

פָּרָסְוָמִי



# dagim shel bihurat sifotit

המועצה הציבורית: הכנס החמישי  
ט"ו-ט"ז בחשוון התשס"ב  
2-1 בנובמבר, 2001  
בארכ-שבע

6

המכון הישראלי לדמוקרטיה

**המכון הישראלי לדמוקרטיה** הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסות ולଓudadותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולມפלגות, באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים וപורמות בדפוסי פעילותם.

בנוסך לכך ממשה המכון הישראלי לדמוקרטיה את שליחותו על-ידי מידע משווה בנושאי החקיקה ודרכי הפקוד של מושרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעוזד דרכי חסיבה חדשות על-ידי ייוזם דיוונים בנושאים שלל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי, בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי-ቢצע ואנשי אקדמיה, ועל-ידי פרסום מחקרים.

עורך הספריה: אורן דרומי

עורכת לשונית: ליאורה הרציג

ניהול הפקה: עדנה גונטי

עיצוב ועריכה גרפית: דינה שר-רחת

נדפס בתשס"ב בדפוס העיר העתיקה, ירושלים

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה

הדברים המתפרסמים בפרסום זה מובאים בשם האומרים ועל אחריותם ואין משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

These deliberations are made possible by the late Lyn P. Meyerhoff through her foundation and its trustees. Mrs. Meyerhoff was a staunch advocate of Israel and of democracy and believed that a better understanding of democracy in Israel is critical to its future.

## תוכן העניינים

### וואש ב ד אשון :

עמ' 5

#### דוגמים של ביקורת שיפוטית – מבוא

##### דברי פתיחה

- ד"ר אריק כרמון, נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה עמ' 9
- פרופ' אבישי ברוורמן, נשיא אוניברסיטת בן-גוריון עמ' 9
- השופט מאיר שмагר, לשעבר נשיא בית המשפט העליון עמ' 13

#### דוגמים של ביקורת שיפוטית

- בית המשפט העליון בזוגם של ביקורת שיפוטית השופט אהרון ברק, נשיא בית המשפט העליון עמ' 23
- בית משפט לחוקה בזוגם של ביקורת שיפוטית פרופ' קלוד קלין עמ' 35
- היעדר ביקורת שיפוטית פרופ' רות גבייזון עמ' 39
- ביקורת שיפוטית מקדמית בשלב החקירה פרופ' מרדיqi קרמניצר עמ' 48
- דגם 'חוק זכויות האדם' הבריטי פרופ' זאב סגל עמ' 56

#### הערות על דגמי הביקורת השיפוטית

- ח"כ אופיר פינס-פז עמ' 59
- עו"ד חיים צדוק עמ' 60
- ח"כ שאול יהלום עמ' 61
- ד"ר דן אבנון עמ' 63

#### שייחת ועידה חזותית

#### ועידה מייעצת לפנסת

הסנטורו רופר בדנטר עמ' 74

## • מאפייני הביקורת השיפוטית

עמ' 82	פרופ' ברוס אקרמן
עמ' 89	<b>מאמר: ביקורת שיפוטית – סוגיות עקרוניות</b>
	עו"ד גבריאלה פיסמן, אורן סופר

## או ש ב ש נ :

עמ' 129	<b>קבוצות דין</b>
	• קבוצת דין בנושא:
עמ' 131	<b>בית המשפט העליון כדגם של ביקורת שיפוטית</b>
	• קבוצת דין בנושא:
עמ' 173	<b>בית משפט לחוקה כדגם של ביקורת שיפוטית</b>
	• קבוצת דין בנושא:
עמ' 215	<b>היעדר ביקורת שיפוטית</b>
	• קבוצת דין בנושא:
עמ' 259	<b>ביקורת שיפוטית מקדמית בשלב החקירה</b>

## או ש ב של יש :

עמ' 295	<b>דין חי ה קבוצות ודין מס כט</b>
עמ' 299	<b>דיון הקבוצות</b>
	• בית המשפט העליון כדגם של ביקורת שיפוטית
עמ' 299	השר דין מרידור
	• בית משפט לחוקה כדגם של ביקורת שיפוטית
עמ' 304	ח"כ שאול יהלום
	• היעדר ביקורת שיפוטית
עמ' 310	השרה ציפי ליבני
	• <b>ביקורת שיפוטית מקדמית בשלב החקירה</b>
עמ' 315	ח"כ חיים אורון
עמ' 321	<b>דיון מסכם: כיוונים ואפשרויות לדגמים מוסכמים</b>
	מאמר מסכם: דגמי הביקורת השיפוטית – יתרונות וחסרונות
עמ' 359	עו"ד תhilah שוויץ-אלטשולר

## **מושב ראשין**

**דגמים של ביקורת שיפוטית - מבוא**

יושב ראש :

- השופט שמולר, מאיר —

לשעבר נשיא בית המשפט העליון; יועץ המועצה הציבורית

שמות הדוברים (לפי סדר אפביתי):

- ד"ר אבנון, דן — יועץ מרכז גילה לחינוך אוריינטלי ודמוקרטי, האוניברסיטה העברית בירושלים
- פרופ' ברוורמן, אבישי — נשיא אוניברסיטת בן גוריון, באר-שבע
- השופט פרופ' ברק, אהרון — נשיא בית המשפט העליון
- פרופ' גביזון, רות — הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; עמיתה בכירה, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- ח"כ יהלום, שאול — המפדייל, הכנסת ישראלי
- ד"ר כרמון, אריק — נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- פרופ' סגל, זאב — המכלה למדיניות ציבורית, אוניברסיטת תל-אביב
- ח"כ פינס-פוז אופיר — יועץ ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ישראלי
- ע"ד פיסמן, גבריאלה — משפטנית וחוקרת מדע המדינה
- ע"ד צדוק, חיים — לשעבר שר המשפטים
- פרופ' קלין, קלוד — דיקן המכללה האקדמית למשפטים, רמת-גן
- פרופ' קרמניצר, מרצבי — הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; עמית בכיר, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים



## דברי פתיחה

● **אריק כרמוון:** ברוכים הבאים לכינוס החמישי של המועצה הציבורית. בפתח דברי אני מבקש להודות מקרוב לב אוניברסיטת בן-גוריון ולנשיאה על האירוח החם והמכובד. סדר היום עמוס, ואני מאד מקווה שנעמוד בכל המשימות שהצבנו לנו כפי שיפורט בהמשך.

● **אביישי ברוורמן:** כמובן הוא לנו לארכח את כולכם, הדין הוא חשוב ואני שמח שאתם כאן. אני מבקש להקדים ולהסביר במספר מילים מה אנחנו עושים כאן, במיוחד ביעידן בן לאדן' ובמצב הנוכחי בישראל נמצאת בו.

ראשית, יעידן בן לאדן' הוא בענייני יידן הפריפריה. בעולם שכמעט חציו חי על מספר דולרים ביום, עולם של עוני ואי-שוויון, עולם של תלויות של שמראות מה קורה בכל מקום — לראשי הצפע יש ביצות لكنן בהן. לכן, באיל' השלישי, אם יתקיים, יש להנאי אסטרטגיית פיתוח חדשה בעולם, זה רלוונטי גם לישראל. מדיניות הפיתוח של הבנק העולמי, קרן המטבע, כל הכוונות הטובות וכל הססמות — כל אלה לא יצלחו, כי ככל עוד העולם השלישי מובל ברובו על-ידי מנהיגים מושחתים, שכappsים עוברים בל' מערכות בקרה ואכיפה, מה שהוא איננו רק לקאים משטרים שייהיו פרו-ערביים, כשהם בעת ובעונה אחת מושחתים. ללא תמייצלים לבניית מערכת מתוקנת להבטחת מהיגנות טהורה יחסית, הקיום העולמי יעמוד בפני קשיים עצומים. אכן נחוצה אינטואיציה, אבל כדי לסרטט תרחישים יש להתחשב בשני גורמים: דמוגרפיה והמהפכה הטכנולוגית של כלכלת הידע.

בישראל, השיעור הממוצע הוא 2.8 ילדים לאישה בגיל הפוריות. הדיווח הרשמי הוא שיש הימים הקרובים עשרה מיליון איש ממערב לירדן. הדיווח הישראלי הרשמי הוא שיש כאן רוב יהודי של מיליון, הדיווח הלא-רשמי של שירות המודיעין הוא שיש רוב عربي ממערב לירדן. עם קצב הגידול הנוכחי, גם ללא הגירה ולא זכות שיבת נגיעה מה להיקף אוכלוסין של בין

19 ל-20 מיליון תוך ארבעים וכמה שנים.

איך מתמודדים עם צפיפות האוכלוסין בארץ הזאת? זהה שאלת ברורה של איות חימם, ולכך נוסיף את שיעור גידול האוכלוסייה בסקטור הערבי והחרדי שיש לו השכבות משל עצמו.

ישראל של מרק טוין, שהגיע לכאן ב-1869, מנתה 25 אלף יהודים ו-200 אלף ערבים. מי שקרא את ספר המסעות של מרק טוין שאיננו מהמייא לארץ-ישראל, יכול גם על-פי הכתוב שם לחזות איך ישראל הופכת לאחת המדינות הצפופות והמכוערות בעולם אם לא נצליח לבונן כאן משטר תקין.

מה שקובע את איות החיים הוא המוצרים הציבוריים: כמה זמן אתה נושא בככיבים, זיהום האוויר, צפיפות, האסתטיקה ומ מבון רמות הביטחון האישי והאלימוט, שהן פונקציה של אי-השוויון. בעבר, ישראל הייתה הצלחה קולקטטיבית וכישלון אינדיבידואלי; כיום, זהה הבעיה המרכזית, היא בוגדר הצלחה אינדיבידואלית וכישלון קולקטיבי.

לבעיתיות הדמוגרפיה הזאת קשורות שאלות כמו האם בונים את אזור תל-אביב לגובה, יוצרים מטרופולין של שלושה מיליון נפש, מה בנוגע לשטחים פתוחים, וכਮובן איך משפרים את תהליכי הפרטת הקרקע.

הגורם השני שמניתו הוא כלכלת הידע, וכלכלת הידע היא שתמשיך להוביל את העולם. לישראל היו 4,000 סטרט-אפים, והצעירים שבhem מדיינים. אלא שכאן יש לזכור שני דברים: ראשון – רוסיה סבסדיה את ישראל; קיבלנו הון אנושי במלعلا ממיליארד דולר, הרושים השקיעו בחינוך, ואנחנו קיבלנו את זה בחינוך. הם עשו למעןנו את מה שאנחנו עושים למען האמריקנים. אלא שאצלונו אי-אפשר להתבסס על סטרט-אפים; כאן נחוץ לבנות חברות כמו 'טבע', כמו 'ציק פונייני', חברות שאין מספקות רק תעסוקה, אלא גם ערך נוסף בעצם היotonin כאן. גם נשאלת השאלה מה יהיה מיקומן והיקפן של התעשייהות הללו, והדגמה הטובה ביותר היא המכון הלאומי לביו-טכנולוגיה שאינו שוכן לא בירושלים ולא בתל-אביב. כיום הוא מונה 16 אלפי סטודנטים, ולמורים המשבר הגוזל, גורנו השנה ללא גירעון. הדבר החשוב מכל הוא ש-40% מהסטודנטים באים מtel-אביב וירושלים, 10% מהגליל, 50% מהנגב, ואנחנו מספקים למעלה מ-20% מכוח אדם העילי לתעשייהות ההיא-טק, ביוטק ומדיטק בישראל. 4,000 סטודנטים בהנדסה, 2,000 במדעי הטבע, 1,000

בבית ספר לרפואה מפואר ועוד ועוד.

עד 1975, ולא משנה המدد, היו בין המדינות השוויוניות בעולם המערבי. היום אנחנו במקום השני מבחינת אי-השוויון. הטרגדיה הציונית היא בשלושים וכמה השנים האחרונות, להוציא עידן רבין הראשון, לא השקנו בתשתיות, לא עשינו רפורמות בחינוך והגדלו את תשלומי ההעברה.

השאלה המרכזיות היא איך היום, אוכלוסייה יהודית שמונה חמשה, שישה, שבעה מיליון, תוכל להתקיים בתוך מרחב של מיליארדים ערבים ומוסלמים; איך בונים כאן חברה עם תוחלת חיים, שאין סכנה שתהפוך למדינה עולם שלישי.

במה שנוגע לתמונה הפיזית — לא צריך להיות גאון כדי להבין שיש ישראל צריכה לבנות את אזור תל-אביב לגובה, להשאיר שטחים פתוחים לרכבת. לפני שנתיים הוכנסו לשימוש 18 רכבות, והיום כל שעה יש רכבת מTEL-אביב לבאר-שבע, ורכבות מלאות. הנסעה נמשכת 67 דקות, ואני אומר לכם שאין שום בעיה לעשות רכבת של 50 דקות.

או — איך מתגברים על הצלב בגב, על סגירת מפעלים בירוחם, בדימונה ובמקומות אחרים. קחו, למשל, את אופקים. בתכנונה יפומיליטיקה דנו לפני כמה שנים באבטלה אופקיים. לחרת ראיין אותה אחד הכתבים הבכירים בטלוייה ושאל מה צrisk, לדעתך, לעשות. אמרתי: הפוך את באר-שבע למטרופולין וcrm את תל-אביב אליה על-ידי שיפור התחבורה הציבורית. המרחק בין אופקים ובאר-שבע הוא כ-20 דקות. אני גדלתי בשכונות פועלים ברמת- יצחק. הגיעו לתאטרון 'הבימה' לקח לנו באוטובוס 30 דקות. מישו אמר שיש אבטלה ברמת יצחק: אבטלה זה טוב לפוליטיקאים וזה טוב לחוסר תפקוד. רץ מישו לתפקיד ראש עיר, מביא את איש העסקים, איש העסקים נכנס לעירייה ומתקבלת תמייה, האבטלה יורדת ל-8% והוא ניצח את הבחירה. למחרת הבחירה הוא לוקח את הכסף והולך הביתה. השיפור הזה קורה כל הזמן. היום הוא בדימונה, מחר הוא בירוחם.

הפתרון פשוט: מטרופולין בבאר-שבע וחיבור; ואז המרחק לאופקים הוא 10 דקות, לדימונה — 20 דקות. איך עושים זאת? בן-גוריון הבין זאת, הוא הקדים את זמנו ולא הילכו בדרך. בזכותו ובזכות יגאל אלון וספריר הוקמה האוניברסיטה הזאת. לא אמרו שצriskפה אוניברסיטה, כמו שלא אמרו שצrisk מכון לאומי לביו-טכנולוגיה שעליו החלטת הממשלה. אלא שאנו הפכנו את 'עיר אברהם' ל'עיר דוד בן-גוריון': ישפה עצמה

במדעים, ברפואה, יש פה צעירים טובים שמעוניינים גם לתרום להילאה. הרכבה עוברת בתוך האוניברסיטה, בנו פה גשר עם מזיאון. בשיטה שנמצאה מאחרי האוניברסיטה ניתן לשכן עשר חברות שונות.

במקביל, אנחנו חייבים לפטור את בעיית הבדיקות והקרקעות. צריך לפנות לעם היהודי המבולבל שיש לו כסף וללכת לפניו קרקע מסודר. צריך לתמוך בתשתיות ובcheinוך, פשט לחזק אותן מן היסוד. במהלך כל השנים איש לא עשה דבר וחיצי דבר למען הבדיקות בנגב, ואחר כך באים בטענות שאין חוק וסדר. כיצד יכול להיות חוק? על מה יתבסס הסדר?

דבר נסח' מחויב המציאות הוא בኒית עיר הצעירים החדשה עם שדה תעופה בנבטים. צריך לעבוד במקביל על שכונות ג' ו-ד', אבל באופן ממוקד. אסור להתפרש על אלף ואחד דברים, אלא למקד פוקוס.

עכשו אסביר לכם במשפט אחד מדוע הנגב נכשל וצפון קרוולינה, המדינה השנייה בנחלותה בארצות-הברית ב-1960, הצלחה. צפון קרוולינה הייתה ענייה, וככלתת התבססה על חקלאות וטבק. בא מושל עם חזון, טרי סנפורד, ואמר מה לעשות: להשקי אוניברסיטאות, לבנות פארק תעשייתי-טכנולוגי. הכניסו את IBM למקום הנידח הזה. היום ההכנסה לנפש היא 33 אלף דולר, כפול ישראל. המשולש בצדון קרוולינה מתחרה עם עמק הסיליקון. מה ההבדל? בצדון קרוולינה היה מושל, ובמדינת ישראל יש 47 שרים, שלאף אחד מהם אין אחריות וסמכות. כל מה שישישראל צריכה הוא מושל אזרוי עם אחריות וסמכות. בארץ הזאת, כל אחד עושה את הגיوب הבא ואף אחד לא עושה את הגיוב הנוכחי. אנשים צריכים לבצע רק את העבודה שלהם, הרוטציה המהירה גורמת לכך שאף אחד לא רוצה לעשות את העבודה האמתית, אלא תמיד את הגיوب הבא.

השאלה תמיד היא איך בונים נורמות, איך בונים מערכת תמריצים, והכול בנוי בסופו של דבר על ערכים ומוסר. הכלכלן הגדול בעולם היה היל הוזן. הוא מנה את שלושת העקרונות החשובים ביותר בכלכלת: "אם אין אני לי מי לי"; "есאני לעצמי מה אני"; "אם לא עכשו, אימתי". ובמילים אחרות: שוק פרטי, אינדיידואליزم; אם אין רשות הדזית, אם אין הבנה שאחנו רק חוליה קטנה בשרשרא של בני אדם, הספר הופך להיות "אכל ושתה כי מחר נמות".

זה נכון בכל העולם, אבל כאן יש רק תשובה אחת, ובן-גוריון אמר אותה כשהיא הולך ומתבונן ומקשיב לכל הפנימי. הוא אמר: 'מה פירוש " להיות אוור לגויים"? אם נבנה כאן חברה מערבית, שאחנו לא, אם הערכים יהיו

רק חומריים, אם לא יהיה פה דבר יהודי, הקבוצה החזקה תעזוב ותמצא ארץ טובה יותר. האליטה, הקבוצה החזקה, צריכה לשרת את השאר, ונחוצה ערבות הדדית. מהיגות זויה טרנספורמציה קולקטיבית ולא רק ראש ממשלה.

