לחוקה

102

ב. ביקורת חוקתית מקדמית בשלב החקיקה

107

ג. ביקורת שיפוטית חלשה והכרזת "אי-התאמה"

111

ד. ביקורת שיפוטית על ידי בית המשפט העליון

112	<b>פרק 4.</b> הדגם המוצע: ביקורת שיפוטית מצומצמת אך ממוסדת
112	א. מעבר מביקורת שיפוטית ביזורית לביקורת שיפוטית ריכוזית
128	ב. הרכב מורחב
130	ג. רוב מיוחד
147	ד. הכרזה שיפוטית על אי־התאמה חוקתית
150	ה. חיזוק מנגנוני הביקורת החוקתית הפרלמנטרית

154	<b>פרק 5.</b> פסקת ההתגברות
-----	-----------------------------

176	<b>פרק 6.</b> בחירת שופטים
-----	----------------------------

189	<b>פרק 7.</b> זכות עמידה ושפיטות
-----	----------------------------------

189	א. זכות העמידה
-----	----------------

202	ב. שפיטות
-----	-----------

212	<b>פרק 8.</b> סיכום והמלצות
-----	-----------------------------

#### **נספחים**

218	נספח 1. חוקים שנפסלו בבית המשפט העליון מאז 1995
-----	---

221	נספח 2. גודל קואליציה
-----	-----------------------

#### **האם רק בבית המשפט המיעוט יכריע?**

#### **תגובה**

223	מרדכי קרמניצר
-----	---------------

# הקדמה

יובל שני

פרופ' יובל שני הוא סגן נשיא למחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה, מופקד על הקתדרה למשפט בינלאומי פומבי ע"ש הרש לאוטרפכט באוניברסיטה העברית בירושלים ודיקן לשעבר של הפקולטה למשפטים. מומחה לבחי דין בינלאומיים, זכויות אדם, דיני מלחמה, משפט וסייבר והיבטים משפטיים של הסכסוך הישראלי-פלסטיני.





מחקר מדיניות זה עוסק בשאלה מרכזית לעתידה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, המחויבת לערכים של שלטון החוק, הפרדת רשויות והגנה על זכויות אדם: כיצד יש לעצב מחדש את יחסי הגומלין בין רשויות הממשל השונות בכלל, וכיצד יש להבנות את סמכותו של בית המשפט העליון להפעיל ביקורת חוקתית על חקיקה ראשית של הכנסת בפרט. מכיוון שהביקורת החוקתית קשורה לסוגיות בסיסיות של חלוקת הכוח הפוליטי וקביעת הסמכות לקבוע את גבולות הכוח לחוקק, חשיבותה העקרונית רבה והיא רלוונטית לכל דמוקרטיה. זאת ועוד, במדינות רבות שבהן השאלה בדבר גבולותיו של הכוח השלטוני והלגיטימיות של אופן ההפעלה שלו שנויה במחלוקת עזה, נושא הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים (להלן: ביקורת חוקתית) טעון מאוד מבחינה פוליטית. כמו בנושאים חוקתיים רבים אחרים, המקרה הישראלי מורכב במיוחד: לא רק שהמחלוקת הפוליטית בישראל מתמקדת יותר ויותר בהיקף הרצוי של הביקורת החוקתית (מהטעמים שיפורטו למטה), אלא שבהיעדר חוקה מקיפה אפילו התשובה לשאלה מה לגיטימי לפי כללי "המשחק החוקתי" המצוי אינה מוסכמת על הצדדים למחלוקת.

למתבונן מהצד קשה לעיתים להבין את עוצמת הוויכוח המתנהל בישראל סביב מעמדו של בית המשפט העליון ואת מרכזיותו בזירה הפוליטית. לכאורה, הביקורת החוקתית בישראל מוגבלת בהיקפה – שכן רק הוראות ספורות בחוקי היסוד הקיימים מאפשרות לפסול חוקים שסותרים אותם, ובפועל נראה שבית המשפט העליון משתמש בסמכות הפסילה בזהירות רבה (מאז 1995 נפסלו

20 חוקים – פחות מחוק אחד בשנה בממוצע).<sup>1</sup> יתר על כן, בשל ההיסטוריה החוקתית הייחודית של מדינת ישראל הכנסת פועלת הן כרשות מחוקקת והן כרשות מכוונת, וביכולתה לשנות בקלות יחסית את הוראות חוקי היסוד. מכאן שלפי המצב המשפטי הקיים בישראל, לכנסת – ולא לבית המשפט – המילה האחרונה בדבר תוכנו של המשפט החוקתי הישראלי.<sup>2</sup> ואכן, עד לפני פחות מעשור השאלה בדבר גבולות הביקורת החוקתית העסיקה רק קבוצה קטנה יחסית של אנשי ציבור ואינטלקטואלים,<sup>3</sup> ואילו רוב הפוליטיקאים נמנעו מלעסוק בנושא או לייחס לו חשיבות רבה.

מצב דברים זה השתנה מן הקצה אל הקצה בעשור השני של שנות האלפיים, וכיום המאבק בסמכות הביקורת השיפוטית בכלל ובביקורת החוקתית בפרט הוא "נושא דגל" בכמה מפלגות וממוקם גבוה בסדרי העדיפויות של פוליטיקאים בכירים. גם השיח הציבורי בנושא התלהט מאוד, והטענות נגד כוחו העודף של בית המשפט ונגד ההטיה הפוליטית שלו כביכול תופסות מקום נכבד בסדר יומה של התקשורת המסורתית. טענות אלה מקבלות גם חשיפה רבה ברשתות החברתיות, ויש להניח כי הן קשורות לירידה המסוימת באמון הציבור בבית המשפט העליון (לפי מדד הדמוקרטיה הישראלית של המכון הישראלי לדמוקרטיה לשנת 2019, 55% מהציבור רוחשים אמון לבית המשפט העליון, בהשוואה ל-69% שרחשו לו אמון בשנת 2011).<sup>4</sup>

1 לסקירה השוואתית כמותנית של פרקטיקות הפעלה של ביקורת חוקתית ראו Guy Lurie & Yuval Shany, *Invalidations of Laws in Israel in a Comparative Perspective*, 49 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 261 (2019)

2 חריג אפשרי לתפיסה זו היא האפשרות התאורטית ששיטת המשפט בישראל תאמץ את רעיון התיקון החוקתי הלא-חוקתי, המאפשר לפסול חוקי יסוד שמנוגדים לערכי יסוד של השיטה המשפטית בישראל. לדיון ברעיון התיקון החוקתי הלא-חוקתי ראו, Yaniv Roznai, *UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWER* (Oxford University Press, 2017)

3 ראו למשל רות גביזון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי – בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** (ידיעות אחרונות – ספרי חמד, 2000); המכון הישראלי לדמוקרטיה "דגמים של ביקורת שיפוטית" (כנס, 1.11.2001).

4 תמר הרמן, אור ענבי, וויליאם קביסון ואלה הלר **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2019** 49–50 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019). עם זאת יש לציין כי בשנים 2009–2010 היו שיעורי האמון בבית המשפט העליון דומים לשיעורים הנוכחיים.

מהם ההסברים לעניין הפוליטי והציבורי הגובר והולך בביקורת החוקתית? קשה לקבל את ההשערה כי מדובר בתגובה לנטיות אקטיביסטיות גדלות והולכות של בית המשפט, שכן המומחים העוקבים אחר התנהלותו מסכימים שבעשור האחרון נעשה בית המשפט העליון שמרני וזהיר יותר בהפעלת סמכויותיו בהשוואה לתקופה שקדמה לכך.<sup>5</sup> מגמה זו קשורה כנראה לעובדה שבשנים האחרונות מונו לבית המשפט שופטים שרובם אינם מזוהים עם אקטיביזם שיפוטי, והיא באה לידי ביטוי בין היתר בפרקטיקות ובדוקטרינות חדשות שהביאו לידי צמצום היקפה של הביקורת החוקתית, כמו למשל השעיית החלטות שיפוטיות על בטלות חוקים או "עילת הבטלות", המאפשרת לבית המשפט לבחון את חוקתיותה של חקיקה על בסיס האופן שבו היא מיושמת לאורך זמן.<sup>6</sup> ההחלטה פה אחד שהחליט הרכב של 11 שופטים שלא להתערב בהסכם הקואליציוני המאפשר את כהונתו של נתניהו כראש ממשלה אף שיש נגדו כתב אישום בעברות חמורות, מצביעה אף היא לכאורה על הריסון העצמי המאפיין את החלטותיו של בית המשפט הנוכחי.<sup>7</sup>

נראה אפוא כי הכוח המניע את הביקורת על הביקורת החוקתית במתכונתה הנוכחית הוא התובנה שבמציאות הפוליטית בישראל הבחירות לכנסת מובילות בעקביות לממשלות שמבוססות על מפלגות ימין, שמשתפות פעולה עם מפלגות חרדיות ו/או מפלגות מרכז. בנסיבות אלה הביקורת החוקתית, שמטבעה מגבילה את כוחו של הרוב להעביר הסדרים חוקתיים שהוא חפץ בהם, נראית בעיני חלק מהציבור כהגבלה עקבית על כוחו של הימין הפוליטי לממש את מדיניותו (למשל בנושא זכויות הקרקע באזור יהודה ושומרון), וכן על יכולתו לשמר את יציבות שלטונו באמצעות חקיקה בנושאים חשובים לשותפיו

5 ראו למשל אהרן גרבר "מינוי שופטי העליון: צעד ראשון בדרך לאיזון" מידה 27.2.2018; ביני אשכנזי, "האם איילת שקד הצליחה לעשות מהפכה בבית המשפט העליון", *TheMarker*, 10.2.2019.

6 ראו למשל סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו־שיח בכלים מוסדיים" **משפטים על אתר** יב 99 (תשע"ט).

7 בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פסק דין מיום 6.5.2020).

הקואליציוניים (למשל בנושא פטור מגיוס לצה"ל של בני ישיבות).<sup>8</sup> לפי תפיסה זו בית המשפט מייצג – לפחות בהשוואה לרוב בכנסת – "מבצר ליברלי" שניצב בדרכה של הממשלה, ויש להחליש את כוחו כדי לאפשר לה לקדם ביעילות את מדיניותה.

על רקע הניסיונות החוזרים ונשנים של חברי כנסת לקדם חקיקה של פסקת התגברות שתצמצם את כוחו של בית המשפט העליון להפעיל ביקורת חוקתית על חקיקת הכנסת, סברנו במכון כי יש מקום לבחון את האפשרות לקדם תפיסה חלופית שתנסה להסדיר את יחסי הכוחות בין רשויות השלטון באופן שישמור הן על עקרונות דמוקרטיים בסיסיים ובייחוד על סמכותו של בית המשפט העליון לומר את המילה האחרונה בכל הנוגע לפרשנות החוק בישראל, והן על סמכותה של הכנסת לקבוע את לשון החוק. מאמץ זה מבוסס על ההנחה כי בשל המחלוקת הממושכת והמחריפה בין הרשויות נוצר מצב משברי שפוגע באמון הציבור בדמוקרטיה ומקשה על תפקודן של הרשויות. בנסיבות אלה הסדר מוסכם עדיף על המשך המאבק ביניהן.

בעבר כבר ניסה המכון לקדם תפיסה הוליסטית של יחסי הגומלין בין הרשויות במסגרת עבודתה של המועצה הציבורית בראשותו של הנשיא לשעבר של בית המשפט העליון מאיר שמגר ז"ל, שפעלה במכון בשנים 2005-2000. הצעת החוקה שגיבשה המועצה – חוקה בהסכמה – כוללת גם חלקים שעוסקים בביקורת חוקתית.<sup>9</sup> הצעה זו השפיעה על מאמציה של הכנסת ה-17 (2006-2009) לקדם את השלמת החוקה, מאמצים שכידוע לא הבשילו לכדי מהלך פוליטי משמעותי.

השאלה הניצבת לפנינו כיום היא זו: בהנחה שהסיכוי להעביר חוקה מלאה בעתיד הנראה לעין נותר נמוך, האם יש מקום לגזור מההצעה של **חוקה בהסכמה** את ההסדרים בנושא ביקורת חוקתית בהינתן: (א) במסמך החוקה

8 ראו למשל נתי יפת "בסוף, בית המשפט העליון הלך עם הימין בכל המהפכות המרכזיות שלו" **זמן ישראל** 23.5.2019. חובנה זו באה לידי ביטוי בולט למשל בספרו של ארז תדמור **מדוע אתה מצביע ימין ומקבל שמאל** (סלע-מאיר, 2017).

9 מאיר שמגר **חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005).

המלא יש זיקה בין ההסדרים בנושא ביקורת חוקתית ובין ההסדרים האחרים (למשל היקף ההגנה על זכויות יסוד); (ב) השינויים שחלו בפרקטיקה המשפטית של בית המשפט העליון בתחום הביקורת החוקתית מאז 2005; (ג) המציאות הפוליטית הנוכחית, שבה חברי כנסת רבים אינם רואים בעין יפה את סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת חוקתית ופועלים לצמצם אותה; (ד) השחיקה המתמשכת באמון הציבור במוסדות השלטון, לרבות בית המשפט העליון.

לשם כך הזמין המכון את פרופ' יניב רזנאי, מומחה בולט למשפט חוקתי השוואתי וישראלי מהמרכז הבינתחומי בהרצליה, להציע אמות מידה להסדרת יחסי הגומלין ליחסים בין הרשויות על בסיס ההצעות שגובשו במסמך **חוקה בהסכמה** ובשינויים המחויבים מחלוף הזמן והנסיבות. מחקרו של רזנאי, שהוא עיקרו של פרסום זה, הוא התוצאה של אותו תהליך בחינה מחדש. יודגש כי אף שהמחקר התבצע בהיוועצות נרחבת עם חוקרי המכון, ממצאיו אינם מייצגים בהכרח עמדה "רשמית" של המכון הישראלי לדמוקרטיה בנושא הביקורת החוקתית (ולראיה, פרסום זה כולל גם חיבור של פרופ' מרדכי קרמניצר, עמית בכיר במכון, שמגיב על ההצעה ומסתייג מהיבטים מסוימים בה). עם זה אני משוכנע כי המחקר צפוי לסייע מאוד למכון ולחוקריו, וכן למחוקקים עצמם, לגבש בעתיד הצעות ספציפיות בנושא הביקורת החוקתית ולהעשיר את השיח החוקתי – האקדמי והמעשי – בישראל.

מחקרו של רזנאי מבוסס על התובנה, המצויה גם במסמך **חוקה בהסכמה**, שחוקי היסוד בישראל מייצגים מסגרת חוקתית חלשה, ודאי בפרספקטיבה השוואתית. הם מגינים על מעט מדי זכויות וניתנים לשינוי בקלות רבה. בהקשר זה הוא ממליץ להקשות במידה ניכרת על האפשרות לשנות את חוקי היסוד (הוא מציע כלל ולפיו, בכפוף לחריגים מסוימים, חקיקה או תיקון של חוקי יסוד ייעשה ברוב של 80 חברי כנסת). עם זאת מוקד המחקר אינו דרך החקיקה של חוקי היסוד, אלא האופן שבו בתי המשפט אוכפים אותם. בהקשר זה ממליץ רזנאי כמה המלצות שמבוססות על ניתוח של הדין המשווה, הפרקטיקה הנוהגת בישראל והתאוריות העיקריות בספרות על הביקורת החוקתית: ראשית, את הביקורת החוקתית הוא מציע לרכז בערכאה אחת – בית המשפט העליון, ואת הדיון בחוקי היסוד לקיים שם לפני הרכב מורחב. שנית, כדי לחזק את הלגיטימציה של ההכרעה ולבטא את הרעיון של הנסגת הביקורת השיפוטית (judicial deference) בפני המחוקק, הוא מציע להתנות את פסלות החוק ברוב מיוחס של

שני שלישים מהרכב השופטים. במקרה שבו התגבש בבית המשפט רק רוב רגיל הסבור כי החוק אינו חוקתי, מוצע שהחוק יחזור למחוקק עם הכרזה שיפוטית בדבר איי-חוקתיות, ללא הכרזה אופרטיבית על בטלותו. בנסיבות כאלה, סבור רזנאי, אין מקום לפסקת התגברות, להגבלות אחרות על סמכויות בית המשפט או על זכות הגישה אליו, או לשינויים בהליך של מינוי השופטים. הוא גם מציע כי אם יוחלט בכל זאת לאמץ פסקת התגברות, יהיה מקום להתנותה ברוב גדול מאוד בכנסת (של 80 חברי כנסת) ובתנאים נוקשים הנוגעים למשך ההתגברות והאפשרות לחדשה מעת לעת.

פרסום זה כולל כאמור גם חיבור פרי עטו של פרופ' קרמניצר, הדן בהצעותיו של רזנאי. קרמניצר מקבל חלק גדול מהצעותיו של רזנאי, אבל מסתייג מאוד מאחת מהעיקריות שבהן – ההצעה לדרוש רוב מיוחד בבית המשפט העליון. לדעתו מדובר בהצעה שתדלל יתר על המידה את ההגנה החוקתית הנהוגה בישראל ותיצור תמריץ ליצירת "גוש חוסם" בבית המשפט העליון של שופטים שמתנגדים לאקטיביזם בנושאים חוקתיים. במקום זאת הוא מציע למסד את הפרקטיקה הנהוגת של החזרת חוקים לא חוקתיים לכנסת באמצעות כלל שמאפשר לבית המשפט להשהות את תוקף ההחלטה לבטל חוקים ולאפשר לכנסת לתקן את החוק הלא חוקתי בזמן קצוב.

יש לציין כי שני החוקרים מסכימים כי יש מקום להדק את המסגרת לביקורת חוקתית וכן לנקוט צעדים שהולכים אף מעבר לאלה שהוצעו במסמך **חוקה בהסכמה** במטרה לקדם דיאלוג מכבד בין הרשויות ולחזק את האמון בבית המשפט. חשובה במיוחד העובדה כי אליבא דשניהם אין מקום לקדם פסקת התגברות. אכן, פסקת התגברות אינה מתיישבת עם אחד הרעיונות הבסיסיים ביותר של חוקה: הגבלת כוחו של הרוב הפוליטי בפרלמנט לפגוע בזכויות הפרט. את הפערים בין הרשויות בתפיסת היקף ההגנה שראוי שהמשפט החוקתי ייתן לזכויות הפרט יש לפתור באמצעות דיאלוג ביניהן ובמידת מה גם באמצעות ההליכים למינוי השופטים (שבמסגרתם אפשר גם לשקול שיקולים הנוגעים לתפיסת עולמם המשפטית של המועמדים לשפיטה). במקרים קיצוניים אפשר לתקן את חוקי היסוד עצמם (כאמור, לפי רזנאי, ברוב גדול). אבל מצב שבו הרוב בכנסת כפוף לכאורה למגבלות חוקתיות אבל למעשה יכול להתנער מהן באמצעות פסקת התגברות יוצר מראית עין של הגנה חוקתית שאינה מגובה

בהגנה בפועל. ממצג שהוא כזה של ביקורת חוקתית להלכה אך לא למעשה יש להימנע.

לסיום אני מבקש להודות לפרופ' רזנאי על המאמץ הגדול, הסבלנות הרבה והמחקר המצוין שכתב. אני מודה גם לפרופ' קרמניצר על התגובה המעניינת והמשכנעת. תודות גם לעו"ד נדיב מרדכי על הסיוע הרב בעבודה על המאמרים, לחוקרי התוכנית לערכים ולמוסדות דמוקרטיים – ד"ר עמיר פוקס וד"ר גיא לוריא – על הערותיהם הטובות ולצוות ההוצאה לאור של המכון הישראלי לדמוקרטיה.

קריאה מהנה.

פרופ' יובל שני  
מרץ 2021





## ביקורת חוקתית

התפתחות, דגמים והצעה לעיגון  
הביקורת השיפוטית בישראל

יניב רוזנאי



מעטים הם המוסדות החושפים בבירור את הלך הרוח של זמננו כמו ביקורת שיפוטית של חקיקה. ניתוח השוואתי של ביקורת שיפוטית [...] מספר לנו הרבה על התגובות הפסיכולוגיות שלנו לרודנויות של תקופתנו.

Mauro Cappelletti, *Judicial Review in Comparative Perspective*, 58 CALIFORNIA LAW REVIEW 1017 (1970)



## ת ק צ י ר

מאז חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם בתחילת שנות התשעים (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק) ופסק הדין בעניין **בנק המזרחי** משנת 1995 – שקבע את עליונותם הנורמטיבית של חוקי היסוד ואת סמכותו של בית המשפט לבטל חקיקה רגילה שסותרת אותם (מהלך המוכר בשם "המהפכה החוקתית") – נעשתה השאלה בדבר מעמדם החוקתי של חוקי היסוד ואכיפתם בבית המשפט באמצעות ביקורת שיפוטית שאלה מרכזית במשפט הישראלי, המצויה במוקד דיון ציבורי ופוליטי סוער.

לצד היכולת לפסול חקיקה של הכנסת, מהלכים שונים, שאחדים מהם כבר החלו לפני המהפכה החוקתית, הקנו לבית המשפט תפקיד מרכזי בעניינים חוקתיים והפכו אותו לשחקן חשוב בהחלטות מדיניות ופוליטיות. כך למשל, בית המשפט העליון הרחיב את זכות העמידה לפניו גם לעותרים ציבוריים בעניינים בעלי אופי ציבורי שנוגעים לקידום שלטון החוק ולאכיפת עקרונות חוקתיים. בית המשפט גם צמצם במידה ניכרת את דוקטרינת אי־השפיטות של שאלות פוליטיות והרחיב את מרחב הביקורת השיפוטית על ידי יצירת "עילת סבירות", שמאפשרת לבחון כל מעשה מינהלי. אלו יחד הגדילו את המעורבות המשפטית בפוליטיקה. ולבסוף, בית המשפט הקנה לחוקי היסוד של 1992 – ובמיוחד לזכות האדם לכבוד – פרשנות רחבה שמאפשרת לו לבחון את חוקתיותם של חוקים הפוגעים גם בזכויות שאינן מנויות במפורש בחוקי היסוד כחופש

הביטוי והזכות לשוויון. כל אלו הביאו לידי הגדלה של הכוח השיפוטי ביחס לרשויות הפוליטיות.

הרשויות הפוליטיות, ובראשן הכנסת והממשלה, הפנימו את המהפכה החוקתית. הן מכירות במגבלות הכוח של החקיקה והביצוע שלהן ובסמכותן של בית המשפט לפסול חקיקה. בהתאם הן בוחנות בשלבי החקיקה השונים אם חקיקה מוצעת עולה בקנה אחד עם הוראות חוקי היסוד. גם מערכת המשפט הפנימה את המהפכה החוקתית. בית המשפט בוחן את חוקתיותם של חוקים, ואם אלה אינם תואמים את חוקי היסוד – הם יכולים להיפסל. ככלל, ובניגוד לדימוי הציבורי, בכל הנוגע לפסילת חקיקה במשך השנים נהג בית המשפט העליון בריסון הן באופן מוחלט, והן ביחס לבתי משפט עליונים או חוקתיים רבים אחרים בעולם.

ואולם מאז ה"מהפכה החוקתית", וביתר שאת בשנים האחרונות, נעשו מקומו ומעמדו של בית המשפט העליון שנויים במחלוקת. ככל שבית המשפט היה פעיל יותר בעניינים פוליטיים, או נתפס כפעיל יותר, כך התחזקה ההתנגדות אליו. בשל סיבות שונות ומגוונות התמיכה הציבורית בבית המשפט – שבהשוואה לתמיכה ברשויות הפוליטיות עודנה גבוהה יחסית – ירדה בהדרגה משיאי התמיכה, שממנה נהנה לפני המהפכה החוקתית. במשך השנים הציעו פוליטיקאים, ועודם מציעים, הצעות חוק שונות ורבות שמטרתן לרסן את סמכויותיו של בית המשפט העליון. בין היתר הוצע לבטל את סמכויותיו של בית המשפט לפסול חקיקה, להקים בית משפט חוקתי מיוחד, להגביל את עילות הביקורת החוקתית, לשנות את אופן הבחירה של שופטי בית המשפט העליון ולחוקק פסקת התגברות שתאפשר לכנסת "להתגבר" על החלטות של בית המשפט בעניין אי-חוקתיות. הצעות אלה ואחרות הן ביטוי לתנועת נגד למהפכה החוקתית, המבקשת לשנות את דגם הביקורת החוקתית מדגם שבו לבית המשפט יש "המילה האחרונה" בדבר חוקתיותם של חוקים לדגם חלש יותר, שבו המילה האחרונה היא של המחוקק.

על אף הצעות החוק הרבות ולמרות הקלות היחסית שבה ניתן לשנות את חוק היסוד, עד היום שינוי חוקתי שכזה לא התרחש. ואולם על רקע תנאים חברתיים ומוסדיים שונים, הסדר החוקתי – ועימו השמירה על זכויות אדם – מצוי כיום בשחיקה מסוכנת. בחברה הישראלית קיימים שסעים חברתיים עמוקים

ומחלוקות פוליטיות קשות; וכמו במדינות רבות בעולם את האקלים הפוליטי מניעה תפיסה פופוליסטית, שמבקשת להסיר מגבלות מעל הכוח השלטוני ועוינת במיוחד בתי משפט חוקתיים, האמונים על הגנת הסדר החוקתי, ומוסדות מקצועיים ועצמאים נוספים. רטוריקה זו, שעוינת את בית המשפט, נהפכה לנחלת רבים. בהינתן המבנה החוקתי העדין בישראל – שאינו בנוי על מערכת נוקשה של הפרדת רשויות ואיזונים ובלמים – ישווי המשקל השברירי עלול להיות מופר.

מחקר זה מתמקד בסוגיית הביקורת החוקתית בהינתן שמקומו של בית המשפט בחברה הישראלית נתון בדיון ציבורי ער ומתמשך, ועל רקע ההצעות שהוגשו בשנים האחרונות לשנות את סמכויותיו ואת הרכבו. המחקר מבוסס על בחינה תאורטית והשוואתית של סוגיית הביקורת החוקתית וכולל סקירה של התפתחות הביקורת החוקתית בעולם וכן ניתוח של הדגמים העיקריים של ביקורת חוקתית: ביקורת שיפוטית חזקה בדגם הביזורי האמריקאי, ביקורת שיפוטית חזקה בדגם הריכוזי-קונטיננטלי של בית משפט לחוקה, ביקורת שיפוטית חלשה בדגם הבריטי והקנדי, והיעדר ביקורת חוקתית בדגם הניו זילנדי או ההולנדי. עוד נבחנות ההצדקות שבבסיס מנגנון הביקורת החוקתית והחלופות לו. בהתבסס על אחת התאוריות העכשוויות החשובות ביותר המתנגדות לביקורת שיפוטית – זו של פרופ' ג'רמי וולדרון – המחקר מציג מדוע ישראל, בתנאים השוררים בה היום, היא דוגמה למקרה שבו ההתנגדות לביקורת שיפוטית חלשה, ומציע לעגן מפורשות בחוק יסוד את סמכות בית המשפט לקיים ביקורת כאמור.

ואולם מהו הדגם הראוי? המחקר מניח כי הסדרים של ביקורת חוקתית במשטר מסוים הם חלק ממערכת מורכבת שדורשת איזונים והתאמות מוסדיות, וכי אלה תלויים בהקשר חברתי, היסטורי ופוליטי ספציפי. במילים אחרות, אין פתרון או עיצוב אחיד לכל החוקות, ולכל סדר חוקתי יש לעצב ביקורת חוקתית שמתאמת למאפייניו הייחודיים.

דגם הביקורת החוקתית המוצע כאן מבוסס על ההמלצות האלה:

### **1. לעגן מפורשות את הביקורת החוקתית בחוק יסוד**

חלק מן ההתנגדות למהפכה החוקתית מקורו בעובדה שחוקי היסוד אינם קובעים הוראה מפורשת המסמיכה את בית המשפט לפסול חקיקה שסותרת את הוראות חוקי היסוד. סמכות זו נובעת מחוקי היסוד רק במשתמע. עצם המחלוקת סביב שאלת סמכות הביקורת החוקתית פוגעת בלגיטימיות של בית המשפט. היות שזה המצב המצוי – וכפי שמורחב במחקר, גם הרצוי – יש לעגן מפורשות את סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת חוקתית.

### **2. לעבור מביקורת שיפוטית ביזורית לריכוזית, שבה רק בית המשפט העליון אוחד בסמכות לבטל חקיקה**

כיום לכל בית משפט הסמכות לביקורת חוקתית. ביקורת חוקתית דורשת שיקול דעת שיפוטי ברמה הגבוהה ביותר. לנוכח מורכבות הבחינה החוקתית וההשלכות של פסילת חקיקה של הכנסת או אי־הפעלתה במקרה משפטי נדון, מוצע לייחד סמכות זו רק לבית המשפט העליון.

### **3. לקבוע כי ביטול חקיקה ייעשה רק בהרכב מורחב (של 9 שופטים לפחות) וברוב מיוחד של שני שלישים משופטי ההרכב**

כיום אין דרישה להרכב מורחב לשם ביטול חקיקה של הכנסת, וגם רוב רגיל של שופטי ההרכב יכול להכריז על בטלות. מוצע לקבוע כי הכרזה על בטלות חקיקה של הכנסת שאינה חוקתית תדרוש החלטה בהרכב מורחב של שופטי בית המשפט העליון – 9 שופטים לפחות. הרכב מורחב זה ישקף את החשיבות שבית המשפט מקנה לעשייה השיפוטית בהכרעות חוקתיות חשובות. כמו כן, לשם ביטול חוק יידרש רוב מיוחד של שני שלישים משופטי ההרכב (למשל 6 מתוך 9). דרישה זו להרכב מורחב ולרוב מיוחד תהיה בבחינת הפנמה מוסדית של הנסגת שיקול הדעת השיפוטי והיענות לשיקול הדעת של השחקנים הפוליטיים במקרים חוקתיים שנויים במחלוקת.



#### 4. להוסיף סעד של הכרזת "אי־התאמה חוקתית" ברוב רגיל

כיום, כאמור, רוב רגיל יכול לבטל חקיקה ראשית של הכנסת. מוצע לקבוע כי רוב דחוק על חודו של קול בקרב שופטי בית המשפט העליון לא יספיק לביטול חקיקה ויגרור הכרזה שיפוטית בדבר אי־התאמתו של החוק לחוקי היסוד. בעקבות הכרזה זו יחזור החוק לבחינה מחודשת בכנסת. הצעה זו מרסנת מבחינה מוסדית את בית המשפט ובד בבד מחזקת את האחריותות של המחוקק בנוגע לזכויות יסוד. בהתאמה, מוצע לחזק את מנגוני הביקורת החוקתית הפרלמנטרית.

כחלופה להצעה זו אפשר לקבוע כי אם רוב שופטי ההרכב, אבל לא רוב מיוחד, תומכים בביטול החוק, ברירת המחלל תהא השעיה ארוכה של מועד הכניסה לתוקף של הכרזת הבטלות והחזרת החוק למחוקק לבחינה מחודשת של ההסדר החוקי.

#### 5. לא לאמץ מנגנון של "התגברות"

לנוכח ההצעה לחייב רוב מיוחד לפסילת חקיקה שאינה חוקתית, מוצע לדחות הצעות חלופיות בדמות אימוץ של פסקת התגברות, המאפשרת לרוב חברי הכנסת לחוקק חוק שפוגע בזכויות חוקתיות מוגנות באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוקי היסוד. עם זאת, אם ייבחר הדגם של פסקת התגברות, ראוי שיהיה זה דגם חלופי לדגם המוצע כאן, שיעוצב כך שהרוב הנדרש לחקיקת חוק חורג שאינו תואם את חוקי היסוד יהיה רוב של שני שלישים מחברי הכנסת, המבטיח הסכמה רחבה ומצמצם את הסכנה לזכויות מיעוט.

#### 6. לשמר את אופן בחירת השופטים אך לעגן מפורשות ייצוג של האופוזיציה

מוצע שלא לשנות את דרך הבחירה של שופטי בית המשפט העליון. בהינתן שבית המשפט העליון עוסק לא רק בעתירות חוקתיות, אלא לרוב בסכסוכים משפטיים מקצועיים בתחומי המשפט האזרחי והפלילי, יש חשיבות יתרה לשיקול המקצועיות במינוי שופטים. השיטה הנוכחית לבחירת שופטים מאזנת היטב בין צורכי ייצוג למקצועיות. עם זה מוצע לעגן בחקיקה את הנוהג שלפיו אחד מנציגי חברי הכנסת בוועדה הוא מהאופוזיציה, וכן את הדרך שבה האופוזיציה בוחרת

נציג זה. עיגון זה יבטא את תפקידה של האופוזיציה במשטר החוקתי, יקדם את הגיון השיפוטי ויחזק את עצמאותה של הרשות השופטת.

**7. לא לצמצם את זכות העמידה ולא לקבוע אי־שפיטות חוקתית בתחומים שנויים במחלוקת**

לאור תפקידה החשוב של זכות העמידה הרחבה בבית המשפט בהגנה על עקרונות חוקתיים, על זכויות אדם ועל שלטון החוק, מוצע שלא להגבילה בחקיקה. כמו כן, לנוכח הצמצום המוצע של סמכות ההתערבות של בית המשפט בחקיקה ובהינתן חשיבותה של יכולת ההגנה השיפוטית על זכויות אדם, אין מקום לקבוע שתחומים שנויים במחלוקת, למשל דת ומדינה, לא יהיו שפיטים כלל.

**8. לקבוע כי ההסדר החוקתי ייבחן כעבור תקופת ניסיון**

מוצע לקבוע כי ההסדר המוצע לביקורת חוקתית יעמוד לבחינה של ועדה מקצועית בתום תקופת ניסיון של עשר שנים, שתבחן כיצד מנגנון הביקורת החוקתית פועל והאם יש לעשות בו שינויים, ואם כן – אילו.

העקרונות המובאים כאן הם כמובן הצעות לדיון, הפתוחות לשינויים. עם זאת מדובר במארג של שינויים הקשורים זה בזה באופן שלדעתי יוצר איזון ראוי לביקורת חוקתית בישראל, ועל כן יש לדון בהם כמכלול אחד בלבד. דגם הביקורת החוקתית המוצע מבקש לקדם את הדיאלוג בין הרשויות ולאזן בין יכולתו של בית המשפט להגן באופן מיטבי ועצמאי על זכויות אדם מוגנות, ובה בעת לשפר את ההיענות לשיקול דעתן של הרשויות הפוליטיות. זו הצעה לדגם של ביקורת שיפוטית חזקה אך מרוסנת, שבו דיאלוג חוקתי ועליונות שיפוטית חיים בצוותא.

מחקר זה מתמקד בביקורת שיפוטית-חוקתית (להלן "ביקורת חוקתית" או "ביקורת שיפוטית"). ביקורת שיפוטית-חוקתית היא בחינה של ערכאה שיפוטית האם חקיקה ראשית או הוראה מהוראותיה עולה בקנה אחד עם נורמה חוקתית עליונה. אם קיימת סתירה בין החקיקה ובין הנורמה החוקתית העליונה, תקבע הערכאה השיפוטית כי היא אינה חוקתית.<sup>1</sup> מחקר זה מתמקד אפוא בביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, ולא על חוקי יסוד, על חקיקת משנה או על החלטות המינהל.<sup>2</sup>

מסיום מלחמת העולם השנייה חווה העולם גל של חוקתיות דמוקרטית שבא לידי ביטוי בין השאר באימוץ חוקות מודרניות עם מגילות זכויות אדם נרחבות ובתי משפט שמוסמכים להפעיל ביקורת חוקתית כדי להגן על החוקה מפני חקיקה שעשויה לסתור את מה שקבוע בה ושעליו היא מגינה. אימוץ חוקה וביקורת שיפוטית-חוקתית נהפכו מאז לתופעה כמעט אוניברסלית.

מאז הקמתה כדמוקרטיה פרלמנטרית – בניגוד למדינות רבות אחרות ואף בניגוד לכוונה המקורית – ישראל לא כוננה חוקה מלאה. במקום זאת החליטה הכנסת

1 תפיסה זו נובעת בין היתר מראיית מערכת המשפט כמערכת נורמטיבית היררכית, שבה החוקף של כל נורמה נמדד בהסמכתה מכוח נורמות גבוהות יותר והמידה שבה הנורמה התחתונה עולה בקנה אחד עם הנורמה שמעליה. על פירמידת נורמות זו, שדוברה המרכזי הוא פרופ' הנס קלזן, ראו HANS Kelsen, *GENERAL THEORY OF LAW AND STATE* (Cambridge University Press, 1945); HANS Kelsen, *PURE THEORY OF LAW* (trs. from 2<sup>nd</sup> German ed. by Max Knight, University of California Press, 1967). תפיסתו של קלזן השפיעה רבות על "אבות" חוקרי המשפט הציבורי הישראלי, ראו למשל בנימין אקצין *חורת המשטרים* פרק 17 (מהדורה שנייה, תשכ"ח); בנימין אקצין "לזכרו של מורה דגול" *משפטים* ה 5 (תשל"ג-תשל"ד); יצחק ה' קלינגהופר "האנס קלזן: חייו ומשנתו בקצירת האומר" *משפטים* ז 229 (תשל"ו-תשל"ז). כיום רוב החוקות קובעות בפירוש את עליונותן ועדיפותן על פני חוקים רגילים. ראו בנימין אקצין "חוקי-יסוד וחוקים משוריינים בישראל" *פרקליט* יז 230, 235-236 (1961).

2 אף שגם נושאים אלו קשורים למערכת היחסים בין הרשויות ולסמכויות של בית המשפט אל מול הרשויות הפוליטיות, כל נושא כזה מעורר סוגיות ואתגרים תאורטיים ומעשיים אחרים, ולכן ראוי לבחינה ממוקדת נפרדת. לדיון נרחב בביקורת שיפוטית על נורמות חוקתיות ראו: KEMAL GÖZLER, *JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: A COMPARATIVE STUDY* (Ekin Press, 2008); YANIV ROZNAI, *UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS* (Oxford University Press, 2017)

על כינון חוקה בשלבים באמצעות חקיקת "חוקי יסוד" שיהפכו בשלב מסוים לחוקה מלאה.<sup>3</sup> בשנת 1992 חוקקה הכנסת שני חוקי יסוד בדבר זכויות האדם – חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי יסוד: חופש העיסוק – הקובעים מגבלות על סמכות החקיקה של הכנסת לשם כיבוד זכויות יסוד של האדם.<sup>4</sup> בשנת 1995, בפסק הדין המפורסם בעניין **בנק המזרחי**,<sup>5</sup> קבע בית המשפט העליון כי חוקי היסוד שנחקקו מכוח סמכותה המכוננת של הכנסת, הם בעלי מעמד חוקתי, ולכן מצויים ברמה נורמטיבית עליונה ביחס לחקיקה רגילה של הכנסת. לפיכך גם קבע בית המשפט כי חקיקה רגילה אינה יכולה לסתור את חוקי היסוד שלא בהתאם לקבוע בהם, וכי בסמכותו לפסול חקיקה שאינה עולה בקנה אחד עם חוקי היסוד.<sup>6</sup> זה, באופן סכמתי, המהלך הנודע כ"מהפכה החוקתית".<sup>7</sup> מהלך

3 זו "החלטת הררי" המפורסמת משנת 1950. ראו אריאל נתן "החלטת הררי: על החמצה ופשרה", **מיזם שורשים במשפט** (משרד המשפטים, 2019). על הליך כינון חוקה באופן אינקרמנטלי בישראל ראו HANNA LERNER, MAKING CONSTITUTIONS IN DEEPLY DIVIDED SOCIETIES 51-75 (Cambridge University Press, 2011); Adam Shinar, *Accidental Constitutionalism: The Political Foundations and Implications of Israeli Constitution-Making*, in THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS 207-214 (Dennis Galligan & Mila Versteeg eds., 2013). לסיפור החוקתיות הישראלית בהשוואה לזו האמריקאית ראו GARY J. JACOBSON, APPLE OF GOLD: CONSTITUTIONALISM IN ISRAEL AND THE UNITED STATES (Princeton University Press, 1993)

4 אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א 9 (תשנ"ב); David Kretzmer, *The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law*, 26 ISRAEL LAW REVIEW 238 (1992); Aharon Barak, *A Constitutional Revolution: Israel's Basic Laws*, 4 CONSTITUTIONAL FORUM 83, 84 (1993)

5 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיהופי**, פ"ד (ט) 221 (1995).

6 ראו Suzie Navot, *Mizrahi Bank Case (Isr)*, MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (February 2016)

7 על המהפכה החוקתית והשלכותיה יש כתיבה עזומה. ראו למשל יוסף אדרעי "מהפכה חוקתית – האומנם?" **משפט וממשל** ג 453 (תשנ"ה-תשנ"ו); אור בסוק "עשור ל'מהפכה החוקתית': בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית השוואתית" **משפט וממשל** ו 451 (תשס"א-תשס"ב); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3 (תשס"ד); הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **משפט ועסקים** א 59 (תשס"ד); גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך

זה מסמל את המעבר מדמוקרטיה פרלמנטרית שמבוססת על העיקרון של "ריבונות הפרלמנט", לדמוקרטיה חוקתית שבה כוחו של המחוקק מוגבל מכוח הוראות חוקתיות שאוכף בית המשפט.

מאז המהפכה החוקתית נעשתה השאלה בדבר מעמדם החוקתי של חוקי היסוד ואכיפתם בבית המשפט באמצעות ביקורת שיפוטית שאלה מרכזית במשפט הישראלי, המצויה במוקד דיון ציבורי ופוליטי.<sup>8</sup>

הביקורת נגד חוקי היסוד ואכיפתם בבית המשפט נסבה בדרך כלל סביב שני צירים: ציר הליכי וציר מהותי. בבסיס הציר ההליכי מצויה הטענה כי חברי הכנסת שחוקקו את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם כלל לא הבינו לא את משמעותם ולא את כוחם של חוקי היסוד לתת לבית המשפט סמכות ביקורת שיפוטית על חוקיה של הכנסת.<sup>9</sup> עם זאת, בחינה מעמיקה ורחבה של הליך

זה קרה? "משפט וממשל" 571 (תשס"ח); משה לנדוי "מחשבות על המהפכה החוקתית" משפטים כו 419 (תשנ"ה-תשנ"ו); אשר מעוז "משפט חוקתי: המהפכה החוקתית" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ו 215 (אריאל רוזן צבי עורך, פפירוס, תשנ"ו); רות גביזון "המהפכה החוקתית: תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 5, 21 (תשנ"ז); גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב 129 (תשנ"ט-תש"ס); Gary Jeffrey Jacobsohn, *After the Revolution*, 34(2) ISRAEL LAW REVIEW 139 (2000)

8 לטיעונים בעד ביקורת שיפוטית ונגדה ראו למשל יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א 395 (תשנ"ג); אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" משפט וממשל ג 403 (תשנ"ו); אשר מעוז "ריבונות הכנסת וביקורת שיפוטית" הפרקליט מג 25 (תשנ"ז); אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133 (תשנ"ז); מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות: ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" משפטים כח 211 (תשנ"ז). אחד החסרונות בדיון זה, כמו שציינה דפנה ברק־ארז, הוא שהמחלוקת הבלתי פוסקת בשאלת הביקורת השיפוטית "דחקה לקרן זווית שאלות חשובות אחרות" כגון דיני הדמוקרטיה, ואני מוסיף – מערכת היחסים הבעייתית בין הרשות המחוקקת למבצעת, שעליה אעמוד להלן בפרק 2. ראו דפנה ברק־ארז "לקראת דיני דמוקרטיה בישראל" עיוני משפט לג 527, 542 (2011).

9 ראו למשל אצל Gideon Sapir, *Constitutional Revolutions: Israel as a Case-study*, 5(4) INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW IN CONTEXT 355, 366-371 (2009). פעמים רבות הביקורת נסבה על אמירות של חבר הכנסת (דאז) אוריאל לין, שהיה יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-12, ולפיהן חברי הכנסת אינם נותנים לביח המשפט העליון את הכוח לבטל חוקים. לגרסה של ביקורת זו ראו גדי

החקיקה מראה כי חוקי היסוד התקבלו בכנסת לאחר דיונים רבים ומפורטים והבנה של חברי הכנסת (בוודאי החברים בוועדת החוקה, חוק ומשפט) כיצד הם עתידים להשפיע על ביקורת שיפוטית.<sup>10</sup>

גם ההקשר חברתי, הבינלאומי והלאומי לחקיקת חוקי היסוד חשוב להבנת המהלך. המהלך כולו כבר החל בסוף שנות השמונים של המאה ה-20, כשממשלת אחדות של העבודה והליכוד קיימה עשרות ישיבות על הצעה מקיפה לחוק יסוד: זכויות היסוד של האדם במקביל, ואולי על רקע, פעולתה של התנועה האזרחית החברתית "חוקה לישראל", שפעלה לכינון חוקה. זאת ועוד, בשנת 1991 אישרה ישראל את שתי האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם; ולבסוף, באותה עת שטף גל דמוקרטיזציה אדיר את מזרח אירופה ומרכז, עם חוקות דמוקרטיות חדשות שכללו מגילות זכויות וביקורת שיפוטית. המהלך לחקיקת מגילת זכויות וביקורת שיפוטית היה, בהקשר זה, אך טבעי.<sup>11</sup>

לעניות דעתי, זו גם הפרשנות הטקסטואלית ההגיונית ביותר של חוקי היסוד, שהרי אין דרך סבירה אחרת לפרש את פסקת ההגבלה הנכללת בחוקי יסוד אלה, המגבילה את סמכות החקיקה של הכנסת לחוקק חוקים שפוגעים

טאוב וניסים סופר "ידברו הפרוטוקולים" הארץ 7.4.2019. בחשובה לטענות ענה לין והסביר כי דיוני הכנסת התבססו על ההנחה שהכנסת מחוקקת חוקי יסוד שיעמדו מעל לכוח החקיקה של הכנסת ושמערכת המשפט תהא אמונה לאוכפם. ראו אוריאל לין "בג"ץ מונה בכנסת למגן זכויות האדם" הארץ 27.3.2019. לחגובה נוספת לטיעון זה ראו יניב רוזנאי "כל מה שיש לנו זה בית המשפט העליון" הארץ 13.4.2019.

10 ראו את מאמרו של אמנון רובינשטיין, יוזם חוקי היסוד, העונה בהרחבה לטיעונים השונים: אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי היסוד" משפט ועסקים יד – משפט ואדם 79 (2012).

11 בהקשר זה טענה דפנה ברק-ארז שבחוקי היסוד אפשר לראות תוצר של "רגע חוקתי", ששיקף את ציפיותיו של הציבור בתגובה לפוליטיקה לא מרוסנת שנדונה בציבור מאמצע שנות השמונים ובשנות התשעים. השינוי החוקתי בחוקי היסוד: הממשלה, שהביא לידי בחירה ישירה, במקביל לחקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם מחזק את הטענה בעניין הרגע החוקתי. ראו Daphne Barak-Erez, *From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective*, 26 COLUMBIA HUMAN RIGHTS LAW REVIEW 309, 350–352 (1995). למבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית ראו גם יוסף ויילר ודורין לוטטיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" עיוני משפט לח 419 (2016).

בזכויות אדם מוגנות; ואת סעיף שמירת הדינים, שלפיו "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". בלי ההבנה שלבית המשפט הסמכות לבטל חקיקה שסותרת את חוק היסוד, אין משמעות לשמירה על תקפותה של חקיקה ישנה. ברור כי מדובר באפשרות של ביטול חקיקה עתידית שאינה עולה בקנה אחד עם חוקי היסוד. שמירת הדינים מכוונת אפוא לבית המשפט, ולא לכנסת, שממילא רשאית לשנות את תוקפם של דינים ישנים.<sup>12</sup> מכל מקום, לאחר השלמתה של "המהפכה החוקתית" גם הכנסת עצמה התייחסה להגבלות החוקתיות על כוחה כאל הגבלות מחייבות.<sup>13</sup> בציר המהותי הטענות נגד ביקורת שיפוטית מתמקדות פעמים רבות בעובדה שבעקבות השילוב בין כמה מאפיינים ייחודיים, התחזק בית המשפט העליון אל מול הרשויות הפוליטיות ונעשה בעל כורח בהשוואה לבתי משפט עליונים או חוקתיים אחרים.

עוד קודם למהפכה החוקתית ציין חוקר מדע המדינה פרופ' גארי ג'ייקובסון (Jacobsohn) שבית המשפט העליון בישראל מוכר כשחקן מרכזי בפוליטיקה המקומית.<sup>14</sup> אין מחלוקת כי בעשורים האחרונים בולטת ה"משפטיזציה" (או ה"משפט") של החיים הציבוריים בישראל, הבאה לידי ביטוי במעורבות שיפוטית נרחבת בהתמודדות עם בעיות חברתיות, ביטחוניות ופוליטיות.<sup>15</sup> לצד מגמה זו אפשר לזהות אקטיביזם שיפוטי גובר של בית המשפט, המתבטא ב"תפקיד

12 לכן גם ח"כים מהמפלגות הדתיות ביקשו להוסיף הסתייגות (שלא התקבלה), כדי להגביל את היכולת לבטל חוקים עתידיים שנוגעים למורשת ישראל.

13 ראו אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל 5, 339 (1999).

14 Gary J. Jacobsohn, *Judicial Activism in Israel, in* JUDICIAL ACTIVISM IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 90, 96 (Kenneth Holland ed., Macmillan Publishing & St. Martin's Press, 1991)

15 לדיון כללי ראו אמנון רובינשטיין "ההליך המשפטיזציה של ישראל" דעת יחיד: דברים בכתב ובעל-פה, 1960-2001 57-62 (שוקן, 2001); יצחק גל-נור "על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל" משפט וממשל ז(1) 355 (2004); עילי אהרנסון "המשפטיזציה של התרבות הפוליטית בישראל – כיצד היא השפיעה על הדיון הציבורי בסוגיות אמנציפטוריות?" עיוני משפט לא(1) 157 (2008); זאב סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית – לאחר חמישים שנה" משפט וממשל ה 235 (תש"ס); עלי מ' זלצברגר "יובל לבית המשפט העליון בישראל: בית המשפט בין שועל לקיפוד" מחקרי משפט טז

גדול יותר, בהשוואה לזה של מוסדות שלטון אחרים, בקביעת הערכים שישרו במדינה ובקביעת הדרך שבה יוקצו המשאבים העומדים לחלוקה במדינה".<sup>16</sup> מגמות אלו לוו, כמו שיפורט בהמשך, בפתיחת דלתו של בית המשפט העליון לעותרים ציבוריים ובכוננות גדולה יותר לדון בסוגיות פוליטיות, ביטחוניות וכאלה שנתונות במחלוקת ציבורית כגון דת ומדינה.

זאת ועוד, לעיתים נקט בית המשפט העליון פרשנויות מרחיבות לחוקי היסוד באופן שסתר לכאורה את כוונתו הברורה של המחוקק בכובעו המכונן. כך היה למשל בקביעה כי כבוד האדם כולל היבטים של הזכות לשוויון, חופש הביטוי וחופש דת, זכויות שבכוונה תחילה לא נכללו בחוקי היסוד; בקביעה שעל אף סעיף שמירת הדינים, חוקים שקדמו למהפכה החוקתית יש לפרש באופן שעולה בקנה אחד עם חוקי היסוד, בניגוד לעמדת הכנסת;<sup>17</sup> ובקביעה כי גם לחוקי היסוד המוסדיים מעמד חוקתי על-חוקי והגבלת האפשרות לפגוע בהוראותיהם.<sup>18</sup> ולבסוף, בית המשפט פיתח את השימוש במבחן הסבירות

---

141, 157-158 (2000); שלמה מזרחי ואסף מידני מדיניות ציבורית בין חברה ומשפט: בית המשפט העליון, השתתפות פוליטית וקביעת מדיניות ציבורית (כרמל, 2006).

16 מנחם מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי: הערכה" עלי משפט ד 7 (2004). למונח "אקטיביזם שיפוטי" אין הגדרה אחידה, ולכן הוויכוח על אקטיביזם שיפוטי מבוסס לעיתים על היעדר הגדרה מוסכמת. ראו אהרן ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 475 (התשנ"ג); יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" עיוני משפט יז 647 (התשנ"ג); Arie L. Bendor, *The Relevance of the Judicial Activism vs. Judicial Restraint Discourse*, 47 TULSA LAW REVIEW 331 (2011). לניחוח השימוש בספרות במונח "אקטיביזם שיפוטי" ראו Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, 92 CALIFORNIA LAW REVIEW 1442 (2004). לגישות תאורטיות בדבר אקטיביזם שיפוטי בהקשרים שונים ראו Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre, & Steven D. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (Springer, 2015).

17 הלל סומר "בזכות הריסון השיפוטי בתחום החוקתי" משפט ואדם - משפט ועסקים יד 155, 161-168 (2012). אין באמירה זו כדי לטעון שפרשנות ולפיה כבוד האדם כולל היבטים של חופש ביטוי, שוויון וחופש דת אינה סבירה, אלא רק כי זו נעשתה בניגוד לכוונתיה הברורה של הכנסת בהליך הכינון, שבאופן מפורש לא כללה אותן במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

18 אריאל בנדור, "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו 305 (תשס"א-תשס"ב);



כאמצעי פיקוח שיפוטי על כלל פעולות המינהל, פיתוח שמחק את "המרחב של אי־שפיטות נורמטיבית"<sup>19</sup> ותרם גם לביקורת ולפיה בית המשפט "חובק עולם" בביקורתו השיפוטית.<sup>20</sup>

מגמות אלה בין היתר הן שהביאו לידי ביקורת על מעמדו ועל כוחו של בית המשפט העליון, הן מצד חוקרים ישראלים,<sup>21</sup> והן מצד משפטנים זרים.<sup>22</sup> חשוב מכך, מגמות אלה הביאו לידי חיכוכים רבים עם הממסד הפוליטי ולקריאה

אמנון רייכמן "ככה לא בונים חוקה" עורך הדין 35 42 (2002); אהרן ברק, "פסקת הגבלה משמעת (שיפוטית)" **ספר אליהו מצא** 77 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, נבו, 2015).

19 דפנה ברק־ארז "השפיטות של הפוליטיקה" **פלילים** ח 369 (1999).

20 משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" **עיוני משפט** יד 5, 6 (1989); מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" **תאוריה וביקורת** 5, 25, 29 (1994). וראו גם לאחרונה יואב דותן "נפלאות הסבירות" **הארץ** 19.6.2019.

21 ראו למשל רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" **תאוריה וביקורת** 5 (1994); רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** 69 (רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, ידיעות אחרונות, התש"ס); יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** 5 (רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, התש"ס); אסף ברם "ביקורת שיפוטית על חוקים – נחוץ סיפור משכנע" **המשפט** ה 149 (תשס"א); חיים שייך "מסע ההתנתקות של בית המשפט העליון" **מאזני משפט** ה 105 (2006); יואש מייזלר "תחיית המתים של תורת הפרדת הרשויות ואוזורפציה שיפוטית: חידה ופתרונה" **מאזני משפט** ז 143 (2010); גדעון ספיר **המהפכה החוקתית: עבר, הווה, עתיד** (2010); דניאל פרידמן "היש לישראל חוקה ומי כותב אותה?" **משפט ועסקים** יד 117 (2012); Joshua Segev, *The Changing Role of the Israeli Supreme Court and the Question of Legitimacy*, 20 TEMPLE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW JOURNAL 1 (2006)

22 הדוגמאות הידועות ביותר הן רוברט בורק, שציין כי בית המשפט העליון הישראלי הפך עצמו ל-"dominant institution in the nation, an authority no other court in the world has achieved"; וריצ'רד פוזנר, שכתב כי "What Barak created out of whole cloth was a degree of judicial power undreamed of even by our most aggressive Supreme Court justices. He puts Marshall, ROBERT H. BORK, COERCING VIRTUE: who did less with more, in the shade" ראו: *The Worldwide Rule of Judges* 111 (The AEI Press, 2003); רוברט בורק "השופט, החרב והארנק" **חלל** 27 146 (תשס"ז); Richard A. Posner, *Enlightened Despot*, *The New Republic*, April 23, 2007. וראו הלל סומר "ריצ'רד פוזנר על אהרן ברק: דברים שרואים משם לא רואים מכאן?" "הפרקליט" מט 523 (2008).

פוליטית לצמצם את סמכויות השפיטה של בית המשפט.<sup>23</sup> בין ההצעות שהועלו בכיוון זה אפשר למנות את ההצעה לצמצם את סמכויות הביקורת השיפוטית, לקבוע פסקת התגברות לחוקי היסוד שתאפשר למחוקק לחוקק חקיקה שסותרת את ההגבלות הקבועות בחוקי היסוד, לשנות את שיטת מינוי השופטים, וכן לצמצם את זכות העמידה ואת השפיטות. הצעות אלה – שאליהן אתייחס בהרחבה במחקר – הן רק אחדות מההצעות שעלו לדיון ציבורי ופוליטי בעיקר מאז שנת 2007, לאחר מינויו של פרופ' דניאל פרידמן לשר המשפטים, וביתר שאת משנת 2015, עם הקמת הממשלה ה־34, ממשלת ימין צרה. מגמה זו מתוארת בספרות האקדמית כמהפכת־נגד (counter-revolution) למהפכה החוקתית.<sup>24</sup>

התמונה כמובן מורכבת הרבה יותר, ובפועל נע בית המשפט העליון הישראלי בין אקטיביזם לריסון שיפוטי.<sup>25</sup> כך למשל ענה פרופ' ברק מדינה לטענה בדבר "שלטון השופטים" בישראל:

YOAV DOTAN, *LAWYERING FOR THE RULE OF LAW: GOVERNMENT LAWYERS AND THE RISE OF JUDICIAL POWER IN ISRAEL* 49 (Cambridge University Press, 2014).  
ראו גם Shimon Shetreet, *Resolving the Controversy over the Form and Legitimacy of Constitutional Adjudication in Israel: A Blueprint for Redefining the Role of the Supreme Court and the Knesset*, 77 *TULANE LAW REVIEW* 87 (2003)

24 ראו אילן סבן "תגובת־הנגד הפוליטית ל'מהפכה החוקתית' " המרחב הציבורי 13 (2017–2018); Doron Navot & Yoav Peled, *Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?* 16(3) *CONSTELLATIONS* 429 (2009); Nadiv Mordechay & Yaniv Roznai, *Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel*, 77(1) *MARYLAND LAW REVIEW* 244 (2017); Yaniv Roznai, *Israel – A Crisis of Liberal Democracy? in CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN CRISIS?* 355 (Mark A. Graber, Sanford Levinson & Mark Tushnet eds., Oxford University Press, 2018); GARY J. JACOBSON & YANIV ROZNAI, *CONSTITUTIONAL REVOLUTION*, ch. 6 (Yale University Press, 2020)  
על השינויים שעובר המשפט החוקתי הישראלי בשנים האחרונות ראו גם Adam Shinar, Barak Medina, & Gila Stopler, *From Promise to Retrenchment? On the Changing Landscape of Israeli Constitutionalism*, 18(3) *INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW* 714 (2020)

Daphne Barak-Erez, *Broadening the Scope of Judicial Review* 25

כל ההכרעות החברתיות העיקריות שהתקבלו בישראל מאז שנות השמונים ועד ימינו [...] התקבלו על ידי הממשלה והכנסת, בלא מעורבות ממשית של בית המשפט. בית המשפט לא יזם אף לא אחת מן ההחלטות הללו, הן לא התקבלו בעקבות החלטות שלו ואף לא בעקבות עתירות שהוגשו לבית המשפט. חלק מן ההחלטות אמנם נידונו בבית המשפט לאחר שהתקבלו על ידי המערכת הפוליטית, אך בכל המקרים [...] החליט בית המשפט שלא להתערב.<sup>26</sup>

ובהקשר המינהלי ציינה פרופ' מרגית כהן כי "סקירות אמפיריות של השימוש השיפוטי בעילת איי-הסבירות בישראל אינן מובילות למסקנה כי בג"ץ התייר כל רסן. נהפוך הוא, גישה זהירה ובצידה התערבות במקרים ספורים בלבד [...] היא השולטת בפסיקה הישראלית".<sup>27</sup> ואכן, הנטייה המובהקת של בית המשפט העליון, כמו שאר חייב בהמשך המחקר, היא להימנע מלהתערב בהכרעות שלטוניות להוציא חריגים יחידים. בית המשפט העליון אינו ממהר להתערב בעניינים שונים, ובעיקר בולט הריסון השיפוטי בכל הנוגע לביקורת השיפוטית החוקתית על חוקי הכנסת.<sup>28</sup> כך באופן מוחלט, וכך באופן יחסי לבתי משפט

---

*in Israel: Between Activism and Restraint*, 3 INDIAN JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 118 (2009)

26 ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" דין ודברים ג 410, 399 (תשס"ח). ראו גם באנגלית – Barak Medina, *Four Myths of Judicial Review: A Response to Richard Posner's Critique of Aharon Barak's Judicial Activism*, 49 HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL ONLINE 1 (2008)

27 מרגית כהן "עילת הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" ספר אורי: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 773, 816 (נבו, 2013).

28 ראו מרדכי קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (רוח גביזון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, ידיעות אחרונות, תש"ס); זאב סגל ולילך ליטור, אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי: במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה (נבו, תשס"ח).

עליונים או חוקתיים אחרים בעולם.<sup>29</sup> נדמה לי אפוא שטיעונים בדבר "שלטון השופטים" הם לכל היותר הגזמה שאינה מתארת כראוי את המציאות.<sup>30</sup>

חשוב גם לציין כי את מעורבותו של בית המשפט העליון במגוון סוגיות ונושאים "פוליטיים" אפשר להסביר בין היתר על רקע כשלים מבניים במערכת הדמוקרטיה הישראלית, שעל חלקם אעמוד במחקר זה, ובייחוד על רקע עליית כוחה של הממשלה אל מול הכנסת ומכאן השינוי במערכת היחסים בין הרשויות הפוליטיות.<sup>31</sup>

בכל הנוגע להקשר ההשוואתי חשוב מאוד להזכיר את "רזונה" של מגילת הזכויות הישראלית. בניגוד לשנת 1950, אז היה מספר הזכויות הממוצע שעוגן בחוקות

29 כך למשל, בשנים 1951–2019 הכריז בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה על 506 הוראות חוק פדרליות כלא חוקתיות (וכן על עוד 578 הוראות חוק של המדינות); ובשנים 1992–2019 הוכרזו 215 חוקים פדרליים כלא-חוקתיים. ראו Federal Constitutional Court, ANNUAL STATISTICS 2019 (2020). באותה תקופה בישראל ביטל בית המשפט העליון 17 חוקים בלבד. לבטלות חקיקה בישראל במבט השוואתי ראו Guy Lurie & Yuval Shany, *Invalidations of Laws in Israel in a Comparative Perspective*, 49 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 261 (2019).

30 יניב רוזנאי "המיתוס של ממשלת השופטים" ישראל היום 28.12.2019.

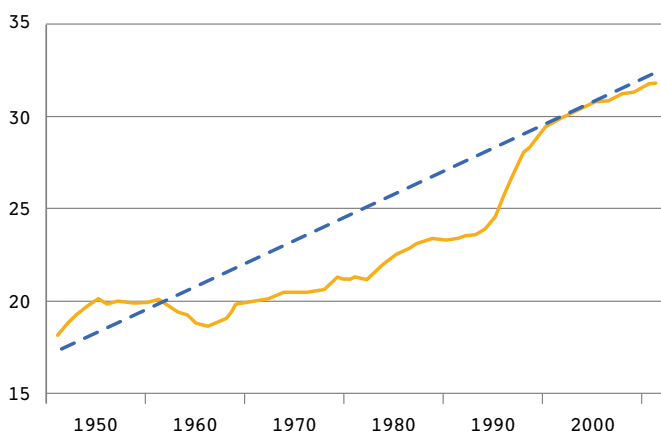
31 להרחבה ראו עמיחי כהן, *מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד 223* (דביר, 2020):

את הביקורת של בית המשפט על הרשות המחוקקת ועל הרשות המבצעת אפשר להסביר כתגובה למבנה הייחודי שקיים בפוליטיקה הישראלית משנות התשעים: הממשלה חזקה עד כדי כך שהיא שולטת למעשה בכנסת. במצב כזה, כל החלטה המתקבלת בקרב קבוצה קטנה מאוד של אנשים – ראשי המפלגות החברות בקואליציה – הופכת במהרה למדיניות מחייבת, ובשל כך נוצרים כשלים לא מעטים במערכת הדמוקרטית. הרשות המבצעת מבקשת לעתים לחתור תחת שלטון החוק וההליך ההוגן, להפלות מיעוטים מודרים ולהעדיף קבוצות קטנות יחסית באופן שמעוות את רצון הרוב. הכנסת אינה יכולה להגביל אותה שכן היא נשלטת על ידיה. לכן בית המשפט נותר המחסום העיקרי בפני הרשות המבצעת, והוא השתמש בכלים העומדים לרשותו על מנת להגביל אותה ולטפל בכשלים.

כלומר, את פעולתו של בית המשפט העליון יש להבין גם על רקע הדינמיקה בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. ראו איל בנבנשתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" *משפטים* לא(4) 707 (תשס"א).

בעולם מתחת ל-20, כיום הוא עומד על כ־35 זכויות (ראו תרשים 1).<sup>32</sup> כלומר, בעולם מגילות זכויות האדם החוקתיות מקיפות וכוללות מספר רב יחסית של זכויות. בישראל לעומת זאת מספר הזכויות הזכות להגנה חוקתית מפורשת קטן בהרבה ועומד על כ־11.<sup>33</sup>

**תרשים 1**  
**מספר הזכויות הממוצע בחוקות בעולם**



מקור: David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of* *Global Constitutionalism*, 99 CALIFORNIA LAW REVIEW (2011) בעמ' 1199.

David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CALIFORNIA LAW REVIEW 1163, 1194-1201 (2011) 32

33 ואלו הן: הזכות לחיים, לשלמות הגוף, לכבוד, לקניין, לפרטיות, לכניסה לישראל ויציאה ממנה, לחירות, לחופש העיסוק, המעוגנות בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם; וכן הזכות לבחור, להיבחר ושוויון בבחירות המעוגנות בחוק-יסוד: הכנסת. היבטים מסוימים של זכויות אדם זכו להגנה כנגזרת של כבוד האדם, אבל הגנה זו היא תוצר של פסיקה בית המשפט העליון (שעשויה להשתנות בעתיד) וממילא מצומצמת יותר שכן היא חלה רק על אותם היבטים של הזכויות הקשורים קשר ענייני הדוק עם כבוד האדם. ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות: על היקפה של המהפכה החוקתית" *משפטים* כח 257 (1997); אהרן ברק *כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה* פרק 12 (נבו, 2014).

מובן שאין בהכרח הלימה מוחלטת בין מספר הזכויות המוגנות בחוקה ובין מידת כיבודן או מימושן הלכה למעשה,<sup>34</sup> אך הגנה חוקתית על זכויות בחוקה החרוטה מחריגה אותן מהדיון הפוליטי ה"רגיל".<sup>35</sup> כל דיון בסמכויות החוקתיות של בית המשפט הישראלי חייב להתחשב ב"גירעון זכויות" זה בהשוואה למדינות אחרות בעולם.

חשוב להבהיר: חשדנות נגד ביקורת שיפוטית שמבטלת החלטות דמוקרטיות של נציגי העם היא טבעית, והייתה גם בעבר. כבר בשנת 1921 פרסם פרופ' אדוארד למבר (Lambert) את ספרו "ממשלת השופטים" (*Le Gouvernement des juges*),<sup>36</sup> שבו טען שהביקורת השיפוטית בארצות הברית אינה דמוקרטית ומעדיפה אינדיבידואליזם על פני ערכים חברתיים; ואכן קיים מתח אינהרנטי בין הכרעות רוב דמוקרטיות ובין עקרונות וכללים חוקתיים שמגבילים את ההכרעות האלה.<sup>37</sup> מתח זה בין חוקתיות לדמוקרטיה מתעצם כאשר הגוף האוכף את ההגבלות החוקתיות הוא בית המשפט, מה שיוצר את הקושי ה"אנטי-רובני"

34 ADAM CHILTON & MILA VERSTEEG, HOW CONSTITUTIONAL RIGHTS MATTER (Oxford University Press, 2020)

35 לדיון כללי בעניין זה ראו ברק מדינה, דיני זכויות האדם בישראל 17-25 (נבו, 2016).

36 Edouard Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* (Giard, 1921). לניחוח בראייה היסטורית ראו Michael H. Davis, *A Government of Judges - An Historical Review*, 35(3) AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 559 (1987). בארצות הברית היה זה ראול ברגר שהשתמש במונח "ממשל של שופטים" כדי לבקר את פעולתו של בית המשפט האמריקאי, שלדעתו משנה את החוקה בכסות של פרשנות חוקתית. ראו RAOUL BERGER, *GOVERNMENT BY JUDICIARY: THE TRANSFORMATION OF THE FOURTEENTH AMENDMENT* (Harvard University Press, 1977)

37 JON ELSTER & RUNE SLAGSTAD (eds.), *CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY* (Cambridge University Press, 1988); Walter F. Murphy, *Constitutions, Constitutionalism and Democracy*, in *CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: TRANSITIONS IN THE CONTEMPORARY WORLD 3* (Douglas Greenberg, Stanley Katz, Melanie Beth Oliviero & Steven C. Wheatley eds., Oxford University Press, 1993); Jeremy Waldron, *Precommitment and Disagreement*, in *CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 271* (Lawrence A. Alexander ed., Cambridge University Press, 2001)

הידוע (counter-majoritarian difficulty).<sup>38</sup> ואולם כמו שכתב פרופ' קלוד קליין: "מסתבר שפרלמנטים לא אוהבים (בלשון המעטה) את הביקורת של הרשות השופטת. ביקורת זאת היא חלק אינטגרלי של הדמוקרטיה המודרנית, ואין בלתה".<sup>39</sup>

המחקר ההשוואתי העדכני מראה שבתי משפט חוקתיים או עליונים ממלאים מגוון רחב של תפקידים שחורגים הרבה מעבר ל"ביקורת שיפוטית רגילה". איסור התמודדות של מפלגות פוליטיות, ביטול של תוצאות בחירות או פסילת מינויים פוליטיים הם רק חלק מהפעולות העשויות להיות שנויות במחלוקת. בתי המשפט עוסקים גם בתחומים שבעבר נחשבו בסמכותן הבלעדית של הרשויות הפוליטיות הנבחרות, בכאלה שלהם השלכות תקציביות אדירות כגון שירותי הבריאות, ביטחון תזונתי והגנת הסביבה, וגם מתערבים ביחסי חוץ ובמערכת הפיסקלית.<sup>40</sup> באופן טבעי העלייה בכוחן של הרשויות השופטות אל מול הרשויות הפוליטיות – שמקורה בין היתר בעובדה שכיום בתי משפט

38 כמו שתיאר אלכסנדר ביקל:

Judicial review is a counter-majoritarian force in our system. [...] When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act [...] it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now.

ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 16-17 (Yale University Press, 1986)

ראו גם Or Bassok & Yoav Dotan, *Solving the Counter-majoritarian Difficulty?* 11(1) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 13 (2013) מובן שלא בכל מקרה שבו בתי משפט פוסלים חקיקה של הפרלמנט הם פועלים באופן אנטי-רובני. ניתן בהחלט לטעון שלעיתים בתי משפט פועלים באופן רובני כשהם פוסלים חקיקה שסותרת מדיניות הקבועה בחוקה בעלת מאפיינים רובניים שעליונים על אלו של הרשות המחוקקת. במקרים אלו ניתן לראות בבתי המשפט לא רק מגינים של זכויות המיעוט, אלא מגיני השלטון העצמי הרובני. ראו Jorge Farinacci-Fernós, *Constitutional Courts as Majoritarian Instruments*, 14 VIENNA JOURNAL OF INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL LAW (forthcoming)

39 קלוד קליין "איך כל זה התחיל: פסק־דין ברגמן – התגובות הראשונות" עלי משפט ג 391, 404 (תשס"ד).

Amal Sethi, *Towards a Pluralistic Conception of Judicial Role*, 40 90(1) UNIVERSITY OF MISSOURI-KANSAS CITY LAW REVIEW (forthcoming 2021)

חוקתיים ועליונים מפקחים על קשת רחבה של פעולות הנוגעות לליבת העשייה הפוליטית והחברתית – לוותה גם בהתחזקות הביקורת נגד בתי המשפט, שהרי כהיקף הכלים הנתונים לו לשם "הגנה על החוקה", כך מרחב האפשרויות הנתונות לו להחליט החלטות "אנטי-רובניות"<sup>41</sup>. פרופ' רן הירשל (Hirschl) למשל כינה את התופעה שבה בתי משפט ברחבי העולם אווזים בסמכויות רחבות – "יוריסטוקרטיה" (juristocracy)<sup>42</sup>.

גם בישראל בשנים האחרונות הביקורת נגד בית המשפט וסמכויותיו מגיעה לגבהים חדשים, ובין היתר משתקפת בירידה מסוימת אך עקיבה באמון הציבור במערכת המשפט. ואכן, במגבלות היכולת לזהות את רצונו של "הציבור"<sup>43</sup>, לפני כמעט שני עשורים הגיע אמון הציבור בבית המשפט ל-80%, ואילו בשנים האחרונות הוא נע סביב 44.55% חשוב לציין כי על אף הירידה באמונו של

Gertrude Lübbe-Wolff, *Constitutional Courts and Democracy: 41 Facets of an Ambivalent Relationship*, in RATIONAL LAWMAKING UNDER REVIEW: LEGISPRUDENCE ACCORDING TO THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT 19, 26 (Klaus Meßerschmidt & A. Daniel Oliver-Lalana eds., Springer International Publishing, 2016)

RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW 42 CONSTITUTIONALISM* (Harvard University Press, 2004)

43 על הקושי האמפירי בהערכת אמון הציבור, הנובע בין היתר מהבחנות בין אמון הציבור בנוגע לסוגיה מסוימת לאמון ציבור כללי שהוא ארוך טווח, ובין אמון הציבור בשופטים לאמון הציבור במוסד השיפוטי, ראו דניאל בן-אוליאל "מניעת כהונת ראש ממשלה מחבר כנסת הנאשם בפלילים בראי אמון הציבור" *ICON-S-IL Blog* 21.4.2020.

44 לפי מדד הדמוקרטיה של המכון הישראלי לדמוקרטיה בית המשפט העליון זוכה לאמון של 52% מכלל הציבור הישראלי. יוחנן פלסנר ותמר הרמן "הודעה לעיתונות: מדד הדמוקרטיה הישראלית לשנת 2018" *המכון הישראלי לדמוקרטיה* 3.12.2018. לפי הממד השנתי לביצועי המגזר הציבורי של אוניברסיטת חיפה לשנת 2018, בית המשפט העליון נמצא בשפל מבחינת רמת האמון שהוא זוכה לו בציבור. בטווח בין 1 ל-5 (5 – רמת אמון גבוהה מאוד; 1 – רמת אמון נמוכה מאוד), הייתה רמת האמון 2.76, הנמוכה ביותר מאז שנת 2008, אז נמדדה לראשונה. בסך הכול הביעו כ-26% מהציבור רמת אמון גבוהה כלפי בית המשפט העליון לעומת 33.5% שהביעו רמת אמון נמוכה. כלפי מערכת המשפט באופן כללי יותר, היה אמון הציבור הנמוך ביותר מאז פורסם הממד לראשונה בשנת 2001. רק 18% מהציבור הביעו כלפיה רמת אמון גבוהה. ראו נטעאל בנדל "שפל באמון במערכת המשפט בישראל" *מקור ראשון* 11.6.2018.



הציבור בבית המשפט העליון, הוא עדיין גבוה במידה ניכרת מאמונו ברשויות הפוליטיות, ובראשן הכנסת, המצויות בתחתית הסולם (לכ-30% מהציבור יש אמון בממשלה, לכ-27% בכנסת ובמפלגות הפוליטיות נותנים אמון 16%).<sup>45</sup>

למגמה זו סיבות רבות: ירידה במעמדה של סמכות מדינתית באשר היא; גידול דמוגרפי של קבוצות שאמונן בשפיטה בממוצע נמוך מהממוצע הכללי; העובדה שבהליכים משפטיים יש צדדים מפסידים; סחבת וסרבול של הליכים משפטיים בערכאות הדיון הנמוכות, וכשמדובר בערכאה העליונה – בית המשפט העליון – ביקורת על אקטיביזם שיפוטי; טענות על הטיה פוליטית של השופטים ועל שהם מפרים כביכול כללי אתיקה; והטלת ספק בלגיטימציה שלהם להכריע בשאלות שנויות במחלוקת ציבורית פוליטית שנוגעות לביטחונה ולזהותה של החברה הישראלית.<sup>46</sup>

משכך, מוצא את עצמו בית המשפט מותקף משני צידי המפה הפוליטית: מהצד הימני בטענות כי עמדות לאומיות דתיות אינן מיוצגות בו כראוי וכי בית המשפט מעדיף את ההיבט הדמוקרטי על פני היהודי; ומהצד השמאלי בטענות כי פסיקות בית המשפט צבועות בגוון לאומי ומתירות הגבלת זכויות באופן שאינו תואם מדינות ליברליות. כמו כן נדמה שאחד הגורמים העיקריים לפגיעה באמון הציבור הוא ההסתה הפרועה נגד מערכת המשפט, הן בשיח הפוליטי החרף והן בשיח הבוטה והמאיים ברשתות החברתיות ובאחדים מערוצי התקשורת. צביעת בית המשפט בצבע פוליטי וטענות שהוא מגביל את המשילות ואת צה"ל ושמדובר באליטה ליברלית המנוקת מן העם – כל אלה הביאו לידי עוינות כלפיו וגררו הצעות לצמצום כוחו.<sup>47</sup>

#### 45 פלסנר והרמן, שם.

46 לביקורת המייצגת גישה זו ראו שמחה רוטמן **מפלגת בג"ץ: כיצד כבשו המשפטנים את השלטון בישראל** (סלע-מאיר, 2019). לפי תיאורו הספר מבקש "לפרוש בפני הקורא הישראלי את קורותיה של גניבת שלטון זוחלת, המאיימת להפוך את ישראל למדינה שבה העם אינו קובע, נבחר הציבור אינם נחשבים והשלטון מסור בפועל בידי חבורת משפטנים שאיש לא בחר, חבורה הדוחה את חזון המדינה ואת ערכיה לטובת חזון, ערכים וסדר יום משלה".

47 על מגמת ההתנגדות לבית המשפט כחלק מהמגמה הפופוליסטית של שחיקת הדמוקרטיה, ראו עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל"

אמרה מפורסמת היא כי לבית המשפט "אין לא חרב ולא ארנק; כל שיש לו זה אמון הציבור בו"<sup>48</sup>. אמון הציבור הוא הנכס היקר ביותר שיש למערכת המשפט, שכן כדי לפעול בחופשיות היא זקוקה ללגיטימציה בקרב האזרחים.<sup>49</sup> עם זאת חשוב לציין שמסקר שנערך לאחרונה עולה ש-67% מהישראלים סבורים שיש לחזק את מערכת המשפט, ורק 33% סבורים שיש להגביל אותה.<sup>50</sup>

על רקע המחלוקות באשר לסמכותו של בית המשפט לבקר חקיקה והביקורות בדבר התחזקות ייתר של בית המשפט העליון אל מול הרשויות הפוליטיות, מחקר זה בוחן כיצד ראוי לעצב את אופן הביקורת השיפוטית בישראל. מוקד המחקר הוא בחינה של סוגיית הביקורת החוקתית (או הביקורת השיפוטית) הראויה בישראל – סוגיה שניצבת בליבת מערכת היחסים בין הרשות השופטת, הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. החיסרון במיקוד זה בלבד ברור; כמוהו כהסתכלות בחדר מבעד לחור המנועול של הדלת. חוקה אינה אוסף של איים בודדים,<sup>51</sup> אלא מארג שזור ושילוב של עקרונות, מוסדות וכללים חוקתיים. חוקה

---

עיוני משפט (עתיד להתפרסם, 2021). על ההתקפה נגד בית המשפט כחלק ממחקר הפופולריזם על מומחיות בכלל ומומחיות משפטית בפרט, ראו יניב רוזנאי ואדם שנער "מומחיות במשפט" מומחיות ומקצועיות (הוצאת המרכז הבינתחומי הרצליה, עתיד להתפרסם ב-2021).

48 כאמרה השופט פרנקפורטר בפסק דין (1962) 82 S. Ct. 691: *Baker v. Carr*.  
 "The Court's authority – possessed of neither the purse nor the sword – ultimately rests on sustained public confidence in its moral sanction". לדין ביקורתי באשר לצורך של הרשות השופטת באמון הציבור ראו חיים ה' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" המשפט 9 14 (2002).

49 אהרן ברק "בית המשפט העליון ואמון הציבור" מבחר כתבים 965, 970 (הש"ס); Aharon Barak, *The Role of the Supreme Court in a Democracy*, 33 ISRAEL LAW REVIEW 1, 9 (1999). וראו מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט: תגובה למאמר של השופט חיים כהן ז"ל ולהרהורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" המשפט ט 491, 499 (תשס"ד): "באותם תחומים שבהם ניתן לבחי המשפט שיקול דעת 'ציבורי' – הזכרנו את [...] הנושא החוקתי – אסור להם לבחי המשפט לאטום אוזניהם משמיע ולטוח עיניהם מראות אח אשר סביבם".

50 נתי יפה "בניגוד לטענת נחניהו, רוב העם לא איתו" זמן ישראל 27.5.2020.

51 Laurence H. Tribe, *The Idea of the Constitution: A Metaphor-morphosis*, 37 JOURNAL OF LEGAL EDUCATION 170, 172 (1987): "It is, after all, a constitution and not just a disjointed collection of constitutional

קובעת סדר חוקתי קוהרנטי,<sup>52</sup> ועל כן בחינה של הקָסדר חוקתי יחיד לעצמו מקשה על התבוננות בתְצָכָה השלם. כך למשל, הדיון בביקורת שיפוטית לעולם יהיה חסר בהיעדר דיון משלים בהליך התיקון החוקתי, במגילת זכויות האדם ובמערכות האיזונים והבלמים בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת. כמו כן מפאת קוצר היריעה ובמטרה להתמקד בנושאים הקשורים במישרין לביקורת חוקתית, מחקר זה יתייחס בקצרה לסוגיות של זכות העמידה והשפיטות בעתירות חוקתיות, ולא ידון בסוגיות כגון התערבות בהליכים פנים-פרלמנטריים, עילת הסבירות במשפט המינהלי, תפקיד הייעוץ המשפטי ושאלת הביקורת החוקתית על תיקונים חוקתיים (מה שמכונה "דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי") – נושאים שכולם קשורים קשר הדוק למשפטיזציה של הפוליטיקה, וכל אחד מהם ראוי למחקר מעמיק לעצמו. עם זאת מחקר זה, כך אני מקווה, יסייע בעיצוב רחב ושלם יותר של המערכת החוקתית.

בהצעתי לעיצוב הביקורת החוקתית, כמו שמפורטת במחקר זה, אשען על כתיבה מדעית שעסקה בסוגיית הביקורת השיפוטית בישראל, אך גם על כתיבה תאורטית והשוואתית מהעולם. מבחינה תאורטית המחקר מבוסס על ההנחה שכיום תאוריה דמוקרטית היא תאוריה של דמוקרטיה חוקתית, ובמובן זה יש לנתח ולהשוות דגמים שונים של ביקורת חוקתית כדי להבין את מגוון ההצדקות והחלופות שבבסיס מוסד זה.<sup>53</sup> המבט ההשוואתי של המחקר מרחיב את המבט מעבר לניסיון האמריקאי – שהוא בהיבטים רבים החרוג שאינו מעיד על

---

"pieces which must be interpreted". זה מה שמכונה תפיסה הוליסטית של חוקת. אראו Akhil Reed Amar, *Foreword: The Document and the Doctrine*, 114 HARVARD LAW REVIEW 26, 30 (2000)

52 כמו שציין בית המשפט החוקתי הפדרלי של גרמניה בפרשת סאוֹחִיוֹוסֵט (Southwest, 1 BVerfGE 14, 32 (1951)):

A constitution has an inner unity, and the meaning of any one part is linked to that of other provisions. Taken as a unit, a constitution reflects certain overarching principles and fundamental decisions to which individual provisions of the Basic Law are subordinate.

Pasquale Pasquino, *Constitutional Adjudication and Democracy: Comparative Perspectives – USA, France, Italy*, 11(1) *RATIO JURIS* 38, 41 (1998)

הכלל,<sup>54</sup> ושהשפעתו על העיצוב החוקתי הגלובלי ירדה במידה ניכרת בעשורים האחרונים<sup>55</sup> – אל מדינות אחרות בעולם. רק באמצעות התבוננות באספקלריה השוואתית רחבה יותר, נוכל להבין טוב יותר מגמות ועיצובים חוקתיים של ביקורת חוקתית.<sup>56</sup>

נקודה המוצא האחרונה במחקר היא כי הסדרים של ביקורת חוקתית במשטר דמוקרטי לעולם אינם בינריים בצורת "הכול או כלום", אלא הם חלק ממערכת מורכבת שדורשת איזונים והתאמות מוסדיות תלויות-הקשר.<sup>57</sup> במילים אחרות, אין פתרון או עיצוב אחיד לכל החוקות, ולכל סדר חוקתי יש לעצב ביקורת חוקתית בהתאם למאפייניו הספציפיים ובעקבות בחינה מקיפה וכוללת.<sup>58</sup>

מחקר זה מתמקד כאמור בהיבט של הביקורת החוקתית בהינתן שמקומו של בית המשפט בחברה הישראלית נתון בדיון ציבורי ער ומתמשך ולנוכח ההצעות מהעת האחרונה לשנות את סמכויותיו ואת הרכבו. כמו שארחיב בחלקים הבאים, אבקש להציע דגם ביקורת שיפוטית חזקה אך מרוסנת. ריסון זה יתקיים בשילוב של כמה עיצובים מוסדיים: מעבר מדגם של ביקורת שיפוטית ביזורית, שבו לכל ערכאה שיפוטית הסמכות לביקורת שיפוטית, לדגם ריכוזי, שבו סמכות הביקורת החוקתית תיוחד לבית המשפט העליון; ולא רק זאת, אלא שביטול חקיקה, אותה פעולה שיפוטית המביאה את הקושי האנטי-רובני לשיאו, תוכל להיעשות רק בהרכב מורחב של תשעה שופטים לפחות, ורק כאשר בקרב חברי ההרכב יש רוב מיוחס של לפחות שני שלישים (שישה שופטים מתוך תשעה)

Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83(4) 54  
VIRGINIA LAW REVIEW 771 (1997)

David S. Law & Mila Versteeg, *The Declining Influence of the United States Constitution*, 87 NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW 762 (2012) 55

Miguel Schor, *Mapping Comparative Judicial Review*, 7(2) WASHINGTON UNIVERSITY GLOBAL STUDIES LAW 257 (2008) 56

Dimitrios Kyritsis, *Constitutional Review in Representative Democracy*, 32(2) OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 297, 299 (2012) 57

Louis Favoreu, *Constitutional Review in Europe*, in 58  
CONSTITUTIONALISM AND RIGHTS: THE INFLUENCE OF THE UNITED STATES  
CONSTITUTION ABROAD 38, 51 (Louis Henkin & Albert J. Rosenthal eds.,  
Columbia University Press, 1989). פאבורו מצטט שם את הנס קלזן בדבר היעדר  
דגם אחיד של ביקורת חוקתית שמתאים לכל החוקות.

משופטי ההרכב המורחב לקביעה כי החוק אינו חוקתי. רוב דחוק על חודו של קול לא יספיק לשם ביטול חקיקה ויגרור אך הכרזה שיפוטית על אי־התאמתו של החוק לחוקי היסוד, שלאחריה יוחזר החוק לבחינה מחודשת בכנסת. לאור הצעה זו אבקש לדחות הצעות חלופיות בדמות אימוץ פסקת התגברות, המאפשרת לרוב חברי הכנסת לחוקק חוק שפוגע בזכויות חוקתיות מוגנות באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוקי היסוד, או בדמות אי־שפיטות של חוקים בנושאים שנויים במחלוקת, למשל בנושאי דת ומדינה. דגם מוצע זה מבקש לקדם את הדיאלוג בין הרשויות, ולאזן בין יכולתו של בית המשפט להגן באופן מיטבי ועצמאי על זכויות אדם מוגנות ובה בעת לשפר את הנסגת שיקול הדעת השיפוטי לטובת ההיענות לשיקול הדעת של השחקנים הפוליטיים שלהם לגיטימיות דמוקרטית. זוהי הצעה לדגם שבו דיאלוג חוקתי ועליונות שיפוטית חיים בצוותא.

המחקר בנוי באופן הבא: בפרק 1 אסקור את ההתפתחות ההיסטורית של הביקורת החוקתית בעולם ואת הדגמים לביקורת שהתפתחו במשך השנים. בפרק 2 אסביר מדוע אין לזנוח את הביקורת השיפוטית בישראל, ומדוע דווקא בתנאים המוסדיים הקיימים בה קיומה של ביקורת זו חשוב במיוחד. בפרק 3 אציג את דגמי הביקורת השיפוטית העיקריים שהוצע לאמץ בישראל, ובפרק 4 אציע את הדגם הראוי לטעמי לביקורת חוקתית, שעיקריו הם דגם ריכוזי, הרכב מורחב של בית המשפט העליון ורוב מיוחד לשם ביטול חקיקה. בפרק 5 אציג את הדיון בשאלת אימוצה של פסקת התגברות ואטען מדוע לא ראוי לאמץ דגם זה. בפרק 6 אבחן את השאלה כיצד ראוי לבחור את השופטים המוסמכים להפעיל ביקורת חוקתית, והאם יש מקום לשנות את דרך הבחירה הקיימת בישראל. אטען שלנוכח היתרונות והחסרונות בשיטות השונות, השיטה הישראל מאוזנת דיה ואין לשנותה מן היסוד. אציע שם שינוי יחיד שהוא עיגון נציג מהאופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים. בפרק 7 אדון בשתי סוגיות בעלות חשיבות רבה לביקורת חוקתית: זכות העמידה לפני בית המשפט, כלומר מי רשאי להביא לפניו עתירה חוקתית; וסוגיית השפיטות – האם יש סוגיות חוקתיות שמהן על בית המשפט למשוך את ידיו. אטען שם שאין מקום לשינויים חוקתיים בסוגיות אלו. פרק 8 יסכם ויציג את ההמלצות העיקריות של המחקר.

## ביקורת חוקתית: התפתחות ודגמים

ביקורת חוקתית היא בקצרה הליך לבחינת התאמתה של חקיקה לחוקה ולהוראותיה, והקביעה השיפוטית כי חקיקה שאינה עומדת בקנה אחד עם הוראות החוקה – אינה חוקתית ובטלה.<sup>59</sup> כלומר ביקורת חוקתית היא מכשיר שמגביל את שיקול הדעת ואת מרחב הפעולה של מקבלי ההחלטות הפוליטיים, בייחוד בכל הנוגע לזכויות ולחירויות יסוד המוגנות בחוקה.<sup>60</sup> הביקורת החוקתית מרחיבה את רעיון החוקתיות – שלפיו העליונות של החוקה מגבילה את הממשל – מעבר לתחומי המשפט הציבורי אל עבר תחומי המשפט הפלילי, האזרחי והמינהלי,<sup>61</sup> ובמובנים אלה ביקורת חוקתית מרכזית לרעיון של החוקתיות החדשה (neo-constitutionalism).<sup>62</sup>

59 בלועזית משמשים מגוון של מונחים לתיאור ביקורת חוקתית: "Judicial Review", "Constitutional Review", "Judicial Control of Marie-Luce Paris, *Setting the Scene: Elements of Constitutional Theory and Methodology of The Research*, in RIGHTS-BASED CONSTITUTIONAL REVIEW: CONSTITUTIONAL COURTS IN A CHANGING LANDSCAPE 1, 2-3 (John Bell & Marie-Luce Paris eds., Edward Elgar Publishing, 2016)

60 לשאלת יעילותם של מכשירים כגון ביקורת חוקתית ראו Julianne Kokott & Martin Kaspar, *Ensuring Constitutional Efficacy*, in THE OXFORD HANDBOOK ON COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 796, 805 (Michel Rosenfeld & András Sajó eds., Oxford University Press, 2012)

61 ANDRÁS SAJÓ, *LIMITING GOVERNMENT: AN INTRODUCTION TO CONSTITUTIONALISM* 243 (Central European University Press, 1999)

62 Alec Stone Sweet, *Constitutions and Judicial Power*, in COMPARATIVE POLITICS 217-239, 221 (Daniele Caramani ed., Oxford University Press, 2008). לפי החוקתיות החדשה תפיסת המשפט – זיהויו והחלתו – מחייבת חשיבה מחדשת לנוכח מרכזיותן של זכויות יסוד מאז סיומה של מלחמת העולם השנייה. ראו Tecla Mazzaresse, *Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism*, 6(2) ASSOCIATIONS – JOURNAL FOR LEGAL AND SOCIAL THEORY 233-260 (2002); Juan Cianciardo, *Neoconstitutionalism, Rights, and Natural Law*, 6 JOURNAL OF CIVIL LAW STUDIES (2013). אף שהמונח חוקתיות חדשה ("נאור-חוקתיות") משמש בהקשרים רבים ושונים, אפשר לזהות שלושה מאפיינים עיקריים שלו: שיח שיטתי של זכויות; השפיטות של הפוליטיקה; גלובליזציה של חוקתיות. ראו Mauro Barberis, *Nuovo costituzionalismo, democrazia costituzionale e*

אחרי מלחמת העולם השנייה, ובייחוד בגל הדמוקרטיזציה השלישי שהחל בשנות השבעים של המאה ה־20,<sup>63</sup> נפוצו בתי משפט חוקתיים ברחבי העולם וככלל עלה כוחם של בתי המשפט בהשוואה לרשויות השלטון האחרות.<sup>64</sup> לשם המחשה, בשנת 1910 פחות מרבע מהחוקות הקיימות כללו סמכות כלשהי לביקורת שיפוטית, ואילו כמאה שנים מאוחר יותר, בשנת 2008, 158 מתוך 191 חוקות הסמיכו מפורשות גופים שיפוטיים להגן על החוקה ועל הוראותיה מפני הפרות, גם מצד המחוקק.<sup>65</sup> כלומר כיום סמכות זו מוכרת בדמוקרטיות מפותחות, בדמוקרטיות מתפתחות וגם במדינות שאינן דמוקרטיות.<sup>66</sup> מגמה זו היא שהובילה את פרופ' מרטין שפירו לשאול "מדוע אנשים כה רבים, בחלקים

---

110 לסקירה היסטורית של *pluralismo dei valori*, 2 TEORIA POLITICIA 189–203 (2012).  
 Herman Belz, *Changing Conceptions of the Role of the Courts in the Era of World War II and the Cold War*, 59(3) CONSTITUTIONALISM IN THE ERA OF WORLD WAR II AND THE COLD WAR 640 (1972)

63 לפי סמואל האנטינגטון, גל הדמוקרטיזציה הראשון החל בשנות העשרים של המאה ה־19, וגל הדמוקרטיזציה השני החל עם תום מלחמת העולם השנייה. ראו Samuel P. Huntington, *Democracy's Third Wave*, 2(2) JOURNAL OF DEMOCRACY 12 (1991)

64 Mauro Cappelletti, *The Expanding Role of Judicial Review in Modern Societies*, in THE ROLE OF COURTS IN SOCIETY 79 (Shimon Shetreet ed., Brill Archive, 1988); C. NEAL TATE & TORBJÖRN VALLINDER (eds.), THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER (New York University Press, 1995)  
 על הגל של אימוץ ביקורת חוקתית בעולם ראו גם Doreen Lustig & J. H. H. Weiler, *Judicial Review in the Contemporary World: Retrospective and Prospective*, 16(2) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 315, 325 (2018)

65 Tom Ginsburg, *The Global Spread of Constitutional Review*, in OXFORD HANDBOOK OF LAW AND POLITICS 81 (Keith Whittington, R. Daniel Kelemen & Gregory A. Caldeira eds., Oxford University Press, 2008)

66 על ביקורת שיפוטית במדינות ערב ראו לחשל Nathan J. Brown, *Judicial Review and the Arab World*, 9(4) JOURNAL OF DEMOCRACY 85 (1998); NATHAN J. BROWN, CONSTITUTIONS IN A NONCONSTITUTIONAL WORLD: ARAB BASIC LAWS AND THE PROSPECTS FOR ACCOUNTABLE GOVERNMENT 143–160 (SUNY Press, 2012)

רבים כל כך בעולם, מעבירים חלק כה ניכר מהמשילות (governance) שלהם לשופטים?<sup>67</sup>.

ההסברים לעליית כוחם של בתי משפט והצורך בביקורת שיפוטית רבים ומגוונים.<sup>68</sup> את העלייה בביקורת השיפוטית חוקרים מקשרים בין היתר לצורך למצוא מנגנון בוררות שיחול במערכת היחסים בין המדינות לפדרציה במשטר פדרלי; לצורך בגוף שיפקח על עבודת הרשויות בכלל המדינה כדי לשמור על מערכת נאותה של הפרדת רשויות;<sup>69</sup> לנדידה של הרעיון החוקתי בין מדינות או לתגובה להתפתחויות חוקתיות במדינות אחרות;<sup>70</sup> לניסיון של הגמוניות לשמור על כוחן באמצעות בתי משפט (hegemonic entrenchment);<sup>71</sup> להיותה תוצר של

Martin Shapiro, *The Success of Judicial Review*, in CONSTITUTIONAL DIALOGUES IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 193, 218 (Sally Kenney, William M. Reisinger & John C. Reitz eds., Palgrave, 1999) 67

David Landau, *Substitute and Complement Theories of Judicial Review*, 92 INDIANA LAW JOURNAL 1283 (2017); Steven G. Calabresi, *The Origins and Growth of Judicial Enforcement*, in COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW 83 (Erin F. Delaney & Rosalind Dixon eds., Edward Elgar Publishing, 2018); Steven G. Calabresi, *The Global Rise of Judicial Review Since 1945 (Northwestern Public Law Research Paper No. 18-20)* לבחינה אמפירית שמבקשת להחקות אחר סיבות להקמת בתי משפט חוקתיים ראו Francisco Ramos, *The Establishment of Constitutional Courts: A Study of 128 Democratic Constitutions*, 2(1) REVIEW OF LAW & ECONOMICS 103 (2006) 68

MAURO CAPELLETTI, JUDICIAL REVIEW IN THE CONTEMPORARY WORLD (Bobbs-Merrill, 1970); Martin Shapiro, *The Success of Judicial Review and Democracy*, in ON LAW, POLITICS, & JUDICIALIZATION 149 (Martin Shapiro & Alec Stone Sweet eds., Oxford University Press, 2002); Barry Friedman & Erin Delaney, *Becoming Supreme: The Federal Foundation of Judicial Supremacy*, 111 COLUMBIA LAW REVIEW 1137 (2011) 69

Schor, *לעיל* ה"ש 56, בעמ' 263. על נדידה רעיונות חוקתיים באופן כללי ראו SUNJIT CHOUDHRY (ed.), THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS (Cambridge University Press, 2007) 70

Hirschl, *לעיל* ה"ש 42. 71



תנועות חברתיות ולחצים ציבוריים מקומיים;<sup>72</sup> להיותה תוצאה של השפעות גלובליות ובינלאומיות;<sup>73</sup> לניסיונם של משטרים היברידיים (כלומר לא דמוקרטיים ולא סמכותניים במלואם) להציג חזות מטעה (פסאדה) של דמוקרטיה ליברלית;<sup>74</sup> ולהיותה מנגנון "ביטוח" (insurance) או התחייבות מוקדמת (pre-commitment) של כוחות פוליטיים לזכויות ולאינטרסים מסוימים.<sup>75</sup>

בייחוד על רקע מלחמות העולם והפרות זכויות האדם במאה ה-20, וכלקח מהמשטרים הטוטליטריים שלוו בהפרה של זכויות ובשלילתן, צמחו באירופה בתי משפט חוקתיים שנועדו להגן על זכויות האדם ועל הדמוקרטיה ולמנוע חזרה של זוועות אלו בעתיד.<sup>76</sup> הלקח העיקרי היה שאייאפשר לסמוך על רוב פוליטי שיגן על זכויות האדם ויכבדן, בייחוד כשמדובר בזכויות של מיעוטים קבועים, הנתונות לשרירות ליבו של הרוב. כמו שתיאר פרופ' קריסטוף שונברגר

CHARLES EPP, *THE RIGHTS REVOLUTION: LAWYERS, ACTIVISTS, AND SUPREME COURTS* 72  
IN *COMPARATIVE PERSPECTIVES* (University of Chicago Press, 1998)

HEINZ KLUG, *CONSTITUTING DEMOCRACY: LAW, GLOBALISM, AND SOUTH AFRICA'S* 73  
*POLITICAL REPRESENTATION* (Cambridge University Press, 2000)

ERIC C. IP, *HYBRID CONSTITUTIONALISM: THE POLITICS OF CONSTITUTIONAL* 74  
*REVIEW IN THE CHINESE SPECIAL ADMINISTRATIVE REGIONS* 42 (Cambridge  
University Press, 2019)

TOM GINSBURG, *JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS* 75  
*IN ASIAN CASES* (Cambridge University Press, 2003); George Tridimas,  
*Constitutional Judicial Review and Political Insurance*, 29(1) *EUROPEAN*  
*JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS* 81 (2010); Tom Ginsburg & Mila Versteeg,  
*Why Do Countries Adopt Constitutional Review?*, 30(3) *JOURNAL OF LAW,*  
*ECONOMICS, AND ORGANIZATION* 587 (2014)

Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary* 76  
*Democracy*, 25(1) *WEST EUROPEAN POLITICS* 77, 82 (2002); Stephen Gardbaum,  
*Separation of Powers and the Growth of Judicial Review in Established*  
*Democracies (or Why Has the Model of Legislative Supremacy Mostly*  
*been Withdrawn from Sale?)*, 62(3) *AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW* 613,  
614 (2014); FRANCESCO BIAGI, *THREE GENERATIONS OF EUROPEAN CONSTITUTIONAL*  
*COURTS IN TRANSITION TO DEMOCRACY* 24-27 (Cambridge University Press,  
ALAN DERSHOWITZ, *RIGHTS FROM WRONGS: A SECULAR THEORY OF* 2020.  
לדיון כללי ראו  
*THE ORIGIN OF RIGHTS* (Basic Books, 2004)

(Schönberger), החשיבות שיוחסה לזכויות אדם לאחר הנאציזם הייתה אחת הסיבות העיקריות להקמתו של בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה;<sup>77</sup> או כמו שציין פרופ' מאורו קפלטי (Cappelletti), בתי המשפט החוקתיים בגרמניה ובאיטליה הוקמו כדי למצוא מנגנון הגנה מפני חזרת "הרוע" – זוועות הדיקטטורה ודיכוי זכויות יסוד בידי מחוקקים שפועלים בשירותם של משטרים רודניים.<sup>78</sup> להסבר זה נודעה חשיבות יתרה גם בהקמתם של בתי המשפט החוקתיים במדינות מרכז אירופה ומזרחה בסוף שנות השמונים, שנועדו להבטיח את ההגנה על הדמוקרטיה ואת כיבוד החוקה.<sup>79</sup>

Christoph Schönberger, *The Establishment of Judicial Review in Postwar Germany*, in *THE POLITICAL ORIGINS OF CONSTITUTIONAL COURTS: ITALY, GERMANY, FRANCE, POLAND, CANADA, UNITED KINGDOM* 76, 78–79 (Pasquale Pasquino & Francesca Billi eds., Fondazione Adriano Olivetti, 2009):

The Parliamentary Council started its document with a proclamation of human dignity and a catalogue of human rights. [...] Theirs was a strong reaction to the Nazi period. And they wanted not only to proclaim fundamental rights, but to make them judicially enforceable. [...] They cared less for the problem of the delicate balance between Parliament and the new Court than for the clean and unequivocal break with the Nazi experience.

על ההיסטוריה של הקמת בית המשפט החוקתי הפדרלי הגרמני ראו, Martin Borowski, *The Beginnings of Germany's Federal Constitutional Court*, 16(2) *RATIO JURIS* 155 (2003)

MAURO CAPPELLETTI, *THE JUDICIAL PROCESS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 161 78 (Clarendon Press, 1989):

A pivotal tool for protecting themselves against the return of the evil – the horrors of dictatorship and the consequent trampling on of fundamental rights by legislators subservient to oppressive regimes.

MARTIN SHAPIRO, *COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS* 155 79 (University of Chicago Press, 1981):

[...] the constitutional courts [...] are not expected to be "neutral" but instead to be active instruments for the promotion of the newly established democratic regimes and guardians against any backsliding into earlier antidemocratic political ways.

ברי כי לא כל סיבות הללו מתקיימות בכל מדינה ומדינה, ואחדות מהן מתקיימות רק בחלק מהמדינות, ועדיין נראה כי אלה יחד מסייעות להסביר את העלייה בביקורת השיפוטית המדינתית.<sup>80</sup> ואכן, כמו שתיאר פרופ' ברוס אקרמן (Ackerman), המגמה העולמית ברורה:

הביקורת השיפוטית עברה כברת דרך מאז שנות הארבעים של המאה ה־20, אז גינתה התפיסה הבריטית והקונטיננטלית השלטת ביקורת זו כחידוש אמריקאי ולא דמוקרטי. חמישים שנה מאוחר יותר הצלחות במקומות נבדלים זה מזה כהודו וגרמניה הפכו את בתי המשפט העליוניים למרכיב מובן מאליו בדמוקרטיה הליברלית.<sup>81</sup>

ואכן, בהשוואה לשנת 1946, אז רק 25% מהמדינות בעולם כללו בחוקותיהן מנגנון מפורש כלשהו של ביקורת שיפוטית, בשנת 1951 כבר 38% מחוקות העולם כללו סמכות כזאת, בשנת 2006 – 82%, ובשנת 2011 – 83% מהמדינות כוללות בחוקותיהן מנגנון מפורש של ביקורת שיפוטית. לכן יש להוסיף מדינות כמו ארצות הברית, שם אומצה ביקורת שיפוטית לא מכוח הוראה מפורשת בחוקה, אלא בעקבות פסיקה של בית המשפט, כך שלמעשה שיעור המדינות שבהן בתי משפט מקיימים ביקורת שיפוטית גבוה יותר. בשנת 1946 ב־35%

---

לביקורת החוקתית במדינות מזרח ומרכז אירופה ראו Robert F. Utter & David C. Lundsgaard, *Judicial Review in the New Nations of Central and Eastern Europe: Some Thoughts from a Comparative Perspective*, 54 OHIO STATE LAW JOURNAL 559 (1993); WOJCIECH SADURSKI, CONSTITUTIONAL JUSTICE, EAST AND WEST: DEMOCRATIC LEGITIMACY AND CONSTITUTIONAL COURTS IN POST-COMMUNIST EUROPE IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE (Springer Science & Business Media, 2002); WOJCIECH SADURSKI, RIGHTS BEFORE COURTS: A STUDY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN POSTCOMMUNIST STATES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE (Springer Science & Business Media, 2005)

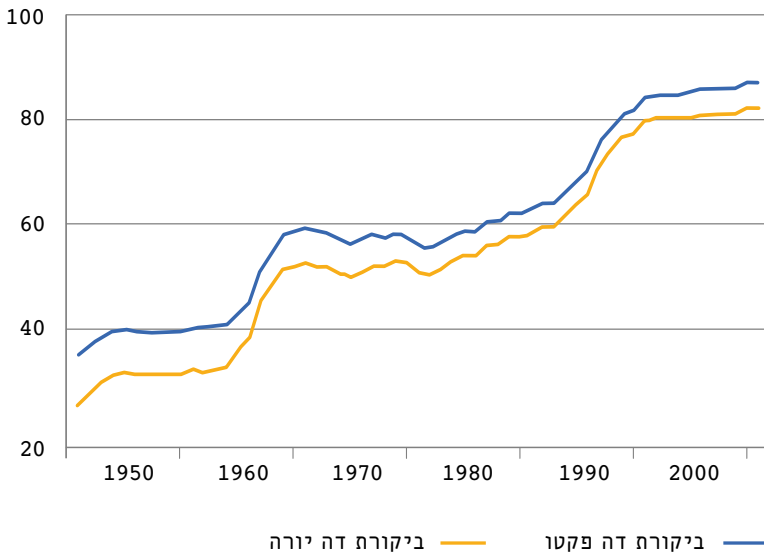
Cheryl Saunders, *Courts with Constitutional Jurisdiction*, in 80 THE CAMBRIDGE COMPANION TO COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 414, 737 (Roger Masterman & Robert Schutze eds., Cambridge University Press, 2019)

BRUCE ACKERMAN, REVOLUTIONARY CONSTITUTIONS: CHARISMATIC LEADERSHIP AND 81 Ackerman, *The Rule of Law* 97 (Harvard University Press, 2019). ראו גם Ackerman, *Rise of World Constitutionalism*, לעיל ה"ש 54 (כל החרגומים שלי אלא אם מצוין אחרת).

מהמדינות התקיימה ביקורת שיפוטית דה יורה (מכוח החוקה) או דה פקטו (גם ללא הוראה מפורשת בחוקה), ובשנת 2006 התקיימה ביקורת כזאת ב-87% מהמדינות (ראו תרשים 2).<sup>82</sup> מכאן עולה שמגוון של פיקוח שיפוטי על חקיקה אינו ייחודי לישראל.

## תרשים 2

מדינות המקיימות ביקורת שיפוטית (דה יורה או דה פקטו) (%)



מקור: David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of* *Global Constitutionalism*, 99 CALIFORNIA LAW REVIEW (2011), בעמ' 1199.

במציאות המודרנית והגלובלית לביקורת שיפוטית-חוקתית יתרונות חשובים: היא מאפיין חשוב של חוקתיות דמוקרטית;<sup>83</sup> היא מרכיב יסודי בממשל תקין

<sup>82</sup> Law & Versteeg, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1199.

<sup>83</sup> לדיון כללי ראו: DAVID ROBERTSON, *THE JUDGE AS POLITICAL THEORIST*: CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL REVIEW (Princeton University Press, 2010)

(good governance) ובשלטון החוק, שלפיו כוח פוליטי כפוף למנגנוני אחריותיות ובלמים משפטיים;<sup>84</sup> היא "השקעה" מוסדית שמאותתת לשחקנים זרים ובינלאומיים על מחויבותו של השלטון לזכויות קניין ובכך מסייעת למשוך השקעות זרות;<sup>85</sup> והיא תנאי בסיסי לקבלה של הערכה גלובלית.<sup>86</sup> ביקורת חוקתית על ידי גופים שיפוטיים היא גם היבט מרכזי בתפקיד הבקרה והאיזון של בתי המשפט, ונעשתה מאפיין דומיננטי של דמוקרטיות ליברליות ולתופעה גלובלית וכמעט אוניברסלית.<sup>87</sup>

Aylin Aydin, *Judicial Independence across Democratic Regimes: 84 Understanding the Varying Impact of Political Competition*, 47(1) LAW & SOCIETY REVIEW 1-5 (2013). בכך נהי משפט עם ביקורת שיפוטית מהפקדים כמכשירים להשגת מה שאודונל מכנה "horizontal accountability":

The existence of state agencies who possess the legal authority and are factually organized and qualified to take actions from routine inspections to legal sanctions, including impeachments, related to acts of omissions by other agents or state agencies that may initially or allegedly be qualified as unlawful.

Guillermo O'Donnell, *Horizontal Accountability in New Democracies*, in THE SELF-RESTRAINING STATE: POWER AND ACCOUNTABILITY IN NEW DEMOCRACIES 29, 38 (Andreas Schedler, Larry J. Diamond & Marc F. Plattner eds., Lynne Rienner Publishers, 1999)

Nuno Garoupa & Maria Maldonado, *The Judiciary in Political 85 Transitions: The Critical Role of U.S. Constitutionalism in Latin America*, 19 CARDOZO JOURNAL OF INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW 592 (2011). על חאוריה של מחן סמכות ביקורת שיפוטית כ"השקעה" ראו Eric C. Ip, *A Positive Theory of Constitutional Judicial Review: Evidence from Singapore and Taiwan*, 2(4) ASIAN JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS art. 5 (2011)

Tom Ginsburg & Robert Kagan, *Introduction: Institutional 86 Approaches to Courts as Political Actors*, in INSTITUTIONS AND PUBLIC LAW: COMPARATIVE APPROACHES 1, 5 (Tom Ginsburg & Robert Kagan eds., Peter Lang, 2005)

C. Neal Tate, *Why the Expansion of Judicial Review?*, in THE 87 GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER 27 (C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder eds., New York University Press, 1995); Albert H.Y. Chen & Miguel Poiaras Maduro, *The Judiciary and Constitutional Review*, in ROUTLEDGE HANDBOOK OF CONSTITUTIONAL LAW 100-101 (Mark Tushnet, Thomas Fleiner &

כשמדובר בביקורת שיפוטית־חוקתית מוכרים ארבעה דגמים עיקריים: ביקורת שיפוטית חזקה ביזורית (הדגם האמריקאי), שלפיה כל בית משפט מוסמך לבקר חקיקה; ביקורת שיפוטית חזקה ריכוזית – בית משפט חוקתי (הדגם הקונטיננטלי), המרכזת את סמכות הביקורת החוקתית בידי מוסד ייעודי; ביקורת שיפוטית חלשה – עליונות של בית המחוקקים (הדגם הקנדי, הדגם הבריטי), המקנה לבית המחוקקים את "המילה האחרונה" באשר להחלטות שיפוטיות; והיעדר ביקורת שיפוטית – ריבונות הפרלמנט, השולל מבתי משפט סמכות לביקורת חוקתית.

## א. ביקורת שיפוטית חזקה ביזורית (הדגם האמריקאי)

הדגם הראשון הוא ביקורת שיפוטית חזקה (strong judicial review) ביזורית, המוכר לעיתים כדגם האמריקאי. חשוב לציין כי החוקה האמריקאית לא קבעה מפורשות סמכות לביקורת שיפוטית, אלא זו נקבעה בפסיקת בית המשפט העליון משנת 1803 בפרשת **מרבורי נ' מדיסון** (Marbury v. Madison)<sup>88</sup>, פסיקה

---

Cheryl Saunders eds., Routledge, 2013); MARK TUSHNET, *ADVANCED INTRODUCTION TO COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 41 (Edward Elgar Publishing, 2014); Georg Vanberg, *Constitutional Actors in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment*, 188 *ANNUAL REVIEW OF POLITICAL SCIENCE* 167 (2015)

88 Marbury v. Madison, 5 U.S (1 Cranch) 137 (1803). פסק דין זה מוזכר כיום כפסק הדין שהמציא את הביקורת השיפוטית, ואולם יש לציין שמדובר כמעט במיחוס. ביקורת שיפוטית הייתה מוכרת היטב באמריקה לפני שניתן פסק הדין, והאבות המייסדים של החוקה האמריקאית הבינו שביח המשפט יבצע את החפקיד כאמור. ראו Jack N. Rakove, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, 49 *STANFORD LAW REVIEW* 1031, 1047 (1997); William M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, 58 *STANFORD LAW REVIEW* 455, 457 (2005); Barry Friedman, *The Myth of Marbury*, in *ARGUING MARBURY V. MADISON* 65 (Mark Tushnet ed., Stanford University Press, 2005); Mary Sarah Bilder,

בעלת חשיבות עצומה שהשפיעה רבות גם על המשפט החוקתי הישראלי.<sup>89</sup> לפי דגם זה, שעליו ארחיב בהמשך, לכל בית משפט – בכל ערכאה שיפוטית – הסמכות לביקורת שיפוטית, כשבראש פירמידת השפיטה ניצב בית המשפט העליון. בדגם זה הביקורת נעשית רק כחלק ממחלוקת משפטית קונקרטיית. החלטה של בית משפט בערכאה נמוכה בעניין חוקתי תחול על הצדדים לדיון בלבד (*inter partes*), ואם בעקבות הערעורים על הערכאות הנמוכות תגיע ההכרעה בשאלה אל בית המשפט העליון, תחול החלטתו בשאלה החוקתית על הכול מכוח עקרון התקדים המחייב.<sup>90</sup>

במאה ה־19 אומץ דגם זה בכמה מדינות באמריקה הלטינית. לאחר שקיבלו הקולוניות הספרדיות עצמאות הן בחנו דגמים חוקתיים, ובעקבות היוקרה של ארצות הברית באזור, נעשה הדגם החוקתי שלה, עם הביקורת השיפוטית, לדוגמה למכוני החוקות ברחבי היבשת.<sup>91</sup> כתוצאה מכך זכה הדגם הביזורי האמריקאי להצלחה רבה באמריקה הלטינית, ובתחילת המאה ה־20 הוא נעשה

*The Corporate Origins of Judicial Review*, 116 YALE LAW JOURNAL 502, 504 (2006)

89 Yoram Rabin & Arnon Gutfeld, *Marbury v. Madison and its Impact on Israeli Constitutional Law*, 15(2) UNIVERSITY OF MIAMI INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW REVIEW 303 (2007); Arnon Gutfeld & Yoram Rabin, *The Judicial Review Controversy: Marbury v. Madison and its Manifestations in the Israeli Constitutional Revolution*, 45 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 191 (2015)

90 Danielle E. Finck, *Judicial Review: The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court*, 20(1) BOSTON COLLEGE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW REVIEW 123, 131–312 (1997)

91 Robert J. Kolesar, *North American Constitutionalism and Spanish America: A Special Lock Ordered by Catalogue which Arrived with the Wrong Instruction and No Keys?* in AMERICAN CONSTITUTIONALISM ABROAD: SELECTED ESSAYS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL HISTORY 41 (George A. Billios ed., Greenwood Press, 1990); Keith S. Rosenn, *The Success of Constitutionalism in the United States and its Failure in Latin America: an Explanation*, 22 THE UNIVERSITY OF MIAMI INTER-AMERICAN LAW REVIEW 4, 24 (1990); Miguel Schor, *Constitutionalism Through the Looking Glass of Latin America*, 41 TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL 1 (2006)

לדגם דומיננטי של ביקורת חוקתית.<sup>92</sup> דגם זה נותר מקובל כיום, ויותר מ-30% מחוקות העולם קובעות שביקורת שיפוטית תתבצע בבית המשפט עליון במסגרת מערכת בתי המשפט הרגילה.<sup>93</sup>

## 1. ביקורת שיפוטית חזקה ריכוזית: בית משפט חוקתי (הדגם הקונטיננטלי)

הדגם השני הוא ריכוזיות של בית משפט חוקתי (הדגם הקונטיננטלי), המפעיל ביקורת שיפוטית חזקה (strong judicial review). לפי דגם זה סמכות הביקורת החוקתית מרוכזת בערכאה שיפוטית מיוחדת, ואינה עומדת ליתר ערכאות השיפוט. כלומר לבית המשפט החוקתי מונופול על הסמכות לביקורת שיפוטית.

מקורו של הדגם בעבודתו של התאורטיקן המשפטי הידוע פרופ' הנס קלזן (Kelsen), שעיבד אותו לפני כמאה שנה עבור הרפובליקה האוסטרית הראשונה בחוקתה משנת 1920 (ראו סעיפים 137-148 לחוקה האוסטרית).<sup>94</sup> שופטים

Charles Grove Haines, *Some Phases of the Theory and Practice of Judicial Review of Legislation in Foreign Countries*, 24(3) THE AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 583 (1930). על המערכת המעורבת כיום של ביקורת שיפוטית במדינות אמריקה הלטינית ראו Samantha Lalisan, *Classifying Systems of Constitutional Review: A Context-Specific Analysis*, 5 INDIANA JOURNAL OF CONSTITUTIONAL DESIGN, Article 1 (2020)

Donald L. Horowitz, *Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers*, 17(4) JOURNAL OF DEMOCRACY 125 (2006)

94 קלזן, המשפטן היהודי האוסטרי המפורסם, היה חבר בוועדה שהייתה אמונה על ניסוח החוקה האוסטרית ונחבקש לנסח את פרק החוקה שעסק בביקורת חוקתית. ראו Nicoletta Bersier Ladavac, *Hans Kelsen (1881-1973): Biographical Note and Bibliography*, 9 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 391, 391-392 (1998); Clemens Jabloner, *Kelsen and His Circle: The Viennese Years*, 9 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 368, 374 (1998)



"רגילים", לפי קלזן, אינם צריכים לקבל את הסמכות לבחון את החוקתיות של החקיקה, אלא רק ליישמה. תפיסה זו תואמת את מסורת המשפט האזרחי הנשענת על כתיבתו של מונטסקייה, ולפייה רשויות השלטון נפרדות לגמרי זו מזו ואינן משתפות פעולה זו עם זו או מפקחות זו על זו בעודן מקיימות מערכת של איזונים ובלמים (לפי דגם זה הרשות השופטת היא החלשה שבשלוש הרשויות).<sup>95</sup> כדי לשמר ככל האפשר את ריבונות המחוקק ואת התפיסה המסורתית של הפרדת הרשויות, עיצב קלזן "בית משפט לחוקה" – גוף מיוחד בעל מאפיינים פוליטיים, שאת חבריו ממנה המחוקק, ונועד להכריע בסוגיות חוקתיות (בעיקר אלה הנוגעות לפדרליזם האוסטרי).<sup>96</sup> גוף זה, סבר קלזן, שיהיה נפרד מהמחוקק ועצמאי ממנו, יפעל כמעין "מחוקק שלילי" (negative legislator) ויוכל אף לבטל חקיקה של המחוקק שאינה חוקתית.<sup>97</sup> כלומר, בית המשפט החוקתי ישמש "מגן החוקה".<sup>98</sup>

בניגוד לדגם האמריקאי, ביקורת שיפוטית זו היא לעיתים מופשטת ("אבסטרקטית") או תאורטית: בית המשפט החוקתי אינו פותר סכסוך קונקרטי בין צדדים לדיון משפטי, אלא משיב לשאלה חוקתית שהפנו אליו גופי השלטון, לפני קבלה

95 Mauro Cappelletti, *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of "Constitutional Justice,"* 35 CATHOLIC UNIVERSITY LAW REVIEW 1, 11-14 (1986)

96 Hans Kelsen, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, 4(2) THE JOURNAL OF J. A. C. Grant, *Judicial Review of Legislation* 183, 185-186 (1942); *Legislation under the Austrian Constitution of 1920*, 28 THE AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 670 (1934); Theo Öhlinger, *The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation*, 16(2) RATIO JURIS 206 (2003)

97 Paul Yowell, *The Negative Legislator: On Kelsen's Idea of a Constitutional Court*, in COURTS, POLITICS AND CONSTITUTIONAL LAW: JUDICIALIZATION OF POLITICS AND POLITICIZATION OF THE JUDICIARY 125 (Martin Belov ed., Routledge, 2019)

98 Hans Kelsen, *The Nature and Development of Constitutional Adjudication*, in THE GUARDIAN OF THE CONSTITUTION 22, 44-46 (Lars Vinx ed., Cambridge University Press, 2015)

של חוק או לאחריה.<sup>99</sup> נוסף על הביקורת המופשטת בתי משפט חוקתיים רבים מוסמכים להפעיל גם ביקורת שיפוטית קונקרטית, בדרך כלל בעקבות שאלות חוקתיות שבתו משפט הפנו אליהם במהלך הליך משפטי רגיל שבו התעוררה שאלה חוקתית. במצב זה ההליך הרגיל מושהה עד שיכריע בית המשפט החוקתי בדבר חוקתיות החוק. על בסיס הכרעתו של בית המשפט החוקתי תכריע הערכאה השיפוטית בהליך המשפטי (ראו למשל סעיף 89 לחוקה האוסטרית).<sup>100</sup>

מעניין שלמרות ההבדלים ההיסטוריים והפוליטיים בין ארצות הברית לאוסטריה, יש דמיון מסוים בהתפתחות הדגמים של ביקורת שיפוטית. כך למשל, בשתי המדינות הייתה קיימת מההתחלה סמכות לביקורת שיפוטית בנושאים פדרליים (קרי תביעות מתחרות של חקיקה פדרלית ומדינתית), ובשתיהן סמכות הביקורת השיפוטית התפתחה גם לבחינה של חקיקה פדרלית.<sup>101</sup>

בעקבות אוסטריה אימצו גם מדינות אחרות כגון צ'כסלובקיה (1920), ליכטנשטיין (1921), עיראק (1925) ובעיקר חוק היסוד הגרמני משנת 1949 את הדגם הקלזניאני של ביקורת חוקתית, בשינויים אחדים. בניגוד לאוסטריה, שם הקנה הדגם לבית המשפט החוקתי סמכות שיפוט שמוגבלת לסכסוכים מסוימים, הדגם הגרמני מאפשר תלונה חוקתית, כך שיחידים יכולים לעתור נגד

99 על הביקורת השיפוטית המופשטת, ראו Alec Stone, *The Birth and Development of Abstract Review: Constitutional Courts and Policymaking in Western Europe*, 19 POLICY STUDIES JOURNAL 84 (1990) על ניגוד זה בין הדגמים ראו גם Favoreu, *לעיל* ה"ש 58.

100 ראו Herbert Hausmaninger, *Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany, and Russia*, 12 TULANE EUROPEAN & CIVIL LAW FORUM 25 (1997). בלוקסמבורג למשל בית המשפט החוקתי בוחן חוקים רק בהליך של שאלות חוקתיות שמפנים אליו שופטים רגילים, ואולם בניגוד לשאר המדינות, החלטת בית המשפט כי החוק בטל אינה חלה כולי עלמא והחוק אינה "נמחק" מהסדר החוקתי, אלא היא מחייבת את השופטים לדיון (ובערעור) בלבד. ראו Ján Mazák, *The European Model of Constitutional Review* (Report for the Venice Commission 2006).

101 Stanley L. Paulson, *Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings*, 16(2) RATIO JURIS 223 (2003)

חוקתיותו של דבר חקיקה או פעולה ממשלתית. למנגנון "חדש" זה היה תפקיד חשוב בדמוקרטיזציה של הגישה לבית המשפט החוקתי ולחיצוק תפקידו של בית המשפט כמגן זכויות יסוד חוקתיות, שכן למנגנון העתירה הישירה של יחידים בעניין אי־חוקתיות יתרון כפול: הוא מעודד את האזרחים לפתח מודעות ולא לסבול פגיעה בזכויות מצד הרשויות; והוא מחזק את הדרישה כלפי הרשויות – באמצעות פסיקות בית המשפט – לכבד זכויות ולהגן עליהן. הליך העתירה החוקתית הוא בהקשר זה מנגנון הרתעה לעתיד, ובאמצעותו נשברה המסורת האוטוריטרית וקודמו העקרונות של דמוקרטיה חופשית ששלטון החוק שולט בה.<sup>102</sup>

לגל הראשון של ביקורת חוקתית, שחל לאחר מלחמת העולם הראשונה, התווסף במחצית השנייה של המאה ה־20 גל שני, אחרי נפילת המשטרים הטיריניים בספרד, בפורטוגל וביוון. דגם מוסדי דומה, אך ללא גישה ישירה, אומץ גם באיטליה בחוקתה משנת 1947, עם כינון בית משפט חוקתי, שהחל לפעול בשנת 1956.<sup>103</sup> כך, בעקבות הדגם האוסטרי, הגרמני והאיטלקי, אומצה ביקורת חוקתית בסגנון הקלזניאני ברחבי אירופה, למשל בקפריסין (1960), בטורקיה (1961), במלטה (1964), ביוון (1975), בפורטוגל (1976) ובספרד (1978). בגל השלישי, עם תום המלחמה הקרה, הוקמו בתי משפט חוקתיים גם במדינות הגוש הסובייטי לשעבר.<sup>104</sup>

Jutta Limbach, *The Role of the Federal Constitutional Court*, 53 102  
SMU LAW REVIEW 429, 440 (2000)

Giuseppino Treves, *Judicial Review of Legislation in Italy*, 7 103  
JOURNAL OF PUBLIC LAW 345 (1958); Giovanni Cassandro, *The Constitutional Court of Italy*, 8 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 1 (1959); Vincenzo Vigoriti, *Italy: The Constitutional Court*, 20 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 404 (1972); Alessandro Pizzorusso, Vincenzo Vigoriti, & G. L. Certoma, *The Constitutional Review of Legislation in Italy*, 56 TEMPLE LAW QUARTERLY 503 (1983). בפסק דין מהעת האחרונה בעניין חוקי בחירות (Decision no. 1/2014) הקל בית המשפט החוקתי את הגישה אליו באופן שמזכיר גישה ישירה. ראו Antonia Baraggia & Luca Pietro Vanoni, *The Italian Electoral Law Saga: Judicial Activism or Judicial Subsidiarity?* (STALS Research Paper 2/2017). אני מודה לפרופ' Pietro Faraguna על ההפניה.

104 ראו Ginsburg & Versteeg, *לעיל* ה"ש 75, בעמ' 589–592. ראו גם Alec Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why It*

גרסה אחרת של ביקורת שיפוטית ריכוזית היא זו שנקבעה בחוקה הצרפתית בשנת 1958 ומשם נדדה לקולוניות צרפתיות אחרות. לפי גרסה זו הוקמה מועצה חוקתית (*Conseil Constitutionnel*) שמטרתה בחינה חוקתית של חקיקה לפני שהליך החקיקה הושלם ("ביקורת חוקתית מקדמית"). עם הזמן התפתח הדגם הצרפתי, ושינויים חוקתיים משנות 2008 הרחיבו את סמכות המועצה החוקתית גם לביקורת שיפוטית מאוחרת, אחרי שחקיקה נתקבלה ופורסמה, באופן שמקרב את הדגם לזה הגרמני.<sup>105</sup>

## ג. ביקורת שיפוטית חלשה: עליונות של בית המחוקקים (הדגם הקנדי, הדגם הבריטי)

הדגם השלישי הוא ביקורת שיפוטית חלשה (*weak judicial review*).<sup>106</sup> דגם זה, המקובל בקנדה, בבריטניה וביחידות המדיניות ברמה התת־פדרלית באוסטרליה,

למחקר השוואתי *May Not Matter*, 101 MICHIGAN LAW REVIEW 2744 (2002–2003).  
עדכני המשווה את שלושת "גלי" הביקורת השיפוטית ראו BIAGI, לעיל ה"ש 76.

Otto Pfersmann, *Concrete Review as Indirect Constitutional Complaint in French Constitutional Law: A Comparative Perspective*, 6 EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW 235 (2010); Federico Fabbrini, *Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of a Posteriori Constitutional Review of Legislation*, 9(10) GERMAN LAW JOURNAL 1297 (2008). על ההתנגדות המסורתית לביקורת שיפוטית על חוקים כמו שהשתקפה אצל הוגי הדעות הצרפתיים, ועל התפתחות החפיסה הצרפתית ומנגנון הביקורת השיפוטית בצרפת, ראו קלוד קליין "ביקורת על חוקתיותם של חוקים בצרפת" עיוני משפט ב 711 (תשל"ב-תשל"ג); קלוד קליין "ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים בצרפת: התפתחויות חדשות" עיוני משפט ה 60 (תשל"ו-תשל"ז).

Mark Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, 106 MICHIGAN LAW REVIEW 2781, 2781–2802 (2003); MARK TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (2008). ראו גם Janet L. Hiebert, *New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?* 82 TEXAS LAW REVIEW 1963 (2004); STEPHEN GARDBAUM, THE NEW

שונה מדגם הביקורת השיפוטית האמריקאית בכך שהוא מפריד בין ביקורת שיפוטית ובין עליונות שיפוטית בהקנותו למחוקק את ה"מילה האחרונה".<sup>107</sup> כך למשל, כתב הזכויות והחירויות של קנדה (הצ'רטר הקנדי – Canadian Charter of Rights and Freedoms) נותן לבתי המשפט את הסמכות לבטל חקיקה שפוגעת בזכויות מוגנות (לפי הדגם האמריקאי), ובה בעת סעיף 33 כולל "פסקת התגברות" המאפשרת למחוקק לחוקק חוק "על אף" זכויות אלה, כלומר להתגבר על ההגבלה החוקתית.<sup>108</sup> בקנדה, בחינתה של הפגיעה בזכויות יסוד מצויה בעיקרה בסמכותה של הרשות המבצעת, מה שאינו מותיר מקום רב לבחינה חוקתית עצמאית של הפרלמנט.<sup>109</sup> כחלק מהליך החקיקה באחריותו של שר המשפטים לוודא כי הצעת חוק ששר מהממשלה מציג לבית הנבחרים אינה מפרה התחייבות להגנה על זכויות מוגנות.<sup>110</sup>

בבריטניה מערכת המשפט אינה יכולה לבטל חקיקה של הפרלמנט, אבל בית המשפט מוסמך להכריז על אי-התאמה (declaration of incompatibility) של חקיקה עם האמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR – European Convention on

---

COMMONWEALTH MODEL OF CONSTITUTIONALISM: THEORY AND PRACTICE (Cambridge University Press, 2013); SCOTT STEPHENSON, FROM DIALOGUE TO DISAGREEMENT IN COMPARATIVE RIGHTS CONSTITUTIONALISM (Federation Press, 2016)

Rosalind Dixon, *Weak-form Judicial Review and American Exceptionalism*, 32(3) OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 487 (2012); James B. Kelly & Matthew A. Hennigar, *The Canadian Charter of Rights and the Minister of Justice: Weak-form Review within a Constitutional Charter of Rights*, 10(1) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 35 (2012); Sujit Choudhry, *The Commonwealth Constitutional Model or Models?* 11 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 1094 (2013)

Tsvi Kahana, *Understanding the Notwithstanding Mechanism*, 52 UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL 221 (2002)

Janet L. Hiebert, *Rights-Vetting in New-Zealand and Canada: Similar Idea, Different Outcomes*, 3 NEW ZEALAND JOURNAL OF PUBLIC & INTERNATIONAL LAW 63, 92 (2005)

110 ראו סעיף 3 למגילת הזכויות הקנדית וסעיף 4 לחוק משרד המשפטים (Department of Justice Act). להרחבה ראו למשל Janet Hiebert, *CONFLICT: WHAT IS PARLIAMENT'S ROLE?* 3-20 (McGill-Queen's University Press, 2002)

Human Rights) שאומצה אל הדין הבריטי הפנימי בחוק זכויות האדם משנת 1998 (Human Rights Act). חוק זה נהפך לאבן הפינה של החוקה הבריטית,<sup>111</sup> ומהפרלמנט מצופה שבעקבות הכרזה שיפוטית על אי-התאמה הוא ישנה את החקיקה.<sup>112</sup> יצוין כי בהתאם לחוק זכויות האדם על החקיקה להיות מפורשת ככל האפשר ולעלות בקנה אחד עם האמנה האירופית לזכויות אדם. עוד נקבע בחוק כי יש להקים ועדה פרלמנטרית לזכויות אדם (Joint Committee on Human Rights) שתייעץ לפרלמנט בדבר הלימתן של הצעות חוק עם הוראות האמנה האירופית. בניגוד לביקורת השיפוטית המקדמית החזקה כמו בצרפת, כאן מדובר על בחינה חוקתית מקדמית פרלמנטרית בשלב החקיקה. מחקרים מלמדים כי דוחות הוועדה הביאו פעמים רבות לידי שינויים בחקיקה המוצעת, וכי עבודתה תרמה תרומה ניכרת להתאמה טובה יותר של הצעות חוק להוראות האמנה האירופית (ECHR).<sup>113</sup> כלומר, בהסדר זה, את היעדר הביקורת השיפוטית החזקה מאזנת ביקורת חוקתית פרלמנטרית ממוקדת, שיטתית ומקצועית כחלק מהליך החקיקה. יתרונו של הדגם בפשרה שהוא יוצר בין שני הדגמים המסורתיים: עליונות הפרלמנט, לפי המסורת הבריטית; ומנגנון של ביקורת שיפוטית חלשה שכן אינה מחייבת. השילוב מקנה לבית המשפט אחריות

111 VERNON BOGDANOR, *THE NEW BRITISH CONSTITUTION* 62 (Hart, 2009)

112 לניחוח כללי ראו AILEEN KAVANAGH, *CONSTITUTIONAL REVIEW UNDER THE UK HUMAN RIGHTS ACT* (Cambridge University Press, 2009)

113 להרחבה ראו David Kinley, *Human Rights Scrutiny in Parliament: Westminster Set to Leap Ahead*, 10 PUBLIC LAW REVIEW 252 (1999); David Feldman, *Can and Should Parliament Protect Human Rights?* 10(4) EUROPEAN PUBLIC LAW 635 (2004); Francesca Klug & Keir Starmer, *Standing Back from the Human Rights Act: How Effective Is It Five Years On?*, (Winter) PUBLIC LAW 716, 718 (2005); Janet L. Hiebert, *Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR Help Facilitate a Culture of Rights?*, 4 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 1 (2006); Dawn Oliver, *The "Modernization" of The United Kingdom Parliament? in THE CHANGING CONSTITUTION* 161, 169 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 6<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, 2007); Michael C. Tolley, *Parliamentary Scrutiny of Rights in the United Kingdom: Assessing the Work of the Joint Committee on Human Rights*, 44(1) AUSTRALIAN JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE 41 (2009)

לבחינת הלימתה של חקיקה עם זכויות מוגנות, ובה בעת שומר על סמכות המחוקקים לתת את המילה האחרונה.<sup>114</sup>

## ד. היעדר ביקורת שיפוטית: ריבונות הפרלמנט

הדגם הרביעי הוא ריבונות הפרלמנט. בדגם זה לבית המשפט אין סמכות לביקורת שיפוטית, והעיקרון השלט הוא ריבונות או עליונות הפרלמנט. דגם זה, של היעדר ביקורת שיפוטית, מצוי במדינות מעטות, והדוגמאות המובהקות הן הולנד וניו זילנד. חוקת הולנד משנת 1815 קובעת, החל משנת 1848, איסור על ביקורת חוקתית: סעיף 120 לחוקה קובע כי בית המשפט לא יבחן את חוקתיותם של חוקי הפרלמנט.<sup>115</sup> עם זאת, המערכת החוקתית ההולנדית מקנה מקום מרכזי למשפט הבינלאומי. סעיף 94 של החוקה דורש משופטים שלא להחיל חקיקה לאומית כשזו סותרת אמנות בינלאומיות או החלטות מחייבות של מוסדות בינלאומיים. כחלק מיישום ההוראה החוקתית בתי המשפט מעמידים

Jeffrey Goldsworthy, *Homogenizing Constitutions*, 23 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 483, 484 (2003) 114

De Grondwet, 1815, art. 120 (Netherlands) 115  
 בחיפוף משנת 1983, קובע: "The constitutionality of acts of parliament and treaties shall not be reviewed by the courts" ראו Gerhard van der Schyff, *The Prohibition on Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands in Critical Perspective: The Case and Roadmap for Reform*, 21 GERMAN LAW JOURNAL 884, 886 (2020). על ביקורת שיפוטית בהולנד ראו: Maurice Adams & Gerhard van der Schyff, *Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy?* 66 ZAÖRV 399 (2006); J. Uzman, T. Barkhuysen, & M. L. van Emmerik, *The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?*, 14(3) ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (2010); Jurgen C.A. de Poorter, *Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility*, 9(2) UTRECHT LAW REVIEW 89, 101 (2013); Rob van Gestel, *The "Deparliamentarisation" of Legislation: Framework Laws and the Primacy of the Legislature*, 9(2) UTRECHT LAW REVIEW 106 (2013)

לבחינה מחמירה פעולות של הרשות המבצעת וגם חקיקה של הפרלמנט אל מול זכויות יסוד באופן שדומה לביקורת שיפוטית חזקה. את הבחינה הזאת עושים כל בתי המשפט בהולנד (גם בערכאה נמוכה).<sup>116</sup> בנוסף, בסעיף 90 לחוקה יש דגם ייחודי, שבמסגרתו נקבעה חובה חוקתית 'לקידום הפיתוח של הסדר הבינלאומי'. אם קוראים את סעיף 120 ביחד עם סעיפים 90-94, הדגם שעולה מחוקת הולנד הוא דגם הפוך מזה של ריבונות הפרלמנט.

בניו זילנד סעיף 4 לחוק מגילת זכויות האדם (New Zealand Bill of Rights Act) משנת 1990 קובע מפורשות ששום בית משפט אינו מוסמך לקבוע כי הוראת חוקה אינה תקפה או אינה ישימה משום שאינה עומדת בקנה אחד עם הוראות המגילה. ואולם סעיף 6 מוסיף וקובע כי כאשר יש להוראת חוק כמה אפשרויות פרשניות, יש לפרש את החוק באופן שהולם את הזכויות ואת החירויות המוגנות במגילה.<sup>117</sup> בניו זילנד, לאור העיקרון של ריבונות הפרלמנט, הושם אפוא הדגש לא על בתי המשפט, אלא על הגופים הפוליטיים האחראים לבחון את ההתאמה של חקיקה עם חוק זכויות האדם.<sup>118</sup> כך סעיף 7 למגילה מחייב את היועץ המשפטי לממשלה לבחון אם החקיקה המוצעת מתאימה לזכויות האדם ובמקרים של אי התאמה לדווח לפרלמנט.<sup>119</sup> עוד יצוין שעל אף שהמגילה אינה מציינת סעד של

116 אני מודה לפרופ' Sofia Ranchordás על הערה זו בדבר אמנוה בינלאומיות. ראו גם Jerfi Uzman, *Changing Tides: The Rise (and Fall?) of Judicial Constitutional Review in the Netherlands*, in *THE DUTCH CONSTITUTION BEYOND 200 YEARS: TRADITION AND INNOVATION IN A MULTILEVEL LEGAL ORDER* 257, 263-265 (Giuseppe Franco Ferrari, Reijer Passchier & Wim Voermans eds., Eleven International Publishing, 2018)

117 על מתן סמכות לבתי משפט לפרש חקיקה באופן העולה בקנה אחד עם זכויות מוגנות במקום הקנייה סמכות בטלות של חקיקה ראו Scott Stephenson, *Against Interpretation as an Alternative to Invalidation*, 48 *FEDERAL LAW REVIEW* 46 (2020)

118 James B. Kelly, *Judicial and Political Review as Limited Insurance: The Functioning of the New Zealand Bill of Rights Act in "Hard" Cases*, 49(3) *COMMONWEALTH & COMPARATIVE POLITICS* 295, 304 (2011)

119 ראו לחשל Walter Iles CMG, QC, *New Zealand Experience of Parliamentary Scrutiny of Legislation*, 12(3) *STATUTE LAW REVIEW* 165 (1991); Paul Fitzgerald, *Section 7 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990: A Very Practical Power or a Well-intentioned Nonsense*, 22



הכרזת אי-התאמה, בית המשפט העליון של ניו זילנד קבע בשנת 2018 כי הכרזה על סתירה נובעת ממבנה מגילת הזכויות ומתחולתה על הרשויות המחוקקת והשופטת וכי הכרזה כאמור, המצויה בסמכותו של בית המשפט, אינה פוגעת בסמכותו של הפרלמנט לחוקק את החוק ואינה משפיעה על זכויות משפטיות.<sup>120</sup> כדי לחזק את ההגנה על זכויות האדם, ממשלת ניו זילנד הגישה לאחרונה הצעת חוק שנועדה להסמיך את בתי המשפט הגבוהים של המדינה להכריז על אי התאמה של חקיקה מקומית עם שני חוקי זכויות האדם המרכזיים.<sup>121</sup>

בדגם זה אפשר לכלול באופן מעשי (אך לא מוחלט) את המדינות הנורדיות, שאינן נותנות תפקיד מרכזי לבתי המשפט בכלל ולביקורת משפטית בפרט.<sup>122</sup> כך בדנמרק החוקה אינה קובעת סמכות לביקורת שיפוטית, אבל בדומה לארצות הברית סמכות זו נקבעה בפסיקה של בית המשפט העליון כבר בשנת 1921. עם זה, רק בשנת 1999 בוטל לראשונה חוק של הפרלמנט משום שסתר את החוקה.<sup>123</sup> בשוודיה ובפינלנד החוקות קובעות את "כלל ההפרה הברורה" (clear mistake)

VICTORIA UNIVERSITY OF WELLINGTON LAW REVIEW 135 (1992); Grant Huscroft, *The Attorney General's Reporting Duty*, in RIGHTS AND FREEDOMS: THE NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS 215 (Paul Rishworth, Grant Huscroft, Scott Optican & Richard Mahoney eds., Brookers, 2003)

על Attorney-General v. Arthur William Taylor, [2018] NZSC 104 120 פסק דין זה ראו Leonid Sirota, *Breaking the Silence: New Zealand's Courts and Parliament after Attorney-General v Taylor*, 30 PUBLIC LAW REVIEW 13 (2019). אבקש להודות למתן גולדבלט שהפנה את תשומת ליבי לפסק דין זה.

New Zealand Bill of Rights (Declarations of Inconsistency) 121 Amendment Bill. בחודש מאי 2020 עברה הצעת החוק בקריאה ראשונה. אני מודה לפרופ' Dean Knight שהפנה אותי להצעת חוק זו.

על ביקורת שיפוטית במדינות הנורדיות ראו Andreas Follesdal & Marlene Wind, *Introduction: Nordic Reluctance towards Judicial Review under Siege*, 27(2) NORDISK TIDSSKRIFT FOR MENNESKERETTIGHETER 131 (2009); Eivind Smith, *Judicial Review of Legislation*, in THE NORDIC CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE AND CONTEXTUAL STUDY 107 (Helle Krunke & Björg Thorarensen eds., Hart Publishing, 2018)

Jens Elo Rytter & Marlene Wind, *In Need of Juristocracy? The Silence of Denmark in the Development of European Legal Norms*, 9 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 470 (2011)

(rule), שלפיו כשדבר חקיקה אינו חוקתי מעבר לכל ספק סביר, בית משפט רשאי שלא להחילו לשם הכרעה בסכסוך המשפטי.<sup>124</sup> בשוודיה רק בשנת 1996 קבע בית המשפט לערעורים שהוראת חוק אינה חוקתית בשל סתירה ברורה (evident conflict) עם החוקה, ובשנת 2000 קבע בית המשפט העליון שהוראת חוק אינה חוקתית. בפנילנד, מאז רפורמה חוקתית מקיפה בשנת 2000, ביקורת שיפוטית של חקיקה אפשרית. סעיף 106 לחוקה קובע כי: "אם החלתו של חוק בסוגיה הנדונה בבית משפט תסתור בבירור את החוקה, יעדיף בית המשפט את הוראות החוקה".<sup>125</sup> מאז שנת 2004 הפעילו בתי משפט סעיף זה רק פעמים אחדות, ובסך הכול לביקורת השיפוטית של בתי המשפט תפקיד קטן בבחינת החוקתיות של חוקי הפרלמנט.<sup>126</sup> נורווגיה ואיסלנד אולי חריגות בהקשר הנורדי. בנורווגיה ביקורת שיפוטית מוכרת מאז כינון החוקה בשנת 1814 (הוספה לחוקה מפורשות בשנת 2014), ופעמים אחדות מאז הוכרז כי חוקי פרלמנט אינם חוקתיים

Kungörelse (Instrument of Government) Chapter 11, Article 14 124  
(Sweden) (1974):

If a court or other public body finds that a provision conflicts with a rule of fundamental law or other superior statute, or finds that a procedure laid down in law has been disregarded in any important respect when the provision was made, the provision shall not be applied. If the provision has been approved by the Riksdag or by the Government, however, it shall be waived *only if the error is manifest*.

(ההדגשה שלי).

Suomen perustuslaki, (Constitution Act of Finland) Section 106 125  
(1999):

If, in a matter being tried by a court of law, the application of an Act would be in evident conflict with the Constitution, the court of law shall give primacy to the provision in the Constitution.

Veli-Pekka Hautamäki, *Reasons for Saying: No Thanks!* 126  
*Analysing the Discussion about the Necessity of a Constitutional Court in Sweden and Finland*, 10(1) ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 4  
(2006); JAAKKO HUSA, *THE CONSTITUTION OF FINLAND: A CONTEXTUAL ANALYSIS*  
186-187 (Hart Publishing, 2011)

ובטלים.<sup>127</sup> באיסלנד ביקורת שיפוטית מוכרת ונחשבת חלק מהשיטה החוקתית, ומאז 2002 יש בממוצע בכל שנה מקרה וחצי של ביטול חקיקה.<sup>128</sup> כמו שאפרט בפרק הבא, המדינות הנורדיות אימצו, כמעין תחליף לביקורת שיפוטית, מנגנוני ביקורת חוקתית כחלק מהליך החקיקה.<sup>129</sup>

מסקירה זו עולה כי אף שמנגנון הביקורת השיפוטית נפוץ ברחבי העולם, בוודאי במדינות דמוקרטיות, הדגמים לביקורת שונים ומגוונים.<sup>130</sup> הבחירה איזה דגם של ביקורת חוקתית לאמץ נובעת מסיבות שונות, בעיקר שיטת המשפט (לאיזו "תרבות" או "משפחה" שיטת המשפט שייכת), קיומו של עבר אוטוריטרי והדינמיקה של התחרות הפוליטית.<sup>131</sup> אך בטרם נבחן את הדגם הראוי לישראל, תחילה נבחן את עצם הצורך בביקורת שיפוטית בישראל, ונסביר מדוע בתנאים הקיימים אין לוותר עליה.

127 להרחבה ראו ANINE KIERULF, *JUDICIAL REVIEW IN NORWAY: A BICENTENNIAL DEBATE* (Cambridge University Press, 2019)

Ragnhildur Helgadóttir, *Status Presents: Judicial Review in Iceland*, 27 NORDISK TIDSSKRIFT FOR MENNESKERETTIGHETER 185 (2009); Ragnhildur Helgadóttir, *Nonproblematic Judicial Review: A Case Study*, 9 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 532 (2011)

129 להרחבה ראו יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" *משפט ואדם – משפט ועסקים* יד 199, 213–229 (תשע"ב–2012).

130 יש גם דגמים משולבים. בשווייץ, למשל, קיימת ביקורת חוקתית מפוחתת עם חריג אחד: חוקים פדרליים שאינם לבחינה חוקתית. ראו Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 1999, art. 189(4): "Acts of the Federal Assembly or the Federal Council may not be challenged in the Federal Supreme Court. Exceptions may be provided for by law" כלומר, בחי משפט מיישמים חוקים פדרליים גם אם הם אינם חוקתיים. פרט לחריג זה כל דברי החקיקה המדינתיים, בין שהם נחקקו ברשויות הפדרליות, בקנטונים או ברשויות המקומיות, כפופים לביקורת חוקתית. במילים אחרות החוקה השוויצרית משלבת ביקורת שיפוטית חזקה עם היעדר ביקורת חוקתית. ראו Pascal Mahon, *Judicial Federalism and Constitutional Review in the Swiss Judiciary*, in SWISS PUBLIC ADMINISTRATION: MAKING THE STATE WORK SUCCESSFULLY 137 (Andreas Ladner, Nils Soguel, Yves Emery, Sophie Weerts & Stéphane Nahrath eds., Palgrave Macmillan, 2019)

131 ראו Pablo Castillo-Ortiz, *Constitutional Review in the Member States of the EU-28: A Political Analysis of Institutional Choices*, 47(1) JOURNAL OF LAW & SOCIETY 87 (2020)

## האם אפשר לוותר בישראל על ביקורת שיפוטית?

כמו שראינו בפרק הקודם, רק במדינות אחדות אין לבית המשפט סמכות לביקורת שיפוטית, ולדעתי גם בישראל אסור לנטוש רעיון זה. בישראל ביקורת שיפוטית על ידי הרשות השופטת הכרחית, בוודאי לנוכח מאפייניהם של התרבות והחברה, הבעיות הקשות שהחברה הישראלית מתמודדת עימן לרבות דת ומדינה, זכויות מיעוט ומלחמה בטרור, ובייחוד החסרונות המוסדיים של השיטה הישראלית – היעדר חוקה נוקשה והיעדר מערכת נוקשה של איזונים ובלמים.

יובהר. מאז תחילת שנות האלפיים גם חוקרים ליברלים ביקרו את הרעיון של ביקורת חוקתית על ידי בתי משפט.<sup>132</sup> עם זאת, כמו שיפורט להלן, מהחלה על ישראל של אחת התאוריות העכשוויות החשובות ביותר המתנגדות לביקורת שיפוטית – זו של פרופ' ג'רמי וולדרון (Waldron) – אין עולה שבתנאים השוררים בישראל היום ביקורת שיפוטית אינה מוצדקת.<sup>133</sup>

התנגדותו של וולדרון לביקורת שיפוטית מבוססת על התפיסה כי את המחלוקות באשר להיקף הזכויות ועוצמתן הציבור (או נציגיו) צריך להכריע בהליך דמוקרטי, מכוח ההכרה בזכותו היסודית של כל אדם להשתתף באופן שווה בהליך קבלת ההחלטות בדבר היקפן ועוצמתן ומידת ההגנה עליהן בנסיבות נתונות. עמדתו

132 ראו למשל MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (Princeton University Press, 1999); LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* (Oxford University Press, 2004); MARK TUSHNET, *TAKING BACK THE CONSTITUTION: ACTIVIST JUDGES AND THE NEXT AGE OF AMERICAN LAW* (Yale University Press, 2020). לגישה דומה בבריטניה הקוראת להעדפת "חוקתיות פוליטית" (political constitutionalism) על פני חוקתיות משפטית (legal constitutionalism) ראו RICHARD BELLAMY, *POLITICAL CONSTITUTIONALISM: A REPUBLICAN DEFENCE OF THE CONSTITUTIONALITY OF DEMOCRACY* (Cambridge University Press, 2007); Graham Gee & Gregoire Webber, *What is a Political Constitution?*, 30(2) OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 273 (2010).

133 חלק זה התפרסם כיניב רוזנאי "וולדרון בירושלים" פורום עיוני משפט מד (חשפ"א).

התאורטית בנוגע לביקורת שיפוטית חוקתית משקפת תפיסה של חוקתנות השתתפותית ופוליטית, ורבים ממתנגדי הביקורת השיפוטית בישראל נוטים לאמץ טיעונים שדומים לעמדתו או זהים לה.<sup>134</sup> בדיוק משום כך חשוב להדגיש מדוע טיעונו של וולדרון נגד ביקורת שיפוטית אינו טיעון שאפשר לאמץ בישראל באופן פשטני, וייתכן שאייאפשר לאמץ אותו בכלל. למעשה, מהחלת התאוריה שלו על המקרה הישראלי עולה שישראל איננה מקרה שמתקיימים בה התנאים המתאימים להתנגדות לביקורת שיפוטית. במילים אחרות, ניתוח על פי התאוריה שלו, בהתאם לתנאים הייחודיים לישראל, מחזק את ההצדקה לקיומה של ביקורת שיפוטית בישראל.

במאמר משפטי חשוב משנת 2006 – "ליבת הטיעון נגד ביקורת שיפוטית" – אחד המצוטטים בכל הזמנים,<sup>135</sup> הסביר וולדרון את ההתנגדות העמוקה ביותר לביקורת שיפוטית בהתבססו על שני טעמים עיקריים: האחד – כשמדובר במחלוקת בנוגע לזכויות ביקורת שיפוטית אינה מספקת לחברה דרך נאותה להתמקד בנושאים המוסריים-פוליטיים החשובים העומדים בה לדיון. הביקורת השיפוטית, לטענתו, מסיטה את הדיון ממהות העניין לנושאי-אגב משפטיים כגון תקדימים, טקסט ופרשנות החוקה. והטעם האחר – כשמדובר בערכים דמוקרטיים ביקורת שיפוטית אינה לגיטימית מבחינה פוליטית. היא מעדיפה הצבעת רוב בקרב שופטים מעטים שאינם נבחרים ונעדרי אחריותיות ופוגעת באזרחים הרגילים, שכן כשמדובר ביישוב מחלוקות בנושאי זכויות, היא נוטשת את הערכים של ייצוג ושוויון פוליטי.<sup>136</sup> לדעת וולדרון ביקורת שיפוטית פוגעת

134 ראו למשל אצל רות גביזון "מעורבות ציבורית", לעיל ה"ש 21, בעמ' 93-94; ספיר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 259-260; איילת שקד "נאום בכנס עמותה למשפט ציבורי בישראל" (דצמבר 2017) ו"נאום בפורום 'קהלתי'" (אוקטובר 2018); גדי טאוב "האוליגרכיה הליברלית של אהרן ברק" הארץ 22.2.2018. לגישה שמבקשת לבחון את התאמתה של החוקתניות העממית לשיטה הישראלית, ראו גדעון ספיר ושאל שארף "חוקתנות עממית" מחקרי משפט ל 161 (2015).

135 Fred R. Shapiro & Michelle Pearse, *The Most-Cited Law Review Articles of All Time*, 110(8) MICHIGAN LAW REVIEW 1483, 1496 (2012)

136 Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE LAW JOURNAL 1346, 1353 (2006)

בזכות ההשתתפות הפוליטית שכן זכות זו כוללת את הזכות להשתתף בקביעת תוכן והיקפן של זכויות אדם.<sup>137</sup>

ברקע עמדתו וולדרון מניח שוויון מוסרי בין אזרחים החולקים מסגרת פוליטית, ומכאן נובע שהמערכות הייצוגיות הן אלה שאמורות ליישב מחלוקות פוליטיות על זכויות. עם זאת כדי שהמערכות הייצוגיות יוכלו ליישב מחלוקות פוליטיות באופן דמוקרטי ושוויוני ומתוך ליבון אמיתי של ההגנה על זכויות, וולדרון מונה ארבע הנחות יסוד שלאורן – ורק לאורן – ניתן יהיה להניח שמערכת מסוימת דמוקרטית וייצוגית דיה כדי לומר שביקורת שיפוטית אינה מוצדקת. אלה תנאי הסף המוכרים שלו לשלילת הביקורת השיפוטית:

**הנחה ראשונה:** בחברה הנתונה יש מוסדות דמוקרטיים שפועלים היטב, לרבות מחוקק נבחר וייצוגי על בסיס בחירות כלליות ושוויוניות;

**הנחה שנייה:** במדינה יש מערכת של מוסדות שיפוטיים שפועלים היטב והוקמו על בסיס שאינו ייצוגי, ומטרתם לשמוע עתירות של יחידים, ליישב סכסוכים ולאכוף את שלטון החוק;

**הנחה שלישית:** חלק הארי של החברה ופקידיה מחויבים לרעיונות של זכויות אדם וזכויות המיעוט;

**הנחה רביעית:** בין האזרחים המחויבים לרעיון הזכויות יש מחלוקת סבירה (reasonable disagreement), עקיבה, משמעותית ואמיתית בנוגע לזכויות.

לטענתו, בחברה שארבע הנחות היסוד האלה מתקיימות בה, הטיעון לביקורת שיפוטית לשם יישוב מחלוקות באשר לזכויות הוא חלש.<sup>138</sup> התאוריה של וולדרון קיבלה תגובות וביקורות רבות.<sup>139</sup> אין בכוונתי לדון בגופה של התאוריה בהינתן

JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 232 (Oxford University Press, 1999)

Waldron, *The Core of the Case* 138, לעיל ה"ש 136, בעמ' 1360.

139 ראו למשל את טענתו של ריצ'רד פאלון – Richard H. Fallon Jr., *The Core – of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARVARD LAW REVIEW 1693, 1735 (2008):

The judicial review need not depend on the assumption that courts can identify rights more accurately than legislatures. Rather, the most persuasive case

שהנחות יסוד אלה מתקיימות, אלא לטעון, כמו שארחיב להלן, שבישראל ההנחה הראשונה וההנחה השלישית אינן מתקיימות במידה מספקת.<sup>140</sup>

---

maintains that both institutions should be enlisted  
in the cause of rights protection because it is  
morally more troublesome for fundamental rights to be  
underenforced than overenforced.

פאלון טוען שהשאלה העיקרית איננה אם בתי המשפט או מחוקקים יכולים לטעות פחות בהגדרת זכויות, אלא מאילו סוגי טעויות רצוי להימנע: אלה שתוצאתן היא הגנת יתר על זכויות, או אלה שתוצאתן היא פגיעה בזכויות. אם אפשר לעצב ביקורת שיפוטית שמטרתה למנוע כישלונות בהגנה ראויה על זכויות, אזי ביקורת שיפוטית ראויה גם אם בתי משפט אינם יכולים לזהות זכויות טוב יותר מהמחוקקים. זאת ועוד, בניגוד לוולדרון לטענתו של פאלון ביקורת שיפוטית יכולה דווקא לתרום ללגיטימיות הפוליטית של השיטה הדמוקרטית כולה אם זו תפחית את ההסתברות שזכויות חשובות ייפגעו. ואכן, בניגוד לוולדרון, פאלון יוצא מנקודת הנחה שפעולת חקיקה עלולה להביא לידי הפרה של זכויות יותר מאי-חקיקה. ראו Mark Tushnet, *How Different are Waldron's Core Cases For and Against Judicial Review?* 30(1) OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 49 (2010). דימיתריוס קיריטסיס טוען שהביקורת של וולדרון (וגם של בלאמי (Bellamy)) שלפיה ביקורת חוקתית אינה מוצדקת משום שהיא מפרה את השוויון הפוליטי ומקנה לעמדות של מיעוט פיקודתי שאינו נבחר עדיפות על פני האזרחים הרגילים, אינה מדויקת, שכן ייצוג פוליטי – כמו שאנו מכירים מהפרקטיקה הפוליטית שלנו – מערב מתן כוח דומה לנציגים נבחרים (ולעיתים ממונים), ולא לאזרחים עצמם. ביקורתו של וולדרון מופרזת, שכן את טיעונו נגד ביקורת חוקתית אפשר להפנות נגד הדמוקרטיה הייצוגית עצמה. ראו DIMITRIOS KYRITSIS, *WHERE OUR PROTECTION LIES: SEPARATION OF POWERS AND CONSTITUTIONAL REVIEW* ch. 4 (Oxford University Press, 2017); Dimitrios Kyritsis, *Justifying Constitutional Review in The Legitimacy Register: A Reply to Bello* 42 *REVUS* (2020) *Hutt, Harel and Klatt*. וראו גם את הסימפוזיון על החאוריה של וולדרון שהתפרסם ב-39(3) ISRAEL LAW REVIEW 6-68 (2006), בהשתתפות פרופ' ברק מדינה, פרופ' אלון הראל, פרופ' דוד אנוך וד"ר נעמי זוסמן.

140 לטיעון דומה בנוגע לקולומביה ראו Jorge Ernesto Roa Roa, *Judicial Review, Deliberation and Democracy in Colombia: Jeremy Waldron Hesitates in Bogota*, 44 *REVISTA DERECHO DEL ESTADO* 57 (2019). לטיעון שונה בנוגע להודו, שלפיו גם אם התנאים של וולדרון אינם מתקיימים בהודו, אין זו סיבה לזנוח טיעון בזכות מעבר לביקורת שיפוטית חלשה ראו Anirudh Belle, *Adopting Weak-Form Review in India: An Invitation to A New Constitutionalism*, 9 *INDIAN JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW* 126 (2020). על ידי אימוץ ביקורת שיפוטית חלשה, הודו תוכל לפתח את התרבות החוקתית הנדרשת לשיטה כדי לפעול.

בכל הנוגע להנחה הראשונה – קיומם של מוסדות דמוקרטיים – וולדרון מניח כי מדובר בחברה דמוקרטית מודרנית שבה את החוקים ואת המדיניות הציבורית קובעים העם ונציגיו באמצעות מוסדות נבחרים.<sup>141</sup> לחברה יש מערכת דמוקרטית נרחבת עם בחירות כלליות ומחוקק מייצג שנבחר בבחירות באופן רגיל והוגן. עד כאן נראה כי הנחת היסוד מתקיימת.<sup>142</sup> ואולם וולדרון גם מניח כי המחוקק הוא גוף דליברטיבי גדול, שרגיל לדון בנושאים מורכבים. המחוקק דן בנושאים ציבוריים ומצביע עליהם, והליכי החקיקה מפורטים ואחראיים וכוללים מגבלות דוגמת שני בתים, בחינה מדוקדקת בוועדות ושליבים שונים של דיון, שיח והצבעה.<sup>143</sup> בהקשר הישראלי חלק מהנחות הללו מתקיימות במידה מעטה בלבד. מדוע?

הליכי החקיקה בישראל אינם נוקשים, ובהליך החקיקה אין די מערכות של איזון ובלימה.<sup>144</sup> בראש ובראשונה בישראל אין שני בתים שלאחד מהם זכות

141. איתי בריסמן-טוב העיר כי וולדרון הוא המייצג הבולט של הגישה הרואה בהליך החקיקה לעצמו תכלית חשובה, שכן מטרתו להבטיח שחקיקה תתקבל בהליך דמוקרטי לגיטימי והוגן: "הליך החקיקה הוא הביטוי המובהק ביותר של הדמוקרטיה הייצוגית. זוהי הזירה המרכזית שבה אמור להתממש הרעיון הבסיסי שלפיו בדמוקרטיה הייצוגית ההכרעות מתקבלות על-ידי העם באמצעות נציגיו הנבחרים. זו גם הזירה העיקרית (יחד עם הבחירות לפרלמנט) שבה אמור להתממש מנגנון ההכרעה הבסיסי המאפיין את הדמוקרטיה: הכרעת רוב, המתקבלת לאחר מתן זכות השתתפות שווה על בסיס "קול אחד לכל אחד". לפיכך יש לעצב את הליך החקיקה באופן שיבטיח את מימושם של העקרונות הבסיסיים של הדמוקרטיה הייצוגית ושל מנגנון ההכרעה הדמוקרטי". ראו איתי בריסמן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט 672, 645 (2016). בריסמן-טוב מפנה שם, בה"ש 133, ל-"WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT", לעיל ה"ש 137, בעמ' 88-118; Jeremy Waldron, *Legislation with Integrity*, 72 *FORDHAM LAW REVIEW* 373, 375-385 (2003); Jeremy Waldron, *Principles of Legislation, in THE LEAST EXAMINED BRANCH: THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE* 15 (Richard W. Bauman & Tsvi Kahana eds., Cambridge University Press, 2006)

142. גם קיום זה אינו מלא בהינתן תפיסה לוחמתית ממושכת של עם אחר החי בשטחים ובטריטוריה שגבולותיהם למעשה אינם קבועים וברורים, מה שמשפיע על אופייה הדמוקרטי של המדינה. ראו סמי סמוחה "מדינה יהודית ודמוקרטיה יהודית" משפט וממשל י 13, 23 (חש"פ).

143. Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 136, בעמ' 1360-1361. על חשיבותו של בית שני אצל וולדרון ראו גם JEREMY WALDRON, *POLITICAL POLITICAL THEORY* ch. 4 (Harvard University Press, 2016)

144. בהקשר זה ראוי להקדים ולהעיר שהליכי החקיקה ככלל אינם מעוגנים ברמה



וטו או השעיה של חקיקה, אלא רק בית אחד.<sup>145</sup> בצדק אפוא ציין אקרמן, אחד המשפטנים המובילים בעולם, בדיוניה של המועצה הציבורית של המכון הישראלי לדמוקרטיה בעניין ביקורת שיפוטית:

אני חושב שדווקא בשיטה פרלמנטרית המושתתת על בית נבחרים אחד, חובה ליזום סוג של פורום בלתי תלוי יחסית, שיהווה מוקד לדיון הקונסטיטוציוני. אף שהשפעתה של הממשלה בתוך בית מחוקקים יחיד, דוגמת הכנסת, בוודאי אינה אחידה, עם זאת קל לתאר מצבים שבהם יאושרו בזריזות ובאין מפריע החלטות חד-צדדיות של המפלגה השלטת. עיקר חשיבותו של רעיון החוקה הוא התקיימותו של דיון ענייני, מתמשך ורציני, שמתנהל במנותק מהפוליטיקה הרגילה, סביב ערכים קונסטיטוציוניים בסיסיים. אינני חושב שניתן לקיים דיון כזה לאורך זמן ללא מוסד בלתי-תלוי יחסית שיטפח דיאלוג כזה.<sup>146</sup>

---

החוקתית, אלא מוסדרים בתקנון הכנסת, בנוהג ובחקדימים פרלמנטריים. ראו סעיפים 19 ו-25 לחוק-יסוד: הכנסת; ולדיון כללי ראו אצל צבי ענבר "הליכי החקיקה בכנסת" המשפט א 91 (1993).

**145** הטוענים בעד ביקמריזם (שני בתי פרלמנט) נשענו באופן היסטורי על שלושה טיעונים: איזון של כוחות, שיפור איכות החקיקה והגנה על החוקה ועל זכויות היסוד. למחקר עדכני ומקיף בדבר ביקמריזם ראו RICHARD ALBERT, ANTONIA BARAGGIA & CRISTINA FASONE (eds.), CONSTITUTIONAL REFORM OF NATIONAL LEGISLATURES: BICAMERALISM UNDER PRESSURE (Edward Elgar, 2019). מחקר של המכון הישראלי לדמוקרטיה מצא כי ביקמריזם קיים ברוב המדינות שלהן מבנה פדרלי, אבל רק בכשליש מהמדינות האוניטריות (שאין בהן מבנה פדרלי). במובן זה ישראל – כמדינה אוניטרית – איננה חריג בנוף העולמי. ראו אשר אריאן, דנה בלאנדר ועופר קניג "בית מחוקקים נוסף לישראל", *אחר המכון הישראלי לדמוקרטיה*, 13.3.2002.

**146** ברוס אקרמן "מאפיני הביקורת שיפוטית", בתוך *דגמים של ביקורת שיפוטית: הכינוס החמישי של המועצה הציבורית*, 2001 82 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2002). עוד הוא הוסיף (שם, בעמ' 82-83) כי הסוגיה –

רלוונטית שבעתים במקום שקיים מיעוט קבוע, כמו הערבים הישראלים, שקולם בכנסת נבלע בהמון. הם אמנם מצביעים בחלקם בבחירות, וכמובן שיושבים נציגים מטעמם בכנסת, אך התפקיד שהם ממלאים בכנסת והשפעתם הפוליטית מוטלים בספק, ומעמדם כאזרחים שווי זכויות הוא נושא לבירור מתמשך ולחשיבה מחודשת. במיוחד בהקשר הזה ניסוח אמנה הצהרתי לזכויות אדם במערכת של בית

בהליך החקיקה גם אין מגבלות של זמן וניתן להעביר חקיקה – ואף חקיקת יסוד – בתוך שעות.<sup>147</sup> עבודת ההכנה על החקיקה בוועדות, בייחוד כשמדובר בחוקים שהם חלק מחוקי ההסדרים, נמרצת מדי ואינה מוקפדת, ובהליך החקיקה אין הסדרה מפורטת ומסודרת של ביקורת חוקתית פרלמנטרית.<sup>148</sup> אמנם יש שלבים

---

נבחרים יחיד, הוא כמו לומר שהמיעוט הקבוע לא ייחשב כשותף אמתי ומלא בדיאלוג הקונסטיטוציוני המתמשך.

147 אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" **משפט וממשל** ב 443 (1994). העברת חקיקה בזמן קצר במיוחד נדירה, אך קיימת. ראו למשל בעניין תיקון מס' 5 לחוקי יסוד: הממשלה בדבר סגן שר, אצל עמיר פוקס "רק בישראל משנים חוקה באופן הזוי" **הארץ** 17.1.2018.

נסו לספר לאזרח של דמוקרטיה חוקתית על תיקון חוקתי שכלל קריאה ראשונה ביום שני בבוקר לאחר דיון זריז בשמונה בבוקר בוועדת חוקה, חוק ומשפט (שנקבע בהחלטות יום קודם לכן), וקריאה שנייה ושלישית למחרת אחר הצהריים. בית המחוקקים (ובכובע זה הרשות המכוננת) תיקן את החוקה אך ורק בשל צורך פוליטי פרסונלי, בתוך יום וחצי כמעט ללא דיון רציני בכנסת לא כל שכן דיון ציבורי. כל עוד לא תהיה בישראל חוקה, שכל תיקון שלה יצריך הליך מיוחד עם פרקי זמן ארוכים בין הקריאות ורוב משמעותי בכנסת (כיום די ברוב של 61 ח"כים כדי לשנות את חוק יסוד: הממשלה), יימשך חוסר היציבות הממשלית בישראל. חוקי יסוד יתוקנו, יתווספו או יתבטלו בהתאם לצורך הפוליטי הרגעי, אפילו בתוך יום אחד. אפילו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוא כמעט המגן היחיד על זכויות האדם בישראל, לא משוריין ברוב מיוחד ולמעשה ניתן לבטלו על חודו של קול ובהליך מזורז. פירמידה חוקתית שלמה נשענת על כרעי תרנגולת. את הפגמים האלה לפחות אפשר לרפא באמצעות חוקי יסוד: חקיקה שיעוצב כראוי.

148 ראו בר-סימן טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 141, בעמ' 697: "התוצאה היא שבכנסת עוברים חוקים רבים יחסית, אך הכמות והמהירות באות לעיתים קרובות על חשבון האיכות – אפילו כאשר מדובר בחקיקתם (או בחיקונם) של חוקים חשובים, כגון חוקי יסוד". לדיון ביקורתי בחוק ההסדרים ובכך ש"הליך חקיקתו של חוק ההסדרים מפקיע את הסמכות לחוקק חוקים מחברי הכנסת, ומעביר אותה לקבוצה שלא נבחרה על-ידי הבוחר הישראלי, ואשר פועלת ללא שום פיקוח וביקורת תוך יצירת 'גירעון דמוקרטי' בדמוקרטיה הישראלית" – אנשי משרד האוצר, ראו טל גולן 'הגירעון הדמוקרטי של חוק ההסדרים ושחיקתה של מדינת הרווחה הישראלית' **משפט וממשל** יא 247, 250 (תשס"ח). ראו גם אמנון רייכמן, "הגירעון הדמוקרטי וחוקתיות התוכנית הכלכלית" **עבודה, חברה ומשפט** י 307 (תשס"ד); דוד נחמיאס וערן קליין **חוק ההסדרים: בין כלכלה לפוליטיקה** (נייר עמדה מס' 17, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999).

שונים של דיון, ויש דיונים מעמיקים יותר או פחות, אבל פעמים רבות ההליכים חפוזים.<sup>149</sup>

עוד ראוי להתייחס לגודלו היחסי של המחוקק הישראלי. מספר חברי הכנסת ביחס לאוכלוסייה אינו מהגדולים בעולם.<sup>150</sup> ההחלטה ההיסטורית להעמיד את

- 149 דוגמה מובהקת לכך ניתן לראות בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם באר"ש, 6.8.2017), שם בוטל חוק מס דירה שלישית בשל פגם בהליך חקיקתו. להרחבה ראו איתי בר-סימן טוב "בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או 'סטייה רבת' בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה?" מחקרי משפט לב 1 (2019). מעניין לציין שבפרשה זו הביא השופט הנדל עצמו את וולדרון כחמוכין לעמדתו בנוגע לצורך בפסילת החקיקה על רקע הליכי. ראו פסקאות 4 ו-6 לפסק דינו של השופט הנדל. ואכן, בר-סימן טוב טען שמטיעונו של וולדרון עצמו עולה תמיכה בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה. ראו Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*, 91 BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW 1915, 1962-1969 (2011). לדיון בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה בישראל ראו גם Suzie Navot, *Judicial Review of the Legislative Process*, 39(2) ISRAEL LAW REVIEW 182 (2006); Stephen Gardbaum, *Pushing the Boundaries: Judicial Review of Legislative Procedures in South Africa*, 9(1) CONSTITUTIONAL COURT REVIEW 1 (2019); Tzipi Zipper & Reut Dahan, *To Review, or Not to Review? A Comparative Perspective of Judicial Review over the Legislative Process*, 27 THE INDONESIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW 329-384 (2020); Shucheng Wang, *Judicial Review of the Legislative Process in Hong Kong: A Comparative Perspective*, STATUTE LAW REVIEW (forthcoming 2021).
- 150 כמו שציין עופר קניג "סקירה: יום הולדת לכנסת" המכון הישראלי לדמוקרטיה 10.2.2017

גודלם של בתי מחוקקים, כלומר מספר חברי הפרלמנט, משתנה ממדינה למדינה בהתאם למספר גורמים: שטח, אוכלוסייה, מבנה שלטוני ריכוזי או ביזורי ועוד. מחקר השוואתי של שני מדעני מדינה (Taagepera and Shugart) בחן את הסוגייה ומצא כי הגודל של פרלמנטים צפוי להיות השורש השלישי של מספר החושבים במדינה. כך, למשל, במדינה עם מיליון חושבים נצפה לראות פרלמנט עם 100 חברים, בעוד במדינה עם 125 מיליון חושבים נצפה לראות פרלמנט עם 500 חברים.