איך קרה שהגענו לדוגמה כל כך כושל בישראל, שאין לו היכולת לבצע ולא היכולת להסתכל קדימה? אם חפצינו חיים אנחנו, משהו צריך לקרות כאן בשנים הקרובות. ולא מדובר רק בשינויים חוקתיים, אלא ביצירה משותפת של אנשים מוסריים שאומרים: אנחנו עושים את העבודה. פחות יצר, יותר אהבה ויותר עבודה אמיתית.

● **אריק פרמן:** הכינוס החמישי היום מתמקד בסוגיות הביקורת השיפוטית. בארבעת הכינוסים הקודמים עסקנו בקונספט המשפטי של מדינת ישראל ובסוגיות חיזוק בית הנבחרים. הקדשו כינוס שלם לנושא מגילת הזכויות, ואילו הכינוס הרביעי שהתקיים בראשית הקיץ התמקד ביחסי דת ומדינה.

בכל הדיונים, ובמיוחד בשלושת הכנסים האחרונים, הייתה שורה סוגית הביקורת השיפוטית, והנה הגיעו היום לדין בפרק החשוב הזה.

אני רוצה לבקש מיושב-ראש המועצה, הנשיא בדים מאר שמאגר, לפתח את הכנס שلن.

● **מair שמאגר:** המועצה הציבורית תדון היום בהיבטים השונים של המשטר המדינה, ובכלל זה בתחום רשות השלטון בישראל. סוגיות הביקורת השיפוטית, נושא דיונו היום, היא, לפחות או שלאיליה, לב-לבמה של מערכת היחסים בין שלוש הרשויות.

שיטת הדיון תהיה זהה בKOיה הכלליים זו אשר לפיה נערכה בחינוך של הסוגיות המשפטיות-חוקתיות הקודמות. הוועדה אומרת, נאפשר הצגתן של החלופות העיקריות כדי שניתן יהיה לעורך מאزن של התכונות הדומיננטיות של כל שיטה, קרי המעלות והמוגעות שלה, לשקלן ולשבכלן.

איןנו יוצאים מtopic הנחה כי השקפותם בנושא זה של חברי המועצה שהתכנסו כאן היא בוגדר 'טבולה רסה'. איןנו מניחים שקיימות גישות ו השקפות שונות ומגוונות, אולם על-ידי כך יגבר עניינו של הרב-שיטה. איןני מודד בשלב ראשוני זה את משקלן היחסי של הדעות ואת ההתייחסות העיקריות. דיון עמוק וניסיון להבנת מהותן האמיתית של החלופות, מחייב גישה פתוחה וכוננות להקשיב לגישות השונות על הנמקותיהם

וליחסיק מסקנה, בין אם זהה לו שכבר קיימת ובירן חדשה, וכל מסקנה תהיה בנויה על הכרת המאפיינים והתכונות של סוג הגישות בהרחבנה ובעומק ובים יותר. זהו סיור מחשבתי, אנליטי וביבורתי, המאפשר האזנה, העלאת קושיות וגיבוש דעתות. בלי הנכוונות לשם עת מגוון החלטות, לא היה טעם בהתקנסות זו ובהחלפת הדברים שבה.

ביקורת השיפוטית, שהיא כיום נושא דיונו, משמעה הסמכות לבחון את חוקיות פעולותיה של רשות השלטון השונות ולפקח על מידת ההתאמנה של מעשה שלטוני פלוני – בין מעשה של רשות מבצעת ובין מעשה של רשות מחוקקת, ובתנאים מסוימים גם גופים שהוקמו על-ידי הרשות האלה – אל הוראות החוק המسمיך ואל ערכיה של שיטת המשפט והמשטר.

לבוש שלובשת ביקורת שיפוטית הוא מגוון. על כן אנסה להציג בקצרה את מנין ואופיין של ארבע צורותיה העיקריות של הביקורת השיפוטית, ואלה הן:

א. בדיקת פעולה של גורם זה או אחר, ברשות המבצעת או המחוקקת או ברשות השופטת – שר, רשות סטטוטורית, רשות מקומית או כל מי שהוסמך להכריע הכרעות מינהליות הנוגעות לפרט או כלל – כדי לבחון האם ההכרעה היא בתחום מסגרתו של התחום החוקי, או שמא היא מהויה חריגה מן הסמכות שהוקנתה לרשות. כן נבדק אם נשמרו דרכי ואופני הפעולה שהותוו לרשות האמורה בחוק או מכוחו. למעשה להוסיף כי לפי שיטתנו, בית המשפט אינו בודק שאלות כאמור אלא אם הוגשה עתירה של פלוני הטוען להיעדר חוקיות.

ביטוייה העיקרי של ביקורת שיפוטית מסווג זה מתגלה אצלנו בפעולותיו של בית המשפט הגבוה לצדק (בג"ץ), אשר אליו רשאי לפנות בעתירה אדם העונה לתנאים שהדין קבע ואשר סבור כי פעולה זו או אחרת של רשות שלטונית או סטטוטורית (רשות השידור, רשות הנמלים) אינה על-פי הדין. בעניין זה פועל בג"ץ בעיקרו בגבולותיו של חוק יסוד: השפיטה, הקובע בסעיף 15 שבו כי בית המשפט העליון, בשבתו בגבג"ץ, מוסמך לתת צוים לרשות המדינה, לרשותות מקומיות, לפקידיהם או לגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים לפי דין, לעשות מעשה או להימנע מלהיפעל. בגין גם מוסמך לדון כללית בעניינים שהוא רואה דין – להימנע מלפעול. בגין גם מוסמך לעיל, בודק בית המשפט או בית דין אחר. במסגרת המתוארת לעיל, בודק בית המשפט מאז

ומתמיד, על-פי עתירה, גם את חקיקת-המשנה שחוקקו שרים או רשות מקומיות או רשותות אחרות, כדי לברר האם נשמרו גבולות הסמכות בהתקנת תקנות שתוחמו לרשות הלו על-ידי המחוקק הראשי.

סיכום של דברים, בשיטה המשפטית הפעלת עלי-פי המתווה של "שליטות הדין" – בכך אני מתרגם את המונח Rule of Law – עקרון יסוד הוא כי תוגדר הפעלתן של סמכויות חוקיות המוענקות לרשות כלשהי והנוגעות לפרט או לכלל, ובמידת הצורך אף לתותחים, וכי אופן יישומן יבחן על-פי העתירה, בבדיקה השיפוטית, כדי לבחון אם יש יסוד לטענה שלפיה הפעלת הסמכויות אינה توامة את הוראות הדין. המונח 'הדין' כולל לעניין זה גם חוקים וגילדים וגם הוראות חוק חוקתיות, דהיינו חוקי יסוד.

כн נכללת במשמעות זו ביקורת שיפוטית במקרים שבهم הפרלמנט עצמו מפעיל החלטות שאיןין חוק, אך הן החלטות המעוגנות בחקיקה, כגון נושא החסינות של חברי הכנסת. במקרים אחרות, ככל רשות שלטונית, גם המחוקק כפוף לחובה לקיים את החוקים שחוקק, ואם הגוּף המחוקק המוסמך קבע בחקיקתו הגבלות או תחומים, גבולות או הגדרות לפרלמנט כדי שלאו ינוח ביישום חוקים וגילדים או בהפעלתם – גם המחוקק מחויב לכבד תחומים אלה.

כבר אמרנו בעניין זה בפרשת מיעררי הראשונה:

"פשט וברור הוא כי הביקורת השיפוטית לפי סעיף 15 לחוק יסוד: השיפיטה חלה גם על פעולותיהם של רשותות הכנסת. הרשות המחוקקת אינה פטורה מעולו של החוק, ומשקעה את תוכנו והקנתה לו חיים ולא פטרה עצמה בנוסחו מתחולתו, היא חבה בכיבודו ככל אחר. אם הגדר המחוקק את דרך פעולה בתחום המ凶手ך לו, כמו למשל בסעיף 13 לחוק הניל, לא נגרע מאותה מכוחו המחייב לגבי הכנסת של דבר חוקיקה בשל כך שהוא מתוווה אך ורק את פעלתה של הכנסת או של רשות מרשויתיה. משוחלבשה ההוראה בלבשו של חוק, חייבים הכל, לרבות רשות הכנסת, בכבודה, ואין מושנים מתוכנה ומהיקף תחולתה אלא בדרך שבה מתקנים כל דבר חוקיקה של הכנסת. הסמכות לקיים בבדיקה שיפוטית על פעולות הכנסת מסתברת גם מתפיסות היסוד החוקית, שלפיהן קיומה של הביקורת השיפוטית על חוקיות פעלתה של כל רשות הוא תנאי יסוד לשפטון החוק".

ביקורת שיפוטית מסווג זה נוגעת, כאמור, בעיקרה בחיי היום-יום, בעולות המינהל השלטוני ולא בעולות חקיקה ראשית. היא בוחנת את סמכוותיה של הרשות.

במשך הדברים עוד ארוחיב במקצת בתיאור הקווים המנחים המקובלים חיים בארצות דמוקרטיות אחדות, בכל הנוגע לאמות המידה החולשת על אופן הפעלת הביקורת השיפוטית.

ב. ביקורת שיפוטית מסווג אחר מופעלת גם במקרה המתכוונת הנ"ל (קרי, בדיקת פעולתו של המחוקק על-פי גבולות סמכותו כפי שנקבעו על-ידי המחוקק עצמו) – שהיא החשובה ביותר מבחינה מהותית והקטנה ביותר, מבחינת היקפה – היא בדיקת התאמתה של **חקיקה ראשית וגיליה**, דהיינו חקיקת בית המחוקקים, לנורמות המנחות שהוגדרו בחוקי היסוד.

הביקורת השיפוטית הזאת של החקיקה הראשית שהיא, כאמור, הסוג המרכזី הנטון לוינוכו, בודקת את החוקתיות, קרי את ההתאמה לעקרונות החוקיים, ובעיקר החוקתיים, של חקיקה ראשית רגילה של הכנסת. סוג הביקורת השיפוטית שמדובר בו כאן, קם עקב היזקה בין חוקי היסוד לבין חקיקה וגיליה. משמע, נבחנת התאמתה של חקיקה רגילה לחוקה, קרי לכללים הקונסיטוטוציוניים. אצלנו מתעוררת צורת ביקורת זו (של חקיקת הכנסת) בעיקר עקב שאלת התחוללה של הוראותיו של סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו או סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק (אולם גם לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, הדן בשיטת הבחירה ובין היתר בשוויון הנדרש בה). סעיף 8 האמור לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאנו מכנים אותו *'סעיף ההגבלה'*, קובל עצור כי אין פוגעים בזכויות שלפי חוק היסוד האמור אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכליית רואיה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת שבו. שאלת ההתאמה של חקיקה וגיליה (הפוגעת בזכות היסוד – למשל שענינה מעוצר או פגיעה בקניין על-ידי דינים בתחום פשיטת الرجل או משבר המושבים) לגבולות ולתנאים שהותנו בסעיף 8 הנ"ל, היא נושא מהותי של ביקורת שיפוטית. סמכות זו הופעה הלכה למעשה מאז שנת 1992 רק פעמיים – פעם בעניין יועציו השקעות ופעם בעניין תקופת המעוצר של חיילים. זאת, להבדיל מן הביקורת השיפוטית, ה*הג'ציגת הנ"ל* (בסוג (א)), על בעולות המינהל השלטוני, שהיא תדרה מאוד ונפוצה מאד. אולם הוינוכו עלה עקב הדיון בשאלת העקרונית בדבר סמכותו של בית המשפט העליון לקיים ביקורת שיפוטית חוקתית כמפורט בפסק דין בנק

המזרחי, שבו בית המשפט בחרן ה证实ה של חקיקה רגילה שדנה בזכות הקניין (חוק גל') להוראותיו של חוק היסוד שאסר פגיעה בזכות הקניין. בית המשפט העליון קבע שם כי הכנסת שמרה על תחומי סעיף 8 לחוק יסוד ושפהגעה בזכות הקניין הייתה בחוק, לפי ערכיה של המדינה, לתוכלית ראויה ושלא מעלה במידה הסבירה.

ביקשתי למקד את תשומת הלב בביקורת השיפוטית על החוקה, אולם כאמור אין לשוכח את הסוג הקודם של ביקורת על פעולות שלטוניות (המיןיל, תקנות-משנה, צוים), שהיא עצמנו, וברוב הארץ, כורעת העיקרית והשגרתית של הביקורת השיפוטית.

ג. במסגרת בדיקת חוקיות הפעולות, עלתה בבריטניה התזה כי בית המשפט רשאי לקיים ביקורת שיפוטית כדי לבדוק את חוקיותה של חקיקה ראשית של הפרלמנט, גם אם אין הוראה חוקתיות חוקיות (למשל, כאשר אין הוראה כדוגמת סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), דהיינו רק על יסוד תפיסות היסוד הערכיות שבבסיסה של שיטת המשפט.

lord chief justice Master of the Rolls ועתה הוא שציין בשנת 1994 באחת מהרצאותיו כי אם הפרלמנט יחקק "דבר בלתי יאמין" מבחינה דמוקרטיבית, בית המשפט יהיה מוסמך להתערב גם ללא הסמכה חוקקה. כדי להדגים זאת הוא שאל אם יהיה צורך לפועל על-ידי חקיקה אם, למשל, יבטל הפרלמנט בחוק את חופש הביטוי או את הבחירה. לפי תפיסתו, יש גבולות לריבונותו של הפרלמנט, ומחובט בת המשפט לזהותם. משמע, יש כללים עליונים מעלה החוקה. אחד מיסודות הדמוקרטיה הוא כי כוחו של השלטון אינו בלתי מוגבל. אין פגוע בחופש הביטוי ובבחירה חופשיות. זכויות יסוד אינן נושא להכבה.

הזרומה שהובאה בהקשר זה לכוחה מאוסטרליה, שבה אין חוק פדרלי הכלול מגילת זכויות חוקתיות. בתיה המשפט בשני מקרים קבעו כי חוק שאסר פרסום שונים ברדיո ובטלוויזיה בזמן בחירות או בזמן רפנדום, פוגע בעקרון חופש הדיבור, ולכן אינו יכול להיות תקף.

הגבלות על החוקה הוסקו בדרך ההיקש מן החוקה שאין בה הוראות מפורשות, אולם בגדיר מסקנה שתיאורה בمعין 'קרינה עמויה' הנזורת מתפיסה סוג המשפט (demokrati) שנוגגת שם. נטען כי שיטת ממשל נבחר גוררת עמה חופש ביטוי, כמו למשל הזכות לפרטיות בארץ-הברית, שאינה מוזכרת במפורש בחוקה, אך ראו אותה למורות זאת כחלק

מן הדין החל בארצות-הברית (למשל בפסק הדין הידוע של Roe V. Wade מ-1973 שהוא פסק הדין המנחה בעניין הפלות).

כמובן שאלות מעניות אחרות לאUTHOR טעם להיכנס כאן לנition, כמו למשל – מהי המידה של הבלתי ייאמן שיש בה שינוי מהפכני של המשטר, המצדיקה התערבות על-ידי הביקורת השיפוטית ללא הסכמה בחוק.

ד. תוצאה נגזרת של ביקורת שיפוטית כמתואר היא פרשנות החוק, לרבות פרשנות חוקי היסוד, גם בעלי התערבות בפועל בחקיקה ורשות, או בחקיקת-המשנה או בפעולות של הרשות המבצעת. כדי לבחון חוקיות ושמירה על תחומיים מוגדרים על-פי הדין, מתחייבת בהכרח פרשנות של החוק, תוכנו ומובנו, כגון מחו כבוד האדם, מה כולל חופש העיסוק וכדומה.

ציניתי ארבעה סוגים מקובלים של ביקורת שיפוטית, ומובן שצריך להביא בחשבון שלגביו כל סוג יכולם להיות מגוונים המותאמים למדינה מסוימת. אולם איןני הולך במסלול של התאמת לחוקה מסוימת בלבד, כי כל השוואה עם חוקות אחרות היא מטעה. יש תמיד לפנות לחוקים ולחוקות התואמים את המשטר ואת תפיסות היסוד ואת הנסיבות של המדינה מסוימת. אולם אין יוצאים ידי חובה של בוחנת נושא הביקורת השיפוטית אם לא מושווים לנגד העיניים את כל ארבעת המגוונים שדיירתי עליהם.

אני מבקש להוסיף מספר הערות כלליות לגבי מטרתה של הביקורת השיפוטית.

קיומה של סמכות המפקחת על החקיקה ועל מעשי המינהל, כולל חוקיקת-משנה של תקנות וצווים, היא מרכיב חיוני ובסיסי של משטר מדיני המונע בכיבודה של השלטת הדין. הכלל המנחה בשיטת ממשל המכבדת זכויות אדם הוא כי לכל עולה חייבות להיות תרופה. אם יש סטייה מן הקווים המשפטיים המותווים כדין, צריכה להיות אפשרות לנפגע לפנות ולבקש את התערבותה של הביקורת השיפוטית. בסוגיה זו, עיקר המחלוקת הוא סביב מערכת היחסים בין בית המשפט לפרלמנט, כלומר בית המשפט כשומר תחומי סמכותו של הפרלמנט.

הפילוסוף האנגלי פרנסיס בקון, איש המאה ה-16, אמר בשעתו שעל השופטים לזכור כי כיסא מלכותו של שלמה המלך אמנים נתמך בפסילתם של שני אריות (כוונתו למלכים א' י': יט: "ושניהם אריות עומדים אצל הידות"), אולם האריות נחותים מכיסא המלכוות. עליהם להיות מתונים

ומסתיגים כדי לא לכרטס בריבונות. זה היה במאה ה-16. נשיא בית המשפט העליון של נורבגיה, קריסטן סמייט, גרש באחד ממאמריו שנקתב במאה זאת, בנגדו לאמור לעיל, כי הזכות והחוoba של האריות ביום היא לא להיות מתונים, אלא להפיע כוחם לשם פיקוח עיל — ואני מזכיר, פיקוח עיל — על הפרלמנט בתפקידו כمحוקך ריבוני.

הרציונלייזציה המודרנית של הביקורת השיפוטית, לפי המלומד קרייג, בר-סמכא אנגלי ראשון במעלה בפרשנות חוקים, מתבססת על עקרון ה-Ultra vires, דהיינו, מניעת החריגה מסמכות. מדובר במניעת חריגה מן הכוונה והתכליות של החוקה הפרלמנטרית, שקבעה תנאים וסימנים לחקיקה הרגילה. בתו המשפט פועלם לפי תזה זו מען שומרי הגבולות, ואפשר לומר כמעין נטורו-קרטא, לגבי גבולות שהותוו על-ידי הפרלמנט. הצדוק החוקי לביקורת השיפוטית, דהיינו הלגיטימציה שלה, הוא בכך שבית המשפט מישם את התכליות הטמונה בחוק היסוד.