על-פי ההיגיון הזה, גודלם של פרלמנטים לא יהיה קבוע אלא ישתנה מפעם לפעם בהתאם לשינויים דמוגרפיים. בקנדה, למשל, צמח לאחרונה מספר חברי הפרלמנט מ-308 ל-338 עקב הגידול באוכלוסייה המדינה. בין המדינות הנוספות שהגדילו את מספר חברי

מספר חברי הכנסת על 120 כבר מזמן אינה משקפת את הצרכים הייצוגיים של המדינה.<sup>151</sup> לגודל זה – הן במליאה והן בדיוני הוועדות – חשיבות בכמה

---

הפרלמנט אפשר לציין את בריטניה, שוודיה, איטליה, אוסטרליה וניו זילנד. במדינות אחרות מספר חברי הפרלמנט נותר קבוע ואינו משתנה אפילו אם האוכלוסייה גדלה באופן משמעותי: הולנד, ספרד, פינלנד וגם מדינת ישראל. המספר של חברי כנסת – 120 – לא השתנה במהלך קיומה של מדינת ישראל, זאת על אף שהאוכלוסייה גדלה פי 13. לפי הנוסחה של טאגאפורה ושוגארט, כשקמה מדינת ישראל מספר חברי הכנסת היה גדול מהמצופה: השורש השלישי של 600,000 – מספר החושבים המוערך בקום המדינה – הוא 84. כיום, כאשר מספר החושבים הוא כ־8 מיליון מספר חברי הכנסת קטן בהרבה מהמצופה: השורש השלישי של 8 מיליון הוא 200.

האמנם המספר של חברי הכנסת נמוך? מבט על מדינות בעלות סדר גודל של אוכלוסייה הדומה למדינת ישראל מעיד שאכן כך הדבר. כאשר משווים את ישראל ל־17 דמוקרטיות עם אוכלוסייה של בין 4 ל־12 מיליון נפש אפשר לראות שהיא המדינה הרחוקה ביותר מהקו המשקף את הממוצע.

בניו זילנד, למשל, בה מספר החושבים הוא מחצית ממספר החושבים בישראל, יש פרלמנט הזהה בגודלו לכנסת – 120 חברים. לכל שאר המדינות שאוכלוסייתן קטנה מזו של ישראל יש פרלמנט עם מספר חברים גדול יותר מזה של הכנסת.

ראו גם חן פרידברג **איך משפרים את עבודת הכנסת כגוף מחוקק ומפקח?** 14 (2018): הכנסת היא אחד הפרלמנטים החד־ביתיים הקטנים בעולם.

שירית אביטן כהן "מחקר: הכנסת קטנה, חלשה ונטולת ידע מחקרי" **מקור ראשון** 5.5.2019:

[הכנסת היא] מבחי הפרלמנט הקטנים ביותר בעולם המערבי [...] [וגם] עומדת [...] ברף העליון של מספר הוועדות, שנע בין 10 ל־20 בפרלמנטים בעולם, וזאת אף בלי להביא בחשבון את העובדה שהכנסת היא הפרלמנט המצומצם ביותר בפרלמנטים שנסקרו, ויש בה בית אחד בלבד בניגוד לפרלמנטים בעלי בית עליון ובית תחתון. לאחר קיזוז מספר חברי הממשלה ויו"ר הכנסת, נותר מספר חברי הכנסת הזמינים להשתתף במלאכת הפיקוח על הממשלה 93, והם מאיישים את 240 המקומות בוועדות השונות, כך שלמעשה כל ח"כ חבר ב־3-4 ועדות – יחס מהגבוהים בעולם.

151 רויטל עמירן "זה לא מייצג: יש להגדיל את מספר חברי הכנסת בישראל" **מעריב** 19.6.2017:

עם קום המדינה מנתה אוכלוסיית ישראל כ־806 אלף אזרחים. 69 שנים מאוחר יותר ישראל מונה 8.5 מיליון נפש. מספר חברי הכנסת – 120 –

היבטים, ולפי "תיאורמת המושבעים" של קונדורסה הוא משפיע בין היתר על ההתדיינות, על סבירות ההחלטה ועל נכונותה.<sup>152</sup>

לכן יש להוסיף את העובדה ש־20%-25% מחברי הכנסת הם שרים או סגני שרים ולכן אינם פועלים למעשה כחברי הכנסת ואינם פנויים לעבודה הפרלמנטרית של ייצוג הבוחרים, פיקוח על הרשות המבצעת וטיוב עבודת החקיקה. השיבוץ של חברי הכנסת בכמה ועדות פרלמנטריות אינו מאפשר התמקצעות בתחומי

---

נוחר על כנו. אם בעבר חבר כנסת אחת שירת כ־6,716 איש, הרי שכיום, בחיתוך גס, יש לנו חבר כנסת אחד על כל 70 אלף איש. אם נתבונן במדינות בעלות משטר פרלמנטרי, נבחין כי ישראל בדרך כלל יוצאת דופן לרעה במידת הייצוגיות בבית המחוקקים. לצורך ההשוואה, באנגליה אפשר למצוא חבר פרלמנט אחד לכל 12 אלף אזרחים, בגרמניה – אחד ל־11,571, בבלגיה – אחד לכ־55 אלף, באיטליה – אחד ל־65,608, בשוודיה – אחד ל־29 אלף וביוון אפשר למצוא חבר פרלמנט אחד לכל 36,666 אזרחים. בתקופת קום המדינה היה היגיון רב במספר 120. לקראת היווסדה של המועצה המכוננת נוהלו ויכוחים על מספר הנציגים הרצוי בה. ד"ר זרח ורהפטיג, יו"ר ועדת החוקה במועצת המדינה הזמנית, הציע בסופו של דבר את המספר 120, שהיה לא רחוק מהמספר שדובר עליו ואף היווה סממן למורשת ולרציפות היסטוריות.

JEREMY WALDRON, THE DIGNITY OF LEGISLATION 32 (Cambridge University Press, 1999). כמו שסיכם זאת שאולי שארף, לפי תיאורמה זו –

ההסתברות שרוב הקבוצה יבחר באפשרות הראויה גבוהה יותר מההסתברות שהמיעוט יבחר באפשרות זו. התנאי המרכזי ליישום התיאורמה הוא היותם של מקבלי החלטות בעלי "כישורי החלטה גבוהים", כלומר ההסתברות שכל פרט יבחר באפשרות הנכונה תהיה גדולה מחמישים אחוזים. על פי התיאורמה, כאשר קבלת החלטות מאפשרת לכל הפרטים לקבל החלטה בחופשיות ובהנחה כי ההסתברות שכל פרט צודק גדולה מחמישים אחוזים, ההסתברות כי קבוצת הפרטים תקבל את החלטה הנכונה גבוהה מן ההסתברות כי הפרט המומחה יקבל החלטה שכזו. במקרה כזה ככל שמספר מקבלי החלטה גדל כך גדלה ההסתברות שתתקבל החלטה ראויה.

ראו שאולי שארף "זכות הבחירה לפרלמנט במדינה דמוקרטית או בשבח הכרעת הרוב" על הבחירה: חופש ואילוץ בהחלטות אישיות וחברתיות 201, 203 (יובל אלבשן ואלעד אורג עורכים, הקריה האקדמית אונ' (2020). לתיאורמה ראו, MARQUIS DE CONDORCET, ESSAI SUR L'APPLICATION DE L'ANALYSE À LA PROBABILITÉ DES DÉCISIONS RENDUES À LA PLURALITÉ DES VOIX (1785)

הוועדות ומביא לידי כך שדיונים רבים, לרבות דיוני חקיקה, נערכים בנוכחות פרלמנטרית דלילה.<sup>153</sup>

אם מביאים בחשבון מציאות זו יחד עם העובדה שאין דרישה למספר מינימלי של משתתפים (קוורום)<sup>154</sup> ושרוב החוקים עוברים ברוב של עשרות בודדות – לעיתים פחות מכך – ותחת חרב המשמעת הקואליציונית כפי שארחיב להלן, יש להטיל ספק אם אפילו הדרישה ל"גוף דלברטיבי גדול", הקשורה בטבורה לנוכחות אפיסטמית טנטטיבית להכרעות רובניות של גופים גדולים כאלה, אכן מתקיימת.

הבעיה מתחדדת עוד על רקע המציאות השלטונית הישראלית שבה הרשות המבצעת שולטת למעשה ברשות המחוקקת.<sup>155</sup> שליטה זו נעשית, בין היתר, באמצעות הסכמים קואליציוניים שנאכפים במשמעת קואליציונית קפדנית ובאמצעות ועדת השרים לענייני חקיקה (שדיוניה חסויים). אלה הופכים את הכנסת למעין חותמת גומי של הממשלה (גם אם לא בכל המקרים) ומגבילים במידה ניכרת את עצמאות פעולתו של חבר הכנסת, כמו שהרחיב ד"ר מתן גוטמן.<sup>156</sup> במצב זה ביקורת שיפוטית לשם הגנה על זכויות נראית הכרחית. לא רק

153 קניג "סקירה: יום הולדת לכנסת", לעיל ה"ש 150. ראו גם צאלה קוטלר הדרי "פרופיל 34: המחיר האמיתי של הממשלה המנופחת" שומרים – המרכז לתקשורת ודמוקרטיה 26.5.2020.

154 ראו בר-סימן טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 141, בעמ' 691:

הפרלמנט הישראלי יוצא דופן לעומת רבים מהפרלמנטים בעולם בכך שאין בו כל דרישת קוורום, כך שבישראל חוקים יכולים להתקבל "פה אחד" פשוטו כמשמעו, כאשר רק חבר-כנסת אחד נוכח ומצביע (וכבר היו דברים מעולם).

155 כך ציינה, למשל, רות גביזון "ארבעים שנה למשפט החוקתי" משפטים יט 617, 621 (תש"ן):

דבר מעניין הוא, כי חוקה נדרשת בדרך-כלל כדי להגביל את פעולתו הרעה של המחוקק הראשי. אצלנו, הגם שיש עיקרון פורמלי של עליונות הרשות המחוקקת, אין ספק בלבו של כל מחבונן כי העליונות היא דווקא בידי הממשלה.

הדבר נכון עוד יותר עם התחזקות הממשלה בשני העשורים האחרונים. לטענה שהממשלה דווקא לא התחזקה ביחס לעבר ראו רבקה ווייל "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגית יחסי הכוחות בין כנסת לממשלה בישראל" עיוני משפט (עתיד להתפרסם 2021).

156 מתן גוטמן יחסי הגומלין בין הכנסת לממשלה והחוקה המינהלית המוסדית (עבודה

זו, ביקורת שיפוטית שנועדה להקפיד גם על טיב מינימלי של הליך החקיקה,<sup>157</sup> נראית רצויה כדי להגן על הרשות המחוקקת עצמה מפני דורסנותה של הרשות המבצעת.<sup>158</sup>

לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה במשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, הפקולטה למשפטים, (2019). ראו גם גילה שטופלר "בית המשפט העליון כבלם מפני השתלטות עוינת של הממשלה על סמכויות הכנסת" *ICON-S-IL Blog* 25.3.2018.

157 על ההבחנה בין ביקורת שיפוטית חוקתית ובין ביקורת שיפוטית פרוצדורלית על הליך החקיקה, ועל שילוב של השתיים במודל המכונה "הביקורת השיפוטית הסמי-פרוצדורלית" ראו איחי בר-סימן-טוב "ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית הליכית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדורלי בישראל" *ספר דורית ביניש* 299 (קרן אזולאי, איחי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, 2018).

158 לטיעון ברוח זו ראו Yaniv Roznai, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset*, 51(4) *VERFASSUNG UND RECHT IN ÜBERSEE* 415 (2018-2019). מובן שבהיעדר חוקה שקובעת חלוקת ספקידים ומסמיכה את בית המשפט לאכוף אותה, יש להגדיר את מקור הסמכות של בית המשפט להגן על הרשות המחוקקת מפני הרשות המבצעת. אם הדבר נעשה שלא בהסמכה ובעקרונות ברורים, יש שיטענו כי אז יש להגן על הרשות המחוקקת גם מעוד מוסד, נוסף על הרשות המבצעת – מבית המשפט, שבידיו הסמכות לקבוע מי צריך הגנה ומפני מה ולכפות זאת על הכנסת עצמה. לעניות דעתי במקרה זה העיקרון החוקתי המוגן הוא הפרדת הרשויות. כמו שציין השופט סולברג בפסק הדין בעניין *קוונטינסקי, לעיל* ה"ש 149:

הביקורת השיפוטית דכאן אינה קלוטה מן האוויר, כפי שעלול להשתמע מחוות דעתו של חברי בהרצוהו על "פירמידת הנורמות" של הנס קלזן. את הביקורת השיפוטית עשינו על סמך עקרון יסוד מובהק של שיטת משפטנו: הפרדת הרשויות; ממנו משתלשלת זכות ההשתתפות, אשר באה לידי ביטוי באופן מעשי במתן האפשרות לכנסת לנהל הליכי חקיקה בהתאם לשיקול דעתה, ובחובתה של הרשות השופטת לפקח על כך שאפשרות זו אכן עמדה לה, לכנסת, ולא סובלה [פסקה 109]. והשוו למשל לפסק הדין של בית המשפט העליון באנגליה לעניין השעיית הפרלמנט, שבו נקבע כי עצתו של ראש הממשלה למלכה להשעות את הפרלמנט הייתה בלתי חוקתית. באשר להפרדת הרשויות ציין בית המשפט:

Indeed, by ensuring that the Government does not use the power of prorogation unlawfully with the effect of preventing Parliament from carrying out its proper functions, the court will be giving effect to the separation of powers.

Cherry/Miller (No 2), [2019] UKSC 41, para. 34

גוטמן מרחיב גם לעניין הכשל הדמוקרטי הממשי ששיטת הבחירות הייחודיות של ישראל יוצרת. ודוק, לא די שבישראל יש בעיה בהליכים הפנימיים בכנסת, אלא ששיטת הבחירות קיצונית ונדירה: אין בה בחירות אזוריות של מחוזות בחירה, ופתק ההצבעה קשיח וסגור. שיטה זו יוצרת מעין נתק אלקטורלי ממשי בין הבוחר לנבחר,<sup>159</sup> נתק שלמעשה מביא לידי נאמנות מפלגתית ומשמעת קואליציונית קיצונית, ובשיטה הישראלית לשלטון של מיעוטים – שבו סיעות קטנות מכותיבות את קבלת ההחלטות בקואליציה ובממשלה.<sup>160</sup> נדמה שקשה להתהדר בייצוגיות בשיטה שבה יש קשר כה רופף בין יחידי הגוף הנבחר ובין הבוחרים, מה שמחזק את הטיעון נגד הנחת היסוד של "מחוקק ייצוגי".

כדי לשים את הטענות האלה בהקשר מקומי פחות, אציין שוולדרון שאל את השאלות הללו גם בהקשר של מולדתו, ניו זילנד:

אנו שואלים אם הפרלמנט לוקח את מחויבויות החקיקה שלו ברצינות מספקת כך שלא יהיה זה הולם לשופטים לבחון את החקיקה בחינה מקיפה שתותקף כ"אקטיביזם שיפוטי". בית נטוש, הצעות חוק שעוברות בדחיפות, חברים שמצייתים לרשות המבצעת, הצעות תכופות להפסקת הדיון וקבלת החלטה

159 גוטמן, לעיל ה"ש 156, בעמ' 97. ראו גם מחיו ס' שוגרט "רפורמה פוליטית" מוסדית בישראל: מבט השוואתי" **תיקון שיטת הממשל בישראל 72** (גדעון רהט, שלומית ברנע, עופר קניג וחן פרידברג עורכים, המכון הישראלי לדמוקרטיה והוצאת עם עובד, 2013). הנתק אינו בא לידי ביטוי בהיעדר נגישות לחברי הכנסת. בעידן האינטרנט והרשתות החברתיות קל מאוד דווקא להגיע אליהם. הבעיה היא היעדר האחיותיות של נבחרי הציבור לציבור הבוחרים. כך למשל, אזורי בחירה מעודדים קשר קרוב בין הבוחר לנבחר ומביאים לידי מרב האחיותיות, המחויבות והנאמנות של הנבחר לבוחריו. ראו ניר אטמור "בחירות אזוריות: בעד ונגד" המכון הישראלי לדמוקרטיה, 3.12.2008. ראו גם יצחק ה' קלינגהופר "קווים לשיטת בחירות מעורבת אזורית-ארצית" **משפטים ז** 533 (תשל"ו-תשל"ז).

160 את המצב הזה, שבו מפלגות קטנות מצליחות לכפות את עמדתן בנושאים מהותיים חרף התנגדות של רוב חברי הכנסת, כינו רובינשטיין ווולפסון "שלטון המיעוט". ראו אמנון רובינשטיין ואדם וולפסון **באין ממשלה: איך לתקן את קלוקלי הממשל 31** (כנרת, זמורה-ביתן, 2012). ראו גם אמנון רובינשטיין "דמוקרטיה ומשילות" **הפרקליט נ** 315 (תשס"ח).



בלי בית שני, בלי איזונים ובלמים – האם זה סוג ההליך שיכול

להרגיע אותנו שבחינה שיפוטית אינה נחוצה?<sup>161</sup>

לפי וולדרון, גם השיטה הפרלמנטרית הניו־זילנדית יוצרת פתולוגיות חקיקתיות, לרבות היעדר תשומת לב ראויה לאינטרסים של מיעוטים ומערכות חלשות של איזונים ובלמים בהליך החקיקה. לטענתו, בכל הנוגע לבחינה של חקיקה מוצעת איבד הפרלמנט בניו זילנד את יעילותו, והוא משמש אך ורק כמקדם סדר היום של הרשות המבצעת.<sup>162</sup> הנחות המוצא שלו בנוגע למוסדות דמוקרטיים – שבאות לידי ביטוי בהתדיינות (דליברציה) רבת שכבות של המחוקקים וכמה סבבים של הצבעה על חקיקה – נשחקו בניו זילנד בשל המעבר המכוון וההדרגתי של כוח מהמחוקק אל הרשות המבצעת. לתמיכה בטענתו מתאר וולדרון היעדר בית שני, דחיפות בחקיקה, היעדר קווים ושימוש במשמעת מפלגתית.<sup>163</sup> לנוכח

161 Jeremy Waldron, *Compared to What? Judicial Activism and New Zealand's Parliament*, NEW ZEALAND LAW JOURNAL 441, 443 (2005). ראו גם James Allan & Andrew Geddis, *Waldron and Opposing Judicial Review: Except, sort of, in New Zealand*, 2 NEW ZEALAND LAW JOURNAL 94 (2006)

162 מאוחר יותר הרחיב וולדרון על כשלים אלו. ראו, Jeremy Waldron, *Parliamentary Recklessness*, NEW ZEALAND LAW JOURNAL 417 (2008); Jeremy Waldron, *Parliamentary Recklessness – II*, NEW ZEALAND LAW JOURNAL 458 (2008). לניתוח הליך החקיקה בניו זילנד לנוכח טענותיו של וולדרון ראו Claire Charters, *Responding to Waldron's Defence of Legislatures: Why New Zealand's Parliament Does Not Protect Rights in Hard Cases*, NEW ZEALAND LAW REVIEW 621 (2006); Hamish McQueen, *Parliamentary Business: A Critical Review of Parliament's Role in New Zealand's Law-Making Process*, 16 AUCKLAND UNIVERSITY LAW REVIEW 1 (2010)

163 Jeremy Waldron, *Legislation and the Rule of Law*, 1 LEGISPRUDENCE 91, 108 (2007)

Legislation in that system is commonly enacted in a rush, in a mostly empty chamber, without any proper provision for careful deliberation and debate; the legislative process is wholly dominated by the executive and subject only to norms of efficiency and executive convenience; it is often enacted under conditions of urgency, with a parliamentary majority controlled by the executive used to force closure

חולשה זו של הרשות המחוקקת, אפילו המתנגד הנחרץ ביותר בעולם לביקורת שיפוטית טען שבהקשר של נירזילנד הנחות המוצא שלו אינן מתקיימות במידה רבה, וכי ביקורת שיפוטית עשויה להיות מוצדקת שכן היא מוסיפה שכבת ביקורת נוספת על החקיקה.<sup>164</sup> הטעמים המוסדיים שוולדרון מעלה בנוגע לניו זילנד יפים לישראל או חלים בה מכוח קל וחומר.

חשוב להבין כי העיסוק בדומיננטיות של הרשות המבצעת או במשמעת מפלגתית אינו מביא רק לידי טיעונים אקדמיים או פילוסופיים בדבר חולשת המחוקק, אלא מדובר בבעיות מוסדיות שמקשות על מחוקקים – כך גם לפי עדותם – לבחון באופן רציני את ההיבטים של זכויות בחקיקה מוצעת. כך למשל, מראיונות שקיימו חוקרים עם חברי פרלמנט אוסטרלים הם זיהו כמה מגבלות שמקשות על יכולתם של חברי הפרלמנט להגן על זכויות בהליך החקיקה: מחסור בזמן, במשאבים ובמומחיות; השפעתה של המשמעת המפלגתית; ודומיננטיות של הרשות המבצעת. מגבלות אלו קיימות גם בשיטה הישראלית.<sup>165</sup>

---

motions in debate after debate. The result is exactly the sort of thing that critics of legislation complain about: ill-considered measures being put into effect simply because the executive wants them "on the books" and parliamentary process being used or abused simply as an instrument of political power. This is legislation in opposition to the rule of law; it flouts the notion of legislative due process; it sits unsatisfactorily with the separation of powers [...] and it really does elide the idea of the rule of law and rule by the state.

164 ראו Waldron, *Compared to What*, לעיל ה"ש 161, בעמ' 442:

Legislative procedures have become so impoverished that another layer of review is necessary. And, if the Courts do not provide it, at least in extreme cases, who will?

Carolyn Evans & Simon Evans, *Messages from the Front Line: Parliamentarians' Perspectives on Rights Protection*, in THE LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: SCEPTICAL ESSAYS 329, 341 (Tom Campbell, K. D. Ewing & Adam Tomkins eds., Oxford University Press, 2011):

The problem of executive dominance of Westminster-style parliaments, which has been identified

וכמה מילים בנוגע למגמה הגלובלית של פוליטיקה פופוליסטית ו"שחיקה דמוקרטית" (democratic erosion), שניצניה באים לידי ביטוי גם בישראל.<sup>166</sup> היחלשות הרשות המחוקקת ועליית הרשות המבצעת חושפות את מנגנוני האיזון והבלימה הפוליטיים לפגיעות בעיקר בגל הפוליטיקה הפופוליסטית, המבקשת להסיר מגבלות על כוח הרוב, שבו היא רואה את המייצג הבלעדי של הריבון.<sup>167</sup> מצב זה מצריך למצוא מכניזם אחר שימלא את תפקיד ה"מצנן" – המאזן והבולם של הדיון החקיקתי<sup>168</sup> – ובכך מתחזקים תפקידים של בית המשפט והביקורת השיפוטית. כלומר, גם אם מכירים ביכולתו של המחוקק להגן על זכויות אדם ולקדמן, במציאות של שחיקה דמוקרטית בתחומי ההגנה על זכויות אדם אי-אפשר להסתמך רק על המחוקק.<sup>169</sup> וולדרון מסכים שהמוסדות הדמוקרטיים אינם בהכרח מושלמים וניתן לשפרם, אך מבחינתו די כשהם במצב טוב יחסית

---

by scholars in the past, was identified by many parliamentarians we interviewed as a substantial obstacle to the capacity of parliament to protect rights.

166 להרחבה ראו כהן ורזנאי, לעיל ה"ש 47. ראו גם עודד רון בשיתוף מרדכי קרמניצר ויובל שני דמוקרטיה במשבר 63-90 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020).

167 על כך נכתב רבות בשנים האחרונות. ראו למשל JAN WERNER MÜLLER, WHAT IS POPULISM (University of Pennsylvania Press, 2016); TOM GINSBURG & AZIZ Z. HUQ, HOW TO SAVE A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (University of Chicago Press, 2018); STEVEN LEVITSKY & DANIEL ZIBLATT, HOW DEMOCRACIES DIE (Penguin Random House LLC, 2018); David Landau, *Populist Constitutions*, 85(2) UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 521 (2018); Kim Lane Scheppele, Autocratic Legalism, 85(2) UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 545, 549 (2018); Paul Blokker, *Populism as a Constitutional Project*, 17(2) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 536 (2019); AMITAI ETZIONI, LAW AND SOCIETY IN A POPULIST AGE: BALANCING INDIVIDUAL RIGHTS AND THE COMMON GOOD (Bristol University Press, 2019)

Samuel Issacharoff, *Democracy's Deficits*, 85(2) UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 485, 499 (2018) 168

Yaniv Roznai, *Legislated Rights, Democratic Erosion and the Rise of Executive Power*, 21(1) JERUSALEM REVIEW OF LEGAL STUDIES 129 (2020) 169

”reasonably good order“).<sup>170</sup> הבעיה היא שבעידן של שחיקה דמוקרטית – בין שיש בישראל או במדינות אחרות שחיקה כזאת ובין שלא – גם אם הנחות היסוד של וולדרון מתקיימות בנקודת זמן נתונה, אין ודאות שהמחוקק יישאר ”במצב טוב” לאורך זמן.<sup>171</sup>

וולדרון גם מניח שמוסדות דמוקרטיים אלה מבוססים על תרבות דמוקרטית שמעריכה התדיינות אחראית ושוויון פוליטי. ההנחה האחרונה חשובה במיוחד שכן וולדרון מתייחס לבית המחוקקים כאל פורום שבו ”נציגי החברה כולה, שנבחרו על בסיס התייחסות שוויונית לכל הפרטים בחברה, מצביעים כשווים“.<sup>172</sup> הוא גם מניח שהמוסדות הדמוקרטיים והליכי החקיקה נבחים בכל עת אל מול הערך של שוויון פוליטי, כך שאם נמצא אי־שוויון בייצוג הפוגע במידה ניכרת באידאל של שוויון פוליטי, יבינו כל החברים בקהילה שמצב זה אינו תקין ושעל המחוקק והמערכת הפוליטית לפעול לשינויו. עוד הוא מניח שהמחוקק מסוגל להביא לשינוי כאמור.<sup>173</sup>

אף שעקרון השוויון הוא עיקרון יסודי במשפט הישראלי מקדמת דנא,<sup>174</sup> מסופקני אם חברה שבה המחוקק מסרב בעקביות לעגן את הזכות לשוויון באופן חוקתי פורמלי – למשל בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם או בחוק־יסוד: הלאום – עונה באופן מספק על הנחות אלו.<sup>175</sup> בהקשר זה, אפילו לו הייתה

170 Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 136, בעמ' 1361.

171 David Prendergast, *The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism*, 20 GERMAN LAW JOURNAL 245, 252 (2019)

172 Jeremy Waldron, *Judges as Moral Reasoners*, 7 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 1, 20 (2009)

173 Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 136, בעמ' 1362.

174 ראו למשל יצחק זמיר "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל" משפט וממשל ט 11 (תשס"ו), שם הוא עומד על הפער בין השוויון שהמשפט בישראל מצווה כלפי ערבים ובין המציאות שבה אין שוויון כזה.

175 כיום עקרון השוויון מעוגן ברמה החוקתית רק מכוח פסיקה בית המשפט העליון ופרשנותו את הזכות לכבוד האדם. עם זאת פסיקה עתידית יכולה לטוות מהלכה זו. בכל מקרה, בהתאם ל"מודל הביניים" שפיתח בית המשפט העליון – שלפיו כבוד האדם כולל גם זכויות יסוד שאינן מנויות שיש להן קשר הדוק לכבוד האדם, רק ההיבטים של שוויון

הזכות לשוויון מעוגנת במידה כלשהי, אי־אפשר להתעלם מהעובדה שברמת השוויון הפוליטי ייצוגו של המיעוט הערבי בישראל פגום.

המשפט החוקתי־פרלמנטרי כולל בראש ובראשונה מנגנונים לפסילת מפלגות, לאיסור רישום מפלגות ולהגבלות על הנחת הצעות חוק בעלות תוכן מסוים שמכוונים בעיקר, אך לא רק, כלפי המיעוט הערבי.<sup>176</sup> כתימוכין לייצוג הפוליטי הפגום ראוי להזכיר כי ועדת הבחירות המרכזית לכנסת – שהיא כידוע ועדה פוליטית – פוסלת פעם אחר פעם מועמדים ערבים ורשימות ערביות מהתמודדות לבחירות, פסילות שבית המשפט בדרך כלל מבטל.<sup>177</sup> זאת ועוד, הייצוג של המיעוט הערבי פגום גם משום שמבחינה היסטורית חלק אוכלוסייה זה ונציגיו אינם שותפים לממשלה.<sup>178</sup> כאשר ההתייחסות אל המיעוט הערבי איננה כאל שותף פוליטי מלא,<sup>179</sup> הנחות הבסיס של וולדרון רחוקות מלהתקיים.

---

הקשורים ב"קשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית" – זוכים להגנה חוקתית. הזכות לשוויון לא הוכרה כזכות עצמאית שעומדת על רגליה שלה. ראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006). ולדיון כללי: ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 33, בעמ' 688–690.

176 אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי־פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו(1) 241, 245–246 (2002); ולדיון כללי: MAZEN MASRI, THE DYNAMICS OF EXCLUSIONARY CONSTITUTIONALISM: ISRAEL AS A JEWISH AND DEMOCRATIC STATE (Hart Publishing, 2017)

177 על הפער בין החלטותיה של ועדת הבחירות לכנסת ובין בית המשפט בעניין פסילת רשימות ערביות ראו למשל מיכל שמיר וקרן מרגל "תפיסות איום ופסילת רשימות ומועמדים לכנסת – מירדור ועד בחירות 2003" משפט וממשל ח, 119 (תשס"ה).

178 ראו למשל אמל ג'מאל "תתייצוג והשתתפות פוליטית לא אפקטיבית של האזרחים ערבים בישראל" חסמים בפני שוויון הערבים בישראל 1 (שלמה חסון ומיכאל קרייני עורכים, מכון פלוסהיימר למחקרי מדיניות, 2006). יש שיטענו כי מהעובדה שחברי הכנסת הערבים בוחרים שלא להשתתף בממשלה, אין להסיק להסיק שיש בעיה בייצוג שלהם. בעיה הייתה עלולה להיווצר לו הם היו מנועים מלהשתתף בממשלה, אך זו בחירתם שלהם. מכל מקום, גם אם מדובר בבחירה שלהם, יש להכיר בחוסר המוכנות הפוליטית להכניס אותם כשותפים בממשלה.

179 ראו גילה שטופלר "המיעוט הערבי, המיעוט החרדי והתאוריה הרב־תרבותית במדינה יהודית ודמוקרטית" משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 11, 33–34 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, 2017):

וולדרון עצמו מציין שטיעונו אינו מתקיים במקרה של מיעוטים מודרים ונבדלים בשל דעות קדומות,<sup>180</sup> כלומר גם הוא מכיר בעובדה שכאשר מדובר בקיפוח

---

אף אם בוטלו רוב הפסילות והסרות החסינות על ידי בית המשפט, אין בכך כדי למנוע את הדה־לגיטימציה שהן גרמו וגורמות למפלגות הערביות ולחברי הכנסת הערבים בעיני הרוב היהודי. למעשה, פסילות אלה משמשות הצדקה להמשך הטאבו הלא פורמלי מאז קום המדינה על שיחופן של מפלגות ערביות בקואליציה, טאבו שחוצאחו היא נטרול כוחן הפוליטי של המפלגות הערביות. כך, אף שהמיעוט הערבי אינו מנוע על פי דין מלהתמודד בבחירות לכנסת ומלהתאגד במפלגות פוליטיות, בפועל כוחו הפוליטי מוגבל מאוד בשל הסירוב של המפלגות היהודיות לשחק את המפלגות הערביות בקואליציה.

180 *Waldron, The Core of the Case*, לעיל ה"ש 136, בעמ' 1403-1404:

I want to end by discussing one well-known way in which my first assumption might be thought to fail. I have in mind Justice Stone's suggestion in the famous *Carolene Products* footnote four: "[P]rejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities [...]." This it seems to me is an excellent way of characterizing the sort of non-core case in which the argument for judicial review of legislative decisions has some plausibility. Minorities in this situation may need special care that only non-elective institutions can provide – special care to protect their rights and special care (as John Hart Ely points out) to repair the political system and facilitate their representation. [...] Pervasive prejudice is certainly incompatible with my third and fourth assumptions; it connotes indifference or hostility to the rights of the group's members, and it may lead members of the majority to differ unreasonably from the minority members' estimation of their own rights. [...] In such cases, the core argument against judicial review that I have outlined cannot be sustained.

וולדרון מפנה שם לתאוריית ג'ון הארט אילי: JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 135-179 (Harvard University Press, 1980). לפי אילי, תפקידו של בית המשפט להגן על הדמוקרטיה הייצוגית, על ההליך

מיעוטים מודרים ונבדלים, ליבת הטיעון שלו נגד ביקורת שיפוטית אינה מתקיימת.<sup>181</sup>

באיהעמידה בהנחה הראשונה של וולדרון יש כדי לחזק את הטענה כי היעדר ביקורת שיפוטית אינו מתאים למבנה הישראלי, ואולם ראוי לציין כי ספק אם גם ההנחה השלישית של וולדרון מתקיימת כראוי.

בהנחה השלישית שלו וולדרון מניח שחלק הארי של החברה מחויב בחוזקה לרעיון של זכויות הפרט וזכויות המיעוט. גם אם הציבור בכללותו מאמין בתפיסה תועלתנית (יוטיליטריאנית) של טוב כללי, ואף שחברי הציבור מאמינים בהכרעת הרוב כעיקרון כללי בפוליטיקה, הם מקבלים את הרעיון שליחידים יש אינטרסים מסוימים וכי הם זכאים לחירויות מסוימות שאין לשלול אותן רק משום שכך יהיה נוח יותר לרוב הציבור. הם מאמינים שמיעוטים זכאים למידה של תמיכה והכרה שאינה מובטחת בהכרח בשל מספרם או כוחם הפוליטי.<sup>182</sup> וולדרון מניח שהמחויבות החברתית הרחבה לזכויות מערבת מודעות לקונצנזוס העולמי בדבר זכויות אדם ולהיסטוריה של החשיבה בדבר זכויות. עוד הוא מניח

---

הדמוקרטי ועל האפשרות של הכול להשתחף בהליך זה. ביקורת שיפוטית מוצדקת, לדעתו, רק כאשר יש כשלים בהליך הדמוקרטי. אילו כשלים? חסמים בהליך הדמוקרטי כשהשלטון חוסם את הדרך לשינוי פוליטי או כשהרוב מפלה מיעוט מתוך עוינות או דעות קדומות. בישראל, מבטא מובהק של גישה זו הוא נשיא בית המשפט העליון בדימוס אשר גרוניס. ראו איתי בר־סימן־טוב "גיון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התיאוריה החוקתית של אילי" דין ודברים ט 67 (תשע"ו). לתאוריה הליכית שמצדיקה ומחייבת ביקורת שיפוטית תקיפה במקרים של עושק המיעוט ראו משה כהן־אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" **משפט וממשל** י 521 (תשס"ז).

181 ניתן כמובן לטעון שאם הטיעון של וולדרון מתמצה במיעוט "שהוא מנותק מטהליך קבלת ההחלטות הפוליטי, וגם [...] מנותק מבחינה תרבותית וקהילתית כך שאין לו אינטרסים משותפים עם קבוצות אחרות, מה שמונע אותו מליטול חלק בקואליציה כלשהי כדי לקדם את ענייניו", אזי מדובר בטיעון "צר למדי", כמו שהעירה בל יוסף. ראו בל יוסף "גבולות הדיאלוג החוקתי" **משפט וממשל** כא 1, 17 (תש"ף), שם היא מציינת כי "לנוכח מיעוט החסמים המוחלים על החקיקה בישראל, אין כמעט הגנה על מיעוטים כחלק מהליך החקיקה בישראל". מכל מקום, ברוס אקרמן טוען שמיעוטים החשופים לשימוש לרעה בכוח הרובני אינם רק אלה המוגדרים "discrete and insular". ראו Bruce Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARVARD LAW REVIEW 713 (1985)

182 Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 136, בעמ' 1364.

שמחויבות זו היא "קונצנזוס חי", שמתפתח בזמן שמגיני זכויות דנים זה עם זה בדבר משמעותן של זכויות אלה. הוא מניח שהמחויבות לזכויות אינה רק מס שפתיים, וכי החברים בקבוצה מתייחסים אל הזכויות ברצינות הראויה: אכפת להם מזכויות, והם דואגים שהשקפותיהם שלהם ואלה של אחרים בעניין זה יהיו בדיון מתמיד. הם גם מודעים לנושא הזכויות בנוגע להחלטות החברתיות שדנים בהן.

גם אם יש ספקנים בעניין הזכויות – ובכל חברה יש כאלה – וולדרון מניח שגישה כזאת היא חריג קיצוני (outlier). הוא מניח שבחברה ככלל מכבדים את זכויות הפרט ואת זכויות המיעוט, ושמדובר במרכיב חשוב בקונצנזוס החברתי, מרכיב מרכזי בעמדה הפוליטית השלטת ובוודאי מרכיב מרכזי באידאולוגיה הרשמית. כדי להפוך הנחה זו למוחשית יותר, וולדרון מניח שהחברה מקדשת זכויות במידה כזאת שהיא מאמצת מגילת זכויות אדם מהסוג המוכר. אין חובה שמגילת הזכויות תהא משוריינת או חלק מחוקה כתובה, אבל חשוב שהיא התקבלה כדי לשקף את מחויבותה של החברה לזכויות.<sup>183</sup>

ספק אם בישראל הנחה בסיסית זו מתקיימת באופן הרצוי. מסקרים עולה כי בחברה הישראלית אין מחויבות עמוקה ורחבה לזכויות אדם. כך למשל, בסקר שביקש לבדוק את דעתם של צעירים יהודים בכל הנוגע לשוויון זכויות פוליטיות נמצאה ירידה: בשנת 1998 כ־86.2% מהצעירים היהודים ראו בערך זה ערך חשוב או חשוב מאוד, בשנת 2010 ירד שיעור זה ל־81.6%, ובשנת 2016 הוא עמד על 63.1% בלבד.<sup>184</sup> סקר אחר, משנת 2013, הראה כי 49% מהציבור היהודי סבור שליהודים מגיעות זכויות רבות יותר מאשר ללא יהודים.<sup>185</sup> בסקרים עולה גם

**183** Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 136, בעמ' 1365. אפילו בניו זילנד יש מגילת זכויות אדם מכוח חוק זכויות האדם. אף שחוק זה אינו מסמיך את בית המשפט לבטל חקיקה שסותרת אותו, הוא תרם להתפתחותה של תרבות בריאה של זכויות אדם. ראו Janet McLean, *Legislative Invalidation, Human Rights Protection and s 4 of the New Zealand Bill of Rights Act*, in *BILLS OF RIGHTS* 28 (Mark Tushnet ed., Routledge, 2007)

**184** שירה קדרר-עובדיה "37% מהצעירים היהודים רואים בזכויות המיעוטים ערך עליון – פחות מהמוצע בעולם הערבי" הארץ 24.12.2019.

**185** דנה בלאנדר "דמוקרטיה ליהודים בלבד: משאל העם כמשל" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 10.10.2013.



ממצא עקיב ולפיו רוב הציבור היהודי סבור שהחלטות פוליטיות חשובות בנושאי שלום וביטחון וגם בנושאי ממשל וכלכלה צריכות להתקבל ברוב יהודי בלבד.<sup>186</sup> למען שלמות התמונה נציין כי במגוון של שאלות הציבור הישראלי מפגין דווקא תפיסות ליברליות למדי. כך למשל, לפי סקר משנת 2016 80% סבורים שיש להעניק זכויות שוות לבני זוג מאותו המין ו-79% מתנגדים לצמצום הנוכחות של נשים באירועים ציבוריים. ואולם באוכלוסיות מסוימות עמדות אלו הפוכות. כך למשל, אף שבכלל הציבור 30% תומכים בהפרדה בין יהודים לערבים במקומות ציבוריים, בקרב ימנים קיים רוב של 52% להפרדה כאמור, בקרב דתיים-לאומיים – כ-66% ובקרב החרדים כמעט 80%.<sup>187</sup> בהינתן הכוח הפוליטי הרב של קבוצות אלה, לעמדותיהן חשיבות רבה במישור הפוליטי הישראלי.

היעדר המחויבות לזכויות בא לידי ביטוי גם באופן הפשוט ביותר – כל הניסיונות לחוקק מגילת זכויות מלאה כשלו.<sup>188</sup> אי-איומו של מגילת זכויות מאז קום המדינה קריטי לניתוחו של וולדרון, שכן כדי להפוך את ההנחה השלישית שלו –

**186** לסקרים משנת 2003 ועד 2017 בשאלה זו ראו תמר הרמן, חנן כהן, פאדי עומר, אלה הלר וציפי לזר-שוואף שותפות בעירבון מוגבל: יהודים וערבים, ישראל 2017 75-76 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2017).

**187** סקר האגודה לזכויות האזרח "הציבור בישראל וזכויות האדם 2016: איומים והזדמנויות" (דצמבר 2016).

**188** על הכישלון בהסדרה של הגנה חוקתית על זכויות וחירויות האזרח ראו יצחק הנס קלינגהופר "מגילת זכויות האדם: הקפאון בחקיקה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 137 (יצחק זמיר עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ג); יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט'" מאזני משפט ה 125 (2006). ראוי להעיר שבעניין זה יש בעיה קלה של "ביצה ותרנגולת", שכן ההתנגדות הפוליטית של המפלגות החרדיות מבוססת בחלקה (לפחות בתקופה שלאחר המהפכה החוקתית) על מה שנתפס בעיניהן כאקטיביזם שיפוטי מופרז וכפרשנות חוקתית רחבה – למשל הכללת השוויון כחלק מכבוד האדם – בניגוד מפורש לכוננתם של מכונני חוקי היסוד. מפורטת הכרזתו של ח"כ אריה דרעי בשנת 1996 כי "אני כבר הפסקתי להאמין בנושא חוקי-יסוד. גם אם היית מביא את עשרת הדיברות כחוקי-יסוד של ועדת החוקה, הייתי מצביע נגד. אני לא מאמין בזה. אני לא יודע מה הכוונות שלכם בפנים. אני לא יודע מה אתם זוממים ביחד עם שופטי בית-המשפט העליון לעשות לנו". ראו מליאת הכנסת, פרוטוקול ישיבה מס' 423 של הכנסת ה-13 (19.2.1996), הצעת חוקי-יסוד: זכויות במשפט; הצעת חוקי-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות; הצעת חוקי-יסוד: זכויות חברתיות (קריאה ראשונה). מובן שטיעון זה אינו

מחויבות חזקה לזכויות אדם – למוחשית יותר, הוא מצוין בפירושו שאימוץ של מגילת זכויות אדם מהסוג המוכר הוא פרמטר לכך שהחברה מקדשת זכויות אדם ומשקפת את מחויבותה של החברה לזכויות.<sup>189</sup>

ואולם בישראל לא רק שמגילת זכויות אדם לא התקבלה, אלא שכדי לחוקק את שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם נדרשו פשרות רבות (דוגמת הוספת שמירת דינים של חוקים ישנים ואי־הכללת זכויות בסיסיות כגון שוויון, חופש דת וחופש ביטוי), שבסופו של דבר הביאו לידי חקיקה של מגילת זכויות רזה ביותר בהשוואה לקטלוג הזכויות המקובל בחוקות מודרניות.<sup>190</sup> מאז חקיקתם עומדים חוקי יסוד אלו במוקד מחלוקת ציבורית.

---

עונה על היעדר היכולת לחוקק מגילת זכויות בתקופה שמקום המדינה ועד המהפכה החוקתית.

189 *Waldron, The Core of the Case*, לעיל ה"ש 136, בעמ' 1365. ראוי להצביע כאן על היחס בין טענה זו ובין הטענה כי בכנסת יש בעיה של ייצוג. התבססות על חקיקה שהועברה או לא הועברה כמדד להלכי הרוח בחברה היא בעייתית כאשר הפרלמנט אינו מייצג כראוי את רצון העם. כך למשל אפשר לטעון שמגילת זכויות האדם לא הועברה לא בשל "היעדר מחויבות בחברה לזכויות אדם", אלא בשל כשל במערכת הפוליטית המקנה למפלגות קטנות – שאצלן מחויבות כאמור אינה קיימת – כוח פוליטי רב יותר מכוחן באוכלוסייה. לענייננו, בין שהיעדר המחויבות נובע מהחברה ובין שהוא נובע מכשלי שוק פוליטיים, הנחות היסוד של וולדרון (או לפחות אחת מהן) אינן מתקיימות כראוי.

190 לדיון כללי ראו רובינשטיין "סיפורם של חוקי היסוד", לעיל ה"ש 10. יהושע (שוקי) שגב "העצמת שיח הזכויות החוקתיות בעקבות המהפכה החוקתית: האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?" *משפט ועסקים* 235, 245 (תשע"ד-2013):

בתנאי־הרקע של מדינת־ישראל שוכנים גם חילוקי־דעות לגבי זכויות חילוקי־דעות אלה הם שמנעו, בין היתר, קבלת חוקה ומגילת זכויות עם קום המדינה; הם שעיצבו במשך יותר מארבעה עשורים קבלת חוק־יסוד שישדיר את זכויותיו וחירויותיו של האזרח ויגן עליהן חוקתית; והם שהובילו לאטומיזציה של מגילת זכויות האדם, כך שרק זכויות שזכו בהסכמה רחבה עוגנו בחוקי־היסוד, בעוד שזכויות חשובות אחרות אך שנויות במחלוקת נותרו ללא עיגון חוקתי מפורש.

על המחלוקת בעניין זכויות ראו גם Ruth Gavison, *The Controversy Over Israel's Bill of Rights*, 15 *ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS* 13 (1985)

"מחלוקת לגבי זכויות" כשהיא לעצמה בוודאי רצויה בדמוקרטיה ליברלית ופלורליסטית. ואכן, אחת ההנחות של וולדרון (ההנחה הרביעית) היא ש"יש מחלוקת סבירה, עקיבה, משמעותית ואמיתית בנוגע לזכויות". ניתן כמובן לשאול אם עצם הדיון בשאלה של עיגון זכויות כגון שוויון, חופש ביטוי או חופש דת – בניגוד לשאלה מה היקפן של זכויות אלו – הוא "מחלוקת סבירה"; אבל גם אם מניחים שאכן מדובר במחלוקת סבירה, לדידו של וולדרון מחלוקת סבירה זו צריכה להיות בין האזרחים המחויבים לרעיון הזכויות, וכאמור, בהתבסס על ההנחה הקודמת (ההנחה השלישית) רוב האזרחים מחויבים לרעיון של זכויות פרט זכויות מיעוט. ואולם נדמה כי ההנחה שבחברה הישראלית, או לפחות בחלקה הגדול, יש "מחויבות חזקה" ו"קונצנזוס רחב" בנוגע לזכויות הפרט זכויות המיעוט, אינה מתקיימת כראוי. הציבור ככלל אינו רואה בחומרה שלילה של זכויות פוליטיות מהציבור הערבי, ובשל השילוב של דיני המשפחה המבוססים, דיני ההגירה ודיני התפיסה הלוחמתית המפלים, קשה מאוד להתאים את ישראל לפרדיגמה של וולדרון.<sup>191</sup>

191 בדומה לטיעון זה, בחגובה להצעות ליישם בישראל דגם של דיאלוג שבו תהיה לכנסת המילה האחרונה בשאלות ערכיות שבעניינן יש מחלוקת לגיטימית, טען אורי אהרונסון כי –

הקושי הוא, שמודל דיאלוגי שמוחל באופן כללי [...] אינו מאפשר להבחין בין מחלוקות ערכיות על המובן של זכויות או ערכים מצד אחד (מחלוקות לגיטימיות), ומחלוקות ערכיות על עצם ההצדקה של זכויות או ערכים מצד שני (מחלוקות לא לגיטימיות). דגמים דיאלוגיים ברי-הצדקה מניחים שותפות ערכית בסיסית בין בית המחוקקים ובית המשפט, במובן של מחויבות חופפת של שני המוסדות – כמוסדות, כלומר ללא תלות בזהות האנשים המכהנים ביניהם – לקטגוריות חוקתיות בסיסיות כמו שוויון, כבוד וחירות. בישראל, לפחות בתקופות מסוימות, שולטות בכנסת קואליציות אפקטיביות אשר אינן שותפות לאידיאל השוויון שעומד ביסוד האופי הליברלי של פסיקה בית המשפט העליון מאז קום המדינה. הן במישור של יהודים ולא-יהודים (פלסטינים ומהגרים) והן במישור של גברים ונשים, קיים חשש שמנגנון דיאלוגי ישמש לא ליישום של גישה פרשנית אלטרנטיבית לזכויות, אלא לשלילה מודעת ומכוונת של זכויות, בשם מערכת ערכים חלופיות.

אורי אהרונסון "איזהו משבר? תגובה לגדעון ספיר" ICN-S-IL Blog 3.10.2019.

יתרה מזאת, לצד חוסר היכולת להסכים על מגילת זכויות, בשנים האחרונות נעשתה ההתנגדות לזכויות אדם עמוקה יותר ולצערנו גם קונצנזואלית יותר. בלי להיכנס לטענות סוציולוגיות רחבות על החברה הישראלית, נראה שאפשר לומר שמאז המהפכה החוקתית לא אימץ הקונצנזוס הישראלי את המחויבות לזכויות אדם חוקתיות, ונראה שבשנים האחרונות רעיון זה אף מייצר אנטגוניזם במגזרים רחבים בישראל.<sup>192</sup> מכיוון שהטיעון של וולדרון נגד ביקורת שיפוטית מניח מחויבות חזקה ונרחבת לזכויות,<sup>193</sup> נראה שישראל איננה חברה שמתאים להחיל בה את הטיעון נגד ביקורת שיפוטית (a non-core cases society). כשהיעדר הקונצנזוס בנוגע לזכויות נלקח בחשבון יחד עם היעדר איזונים ובלמים ראויים בהליכי החקיקה, טענתו של וולדרון נגד ביקורת שיפוטית אינה חזקה בנוגע לישראל.

התנאים המוסדיים שוולדרון מציין הם מכשירים שלמעשה מבקשים למתן את הסכנה של עריצות הרוב – אותו רוב שהכרחי כל כך לקבלת החלטות דמוקרטיות. בהקשר זה עוד ראוי להזכיר שמבנה הדמוקרטיה הישראלית, כמו שציין פרופ' עמיחי כהן, מעניק כוח רב מאוד לרוב הפוליטי. מדינות דמוקרטיות שונות, הוא מרחיב, אימצו מגוון של פתרונות להגבלת כוחו של השלטון: חלוקה לשני בתי פרלמנט כך שכדי להעביר חוק דרוש רוב בשני מוסדות נבחרים, כל אחד נבחר בשיטה אחרת; חלוקת כוח בין נשיא בעל סמכות ובין בית המחוקקים; חלוקת המדינה למחוזות פדרליים שלכל אחד מהם סמכות חקיקה עצמאית; הצטרפות לאמנות בינלאומיות שמכפיפות את השלטון לביקורת חיצונית של בית משפט או בית מחוקקים חיצוני; וגם שיטת בחירות אזורית, שמחייבת כל נציג נבחר לפעול למען אזור הבחירה שלו. אין דמוקרטיה בעולם שבה הרוב הנבחר יכול להחליט בלי שום ביקורת פוליטית, חיצונית או פנימית.

192 על ההתנגדות של ציבורים דתיים ולאומנים לפרויקט הליברלי של המהפכה החוקתית ראו מנחם מאוטנר הליברליזם בישראל – תולדותיו, בעיותיו, עתידיו (הוצאה לאור של אוניברסיטת תל אביב, 2019); Menachem Mautner, *Protection of Liberal Rights Amidst A "War of Cultures" (Kulturkampf) between Secular and Religious Groups*, 48 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 125 (2018). על קבוצות מיעוט לא-ליברליות ואנטי-ליברליות בישראל ראו גם אמנון רובינשטיין "מיעוטים לא-ליברליים ואנטי-ליברליים" משפט ועסקים יט 695 (חשע"ו).

193 Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 136, בעמ' 1366.

מבנה הדמוקרטיה הישראלית, לעומת זה, נותן כוח רב מאוד לכנסת. הבחירות הכלליות היחידות הנערכות בישראל הן לכנסת (שלה בית אחד), והתוצאה היא שהכנסת היא המוסד היחיד שיש לו לגיטימציה של הכרעת רוב מבחינת פרוצדורת הבחירה אליו; ישראל איננה מדינה פדרלית, והרשויות המקומיות בה חלשות במיוחד, כך שכוחה של הכנסת אינו מוגבל גם כלפי מטה; ישראל איננה חברה בשום מוסד בינלאומי בעל סמכות "על מדינתית" דוגמת האיחוד האירופי, היא לא הצטרפה לפרוטוקול האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR – International Convention on Civil and Political Rights), שבה היא חברה, שמאפשר גם לפרטים להגיש תלונות, והיא איננה כפופה לשום בית דין בינלאומי שחובה להישפט לפניו כגון בית הדין האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג (ECtHR – European Court of Human Rights).<sup>194</sup>

נקודה אחרונה זו חשובה. בניגוד למדינות האירופיות, ישראל אינה חברה בבית משפט בינלאומי או על-לאומי. במועצת אירופה (CoE – Council of Europe) (גוף נפרד מהאיחוד האירופי) יש 47 מדינות החברות באמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR) ומחויבות לפסיקות של בית הדין האירופי לזכויות אדם (ECtHR).<sup>195</sup> במדינות החברות במועצת אירופה יש אפוא לזכויות אדם שכבת הגנה כפולה: ההגנה החוקתית על מגילת זכויות האדם וההגנה העל-לאומית.<sup>196</sup> אין מדובר

194 עמיחי כהן פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018). לטיעון דומה מדוע לנוכח היעדר של איזונים ובלמים דרושה הכרה בביקורת שיפוטית גם על חוקי יסוד ראו Suzie Navot & Yaniv Roznai, *From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, 21(3) EUROPEAN JOURNAL OF LAW REFORM 403 (2019)

Jonathan L. Black-Branch, *Observing and Enforcing Human Rights 195 under the Council of Europe: Creation of a Permanent European Court of Human Rights*, 3 BUFFALO JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1 (1996); Ed BATES, THE EVOLUTION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: FROM ITS INCEPTION TO THE CREATION OF A PERMANENT COURT OF HUMAN RIGHTS (Oxford University Press, 2010)

Gerald L. Neuman, *Human Rights and Constitutional Rights: 196 Harmony and Dissonance*, 55(5) STANFORD LAW REVIEW 1863 (2003); Stephan Gardbaum, *Human Rights as International Constitutional Rights*, 19(4) EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 749 (2008)

במגנון זניח. כך למשל, בכל הנוגע למדינות אירופיות שבהן אין ביקורת חוקתית פנימית או שהביקורת החוקתית בהן חלשה, התקבלו בשנים 1959-2019 בבית הדין האירופי לזכויות אדם מאות פסיקות שבהן נמצאה לפחות הפרה אחת של האמנה האירופית לזכויות אדם, כמפורט בלוח 1.

### לוח 1

#### פסיקות של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניינן של מדינות ללא ביקורת חוקתית או עם ביקורת שיפוטית חלשה, 1959-2019

המדינה	מספר הפסיקות	מספר הפסיקות שבהן נמצאה הפרה אחת לפחות של האמנה האירופית לזכויות אדם
בריטניה	552	320
הולנד	165	93
לוקסמבורג	46	34
פינלנד	190	141
שווייץ	195	115

מקור: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, VIOLATIONS BY ARTICLE AND BY STATE - 1959-2019

ביקורת שיפוטית של טריבונליים בינלאומיים אמנם אינה זהה לזו של בית משפט חוקתי או עליון – בית המשפט הבינלאומי או העלילאומי אינו יכול להשפיע על תקפות (validity) החקיקה הפנימית בספּרה החוקתית הפנימית, והאחריות ליישום של החלטותיו מוטלת על המדינה;<sup>197</sup> אבל אך על פי שהפרת אמנה

197 לדיון כללי ראו COURTNEY HILLEBRECHT, DOMESTIC POLITICS AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TRIBUNALS: THE PROBLEM OF COMPLIANCE (Cambridge University Press, 2014). לכן יש קשר הדוק בין היכולת ליישם את הוראות המשפט הבינלאומי או העל-מדינתי ובין יעילותו. עוד ראו Yuval Shany, *Assessing the Effectiveness*

אינה זהה בהכרח לבטלות חקיקה, חשוב להכיר בעובדה שבמדינות האירופיות יש שכבת הגנה נוספת שמגבילה את המחוקקים הלאומיים – הגנה שחסרה בישראל.

מכל מקום, בדומה לביקורת חוקתית, בתי משפט על-לאומיים דנים פעמים רבות בשאלה האם חקיקה הולמת את המחויבויות הבינלאומיות. כך למשל, כרבע מההחלטות שקיבל בית הדין האירופי לזכויות אדם (ECtHR) דורשות שינויי חקיקה כך שתהלוך את האמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR). ככלל מדינות מציינות להחלטות של בתי משפט על-לאומיים בדרישה לשנות חקיקה שאינה עולה בקנה אחד עם מחויבות בינלאומית, במידה דומה לציות שלהן להחלטות שאינן נוגעות לשינוי חקיקה (גם אם הליך החקיקה עצמו מעכב את הציות להחלטה).<sup>198</sup>

חשוב להבהיר שעל אף המתח לכאורה, אין סתירה בין עמדה זו (בדבר חוזקת המחוקק הישראלי) ובין חולשת הכנסת שנטענה קודם לכן. הכנסת, כגוף המחוקק, חזקה במובן שאין עליה בלמים חיצוניים; ואולם היא חלשה במובן שהממשלה שולטת בה. לכן אין די בלמים ואיזונים (פנימיים או חיצוניים) על הגוף המחוקק למעט בית המשפט. במילים אחרות, לא רק שאין סתירה בין הטיעונים, אלא ששילובם הוא שהופך את המצב הישראלי לבעייתי במיוחד: הממשלה היא המחוקקת, לפרלמנט אין כוח אמיתי למנוע חקיקה של קואליציה נחושה, ומרגע שפעלה הממשלה באמצעות חקיקה – אין עליה מגבלות חיצוניות מלבד ביקורת שיפוטית. אלו מחזקים את הצורך בשכבת ביקורת נוספת בצורת ביקורת שיפוטית.

---

*of International Courts: A Goal-Based Approach*, 106(2) AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 225 (2012)

Øyvind Stiansen, *Delayed but not Derailed: Legislative Compliance with European Court of Human Rights Judgments*, 23(8) THE INTERNATIONAL JOURNAL OF HUMAN RIGHTS 1221, 1223-1224 (2019). מעניין שדמוקרטיה חדשה מציינת מהר יותר להחלטות של בתי דין בינלאומיים. ראו Sharanbir Grewal & Erik Voeten, *Are New Democracies Better Human Rights Compliers?* 69(2) INTERNATIONAL ORGANIZATION 497 (2015)

בהיעדר מערכת נוקשה של איזונים ובלמים פנימיים למערכת הפוליטית, או חיזוניים מהמשפט העל-מדינתי, נדרש מנגנון שיפוטי חזק ועצמאי.<sup>199</sup> לנוכח כל אלה יש להכיר בחשיבותה של מערכת המשפט, שבין היתר מוודאת שהמגבלות החוקתיות המוטלות על הגוף המחוקק אכן נאכפות. מגבלות אלו נועדו להגן על קיומה של מערכת בחירות חופשית, על המיעוט מפני עריצות הרוב, וגם על הרוב מפני שימוש לרעה בכוח על ידי הנציגים שלו עצמו. ביקורת שיפוטית נשענת אפוא על העיקרון של ממשל מוגבל (limited government), שבו מוטלות מגבלות על הרשויות הפוליטיות החזקות ועל סמכות החקיקה שלהן.<sup>200</sup>

יצוין כי השאלה אם בהינתן הנחות יסוד מסוימות ביקורת שיפוטית מוצדקת מבחינה מוסרית פשוט איננה שאלה שרוב החברות, בייחוד אלה שחוות שחיקה של הדמוקרטיה, שואלות את עצמן. עמד על כך פרופ' תאודור רוקס (Roux) כשטען שוולדרון יצר תנאי יסוד שאינם מתקיימים ברוב (אם לא כמעט בכל) הדמוקרטיות הליברליות המערביות, ובוודאי שברוב החברות האחרות.<sup>201</sup> בדומה כותב גם ד"ר גונזלס ברטומו (Bertomeu) כי קשה להתעלם מהמסקנה שהתיאור האידיאלי של וולדרון אינו מתאים לשיקוף של עולם שאינו אידאלי.<sup>202</sup> פרופ' סם אייזקרוף (Issacharoff) צודק אפוא בטענתו מן העת האחרונה בתגובה לתאוריות כמו אלו של וולדרון, כי:

199 כך למשל, את מקורות ההתנגדות המסורתית בצרפת לביקורת שיפוטית (שגם היא נסוגה, כמו שציינתי בתחילת הפרק) אפשר לאתר בניסיון המר עם שופטים בימים הקדם-מהפכניים ובעיקר עם הגלוריופיקציה של הדוקטרינה הטהורה בדבר הפרדת רשויות. CAPELLETTI, JUDICIAL REVIEW, לעיל ה"ש 69, בעמ' 3.

200 CHRISTOPHER WOLFE, THE RISE OF MODERN JUDICIAL REVIEW: FROM CONSTITUTIONAL INTERPRETATION TO JUDGE-MADE LAW 97 (revised ed., Rowman & Littlefield, 1994)

201 Theunis Roux, *In Defence of Empirical Entanglement: The Methodological Flaw in Waldron's Case Against Judicial Review*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF DELIBERATIVE CONSTITUTIONALISM 203 (Ron Levy, Hoi Kong, Graeme Orr & Jeff King eds., Cambridge University Press, 2018)

202 Juan F. Gonzalez Bertomeu, *Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review*, 17 LEGAL THEORY 81, 85 (2011)



בירור ביקורתי אינו נעשה בעולם אידאלי של דיון פרלמנטרי בריא, אלא במגבלות הנוכחיות של ממשלים דמוקרטיים ששולטים בהתאם לעקרון ריבונות העם בכל המדינות כמעט. לו היינו חיים בין מלאכים, כמו שציין מדיסון פעם, לא היה צורך בהגבלות מוסדיות. בממלכת האיודאות והסכסוך של העולם האמיתי במצב הקרוב ביותר למצב האופטימלי (second best), הדיון חייב לנוע מעבר לאידיאליזם האפלטוני. במקום להניח פעולה של דמוקרטיה בריאה, על כל מאפייניה המוסדיים, יש להתחיל בהבחנה מהעולם האמיתי ולפיה לא הכול כשורה בבית השלטון הדמוקרטי. באי-הקבלה כנקודת מוצא אנליטית את היותה של הדמוקרטיה בריאה או את מרכזיותה של הדאגה לזכויות, מטרתי להעביר את הדיון על ביקורת שיפוטית אל מעבר לקיבעון התאורטי המסורתי ולשקע אותו במציאות "המלוכלכת" של ניסיון החיים.<sup>203</sup>

כלומר, ייתכן שהתנאים שבעיני וולדרון הם הנחות יסוד, הם בכלל תנאים אידאליים; ואולם התאמה של מנגנונים פוליטיים ומשפטיים יש לבחון בראייה מפוכחת ומציאותית לפי ניסיון החיים, ולא בראייה אידאלית של ריבונות פרלמנטרית. ראייה מציאותית מלמדת שבייחוד לנוכח האתגרים הפופוליסטיים העומדים לפתחם של המוסדות הפוליטיים והדמוקרטיים, תפקידם של בתי המשפט מקבל חשיבות יתרה.<sup>204</sup>

הלקח מדיון זה כפול: ראשית, ברמה התאורטית הדיון בעד ונגד ביקורת שיפוטית צריך להיות קשוב ורגיש לא רק להיגדים נורמטיביים מופשטים, אלא גם לעובדות בשטח, שפעמים רבות מכותיבות את התשובות לשאלות מה המצב הנורמטיבי הראוי בישראל, והאם תאוריה מסוימת חלה על מצב דברים נתון. כך יש להזהר מ"ייבוא" תאוריות שהן מושכות במבט ראשון, אבל מניחות מסד

Samuel Issacharoff, *Judicial Review in Troubled Times: 203 Stabilizing Democracy in a Second-Best World*, 98 NORTH CAROLINA LAW REVIEW 1, 5-6 (2019)

עובדתי שאינו חל במדינה ה"קולטת". שנית, כשמייבאים תאוריות, יש לייבאן במלואן. וולדרון אמנם ידוע כמתנגד המפורסם ביותר לביקורת שיפוטית, אבל מייבוא התאוריה שלו ומהחלטה על המקרה של ישראל (וייתכן שגם על מדינות דמוקרטיות רבות אחרות) אין עולה שלילה של הביקורת השיפוטית.

ויובה, בחלק זה ביקשתי לטעון כי לפי התאוריה המובילה בספרות, ישראל היא מקרה שבו ההתנגדות לביקורת שיפוטית חלשה. אין בכך כדי לטעון שכשמדובר בהגנה על זכויות בתי המשפט יעשו תמיד עבודה טובה יותר: לעיתים מחוקקים יכולים להגן על זכויות אדם טוב יותר באמצעות חקיקה;<sup>205</sup> בעבר היו בתי משפט שותפים לפרויקטים אנטי-ליברליים;<sup>206</sup> ובתי משפט – בוודאי כאלה שבשליטת גופים פוליטיים – יכולים גם הם להביא לידי שחיקה דמוקרטית.<sup>207</sup> עם זאת לבתי המשפט תפקיד חשוב בהגנה על זכויות אדם ובשמירה על הדמוקרטיה.<sup>208</sup>

יש בוודאי מקום לדון באופן הביקורת השיפוטית הראוי לישראל והיקפו, כמו שיעשה בהמשכו של מחקר זה; ואולם לעת עתה אציין כי היעדרם של חוקה נוקשה, מערכת מורכבת של איזונים ובלמים מוסדיים, מסורת דמוקרטית רבת שנים או קונצנזוס חברתי בדבר חשיבותן של זכויות יסוד – מצדיק חיזוק של מנגונוני ההגנה על זכויות האדם ולא החלשתם. טענה זו מתחזקת בייחוד כשמובאות בחשבון הבעיות החוקתיות הרבות והמורכבות שמדינת ישראל – המצויה מאז הקמתה במצב חירום – מתמודדת עימן, לרבות מלחמה בטרור,

GRÉGOIRE WEBBER, PAUL YOWELL, RICHARD EKINS, MARIS KÖPCKE, BRADLEY W. MILLER, & FRANCISCO J. URBINA, *LEGISLATED RIGHTS: SECURING HUMAN RIGHTS THROUGH LEGISLATION* (Cambridge University Press, 2018) 205

בהקשר האמריקאי אפשר כמובן להזכיר את פסקי הדין, *Dred Scott v. Sanford*, *Shahrukh Khan v. Korematsu v. United States*, ו-*Plessy v. Ferguson*. ראו, *The Supreme Court's Illiberal Legacy*, WASHINGTON POST, August 6, 2019

David Landau & Rosalind Dixon, *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*, 53 UC DAVID LAW REVIEW 1313 (2020) 207

Yaniv Roznai, *Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy*, 29 WILLIAM & MARY BILL OF RIGHTS JOURNAL (forthcoming 2021) 208

תפיסה לוחמתית, יחסי דת ומדינה ומיעוט לאומי. בנסיבות אלה ביקורת שיפוטית הכרחית, ורצוי שזו תהא מעוגנת מפורשות בחוקי היסוד.

לעיון המפורש של סמכות הביקורת השיפוטית חשיבות מהמעלה הראשונה. כפי שציינתי בתחילת המחקר, עצם הדיון אם לבית המשפט העליון סמכות לביקורת חוקתית והמחלוקת סביב סמכות זו פוגעות בלגיטימיות של בית המשפט. מצב זה אינו ייחודי כמובן לישראל. כשהסמכות השיפוטית משתמעת ולא מפורשת, נטען כלפי בתי המשפט שהם מפעילים את סמכות הביקורת כדי להאדיר את כוחם.<sup>209</sup> לכן, וכדי למנוע מחלוקות בדבר עצם סמכות הביקורת החוקתית, יש לעגנה מפורשות. בפרק הבא נבחן מהו הדגם הראוי לביקורת חוקתית בישראל.

## מה הדגם הראוי לישראל?

ביקורת חוקתית תיתכן בכל מיני מאפיינים ועיצובים.<sup>210</sup> בהמשך מחקר זה אעמוד על כמה מהיבטים אלו ועל העיצוב הרצוי לישראל. העיסוק בביקורת חוקתית בישראל אינו חדש, והצעות לעיצוב מחדש של מנגנון ביקורת זה כבר הועלו בעבר. פרופ' שמעון שטרית למשל הציע דגם שמבוסס על שלושה יסודות: ראשית – אימוץ דגם מצהיר לביקורת שיפוטית חוקתית ולפיו בית המשפט העליון יוכל להכריז שחוק סותר חוק יסוד. ההחלטה הסופית אם להתאים את החוק או לבטלו תיוותר בידי הכנסת. שנית – הדיון בשאלת תוקפם של חוקים ייעשה בהרכב של תשעה שופטים שישקפו את הרכבה ואת גיוונה של האוכלוסייה. ולבסוף – צמצום זכות העמידה רק למי שנפגע אישית ממעשה השלטון.<sup>211</sup> פרופ' גדעון (גידי) ספיר לעומת זה הציע שיטה שבה ההכרעה החוקתית תינתן לשתי הרשויות ותתבסס על איזונים ובלמים באופן הזה: אימוץ מנגנון התגברות בסגנון הקנדי;<sup>212</sup> אימוץ מנגנון בחירה פוליטי לשופטים שיעניק לציבור שליטה בהרכב בית המשפט ויהפוך את בית המשפט העליון לייצוגי יותר; הגבלת משך הכהונה של שופטים ל-10-12 שנים; ואימוץ חוקה מפורטת.<sup>213</sup>

210 למבט השוואחי על עיצוב ביקורת חוקתית ראו, CHRISTINE LANDFRIED (ed.), CONSTITUTIONAL REVIEW AND LEGISLATION: AN INTERNATIONAL COMPARISON (Nomos, 1988); MAARTJE DE VISSER, CONSTITUTIONAL REVIEW IN EUROPE: A COMPARATIVE ANALYSIS (Hart Publishing, 2014); Katalin Kelemen, *The Decision-Making Process of European Constitutional Courts: A Comparative Perspective*, *Diritti Comparati Working Paper 1/2016* (2016); Rainer Grote, *Judicial Review*, MPECCoL (July 2018)

211 שמעון שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים: המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים בישראל" מאזני משפט ה' 23, 77-80 (תשס"ו).

212 על מנגנון ההתגברות הקנדי ראו פרק 1 לעיל ופרק 5 להלן. על קנדה כ"מייצאת" של מחשבה חוקתית ראו Ran Hirschl, *Going Global? Canada as Importer and Exporter of Constitutional Thought, in CANADA IN THE WORLD: COMPARATIVE PERSPECTIVES ON THE CANADIAN CONSTITUTION* 305 (Richard Albert & David R. Cameron eds., Cambridge University Press, 2018)

213 ראו גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" מחקרי משפט יט 461 (תשס"ג).

גם בדיונים שנערכו במכון הישראלי לדמוקרטיה על חוקה בהסכמה הועלו לדיון כמה דגמים לביקורת חוקתית בישראל.<sup>214</sup> בפרק זה אציג את הדגמים הללו בהתייחסות ליתרונותיהם ולחסרונותיהם, ואציע את הדגם הראוי בעיניי.

.א

## ביקורת שיפוטית במסגרת בית משפט לחוקה

לפי דגם זה, שמקורו באירופה וכיום מתקיים במדינות רבות, הסמכות לביקורת שיפוטית נתונה בבלעדיות למוסד מיוחד – בית משפט לחוקה, שאת שופטיו ממנים המוסדות הפוליטיים ולעיתים הם אינם בעלי מומחיות משפטית כי אם בעלי זיקה פוליטית.<sup>215</sup> בתי משפט חוקתיים מבוססים על התפיסה ולפיה הביקורת השיפוטית שייכת לתחום הפוליטי יותר מאשר לתחום המשפטי־מקצועי, ולכן גם מינוי השופטים מבוסס על יסודות פוליטיים. מוסד נפרד זה, שמתמקד בשאלות הערכיות, מאפשר לערכאות השיפוט המקצועיות להימנע מלדון בשאלות ערכיות ופוליטיות.

אף שיש שטענו בזכות הדגם של בית משפט לחוקה גם בישראל,<sup>216</sup> לעניות דעתי במקרה זה אין מקום לשינוי פרדיגמטי של הקמת בית משפט לחוקה, המאפיין בעיקר מדינות בעלות משפט קונטיננטלי. שיטת המשפט שלנו, בדומה לשיטות המשפט האנגלו־אמריקאיות, מבוססת על אינטראקציה בין שאלות משפטיות "מקצועיות", שאלות משפטיות שנוגעות לזכויות אדם ושאלות של הגינות, צדק

214 לסיכום הדגמים של ביקורת שיפוטית ראו "דגמים של ביקורת שיפוטית" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1.11.2001. לעיון מפורט בדיונים בדבר דגמי הביקורת השיפוטית ראו דגמים של ביקורת שיפוטית (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2002).

215 B.O. Bryde, *Constitutional Courts*, INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL & BEHAVIORAL SCIENCES 2637-2641 (2001)

216 לדיון ראו יואב דותן "האם ישראל צריכה בית משפט לחוקה" משפט וממשל ה 117 (תש"ס); אורן סופר וגבריאלה פיסמן "ביקורת שיפוטית בחברה מקוטבת" עיוני משפט כד 663, 688-694 (2001); חסן ג'בארין "הפוליטיקה של 'המקצוענות המשפטית' בטוגיות חוקתיות" משפט וממשל ו 329, 331-332 (תשס"ג).

ומוסר, ובית המשפט העליון עומד בה בראש הפירמידה המשפטית הדנה בכל סוגי השאלות המשפטיות.<sup>217</sup> כמו שיפורט בפרק הבא, לדעתי לא רצוי לאמץ שיטה קונסטיטנטלית מובהקת המנוגדת ל-DNA של שיטת המשפט שלנו. בתי המשפט החוקתיים מתאימים למערכת המשפט הקונסטיטנטלית שבה יש כמה מערכות שיפוט (פלילי, אזרחי, מינהלי וכדומה) כשבראש כל מערכת בית משפט עליון משלה. המבנה המשפטי שלנו שונה, ואין מקום להקים במסגרתו בית משפט חוקתי נפרד שיהיה "נטע זר"<sup>218</sup> ויהיה במתח מתמיד עם בית המשפט העליון.<sup>219</sup> ואכן, גם קלוד קליין הציע דגם היברידי שבו יישמר מעמדו של בית המשפט העליון, אך כשיתקיים דיון בחוקתיותם של חוקים יתווספו לדיון שופטים מיוחדים, מה שמקרב את הדגם לזה של בית משפט חוקתי.<sup>220</sup> אך שאני סבור כי אין לאמץ דגם טהור של בית משפט חוקתי, כמו שארחיב בהמשך המחקר, אציע כמה פתרונות עיצוביים (design) שיקרבו במידת מה את שיטת הביקורת השיפוטית לזו הנוהגת בבית משפט חוקתי.

## 1.

### ביקורת חוקתית מקדמית ושלב החקיקה

לפי דגם זה את הביקורת החוקתית עושה גוף ייעודי בזמן החקיקה, ולא לאחריה. הדגם שנשקל בדיוני "חוקה בהסכמה" הציע כי יוקם גוף שיסייע לכנסת בהליך של ביקורת חוקתית פרלמנטרית, בדומה לנעשה למשל באחדות ממדינות סקנדינביה. בפינלנד כזכור יש לבית המשפט תפקיד מצומצם בביקורת

217 יורם שחר "משכן כמשפטו" מחקרי משפט יט 397 (תשס"ג).

218 לפירוט מדוע הדגם של בית משפט לחוקה אינו מתאים לישראל ראו אהרן ברק "בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה" משפט וממשל ו (תשס"ג), 315, 318-323.

219 על המחח בין בתי משפט חוקתיים לערכאות עליונות ראו, Lech Garlicki, *Constitutional Courts Versus Supreme Courts*, 5(1) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 4, 63-64 (2007).

220 קלוד קליין "בית־דין לחוקה – שלא כצעתה!" מחקרי משפט יט 497, 506-509 (תשס"ב-תשס"ג).

חוקתית.<sup>221</sup> ועדה פרלמנטרית למשפט חוקתי (perustuslakivaliokunta) היא שבוחנת את חוקתיותה של חקיקה מוצעת, וחווה דעתה מחייבת את הפרלמנט. דיוניה של הוועדה אינם חלק מההליך הפרלמנטרי הרגיל, והיא פועלת באופן מעין־שיפוטי. הוועדה אמנם מורכבת מפוליטיקאים, אבל היא פועלת באופן שאינו פוליטי־מפלגתי, ודיוניה מבוססים על דעות של מומחים.<sup>222</sup> דוחות הוועדה מבוססים מבחינה משפטית, ולפני שהצעת חוק מתקבלת על הממשלה לתקן את הוראות החקיקה שהוועדה מצאה שאינן חוקתיות.<sup>223</sup> אם האי־חוקתיות משמעותית, הצעת החוק למעשה נזנחת. אמנם במעין מנגנון התגברות הצעת חוק שאינה חוקתית יכולה להתקבל בפרלמנט ברוב המיוחד הדרוש לתיקון החוקה, אבל בפועל בשיטה הפינית מרובת המפלגות קשה לממשלה להשיג את הרוב המיוחד הדרוש לתיקון החוקה.<sup>224</sup>

גם בשוודיה בית המשפט נותן לפרלמנט מרחב תמרון חקיקתי רחב וממלא תפקיד מצומצם כמגן זכויות חוקתיות. חקיקה מוצעת מוגשת למועצת החקיקה

221 ראו לעיל בפרק 1, בסמוך לה"ש 126.

222 על השימוש במומחים בעת בחינה חוקתית מקדימה בפינלנד ראו, Ida Koivisto, *Experts and Constitutionality Control in Finland: A Crisis of Cognitive Authority?* 40 RETFAERD 22 (2017)

223 על חשיבותם של דוחות הוועדה אפשר ללמוד ממעמדם המיוחד כמקור משפטי ודה־פקטו כחקידים. ראו Husa, THE CONSTITUTION 126, בעמ' 78-88.

224 להרחבה על ההיסטוריה של הוועדה הפרלמנטרית למשפט חוקתי ועל הבחינה החוקתית שהיא עושה ראו Jaakko Husa, *Looking in Constitutionality Control in Finland*, 16 EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW 249 (2020). גם, Voitto Saario, *Control of the Constitutionality of Laws in Finland*, 12 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 19 (1963); Jaako Husa, *Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective*, 48 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 345, 363-369 (2000); Kaarlo Tuori, *Judicial Constitutional Review as a Last Resort*, in THE LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: SCEPTICAL ESSAYS 365, 377-383 (Adam Tomkins, K. D. Ewing & Tom Campbell eds., Oxford University Press, 2011); Juha Lavapuro, Tuomas Ojanen, & Martin Scheinin, *Rights-based Constitutionalism in Finland and the Development of Pluralist Constitutional Review*, 9 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 505 (2011)

(Lagrådet) – גוף עצמאי שמורכב משתי מחלקות, בכל אחת שלושה חברים, מתוכם על אחד להיות שופט בית המשפט העליון ואחד שופט בית המשפט המינהלי העליון, שנבחרים לכהונה של שנתיים. המועצה מחווה את דעתה באשר לחוקתיותה של הצעת החוק, ולחוות דעת זו משקל בהליך החקיקה. חוות הדעת של המועצה אמנם אינן מחייבות, אבל יש להן משקל פוליטי וציבורי, והן זוכות להד תקשורת.<sup>225</sup>

במקום אחר עמדתי בהרחבה על מגוון האפשרויות לביקורת פרלמנטרית בהליך החקיקה לנוכח הדגמים הקיימים בעולם כמו למשל באירלנד, בקנדה, בסקוטלנד, בבריטניה, בצרפת, ביפן ובבלגיה.<sup>226</sup> הצעתי שם כי כחלק מהליך החקיקה יש לעגן מפורשות מנגנון שיטתי של ביקורת חוקתית פרלמנטרית, שיבטיח כי השלכותיהן של הצעות חוק על זכויות האדם החוקתיות יובאו לידיעתם של חברי הכנסת ויקבלו את תשומת הלב הראויה. על כמה ממנגנונים אלה – בכללם החובה לקיים דיון פרלמנטרי בחוקתיותם של חוקים – ארחיב בהמשך המחקר.

לכאורה מובן שככל שהבחינה המקדימה איכותית ונוקשה יותר, כך ביקורת שיפוטית מאוחרת תתייתר ותיעשה מטבעה מרוסנת יותר.<sup>227</sup> כך למשל, ביפן החוקה מסמיכה את בית המשפט העליון לבחון את החקיקה מבחינה חוקתית.<sup>228</sup> בית המשפט העליון אכן מקיים ביקורת שיפוטית, אבל נוקט ריסון עצמי, וככלל ידוע כמוסד שמרני.<sup>229</sup> לצד בית המשפט העליון קיים ביפן מוסד אחר המופקד

225 Thomas, *Guarding the Constitutionality* 363-360; Husa, *Judges without a Court: Judicial Preview in Sweden*, in *THE LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: SCEPTICAL ESSAYS* 152 (Adam Tomkins, K. D. Ewing & Tom Campbell eds., Oxford University Press, 2011)

226 רונאי "חוקי־היסוד", לעיל ה"ש 129.

227 מרק טושנט "נגד ביקורת שיפוטית" מאזני משפט 9, 23, ה"ש 37 (2010).

228 Nihonkoku Kenpō [Constitution], art. 81 (Japan)

229 למן הקמתו, לפני יותר משישים שנה, ביטל בית המשפט העליון רק חוקים אחדים. על הביקורת השיפוטית ביפן, ראו Norikazu Kawagishi, *The Birth of Judicial Review in Japan*, 5(2) *INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW* 308 (2007); Jun-ichi Satoh, *Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme*



על הערכת חוקתיותה של חקיקה מוצעת – המשרד לחקיקה ממשלתית (Naikaku Hōsei Kyoku) שהוקם בשנת 1975 לפי הדגם הצרפתי של מועצת המדינה, ונושא באחריות לניסוחה ולבחירת חוקתיותה של חקיקה ממשלתית מוצעת. החברים במוסד יוקרתי זה הם שופטים או פקידים בכירים שרובם מומחים בתחומי המשפט. אחדים מהם מתמנים, עם סיום תקופת כהונה של שלוש שנים, לבית המשפט העליון. מתוקף תפקידו המשרד לחקיקה ממשלתית בוחן כ־80% מהחקיקה לפני קבלתה, ובכך הוא נדבך חשוב במערכת החוקתית היפנית. יש הטוענים כי את הכשלים החוקתיים הנדירים שבית המשפט העליון מוצא בתוצר החקיקה הסופי יש לזקוף לפעולת הביקורת החוקתית הקפדנית והמקצועית הנעשית במשרד לחקיקה ממשלתית.<sup>230</sup>

למנגנונים של ביקורת חוקתית מקדימה כמה בעיות. כך למשל, בנוגע ליפן ציינו ד"ר דייוויד קני וקונור קייסי (Kenny & Casey) שלשיטה היפנית כמה מאפיינים המעוותים את המערכת החוקתית כגון דומיננטיות ממשלתית בקבלת ההחלטות; הגבלת יכולתו של הפרלמנט להתנגד לקביעות של הרשות המבצעת בדבר חוקתיות; פתח לשימוש לרעה על ידי הרשות המבצעת; והחלשת הבחינה החוקתית של בתי המשפט. המנגנון היפני למעשה מקדם מערכת בירוקרטית שאינה נבחרת ואינה שקופה הפועלת בכפיפות לרשות המבצעת ומשתמשת בכלים של מקצועיות משפטית ומומחיות כדי לגייס השפעה גדולה ושנויה במחלוקת במקום הרשויות הנבחרות ובתי המשפט. בתמורה כלל לא ברור

---

*Court's Constitutional Oversight*, 41 LOYOLA LOS ANGELES LAW REVIEW 603, 609 (2008); David S. Law, *The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan*, 87 TEXAS LAW REVIEW 1545, 1547 (2009)

230 ראו Yasuo Hasebe, *The Supreme Court of Japan: Its Adjudication on Electoral Systems and Economic Freedoms*, 5(2) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 296, 298 (2007), Satoh; שם, בעמ' 624. לגישה הפוכה, שלפיה עבודתו של המשרד לחקיקה משפטית אינה משפיעה על החלטותיו של בית המשפט העליון ביפן, ראו David S. Law, *Why Has Judicial Review Failed in Japan?* WASHINGTON UNIVERSITY LAW REVIEW 1425, 1454-1456 (2011). 88(6). בהחבס על ראינות עם שופטים ועוזרים משפטיים שכיהנו בבית המשפט העליון ודוחים את הטענה בדבר ההשפעה של המשרד לחקיקה ממשלתית, לאו טוען שהריסון השיפוטי נובע בעיקר מבירוקרטיה שיפוטית מסורתיים מבחינה מוסדית והיררכית.

שההליך מבטיח את היתרונות הנורמטיביים האמורים להתלוות להליך של ביקורת חוקתית מקדימה.<sup>231</sup>

קני וקייסי בחנו גם את מנגנוני הבחינה המקדימה בניו זילנד ובקנדה ומצא כי גם להם חולשות שונות. בקנדה למשל תרמה הבחינה המוקדמת אך מעט לקידום של בחינה או ביקורת מעמיקים של הפרלמנט את הזכויות המוגנות בצ'רטר, ומכיוון שככלל שולטת בהליך חוות דעתם של היועצים המשפטיים לממשלה – המעריכים הצעות חוק בהתאם לפרשנותם את הפסיקה הקיימת – הבחינה המקדימה גם לא תרמה לקידום פרשנות חוקתית עצמאית של המחוקק. בניו זילנד המנגנון נתפס כמעט לא רלוונטי שכן בשל המשמעת שהרשות המבצעת מטילה על המחוקקים, ברוב המוחלט של המקרים הפרלמנט מקבל חקיקה למרות דוחות בחינה שליליים. וכמו בקנדה, גם בניו זילנד הליך הבחינה של הצעות החוק על ידי עורכי הדין של הממשלה מבוסס על פסיקה קודמת והשערות כיצד בית המשפט ינהג, כך שהיתרונות האמורים לנבוע מהליך הבחינה המוקדמת – יצירת שיח פרלמנטרי ייחודי על זכויות, הגברת שקיפות והגנה ראויה על זכויות בהליך החקיקה – כל אלה אינם מתממשים.<sup>232</sup>

מחקרים אלה מחזקים את עמדתי שאף שיש מקום לחשוב על דרכים לשיפור הביקורת החוקתית הפרלמנטרית בהליך החקיקה, ראוי שזו תשלים – ולא תחליף – את הביקורת השיפוטית על ידי בתי המשפט.<sup>233</sup>

David Kenny & Conor Casey, *Shadow Constitutional Review: The Dark Side of Pre-enactment Political Review in Ireland and Japan*, 18(1) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 51, 63 (2020)

232 שם, בעמ' 55-58, 69.

233 רוזנאי, לעיל ה"ש 129. והשוו Fallon, לעיל ה"ש 139.

## ג.

## ביקורת שיפוטית חלשה והכרזת "אי־התאמה"

על פי דגם זה, המבוסס על דגם "חוק זכויות האדם הבריטי", לבית המשפט כאמור אין סמכות לביקורת שיפוטית, אבל כשחוק שמתקבל בפרלמנט אינו תואם את חוק זכויות האדם, בית המשפט יכול להכריז "הכרזת אי־התאמה", וההחלטה אם לשנותו נתונה בידי הפרלמנט. כך נשמר מעמדו של הפרלמנט, אך נפתח הפתח לפרשנות רחבה יותר של בית המשפט. דגם זה הוא חלק מדגם הביקורת השיפוטית החלשה, שהוזכר בפרק 1. עם זאת חשוב להבין היטב את הדגם הבריטי, שכן מנגנון אי־ההתאמה הבריטי אינו חלש כל כך כמו שנדמה במבט ראשון.

ראשית, להכרזת אי־ההתאמה יש חשיבות במישור המשפט הבינלאומי. בריטניה היא חלק ממועצת אירופה (CoE) וחברה באמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR). אזרחים בריטים שזכויותיהם נפגעות רשאים לפנות לבית הדין האירופי לזכויות אדם (ECtHR) בשטרסבורג. לכן, נוסף על מערכת המשפט המדינית יש מנגנון על־מדינתי שמהווה שכבת הגנה נוספת לזכויות אדם. כפי שציינו בפרק 2 (וראו לוח 1), אין מדובר במנגנון זניח. בשנים 1959–2019 התקבלו בבית הדין האירופי 552 פסיקות בנוגע לבריטניה, מתוכן ב־320 פסיקות נמצאה הפרה אחת לפחות של האמנה האירופית לזכויות אדם.<sup>234</sup> כאשר בית משפט מקומי מצהיר על אי־התאמה והממשלה או הפרלמנט אינם מתקנים את הפגם, נראה שהמקרה יגיע לבית הדין האירופי לזכויות אדם בטענה שזכויות האמנה נפגעו. במצב זה יש סבירות גבוהה שבין הדין יקבע שהייתה הפרה, והממשלה הבריטית תחויב לשנות את החוק בהתאם לפסיקה זו.<sup>235</sup>

234 לדוח הסוקר את הפרות האמנה כמו שנקבעו בפסיקה של בית המשפט האירופי, לפי מדינות, בשנים 1959–2019, ראו ECHR Overview 1959–2019 (European Court of Human Rights, 2020)

235 KAVANAGH, לעיל ה"ש 112, בעמ' 284–287.

שנית, מכיוון שבבריטניה נהוג לכבד את ההחלטות של בתי המשפט, אף שהכרזה על אי־התאמה להלכה אינה מחייבת, למעשה מדובר בהסדר חזק למדי.<sup>236</sup> ואכן, מאז נכנס חוק זכויות האדם לתוקפו בשנת 2000 ועד סוף יולי 2019 התקבלו 42 החלטות שיפוטיות המכריזות על אי־התאמה, מתוכן 10 החלטות נהפכו בערעור, 5 החלטות תוקנו בחקיקה ראשית עד מועד ההכרזה, 2 החלטות עדיין ממתונות לערעור, 20 החלטות תוקנו בחקיקה או שהממשלה הודיעה שהיא עומדת לתקנה, ו־5 החלטות עדיין נשקלות.<sup>237</sup> בעקבות השיעור הגבוה של הציות להכרזות על אי־התאמה מומחים למשפט ציבורי בבריטניה הציעו שהתפתחה – או לפחות מתפתחת – מוסכמה חוקתית (מנהג חוקתי) שלפיו על הפרלמנט חלה חובה חוקתית לציית להכרזות אי־התאמה.<sup>238</sup>

חשוב גם לעמוד על כמה הבדלים נוספים, פרט לחברות במועצת אירופה, בין בריטניה לישראל שמקשים על אימוץ דגם זה.<sup>239</sup> בריטניה היא מדינה עם מסורת דמוקרטית רבת שנים, ויש בה תרבות דמוקרטית מבוססת ומוסכמות חוקתיות רבות; יש דברים שפשוט לא עושים (it's not done).<sup>240</sup> מבחינה מוסדית הפרלמנט הבריטי, בניגוד לכנסת, מורכב משני בתים וכולל מערכת פנימית של איזונים

236 שם, בעמ' 278.

Ministry of Justice, "Responding to Human Rights Judgments: 237 Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's Response to Human Rights Judgments 2018–2019" 37 (2019)

Aileen Kavanagh, *What's so Weak about "Weakform Review"? The 238 Case of the UK Human Rights Act 1998*, 13(4) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 1008, 1026 (2015) והפניות שם.

239 גביזון "ארבעים שנה", לעיל ה"ש 155, בעמ' 619 ה"ש 4:

אין ללמוד לשיטתנו מאנגליה, בגלל טעמים שונים, וביניהם המסורות השונות של אנגליה ושל ישראל. כן יש לקחת בחשבון, כי באנגליה יש עתה חשיבות מעשית לא־מבוטלת בתחום זכויות־האדם לאמנה האירופאית ולפסיקה בית־המשפט של הקהילה האירופאית, וכי אלה פועלים, במידה מסוימת, כמו חוקה.

240 כמו שציינו אריאל בנדור וזאב סגל בנוגע לדגם הבריטי:

This model is anchored in British culture and would not, therefore, necessarily work well in other legal systems, such as Canada, Germany, Israel, or the United States.

ובלמים כגון השעיית חקיקה. כמו כן ועדה פרלמנטרית מיוחדת נותנת ייעוץ משפטי לפרלמנט בדבר ההלימה בין הצעות חוק להוראות האמנה, והקמתה הביאה לידי ביקורת עצמאית, שיטתית ומקצועית של כיבוד זכויות אדם בהליך החקיקה.<sup>241</sup> כל אלו חסרים בשיטה הישראלית.

ביקורת שיפוטית חלשה, חשוב להבין, אינה מתאימה לכל מקום. החוקר אמאל סת'י (Sethi) למשל מעיר כי בהיעדר תרבות חוקתית משגשגת, נבחרי הציבור ירגישו חופשיים יותר להתעלם מהחלטות של בתי משפט חוקתיים אם אלו אינם אווזים בסמכויות וטו של בלימת חקיקה, בייחוד כשמדובר בהחלטות שאוסרות על נבחרי הציבור לרכז בידם כוח.<sup>242</sup> במחקר שפורסם לאחרונה בחן ד"ר סקוט סטפנסון (Stephenson) האם הדגם של ביקורת שיפוטית חלשה, דוגמת זה הבריטי, ניתן "לייצוא" למדינות אחרות.<sup>243</sup> לדעתנו, חזקת הטיעון ההשוואתי בעד

---

ראו Ariel L. Bendor & Zeev Segal, *Constitutionalism and Trust in Britain: An Ancient Constitutional Culture, A New Judicial Review Model*, 17(4) AMERICAN UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW REVIEW 683, 721 (2002).  
או כפי שציין בנימין אקצין:

Among the countries which have whole-heartedly endeavoured to conform to the pattern of constitutionalism, there are two that have hitherto adhered to the British system and have not introduced a formal Constitution in the full sense of the word - New Zealand and Israel, though in the latter country the debate is still continuing. Possibly the British solution may suit New Zealand. For Israel, with its rather supercharged political climate, this writer would certainly recommend the added restraint of a formal Constitution.

ראו Benjamin Akzin, *The Place of the Constitution in the Modern State*, 2(1) ISRAEL LAW REVIEW 1, 8 (1967)

241 ראו רוזנאי, לעיל ה"ש 129, בעמ' 226-227.

242 Sethi, לעיל ה"ש 40, בעמ' 17.

243 Scott Stephenson, *Is the Commonwealth's Approach to Rights Constitutionalism Exportable?*, 17(3) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 884 (2019)

אימוץ כאמור תלויה קודם כול באופי המחלוקות בדבר זכויות בשיטת משפט נתונה. דגם חלש של ביקורת שיפוטית יומלץ כשקיימים שני תנאים מצטברים: ראשית, רוב המחלוקות בנוגע לזכויות הן סבירות ובתום לב, כלומר ככלל יש מחויבות לכבד זכויות, אבל בנושאים ספציפיים יש עמדות שונות אך סבירות. לדעת סטפנסון מחלוקות שאינן עומדות בתנאי הראשון הן אלה שבהן צד אחד מקדם עמדה שאינה סבירה או שלא בתום לב כמו למשל קבוצה שטוענת שחברי קבוצה אחרת אינם זכאים שזכויותיהם יכובדו. כשבשיטה מסוימת מחלוקות רבות בנושא הזכויות אינן סבירות או אינן בתום לב, הטענה הנורמטיבית בזכות אימוץ הביקורת השיפוטית החלשה נחלשת. שנית, למחוקקים יש יכולת מוסדית ראויה להתמודד עם מחלוקות אלו, כלומר הם מסוגלים להתמודד באופן הולם (לא באופן מושלם, אך גם לא באופן קלוקל) עם מחלוקות אלו בהשוואה לגופי שלטון אחרים, בייחוד מערכת השפיטה. ככלל בית המשפט נדרש פחות כשהמחוקק מסוגל לשמוע עמדות מקשת רחבה של הציבור, להכיל מגוון רחב של טיעונים ולהעריך באופן מדוקדק את מהות הטענות לגופם.<sup>244</sup>

לדעת סטפנסון שאלות אלו חשובות, שכן דגם הביקורת השיפוטית החלשה אינו מתמקד בקושי האנטי־רובני (בניגוד לדגם הביקורת השיפוטית החזקה, שהוא אנטי־רובני מטבעו ולכן שאלת הריסון שיפוטי מרכזית בו), אלא באופן העיצוב המוסדי המותיר בידי המחוקק (ולא בידי בית המשפט) את הסמכות להתגבר על החלטות שיפוטיות או על ההגבלות החוקתיות באמצעות הליך החקיקה הרגיל, ולכן עיקר תשומת הלב ניתנת לעבודת הפרלמנט. לענייננו הנקודה החשובה ביותר במחקרו של סטפנסון היא שמבחינת המשפט המשווה היתרונות שיש לדגם הביקורת השיפוטית החלשה אינם אוניברסליים. יש מקומות שבהם דגם זה ייכשל, ובאותן מדינות מוטב לפנות לדגם של ביקורת שיפוטית חזקה: "במקום שבו פעם אחר פעם אין עולה בידי המחוקק לתת לכל הטענות הרלוונטיים משקל ראוי או לפעול בנושאי זכויות, מוצדק יהיה להחיל פיקוח שיפוטי הדוק יותר".<sup>245</sup>

244 שם, בעמ' 892-893.

245 שם, בעמ' 894.

כמו שהורחב מעלה, לצערי הכשלים שסטפנסון מתאר חלים גם בישראל, ולכן דגם טהור של ביקורת שיפוטית חלשה אינו מתאים.

## ד. ביקורת שיפוטית על ידי בית המשפט העליון

---

לפי דגם זה הסמכות לביקורת השיפוטית על החקיקה בכנסת תהיה בידיו של בית המשפט העליון. כחלק מהדגם הציע השופט אהרן ברק שבניגוד למצב הנוהג כיום, שבו כל בתי המשפט יכולים להפעיל ביקורת שיפוטית, תוגבל ביקורת זו לערכאת בית המשפט העליון בלבד. כפי שיורחב להלן, זה הדגם המועדף גם במחקר זה בכמה שינויים.

## הדגם המוצע: ביקורת שיפוטית מצומצמת אך ממוסדת

בפרק זה אציע דגם של ביקורת שיפוטית שמבוססת על ריכוזיות הביקורת החוקתית בבית המשפט העליון. לפי המוצע, הביקורת תיעשה בהרכב מורחב, ובטלות חקיקה תדרוש רוב מיוחד של שופטי ההרכב.

### א. מעבר מביקורת שיפוטית ביזורית לביקורת שיפוטית ריכוזית

אחת השאלות העיקריות בסוגיית הביקורת השיפוטית היא בידי מי אמורה להיות הסמכות לביקורת זו? האם לכל בית משפט או אולי רק לבית המשפט העליון או החוקתי?

כאמור בפרק 1, ככלל מוכרים בעולם שני דגמים עיקריים של ביקורת שיפוטית: הריכוזי והביזורי. הדגם הריכוזי מתקיים במדינות שבהן נוהגת שיטת המשפט הקונטיננטלי, והוא בא לידי ביטוי בבית משפט חוקתי שלו סמכות בלעדית לבצע ביקורת שיפוטית, והחלטתו חלה כולי עלמא (*erga omnes*). הדגם הביזורי מתקיים בשיטות המשפט המקובל, ולפיו לכל בית משפט הסמכות לביקורת שיפוטית. עם זה בתי המשפט נבדלים אלה מאלה בתחולת ההחלטה. בניגוד להחלטה של בית משפט חוקתי, שחלה כלפי כולי עלמא, בשיטה הביזורית החלטה של ערכאות נמוכות חלה על הצדדים לדיון בלבד (*inter partes*), והחלטה של בית משפט עליון תחול מכוח התקדים המחייב על כל הרשויות ובתי המשפט.<sup>246</sup> כמו שכתב קלזן עצמו:

JOHN HENRY MERRYMAN & ROGELIO PEREZ-PERDOMO, THE CIVIL LAW TRADITION 246  
134-142 (3rd ed., Stanford University Press, 2006). הבחנה זו כמובן נעשית  
מורכבת בשיטת משפט מעורבות. ראו Kevin Aquilina, *Do Pronouncements of*



בטלות של חוק יכולה להיות בעלת אפקט *erga omnes*, כלומר, כללי [...] או אם בית המשפט מוסמך שלא להחיל חוק הנחשב "לא חוקתי" – כזה שלפי משמעותו אמור להיות מוחל במקרה הקונקרטי – ולכן מכריע במקרה הנדון בלי התייחסות לחוק, אזי התוצאה היא שהחוק מבוטל באמצעות החלטה שיפוטית שהיא רק *inter partes*, החלה בין הצדדים למקרה הקונקרטי בלבד. החוק נותר בתוקפו; כלומר, בתי משפט אחרים שאינם רואים בו "לא חוקתי" יוכלו להחילו במקרים אחרים, וכך גם אפילו אותו בית משפט, אם שינה את דעתו בדבר חוקתיות החוק, כמו שקורה לעתים.<sup>247</sup>

בדרך כלל, אבל לא בהכרח תמיד, דגם ריכוזי מתמקד בביקורת שיפוטית מופשטת או קונקרטית באמצעות הפניית השאלה לבית המשפט החוקתי, ואילו שיטות ביזוריות מתמקדות בביקורת שיפוטית קונקרטית בלבד.<sup>248</sup> עוד יוער כי יש מדינות שבהן קיים הליך של פנייה לבית המשפט לצורך מתן חוות דעת ייעוצית שאינה מחייבת, המקנה לבתי משפט חוקתיים או עליונים גם סמכות של ייעוץ (advisory).<sup>249</sup>

---

*the Constitutional Court Bind Erga Omnes? The Common Law Doctrine of Stare Decisis versus the Civil Law Doctrine of Nonbinding Case Law within a Maltese Law Context*, in MIXED LEGAL SYSTEMS, EAST AND WEST 43 (Vernon Valentine Palmer, Mohamed Y. Mattar & Anna Koppel eds., Routledge, 2015)

Hans Kelsen, *The Concept of the Legal Order* (Stanley L Paulson 247 trans.) 27 AMERICAN JOURNAL OF JURISPRUDENCE 64, 70-71 (1982)

Patricio Navia & Julio Ríos-Figuera, *The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America*, 38 COMPARATIVE POLITICAL STUDIES 189, 198-199 (2005)

CARISSIMA MATHEN, COURTS WITHOUT CASE: THE LAW AND POLITICS OF ADVISORY OPINION (Hart Publishing, 2019); KATE PUDDISTER, SEEKING THE COURT'S ADVICE: THE POLITICS OF THE CANADIAN REFERENCE POWER (UBC MEL A. TOPF, Press, 2019). זה המצב למשל בקנדה. ראו CARISSIMA MATHEN, COURTS WITHOUT CASE: THE LAW AND POLITICS OF ADVISORY OPINION (Hart Publishing, 2019); KATE PUDDISTER, SEEKING THE COURT'S ADVICE: THE POLITICS OF THE CANADIAN REFERENCE POWER (UBC MEL A. TOPF, Press, 2019). לחוות דעת מיעוץ במדינות ארצות הברית, ראו MEL A. TOPF, PRESS, 2019. A DOUBTFUL AND PERILOUS EXPERIMENT: ADVISORY OPINIONS, STATE CONSTITUTIONS, AND

ההבחנה בין ביקורת שיפוטית ביזורית או ריכוזית איננה רק פונקציונלית, אלא מבטאת תפיסה ערכית ויש לה שורשים היסטוריים עמוקים. השיטה הריכוזית, שמקורה במדינות המשפט הקונטיננטלי האירופי, מבוססת על דוקטרינה של הפרדת רשויות שונה מזו שעליה נשענת הביקורת הביזורית.<sup>250</sup>

מדינות המשפט הקונטיננטלי נטו להישען על דוקטרינה נוקשה של הפרדת רשויות ועליונות החוק הכתוב. בהתבסס על התפיסה הרואה בבתי המשפט את "הפה של החוק" (*la bouche de la loi*) – המבטאים את דבר המחוקק כאמרתו המפורסמת של מונטסקייה<sup>251</sup> – בטלות חקיקה נתפסה כמעשה פוליטי שפוגע בסמכותה הבלעדית של הרשות המחוקקת לחוקק. לכן נמנעו שיטות אלה מלתת סמכות כזאת למערכת בתי המשפט הכללית; על השופט ה"רגיל" (כלומר לא החוקתי) לקבל את החוק וליישמו.<sup>252</sup> ההכרה באופייה הפוליטי של ביקורת חוקתית כגון זו באה לידי ביטוי בדרך המינוי של שופטים חוקתיים,<sup>253</sup> וכן בעובדה שבתי משפט ריכוזיים אינם נסוגים משפיטת נושאים שבתי משפט אחרים – למשל בארצות הברית – רואים בהם נושאים פוליטיים או לא־שפיטים.<sup>254</sup> יש

---

JUDICIAL SUPREMACY (Oxford University Press, 2011) להצעה ליישם מנגנון של חוות דעה מיעוצת בישראל ראו בל יוסף "הפניה חוקתית" (טרם פורסם, עותק אצלי).

250 Cheryl Saunders, *Theoretical Underpinnings of Separation of Powers*, in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL THEORY 66, 72–73 (Gary Jacobsohn & Miguel Schor eds., Edward Elgar Publishing, 2018)

Charles de Secondat Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Liv. 6, 251  
Karel Menzo Schönfeld, *Rex, Lex* גם ch. 3, et liv. 11, ch. 6 (1748)  
*et Judex Montesquieu and la bouche de la loi revisited*, 4 EUROPEAN  
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW 274 (2008); Céline Spector, *La bouche de la loi?*  
*Les figures du juge dans L'Esprit des lois*, 3 MONTESQUIEU LAW REVIEW 87  
(2015)

Mauro Cappelletti, *Judicial Review in Comparative Perspective*, 252  
58 CALIFORNIA LAW REVIEW 1040 (1970)

John Ferejohn & Pasquale Pasquino, *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, 82 TEXAS LAW REVIEW 1671 (2004)  
על בחירת שופטים ראו להלן בפרק 6.

254 לדיון כללי בשאלת השפיטות של שאלות פוליטיות בארצות הברית ראו אסופת  
NADA MOURTADA-SABBABH & BRUCE E. CAIN (eds.), THE POLITICAL QUESTION: המאמרים:

מדינות שבהן דגם זה גם הצליח לפתור בעיה מקומית, כמו למשל בגרמניה, שם הוא אֶפְשֵׁר ליצור ערכאה שיפוטית שלא יכהנו בה שופטים מתקופת השלטון הנאצי, ובדרום אפריקה הוקם בית המשפט חוקתי שבין היתר ענה על הצורך שלא יכהנו בו שופטים שהיו מזוהים עם משטר האפרטהייד.<sup>255</sup>

יותר ממחצית מהמדינות שיש בהן ביקורת שיפוטית מרכזת סמכות זאת בבית משפט חוקתי ייעודי. כך למשל הוקמו בתי משפט חוקתיים באוסטריה, באיטליה, בגרמניה, בצרפת, בפורטוגל, בספרד ובבלגיה,<sup>256</sup> אחרי נפילת הגוש הסובייטי גם בדמוקרטיה הפוסט־קומוניסטיות כגון הרפובליקה הצ'כית, הונגריה, פולין, רומניה, רוסיה, סלובקיה וסלובניה,<sup>257</sup> וכן בכמה מדינות אפריקאיות כגון דרום אפריקה, בנין ואנגולה.<sup>258</sup> השיטה הביזורית, לעומת זה, שלפיה לכל בית משפט הסמכות לביקורת שיפוטית, נהוגה בין היתר בארצות הברית, בקנדה, ביוון, ביפן, באוסטרליה ובהודו.<sup>259</sup>

---

DOCTRINE AND THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (Rowman & Littlefield, 2007). על שפיטות ראו להלן פרק 7.

255 זאב סגל "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים: הסמכות להכריז על אי־חוקתיות חקיקה – למי?" **משפטים** כח 239, 248 (השנ"ז). כמו שפאבורו מסביר זאת, כיצד יכלה שיטת הביקורת השיפוטית האמריקאית לפעול בגרמניה, באיטליה, בספרד או בפורטוגל עם שופטים שמכהנים מתקופת המשטר הדיקטטורי? אימוץ הדגם האמריקאי לביקורת שיפוטית במדינות אלו היה מצריך החלפה של שופטים רבים, כשלבית משפט חוקתי ניתן היה למצוא בקלות יחסית מספר מועט של שופטים חוקתיים שלא היו מעורבים עם המשטרים הקודמים ויכלו לבצע את תפקידם. ראו Louis Favoreu, *American and European Models of Constitutional Justice*, in *COMPARATIVE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW: ESSAYS IN HONOR OF JOHN HENRY MERRYMAN ON HIS SEVENTIETH BIRTHDAY* 110 (David S. Clark ed., Duncker & Humblot, 1990).

256 ALLAN R. BREWER-CARIAS, *JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW* (Cambridge University Press, 1989); ALEC STONE SWEET, *GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE* (Oxford University Press, 2000).

257 HERMAN SCHWARTZ, *THE STRUGGLE FOR CONSTITUTIONAL JUSTICE IN POST-COMMUNIST EUROPE* (University of Chicago Press, 2000). וכן SADURSKI, *CONSTITUTIONAL JUSTICE*, לעיל ה"ש 79.

258 CHARLES M. FOMBAD (ed.), *CONSTITUTIONAL ADJUDICATION IN AFRICA* (Oxford University Press, 2017).

259 BREWER-CARIAS, לעיל ה"ש 256, בעמ' 91, 168-176.

כאמור, בביקורת שיפוטית ביזורית לכל שופט בערכאה נמוכה הסמכות לבחון את חוקתיותה של חקיקה, ואם זו אינה חוקתית, בסמכותו להכריז על בטלותה (הסעד יחול כאמור רק על הצדדים לפסיקה ולא כלפי כולי עלמא).<sup>260</sup> נדמה שתוצאה זו היא אחד הדברים שאותם רצו האירופים למנוע בהקימם בתי משפט חוקתיים. עם זאת את התוצאה הזאת יש להבין בהקשר הרחב. באירופה שופטים רגילים ממונים ומקודמים באופן בירוקרטי לחלוטין על ידי בחינות מקצועיות. שופטים הם "משרתי ציבור" (civil servants) המצטרפים לשפיטה מיד עם סיום לימודי המשפטים ונשארים שם במהלך הקריירה שלהם. מסלול זה שונה מאוד מזה של השופטים במשפט המקובל, שבו המינוי נעשה בדרך כלל לאחר קריירה ארוכה בעריכת דין, שבה רכשו ניסיון. לכן לא מפתיע שבאירופה נרתעו מביקורת שיפוטית שעשויה להינתן מפיו של שופט צעיר שלא מזמן סיים את לימודי המשפטים.<sup>261</sup>

עם זה, כמו שהעיר פרופ' ויקטור פררז קומלה (Ferrerres Comella), בשנים האחרונות הדגם הריכוזי נחלש, והמדינות האירופיות מתקרבות לדגם ביזורי.<sup>262</sup> היחלשות זו נובעת ראשית מכללי פרשנות. גם בערכאות הנמוכות שופטים פונים לפרשנות חקיקה שלפיה על החוק לעלות בקנה אחד עם הוראות החוקה. פרשנות זו מכונה בספרות "פרשנות בהתאם לחוקה" (Constitutionally Conforming Interpretation, או Interpretation in Accordance to the Constitution).<sup>263</sup> סמכות

260 בקנדה, יש לציין, אף שלבחי המשפט הפרובנציאליים סמכות על הצדדים לפסיקה בלבד, בחי המשפט הפדרליים הניחו שבסמכותם לתת סעד חוקתי כולי עלמא. ראו Han-Ru Zhou, *Erga Omnes or Inter Partes? The Legal Effects of Federal Courts' Constitutional Judgments*, 97 LA REVUE DU BARREAU CANADIEN 275 (2019)

John E. Ferejohn, *Constitutional Review in the Global Context*, 261 6(1) NEW YORK UNIVERSITY JOURNAL OF LEGISLATION AND PUBLIC POLICY 49, 58 (2002). על מינוי שופטים באירופה ראו Mary L. Volcansek, *Appointing Judges the European Way*, 34 FORDHAM URBAN LAW JOURNAL 372 (2007)

Victor Ferreres Comella, *The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization?* 2(3) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 461 (2004)

MATTHIAS KLATT (ed.), CONSTITUTIONALLY CONFORMING INTERPRETATION: COMPARATIVE PERSPECTIVES (under review) 263 ראו

פרשנית זו מאפשרת גם לשופטים רגילים להשתתף במשימה של הגנת החוקה מפני חקיקה פוגענית. השופטים אולי אינם יכולים להכריז על בטלותה של הוראה שסותרת את החוקה או שאין ליישמה במקרה הנדון, אבל בסמכותם לפרש אותה באופן העולה בקנה אחד עם החוקה.<sup>264</sup> איני רואה בעיה קשה במעין־סתירה זו (המבחינה בין הסמכות לפרש חקיקה כך שתעלה בקנה אחד עם החוקה, העומדת לשופטים ה"רגילים", ובין הסמכות שלא להחיל או ליישם חקיקה, המותרת רק לשופטי בית המשפט החוקתי). הכלל שלפיו מתוך פירושי החקיקה האפשריים על השופט לבחור את הפירוש העולה בקנה אחד עם הוראות החוקה, הוא כלל רגיל לפירוש חקיקה ולא חלק מדיני הסעדים החוקתיים.<sup>265</sup>

הסיבה השנייה להיחלשותו של הדגם הריכוזי, שהיא חיצונית למשפט המדינתי, היא האיחוד האירופי ומועצת אירופה (CoE).<sup>266</sup> לנוכח עליונותה של החקיקה האירופית על חקיקה מקומית והשפעתה הישירה (direct effect) על המשפט המדינתי, קבע בית הדין לצדק של האיחוד האירופי (CJEU – Court of Justice of the European Union)<sup>267</sup> שלכל שופט מקומי הסמכות לפסול חקיקה לאומית אם זו סותרת חקיקה של הקהילה האירופית.<sup>268</sup> כלומר, בית הדין לצדק של האיחוד האירופי כבר כפה למעשה על מדינות אירופה מערכת ביזורית של ביקורת שיפוטית שבוחנת את הלימתה של חקיקה מדינתית לחקיקה

264 Ferreres Comella, לעיל ה"ש 262, בעמ' 472–474.

265 אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 310–311 (2017).

266 Ferreres Comella, לעיל ה"ש 262, בעמ' 477–485. ראו גם Jan Komárek *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy*, 12 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 525 (2014)

267 הגוף שבעבר כונה בית הדין האירופי לצדק – European Court of Justice (ECJ).

268 Ferreres Comella, לעיל ה"ש 262, בה"ש 40. ומנגד, בדרך כלל הערכאות הנמוכות אינן מוסמכות לפרש את החקיקה האירופית ועליהן להפנות את התיק לבית הדין האירופי (CJEU). לדיון כללי ראו ANNE-MARIE SLAUGHTER, ALEC STONE SWEET, & J. H. H. WEILER (eds.), *THE EUROPEAN COURT AND NATIONAL COURTS: DOCTRINE AND JURISPRUDENCE* (Hart Publishing, 1998); MARISE CREMONA (ed.), *COMPLIANCE AND THE ENFORCEMENT OF EU LAW* (Oxford University Press, 2012)

האירופית. בעקבות פסיקה זו נוצרה אנומליה, שכן כמעט בכל המדינות האירופיות לשופטים רגילים אין את הסמכות לבטל חקיקה רגילה שסותרת את החוקה הלאומית, אבל בסמכותם לבטל חקיקה רגילה שסותרת חקיקה אירופית.<sup>269</sup> בעיה זו קיימת גם במדינות שבחוקתן מוקנית לאמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR) עליונות על פני החקיקה הראשית המדינתית (כמו צרפת, בלגיה ולוקסמבורג). סתירה זו אינה רלוונטית למשפט הישראלי, שכן ישראל אינה חברה באיחוד האירופי או במועצת אירופה.

בישראל לכל בית משפט סמכות לבקר את חוקתיותה של חקיקה, וסמכות זו אינה ייחודית לבית המשפט העליון.<sup>270</sup> אף שפסק הדין המפורסם בעניין **בנק המזרחי**<sup>271</sup> לא קבע זאת מפורשות, הדבר נלמד בין היתר מההישענות בפסק הדין על הלכת *Marbury v. Madison* האמריקאית משנת 1803, שבה נקבע כי כל בית משפט מוסמך להכריז על בטלות חקיקה. כמו שציין פרופ' זאב סגל, "שתיקת המחוקק פירושה – כהלכת פסק דין **בנק המזרחי** – שבידי בתי המשפט כולם הסמכות לקבוע את דבר אי החוקתיות של חוק".<sup>272</sup> עם זאת, בדומה למדינות אחרות שבהן נהוגה שיטה ביזורית, מקובל כי הכרזה של בית משפט נמוך על אי חוקתיות אין משמעה "בטלות", והיא מוחלת רק על הצדדים להליך; רק פסיקה של בית המשפט העליון בעניין אי חוקתיות ובטלות תהיה תקדים מחייב.<sup>273</sup> סגל עצמו טען ש"בית המשפט העליון הוא הפורום הרצוי היחיד מבין בתי המשפט

269 Ferreres Comella, שם, בעמ' 478. קומלה מעיר (שם, בעמ' 481-482) כי דחיפה זו לביזוריות היא חלקית, שכן שיטת הקהילה האירופית ריכוזית בעצמה: בית הדין לצדק של האיחוד האירופי (CJEU) קבע שאין לשופטים לאומיים סמכות לקבוע אם דירקטיבות או תקנות אירופיות עולות בקנה אחד עם אמנות היסוד. סתירות אלה נתונות לסמכותו הבלעדית של בית הדין האירופי. ריכוזיות זו נועדה כמובן לשמור על עצמאותה של הספרה המשפטית של הקהילה האירופית.

270 אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" **משפט וממשל** א 253, 254 (תשנ"ג).

271 ע"א 6821/93, **לעיל** ה"ש 5.

272 ראו סגל "הדרך לביקורת", **לעיל** ה"ש 255, בעמ' 249.

273 נאומו של נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, בכנס השנתי של לשכת עורכי הדין מיום 26.05.2003, **הארץ** 27.5.2003.

שלו תהיה סמכות להכריז על אי־חוקתיות חקיקה של הכנסת<sup>274</sup>, וגם השופט מישאל חשין בדעת המיעוט שלו בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, הציע להגביל את סמכות הביקורת השיפוטית לבית המשפט העליון בלבד.<sup>275</sup>

נראה שזו גם עמדתו של פרופ' אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון בדימוס.<sup>276</sup> כבר בשנת 1976 הציע ברק לאמץ ביקורת שיפוטית חוקתית ולייחדה רק לבית המשפט העליון, שכן "על ידי כך מובטח כי השאלה החוקתית תתברר, כי היא תתברר על ידי האורגן העליון, כי לא יהיו שום החלטות סותרות של בתי משפט

274 סגל "הדרך לביקורת", לעיל ה"ש 255, בעמ' 242.

275 ע"א 6821/93, לעיל ה"ש 5, בפסקה 138:

חבריי הניחו תשחית עיונית לסמכותו של בית־משפט לפסילה חוקי כנסת, ואנוכי הוספתי עליהם במקצת. ועדיין חטוד אותנו שאלה באשר למחזיקים בסמכות זו: האם יהיו אלה כל בתי המשפט בארץ לערכאותיהם, או שמא תיוחד הסמכות לבית המשפט העליון בלבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק? חבריי לא נדרשו כלל לשאלה, ונוכל להסיק מדבריהם, ולו במשתמע, כי כל בתי המשפט בארץ – למקטון ועד גדול – כולם מוטמכים הם לפסול חוקים של כנסת. והוא כמעשה בית המשפט המחוזי בענייננו. תוך שהשאלה לא הועלתה לפנינו להכרעה, לא אביע דעתי בה. אומר אך זאת, שיש יסוד איתן להשקפה כי סמכות פסילתם של חוקי כנסת ראויה היא שתהיה שמורה אך לבית המשפט הגבוה לצדק, לו בלבד, להוציא כל בתי המשפט האחרים כולם. אכן, המסורח המשפטי המקובל עלינו – מסורח המשפט המקובל – מכירה סמכות לכל בתי המשפט להצהיר על דברי חוק כבטלים מעיקרם. ואולם במה היו דברים אמורים עד כה, בחקיקת משנה שנעשתה (לכאורה) על־פי חוק הכנסת. משהכרנו עתה לראשונה – כדבר הלכה – בסמכות של בתי־משפט לפסול חוק של כנסת, דומה כי זכאים אנו להוסיף ולקבוע איזו ערכאה תחזיק בסמכות של בדיקה ופסילה. אכן, הקנן שמסורת המשפט המקובל נחנה בידינו – הקניית סמכות פסילה לכל בית־משפט, בכל ערכאה – הינו צר מהכיל סמכות פסילתם של חוקי כנסת אף הם. מכל מקום, הדוקטרינה החלה על פסילתם של מעשי חקיקת משנה, בוודאי אין זה ראוי לה כי תחול מעשה מוכני על ענייננו שלנו אף הוא. כשאני לעצמי, דומה עליי כי טעמים כבדי משקל יתמכו בייחודה של הסמכות לבית המשפט הגבוה לצדק.

276 ברק "בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 218, בעמ' 315–316: "ראוי לבחון אם לא לאמץ את הרעיון [...] שלפיו הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק תיעשה רק על־ידי בית־המשפט העליון, תוך שייקבע במפורש כי הדבר ייעשה בהרכב מורכב של חשעה שופטים לפחות".

נמוכים, וכי יחסך הזמן השיפוטי של בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי".<sup>277</sup>  
 בכתיבה מאוחרת יותר הרחיב ברק את הטיעונים בעד הגישה הריכוזית:

השיקול הראשון הינו שיקול של יעילות. הבעיה של חוקתיות החוק היא בעלת חשיבות רבה. יש להניח כי בסופו של יום היא תובא בדרך של ערעור לבית המשפט העליון. יעיל יותר לקצר את ההליכים. חבל על זמן שיפוטי ועל זמנם של הצדדים שיחויבו להמתין להכרעה זו, תוך מעבר מערכאה נמוכה יותר לערכאה גבוהה יותר. יעיל יותר להעביר מיד את ההכרעה בשאלה החוקתית לבית המשפט העליון.

השיקול השני הנו שיקול של ודאות וביטחון. גם אם ההכרעה השיפוטית בבית משפט או בבית דין אינה פועלת כלפי "כולי עלמא" והיא מוגבלת אך לצדדים בלבד, הרי יש בה כדי להכניס גורם של חוסר ודאות בשיטת המשפט. חוסר ודאות זה יגבר אם כמה בתי משפט ובתי דין יפסקו את הדין בעניין זה, ופסיקותם תהא סותרת. לא תמיד ניתן להסיר את חוסר הוודאות, שכן הערעור הוא בידי הצדדים: רוצים – מערערים; רוצים – נמנעים מערעור. בהיעדר ערעור נשארת הכרעה שיפוטית בדבר אי-חוקתיות חוק וגם אם הדבר פועל "בין הצדדים" בלבד, הרי עשויה להיות לדבר השלכה על הוודאות המשפטית ועל הביטחון המשפטי.

השיקול השלישי הוא שיקול של מקצועיות והתמחות. חוקה היא עניין מורכב. משפט חוקתי הוא תחום סבוך. שופטי המדינה ודייניה אינם יכולים להקדיש את הזמן הנדרש, ועל כן אין להם המומחיות המוסדית הנדרשת, לטיפול בבעיה חוקתית. ראוי הוא להפקיד עניין זה בידי הערכאה השיפוטית העליונה בלבד, אשר בידיה הכלים המוסדיים להתמחות והתמקצעות בתחום חשוב זה.

277 אהרן ברק "יסודותיה של בקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת" מבחר כתבים א 309, 316 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, נבו, 2000).



השיקול הרביעי קשור למסורת המשפטית שהתגבשה בישראל [...] יהא זה מעבר חד מדי מדמוקרטיה פרלמנטרית גרידא לדמוקרטיה פרלמנטרית-חוקתית, אם כל בית משפט וכל בית דין יוסמך להכריז על בטלות החוק [...] אכן, נדרש חינוך של החברה למהותם של חוקה ושל ביקורת שיפוטית, כדי להכיר בסמכותו של כל בית משפט להכריע – ולו בין הצדדים – בשאלת חוקתיות החוק. כל עוד הדבר לא חדר עמוק להכרה ולתודעה של הציבור, עדיף לרכז את הביקורת השיפוטית בידי בית המשפט העליון הנהנה מאמון הציבור כמגן הדמוקרטיה וכבר הפעיל ביקורת זו בעבר. עם עבור השנים, וכאשר התרבות החוקתית תעמיק בחברה שלנו, וכאשר הביקורת השיפוטית תיתפס כאמצעי טבעי וחיוני לדמוקרטיה הישראלית, תוכל הכנסת לשקול מעבר למודל הדה-צנטרליסטי, בנוסח המשפט המקובל.<sup>278</sup>

מובן שלדגם הריכוזי יש גם חסרונות. אחד העיקריים שבהם, הרלוונטי במיוחד לישראל, הוא הוספת עומס על בית המשפט העליון. הכרעות חוקתיות נקודתיות שגם בתי משפט נמוכים יכולים להכריע בהן ויחולו על הצדדים בלבד יועברו להכרעה לבית המשפט העליון, ובכך יוסיף דגם זה עומס על הערכאה העליונה, העמוסה ממילא. בעיה זו ניתנת לפתרון. כך למשל לדעתו של ד"ר הלל סומר:

לא צריכה להיות מניעה כי בתי משפט נמוכים ידחו טענה בדבר אי-חוקתיותו של חוק, דחיה שכמובן תוכל להגיע בשלבי הערעור לבחינתו של בית המשפט העליון [...] הבקרה המוקדמת בערכאה הנמוכה תבטיח שבית המשפט העליון לא ייסתם בהליכים חוקתיים שמקומם בבתי המשפט הנמוכים. אם יסתבר כי התהליך בכל זאת יוצר עומס מוגבר על בית המשפט העליון, ניתן יהיה לקיים מנגנון דיוני פנימי בבית המשפט העליון אשר יערוך מיון נוסף של השאלות החוקתיות ויעביר לדיון בפני

278 אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטיה (ריכוזית) או דה-צנטרליסטיה (מבוזרת)" משפט וממשל ח 13, 20-22 (2005).

הרכב (או הרכב מורחב) רק את אותן פניות המעוררות סיכוי ממשי לפסילתו של חוק.<sup>279</sup>

הצעה זו נראית לי הולמת.

עוד חיסרון של הדגם הריכוזי רלוונטי במיוחד בעידן של מה שמכונה בספרות "שבייה או השתלטות חוקתית" (constitutional capture), מושג המתאר השתלטות שלטונית על גורמי האיזון והבקרה ובייחוד על בתי משפט באמצעות העמסת שופטים (court-packing), הורדת גיל הפרישה והרחבת בתי המשפט החוקתיים – כל זאת במטרה למנות שופטים "מטעם" או שופטים שמזדהים עם מטרות השלטון כך שייטו להתיר לממשלה מרחב פעולה רחב יותר.<sup>280</sup> מגמה זו, העולה מבחינה של המשפט המשווה, היא חלק ממגמה רחבה יותר של השחיקה הדמוקרטית, שמדינות דמוקרטיות רבות חוות בשנים האחרונות.<sup>281</sup>

הרלוונטיות של השתלטות כזאת לבחירת הדגם השיפוטי הרצוי ברורה: כשהסמכות לביקורת חוקתית היא ריכוזית, כלומר מרוכזת בידי גוף אחד – בית המשפט החוקתי – קל הרבה יותר להשתלט על הפרויקט החוקתי. לפי הדגם הריכוזי ההגבלה על סמכות החקיקה של הפרלמנט מצויה בידי מספר מצומצם של שופטים. מרגע שאפשר להשתלט על בית המשפט החוקתי, למעשה לא נותרו גופים חוקתיים שייאכפו את החוקה ויבטלו חקיקה שסותרת את הוראותיה. בדגם הביזורי, לעומת זה, כשלכל בית משפט בפיירמידה המשפטית סמכות לביקורת שיפוטית, כל בית משפט נתפס כ"מגן החוקה" ויכול להכריז על אי-חוקתיות ועל אי-אכיפה של חוק, לכל הפחות בנוגע לצדדים לדיון. על בתי משפט רבים ומבוזרים קשה הרבה יותר להשתלט.<sup>282</sup> במילים אחרות, לשלטון

279 הלל סומר "לרבע את המעגל: רכיביה של הביקורת על בית המשפט העליון – הצעה לפתרון משולב" (עותק אצלי).

280 על אסטרטגיות של השתלטות על בתי משפט ראו למשל David Kosar & Katarina Sipulova, *How to Fight Court-Packing?*, 6(1) CONSTITUTIONAL STUDIES 133 (2020).

281 רבות נכתב על משבר דמוקרטי זה. ראו לעיל ה"ש 167.

282 Tom Ginsburg, *Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts*, 3(1) THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 49, 59 (2002);

קל לשלוט בשופטים ולהגבילם באמצעות מערכת ריכוזית של ביקורת שיפוטית יותר מאשר באמצעות מערכת ביזורית, שבה לכל שופט היכולת שלא ליישם חוק שאינו חוקתי. זו חולשה ניכרת בשיטה הריכוזית, כמו שהניסיון מלמדנו.<sup>283</sup> עם זאת שיטת מינוי השופטים הנהוגה בישראל (כמו שאני מציע להלן, שאין לבצע בה שינויים מהותיים) מבטיחה – יחסית לשיטות אחרות – שמירה על עצמאות שיפוטית.

על אף קשיים אלו אני סבור שיש לקבל את ההצעה של "חוקה בהסכמה", שלפיה רק לבית המשפט העליון תהא סמכות לפסול חוקים. אם בערכאה נמוכה תתעורר שאלת חוקתיות של חוק ההכרחית להכרעה בדיון (ובית המשפט אינו דוחה את הטענה), תועבר השאלה החוקתית בלבד להכרעה בבית המשפט העליון שיכריע בנושא בתוך תקופה קצובה, ולאחריה יוחזר הדיון להמשך החלטה בערכאה הנמוכה.

הסדר זה הוצע בסעיף 163 למסמך **חוקה בהסכמה של המכון הישראלי לדמוקרטיה**, שכותרתו "שפיטות חוקתית":

- (א) בית המשפט העליון, והוא לבדו, בהרכב שלא יפחת משני שלישים מחבר שופטיו שהם בעלי מינוי של קבע, רשאי לפסוק כי חוק אינו תקף בשל אי־חוקתיות.
- (ב) התעורר בפני בעל סמכות שפיטה ספק בדבר תוקפו של חוק בשל אי־חוקתיותו, ומצא כי לא ניתן להכריע בעניין שבפניו בלי להכריע בשאלת התוקף כאמור, ואין בידו להסיר את

---

Tamir Moustafa & Tom Ginsburg, *Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics*, in *RULE BY LAW: THE POLITICS OF COURTS IN AUTHORITARIAN REGIMES* 1, 19 (Tom Ginsburg & Tamir Moustafa eds., Cambridge University Press, 2008)

WOJCIECH SADURSKI, POLAND'S CONSTITUTIONAL BREAKDOWN 181 (Oxford University Press, 2019). לכן למשל בהקשר של פולין טען תומאש קונצ'וויץ שבחי המשפט ה"רגילים" חייבים להתערב ולסרב ליישם חקיקה שלכאורה אינה עולה בקנה אחד עם החוקה, ולהפוך את עצמם לבתי משפט "מעין חוקתיים". ראו Tomasz Koncewicz, *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux*, 43 *REVIEW OF CENTRAL AND EAST EUROPEAN LAW* 116 (2018)

הספק ולקיים את תוקפו של החוק, יביא את השאלה בפני בית המשפט העליון; שאלת תוקפו של חוק יכול שתועלה לדיון בפני בית המשפט העליון, לפי ההסדרים שנקבעו בסעיף זה, על ידי צד להתדיינות בדרך של ערעור ישיר על החלטה, כאמור ברישה. (ג) שאלה שהופנתה לפי סעיף־קטן (ב) תובא בפני בית המשפט העליון בהרכב של שלושה שופטים. פסק בית המשפט העליון כי יש יסוד למסקנה כאמור בסעיף־קטן (ב), תובא השאלה בפני הרכב שלא יפחת משני שלישים מחבר שופטיו שהם בעלי מינוי של קבע.

(ד) התעורר ספק, כאמור בסעיף־קטן (ב), בדיון בבית המשפט העליון המתקיים בפני דן יחיד, יביא השופט את השאלה בפני הרכב של שלושה שופטים, לפי האמור בסעיף־קטן (ג). התעורר ספק, כאמור בסעיף־קטן (ב) בדיון בבית המשפט העליון המתקיים בפני הרכב של שלושה שופטים או יותר, יפעל ההרכב הדין בעניין כסמכותם של שלושת השופטים כאמור בסעיף־קטן (ג).

(ה) פסק בית המשפט העליון כי אין מקום לדון בשאלה שהופנתה על ידי בעל סמכות השפיטה או על ידי צד להתדיינות, או שהכריע בשאלה ופסק שהחוק תקף, ימשיך בעל סמכות השפיטה לדון בעניין שבפניו בהתאם להחלטת בית המשפט העליון.

(ו) פסק בית המשפט העליון כאמור בסעיף־קטן (א), רשאי הוא לתת כל הוראה או סעד הנראים לו דרושים בנסיבות העניין, לרבות פסיקה בדבר מועד התחילה של הוראת הבטלות.<sup>284</sup>

**284** חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה 127 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005). דברי ההסבר שכתב ברק מדינה מבהירים את ההסדר המוצע: "הוראה זו מסדירה את אופן החלטה של ביקורת שיפוטית על חוקים. החלת ביקורת שיפוטית לאכיפת עליונותם של עקרונות היסוד של השיטה, כפי שהם מתבטאים בחוקה, על החקיקה של הכנסת, עדיפה על חלופותיה: הימנעות מוחלטת מאכיפת המגבלות או הענקת הסמכות לכך לגוף פוליטי. ניסיון העשור האחרון מראה כי הביקורת השיפוטית היא בעלת השפעה מרסנת על הכנסת. החוקה נועדה להגביל את כוחו של הרוב לשם הגנה על ערכי היסוד של השיטה, ולפיכך יש להקנות את הסמכות לפרש את הוראות החוקה

כמו שארchiב בהמשך המחקר, הצעתי שונה בהיבטים שונים מהצעה זו, אבל מאמצת את ההסדר הכללי שלפיו הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקים תיחד לבית המשפט העליון בשבתו בהרכב מורחב.

השינוי בפועל כנראה לא יהיה דרמטי. במאמר משנת 2015 ציין ד"ר אורי אהרונוסון שמספר ההחלטות שבהן ערכאות נמוכות – לרבות בתי משפט מחוזיים, השלום, לתביעות קטנות, בתי דין צבאיים ובית הדין לעבודה – ביטלו חוק בשל אי־חוקתיות הוא כנראה לכל היותר עשר.<sup>285</sup> אהרונוסון עצמו מצר על מה שהוא מכנה "מתינות חוקתית" זו של ערכאות הדין, שכן לדעתו דווקא העצמת הרכיב הביזורי בשפיטה חוקתית תקדם פלורליזם וערכים דמוקרטיים של השתתפות והתדיינות.<sup>286</sup>

סבורני כי היתרונות שברכוז הביקורת החוקתית בערכאה העליונה עולים על החסרונות. כך למשל ציין סומר בצדק שקיימת בעיה עם הטענה כי בטלות של ערכאה נמוכה היא רק לצדדים, שכן ברי כי החלטה עקרונית האומרת שהוראת חוק אינה חוקתית היות שהיא סותרת את הוראות חוקי היסוד תקשה על המדינה להפעיל את הוראת החוק האמורה במקרים אחרים.<sup>287</sup> זאת ועוד, גם אם באופן תאורטי בית משפט נמוך אחר שאינו מחויב לפסיקה יוכל לקבוע כי הוראת החוק חוקתית – בניגוד להחלטה בדבר אי־חוקתיות שקבע בית משפט נמוך אחר – קשה לראות כיצד קביעות אלה עולות בקנה אחד עם עקרונות של

---

ולאכופ את הציות לה, לגוף שאינו פוליטי ואינו כפוף לדעת הקהל. בסעיף־קטן (א) מוצע לייחד את הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חוקים, לבית המשפט העליון בשבתו בהרכב מורחב. הסדר זה נועד לבטא את החשיבות המיוחדת של החלת ביקורת שיפוטית על חקיקה של הכנסת ואת האופי החריג של הכרזה על בטלות של חקיקה ראשית. עם זאת, אין מקום לקביעת דרישה לרוב מיוחס מקרב השופטים הדנים בעניין כחנאי להכרזה על בטלותו של חוק. סעיף־קטן (ו) מעגן את התפיסה המקובלת בדבר בטלות יחסית ובטלות מושהית של הכרזה על בטלות של דבר חקיקה. תפיסה זו מבטאת את ההכרח להתחשב באינטרס הציבורי ובהסתמכות אפשרית של הציבור על הוראות החוק, בטרם הוכרזו בטלות". שם, בעמ' 229–230.

**285** אורי אהרונוסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" **משפט וממשל** טז 9, 20–21 (תשע"ה).

**286** שם, בעמ' 30–40.

**287** סומר "לרבע את המעגל", **לעיל** ה"ש 279.

שוויון בפני החוק וודאות במשפט. כלומר, עד שיקבע בית המשפט העליון הלכה מחייבת, ייתכנו פסיקות סותרות, ואם לא – תיווצר למעשה החלטה עקרונית על ידי ערכאה נמוכה. כלומר עקרון הוודאות – שהוא עיקרון בסיסי במשפט – תומך בדגם הריכוזי. לכך מתווסף כמובן, כמו שציין ברק, עקרון המומחיות, שכן הערכאה העליונה – בניגוד לערכאות הנמוכות – תהא המומחית לבחינה החוקתית. שני אלו לטעמי מטים את הכף לטובת הדגם הריכוזי.

סומר מציין גם את הטעם הציבורי-תדמיתי. ההבחנה בין תחולת כלי עלמא (*erga omnes*) לתחולה על הצדדים לדין (*inter partes*) היא מורכבת, גם לבעלי השכלה משפטית. מה שהציבור מבין, בסופו של דבר, הוא כי "שופט שלום אחד מעז לבטל חוק של הכנסת"<sup>288</sup>, ובהקשר זה נדמה לי שגם לטיעון הציבורי-תדמיתי משקל רב. אצל רבים הרעיון ששופט שלום יכול לבטל חוק של הכנסת הוא פשוט בלתי נתפס. כך למשל, בעקבות פסק הדין בעניין הנדלמן, שבו קבע שופט בית המשפט השלום דוד רוזן שסעיף לפקודת מס הכנסה אינו חוקתי ולפיכך בטל,<sup>289</sup> הביע יושב ראש הכנסת בעבר וכיום הנשיא ראובן ריבלין תדהמה בנואם שנשא במכון הישראלי לדמוקרטיה:

נפל דבר בישראל. אך מלבד הברנז'ה המשפטית נראה כי איש לא שם לכך לב. שופט שלום הכריז על בטילותו של חוק, אשר חוקקה הכנסת. מעולם לא האמנתי שאכן יבוא יום ובית משפט שלום יעז פניו בפני החוק, בפני המחוקק הריבוני, ופשוט יכריז על בטילותו, כביכול, של חוק מדינה. האם, אדוני הנשיא, לא ברור גודל האבסורד? התנתן כך ודאות משפטית כלשהי?

288 צבי נח "איך זה ששופט אחד מעז" גלובס 29.4.2003.

289 ת"פ (שלום ת"א) 4696/01 מדינת ישראל נ' משה הנדלמן (נבו, 14.4.2003). החלטה זו זכתה גם לביקורת בפסק הדין בערעור הכרעת הדין ע"פ (ת"א) 70597/04 משה הנדלמן נ' מדינת ישראל (נבו, 1.12.2005):

טוב היה עושה בית משפט קמא אילו נקט במידה רבה יותר של איפוק שיפוטי בענין בטלות סעיף 1ב236(ב). במקום להזדרז ולבטל את הוראת סעיף 1ב236(ב), ניתן היה למצוא פתרון לסוגיה של הפגיעה לכאורה בחופש העיסוק, באמצעות פרשנות הולמת של הסעיף עצמו.

היכול אדם לכלכל מעשיו בכל תחום כשאינו יכול להסתמך על

חקיקה?<sup>290</sup>

ואילו דניאל פרידמן בספרו כינה את הביקורת השיפוטית הביזורית בפרשת הנדלמן "אפילוג מעולם האבסורד".<sup>291</sup>

להכרזה על אי-חוקתיות חשיבות רבה שכן משמעה סיכול רצון המחוקק. כאשר מי שמכריז על אי-חוקתיות הוא שופט ערכאות נמוכות (לעיתים אף שופט יחיד) – גם כשמדובר במקרים ספורים – הקושי האנטירובני הטבוע בביקורת שיפוטית גדל, וכך הלגיטימיות של השפיטה מתערערת. לכן גם מסיבה זו אני סבור כי יש להעדיף את הדגם הריכוזי של ביקורת שיפוטית.

ריכוז הביקורת החוקתית בבית המשפט העליון עדיף מדגמים ריכוזיים אחרים של בתי משפט חוקתיים שכן הוא יכול להתבסס על הלגיטימיות ועל המקצועיות שביית משפט זה רכש במשך השנים כבית משפט מקצועי שפועל גם בתחומי משפט אחרים.<sup>292</sup> כלומר, במקרה זה אפשר לשלב את היתרונות של הדגם הריכוזי עם אלה של הדגם הביזורי.

290 אפרת וייס ואילן מרטיאנו "ריבלין מאיים על בית המשפט והאיזון בין הרשויות" Ynet 22.05.2003. ראו גם הדס מגן ואיתמר לויין "ריבלין: המהפכה החוקתית של אהרן ברק הייתה להפיכה שלטונית" גלובס 22.5.2003. בתגובה אמר שם ברק את הדברים האלה:

שופט שלום איננו יכול לבטל חוק של הכנסת! וכששופט שלום אומר שחוק של הכנסת נוגד את חוק היסוד הוא איננו מבטל את החוק [...]. שופט השלום והשופט המחוזי ובית הדין הרבני ובית הדין לעבודה – כל מערכות השיפוט בישראל, כל מה שהן הוסמכו על ידי הכנסת הוא להכריז ביחסים שבין הצדדים שאותו חוק או אותה תקנה אינם בעלי חוקף נורמטיבי. הביטול של החוק יבוא רק כשזה יבוא לבית המשפט העליון, מכוח עקרון התקדים המחייב.

291 דניאל פרידמן הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה 227-228 (ידיעות אחרונות, 2013).

292 Victor Ferreres Comella, *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism*, 82(7) TEXAS LAW REVIEW 1705, 1728 (2004). אשוב לנקודה זו בנושא של בחירת שופטים.

## 1. הרכב מורחב

גם כשניתנת לבית המשפט העליון הסמכות הבלעדית לביקורת שיפוטית, מתעוררת השאלה באיזה הרכב יוכל בית המשפט העליון להכריע בשאלה החוקתית שלפניו. כידוע, בית המשפט העליון יכול לשבת בהרכב מורחב של שופטים. לפי המוצע בהצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה, רק הרכב "שלא יפחת משני שלישים מחבר שופטיו שהם בעלי מינוי של קבע, רשאי לפסוק כי חוק אינו תקף בשל אי-חוקתיות"<sup>293</sup>.

אני סבור שדרישה זו ראויה. פסילת חקיקה דורשת שיקול דעת שיפוטי ברמה הגבוהה ביותר ויוקרה מרבית, בייחוד כשמדובר בשאלות ערכיות.<sup>294</sup> הרכב מורחב יודא שההחלטה בדבר אי-חוקתיות נשקלה באופן המיטבי. כפי שציין קלוד קליין: "ביקורת שיפוטית על חוקים שונה במהותה מכל סמכות אחרת המוטלת על בתי המשפט [...] כדי למנוע מקריות הכרוכה בהרכב זה או אחר יש לדרוש הרכב מלא או כמעט מלא של בית המשפט בבואו לבדוק חוקתיותו של חוק"<sup>295</sup>. הדרישה להרכב מורחב גם תשקף ריסון שיפוטי ואת החשיבות שבית המשפט מקנה לעשייה השיפוטית בהכרעות חוקתיות חשובות, ובכך תסייע בחיזוק אמון הציבור בפסיקה.<sup>296</sup> לכן להרכב מורחב יתרונו הן תפקודיים (אינסטרומנטליים) והן כאלה הקשורים בנראות ציבורית (אקספרסיביים).

293 סעיף 163(א) להצעת חוקה בהסכמה, לעיל ה"ש 284, בעמ' 127.

294 זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 410. ראו גם מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינת ישראל לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז 659, 667 (תשנ"ג): "מן הראוי שישב בהרכב מורחב; ודאי שכך ראוי במקרה של דיון בדבר ביטולו של חוק הנוגד את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

295 קלוד קליין "על ההצעה להקים בית משפט לחוקה: עמדה" משפט וממשל ו 349 (2003).

296 לדיון כללי ראו גיא זיידמן "מותבים מורחבים בבית המשפט העליון" מאזני משפט ג 155, 182 (תשס"ג-תשס"ד):

כידוע, עיקר כוחה של הרשות השופטת במעמדה הציבורי. הרשות השופטת מנסה להעביר באמצעות מותבים רחבים, מסר לציבור הרחב,



יצחק הרצוג טען כי ביקורת שיפוטית בהרכב חסר אינה מקובלת ברחבי העולם הדמוקרטי ואינה ראויה.<sup>297</sup> הוא הראה כי הנורמה המקובלת היא שביקורת שיפוטית מתבצעת במותב מלא ובהרכבים שמונים על פי רוב תשעה עד עשרה חברים,<sup>298</sup> וציין כי לדעתו: "נורמה מקובלת זו – פרשנות בהרכב מלא – מבטאת תפיסה ראויה הן של החוקה כמסמך יסוד, הן של הפרשנות החוקתית כתפקיד שלטוני יוצא דופן בחשיבותו הן של הפרשן החוקתי כמוסד שלטוני שלו מאפיינים ייחודיים".<sup>299</sup> סגל טען שהדרישה להרכב של תשעה שופטים נראית סבירה, אך ראוי יותר לקבוע שיהיו שלושה עשר, "לפחות בתקופת הבראשית של הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים".<sup>300</sup> אנחנו איננו נמצאים בתקופה זו; ביקורת שיפוטית מתקיימת כבר יותר מעשרים שנה, ונדמה לי שאין צורך בדרישה הנוקשה של המספר האיזוגי הגדול ביותר בבית המשפט העליון. כלומר, יש לקבוע כי לצורך ביטול חקיקה ראשית של הכנסת, נדרש הרכב מורחב של תשעה שופטי בית המשפט העליון, לפחות.

מעיון בפסקי הדין שפסלו את 19 החוקים שנפסלו מאז המהפכה החוקתית (ראו נספח 1) עולה התמונה הזאת: 3 פסקי דין ניתנו בהרכב מורחב של 11 שופטים; 11 פסקי דין ניתנו בהרכב מורחב של 9 שופטים; 3 פסקי דין בהרכב מורחב של 7 שופטים; פסק דין אחד בהרכב של 5 שופטים; ועוד פסק דין אחד בהרכב של 3 שופטים. כלומר, ממילא רוב ההרכבים שביטלו את החוקים היו הרכבים מורחבים של 9 שופטים, ונראה כי קביעת מספר זה כהרכב מינימלי הוא ראוי.

---

לעורכי הדין, ובמיוחד לרשויות הממשלה. הנופך הטקסי המרשים של המותב הרחב משדר רצינות, מצביע על שמדובר במקרה חשוב במיוחד.

297 יצחק הרצוג "על קביעת הרכבים בפרשנות חוקי היסוד" קריית המשפט ט 203 (תשע"א).

298 שם, בעמ' 229-231.

299 שם, בעמ' 209.

300 סגל "הדרך לביקורת", לעיל ה"ש 255, בעמ' 251-252.

## ג. רוב מיוחד

אבל גם כשמדובר בהרכב מורחב, מתעוררת השאלה אם ההחלטה בדבר ביטול חוק יכולה להתקבל בכל רוב, או רק ברוב מיוחד? השאלות של הרוב הדרוש לקבלת החלטות סבוכות ומערבות שיקולים רבים,<sup>301</sup> הן בהחלטות ברשות המחוקקת, והן בהחלטות ברשות השופטת. בסוף שנות התשעים הקדיש ליאון שלף מאמר לנושא שאלת הרוב הרצוי בבית המשפט כשמדובר בביקורת חוקתית.<sup>302</sup> הוא הציע כי החלטה של בית המשפט לבטל חוקים שסותרים את חוקי היסוד תלווה בסייג שזו תתקבל רק ברוב מיוחד:

[כדי] להבטיח כי כל החלטה לבטל חוק תבטא מצב שבו השופטים – כגוף ולא כיחידים – איתנים ונחרצים בעמדתם; שהרי אין ספק כי הפקדת הסמכות לביטול חוקים בידי שופטים מעלה שאלות נוקבות באשר למשמעותה של הדמוקרטיה, כאשר קבוצה קטנה של אנשים – אמנם מאוד מכובדים – שמה לאל את רצונם של נבחרי העם. ההצדקה לכך היא העובדה הפשוטה, שחקיקתם של האחרונים מפרה את ערכי היסוד של החברה. ואכן, אם בערכי היסוד של החברה עסקינן, רצוי שהדברים יהיו כה ברורים עד כי רוב מוחלט ומוחץ של השופטים יגיע למסקנה שהמחוקקים אכן טעו במעשיהם [...] רוב של ארבעה שופטים נגד שלושה או חמישה נגד ארבעה אינו מצביע על חריגה כה

301 לדיון כללי ראו Adrian Vermeule, *Absolute Majority Rules*, 37 BRITISH JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE 643, 645 (2007); Stéphanie Novak & Jon Elster, *Majority Decisions: Principles and Practices* (Cambridge University Press, 2014). לדיון בשאלה איך קבלת החלטות תוך שיפוטיים עשויים להשפיע על התוצאה השיפוטית ראו Arthur Dyevre, *Unifying the Field of Comparative Judicial Politics: Towards a General Theory of Judicial Behaviour*, 2(2) EUROPEAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 297, 320 (2010)

302 ליאון שלף "רוב מיוחד בנושאים חוקתיים – לא רק דרישה כלפי הכנסת אלא גם רעיון לגבי בית המשפט" **משפטים** כח 387 (1997).

בולטת, שאם לא כן, כיצד זה ששופטי המיעוט מבין שופטי בית המשפט, המגיעים במספרם כמעט לרוב, לא שוכנעו מעמדת עמיתיהם?<sup>303</sup>

כדי לתמוך בהצעתנו הביא שלף דוגמאות מהמשפט ההשוואתי כגון איטליה, שם לטענתו החלטותיו של בית המשפט החוקתי מתקבלות ברוב של שני שלישים; וגרמניה, שם הדרישה היא לחמישה מתוך הרכב של שמונה; בניגוד לארצות הברית, שם אחדים מפסקי הדין החשובים ביותר שבהם בוטלו חוקים התקבלו ברוב דחוק של חמישה שופטים מול ארבעה.<sup>304</sup> לצערי הדוגמה של איטליה אינה מדויקת. בבית המשפט החוקתי האיטלקי לא נדרש רוב מיוחד כדי לבטל חקיקה. הצבעה של רוב רגיל היא הכלל להכרעה (למעט הצבעה על העברה מתפקיד של שופט חוקתי, אז נדרש רוב של שני שלישים).<sup>305</sup> בבית משפט זה על דיוני השופטים להיות חשאיים, וההחלטות השיפוטיות מתפרסמות ללא דעת מיעוט או דעת יחיד, כלומר פה אחד. מטרתן של דרישות אלה להגן על בית המשפט החוקתי מפני לחצים והתערבות פוליטית.<sup>306</sup> בכל הנוגע לגרמניה, מכיוון שבית המשפט יושב בהרכב זוגי של שמונה שופטים, דרישת רוב של חמישה שופטים היא יישום של דרישת רוב רגיל.<sup>307</sup> הרצוג מסכים עם הצעתו של שלף כי חוק

303 שם, בעמ' 398.

304 שם, בעמ' 395-397, 402-403.

305 Tania Groppi, *The Italian Constitutional Court: Towards a "Multilevel System" of Constitutional Review?* 3(2) JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 100, 101 (2008)

306 Katalin Kelemen, *Dissenting Opinions in Constitutional Court*, 14(8) GERMAN LAW JOURNAL 1345, 1361 (2013); CONRAD MENDES, CONSTITUTIONAL COURTS AND DELIBERATIVE DEMOCRACY 168 (Oxford University Press, 2013)  
כאשר ההכרעה השיפוטית נחתמת בשם בית המשפט (per curiam), קשה לדעת מה הייתה החלוקה הפנימית אצל השופטים.

307 בדומה לאיטליה, גם בגרמניה בשנים הראשונות התפרסמו ההחלטות השיפוטיות ללא דעות מיעוט. ראו Kurt H. Nadelmann, *Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West Germany*, 13(2) THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 268, 271 (1964). בהדרגה החל בית המשפט לפרסם דעות מיעוט. ראו Philip W. Amram, *The Dissenting Opinion Comes to the German Courts*, 6 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 108, 110 (1957)

יבוטל רק לאחר שרוב מיוחס של ההרכב יקבע כי הוא סותר בברור את חוקי היסוד.<sup>308</sup>

בהצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה באה לידי ביטוי התנגדות לקבוע רוב מיוחד לבטלות חקיקה. לכן ההצעה של חוקה בהסכמה אינה קובעת הסדר כאמור, ובדברי ההסבר היא שוללת מפורשות רוב מיוחד. כך גם נדחתה הדרישה לרוב מיוחד בתגובה לתזכיר חוקי-יסוד: החקיקה, שנכתבה בשנת 2019:

אנו מתנגדים לדרישה כי ידרש רוב של שני שלישים מבין השופטים המשתתפים בהרכב לפסיקה הפוסלת חקיקה של הכנסת. אמנם פסילת חוק של הכנסת בידי בית המשפט היא מעשה יוצא דופן. אך מכך ועד להפיכת שלישי מהשופטים בבית המשפט העליון ל"גוש חוסם" שבידו זכות ווטו, הדרך ארוכה. קביעה כי נדרש רוב של שני שלישי מן השופטים היושבים בהרכב כדי לבטל חוק היא קביעה שתציב מחסום גבוה מדי בפני עתירות חוקתיות ובכך תפגע בהגנה על זכויות האדם בישראל.<sup>309</sup>

על פי טענה זאת הדרישה לרוב מיוחד לבטלות חקיקה יוצרת מעין סמכות וטו של שופטי המיעוט בלום ביטול חקיקה שלדעתם של רוב שופטי בית המשפט העליון בהרכב המורכב אינה חוקתית.

זאת ועוד, כלל יסודי בשיטת המשפט הישראלית הוא כלל הכרעת הרוב, המעוגן בסעיף 80(א) לחוק בתי המשפט.<sup>310</sup> כשם שבמשפט פלילי הרשעה בעברה פלילית שהוכחה "מעבר לספק סביר" יכולה להיעשות בדעת רוב, דחוק ככל שיהיה,<sup>311</sup> כך לכאורה גם במשפט החוקתי רוב רגיל יכול להכריע בדבר אי-חוקתיות.

308 הרצוג, לעיל ה"ש 297, בעמ' 262.

309 מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס "מזכר תגובה לתזכיר חוקי-יסוד: החקיקה" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 20.5.2019.

310 סעיף 80(א) לחוק בתי המשפט קובע כי "בית משפט הן במותב ונחלקו דעות השופטים, תכריע דעת הרוב".

311 יצוין כי גם בנוגע לשאלת ההרשעה בדעת רוב או הרשעה פה אחד היו מחלוקות. כך למשל, בשנת 2007 הקים משרד המשפטים ועדה מיוחדת לבחינת השאלה אם לשנות

ואולם על אף שיקולים אלה אני סבור שלבטלות חקיקה ראוי לאמץ רוב מיוחד. דרישה זו תהא אמצעי חשוב להגביר את "הנסגת הדעת" (deference) השיפוטית אל מול המוסדות הפוליטיים. באמצעות דרישה זו בית המשפט יכול להגן על ההוראות של חוקי היסוד ולאכפן כל עוד יש לכך קונצנזוס שיפוטי רחב דיו. מנגד, במקרים שבהם השופטים חלוקים בנוגע לחוקתיותו של חוק – יגבר הריסון המוסדי.

המשפט ההשוואתי מספק דוגמאות אחדות לקבלת החלטות כגון זו (אף על פי שבעולם שיטה זו אינה נפוצה מאוד, היא בכל זאת נפוצה יותר ממנגוון ההתגברות שיתואר בפרק הבא).<sup>312</sup> בארצות הברית כאמור החלטות גם בדבר בטלות חקיקה מתקבלות ברוב רגיל.<sup>313</sup> ואכן, חלק מביטולי החוקים המפורסמים ביותר נתקבלו ברוב דחוק של חמישה מול ארבעה.<sup>314</sup> ואולם במהלך השנים נדונה גישה זו רבות ואף בוקרה.<sup>315</sup> כך למשל, כבר בשנת 1910 טען המשפטן והפוליטיקאי האמריקאי דיוויד ווטסון כי –

---

את הדין המאפשר להרשיע נאשם בעברה פלילית בדעת רוב לדין המחייב הרשעה פה אחד. הוועדה קבעה כי לעניין המשפט הפלילי יש להוחרת את כלל ההכרעה של דעת רוב לצורך הרשעה. ראו משרד המשפטים דין וחשבון: הוועדה לבחינת הרשעה בדעת רוב ורעור על זיכוי במשפט פלילי (2010). אני מודה ליוזם שחר על ההפניה לדו"ח זה. מובן שהשוואה בין המשפט החוקתי למשפט הפלילי בעניין ספק סביר והחלטה בדבר אי-חוקתיות אינה פשטנית ומורכבת הרבה יותר.

312 Eric Y. H. Chan, *Judicial Review and Supermajority Voting Rules* (unpublished LLM dissertation, University of Hong Kong, 2019) (עותק אצלי). צ'אן מציין כי הדרישה לרוב מיוחד בבתי משפט עליונים או חוקתיים קיימת במדינות ארגנטינה, בוליביה, ברזיל, בורונדי, קמבודיה, קולומביה, קוסטה ריקה, אל סלבדור, לבנון, מקסיקו, מרוקו, ניקרגואה, מקדוניה, פנמה, פרו, קוריאה הדרומית וטאיוואן.

313 אקיל אמאר מציין שכלל הנראה כלל זה אומץ מיומו הראשון של בית המשפט, ללא מחשבה מקדימה רבה, אלא ככלל טבעי לקבלת החלטות, ראו AKHIL REED AMAR, AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION: THE PRECEDENTS AND PRINCIPLES WE LIVE BY 360 (Basic Books, 2012)

314 Robert E. Riggs, *When Every Vote Counts: 5-4 Decisions in the United States Supreme Court*, 21 HOFSTRA LAW REVIEW 667 (1993)

315 Robert Eugene Cushman, *Constitutional Decisions by a Bare Majority of the Court*, 19(8) MICHIGAN LAW REVIEW 771 (1921); Evan

האם ניתן לטעון שחוק סותר בפירוש את החוקה כשחמישה שופטים מכריזים כך ואילו ארבעה שופטים מכריזים מפורשות כי החוק בפירוש אינו סותר את החוקה? יש לפתור כל ספק בזכות חוקתיותו של החוק, ונדרש כי יהא ברור ב"מוחו של בית המשפט" שהחוק אינו חוקתי. אך האם התנאי מתקיים כשארבעה משופטי בית המשפט העליון סוברים באותה מידה של רצינות, הדגשה, התמדה ומחלוקת שחוק בביור חוקתי?<sup>316</sup>

בשנים האחרונות יש עלייה במספר ההחלטות המוכרעות ברוב דחוק של ארבעה מול חמישה שופטים, וההצבעה בין השופטים מוכרעת בדרך כלל על בסיס פוליטי-מפלגתי, במיוחד בהחלטות בנושאים השנויים במחלוקת לאומית.<sup>317</sup> פוליטיזציה של של השפיטה, שמקורה בין היתר בשיטת המינויים הפוליטית של שופטי בית המשפט העליון האמריקאי,<sup>318</sup> הביאה את בית המשפט ל"משבר לגיטימיות".<sup>319</sup> במאמר שהתפרסם לאחרונה ב-*Yale Law Journal* טוענים הפרופסורים דניאל אפפס (Epps) וגאנש סיטאראמן (Sitaraman) שכדי להציל את בית המשפט העליון האמריקאי ממשבר הלגיטימיות שלו, יש לאמץ לביטול של חקיקה פדרלית מגוון הכרעה של רוב מיוחד (שבעה מול שניים). להצעות לרפורמה שיפוטית שתכלול רוב מיוחד לביטול חוקים, כך הם טוענים, היסטוריה

---

H. Caminker, *Thayerian Deference to Congress and Supreme Court Supermajority Rule: Lessons from the Past*, 78(1) INDIANA LAW JOURNAL 73 (2003)

DAVID KEMPER WATSON, *THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES: ITS HISTORY APPLICATION AND CONSTRUCTION* 1191 (Callaghan, 1910)

Lawrence Baum & Neal E. Devins, *Split Definitive: How Party Polarization Turned the Supreme Court into a Partisan Court*, 2016 SUPREME COURT REVIEW 301 (2017). על כיצד עמדותיהם של שופטי בית המשפט העליון האמריקאי משקפות כיום, יותר מבעבר, נאמנות אידאולוגית מפלגתית ראו NEAL DEVINS & LAWRENCE BAUM, *THE COMPANY THEY KEEP: HOW PARTISAN DIVISIONS CAME TO THE SUPREME COURT* (Oxford University Press, 2019)

318 יניב רוזנאי "אח זה לא כדאי לייבא מאמריקה" ישראל היום, 11.12.2020.

319 ראו למשל Paul Waldman, *Yes, the Supreme Court Is Facing a Legitimacy Crisis*, WASHINGTON POST Sept. 24, 2018; Michael Tomasey, *The Supreme Court's Legitimacy Crisis*, NEW YORK TIMES, Oct. 6, 2018

ארוכה שראשיתה כבר בשנות העשרים של המאה ה־19.<sup>320</sup> דרישה של רוב מיוחד לפסילת חוקים, הסבירו לאחרונה הפרופסורים דורפּלר (Doerfler) ומוינ (Moyn), תגביל במידה ניכרת את יכולתו של בית המשפט העליון להתערב במדיניות פדרלית, אבל תשמר את יכולת ההתערבות שלו בהפרות חוקתיות שאינן שנויות במחלוקת. דרישה זו למעשה מעבירה כוח מהרשות השופטת לרשויות הפוליטיות ב"מרחב חוקתי שאינו ודאי".<sup>321</sup>

במאמר מפורט משנת 2003, טען פרופ' ג'ד שוגרמן (Shugerman) בזכות כלל ההכרעה של רוב מיוחד לשם בטלות חקיקה בבית המשפט העליון האמריקאי. שוגרמן ציין כי הבעיה איננה במוסד הביקורת השיפוטית עצמו, אלא במצבים שבהם בית המשפט זונח את הריסון השיפוטי שלו. לכן נדרש מנגנון הצבעה שממסד את הנסגת הדעת (deference) השיפוטית לזו של המחוקק, ולדעתו של שוגרמן כדאי לקבוע את כלל ההכרעה של שישה שופטים מול שלושה כמנגנון המועדף. לדעתו בית המשפט העליון האמריקאי שואב את הלגיטימיות שלו משילוב בין מומחיות, ייצוג עקיף של העם, חוזקת נימוקיו, כוח התקדים המחייב והצורך באיזונים ובלמים. הדרישה לרוב מיוחד של שני שלישים, לדעתו, מחזקת כל אחד מהיבטים אלה: רוב דחוק אקראי מדי כדי לתת גושפנקא של מומחים; ולנוכח הייצוג הלא־מושלם של העם, כלל קונצנזואלי מפחית בעיות ונראות של שרירותיות. במונחים של חוזקת הנמקה, רוב של שני שלישים מקדם ערכים דמוקרטיים של דיאלוג, קונצנזוס, תבונה ולגיטימיות; ומבחינת איזונים ובלמים בהליך התיקון החוקתי האמריקאי, הדרישה לשני שלישים מתפקדת ככלל סימטרי ומתאים לפוליטיקה חוקתית. ולבסוף, כלל זה מקדם יציבות של תקדים, שכן לנוכח חוסר יציבותן של החלטות שיפוטיות המתקבלות ברוב דחוק והלגיטימציה הנמוכה שלהן, החלטות ברוב של חמישה מול ארבעה עלולות

Daniel Epps & Ganesh Sitaraman, *How to Save the Supreme Court*, 320 YALE LAW JOURNAL 148 (2019). לחגובה כללית להצעותיהם של אפּפס וסיטאראמן ראו Stephen E. Sachs, *Supreme Court as Superweapon: A Response to Epps & Sitaraman*, 129 YALE LAW JOURNAL FORUM 93 (2019)

Ryan D. Doerfler & Samuel Moyn, *Democratizing the Supreme Court*, 321 CALIFORNIA LAW REVIEW (forthcoming 2021)

להיות ניצחונות קצרי מועד ובעקבותיהם תבוא תגובה פוליטית חריפה.<sup>322</sup>  
הצדקות אלו חלות, במידה זו או אחרת, גם בהקשר הישראלי.

עוד יצוין שאף שבנוגע לבטלות חקיקה רוב החוקות המדינתיות בארצות הברית נוקטות את הכלל של רוב רגיל, בשתי מדינות יש דרישה לרוב מיוחד: סעיף 5.2 לחוקת נברסקה קובע משנת 1920 כי בית המשפט העליון, המורכב משבעה שופטים, יקבל הכרעות ברוב רגיל למעט החלטות בדבר אי-חוקתיות של חקיקה, שדורשות רוב של חמישה שופטים; וסעיף 6.4 לחוקת צפון דקוטה דורשת, מאז שנת 1919, שביטול חקיקה ייעשה ברוב של ארבעה מתוך חמישה שופטים.<sup>323</sup>

אילו עוד דוגמאות לדרישה לרוב מיוחד קיימות במשפט ההשוואתי? כאמור, דרישה זו אינה נפוצה מאוד, אבל קיימת בכמה מדינות ובכמה נושאים. זה המצב בכמה ממדינות אמריקה הלטינית. כך למשל, סעיף 105 לחוקת מקסיקו דורש רוב מיוחד של שמונה שופטים מתוך אחד עשר כדי לפסול חקיקה בביקורת שיפוטית מופשטת.<sup>324</sup> ומה קורה כשרק שישה או שבעה משופטי בית המשפט העליון מכריזים על חוק כלא-חוקתי ולכן בטל? לפי המקובל, הכרזת בטלות כזאת איננה מחייבת, כלומר אף שלפי דעת הרוב החוק אינו חוקתי ובטל, הוא

Jed H. Shugerman, *A Six-Three Rule: Reviving Consensus and Deference on the Supreme Court*, 37 *GEORGIA LAW REVIEW* 893, 897, (2003) 932-951. לעמדה קיצונית עוד יותר הקוראת להחלטות פה אחד של כל שופטי בית המשפט העליון לביטול חקיקה ראו Dwight G. Duncan, *A Modest Proposal on Supreme Court Unanimity to Constitutionally Invalidate Laws*, 33 *BYU JOURNAL OF PUBLIC LAW* 1 (2019)

323 חוקת אוהיו אימצה בשנת 1912 כלל כאמור, אבל ביטלה אותו בשנת 1968 אחרי שנחגלו קשיים ליישמו כחלק מהביקורת השיפוטית הביזורית של אוהיו. לדרישה לרוב מיוחד בחוקות המדינתיות בארצות הברית ראו Jonathan L. Entin, *Judicial Supermajorities and the Validity of Statutes: How Mapp Became a Fourth Amendment Landmark Instead of a First Amendment Footnote*, 52 *THE CASE WESTERN RESERVE LAW REVIEW* 441, 469 (2001); Sandra Zellmer & Kathleen Miller, *The Fallacy of Judicial Supermajority Clauses in State Constitutions*, 47 *UNIVERSITY OF TOLEDO LAW REVIEW* 73 (2015)

324 אני מודה לפרופ' David Landau על הפניה זו.



ימשיך להיות אפקטיבי ואכיף משפטית במקסיקו.<sup>325</sup> דוגמה אחרת היא המנגנון הקבוע בחוקת צ'ילה מאז שנת 2005, ולפיו בית המשפט החוקתי יכול להחליט, בדעת רוב, שהוראת חוק שתחולתה נדונה בהליך משפטי סותרת את החוקה ושאינו להחילה. אם התקבלה פסיקה כאמור, לפי סעיף 93.7 לחוקה בית המשפט החוקתי יכול להחליט, ברוב של שמונה מתוך עשרה שופטים, שהחוק אינו חוקתי ובטל כלפי כולי עלמא.<sup>326</sup> בפרו בית המשפט החוקתי מורכב משבעה שופטים ומקבל החלטות ברוב רגיל למעט החלטות בדבר אי-חוקתיותה של נורמה משפטית, שם דרושה הסכמה של חמישה שופטים.<sup>327</sup> בברזיל החלטות בדבר אי-חוקתיות מתקבלות בדרך כלל ברוב רגיל, אבל בכמה נושאים חריגים נדרש רוב של שני שלישים. בהקשר זה הציעו לאחרונה הפרופסורים רובנס בצ'אק (Becak) וג'איירו לימה (Lima) שביטול של תיקונים לחוקה (בניגוד לביטול חקיקה רגילה) יתקבל ברוב מיוחד של שני שלישים. השינוי נדרש לדעתם לנוכח אופיו המיוחד של התיקון החוקתי.<sup>328</sup>

הוראות שדורשות רוב מיוחד אפשר למצוא גם באירופה. כך לדוגמה על פי פסקה 13 לחוק בית המשפט החוקתי של צ'כיה, 1993, בית משפט זה מורכב מחמישה עשר שופטים ומקבל החלטות ברוב רגיל, ואולם כשמדובר בביקורת חוקתית של חקיקה או של אמנות בינלאומית, נדרשת הסכמה של תשעה שופטים.<sup>329</sup> ובטורקיה סעיף 149 לחוקה דורש שלביטול תיקונים לחוקה ולפסילת מפלגות

Jorge A. Vargas, *The Rebirth of the Supreme Court of Mexico: An Appraisal of President Zedillo's Judicial Reform of 1995*, 11(2) AMERICAN UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW REVIEW 295, 315 (1996)

Dante Figueroa, *Constitutional Review in Chile Revisited: A Revolution in the Making*, 51 DUQUESNE LAW REVIEW 387, 407 (2013)

327 סעיף 10 לכללי הפרוצדורה של בית המשפט החוקתי. ראו Rubens Becak & Jairo Lima, *When 5x4 is Not a Winning Majority: Judicial Decision-making on Unconstitutional Constitutional Amendments*, in VIOLENT CONFLICTS, CRISIS, STATE OF EMERGENCY, PEACEBUILDING: CONSTITUTIONAL PROBLEMS, AMENDMENTS AND INTERPRETATION 161, 175 (BWV, 2019). אני מודה לפרופ' Jairo Lima על הפניה זו.

328 Becak & Lima, שם, בעמ' 176-178.

329 Czech Republic, Constitutional Court Act, 182/1993 Sb., §13

פוליטיות יהיה רוב מיוחד של שני שלישים משופטי בית המשפט החוקתי. בגרמניה בית המשפט החוקתי מורכב משני בתי סנאט (שמונה שופטים בכל אחד, קוורום של שישה שופטים לפחות).<sup>330</sup> לפי סעיף 15(4) לחוק בית המשפט החוקתי הפדרלי אף שככלל בית המשפט החוקתי מכריע ברוב רגיל, בהליכים מסוימים נדרש רוב של שני שלישים, למשל שלילת זכויות לפי סעיף 18 לחוק היסוד (שלילת הגנה חוקתית על זכויות ממי שמשתמש לרעה בחירויות המנויות למען חתירה תחת אושיות הדמוקרטיה), הדחת שופטים או פסילת מפלגות.<sup>331</sup> מובן שכאשר הסנאט יושב בהרכב של שמונה שופטים, הרוב הנדרש לבטלות חקיקה הוא של חמישה מתוך שמונה.

גם במזרח אסיה יש כמה דוגמאות. בטאיוואן לפי סעיף 14 לחוק הפרוצדורה של "פרשנות חוקתית" דרוש רוב רגיל לקביעה כי חקיקת משנה אינה חוקתית, אבל רוב של שני שלישים לשם "פרשנות חוקתית".<sup>332</sup> הדוגמה האחרונה שראוי להתעכב עליה היא קוריאה הדרומית, שגם בה החלטה על אי-חוקתיות של חוק דורשת הכרעה של רוב מיוחד של שישה שופטים לפחות מתוך תשעה.

- 330 במקור היו 12 שופטים בכל סנאט, אך בשנת 1963 הופח המספר לשמונה.
- 331 Bundesverfassungsgerichtsgesetz, §12 BVerfGG, 1951, Sec. 15(4)
- 332 רוב זה נקבע בחיקון משנת 1993. קודם לכן היה קבוע רוב גבוה יותר, שלושה רבעים, לשם פרשנות חוקתית. ראו Jau-Yuan Hwang, *Taiwan's Constitutional Court from 2003-2011: New Appointments and Different Performance*, 53(2) SEOUL LAW JOURNAL 41, 49 (2012). "פרשנות חוקתית" זה המונח המקובל לביקורת שיפוטית בטאיוואן, שכן הסמכות המפורשת של בית המשפט היא לפרש את החוקה ולאחד חוקים סותרים. ראו Jyh-pin Fa, *Constitutional Developments in Taiwan: The Role of the Council of Grand Justices*, 40(1) THE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 198 (1991); Mendel, F. Fraser, *Judicial Power & Illusion: The Republic of China's Council of Grand Justices and Constitutional Interpretation Comments*, 2 PACIFIC RIM LAW & POLICY JOURNAL 157 (1993); Thilo Tetzlaff, *Kelsen's Concept of Constitutional Review Accord in Europe and Asia: The Grand Justices in Taiwan*, 1(2) NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW REVIEW 75 (2006). בשנת 2019 נחקק Constitutional Court Procedure Act, המקטין את הרוב הדרוש לבטלות חקיקה ראשית מרוב מיוחד לרוב רגיל. החוק ייכנס לתוקפו בשנת 2022. אני מודה לפרופ' Ming-Sung Kuo על הפניה זו.