הזרקטרינה שביסוד המשפט המינימי, שמכוחו מבוצעת הביקורת השיפוטית, שואבת את חוקיותה ואת תוכנה מן העובדה שהחוק, קרי הכנסת, התכוון להתוויות דרך ואופן מוגדרים של הפעלת הסמכות, ושבהקשר החוקי הקונקרטי האמור מותבצעת הביקורת השיפוטית. בכך מנוטרת הטענה של פגיעה, כביכול, בריבונות הפרלמנטרית. רואים את החקיקה של הפרלמנט, בין בתחום החוקי הרגיל ובין בתחום החקיקה החקיקתית, כמו שנשאת עמה את התכליות של החלטת עקרונות הצדוק והאגניות ש모פעלים בדמוקרטיה חוקתית. מותבצעת מעין האצלת סמכויות לבתי המשפט שמופקדים על הפעלה או על ההגשמה הפרטנית של כוונות החוק. בית המשפט מפקח על הפעלה או על ההגשמה הפרטנית הפרטנית של התכליות החקיקתית של בית הנבחרים. אגב כך יש להזכיר כי תזה מקובלת של הדין היא כי מי שהוענקה לו סמכות, הוענקה לו בכך רק הסמכות לפועל דין, וכל פעולה שלא דין היא חריגה מסמכות. אני מפנה לפסק הדין האנגלי של קרווזה ני גיננסון.

פרשנות זו לגבי מהותה המשפטית והערכית של הביקורת השיפוטית בבריטניה אינה ייחידה ובלתי-ניתנת. התפתחה גישה הוכרצת את הביקורת השיפוטית עם ההתפתחות בתפיסות היסוד של הדמוקרטיה החקיקתית. ואשר רואה בהתפתחות זו התקדמות מהותית במשפט הציבורי.פרשנות זו מושפעת כמובן מחקיקתו בבריטניה של ה-Human Rights Act של 1998 שנכנס לתוקף בשנת 2000. לפי תזה זו, הביסוס הרעוני

לביקורת השיפוטית נמצא בתחום התפיסות החוקתיות הערכיות ולא רק בתחום, הפורמלייטי לכאורה, של האולטרה-וירטס, קרי של החריגה מן הסמכות כפי שתוחמה על-ידי המחוקק הראשי.

התפיסה הנוכחית בוטאה, למשל, על-ידי פרופ' גיאל מאוניברסיטת לונדון. תפיסה זו מדגישה את אפיונו של הדגם השלטוני הדמוקרטי כמשטר שאינו מבוסס רק על שלטון הרוב, אלא גם על הגבלת כוחות השלטון. יש זכויות של הפרט שגם בבית הנבחרים אין רשות לפגוע בהן. לפי הדגם המתוואר, ראוי שבתי המשפט יתקדמו לעבר קני מידעה שהם מעלה ומעבר לעיקרי הגינות כללים ומעבר להשלחת הדין הפורמלי בפשוטו. הכלכלה בדמוקרטיה היא ההגנה על זכויות הפרט מפני התערבות ממשתנית בלתי הוגנת.

השלטת הדין דורשת, לפחות, שניים, שאין לחוץ גורלו של אדם בלי להעניק לו שימוש (אגב, דבר שכותב אצלנו עוד בספר דבריהם); כי אין להפעיל סמכות באופן שריורי; כי הדין, והחלטות של עובדי ציבור מכוחו, יהיו ברורים וידועים מראש, לא רטורואקטיבית; כי הדין יופעל על יסוד ההכרה בעקרון השוויון ללא הבחנות שלא מן העניין; כי אין להתחesch לציפיות לגיטימיות. הכל חולש בצל הcotורת של מניעת אי-סבירות או אי-רצינליות.

אמר על כך הlord סטיין, חבר בית הלורדים:

"הפרלמנט אינו מחוקק בחלל ריק. הפרלמנט מחוקק עבור דמוקרטיה ליברלית המתבססת על עקרונות ומסורת המשפט המוכובל. אלא אם יש הוראה אחרת מפורשת וברורה, יש יסוד להניח שהפרלמנט אינו מתוכנן לחוקק בניגוד לכלל של השלטת הדין".

גם אצלנו וגם באנגליה יש שורה של פסקי דין שمدגימים זאת, כגון פרשת השינוי באורך המקובל של תקופת המאסר הקצובה על רצח, כאשר תקופה זו שונה באנגליה מ-15 שנים (יותר מאשר אצלנו) ל-20 שנים. נקבע בהקשר זה שאין להחיל את השינוי לחומרה על מי שכבר שוהה במאסר על-פי הקি�וב הנמוך יותר. יש שורה נוספת של פסקי דין, ולא נזכיר ממנה אלא את 'פסק דין ברינד', מכיוון שהוא קבע מה שאצלו נקבע מזמן בפסק דין זיכרוני, דהיינו שאין לאסור ראיונות בטלוויזיה עם נציגים של ארגוני טרור.

בתים המשפט באנגליה ביסטו הכרעתם על ריבונות הפרלמנט ועקרון השלטת הדין, ומכוון גם עמדו על כך שעובדי ציבור יגישמו את הוראותיו

של המחוקק ואת תכליתן. אצלנו, מרכיביו של סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הם מミלא מבנים ערכיים ולא רק פורמליים.

עד כאן לגבי סוגיה הביקורת השיפוטית ודרכי הפעלה שלה. החלופות העולות היום לדיןון הן אלה, ואני מבקש להבהיר מהי החלופה של האפשרויות הפתוחות:

1. האם הביקורת השיפוטית תבוצע על-ידי בית המשפט העליון, כפי שהמצב היום.
  2. האם — ותזה זו תוצג על-ידי פרופ' קלוד קלין — יש מקום להקמת בית משפט נפרד לחוקה.
  3. היעדר ביקורת שיפוטית (כמו בניו-זילנד), שמאפשר ביטול חקיקה ראשית.
  4. האם יש מקום להניג ביקורת מקדמית לפני כניסה החוק לתוקף; ובקשר זה ודאי תעורר השאלה מה קורה באופןם מקרים שבهم מתעוררת השאלה谁知 החלטה בביטחון המקדמית. בМИלים אחרות, מה קורה כאשר לאור עובדות העניין, מתחייב דין בבית המשפט בשלב מאוחר יותר谁知 תחילת החוק; כמובן, שימוש קונקרטי מעורר בעיה חוקתית שלא דנו בה בזמן שהחוק נבחן בביטחון המקדמית.
  5. ביקורת אשר תוכאתה איננה ביטול החוק או השעיית תוקפו על-ידי בית המשפט, אלא הפניות הנושא לפרלמנט, כפי שנעשה הדבר על-פי ה-Human Rights Act באנגליה.
- כמובן, יש לתת את הדעת גם על הסוג הראשון של ביקורת שיפוטית רגילה על המינהל לגבי שרים, רשותו שלטונו וכי' שהזוכה לעיל, שאינה מתייחסת לסמכות פרש את חוקי היסוד. כמובן, מי שואמר שלא תהיה ביקורת שיפוטית המאפשרת לבית המשפט לבטל חקיקה ראשית, עדין לא פתר את הבעיה של החלופה האחראית של ביקורת שיפוטית — זהינו ביקורת בג"ץ על המינהל האדמיניסטרטיבי, ובעיקר בכך שנוגע בחיקת-משנה, לפעולות שלטוניות ולפרשנות של החוק, כולל חוקי היסוד.

ועכשיו נעבור להציג החלופות השונות.



● אריק פרמוני:

הדרך להמשך הדיון שלנו.

כמה הערות שאמורות לסלול את

אני מבקש להזכיר: המועצה שלנו קיבלה על עצמה לנסות ולהcin מצע עשיר, המכון להשלמת התהיליך החוקתי במדינת ישראל. כפי שאמר השופט שмаг'ר, המשוכה הגבוהה בינינו בין השלמת התהיליך זהה היא סוגיות הביקורת השיפוטית ופרשנות החוקה. לקרהת הדיונים שלנו יום הושקעו מאמץ וعمل רב להעמיד מספר חלופות לדיוון, כולל חלופות להצעות הקיימות.

מטרת הדיון שלנו היא לנסות לבחון חסרונות ויתרונות של ההצעות השונות. הנוכחים כאן מ提בשים להתייחס לכל ההצעות באופן סימטרי כהצעות לדיוון, לרבות ההצעה שנושאת את השם קרמוני-קרמניצר. אני מאמין שהדיון מחר במליאה, אחרי העבודה בקבוצות, יAIR את עינינו לגבי כיוננים אפשריים לביסוסה של הדרך הרואה והמתאימה בסוגיה שאנו נטפלים בה. פרופ' זאב סגל ופרופ' אריאל בנדור הגיעו לנו הצעה נוספת, ומיד אחרי הצגת ארבעת החלופות, אבקש מהאחד משניכם להציג גם את ההצעה שהצעתם.

עיקר העבודה שלנו תיעשה באربع קבוצות דיון. חברי המועצה שובצו בקבוצות השונות, וכל אחד יישאר בקבוצה עד תום הדיון.

אני פונה לנשיא בית המשפט העליון, הפרופ' אהרון ברק, שיציג את דגם בית המשפט העליון.

## daglim shel bikurah shiypotit

### בית המשפט העליון כדוגמא של ביקורת שיפוטית

השאלה הניצבת בפניינו בדיון היום:  
• אהרון ברק:  
איןנה האם להניג חוכה וביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. אנחנו  
מצאים 53 שנים לאחר הקמת המדינה ולאחר שהוחלט על כינונה של  
חוקה, ונחנו נמצאים שש שנים לאחר ההחלטה בפרשת בנק המזרחי,  
שהכירה בקיומה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. אפשר כמובן  
לשנות את המבנה החוקתי, והשאלה הניצבת בפניינו היום היא האם שינוי  
זהו הוא רצוי.

בשלב זה של הדיונים במכון הישראלי לדמוקרטיה הנהנה היא, כך אני  
מבין, כי אין הצעה לבטל את חוקי היסוד, אם כי ראוי בודאי להכניס  
בهم שינויים מסוימים. השאלה בוגרנו אלינו היא צרה יותר: היש מקום  
לשנות מחלוקת בנק המזרחי ולקבוע הסדר שונה בדבר הביקורת  
השיפוטית על חוקתיות החוק.

לומר לומר שהנטול הוא על מבקשי השינוי. טענתי היא כי בנטול זהה הם  
אין עומדים. ההסדר הקיים בדבר ביקורת שיפוטית אכן אידיאלי, ולוי  
כשלעצמי יש הרבה הצעות לשיפורים. כך, למשל, יש לבדוק האם לא ראוי  
לאמצץ את הרעיון שהופיע בכמה הצעות חוק יסוד: חקיקה ושהיה מקובל  
הן על מושלתו הראשונה של רבין המנוח (חימס צדוק שנמצא כאן היה אז  
שר המשפטים) והן על מושלתו של מר מנחם בגין המנוח (הוא עצמו היה  
או שר המשפטים) — שלפיו הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק  
תיעשה רק על-ידי בית המשפט העליון ולא על-ידי כל מערכת בת-  
המשפט הרגילים. כמו כן ייקבע במפורש כי הדבר יעשה בהרכב מורחב  
של לפחות תשעת שופטים. אבל אלה הם תיקונים שבגדר הקונספסציה  
הקיים.

בעיקרו של דבר, המצב הקיים הוא ראוי וטוב, וההצעות השונות שהוצעו  
ואשר יידונו כאן היום, אין ראויות, לדעתני; ועל כל פנים, אין ראויות  
במידה מספקת להביא לשינוי בחלוקת בנק המזרחי. שינוי זהה הוא מהפכה  
חוקתית חדשה, ולא שוכנעתי כלל שיש הצדוק להכנס את המדינה  
למערבות החוקתית הזאת, והייתי רוצה לעמוד על הטעמים שלי.

נפתח בהצעה – שירות גביזון תדבר עליה – לשלול ביקורת שיפוטית, משום שההצעה זו היא מרחיקת הלכת ביותר מזווית הראייה של המצב הקיים. בשיטת משפט שבה קיימת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק – וזה המצב בישראל כבר מספר שנים – נדרשים נימוקים כבדי משקל במילוי מיוחד כדי לבטל את הביקורת הזאת, ולדעתנו לא הובאו נימוקים משכנעים לכך.

אני מודע לטיעונים המקובלים שלפיהם ביקורת שיפוטית על-ידי שופטים שאינם עומדים בקריטריונים ראויים של דיוקניות היא אנטי-מגוריינית. חرف טיעון זה, והוא תופס בין אם בית המשפט העליון יהיה בית משפט לחוקה ובין אם יוקם בית משפט נפרד לחוקה, מרבית המדינות הדמוקרטיות מקיימות ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. מה שתופס, קיים ומשגש בכל העולם הדמוקרטי, ראוי לו שיתפס, יתקיים וישגש גם אצלנו. אין כל ייחודה לחברת היישראליות, המבחן אותו עבנינו זהה לשאר העולם הדמוקרטי. העולם הדמוקרטי למد את לקחי השואה, ואחד החוקים החשובים היה הצורך לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ובכך להטיל מגבלות על כוחו של הרוב. דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם הגנה על זכויות המיעוט. אין דמוקרטיה כאשר הרוב שולל את זכויות המיעוט; זהו אחד מלקחי השואה. יהיה זה טראגי אם דוקא מדינת ישראל לא תפיק את הלהק הזה.

באשר לטיעון המגוריינתי עצמו, ענייני אין כוחו רב בכלל. העימות איינו בין השופט המبطل חוק לבין הפרלמנט שחוקק אותו. העימות הוא – ומPAIR שmagar עומד על כך – בין החוק שחוקק הפרלמנט לבין החוקה. חוקה שנתקבלה בעבר אינה מגוריינית לעניין הרוב של היום. אלה הם טיעונים רופפים כנגד חוקה.

על כל פנים, משחלה לנו שאחנו מעוניינים בחוקה, החלטו גם שהרוב של היום לא יוכל להגישים את רצונו בכל מקרה. עם זאת, מקובל עלי כי לريسנו של הרוב העכשווי נחוצים גבולות. על כן אני סבור שיש להבטיח כי שינוי החוקה לא יהיה קשים כפי שהם למשל בארצות-הברית. ניתן להרחיב גם את פסקת ההתגברות; זאת, כמובן לכם, הפסקה הקבועה בחוק יסוד: חופש העיסוק שמאפשרת חיקפה בניגוד לחוק יסוד: חופש העיסוק גם לעבר כל חוקי היסוד. בכך ניתן בידי הרוב בנסיבות הכוח להביא בדרך החקיקה הרגילה לתוצאה שאינה עולה בקנה אחד עם החוקה תוך הגנה, زمنית כמובן, בפני ביקורת שיפוטית.

שני האמצעים האלה – שינוי לא קשה במילויו של החוקה עצמה ואפשרות לחקוק חוקים על אף האמור בחוקה – נתונים תשובה, ولو חלקית, לטיעון המג'וריטני. כך או כך, ודאי שאין לו כל מקום ביום כאשר רוב חברי הכנסת, ולעתים רוב רג'il בכנסת, יכולים לשנות את החוקה. הכנסתו של הטיעון המג'וריטני למצב הקיים ביום בישראל היא ייובא של טיעון זה שאין לו מקום של ממש אצלם.

טוענים כי באנגליה אין ביקורת שיפוטית ועם זאת הדמוקרטיה האנגלית איתנה וראואה, וזה נכון. אבל ישראל אינה אנגליה. המושג It is not done קיים באנגליה ולא אצלנו. אנגליה לא שvlaה ביטול ביקורת שיפוטית קיימת, אלא הנהגת ביקורת שיפוטית, במקום שבו אינה קיימת, על-ידי בית המשפט האנגליים. יתרה מזאת; באנגליה יש ביקורת שיפוטית בתחום החקיקה הפוגעת בזכויות האדם. זו נושא מחוץ לאנגליה, בבית הדין האירופי לזכויות האדם בשטרסבורג. אנגליה היא נתבעה בפני בית המשפט האירופי לזכויות האדם. מתוך 421 מקרים שבהם נמצא בית המשפט בשטרסבורג הקרה של זכויות האדם ב-2000, אנגליה נמצאת במקומות הרביעי אחרי איטליה, צרפת ותורכיה.

ביקורת זו נלקחת באנגליה ברצינות רבה. כל זה אינו קיים בישראל. הביקורת השיפוטית היחידה על חוקתיות החוק היא פנימית. בכך נבדلت ישראל גם מהולנד; גם בה אין ביקורת שיפוטית פנימית, אך יש ביקורת שיפוטית חייזונית. השוני החברתי, הריסון העצמי של הפרלמנט האנגלי והחברה האנגלית, קיומה של שטרסבורג – השוני המשפטי ביןנו לבין אנגליה הוא כה רב עד כי אין זה פתרון ראוי להנaging אותנו את ההסדר האנגלי בעניין הצהרת הנן-קונוקטביבלייטי. להצהרה כזו יש שניים' באנגליה; להצהרה כזו אין שניים' בישראל.

מדוע לשול אפוא ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק? משה לנדו טווען שיש לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בתחום המוסדי, אך לא בתחום של זכויות האדם. הטעם לכך, לדעתי, הוא הרצון להגן על בית המשפט בפני פוליטיזציה. לדעתי, זהה הצעה לא רואיה. אין להבחן בין הצד המוסדי של החוקה, שלאגביו מחייב לנדו קיומה של ביקורת שיפוטית, לבין זכויות האדם – שלאגביהן מחייב לנדו שלילת ביקורת שיפוטית. דזוקא בתחום של זכויות האדם יש צורך להגן על המיעוט מפני כוחו של הרוב, ועל כן דזוקא בתחום זה חשובה הביקורת השיפוטית. יצוין כי לישראל ניסיון טוב דזוקא במה שנוגע לקיומה של הביקורת

השיפוטית בתחום זכויות האדם. הכנסת קיבלה עליה ברצינות לקים את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. כל הצעת חוק נבדקת היטב לאור חוקי היסוד ופסקת ההגבלה. החוקים שהתקבלו מאז 1992 רגילים לזכויות האדם. לא מקרה הוא שמאז פרשת בנק המזרחי לפני שש שנים, הוגשנו לא יותר מ-15 עתירות וערעורים בעלי אופי חותמי. הדבר אכן נבע מכשור ההבלגה של הישראלים, אלא מעובדתה הטובה של הכנסת שקיבלה עליה בכל הרצינות את חותמת החוקתיות, והיא עשתה כן בעיקר בשל קיומה של ביקורת שיפוטית. קיומה של ביקורת שיפוטית מפח רוח חיים בחוקה. בלי ביקורת שיפוטית החוקה היא מסמך פוליטי, שהרשות המחוקקת מתחשבת או לא מתחשבת בו לרצונה. הביקורת השיפוטית היא ש邏輯ית להתייחס ברצינות לחוקה.