בקוריאה הדרומית בית המשפט החוקתי נחשב גוף פעיל מאוד. מאז ראשית שנות התשעים של המאה ה־20 דן בית המשפט ביותר מ־30,000 תיקים, רובם המוחלט פניות של יחידים.<sup>333</sup> בסך הכול עד מרץ 2016 קבע בית המשפט החוקתי אי־חוקתיות של חוק ב־576 מקרים; ובכשליש מהתיקים שהופנו אליו מבתי משפט אחרים לשם הכרעה בדבר חוקתיות (273 מתוך 869 תיקים שהוכרעו) הוא הכריז על אי־חוקתיות, מה שהפך אותו לאקטיביסטי במיוחד.<sup>334</sup> לפי סעיף 113(1) לחוקה וסעיף 23 לחוק בית המשפט החוקתי, החלטה על אי־חוקתיות של חוק דורשת כאמור הכרעת רוב מיוחד של לפחות שישה שופטים (מתוך תשעה). כלל זה מוביל למצב המוזר (לפחות בעיני משפטנים) שבו חוק נותר בתוקף אף שרוב של חמישה שופטי בית המשפט החוקתי קבעו כי אינו חוקתי (עד סוף שנת 2016 ב־62 פסקי דין קבע רוב רגיל של חמישה מול ארבעה שחוק אינו חוקתי).

הרקע לדרישת הרוב המיוחד של שני שלישים היה רצון להגביל את כוחו של בית המשפט החוקתי, אבל במאמר מפורט שהקדיש לאחרונה ד"ר ג'ון סוק הונג (Seok Hong) לבחינת הרוב המיוחד, הוא טוען שכלל זה דווקא הגדיל את נתיבי הכוח וההשפעה של בית המשפט, שכן דרישת הרוב המיוחד הרחיבה את

333 בניגוד לשנת 1988, שנה ייסודו של בית המשפט החוקתי, אז דן בית המשפט ב־26 תיקים, עד שנת 2016 הוא כבר דן ב־29,582 תיקים. באותה שנה בלבד הוגשו לבית המשפט 1,921 עתירות חוקתיות. בית המשפט החוקתי מקבל גם תיקים מבתי משפט אחרים בדבר חוקתיותם של חוקים, אך מספרים אלו קטנים ביותר, כ־30 תיקים בשנה. על פניות של יחידים לבית המשפט החוקתי ראו Fabian Duessel, *Direct Individual Access to Constitutional Justice in South Korea and Taiwan*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL HISTORY: PRINCIPLES, DEVELOPMENTS, CHALLENGES* 245 (Francesco Biagi, Justin O. Frosini & Jason Mazzone Jeong-In Yun, *Constitutional Review Complaint eds.*, Brill, 2020) *as an Evolution of the Kelsenian Model*, VIENNA JOURNAL ON INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL LAW (forthcoming 2021)

334 הנחונים מתוך: Joon Seok Hong, *Signaling the Turn: The Supermajority Requirement and Judicial Power on the Constitutional Court of Korea*, 67(1) *AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW* 177, (2019) 186–187. לרקע על בית המשפט החוקתי הקוריאני ראו Seokmin Lee & Fabian Duessel, *Researching Korean Constitutional Law and The Constitutional Court of Korea*, 16 *JOURNAL OF KOREAN LAW* 265 (2016)

כוחות האיתות (signaling) של בית המשפט ואפשרה לו לשדר ישירות ובעקיפין לבתי המשפט הנמוכים, לשחקנים פוליטיים ולציבור בכללותו על כיווני השפיתה בתחומי משפט מסוימים, ולאורך זמן. לדבריו:

באופן אירוני, באמצעות החלטה ברוב של 4:5 בית המשפט החוקתי יכול לומר הרבה בלי לבטל למעשה את החוק. חקיקה ששורדת תחת החלטה של 4:5 עשויה להיעדר לגיטימיות משפטית או פוליטית בעיני המחוקקים והציבור, מה שעשוי לזרז את האספה הלאומית לפעול לביטולו או לתיקונו של החוק. בתמורה חיזק בית המשפט את ההליך הדמוקרטי בעודו שומר לעצמו תפקיד חשוב.<sup>335</sup>

יכולת איתות זו סייעה לבית המשפט לנווט בסביבה סוערת בנושאים השנויים במחלוקת עמוקות, וסיפקה לו אמצעי למדוד, לעצב ולהכין את המדינה לשינוי חברתי באמצעות המשפט. סוק הוגג טוען שמנגנון הרוב המיוחד למעשה חיזק את סמכותו של בית המשפט החוקתי ואת הלגיטימיות הדמוקרטית שלו בכך שהבטיח שנושאים חשובים ושנויים במחלוקת לא יוכרעו ברוב של קול יחיד. מכשיר זה גם סייע להשתיק טענות של אקטיביזם שיפוטי מצד בית המשפט.<sup>336</sup> בהינתן מרחב השפיטות הרחב של בית המשפט הישראלי, מגוון הנושאים החשובים – החברתיים, הפוליטיים והביטחוניים – העומדים לפתחו, והטענות בדבר אקטיביזם שיפוטי, נראה כי בהקשר הישראלי למנגנון זה יתרונות ברורים.

להצעת הדרישה לרוב מיוחד יש כמה חסרונות. בראש ובראשונה, קביעת רוב מיוחד לביטול של חקיקה מחלישה את יכולתו של בית המשפט להגן על זכויות אדם.<sup>337</sup> זה כמובן חיסרון ניכר, אבל יש לבחון אותו לנוכח חלופות

335 שם, בעמ' 205.

336 שם, בעמ' 203-217.

337 Pablo Castillo-Ortiz, *The Dilemmas of Constitutional Courts and the Case for a New Design of Kelsenian Institutions*, 39 LAW AND PHILOSOPHY 617, 640 (2020):

The price to pay for this increased form of deference to the legislature is a weakening of another important

אחרות המוצעות בדיון הציבורי דוגמת המעבר לדגם הבריטי, שלפיו לבית המשפט אין סמכות לבטל חוקים אלא רק להכריז על אי־התאמה; או פסקת התגברות, שתאפשר לרוב רגיל של הכנסת להתגבר על המגבלות החוקתיות ולחוקק חוק חורג שאינו עומד בתנאים של חוקי היסוד.<sup>338</sup> מבחינת יכולתו של בית המשפט להגן על זכויות חוקתיות נדמה כי לעומת חלופות אלה ההצעה של רוב מיוחד מספקת את ההגנה הטובה ביותר על זכויות חוקתיות, שכן היא עדיין מאפשרת לבית המשפט לבטל חקיקה שאינה חוקתית ואינה מאפשרת לרוב של המחוקקים להתגבר על מגבלות חוקתיות. ייתכן גם המצב ההפוך, שבו הדרישה לרוב מיוחד משפרת את ההגנה על זכויות, למשל בכך שהיא עשויה למנוע פסילת חקיקה שמגינה על זכויות, מיטיבה עם מיעוטים וכו'.

החיסרון השני – החלטות שיפוטיות, בייחוד של הרכבים מורחבים, מאופיינות במחלוקות ובפלורליות של העמדות השיפוטיות. ככל שדרישת הסף לקבלת החלטות שיפוטיות גבוהה יותר, קרי, ככל שדרישת הקונצנזוס גבוהה יותר, כך בית המשפט עשוי להיות "משותק" ולהתקשות להכריז על אי־חוקתיות של חקיקה.<sup>339</sup> כעולה מהניסיון הישראלי חשש זה מופרז. בחינת פסקי הדין שבהם

---

value of Kelsenian institutions: its capacity to protect democracy and human rights. As it will be more difficult for the court to strike down legislation, undemocratic and illiberal reforms might find less resistance from the court.

לנוכח חשש זה, קאסטילו־אורטיז מציע מודל משולב שלפיו חוקים שסותרים הוראות חוקתיות הנוגעות לזכויות אדם יוכלו להיפסל ברוב שיפוטי רגיל, ואילו חוקים שסותרים הוראות חוקתיות אחרות יוכלו להיפסל רק ברוב מיוחד. לטעמי הצעה זו מורכבת מדי ועשויה להביא לאי־ודאות, בייחוד משום שפעמים רבות הוראות מוסדיות והוראות של זכויות אדם שלובות זו בזו. ראו, Ozan O. Varol, *Structural Rights*, 105 GEORGETOWN LAW JOURNAL 1001 (2017)

338 כך למשל דווח שבישיבת ישיבת ראשי הקואליציה מאפריל 2018 נאמר כי ראש הממשלה הודיע שהוא תומך במודל הבריטי ויקדם אותו, שכן הוא עדיף לדעתו על פני פסקת התגברות נקודתית, שהוגדרה כ"הצעה חלשה". טל שניידר "מאבק בין הליכוד והביית היהודי בנוגע לחוק יסוד: כבוד האדם" גלובס 11.4.2018.

339 Castillo-Ortiz, *The Dilemmas*, לעיל ה"ש 337. לכן בין היתר אני מתנגד להצעות כמו של Duncan, לעיל ה"ש 322, הדורשות החלטה פה אחד בשביל ביטול חקיקה.

בוטלה חקיקה ראשית (נספח 1) מראה שממילא זה המצב הקיים: ב'8 פסקי דין ניתנה החלטת בית המשפט פה אחד; ב'10 – היה שופט אחד במיעוט; ובפסק דין אחד היו שני שופטים בדעת מיעוט. אם זה המצב בפועל, ראוי להסדירו באופן פורמלי כדי שמשמעותו גם תגיע לציבור הרחב.

החיסרון השלישי – אם דגם זה ישולב עם שליטה פוליטית במנגנון המינוי או הבחירה של שופטים חוקתיים, הדרישה לרוב מיוחד תקל על הרוב הפוליטי ליצור וטו של מיעוט בתוך בית המשפט ולהשתלט עליו.<sup>340</sup> למעשה, הדוגמה הפוליטית מראה זאת היטב. כחלק ממהלכי ההשתלטות על בית המשפט החוקתי, העבירה מפלגת המשפט והצדק חוק שדורש רוב של שני שלישים כדי שהחלטות שיפוטיות יחייבו והעלה את דרישת הקוורום לשמיעת מקרים – מתשעה שופטים לשלושה עשר (מתוך חמישה עשר בסך הכול).<sup>341</sup> את החקיקה הזאת – ואחרות שנועדו להגביל את בית המשפט – ביטל המחוקק מאוחר יותר. לכאורה, סיפור זה מראה את החשש מפני רוב מיוחד בהקשר של השתלטות חוקתית, אבל כמו שהוסיף פרופ' ווצ'יאק סדורסקי (Sadurski) בהקשר הפולני, לאחר שהשתלטה מפלגת השלטון על בית המשפט החוקתי, לא היה כל צורך בהוראות אלו שלמעשה הגבילו אותו לבצע את תפקידו החדש כ"חותם הממשלה".<sup>342</sup> לכן, גם בהקשר של השתלטות חוקתית אפשר לראות יתרונות בדרישת הרוב המיוחד.

חשוב גם להזכיר שבפולין מהלך זה שולב עם החלשת סמכויות של בית המשפט ושינוי אופן בחירת השופטים. לכן עיצוב זה של הדרישה לרוב מיוחד משולב – וחייב להיות משולב – עם מאפיינים של בחירת השופטים כמו שיפורט להלן. כאן רק אציין כי בהקשר הישראלי זו חייבת להישאר במסגרת הוועדה לבחירת שופטים בהרכבה הנוכחי, ולא לעבור לדגם שבו בבחירת השופטים שולט הרוב הפוליטי. בהינתן שיטת מינוי השופטים (והטמעת הצעת, כמו שיפורט להלן,

340 Castillo-Ortiz, ש.ס.

341 Tom Ginsburg & Bojan ; בעמ' 283, לעיל ה"ש 283, בעמ' 73; Sadurski, Poland's Bugarcic, *The Assault on Postcommunist Courts*, 27(3) *JOURNAL OF DEMOCRACY* 69, 73-74 (2016)

342 Sadurski, ש.ס., בעמ' 75.

לעיגון השתתפות של נציג האופוזיציה), בהקשר הישראלי חשש זה נחלש במידה ניכרת.

חיסרון רביעי – הכרעת הרוב החוקתית מבוססת על ההנחה שהשופטים הם קהילה שווה. הכרעת הרוב מייצגת באופן המיטבי את איכות הטיעונים החוקתיים שנשמעו. אם הרוב שוכנע בדבר חוקתיות או אי-חוקתיות – זו דרך הכרעה ראויה בהתבסס על שוויון פוליטי.<sup>343</sup> זו נראית גם דרך ההכרעה ההוגנת ביותר. לפי טענה זו הדרישה לרוב מיוחד למעשה מיטיבה עם המיעוט, המשוכנע שהחוק חוקתי. אך מדוע להעדיף את עמדת המיעוט על פני הרוב? כמו שהעיר שוגרמן, ארבעה שופטים אמנם ייתכנו במיעוט, אולם אין לשכוח שבעמדתם תומכות הרשויות האחרות וככל הנראה גם הציבור כמו שהוא מיוצג בגוף המחוקק. כמו שהוא ציין, ואני מסכים עימו, יש להיזהר כשמבטלים חקיקה של המחוקק הדמוקרטי, וכאשר דוחים את רצון הרוב, חשוב להיות בטוחים בהחלטה השיפוטית.<sup>344</sup>

וולדרון ציין כי כלל הרוב המיוחד, כמו שאומץ בנברסקה, אינו ניטרלי בשאלה אם חוק הוא חוקתי אם לאו, אלא פועל תחת חזקת חוקתיות. זו הנחת המוצא, אלא אם כן חמישה שופטים מתוך שבעה יחליטו אחרת.<sup>345</sup> כלומר הרוב המיוחד

Roderick M. Hills, Jr., *Are Judges Really More Principled than Voters?*, 37 THE UNIVERSITY OF SAN FRANCISCO LAW REVIEW 37, 58-59 (2002)

344 Shugerman, לעיל ה"ש 322, בעמ' 934.

345 Jeremy Waldron, *Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?*, 123 YALE LAW JOURNAL 1692, 1719-1720 (2014) מצטט שם, בה"ש 18, אח *Mehrens v. Greenleaf*, 227 N.W. 325, 328 (Neb. 1929)

[A] legislative act is always presumed to be within constitutional limitations unless the contrary is clearly apparent - a rule consistently followed by this court. However, the people, ever alert, and jealous of their vested rights, in 1920 adopted as an amendment to the Constitution of our state, as an additional safeguard, the following provision (art. 5, §2): "No legislative act shall be held unconstitutional except by the concurrence of five judges" - five-sevenths of the membership of the court as then and now composed.

תואם את חזקת החוקתיות. גם אצלנו קיימת חזקת חוקתיות ולפיה חזקה היא "שחוק אינו נוגד חוקה"<sup>346</sup> כדי להראות שזו חזקה חזקה, עליה להישמר במקרה של רוב דחוק.

יתרונות הדרישה לרוב מיוחד מרובים. ראשית, בית המשפט חזר ואמר פעמים רבות כי ביטול חקיקה הוא עניין רציני ובבחינת "מוצא אחרון"<sup>347</sup>, "אמצעי אחרון, שיש לפנות אליו רק כאשר כלו כל הקיצין"<sup>348</sup> ו"נשק יום הדין"<sup>349</sup> הוא אכן נשק יום הדין שכן ביטול חוק של הרשות המחוקקת הנבחרת אינה ככל החלטה שיפוטית אחרת.<sup>350</sup> אם ביטול חקיקה הוא בבחינת "נשק לא קונבנציונלי"<sup>351</sup>, אזי ראוי שנשק זה יופעל רק כשאין מחלוקת חדה בין שופטי ההרכב באשר לנחיצות הפעלתו. הרעיון הבסיסי של ההצעה הוא שאם שופטים בבית המשפט העליון – כולם מומחים ומיומנים בשאלות חוקתיות – אינם מסכימים במובהק בשאלה אם חוקי היסוד מאפשרים את תוכנו של חוק מסוים או אוסרים אותו, נראה שבשאלה זו אי-החוקתיות אינה ברורה דיה,<sup>352</sup> ולכן במקרה זה הנסגת הדעת

346 אהרן ברק "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי: ספר הרנון 49, 71-72 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, נבו, 2009).

347 השופט נאור בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, סג (2) 545, פסקה 29 (2009); השופט נאור בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, סג (3) 500, פסקה 6 (2010); השופט ג'ובראן בבג"ץ 2311/11 אורי טבח נ' הכנסת פסקה 84 (17.9.2014).

348 השופט מלצר בבג"ץ 5239/11 אורי אבנרי נ' הכנסת פסקה 56 (15.4.2015).

349 השופט ריבלין בבג"ץ 9098/01 ילנה גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, נט (4) 241, פסקה 2 (2004).

350 זאב סגל "הפעלת נשק יום הדין בבקורת חוקתית: הרהורים בעקבות המודל הבריטי" משפט וממשל ו 337 (2003).

351 ברק "על תורח הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 265, בעמ' 349.

352 השו" *Eric A. Posner & Adrian Vermeule, The Votes of Other-L* (2016) 159, 159 *Judges*, 105 GEORGETOWN LAW JOURNAL, הטוענים שם שאי-הסכמה שיפוטית היא ראייה לחוסר בהירות משפטית; ול-William Baude & Ryan D. Doerfler, *Arguing with Friends*, 117 MICHIGAN LAW REVIEW 319 (2018), הטוענים כי מחלוקת שיפוטית מצביעה על חוסר בהירות רק בהינתן תנאים מסוימים.



השיפוטית לטובת זו של המחוקק ראויה.<sup>353</sup> בדרך זו ניתן לראות בדרישת הרוב המיוחד הסדרה מוסדית שנוטה לכלל "הטעות הברורה" של תאייר (Thayer) לביקורת שיפוטית,<sup>354</sup> ובמידה מסוימת מזכירה את "כלל ההפרה הברורה" הקיים בשוודיה ובפינלנד.<sup>355</sup> דרישת קונצנזוס שחוצה מחלוקות שיפוטיות אידאולוגיות היא סוג של אינדיקציה – גם אם לא מושלמת – לכך שההפרה החוקתית היא ברורה.<sup>356</sup>

שנית, דרישת הרוב המיוחד מבטיחה "כי קשת רחבה של השקפות תמצא את ביטויה בהחלטה".<sup>357</sup> בהינתן שמבחני המידתיות בכלל – ומבחן המשנה של מידתיות במובן הצר בפרט – הם עמומים, נתונים לשיפוט ערכי סובייקטיבי ודורשים שיקול דעת שיפוטי,<sup>358</sup> דרישת הרוב המיוחד מחייבת שרק כשיש הסכמה שיפוטית של שופטים מגישות שונות, עמדות שונות או רקעים שונים, חקיקת הפרלמנט תבוטל. מובן שככל שבית המשפט העליון מגוון יותר, כך דרישת הרוב המיוחד חשובה יותר. פלורליזם שיפוטי זה חשוב מאוד.<sup>359</sup>

שלישית, בהקשר של מינוי שופטים דרישת הרוב המיוחד עשויה להפחית מעט את הלחץ הפוליטי לשלוט במינויים לבית המשפט העליון, שכן כאשר לפסילה דרוש רוב מיוחד ולא רוב רגיל, לא "כל קול מכריע".<sup>360</sup>

353 השוו ל-Caminker, לעיל ה"ש 315, בעמ' 94-96.

354 James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARVARD LAW REVIEW 129, 144 (1893)

355 ראו פרק 1 לעיל.

356 Doerfler & Moyn, לעיל ה"ש 321, בעמ' 31.

357 שלף, לעיל ה"ש 302, בעמ' 399.

358 אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 491 (נבו, 2010); מרדכי קרמניצר "המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה" מידתיות במבט ביקורתי ומשווה 10, 88 (מרדכי קרמניצר עורך, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016).

359 מנחם אלון "בית המשפט העליון ופלורליזם שיפוטי" המשפט ב 219, 220 (1994): לדעתו תנאי חיוני למען פסיקה בית המשפט [...] שעל שופטיו ימנו בעלי גישות משפטיות שונות ותפיסות עולם ערכיות שונות [...] ומתוך חילוקי הדעות והפלורליזם האינטלקטואלי חצא האמת לאמיתה.

360 כהן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 285.

רביעית, הדרישה לרוב מיוחד עשויה לחזק את אמון הציבור במערכת המשפט. טלו מקרה שבו הרכב מורחב של תשעה או אחד עשר שופטים מחליט לבטל חוק על חודו של קול. נדמה לי כי החלטה של בית המשפט העליון בנוגע לביטול חוק שחמישה או ארבעה שופטי בית המשפט העליון מתנגדים לה בעייתית מאוד מבחינת לגיטימציה ופוגעת באמון הציבור.<sup>361</sup> כמו שציין שוגרמן:

רוב דחוק של מומחים אינו משכנע כלל. אם ארבעה מתוך חמישה מומחים סבורים שמותג x הוא משחת השיניים הטובה ביותר, הקונצנזוס הזה יוצר דרגה של אמון. אולם אם חמישה מתוך תשעה מומחים מסכימים שחוק x אינו חוקתי, קשה לסכם שהמומחים הביעו עמדה לצד זה או אחר. בהחלטות של חמישה־ארבעה יש אלמנט של אקראיות שבה הוכרעה ההחלטה לכיוון אחד ולא לאחר [...] כלל של רוב מיוחס ייצור אמת מידה חיצונית הולמת התוחמת את תפקידו של השופט ושולחת מסר של היענות למחוקקים. כאשר הבדל בהחלטה מקורו בהצבעה אחת, התוצאה מבית המשפט העליון היא בהגזמה מסוימת יותר שלטון האדם ופחות שלטון החוק.<sup>362</sup>

מחקרים מארצות הברית מראים שכאשר הקונגרס הפך החלטות של בית המשפט העליון, זה היה בעיקר כשהסוגיה חשפה בית משפט מפוצל ומחולק מבחינה אידאולוגית.<sup>363</sup> הכרעה ברוב מיוחד משקפת תמימות דעים.<sup>364</sup> לכן

361 בצדק ציין יצחק הרצוג כי "יש גם הבדל, מבחינת הסמכות של בית המשפט [...] בין החלטה שעליה גובשה הסכמה פה אחד ובין החלטה שעליה נחלקו הדעות, ובין החלטה שהתקבלה ברוב דחוק והחלטה שנתקבלה ברוב שאיננו דחוק". הרצוג, לעיל ה"ש 297, בעמ' 233.

362 Shugerman, לעיל ה"ש 322, בעמ' 934-937.

363 William N. Eskridge, Jr., *Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions*, 101 YALE LAW JOURNAL 331, 346 (1991)

364 יצוין כי איני דן בשאלה כיצד ההצעה תשפיע על אסטרטגיות השיפוט. ייתכן שהשיטה הקיימת מרחיעה שופטים מלנקוט עמדות מיעוט כשהם יודעים שאינם יכולים להשפיע על התוצאה, ואילו הידיעה כי ביכולתם - גם במיעוט - להכריע בדבר תוקפו של החוק תגרום להם לפעול ביתר חופשיות. ייתכן גם המצב ההפוך, שבו בשיטה הקיימת שופטים מרגישים נוח להביע עמדות מיעוט בידעם כי אלה אינן משפיעות על הכרעת

דרישה זו יכולה לחזק את אמון הציבור ואת הלגיטימציה של ההחלטה, ויש לה אפוא תכלית שאינה רק פונקציונלית, אלא גם אקספרסיבית.

ראוי לשוב ולציין כי דרישת הרוב הדרוש – כמעין כלים שלובים – קשורה ליתר מאפייני ההצעה שבמחקר זה. דרישה זו נראית נחוצה גם לאור הצעתי בסעיף הקודם להרכב מורחב, שהרי ככל שהרכב השופטים רחב יותר, כך ביטול חקיקה ברוב דחוק נעשה בעייתי יותר (יש הבדל בין מצב שבו שופטי המיעוט הסבורים שחוק הוא חוקתי הם שופט אחד או ארבעה שופטים. ככל ששופטים רבים יותר סבורים שחוק חוקתי, כך הביטול נעשה בעייתי יותר).<sup>365</sup> זאת ועוד, הדרישה לרוב של שני שלישים ישימה באופן המיטבי בדגם הריכוזי, שהומלץ למעלה, ולא בדגם ביזורי; ולבסוף, דרישת הרוב המיוחד קשורה גם להסדרי בחירת השופטים, שיידונו להלן.

## ד.

### הכרזה שיפוטית על אי-התאמה חוקתית

אך מה ייעשה במצב שבו הרוב סוברים שחוק אינו חוקתי אך אין מדובר ברוב מיוחד (למשל חמישה מול ארבעה)? בראש ובראשונה חשוב להזכיר שדרישת הרוב המיוחד מתייחסת רק לסעד של בטלות החקיקה. רוב רגיל של שופטי בית המשפט העליון עדיין יכול לנקוט אמצעים פרשניים שתוצאתם תהיה התאמה במידת האפשר של הוראות החוק להוראות של חוקי היסוד.<sup>366</sup> אך מה אם פרשנות כאמור אינה אפשרית? במקרה כזה אפשר לחשוב על כמה אפשרויות.

---

הדין, ואילו ידעו שביכולתם להשפיע על חוקפו של החוק, יהססו להביע עמדות מיעוט. נתיחות קלסי של אסטרטגיות שיפוט, בהקשר האמריקאי, ראו WALTER F. MURPHY, ELEMENTS OF JUDICIAL STRATEGY (University of Chicago Press, 1964)

365 שלף, לעיל ה"ש 302, בעמ' 404.

366 Ernst Livneh, *Basic Laws and Ordinary Legislation*, 13 ISRAEL LAW REVIEW 251, 255 (1978), המתייחס שם ל"פרשנות בהתאם לחוקה" כאל "קו הגנה נוסף" של החוקה המייתר בטלות.

האפשרות הראשונה: אם לאי־חוקתיות יש רוב אך לא רוב מיוחד שיכול להכריז על בטלות החקיקה, יועבר הדיון להרכב מורחב עוד יותר (למשל במקום תשעה שופטים, אחד עשר או שלושה עשר) שידון בסוגיה. אבל עדיין נותרת השאלה מה יהיה הסעד אם בהרכב המורכב יש לאי־חוקתיות רוב רגיל אבל לא מיוחד (למשל, שישה מול חמישה)? אם ייקבע שבמצב זה יוכל בית המשפט לבטל את החוק, נדמה שאין שינוי ניכר מהמצב הקיים, והבעיות שמניתי קודם בדבר בטלות על חודו של קול ייוותרו כמו שהן.

האפשרות השנייה: בית המשפט עדיין יוכל להכריז על בטלות, אבל ברירת המחדל תהיה השעיית מועד הכניסה לתוקף של הכרזת הבטלות לתקופה ארוכה (למשל 24 או 36 חודשים), שבמהלכה תינתן למחוקק האפשרות לבחון את הסדר החקיקה ואם לעשות בו שינויים.<sup>367</sup> השעיית הבטלות תהיה אז הכלל, והחריג לו יהיה כשברור שאי־אפשר לתקן את החוק או שהותרת החוק בתוקף תביא לידי פגיעה קשה בזכויות יסוד.<sup>368</sup> לאפשרות זו יתרונות אחדים: מצד אחד היא מבטיחה כי חוק שפוגע בזכויות לא ייוותר על כנו ומצמצמת את אי־החוקתיות לתקופה קצובה; ומנגד היא מתחשבת במערכת היחסים בין הרשויות בכך שהיא מקנה למחוקק את הכבוד הראוי בשמירה על תקפות החוק ומאפשרת לו לדון בו לנוכח פסיקת בית המשפט ולבצע בו שינויים.<sup>369</sup> אפשרות זו נשארת בתחומי הדגם של "עליונות שיפוטית" ומותרת

367 על טעד של השעיית בטלות ראו Anthony Niblett, *Delaying Declarations of Constitutional Invalidity, in THE TIMING OF LAWMAKING* 299 (Frank Fagan & Saul Levmore eds., Edward Elgar Publishing, 2017)

368 השוו למשל לגישתו של השופט פוגלמן בבג"ץ 8425/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 81 לפסק דינו (פורסם בנבו, 22.9.2014):

הסדר נוסף אשר לא ניתן להותירו על כנו לתקופה של 90 ימים הוא זה המאפשר העברת מסתנן למשמורת, כקבוע בסעיף 32 לחוק. הסדר זה, המקיים לגורם מינהלי סמכות חריגה בהיקפה לשלול – בלא ביקורת שיפוטית יזומה – חירות של מסתנן לתקופה ממושכת, פוגע פגיעה חריפה ולא מידתית בזכויות החוקתית לחירות ולהליך הוגן. המתנה בת 90 ימים בטרם נכריז על בטלותו תהא – בנסיבות אלו – בלתי מידתית.

ראו גם אצל ברק "על תורת הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 265, בעמ' 367–373 (שם הוא דן גם בסוגיה של מתן פטור חוקתי בתקופת ההשעיה לקבוצות או ליחידים שזכויותיהם עלולות להיפגע).

369 על השעיית בטלות כאסטרטגיה שמאזנת בין לגיטימיות משפטית ללגיטימיות

את המילה האחרונה לבית המשפט. בפועל, אפשרות זו לא תשנה במידה רבה את המצב הקיים שכן כבר היום בית המשפט רשאי להשעות את הכרזת הבטלות ולעיתים הוא אף עושה זאת.<sup>370</sup>

והאפשרות השלישית – המועדפת – מבקשת לשמור את דגם העליונות השיפוטית כשיש רוב מיוחד, אבל מאמצת את העקרונות של דגם "ריבונות הפרלמנט" כשיש רוב בבית המשפט, אבל הוא אינו רוב מיוחד. במקרה זה ייוותר החוק בתוקף על אף אי־חוקתיותו. במילים אחרות, אני מציע כי אם בהרכב מורחב של בית המשפט יש רוב הסבור שחוק הוא אי־חוקתי, אבל אין רוב מיוחד לבטלות, יכריז בית המשפט על אי־התאמה עם חוקי היסוד ללא בטלות.

רעיון זה אינו חדש. הכרזה על אי־חוקתיות ללא בטלות היא סעד שמוכר בספרות החוקתית ובפרקטיקה בכל מיני נסיבות.<sup>371</sup> כך למשל פיתח בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה טכניקה של הכרזה על אי־חוקתיות ללא בטלות (Unvereinbarkeitserklärung).<sup>372</sup> שיטה דומה מקובלת בבית המשפט החוקתי האיטלקי, שם היא מכונה "הכרזה לא־רשמית בדבר אי־חוקתיות" או "הכרזת אי־התאמה" (dichiarazione di incompatibilità), ולפיה בית המשפט מצביע על פגם חוקתי שקיים בחוק ללא בטלות. הכרזה זו מלווה באזהרה כי אם לא יתקן המחוקק את החוק בתוך זמן סביר, יידרש בית המשפט להכריע בסוגיה באמצעות בטלות.<sup>373</sup> כמובן, כמו שתיארתי לעיל, המנגנון המוצע דומה במידה רבה למנגנון הבריטי של "הכרזת אי־התאמה".

---

מוסדת ראו Erin F. Delaney, *Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective*, 66(1) DUKE LAW JOURNAL 1, 43-58 (2016)

370 ראו יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2005).

371 ראו אצל ברק "על תורה הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 265.

372 טכניקה זו, שמקורה בפסיקה בית המשפט החוקתי, מעוגנת כיום בטעיף (2)31

לחוק בדבר בית המשפט החוקתי הפדרלי. ראו Lothar Determann & Markus Heintzen, *Constitutional Review of Statutes in Germany and the United States Compared* (UC Hastings Research Paper No. 299, August 7, 2018)

373 William J. Nardini, *Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court*, 30(1) SETON HALL LAW REVIEW 1 (1999)

אחרי הכרזה על אי־חוקתיות ללא בטלות יחזור החוק אל המחוקק לשם שקילה אם לשנותו באופן שהוראותיו יעלו טוב יותר עם ההוראות החוקתיות, בהתבסס על פסיקת בית המשפט. הרעיון להותיר על כנו חוק שרוב שופטי בית המשפט סבורים כי אינו חוקתי אמנם נראה מוזר; והוא גם עלול לפגוע באמון הציבור (שנדרש לציית לחוק שאינו חוקתי ולפעול על פיו). עם זאת יש לזכור שמדובר בחוק שרבים משופטי בית המשפט (לפחות ארבעה, כשמדובר בהרכב של תשעה שופטים) סבורים שהוא חוקתי ושהוראותיו עולות בקנה אחד עם ההוראות של חוקי היסוד.

זאת ועוד, מענה הולם של המחוקק להכרזה כאמור יסייע בשיכון הקשיים שהוזכרו לעיל ויתרום לדיאלוג החוקתי הישראלי.<sup>374</sup> השאיפה היא שעם הזמן תתפתח תרבות חוקתית של כיבוד הדדי: בית המשפט יכריז על אי־התאמה ללא בטלות חקיקה, ואילו המחוקק ינקוט את הפעולות המתאימות בתגובה להכרזות אלו. להצעה זו יתרונות אחדים: היא שומרת על "ביקורת שיפוטית חזקה" במקרה של פגיעה בזכויות חוקתיות כשרוב מיוחד סבור שיש לבטל חקיקה, אבל מנגד מאמצת סוג של "ביקורת שיפוטית חלשה", שמרסנת מבחינה מוסדית את בית המשפט ובד בבד מחזקת את האחריותיות של המחוקק בנוגע לזכויות יסוד. נקודה זו בעניין אחריותיות המחוקק לכבד זכויות חשובה במיוחד וקשורה לחיזוק הנחוץ של מנגנוני הביקורת החוקתית הפרלמנטרית.

## ה. חיזוק מנגנוני הביקורת החוקתית הפרלמנטרית

אימוץ הדגם של "ביקורת שיפוטית חלשה", שמצמצם את סמכויות בית המשפט בהשוואה לגופים הפוליטיים, מחייב במקביל חיזוק של הביקורת החוקתית הפרלמנטרית והקפדה יתרה על כיבוד זכויות הן בשלבי החקיקה – לפני

374 על הדיאלוג החוקתי בישראל ראו סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו־שיח בכלים מוסדיים" משפטים על אתר יב 99 (תשע"ח); בל יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט" משפט ועסקים כב 418 (תש"ף); יוסף "גבולות הדיאלוג החוקתי", לעיל ה"ש 181.

שחוק נכנס לתוקפו (ex-ante); והן לאחריה, אם קבע בית המשפט שהחוק אינו חוקתי ו"החזירו למחוקק" בלי בטלות (ex-post). במקום אחר עמדתי בהרחבה על הבחינה החוקתית הפרלמנטרית הראויה שתקדם כיבוד זכויות בממלכה הפוליטית יחד עם הגברת האחראיות של נבחרי הציבור.<sup>375</sup> במחקר זה אציין רק כמה הסדרים אפשריים שראוי לאמץ:

### לפני שחוק נכנס לתוקפו

בעת הליך החקיקה יש להקפיד הקפדה יתרה על בחינה חוקתית של חקיקה מוצעת. בהתאם לדגם הביקורת הפרלמנטרית שהצעתי בעבר,<sup>376</sup> במהלך דיוני החקיקה בוועדות הכנסת הרלוונטיות יבחן היעוץ המשפטי של הוועדה כל הצעת חוק ותוגש לחברי הוועדה חוות דעת חוקתית בנוגע לכל הצעה שמעלה קשיים חוקתיים. חוות הדעת בעניין חוקתיות החוק לא תכבול את המחוקקים,<sup>377</sup> אלא הם יהיו ריבוניים בהחלטותיהם ויישאו באחראיותיות הציבורית והפוליטית לפגיעה מודעת בזכויות כשהם מחוקקים חוק שאינו עולה בקנה אחד עם חוקי היסוד. זאת ועוד, בדברי ההסבר של כל הצעת חוק העומדת לקראת קריאה ראשונה, תצוין ותפורט מידת השפעתו של החוק המוצע על זכויות האדם החוקתיות.<sup>378</sup> בעת הצגתה של חקיקה במליאה בקריאה הראשונה יציין המציג של הצעת החוק באופן מפורט ומנומק את השלכותיה על זכויות האדם החוקתיות, כמו שנהוג באנגליה ובניו זילנד.<sup>379</sup> הסדרים אלה חשובים דווקא לנוכח ההגבלה של הדגם המוצע על סמכותו של בית המשפט להכריז על בטלות חקיקה: החלשת הביקורת החוקתית השיפוטית מחייבת חיזוק של הביקורת החוקתית בעת הליך החקיקה וכן התייחסות רצינית אליה מצד המחוקקים.

375 רוזנאי "חוקי-היסוד", לעיל ה"ש 129.

376 שם, בעמ' 241-246.

377 לגישה דומה בעניין האופי הלא-מחייב של חוות דעת על חוקתיות החוק ראו הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (ועדת שמגר) - דין וחשבון 48 (1998).

378 על התכליות השונות של דברי הסבר לחקיקה ראו נועה קברטץ-אברהם ובל יוסף "דברי ההסבר במשפט הישראלי" (טרם פורסם).

379 Simon Evans, *Improving Human Rights Analysis in the Legislative and Policy Process*, 29 MELBOURNE UNIVERSITY LAW REVIEW 665, 690-691 (2005)

### לאחר הכרזה על אי-התאמה

אם הכריז בית המשפט על אי-התאמה של חוק עם חוקי היסוד, יחזור החוק לדיון בכנסת. יש לקבוע הליך פורמלי ולפיו בתוך זמן קצוב (וקצר) אחרי פרסום פסק הדין תתקיים ישיבה משותפת של ועדת הכנסת הרלוונטית שבה נחקק החוק (שחבריה מכירים את התחום הנידון ויכולים לדון בהסדרים חלופיים) ושל ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (הוועדה העוסקת בחוקת המדינה ובחוקי היסוד). לקראת ישיבה זו יקבלו חברי הכנסת את פסק הדין בצירוף חוות דעת מאת היועץ המשפטי לכנסת הסוקרת את הסדרי החוק, את הבעיות החוקתיות שהועלו בפסק הדין ואת ההערות השיפוטיות שהועלו בדבר האפשרויות לתקן את הפסול החוקתי.

כלומר, בניגוד למצב הקיים, שבו אין חובה לדון ב"הערות שיפוטיות לתיקון חקיקה"<sup>380</sup>, תהא חובה מפורשת לקיים דיון פרלמנטרי בחוק שהוכרז שאינו עולה בקנה אחד עם חוקי היסוד. בישיבה זו יחליטו חברי הכנסת אם להותיר את החוק על כנו, או להניע הליך חקיקה מטעם הוועדה לשם תיקון החוק באופן שיביא לידי הלימה בין הוראותיו ובין חוקי היסוד בדבר זכויות האדם.<sup>381</sup> מנגנון זה – בדומה ל"כלל הציון המפורש" או למנגנון אמירת "על אף האמור"<sup>382</sup> – יקדם את התפיסה שהמחוקק מקבל החלטה שקולה לאחר שהועמדו לפניו מפורשות הנימוקים השיפוטיים לאי-הלימתה של החקיקה הנדונה עם חוקי היסוד. הליך דיוני זה יחייב את חברי הכנסת להכריע – באופן פומבי ומפורש – אם להותיר על כנה הוראת חוק שלפי פסק דין של בית המשפט העליון אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. חברי הכנסת יהיו חייבים אז לקבל הכרעה ולשאת באחריותיות להכרעה זו וכבר לא יוכלו לגלגל את תפוח האדמה

**380** ראו ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקה ביח-המשפט העליון" עיוני משפט לד 437, 453 (2011).

**381** סעיף 80 לתקנון הכנסת מאפשר לוועדת החוקה, חוק ומשפט ליזום הצעות חוק ולהכנין לקריאה הראשונה. ראו תקנון הכנסת: החלטות בענייני נוהל, כללי האתיקה והחלטות ועדת האתיקה (אפריל 2019).

**382** כלל "הציון המפורש" הוא כלל פרשני שמטיל על המחוקק את החובה לציין מפורשות כאשר הוא מבקש להגשים תכלית שפוגעת בעקרונות חוקתיים. ראו John F. Manning, *Clear Statement Rules and the Constitution*, 110 COLUMBIA LAW REVIEW 399 (2010)



הלוהט אל פתחו של בית המשפט, שכן בית המשפט כבר אמר את דברו וכעת ההחלטה תונח לפתחו של המחוקק – נציג העם.

בכל הנוגע להחלטת "אי־חוקתיות ללא בטלות" הניסיון של קוריאה הדרומית מרתק. בקוריאה הדרומית כאמור החלטה של חמישה מול ארבעה בבית המשפט אינה מביאה לידי בטלות חקיקה, אבל היא נושאת סמכות נורמטיבית – גם אם אינה נושאת אופי מחייב מבחינה משפטית – ומספקת "תחמושת פוליטית" לשכנע מחוקקים לשנות את החוק או לתמרץ את הציבור ללחוץ על נציגיו לעשות כן. החלטה ברוב כזה גם מאותתת למחוקקים את העתיד לבוא אם החקיקה לא תתוקן – החוק עלול להיפסל, שכן בית המשפט כבר הצביע על הבעייתיות החוקתית שבחוק. כלומר המנגנון מאפשר התקדמות הדרגתית, בייחוד בנושאים רגישים שבהם ייתכן שנדרש זמן ארוך לשינוי חברתי. אם לא הצליחו או לא יכלו הרשויות הפוליטיות לתקן את החקיקה, בשלב מאוחר יותר יש לבית המשפט מרחב פעולה רחב יותר לבטל את החקיקה ללא דאגות אנטי־רובניות או ביקורת בדבר אקטיביזם שיפוטי.<sup>383</sup>

מנגנון הביקורת החוקתית המוצע כאן מבקש לקדם את הדיאלוג בין הרשויות, לחזק את מנגנוני ההגנה והכיבוד של זכויות אדם בהליך הפוליטי, ולאזן בעדינות בין יכולתו של בית המשפט להגן באופן מיטבי ועצמאי על זכויות אדם מוגנות ובה בעת לשפר את הנסגת שיקול הדעת השיפוטי לטובת זה של השחקנים הפוליטיים, שלהם הלגיטימיות הדמוקרטית. זה ניסיון לעצב מערכת שבה דיאלוג חוקתי ועליונות שיפוטית חיים בצוותא.<sup>384</sup>

בפרק הבא אדון באפשרות חלופית לדגם שהצעתי כאן – אימוצה של פסקת התגברות – ואטען מדוע לא ראוי לאמץ דגם זה. בשני הפרקים שלאחריהם אדון בשני נושאים נוספים הקשורים לביקורת חוקתית: כיצד ראוי לבחור את השופטים המוסמכים להפעיל ביקורת חוקתית; וכן זכות העמידה לפני בית המשפט וסוגיית השפיטות החוקתית.

383 Seok Hong, לעיל ה"ש 334, בעמ' 206.

384 לטיעון שהגברת דיאלוג חוקתי משככת סכסוכים חברתיים ופוליטיים ראו Miguel Schor, *Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy, in* COMPARATIVE CONSTITUTIONAL THEORY 86, 96–99 (Gary Jacobsohn & Miguel Schor eds., Edward Elgar Publishing, 2018)

## פסקת ההתגברות

בפרק הקודם הצעתי דגם לצמצום סמכותה של מערכת המשפט ובו שלושה היבטים: מעבר מביקורת משפטית ביזורית לריכוזית, בטלות חקיקה בהרכב מורחב של לפחות תשעה שופטים וקבלת החלטה בדבר בטלות חקיקה ראשית ברוב מיוחד של שני שלישים. דגם זה יסייע בהפנמה מוסדית של "הנסגת שיקול הדעת" מול הרשויות הפוליטיות, אך יותיר את היכולת השיפוטית הנאותה להגן על זכויות אדם. לנוכח הצעה זו איני סבור שדרושים שינויים נוספים לעניין צמצום סמכויותיו של בית המשפט. עם זאת חשוב לדון ברעיון "פסקת ההתגברות", הזוכה לדיון ציבורי ופוליטי נרחב בשנים האחרונות ולהסביר מדוע הוא אינו ראוי – ואף אינו נדרש לאור הצעתי בפרק הקודם.

בשנים האחרונות ניצבת במוקד שאלת מערכת היחסים בין בית המשפט למחוקק האפשרות של הוספת פסקת התגברות, בין שבמסגרת חוק־יסוד: חקיקה חדש או כתוספת לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהתאם לרעיון זה רוב של חברי הכנסת יוכל לחוקק "חוק חורג" שיהיה תקף אף שאינו עומד בהוראות של חוקי היסוד. כלומר אף שחוק יהיה לכאורה לא חוקתי, הכנסת עדיין תוכל לחוקקו ברוב מסוים של חברי הכנסת. נדמה כי מתן האפשרות לכנסת להתגבר, בהליך מיוחד ובתנאים הולמים, על הגבלות חוקתיות שמצויות בחוקי היסוד הוא נתיב עיקרי בריכוך ההתנגדות לביקורת שיפוטית ולהחלשת הקושי האנטי־רובני. פסקת התגברות, יצוין, מספקת מענה הולם לאלה החוששים, מסיבות דמוקרטיות, מפני ביקורת שיפוטית חזקה, בין שמשתמשים בה ובין שלא.<sup>385</sup> ואולם מנגנון זה, החריג מאוד בעיצוב החוקתי העולמי, נושא עימו סכנות לא מבוטלות.

יזכר, מנגנון התגברות קבוע בכתב הזכויות והחירויות של קנדה (הצ'רטר הקנדי) ויובא לסעיף 8 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.<sup>386</sup> על פי הוראה זו הכנסת

Jeffrey Goldsworthy, *Judicial Review, Legislative Override, and Democracy*, 38 WAKE FOREST LAW REVIEW 451, 454–459 (2003)

386 אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 634 (1994); אהרן ברק "על המיקונים בחוק־יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 545, 547 (1995); Zeev Segal,

יכולה לקבוע באופן מפורש וברוב מיוחד של 61 חברי כנסת, כי חוק יהא תקף לתקופה מוגבלת של ארבע שנים אף שהוא פוגע באופן שאינו חוקתי בזכות המוגנת לחופש עיסוק, כלומר שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה ("חוק חורג"). תכליתה של פסקת ההתגברות לעניין חוקי-יסוד: חופש העיסוק, כפי שציין הנשיא ברק, היא –

לאפשר למחוקק להגשים את יעדיו החברתיים והפוליטיים, גם אם אלה פוגעים בחופש העיסוק והפגיעה אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה [...] אכן, פסקת ההתגברות מאפשרת למחוקק להגשים באמצעות חקיקה יעדים חברתיים ופוליטיים, בלא חשש שחקיקה זו – שעה שחוקתיותם תעמוד לבחינה שיפוטית – תמצא לא חוקתית ועל כן בטלה.<sup>387</sup>

כחלק מדגם הביקורת השיפוטית החלשה (שהוצג בפרק 1), זכה המודל הקנדי להערכה בכתובה המשפטית בכך שהוא יוצר דיאלוג אמיתי בין בתי המשפט למחוקקים ואחריות משותפת שלהם בעניינים הנוגעים לזכויות יסוד.<sup>388</sup> כך למשל טען פרופ' סטיבן גארדבאום (Gardbaum) שדגם ההתגברות יוצר דיאלוג עשיר ומאוזן יותר מזה האמריקאי, מחזק את הלגיטימיות השיפוטית ומפחית במידה ניכרת את המתח בין הליך דמוקרטי של קבלת החלטות ובין הגנה שיפוטית על זכויות אדם.<sup>389</sup> פרופ' מארק טושנט (Tushnet), מגדולי חוקרי המשפט ההשוואתי בעולם, טען שדגם כזה טומן בחובו את ההבטחה להגן על זכויות באופן שמפחית את הסכנות של התערבות לא ראויה בשלטון עצמי דמוקרטי.<sup>390</sup>

---

*Israel Ushers in a Constitutional Revolution: The Israeli Experience, The Canadian Impact*, 6 CONSTITUTIONAL FORUM 44 (1994)

387 בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 26 (1996).

388 Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 707, 710 (2001)

389 שם, בעמ' 745.

390 Mark Tushnet, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-Based Worries*, 38 WAKE FOREST LAW REVIEW 813, 814 (2003)

מנגד ציינה פרופ' רבקה ווייל כי –

בקנדה, פסקת ההתגברות נתפסת כמנגנון בזוי על רקע העובדה שקוויבק, עם הנטיות הבדלניות שלה, סירבה לאשרר את הצ'רטר, ביטלה את כלל החקיקה שלה וחוקקה אותה מחדש באופן רטרואקטיבי עם פסקת התגברות כללית כתגובה לאימוץ הצ'רטר. מאז, ההתגברות נתפסת כמנגנון לא לגיטימי בקנדה והאשמה אמינה של פוליטיקאי ברצון להשתמש בהתגברות יכולה להנמיך דרמטית את סיכויי הבחירה שלו. לפיכך, הקנדים ממעטים להשתמש בפסקת ההתגברות.<sup>391</sup>

בדומה כתב גם פרופ' אדם דודק (Dodek) הקנדי כי אקדמאים קנדים תומכים בפסקת ההתגברות להלכה הרבה יותר ממה שהקנדים תומכים בה למעשה. לאמיתו של דבר, הוא מציין, סביר להניח שרוב הקנדים יופתעו לשמוע שישראל שוקלת לאמץ את ההתגברות הקנדית כדגם.<sup>392</sup>

למרות זאת, ובדומה לאחדים מהאקדמאים הקנדים, גם בהקשר הישראלי נשמעו קולות שתומכים באימוץ מנגנון כזה גם בחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו או כמנגנון כללי. ספיר למשל טען שמנגנון ההתגברות מאפשר דיאלוג שבו המחוקק חולק על האופן שבו בית המשפט מפרש את חוקי היסוד ונותן להם פרשנות שונה.<sup>393</sup> לדעתו של סומר, מנגנון ההתגברות הוא "כלי אפשרי ולגיטימי ב'ארגז הכלים החוקתי' בכלל וכלי שימושי במדינה המתלבטת בעניין היחס בין ריבונות הפרלמנט למשטר של ביקורת שיפוטית חוקתית בפרט".<sup>394</sup>

391 רבקה ווייל "על המגבלות האינהרנטיות על סמכות ההתגברות בחוקה הישראלית: סיפורה של ההתגברות מסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת דרך תיקונים רטרואקטיביים לחוקה וכלה בעקרונות העל" ספר גרוניס (אהרן ברק ואח' עורכים, עתיד להתפרסם ב-2021).

392 Adam Dodek, *The Canadian Override: Constitutional Model or Bête Noire of Constitutional Politics?*, 49 ISRAEL LAW REVIEW 45, 56 (2016)

393 ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי", לעיל ה"ש 213, בעמ' 479-483.

394 הלל סומר "חרופת פלא או גלולת רעל? עיון חוזר במנגנון ההתגברות" חוקים יב 55, 60-61 (2018).

במחקר מפורט ניתח סומר את מנגנון ההתגברות כמו שחל בקנדה, במדינת ויקטוריה שבאוסטרליה ובפינלנד, והציג את מגוון הדרכים לעצב מנגנון התגברות לרבות שאלות של רוב, שימוש חוזר, החרגת זכויות, שימוש בהתגברות כחיסון מפני ביקורת שיפוטית או רק כתגובה לפסק דין ועוד. הצעה מקורית שהציע סומר לעניין ההתגברות היא הגבלת מספר השימושים. היות שהחשש העיקרי ממנגנון ההתגברות הוא השימוש "בסיטונות ובקלות ראש על מנת לעקוף את החוקה כל אימת שתזדקק לכך",<sup>395</sup> הוא מציע שלכל כנסת יותר להשתמש בפסקת ההתגברות מספר פעמים מוגבל, למשל שלוש פעמים, מה שיאפשר מילוי צרכים פוליטיים ומניעת שימוש סיטוני במנגנון זה. כך תחשוש הכנסת מ"בזוז ההתגברות" אם תתקרב לגבול המותר, וכן תיאלץ להכריע אם להוסיף ולקיים את החוקים המתגברים של הכנסת שקדמה לה או לשמור את ההזדמנות להתגברות למקרים שבהם תזדקק למנגנון זה.

על אף המקוריות והחוכמה של רעיון זה, לדעתי חסרונותיו עולים על יתרונותיו. ראשית, אם תהיה לכנסת מכסת שימושים בהתגברות יש חשש שהיא תדאג למצותם בכל כנסת, גם אם לא יהיה בכך הכרח. שנית, כאשר בית המשפט יודע שלכנסת יש כמה "התגברויות", ייתכן שייטה להיות מרוסן פחות בידיעה שהכנסת תוכל להתגבר על פסיקתו. שלישית, כשתראה הכנסת שהיא מגיעה אל הגבול העליון של ההתגברות היא עלולה לתקן את חוק היסוד באופן שיאפשר לה באופן זמני או קבוע עוד חוקים חורגים.

סומר מזכיר שם את השינוי בגישתו של נשיא בית המשפט העליון בדימוס אהרן ברק כלפי פסקת ההתגברות. בשנת 1996 תיאר ברק את מנגנון ההתגברות כ"שסתום חוקתי" שיסייע לאמץ ביקורת שיפוטית,<sup>396</sup> ובשנת 2003 העלה את האפשרות "להרחיב את 'פסקת ההתגברות' [...] לעבר כל חוקי היסוד. בכך ניתן בידי רוב הכנסת הכוח להביא בדרך החקיקה הרגילה לתוצאה שאינה עולה

395 סומר, שם, בעמ' 108-112. דוגמה לשימוש כאמור היא של פרובינציית קוויבק, שבשנת 1982, בתגובה לצ'ארטר, חוקקה מחדש את כל חוקיה בצירוף נוסח אחיד של פסקת ההתגברות.

396 ברק "ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 8, בעמ' 414.

בקנה אחד עם החוקה, תוך הגנה (זמנית) בפני ביקורת שיפוטית".<sup>397</sup> בדיון שנערך בכנסת בשנת 2004 הביע ברק נכונות לכלול מנגנון התגברות כללי, אולם רק כחלק מתהליך כולל של השלמת התהליך החוקתי.<sup>398</sup> גם בסדרת ראיונות עם אריאל בנדור וזאב סגל נדרש ברק לשאלה ואמר כך:

אם רוצים חוקה, צריך פשרה [...] המחיר שאני מוכן לשלם הוא קודם כל בפסקת התגברות, שתאפשר לכנסת בתנאים מיוחדים להתגבר בחוק רגיל על הוראות החוקה. בעיני עדיפה פסקת התגברות מאשר קביעת תחומים שעליהם לא תהיה ביקורת

397 ברק "בינת המשפט העליון", לעיל ה"ש 218, בעמ' 316.

398 פרוטוקול ישיבה מס' 208 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (29.4.2004) בעמ' 17-18:

אני אמרתי בשעתו שאם רוצים להרחיב את זכויות האדם למגילת זכויות אדם, ואמרת שזאת התוכנית, הטכניקה לעשות את זה היא עם פסקת ההתגברות. אין היגיון בכך שתהיה פסקת התגברות, כלומר פסקת שמחלישה את הביקורת השיפוטית, בחוק יסוד: חופש העיסוק, אך לא תהיה פסקת כזאת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין היגיון בזה. אם זה ישנו במקום אחד זה צריך להיות במקום אחר. אך זה צריך להיות חלק ממהלך כולל, שבאמצעותו המגזר הדתי, למשל – שיכול לחשוש מפני פסיקה כזאת או אחרת של בית המשפט בענייני שוויון, נניח – מובטח לו שאם הפסיקה לא נראית לו אין בעיה, ואפשר להתגבר עליה באמצעות פסקת ההתגברות. [...] לדעתי הקונצפציה של פסקת ההתגברות היא לאפשר למחוקק הרגיל להביע את רצונו למרות האמור בחוקה – לא למרות האמור בפסק דין. לכן לא הייתי מגביל זאת רק למקרה של פסק דין. ודעת נאמן דיברה רק על פסק דין של בית המשפט העליון. אבל אם אין פסק דין, וברור לכול שזה נוגד החוקה, למה לחכות לפסק דין? יש כאן בעיות לכאן ולכאן. בקנדה זה לא מוגבל לפסק דין. קובעים שהמחוקק הרגיל יכול להכניס זאת. זה לא רק המחוקק הרגיל, זאת דעת הקהל של היום: אם היא מרגישה שאינה יכולה לחיות עם דברים שנעשו בעבר – והמתח הזה ילך ויגדל עם השנים, כי הוא קטן בחוקות צעירות – אני בהחלט מוכן להכיר בהגנה חוקתית בינונית, לא חזקה. אותי היא מספקת. מה שאינו מספק אותי הוא היעדר הגנה חוקתית בכלל, ולכן אני גם נגד הגישה האנגלית, פרופ' סגל, שכל מה שבית המשפט יכול לומר זה non compatibility: אם רוצים אוכלים, אם לא רוצים לא אוכלים. אין בזה שום דבר. לפחות שם אפשר ללכת לשטרסבורג. זה איננו אצלנו. אני חושב שזה לא רעיון מוצלח.

שיפוטית. [...] פסקת ההתגברות אומרת שהכנסת, בהיותה מודעת שחוק שחשוב לה מאוד לחוקק פוגע בזכות חוקתית, יכולה לחוקק חוק כזה ברוב מיוחס ולתקופה מסוימת, כלומר, שהחוק יהיה זמני. אני מאוד בעד הדבר הזה [...] מבחינתי זאת לא תהיה רק פשרה. אני מקבל את פסקת ההתגברות גם כתזה עצמאית.<sup>399</sup>

אמירות אלה נאמרו כחלק מחוקה מלאה שמעגנת ביקורת חוקתית וכוללת מגילת זכויות רחבה, ועל רקע חשש מסוים מהקמתו של בית משפט חוקתי ששופטיו ימונו פוליטית. ואולם בשנת 2015, בעקבות היחזמות לרפורמות חוקתיות כגון פסקת ההגבלה וצמצום סמכויותיו של בית המשפט העליון, התבטא ברק בחריפות נגד הרעיון של פסקת ההתגברות שאותה הגדיר "גלולת רעל לחוקי היסוד", והוסיף כי "צריך לומר לעם את האמת, ואם רוצים ערכים כמו זכויות אדם, שגם הכנסת לא יכולה לבטל, אז אנחנו לא יכולים לקבל חוק כמו פסקת התגברות".<sup>400</sup> בהרצאה משנת 2018 הגדיר ברק את רעיון ההתגברות של הכנסת על זכויות יסוד מוגנות ברוב של 61 חברי כנסת – "הרס הביקורת השיפוטית. אני חושב שזה יהיה מאוד לא טוב למדינת ישראל".<sup>401</sup>

נשאלת השאלה מדוע בשיטה הישראלית, שבה הליך התיקון החוקתי גמיש במיוחד, יש צורך במנגנון התגברות.<sup>402</sup> לכאורה מנגנון כזה אינו נחוץ כלל שכן הליך שינוי חוקתי שאינו נוקשה יכול לפעול כסוג של מנגנון התגברות.<sup>403</sup> לפי

399 אריאל בנדור וזאב סגל עושה הכובעים: דין ודברים עם אהרן ברק 141-142 (כנרת זמורה ביתן, 2009).

400 יעל פרידסון "פסקת ההתגברות: גלולת רעל לחוקי היסוד" nrg 29.4.2015.

401 יובל יועז "אהרן ברק מסיר את הכפפות: 'מה שקרה באירופה קורה גם אצלנו' ידיעה שיפוטית 1.6.2018.

402 Tsvi Kahana, *Majestic Constitutionalism? The Notwithstanding Mechanism in Israel*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 73 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., Hart Publishing, 2013)

403 Rosalind Dixon & Adrienne Stone, *Constitutional Amendment & Political Constitutionalism: A Philosophical & Comparative*

היגיון זה גם כיום קיים בידי המחוקקים מעין מנגנון התגברות בדמות תיקון חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואף ברוב רגיל. טיעון זה מעלה שני קשיים עיקריים: ראשית, המציאות הפוליטית מלמדת שמכל מיני סיבות הכנסת אינה ששה או מוגבלת ביכולתה לתקן את חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>404</sup> שנית, לא ראוי לפנות לנתיב של שינוי חוקתי קבוע כל אימת שהמחוקקים ירצו להחריג נושא ספציפי מההגנה החוקתית המוקנית בחוקי היסוד. עדיף, כך נראה, לפנות למנגנון החרגה פרטני שיהא מוגבל בתחולתו מבחינת נסיבות זמן.

טיעון אחד שתומך בהתאמתו של מנגנון ההתגברות לשיטה הישראלית הוא כי מנגנון זה מתאים למדי לשיטה הישראלית. עד המהפכה החוקתית שלט בשיטת המשפט הישראלית העיקרון של "ריבונות הפרלמנט".<sup>405</sup> פרט לסעיפי נוקשות שכלולים בחוקי היסוד (הדורשים רוב מיוחד לשינוי של הוראות חוקתיות מסוימות או פגיעה בהן) שנאכפו בביקורת שיפוטית פרוצדורלית,<sup>406</sup> יכלה

---

*Reflection, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL LAW* 95 (David Dyzenhaus & Malcolm Thorburn eds., Oxford University Press, 2016)

**404** אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס־קוו כקושי אנטי־רובני" *עיוני משפט* לז 509 (2016) (מתאר שם את עוצמתו של הסטטוס קוו הנורמטיבי שנוצר בעקבות פסק דין *בנק המזרחי*, אשר נהנה משורה של חסמים מוסדיים שהקשו על הכנסת להגיב על הפעולה השיפוטית).

**405** Eliahu Likhovski, *The Courts and the Legislative Supremacy of the Knesset*, 3 ISRAEL LAW REVIEW 3 (1968); ELIAHU S. LIKHOVSKI, ISRAELI PARLIAMENT: THE LAW OF THE KNESSET 78 (Clarendon, 1971):

One method of demonstrating the legislative supremacy of the Knesset is to follow Dicey and show that it can make and unmake any law and that no restrictions on its power to do so exist. [...] [E]ven after the decision in the Bergman case, the Knesset is competent to legislate upon (a) all matters in the manner provided by its legislation process and (b) that apparently the validity of the legislation so passed, cannot be questioned in any court but (c) the Knesset can be bound by special procedural requirements of the legislative process laid down by its predecessors.

**406** ראו בג"ץ 98/69 *ברגמן נ' שר האוצר*, פ"ד כג(1) 693, 700 (1969); בג"ץ 141/82 *אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור*, פ"ד לה(4) 1 (1981); בג"ץ 141/82



הכנסת – בדומה למסורת הבריטית – לחוקק כל חוק בלי שתהא לבית המשפט סמכות לבטלו בשל תוכנו.<sup>407</sup> מובן שגם כלפי גישה זו הופנתה ביקורת.<sup>408</sup> גם רעיון ההתגברות עצמו אינו זר לשיטת המשפט הישראלית.<sup>409</sup> סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, שקובע שריון פורמלי לעקרונות הבחירות בישראל – למשל עקרון השוויון – גם מתיר לכנסת לחוקק חוק שפוגע בעקרון השוויון ברוב המיוחד שנקבע שם.<sup>410</sup> וייל מציינת כי "הכנסת כדרך שבשגרה עקפה את הפעלת הביקורת השיפוטית על ידי בית המשפט, בעשותה שימוש במתן תוקף מחדש, רטרואקטיבי, לחוקים מפריים. הכנסת גם נתנה תוקף מחדש לחוקים על דרך ההפניה ובאופן גורף, תוך עשיית שימוש בנוסח הדומה לפסקת 'על אף האמור'".<sup>411</sup> גם אחרי כינונם של חוקי-היסוד הובעו דעות שלפיהן הכנסת יכולה "להתגבר" על המגבלות החוקתיות הקבועות בהם באמצעות חקיקה רגילה

---

רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990). עוד ראו Peter Elman, Claude Klein, & Benjamin Akzin, *Judicial Review of Statute*, 4 ISRAEL LAW REVIEW 559–578 (1969); Claude Klein, *A New Era in Israel's Constitutional Law*, 6 ISRAEL LAW REVIEW 380 (1971)

407 ראו למשל ע"א 228/63 עזוז נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2547 (1963): "נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית, ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה"; בג"ץ 889/86 כהן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מא(2) 546, 540 (1987): "תהא דעתה של הרשות השופטת על הסדר זה שלילית כאשר תהא, בהעדר חוקה יש ויש לכנסת הסמכות והכוח לחוקק חוק הלוכה באפליה, ומשעשתה כן, אין מנוס מלנהוג על פיו".

408 ראו למשל יזהר טל "מחוקק כל יכול – האמנם?" עיוני משפט י 361 (1984). לתפיסה אחרת, מחחום הפילוסופיה, ולפיה המחוקק מוגבל ביכולתו לשנות היבטים בעולם הנורמטיבי, ראו עמרי בן-צבי ויניב רודנאי "המחוקק הכל-יכול? על הגבולות הקונסטפוטואליים של החקיקה" חוקים יא 87 (2018).

409 Rivka Weill, *Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power*, 39 HASTING LAW QUARTERLY 457 (2012)

410 ראו אביגדור קלגסבלד "מהלכת רובינשטיין עד ספר רובינשטיין: על פירושו העדכני של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת" משפט ועסקים יד 183 (תשע"ב).

411 וייל, "על המגבלות", לעיל ה"ש 391.

בצירוף אמירה מפורשת.<sup>412</sup> זו הייתה למשל גישתו של השופט חשין בפסק דין **בנק המזרחי משנת 1995**.<sup>413</sup>

מנגד, החשש העיקרי של מתנגדי מנגנון ההתגברות הוא כמובן שהמגבלות החוקתיות המוטלות על המחוקק ירוקנו מתוכן, ובית המשפט לא יוכל לשמש כבלם מפני "עריצות הרוב".<sup>414</sup> כמו שציין היועץ המשפטי לשעבר יהודה ויינשטיין, הוספת מנגנון התגברות "היא למעשה התרת הרסן שמטיל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כנורמה חוקתית על כוחו של הרוב במשטר דמוקרטי לפגוע במיעוטים"<sup>415</sup> או בכל אדם, גם אם אינו משתייך לקבוצת מיעוט. מנגנון כאמור אכן עלול להפוך אז ל"גלולת רעל למפעל חוקי היסוד", כאמירתו של ברק.<sup>416</sup> בכוחו של מנגנון ההתגברות לשמש את הכנסת לאשרר כל חקיקה שלכאורה אינה חוקתית (או שנקבע כי אינה חוקתית), ובכך למעשה לא יהיה להגבלות החוקתיות המוטלות עליה כל ערך. הנשיא בדימוס של בית המשפט העליון אשר

**412** יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א 323, 380-381 (1993):

אין בכוחו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואין בכוחם של בתי המשפט לגבור על רצון מפורש של המחוקק, ואפילו אם רצון זה הובע בחוק רגיל. אין בכוחו של בית המשפט לקבוע בטלותו של חוק, אם נאמר בו במפורש כי יהיה לו תוקף על אף האמור בחוק היסוד.

ראו גם Rivka Weill, *Juxtaposing Constitution-Making and Constitutional Infringement Mechanism in Israel and Canada: On the Interplay Between Common Law Override and Sunset Override*, 49 ISRAEL LAW REVIEW 103, 115 (2016)

**413** ע"א 6821/93, **לעיל** ה"ש 5, בעמ' 558-563. להרחבה על התאוריות השונות בפסק דין **בנק המזרחי** ראו רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטית של חוקתי הכלאיים הישראלי" **עיוני משפט** לח 501 (2016); יאיר שגיא "פסק הדין שעשה היסטוריה: עיון היסטוריוגרפי בפסק-הדין בפשרת בנק המזרחי" **משפט וממשל** יט 325 (תשע"ח).

**414** להרחבה בדבר חששות אלו ראו עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר **ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון** 114-116 (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019).

**415** רויטל חובל "וינשטיין קורא לשרים להתנגד להצעת חוק עוקף בג"ץ של ח"כ איילה שקד" **הארץ** 23.10.2014.

**416** פרידסון, **לעיל** ה"ש 400.

גרונים עמד על חשש זה: "הוראה המאפשרת לכנסת לקבוע, כי חוק מסוים יהיה תקף על אף פסיקת בית המשפט, עלולה להוביל לכך שבית המשפט לא יוכל להגשים את תפקידו ולשמש מחסום אחרון מפני עריצות הרוב".<sup>417</sup>

אכן, אחד החששות הנוגעים לכללי הכרעת רוב הוא שהרוב ישתמש בכוחו לרעה להחלשת המיעוט ולפגיעה בזכויותיו עד כדי עריצות. אלקסיס דה־טוקוויל בדמוקרטיה באמריקה,<sup>418</sup> ג'ון סטיוארט מיל בעל החירות<sup>419</sup> וג'יימס מדיסון בפדרליסט 10,<sup>420</sup> הם רק אחדים מהכותבים הידועים שביטאו חשש זה.<sup>421</sup> החשש מפני עריצות הרוב וריקון ההגבלות החוקתיות מתוכנן מתגבר ככל שהרוב הדרוש לחקיקת חוק חורג קטן יותר, והוא הולך ונחלש ככל שהרוב הדרוש גדול יותר. ואכן, ההצדקה המסורתית לכללי החלטה של רוב מיוחד מבוססת על הצורך להגן על מיעוטים מפני 'עריצות הרוב'. כך למשל טענו הפרופסורים ביוקן (Buchanan) וטולוק (Tullock) שהכללים לקבלת החלטות "פה אחד" ממקסמים את ההגנה על זכויות הפרט, וכי כללי רוב מיוחד הם הכלל הקרוב ביותר (second-best) לכלל פה אחד.<sup>422</sup> גם פרופ' לאני גוויניר (Guinier) הראתה כיצד כללי הצבעה של רוב מיוחד יכולים להגן על מיעוטים.<sup>423</sup>

417 ליאור שדמי שפיצר "גרונים: פסקת ההתגברות בחוק היסוד תמנע מביה"ש להוות מחסום לעריצות הרוב" תקדין 10.11.2014.

418 אלקסיס דה־טוקוויל הדמוקרטיה באמריקה (אהרן אמיר מתרגם, שלם, 2010).

419 ג'ון סטיוארט מיל על החירות (אהרן אמיר מתרגם, שלם, 2006).

420 אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט (אהרן אמיר מתרגם, שלם, 2001).

421 על מושג עריצות הרוב ראו בהרחבה: DONALD L. BEAHM, CONCEPTIONS OF AND CORRECTIONS TO MAJORITARIAN TYRANNY (Lexington Books, 2002); TAMÁS NYÍRKOS, THE TYRANNY OF THE MAJORITY: HISTORY, CONCEPTS, AND CHALLENGES (Routledge, 2018).

422 JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (University of Michigan Press, 1962).

423 LANI GUINIER, THE TYRANNY OF THE MAJORITY: FUNDAMENTAL FAIRNESS IN REPRESENTATIVE DEMOCRACY (The Free Press, 1994). מנגד טען אנתוני מקגאן שככל שנעים מכלל הכרעה רובני לכלל של "פה אחד", כך יכולתם של מיעוטים להגן על עצמם

אפשר לטעון כי עצם העובדה שבחוק יסוד: חופש העיסוק פסקת ההתגברות קיימת זה 15 שנה ונעשה בה שימוש פעם אחת ויחידה (הנסיבות שלשמן הוספה הפסקה לחוק היסוד מלכתחילה), היא טיעון בעד הוספת פסקת הגבלה דומה בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו. היעדר השימוש מצביע לכאורה על הריסון של הכנסת ועל כך שגם כשנתונה בידה הסמכות לחוקק חקיקה שאינה חוקתית, היא נזהרת מאוד לעשות כן. ואולם יש להיזהר מהשוואה בין שני חוקי היסוד. חוקי־יסוד: חופש העיסוק מסדיר זכות יסוד מוגדרת שכלל אינה שנויה במחלוקת. לעומת זאת חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא רחב יותר לא רק בשל מספר הזכויות המנויות בו, אלא גם בשל זכויות הבת שאינן מנויות בו אך נגזרות מהזכות לכבוד האדם, כגון שוויון וחופש הביטוי. נדמה שגם חשיבותן של הזכויות אינה זהה. האם ניתן להשוות התגברות על חופש העיסוק להתגברות על הזכות לכבוד או על הזכות לחיים – גם כל הזכויות?<sup>424</sup>

כך, בדומה למנגנון הקנדי המחריג ממנגנון ההתגברות זכויות דמוקרטיות כגון הזכות לבחור ולהיבחר, חופש התנועה וזכויות שפה,<sup>425</sup> הציע פרופ' משה כהן אליה שמנגנון התגברות בחוקה לא יחול על "זכויות שמיושן קשור באופן הדוק לקיומו של הליך דמוקרטי תקין [...] כגון הזכות לבחור ולהיבחר, חופש הביטוי, חופש ההתארגנות, חופש ההפגנה ועקרון איסור ההפליה".<sup>426</sup> ואכן, ייתכן שכחלק ממהלך שישריין מגילת זכויות מקיפה, ניתן יהיה לקבוע כי אי־אפשר להתגבר על זכויות מסוימות. כך למשל אפשר להשוות נושא זה עם הגבלות

---

נחלש, שכן יקשה עליהם יותר להפוך החלטות לרעתם. ואולם טיעון זה אינו רלוונטי לסוגיה שלפנינו. אין מדובר בכלל הצבעה שיחול באופן כללי, שאז הוא אכן מקשה על מיעוטים להפכו, אלא רק באפשרות להחגבר על ההגבלות החוקתיות שמגינות על זכויות. ראו A. J. McGann, *The Tyranny of the Supermajority: How Majority Rule Protects Minorities*, 16(1) JOURNAL OF THEORETICAL POLITICS 53, 66 (2004)

**424** ראו יניב רוזנאי והלל סומר "אם כל הזכויות": הזכות החוקתית לחיים" **משפט ועסקים** יט 537 (2016); אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" **משפט וממשל** יז 9 (2016).

**425** סומר "תרופת פלא", **לעיל** ה"ש 394, בעמ' 80–81.

**426** כהן־אליה, **לעיל** ה"ש 180, בעמ' 569.

על הגבלת זכויות בשעת חירום.<sup>427</sup> סעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה קובע כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם".<sup>428</sup> מובן שבהיותן הפרשנות המרחיבה לכבוד האדם במשפט הישראלי, החרגת "כבוד האדם" ממנגנון ההתגברות למעשה תרוקנו מתוכן. נראה אפוא מתאים יותר – אם יאומץ מנגנון התגברות – לאמץ הסדר שדומה לזה המופיע בסעיף 4 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (שישראל חברה בה), ולפיו גם בעת חירום אין לגרוע מהזכות לחיים, הזכות לחופש מעינויים ועבדות, הזכות לחופש מחקיקה למפרע, מהזכות לאישיות, ומהזכות לחירות המחשבה ולחופש הדת; או זה המופיע בסעיף 15 לאמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR), ולפיו בשעת חירום אי־אפשר לגרוע מהזכות לחיים, מהאיסורים על עינויים ועל עבדות ומהאיסור להעניש ללא דין.<sup>429</sup>

בעיקרון סבורני כי טיעוני המתנגדים להוספת פסקת התגברות רחבה משכנעים יותר, בוודאי לו חקיקת חוג חורג תדרוש רוב של 61 חברי הכנסת, שעומד לרשותה של כל קואליציה. תחזיתה של ווייל מוסיפה משקל להתנגדות זו. לפי תחזיתה:

427 לדיון כללי בגריעת זכויות והגבלת גריעת זכויות בעיתות חירום ראו Rosalyn Higgins, *Derogations under Human Rights Treaties*, 48 BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 281 (1976–1977); Thomas Buergenthal, *To Respect and Ensure: State Obligations and Permissible Derogations, in THE INTERNATIONAL BILL OF RIGHTS: THE COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS* 72, 91 (Louis Henkin ed., Columbia University Press, 1981); Joan F. Hartman, *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies: A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations*, 22 HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 1 (1981); Christoph Schreuer, *Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency*, 9 YALE JOURNAL OF WORLD PUBLIC ORDER 113 (1982); R. St. J. MacDonald, *Derogation under Article 15 of the European Convention on Human Rights*, 36 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 225 (1998)

428 על הוראה זו ראו בהרחבה אהרן ברק חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו פרק "יציבות החוק" (נבו, עמיד להתפרסם ב־2021).

429 על השוואה בין חירום להתגברות ראו סומר "תרופת פלא", לעיל ה"ש 394, בעמ' 74.

חוקי היסוד לא התקבלו בהסכמה רחבה של הציבור. חוקי היסוד משנת 1992 מקורם ברוב קטן בכנסת, והם נחקקו בזמן כנסת במעבר. אם כך הדבר, יש חשש כי השימוש בהתגברות לא ייתפס על ידי הציבור בישראל כמרוקן את רצון העם מתוכן. ההתגברות אינה זרה לחוקה שמקורה בפעולת המחוקק גרידא. לכן, הצפי שלי הוא שאם יאומץ מנגנון התגברות מפורש, הכנסת תרבה לעשות בו שימוש ובכך תצטמצם ההגנה על זכויות האדם בישראל. הגנה זו היא קריטית לשמור [על] הדמוקרטיה הישראלית המתפקדת במדינה קטנה, שבה הפרדת הרשויות היא חלשה על רקע השיטה הפרלמנטרית שלנו. בחברה זו דרוש בית משפט חזק כדי להגן על זכויות כלל בני החברה, וביחוד על זכויות המיעוטים הרבים שבתוכה.<sup>430</sup>

הוספה של פסקת התגברות עלולה לסכן לא רק את יכולתו של הרוב לפגוע בזכויות בכלל ובזכויות מיעוט בפרט, אלא גם להחליש את מנגנון הפיקוח החוקתי בעת הליך החקיקה, שכן חוות דעת בעניין אי-חוקתיות עשויות לא להשפיע כשידע המחוקק שהוא יוכל בכל זאת לחוקק חוק שאינו חוקתי באמצעות פסקת התגברות.<sup>431</sup> גם ההשוואה לקנדה כמודל השראה אינה הולמת. בקנדה לא נועד מנגנון ההתגברות לתת למחוקק הפדרלי את המילה האחרונה, אלא לשכך את התנגדותן של הפרובינציות לכינונה של מגילת זכויות מלאה.<sup>432</sup> ואכן, מאז חקיקת הצ'רטר הקנדי בשנת 1982 לא השתמש הפרלמנט הפדרלי במנגנון ההתגברות, אלא רק הפרלמנטים של הפרובינציות.<sup>433</sup>

430 ווייל "על המגבלות", לעיל ה"ש 391.

431 ראו פוקס וקרמניצר, לעיל ה"ש 414.

432 להיסטוריה החקיקתית של פסקת ההתגברות הקנדית ראו Dodek, לעיל ה"ש 392, בעמ' 50-53.

433 על מיעוט השימוש במנגנון ההתגברות בקנדה ראו Peter W. Hogg & Allison A. Bushnell, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*, 35 OSGOODE HALL LAW JOURNAL 75, 83 (1997).

בהקשר של השאלה אם מנגנון ההתגברות ראוי לאימוץ בישראל, יש לחזור גם למחקריהם של וולדרון וסטפנסון, שהוזכרו בחלקים 2 ו-3 לעיל, ומהם נלמד כי ביקורת שיפוטית חלשה או עליונות הפרלמנט אינם מתאימים לסביבה החוקתית המוסדית השוררת בישראל כיום. סטפנסון הבהיר במחקרו כי הטיעון הנורמטיבי בעד ביקורת שיפוטית חלשה נחלש מאוד בשיטות שבהן מערכת הביקורת הפוליטית על כוחה של הרשות המבצעת וסמכויות החקיקה חלש או לא־קיים (דוגמת מדינות עם דומיננטיות מפלגתית).<sup>434</sup> לדבריו: "הטיעון הנורמטיבי בעד התגברות המחוקק מבוסס על הקיום של מערכת בלמים פוליטיים איתנים על יישום כוח החקיקה, שהיא המגן העיקרי נגד שימוש לרעה בכוח ההתגברות".<sup>435</sup> כמו שהרחבתי לעיל, היעדר מערכת של איזונים ובלמים בהליך החקיקה, כוחן הרב של המפלגות המגזריות באופן שאינו מידתי וחולשתה של הרשות המחוקקת אל מול כוחה העולה של הרשות המבצעת בישראל – כל אלה מחזקים את העמדה כי אימוץ דגם טהור שבו למחוקק המילה האחרונה בלי מגבלות אינו מתאים לשיטה הישראלית.

עוד אציין שבישראל במשך זמן רב לא הצליחה הרשות המחוקקת, כמוסד, לתת משקל ראוי לזכויות אדם ולנקוט את הפעולות הנדרשות בנושאי זכויות, בין היתר משום שלא עיגנה זכויות בסיסיות בחקיקה ושריינה פרקטיקות שפוגעות בזכויות באמצעות שמירת דינים.<sup>436</sup> הפסיביות הנמשכת של הרשות המחוקקת בנושא העיגון של זכויות אדם בסיסיות בחוקי יסוד הביאה לידי כך שבית המשפט העליון לקח על עצמו, בדרך של משפט מקובל נוסח ישראל, ליצור באופן שיפוטי את זכויות האדם הבסיסיות, להגן עליהן ולקדמן.<sup>437</sup>

434 Stephenson, *Is the Commonwealth's*, לעיל ה"ש 243, בעמ' 899-900.

435 שם, בעמ' 902.

436 Roznai, *Legislated Rights*, לעיל ה"ש 169.

437 עמוס שפירא וברוך ברכה "המעמד החוקתי של זכויות הפרט" עיוני משפט 2 (1972): עמוס שפירא "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר?" עיוני משפט ג 625 (1973); Amos Shapira, *The Status of Fundamental Individual Rights in the Absence of a Written Constitution*, 9 ISRAEL LAW REVIEW 497 (1974); Baruch Bracha, *The Protection of Human Rights in Israel*, 12 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 110 (1982); Amos Shapira, *Judicial Review without a Constitution*:

מובן שכל הערכה בנוגע לראויות של פסקת ההתגברות ושימוש בה כרוכה בהערכת יכולתו של המחוקק לכבד זכויות אדם בהליך החקיקה, וכן בהערכה מה יחסו לבית המשפט ובייחוד מה המוטיבציה שלו. כמו שציין עמיחי כהן:

ללגיטימיות ההצעות לשינוי יש גבול. הוא נחצה כאשר השינויים אינם מיועדים לתקן את מערכת המשפט, אלא נובעים מרצון לפגוע בה. חלק מההצעות המקודמות היום במערכת הפוליטית, כמו פסקת ההתגברות בנוסח רחב [...] וכמובן הכוונה לשים קץ לסמכותו של בית המשפט העליון לבטל חוקים, הן מהסוג שמבקש לפגוע. הכוחות הפופוליסטיים העומדים מאחוריהן אינם מבקשים לאזן בין הרשויות, אלא לבסס בישראל מערכת שלטונית שאין בה כל ביקורת על נבחרי הציבור. אם יתקבלו הצעות אלו, הן עלולות להביא לנגיסה משמעותית ואולי בלתי הפיכה בעקרון שלטון העם, ועל כן יש לבלום אותן.<sup>438</sup>

ואולם אם בכל זאת, בניגוד להמלצתי במסמך זה, יוחלט להוסיף פסקת התגברות, מנגנון זה ראוי שיהיה חלופי לדגם המצמצם שאני מציע ולא יתווסף לו. קביעת הרכב מורחב ורוב מיוחד לבטלות חקיקה יחד עם מנגנון התגברות יצמצם יתר על המידה את יכולת ההגנה על זכויות. לכן, יובהר, מדובר במנגנונים שצריכים להיות חלופיים ולא משלימים, וכאמור אני מבכר את הדגם המוצע בחלק הקודם.

בעיצוב פסקת התגברות, שכאמור איני תומך בה, יש להקפיד במיוחד על עיצוב ראוי שיצליח לאזן בין יכולתה של הרשות השופטת להגן על זכויות ובין יכולתו של המחוקק להתגבר על מגבלות חוקתיות במקרים יוצאי דופן שבהם יש הסכמה רחבה. בעיצוב נכון פסקת התגברות לא רק תשכך את החיכוך בין הרשויות, אלא עשויה לאפשר לבית המשפט לנהוג באופן מרוסן פחות בכל הנוגע לבטלות חקיקה, שכן המחוקק יוכל לחוקק חוק חורג פעם נוספת אם ישיג את הרוב הדרוש.

---

*The Israeli Paradox*, 56 TEMPLE LAW QUARTERLY 405 (1983); Asher Maoz, *Defending Civil Liberties without a Constitution: The Israeli Experience*, 16 MELBOURNE UNIVERSITY LAW REVIEW 815 (1988)



מהו אותו עיצוב ראוי?

ראשית, לעניין הרוב הדרוש אין לקבוע רוב של 61 מחברי הכנסת. זהו רוב שכל קואליציה יכולה בנקל להשיגו, ויחד עם משמעת קואליציונית נוקשה הוא מרוקן מתוכן את ההגבלות החוקתיות. פסקת התגברות שתאפשר חקיקת חוק חורג ברוב של 61 חברי כנסת למעשה תאפשר לקואליציה לקבוע בחוק כל הסדר שתמצא לנכון בלי להיות כבולה בכל צורה שהיא לשמירה על זכויות האדם. רוב זה משקף את התפיסה הפופוליסטית שרצון הרוב, כפי שבא לידי ביטוי בעמדת הממשלה (אפילו לא הכנסת) הוא מהותה האמיתית של הדמוקרטיה. תפיסה רווחת זו – שהיא מוטעית – מסוכנת.<sup>439</sup>

בהצעות קודמות של שר המשפטים לשעבר דניאל פרידמן דובר על רוב של 61 חברי הכנסת, ובהצעה אחרת על "61 חברי הכנסת לפחות, ובלבד שמספר חברי הכנסת שהצביעו בקריאה השלישית בעד החוק גדול ב־5 לפחות ממספר חברי הכנסת שהצביעו נגדו".<sup>440</sup> גם בהצעתה של שרת המשפטים לשעבר איילת שקד הדרישה הייתה לרוב של 61 חברי הכנסת. בהצעת חוק יסוד: החקיקה משנת 2004 שהכינה ועדה ממשלתית בראשותו של פרופ' יעקב נאמן הוצע כי התגברות תתאפשר "בחוק שהתקבל ברוב של שבעים חברי הכנסת בקריאה השלישית", ואילו בתזכיר חוק יסוד: החקיקה של השר נאמן, נקבע רוב של 65 חברי הכנסת.

סבורני כי רצוי היה שהרוב הדרוש יעמוד על שני שלישים מחברי הכנסת, כלומר על 80 חברי הכנסת. גם רוב זה מעמיד את המיעוט בסכנה של עריצות הרוב, אולם לכל הפחות הוא מבטיח ששימוש בפסקת ההתגברות יעשה רק כשקיימת תמיכה רחבה מאוד ברשות המחוקקת – חוצת קואליציה ואופוזיציה – לחקיקת חוק שלכאורה אינו חוקתי.

439 ראו Philip Alston, *Populist Challenges to Human Rights*, 9(1) *JOURNAL OF HUMAN RIGHTS PRACTICE* 1 (2017)

440 סעיף 15ב(א) להצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית על חוקים של חוקים), ה"ח ממשלה החש"ט-29 2008, מובא אצל סומר "חרופת פלא", לעיל ה"ש 394, בה"ש 165.

כעולה מנספח 2, בשבע הכנסות האחרונות הייתה קואליציה אחת ובה 80 חברי כנסת (בכנסת ה־15), קואליציה אחת ובה 75 חברי כנסת (הכנסת ה־15), שתי קואליציות שבהן 74 חברי כנסת (הכנסת ה־18 וה־23), שתי קואליציות ובהן 68 חברי כנסת (הכנסת ה־19 וה־16), קואליציה אחת ובה 67 חברי כנסת (הכנסת ה־17) וקואליציה אחת ובה 61 חברי כנסת (הכנסת ה־20). כך שכאשר משמעת קואליציונית נלקחת בחשבון, מדובר בדרישה נוקשה מאוד, אך לא בלתי אפשרית, לעומת דרישה של 61, 65 או אפילו 70 חברי כנסת, שהיא קלה מדי.