ניתן לטעון כי בישראל של היום אין קונסנזוס מספיק לחוקה שצריך לקחתה ברצינות. קונסנזוס מלא אין ולעולם לא יהיה, אך יש בישראל קונסנזוס רחב למרבית חלקו החוקה. אין קונסנזוס על חופש הביטוי, אין קונסנזוס על זכויות הנאים. עם זאת, יש מידה מסוימת של קונסנזוס, ומה שיש הואותו פוליטי. זאת ועוד; הקונסנזוסילך ויגבר ככל שעקרונות החוקתיות יתבסס. כמובן, תמיד יהיו טענות נגד פסק דין זה או אחר, גם אם אין שום סיבה שייטעו בישראל, שבה בשש השנים האחרונות, מאי הוכחה ביקורת שיפוטית על חוקיותו של החוק, בוטלו בסך הכל שני סעיפים ושני חוקים. בתקופה המקבילה בוטלו בגרמניה 80 סעיפים או חוקים, בארצות-הברית בוטלו 60 סעיפים או חוקים, ובקנדה בוטלו 19 חוקים או חלקו חוק. אכן, כל הטעונים באשר לאמתביזם השיפוטי, טועונים שאינם מגדירים אקטיביזם מהו והמחיבים דיון נפרץ, טועונים אלה אינם נוגעים לצד החוקתי, אלא, לרוב, להיבטים של המשפט המינימלי שמאיר שmagar דבר עליו. אך תהיה העמדה כלפים אשר תהיה, היא לא נוגעת לשאלת סמכות הביקורת השיפוטית על חוקיותו החוק.

איןני טוען שהביקורת השיפוטית על חוקיות החוק אינה חשובה לאור מיעוט פסקי הדין שביטול הוראות חוק. הביקורת השיפוטית חשובה מאוד, ודזוקה באופןם עניינים שבהם בית המשפט מפרש את החוקה, גם אם אין בעקבות הפרשנות ביטול החקירה. כל שאני מבקש לומר הוא שבעילותו החוקתי לא גילה בית המשפט העליון קלות דעת כלפי החקיקה.

אם אכן הביקורת השיפוטית היא חיונית, אין זה ראוי שביבורת כזו תיעשה בבית משפט מיוחד לחוקה כמקובל ב מרבית מדינות אירופה? אם

זה טוב לאירופה, מודיע שלא יהיה טוב עבורנו? אלא שמדובר היא כי הדוגמה האירופית אינה מתאימה למציאות שלנו. הדוגמה התואמת את המציאות שלנו היא דזוקא זו של מדיניות המשפט המקובל כמו ארצות-הברית, קנדה, אוסטרליה והודו. אני סבור כי יש להימנע מהקמת בית משפט מיוחד לחוקה, כי הדבר יביא לפוליטיזציה של השפיטה, לסקון הרמה המקצועית של השפיטה, לפגיעה באמון הציבור במערכת השפיטה ולהרס בית המשפט העליון, שמאז קום המדינה הוא משקף כראוי החקיקתית בידי בית המשפט העליון, שמאז קום המדינה הוא משקף כראוי את הפלורליזם של החברה הישראלית ומגן כראוי על החוקה ועל ערכי המדינה, ובهم זכויות האדם.

הרבית בתי המשפט החקיקתיים באירופה הוקמו לאחר מלחמת העולם השנייה. הלקח שנלמד מהמלחמה ומהשואה היה שיש לעגן בחוקה את זכויות האדם ושיש לאפשר לבית המשפט לקבוע אם פעולות השלטון, לרבות פעולות בית המשפטים, הן חוקתיות. השופטים נתפסו אפוא כמגינים החקיקתיים של זכויות האדם. אך מי היו שופטים אלה? אוטם השופטים שפעלו בגרמניה הנאצית, באיטליה הפשיסטית ובספרד של פרנקו. לא ניתן היה להפקיד בידי שופטים אלה, שרבם מהם שיתפו פעולה עם השלטון המדכא ועל כל פנים לא נמנעו מלפעול בשירותו, את ההגנה החקיקתית על זכויות האדם. לא היה מנוס מצירתו של בית משפט מיוחד שבו יכהנו שופטים שלא נטו חלק במשטר היישן. כך הוקמו במדיניות אלה בתי משפט חוקתיים, ובבם שופטים מיוחדים שלא שירתו את המשטר היישן. תופעה דומה התרחשה עם התפוררותה של האימפריה הסובייטית. ברוסיה עצמה ובמדינות מזרח אירופה נכונו חוקות חדשות המגנות על זכויות האדם. לא ניתן היה להעניק לשופטים הרגילים, אשר שירתו את המשטר הקומוניסטי ומשיכים להיות שופטים, את תפקיד ההגנה על זכויות האדם. לא היה מנוס מהקמת בית משפט מיוחד.

למגמה זו נטוו ספו עוד שני שיקולים הקשורים למבנה בתי המשפט ולמעמדם של השופטים:

השיקול הראשון קשור למבנה בתי המשפט באירופה. מבנה זה מבוסס על מספר מערכות שיפוט, שבראש כל אחת מהן עומד בית משפט עליון שאין כפוף לבתי המשפט העליוניים של מערכות השיפוט האחרות. ביצירת מוכרים בתי המשפט האזרחיים והפליליים, ובראשם בית המשפט לקסיצה, היכור זה קסiccio עם מאות שופטים. בצדדים קיימת מערכת בתי משפט לעניינים מינהליים, שבראשה עומדת מועצת המדינה עם קרוב

ל-100 שופטים, וככשיו אולי אפילו יותר. בית המשפט ל垦סציה אינו כפוף למועצת המדינה, ומועצת המדינה אינה כפופה לבית המשפט ל垦סציה. מבנה דומה קיים בגרמניה. בראש בתי המשפט הרגילים עומד בבית המשפט העליון. כן קיימים בתי משפט לעובדה, ובראשם בית המשפט העליון לעובודה; בתי המשפט המינימליים, ובראשם בית המשפט המינימי העליון; בתי המשפט לביטוח סוציאלי, ובראשם בית המשפט העליון לעניינים סוציאליים; בית המשפט העליון לתקציב ציבורי. מבנה דומה קיים גם בשאר מדינות אירופה. מבנה זה עורר מחלוקת את השאלה בדיי מי להפקיד את השיפוט החוקתי, החלתו של איזה בית משפט (שבכל אחד מהם עשות ומאות שופטים) תהיה סופית ומחייבות.

בහיעדר מבנה פירמידי המעמיד בראש המערכת השיפוטית בית משפט אחד, לא היה מנוס מיצירתו של בית משפט חדש שייעמוד מחוץ למערכת הרגילה של בתי המשפט וישמש רקוד לפירמידה השיפוטית, ככלומר שפסקי הדין שלו בעניינים חוקתיים יחייבו את כל בתי המשפט. לא היה אפוא מנוס מהקמת בית משפט חוקתי מיוחד.

השיקול השני הקשור למעמדם של השופטים. לפי התפיסה הקונטיננטלית, השופטים הם חלק מהబיוווקרטיה השלטונית. הם מותמכנים לשפיטה בגיל עיר, עם סיום לימודי המשפטים, בדומה לעובדי מדינה אחרים. קיימת אפשרות של מעבר בין תפקידם שפיטה לפקידו ביצוע; היום פלוני הוא שופט, מה שנראה 'שופט יושבי המכricht בסכסוכים', ולאחר מכן הוא 'שופט עומדי' המנהל חקירה פלילית. בדרך כלל קיים חשש ששופטים אלה, על-פי חינוכם, מעמדם וצורת חשבתם, אינם מתאימים לשיפוט חוקתי, שיפוט שmarketiy מ מבט רחב על מבנה השיטה ועל עקרונות היסוד וועל-פיהם הוא נוטן מובן לשון החוקה.

הנה-כין היו טעמים כבדי משקל להקמתם של בתי משפט חוקתיים מיוחדים במספר מדינות באירופה. קשה לתאר שיפוט חוקתי בארץות אלה ללא הקמתם של בתי משפט לחוקה. יש מדינות באירופה – כגון שווז'ץ ומדינות סקנדינביה – שבהן אין בית משפט חוקתי מיוחד. כך או אחרת, הנימוקים שעמדו בסיסן הקמתם של בתי המשפט החוקתיים המיוחדים באותן מדינות באירופה, אינם קיימים בישראל. הניסיון של 53 שנות עצמאות הראה כי שופטי ישראל, ובראשם שופטי בית המשפט העליון, רגשים לזכויות האדם. הם הגנו על זכויות האדם לפני חיקתם של חוקי יסוד בדבר זכויות האדם והם מסוגלים להגן היטב על זכויות האדם המעוגנת בחוקי יסוד. דומה שדווקא מציאות זו היא המפרעה

כנראה חלק מהדוגלים בהקמת בית משפט חוקתי מיוחד בישראל. לא השמירה על זכויות אדם, שעד מה בראש השיקולים באירופה, היא שמנחה את שיקוליהם, אלא דווקא ההסתיגות מפני ההגנה הרחבה על זכויות האדם הניתנת על-ידי בתים המשפט בישראל.

גם השיקולים המבנאים הצדדים הקמת בית משפט חוקתי מיוחד באירופה אינם קיימים בישראל. המבנה שלנו הוא מבנה פירמידלי, המעמיד בראש מערכת בתים המשפט את בית המשפט העליון, שפסקי הדין שלו מחייבים את כל מערכת השיפוט. אין צורך מוסדי בבית משפט חוקתי מיוחד מחוץ לבית המשפט העליון.

לבסוף, השיקולים הקשורים למעמד השופטים באירופה אינם תופסים בישראל. שופט בישראל אינו נטאפס כביוורוקרט. הוא מצוי מחוץ למסגרת הביוורוקרטית, הוא נבחר מבין טובי המשפטניים, ומה שמכשיר אותו לשיפוט החוקתי הוא אישיותו, תפיסת עולם וניסיונו המקצועי.

כנגד הדוגמה הكونטינטלית שמנה שואבים חסידי בית המשפט החוקתי המיוחד את השירותם, עומדת הדוגמה של מדינות המשפט המקבבל. במדינות אלה, בתים המשפט המורכבים משופטים שנבחרו מטובי המשפטניים, הגנו כל השנים על זכויות אדם. הבעיות החוקתית מגיעה לבתי המשפט האנגליים בדרכים שונות, והן מוצאות את הכרעתן בסוף של יום בבית המשפט העליון העומד בראש הפירמידה. כך גם המצב בארצות-הברית, בקנדה, באירלנד, בהודו, באוסטרליה, בצרפת ובשאר המדינות של המשפט המקבבל. כפי שאמרתי, כך גם המצב במספר מדינות אירופיות, סקנדינביה, דרום-אמריקאיות ואסיאתיות, למשל יפן, הונג-קונג, הפיליפינים ודרום קוריאה.

מדינת ישראל ירשה מן המיטר המנדטורי שיטת משפט שהיא ביסודה שיטת משפט מקובל, ובישראל פועלים על יסוד שיטה זו מאז ומתמיד. המצב המשפטי אצלנו דומה למצב במדינות המשפט המקבבל. כמו שם, גם אצלנו יש רגישות של בתים המשפט לזכויות האדם. את החוקה החדשה בדבר זכויות האדם ניתן להפקיד אפוא בידי בתים המשפט הרגילים.

מדוע אם כן מבקשים חסידי בית המשפט לחוקה להקים בישראל בית משפט כזה? האם אינם מודעים לשוני שבינו לבין אירופה או לדמיון שבינו לבין מדינות המשפט המקבבל? תשובה אפשרית היא כי ביסוד תפיסתם קיים הרצון למנות בית משפט ייצוגי, שבו ישבו שופטים



המייצגים קבוצות או עמדות פוליטיות. אכן, אחת התוצאות השליליות של הקמת בית משפט לחוקה נסח אירופי היא שהמינים בו בית משפט זה הם בעלי אופי פוליטי: המפלגות השונות המיוצגות בפרלמנט ממנוט את אנשי שלומן בבית המשפט החוקתי; השופט החוקתי נחשב לשופט פוליטי. תוצאה שלילית דומה קיימת גם במספר מדיניות של המשפט המקובל, כגון ארץות-הברית.

קשה כМОון להבין מדוע מפלגות המייצגות מייעוט באוכלוסייה תבקשנה להגשים רעיון של-פיואנשין שלHon. יהיו תמיד מייעוט. בה-במידה קשה להבין מדוע מפלגות אחרות נוטנות יין לרעיון זה, שתוצאתו המיידית היא פוליטיזציה של הערקה השיפוטית העליונה במדינה. מדוע לפגוע באחד הנכיסים היקרים ביותר של מדינת ישראל, במערכות שפיטה מקצועית וא-פוליטית, שבה שיטת מינוי השופטים היא מהטבות שבעולם? מדוע להחליפה – בכל הנוגע לערכאה השיפוטית העליונה – בבית משפט לחוקה, בשיטת מינוי פוליטית גורואה? שכן זאת יש לדעת: שיטות המשפט האירופיות אינן מרווחות מהאופי הפליטי של מינוי השופטים לבתי המשפט החוקתיים. רבים מסתכלים על השיטה שלנו בקנאה. מדוע זה נרצה להרשות את אחד הנכיסים החשובים שלנו, שהוא כלו שלנו והנותן לנו יתרון על פני רבות מהשירותים בעולם? מדוע נרצה לשנות את מה שמדיניות אחרות רצוות לחוקות? אם טוענים בתשובה כי ביסוד הקמתו של בית משפט מיוחד לחוקה לא עומדים שיקולים פוליטיים – מדוע לא יתמן שופטיו בדרך המקובלת למינוים כל השופטים בישראל? ואם כך, מה צידוק יש לבית משפט נפרד לחוקה?

מסקנתי היא אפוא כי את השפיטה החוקתית בישראל ואת ההגנה על זכויות אדם בישראל יש להותר בידי בית המשפט העליון. בית משפט זה רגיש לזכויות האדם, הוא שהכיר בזכויות אדם הלכתיות שלא היו כתובות עלי ספר, הוא שיפקח ויגן על זכויות אדם המעוגנות עתה בחוקי היסוד של המדינה ועל אלה שאינן מעוגנות, הוא שיפעל באופן אובייקטיבי תוך הגנה על כל אדם – יהודי, ערבי, דתי, חילוני, אשכנזי, ספרדי, עליה חדש או ותיק.

ההחלטה של בית המשפט העליון מזו הקמתו מאונת בצורה ראוייה בין פרט לכל, בין זכות היחיד לבין צורכי החברה. היא הוגנת כלפי כל אדם וכלפי כל מייעוט, היא עושה צדקividually וכלכל, היא שומרת על שלטון החוק ועל הגינותו המינימלית. כל הדברים האלה הושגו כדי לקיים את הדמокרטיה שלנו. בית המשפט העליון לא חיפש אף פעם כוח לעצמו. הוא

ראה עצמו תמיד כשומר נאמן של החוקה והחוקים. הוא השקיף תמיד על עצמו כמגן וכוותת האדם, כל אדם. הוא רכש לעצמו מוניטין כאחד מבתי המשפט העליונים החשובים ביותר בעולם המערבי. אין כל הצדוק ליטול ממנו אותו חלק מהתפקיד הקשור בביבורת חוקתיות החוק. הינו פרשנים נאמנים של החוק, ואין כל סיבה שלא יהיה פרשנים נאמנים של החוקה.

כמובן, נעשו בעבר טעויות, אבל מי לא טועה? חלון תוקנו, חלון יתוקנו, אך מכאן ועד לנטיית הסמכות החוקתית מבית המשפט העליון, המהלך הוא רב ביותר.

ה策עה מתונה יותר בהשוואה למצב הקיים היא זו המבקשת להנaging ביקורת שיפוטית מקדמית לפי צורת הביקורת השיפוטית המאוחרת. זהה ה策עתו של מרדי קרמניצר. אין בה策עה זו מושם נטילת סמכויות מבית המשפט העליון, שכן כיום אין כלל ביקורת שיפוטית מקדמית. מבחינה זו, יש בה策עה הגברת הפיקוח על הרשות המחוקקת והגברת שלטון החוקה והמחוקק. הה策עה בדבר ביקורת שיפוטית מקדמית מעוררת בעיות שונות ורבות שודאי תעמדו עליהם. יש לבחון בסיסודיות אם שיטה זו מוצדקת בשיטת משפט בעלת ביקורת שיפוטית מאוחרת כמו זו הקיימת בישראל. אין לשכוח כי שיטת הביקורת השיפוטית המקדמית פותחה בעיקר בצרפת, שבה אין ביקורת מאוחרת.

משמעות הראייה שלי, אבקש להעלות רק היבט אחד:

אני סבור שיש הצדוק בקיום של שני גופים שיפוטיים מובקרים, האחד לביקורת מקדמית והאחר לביקורת מאוחרת. אם הביקורת המקדמית נראהיה רואיה, כי אז יש להטיל את קיומ הביקורת הזאת על אותו גוף עצמו המבצע ביקורת מאוחרת. כמובן, שינוי מהותי הוא שהביקורת המקדמית היא מופשטת ואילו הביקורת המאוחרת היא קונקרטית. למעשה, במצבים רבים, גם הביקורת המאוחרת היא מופשטת. על כל פנים, השוני בין דרכי הביקורת אינם מצדיק הקמתו של בית משפט חוקתי מיוחד. קיומו של גוף כזה הוא מובן בצרפת, שבה לא קיימת כלל ביקורת שיפוטית מאוחרת, אך בשיטות משפט שבה קיימת ביקורת שיפוטית מאוחרת בידי בית המשפט העליון, אין כל הצדוק להקים ערכאה שיפוטית נוספת.

אכן, פרט לצרפת שבה אין כלל ביקורת מאוחרת, בכל שאר מדינות העולם שבahn מוכרת ביקורת שיפוטית מקדמית ומאוחרת, הביקורת

מתבצעת על-ידי אותו גוף עצמו. למשפט ידיעתי, כך הוא המצב בפורטוגל, באוקראינה, בפולניה, בהונגריה וברומניה, בדרום אפריקה, בזמביה, באקוודור, בצייל וברזיל, בקנדה (בצורה מוגבלת באמצעות שיטת הרפרנס) ובהודו (בצורה מוגבלת באמצעות הצגת שאלה על-ידי הנשיא בבית המשפט העליון).

אם אין מקום להקים גופים שיפוטיים חדשים לביקורת שיפוטית, האם רצוי לשנות את דרכי המינוי של השופטים בגופים הקיימים? מתייחסים כלפיו לעיתים שאנו מבקשים להניג בישראל ביקורת שיפוטית כמו מדיניות המשפט המקובל, כמו בארץות-הברית, בעוד שמן המורשות הוא שבחירות המינויים לבתי המשפט הם בעלי אופי פוליטי. תשובה היא כי שיטת המינויים בארץות-הברית – וכוכנתו כאן בעיקר למינוי שופטים פדרליים או לבחירה של שופטים במדיניות השונות – היא שיטה גרוועה ולא ראוי לנו לחוקנה. השיטה האמריקנית, ובמידה מסוימת גם באירופה ובכבר עמדתי על כן, מדביקה לכל שופט את תווית המפלגה שאליה הוא משתייך, דבר הפוגע קשה באמון הציבור.��חו, למשל, את פסק הדיין בפרשת בוש ואל גור, שנפסק לאחרונה בבית המשפט העליון הפדרלי בארץות-הברית; גם לא אדם אחד בארץות-הברית סבור כי ההחלטה הוא מקצועו ולא פוליטי. וידועים דבריו של השופט סטיבנס, אחד משופטי המיעוט באותה פרשה. אכן שיטת המינויים האמריקנית אינה טובה, שיטת המינויים שלנו היא מצוינת. שיטה דומה לה קיימת על-פי החוקה החדשה של דרום אפריקה. השיטה שלנו היא טובאה משום שיש בה איזון ראוי בין הצד המקצועני – שלושה שופטים ושני עורכי דין מהווים את הרוב – לבין הצד הפוליטי: שני שרים ושני חברי הכנסת, האחד מהקואליציה והאחד מהאופוזיציה. אני מציע – כמו ועדת זמיר לאחרונה – לא לגעת במבנה מצוין זה.

ניתן לטעון שיש לשנות את הרכב האישי של בית המשפט העליון, וזאת בMSGת השיטה הקיימת. על-פי גישה זו, יבחרו שופטים המייצגים את חלקו האוכלוסייה השונות. ממשיכים וטוענים כי לחוגים שונים אין אמון ב הרכב האישי הקיימים, וכך לספק את ביקורתם יש לשנות באופן ההרכב האישי. גישה זו אינה מוגבלת עלי. המינויים לבתי המשפט העליון מיום הייסוד היו מינויים ענייניים מריטוריים; המועמד הטוב ביותרזכה למינוי. לא היו אלה מינויים מפלגתיים, לא היו אלה מינויים פוליטיים. הגישה שבבסיסו המינויים לבתי המשפט העליון היא כי בית משפט זה אינו גוף ייצוגי ולשופטיו אסור לייצג את המפלגות בישראל. בכך נבדל בית

המשפט מהכנסת. הייצוגיות המאפיינית את הרשות המשפטית (שאף היא אינה שלמה בהרבה מקרים) אינה צריכה לאיפה את הרשות השופטת, שבה שולטים עקרונות המקצועית, האובייקטיביות והיכולת לשחק את מרכיבותה של החברה. בית המשפט העליון אינו גוף ייצוגי, הוא גוף משקיף, ושפטו צריים לשחק את המרכיבות של החברה הישראלית, את הפלורליזם שלה. על כן לא נעשה מינוי של שופט שמייצג מפלגה יהודית דתית, אך תמיד נעשה מינוי של שופט, ולעתים של מספר שופטים, הבקאים במשפט העברי והמאפשרים הכרת המשפט העברי, שהרי אינו מדינה שערוכה רק דמוקרטיים, אלא גם יהודים.

השינויים החברתיים שעברו על ישראל והחברה בה כמדינה שערוכה יהודים ודמוקרטיים, השתקפו יפה בפסיכותיו של בית המשפט העליון. תורת האיזונים שאימצנו אפשרה לנו להכיר בערכיהם השוניים המשקפים את המרכיבות של החברה הישראלית תוך איזון וראוי ביניהם. זהה שיטה טובה וראויה, ואסורה להחליפה בשיטה של מינויים פוליטיים.

יטען הטוען, אם הכל כל כך טוב, מדוע כה הרבה הביקורת? האם באמת אין מה לשנות? תשובתי היא משולשת. ראשית, בחינת מהותה האמתית של הביקורת מלבדת כי ביסודה היא ביקורת כלפי המשפט הנוהג, תוך שהביקורת לובש לבוש של ביקורת על בית המשפט. החוגים הדתיים-חרדיים אינם מוכרים מהאיון החוקתי שלנו בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית. הם שופכים חמתם על השופטים, בעוד שהביקורת שלהם, אם היא מוצדקת ואם לאו, צריכה להיות מכוננת כלפי המשפטים. אכן, אם הכנסת אינה מרוצה מהאופן שבו בית המשפט מפרש חוקי יסוד, הכוח בידי הכנסת לשנות את חוקי היסוד, ובארצנו השינוי הוא, לצערי, קל מאד. הדרך לבטא אי-שביעות רצון אינה בצורת פגיעה בבית המשפט. שיטה פסולה דומה ביקש לנוקוט הנשיה רוזולט כשלא היה מרוצה מהפסיקה. לא זאת הדרך; יש לעסוק במשפט ולא בבית המשפט.

שנית, מבקרו של בית המשפט העליון אינם נושאים את עיניהם דוחוקו לביקורת חוקתיות החוק, ופה אני מתייחס לדברים שאמר מאיר שмагר. הרי בנוגע זה היבול השיפוטי הוא DL: שני סעיפים ושני חוקים. אין מדובר באקטיביזם כלל ועיקר. אכן, עיקר הביקורת אינו בתחום החוקתי, אלא בתחום המינחלי. מה שמספריע להם אינו בית המשפט העליון כבית משפט חוקתי, אלא בית המשפט העליון כבית משפט מינחלי. נדמה לי אפוא שהמאבק לא מתנהל ברוטוריקה של ביקורת חוקתיות החוק, אלא

המהות האנומית היא ביכולת חוקתיות המינהל, כוגן החלטות בענייני גיור שאין בעיות חוקתיות, תמיינות כספיות לגופים דתיים, מועצות דתיות, השתפות נשים בגופים הבוחרים, ربנים וכדומה.

לדעתי, הפעולות השיפוטית החוקתית של בית המשפט העליון היא טובה ולא נדרש בה שינוי של ממש. ועל כל פנים, אין לערב בין בעיתת בית המשפט לחוקה, בעיתת הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק הניצבת בפנינו היום – לבין בעיתת בית המשפט המינהלי העליון, בג"ץ. נדמה לי כי בעוד שככלפי חוץ הטענות הן לעניין בית משפט לחוקה, למעשה מבקשים לפגוע בעבודתו של בג"ץ כבית משפט מינהלי.

שלישית: ודאי שיש מקום לשיפורים. למשל, תמיד אמרנו כי הערכים החברתיים של המיעוט הערבי בישראל צריכים להישמע סביר שולחנו של בית המשפט, והדבר חסר.

כך או אחרת, יש להתמיד בניסיון להביא לביה בית המשפט העליון את הטובים שבמשפטני המדינה. אם יש בעניין זה טענה, ראוי לה להישמע.

היתי מבקש לסיים את דברי בהערה אישית. המאבק נגד בית משפט מיוחד לחוקה איננו מאבק אישי שלי. איני נאבק על סמכויותיו וכוחו. גם בעלי הצעות השונות מבינים כי הונזונתנו רק בסיום מפעלו החוקה, ואז בודאי כבר אפרוש מבית המשפט העליון. המאבק שלו הוא מאבק ענייני – טובתה של המדינה, והיא לבדה, עומדת נגד ענייני. שנים רבות שתקתי חרף הצעות שונות בדבר בית משפט לחוקה, אך כאשר ההצעות עברו את שלבי הדיון המוקדם, נזקתי. תגובתי היא לגיטימית כי היא עוסקת בסמכויות בתם המשפט. תגובתי רואיה כי ההצעות להקמת בית משפט לחוקה, או לביטול הביקורת השיפוטית, פוגעות בהגנה על זכויות האדם בישראל, פוגעות בדמוקרטייה הישראלית במובנה המלא והעשיר.

מה יקרה אם בשל שלילת ההצעות בדבר בית משפט לחוקה לא יחולקו חוקי יסוד חדשים? תהיה זו תוצאה מצערת. חבל שבביקורת על פסיקה בעניינים מינהליים ולא חוקתיים – תטיל וטו על השלמת מפעלו החוקה, השלמה שנקבעה בהכרזות העצמאות עצמה. כמובן, החיים לא עומדים מלכת, לא יהיה מנוס מפיתוח הלכתי של חוקי היסוד הקיימים. פיתוח זה לא יכול להיות תחליף להשלמת החוקה, אך הוא יכול למנוע את שקיעתה והוא עשוי לתת פתרון חלק, חלקי בלבד, לחיל שיווצר עם עצירת התהליך החוקתי.

## בית משפט לחוקה כדגם של ביקורת שיפוטית

• **קלוד קליאן:** הערה ראשונה: כשהשופט מאיר שמדובר אמר שקלוד קליאן ידבר بعد בית דין לחוקה, הייתה בכך הנחה סמויה שאני מצד בתי דין לחוקה. זה איננו חוץ-משמעותי כל כך. עם זאת, אני מקבל על עצמי להציג את הדגם של בית דין לחוקה.

הערה נוספת: בכל פעם שהAMILLE 'צՐפַת' מושמעת, כולם מסתכלים עלי, ואני מיד רוצה לומר, שהדגם הගרוע ביותר של ביקורת שיפוטית הוא זה הקיים בצרפת. זאת, למרות שבמהלך הדיונים נהיה בקשר עם הסטור בדנטר, שהוא מן הגדולים והמכובדים בצרפת והעניק כבוד למוסד השיפיטה בארץ זו. אך מה שהייתה לפניו ומה שבא אחריו היה גרווע ביותר.

הדגם של בית הדין לחוקה מתבסס על כמה הנחות יסוד:

הנחה היסוד הראשונה היא כי קיומה של חוקה כתובה פירושו תמיד קיומה של ביקורת שיפוטית. ולא היא. שכן באירופה היו חוקות במשך כ-150-200 שנה ולא התקיימה שום ביקורת שיפוטית עד שנת 1920. אגב, היעדר ביקורת שיפוטית אין משמעו שלא קיימת כלל ביקורת שיפוטית, אלא שהפרלמנט עצמו הוא המפרש הרשמי, כלומר הוא שנותן את הפרשנות האותנטית של החוקה. במקרה זה אנחנו מניחים שככל חוק תואם את החוקה.

דבר נוסף: לחוקה בכל אירופה, לא רק בצרפת, היה גם טעם נוסף, טעם תאוריטי. אצל זין-ז'יק רוסו, החוקה היא לא ממש מעלה החוק, מכיוון שבעצם כל חוק הוא כאילו פרי של רצון הכלל, ועל כן הכנוי 'חוק' או 'חוקה' אינם משנה.

לאחר מלחמת העולם הראשונה, כאשר המשפטן הדגול הנס קלון באוסטריה התבקש להכין טיווה לחוקה החדשה של אוסטריה הקטנה, נולד הרעיון של בית דין מיוחד לחוקה.

אני רוצה מיד לומר שאני בהחלט מסכימ לפחות עם חלק מהניסיונות של אהרון ברק, שאמר שבאירופה, בכלל ריבוי מערכות השיפוט, היה קשה מאוד, ואולי כמעט בלתי אפשרי, להחליט審判 שבית משפט עליון זה או אחר הוא המוסמך על שמירת חוקתיותם של חוקים. לכך יש להוסיף את הטעם השני להקמת בית משפט לחוקה באוטונם ארצות באירופה, והוא עניין השופטים שכיהנו שם בעבר במשלים טוטליטריים. זה טעם חשוב,

אבל אולי פחות רלוונטי, כי הוא למעשה קונוינקטורי ואינו יכול לבסס טיעון בסיטואציות אחרות. אני גם רוצה להוסיף ולהזק את עניין האירלוונטיות של בית משפט לחוקה שלנו בכך שבאוסטריה, למשל, בעת שקלן הציע הקמתו של בית דין כזה, היה מדובר במדינה פרדרלית, ואילו ישראל היא מדינה אוניבירטית. ידוע כי במדינות פרדרליות הביקורת השיפוטית חשובה בהרבה מאשר במדינות אוניבירטיות, כי יש צורך לשמר על חלוקת הסמכויות בין המרכז לבין הפריפריה. זאת כמובן הסיבה שגם בארץ-הברית כוננו בשלב מוקדם יחסית את הביקורת השיפוטית.

עכשו אני רוצה להגעה לעיקר. אמרנו שבישראל אין כוונה להמשיך עם שיטת הפרשנות האוטנטית באמצעות הפרלמנט, ועל כן יש צורך בבית דין לחוקה. השאלה היא מי יהיה חברי אותו בית דין לחוקה? כאן אני חשוב שעשו גודל לקלן, כי היו מי שהציגו אותו כמנוטק מן המציאות, עוסק בתאווריה המשפטית המנותקת מן המציאות. אלא שקלן ידע בדיוק מהי המשמעות הפוליטית של הביקורת השיפוטית. ואומר יותר מזאת: יש מי שטוענים שופטים מנוטקים לגמרי מכל המערכת הפוליטית. קלן אומר: "כך בנוגע לביקורת השיפוטית על חוקיותם של חוקים, אבל לא בנוגע לשיפוט ברמות אחרות". נכון שAKERONIOTAIN אין הבדל כאשר בג"ץ צריך לפסק האם איסור פתיחה או פתיחה של תחנת דלק בשבת סותרות את פקודת העיריות; מהותית זה איינו שונה מן השאלה האם חוק שהתקבל סותר או לא סותר את החוקה. מבחינה אינטלקטואלית אפשר לומר שהכישורים הדרושים הם אותם הכישורים, אבל במקרה של ביקורת הנהלים אני מדבר רק על רשות מינימלית, ובמקרה של ביקורת על החוק אני מדבר על רשות פוליטית. אי-אפשר להתעלם מכך שהbakra על חוקים קרויה תמיד יותר לרשות הפוליטית ולשיוקלים פוליטיים.

קלן התייחס לנקודת הזאת באופן חייתי. לדידו, בתהליך מינוי השופטים יש מקום לרשות הפוליטית. הוא לא מנסה להסתיר זאת, עד כדי כך שהחוקה המקורית שלו הוא הטיל על המערכת הפוליטית לבחור בשופטים; חלקם ייבחרו על-ידי הפרלמנט וחלקם על-ידי הממשלה. ההצעה הזאת לא התקבלה, וב-1929 קלן פוטר מבית המשפט העליון על רקע שדומה מאוד לביעיות שקיימת היום בישראל: האם אפשר להתייחס נישואין שניים לאנשים קתולים ביום א' אוסטריה שבה מוסד הגירושים לא היה מוכן. בקצרה, התפיסה כאן הייתה שהשופטים הממונהים על ביקורת שיפוטית על חוקים, לא זו בלבד שאינם טוענים

שם מנותקים מן הפוליטיקה, אלא הטענה היא שהזיקה לפוליטיקה נותנת להם את הלגיטימיות, בעיקר מול הפרלמנט. כדי למנוע משבר אמון בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השיפוטית (בדרגות הביקורת השיפוטית על החוקים), יש לתת לפרלמנט מעמד בהליך מינוי השופטים.

יש כמה דרכים להתגבר על הopolיטיזציה היתריה שלולה לנבע משיתם המינוי הזאות לבית דין לחוקה. הדרך הראשונה היא לבקש הסכמה רחבה מאוד בפרלמנט. בחלק מהמדינות שבחן הפרלמנט ממנה שופטים, דרשו רוב של שני-שלישים או יותר. לעומת זאת, מי שנבחר איננו, למעשה, ממש הנציג של מפלגה א' או ב', כפי שהוא הדבר בגרמניה בשנים הראשונות לכינונו של בית הדין לחוקה, כי הוא נבחר כתוצאה מהסכם רחבה. קשה להשיג רוב כזה, ודוגמה לכך היא איטליה (שיש בה רב-מפלגתיות כמו אצלנו בישראל), שבית הדין לחוקה הוקם בה תאורטית ב-1948, אבל החל לפעול רק ב-1956 כי עברו שנים שניות עד שהושגה הסכמה ראשונה על בחירה ברוב של שני-שלישים.

מלבד הסכמה רחבה נוחצים הקשרורים הנכונים, חוץ מאשר בצרפת, שבה ניתן למועצת החוקה כל אדם, גם ללא השכלה ולא רקו משפטי, ואגב – רוב חברי מועצת החוקה אינם משפטנים. ברוב המדינות כשיר להיבחר רק בעל השכלה משפטית, ובהרבה מקומות אפילו מדובר באחוז מסויים שעודם שופטים או שהיו שופטים. בתי המשפט עצם בוחרים נציגים לבית דין לחוקה, ואין צורך לומר שפרופסורים למשפטים מוצגים בצורה נכדיה בתדי דין לחוקה באירופה. גם עורכי דין ומשפטנים בעלי ותק זכאים להיבחר. בכך שגם פוליטיקאים נכנסים לבתי הדין לחוקה. בגרמניה, למשל, זהה דרך לפצות את מי שעומד בשלבי הקריירה הפוליטית שלו.

ברוב מדינות אירופה, המעבר לבית דין לחוקה נעשה בצורה מאד צנעה, קנה המידה העיקרי לבחירה הוא כישורייהם של המועמדים,ומי שמתמנים הם בדרך כלל מן השורה הראשונה.

אעבור עכשו לסמכוויות של בית דין לחוקה, ואגב כך עומד על כמה שינויים שחלו עם הזמן.

כאשר קלון הקים את בית הדין לחוקה באוסטריה, תפקידו של בית הדין לחוקה היה מוגבל. הייתה לו אפשרות לבדוק את החוקים ורק אם העתירות הוגשו על-ידי גופים קונSTITוטציוניים, כמו הממשלה המרכזית או ממשלה של אחת המדינות המרכיבות את הפדרציה. למעשה, רק מעת

מאוד גופים יכולו לעתור כנגד חוקתיותו של חוק, עד כדי כך שבית הדין לחוקה באוסטריה הייתה מתקנש רק כמה שבועות בשנה. הביקורת הייתה רק ביקורת ישירה: צד במשפט תלוי ועומד לא היה רשאי לבקש את התערבותתו של בית הדין לחוקה. זה היה ב-1920.