הצעה זו כמובן נושאת אינומליות בנוגע ליחס בין הרוב הדרוש לתיקון חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוא רוב רגיל, ובין היחס הדרוש כדי להתגבר על ההגבלה החוקתית; שהרי ההיגיון אומר שהרוב הדרוש לתיקון קבוע של החוקה יהיה גבוה מהרוב המאפשר התגברות על החוקה, או לפחות שווה לו. כך, אף שבקנדה מנגנון ההתגברות מופעל ברוב רגיל, בפינלנד מנגנון ההתגברות דורש פרוצדורה שזהה לתיקון החוקה – רוב שמגיע לחמש שישיות כדי להפעיל את ההליך, ובעקבותיו רוב של שני שלישים לצורך אישור החוק, דרישה שמחייבת תמיכה רחבה מאוד.<sup>441</sup> עם זאת, על אף אינומליות זו, הצעה זו יכולה לשמש כהנחיה לבאות באשר לרוב הרצוי לתיקון חוקי היסוד.

אף ששאלת הרוב הדרוש לכינון ולתיקון של חוקי היסוד מורכבת וחורגת מגדריו של מחקר זה, ראוי להעיר כאן בנוגע להסדר הרצוי למנגנון השינוי החוקתי של חוקי יסוד.<sup>442</sup> כיום הליך השינוי החוקתי של חוקי היסוד הוא גמיש, גמיש מדי.<sup>443</sup> בניסבות אלה כאשר המחוקק הרגיל הוא גם מכונן החוקה, יש חשש

441 סומר, שם, בעמ' 90-92.

442 להרחבה בנושא זה ראו אביחי דורפמן "התיאוריה של כלל השינוי החוקתי: מדוע אופן תיקון החוקה משליך על אופי המשטר?" **משפט וממשל** י 429 (תשס"ז); רבקה ווייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" **משפט וממשל** י 449 (תשס"ז); Claude Klein, *Is There a Need for an Amending Theory?*, 13 ISRAEL LAW REVIEW 205 (1978).

443 על הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי יסוד ותיקונם ראו אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" **משפט וממשל** ב, 443, 444-447 (תשנ"ה). ראו גם Suzie Navot, *Israel, in How CONSTITUTIONS CHANGE: A COMPARATIVE STUDY* 191 (Dawn Oliver & Carlo Fusaro eds., Hart Publishing, 2011).

לטשטוש ההבחנה בין פוליטיקה חוקתית ובין פוליטיקה יומיומית ולשימוש לרעה בסמכות המכוננת.<sup>444</sup> את מנגנון השינוי החוקתי אפשר לעצב בדרכים רבות, הנעות על גבי הטווח שבין גמישות לנוקשות.<sup>445</sup> לשיטתי, העיצוב הראוי להליך שינוי חוקתי הוא בצורת מדרגות או שכבות,<sup>446</sup> באופן שיאפשר תיקון של הוראות "רגילות" או מוסדיות בחוקי היסוד ברוב של 61 או 70 חברי הכנסת, ואילו הוראות "מיוחדות" או "חשובות" יותר – למשל אלה הנוגעות לזכויות היסוד של האדם, להפרדת הרשויות ולאופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית – יתוקנו רק ברוב גדול יותר, של שני שלישים. דרישה כזאת תיצור הלימה עם מנגנון ההתגברות כפי שציינתי לעיל, ותאזן כראוי בין גמישות ובין שמירה על עקרונות חוקתיים יסודיים.

רוב של שני שלישים (80 חברי כנסת) מוכר בחוקי היסוד שלנו. כך למשל, סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת קובע כי "הכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת", ובסעיף 45 לחוק נקבע כי את הסעיף בחוק שמטרתו להבטיח שהחוק לא ישונה באמצעות תקנות לשעת חירום, אפשר לשנות רק ברוב של 80 חברי הכנסת. גם חוק-יסוד: משאל עם קובע (סעיף 1) שאם הסכם שלפיו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח ריבוני יאושר ברוב של 80 חברי הכנסת, אזי לא יידרש

**444** ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו 516, 509 (תשס"א-תשס"ב); יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר אליקים רובינשטיין 1349 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקציה ורינת טופר עורכים, 2020); Nadav Dishon, *Temporary Constitutional Amendments as a Means to Undermine the Democratic Order: Insights from the Israeli* ערכים, 389 (2018) ISRAEL LAW REVIEW 389 (2018), Navot & Roznai, *לעיל* ה"ש 194.

**445** Richard Albert, *The Structure of Constitutional Amendment Rules*, 49 WAKE FOREST LAW REVIEW 913 (2014); Yaniv Roznai, *Rigid (Entrenched) / Flexible Constitutions*, in MAX PLANCK ENCYCLOPAEDIA OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (Rüdiger Wolfrum, Frauke Lachenmann & Rainer Grote eds., Oxford University Press, 2018)

**446** לדיין כללי ראו Rosalind Dixon & David Landau, *Tiered Constitutional Design*, 86(2) THE GEORGE WASHINGTON LAW REVIEW 438 (2018); RICHARD ALBERT, *CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: MAKING, BREAKING, AND CHANGING CONSTITUTIONS 175-194* (Oxford University Press, 2019)

משאל עם. גם רוב של 70 חברי הכנסת אינו זר לחוקי היסוד. כך, סעיף 5 לחוק יסוד: הממשלה לעניין הגבלת מספר חברי הממשלה מאפשר לצרף שרים "ברוב של שבעים חברי הכנסת לפחות".

הדרישה לרוב גדול של 80 חברי הכנסת, שאמורה לספק הגנה נאותה לזכויות המוגנות, גבוהה מזו הקבועה בחוק יסוד: חופש העיסוק. ברור אפוא שהצעה זו סוטה מתפיסתו של בית המשפט העליון הקוראת להאחדה בין חוקי היסוד.<sup>447</sup> עם זאת הבדל זה עשוי להיות מוצדק שכן הוא משקף את חשיבות הזכויות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ונגזרות הימנו.

פרט לדרישת הרוב, יש להקפיד על עוד כמה הגבלות. ראשית, יש להבחין בין שינוי של חוק היסוד ובין שימוש במנגנון ההתגברות כדי לחוקק חוק חורג.<sup>448</sup> אני מקבל אפוא את עמדתה של ווייל כי אין להשתמש בפסקת הגבלה כמה פעמים באופן שלמעשה משנה את חוק היסוד ולא יוצר החרגה ממנו.<sup>449</sup> כלומר, ייתכן ששימוש רב פעמים בפסקת ההתגברות – למשל יותר מפעמיים – ייאסר בנקודת זמן מסוימת.

שנית, כמו שקבוע בחוק יסוד: חופש העיסוק, על תוקף החוק החורג להיות מוגבל בזמן כדי לוודא שהפגיעה הלא-חוקתית בזכות אינה נמשכת זמן רב מדי (בחוק היסוד ההגבלה היא של ארבע שנים). הגבלת תוקפה של חקיקה חורגת נוהגת גם במדינת ויקטוריה שבאוסטרליה וכן בקנדה, שבה קיים מנגנון

447 ראו סומר "תרופת פלא", לעיל ה"ש 394, בעמ' 83.

448 על ההבחנה בין פגיעה של חוק בחוק יסוד ובין שינוי של חוק יסוד ראו אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק יסוד" הפרקליט מח 293, 293-294 (תשס"ו) וההפניות שם.

449 ראו ווייל "המגבלות האינהרנטיות" לעיל ה"ש 391:

יש מגבלה אינהרנטית על מספר הפעמים שמסגרתם ניתן להתגבר על החוקה באותו נושא. כאשר התגברות מחודשת תדירות עד שהיא הופכת למנגנון של קבע, ניתן לטעון כי אין המדובר עוד בהתגברות אלא בשנוי החוקה. במצב כזה, בית המשפט מוסמך לדרוש מהמחוקק כי יפנה למסלול של תיקון החוקה במקום התגברות עליה. בית המשפט מוסמך לראות בחידוש תדיר של ההתגברות כעולה כדי שינוי החוקה ללא עמידה בתנאי תיקון החוקה, וככזו למצוא את ההתגברות כלא תקפה בהיותה נוגדת לחוקה.

התגברות, ושם תקופת ההחלה מוגבלת לחמש שנים. כמו שהציע סומר, רצוי ליצור זיקה בין משך תוקפה של החקיקה החורגת ובין סיוע כהונתה של הכנסת שבאמצעות מנגנון ההתגברות ביקשה להגשים את יעדיה, ובמקום תוקף נוקשה לקבוע כי "תוקפו של חוק חורג יפקע שישה חודשים לאחר הבחירות לכנסת שתכהן אחרי זו שחוקקה אותו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר". נוסח זה הופיע בהצעת החוק לתיקון חוק יסוד: חופש העיסוק במקום התקופה של ארבע שנים שנקבעה בסופו של דבר.<sup>450</sup>

עוד יובהר כי פסקת התגברות אין משמעה שלילת ביקורת שיפוטית.<sup>451</sup> אני סבור שראוי להגביל את השימוש במנגנון ההתגברות רק כתגובה לפסיקת בית המשפט, כאשר אל מול עיני המחוקקים ניצבים נימוקי השופטים בדבר איי חוקתיותו של החוק. ואולם כמו ההוראה הקבועה בחוק יסוד: חופש העיסוק, את פסקת ההתגברות אפשר להפעיל גם כאמצעי מניעתי – לפני החלטה שיפוטית. כשפסקת ההתגברות מופעלת כאמצעי מניעתי, חשוב להבהיר כי השימוש בה אינו מונע ביקורת שיפוטית על החוק החריג. שימוש בפסקת ההתגברות מאפשר – כשמה – התגברות על המגבלות החוקתיות ושמירה על התקפות של הוראת חוק שסותרת הוראות של חוקי יסוד באופן שלאורה אינו חוקתי. היות שהמחוקקים רשאים בכל עת לבטל את החוק וכן נדרשים לדעת אם לחוקק אותו שוב לאחר סיום תקופתו הקצובה, פסק דין של בית המשפט העליון בעניינו יכול לסייע להם, לחברה האזרחית ולציבור בכללותו לקבל מידע טוב יותר בדבר עוצמת הפגיעה של החוק בזכויות ומידת חוקתיותו, ובכך לאפשר קבלת החלטות טובה יותר. המשמעות היא כי בית המשפט יכול לקבוע כי חוק שכולל פסקת התגברות אינו חוקתי, ועל אף קביעה זו תהא הכנסת רשאית לשוב ולחוקק אותו מחדש.

450 סומר "חרופת פלא", לעיל ה"ש 394, בעמ' 104-105.

451 לעמדה דומה בקנדה ולפיה פסקת ההתגברות הקנדית אינה מונעת ביקורת שיפוטית על חקיקה הפוגעת בזכויות מוגנות, וכי לביקורת השיפוטית – בניגוד להחלטת הבטלות – חשיבות כשהיא לעצמה, ראו Grégoire Webber, Eric Mendelsohn, & Robert Leckey, *Invoking the Notwithstanding Clause, as Quebec Has Done with Bill 21, Does Not Shield a Law From Being Reviewed by a Court for Violating Rights*, POLICY OPTIONS, May 10, 2019

ולבסוף, הכללה של פסקת התגברות אין משמעה שהכנסת כול יכולה. שימוש בחוק חורג כדי לפגוע פגיעה קשה בעקרונות היסוד של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית הוא אסור וניתן לבטלו. כפי שציינה ווייל: "ההתגברות ככלי של פגיעה אינה יכולה לסתור את החוקה באופן כה מהותי ויסודי עד כי היא עולה כדי איום על עקרונות העל של החברה".<sup>452</sup> כך גם למשל בפילונד, שבה קיים מנגנון התגברות המאפשר למחוקקים לחוקק ברוב הדרוש לתיקון החוקה חוקים חורגים (exceptive laws), התפיסה המקובלת היא שההשפעה של חוקים חורגים על החוקה חייבת להיות מוגבלת מבחינה מהותית.<sup>453</sup> כלומר, יש להפריד בין מנגנון התגברות שנועד להתגברות מצומצמת וזמנית על הגבלות חוקתיות, ובין פגיעה קשה בעקרונות היסוד העומדים בבסיס שיטת המשטר.

**452** ווייל "על המגבלות", לעיל ה"ש 391. בעניין מישראל (לעיל ה"ש 387) התעוררה סוגיה זו אך הותרה בצריך עיון, ראו פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא ברק: אכן, גם אם נניח – בלא להכריע בדבר – כי קיימים עקרונות יסוד ומטרות אשר חוק חורג אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם בוודאי עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתחים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה [...] שאם לא כן, מתרוקנת פיסקת ההתגברות מעיקר תוכנה. זה אינו המקרה שלפנינו. הפגיעה בחופש העיסוק היא מוגבלת [...] הפגיעה בקניין, בחופש המצפון ובשוויון – ככל שהיא חבויה בין קפליו של החוק – אין היא מגיעה כדי פגיעה באושיות המשטר החוקתי שלנו. על שיפוט מכוח עקרונות יסוד של השיטה ראו למשל שרון וינטל "פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים" מאזני משפט ט 177 (תשע"ד); אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כאסיפה מכוננת" חוקים יא 9 (2018); אריאל רליך "ביקורת שיפוטית על חקיקה שלא מכח חוקי היסוד: בעקבות פסקי הדין בעניין החוק למניעת הסתננות" משפטים על אתר יא 33 (תשע"ח). בספרות המשפטית ההשוואתית מוכרת העמדה שקיימים עקרונות חוקתיים שקשורים להוראות החוקה ואף עקרונות חוקתיים עצמאיים (freestanding) העליונים על הוראות החוקה, קל וחומר על חקיקה רגילה (ראו, לאחרונה, Han-Ru Zho, *Legal Principles, Constitutional Principles, and Judicial Review*, 67 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 889, 908 (2020)).

**453** אני מודה לפרופ' Jaakko Husa על ההבהרה בעניין זה. על מנגנון ההתגברות הפיני ראו סומר "תרופת פלא", לעיל ה"ש 394, בעמ' 77-79; ובאופן כללי ומעודכן פחות (שכן קדם לרפורמה מרכזית של שנת 2000) – Dag Anckar, *Evading – Constitutional Inertia: Exception Laws in Finland*, 11(3) SCANDINAVIAN POLITICAL STUDIES 195 (1988).

לסיכום, כאמור, בהינתן הצעתי לצמצם את הביקורת החוקתית, סבורני שאין מקום לאמץ פסקת התגברות כללית. לנוכח המבנה החוקתי הישראלי, החולשות של מערכת האיזונים והבלמים כפי שהרחבתי לעיל בפרק 2, והעובדה שמנגנון ההתגברות חריג בנוף החוקתי העולמי (וגם בקנדה כמעט שאינו מופעל), אין טיעון משכנע בעד אימוץ של מנגנון כזה, שחסרונותיו עולים על יתרונותיו. עם זאת, אם בכל זאת מאמצים פסקת התגברות, יש להקפיד על עיצוב ראוי שלה במגבלות שפירטתי שבהן יש כדי לשכך מעט את הסכנות הכרוכות במנגנון זה.

## בחירת שופטים

קשה לדון בביקורת חוקתית בלי לדון בשאלה של בחירת שופטים. דיון זה חשוב במיוחד כשלבית המשפט כוח רב, בצירוף הסמכות לבטל חקיקה, ותפקיד מרכזי בקביעה של מדיניות ציבורית.<sup>454</sup> כאשר בית המשפט מכריע בשאלות ערכיות וכאלה המצויות במחלוקת ציבורית, מתחזקת הטענה שיש להגביר את הייצוגיות או את השיקוף, כדי שבית המשפט לא ייתפס ככופה את ערכיו בניגוד לרצון הציבור האוחז במערכת ערכים שונה. במצב זה מתחזק הקושי האנטי-רובני שהוזכר בתחילת המחקר, ומתחזקת הביקורת נגד בית המשפט מצד קבוצות באוכלוסייה שלתחושתן בית המשפט מנוכר להן ולערכיהן הבסיסיים ולכן איננו "בית המשפט שלהן".<sup>455</sup>

מצד אחד ערך מרכזי במערכת השפיטה הוא עצמאות השופטים. עצמאות שיפוטית היא ערך אינהרנטי לתפקיד השפיטה. מצד אחר מתן סמכות שלטונית לשופטים להכריע בשאלות שלטוניות מצריך גם אחריותיות שיפוטית, קרי מידה מסוימת של היענות לחברה ולצרכיה יחד עם רמה גבוהה של מקצועיות ואיכותיות.<sup>456</sup> בין עקרונות אלה קיים מתח מובנה. מובן שככל שבית המשפט עוסק יותר במשפטיזציה של הפוליטיקה, כך בהתאם גדלה גם הדרישה לאחריותיות פוליטית. מועצות שיפוטיות דוגמת ועדות למינוי שופטים מעוצבות באופן שמבודד ככל האפשר בין פונקציות המינוי – קידום שופטים ודין משמעותי שלהם – ובין ההליך הפוליטי המפלגתי, ובה בעת מבטיח רמה מסוימת של אחריותיות. גופים אלה ממוצבים אפוא בין קצה אחד, שלפיו שופטים מנהלים

454 מרדכי הלר "מינוי שופטים: הפתרון למשבר העליון" תכלת 8 54 (תש"ס).

455 גביזון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 24. ראו גם מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב-תרבותית" מחקרי משפט יט 423, 427 (תשס"ג).

456 ראו למשל יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריותיות: מבט השוואתי" משפט וממשל י 489 (תשס"ז).



לבד את ענייניהם, ובין הקצה האחר של שליטה פוליטית מוחלטת בעניינים אלה.<sup>457</sup> קיימים בעולם דגמים שונים של מועצות שיפוטיות.

שיטת בחירת השופטים בישראל ידועה. את שופטי בית המשפט העליון בוחרת ועדה לבחירת שופטים המונה תשעה חברים, מהם ארבעה נבחרו ציבור – שני שרים מטעם הממשלה ושני חברי כנסת; שני נציגים של לשכת עורכי הדין; ושלושה נציגים של בית המשפט העליון – נשיא בית המשפט העליון ושני שופטים.<sup>458</sup> לצד הגיוון, הבטחת המקצועיות של השופטים הנבחרים והשמירה על חוסר תלות של מערכת המשפט במערכת הפוליטית, שיטה זו נהנית מלגיטימציה דמוקרטית מוגבלת שכן היא מעניקה רוב לגורמי המקצוע (אף שנציגי לשכת עורכי הדין הם לעיתים בעלי זיקות פוליטיות ברורות) ולשופטים על פני נבחרו הציבור. גירעון דמוקרטי זה מתחזק לכאורה לנוכח העובדה שבחירת שופט לבית המשפט העליון דורשת הסכמה של שבעה מחברי הוועדה (תיקון של החוק משנת 2008),<sup>459</sup> מה שמקנה לבית המשפט העליון מעין וטו על הבחירה. ואולם בהינתן כי בשיטה זו יש גם וטו לקואליציה, שיטה זו נהנית מלגיטימציה דמוקרטית רבה יותר מאשר בהליך הרגיל של מינוי שופטים, שאינו דורש רוב מיוחד, ושבו אנשי המקצוע יכולים להחליט בניגוד לעמדת הפוליטיקאים.

האם הדגם תואם את הקיים בעולם?

לפי מחקר של פורום קהלת, שכתבו עו"ד שייניצן כהן, עו"ד שמעון נטף וד"ר אביעד בקשי, מתוך 36 מדינות ה־OECD ב־31 מדינות (בכללן ארצות הברית, צרפת, קנדה ואוסטרליה) הסמכות למנות את שופטי הערכאה העליונה (בית

NUNO GAROUPA & TOM GINSBURG, JUDICIAL REPUTATION: A COMPARATIVE THEORY 457  
102-103 (University of Chicago Press, 2015)

458 סעיף 6 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], חשמ"ד-1984. ראו, Eli Salzberger, *Judicial Appointments and Promotions in Israel: Constitution, Law, and Politics*, in APPOINTING JUDGES IN AN AGE OF JUDICIAL POWER: CRITICAL PERSPECTIVES FROM AROUND THE WORLD 241 (Kate Malleon & Peter H. Russell eds., Toronto University Press, 2006)

459 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 55), התשס"ח-2008, ס"ח 2176, בעמ' 813.

משפט עליון או בית משפט לחוקה לפי העניין) נתונה בידי נבחר הציבור. לצד ישראל רק מדינות ספורות החברות ב־OECD (בריטניה, יוון, טורקיה ולוקסמבורג) נותנות לרשות השופטת מעמד מחייב בהליך הבחירה.<sup>460</sup> חשוב עם זה לציין שבכמה מדינות החברות ב־OECD (למשל בלגיה, גרמניה, ספרד ופורטוגל) מינוי השופטים אינו נעשה בלעדית באמצעות הקואליציה או באמצעות הממשלה, אלא באמצעות רוב מיוחס (שמחייב לרוב הסכמה בין הקואליציה לאופוזיציה או בין שני בתי הפרלמנט), ובמדינות אחרות קיימת חלוקה בין הרשויות כך שכל רשות ממנה כמה מהשופטים (למשל באיטליה, בבולגריה ובאוקראינה).<sup>461</sup>

כלומר השאלה העיקרית לדעתי אינה בהכרח זהותו של הגוף הדומיננטי במינוי (פוליטיקאים או שופטים), אלא האם הכוח ניתן לרוב הפוליטי. היות שבמדינות שונות גם אם שיטת הבחירה היא פוליטית קיימת מעורבות של משפטים באמצעות המלצה מיונהגית, חשוב גם לדעת מה מידת המעורבות של ההמלצות המקצועיות של הרשות השופטת או נציגיה בהליך המינוי, אף אם את המינוי עצמו עושה נבחר הציבור, ובאיזו מידה נבחר הציבור מתייחסים להמלצות אלו.<sup>462</sup>

**460** ראו ש־ניצן כהן, שמעון נטף ואביעד בקשי בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים: מחקר השוואתי (פורום קהלת, 2019).

**461** גיא לוריא הוועדה לבחירת שופטים 91–92 (מחקר מדיניות 137, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019).

**462** שמעון שטרית "ההליך מינוי שופטים: הליכים ואמות מידה" המשפט ח (השס"ג), 357, 362:

הסמכות הרשמית יכולה להיות נתונה בידיו של גוף אחד, אולם בפועל, גוף זה מפעיל את סמכותו רק לאחר קבלת המלצות מגופים אחרים. לעתים, פרקטיקות בלתי פורמליות כאלה עשויות להתפתח לדרגה כזו, שהמנגנון האמון על הפעלת הסמכות הרשמית חש מחויב להפעיל את הסמכות הנתונה לו, רק לאחר מילוי ההליך הבלתי פורמלי, ולעתים רק על פי ההמלצות שניחנו לו.

ראו גם לוריא, שם, בעמ' 95, ולפיו הטיעון ששיטת המינוי בישראל חריגה מתעלם - מההסדרים הבלתי פורמליים הנהוגים בשיטות משפט רבות, שלפיהם הגורמים המחליטים מתייעצים עם שופטים ועם גורמי מקצוע אחרים ומעניקים לעצוניהם משקל רב. כאמור למעלה, פרקטיקות אלה מחייבות את המסקנה שלא פעם בשיטות שבהן לנבחר הציבור ניתנה הסמכות הפורמלית למנות את השופטים, הבחירה בפועל מושפעת מאוד מדעתם של השופטים.

ממחקר של ד"ר גיא לוריא מהמכון הישראלי לדמוקרטיה עולה שבעולם ניכרת מגמה הדרגתית של ניסיונות לצמצם את הפוליטיזציה בתהליכי מינוי השופטים, הענקת משקל גדול יותר לשיקול המקצועי על חשבון שיקולים פוליטיים, ומעורבות דומיננטית יותר של שופטים בהליך המינוי בערכאות שיפוט מקצועית וגם בערכאות בעלות סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה.<sup>463</sup> דוגמה למדינה שבה לשופטים יש מעמד מכריע במינוי שופטי בית המשפט העליון היא הודו. אך שהחוקה ההודית קובעת כי הנשיא ממנה את שופטי בית המשפט העליון בהתייעצות עם נשיא בית המשפט העליון ושופטים נוספים, קבע בית המשפט העליון, בסדרת פסקי דין, כי לעצתו של נשיא בית המשפט ולארבעה מחבר שופטיו מעמד מכריע במינוי.<sup>464</sup> בשנים שלאחר מכן ניסה הפרלמנט לשנות את שיטת מינוי השופטים וליצור לשם כך ועדה לאומית – בדומה לוועדה לבחירת שופטים שלנו – המורכבת, נוסף על שופטים, גם משר המשפטים ושני בכירים. בשנת 2014 ניסה הפרלמנט לעשות את השינוי באמצעות תיקון לחוקה והעברת חוק המסדיר את שיטת המינויים החדשה, ואולם בשנת 2015 קבע בית המשפט העליון ההודי כי התיקון אינו חוקתי, שכן ההסדר שנקבע פוגע בעצמאות השיפוטית, שהיא מאפיין בסיסי של החוקה ההודית.<sup>465</sup>

**463** לוריא, לעיל ה"ש 461, בעמ' 83, 94-95.

**464** בפסק דין מפורסם 4 S.C.C. 441 (1993) *Second Judges Case*, דן בית המשפט העליון של הודו בהליך המינוי של שופטים לבית המשפט העליון ולבתי משפט גבוהים ובהעברת שופטים מתפקידם. החוקה ההודית דורשת כאמור מהרשות המבצעת להיוועץ עם נשיא בית המשפט העליון של הודו בנוגע למינוי שופטים. השאלה הייתה אם לנשיא בית המשפט העליון "עליונות" בנושאים אלה באופן שהסכמתו הכרחית בשביל המינויים. כדי לפתור את השאלה סבר בית המשפט העליון כי עליו למלא חסר בחוקה באמצעות קריאת מנהג לתוך החוקה (*reading-in*). לדיון השוואתי בשאלת האכיפה המשפטית של מנהג חוקתי ראו Farrah Ahmed, Richard Albert, & Adam Perry, *Judging Constitutional Conventions*, 17(3) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 787 (2019). בהקשר של המשפט הציבורי הישראלי ראו שמעון שטרית "תמנהג במשפט הציבורי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 386 (יצחק זמיר עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1993).

**465** *Supreme Court Advocates-on-Record Ass'n v. Union of India*, (2015) 4 SCC 1 (India) על פסיקה זו ראו Rehan Abeyratne, *Upholding Judicial Supremacy in India: The NJAC Judgment in Comparative Perspective*, 49 GEORGE WASHINGTON INTERNATIONAL LAW REVIEW 569 (2016). לדיון מקיף ראו ARGHYA

נראה לי שהכשל העיקרי בהשוואות למדינות אחרות טמון בהיברידיות של השיטה הישראלית – שבה קיים בית משפט עליון שמצד אחד מתפקד כמעין בית משפט חוקתי, שכן פעמים רבות הפנייה אליו נעשית ישירות ולא אחת בתקיפה מופשטת של חקיקה;<sup>466</sup> ומצד אחר משמש כערכאת ערעור בנושאים אזרחיים ופלייליים.<sup>467</sup> כלומר, בהינתן שיטת המשפט המעורבת הישראלית,<sup>468</sup> עולה השאלה אם את שיטת המינוי נכון להשוות לזו הביזורית של המשפט המקובל, המדגישה מקצועיות; או לזו הריכוזית של המשפט הקונטיננטלי, המדגישה את ההיבט הפוליטי?

המבקרים את השיטה לבחירת שופטים בישראל טוענים כי –

[זו דוגמה] למערכת המסייעת בידי בית המשפט, אם ירצה בכך, לשמור על אופיו המונוליטי. המחוקק הישראלי מעניק לשופטי בית המשפט העליון ייצוג נכבד במנגנון של בחירת השופטים בישראל, ובתוספת הפרקטיקה שהתפתחה עם השנים, ניתן לומר, בלא להפריז, כי בכוחם של שופטי בית המשפט העליון לקבוע, במידה רבה, מי יהיו חבריהם. מציאות זו יכולה להסביר

---

SENGUPTA & RITWIKI SHARMA (eds.), APPOINTMENT OF JUDGES TO THE SUPREME COURT OF INDIA: TRANSPARENCY, ACCOUNTABILITY, AND INDEPENDENCE (Oxford University Press, 2017)

**466** השופט יגאל מרזל מציין שמסיבה זו הליך הביקורת השיפוטית בישראל על חוקתיות החוק מתקרב "לביקורת האבסטרקטיבית הנוהגת בבתי דין לחוקה במדינות קונטיננטליות". ראו יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" **משפטים** לט 347, 386 (2010). עידו פורת מציין כי האפשרות לתקוף חוק בתקיפה מופשטת התפתחה בהקשר של מה שהוא מכנה "מנהליזציה של המשפט החוקתי". ראו עידו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" **עיוני משפט** לז 713, 749 (2016).

**467** על כך כבר כתב קליין:

למעמדו של בית-המשפט העליון בישראל בהשוואה לערכאות מקבילות בעולם (של ה־Common Law) [...] אין ככל הנראה אח ורע בעולם. היש צורך להזכיר שבי־המשפט העליון בישראל הינו גם בית־משפט לערעורים (פלייליים ואזרחיים) וגם בית־דין לעניינים מנהליים, וברוב המקרים הוא דן כערכאה ראשונה ואחרונה? ראו קליין "בית־דין לחוקה", **לעיל** ה"ש 220, בעמ' 502.

**468** אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל: מסורתה ותרבותה" **הפרקליט** מ 197 (1992).

מדוע בית המשפט העליון נחשב בידי רבים למייצגם של מגזרים

מסוימים בלבד בחברה הישראלית.<sup>469</sup>

ואכן כיום, בעידן של שונות וגיוון חברתי (diversity), יש מודעות גבוהה לצורך שבתי משפט ישקפו את החברה שהם פועלים בה.<sup>470</sup> בשיקוף כוונתי לביטוי של פלורליזם הדעות בחברה, ולא לייצוג יחסי מדויק של הרכב האוכלוסייה.<sup>471</sup>

בעבר אכן הייתה מערכת המשפט הומוגנית יחסית במאפייניה החברתיים. ואולם ממחקר שערך לאחרונה אלון חספר עולה שבעשרים וחמש השנים האחרונות השתנה ללא היכר הרכב בתי המשפט.<sup>472</sup> ואכן, בשנת 1992 בתוך כלל השופטים

469 ספיר "ההליך החוקתי", לעיל ה"ש 213, בעמ' 486.

Graham Gee & Erika Rackley, *Introduction: Diversity and the JAC's First Ten Years*, in DEBATING JUDICIAL APPOINTMENTS IN AN AGE OF DIVERSITY (Graham Gee & Erika Rackley eds., Routledge, 2017). על העיקרון שלפיו על המערכת השיפוטית לשקף את החברה שבתוכה היא פועלת ראו, Shimon Shetreet, *The Doctrinal Reasoning for More Women Judges: The Principle of Reflective Judiciary*, in WOMEN IN LAW 183 (Shimon Shetreet ed., Kluwer Law International, 1998)

471 זה מה שזידידיה שטרן מכנה "ייצוגיות זהותית". ראו זידידיה צ' שטרן "בין שופט לשיפוט – אגב ספרו של אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית" **משפט וממשל** ט (תשס"ו), 202, 189:

ה"ייצוגיות הזהותית" מתמקדת בפונקציית מטרה מורכבת יותר, עדינה, שנועדה להביא לתוך בית המשפט אנשים שמעגלי הזהות, שמתוכם הם מתפקדים, מייצגים בצורה מספקת את קווי היסוד של המוזאיקה החברתית והתרבותית של החברה שלנו. הייצוגיות הזהותית איננה אמורה להביא לידי ביטוי כוחות או תנועות הפועלים בחברה הישראלית, אלא היא אמורה לתת ביטוי להטרובוגניות התרבותית של הצרכנים של המשפט, לתפיסות הערכיות ולרחשי הלב הרווחים בציבור.

472 אלון חספר "מקום ליד השולחן: על ההרכב החברתי והמקצועי של הרשות השופטת" **מחקרי משפט** לג (עמית להתפרסם ב-2021):

במהלך תקופה זו, גדל חלקו היחסי של השופטות כך שכיום הן מהוות מעל ל-50% מכלל השופטים; שיעור השופטים הערבים הכפיל עצמו (אם כי נותר פחות ממחצית שיעורם בחברה הישראלית); שיעורם של שופטים יהודים בעלי רקע דתי-לאומי, שכבר בשנות ה-90 של המאה הקודמת נע שיעורם סביב חלקם באוכלוסייה הכללית, עלה אל מעבר

30% היו נשים, 17% שופטים יהודים־דתיים, ו־3% שופטים ערבים. רק 10% מכלל השופטים גדלו ביישוב שמשויך לששת האשכולות הנמוכים מבחינה חברתית־כלכלית. בשנת 2017 לעומת זה 51% מכלל השופטים היו נשים, 20% יהודים־דתיים, 8% ערבים, ו־23% גדלו בערים מאשכולות נמוכים מבחינה חברתית־כלכלית. כלל שופטים אלו הם בעלי השכלה משפטית מגוונת יותר מבחינת מוסדות הלימוד. כמובן, יש עוד מקום לשיפור. שיעור השופטים הערבים עדיין נמוך במחצית מחלקם באוכלוסייה, ואילו חלקן של הנשים פוחת ככל שערכאת השיפוט גבוהה יותר. אך עדיין מדובר בהרכב מגוון מאוד שישפיע בעתיד גם על הגיוון בבית המשפט העליון, שכבר היום מגוון הרבה יותר מבעבר: בשנת 2019 מתוך 15 שופטי בית המשפט העליון 4 שופטים הם דתיים־לאומים, 4 נשים, 2 שופטים נוספים הם בוגרי מערכת החינוך הממלכתית־דתית, ושופט אחד הוא ערבי.<sup>473</sup> לנוכח נתונים אלה והמגמות המוצגות במחקר זה, הטענה בדבר היעדר שיקוף או גיוון אינה נראית חזקה במיוחד.

מן העבר השני יתרונותיה של השיטה הישראלית הם כאמור הדגש על מקצועיות והגבלת היכולת לעשות שימוש פוליטי לרעה בהליך המינוי, מאפיינים שמגבירים את אמון הציבור במערכת השפיטה.<sup>474</sup> זאב סגל חזה נכון כי "ככל שהביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים תלך ותיעשה תופעה מקובלת, כך שייפסלו הלכה למעשה הוראות חקיקה, הגורמים הפוליטיים השותפים לבחירת שופטים בישראל מקרב שרי הממשלה וחברי הכנסת יהיו מעוניינים יותר בבחינת הרקע האידיאולוגי של המועמדים למינוי".<sup>475</sup> איני רואה פסול בכך שבדיוני הוועדה למינוי שופטים יעמדו חברי הוועדה על השקפותיהם ועל הרקע האידיאולוגי של מועמדים לשפיטה בבית המשפט העליון, ואף ישאלו את המועמדים עליהם. אני

---

לשיעורם באוכלוסייה; ושיעורם של שופטים יהודים שגדלו בפריפריה החברתית־כלכלית של ישראל הכפיל עצמו, כך שהוא עומד כיום על רבע מהשופטים היהודים.

. שם 473

Zeev Segal, *A Constitution Without a Constitution: The Israeli Experience and The American Impact*, 21 CAPITAL UNIVERSITY LAW REVIEW 16 (1992) 474

475 סגל, לעיל ה"ש 255, בעמ' 249.

מתנגד לשימוע פרלמנטרי פתוח ומלא המעורר בעיות שונות, כפי שניתן ללמוד מהניסיון האמריקאי, שם נהפכו השימועים "לזירה להשפלת המועמדים בידי חברי סנאט שמנסים להכשיל את מינויים או לצבור נקודות בקרב הבוחרים".<sup>476</sup>

מה שיש להימנע ממנו במיוחד הוא פוליטיזציה של השפיטה באמצעות השפעות פוליטיות על מינוי שופטים. כמו שכתב שטרית:

השיקול המכריע במערך השיקולים בהליך מינויים הנו הצורך להבטיח את בחירת המועמדים המתאימים ביותר, ולדחות על הסף שיקולים לא עניינים בהליך הבחירה, כדוגמת השתייכות פוליטית [...] שיקול מכריע נוסף שצריך להילקח בחשבון בהליך הבחירה, הנו הצורך להבטיח כי שליטת הרשות המבצעת בהליך מינוי הרשות השופטת לא תגרום לעיצובה של רשות שופטת המבקשת לרצות את הרשויות האחרות.<sup>477</sup>

לנוכח כל זאת אין מקום להחליף את השיטה הקיימת בזו של מינויים פוליטיים. בראש ובראשונה לא ברור ששיטות המינוי הפוליטיות והפרלמנטריות של שופטים חוקתיים – למשל כמו השיטה המקובלת במדינות אירופיות רבות – טובות יותר. שיטה זו, כפי שהראה ד"ר פבלו קסטילו-אורטיז (Castillo-Ortiz),<sup>478</sup> דווקא מביאה לידי בעיות מורכבות: ראשית, גם בשיטות קונטיננטליות שחקנים פוליטיים משתמשים באופי הפוליטי של מינוי השופטים החוקתיים כדי לתקוף בתי משפט כשהם אינם אוהבים את החלטותיהם, למשל בטענות שבית המשפט מוטה פוליטית או נשלט על ידי יריבים פוליטיים.<sup>479</sup>

476 כהן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 305.

477 שטרית "תהליך מינוי שופטים", לעיל ה"ש 462, בעמ' 360-361.

478 Pablo Castillo-Ortiz, *Constitutional Courts, Democracy, and Judicial Independence in Europe*, GEORGETOWN JOURNAL OF INTERNATIONAL AFFAIRS ONLINE, April 28, 2020

479 Pablo José Castillo-Ortiz, *Framing the Court: Political Reactions to the Ruling on the Declaration of Sovereignty of the Catalan Parliament*, 7 HAGUE JOURNAL ON THE RULE OF LAW 27 (2015)

שנית, בניגוד לתפיסה שמינוי פוליטי מחזק את אמון הציבור במערכת המשפט, בשל הנראות והאופי הפוליטיים של בתי משפט חוקתיים, דווקא במדינות אירופיות שבהם יש בתי משפט חוקתיים לאזרחים יש תפיסה נמוכה של מערכת המשפט בכללותה בכל הנוגע למדדי עצמאות שיפוטית והוגנות משפטית. נטייה זו נחלשת ככל שהמדינה ותיקה וממוסדת יותר. התמונה של בית משפט שמורכב משופטים שמונו פוליטית ומכריעים בנושאים פוליטיים לבקשת פוליטיקאים, מתנגשת עם הרעיון של שיפוט עצמאי ואפוליטי המכריע בסכסוכים משיקולים משפטיים:

בתי משפט חוקתיים [...] עלולים להזיק לתדמית ההוגנות של מערכת המשפט, שכן הם תורמים לתפיסה חברתית של בתי המשפט המבוססת על לוגיקה פוליטית-מפלגתית. פוליטיזציה של מוסד כבית משפט חוקתי מרמזת שהמוסד השיפוטי החשוב ביותר במדינה אינו מכריע כשהוא עצמאי מלחצים פוליטיים. בתרחיש זה האידאל של שופטים ניטרלים המסוגלים להחליט החלטות הוגנות שאינן מוטות מתערער, ויחד עימו מתדרדרת התפיסה החברתית של מערכת המשפט בכללותה.<sup>480</sup>

כלומר, בניגוד לטענותיהם של המצדדים בשינוי השיטה, שלפיהן כדי לחזק את הלגיטימיות של בית המשפט יש לחזק את הדומיננטיות הפוליטית במינוי שופטים, נראה כי יש מתח בין מינוי שופטים פרלמנטרי או פוליטי ובין יכולתם של בתי המשפט לשמור על רמה נאותה של לגיטימיות חברתית, בייחוד בעידן של קיטוב פוליטי.<sup>481</sup>

ולבסוף קיימת כאמור הסכנה שעל בתי המשפט ישתלטו שחקנים שאינם ליברלים. במדינות שונות הרשות המבצעת מבקשת להיפטר ממגבלות חוקתיות על כוחה, ולשם כך מבקשת להשתלט על בית המשפט בין היתר באמצעות ההליך למינוי השופטים. ממשלות לא-ליברליות ששולטות בפרלמנט או בהליך

Rosa M. Navarrete & Pablo Castillo-Ortiz, *Constitutional Courts* 480  
and *Citizens' Perceptions of Judicial Systems in Europe*, 18 *COMPARATIVE  
EUROPEAN POLITICS* 128 (2020)

Castillo-Ortiz, *The Dilemmas* 481, לעיל ה"ש 337.



המינוי ממנות לבתי המשפט החוקתיים שופטים חוקתיים שנתפסים "נוחים" או "נאמנים" למשטר, ואז בית המשפט אינו מסוגל או אינו מעוניין להתנגד לנטיות האוטוריטריות של המשטרים. כשבשיטת המינוי שולט הרוב הפוליטי, השתלטות כזאת נעשית קלה יותר.<sup>482</sup>

לנוכח כל אלה, טוען קסטילר-אורטיז, יש "לחשב מסלול מחדש". כדי שבתי משפט חוקתיים יוכלו להגן באופן מיטבי על החוקה, על זכויות היסוד ועל הדמוקרטיה, יש לפעול לדה־פוליטיזציה שלהם. אחדות ממדינות אירופה כבר צועדות בכיוון זה (כמו שציין גם לוריא במחקרו), שכן ביכולתו לתרום לחיזוק הלגיטימיות המקצועית ולתפיסת הניטרליות של בתי המשפט.<sup>483</sup> וכשם שדה־פוליטיזציה הוא הכיוון הרצוי באירופה, גם בישראל אין להפוך את מינוי השופטים להכרעה פוליטית בלבד שתביא לידי פוליטיזציה ומפלגתיות של השפיטה ולפגיעה בעצמאות השיפוטית. כמו שציין שטרית:

מבחינת איתלות השופטים אין פגם בהשתתפות הרשות המבצעת בתהליך מינוים, אולם איתלות זו עשויה להיפגע כאשר מעניקים לרשות המבצעת שליטה מלאה ובלעדית בתהליך מינוי השופטים. פגיעה זו עלולה לצמוח מבחירת שופטים בידי הרשות המבצעת על־פי אמות־מידה שיהיו נוחות לרשות המבצעת מבחינת שייכותם הפוליטית, השקפותיהם האידיאולוגיות והחברתיות, נטיותיהם האישיות והמקצועיות, מידת הזדהותם עם הרשות המבצעת ותמיכתם באישים המכונים בה [...] כדי להגן על איתלות השיפוטית, לצמצם את השיקולים הפוליטיים־מפלגתיים במינוי השופטים וכדי

Pablo Castillo-Ortiz, *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, 15(1) EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW 48 (2019) 482. לעיל ה"ש 341. Ginsburg & Bugarcic

Castillo-Ortiz, *The Dilemmas*, לעיל ה"ש 337. קוטסילר-אורטיז מציין שם שאפילו קלזן עצמו חשב על חלופות למצב שבו הפרלמנט הוא שממנה את השופטים החוקתיים. ראו Vinca, לעיל ה"ש 98, בעמ' 48.

להבטיח רמה מקצועית נאותה של המועמדים לכהן בשפיטה, משתתפים שופטים ועורכי־דין בתהליך המינוי.<sup>484</sup>

ואמנם, המבקש לחזק את הייצוגיות הפוליטית בבחירת השופטים יכול להעלות מגוון של חלופות שייתנו מענה הולם יותר למשבר הלגיטימציה והייצוג, כשלכל אחת יתרונות וחסרונות. כך למשל אפשר להגדיל את כוחם של הנציגים הפוליטיים בוועדה למינוי שופטים. הצעה זו רלוונטית רק אם נשארים בדגם ביזורי מלא, שבו לכל בית משפט הסמכות לביקורת שיפוטית. עם זאת, היות שבמחקר זה מוצע דגם ריכוזי, שבו רק לבית המשפט העליון הסמכות לביקורת שיפוטית, נדמה שאין להגדיל את ההשפעה הפוליטית על מינוי שופטים בערכאות הנמוכות.

לחלופין אפשר להציע כי הכנסת (או ועדת החוקה של הכנסת) תבחר שופט בדימוס של בית המשפט העליון ונשיא בדימוס של בית המשפט המחוזי לוועדה לבחירת שופטים. זו החלופה שהציע סומר. לדעתו, בחירת חברים אלו בידי הכנסת, המצויה מחוץ למערכת המשפט, מבטיחה כי אנשים אלה יהיו בעלי מוניטין וניסיון רלוונטי, אך לא יצביעו בהכרח באופן אוטומטי עם קבוצת השופטים.<sup>485</sup> לפי חלופה אחרת מינויים לבית המשפט העליון ידרשו רוב של שני שלישים בלבד, כלומר שישה מתוך תשעה חברי הוועדה (במקום השבעה הנדרשים כיום). שינוי זה יבטיח שמינויים לערכאה העליונה יתקבלו בהסכמה רחבה ובתמיכת הנציגים הפוליטיים במינוי, אך החיסרון העיקרי הוא שמינוי לעליון יכול להתקבל גם ללא כל תמיכה של השופטים בוועדה. הבעיה בחלופות אלה שהן אינן מקדמות את עקרון המקצועיות או את עצמאות השפיטה.

מכיוון שדגם הביקורת השיפוטית המוצע כאן הוא דגם ריכוזי בבית המשפט העליון, שימשיך בתפקידו גם כערכאת ערעור בנושאים פליליים, אזרחיים ומינהליים, יש אפוא חשיבות עליונה להקפיד ולשמור על מומחיות ועל מקצועיות ולהגן על ההליך מפני פוליטיזציה של השפיטה. זאת ועוד, מכיוון שעל פי המוצע במחקר זה סמכויות בית המשפט יצומצמו – על ידי הדרישה של רוב

**484** שמעון שטרית "ארבעים שנה למשפט החוקתי: התפתחויות בדיני חוקה: סוגיות נבחרות" משפטים יט 573, 580 (תש"ן).

**485** סומר "לרבע את המעגל", לעיל ה"ש 279.

מיוחד לבטלות חקיקה – ההקפדה על עצמאות שיפוטית משליטת פוליטיקאים גדלה.<sup>486</sup>

לשיטת המינויים הנוכחית יתרון גדול שהולם את מערכת המשפט, שכן היא מאזנת היטב בין הצורך של מקצועיות משפטית באמצעות חברותם של שלושה שופטים ושני עורכי דין; ובין הצורך של ייצוג פוליטי באמצעות חברותם בוועדה של שני שרים ושני חברי הכנסת. למעשה, הדגם הקיים בישראל נהנה מיתרונות של כל העולמות: ייצוג פוליטי (ודרישה להסכמה רחבה לשם מינוי לבית המשפט העליון) והקפדה על המקצועיות. לכן לנוכח החסרונות של דומיננטיות פוליטית בבחירת שופטים, אין לשנות את השיטה הישראלית.

ואולם שינוי אחד שכן מוצע הוא לקבע בחקיקה את הנוהג שלפיו אחד מנציגי חברי הכנסת בוועדה הוא מהאופוזיציה, וכן את הדרך שבה האופוזיציה בוחרת נציג זה: יש לוודא כי את הנציג הזה תקבע ישירות האופוזיציה והוא לא ייבחר בהצבעה כללית בכנסת. במובן זה אני מצדד בעמדתו של בית המשפט העליון בפסק דין אבירם נ' שרת המשפטים משנת 2017 ולפיה הפרקטיקה הנוהגת בכנסת של בחירת נציג מסיעת אופוזיציה לחברות בוועדה לבחירת שופטים ראויה ומשרתת תכליות משטריות חשובות, ובקריאתו של בית המשפט לכנסת להסדיר את הנושא באופן מפורש.<sup>487</sup> כמו שציינה השופטת דפנה ברק-ארז בפסק דין מאוחר יותר שבו נתבקש בית המשפט להכריז על בטלות החלטת כנסת לבחור שני נציגים מהקואליציה כנציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים:

נציגות לאופוזיציה תשרת את החתירה למגוון של נקודות מבט בהליך של מינוי שופטים. היא תיתן ביטוי לתפקידה החשוב

486 Castillo-Ortiz, *The Dilemmas*, לעיל ה"ש 337.

487 בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (1.2.2017). בפסק דין זה דחה בית המשפט העליון מחמת שיהוי עתירה נגד היעדר ייצוג לאופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים שמקורה במעבר של מפלגת ישראל ביתנו מהאופוזיציה לקואליציה, בלי להכריע בשאלה אם חל מנהג חוקתי בכלל ובנסיבות המקרה בפרט. זו גם הצעתו של לוריא, לעיל ה"ש 461, בעמ' 99, 117.

של האופוזיציה במשטר הדמוקרטי שלנו, וכן תתרום לחיזוק העצמאות ואי־התלות של הרשות השופטת.<sup>488</sup>

עיגון זה ישקף את תפקידה החשוב של האופוזיציה בדמוקרטיה הפרלמנטרית הישראלית.<sup>489</sup> אף שיכולת ההשפעה של נציג אחד מצומצמת יחסית, בוודאי בהשוואה לממשלה, שלה שלושה נציגים (שני שרים וחבר מהקואליציה), שינוי זה נועד להבטיח פלורליזם, מגוון דעות ושיקוף של נציגי העם בוועדה, וכן לשמש כמנגנון בטיחות מפני השתלטות חוקתית של הרשות המבצעת באמצעות חברי הקואליציה על ההליך של מינוי השופטים. עיגון האופוזיציה משקף גם ערכים של פשרה וקונצנזוס, כמו שמוצע במחקר גם לעניין דרישת הרוב המיוחד לבטלות חקיקה.

**488** בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 1 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק־ארז (20.8.2020). בפסק דין זה קבע בית המשפט העליון כי אף שבמישור המשפט הרצוי יש חשיבות לבחירתו של נציג מהאופוזיציה לוועדה, אין עילה להורות על כך במשפט המצוי שכן קשה להצביע על פרקטיקה עקיבה ואחידה בעניין זה שהפכה למנהג מחייב, בוודאי כשמדובר בממשלת אחדות פריטטית.

**489** יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" משפטים לח 217 (תשס"ח-תשס"ט).

## זכות עמידה ושפיטות

הביקורת הפוליטית, האקדמית והציבורית נגד בית המשפט נסבה פעמים רבות סביב הסוגיות של זכות העמידה, השפיטות ומבחן הסבירות. אף שסוגיות אלה רחבות מביקורת חוקתית ונוגעות גם – ואולי בעיקר – לביקורת על החלטות של המינהל והרשות המבצעת, נדמה לי שיש מקום להתייחס בקצרה לפחות לזכות העמידה ולשפיטות, סוגיות שקשורות קשר הדוק לסמכות הביקורת החוקתית, שכן כללים "ליברליים יותר בנוגע לעמידה מקילים על ביקורת שיפוטית של חקיקה; ואילו כללים נוקשים יותר מפחיתים את האפשרויות לביקורת חוקתית".<sup>490</sup>

.א

זכות העמידה

שאלת הגישה לבית המשפט ולמי יש זכות עמידה (*locus standi*) לפניו מורכבת ובעלת השפעה רבה על הסדר החוקתי. המשפט ההשוואתי מלמדנו שכמו דגמים של ביקורת חוקתית, לדגמים של זכות העמידה מנעד רחב של עיצובים וחלופות, ואין מדובר ב"הכול או לא כלום". בדגם ביזורי בתי המשפט דנים בדרך כלל בשאלות חוקתיות באמצעות ביקורת קונקרטיית שעלתה בהליך משפטי.<sup>491</sup>

Richard S. Kay, *Standing to Raise Constitutional Issues: A Comparative Analysis*, in *STANDING TO RAISE CONSTITUTIONAL ISSUES: COMPARATIVE PERSPECTIVES 1* (Richard Kay ed., Bruylant, 2005) 490

John C. Reitz, *Standing to Raise Constitutional Issues*, 50 *THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW* 437 (2002). להשוואת הגישה האמריקאית לאלה שבאנגליה, בגרמניה ובהודו ראו Roxane Reiser, *Towards an Actio Popularis: Standing and Constitutional Values – A Comparative Analysis*, 2 *OXFORD UNIVERSITY UNDERGRADUATE LAW JOURNAL* 24 (2013) 491

כשמדובר בדגם ריכוזי, כלומר בעתירה חוקתית לבתי משפט חוקתיים, קיימות ארבע דרכי פנייה עיקריות (שלעיתים אינן מוציאות זו את זו):<sup>492</sup>

**(א)** גישה ישירה לציבור, כלומר פנייה ישירה לבית המשפט החוקתי של יחידים הטוענים שחקיקה פוגעת בזכויותיהם החוקתיות. ועידת ונציה, גוף מומחים המייעץ למועצת אירופה (CoE) בתחומי המשפט החוקתי, מציינת כי האפשרות לפנייה של יחידים קיימת באלבניה, באנדורה, בארמניה, באוסטריה, באזרביג'ן, בבלגיה, בבוסניה והרצגובינה, בקרואטיה, בקפריסין, ברפובליקה של צ'כיה, בגאורגיה, בגרמניה, בלטביה, בליכטנשטיין, במלטה, במונטנגרו, בפולין, בסרביה, בסלובניה, בדרום אפריקה, בספרד, בשווייץ, ברפובליקה של מקדוניה ובסלובקיה.<sup>493</sup> משנת 2012 גם החוקה הטורקית מאפשרת פנייה ישירה של יחידים.<sup>494</sup>

**(ב)** פנייה ישירה של בעלי תפקידים רשמיים כגון יושב ראש הפרלמנט, מבקר המדינה, נשיא המדינה, הקבינט, נציב זכויות אדם, ועדת הבחירות, חבר פרלמנט יחיד או מספר מינימלי של חברי פרלמנט. גישה ישירה זו לבית המשפט מצומצמת יותר, ומוגבלת לעניין ביקורת חוקתית מופשטת רק למוסדות המדינה. בצרפת למשל סעיף 61.2 לחוקה קובע שרק נשיא הרפובליקה, ראש הממשלה, יושבי ראש בתי הפרלמנט או קבוצה של שישים חברים של אחד מבתי המחוקקים

Andrew Harding, *The Fundamentals of Constitutional Courts*, 492  
CONSTITUTION BRIEF 5 (IDEA, 2017)

European Commission for Democracy Through Law, Study on 493  
Individual Access to Constitutional Justice, Study N. 538/2009 (Venice  
Commission), 23 (Strasbourg, January 27, 2011). לבחינה השוואתית ראו  
Gianluca Gentili, *A Comparative Perspective on Direct Access to the  
Constitutional and Supreme Courts in Africa, Asia, Europe and Latin  
America: Assessing Advantages for the Italian Constitutional Court*,  
29 PENN STATE INTERNATIONAL LAW REVIEW 705 (2010-2011)

Engin Yildirim, *The Odyssey of the Turkish Constitutional 494  
Court into the World of Individual Application*, 18(4) INSIGHT TURKEY 41  
(2016); Engin Yildirim & Serdar Gulener, *Individual Application to the  
Turkish Constitutional Court as a Case of Constitutional Transfer*,  
5(2) GLOBAL CONSTITUTIONALISM 269 (2016)

יכולים להפנות חוק למועצה החוקתית; ובליטא סעיף 106 של החוקה מ־1992 קבע שפנייה ישירה לבית המשפט החוקתי תתאפשר רק לממשלה, לפחות לחמישית מחברי הפרלמנט, לנשיא או לבתי משפט אחרים. בשנת 2019 תוקנה החוקה באופן שמאפשר גם ליחידים שזכויותיהם נפגעו להגיש תלונות חוקתיות ישירות לבית המשפט.<sup>495</sup> הדגם המצומצם מבוסס על הדגם של בית המשפט החוקתי האוסטרי משנת 1920, ולפיו רק הממשלה המדינתית והפדרלית הייתה רשאית להפנות אליו שאלות חוקתיות או רחבות יותר, אך תיקון משנת 1975 מאפשר גם פנייה ישירה של יחידים (*Individualantrag*).<sup>496</sup>

(ג) הפניה של ערכאה שיפוטית אזרחית או פלילית בנוגע לסוגיה חוקתית שהתעוררה בהליך משפטי, כמו שמקובל למשל בגרמניה, שם בית המשפט החוקתי מאפשר לשופטים רגילים להפנות אליו שאלות חוקתיות אך פנייה אליו מותרת גם בערוצים נוספים כגון פניה ישירה של גופים פוליטיים ושל יחידים;

(ד) פנייה ישירה של כל אדם, לרבות ארגוני החברה האזרחית, הרשאים להביא מקרה כעתירה ציבורית (*public interest litigation/ actio popularis*).<sup>497</sup>

השאלה אם לאפשר עמידה לעותרים ציבוריים – כלומר לאפשר לכל אדם לפנות לבית המשפט בעניין אי־חוקתיות לשם האינטרס הציבורי – קשורה לתפיסה של הביקורת השיפוטית:

הבעיה של זכות עמידה במשפט הציבורי קשורה באופן הדוק עם תפקידה של מערכת השפיטה בהליך הממשלי. האם הפונקציה

Aušra Kargaudienė, *Individual Constitutional Complaint in Lithuania: Conception and the Legal Issues*, 4(1) *BALTIC JOURNAL OF LAW & POLITICS* 157 (2011); Agne Limantė, *Lithuania Introduces Individual Constitutional Complaint*, *VERFBLOG* (March 26, 2019)

להרחבה ראו Anna Gamper & Francesco Palermo, *The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review*, 3(2) *JOURNAL OF COMPARATIVE LAW* 64 (2008)

Gianluca Gentili, *A Comparison of European Systems of Direct Access to Constitutional Judges: Exploring Advantages for the Italian Constitutional Court*, 4(1) *ITALIAN JOURNAL OF PUBLIC LAW* 159, 168 (2012)

השיפוטית נועדה בעיקר לשמר את הסדר המשפטי על ידי הגבלה של מוסדות החקיקה והביצוע של הממשל במסגרת סמכויותיהם בשם האינטרס הציבורי (jurisdiction de droit objectif) או שהיא מכוונת להגן על פרטים על ידי מניעת פגיעות שאינן חוקיות בזכויות הפרט (jurisdiction de droit subjectif)? העמדה הראשונה מבוססת על התאוריה שבתי המשפט הם הפוסקים הסופיים בשאלה מה חוקי ומה לא. היות שהתכלית הדומיננטית היא להבטיח שמירה על החוק, ניתן להבטיח זאת באופן מיטבי על ידי מתן אפשרות לכל אדם להפעיל את ההליך השיפוטי כמו ה־action popularis של המשפט הרומי, שלפיו כל אזרח היה רשאי לפעול משפטית ביחס לעברה ציבורית.<sup>498</sup>

ואכן, הרעיון של העותר הציבורי מקורו במוסד ה־*actio popularis* של המשפט הרומי, ולפיו כל אחד מהציבור (quivus ex populo) יכול לפתוח בהליך משפטי לטובת אינטרס ציבורי.<sup>499</sup>

דוגמה מובהקת למדינה עם זכות עתירה ציבורית היא הודו. באמצע שנות השבעים של המאה ה־20 שינה בית המשפט העליון ההודי את כללי העמידה המסורתיים שלפיהם רק מי שנפגע אישית יכול לבקש סעד שיפוטי, ואפשר עתירה ציבורית (public interest litigation) כך שכל מי שפועל בתום לב רשאי לפנות לבית המשפט כדי לתקן עוולה משפטית שנגרמה בעקבות הפרה של זכות משפטית או חוקתית. בהודו אפשר בית המשפט העליון הרחבה זו של זכות העמידה כדי לחזק את שלטון החוק ולאפשר השגת צדק לקבוצות מוחלשות.<sup>500</sup>

SU MIEN THIO, *LOCUS STANDI AND JUDICIAL REVIEW* 2-3 (Singapore University Press, 1971) **498**

Peter P. Mercer, *The Citizen's Right to Sue in the Public Interest: The Roman Actio Popularis Revisited*, 21(1) UNIVERSITY OF WESTERN ONTARIO LAW REVIEW 89, 97-99 (1983) **499**

K. Surendea Mohan, *Public Interest Litigation and Locus Standi*, 500 ANUJ CLLI ראו COCHIN UNIVERSITY LAW REVIEW, 523, 527-531 (1984) BHUWANIA, *COURTING THE PEOPLE: PUBLIC INTEREST LITIGATION IN POST-EMERGENCY INDIA* (Cambridge University Press, 2016) **500**



השינוי אפשר להרחיב את ההכרה בזכויות יסוד ואת ההשתתפות ציבורית בקבלת החלטות ממשלתית וכן תרם לאחריותיות שלטון ולמשילות טובה (good governance). מובן שזכות עמידה רחבה אפשר גם לנצל כדי להשיג אינטרסים פרטיים, רווח פוליטי או פשוט פרסום. לכן הניסיון ההודי מלמד שבדמוקרטיה יש ליצור איזון ראוי בין התרה של זכות עמידה רחבה, ובין ההקפדה שזו לא תהפוך למכשיר שדרכו בית המשפט מוצא עצמו "מנהל את המדינה" וחודר לתחומיהן של הרשויות הפוליטיות.<sup>501</sup>

פרט להודו, עתירות ציבוריות (public interest litigation) על סוגיהן מוכרות כיום בעוד כמה מדינות של חבר העמים הבריטי כגון דרום אפריקה, בנגלדש, פקיסטן, ניגריה, קניה, אוגנדה ועד לאחרונה גם טנזניה.<sup>502</sup> אפשרות לעתירות כאלה קיימת

Surya Deva, *Public Interest Litigation in India: A Critical Review*, 28 CIVIL JUSTICE QUARTERLY 19 (2009); Ansuman Rabboni & P. Kingsley Alfred Chandrasekaran, *Actio Popularis: A Perspective Analysis on Public Interest Litigation of India*, 72(2) THE INDIAN JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE 463 (2011)

Issa G. Shivji, *Tanzania Abolishes Public Interest Litigation (A Comment on the Amendment of Basic Rights and Duties (Enforcement) Act (Cap. 3 of the Revised Laws of Tanzania)*, 2 CODESRIA BULLETIN ONLINE, 1 (June 2020). כך למשל הצדיק שופט בית המשפט העליון בניגריה, באחד מפסקי הדין, אח זכות העמידה הרחבה בעתירות חוקתיות:

Any person whether a citizen of Nigeria or not, who is resident in this country and subject to the laws of the land is obligated to see to it that he is governed by a law which is consistent with the provisions of the Constitution and indeed it is his civil obligation to defend the Constitution and as such, the exercise of these civil rights should not be hamstrung by mechanistic technicalities which have not been provided for in the Constitution. To adhere and resort to such conservative and extremely restrictive position would spell eventual doom and chaos to the much vaunted stability of this nation.

מצוטט אצל Peter Kayode Oniemola & Emmanuel Oluwafemi Olowononi, *Application of the Doctrine of Locus Standi in Proceedings for*

גם באסיה<sup>503</sup> ובכמה מדינות אירופיות למשל במרכז אירופה ובמזרח כגון מלטה, קרואטיה, גאורגיה והרפובליקה של מקדוניה<sup>504</sup> וכן באירלנד וסקוטלנד.<sup>505</sup> גם בקנדה הכיר בית המשפט העליון ב־public interest litigation.<sup>506</sup> העתירה הציבורית נתפסת ככלי חשוב במיוחד במדינות "הדרום הגלובלי" לשם כיבוד זכויות והגנה על החוקה, שכן היא מסייעת להגן על זכויותיהן של אוכלוסיות מוחלשות שבשל היעדר של השכלה, יכולת זמן הן מתקשות להגן על חירויות הפרט שלהן בבית המשפט.<sup>507</sup>

נדמה כי מהלך דומה לזה של הודו התרחש בישראל.<sup>508</sup> בעבר רווחה הגישה שעל העותר לבג"ץ להראות אינטרס לגיטימי ו"עניין אישי, מיוחד, מוחשי וישיר" – להבדיל מעניין ציבורי כללי – בתוצאות הדיון.<sup>509</sup> אם לא היה אינטרס פרטי, נדחתה זכות הגישה לבית המשפט גם בעניינים בעלי חשיבות ציבורית

---

*Judicial Review in Nigeria, The Gambia and Canada*, 17(1) NIGERIAN LAW JOURNAL 130, 146 (2014)

503 לסקירה כללית ראו Po Jen Yap & Holning Lau (eds.), *Public Interest Litigation in Asia* (Routledge, 2010)

504 Venice Commission, *לעיל* ה"ש 493, בעמ' 21. ראו גם James A. Goldston, *Public Interest Litigation in Central and Eastern Europe: Roots, Prospects, and Challenges*, 28(2) HUMAN RIGHTS QUARTERLY 492 (2006)

505 Tom Hannon, *Locus Standi: Considering the Irish Position*, 8(1) INTERNATIONAL LEGAL PERSPECTIVES 73 (1996); James E. Pfander, *Standing to Sue: Lessons from Scotland's Actio Popularis*, 66(7) DUKE LAW JOURNAL 1493, 1520-1527 (2017)

506 Cheryl Milne & Kent Roach (eds.), *Public Interest Litigation in Canada* (LexisNexis, 2019)

507 על חשיבותן של ההתפתחויות החוקתיות בדרום הגלובלי למשפט החוקתי ההשוואתי ראו Philipp Dann, Michael Riegner, & Maxim Bönnemann, *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, 2020)

508 על זכות העמידה בבג"ץ באופן כללי ראו אצל זאב סגל *זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק* (בורסי, תשמ"ו); אסתר ברק "זכות העמידה בעתירה הציבורית: מבחניה ובעיותיה" *עיוני משפט* טז 391 (1991).

509 בג"ץ 26/76 בר-שלום נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד לא(1) 796, 806 (1977).

עליונה.<sup>510</sup> משנות השמונים של המאה ה-20 הורחבה זכות העמידה גם למקרים שבהם מדובר בבעיה בעלת אופי ציבורי,<sup>511</sup> בעניין יוצא דופן שנוגע לעקרונותיו של שלטון החוק,<sup>512</sup> או בעיה חוקתית מובהקת.<sup>513</sup> אבל בשנים האחרונות ניכרת מגמה מסוימת של צמצום זכות העמידה הרחבה באמצעות דחיית עתירה במקרה שבו הנפגע הישיר בחר שלא לעתור, לעיתים בהשתתף הוצאות על העותר הציבורי הפונה בסוגיה שאין לו עניין אישי בה ("המתעבר על ריב לא לך").<sup>514</sup>

השינוי בזכות העמידה יחד עם המהפכה החוקתית באים לידי ביטוי מספרי בעלייה במספר העתירות לבג"ץ.<sup>515</sup> בייחוד חשוב לציין את שיעור העתירות שהגישו ארגוני החברה האזרחית, שבין היתר עוסקים בפנייה להתדיינות משפטית לקידום מטרות ציבוריות וחברתיות. בהשוואה לשנת 1980, אז הגישו ארגונים אלו פחות מ-2% מהעתירות לבג"ץ, בשנת 1991 כבר הגיע שיעור זה ל-13.13%.<sup>516</sup> עוד קבוצה שפונה במידה רבה יותר להתדיינות משפטית נגד הכרעות

510 ראו צבי ברנזון "על בית המשפט הגבוה לצדק, היקף סמכותו וזכות העמידה בו" הפרקליט לא 194 (תשל"ז-תשל"ח), הטוען שם בזכות זכות עמידה רחבה ככל שחשיבותו של העניין מבחינה ציבורית גדולה יותר.

511 בג"ץ 910/86 רס"ן (מיל.) יהודה רסלר נ' שר הביטחון, מב(2) 441 (1988).

512 בג"ץ 852/86 ח"כ שולמית אלוני נ' שר המשפטים, מא(2) 1 (1987).

513 בג"ץ 428/86 יצחק ברזילי נ' ממשלת ישראל, מ(3) 505 (1986).

514 אהרן גרבר זכות העמידה במשפט הציבורי בישראל 24 (מסמך מדיניות 51, פורום קהלת, 2019). על המגמה בבג"ץ להחמיר בהטלת הוצאות לחובת "עותרים ציבוריים" ראו ענבר לוי ונדיב מרדכי "פסיקה הוצאות לעותרים ציבוריים בבג"ץ: האם כל השערים ננעלו?" משפטים על אחר ו 35 (תשע"ג).

515 בשנת 1985 הוגשו לבג"ץ 743 עתירות, בשנת 1990 – 1073, ובשנת 2000 – 1,700 עתירות. ראו אצל יואב דותן "יקדם בג"ץ' ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" משפט וממשל ז 159 (2004). להשוואה, בשנת 2017 נפתחו בבג"ץ 2,896 תיקים ובשנת 2018 2,150 הליכים. ראו משרד המשפטים דו"ח פרקליטות המדינה, סיכום שנת 2018 49-93 (2019).

516 Yoav Dotan & Menachem Hofnung, *Interest Groups in the High Court of Justice: Measuring Success in Litigation and Out-of-Court Settlements*, 23(1) LAW AND POLICY 1 (2001). מחקר של פורום קהלת שבחן 78 פסקי דין בולטים בחחום המשפט הציבורי שהתקבלו בשנים 2014-2018 על בסיס רשימה

פוליטיות היא הפוליטיקאים, שנוסף על האפשרות להשפיע על המדיניות הציבורית באמצעות בית המשפט עושים זאת כדי לקבל חשיפה תקשורתית ולחזק את תדמיתם הפוליטית.<sup>517</sup> כך למשל, במחצית הראשונה של שנות התשעים שיעור העתירות שהגישו חברי הכנסת לבג"ץ כמעט הוכפל ביחס לשיעור העתירות במחצית השנייה של שנות השמונים.<sup>518</sup> כלומר, אזרחים ופוליטיקאים רואים בבית המשפט זירה נוספת להגשמת המדיניות הציבורית הרצויה בעיניהם, מה שהופך את בית המשפט לשחקן פוליטי.<sup>519</sup>

לזכות העמידה של עותר ציבורי חסרונות אחדים. בראש ובראשונה, זכות עמידה רחבה מוסיפה עומס על בית המשפט, לרבות ריבוי של תביעות סרק, והדיון בעתירות בעלות עניין ציבורי בא באופן בלתי נמנע על חשבון משאבים שיפוטיים בעיניים פרטיים.<sup>520</sup> נוסף על ריבוי תביעות הסרק והעומס על בתי המשפט העלה ד"ר יהושע (שוקי) שגב התנגדויות לזכות עמידה רחבה, שמבוססות בעיקר על מגבלותיהם של השופטים בפתרון של סכסוכים מופשטים, ציבוריים ותאורטיים, ועל הטענה שהפורום המתאים לליבון מחלוקות אידאולוגיות הוא ההליך הדמוקרטי.<sup>521</sup> עמדתו של שגב בעניין סכסוכים מופשטים אינה מתיישבת עם רעיון הביקורת השיפוטית המופשטת, אבל חזקת טיעונו בעניין הפורום הראוי תלויה בין היתר, כמו שציינו בנוגע לתאוריה של וולדרון, באיכות ההליך

---

נחית שמפרסם בית המשפט העליון, מצא כי "רק בכ-42% מן המקרים הייתה מוכרת זכות העמידה של העותרים גם על פי הדוקטרינה המסורתית שרווחה בישראל בשנות השבעים בטרם הוכר מעמדו של העותר הציבורי וגם על פי הפרשנות המקובלת באותם ימים להכרה בזכות העמידה". ראו גרבר, *לעיל* ה"ש 514, בעמ' 26.

Yoav Dotan & Menachem Hofnung, *Legal Defeats, Political Wins: Why Do Elected Representatives Go to Court?*, 38(1) COMPARATIVE POLITICAL STUDIES 75 (2005)

518 שם, בעמ' 89.

Shlomo Mizrahi & Assaf Meydani, *Political Participation through the Judicial System: Exit, Voice and Quasi-Exit in Israeli*, 8(2) ISRAEL STUDIES 118 (2003)

520 ראו למשל שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים", *לעיל* ה"ש 211, בעמ' 80.

521 יהושע (שוקי) שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" *הפרקליט* מח 499 (תשס"ו).

הפוליטי וטיב המוסדות הפוליטיים. לבסוף, יש הטוענים שמעורבותו של בית המשפט בעניינים פוליטיים וציבוריים פגעה ביכולתו להגן על זכויות, שכן היא אילצה אותו להתמודד עם ביקורת פוליטית חסרת תקדים ששחקה בהדרגה את מרחב הפעולה שלו.<sup>522</sup> פרופ' מנחם (מני) מאוטנר טוען שדוקטרינת העותר הציבורי היא שיצרה זיהוי של בית המשפט עם מפלגות שמאל שהשתמשו בו שימוש נרחב לקידום פעילות פוליטית, מה שפגע בלגיטימציה של בית המשפט ולכן גם ביכולתו להגן על זכויות האזרחים.<sup>523</sup>

לצד חסרונות אלה לזכות העמידה הרחבה יתרונות ברורים בהגנה על זכויות ובשמירה על שלטון החוק. מובן ששמירה על זכות עמידה למי שזכויותיו נפגעו היא קריטית וחייבת להיות קו הבסיס המינימלי. רק כך יישמר הטיעון בעד הביקורת השיפוטית המבוסס על זכות השימוע, ולפיו תפקידה של הביקורת השיפוטית "להבטיח לאנשים הטוענים כי זכויותיהם נפגעו פורום שבמסגרתו יוכלו להעלות את טענותיהם, להבטיח שטענות אלה ייבחנו וכן להבטיח שקילה מחדש של ההחלטה לאור טענות הנ"ל".<sup>524</sup>

522 אהרנסון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 170.

523 מנחם מאוטנר "בית-המשפט העליון – שלוש תקופות: 'זרות', 'עימות', 'הכלה'" **משפט ועסקים** י 585, 592 (תשס"ט). מאוטנר מציע אפוא לשנות את דוקטרינת זכות העמידה כך שחבר כנסת לא יוכל לעתור לבג"ץ בעניין שהוא חלק מפעילותו הפוליטית.

524 להצדקה זו של ביקורת שיפוטית, ראו אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" **משפטים** מ 239, 246 (תשע"א). לטיעון בעד ביקורת שיפוטית לא משום שבתי משפט בהכרח מביאים לתוצאות טובות יותר מבתי מחוקקים, אלא כי הם נותנים לפרט את הזכות להישמע, ראו גם Yuval Eylon & Alon Harel, *The Right to Judicial Review*, 92 VIRGINIA LAW REVIEW 991 (2006); Alon Harel & Tsvi Kahana, *The Easy Core Case For Judicial Review*, 2(1) THE JOURNAL OF LEGAL ANALYSIS 227 (2010); Alon Harel & Adam Shinar, *Between Judicial and Legislative Supremacy: A Cautious Defense of Constrained Judicial Review*, 10(4) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 950 (2012); ALON HAREL, *WHY LAW MATTERS* 191 (Oxford University Press, 2014)

אך מה בנוגע לעותרים ציבוריים? חשוב לזכור: שאלת חוקתיות של חקיקה היא נושא ציבורי שחורג משאלה של אינטרס פרטי זה או אחר.<sup>525</sup> עתירה ציבורית היא הבטוחה הרחבה ביותר לביקורת חוקתית, שכן כל פרט – גם אם לא נפגע אישית – יכול לפנות לבית המשפט. אם תפקידה של הביקורת החוקתית הוא בין היתר להבטיח שעל כל רשויות השלטון לכבד את המגבלות החוקתיות המוטלות עליהן, ראוי לאפשר לכל אזרח לפעול באמצעות בית המשפט כדי לאכוף את המגבלות האלה. עתירה ציבורית למעשה הופכת כל אזרח למגן החוקה.

בדבריו על משבר הרפובליקניות בישראל הסביר מני מאוטנר, שמתנגד לזכות עמידה רחבה, כי –

מדינה רפובליקנית מעלה אפוא על נס את תרומתם של אלה מבין אזרחיה התורמים למימוש הטוב המשותף של כלל האזרחים. במדינה רפובליקנית השיח הפוליטי מבקש אפוא לטפח את המידות הטובות של האזרחים [...] תוך שימת דגש מיוחד בקיומן של "חובות" ו"אחריות" של האזרחים כלפי הטוב המשותף.<sup>526</sup>

הוא הוסיף כי "בעוד מושג החירות הליברלי מושתת על חסינות מפני התערבות חיצונית [...] ביסודו של מושג החירות הרפובליקני עומדות לא רק אי-הכפיפות להחלטותיו של הזולת ואי-התלות בהחלטותיו של הזולת, אלא גם כפיפות להחלטות שהאזרח משתתף בעיצובן".<sup>527</sup> במקום אחר כתב מאוטנר כי "תחת הליברליזם הישראלי הנוכחי, שבלבנתו אתיקה בין-אישית של 'אל תעשה לחברך מה ששנוא עליך', אני מבקש להציע ליברליזם שהאתיקה הבין-אישית שלו

525 Kelsen, לעיל ה"ש 96, בעמ' 193:

The interest in the constitutionality of legislation is [...] a public one which does not necessarily coincide with the private interest of the parties concerned. It is a public interest which deserves protection by a special procedure in conformity with its special character.

526 מנחם מאוטנר "משבר הרפובליקניות בישראל" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 563, 559 (2012).

527 שם, בעמ' 565.

נסמכת על העיקר היהודי-הנוצרי 'ואהבת לרעך כמוך'<sup>528</sup>. נדמה לי שתפיסה של "ואהבת לרעך כמוך" תומכת דווקא בזכות עמידה רחבה שמביאה תועלת שאינה בהכרח אישית, אלא הופכת כל אזרח לאזרח טוב המגלה עניין ופועל לקדם את שגשוגם ואת זכויותיהם של אחיו האזרחים. זכות העמידה היא אפוא אינדיקציה לתפיסת האזרחות ולמערכת היחסים בין זכויות לחובות ובין אינטרסים ציבוריים ופרטיים. במובן זה זכות עמידה רחבה קשורה לתפיסה חוקתית רפובליקנית ומשקפת תפיסה קהילתנית בנוגע לאחריותו של הפרט ומחויבות לשוויון בכיבוד של זכויות יסוד.<sup>529</sup>

זאת ועוד, פעמים רבות העותר הציבורי טוען בשם פגיעה בקבוצה. הטלה על אדם יחיד לריב את ריבה של הקבוצה לא רק שאינה מוצדקת, אלא שאינה מבטיחה כי יהיו לו היכולת והאמצעים לטעון ברמה נאותה מול השלטון. לעותר ציבורי בעל מומחיות בתחום מסוים היכולת להניח תשתית עובדתית מבוססת לעיתים אף יותר מעותר שאינו ציבורי.<sup>530</sup> במקרה זה העתירה הציבורית מסייעת להבאת טיעון משפטי ונתונים עובדתיים ברמה טובה יותר, ואלה מסייעים לקבלת החלטה שיפוטית מיטיבה.

אמנם עד כה ברוב החוקים שביטל בית המשפט העליון ניתן היה למצוא (ולרוב גם צורך לעתירה) עותר פרטי שזכויותיו נפגעו. אבל לא כך יהיה בהכרח המצב. הצורך בזכות עמידה רחבה מתעורר גם כשמדובר בחקיקה שלכאורה אינה חוקתית שכן היא סותרת הוראות חוקתיות מוסדיות שאינן נוגעות לזכויות אדם. מי יעתור נגד אי-חוקתיות אמורה בהיעדר עתירה ציבורית? ומה בנוגע לפעולה שלטונית בניגוד לחוק שלא ניתן להצביע על אדם ספציפי שנפגע ממנה? זכות העמידה הרחבה חשובה במיוחד להליכים הנוגעים לשלטון החוק ולטוהר

528 מנחם מאוטנר "ליברליזם בישראל: 'האדם הטוב', 'האזרח הרע' והשגשוג האישי והחברתי" עיוני משפט לו 7, 67 (2013).

529 David Feldman, *Public Interest Litigation and Constitutional Theory in Comparative Perspective*, 55(1) THE MODERN LAW REVIEW 44 (1992)

530 דפנה ברק-ארז משפט מינהלי: משפט מינהלי דינוני ד 296 (2017).

המידות בשירות הציבורי (שהרי במקרים אלו אין בהכרח פרט שיכול להצביע על פגיעה אישית בזכות חוקתית).<sup>531</sup> כמו שציין ברק:

נעילת דלתותיו של בית משפט זה לפני עותר חסר אינטרס, המתריע על פעולה שלטונית שלא כדין, פוגעת בהשלטת החוק. שכן, באין דיין – אין דין [...] הרשות הציבורית היא נאמן, הפועל למען הפרט. בתחומי המשפט הציבורי, נתונה לכל פרט הזכות לתבוע כלפי השלטון שהשלטון יפעל במסגרת החוק.<sup>532</sup>

ולבסוף, כמו שכבר ציינתי, זכות עמידה רחבה מפצה על היעדר אוריינות משפטית וקריטית בהגנה על זכויותיהם של אלה שאין בידם ההשכלה, הזמן, היכולת או האפשרות לפנות להליכים משפטיים.<sup>533</sup> ביטול זכות העמידה הרחבה עשוי אפוא לפגוע באוכלוסיות הזקוקות לו יותר מכול. לנוכח כל זאת נדמה כי בנסיבות הקיימות אין מקום לצמצם את זכות העמידה בחקיקה.

ואכן, זכות עמידה רחבה הנתונה גם לעותרים ציבוריים אינה תנאי הכרחי לקיומה של ביקורת חוקתית; ואולם גם במדינות שבהן אין זכות עמידה לעותר ציבורי או אף גישה ישירה לבית המשפט לכל אזרח ואזרח, קיימות חלופות מוסדיות כגון זכות עמידה מוסדית לנציגי ציבור או לנציב זכויות אדם כדי להגן על זכויות הפרט.<sup>534</sup> דוגמה מעניינת היא הונגריה, שבשנים האחרונות חלה בה

Shoshana Netanyahu, *The Supreme Court of Israel: A Safeguard of the Rule of Law*, 5 PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW 1, 5 (1993):

Access to the Court is the cornerstone of the rule of law. Closing the Court's doors to the public petitioner in such situations would mean refraining from performing the Court's duty to maintain the rule of law by imposing it on the Governmental authority.

532 אהרן ברק "תפקידו של בית־משפט עליון בחברה דמוקרטית" הפרקליט מא (א-ב) 5, 8 (תשנ"ג).

533 על חשיבותה של אוריינות משפטית למיצוי זכויות ראו יניב רוזנאי ונדיב מרדכי "על נגישותה של החקיקה" משפט וממשל יט 429, 461-473 (תשע"ח).

VÍCTOR FERRERES COMELLA, CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES: 534 A EUROPEAN PERSPECTIVE, 3-7, 20-23 (Yale University Press, 2009)



נסיגה מדמוקרטיה ליברלית למשטר שאינו ליברלי.<sup>535</sup> אחרי המעבר מקומוניזם לדמוקרטיה חוקתית בשנת 1989, קבע בית המשפט החוקתי זכות עמידה רחבה מאוד לפני בית המשפט החוקתי, וכל אחד יכול היה לפנות לבית המשפט. לאחר החוקה החדשה, שנכנסה לתוקף בשנת 2012, הוגבלה זכות העמידה רק למי שמוכיח שנגרם לו נזק או שזכותו נפגעה. עתירה מופשטת אפשרית רק לממשלה, לרבע מחברי הפרלמנט ולמבקר המדינה.<sup>536</sup> מכל מקום, אין לדון בצמצום זכות העמידה רק למי שזכויותיו נפגעו בהיעדר חלופות מוסדיות הולמות.

לסיכום נקודה זו, לדעתי אין מקום לשנות את זכות העמידה בחקיקה. מדובר בהסדר חשוב לשמירה על שלטון החוק, ולבית המשפט כלים מתאימים כדי לווסת את היקף השימוש בו ולמנוע את ניצולו לרעה. עם זה צמצום זכות העמידה רק למי שזכותו נפגעה – הסדר שאיני תומך בו – חייב להיות מלווה בשילוב של זכות עמידה מוסדית רחבה, למשל של היועץ המשפטי לממשלה, רבע מחברי הכנסת ומבקר המדינה (או נציב זכויות אדם, אם יוקם גוף כאמור).<sup>537</sup>

Yaniv Roznai, *Constitutional Transformations: The Case of Hungary*, in CONSTITUTIONALISM IN CONTEXT (David Law ed., Cambridge University Press, forthcoming 2021) 535

Fruzsina Gárdos-Orosz, *The Hungarian Constitutional Court in Transition: From Actio Popularis to Constitutional Complaint*, 53(4) ACTA JURIDICA HUNGARICA 302-315 (2012); Bernadette Somody & Beatrix Vissy, *Citizen's Role in Constitutional Adjudication in Hungary: From the Actio Popularis to the Constitutional Complaint*, in ANNALES UNIVERSITATIS SCIENTIARUM BUDAPESTINENSIS DE ROLANDO 95 (2012); Katalin Kelemen, *Access to Constitutional Justice in the New Hungarian Constitutional Framework: Life after the Actio Popularis?* in LAW, POLITICS, AND THE CONSTITUTION: NEW PERSPECTIVES FROM LEGAL AND POLITICAL THEORY, 63 (Antonia Geisler, Michael Hein & Siri Hummel eds., Peter Lang, 2014) 536

Jamal Greene, *The Supreme Court as a Constitutional Court*, השו"ל 537 128(1) HARVARD LAW REVIEW 124, 143 (2014)

## 1. שפיטות

לעניין השפיטות, בעבר שלטה דוקטרינת השפיטות המסורתית, שקבעה כי בית המשפט יימנע מלדון בעתירה המתייחסת לסוגיה המצויה בליבה של מחלוקת ציבורית, שמעצם טיבה היא עניין לטיפולן של הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת או שאין בידי בית המשפט כלים משפטיים להכריע בה.<sup>538</sup> באמצע שנות השמונים של המאה ה־20 נטש בית המשפט גישה זו. כך בפרשת

538 לדיון כללי ראו אריאל בנדור "השפיטות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפטים יז 592 (תשמ"ז-תשמ"ח). כך למשל, בפרשה מתחילה שנות החמישים בעניין ז'בוטינסקי נ' וייצמן נדחתה עתירה שביקשה לחייב את נשיא המדינה להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת אחר, לאחר שהכנסת הביעה אי־אמון בממשלתו של בן־גוריון. באותו מקרה כתב הנשיא דאז משה זמורה ש"חוש המומחיות של המשפטן" מלמד שעניין זה "אינו ניתן להכרעה שיפוטית" משום שמערכת היחסים היא מחוץ לתחום השיפוט. ראו בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' וייצמן, פ"ד ה' 801, 814 (1951). ראו גם למשל בג"ץ 186/65 גדעון ריינר נ' ראש הממשלה, שר המשפטים וריועץ המשפטי לממשלה, יט 485 (1965):

הענין לא היה ענין משפטי אלא ענין פוליטי מובהק; אין הוא ניתן להיבדק על־פי קנה מידה משפטי. ואף ענין אישורו או פסילתו של שגריר מדינה זרה הוא ענין מדיני אשר שרת החוץ או אולי הממשלה כולה צריכים לענות בו. אין זה ענין משפטי אשר לפי טבעו ניתן להביאו לבירור בבית־המשפט. השיקולים אינם שיקולים משפטיים אלא שיקולים של מדיניות חוץ ושל התאמת המועמד לתפקיד, שלא בית־משפט זה מוסמך ומסוגל להכריע בהם.

בג"ץ 561/75 מוטי אשכנזי נ' שר הבטחון, (ל) 309 (1976):

נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו – אינם שפיטים, באשר אינם הולמים כלל דיון והכרעה של ערכאות השיפוט. הוא הדיון בענין דרכי הדיון וההכרעה בצבא, אימוני כוחותיו והדרכתם [...] אין זה סביר כלל ועיקר, כי רשות שיפוטית חשקול ותכריע מהי השיטה היעילה ביותר, מבחינה צבאית־מקצועית, להפקת לקחים מפעולות מבצעיות ותמיר שיקול־דעתן של רשויות צבאיות, שהוכשרו לכך והופקדו על כך, בשיקול־דעתה היא. ענין כזה הוא בתחומי פעולתן המקצועית של רשויות הצבא ושל הרשות המיניסטריאלית המופקדת עליהן, והללו נושאות באחריות וחייבות בדיון־וחשבון.