הדברים השתנו לגמרי לאחר מלחמת העולם השנייה. בהתחלה – וזה הוא המצב עדין במספר מדינות – הייתה הכרה בכך שג האופוזיציה היא גוף קונסטיוטוציוני, לצורך זה. זאת אומרת, מספר מסוים בגרמניה, שליש למשל, או 60 חברי הפרלמנט בצרפת, יכולים לעתור כנגד חוק שזה עתה התקבל, אם לדעתם הוא פוגע בחוקה או סותר אותה. זו עדין המצוות בצרפת, אבל באוסטריה, בגרמניה וגם במדינות אחרות כבר יש היום ביקורת עקיפה שיש דרכיהם שבחן העותרים, גם במשפטים בפני בתם משפט רגילים, יכולים לפנות לבית דין לחוקה. הדוגמה המובהקת ביותר היא זו של איטליה: אם צד מסוים במשפט תלוי ועומד מעלה תמייהה לגבי חוקיותו של חוק ואם השופט חושב שיש דבר-מה בטענה זו, מפסיקים את המשפט, מעבירים את השאלה לבית דין לחוקה ומחייבים לתשובה. זה תקף רק על הניר, מכיוון שבאיטליהCIDOU לא ממהרים, ולמרות שבחוקה מקצים שלושה חודשיים למתן תשובה, למעשה לא עומדים בכך.

היום אין הבדל גדול מבחן פרוצדורלית בין הביקורת השיפוטית בשיטה האנגלו-אמריקנית או האמריקנית-ישראלית לבין השיטה של בית דין לחוקה.

על בית דין לחוקה מטילים תפקידים נוספים: למשל פיקוח על הבחירות, למשל (אפיו באיטליה) סמכויות פליליות, סמכויות שיפוט של פקידים בכירים, שלשרים או חברי ממשלה או אפיו הנשיא, למשל (בגרמניה) הסמכות להכריז שמפלגה לא עומדת בסטנדרטים החוקתיים. זאת אומרת, דברים שנחשבים לפוליטיים, מועברים לבית דין לחוקה ולמעשה מופקעים מתחום סמכותם של בתיהם המשפט הרגילים.

אני אמור לעשות כן, ובכל זאת ארצה להזכיר במספר מילים את השקפתני בנושא זה:

אני מקבל את העיקרון או הפירוש שהנשיא ברק עמד עליו, שהיום הביטוי 'בית דין לחוקה' הוא בעיקר העמדת מוכנות יריה מול בית המשפט העליון. אולם בכל זאת ניתן לאמצбр מס' עקרונות מהמחשבה שהתפתחה במשך שנים בנושא הביקורת השיפוטית על חוקים.

עיקרונו אחד, ולדעתי החשוב ביותר, הוא שהביקורת השיפוטית על חוקים שונה מכל פעילות שיפוטית אחרת מן הטעמים שהסבירתי. יתר על כן, היתי מציע להוסיף שופטים מיוחדים אם וכאשר מועלית בפני בית המשפט העליון טענה של אי-חוקתיות. כלומר, לשמר על בית המשפט העליון שהוא כפי שהוא, אבל לצורך ביקורת שיפוטית, להרחיב במידת-מה, ברוח דברים שהזכיר קודם אהרון ברק: תשעה שופטים או יותר, בתוספת שלושה, ארבעה, חמישה שופטים שימושו או שייבחרו באחת הדרכים המוגדרות בשיטות שהmosowa מלמד אותנו.

אני חושב שהוסתת שופטים כאלה תחזק את הביקורת השיפוטית, ואולי גם תעניק לבית המשפט העליון, שבתו בעניינים של ביקורת שיפוטית, ממש נסף, ראייה נוספת, לאו דווקא שיפוטית מלכתחילה, אלא צו שגוראה בפוליטיקה, ובגלו. כלומר לא פוליטיזציה סמייה, אלא קשר ישיר עם המחוקק.

בחזעה הזאת יש כדי לרכך במקצת את ההתנגדות לעניין הביקורת השיפוטית על-ידי גוף שאינו בית המשפט העליון. הגוף הזה יהיה בית המשפט העליון עם שינויים מסוימים. יתר על כן, צעד זה יאיץ את תחילה קבלת החוקה.

## היעדר ביקורת שיפוטית

הנשיא ברק חידד מאד בדבריו את העובדה שאינו מדברים כאן על עניין מופשט של תכנון מוסדות. אנחנו לא נמצאים במצב של ועידת פילדלפיה שאליה איזה מן בית משפט להקים ולא נתנה תשובה לשאלת מה תהיינה הסמכויות שלו. אנחנו נמצאים במצב מאד מורכב שבו יש לנו מוסדות, שהמוסדות האלה שונים בחלוקת ציבוריות קשה ועמוקה, ושאנחנו כולנו מנסים לחשוב יחד איך לתת למדיינת ישראל, שככלנו מחויבים אליה, לחברה הישראלית המורכבת שאנחנו חלק منها, את המסגרת המשפטית הטובה ביותר לטפל בבעיות הקיוםיות, הזהותיות, הכלכליות, הכלכליות, החברתיות והביטחוניות הקשות שעומדות בפנייה.

נכון לזכור מה שנאמר כאן, כלומר שאינו מדברים רק על בית המשפט העליון, ובוודאי שאינו מדברים על אדם זה או אחר שמלא תפקיד

מסויים בבית המשפט העליון. אנחנו מדברים על החברה הישראלית ואיך צריכה להיראות המוסגרת החוקתית של החברה הזאת. בשאלת זהאת אנחנו דנים מתוך מסגרת מוסדית. למרות חולשותיה הגדלות של המוסגרת הזו, שבאות ידי ביטוי בימים אלה ממש (ובית המשפט העליון איןנו החוליה החלשה והבעייתית ביותר; חלקו הרשוויות האחרים שלנו בעיתיים בהרבה מבית המשפט), השאלה שלנו היא איך משפרים את יכולתנו כחברה לאמץ מנגוני קבלת החלטות משפטיים שיעזרו לנו להתגבר על הבעיה.

מכיוון שלדעתי זו השאלה שאנו שואלים – השאלה אם פוגעים במוסד זה או אחר כמשמעות המצב, היא אכן חשובה, אבל אינה יכולה להיות קרדינלית.

מטרת הדיון שלנו היום, להבדיל אולי מדיון שהתקיים בכנסת, אינה לשנות את המצב הקיים ולפגוע בסמכויות קיימות שנקבעו בחוקים ובפסיקה. מטרתנו היא להעלות מחדש על סדר היום הציבורי במדינת ישראל את השאלה: האם המוסגרת המשפטית היום היא המוסגרת הנכונה, ואם אינה המוסגרת הנכונה, איך משפרים אותה, והאם אחת הדרכים לשפר אותה היא אימוץ חוקה כוללת. חוקה כזו תבחן מחדש את כל ההסדרים המשפטיים, ובין השאר את השאלה: האם בתוך השיטה הזאת צריך להיות אישוש גוף שתפקידו לו סמכות משפטית לבקר את חוקי המחוקק הראשי, ואם כן – מי צריך להיות הגוף הזה.

בנושא של מה המצומצמת הזאת, של סמכות שיפוטית או מעין-SHIPOTITIET לבטל חוקי הכנסת לאחר שחיקתם הושלמה, אני מציעה שבמסגרת הסדר חוקתי שלם נש考ל באופן מאד רציני את האופציה שהשלב הזה לא ניתן לאף גוף שיפוטי או מעין-SHIPOTIETI את הסמכות הזאת.

קודם כל אני רוצה לומר שהתמונה שモוצגת בפנינו, כאילו המצב של העדר סמכות שיפוטית לבקר את הכנסת הוא עתיק או ישן או לא קיים או לא קורני, היא תמונה שאינה עומדת בפני הבדיקה, ואני אבחן בין שלוש טענות מקדימות אלה.

טענה אחת היא טענה מושגית, ולפיה אם אין ביקורת שיפוטית, כלומר יכולת של בית משפט לבקר את מה שקורה במשפט הראשי, אנחנו בעצם פוגעים בשלטון החוק. כי מהו שלטון החוק אם לא שהחוק חל על כולם, ואם אין לנו אפשרות אפקטיבית לאכוף את החוק על המחוקק,

אין לנו בעצם שלטון חוק. דמוקרטיה איננה רק שלטון הרוב בבית המחוקקים, אלא צורת משטר מאד מורכבת שמנתה לקבל עליה אחריות כלפי הציבור ובד-בבד לפתח מנגנוןים שונים של קבלת החלטות שמוגנים על עוד מיני אינטרסים – בין השאר זכויות המיעוטים. אם דמוקרטיה היא אכן מכלול היחסים בין הרשותות האלה, כי אז ללא ביקורת שיפוטית על המחוקק, המחוקק יכול להיות מה שהוא רוצה, ואין לנו בעצם דמוקרטיה, אלא עritzות הרוב.

קיימת גם הטענה ההפוכה (שאיני מקבלת), ולפייה בדמוקרטיה אסור שתהיה ביקורת שיפוטית. זו טענה שלא צריך אפילו להתייחס אליה, כי כמו שהזכיר לנו הנשיא ברק, ברוב המדינות הדמוקרטיות יש ביקורת שיפוטית, ורק העובדה הקטנה הזאת אומרת שככל הטיעון ההיסטורי המשוגן הזה לא קיים. אבל הטיעון ההפוך גם הוא איננו נכון; אפשר שיהיה וראוי שהיה מאزن של בקרות, שرك חלון בקרות פורמליות. אין חברה בעולם שתשרוד אם כל האנשים שAffectedים בה סמכויות יהיו מבוקרים רק על-ידי בקרות משפטיות. מנגנון הבקרה שלנו על מנגנוןן קיבל החלטות הוא מרכיב, ויש הרבה מאוד קדוקדים שאין עליהם ביקורת המשפטי, וחלק מהכוח של המערכת הוא בקיים המוגבל של קדוקדים אלה. אחד הקדוקדים הבולטים שאין עליו ביקורת שיפוטית הוא בית המשפט העליון (ואיני מציעה שתהיה ביקורת שיפוטית על בית המשפט העליון).

אבל היה ונחוץ לבנות את המוסדות שלנו בצורה כזו שהיא תאפשר של פעולות הרשות הוא חלק מרכזי של ההגבלה עליה, لكن בית המשפט העליון – ולפי דעתך הוא לא תמיד עומד בחובה הזאת שלו – אמר לאכוף על עצמו את הנורמות שלו באמצעות איפוק. הייתה מציעה שנייתן לכל הרשות את הבודד להתפקיד ואת היכולת להתפקיד ואת הידיעה שלפעמים, ככל מתפקידים, אנחנו נצעך ואנחנו נפגין ואולי נציגו נגדם בחרירות הבאות. אבל אין זאת אומרת שנוכל גם לבטל כל פעולה כזו בבית המשפט.

לדעתי, היה הקדוקדים פטורים מביקורת שיפוטית יכולה להיות קונספסיה שאפשר ונכון להגן עליה. בנושא הזה אין קווים מוחלטים, יש חשיבות גם לבקרה עם שינויים, כי יש מצבים ויש תרבויות פוליטיות שבהם בקרה ' בלי שינויים' איננה בקרה. אבל זה לא אומר שאסור לעיתים להסתפק בבריאות לא פורמליות.

אני מתנגדת באופן עמוק לנטייה שלנו בזמן האחרון לבטל ולהקטין את הרשוויות האחרות שלנו. לא פעם אני שותפה למיאוס שחש כל אדם ברא-דעת למראה תפוקוד הכנסת והממשלה, ועם זאת לא עשה צדק למוסדות האלה אם לא נבית על פעילותם לאורך חמישים וכמה השנים הקשות האלה. על השאלה האם המוסדות האלה הניבו חוקים שהם קטסטרופות מבחינה מוסרית – התשובה היא לא. על השאלה האם יש החלטות קטסטרופליות של הממשלה, החלטות שאנחנו מתבאים בהן, מסווג ההחלטה שהביאו בחלוקת מהמקרים, משום שאושרו על-ידי בתיהם המשפט, להעברת הסמכות מבתי משפט וגילים (למשל בדרום-אפריקה) – אפשר להגיד בגאווה שהתשובה היא בינתיים לא. למה לא? מפני שרמת הדין הציבורי ורמת הכנסת היא לא מוחלתת והיא לא מושלם, היא רחוכה מהליות תרבותית, היא מידידות, אבל היא עדין המעוות המרכזי של חברה מתוקנת, ואצלנו היא שומרת עדין על מחסום הבושא.

בדמוקרטיה, המחוקק צריך להיות הרשות החזקה ביותר. הממשלה תהיה בדמוקרטיה הרשות הנמרצת ביותר. חוקה טובה לא צריכה לתת מינימום הגנה מטעהות. חוקה טובה צריכה לתת את האיזון הנכון בין בקרה, בין אנרגיה, בין יעילות, בין פתרון בעיות. כך שהטענה שאין שלטון חוק אם אין על כל רשות ביקורת שיפוטית, היא פשוט לא נכונה מבחינה מושגית. לו היה זה נכון, היינו צריכים לעשות גרסה נוספת אינטואיטיבית של ביקורת שיפוטית. הטענה ההיסטורית שזה מישן ושאף אומה עכשו, בתחילת המאה ה-21, לא מאמצת פתרונות שאין בהם ביקורת שיפוטית, היא פשוט לא נכונה. דיברו כאן על הפטرون האנגלי שהוא פתרון של החלטה מודעת להימנע מלתת לבית המשפטanganlia סמכות לבטל חוקים (למרות שיש שם בית משפט אירופי). הדגם הזה נבחר כי אחרת אי-אפשר היה להעבירanganlia את החוק, והעדיף להעביר אותו בלי סמכות מפורשת לביטול חוקים. ואני אזכיר את ניו-זילנד, שהעבירה חוק זכויות אדם ובפירוש קבעה בו שאין לבית המשפט סמכות לבטל חוק שאינו מתישב עם חוק זכויות האדם; ובאוסטרליה, מדינה של המסורת האנגלו-סקסית, יש וכיום מתmeshך בשאלת האם להעביר מגילת זכויות. יש שם חוקה מפני שגם פדרלית שאינה יכולה להתקיים בלי חוקה, ויש שם סמכות מסוימת של ביקורת שיפוטית שאינה יכולה להתקיים, דוגם לנדרוי, אבל יש וכיום גדול על החלטה האם להעביר שם מגילת זכויות. ובין השאר לא מצליחים להעביר שם מגילת זכויות מפני שברור שמדובר בזכויות חלק מן החוקה – ואולי גם מגילת זכויות בחוק רגיל שאיננו חלק

מן החוקה – תביה לביקורת שיפוטית, ויש התנגדות (לא מטעמים של קבוצות שעניות את בית המשפט) להעbir את הכוח הזה לבית המשפט. פה אני חוזרת לנקודה שהעה פروف' קלין. יש ויכול גדול מאוד בין המסורת האנגלו-סקסית למסורת הקונטיננטלית לגבי ההבדל בשאלת הביקורת החוקתית על חוקים והביקורת החוקתית על הסדרים כת-חוקים. השיטה האנגלו-סקסית בנויה על העיקרון שלפיו השיטה המשפטית היא היררכית, שהחוקה היא הדבר העליון ביותר, כמו שאני בודקת אם תקנה היא ultra vires לחוק, וזה עניין מקצועני שיפוטי. אני בודקת אם חוק הוא ultra vires לחוק, וזה עניין מקצועני שיפוטי. כמובן, גם בחוקים יש ביוטי-שסתום, אבל חוקה היא ביתוי לערבים מסוימים, למסגרות מסוימות. החוקה היא כללית, היא עמוקה, היא נעוצה לחול לאורך זמן; החוקה היא מסגרת מסוימת לאנשים בעלי השקפות שונות. לכן בתחום החוקה מתנהל ויכוח מתמיד בשאלת מה דורשת טובת הציבור, מהו האינטראס המשותף, מה הם הערכים שלנו. יש אילוצים שהחוקה קובעת, אבל התכנים הספרטטיביים של האילוצים האלה הם עניין לדין חברותי מושך של כל רשות השלטון ולא רק של בית המשפט. חשוב שיהיה דיאלוג בין הרשות, ולבית המשפט יש תפקיד חשוב.

כמו שאמר קודם הנשיא שmag, בית המשפט מפרש את כל החוקים ואת כל סעיף החוקה. הוא בודק את כל פעולות הממשלה. כל החלטות השניות בחלוקת ביוטר של בית המשפט העליון בשנים האחרונות, החלטות שגרמו לשבר האמון, הן באמת לא החלטות חוקתיות, אלא החלטות של פירוש חוקים או ביקורת על התנהגות הממשלה. מצב הדברים הזה יכול להתגונב בשני הכוונים: מצד אחד, ניתן לומר כי אין שום חשש לנת לבית המשפט העליון את הסמכות החוקתית, שכן בתחום זה הוא בסדר; מצד שני, ניתן בהחלט גם לומר שבגלל הבעיות בתחום התת-חוקי, אסור לנת לבית המשפט גם את הסמכות לבטל חוקים. ביום ישחלוקת כאשר בית המשפט נותן פירושים לביטויים عمומיים כמו 'יהודית', 'דמוקרטיית', 'חופשי דת'. אבל כמובן, לפחות מבחינה עקרונית, הכנסת יכולה לתקן את החוק אם אינה מקבלת את פירושו של בית המשפט. אם ניתן לבית המשפט גם הכוח לבטל חוקים הנוגדים, לדעתו, את החוקה – שוב לא יוכל המחוקק לעשות זאת, ובית המשפט יהיה הפסיק האחרון בעניינים ערכיים שנויים בחלוקת. במקרים אחרות, בחברה שסועה, מוקוטבת, שיש בהחלוקת عمוקה על ערכי

היסוד שלה, על הציביליזציה שהיא שיכת אליה, על המתחים הפנימיים שבין תרבותות שמרכיבות אותה, אוננו בעצם מעניקים את הסמכות של השמעת דעה אחרתנה, לא סופית בהכרח אבל אחרתנה, בידי גוף שמקורו הלגיטימציה שלו אינו העובדה שהוא מלאי המניגמים הרוחניים, הדתיים, המוסריים של מכלול חלקיה החברתי, אלא שהוא מלאי אנשי המקצוע הטובים ביותר.

לי יש הערכה עצמה לרמה המקצועית של בית המשפט העליון. אני לנכמי שותפה לדעה שהוא אחד מבני המשפט הטובים ביותר, אם לא הטוב ביותר, בעולם המערבי. שופטי בית המשפט העליון, היצירתיות שלהם, המiomנות שלהם — כל אלה הם מן המעלה הראשונה. כל מי שמכיר שופטים של בתי משפט עליונים בארץות אחרות, רואה את האיכות הייחודית של בית המשפט העליון שלנו. זה כבוד למדינת ישראל. זה נכון.

אך עם כל הכבוד, זה איינו פוטר את הבעייה שאתה אנחנו מתמודדים עכשו. כי גם אם אני חוששת כלל להפקידידי בבית המשפט העליון את החלטות המשפטיות הקשות והרגישות ביותר של החברה הישראלית, איןני בטוחה שהייתי מפקידה בדיון את החלטות הרכוכות, החברותיות, הציבוריות הרגישות ביותר של החברה הישראלית היום.

הטענה המקדמית האחרונה היא פונקציונלית. לפיה, אם לא נוותנים לבית המשפט העליון סמכות לבטל חוקים של הכנסת, משאים את החוק — שלא תמיד הוא אמיתי, שהוא יצרי ואניטרנסנטי — בלי בקרה אפקטיבית. התשובה לטענה המקדמית הזאת מתחלקת לשניים: ראשית, לא נכון. נכון שאני משאה את החוק בלי בקרה אפקטיבית באמצעות ביקורת שיפוטית על חוקים לאחר שנחקקו. אבל לא נכון שאני משאה את החוק בלי כל בקרה אפקטיבית. אני חוזרת ואומרת, יש הרבה מאד חוקים במדינת ישראל שכבר הרבה הרבה זמן מנסים להעביר אותם ולא מצליחים, כי יש אילוצים פוליטיים במדינת ישראל על העברת חוקים, חוקים טובים וגם רעים. האילוצים האלה, לטוב ולרע, הם בקרה אפקטיבית על מלאכת החוקיקה.

שנייה, גם אם אנחנו רוצחים בקרה שונה מהבקרה הפוליטית-ציבורית שכבר קיימת — של תקשורת, של מפלגות אחרות, של אנשי רוח — יש כל מיני הצעות, חלוקן ככל הנזננות תפקיד לבית המשפט. בהצעות האלה צריך לדון בכבוד ראש.

לדעתו, האופציה הטובה ביותר מכל מה שהוא בא כאן עד כה וממה שנשמע בפירוש זה בעtid, היא של החלטה מפורשת ומוסכמת במסגרת של חוקה. ולהערכתו, לאופציה הזאת יש הסיכוי הטוב ביותר להתקבל.

אנחנו מדברים על הזדמנויות של עשיית חוקה. חלק גדול מתנו (ואנני בינהם) סבורים שחשיבותן מאוד לבונן עצמי חוקה לישראל. אני חושבת שם יכולת להיות חוקה לישראל, היא חשובה, אבל אני מאמין בטוחה שיכולה להיות חוקה לישראל שהיא טובה, וכך אני קצת אמביוולנטית בנושא הזה. אבל דווקא אלה שורוצים חוקה שלמה וטובה, צריכים להבין שלמרות שהנשיה ברק אמר שכבר יש לנו חוקה וכבר יש לנו ביקורת שיפוטית, יש בינו שוחשבים שבינתיים אין לנו חוקה ואנחנו עוד צריכים לשאול את עצמנו אם אנחנו רוצחים אותה ומה יהיה טוב בה. ובהנחה שאין חוקה ואנחנו שואלים את עצמנו מה יהיה טيبة של החוקה – חוקה תהיה הסכמה בין המרכיבים המרכזיים של החברה הישראלית.

כדי שנוכל להגיע לשוקה שתמלא את התפקיד שלה, ככלומר תהיה מסגרת משותפת לכלנו, החוקה הזאת תctrיך לבטא את הקווים האדומים של החלקים המרכזיים שלנו. נctrיך לשם מה יש לעربים בישראל להגיד על כך שהמדינה מוגדרת כמדינה יהודית; נctrיך לשם בכבוד ראש מה יש לחברים שומרי המצוות בתוכנו להגיד על התהוושה שלהם שאין פה כבוד לחופש הדת שלהם ולאינטראס שלהם לשיקוף הדתיות בפרהסיה הציבורית בישראל. נctrיך לשם את הדברים האלה ולתת להם ביטוי גם תוכני וגם מוסדי.

אם נלק בקו ששמעתי פה מנסיון בית המשפט העליון, ככלומר שהכול מצוין, פשוט לא נתקדם מבחינה ציבורית-פוליטית. אבל מי שרוצה שנתקדם, צריך לנסתות לחשב איך אנחנו עושים זאת. הנה ניקח את השניות הקשה בין 'יהודית' ובין 'דמוקרטי'. לפי הדגם של הנשיא ברק, בית המשפט יוכל לבטל חוק של הכנסת מפני שאינו משקף נכון האיזון בין השניים. להערכתו, זה לא יעבור. לפי ההצעה שלי, גם אם אנחנו נותרים את הכוח הזה בבית המשפט העליון, הוא עדין ימשיך לפרש את החוק. הוא ייתן לזה אפשרות, אבל הפשר הזה לא יהיה אפשר מבלתי, אלא אפשר משתנה. הדיון בשאלת מה המשמעות של הדברים האלה יהיה דיון שבו תשתתפנה כל הרשותות באופן שווה, בלי שבית המשפט יוכל לבטל את קביעתה של הכנסת.

לפי הגישה שלי, ורק לפיה, נוכל לחתן מעמד שווה בມגילת הזכויות שלנו לזכויות האזרחות והפוליטיות ולזכויות החברתיות והכלכליות, כי הפחד שלנו לחתן מעמד חזק לזכויות החברתיות והכלכליות הוא הפחד של הביקורת השיפוטית. נוכל אפילו לדוחות את השאלות, שבעניין הן שאלות קשות, של הרכב בית המשפט העליון. ובעניין זה אני מבקשת לחלוק על הנשיה ברק: נכוון שסטיבנס, בפסק הדין של Gore V. Bush, אמר שלעולם לא נדע מי זכה בבחירה, אבל המפסיד כאן הוא ברור – בית המשפט העליון. אלא שלא בטוח שהוא צודק, ובשתי הרמות: הוא אמר שאولي לא נדע אף פעם מי זכה בבחירה, וברור שהוא טעה כי אנחנו יודעים מי זכה בבחירה, מר בוש ג'וניור; הוא אומר שהמפסיד האכתי הוא בית המשפט העליון, בעוד שמחקרים שנעשים עכשו מורים שאמנים חלה ירידה באמון בבית המשפט אצל הדמוקרטיים, אבל חלה עלייה גוזלה מאוד אצל הרפובליקנים. יכול להיות שהר רקס מוכיח ש כדי למלא את התפקידים שהוא קיבל על עצמו, טוב שבית המשפט העליון האמריקני הוא פוליטי. אני מאמין באמונה שלמה שאחד הגורמים לכך שהדגם האמריקני הוא אפשרי, היא דרך המינוי הפליטית של השופטים בו. שם לא כן, מוסד הביקורת השיפוטית כפי שאנונו מכירנו אותו, יהיה קונס. מנגנון של החברה מוצאים דרכי לאorgan את המוסדות ולהתאים לצרכים החברתיים.

יש עוד הבדל מאד גדול ביןינו לבין בית המשפט האמריקני והוא בג"ץ. בהחלטה הדרומתית של Marbury V. Madison שקבע נשיא בית המשפט העליון מרשל, שהיה פוליטיקאי, נגד האדמיניסטרציה שהחליפה אותו – בית המשפט העליון האמריקני יזכה בכוח לבקר את החוקיות של חוקי הקונגרס במחair הויתור על סמכותו כבג"ץ. בארצות-הברית אין היום דרך להגיע בעניין חוקתי ציבורי ישיר לבית המשפט העליון. חלק גדול מהענין מתרמסים בכךן, חלק גדול מהענינים נופלים במדינות. אין אפשרות, כמו שקיימת אצלנו, שבית המשפט העליון יושב ודן בעניינים מופשטיים או פוליטיים שעומדים ברומו של עולם. כשהנשיא יוצאה, כמו בוש האב, או קלינטון, מעניק חנינות שונות במהלך שמעלות אולי חש לעברה פלילית, אף אחד לא מעלה על דעתו לפניות לאיזשהו בית משפט, קל וחומר לבית משפט עליון, כדי לבטל את החנינה. המדיניות אלה חיota עם מידת רבה מואוד של סופיות במה שנוגע לכוחו של הממשלה, ואף אחד לא מעלה על הדעת, למשל, לשאול בבית משפט על המבצע באפגניסטן. כל הדברים האלה, שאצלנו הם כמעט טרייוויאליים, במדינה הזאת, שמננה אנחנו לומדים, הם אינם קיימים.

מה שחשיבותו לזכור הוא שעליינו למצוא את הפתרון המוסדי שכןנו בשביבנו, ובתנאים הנוכחים משמעו החלטה מודעת לא לתת לאף גורף את הסמכות לבטל חוקים. נכון שיש פה ויתור על הסמכות החוקית לביקורת שיפוטית שבית המשפט נטל על עצמו על-פי חוקי 1992, אבל במחair הויתור הגדול הזה, נוכל להרוויח הרבה מאודם שיקדמו את המפעל החוקתי. אם נלך במסלול הזה, נאפשר פעולה הדרגתית ואיטית של בוחינת האתנוס השיפוטי שלנו, ולהערכתי — שום דבר פחות מזה לא יאפשר את השלמת המהלך החוקתי.

עד שלא נאמץ עמדה ש מבחינה בין פעולה שיפוטית של הכרעה בסכוס על סמך חוק קיים — תוקן כדי פרשנות יוצרת וכל הדברים החשובים שהם חלק מהגדולה השיפוטית — ובין הכרעה בעניינים ציבוריים שנויים בחלוקת; עד שלא נבחן בין שתי הפונקציות האלה ולא נניח את שתיהן לפתחו של אותו מוסד, לא נתיר את הקשר הגורדי הזה. בית המשפט העליון במתכונתו הימם, אסור לו שיתמודד עם השאלות הציבוריות הקשות האלה, כי בכך רק יחריף משבר האמון בו, תיגע יותר הלגיטimitiyות שלו, ייפגעו יכולתו ויכולת החוקה למלא את התפקיד החיווני עליהם מלא עבורהנו, ככלומר לחת לנו מסגרת משותפת של פעולה.

כעת אני מבקשת לומר דברים אישיים שדווקא מתקשרים לדברים ששמענו מאבישי ברורמן. לי נראה שמדינת ישראל נמצאת על צומת מאד גורלי, וחלק מהקיים הוא בהרגשה שהמאבק הפנימי, הח裏ף, מחייב ביכולתנו לחת פתרונות לביעות שלנו. لكن החשוב ביותר הוא היכולת שלנו לעובוד יחד — בלי לאבד את הבדלי ההשקפות, הבדלי הערכיהם והתפישות — היכולת להבין שאנו בສירה אחת, ושם היא תטבע, יכולנו להיות רעים. גם אם היא לא תטבע מחר, היא תיחלש בצורה ממשמעותית מבחינה כלכלית או ביטחונית או זהותית — וזה ככלנו נשלם את המחדיר.

במצב הזה, לבצע פתרון מוסדי שמנציח או שמסמל בענייני חלק מהציבור את חוסר ההתחשבות בערכי ובהשקפותיו — הניסיון להגיע לפתרון מוסדי כזה חלק מהחוקה הוא פתרון רע.

אני מציעה שככל אחד מأتנו יכתוב תחיליה את ההעדרה הראשונה שלו, ואני מעירכה שמה שהצעתי עכשו יזכה בערך בחצי אחוז. אחר כך נעשה עוד צעד, וכל אחד יכתוב גם את ההעדרה השנייה שלו. בהעדרה השנייה, שהיא ההעדרה היחידה שעשויה לרכז הסכמה גדולה, אני מאמין שהפתרון שלי יקבל את הרוב הגדל ביותר, רוב גדול די והותר לאפשר לנו להתקדם.

## ביקורת שיפוטית מוקדמת בשלב החקיקה

• **מרדכי קדרמניצר:** אני רוצה לפתוח בהבעת תודה לעוזיד תהילה שוורץ-אלטשולר על הניר שהיא הכינה ובו היא העמידה את הדגש שאציג (ראו עמוד 359). בקשתך היא שהתקיימות להצעה זו תהיה על סמך הניר כתוב ועל סמך הדברים שייאמרו ולא על סמך פרסומים שהיו בקשרו וההעמידו את ההצעה זו באור בלתי נכון. איני יכול לפתוח בלי להעיר העורות אחדות על הרצאתה של רות גביזון. אך תחילת אומר במה אנחנו דנים, ובעניין זהה אני שותף לדעה שאנו דנים בשאלת כפי שהציג אותה הנשיא אחרון ברק – האם אנחנו הולכים עכשו לשנות את הלכת בנק המזרחי. אנחנו דנים בשאלת כינונה של חוקה למדיינת ישראל, בשאלת המבנים והמוסדות שיש לכלול בחוקה, ובמסגרת המסויימת זאת – בשאלת הביקורת השיפוטית. זה ההקשר, ואין אחר.

בעניין זהה אני מבקש לומר שאם הרעיון שבטול בבדיקה שיפוטית על חוקים אמרו להיות רעיון מריגע, אותו הוא מפחיד ביוטר מנקודת הראות של ההגנה על זכויות הפרט והמייעוט. לי ברור שככל דיוון מושגי בשאלת זאת הוא לא לעניין, משום ששם שאלה אמתית לא הוכרעה על-ידי דיון מושגי.

השאלה שצרכיך לשאול היא זו: מהו הדגם שבו אתה נותן הגנה יותר טובה לזכויות האדם והמייעוט, ומהו הדגם שבו אתה מחליש את ההגנה הזאת או ממוטט אותה. מה הסיכונים שאתה חושף אליהם את היחיד. לבוא ולהגיד שבישראל נסתפק בהגנות הלא-פורמליות, שהציבור יוכל לצעק עד לב השמים אם באמת תהיה פגיעה חמורה בחקיקה בזכותם של הפרט או של מייעוט – דברים מסוג זה מחרידים אותי.

אם עלי לבחור בין ויתור על המהלך שאנו עושים והשארת המצב הקיימים עם ההגנה המסויימת הרופשת והבעוות (שתכח אומר עליון מילה) ובין חוקה ללא ביקורת שיפוטית, אני יקונה את המצב הקיים ומוטור לכם על החוקה. אם הדבר החשוב בדמוקרטיה הוא יכולת להבטיח את ההגנה על זכויות האדם והמייעוט – לא ברור לי כיצד אפשר לוותר בקהלות כזאת על מוסד זהה תפקידו העיקרי. האם אפשר לסמוך על כך שהתרבות הפליטית במדינת ישראל לא תצמיח חקיקה שעורוריתית (הפגיעה בפרט או במיעוט), ושאם היא תעשה כן, לא נזקק "חי וקיים"? לא זה הכוון שהייתי ממליץ לכתבת בו.

היהתי מציע עוד דבר מתודולוגי: לא להסתכל על תקופות הזמן שנראות לנו ארוכות ולמעשה הון קצורות. ודאי לא היהתי מסתכל על תקופת הזמן שהנשיא ברק מציע לנו להסתכל עלייה, על המציגות משנת 1992 — כיצד נראה ומתנהג בית המשפט וכיitz אナンנו פועלים ונראים מ-1992. פרק הזמן מאז ועד היום איננו ארוך די הצורך. גם לא עבר די זמן מ-1948 עד היום שניתן יהיה לקבוע קביעות נחרצות בדבר אי-מסוגנות של החוקוק חוק שווה רע בעיליל. זה שהמחוקק לא חוק חוק כזה עד היום אינו מבטיח שהוא לא יעשה כך בעתיד, ומה נעשה במקורה כזה אם לא תהיה ביקורת שיפוטית על חקיקתו? ואגב, חוק רע מבחינה זו כבר נחקק בישראל: ההוראה בחוק שקובעת שרשימה לבנסת לא יכולה ילווזי אם היא שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, גם אם היא מחויבת לשכנע בדבר השינוי המהותי הזה בדרך כלל בלבד. זו בעניין פגיעה של החוקוק הישראלי באושיות הדמוקרטיה.

אני רוצה לעבור לעניין גופו, ותחילה אסביר למה חשוב מאוד לעבור לדגש של חוכה ולא להשלות את עצמנו שחוקי היסוד הם הסדר מניח את הדעת:

ראשית, המצב הקיים, שבו הונפה חרב על צווארו של בית המשפט העליון באמצעות הרעיון להקים בית משפט חוקתי, הוא בעיני מצב קשה ומסוכן מאוד. שכן חלק מן הציבור עשוי להאמין שהחhaltות שבית המשפט העליון מקבל מושפעות מהאים הזה. הרעיון להקים בית משפט חוקתי פוליטי הוא חרב על צווארו של בית המשפט העליון שמקשה עליו לזכות באמון הציבור.

אני חושש שם נישאר עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, עוד נגיע למשבר חוקתי שעלול להיגמר בריסוק אברים של חוקי היסוד או של בית המשפט. יש כאן פוטנציאל למשבר חוקתי שעוד לא הכרנו כדוגמתו, ולכן צריך להיפרד מהדגם הזה ולנסות לראות איך אפשר להגיע לחוכה.

דבר אחד חסר בהרצתאו המלאפת של הנשיא ברק והוא: התייחסות לפונקציה של ביקורת שיפוטית על חקיקה. לדעתי, זה המפתח לכול. השאלה איננה כיצד המוסד הזה צמח באירופה, וקשה גם להשתכנע שהדגם של בית משפט חוקתי מיוחד מותאים רק למשטרים שהיו טוטלטוריים. יש דוגם של בית משפט חוקתי מיוחד, ויש דוגם של בית משפט שאינו בית משפט חוקתי מיוחד, ויש לבדוק כל אחד מהדגמים האלה על-פי יתרונו וחשרכותו. כשבודקים ברמה העיונית, יש לקחת

כל דגם במיינטו ולא דגם במרקבו, למשל בית משפט חוקתי מיוחד שהרכבו נקבע רק באופן פוליטי. את הדוגמים צריך לבדוק על רקע הפונקציה שבית משפט כזה צריך למלא.