**רסלר נ' שר הבטחון** הבחין השופט ברק בין שאלת השפיטות הנורמטיבית – האם קיימות נורמות משפטיות לבחינת העתירה וכן אמות מידה להחלטתן; ובין שפיטות מוסדית – האם ראוי שהעניין יידון בבית המשפט דווקא. לדעתו של ברק שפיטות נורמטיבית קיימת תמיד מכוח התפיסה שלכל פעולה יש נורמה משפטית שאפשר להחיל עליה. לעומת זאת:

סכסוך אינו שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שלא יוכרע על-פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט [...] השאלה אינה אם ניתן להכריע בסכסוך על-פי המשפט ובבית המשפט [...] אלא] אם רצוי להכריע בסכסוך – שהוא שפיט נורמטיבית – על-פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט.<sup>539</sup>

אימוץ גישה מרחיבה בסוגיית השפיטות הנורמטיבית – יחד עם עילת הסבירות לבחינת שיקול דעת שלטוני – הביאה לידי עיסוק במגוון של סוגיות ציבוריות.

ראו למשל את שאלת הכהונה של ראש ממשלה שעומדים נגדו כתבי אישום.<sup>540</sup> בתגובה לטענה כי שאלה זו אינה שפיטה שכן מדובר בשאלה פוליטית, ציינה נשיאת בית המשפט העליון אסתר חיות כי מדובר ב"סוגיה עקרונית וחשובה. היא נוגעת לעקרון שלטון החוק, לטוהר המידות של נבחרי הציבור ולאמון הציבור במוסדות השלטון. משכך היא נוגעת לליבת ערכי היסוד שעליהם

539 בג"ץ 910/86, לעיל ה"ש 511. וראו שם, בפסקה 6, את עמדת הנשיא שמגר, שלפיה:

כאשר בעיה משלבת בחוכה יסודות משפטיים ופוליטיים, לא יימנע בית המשפט מלדון בה, לפי מבחניו המשפטיים, רק בשל כך ששזורים בבעיה רכיבים פוליטיים. אך מובן שהוא לא ידון באלה האחרונים. אם הבעיה היא באופן מכריע פוליטי ואך באופן משני בעלת סממנים משפטיים, יכול בית המשפט לעשות אחת מאלה: לקבוע שהתכונות המשפטיות הן חסרות משמעות לצורך ההכרעה בבעיה ולגופה ולדחות את העתירה על כל היבטיה, או להצמצם לדיון בהיבטים המשפטיים ולהותיר את ההכרעה בנושאים הדומיננטיים למי שמופקד על כך לפי חלוקת תחומי האחריות החוקתיים.

540 לדיון בשאלה זו ראו רבקה ווייל "האם הדחה שיפוטית של ראש ממשלה בישראל היא חוקתית?" **משפט וממשל** כא(1) 49 (תש"ף); דניאל בן-אוליאל "העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו" **משפט וממשל** כא(1) 7 (תש"ף).

מושתתת שיטת המשפט שלנו ועל כן אין ממש בטענת המשיב והמשיבה כי מדובר בסוגיה שאינה שפיטה".<sup>541</sup> עם זאת, בנימוקי פסק הדין ביסס השופט מזוז – שהסכים עם עמדת יתר שופטי ההרכב כי אין להתערב בשיקול דעתם של רוב חברי הכנסת המבקשים מנשיא המדינה להטיל את התפקיד על חבר כנסת פלוני – את עמדתו על אי־שפיטות מוסדית:

שיקול דעת כזה לא נתון, ככלל, לביקורת שיפוטית על פי כללי הביקורת של המשפט המינהלי, בהעדר הוראה בחוק לענין זה. בכגון דא חלה לדעתי דוקטרינת אי־השפיטות המוסדית (להבדיל מאי שפיטות נורמטיבית), כנגזרת של מבחן האופי הדומיננטי של הנושא.<sup>542</sup>

הבעיות עם שפיטות רחבה רבות ומערבות שאלות בדבר תפקידו של בית המשפט בדמוקרטיה, מקומו בתורת הפרדת הרשויות והחשש מפני פגיעה באמון הציבור ואובדן לגיטימיות.<sup>543</sup> עוד ניתן לציין את עומס ההתדיינות ואת חוסר הוודאות המשפטית הכרוכים במעורבות הגוברת של בג"ץ בעניינים ציבוריים; את השחיקה האפשרית במעמדו של בית המשפט העליון; את הבעייתיות בנטייה להעביר נושאים שנויים במחלוקת להכרעת בג"ץ; ואת ההכשר העקיף לפעולות פסולות מבחינה אתית וציבורית כשעתירות שהוגשו נגדן נדחות לגופן.<sup>544</sup>

מן העבר השני חשוב לציין כי בית המשפט העליון נוקט ריסון בנוגע למדיניות ממשלתית כללית. כך למשל נרתע בית המשפט מלדון בסוגיות פיסקליות מורכבות, בין היתר בשל החשש "מטשטוש הגבולות בין ביקורת שיפוטית ראויה

541 הנשיאה חיות בבג"ץ 8145/19 ד"ר ארנה ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה (2.1.2020).

542 בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פסקה 7 לפסק דינו של השופט מזוז (ניתן ביום 27.5.2020).

543 ירון זיו "תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון – שפיטות), התשס"ח-2008: תחייתו של מבחן האופי הדומיננטי?" הארת דין ה 78 (תשס"ט).

544 גביזון "מעורבות ציבורית", לעיל ה"ש 21.

לבין ביקורת לא ראויה על מדיניות הממשלה".<sup>545</sup> וחשוב מכך, בית המשפט העליון מעולם לא התערב בצומתי ההכרעות המרכזיים של הממשלה בתחום של עיצוב מדיניות (כך למשל בענייני הסכסוך הערבי-ישראלי לא התערב בית המשפט בהחלטות שנסבו על ניהול המשא ומתן או על עתיד השטחים; לא היה מוכן לעסוק בשאלת החוקיות של מדיניות ההתנחלויות, שחרור אסירים או תהליכי אוסלו; וכן דחה טענות עקרוניות נגד תכנית ההתנתקות – אף כי בהקשר זה קיבל חלקית את עתירת המתיישבים בנוגע למתכונת הפיצויים).<sup>546</sup>

בית המשפט העליון נוקט ריסון שיפוטי גם באמצעים אחרים, למשל באמצעות פיתוח "מתחם של סבירות שיקול הדעת" העומד לרשות הרשויות – מתחם שבסוגיות רגישות הוא רחב ביותר. כשמדובר בסוגיות ביטחוניות שלעיתים נטען כי אינן שפיטות, ראוי לציין שמתן האפשרות לבית המשפט לדון בעניינים ביטחוניים מתחייב מכך שערכאות בינלאומיות דנות או עשויות לדון בהם במקביל (כמו שהיה למשל בעניין גדר ההפרדה).<sup>547</sup> אין היגיון שסוגיה ביטחונית

545 יוסף מ' אדרעי "פרשנות חוקתית וביקורת שיפוטית על חקיקה פיסקלית" דין ודברים יג 31, 110 (תשע"ט).

546 ראו למשל גיא זיידמן והלל סומר "בית המשפט העליון וההתנתקות (בעקבות בג"ץ המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל)" משפט וממשל ט 579, 617 (תשס"ו):

ניתן לראות את פסק-הדין כהסכמה של בית-המשפט לברר גם שאלות מדיניות ובטחוניות הרוח-גורל בביורר משפטי. אולם מאידך גיסא, נראה שהמסר העולה מפסק-הדין של הרוב, אשר סירב לבחון את סיכויי התממשותה של התכלית המוצהרת של הפגיעה בזכויות, הוא כי החלטות מדיניות-צבאיות על פינוי יישובים והחזרת שטחים לא ייפסלו כמעט לעולם על-ידי בית-המשפט.

547 דפנה ברק-ארז "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" הפרקליט נ 3 (תשס"ח). ראו למשל בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(2) 285, פסקה 53 (2003), שם, בתגובה לעמדת המדינה שמדיניות סיכולים ממוקדים אינה שפיטה, הגיב הנשיא ברק:

סוגי השאלות שנבחנו על ידינו נדונות על ידי בתי משפט בינלאומיים. המשפט הבינלאומי הדן בחובות הצבא כלפי אזרחים בעת סכסוך מזוין נדון, למשל, על ידי בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה וברואנדה [...] בתי משפט אלה בחנו את ההיבטים המשפטיים של התנהגות הצבא. מדוע אין בית משפט ישראלי יכול לערוך אותה בחינה עצמה? מדוע שאלות אלה, שהן שפיטות בבתי דין בינלאומיים, חדלות להיות שפיטות בבתי דין לאומיים?

תהא שפיטה בערכאה בינלאומית אך לא שפיטה בערכאה לאומית. להפך, היות שהסמכות של טריבונלים בינלאומיים כגון בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג או הסמכות האוניברסלית של בתי משפט מדינתיים לדון בהפרות חמורות של המשפט הבינלאומי הן סמכויות שמשלימות את הסמכות המדינתית, אם יוכלו ויאות בית המשפט המדינתי לשפוט עניינים כאלה, כך תהא השפיטה המדינתית סוג של חסם לשפיטה הבינלאומית.<sup>548</sup>

ולבסוף, לצד הרחבת השפיטות הריסון השיפוטי בא לידי ביטוי בסעדים חלשים או גמישים שפיתח בית המשפט ושאותם הוא נוקט פעמים רבות במקום סעד של בטלות. סעדים גמישים כאלה הם למשל השעיה של הכרזת הבטלות, התראת בטלות או בטלות יחסית.<sup>549</sup> לאחרונה ניכרת גם מגמה של דחיית עתירות חוקתיות בהתבסס על עילות סף כגון "אי-מיצוי הליכים", ולפיה לפני שהעותר

**548** ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי "סמכות השיפוט האוניברסלית והשיח המשפטי המדינתי" המשפט ט 141 (תשס"ד):

המדינה ומוסדותיה השיפוטיים נתפסים עדיין כגורם המרכזי שלו זכות הראשונים לדון ולהכריע במקרים של הפרות חמורות של זכויות אדם העולות כדי פשעים על פי המשפט הבינלאומי הפלילי. רק הימנעותה של המדינה הרלוונטית מלאכוף את החוק, תהווה הזמנה למוסדות שיפוטיים של הקהילה הבינלאומית או של מדינות זרות הפועלות כסוכנותיה חוץ הפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית, לתקן את העוול ולהעמיד לדין חשודים בביצוע פשעים אלה.

ראו גם אמנון רייכמן "סמכות שיפוט אוניברסלית בבתי משפט מדינתיים – קרקוע הריבונות או יצירת סדר עולמי?" משפט וצבא 17, 49, 78 (התשס"ד):

רק אם הוכח כשל מערכתי, כי אז ראוי – ואף נדרש – לפנות לסמכות שיפוט אוניברסלית ולפתוח שעריה של מערכת משפט של מדינה אחרת, בה לא קיים כשל מערכתי שכה. במלים אחרות, סמכות השיפוט האוניברסלית הינה סמכות משלימה, בהתאם לעקרון ה- Complementarity, המוכר במשפט הבינלאומי.

על עקרון המשלימות במשפט הפלילי הבינלאומי ראו MOHAMED EL ZEIDY, THE PRINCIPLE OF COMPLEMENTARITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW: ORIGIN, DEVELOPMENT AND PRACTICE (2<sup>nd</sup> ed., Brill, 2008)

**549** נבות, לעיל ה"ש 374. ראו גם חנן מלצר ואוריאל רוזנברג "התראת הבטלות: דוגמה לדרך האמצע של השופט א' רובינשטיין" ספר אליקים רובינשטיין, לעיל ה"ש 444, בעמ' 1171.

פונה לבית המשפט, עליו לפנות לרשות המוסמכת;<sup>550</sup> או "עילת הבשלות", ולפיה העתירה אינה "בשלה" להכרעה חוקתית בהיעדר "מערכת עובדות קונקרטיה, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית".<sup>551</sup> ולבסוף, הציבור ממילא אינו מבחין בין דחיית עתירה על בסיס תנאי סף כגון אי־שפיטות ובין דחייה על בסיס דיון לגופו של עניין, ולכן ממילא הוא עשוי לראות בדחיית העתירה הבעת עמדה ומוטב שבית משפט ידון בעתירות לגופן וינקוט ריסון שיפוטי.<sup>552</sup>

אין בכוונתי לקיים דיון מקיף בשאלת השפיטות בכללה, אלא להתייחס בקצרה להיבטים של שאלה זו הקשורים לביקורת חוקתית. במילים אחרות, השאלה שאדון בה היא האם ראוי לקבוע נושאים מסוימים שחקיקה בעניינם גם כשהיא פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות, צריכה להיות "לא שפיטה" או חסינה מפני ביקורת שיפוטית?

כך למשל, בהצעה חוקה בהסכמה של המכון הישראלי לדמוקרטיה הוצעה הוראת אי־שפיטות בנושאי דת ומדינה, המשלימה את הביקורת החוקתית.<sup>553</sup> בדברי ההסבר להצעה הוסברה ההוראה כך:

550 ראו אצל אדם שנער "על חוסר הגיונה של הדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות" **ICON-S-IL Blog** 24.8.2020.

551 בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (18.1.2006), פסקה 3 לפסק דינה של השופטת נאור. לדיון כללי בבשלות ראו ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות" **משפטים** מג 419 (2012); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" **עינוני משפט** לז 45 (2014); מאור ליברמן והדס רכטמן "דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה בראי בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה" **הארץ הדין** יא 1 (תשע"ו); אריאל בנדור "בשלות ועוד בעקבות בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת; בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל; בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת" **משפטים על אתר** ח 33 (תשע"ו).

552 Ariel L. Bendor, *Are There Any Limits to Justiciability*, 7 **INDIANA INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW REVIEW** 311, 347–348 (1997)

553 "164. אי־שפיטות חוקתית (א) סעיף קטן 163 לא יחול ביחס לדבר חקיקה שעניינו אחד הנושאים המנויים בסעיף־קטן (ג).

אופיים המיוחד של נושאים אלו מחייב כי ההכרעה בהם תתקבל על ידי הרשות המחוקקת כבעבר תוך כדי עיקור ההשפעה של החוקה. לפיכך ההסדר החוקתי שולל את סמכותו של בית המשפט להכריז על בטלותו של דבר חקיקה בנושאים האמורים, והוא קובע כי בפרשנות של דבר חקיקה בנושאים אלו אין חובה להעדיף ערכים או הוראות הקבועים בחוקה על ערכים או הוראות שמקורם בחוק רגיל. ההסדר המוצע מבטא הכרה שבנושאים האמורים נשמרת זכות המילה האחרונה להחלטות הגוף הייצוגי – הכנסת.<sup>554</sup>

לכאורה הצעה זו, שאולי התאימה בשעתה על רקע הרצון להשיג פשרה שתאפשר הסכמה רחבה לאימוץ חוקה שלמה עם מגילת זכויות אדם מקיפה וערובות חוקתיות אחרות, אינה מתאימה להקשר הדין הנוכחי וממילא היא רחבה מדי. ייתכן שהוראה דתית מסוימת תפגע פגיעה קשה ביותר בזכויות יסוד ואין הצדקה לשלילה מוחלטת של ביקורת שיפוטית רק בשל היותה של הפגיעה נוגעת לדת ומדינה.

- 
- (ב) בבוא בית המשפט לפרש דבר חקיקה בעניין מן המנויים בסעיף־קטן (ג), אין חובה עליו להעניק עדיפות פרשנית להוראותיה של החוקה.  
(ג) ואלה הנושאים:
- (1) הצטרפות לדת, לרבות גיור, השתייכות לדת או פרישה ממנה;
  - (2) סמכותם של בתי הדין הדתיים ביום כינון חוקה זו, עריכת נישואין וגירושין בהתאם לדין דתי, יצירת זוגיות והתרתה בהתאם לחוק ותחולת הדין הדתי בענייני המעמד האישי אשר נכון ליום כינון חוקה זו נדונים על פי הדין האישי של הצדדים;
  - (3) צביונם היהודי של השבח ושל מועדי ישראל ברשות הרבים;
  - (4) שמירת הכשרות במוסדות ממלכתיים;
  - (5) מתן אזרחות ישראלית לקרוביו של מי שזכאי לעלות לישראל.
- (ד) האמור בסעיף זה אינו גורע מחובתה של המדינה להכיר בנישואין ובגירושין של בני זוג לפי דינם הדתי, וכן אין נגרעת חובתה לכוון מרשם זוגיות אשר לפיו תוכר ברית הזוגיות על פי חוק שיסדיר גם את התרתה".



לשם ההשוואה, גם בהצעתו של קסטילו־אורטיז לעיצוב ביקורת חוקתית נשקלה האפשרות להחריג הוראות חוקתיות מסוימות מביקורתו של בית המשפט כדי למסד ריסון שיפוטי. ואולם גם באפשרות זו עדיין יש הקפדה יתרה על ביקורת חוקתית שנוגעת לדמוקרטיה ולזכויות אדם:

אפשרות אחת היא להפחית את אמות המידה העומדות לרשות בית המשפט לביקורת חוקתית כך שיכללו רק היבטים מסוימים של החוקה. בפשטות, בית המשפט החוקתי יוכל לבטל חוקים שסותרים רק הוראות חוקתיות מסוימות, אך לא את כל הוראות החוקה [...] אולם בכל חברה דמוקרטית נדרש שלכל הפחות ההוראות המגינות על זכויות אדם ועל תפקודם של המוסדות הדמוקרטיים (שלרוב הן רוב החוקה) ייכללו באמות מידה אלו. לכן ההגנה על דמוקרטיה ועל זכויות אדם, הערכים החשובים ביותר בבתי המשפט החוקתיים, תהיה מרבית.<sup>555</sup>

קסטילו־אורטיז מכיר בעובדה שזכויות וחירויות יסוד מנוסחות בדרך כלל בחוקה באופן מעומעם שמקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב, כך שבקלות הוא יכול להשתמש בהוראות אלה כדי לקדם העדפות מדיניות של שופטים. ואולם לדעתו, על אף בעייתיות זו כשמדובר בזכויות אדם יש להקפיד שבית המשפט יוכל לבחון ולאכוף אותן, שכן החלופה – האפשרות שאזרחים ייוותרו חסרי הגנה מפני שחקנים פוליטיים שמבקשים להשתמש לרעה בכוחם – גרועה הרבה יותר.

כך גם בעניין ההוצאה של נושאים שלמים מתחומי הביקורת החוקתית. האילוצים הפוליטיים השנויים במחלוקת והמחייבים התחשבות באוכלוסיות דתיות ובאופייה של המדינה כמדינה יהודית ברורים. ואולם כאשר הדגם מציע שכדי לפסול חוקים דרוש רוב מיוחד של הרכב מורחב של בית המשפט העליון, נדמה שאין מקום להחריג נושאים אלו מביקורת שיפוטית.<sup>556</sup> ההחרגה אינה נחוצה גם אם יאומץ דגם התגברות (שאינו מוצע במחקר זה), שממילא מאפשר למחוקק

555 Castillo-Ortiz, *The Dilemmas*, לעיל ה"ש 337.

556 גם דורפּלר ומיין מציינים שבקרב אלו שסוברים שבית המשפט חיוני להגנה על זכויות, רפורמה שדורשת רוב מיוחד לבטלות "קלה לעיכול" יותר מקביעת נושאים שאינם שפיטים חוקתית. Doerfler & Moyn, לעיל ה"ש 321, בעמ' 34.

להתגבר על פסיקת בית המשפט בין היתר בתחומים שנוגעים לדת ומדינה. כלומר, בדגם של צמצום היכולת השיפוטית לפסול חקיקה אין מקום לאי־שפיטות.

חשוב גם לציין שבניגוד לטענה כי שפיטות רחבה מדללת את הזירה הציבורית שכן היא מעבירה את ההכרעות לפתחו של בית המשפט, דווקא דיון משפטי בנושאים כגון דת ומדינה – גם נושאים השנויים במחלוקת – תורם "להחייאתו של הוויכוח הציבורי" (למשל בשאלות של גיוס בחורי ישיבות או מיהו יהודי).<sup>557</sup> לכן אין לראות בשפיטות רחבה מנגנון שמדלל את הדיון הציבורי הדמוקרטי, אלא כזה שתומך בו דווקא.

לסיכום פרק זה, אין לשנות בחקיקה את זכות העמידה או את השפיטות. נושאים אלה הורחבו בעקבות פסיקת בית המשפט, ויצומצמו במידת הצורך בפסיקה שמרנית יותר כחלק מתפיסה של ריסון שיפוטי שמכירה במגבלות התפקיד השיפוטי ובהעברת מסר של כבוד לרשויות האחרות.<sup>558</sup> כך למשל, כבר השופט אלכס שטיין הביע את עמדתו שבנסיבות מסוימות יש לצמצם את זכות העמידה: "שומה עלינו לדבוק בכלל הנוהל את שערי בג"ץ בפני עותר ציבורי אם עתירתו מעמידה לדיון אינטרסים אישיים של אנשים אחרים ואלו יכולים לעתור לבג"ץ בעצמם",<sup>559</sup> וכן יש לדחות עתירות בסוגיות שאינן שפיטות.<sup>560</sup>

557 ברק־ארז "מהפכת השפיטות", לעיל ה"ש 547, בעמ' 21.

558 ראו עומר שפירא "על שפיטות, ביקורת שיפוטית וריסון שיפוטי: צעדים לשיקום האמון בבית־המשפט העליון" משפט ועסקים יא 193 (2009).

559 בג"ץ 1724/18 ישראל שמיר נ' שרת המשפטים ח"כ איילת שקד (11.6.2019).

560 למשל בג"ץ 6120/19 פרופ' ורניקה כהן ו־65 אח' נ' יד ושם (17.7.2020) בעניין עתירה של פעילים פוליטיים שביקשו לחייב את יד ושם לנמנע ביקורים של מנהיגים בינלאומיים שמפרים זכויות אדם ציין השופט שטיין:

הייתי דוחה את העתירה על הסף גם אם זו לא היתה כוללנית – זאת, מאחר שלא מצאתי בה שום טענה שניתן לשייכה, ולו בדוחק, לעולם המשפט.

וראו שם גם את השופט נעם סולברג, בפסקה 14:

תהא ההכרעה בשאלה מורכבת זו כאשר תהא, אין זה עניין לבית המשפט לענות בו. הממשלה והכנסת, להן הסמכות לקבוע את המדיניות הראויה בהקשר זה. טענת העותרים, לפיה התנהלות המשיבים לוקה בחוסר סבירות קיצונית, אינה יכולה לבסס עילה להתערבות.

זכות העמידה והשפיטות – כמו העילות לביקורת על שיקול הדעת המינהלי<sup>561</sup> – הן תוצאה של התפתחות פסיקתית, וזו משתנה מעת לעת בין היתר בשל זהות השופטים. לפיכך אין מקום לשינויי חקיקה בענייני זכות העמידה או השפיטות. אם דרוש שינוי, הוא יקרה באופן טבעי.<sup>562</sup> כמו שכתב פעם שלמה לוי: "דרכה של הלכה, שהיא מיטלטלת בכיוונים מנוגדים עד שלבסוף היא מתייצבת בנקודת איזון מתאימה מחוץ לעין הסערה".<sup>563</sup>

561 מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 102 (תשמ"ב).

562 Shimon Shetreet, *Standing and Justiciability, in PUBLIC LAW IN ISRAEL* 265, 273 (Itzhak Zamir & Allen Zysblat eds., Oxford University Press, 1996)

563 שלמה לוי "האם יש זכות עמידה לזכות העמידה?" הפרקליט לט(ג) 453, 460 (תש"ן-תשנ"א).

## סיכום והמלצות

מחקר זה ניתח את סוגיית הביקורת החוקתית בעקבות דיון ציבורי ופוליטי נוקב בדבר מקומו של בית המשפט העליון בדמוקרטיה הישראלית והיקף סמכויותיו. בית המשפט העליון נתפס בעיני רבים כפועל ב"אקטיביזם" וחורג מתפקידו אל תחומי הרשויות הפוליטיות, בין היתר כשהוא מפרש פרשנות רחבה את הזכות לכבוד האדם, דן בעתירות ציבוריות, משתמש ברטוריקת "הכול שפיט", פיתח את עילת הסבירות כ"עילת סל" ששימה בעל מצב ועוד.<sup>564</sup> טענות אלו מתחזקות כשמביאים בחשבון גם את אופן בחירת השופטים, המקנה להם מעין וטו בבחירה של שופטי בית המשפט העליון. השילוב של כל אלה הביא לידי פגיעה בלגיטימיות של העבודה השיפוטית ולפגיעה באמון הציבור.

אין ספק שבית המשפט העליון מצוי במוקד המשפט החוקתי הישראלי ופיתוחו.<sup>565</sup> עם זאת למעשה הוא דווקא נע בין אקטיביזם לריסון ולעיתים אף לריסון יתר. מספר החוקים שבוטל מאז המהפכה החוקתית קטן יחסית (אף שבאופן טבעי הוא עולה עם השנים),<sup>566</sup> ורוב העתירות נגד המדינה נדחות. מניתוח של כ־9,500 החלטות של שופטי בית המשפט העליון בשבתם כשופטי בג"ץ שניתנו מאז 1995 עולה כי רק ב־10% מהמקרים קיבל בג"ץ עתירות נגד הממשלה או שריה, ובעוד כ־3% מהעתירות התקבלו חלק מהבקשות. במילים אחרות – רק עתירות מעטות נגד הממשלה ושריה התקבלו, ובג"ץ התערב התערבות של ממש רק ב־1 מכל 10.<sup>567</sup> ועדיין, על אף נתונים אלה, בעיני חלקים רבים בציבור בית המשפט נתפס – באופן שגוי – כאקטיביסט. כיצד אפשר לשפר את אמון הציבור, לרכך את החיכוך עם הרשויות הפוליטיות ולהביא לאיזון ראוי יותר בין הרשויות?

564 שפירא, לעיל ה"ש 558, בעמ' 231–323.

Ariel L. Bendor, *The Israeli Judiciary-Centered Constitutionalism*, INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW (forthcoming 2021) 565

Lurie & Shany, לעיל ה"ש 29. 566

567 גד ברזילי "אחוס, עובדות ומי צריך את פסקת ההתגברות?" ICON-S-IL Blog 10.10.2018.

נקודת המוצא למחקר היא כי במדינת ישראל חוקי היסוד נוהגים כנורמה חוקתית על-יחוקית, וכי מתקיימת בה ביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים.<sup>568</sup> האם יש לזנוח פרקטיקה זו? טושנט ציין כי "ההתרחבות הגלובלית של סמכות השיפוט, כפי שמכנים אותה, מקובלת בדמוקרטיות בעולם, ונכון לעכשיו אין אומה בעולם שאימצה את הביקורת השיפוטית ולאחר מכן זנחה אותה".<sup>569</sup> נדמה לי שזה בדיוק המקרה שבו לא ראוי לעמוד בראש המחנה. אין לזנוח ביקורת חוקתית, בייחוד לנוכח התנאים המוסדיים והחברתיים בישראל, שבה אין חוקה קשיחה או מערכת נוקשה של איזונים ובלמים. עם זאת ניתן לחשוב על העיצוב הראוי של ביקורת זו.

דיון בעיצוב החוקתי הראוי חייב לנבוע מתוך הבנה של המתח האינהרנטי בעבודת השיפוט החוקתית, ולהתבסס על ההנחה כי עיצוב חוקתי של ערכאה שיפוטית עם סמכות לביקורת שיפוטית יערב תמיד חלופות, שכן כדי להביא לידי ביטוי גדול יותר ערכים מסוימים, ערכים אחרים יאלצו לסגת.<sup>570</sup> אין בית משפט חוקתי מושלם, וכל בית משפט שמבצע תפקיד אנטי-רובני יהיה נתון ללחצים ציבוריים ופוליטיים. השאלה היא תמיד שאלה של מידה ושל חלופות. דגם הביקורת החוקתית המוצע מבוסס על המלצות אלו:

## 1. לעגן מפורשות את הביקורת החוקתית

### ב ח ו ק י ס ו ד

אחת הבעיות העיקריות בנוגע לסמכויות בית המשפט המלווה אותנו מאז המהפכה החוקתית היא שהוא קבע כי בסמכותו לבטל חקיקה בלא הוראה מפורשת. הפתרון לבעיה זו פשוט: יש לעגן מפורשות בחוק יסוד: השפיטה

568 אוריאל לין "חוקי היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" המשפט ה 267 (השס"א); אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291 (השס"ג); Dalia Dorner, *Does Israel Have a Constitution?*, 43 SAINT LOUIS UNIVERSITY LAW JOURNAL 1325 (1999); Ariel L. Bendor, *Is it a Duck? On the Israeli Written Constitution*, 6 YALE ISRAEL JOURNAL 53 (2005)

569 טושנט, לעיל ה"ש 227, בעמ' 25.

570 Nuno Garoupa, *Empirical Legal Studies and Constitutional Courts*, 5(1) INDIAN JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 26 (2011)

את סמכות הביקורת השיפוטית, ועיגון זה יחזק את הלגיטימיות המשפטית, הפוליטית והחברתית של הביקורת החוקתית שבית המשפט מפעיל.

## **2. לעבור מביקורת שיפוטית ביזורית לריכוזית, שבה רק בית המשפט העליון אחז בסמכות לבטל חקיקה**

לעניין הביקורת החוקתית מוצע במחקר זה לעגן מפורשות את סמכותו של בית המשפט העליון לביקורת שיפוטית, אבל לייחד אותה לבית משפט זה בלבד, בניגוד למצב הקיים שבו לכל בית משפט סמכות לביקורת שיפוטית.

## **3. לקבוע כי ביטול חקיקה ייעשה רק בהרכב מורחב (של 9 שופטים לפחות) וברוב מיוחד של שני שלישים משופטי ההרכב**

מוצע לעצב את מרכיבי הסמכות לביקורת חוקתית כך שייצרו איזון כוחות מחודש בין הרשויות באופן שיאפשר לבית המשפט לבצע את תפקידו ולהפעיל את "נשק יום הדין" – סעד בטלות החקיקה – רק בהרכב מורחב של תשעה שופטים לפחות, ורק כאשר יש הסכמה רחבה שבאה לידי ביטוי ברוב מיוחד של שני שלישים מתוך ההרכב המורחב.

## **4. להוסיף סעד של הכרזת "אי־התאמה חוקתית" ברוב רגיל**

במקרים שבהם רוב ההרכב סבור שחוק אינו חוקתי ואולם אין רוב מיוחד הדרוש לבטלות מוצעות שתי חלופות:

- הראשונה – בית המשפט יכריז על "אי־התאמה חוקתית" בלי בטלות, והחוק יוחזר לדיון בכנסת. במקרה זה מוצע לעגן בחוק מנגנון לדיון חוזר בעקבות הכרזת אי־התאמה.
- השנייה – מוצע לקבוע כי בהיעדר רוב מיוחד, ברירת המחדל תהא השעיית הבטלות לתקופה ארוכה שבה יחזור החוק למחוקק לבחינה חוזרת. עם תום התקופה יבוטל החוק אלא אם פעלה הכנסת לשנותו.

### 5. לא לאמץ מנגנון של "התגברות"

הצעה זו לצמצום הסמכות לביקורת שיפוטית מייתרת הצעה מוכרת אחרת שעניינה פסקת התגברות. בהיעדר מנגנוני איזון ובלימה אחרים, יש לשמור על ביקורת חוקתית כשכבת הגנה הכרחית על זכויות אדם ועל חוקי היסוד. ואולם אף שאיני תומך בפסקת התגברות, חשוב לציין כי אם דגם ההתגברות יאומץ כאפשרות חלופית לדגם המוצע, אזי ראוי שהאפשרות להתגבר על מגבלות חוקתיות תהא רק בתגובה לפסק דין, ולא מראש, ורק כשיש הסכמה רחבה שתבוא לידי ביטוי ברוב גבוה במיוחד שיבטיח את המשך ההגנה הנאותה על זכויות אדם בכלל ועל זכויות מיעוטים בפרט.

### 6. לשמר את אופן בחירת השופטים, אך לעגן מפורשות ייצוג של האופוזיציה

לעניין בחירת שופטים מוצע לשמר את ההסדר הקיים לבחירת שופטים, המאזן היטב בין צורכי ייצוג למקצועיות, עם שינוי אחד: עיגון חוקי של מינוי חבר הכנסת מטעם האופוזיציה במטרה לחזק את הגיוון ואת איתנותו של בית המשפט.

### 7. לא לצמצם את זכות העמידה ולא לקבוע

#### אישפיות חוקתית בתחומים שנויים במחלוקת

לנוכח חשיבותה של העתירה הציבורית בהגנה על זכויות ובשמירה על שלטון החוק, אין לעשות שינויים חוקתיים לצמצום זכות העמידה, בוודאי בהיעדר גופים מוסדיים הולמים להגשת עתירות חוקתיות. כמוכך, לאור הדגם המוצע אין מקום לקבוע הוראה בדומה לזו שהוצעה בהצעת חוקה בהסכמה של המכון הישראלי לדמוקרטיה בדבר אישפיות של נושאי דת ומדינה.

### 8. לקבוע כי ההסדר החוקתי ייבחן כעבור

#### תקופת ניסיון

ראוי לקבוע כי ההסדר המוצע לביקורת חוקתית (ובמיוחד ההרכב המורחב והרוב המיוחד לבטלות חקיקה) ייבחן כעבור תקופת ניסיון של עשר שנים. בסיומה תהא חובה למנות ועדה מקצועית שתבחן כיצד מנגנון הביקורת החוקתית פועל והאם יש לעשות בו שינויים, ואם כן – אילו.

חשוב לומר כי מאפייני ההצעה שזורים זה בזה באופן הוליסטי, ככלים שלובים, וכי שינוי אחד מהיבטי ההצעה יחייב דיון וכיול של יתר היבטיה. הקווים המחברים בין ההצעות הם הסכמה רחבה וכיבוד בין הרשויות. ויובהר, מטרת ההצעה לשפר את האיזון בין הרשויות מתוך שמירה מרבית על סמכותן של הרשויות הפוליטיות הייצוגיות מצד אחד, ומזעור הסכנה לפגיעה בזכויות הפרט ובערכים חוקתיים מן הצד האחר. כך תיווצר מערכת עדינה ומאוזנת, שאף שאינה אידאלית (אין כזאת בנמצא), תתאים למערכת החוקתית הישראלית.

קשה לבחון את ההצעה במבט תאורטי-סטרילי, שכן אי-אפשר להבינה במנותק מתהליכים של שחיקה דמוקרטית שאנו עדים להם ברחבי העולם. בשנים האחרונות תהליך הדמוקרטיזציה ששטף את העולם לאחר התפרקותה של ברית המועצות וסיום המלחמה הקרה, שהתאפיין באימוץ ובהעמקה של עקרונות הדמוקרטיה, זכויות אדם ושלטון החוק במדינות רבות ובהעברה נרחבת של סמכויות לבתי משפט חוקתיים, שינה את כיוונו. במקומו אנו עדים למשבר בדמוקרטיות החוקתיות, שבא לידי ביטוי במגמה עולמית של עליית הפופוליזם והלאומנות, כששליטים פופוליסטים משתמשים לרעה בכלים משפטיים וחוקתיים כדי לשחוק את הסדר הדמוקרטי.

שחיקה דמוקרטית זו היא לרוב הליך הדרגתי ועדין, אך כזה שעדיין מביא לידי החלשה ניכרת של שלושה מרכיבי יסוד בדמוקרטיה: בחירות תחרותיות, זכויות ליברליות לחופש ביטוי והתאגדות, ושלטון החוק. בשיאה, שחיקה זו עלולה להביא לידי שינוי יסודי וכולל בשיטת המשטר של המדינה, כולל החדרת אלמנטים סמכותניים ואנטי-דמוקרטיים כמו שאירע בהונגריה, בפולין ובטורקיה. במטרה לחזק את השלטון הקיים כדי להקשות ככל האפשר על האפשרות להחלפה אמיתית שלו, שלטונות מנסים להתנער מהמגבלות העקרוניות האמורות לחול על כוחם בדמוקרטיה חוקתית ולהחליש את האיזונים והבלמים. לשם כך הם פועלים כדי להחליש את שומרי הסף ואת מנגנוני הבקרה הייצוגיים והפנימיים על השלטון, ובכללם המגבלות החוקתיות, מערכת המשפט, מערכות אכיפת החוק, השירות הציבורי, ארגוני זכויות אדם והתקשורת.

בהקשר הזה החשש ברור; קיימת סכנה שאימוץ מתווה כאמור לביקורת שיפוטית יהיה רק "נקודת הפתיחה" במדרון חלקלק להסרת מגבלות חוקתיות והחלשת מנגנוני פיקוח ובקרה שיפוטיים. ייתכן גם ששינוי מוסדי בעת הזאת הוא



מאוחר מדי, ולא ניתן עוד לשקם את אמון הציבור במערכת השפיטה. עם זאת סבורני כי שינוי עיצובי מוסדי כמוצע, שיתקיים בהליך ממושך, דליברטיבי, כוללני, בשיתוף של הציבור ושל כוחות פוליטיים ושחקנים ממערכת המשפט, עשוי להקנות את הלגיטימציה הדרושה להתערבות שיפוטית בחקיקה, ובה בעת להותיר את קווי ההגנה והאיזון ההכרחיים לתפקוד ראוי ואף משופר של הסדר החוקתי-דמוקרטי בישראל.

## חוקים שנפטלו בבית המשפט העליון מאז 1995

מספר ושם ההליך	החקיקה שנפטלה	תאריך פסק הדין	הרכב והרוב שבו ניתנה ההכרעה
1	בג"ץ 1715/97 מנהלי השקעות	24.9.1997	11 שופטים (פה אחד)
2	בג"ץ 6055/95 צמח	14.10.1999	11 שופטים (1-10)
3	בג"ץ 1030/99 אורון	26.3.2002	9 שופטים (פה אחד)
4	בג"ץ 1661/05 חוף עזה	9.6.2005	11 שופטים (1-10)
5	בג"ץ 8276/05 עדאלה	12.12.2006	9 שופטים (פה אחד)
6	בג"ץ 2605/05 החטיבה לזכויות האדם	19.11.2009	9 שופטים (1-8)

מספר ושם ההליך	החקיקה שנפטלה	תאריך פסק הדין	ההרכב והרוב שבו ניתנה ההכרעה
7	בש"פ 8823/07 פלוני	11.2.2010	9 שופטים (פה אחד)
	ביטול סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון), בדבר דיון בהארכת מעצר שלא בנוכחות העצור		
8	בג"ץ 4124/00 יקותיאל	14.06.2010	7 שופטים (6-1)
	ביטול סעיף בחוק התקציב בדבר תמיכה באברכי כוללים		
9	בג"ץ 6298/07 רסלר	21.2.2012	9 שופטים (פה אחד)
	ביטול חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם		
10	בג"ץ 10662/04 חסן	28.2.2012	7 שופטים (פה אחד)
	ביטול סעיף בחוק הבטחת הכנסה בעניין בעלות על כלי רכב		
11	בג"ץ 8300/02 נסר	22.5.2012	3 שופטים (פה אחד)
	ביטול סעיף 11(ב) לפקודת מס הכנסה שהעניק הטבות מס ליישובים על פי ציונם בהוספת מבלי קריטריונים שוויוניים		
12	בג"ץ 7146/12 אדם	16.9.2013	9 שופטים (8-1)
	ביטול סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות		
13	בג"ץ 7385/13 איתן	22.9.2014	9 שופטים (7-2)
	ביטול תיקון מספר 4 לחוק למניעת הסתננות		
14	בג"ץ 5239/11 אבנרי	15.4.2015	9 שופטים (פה אחד)
	ביטול סעיף 2(ג) לחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם המקנה סמכות למתן פיצוי ללא נזק		



מספר ושם ההליך	החקיקה שנפטלה	תאריך פסק הדין	ההרכב והרוב שבו ניתנה ההכרעה
15	בג"ץ 8665/14 דסטה	11.8.15	9 שופטים (8-1)
	ביטול סעיפים 32ד(א) ו-32כא לחוק למניעת הסתננות		
16	בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל	6.8.2017	5 שופטים (4-1)
	ביטול "חוק מס ריבוי דירות" בשל הליך החקיקה הלקוי שלו (למעשה החזרה למחוקק להכנה לקריאה שנייה ושלישית)		
17	בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת	12.9.2017	9 שופטים (8-1)
	ביטול פרק ג'1 לחוק שירות ביטחון שהסדיר את סוגיית גיוסם לצבא של תלמידי הישיבה ש"תורתם אומנותם"		
18	בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת	23.4.2020	7 שופטים (6-1)
	ביטול ההוראה שחייבה מעסיק לנכות 20% משכרו של מבקש מקלט לקרן פיקדון, שאותה אמור מבקש המקלט לקבל בעת עזיבתו את הארץ		
19.	בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת	9.6.2020	9 שופטים (8-1)
	ביטול החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 ('חוק ההסדרה')		

## נספח 2

### גודל קואליציה<sup>1</sup>

מספר חברי הקואליציה ביום הקמתה	הכנסת ה־
74	23
(לא הוקמה קואליציה)	22
(לא הוקמה קואליציה)	21
61	20
68	19
74	18
67	17
68	16
80 (אריאל שרון) 75 (אהוד ברק)	15
66	14
64 (שמעון פרס) 67 (יצחק רבין)	13
61 (יצחק שמיר) 97 (יצחק שמיר)	12
96 (יצחק שמיר) 97 (שמעון פרס)	11
62 (יצחק שמיר) 61 (מנחם בגין)	10
62	9



1 מחור: הכנסת "הודעה לעיתונות" 31.3.2015 (פרט לכנסות ה־21, ה־22 וה־23).

מספר חברי הקואליציה ביום הקמתה	הכנסת ה-
61 (יצחק רבין)	8
68 (גולדה מאיר)	
102	7
גולדה מאיר (104)	6
לוי אשכול (75)	
67 (לוי אשכול)	5
68 (לוי אשכול)	
68 (דוד בן גוריון)	
92	4
80	3
68 (משה שרת)	2
91 (משה שרת)	
89 (משה שרת)	
89 (דוד בן גוריון)	
65 (דוד בן גוריון)	
73	1

# האם רק בבית המשפט המיעוט יכריע?

---

תגובה

מרדכי קרמניצר

פרופ' מרדכי קרמניצר הוא עמית בכיר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופסור אמריטוס בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. מומחה למשפט פלילי, ציבורי ומינהלי, זכויות אדם, שחיתות שלטונית ומידתיות.





בעשור האחרון הונחו על שולחן הכנסות הצעות חוק שמבקשות לפגוע בעצמאותו של בית המשפט העליון או לפחות להחלישו. אחדות מההצעות הוסרו מסדר היום בהשפעת התנגדות פוליטית, ציבורית ואקדמית. אחרות עדיין תלויות ועומדות.<sup>1</sup> הצעות חוק אלה אינן מוגשות בחלל ריק. רובן ככולן

\* תודחי נתונה לעו"ד עדי גל על עזרתה המצוינת. על הערות מועילות שקיבלתי אני חב תודה גם לפרופ' יובל שני, לנדיב מרדכי, לד"ר עמיר פוקס ולפרופ' יניב רוזנאי.

1 ראו למשל הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון - ביקורת שיפוטית על חקיקה), התשע"ז-2017, פ/4129/20, שנועדה לשלול את סמכותו של בית המשפט לפסול הוראת חוק של הכנסת (במקומה יוסמך בית המשפט להפנות את תשומת הלב של המחוקק לסתירה שבין הוראת חוק ובין הוראה באחד מחוקי היסוד); הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון - הפרדת רשויות) התשע"ז-2016, פ/2863/20, \* שלפיה בית המשפט העליון שבבתו כבג"ץ לא ייתן צו לנשיא המדינה, לכנסת או לוועדה של הכנסת, לממשלה או לשריה - אלא אם פעלו בניגוד לחוק או ממניעים פסולים; הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון - הגבלת זכות העמידה) התשע"ז-2017, פ/4123/20, \* שנועדה להגביל את סמכותו של כבג"ץ לעסוק רק בעתירות שלמגישיהן יש "עניין אישי" בהן; תזכיר חוק-יסוד: החקיקה (19.12.2017), שהגיש משרד המשפטים, המסמיך את הכנסת להתגבר ברוב רגיל על פסיקה שקובעת כי חוק סותר חוק יסודי; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - חוקפו של חוק חורג) התשע"ו-2015, פ/2115/20, \* שנועדה להוסיף פסקת התגברות לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; הצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון - שלילת סמכותו של בית המשפט העליון מלהתערב בהחלטת ועדת הבחירות המרכזית לעניין אישור או פסילת מועמד או רשימה מלהשתתף בבחירות) התשע"ז-2017, פ/4495/20, המעניקה לכנסת את הסמכות האחרונה לקבוע פסילה של מועמד או רשימה. על כך יש להוסיף גם הצעות שנועדו לחזק את הרשות המחוקקת ואת הרשות המבצעת באמצעות שינוי ההרכב של הוועדה למינוי שופטים: הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון - הרכב הוועדה לבחירת שופטים) התשע"ג-2013, פ/1417/19; הצעת חוק בתי המשפט (תיקון - שקיפות בהליכי מינוי שופטים לבית המשפט העליון ובמינוי הנשיא והמשנה לנשיא בית המשפט העליון), התשע"א-2011, פ/3423/18; הצעת חוק בתי המשפט (תיקון - רוב רגיל למינוי שופט

חלק בלתי נפרד ממסע דה־לגיטימציה מסוכן נגד בית המשפט בניסיון לחזק את כוחו של הרוב הפוליטי שעליו הממשלה נשענת ועליו היא נסמכת גם ברשות המחוקקת. מגמה זו אינה ייחודית לישראל. היא מאפיינת דמוקרטיות רבות בעולם שחזותן בעלייתן של תנועות פופוליסטיות ובשחיקתם של מוסדות דמוקרטיים. אחד הביטויים העיקריים למגמה זו הוא הניסיון העיקש לפגוע בסמכותם ובעצמאותם של בתי המשפט וגם בשירות הציבורי (המשפטי והאחר). יעדי ההתקפה הם גם ספרות אוטונומיות ביקורתיות כמו התקשורת, ההשכלה הגבוהה, ארגוני החברה האזרחית, התרבות והאמנות. כחלק ממגמה זו מותקפים ערכים ליברליים של חירות ושוויון, רעיון זכויות האדם האוניברסליות ולעיתים גם נורמות בסיסיות של שלטון החוק.

עד היום הצליח בית המשפט העליון בישראל לעמוד איתן אל מול מתקפות אלה; אבל המתקפה נמשכת במופעים שונים כמו יוזמות חקיקה מפקפקות, מהלכים לפוליטיזציה של השפיטה, אי־ציות להחלטות שיפוטיות ורטוריקה ציבורית משולחת רסן. הסכנה של ריקון הדמוקרטיה ממאפייניה המהותיים היא מוחשית. בתקופה קריטית זו, שבה עצמאותו של בית המשפט דרושה יותר מתמיד, יש לשמור מכל משמר על סמכויותיו, וכל הצעה לשנותן מוכרחה לעמוד במבחן דקדקני של צורך, מידתיות ותועלת. באותו מבחן יש להעמיד גם את הצעתו של פרופ' ניב רוזנאי.

במחקר מדיניות מקיף ומעמיק זה על הביקורת החוקתית בישראל, מציע רוזנאי כמה הצעות לשינוי המצב הקיים ודוחה שינויים אחרים שהוצעו. רוזנאי מציע לעגן מפורשות את סמכותו של בית המשפט העליון לביקורת שיפוטית חוקתית,

---

בית המשפט העליון), התשע"ז-2016, פ/3440/20; הצעה חוק־יסוד: השפיטה (תיקון - בחירת נשיא בית המשפט העליון בידי הכנסת) התשע"ז-2017, פ/4529/20\* וכן הצעות שנועדו לקצר את משך כהונתם של שופטים: חוק־יסוד: השפיטה (תיקון - הגבלת כהונתם של שופטי בית המשפט העליון) התשע"ז-2017, פ/4203/20; או לפגוע בהגנה החוקתית על שכרם: הצעת חוק־יסוד: שכר נושאי משרה ברשויות השלטון (תיקוני חקיקה) התשע"ח-2018, פ/5369/20\*.

מקורה של רשימה (חלקית) זו במחקר קודם בהשתתפותי. ראו עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון, 26-34 (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019). הצעות המסומנות בכוכבית עודכנו עם הקמתה של הכנסת ה־23, ונכון למועד כתיבתן של שורות אלה עודן מונחות על שולחנה של הכנסת.

אבל לייחד את הסמכות הזאת לבית המשפט העליון בלבד, קרי לאמץ דגם ריכוזי לביקורת שיפוטית, שמאפיין בתי משפט חוקתיים במסורת האירופית. עוד הוא מציע לעצב את הביקורת השיפוטית באופן שלדעתו יאזן טוב יותר בין הרשויות: לקבוע בחוק יסוד כי החלטה לבטל חוק תתקבל רק בהרכב מורחב – במקום המצב הקיים שבו החלטה על ביטול יכולה להתקבל בהרכב רגיל; וכן לקבוע כי הרוב הדרוש לביטולו של חוק יהיה רוב מיוחס של שישה מתוך תשעה – במקום המצב הקיים שבו די ברוב רגיל. כלומר בית המשפט ימשיך לבצע את תפקידו האנטי-רובני ולהפעיל את סעד בטלות החקיקה, אך רק כשיש הסכמה שיפוטית רחבה על בטלות כזאת, שבאה לידי ביטוי ברוב מיוחד של שני שלישים מתוך הרכב מורחב. באין רוב כאמור יוכל בית המשפט להצהיר על "איי-חוקתיות ללא בטלות"<sup>2</sup>.

את כלל ההכרעה המוצע רוזנאי מתנה בשמירה על הדגם הקיים של בחירת השופטים (עם שינוי אחד – עיגון חוקי של הנוהג החוקתי למנות חבר כנסת מטעם האופוזיציה), שכן לדבריו כל שינוי בדגם זה לכיוון פוליטיזציה שלו אינו מתיישב עם אימוץ של רוב מיוחד בכל הנוגע לפסילת חוקים. עוד מציע רוזנאי שלא לערוך שינויי חקיקה בתחום הגישה לבית המשפט, קרי בזכות העמידה או השפיטות, והוא מתנגד לפסקת ההתגברות, שלדבריו מתייתרת אם מקבלים את הצעתו בכללותה.

מחקרו של רוזנאי חשוב, מעמיק ומקיף. הוא גם משקף היטב כיצד ניתן להיעזר בתאוריה השוואתית של ביקורת שיפוטית חוקתית וליישמה בישראל. בין שתאומץ הצעתו של רוזנאי ובין שלא, בין שמסכימים איתה ובין שלא – היא יכולה לשמש אבן דרך חשובה למשפטנים חוקתיים, למדעני מדינה ולמעצבי מדיניות חוקתית.

אבהיר כבר כעת – עם הרוב הגדול של ניתוחו והצעותיו אני מסכים, אולם הצעתו לחייב רוב מיוחד כמהלך להגברת "הנסגת הדעת" השיפוטית (deference) אינה מקובלת עלי. אכן, רוזנאי מנסה לייצר מכנה משותף בין אלה המתנגדים לביקורת שיפוטית רחבה ובין אלה התומכים בה במטרה למנוע קונפליקט חוקתי-פוליטי

2 ראו מאמרו של יניב רוזנאי בקובץ זה (להלן: רוזנאי), בעמ' 149.

שלול להחריף את אי-היציבות החוקתית. אבל נראה לי שחרף כוונותיו הטובות הנזק שבהצעתו עולה על התועלת, שכן היא פוגעת בהגנה על זכויות האדם במקום ובזמן שבהם נדרש לחזקה דווקא.

הנסגת הדעת, כמו שאני מבין אותה, היא גישה שיפוטית, עמדה פנימית של השופטים. אין לה דבר עם אמצעי חיצוני לשופטים כדוגמת האופן שבו סופרים את קולותיהם לעניין המשמעות וההשלכות של החלטתם. היחס בין הנסגת דעת שיפוטית ובין הצעתו של רחזני הוא הפוך – היא פועלת נגד הצעתו. דווקא משום שגישה זו מושרשת ומקובלת בפסיקת בית המשפט, הרואה בפסילת חוק אמצעי חריג וקיצוני ובדרך כלל מעדיפה לפרש את החוק באופן שייצור התאמה חוקתית – מתייטר הצורך באמצעי חיצוני ומלאכותי שנועד להחליש את הביקורת השיפוטית, וממילא את ההגנה על הזכויות החוקתיות.<sup>3</sup>

צריך לשים לב שהנסגת הדעת נערכת ברגיל, גם כיום, באופן דו-שלבי: תחילה כל שופט לעצמו, ואחר כך ברמה המוסדית, הקולגיאלית, בשיח בין השופטים לבין עצמם באופן שמאפשר לשופט שבתחילה צידד בפסילה לשנות את דעתו לאור עמדת חבריו החולקים עליו (או להפך). קרי, עמדת השופטים, ובית המשפט ככלל, מתקבלת בתהליך מעמיק של רפלקסיה, חקר ודו-שיח מתמשך, ולא באופן מלאכותי וטכני של ספירת קולות.<sup>4</sup> אפשר שהצעתו של רחזני באה כ"טוב מסדר

3 עמדה זו מושרשת כל כך עד כי ביקורת שיפוטית שמבטלת חקיקה ראשית מכונה לא פעם "נשק לא קונבנציונלי" (כינוי שביח המשפט נוהג להשתמש בו ועימו אף מסכים רחזני. ראו שם, בעמ' 144). כינוי זה אינו קולע לדעתי, שכן ההנחה היא שנשק זה משמש להרתעה בלבד או שהשימוש בו מביא לידי הרס מוחלט, תיאור שאינו מתאים לביקורת שיפוטית.

4 ועל כך אמר השופט בנג'מין קרדוזו:

The eccentricities of judges balance one another. One judge looks at problems from the point of view of history, another from that of philosophy, another from that of social utility; one is a formalist, another a latitudinarian, one is timorous of change, another dissatisfied with the present; out of the attrition of diverse minds there is beaten something which has a constancy and uniformity and average value greater than its component elements.

BENJAMIN N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 176-177 (1921)

שני" (second-best constitutionalism), כלומר כחלופה לא אידאלית שבעולם מושלם לא הייתה מוצעת, אבל בעיניו עדיפה על המצב הקיים.<sup>5</sup> לעומתו אני סבור שבשל הנזק שהיא טומנת בחובה, אין לה מקום גם כהצעה מסדר שני, ועל כן אין לקבלה.

בתגובה זו תחילה אבחן את הסיבות שבשלן מצדיק רוזנאי את הצעתו ואסביר מדוע הן אינן מספקות. לאחר מכן אעמוד על הסכנות העיקריות שבאימוץ ההצעה, בייחוד על רקע "המצב הישראלי", ואראה שהנזק הטמון בה עולה בהרבה על תועלתה. בסוף הרשימה אציע, בהשראת מחקרו של רוזנאי, שינוי אחר במצב הקיים: שבמקרים של אי-התאמה חוקתית וכלי שינוי הדין לעניין הרוב הרגיל הנדרש לשם פסילה, יחזיר ככלל בית המשפט את החוק אל שולחן הדיונים של המחוקק (בעודו קובע צווי ביניים במידת הצורך) ויעמיד לרשותו את הזמן הנדרש לכך. אם יימנע המחוקק מעריכת ההתאמה הנדרשת (בין שלא יעשה דבר ובין שיתקן את החוק באופן לא מספק), יבטל אותו בית המשפט בתום התקופה שקצב לכך.

5 לפי דיוויד יום, שטבע את הרעיון כבר במאה ה-18, יש סכנה שהתרחקות מהסדר החוקתי הראשון תפר איזונים חשובים ביותר. המייחס לכך אדריאן וורמיל באומר:

Hume's real contribution, rather, is to have pioneered the critical idea of second-best constitutionalism: the idea that multiple departures from the optimal or first-best constitutional arrangements might offset each other, producing compensating adjustments that ensure constitutional equilibrium. Hume's characteristic mode of analysis, I shall suggest, is simultaneously to identify both a departure from optimal constitutional design and an offsetting institutional adjustment that compensates for the initial defect.

Adrian Vermeule, *Hume's Second-Best Constitutionalism*, 70 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 421, 421 (2003)

לפי וורמיל, גם אם חוקה מסדר ראשון היא אידאלית, אין משמעות הדבר שהניסיון להשיג כמה שיותר מאפיינים שדומים לסדר הראשון הוא בהכרח טוב כשהוא לעצמו. ראו

גם Adrian Vermeule, *System Effects and the Constitution*, 123 HARVARD LAW REVIEW 4 (2009)

## 1.

## עיקרי נימוקיו של רוזנאי להתנות ביטול של חקיקה ראשית ברוב מיוחד ובהרכב מורחב

נראה כי המוטיבציה העיקרית להצעה היא הדאגה מהירידה באמון הציבור בבית המשפט, המחלוקות באשר לסמכותו של בית המשפט לבקר חקיקה, הביקורות בדבר התחזקות יתר שלו אל מול הרשויות הפוליטיות, והדיון הציבורי הער במגוון ההצעות לשנות את סמכויותיו ואת הרכבו, שלפי רוזנאי – מחייבות התייחסות<sup>6</sup>. הוא מציע אפוא לעצב כלל הכרעה (רוב מיוחד) שיביא לידי הגבלת כוחו של בית המשפט כמוסד. יהיו מי שיתארו זאת כהגברה של הנסגת הדעת השיפוטית. רוזנאי סבור שהצעתו פוגעת פחות מהצעות אחרות שמועלות בשיח המקצועי והציבורי, בכללן הצעות לשנות את דרכי הבחירה של השופטים או לקבוע הוראת התגברות שתאפשר לכנסת להתגבר על החלטות בית המשפט. מבחינה זו בהצעתו יש לשיטתו היבט של הגנה על בית המשפט מפני הצעות פוגעניות יותר. הצעתו כוללת צעדי ריכוך ואיזון, והיא נתמכת במידה מסוימת גם מכיוון המשפט המשווה. עוד הוא מזכיר כחלק מהצדקת ההצעה את עקרון "ריבונות הפרלמנט" ואת חזקת חוקתיותם של חוקים. אתייחס לשיקולים אלה לפי הסדר שהם מופיעים בהצעתו.

### 1.1. ההצעה נועדה להתמודד עם הירידה באמון הציבור בבית המשפט ועם הביקורות עליו

רוזנאי מצביע על כך שלפי סקרי דעת קהל שנערכו בישראל אמון הציבור בבית המשפט ירד, וירידה זו מצדיקה לדעתו עיצוב מחודש של סמכותו לביקורת שיפוטית<sup>7</sup>. ככלל את הטענה שהאמון בבית המשפט ירד אין לקבל ללא עוררין

6 רוזנאי, בעמ' 41-42.

7 ראו אצל רוזנאי, ה"ש 44.

ויש לבחון אותה בזהירות הנדרשת. כפי שהראה לאחרונה פרופ' דניאל בן-אוליאל, בדיקות אמון הציבור בבית המשפט העליון לוקות בקושי אמפירי ממשי (לא רק בישראל), מה שמביא לידי היעדר אחידות מספקת ולפעמים ניכרים בין המדדים.<sup>8</sup> ואולם גם אם לא נקבל את הנחת המוצא של רזנאי ולפיה אמון של הציבור צנח באופן מעורר דאגה, אין ספק שבמשך השנים ניכרת ירידה מסוימת בתמיכה בו; ואין ספק שנמתחות עליו ביקורות ומוצעות הצעות לשנות את סמכויותיו ואת הרכבו.<sup>9</sup> מה המסקנה או המסקנות המתבקשות מכך אם בכלל?

## 8 לדבריו -

מאז 2004 וקרוב לשני עשורים מצביע מדד הדמוקרטיה הישראלית של המכון הישראלי לדמוקרטיה על מגמה מעורבת. נרשמה עלייה לשיא של 76% אמון "רב" או "די רב" ב-2004, מלווה בצניחה לשפל של פחות מ-50% ב-2008, עליה ל-73% ב-2012, ושוב ירידה עובר לשנת 2018. מנגד, מדד ביצועי המגזר הציבורי בישראל מטעם החוקרים ויגודה-גרות, ניסים כהן ושלמה מזרחי מאוניברסיטת חיפה, סתר, לא פעם, את ממצאי המכון הישראלי לדמוקרטיה בפרט ביחס לשנים 2008-2018. כך למשל, בשנת 2016 קבע מדד ביצועי המגזר הציבורי כי "האמון שנותן הציבור במערכת המשפט, ובמיוחד בבית המשפט העליון, גבוה ונמצא בשיאו בהשוואה למדדי כל השנים הקודמות", בה בעת שהמדד המתחרה הציג ירידה יחסית לאותה שנה (56% מ-73% ארבע שנים קודם וכו'). פער דומה נחשף ביחס לשנת 2018.

ראו דניאל בן-אוליאל "מניעת כהונת ראש ממשלה מחבר כנסת הנאשם בפלילים בראי אמון הציבור" *ICON-S-IL Blog*, 21.4.2020. עוד ראוי לציון ההבחנה שמציין בן-אוליאל, שמקורה בתאוריות חוקתיות אמריקאיות (מבית מדרשם של ג'יימס גיבסון וגרגורי קלדירה, שאליהן מפנה הכותב), בין שני סוגים של אמון הציבור: אמון מסוים שנוגע לסוגיה נדונה, שהיחלשותו נובעת בדרך כלל מהתנגדות נקודתית להכרעות מסוימות או לשופטים מסוימים, והוא נוטה להשתקם מחדש בתוך פרק זמן מסוים; ואמון ציבור כללי, שהוא רחב וארוך טווח. לא מן הנמנע שכאשר נבדק אמון הציבור בסקרים השונים לא הייתה הבחנה זו מחודדת דיה (שם). למחקריהם של גיבסון וקלדירה ראו שם, הערה 2. עוד הבחנה מועילה היא זו שעשה ריצ'ארד ה' פאלון בין שלושה סוגים של לגיטימיות: לגיטימיות חוקית, לגיטימיות חברתית ולגיטימיות מוסרית של החוקה והפרשנות שנותן בית המשפט. לדבריו, לגיטימציה חוקית תלויה בקבלה החברתית של החוקה (או של הפרשנות) בעת מסוימת יותר מאשר בחוקיות הפורמלית שלה. הלגיטימציה המוסרית לעומת זה קיימת מעצם קיומה של חוקה, מקבלתה כחוק וככל שהיא צודקת באופן יחסי (לא מוחלט). ראו Richard H. Fallon Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARVARD LAW REVIEW 1787 (2005)

9 רזנאי מזכיר למשל הצעות להגבלת סמכויות הביקורת השיפוטית, את ההצעה לעיגולה של פסקת התגברות על חוקי היסוד, את הניסיונות לצמצם את זכות העמידה,

כיצד נכון להתייחס לכך? או ליתר דיוק: האם הירידה באמון הציבור נעוצה בהתנהלות לא ראויה של בית המשפט ולכן היא מוצדקת? רחנאי אינו טוען זאת. הוא מציע הסברים שונים לתופעה זו, שאינם שונים מאוד מההסברים שאציע להלן.<sup>10</sup>

ראשית, את הירידה המסוימת באמון הציבור יש לראות בהקשר רחב יותר שבו גם במדינות דמוקרטיות אחרות מידת האמון בבית המשפט העליון אינה מרקיעה לשחקים.<sup>11</sup> אין להתפלא על מגמה זו בעולם פוסט־מודרני שבו יש ירידה כללית באמון בסמכות באשר היא, ובישראל ירידה זו מתפשטת בהדרגה גם כלפי מוסדות נוספים שבעבר נהנו מאמון גבוה יותר כמו משטרת ישראל. ראוי לזכור שהאמון בבית המשפט גבוה בהרבה מהאמון בכנסת ובממשלה.<sup>12</sup> מבחינה מסוימת ברמת אמון בינונית – כלומר לא גבוהה ולא נמוכה – במוסד

---

את הניסיון להגביל את הנושאים השפיטים ואח הניסיונות לשנות את הרכב הוועדה למינוי שופטים. ראו רחנאי, בעמ' 34. ליוזמות נוספות ראו לעיל ה"ש 1.

10 רחנאי, בעמ' 41.

11 במחקר שנעשה בארצות הברית נמצא כי רק 29% מהנשאלים הביעו תמיכה רבה בבית המשפט וכי 43% הביעו תמיכה מסוימת (some trust). ראו Charles H. Franklin, *Public Views of the Supreme Court*, released by Marquette University Law School as part of its conference "Public Understanding and Opinion of the U.S. Supreme Court" 17 (October 21, 2019). בקנדה נמצא ששיעור התמיכה בבית המשפט העליון הוא 38% בלבד. ראו ENVIRONICS INSTITUTE REPORT ON CONFIDENCE IN DEMOCRACY AND THE POLITICAL SYSTEM: AN UPDATE ON TRENDS IN PUBLIC OPINION IN CANADA 6 (September 11, 2019). בדומה למצב בישראל – הן בארצות הברית והן בקנדה הייתה התמיכה בבתי המשפט גבוהה מזו שברוב מוסדות השלטון האחרים. ככלל, כמו שמראה מדד אמון שמפרסם מכון המחקר אדלמן, בשנים האחרונות יש צניחה באמון שמביע הציבור במוסדות הממשל ברחבי העולם בכלל, ובמדינות החברות ב־OECD בפרט. ראו EDELMAN TRUST BAROMETER, GLOBAL REPORT 2019.

12 בעבר התייחסתי להשלכות של התפתחויות חברתיות על המשפט, ראו מרכז קרמניצר "שינויים חברתיים ומגמות בהתפתחות המשפט" **המשפט בישראל: מבט לעתיד** 87 (ידידיה שטרן ויפה זילברשץ עורכים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן, 2003). לפי סקר שעשה המכון הישראלי לדמוקרטיה בשנת 2003 התמיכה בממשלה עמדה על 55%, ובכנסת – 51%. כיום מידת האמון ירדה ל־30% בשני המוסדות הללו. ראו אשר אריאן, דוד נחמיאס, דורון נבות ודניאל שני **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2003**, 21 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003); תמר הרמן, אור ענבי, וויליאם קביסון ואלה הלר **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2019**, 44 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019).



שתפקודו בעיקר מקצועי, אפשר לראות גישה מפקחת של מי שאין לו דרך להעריך כהלכה את מידת המקצועיות של המוסד. בהערכה כזאת גם אפשר לראות איזון סביר בין "כבדהו" ל"חשדהו", שהוא יחס כללי נאות בדמוקרטיה כלפי מוסדות השלטון. על כן כלל לא ברור מדוע דווקא הטענה בדבר ירידת האמון הציבורי בבית המשפט (בניגוד למוסדות אחרים) צריכה לעורר תגובה מיוחדת כלשהי.

שנית, היותה של ישראל דמוקרטיה מאותגרת כפי שיפורט להלן, משליכה גם על שאלת האמון בבית המשפט העליון שלה. מקבוצות גדולות בציבור הישראלי מלכתחילה אי-אפשר לצפות לרמת אמון גבוהה בבית המשפט: זרמים חרדיים, שרואים בו ערכאות של גויים ומתקשים לקבל בית משפט במדינה היהודית שאינו פוסק לפי דין התורה; הערבים, שרואים בו מוסד ציוני; המתנחלים ותומכיהם, שרואים ביהודה ושומרון נחלת אבות שאליה חזרנו, ובבית המשפט, המחיל את דיני התפיסה הלוחמתית, רואים גורם שעוין את עניינם. וחשוב מכל אלה – בעמדות הציבור היהודי הישראלי אפשר למצוא עמדות בעייתיות ומוקשות מנקודת ראות דמוקרטית.<sup>13</sup> על כן אך טבעי הוא שבית משפט שמחויב לדמוקרטיה ליברלית, להפרדת רשויות, לזכויות אדם ואזרח ולנורמות בינלאומיות "ייענש" על כך בדין הציבור.

שלישית, כעשרים שנה נמצא בית המשפט בעין הסערה של התקפות מצד מצד ראשי המדינה וחלק מן הציבור ההולך בעקבותיהם – התקפות שחורגות מביקורת לגיטימית (בין השאר תויג בית המשפט כאליטה או הגמוניה ישנה שעומדת בדרכם של כוחות חברתיים חדשים), וגם אנשי אקדמיה נמנים עם מבקריו החריפים. המגמה האמורה התחזקה בעשור האחרון בדמוקרטיה נוספות בהקשר של התפשטות הפופוליזם האוטוריטרי, שבחירתו לשלטון

13 רוזנאי מציג כמה מהן, למשל שבשנת 2013 49% מהציבור היהודי סבור שליהודים מגיעות זכויות רבות יותר מלא-יהודים או שהציבור היהודי סבור שהחלטות בנושאי שלום וביטחון וכן ממשל וכלכלה צריכות להתקבל ברוב יהודי. ראו רוזנאי, בעמ' 88-89. על כך אפשר להוסיף נתונים נוספים כמו הממצא ש-54% מהיהודים סבורים שיש לשלול את זכות ההצבעה ממי שאינו מוכן להצהיר שישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי. ראו תמר הרמן, אור ענבי, אלה הלר, פאדי עומר ווויליאם קביסון שותפות בעירבון מוגבל: יהודים וערבים, ישראל 2019 34 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019).

בלתי מוגבל רואה בביקורת חוקתית עצמאית מכשול שיש להסירו ופועל נגדה בדרכים שונות (ועוד אשוב לנקודה זו בהמשך הדברים).<sup>14</sup> בנסיבות אלה אני סבור שצמצום כוחו בנושאים הקשורים בביקורת על החקיקה אינו מתבקש כלל, אלא זה איתות שלילי, לא מוצדק, לכיוונם של השופטים. יותר מזה, יהיה בכך משום פרס ועידוד לתוקפיו בבחינת "רשע וטוב לו". שתי הסיבות הללו (השנייה והשלישית) מצביעות על כך שהירידה באמון בבית המשפט אינה משקפת כנראה עמדה עקרונית ומושכלת של תמיכה ציבורית בשלטון לא מוגבל.

מעניין לציין שמסקר שנערך לאחרונה עולה כי רוב הציבור – כשני שלישים – סבור שיש לחזק את מערכת המשפט.<sup>15</sup> קשה אפוא לראות כיצד מכאן אפשר ללמוד שדווקא פגיעה בסמכותו תגביר את האמון בו. וגם נניח את ההפך – שבית משפט אולטרה־שמרני, שמהווה "חותמת גומי" וכמעט לעולם אינו מתערב במעשי השלטון, יזכה באמון ציבורי רב יותר – האם תהיה זו סיבה תקפה לחתור לבית משפט כזה? גם עצם העובדה שבציבור, בפוליטיקה ובאקדמיה יש מחלוקות על בית המשפט ויש המציעים לשנות את סמכויותיו ואת הרכבו אינה מלמדת על צורך בשינוי.<sup>16</sup> כדי לתמוך בשינוי, צריך להשתכנע בצדקת הביקורת.<sup>17</sup>

14 ראו להלן בעמ' 255-256.

15 רוזנאי, בעמ' 42.

16 ביקורת דומה הבעתי בעבר על הצעות הפוכות שגרסו (בשנות התשעים) כי לנוכח התמיכה הציבורית הרבה שבג"ץ זוכה לה הוא יכול לפרוץ קדימה ולהגביר את מידת מעורבותו:

יהיה זה יותר ממורזר אם גם בית המשפט העליון, מוסר אליטיסטי מובהק של אנשי מקצוע ברמה הגבוהה ביותר, יחאים את פסיקותיו לקולו של העם, באותם מקרים שבהם הידיים הם ידי ישראל והקול הוא קולו של ארצי בנקר. על בית המשפט למלא את תפקידו האמור בעניינים פקוחות וחוץ מודעות מלאה לסיכון [...] לאחר ככלות הכול יוקרתו של בית המשפט איננה מטרה, אלא אמצעי שנועד לאפשר לו למלא את ייעודו. אסור שהאמצעי יהפוך למטרה.

מרדכי קרמניצר "ביקורת ספרים: 'ג' ברזילי, א' יערי-יוכטמן וז' סגל, בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית" "משפטים" כו 189, 198 (1995).

17 וראו לעניין זה הבחנותיו של Fallon, לעיל ה"ש 8.

במרכז הביקורת על בית המשפט מצויה הטענה כי הוא חוטא באקטיביזם מופרז. רוזנאי בוחן טענה זו ודוחה אותה.<sup>18</sup> הצדק עימו. אין מקום לטענה שבית המשפט נוהג באקטיביזם מוגזם בפסילת הוראות חוק, ואכן מבקריו הענייניים גם אינם טוענים זאת. כמה נתונים תומכים בכך: מספרן הנמוך של הוראות החוק שנפסלו ב־25 השנים שחלפו מאז הוחל בביקורת חקיקתית (כ־20 בסך הכול);<sup>19</sup> הרוב הגדול של שופטים שבו מתקבלות אצלנו החלטות בדבר פסילה;<sup>20</sup> פיתוח עילות לשם הימנעות מביקורת משפטית, כמו עילת הבשלות;<sup>21</sup> העדפת הפרשנות החוקתית המבכרת קיום על פני פסילה של הוראת חוק; השהיית פסילתם של חוקים בשלב הסעד באמצעות פיתוח סעדים חדשים על ציר הזמן, קרי כאלה היוצרים פער בזמן בין הקביעה שהחוק אינו חוקתי ובין פקיעת תוקפו, שאינה מתרחשת מיניה וביה עם הקביעה; רטוריקה שיפוטית שמעלה על נס את חובת

18 רוזנאי, בעמ' 35.

19 ראו נספח 1 אצל רוזנאי. מספר זה נמוך לאין ערוך ממדינות אחרות שאליהן מפנה רוזנאי כמקור להצדקת הצעתו (למשל קוריאה הדרומית, שמשמשת השראה לרוזנאי – שבה בכשלושה עשורים נקבעה אי־חוקתיות של 576 הוראות חוק, ובשליש מהמקרים שבהן הופנתה סוגיית החוקתיות לבית המשפט החוקתי מערכאות משפטיות אחרות. מספר זה נמוך במידה ניכרת גם מבית המשפט העליון של ארצות הברית, שבשנים 1958–2020 התערב ב־396 חוקים של המדינות השונות, וב־91 חוקים נוספים שהעביר הקונגרס. לרשימה המלאה ראו באתר הקונגרס: Table of Laws Held Unconstitutional in Whole or in Part by the Supreme Court, CONSTITUTION ANNOTATED

20 בכל פסקי הדין שבהם נפטלה הוראת חוק התקבלה ההחלטה פה אחד או לכל הפחות ברוב של שבעה מול שניים. ראו רוזנאי, בנספח 1.

21 עילת הבשלות "מאפשרת לבית המשפט להחליט שההכרעה בשאלה החוקתית המונחת לפניו תקבל בשלב מאוחר יותר, אם בכלל". ראו בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 18.1.2006). בעניין זה נדחתה עתירה נגד אחדות מההוראות בחוק יישום תוכנית ההתנתקות. להרחבה על עילת הבשלות ראו ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות: בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מג 419 (תשע"ג). צ'צ'קו מבקרת את בית המשפט על סטייתו ממשמעותה המקורית של הדוקטרינה בארצות הברית (ripeness) וטוענת ששם בית המשפט אינו ממחין בהכרח לשלב יישום החוק כדי להחשיבו "בשל" לדין. רוזנאי מתייחס לאמצעים נוספים שבית המשפט נעזר בהם כחלק ממדיניות הריסון העצמי כגון פרשנות רחבה של מחסם הסבירות, וכן קביעת סעד חלש או גמיש כדי להימנע מבטלות, השעיית הבטלות ובטלות יחסית. רוזנאי, בעמ' 204–207.

הריסון העצמי;<sup>22</sup> וביקורת שנמתחת על בית המשפט מצד אלו הטוענים שהוא אינו אקטיביסט די הצורך.<sup>23</sup>

מכל אלה עולה כי בית המשפט אינו שש אלי קרב, וידו אינה קלה על ההדק לבטל הוראות חוק. נדמה כי עולם הדימויים בהקשר הזה, המאפיין את בית המשפט כ"אקטיביסט", שואב השראה מתקופות אחרות, אולי רפורמטיביות יותר, בוודאי רטוריות יותר, של "בית המשפט של שמגר וברק", וכלל אינו מתכתב עם המציאות האמפירית של בית המשפט הנוכחי. מכאן שאין צורך לרסן את בית המשפט הקיים או ליתר דיוק לצמצם את תוקפן המשפטי של פסיקותיו. כמו שארחיב בהמשך הדברים, תמיכתם של מלומדים במדינות אחרות, כמו פרופ' ג'ד שוגרמן, ברוב מיוחד לשם פסילת חוק מקורה בתקופה ספציפית בארצות הברית שבה נטש בית המשפט העליון האמריקאי את הריסון השיפוטי, והעלה במידה ניכרת את מספר התערבויותיו בפעולות חקיקה של הקונגרס, התערבויות שנעשו ברוב של חמישה שופטים מול ארבעה.<sup>24</sup> גם בקוריאה הדרומית, שממנה

22 ראו למשל דבריו של הנשיא (בדימוס) שמגר בפרשת בנק המזרחי, ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיחופי, פ"ד מט(4) 221, 329-331 (1995). כמו כן ראו דבריו של הנשיא (בדימוס) ברק בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 389 (1997); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, פס' 58 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק (2006); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת, פסקה 22 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) נאור (פורסם בנבו, 11.8.2015); בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת, פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) נאור (פורסם בנבו, 21.4.2016).

23 עמיחי כהן "רוב מהומה על לא מאומה" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה 4.12.2016; ג'ד ברזילאי "סוף למיתוס של בג"ץ" Ynet 12.4.2018; פלורית שויחט "שלי יחימוביץ': 'בג"ץ לא אקטיבי מספיק, רוצה להיות שרת המשפטים'" מידה 18.3.2019; אייל גרוס "על מי בג"ץ צריך להגן" הארץ 17.6.2019; גיא זאבי "אקטיביזם שיפוטי – האמנם?", גלובס 19.5.2020.

24 הצעתו של רוזנאי נבדלת מהצעתו של שוגרמן בכמה הבדלים חשובים שיש לעמוד עליהם. ראשית, הצעתו של שוגרמן (שנכתבה בשנת 2002) לא נולדה בתגובה להיעדר אמון ציבורי בבית המשפט, אלא דווקא כניסיון להצית שיח ביקורתי לגבי ולדרבן דיאלוג מוסדי בין הקונגרס לבית המשפט, שלדבריו לקה בחסר. שנית, וגם זאת בשונה מרוזנאי, שוגרמן הבהיר שמוטב שבית המשפט יאמץ כלל הכרעה ככלל פנים מוסדי כדי שיוכל לעצבו בהחלט לניסיונו ולמומחיותו. לדבריו, בית המשפט יכול ליצור קווים מנחים פנימיים כך שיהיו גמישים דיים, ובאופן המאפשר לבית המשפט להחליט בעצמו מה הכלל וליצור יוצאים מן הכלל. רק אם בית המשפט יסרב לקבל על עצמו כלל

רוזנאי שואב השראה בעניין זה, הקריאה לאמץ כלל הכרעה מיוחד נולדה על רקע של בית משפט אקטיביסטי באופן יוצא דופן – דבר שהוליד את הרצון להגביל את כוחו.<sup>25</sup> זה אינו המצב בישראל, ובמקום שבו מרסנים כשאין הצדקה לכך, אין מביאים לשיפור המצב. להפך – מביאים לידי פחות לא מוצדק בהגנה על זכויות חוקתיות.<sup>26</sup>

## 1.2. ההצעה פוגענית פחות מהצעות אחרות

גם אם נניח שהצעה זו פוגענית פחות מהצעות אחרות שעלו בשנים האחרונות, ואיני בטוח בכך כלל, זו איננה סיבה טובה מבחינה עניינית לאמץ את ההצעה. כדי שנכון יהיה לאמצה עליה להיות טובה כשהיא לעצמה, ואין די בכך שהיא הרע במיעוט. אפילו מן הבחינה הטקטית איני רואה בה יתרון. אם הכוחות הפוליטיים האנטי־ליברליים יוכלו להעביר הצעה פוגענית יותר, הם לא יחססו לעשות זאת ולא יעצרו על סיפה של הצעה זו. מדוע שיעצרו? ההנחה שעצם רזה תהיה בעיניהם תחליף לעצם שמנה – נאיבית בעיניי. אכן, רוזנאי מציע "מארג" של שינויים חוקתיים וטוען כי הצעתו בדבר רוב מיוחד עומדת בעינה רק כחלק ממכלול של יתר המלצותיו, אך ברי כי אין בכך כדי לחייב את המחוקק. כדאי לזכור שבתזכיר הצעת חוק־יסוד: החקיקה שהוכנה בעת כהונתה של איילת שקד כשרת המשפטים, הוצע לאמץ רוב מיוחד בהרכב לשם פסילה של הוראת חוק לצד הוראת התגברות והוראות נוספות להגבלת סמכותו של בית המשפט.<sup>27</sup>

---

שכזה, יש לחוקקו בקונגרס. שלישית, וגם בכך לדעתי יש להתחשב – שוגרמן מדגיש כי הסיכוי שהצעתו תתקבל בשני בתי הקונגרס קלושה עד אפסית, והוא שב ומדגיש שמטרתה של הצעתו היא לעורר דיאלוג בנושא. Jed H. Shugerman, *A Six-Three Rule: Reviving Consensus and Deference on the Supreme Court*, 37 GEORGIA LAW REVIEW 893 (2003)

25 רוזנאי, בעמ' 139.

26 רוזנאי מכיר בכך שחיסרון מרכזי בהצעתו הוא הפגיעה בזכויות אדם ובזכויות חוקתיות (ראו שם, בעמ' 140-141), אלא שלדבריו יש לבחון חיסרון זה לנוכח החלופות של פסקת התגברות ומעבר לדגם הבריטי של הצהרת "אי־התאמה".

27 לעמדתה בנוגע להצעות התזכיר ראו "מכתב ממרדכי קרמניצר ועמיר פוקס לשרת המשפטים איילת שקד", *אחר המכון הישראלי לדמוקרטיה*, 20.5.2019. חברת הכנסת

יטען הטוען כי ניסיונו של רזנאי ליצור פשרה על דרך עסקת חבילה יחד עם מקטרגיו של בית המשפט העליון עדיף על דבקות במצב הקיים, שעלול להביא לידי הסלמה תוך תקיפתו והחלשתו.<sup>28</sup> איני סבור כך. נראה לי שכל הצעה שמועלית, ודאי הצעה שיש בה כדי לצמצם את ההגנה על זכויות חוקתיות, צריכה להיות מוצדקת מבחינה עניינית. חישובים פוליטיים כאלה או אחרים שאולי יש בהם כדי לשכנע מאן דהוא לרכך את עמדתו כלפי בית המשפט העליון – אינם תחליף להצדקה מהותית.

רזנאי מציין שכיום ממילא במקרי פסילה יש רוב מוחלט של שופטים, אלא שלדבריו אם יעוגן הדבר בחוק, יהיה בכך כדי לאותת לציבור שבית המשפט אינו אקטיביסט. אלא שמסקנה זו אינה מתחייבת: גם היום כשבית המשפט נוטה לפסול ברוב מוחלט, או לכל הפחות מיוחד, ובאופן מאופק – עדיין אין הוא נהנה מאמון ציבורי רחב (או לפחות כזה הדומה לאמון שממנו נהנה לפני כשני עשורים). על רקע זה לא ברור שדרישה לרוב של שני שלישים תסייע להגברת האמון בו. להפך. היא עלולה ליצור רושם מוטעה שלפיו מדובר בבית משפט פרוע, שזקוק לריסון מידי המחוקק. מהלכים עתידיים של בית המשפט ייבחנו לפי קנה המידה הזה: האם המושכות שהוטלו על בית המשפט מספיקות? או שמא נדרשת מתיחה נוספת שלהן? במובן זה מדובר בעוד סכנה בהצעתו של רזנאי. לו היה מתקיים משא ומתן חוקתי בין מומחים למשפט חוקתי אפשר להניח כי ניתן היה לפשר בין העדפות וחלופות שונות של המציעים ולדון

---

שקד הניחה הצעת חוק דומה על שולחנה של הכנסת ה-23, אבל היא הוסרה מסדר היום. ראו הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – פסקת התגברות) התש"פ-2020, פ/1262/23.

28 עמדה זו באה לידי ביטוי מסוים בגישה שלפיה עיצוב חוקה הוא "תעודת ביטוח" לאליטות פוליטיות. ראו: Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge University Press, 2003); Rosalind Dixon & Tom Ginsburg, *The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance*, 15 *INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW* 988 (2017). לעניין זה חשוב גם הדגש שניתן בספרות על האופן שבו הצדדים למשא ומתן החוקתי חופסים את כוחם ועל "מסך הבערות" כאמצעי להפחית משוא פנים ואינטרסים פוליטיים צרים. ראו למשל 64-61 DENNIS C. MUELLER, *CONSTITUTIONAL DEMOCRACY* (Oxford University Press, 1996); Jon Elster, *Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies*, 2 *JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW* 345 (2000)

בהצעתו של רוזנאי באופן שקול וענייני. אבל במציאות הפוליטית הישראלית כיום משא ומתן שכזה אינו מתקיים; וגם לו היה מתקיים, ספק (על סמך ניסיון העבר של חוקה בהסכמה) אם היה בו כדי להשפיע על המערכת הפוליטית. ההתנהלות הפוליטית מתבטאת במידה רבה ב"הך בבית המשפט והצל את המולדת", והלקאתו של בית המשפט מזכה בנקודות זכות קואליציוניות. סביר שהמתנכלים לבית המשפט ישתמשו בהצעה זו כהוכחה לטענה שהמזב הקיים אינו מניח את הדעת ויש לצמצם את כוחו של בית המשפט. ההצעה תאפשר להם לעשות דה-לגיטימציה להחלטות פסילה שיישענו על רוב רגיל. כאמור, לו הייתה ההצעה מוצדקת לגוף העניין, לא היה מקום להימנע ממנה רק משום שאפשר להשתמש בה לרעה. אבל אין אני סבור שהיא טובה כשלעצמה.

### 1.3. ההצעה מלווה בצעדי ריכוך ואיזון

בדומה לנימוקו הקודם של רוזנאי – שהצעתו פוגענית פחות מאחרות – גם האפשרות לריכוך אינה נימוק עצמאי להצדקת ההצעה. אם אינה טובה, אם תועלתה אינה עולה על נזקה, מתבקש שלא לאמצה, ולא לחפש דרכים להקטנת הנזק.

צעדי הריכוך מצביעים על העובדה שגם רוזנאי מודע לקושי שבהצעתו. כדי לרכך את הקושי הוא מציע שורה של אמצעים שיבטיחו מלכתחילה, בתוך הליכי החקיקה עצמם, שהחוק העובר ב"תנור אפייתו" יתאים לחוקי היסוד, וכן יבטיחו יחס רציני של המחוקק להחלטה שיפוטית בדבר אי-התאמה של החוק לחוקי היסוד.<sup>29</sup> אמצעי הריכוך הם הצעות טובות כשלעצמן וראוי לאמץ בלי קשר לשאלת הרוב הדרוש לביטולו של חוק. אולם מי לידינו יתקע כי יאומצו? כך למשל צעד הריכוך הראשון שרוזנאי מציע הוא התניית הצעתו בכך שלא יהיה שינוי לרעה בבחירת השופטים, ואף להפך – ייקבע בחוק כי אחד מחברי הכנסת בוועדה יהיה נציג האופוזיציה.<sup>30</sup> אלא שעוד בטרם יבש הדיו על הצעתו של

29 רוזנאי, בעמ' 151.

30 על שחיקת הנוהג במינוי נציג של האופוזיציה בוועדה למינוי שופטים ראו בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (פורסם בנבו, 1.2.2017); גיא לוריא שיטת מינוי השופטים בישראל: רקע השוואתי, 8 (דוח מחקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018).

רוזנאי קבע בג"ץ שלא ניתן לחייב את הכנסת במינוי כזה.<sup>31</sup> ברור אפוא שקביעה זו מרחיקה אף יותר את מימוש התנאי המרכזי הזה, וכי תנאים מסוג זה אינם מחייבים איש, למעט את מי שמציע אותם.

גם צעד הריכוך הנוסף שלפיו לאחר הצהרת אי-התאמה של חוק (ללא ביטול) יידרש דיון מעמיק בכנסת, ספק אם יאומץ; ואם יאומץ, לא ברור שיהיה בו די כדי לבלום את הנזק הטמון בהצעה. הנסגת הדעת השיפוטית שרוזנאי מציע בכלל, והאפקטיביות של צעד זה בפרט, מחייבים שינוי יסודי ועמוק ביחסן של רשויות השלטון לזכויות אדם. בהיעדר שינויים אלה, לא נכון ולא רצוי להחליש את הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון עליהן. בתאוריה החוקתית המקובלת דגם "חלש" של ביקורת שיפוטית מבוסס על הנחת המוצא שמוסדות השלטון מכבדים זכויות אדם כעניין ערכי, תרבותי, פוליטי וחברתי.<sup>32</sup> ללא קשר הכרחי זה בין מיתון הביקורת השיפוטית מחד גיסא ומחויבות פוליטית כנה לזכויות מאידך גיסא, כלל ההכרעה של רוב מיוחד עלול לשמש ככלי להחלשת בית המשפט ולצמצום ההגנה על זכויות האדם. כמו שמציין רוזנאי, גם פרופ' ג'רמי וולדרון, ממתנגדיה הבולטים של ביקורת שיפוטית, סבר כי תנאי בסיסי להחלשת הביקורת השיפוטית הוא מחויבות מצד רוב החברה האזרחית ונציגיה לרעיון של זכויות מיעוטים וזכויות הפרט.<sup>33</sup> ואכן – וגם לכך רוזנאי מתייחס –

31 בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 20.8.2020).

Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 32 115 YALE LAW JOURNAL 1346, 1364–1365 (2006); STEPHEN GARDBAUM, THE NEW COMMONWEALTH MODEL OF CONSTITUTIONALISM: THEORY AND PRACTICE, 22–24 (Cambridge University Press, 2013); Rosalind Dixon, *The Forms, Functions, and Varieties of Weak(ended) Judicial Review*, 17(3) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 904 (2019)

33 בהקשר זה וולדרון מניח שמחויבות רחבה זו לזכויות כוללת מודעות לרעיון האוניברסלי של זכויות אדם ולהיסטוריה התאורטית בנוגע לאותן זכויות. הוא גם מניח שמחויבות זו היא בגדר קונצנזוס ושאין מדובר במחויבות שטחית שיוצאת ידי חובה, כך שהחברה האזרחית מתייחסת לזכויות הכלל בכל החלטה שהיא מקבלת. גם בהתקיים הסתייגויות בנוגע למשמעות הזכויות, הוא מניח כי יש כבוד כללי לזכויות פרט ומיעוט וכי זכויות אלה הן חלק חיוני באחסון של החברה ובאידאולוגיה הפוליטית הרשמית שלה. כדי להפוך את ההנחות האלה לקונקרטיות יותר הוא אף מגדיל להניח כי במדינה יש חוקה כלשהי – כתובה או בלתי כתובה המתייחסת לזכויות אדם. במקום שבו המחויבות



במדינות שבהן יש מחויבות חברתית ופוליטית אמיתית להגנה על זכויות אדם (כמו בניו זילנד ובאנגליה), ההתערבות השיפוטית בפעולות המחוקק נתפסת מוצדקת פחות.<sup>34</sup> אך בישראל הלך הרוח בקרב ציבור רחב ובקרב נציגים בולטים ורבי כוח בכנסת הוא למרבה הצער בכיוון ההפוך דווקא.

במצב הקיים ספק רב בעיניי אם הדיון האמור להתקיים בכנסת לאחר פסק דין המצהיר ברוב רגיל על אי־התאמה הוא ריכוך אפקטיבי. שהרי בסופו של דבר לאחר שהוכרז על אי־התאמתו של חוק לחוקה, אבל הוא לא בוטל, יוכלו כל אלה שתמכו בו מלכתחילה לבסס בקלות את המשך תמיכתם בו. הם יוכלו לבסס את דבריהם על העובדה שבחוק תמכו ארבעה שופטים ועל נימוקיהם, וכן על העובדה שהשיטה המשפטית לא פסלה את החוק. במילים אחרות, בעיני הציבור שמתקשה בניואנסים דקים החוק ייתפס ככזה שעבר בשלום את הביקורת השיפוטית. אפשרות זו נראית סבירה יותר מהאפשרות שישנו את דעתם. צודק רוזנאי באומר שמונגנונים והליכים מוסדיים עשויים להועיל, אבל התנהלותו של בית המחוקקים בכגון דא תלויה במידה מכרעת בתרבות הפוליטית ובעיקר ביחס בין הרשות המחוקקת לבית המשפט. יחס זה בקרב רבים מחבריו של בית המחוקקים אצלנו הוא יחס שלילי, המאופיין באיבה גלויה, עמוקה ומתמשכת כלפי בית המשפט; בדה־לגיטימציה שלו על יסוד טענות שווא ששופטיו התמנו בעבר הודות ל"שמאלניותם" או ל"ליברליזם הקיצוני" שלהם ואין הם יהודים או ציונים מספיק; ובמאבק כוחני על מי חזק יותר – שמגמתו הכנעה והכפפה של בית המשפט.

בהקשר זה די גם להזכיר את התפתחות התפיסה בקרב נבחרי הציבור כי "מה שאינו פילי הוא כשר למהדרין", שאינה מכירה כלל בנורמות פוליטיות ציבוריות שמתקיימות ומחייבות את נבחרי הציבור מעבר לנורמה המשפטית.<sup>35</sup>

---

שברירת ודלה, ההנחה אינה יכולה לעמוד ויש לפנות לפרוצדורה אחרת של ביקורת שיפוטית. ראו שם, בעמ' 1364-1366.

34 רוזנאי, בעמ' 60-65.

35 אם כבר להפך – התהליך הוא של חלחול נורמות פוליטיות שליליות אל הנורמה המשפטית הקיימת ושחיקתה. חדירה זו באה לידי ביטוי בדחייתו של בג"ץ את העתירות שדרשו למנוע מבנימין נתניהו להרכיב ממשלה, על אף כתב האישום התלוי ועומד נגדו, בקובעו כי אין עילה משפטית להתערב בהחלטה. בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות

כשזה היחס, הציפיה שהכנסת תחזור בה מחוק שחוקקה ולא נפסל אינה ראלית. במקום שבו יושב ראש הכנסת הקודם מודיע בריש גלי כי לא יציית לפסק דין ויושב ראש הכנסת הנוכחית קורא לו "לצפף" על בית המשפט,<sup>36</sup> איי אפשר לצפות להתנהלות שהיא לפני משורת הדין, כלומר להתייחסות לפסיקות בית המשפט שאינה מחייבת את הכנסת לשנות חוק שחוקקה. כך מלמדים גם גלגוליו של חוק איחוד המשפחות.<sup>37</sup> בגלגול הראשון היה השופט לוי בטוח שמדובר בהוראת שעה שלנוכח הביקורת החריפה על חוקתיותה הכנסת לא תאריך אותה.<sup>38</sup> ואולם הוא למד שהכנסת אינה מתרגשת מדברי כיבושין חוקתיים שאינם מלווים בהוראה אופרטיבית. הוא למד, וגם אנחנו למדנו.

## 1.4. יש יסוד להצעה במשפט המשווה

אחד הנימוקים העיקריים של רוזנאי לקבלת הצעתו הוא משפט חוקתי משווה. אלא שבראיה מקיפה של המצב בשיטות משפט דמוקרטיות אחרות, המסקנה המתחייבת היא כי מדובר בהצעה שנוגדת את המקובל בדמוקרטיה חוקתיות. הסתמכות על מאמר של ליאון שלף מלפני יותר מעשרים שנה, שנכתב במציאות פוליטית וחברתית שונה מאוד, אינה בגדר תמיכה של ממש בתזה של רוזנאי. וכמו שגם הוא עצמו מציין, הן איטליה והן גרמניה המובאות אצל שלף כמחייבות רוב מיוחס, מסתפקות לאמיתו של דבר ברוב רגיל.<sup>39</sup> רוזנאי מציין כי בגרמניה רוב מיוחד נדרש רק בסוגיות מסוימות: בשלילת זכויות, בהדחת שופטים (כך

---

השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 27.5.2020). ראו גם בן-אוליאל, לעיל ה"ש 8.

36 בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (פורסם בנבו, 23.3.2020); צבי זכריה "אדלשטיין לבג"ץ": 'צו מצפוני לא מאפשר לי לקיים את פסק דינכם, לכן התפטרתי' " כלכליסט 25.3.2020.

37 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003.

38 בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44 (2012) (להלן: עניין איחוד משפחות).

39 רוזנאי, בעמ' 130-132.

גם בטורקיה) ובפסילת מפלגות.<sup>40</sup> מכאן שהרוב המיוחד שם נדרש דווקא כדי להעניק הגנת יתר על זכויות ועל ערכים דמוקרטיים אחרים (בכללם עצמאות השפיטה) – ההפך ממגמת הצעתו של רוזנאי. העובדה שאפשר למצוא תימוכין נדירים לדרישה לרוב מיוחד בהקשרים צרים ספציפיים כגון ביקורת על תיקונים לחוקה בטורקיה ובמקרים חריגים אחרים כמו בברזיל, איננה אסמכתא להצעה בדבר רוב מיוחס במקרה של כל פסילה חוקתית.

זאת ועוד, לא ברור מה מתבקש ללמוד מהעובדה שהצעה כזאת הועלתה בארצות הברית (ודאי אין ללמוד דבר מביקורת שהושמעה ב־1910) אך לא התקבלה.<sup>41</sup> ראשית, ספק אם ארצות הברית, על האופי הפוליטי המובהק של מינוי השופטים בה, הפוגע באמון הציבור במוסד, יכולה להיות דוגמה בשבילנו.<sup>42</sup> שנית, כמו שרוזנאי מציין, עובדה היא שגם ברוב המדינות בארצות הברית (למעט שתיים) מסתפקים ברוב רגיל לשם פסילת חוק.<sup>43</sup> שלישית, בארצות הברית, בגלל התנודתיות הפוליטית של בית המשפט עלול להיווצר מצב שבו המיעוט של ארבעה שופטים תומך דווקא בגישה ליברלית נגד גישה שמרנית של הרוב, כלומר מדובר בהצעה ניטרלית מבחינת כיוון השפעתה.<sup>44</sup> לא כך הדבר

**40** שם, בעמ' 137–138. ראו למשל סעיף 28 (2) לחוק בית המשפט החוקתי (Federal Constitutional Court Act) (BverfGG) (2) §28, המחייב רוב של שני שלישים לפגיעה בזכות לסודיות של עדים ומומחים; סעיף 105 (5) BverfGG) (5) §105, הקובע רוב של שני שלישים לצורך השעיית שופט; וסעיף 15 (4) (1) sentence 15 (4) BverfGG) שדורש רוב זהה לפסילת מפלגות.

**41** ראו רוזנאי, בעמ' 133–134.

**42** שם, בעמ' 43–44.

**43** שם, בעמ' 136.

**44** זה למעשה הרקע לכתיבתו של שוגרמן, שהסביר שהצעתו רלוונטית גם למצב הפוך שבו יש רוב דמוקרטי, אבל בה בעת הדגיש שהיא נובעת משינוי שחל לדבריו בתקופת כהונתו של נשיא בית המשפט העליון האמריקאי דאז וויליאם רנקוויסט. לדבריו, בשנים 1789–1995 (206 שנים) היה לבית המשפט רוב קלוש של קול אחד רק ב־22 מהחלטותיו שביטלו את החלטות הקונגרס, אבל מאז 1995 חדירות הפסילה ברוב של קול אחד עלתה במידה ניכרת. כך, בשנים 1995–2002 (7 שנים) נפסלו ברוב של 5:4 חוקים של הקונגרס (המאמר נכתב בשנת 2002). במקרים אלה היו חמשת השופטים תמיד אותם שופטים שמוזהים עם המפלגה הרפובליקנית. ראו Shugerman, לעיל ה"ש 24, בעמ' 909 ובנספח למאמר.

אצלנו כפי שיוסבר בהמשך. רביעית, בארצות הברית קיים קושי עצום לתקן את החוקה (כלומר במקרה של פרשנות לחוקה שאינה מקובלת על המחוקקים שם, למעשה קצרה ידם מלהושיע) – קושי שאינו קיים אצלנו כלל.

חמישית, הביקורת השיפוטית שם שונה מזו שנהוגה אצלנו. היא בנויה על כללים יותר מאשר על עקרונות, מתמקדת בשאלות של מה כלול בזכות ומה פוגע בה, ולכן שם הכרעה חוקתית מעצבת את המגרש החוקתי באופן מובהק יותר ומשאירה, גם מהבחינה הזאת, מרחב תמרון קטן יותר למחוקק בעקבות הפסיקה. אצלנו, לעומת זה, לא נכון להתייחס לפסילת חוק, לרוב להוראת חוק, כאל סוף פסוק – סתימת הגולל על רצונו של המחוקק לטפל בבעיה מסוימת. אם הבעיה היא בעיה אמיתית, יעמדו לפני המחוקק דרכים חלופיות להתמודדות.<sup>45</sup> יתרה מכך, ברוב המקרים יוכל המחוקק להשתמש בשיטה שנקט מלכתחילה בשינויים מסוימים שמתחייבים מכיבוד הזכות כמו שהם עולים מפסק הדין הפוסל, כמו למשל הימנעות מהרחבת יתר של האמצעי, ריכוך תוצאות קשות מדי עקב הפרת חוק, קביעת מנגנון להכרה בחריגים או מתן ערובות משפטיות טובות יותר להליך הגון. שישית, בשיטת המשטר האמריקאית היסוד לטעון, כמו שטוען שוגרמן, שמוסדות השלטון האחרים והציבור בכללו תומכים בעמדת המיעוט בקרב השופטים חזק יותר מאשר אצלנו.<sup>46</sup> אצלנו חקיקה פוגענית בזכויות אדם קשורה פעמים לא מעטות בתכלית דתית או לאומנית או מונעת ממוטיבציה כזאת, והיא משקפת לרוב הסכמה קואליציונית שבמסגרתה מפלגות מגזריות מקבלות את הנתח שלהן. חוקים כאלה אינם מבטאים את רצונו של רוב העם. להפך, לעיתים קרובות הם מייצגים את צורכי השרידות הפוליטית של הקואליציה, ואף אינטרסים פוליטיים צרים בהרבה של קבוצות אינטרס, לעיתים קטנות מאוד. ולבסוף, בקרב השופטים בארצות הברית, גם בקרב השמרנים שבהם, יתקיים ככלל מכנה משותף רחב של מחויבות עמוקה

45 אכן, גם בארצות הברית יש מקרים שבהם אין מדובר ב"סוף פסוק", אבל נדמה שמדובר במקרים חריגים שעליהם יש מחלוקת ציבורית עמוקה כגון סוגיית ההפלות. בעניין זה העבירו אחדות ממדינות ארצות הברית רגולציות שונות שמאתגרות את החלטת בית המשפט העליון בעניין רו נ' וויד (Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)), שקבע כי חוק שאוסר על נשים לעשות הפלה מלאכותית הוא בלתי חוקתי בשל הפגיעה בזכות לפרטיות.

46 רוזנאי, בעמ' 143 והערה 344 שם.

לחוקה, על הזכויות הכלולות בה. בהיעדר חוקה, אין כל ערובה שמכנה משותף כזה בהכרח יתקיים אצלנו.

מתוך עשרות מדינות רזנאי מפנה להסדר של רוב מיוחס בקרב השופטים במספר קטן של מדינות: מקסיקו – בנוגע לביקורת מופשטת, שאינה הביקורת אצלנו; בצ'ילה, בפרו, בצ'כיה ובקוריאה הדרומית. בכך יש כדי להעיד שהצעתו נוגדת דווקא את התודעה החוקתית הרווחת. יתר על כן, אף אחת מהמדינות הללו איננה דמוקרטיה ותיקה, ויש קשר בין הוותק ובין איכות הדמוקרטיה ושורשיותה. בחינה של מדינות אלה מלמדת כי כלל הכרעה ברוב מיוחד אומץ כדי לחזק את הביקורת השיפוטית שקודם לכן הייתה חלשה יחסית, כחלק מתהליכי דמוקרטיזציה ולא כאמצעי ריסון כמו שמציע רזנאי.<sup>47</sup> ההסתמכות המיוחדת על קוריאה הדרומית מחדדת את הרלוונטיות של התרבות הפוליטית שבה ההסדר מתקיים. בעקבות האמור למעלה, מה הסבירות שישתלו אצלנו לא רק ההסדר החוקתי, אלא גם התרבות הפוליטית של קוריאה הדרומית, שבה מתקיים כבוד אמיתי בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת? בחינת ההסדרים במדינות אלה חושפת יסוד נוסף לדאגה – בשלוש מהן (צ'ילה, פרו ומקסיקו) נדרש רוב שעולה

47 פרט לקוריאה הדרומית, כלל ההכרעה ברוב המדינות שרזנאי מפנה אליהן לא נולד על רקע אקטיביות יתר של בתי המשפט או אובדן של אמון הציבור בהם בשל כך. להפך – כלל ההכרעה ברוב המדינות הללו התקבל כחלק ממגמה להפוך את בתי המשפט למעורבים יותר. כך למשל בצ'ילה הרחיב התיקון משנת 2005 את סמכותו של בית המשפט החוקתי, שכן לפני התיקון היה בית המשפט רשאי להתערב בחקיקה רק במקרים מסוימים. התיקון אף אפשר לבית המשפט לפסול חוק גם כשהוא עצמו נמצא חוקתי, אבל בית המשפט סבר כי האופן שיחל יהא לא חוקתי. ראו Dante Figueroa, *Constitutional Review in Chile Revisited: A Revolution in the Making*, 51 DUQUESNE LAW REVIEW (2013) 387, 404–408. גם במקסיקו התקבל כלל ההכרעה כחלק ממגמה להרחיב את סמכותו של בית המשפט. ראו סקירה על ההיסטוריה של בית המשפט החוקתי במקסיקו José María Serna de la Garza, *Supreme Court of Mexico (Suprema Corte de Justicia de la Nación)*, MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (2016). בצ'כיה החוק הקובע שכדי לבטל חוק דרוש רוב מיוחד של שופטים נותר משנת 1993, השנה שבה קיבלה המדינה את עצמאותה לאחר נפילתה של ברית המועצות. כך גם בפרו, שם נולד החוק הקובע את כלל ההכרעה יחד עם הקמתו של בית המשפט החוקתי לאחר ההפיכה הצבאית בשנת 1995. אז נקבע כי דרוש רוב של שישה מתוך שבעה שופטים. כעשור לאחר מכן, בחוס השלטון הדיקטטורי של אלברטו פוג'ימורי, חוקן החוק כך שהרוב הדרוש ירד לחמישה מתוך שבעה (Ley Organica del Tribunal Constitucional, Ley N 26435, artículo 4).

על שני שלישים. יש לחשוש שמי שמתחיל לרדת במדרון של נטישת הרוב הרגיל ואימוץ של רוב מיוחד יזמין הצעות רדיקליות יותר. אם מדברים בשם הקונצנזוס, כמו שוגרמן ורוזנאי, מדוע להיעצר בשישה מתוך תשעה? מדוע לא שבעה או שמונה? "עוד זה מדבר, זהה בא", והנה התבשרנו על הצעת חוק פרטית של חבר הכנסת יואב קיש, ולפיה חוק ייפסל רק בהחלטה פה־אחד של חמישה עשר שופטים.<sup>48</sup> הנזק המצטבר של הצעות מאין אלה, גם אם הן אינן מתקבלות, רב. אם נדרש רוב מיוחד לביטול חוק רגיל, מהו הרוב שיידרש לביטול תיקון חוקתי שאינו חוקתי? מן הסתם מיוחד עוד יותר; וודאי יהיו מי שידרשו זאת. כלומר מבחינה מעשית לא תהיה ביקורת שיפוטית על תיקון כזה.

בהקשר זה מתבקש להעיר הערה כללית על השימוש במשפט החוקתי ההשוואתי. הערה זו משקפת עמדה עקרונית, שנראה לי שגם רוזנאי מחזיק בה.<sup>49</sup> אף שיש טעם וערך באיתור מוסכמות חוקתיות בשיטות משפט שונות, ספק אם יש טעם רב בשיטת "חפש לך תקדים בעולם". המערכה אצלנו נגד בית המשפט העליון, נגד אכיפת חוק שוויונית ונגד הדמוקרטיה הליברלית בכללה, מתאפיינת בחיפוש כזה של תקדימים. כך למשל הוצע להנהיג פוליטיזציה במינוי שופטים בהסתמך על הנוהג בבית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית או למנוע חקירה של ראש ממשלה מכהן כי כך נהוג בצרפת. אין ספק; אפשר להחריב את שיטת המשפט הישראלית בשיטה זו של איתור תקדימים להרע. גם בשיטות דמוקרטיות טובות יש הסדרים קלוקלים או הסדרים שאפשר להצדיקם על רקע השיטה בכללותה (לעניין צרפת כאמור – על רקע השיטה הנשיאותית, המגבילה את מספר הקדנציות) או חשוב מזה – על רקע התרבות הפוליטית הנהוגה בה. בהיעדר התבוננות על המערכת החוקתית־מוסדית בכללותה, אימוץ סלקטיבי כזה יכול להיות מתכון לקלקול השיטה המשפטית שלנו.

48 הצעת חוק־יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) תש"ף-2020, פ/531/23.

49 ראו רוזנאי, בעמ' 154.

## 1.5. ההצעה נסמכת על ריבונות הפרלמנט ועל חזקת החוקתיות של חוקים

בפרק 4g ובפרק 5 להצעתו רוזנאי מתייחס לדגם של "ריבונות הפרלמנט". הוא טוען כי עד המהפכה החוקתית בראשית שנות התשעים שלט העיקרון של ריבונות הפרלמנט, שעל פיו, כמו בבריטניה, הייתה הכנסת רשאית לחוקק חוקים בלי שלבית המשפט תהא סמכות לבטלם בשל תוכנם.<sup>50</sup> רוזנאי אינו מציע זאת כמובן, אך הוא מתייחס אל ריבונות הפרלמנט כדגם הרצוי בהיעדרו של רוב מיוחד לביטולו של חוק.

אין מקום, לדעתי, להסתמך בעניין זה על "ריבונות הפרלמנט" ועל חזקת החוקתיות של חוקים. מבחינה עקרונית ומושגית ריבונות אינה ניתנת לחלוקה ולשיתוף. אם מחפשים ריבון במשטר דמוקרטי, הוא יכול להיות אחד בלבד – ציבור האזרחיות והאזרחים. ציבור זה הוא שמעניק כוחות וסמכויות לפרלמנט, שמחויב לפעול בשליחותו, בשמו ובשבילו. כך בכל שיטה דמוקרטית, ועל אחת כמה וכמה בדמוקרטיה חוקתית. אם מניחים באמת ובתמים את ההנחה בדבר ריבונות הפרלמנט, יש לשלול כל ביקורת חוקתית אם היא חורגת מייעוץ או מהמלצה שאינם מחייבים.<sup>51</sup> גם אם משתמשים במושג הזה שלא לפי פשט משמעותו, אלא בהתאם לדגם המודרני יותר – כביטוי ליחס הכבוד כלפי הרשות המחוקקת – עובדה שברוב המדינות הדמוקרטיות מתקיימים להם בצוותא חדא הכבוד כלפי הפרלמנט ורוב פשוט כמספיק לשם פסילת חוק. אכן, הדגם של ריבונות הפרלמנט קיים במסורת הבריטית, אלא שבריטניה אימצה כבר ב-1998 את מגילת זכויות האדם שלה. יתר על כן, ורוזנאי מציין זאת, עד לאחרונה הייתה בריטניה חברה במסודות האיחוד האירופי והיא עודנה כפופה לאמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR) ולבית הדין האירופי לזכויות האדם (ECtHR). זאת ואף זאת, בשונה מישראל, בעקבות המסורת הדמוקרטית הבריטית ארוכת השנים התחייבה הממשלה הבריטית לפעול בהתאם להמלצות בית המשפט במקרים

50 שם, בעמ' 160.

51 וזו אכן הייתה משמעות הדגם הקלסי של ריבונות הפרלמנט. ראו רבקה ווייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" משפט וממשל י' 449, 457 (תשס"ז).

של אי-התאמה, ואכן כך פעלה.<sup>52</sup> לדאבוננו, בתרבות הפוליטית בישראל, כפי שהיא כיום, אין כל ערובה שממשלת ישראל או המחוקק הישראלי יצהיר הצהרות דומות או יפעל בהתאם להנחיות בית המשפט.

מאותו הטעם אין משקל ממשי להיאחזות בחזקת החוקתיות (הנחת המוצא שחוק אינו נוגד חוקה) כטעם התומך ברוב מיוחד לשם פסילת חוק. ככל שחזקה זו קיימת בדמוקרטיה חוקתית, היא אינה כרוכה בהן בדרישה של רוב מיוחד. אצלנו, כמו בקנדה, כשמדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות, לחזקת החוקתיות יש אפקט מוגבל. היא מעבירה את הנטל להראות שזכות חוקתית נפגעה לטוען לכך, וכידוע נטל זה אינו כבד. משעמד העותר בכך, הנטל עובר אל המדינה דווקא להראות כי הפגיעה עומדת במבחן התכלית הראויה ובמבחני המידתיות. בהקשרים אחרים חזקת החוקתיות קיימת ומופעלת בפסיקה. לא ברור מדוע נדרש להוסיף עליה אמצעי מלאכותי של דרישת רוב מיוחד.

## 2.

### סיבות נוספות לאי-התאמה של ההצעה החורגות מנימוקי הצעתו של רוזנאי

#### 2.1. אין רבותא בהצעה: האם יש פגם בהכרעה ברוב רגיל? האם רוב מיוחד יגביר את אמון הציבור?

כמו שהראה רוזנאי, בישראל נפסלו חוקים על בסיס החלטות שהתקבלו ברוב גדול.<sup>53</sup> אך אין בכך כדי ללמד על מצבים עתידיים ועל צדקת הצעתו. כאמור, בגלגול הראשון של חוק איחוד משפחות<sup>54</sup> קרובים היינו לפסילה ברוב של אחד, שכן רק משום שהיה מדובר בהוראת שעה שחישבה להסתיים נמנע השופט

52 רוזנאי, בעמ' 154-155.

53 רוזנאי, נספח 1.

54 ראו עניין איחוד משפחות, לעיל ה"ש 38.



לוי מלצרף את קולו לתומכי הפסילה. אין זה ברור כלל שמה שהיה הוא מה שיהיה. בשים לב לרוח הזמן הפוליטית ולמדיניות הפוליטיזציה במינוי שופטים – השאלה עשויה להיות מעשית.

רוזנאי ושוגרמן מניחים שיש משהו פגום או לפחות בעייתי מאוד בפסילה של חוק בהכרעת רוב צפופה, על חודו של קול. איני שותף להנחה זו. הדמוקרטיה בנויה באופן עמוק על הרעיון שהרוב קובע, וכי גם עדיפות של קול אחד בלבד – די בה כדי להכריע. אם לא כך הדבר, התוצאה היא שדווקא המיעוט גובר, ומבין שתי האפשרויות – ראוי שהרוב הוא שיגבר.<sup>55</sup> גם וולדרון, שכאמור התנגד עמוקות לביקורת שיפוטית בהינתן ברירה, אינו רואה פסול בכך שבקיומה של ביקורת שיפוטית ההחלטות יתקבלו על חודו של קול.<sup>56</sup> לדבריו, "העובדה ש־5 קולות גוברים על 4 בבית המשפט גולמית וסטטיסטית כשם ש־218 קולות גוברים על 217 בבית הנבחרים".<sup>57</sup> ברור כי גישה זו רווחת לא רק בהצבעות שבהן

#### 55 ז'בוטינסקי התייחס לכך כשאמר:

שטות היא לזהות את שלטון הרוב עם תמצית הדמוקרטיה והחירות. תמצית החירות היא שאיפה לכך, שאיש לא ייאלץ להיכנע למה שמצפוננו מתנגד לו, אפילו נתמכת קביעה זו על ידי הרוב. מובן שאם יש לנו ברירה בין שלטון המיעוט לבין אנרכיה, או שלטון הרוב – הרי משלוש הרעות הללו, השלישית היא הרעה במיעוטה ועל כן עדיפה, אבל עדיין נשאר הדבר בעיקרו מעשה כפיה וכניעה, ולעולם אין להתייחס אליו כאל אידיאל. במדינה אידיאלית מן הדיון שהפשרה בין הרוב למיעוט תהיה מקובלת בחזקת נוהג קבע.

זאב ז'בוטינסקי "השקפה על בעיות מדינה וחברה" עקרונות מנחים לבעיות השעה 29 (יוסף נדבה עורך, מכון ז'בוטינסקי, 1981). למשמעות המהותית והפרלמנטרית הטמונה ברוב (רגיל) התייחס לאחרונה בג"ץ בעניין יושב ראש הכנסת (לעיל ה"ש 36).

#### 56 Jeremy Waldron, *Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?* 123 YALE LAW JOURNAL 1692, 1726 (2014)

57 שם, בעמ' 1726. וולדרון אף מסביר (בעמ' 1729) כי יש ערך רב בהנהגת שבבית המשפט יש חילוקי דעות, שכן זו מהות הדמוקרטיה הדליברטיבית:

There is surely no doubt that the Supreme Court is a deliberative body, and that it does not cease to be so when its members disagree with one another, even though their disagreement means that, at the end of their deliberation, the matter before them is to be determined by a vote. This, I say, we should regard as our clue –

העם בוחר את נציגיו ובהכרעות המסורות בידי הנציגים בפרלמנט. היא נהוגה גם בגופי הביצוע כמו הממשלה ובכל הגופים המקבלים החלטות. כך נוהגים בתי משפט בכל הסוגיות שלפניהם, וכך נוהגות רוב הדמוקרטיות בעולם בברי המשפט החוקתיים שלהן.

נוהג זה נהנה מלגיטימציה לא מבוטלת מכוח השתרשותו וההליכה בעקבותיו. רוזנאי עצמו רואה בהכרעה לפי הרוב את ההכרעה ההוגנת ביותר. הוא תוהה אם אפשר להצדיק תוצאה המעדיפה את הארבעה על פני החמישה: "הרעיון להוותר על כנו חוק שרוב שופטי בית המשפט סבורים כי אינו חוקתי אמנם נראה מוזר".<sup>58</sup> אפשר שבארצות הברית דווקא החלטות של בית המשפט המתקבלות ברוב של אחד מועדות במיוחד לביקורת פוליטית וציבורית. אצלנו ביקורת כזאת בטונים החריפים ביותר ומתוך גלישה לדה לגיטימציה, מוטחת בכל החלטה של בית המשפט שאינה לרוחו של השלטון, גם כשניצבים מאחוריה כל השופטים או רוב גדול שלהם. יש להניח כי הכרעה על חודו של קול תמשוך אש גם משום כך. אבל האש בווערת גם ללא הגחל הזה.

דווקא הצעתו של רוזנאי מבקשת לחרוג מהכלל של הערכת הרוב המקובל, הזוכה ללגיטימציה. מהסיבה האמורה קשה להשתכנע ששינוי כזה יגביר את אמון הציבור בבית המשפט. אם מדובר, גם לפי רוזנאי, בכלל שלכאורה נראה לא הוגן, כיצד הוא יקדם את אמון הציבור? ברור גם שכשדנים ב"אמון הציבור" אין להתייחס אל הציבור כאל גוף מונוליטי. לא סביר שכלל כזה, אם יאומץ, יעלה את אמון הציבור בקרב "הבלתי אהודים" – הציבור הערבי, הציבור הלהט"בי, הציבור השמאלני וזה שמתויג בתור "הציבור הליברלי". למעשה, בציבורים האלה צפוי שמהלך כזה יפגע באמונם בבית המשפט וגם בחוקה. לכאורה אמון של הקבוצות הנוגדות בבית המשפט יגבר, ואולם כאן נדרשת גישה מפקחת. בעיני חלק לא מבוטל מהן רק נסיגה גמורה של בית המשפט מאג'נדה של זכויות

---

for it indicates that in principle there is nothing incompatible between deliberation, disagreement, and voting. If the combination makes sense in the courtroom, then maybe it also makes sense at the level of a more general theory of deliberative democracy.

אדם תספיק כדי שיינתנו אמון בביית המשפט. אבל במקרה כזה למוסד השיפוטיות אין כל ערך, והדיונים בו הם בגדר בזבז זמן.

## 2.2. ההשלכות והמשמעויות של תקפות חוק לא חוקתי

הצעתו של רוזנאי מותירה בתוקפו חוק שרוב הרכב השופטים קבע שהוא נוגד את החוקה. אם תימנע הכנסת מתיקונו (וכאמור, סבורני שמדובר בתרחיש אפשרי ואף מסתבר), הוא ייוותר על כנו כחוק מחייב. מציאות נורמטיבית כזאת יוצרת חוסר קוהרנטיות בתוך השיטה המשפטית. בשיטה שבה הנורמה החוקית (לפחות מאז חקיקת חוקי היסוד ב־1992 ובהיעדרה של פסקת התגברות) כפופה לחוקה, כלומר חייבת להיות תואמת לחוקה, מנין היא שואבת את חיותה כשהיא סותרת את החוקה (לפי קביעה של רוב השופטים בהרכב)?

חוסר הקוהרנטיות הזו מקרין הקרנה שלילית כפולה: כלפי מעלה – הוא מחליש את משמעותה ואת תוקפה המחייב של ההוראה החוקתית שרוב השופטים מצא כי הופרה; וכלפי מטה – הוא מחליש את מעמדה הנורמטיבי המחייב של הוראת חוק שהרוב קבע שאינה תואמת לחוקה. אזרחית תשאל את עצמה שאלה כפולה: מדוע אני חייבת לציית לנורמה הזאת? ואיזה ערך יש לחוקה אם השיטה המשפטית חיה בשלום עם הפרה שלה? התוצאה ההכרחית תהיה בלבול הציבור, פגיעה בחוקה ופגיעה בשלטון החוק.<sup>59</sup> רוזנאי עצמו מצביע על

59 ושוב יודגש: ההשוואה לבריטניה בהקשר זה אינה במקומה מכמה סיבות שעל רובן גם רוזנאי עומד. ראשית, המסורת הדמוקרטית ארוכת השנים ויחסי הכבוד העמוקים בין הרשויות; שנית, קיומה של מגילת הזכויות – חוק זכויות האדם משנת 1998 (The Human Rights Act of 1998) – שלפיה בית המשפט מוסמך להצהיר שחוקים אינם הולמים את האמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR); שלישית, כפיפותה של בריטניה לבית הדין האירופי לזכויות אדם (ECtHR), כך שאדם או קבוצה שנפגעו מחוק כלשהו רשאים לפנות אליו גם אם לא הוכרז בלתי חוקתי. על כך יש להוסיף גם את ועדת זכויות האדם הפרלמנטרית שמייצעת לפרלמנט על הלימתן (או אי־הלימתן) של הוראות חוק עם האמנה האירופית לזכויות אדם. ביטוי להלך הרוח המאפיין את המצב בבריטניה נראה בדבריו של שר הפנים הבריטי בשעה שהועבר חוק זכויות האדם: "Is it sensible to wait for a further challenge to Strasbourg, when the British courts have declared the provision to be outwith the convention?" HC Debs, Vol. 306, Col. 772, Feb. 16, 1998 (הצוטט נלקח מווייל, לעיל ה"ש 51, בערה 32). (ייתכן שהיפרדותה של בריטניה מהאיחוד האירופי תביא לידי שינויים בהקשר זה.)

כך: "והוא גם עלול לפגוע באמון הציבור (שנדרש לציית לחוק שאינו חוקתי ולפעול על פיו)".<sup>60</sup>

במובן זה רוזנאי מעמיד את המשפט החוקתי על ראשו: הוא גורע ממעמדו ומיציבותו של חוק היסוד ומזמין כנסת לא ידידותית לנהוג בו כבאסקופה נדרסת. מי לידינו יתקע כי בעזרת ההסדר המוצע לא יישארו על כנן הוראות חוק שסותרות באופן יסודי את החוקה ופוגעות פגיעות קשות ולא מוצדקות בזכויות יסודי?<sup>61</sup> כפי שאראה בהמשך, העובדה שארבעה שופטים הגיעו למסקנה שונה, אינה ערובה לכך שתוצאה כזאת לא תתרחש.

## 2.2. הגברת הפוליטיזציה במינוי שופטים

הצעתו של רוזנאי מגבירה את היכולת לנטרל ביקורת שיפוטית להגנה על זכויות היסוד באמצעות מינויים מתאימים של שופטים. יחד איתה תגבר המוטיבציה לאייש את בית המשפט בשופטים לא ליברלים או אנטי־ליברלים.<sup>62</sup> נכון, מוטיבציה זו קיימת כבר היום והיא אינה זקוקה להצעה של רוזנאי כדי להתקיים. אבל ההצעה הופכת את היעד של "בית משפט שבוי" לתרחיש מסתבר יותר, שקל יותר להגיע אליו, ולכן היא עלולה להמריץ לפוליטיזציה של השפיטה.<sup>63</sup> לכן

60 רוזנאי, בעמ' 150.

61 לכאורה עשוי לקרות גם ההפך, קרי שהמנגנון של רוזנאי יסייע לשופטים להכריז על חוקים רבים יותר כבלתי חוקתיים אך שאינם בטלים. תרחיש זה נראה לי סביר פחות ובכל מקרה נטול ערך ממשי ללא מחויבות עמוקה של המחוקק להתייחס להצהרות אי־התאמה.

62 בנקודה זו גישתי מנוגדת לגישתו של רוזנאי. הוא רואה בהצעתו דווקא יתרון מבחינה זו, שכן היא תקטין את המגמה למנות שופטים "משלנו".

63 תחילה תהיה חתירה להשגת היעד הזה, אך סביר שאם זו תתאפשר, לא תסתפק מגמת הפוליטיזציה בזה ותחזור להשתלטות מלאה – מגמה שרק תחזק בשל הדגם הריכוזי שרוזנאי ממליץ עליו. רוזנאי אמנם מתייחס לתהליך זה של השתלטות חוקתית (constitutional capture), שפוגע ביסודות האיזון והביקורת ומביא לידי שחיקה מסוכנת של המוסדות הדמוקרטיים; אבל לדידו די בעיגון חוקתי של הרכב הוועדה למינוי שופטים כדי לרכך במידה ניכרת את החשש לכך בישראל (רוזנאי, בעמ' 122–123).

במקום לצקת מים קרים על המדורה המכלה הזאת, ההצעה יוצקת עליה שמן. בהקשר זה חשוב לעמוד על הבחנה בין שופטים שמרנים שיש להם מחויבות לתורה האוניברסלית של זכויות אדם כמו שהתגבשה אחרי מלחמת העולם השנייה ובעקבותיה, שופטים שמאמינים בשוויון ערך האדם ובזכות השווה של בני האדם לחיים, לחירות ולכבוד אנושי; ובין שופטים שאינם שותפים להשקפות אלה. במציאות הפוליטית הישראלית הגורמים העיוניים את בית המשפט מבקשים לאייש אותו בשופטים מהסוג השני. כוח הווטו שיש לממשלה במינוי שופטים לבית המשפט העליון – שמאפשר לה למנוע כליל מינוי שופטים – מאפשר לרוב הפוליטי, בסיוע נציגי לשכת עורכי הדין (שלהם עשויים להיות אינטרסים לחבור עם הרוב הפוליטי והממשלה), להביא גם לידי מינויים כאלה. כשכוח הווטו של הרוב הפוליטי מופעל באופן שמונע מינוי שופטים, עלול להיווצר לחץ בכיוון של "שופטת אחת לנו ושופטת אחרת לצרינו". איראפטר גם לסמוך על ההנחה שכל השופטים המכהנים בוועדה לבחירת שופטים אכן יתנגדו למינויים כאלה.

זאת ועוד, רזנאי מדגיש כמה חשוב שהשופטים ישקפו גישות שונות, עמדות שונות, רקעים שונים. הוא מייחס לכך חשיבות רבה, בייחוד בהקשר של הצעתו לדרישת רוב מיוחד לצורך ביטולו של חוק.<sup>64</sup> כל זמן שבציבור מתקיימים, מתרבים

---

הניסיון בהונגריה ובפולין מלמדנו אחרת. יתר על כן, בניגוד למדינות אירופה, שכפופות לבית הדין לצדק של האיחוד האירופי (CJEU), שכבר קבע למשל כי הונגריה צריכה לחזור בה מניסיון ההשתלטות על בית המשפט על ידי הורדת גיל הפרישה – ישראל אינה כפופה לסמכות שיפוטית שתוכל לנסות להציל אותה מעצמה בעת הצורך. ראו *Commission v. Hungary Case C-288/12 (April 8, 2014) (Grand Chamber - Chamber)* – שם מצא בית הדין שצדקה הוועדה האירופית כאשר קבעה שהונגריה הפרה את הדין האירופי:

By adopting a national scheme requiring compulsory retirement of judges, prosecutors and notaries when they reach the age of 62 – which gives rise to a difference in treatment on grounds of age which is not proportionate as regards the objectives pursued.

ציטוט זה לקוח מספרו האחרון של סדורסקי, המחאר את ההשתלטות החוקתית על בתי המשפט בפולין ובהונגריה. ראו *Wojciech Sadurski, Poland's Constitutional Breakdown 212 (Oxford University Press, 2019)*

ומתגברים מיני זרמים אנטי־ליברליים, וגם רוזנאי מתאר זאת, כך התביעה לבית משפט משקף (גם אם פלורליסטי) תשרת את המגמה האנטי־ליברלית. משמעותה המעשית תהיה ייצוג, ולא דווקא מצומצם, של עמדות אלה בקרב השופטים. על רקע ייצוג מוגבר בבית המשפט העליון של היהדות האורתודוקסית הציונית זרמים אנטי־ליברליים נוספים (כמו לאומנים שאינם דתיים או יהודים אורתודוקסים שאינם ציונים) וייצוג חסר לערבים, לא יהיה קשה לגבש בשלב הראשון מיעוט בבית המשפט שימנע ביטול של חוקים הנוגדים את החוקה. אם תצלח דרכם של מי שמבקשים לכבוש את בית המשפט, וההר ייעשה נמוך יותר, לפי הצעת רוזנאי, נקבל בית משפט חוקתי שהוא בבחינת "ישראלוף", המפעיל פסבדו־ביקורת חוקתית, כלומר בית משפט שנותן גושפנקא – חזקה יותר או פחות – לכל חוק, תהיה פגיעתו בזכות יסוד קשה ולא מוצדקת ככל שתהיה.<sup>65</sup>

זה לדעתי המצב הגרוע ביותר: מי שאמור להגן על זכויות האדם והאזרח מסתובב לכיוון ההפוך, והופך – גם אם בעל כורחו – למגן הפגיעות בהן. ויובהר: לא רק בתחום ההגנה על זכויות האדם יימנע מבית המשפט למלא את תפקידו; הוא לא יוכל למלא גם תפקידים אחרים שלו כגון הגנה על המחוקק מפני רשות מבצעת שמבקשת לשלוט בו ולרוקן מתוכן את תפקידיו כרשות שעומדת לעצמה; או הגנה על המסד שביסוד השיטה כולה – ערכי היסוד העמוקים ביותר והחשובים ביותר, שמירה על טוהר המידות מפני חקיקה שנגועה בניגוד עניינים מבני. כלומר בהצעה זו הדברים מועמדים על ראשם, ותכלית החוקה מסוכלת לחלוטין. נזק זה אינו מצטמצם לרמה המשפטית, אלא הוא גדול גם במישור הציבורי והחינוכי.

65 תהליך זה מתואר בספרות כביקורת שיפוטית פוגענית (abusive judicial review), שהיא המשך ישיר לשינוי חוקתי פוגעני (abusive constitutionalism), שבמסגרתו הממשלה והמחוקק לוכדים את בחי המשפט ומעצבים אותם מחדש ככלי לפגיעה בסדר החוקתי, במקום להגנה עליו. לנדאו ודיקסון טוענים שלתהליך זה שני ביטויים: האחד – המרוכך יותר, הוא המקרה שבו בית המשפט "רק" מאשר פעולות שלטוניות שמאפשרות לשלטון לרכז בידי כוח רב יותר (ולדבריו, בשנים האחרונות אפשר להבחין בנטייה כזאת בבית המשפט האמריקאי); והביטוי האחר – שהוא ישיר וקשה יותר, הוא שליטה ישירה בדמוקרטיה כמו למשל פסילתן של רשימות פוליטיות או פסילה של ניסיונות להגביל את משך כהונתו של הנשיא או ראש הממשלה. ראו David Landau & Rosalind Dixon, *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*, 53 UC DAVID LAW REVIEW 1313 (2020)

לא למותר להרחיב את המבט לדמוקרטייות אחרות ולתקופה שאנו מצויים בה. הימים הם ימי עלייתו והשתרשותו של פופוליזם אוטוריטרי. במשטרים האלה ובמשטרים המתפתחים בכיוון זה מי שרואים עצמם כנציגים האוטנטיים-האמיתיים היחידים של העם כולו אינם יכולים לסבול ביקורת או התנגדות.<sup>66</sup> המבקרים והמתנגדים אינם לגיטימיים, ואף אויבים. הרעיון של שיתוף פעולה עם האויב הוא בגדר איסור חמור. עצם העובדה שאת המהלך החוקתי כמו שמציע רוזנאי יזמה מפלגת החוק והצדק הפוליטית (PIS), היה צריך להרתיע את רוזנאי מלהציע הצעה דומה. העובדה שבפולין התאפשרה בסופו של דבר השתלטות מוחלטת על הרשות השופטת באמצעים אחרים – אין בה כדי להרגיע כלל ועיקר.<sup>67</sup>

66 ת'או פורנייר, שניתח רטוריקה פופוליסטית, מצא כי –

Populism turns the original equilibrium of constitutional democracy into a balance of power in which the majority no longer sits alongside the rule of law, but rather is constrained by it. It transforms the institutional reality into a political myth arguing that the original objective of constitutional democracy (the protection of minorities from the tyranny of the majority) has been pursued to the extent that the situation has been reversed: there is now a need to protect the majority from "the tyranny of minorities." And this protection can only be achieved if the will of the majority takes precedence over the rule of law.

Théo Fournier, *From Rhetoric to Action: A Constitutional Analysis of Populism*, EUI Working Paper LAW 2018/08, 3 (2017). דיוויד לנדאו הצביע על שלושה שינויים חוקתיים עיקריים שמתרחשים כשהנהגה פופוליסטית: שינוי של הסדר המוסדי הישן, פיתוח פרויקט חוקתי חדש שנעוץ ומושרש בביקורת על הסדר הקודם, וריכוז הכוח בידיה של התנועה הפופוליסטית. עוד טוען לנדאו כי בכל הנוגע לחוקות פופוליסטיות אפשר לזהות מסלול התקדמות: תחילה הן מוארות כהבטחה לשפר את הסדר הליברל-דמוקרטי בטשטוש ריכוז הכוח הטמון בהן, אבל אם התנועות הפופוליסטיות מסוגלות לשמר את הכוח בידן זמן ממושך, סופן, בשלב השני, שהן יוצאות מהסדר הדמוקרטי בטענה שהוא מגביל אותן יתר על המידה. ראו David Landau, *Populist Constitutions*, 85 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 521 (2018)

67 רוזנאי מציין כי "כחלק ממהלכי ההשתלטות על בית המשפט החוקתי, העבירה מפלגת המשפט והצדק חוק שדורש רוב של שני שלישים כדי שהחלטות שיפוטיות יחייבו

על כן, אל מול תרחיש אימה זה, עדיף בעיניי היעדר הגנה חוקתית וודאי שעדיפה הוראת התגברות, שלפחות אינה מונעת מבית המשפט החוקתי מלמלא את תפקידו. בתרחיש כזה מוטב גם להימנע מריכוז הביקורת השיפוטית, ורצוי להשאירה מבוזרת.<sup>68</sup> ככלל הריכוז עדיף על הפיזור, אבל יש לזכור שלצד יתרונותיו יש לו גם חסרונות בלתי מבוטלים, שרוזנאי מפרט יפה.<sup>69</sup> ואולם אם הריכוז גורר עמו הקהיית שיניה של הביקורת השיפוטית, כמו שרוזנאי מציע, עדיף ביזור על מחיריו, ובלבד שאינו כרוך בהקיהה כזאת.<sup>70</sup> אם מדובר בחבילה אחת, יש למחול על "הטובה" הזאת.

## 2.4. היעדר ההתאמה בין ניתוח המצב בישראל ובין מסקנותיו של רוזנאי

במצב הרגיל במדינות דמוקרטיות זכויות חוקתיות חשובות לפגיעות לא מוצדקות מצד קובעי מדיניות: אין להן נציג בדיונים לקביעת מדיניות (בניגוד לדעה רווחת, הייעוץ המשפטי אינו נציג הזכויות כשלעצמן, אלא נציג האיזון

---

העלה את דרישת הקוורום לשמיעת מקרים – מתשעה שופטים לשלושה עשר (מתוך חמישה עשר בסך הכול)". רוזנאי, בעמ' 142.

68 כפי שרוזנאי מפרט בפרק 4א, לדעתו הצעתו מתאימה לדגם ריכוזי. גם על נקודה זו יש לתמוה, שכן אם רוזנאי מעוניין בפלורליזם של בית המשפט ובקירובו אל העם כדי לעורר את אמונו, נדמה כי דווקא דגם ביזורי, שמקנה את סמכות הביקורת השיפוטית לערכאות שונות ברחבי הארץ, הוא אמצעי טוב יותר להשגת המטרה.

69 ראו שם. לסקירת היתרונות שבשיטה הביזורית ראו אורי אהרונסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" משפט וממשל טז 9 (תשע"ה).

70 עמדה שמצדדת בריכוז הסמכות של ביקורת שיפוטית על החקיקה בבית המשפט העליון התקבלה במסגרת חוקה בהסכמה. בדברי ההסבר לסעיף 163 נכתב:

בסעיף-קטן (א) מוצע לייחד את הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חוקים, לבית המשפט העליון בשבתו בהרכב מורחב. הסדר זה נועד לבטא את החשיבות המיוחדת של החלטה ביקורת שיפוטית על חקיקה של הכנסת ואת האופי החריג של הכרזה על בטלות של חקיקה ראשית. עם זאת, אין מקום לקביעת דרישה לרוב מיוחס מקרב השופטים הדנים בעניין כתנאי להכרזה על בטלותו של חוק.

חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה 230 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005).



המידתי, המייצג גם זכויות וגם אינטרסים ציבוריים), ואילו לאינטרס הציבורי יש נציגים שמתמקדים רק בו; הן נתפשות ככאלה שהן נחלת יחידים או קבוצה, וממילא חשובות פחות מאינטרס ציבורי כללי; וככלל הפגיעה בזכות נתפשת אמצעי לגיטימי להשגת תכלית חברתית, והתכלית חשובה יותר מהמחיר שעל קבוצות מוחלשות לשלם לשם השגתה. על כן, ולא בכדי, זכויות חוקתיות טעונות זוכות להגנה שיפוטית מיוחדת.

לישראל מאפיינים אחדים שמחייבים לחזק עוד יותר את הביקורת החקיקתית. המעניין והמוזר הוא שרוזנאי מתאר היטב ובמדויק את המאפיינים האלה, ואף מסיק שאלה מצדיקים "חיזוק של מנגנוני ההגנה על זכויות האדם ולא החלשתם"<sup>71</sup>; אלא שהצעתו להקטין את כוחו של רוב השופטים עושה בדיוק את ההפך – היא מחלישה את ההגנה על זכויות האדם. מבחינה זו יש אי-התאמה ואי-עקביות בין ניתוחו את המצב ובין ההמלצה שלו – מושא הדיון.

רוזנאי מנתח בפירוט את התנאים שהציב ג'רמי וולדרון שבהתקיימם אין מקום לביקורת חוקתית. הוא מראה באופן משכנע שתנאים אלה אינם מתקיימים בישראל;<sup>72</sup> הוא מוסיף ומציג, בעקבות עמיחי כהן, את חולשתה המופלגת של מערכת האיזונים והריסונים בישראל;<sup>73</sup> והוא עומד על העמדות הלא-ליברליות הרווחות בציבור הישראלי ובפוליטיקה הישראלית, המסרבת לאמץ מגילת זכויות אדם שלמה. בליבן של עמדות אלה מצויות הבעייתיות שבפוליטיקה דתית מגזרית; הצירוף הנפיץ של לאומנות ודתיות; היחס העוין כלפי המיעוט הערבי, שהוא חלק מהעם הפלסטיני שישראל מצויה במצב של סכסוך עמוק איתו; השליטה בשטחים הנתונים בתפיסה צבאית ובתושביהם המוגנים – הפלסטינים, ובמקביל עידוד התיישבות יהודית בשטחים על חשבון הפלסטינים. ההגנה על זכויות היסוד מצריכה, בייחוד על הרקע הזה, שופטות ושופטים שיש להן מחויבות ברורה להגנה על זכויות חוקתיות גם של אנשים או קבוצות

71 רוזנאי, בעמ' 98.

72 שם, בעמ' 72-99.

73 שם, בעמ' 93.

שאינן אהודות על הרוב, כאלה שאין להם סיכוי אצל שר משפטים בממשלת ימין צרה.<sup>74</sup>

עוד חשוב להזכיר את חולשת ההגנה על זכויות האדם מבחינות נוספות הנעוצות במצב המשפטי אצלנו: כפי שרזנאי מיטיב להראות, היקף ההגנה על זכויות האדם אצלנו מוגבל מאוד, ואפילו הזכות לשוויון נחשבת מסוכנת מכדי לאפשר הגנה חוקתית מפורשת עליה; הביקורת השיפוטית אינה חלה על חקיקה שקדמה לחקיקתם של חוקי היסוד; וגם ההגנה החוקתית הקיימת ניצבת על חולות נודדים, שכן היא אינה נהנית משריון. אכן, רזנאי תומך בשריון כזה, אך תמיכתו אינה יכולה ליצור אותו או להבטיח אותו.

אם מתרגמים את הדברים הנכוחים האלה, מתבקשות שתי מסקנות: האחת – התרחיש של חקיקה אנטי־ליברלית ואף אנטי־ליברלית מובהקת איננו חיזיון רחוק ולא מציאותי. להפך: הוא מסתבר (ומצטבר), וחוק יסוד הלאום וחוק ההסדרה יעידו על כך.<sup>75</sup> שופטים, גם אם הם עליונים, בקרב עמם הם יושבים. הם אינם חסינים מפני רוחות הזמן, גם הרעות שבהן, ומפני עמדות רווחות בציבור ואווירת ה"עליהום" נגד בית המשפט. בנסיבות אלה קל יותר, נוח יותר ובטוח יותר מבחינה מוסדית להרחיב את מרחב הנסגת הדעת השיפוטית ולנקוט ריסון ואיפוק חזקים. המשמעות המשפטית היא הגדלת מרחב שיקול הדעת של הרשויות, ובראש ובראשונה של המחוקק, והתערבות במקרים קיצוניים בלבד – דווקא כשעשוי להיות צורך חיוני בהגנה תקיפה על זכויות האדם והאזרח בכלל

74 דוגמה מובהקת לכך היא התנגדותה של שרת המשפטים לשעבר למינויו של פרופ' ברק מדינה לבית המשפט העליון או לבית המשפט המחוזי. ראו עידו באום "המהפכה השמרנית של איילת שקד שהופכת את מערכת המשפט לחלשה ולא רלוונטית" **דה מרקר** 18.7.2016. יש לציין כי גם מבחינת עצמאות השופטים, הסדרי העצמאות הניהולית והתקציבית החלים עליהם לוקים בחולשה. לוריא הראה שלמשרד האוצר ולנציבות שירות המדינה "דריסת רגל בכל תהליכי הניהול האדמיניסטרטיבי של הרשות השופטת, בעיצוב התקציב ובניצולו ובניהול כוח אדם שיפוטי ומינהלי". על כן הוא מציע להקים מועצת רשות שופטת שתחצוץ בין הרשות המבצעת ובין הרשות השופטת ותפקח על הניהול השוטף של הרשות השופטת במקום שר המשפטים. ראו גיא לוריא "שיטת ה'סינורטי' ו(העדר) עצמאותה הניהולית של הרשות השופטת" **ICON-S IL Blog** 29.8.2017.

75 ראו למשל עמיר פוקס, דנה בלאנדר ומרדכי קרמניצר **חקיקה אנטי־דמוקרטית בכנסת ה־18 (2009-2013)** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015).

ושל המיעוטים הקבועים בפרט (בכללם האוכלוסיות המוחלשות); וכן בביקורת שיפוטית נחושה, ולעיתים אף נחשונית, כזאת שהולכת לפני המחנה במטרה לאזן מערכת פוליטית ודעת קהל עוינות כלפי זכויות, בעיקר של כאלה שאינם אהודים.

בנסיבות אלה, וזו המסקנה השנייה הנדרשת – אין שום הצדקה לקרוא לבית המשפט לנהוג מתוך הנסגה. הנסגה לאן? כבר צר המקום מלסגת. יתר על כן, אין היגיון גם לקרוא לבית המשפט להנסגה וגם לקרוא למחוקק לכפות הנסגה על בית המשפט. לא למותר להזכיר דוגמאות להנסגת דעת שיפוטית מזיקה במיוחד שכבר קיימת בפרקטיקה השיפוטית אצלנו: כך למשל הימנעותו של בית המשפט מלדון בשאלת חוקיותן של ההתנחלויות כמעשה מדינה, או האיחור הניכר בהתערבותו של בית המשפט בסוגיית לומדי התורה, שאמר את דברו רק אחרי שמספרם הרקיע לשחקים ובינתיים התהוותה והשתרשה מציאות של כול בחור וטוב – לשיבה.<sup>76</sup> הדבר האחרון שנדרש במצב כזה הוא חיזוק מלאכותי, למעשה, של היסוד השמרני בבית המשפט, שכאמור צפוי לכלול גם מרכיב שמרני אנטי-ליברלי.

ככלל טעות להשתמש בחוקה לטובת צד מסוים במחלוקת ציבורית, כמו שהצעתו של רוזנאי עושה למעשה. החוקה אמורה להיות ניטרלית, אם לא נוטה לטובת ההגנה על זכויות. מדוע מוצדק להעדיף את העמדה השמרנית או האנטי-ליברלית על פני העמדה הליברלית? האם יש לה עדיפות ערכית? האם דמם של השמרנים והאנטי-ליברלים סמוק יותר? מבחינה מעשית חיזוק זה עלול לסכל את ההגנה החוקתית על זכויות. הנה כי כן – אפשר שנשלם מחיר חברתי עצום על שינוי שקשה לראות את תועלתו.

76 בעניין זה ראו את הביקורת הנוקבת שמתח השופט חשין בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון פ"ד נב(5) 481, 533-542 (1998).

## 3

השינוי המוצע

בעקבות קריאת חיבורו של רוזנאי ובזכותו נראה לי כי מתבקש שינוי אחר בשיטתנו, שגם רוזנאי מצביע עליו, אך אינו מציע לאמצו.<sup>77</sup> בהינתן שיחוקק חוק יסוד: החקיקה, שהביקורת החוקתית של בית המשפט העליון תעוגן בו והיא תשוריין כנדרש, ורק בכפוף להסדר כולל שכזה, מוצע שלנוכח חוק שנמצא סותר חוק יסוד ואינו עומד בפסקת ההגבלה ייקבע סדר קדימות בסעדים החוקתיים העומדים לרשות בית המשפט.<sup>78</sup> לפי הסדר שייקבע תישמר לבית המשפט הסמכות ליתן ולעצב סעדים חוקתיים בהתאם לשיקול דעתו, אך ככלל תחילה יאפשר בית המשפט למחוקק לתקן את החוק כמתחייב מן הפסק הקובע את אי־חוקתיותו. בה בעת במקרים חריגים (כאשר מצא בית המשפט שהתכלית פסולה או שאי־אפשר כלל לתקן את החוק בהתאמה לחקיקת היסוד) יוסמך בית המשפט להורות על בטלותו המיידית של החוק או של הוראה מהוראותיו. בית המשפט יקבע את פרק הזמן הדרוש לתיקון החוק, ובמידת הצורך החזרת החוק על ידי בית המשפט אל שולחן השרטוט של המחוקק תלווה בקביעה של צווי ביניים שיוענקו לעותרים. אם יימנע המחוקק מעריכת ההתאמה הנדרשת (בין שלא יעשה דבר ובין שיתקן את החוק באופן לא מספק), יבטל אותו בית המשפט בתום אותה תקופה.<sup>79</sup>

77 רוזנאי, בעמ' 148-149.

78 ברק הצביע על שורה של סעדים חוקתיים שעומדים לפני בית המשפט (ואינם בגדר רשימה סגורה): הכרזה על בטלותה של הנורמה הפוגעת; הכרזה על אי־חוקתיות של הנורמה הפוגעת שאין עימה בטלות; הכרזה שהנורמה הפוגעת עודנה חוקתית ("התראת בטלות"); הפרדה בין החלק הבלתי חוקתי ובין החלק החוקתי; "קריאה לתוך החוק"; השעיית הכרזת הבטלות. ראו אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 344 (תשע"ח).

79 את הצעתי אפשר למקם על התווך שבין התראת בטלות ובין השעיית הכרזת בטלות. בהצעתי בית המשפט מקבל את העתירה ומכריז על אי־חוקתיות. במובן זה הוא אינו מזהיר מפני אי־חוקתיות עתידית כמו בהתראת בטלות, אלא קובע שמדובר באי־חוקתיות שדינה תיקון; ומכאן שהוא מורה על סעד חוקתי מסוים. עם זאת הצעתי נפרדת מהשעיית הכרזת הבטלות המקובלת, שכן אין מדובר בהכרזה על בטלות (גם אם מושעית).

הסדרים דומים אחרים, כמו התראת בטלות והשעיית הכרזת הבטלות, המשיקים להצעתני, מקובלים במשפט המשווה הן בפירוש בחוקה, והן כפרקטיקה נהוגת בפסיקה.<sup>80</sup> אין זה מפתיע: יחסים תקינים ומכבדים בין הרשויות – בייחוד כלפי

---

הנורמה הנדונה ממשיכה להתקיים עד בדיקה חוזרת, אלא אם בסופו של דבר תבוטל רטרואקטיבית כשהדבר מתבקש. על ההבדל והדמיון בין שני הסדרים אלה – התראת בטלות ובטלות מושעת – ראו אצל חנן מלצר ואוריאל רוזנברג "התראת הבטלות: דוגמה לדרך האמצע של השופט א' רובינשטיין" *ספר אליקים רובינשטיין 1171, 1209-1211* (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים, 2020).

80 בקנדה בית המשפט העליון משתמש בהשעיית הכרזת בטלות מאז אמצע שנות השמונים. ראו למשל את דבריו של נשיא בית המשפט דאז למר:

A Court may strike down legislation or a legislative provision but suspend the effect of that declaration until Parliament [...] has had an opportunity to fill the void. This approach is clearly appropriate where striking down of a provision poses a potential danger to the public [...] or otherwise threatens the rule of law [...].

ההשקעות, לעיל ה"ש 22, בעמ' 418. באירלנד טעד חוקתי זה חדש יחסית. ראו Eoin Carolan, *Suspended Declarations of Invalidity in Ireland? The Story* *so Far*, UK CONSTITUTIONAL LAW ASSOCIATION BLOG, Dec. 6, 2017 פחות במדינות המשפט הקונטיננטלי, אבל קיים באיטליה. ראו William J. Nardini, *Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court*, 30 SETON HALL LAW REVIEW 1 (1999) גם בארצות הברית בית המשפט העליון משתמש בווריאציות של השעיית הכרזת הבטלות, אבל לרוב הכרזה של בית המשפט על אי-חוקתיות חוביל לבטלות מיידית. ראו Mark Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, 101 MICHIGAN LAW REVIEW 2781 (2003) Rosalind Dixon & Samuel Issacharoff, *Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy*, 2016 WIS. L. REV. 683 (2016) גם בהונג קונג בית המשפט משתמש לעיתים בסעד של השעיית בטלות: Po Jen Yap & Francis Chung, *Statutory Rights and De Facto Constitutional Supremacy in Hong Kong?* 17 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 836 (2019) דרום אפריקה אימצה דגם דומה של השעיית הכרזה על בטלות ואף עיגנה סמכות זו בחוקה משנת 1996 בסעיף (1)172, הקובע כך:

When deciding a constitutional matter within its power, a court (a) must declare that any law or conduct that is inconsistent with the constitution is invalid to

הרשות המחוקקת, שהיא נציגת הריבון – מזמינים הסדר כזה. מתבקש להניח כעניין נורמטיבי שהמחוקק מכבד את החוקה ורואה בבית המשפט את הפרשן המוסמך שלה, ואם כך יש להזמין אותו להעמיד חוק שסותר חוק יסוד על מכונו מבחינה חוקתית. ראוי שביחסים בין בית המשפט למחוקק יינתן כאמור אשראי למחוקק בבחינת "כבדהו", אך שאשראי זה יהיה מוגבל ולא ניתן יהיה לנצלו לרעה, בבחינת "חשדהו". בלאו הכי בית המשפט העליון נוטה להימנע מביטול לאלתר כדי שלא ליצור חלל משפטי; והוא נעזר בסעדים חוקתיים דומים כדי לאפשר מהלך חקיקתי מתקן.<sup>81</sup> רק במקרים נדירים משמעותה של אי-התאמת החוק לחוק היסוד היא כישלון חרוץ ומחפיר כל כך עד כי החוק אינו ניתן לתיקון. על כן אם החוק (או הוראה מהוראותיו) אינו נופל בגדר אותם מצבים נדירים המחייבים את ביטולו המידי, לא נראה לי מזיק שבמקום קביעת בטלות שתיכנס לתוקף כעבור זמן מה כדי שהמחוקק יתקן את החוק, תיקבע אי-התאמה

---

the extent of its inconsistency; and (b) may make any order that is just and equitable, including [i] an order limiting the retrospective effect of the declaration of invalidity; and [iii] an order suspending the declaration of invalidity for any period and on any conditions, to allow the competent authority to correct the defect.

לקריאה נוספת על הסעד של השעיית הכרזת בטלות ראו יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" **משפט וממשל** ט 39 (2005). באשר לסעד של התראת בטלות – גם הוא קיים בשיטות משפט אחרות כמו איטליה, גרמניה וארצות הברית. להרחבה ראו מלצר ורוזנברג "התראת הבטלות", **לעיל** ה"ש 79, בעמ' 1196-1199.

81 פסק הדין העיקרי שבו התייחס בית המשפט להשעיית הכרזת בטלות הוא עניין **מנהלי ההשקעות, לעיל** ה"ש 22, אך סעד דומה ניתן גם בעניין **רובינשטיין, לעיל** ה"ש 76, ובג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999). התראת הבטלות (גם אם לא בשמה המפורש) נוכחח בפסיקה כבר מאז 2009. ראו סקירה (בפרט של התראת הבטלות המובהקת) אצל מלצר ורוזנברג "התראת הבטלות", **לעיל** ה"ש 79, בעמ' 1183-1193. לאחרונה קבעה הנשיאה חיות כי הוראות חוק הסכמים לנשיאים עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, וחוק תרומות ביציות, התש"ע-2010, המחריג מתוכו בני זוג מאותו מין וגברים יחידנים, הן בלתי מידתיות ופוגעות בזכותם החוקתית לשוויון והורות. חרף הקביעה שההוראות לא מידתיות לא הוכרז עליהן שהן בטלות, והנשיאה העניקה למחוקק פרק זמן של 12 חודשים לתיקון החוק לריפוי הפגיעה החוקתית. לפי פסק הדין, אם לא יתוקנו הוראות החוק, יינתן פסק דין משלים שיכלול סעד אופרטיבי. ראו בג"ץ 781/15 **ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמת לנשיאת עוברים** (פורסם בנבו, 27.2.2020).

והחוק יוחזר למחוקק לשם התאמתו. הביטול יהיה צעד שני, שיינקט רק אם המחוקק לא יעמוד בחובת ההתאמה המוטלת עליו. הסדר כזה משקף גישה מכבדת יותר כלפי המחוקק, ועשוי להפחית, ולו במעט, את החיכוך השלילי בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת, שמזמן חצה אצלנו את רף החיכוך הטבעי בין המוסדות.

ההבדל המהותי בין הצעתי ובין הצעתו של רחזני נעוץ בשני עניינים. ראשית, להצעתי אין קשר לרוב שבו החלטת בית המשפט מתקבלת. היא מאמצת את העיקרון של הכרעה ברוב דעות, ואינה מבחינה בין רוב לרוב. שנית, הצעתי נועדה לגרום להתאמה חוקתית של החוק שנמצא בלתי תואם, והיא מאפשרת למחוקק לעשות זאת בכפוף לביקורת שיפוטית. אם לא יעשה כן, יבטל בית המשפט את החוק. במובן זה הצעתי מדרבנת דיאלוג מוסדי ומבטאת חזקת תום לב וכיבוד החוקה על ידי המחוקק,<sup>82</sup> בלי לוותר על סמכותו – ועל חובתו – של בית המשפט לפקח על חוקתיותה של חקיקה ראשית.

הצעתו של רחזני כופרת בעליונות ההכרעה של הרוב השיפוטי הרגיל ומותירה את ההחלטה אם להתאים את החוק לחוקה (או את החוקה לחוק), אם לא, בידי הרשות המחוקקת. אם זו תבחר להשאיר את המצב על כנו, חוק שנוגד את החוקה (לפי רוב השופטים בהרכב) יישאר על כנו. יש הבדל מהותי – בעיניי מכריע – בין הכרזה על אי־התאמה שיש לה אופי זמני ומותנה בחקיקה מתקנת (ובמקרה של אי־עמידה בתנאי, החוק יבוטל), ובין אי־התאמה קבועה ומתמדת שמשלימים עימה. אי־התאמה תמידית כזו שנלווית לה תקפות לא מוגבלת בזמן של נורמה שנוגדת את החוקה, אינה מתיישבת עם כיבוד החוקה, וכרוכים בה הנזקים שעליהם עמדתי לעיל.

82 סוזי נבוח טוענת כי את הדיאלוג החוקתי בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת אפשר לאפיין באופן השימוש, חדירות השימוש ועוצמת השימוש בכלים מוסדיים כדוגמת התראת בטלות, השעיית בטלות, בטלות יחסית ועילת הבטלות. לדבריה, ארטנל הסעדים החוקתיים שאימץ בית המשפט מאז חוקקו חוקי היסוד בשנת 1992 מלמד על המאמץ הרב שהוא השקיע – בוודאי בהשוואה לרשות המחוקקת – בריכוך החיכוך המוסדי על ידי יצירת טווח של התערבות בחקיקה "שחורג מהמודל הבינארי של כשרות-בטלות". עם זאת המחוגה על הטווח הזה תהיה לטענתה בתנועה מתמדת כל עוד לא תושלם המלאכה של הרכבת החוקה. ראו סוזי נבוח "הדיאלוג החוקתי: דו־שיח בכלים מוסדיים" משפטים על אחר יב 99, 132 (תשע"ט).

\*\*\*

בחלק ה"אני מאמין" של חוקה בהסכמה הבעתי חשש מפני "האפשרות שלחוקה טובה יהיה פרשן רע". "במובן מסוים", כתבתי:

מצב דברים כזה גרוע מהיעדר חוקה, משום שהסדרים פגומים שהיו ראויים להיפסל, מקבלים לגיטימיות חוקתית, בבחינת טיהור השרץ. משגילתה המערכת הפוליטית את כוחו של בית המשפט, יש חשש שהיא תנסה לסרס את ההשפעה ואת המשמעות של החוקה באמצעות השפעתה על המינויים לבית המשפט העליון. יש לעמוד על המשמר בעניין זה.<sup>83</sup>

לצער, מתוך כוונות טובות וטהורות רוזנאי מציע הצעה שעלולה, באמצעות ההשחתה הפוליטית של מינוי שופטים, להגשים את החשש הזה. רוזנאי מתנגד להשחתה הזאת, אבל אין לו שליטה עליה. הצעתו עלולה לקדם בעקיפין את הסירוס הן של המשמעות הן של ההשפעה של החוקה על ידי הגברה מלאכותית של כוחם של שופטים אנטי-ליברלים. במקום חוקה ופסיקה של בית משפט שהם מקור להשראה ולגאווה בארץ ובעולם, אנו עלולים לקבל שיטה חוקתית – חוקה שבית משפט חוקתי פועל לסרסה ולעוותה – שהיא סיבה לבושה.





**Policy Paper 154**

## **CONSTITUTIONAL REVIEW**

### **Evolution, Models, and a Proposal for Anchoring Judicial Review in Israel**

Yaniv Roznai

Introduction: Yuval Shany

Response: Mordechai Kremnitzer

March 2021

Text Editor (Hebrew): Keren Gliklich  
Series and Cover Design: Studio Tamar Bar-Dayan  
Typesetting: Ronit Gilad, Jerusalem  
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN: 978-965-519-330-5

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

**Copyright © 2021 by the Israel Democracy Institute (RA)**  
Printed in Israel

**The Israel Democracy Institute**  
4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602  
Tel: (972)-2-5300-888  
Website: [en.idi.org.il](http://en.idi.org.il)

**To order books:**

Online Book Store: [en.idi.org.il/publications](http://en.idi.org.il/publications)  
E-mail: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)  
Tel: (972)-2-5300-800

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

The views expressed in this policy paper do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

Few institutions reveal the temper of our times as clearly as judicial review of legislation. A comparative analysis of judicial review [...] tells us much of our own psychological responses to the tyrannies of our age.

Mauro Cappelletti, *Judicial Review in Comparative Perspective*, 58 CALIFORNIA LAW REVIEW 1017 (1970)

## ABSTRACT

Since the enactment in the early 1990s of the Basic Laws that deal with human rights (Basic Law: Human Dignity and Liberty; Basic Law: Freedom of Occupation) and the Bank Mizrahi judgment of 1995, which established the normative supremacy of the Basic Laws and the court's authority to strike down ordinary legislation that contradicts them (the "constitutional revolution"), the constitutional status of the Basic Laws and their application by means of judicial review has become a central theme in Israeli law and the heart of a stormy public and political debate.

In addition to the ability to strike down laws passed by the Knesset, various processes, some of them predating the constitutional revolution, grant the court a central role in constitutional issues and have made it a key actor in political debates. For example, in matters of a public character related to enforcement of the rule of law and constitutional principles the Supreme Court expanded the right of standing (*locus standi*) to include public petitioners. The court also significantly trimmed the doctrine of the nonjusticiability of political issues and broadened the scope of judicial review by creating the "reasonableness test" that

can be used to parse administrative actions. Taken together, these legal developments augmented the court's involvement in politics. Finally, the court gave the Basic Laws of 1992, especially Human Dignity and Liberty, a broad interpretation that permits it to gauge the constitutionality of laws that infringe rights that are not explicitly stated in the Basic Laws, such as freedom of expression and the right to equality. All of these have significantly expanded the power of the judiciary vis-à-vis the political authorities.

The political authorities, especially the Knesset and Government, have taken note of the constitutional revolution. They are aware of the limits it sets to their legislative and executive power and of the court's authority to strike down laws. With this in mind, at various stages of the legislative process they examine whether bills are compatible with the provisions of the Basic Laws. The judicial system, too, has internalized the constitutional revolution. It examines the constitutionality of laws and will nullify them when held to be incompatible with the Basic Laws. In general, and contrary to the public image, the Supreme Court has exercised considerable restraint about striking down laws, both in the absolute sense – in the sheer number of laws struck down (20 laws over 25 years) and in comparison to the supreme courts and constitutional courts of many other countries.

Nevertheless, since the constitutional revolution, and even more so in recent years, the role and status of the Supreme Court have become highly controversial. As the court displayed greater activism in political matters—or was perceived that way—the opposition to it increased commensurately. For diverse reasons, the public's support for the court, which remains higher than that for the political institutions, has gradually declined from the zenith it enjoyed before the constitutional revolution. Over the years, politicians have proposed various bills aimed at curtailing the Supreme Court's power. These proposals include eliminating its authority to strike down legislation, establishing a special constitutional

court, limiting the grounds for judicial review, changing the manner of selection of Supreme Court justices, and enacting a “notwithstanding clause” that would allow the Knesset to override a court ruling that a law is unconstitutional. These and other proposals are aspects of a “constitutional counter-revolution” that seeks to alter judicial review and replace the current model, in which the court has the final word on the constitutionality of laws, with a weaker version in which the legislature enjoys that power.

Despite the plethora of such bills and the relative ease with which the Basic Laws can be amended, such a constitutional change has not yet taken place. However, given current social and institutional conditions, the constitutional order—and with it the protection of human rights—is now threatened by a dangerous erosion. Israel is riven by deep social fissures and fierce political disagreements. As in many countries around the world, the political climate is driven by populism that wishes to unshackle the government and is particularly hostile towards apex courts with their mission of defending the constitutional system, along with other independent professional institutions. Many have adopted harsh rhetoric that is hostile to the court. Given the frailty of Israel’s constitutional structure, which is not based on a firm system of a separation of powers and checks and balances, the fragile equilibrium could be shattered.

With this in mind, the Israel Democracy Institute invited Yaniv Roznai, a prominent expert in comparative and Israeli constitutional law and associate professor of law at the Interdisciplinary Center Herzliya, to propose guidelines for the interactions among the branches of government. The proposals are based on the Constitution by Consensus document, drafted by a public committee headed by the late Chief Justice Meir Shamgar, which worked at the Institute between 2000 and 2005 and which proposed a holistic conception of the relations among the branches of government. Prof. Roznai’s study, which is

the core of this publication, is the result of his reexamination of that document.

The study focuses on the issue of constitutional review, given that the court's place in Israeli society is the subject of a lively and ongoing public debate, and with awareness of the proposals advanced in recent years to modify the court's powers and composition. The study rests on a theoretical and comparative look at the topic of judicial review of legislation and includes a survey of the development of judicial review in the world, along with an analysis of the main models thereof: strong judicial review, as in the decentralized American system; centralized strong review by a constitutional court; weak judicial review as in the British and Canadian model; and no constitutional review, as in New Zealand and the Netherlands. It also considers the justifications for the judicial review mechanism itself and possible alternatives to it. Drawing on one of the most important contemporary theories that oppose judicial review—that of Prof. Jeremy Waldron—the study shows why Israel, in the conditions that prevail today, exemplifies the situation in which the opposition to judicial review is weak, and proposes that court's power of judicial review be explicitly anchored in a Basic Law.

But what is the appropriate model? The study posits that the arrangements for constitutional review in a particular regime are one element of a complex system that requires balances and institutional adjustments, which depend on a specific social, historical, and political context. In other words, there is no single solution or model for all constitutions and it is necessary to craft a form of constitutional review that is appropriate to the unique characteristics of every constitutional system.

The model of constitutional review proposed here is based on the following recommendations.

**1. Constitutional review should be explicitly anchored in a Basic Law.**

Some of the opposition to the constitutional revolution stems from the fact that the Basic Laws do not include an explicit provision authorizing the court to strike down legislation that contradicts them. That authority is merely implicit in them. But the very debate about its power of judicial review undermines the court's legitimacy. Because this authority is the current situation—and as will be shown in the study, also the desirable situation—the court's power of constitutional review should be stated explicitly.

**2. The current model of decentralized constitutional review should be replaced by one in which only the Supreme Court has the power to strike down legislation.**

Today, courts at all levels have the power of constitutional review. Yet constitutional review requires legal judgment at the very highest level. Given the complexity of the process and the implications of the nullification of Knesset legislation or its non-enforcement in a particular situation, this power should be held only by the Supreme Court.

**3. It should be stipulated that a law can be struck down only by a two-thirds majority of an expanded panel (at least nine justices) of the Supreme Court.**

Today a panel of any size can strike down Knesset legislation, and even a one-vote majority of the justices hearing a case can declare a law invalid. It is proposed to stipulate that a ruling that Knesset legislation is unconstitutional and thus invalid can be made only by an expanded panel of at least nine justices. This would reflect the importance that the court attributes to its consideration of constitutional issues. In addition, a two-thirds majority (e.g., six of nine) should be needed for such a

ruling. The requirement of an expanded panel and a two-thirds majority would amount to institutional acceptance of the curtailment of judicial discretion and deference to the political actors' judgment in controversial matters.

**4. A new remedy of declaring a law “constitutionally incompatible” by a simple majority of the panel should be added.**

Today, as noted, a simple majority of the justices hearing a case can strike down primary legislation enacted by the Knesset. It is proposed that although a one-vote majority of a Supreme Court panel could not invalidate legislation, it could declare that the law is incompatible with the Basic Laws. In such a case, the law in question would be sent back to the Knesset for reconsideration. This would be a formal restraint on the Supreme Court but would also emphasize the legislature's accountability in matters of fundamental rights. Accordingly, the mechanisms for parliamentary review of the constitutionality of laws should be strengthened.

Alternatively, it could be decided that if a majority of the justices on a panel, but not a two-thirds majority, hold that a law should be struck down, the default result would be an extended deferral of the effective date of the declaration of its invalidity and the return of the legislation to the Knesset for a new look at its provisions.

**5. A parliamentary override mechanism should not be legislated.**

In light of the proposal that a two-thirds majority of a Supreme Court panel be required to strike down a law as unconstitutional, other proposals, such as a notwithstanding clause that permits a Knesset majority to reenact a law that infringes protected constitutional rights in a manner held to be



incompatible with the provisions of the Basic Laws, should be rejected. However, if the notwithstanding clause model is implemented, it should be only as an alternative to the model offered here, structured in such a way that a two-thirds majority of the full Knesset be required to re-enact a law held to be incompatible with the Basic Laws. This would guarantee broad agreement on the matter and reduce the threat to minority rights.

**6. The current method of selecting justices should be maintained, but the parliamentary opposition's participation in the process should be explicitly anchored in law.**

The current method of selecting Supreme Court justices should not be changed. Given that the Supreme Court deals not only with the constitutional challenges but mainly with professional legal controversies related to civil and criminal law, an evaluation of the professional qualifications of candidates for the Supreme Court is extremely important. The current method strikes an excellent balance between professionalism and the need for representation. It is nevertheless proposed to anchor in legislation the custom that one of the Knesset members on the Judicial Selection Committee is from the parliamentary opposition, as well as the manner in which the opposition selects this representative. This would reflect the role of the opposition in a constitutional regime, increase diversity on the bench, and strengthen the independence of the judicial branch.

**7. The right of standing should not be curtailed, nor should constitutional nonjusticiability for controversial matters be introduced.**

In light of the important role that a broad right of standing plays in the defense of constitutional principles, human rights, and the rule of law, it should not be limited by legislation. In addition, given the proposed

curtailment of the court's power to intervene in legislation and given the importance of judicial protection of human rights, it would be improper to stipulate that controversial issues, such as matters of religion and state, are not justiciable.

**8. The constitutional arrangement proposed here should be reviewed after a experimental period.**

The model of constitutional review proposed here should be reviewed by a professional committee at the end of a ten-year trial period, to determine how it has functioned and whether and what changes might be appropriate.

The principles advanced by Prof. Roznai are proposals for discussion and open to modification. Nevertheless, it is a set of interlocked changes aimed at creating an appropriate balance for judicial review in Israel and consequently should be discussed en bloc. The model of constitutional review proposed here seeks to promote dialogue among the branches of government and to balance the court's power to provide an optimum and independent defense of protected human rights while at the same time showing greater sensitivity to the discretion of the political echelon. It is a model of strong but restrained judicial review, in which constitutional dialogue and judicial supremacy can live together amicably.

In addition to Prof. Roznai's study, this volume includes Prof. Mordechai Kremnitzer's response to it. Kremnitzer accepts many of Roznai's proposals but has grave reservations about one of them—that a two-thirds majority of a panel of justices be required to strike down a law. In his view, this would excessively weaken the constitutional protections available in Israel and create an incentive for a creating a blocking majority of Supreme Court justices opposed to judicial activism in constitutional matters. He proposes instead to formalize the current practice of

returning unconstitutional laws to the Knesset, by instituting a rule that permits the court to defer the effective date of the invalidation of a law and allows the Knesset to amend the unconstitutional legislation within a given period of time.

It is important to note that the two scholars agree that it would be appropriate to tighten the framework of judicial review and even to take steps beyond those proposed in the “Constitution by Consensus” document in order to promote a respectful dialogue between the branches of government and increase public confidence in the court. Of particular significance is the fact that both hold that an override clause is inappropriate. Indeed, it is incompatible with the one of the fundamental ideas of a constitution: the restriction of the power of a parliamentary majority to infringe individual rights. Disagreements between the branches of government with regard to the scope of the protection of individual rights provided by constitutional law should be solved by means of dialogue between them, and to some extent by means of the procedure for appointing justices (which also makes it possible to consider candidates’ judicial worldview). In extreme cases it might be possible to amend the Basic Laws themselves (but, as Professor Roznai holds, only by a large Knesset majority). The situation in which a Knesset majority that is ostensibly subject to constitutional restrictions can in practice evade them by means of an override clause creates a false image of constitutional protection that is not backed by actual protection. The fiction of judicial review that is available in theory but not in practice should be avoided.

מאז "המהפכה החוקתית" ניצבת שאלת הביקורת החוקתית בבית המשפט במוקד דיון ציבורי, אקדמי ופוליטי. מחקר זה בוחן את ההתפתחות הגלובלית של הביקורת החוקתית, את הכתיבה התאורטית בנושא ואת המודלים הקיימים בעולם כדי לענות על השאלות שלהלן:

מהו המודל הראוי לישראל? באיזה הרכב ראוי לפסול חקיקה של הכנסת? האם יש מקום לאמץ "פסקת התגברות"? האם ראוי לשנות את שיטת בחירת השופטים או לצמצם את זכות העמידה בבג"ץ?

מחקר המדיניות מציע מודל חדש לביקורת חוקתית בישראל שלפיו סמכות הביקורת החוקתית תעוגן מפורשות אך תיוחד לבית המשפט העליון. עיצוב מרכיבי הסמכות ייצור איזון כוחות חדש בין הרשויות באופן שיאפשר לבית המשפט לבצע את תפקידו אך להפעיל את סעד בטלות החקיקה - "נשק יום הדין" - רק בהרכב מורחב של לפחות תשעה שופטים ורק כאשר יש הסכמה רחבה ברוב מיוחד של שני שלישים מתוך ההרכב המורחב. בהיעדר רוב מיוחד יוכל רוב רגיל להכריז על "אי-התאמה חוקתית" ולהחזיר את החוק לדיון בכנסת.

הצעה זו עדיפה ממודלים אחרים מסוג "פסקת התגברות" או "אי-שפיטות" של נושאי דת ומדינה. בהיעדר מנגנוני איזון ובלימה מספקים יש לשמור על ביקורת חוקתית כשכבת הגנה הכרחית על חוקי היסוד וזכויות האדם.

המודל המוצע מבקש לקדם דיאלוג בין הרשויות, לחזק את מנגנוני ההגנה והכיבוד של זכויות בהליך הפוליטי וליצור איזון עדין בין ביקורת שיפוטית מיטיבה ועצמאית ובין כיבוד השחקנים הפוליטיים אשר להם הלגיטימיות הדמוקרטית והם הנושאים באחריותיות.

**פרופ' יניב רוזנאי** הוא פרופסור חבר בבית ספר הארי רדזינר למשפטים במרכז הבינתחומי הרצליה, יו"ר משותף של הסניף הישראלי של האגודה הבינלאומית למשפט ציבורי, מייסד משותף של האגודה הישראלית לחקיקה וחבר המועצה המנהלת של האגודה הבינלאומית למשפט ציבורי. הוא בעל תואר דוקטור מבית הספר למשפטים של London School of Economics and Political Science. תחומי המחקר שלו הם משפט חוקתי השוואתי ותאוריה חוקתית.



0 4500001209 7  
דאנאקוד 450-1209