הנשיא ברק אמר בהקשרים קודמים שאין הבדל יסודי בין הפעולה השיפוטית של בית משפט כשהוא בא לקבוע פסלותו של חוק, לבין הליכים אחרים שבית המשפט מקיים. אני חושב שזויה עמדה לא נכון; לדעתי, רוב החוקרים החוקתאים רואים הבדל עמוק ויסודי בין הפונקציות האלה. לבוא ולומר מה שאומר לפעםים הנשיא ברק, שככל הפעולות השיפוטית היא מסוג הטיפול הערבי שנעשה כאשר שוקלים חוקתיות של חוק – איןנו נכון ומסוכן לכל הפעולות השיפוטית. לומר שככל הפעולות השיפוטית עניינה ערכיות,ibia בסוף לפוליטיזציה מוחלטת של השפיטה כולה. יש פעילות שיפוטית שיש בה חלק ערבי קтен, וזה מאפיין את כלל הפעולות השיפוטית, ויש פעילות שיפוטית ספציפית שיש בה חלק ערבי גדול במיוחד, וזה הפעילות השיפוטית שבה עסקינון, ככלומר ביקורת שיפוטית על חקיקה. לכן מה שצורך לבדוק הוא איך צריך להיבנות המוסד שיווכל למלא באופן הטוב ביותר את התפקיד הזה, שבו יש מרכזיות וחשיבות לשקליה ערבית.

בהבדל מרות גביזון, אני חושב שלשאלת מעמדם של מוסדות יש משקל חשוב מאד בדמוקרטיה בכל ובדמוקרטיה הישראלית בפרט. אין שום סיבה לפגוע פגיעה קשה בבית המשפט העליון, ולא שמעתי שום טיעונים שיצדקו את הפגיעה הזאת. לכן הנחת היסוד לפרויקט שלנו היא שיש בו יסודות עיוניים, אבל יש בו גם יסודות מעשיים על רקע המציאות הקיימת, שבה בית המשפט העליון הוא הגוף שמשיך להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקים. זהה הנחת היסוד שלי.

עם זאת, לטובת בית המשפט העליון (לפעמים נדרש כדי לגבור למוסדות ולסייע להם להגן על עצמם גם מפני עצמם) נדרש לצמצם את התפקיד הזה ככל האפשר. בתפקיד הביקורת השיפוטית יש סכנות גדולות למעמדו של בית המשפט העליון, וטוב בהרבה לו עצמו, וכਮובן לחברה, אם נמנוע את הצורך שלו להיות לסייע לטמכות, שהנשיא ברק קרא לה בצדק הפעלת נשך לא קונבנציונלי של ביטול חוק. ההצעה שאני מבקש להציג תעוזר להפוך את הביקורת השיפוטית של בית המשפט לפעולות שהיא בגדר הפעלת נשך בלתי קונבנציונלי; נשך בלתי קונבנציונלי הוא נשך שלא משתמשים בו למעשה, אלא במקרים קיצוניים ביותר.

אני מתקשה לראות דרך אחרת להגעה לזה זולת הקדמת הביקורת השיפוטית לשלב שבו החוק עוד לא יצא בדרך עם הגושפנקה הרשמית של חוק של מדינת ישראל. בכך גם נעלאת את קרונה של הכנסת, כי חיזיון של חוק של הכנסת שمبرוטל על-ידי בית משפט הוא חיזיון לא רצוי בדמוקרטיה הישראלית. על רקע התרבות המיוחדת שלנו, החיזיון הזה של חוקים שמברוטלים אחרי שכבר נתקבלו כדין, הוא נזק לרעיון של שלטון החוק, של כבוד לחוק ושל כבוד למחוקק. הרמה של המחוקק אצלנו בעין הציבורית היא כל כך ירודה, שצריך לעשות הכל לא רק כדי לקיים אותה במצבה הנוכחית ולא לגרוע ממנה, אלא להפוך — לשפר אותה. הצעה זוatzת של ביקורת-קדם היא ניסיון להבטיח שניהה חכמים לא לאחר מעשה, אלא תוך כדי מעשה; שתוך כדי מעשה נdag לטיבב את תהליך החקירה ולתת בכך לחוק החדש את הסיכוי הטוב ביותר לעמוד אחר כך בבייקורת שיפוטית.

לכן הצעתי היא שיווקם גוף שייתן לכנסת את השירות החשוב הזה, ככלומר שיעזרו לכנסת לחוק חוק שיעמוד בבייקורת החוקנית, חוק שיקיים באופן מלא את הרווחנות החוקתיתים. יש הבדל גדול בין מצב שבו מתקיימת הפנמת הערכיים החקתיתים בכנסת במהלך החקירה ועל סמך התגבותה שהכנסת מקבלת מאותו גוף, לבין הביקורת השיפוטית לאחר שהסתתים תהליך החקירה והחוק התקבל כדין, שניטל להמשילה להטלת פיצה מבחו. יש גם הבדל מבחן יכולתו של הגוף המופקד על הביקורת המוקדמת ממש באופן מלא יותר את החוקה. כי מה קורה? — כשabit משפט צריך אחר כך לדון בחוק שכבר התקבל, הוא ודאי צריך לפעול מתוך איפוק, כבוד ורISON ולתת ביטוי רחב מאוד לרעיון של שיקול דעת נרחב למחוקק. כתוצאה מזה, קורה לא פעם שהיכולת להביא לידי ביטוי את העקרונות החוקתיים קטנים. לעומת זאת, בשיטה שבאה עושים את הביקורת תוך תהליכי החקירה, בשלב שבו אין פגיעה קשה בכנסת, אין פגיעה בחוק, ולכן הביקורת שהגוף הזה יכול להעביר באותו שלב היא מלאה יותר, עמוקה ויסודית יותר. באופן אמיתי ובלי פגיעה, הוא מטיב את תהליכי החקירה.

חשוב מאד להבטיח שגוף מבקר כזה יהיה באיכות מתאימה, גבוהה, כדי שימלא כהלהכה את תפקידו. על כן גוף כזה יכולים להציג גורמים שונים (במתכוונת שהouceה או במתכוונת דומה לה) — בית המשפט העליון, הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת, גופים לא-מוסדיים, אבל הכרחי

שהחוצה תעבור סינון איקוני על-ידי ועדת כדוגמת הוועדה לבחירת שופטים. כלומר, שלא יקרה שפוליטיזציה תגרום לכך שהגוף הזה יהיה ברמה נמוכה.

אחד מיתרונותיו של הגוף הזה יהיה הגיון האנושי מבחינת ניסיון החיים של החברים בו. לא רק אנשים שבאים מתוך השפיטה, גם אנשים עם ניסיון פרלמנטרי, גם אנשים עם ניסיון של הרשות המבצעת, גם אנשים שבאים מחוץ למערכות הממוסדות. בתוך הגוף הזה יכול גם להיות גיון דיסציפליני – אנשים שיודעים משפטים (במיוחד בתחוםים הרלוונטיים לביקורת על חוקים – תורה המשפט, משפט ציבורי, משפט בינלאומי, משפט וחברה), ואנשים שאינם משפטנים כלל (אך כי השכלה משפטית היא יתרון חשוב), אבל מבאים מומחיות מתחומים רלוונטיים, כגון פילוסופיה, כלכלה, סוציולוגיה, מדע המדינה. חשוב מאוד שהחברים בגוף הזה יהיו מומחים אקטואים למשטר ולמין. בתחום הגוף הזה יש מקום גם לגיון מבחינת השקפות העולם הכלליות הידועות מראש של החברים בו, ולא רק דתים וחילונים, אלא גם שמרנים ולבירלים, אינדיבידואליסטים וקומוניטאים וכיווץ באלה.

הकומו של גוף כזה בישראל תוסיף חוסן לתהילה החוקיקה, ונitin להשתמש בו כein מפקח על החוקיקה, גם מעבר לבחינה החוקתית שלה. זאת, כדי למנוע 'מחטפיليلיה', למניע חקיקת חוקים שנגועים ברע יסודי – חקיקה שמניע אותה הרצון 'לסדר' עניין מסוים הנוגע לאדם מסוים (חוק נתניהו, חוק דרעי, חוק עמיר) – סוג חקיקה שמעורר את יסודותיו של שלטון החוק ופגע קשה באמונו של הציבור במשפט. כל אלה ייבלמו על-ידי הגוף הזה.

יש עוד תפקידו חשוב מאוד חשוב והוא יישוב סכסוכים בין רשותות השלטון. אני חשב שגוף כזה יתאים לפונקציה הזאת עוד יותר מביית המשפט העליון. אני רואה את הגוף הזה כמו חומר מגן לבית המשפט העליון. ב Laden, בית המשפט העליון עלול לסייע מערעור על הלגיטימציה שלו כאשר ישנה להפעיל ביקורת שיפוטית, אינטנסיבית יחסית, על חוקים.

אניחוש שבית המשפט העליון לא יוכל לאורך ימים – אם הוא רוצה להמשיך ולמלא את מכלול התפקידים שיש לו היום – לעמד בדרישות המתחזקות לבית משפט ייצוגי משקף. נשלח עצמנו אם נחשוב שמל המערכות הציבורית והפוליטית אפשר יהיה לשמר על בית המשפט העליון

במתכונת שmbטיה בראש ובראשונה שמירה על איכות ומקצועיות. لكن הדגם שאינו מציע, לא רק שלא יפגע בבית המשפט העליון, גם ישמר ויגן עליו.

חששתי בעבר שכnisתו של בית המשפט לתחום הרגיש הזה של ביקורת שיפוטית על חוקים, עלולה להיות בבחינת מתייחס-יתר של חבל, הליכה אל האופטימום מבחינת הסמכויות של בית המשפט והליגיטימציה הציבורית שלו. בשונה מאחרים, היתי סבור כי עד להפעלת הביקורת השיפוטית על חוקים, היה לבית המשפט אופטימום של סמכות, כוח וליגיטימציה כפי שרואוי הייתה לו, ושהוא הפעיל את סמכותו וכוחו, בדרך כלל, באופן נאות.

במתכונת המוצעת כאן, כאשר תהיה ביקורת שיפוטית על חוקים – אבל בהיקף מצומצם, רק כmozא אחרון ובאופן מאד חריג – ישמר מעמדם של בית המשפט העליון; תהיה בכך גם תרומה חשובה למעמדם של הרשות המחוקקת ושל החוק במדינת ישראל.

אליה עיקר הטעמים שהביאו אותו להציג את ההצעה הזאת.

איןני סבור, לעומת מה שטען כאן, שמדובר בעצם בשני גופים שונים שעוסקים באותו העניין. לדעתי, קיים הבדל ממשמעותי – לא פורמלי, אלא איקוטי – בין ביקורת שיפוטית אבסטרקטית שנעשית בשלב שועסקים בנורמה באופן כללי, לבין ביקורת הנורמה שנעשית בזיקה לסקסוך משפטי מסוים, בעת שהנורמה עומדת בבחן היישום של המצוות. יש הבדל גדול בין מה שניתן וצריך לעשות בשלב הראשון האבסטרקטי, ובין השאלה שעומדת אחר כך בפני בית משפט על רקע סכסוך משפטי קונקרטי.

מהבחינה הזאת, גם תהיה בסופה של דבר הצדקה להתערבות של בית המשפט העליון באותו מקרים חריגים שיגיעו אליו, וזאת מכמה וכמה סיבות:

האחד – היחס בין נורמה למציאות. כשהאתה מחוקק חוק, אתה רואה תרחיש מסוים של העולם. ייתכן שהמציאות תتبירר כזוונה ממה שהוערכה בשלב של קביעת הנורמה.

סיבה שנייה – חלוף הזמן; מה שנראה נכון בשנת 2001, יכול להיראות לחלוין בלתי נכון נכון בשנת 2010.

סיבה שלישית – המקרה הקונקרטי. יכול להיות שהמקרה הקונקרטי דוחף בצדק את ההחלטה לכיוון שונה מן הכוון שנראה לנו בעניין הגוף שדו'ן באופן אבסטרקטי.

לכן איני חושב שיש כאן שני גופים שעוסקים באותו העניין. יש פה גוף שעוסק בראיה המופשט של הנורמה בשלב מוקדם, ובמרקם שיגיעו לבית המשפט, יהיה לדיוון שם בסיס וركע, שמקורם בדיון המופשט שהתקיים בשלב המוקדם. לכן גם אם בית המשפט יחליט לפסול חוק, תהיה לכך הצדקה עניינית וגם לגיטימציה ציבורית. יהיה לבית המשפט היתרון של בוחנת הנורמה על רקע יישומה במקרה ספציפי, מה שהופך את הבדיקה למוחשית וקונקרטית יותר.

הרעيون שבית המשפט העליון יעסק בכל, גם בביטחון המקדים, איננו בא בחשבון. זה לא אפשר להשיג את ההגנה על בית המשפט; זה לא ניתן לשמר על הרכב איקוטי של בית המשפט; וניתן גם לפקס ביכולת של אותו מוסד עצמו להפעיל בביטחון קונקרטית על מה שהוא קודם אבסטרקטית. וגם אם יכולת יש, אמון של הציבור לא יהיה. הרעיון שהגוף הזה המוצע יעסק גם בביטחון השיפוטית לאחר החקיקה, גם הוא לא טוב. מי צריך להזכיר בבית המשפט על רקע של סכטוק קונקרטי הוא מערכת בתים המשפט ובית המשפט העליון שעומד בראשו.

אני מודה, והנשיא ברק בהחלט צודק, שלפתרון זה אין תקדים בעולם. אני חייב לומר שהזה מಡיג אותנו לא מעט, עם זאת ישראל הצליחה גם במקרים אחרים ליצור דברים שהוכיחו את עצם בבחון הזמן, למשל הוועדה לבחירת שופטים, שהיא מוצרך די יהודי לנו ושבוח מתקנים בנו עלי. נוסף לכך, הגוף המוצעינו אינו רחוק, מבחינה רעיונית, מן המוסד של בית שני, שמקובל ללא מעט מדיניות. כך שאין מדובר בהמצאה גמורה.

בהערכת ההצעה יש להביא בחשבון את הנسبות הישראלית הקיימות (על חלון עמדתי לעיל): UBODA דיבוד על החוק ברמה הממלכתית (ולדאוני, הדברים אינם ומשתפרים עם הזמן ורק ילכו ויורעו עם הזמן) ורמת עבודה דיבוד בכנסת שאלות החוקתיות (למרות המהומות שהיא קיבלה ולמרות שתפקודה בז' הכל הוא נאות). בנסיבות אלה, הוספה של הגוף הזה היא אמצעי חשוב לשיפור רמת החקיקה.

איני מוציא מכלל אפשרות שתפתח תחרות בין שני הגופים – בין הגוף הקדם-חוקתי או התוך-חוקתי ובין בית המשפט העליון – שתכלי את

כל ההיבטים החיווניים והשליליים של תחרות, כי יכולם גם להיות הבדלי עמדת והשקפה. אבל בהבדל מאחרים, שחושבים שככל עניין חייבות להיות היורכיה פירמדלית ברורה וקול אחד מחייב הבא ממורים ההיררכיה, אני סבור כי בשאלות החוקתיות, שכן מטבען שאלות פתוחות, אין רע במגוון קולות.

יתרנו נספ' חשוב לגוף המיעץ התוך-חקיקתי הוא, כאמור, העובדה שיבחרו אליו אנשים בעלי זהות פוליטית ברורה, בעלי צבע פוליטי ברור, שהשקבותיהם הפוליטיות ידועות. שחרי בתחום החוקתי קיימת השפעה של השקפת עולם על הכרעותיהם של אנשים, אלא שהשקבת העולם של שופטי בית המשפט העליון, בכלל, אינה ידועה ואיינה מוכרת. כאן הדבר הזה ייודע. במקומות שבוחרים אנשים כראוי, נבחרים אנשים טובים, והאנשים הטובים גם מפתיעים. הם לא תמיד הולכים בעקבות מה שמצוים מהם לפי השתיכותם, והעד על כך בכל התנהלותו השיפוטית השופט ברנzon ז"ל.

האפשרות לשלב בגוף המוצע מי שהיו חברים הכנסת, היא מעלה נוספת של החוצה. יש בכך כדי ליצור תמרץ לחברי הכנסת להצטיינות ענינית. הדבר עשוי להעלות את רמת הבאים לכנסת, את רמתה של הכנסת ואת מעמדה של הפוליטיקה בעניין הציבור, מעמד הזוקוק מאד לשיקום.

אסיים כמקובל בהערות אישיות. אני רוצה לנצל את החזדנות הזאת ולהסביר מהו, לדעתני, בית משפט עליון אקטיביסטי. הנשיא ברק ביקש מהדרה. אני לא יודע לספק הגדרה, אבל אני יודע לספק הבהרה. בית משפט עליון אקטיביסטי הוא בית משפט שעשה מה שעשה בית המשפט העליון שלנו, שהרחיב את זכות העמידה, שפתח את העילה של חוסר סבירות ושהפעיל את הביקורת השיפוטית שלו על גופים ומוסדות, שבית המשפט הקודם היסס או נמנע מההפעיל עליהם ביקורת שיפוטית ממשמעותית. בית המשפט הזה, האקטיביסטי, עשה ועשה שירות חברתי מהמעלה הראונה.

ההערה השנייה מופנית באופן קולקטיבי ואינדייבידואלי גם יחד לחברים הדתיים שি�oshבים כאן. אני משוכנע שרוב הציבור הדתי במדינת ישראל מעוניין שמדינת ישראל תהיה מדינה מודרנית. אני משוכנע שרוב הציבור הדתי במדינת ישראל רוצה שמדינת ישראל תהיה מדינה דמוקרטית. אני משוכנע שככל אדם שעתידה של המדינה הזאת יקר לו, חייב להיות מעוניין במדינת ישראל דמוקרטית, כי זהו נכס אסטרטגי, כלכלי ומדיני שאין

שיעור לערכו. لكن, על סמך ההכרה הזאת, אני משוכנע שضرוכה להיות תמיימה גם בקרב החוגים הדתיים לרענון של חוקה. חוקה תען את מדינת ישראל, על בסיס הנחות היסוד המשפטיות שלה, כמדינה של העם היהודי וכמדינה דמוקרטית, המחויבת לקיומן, לשמרתו ולטיפוחן של זכויות היחיד והמיינוט.

## דוגמ' 'חוק זכויות האדם' הבריטי

- **אריק פרמוני:** כאמור, פרופ' זאב סגל ופרופ' אריאל בנדור שלחו לנו הצעה נוספת נספפת, אבל באיחור, אחרי שהתקנית כבר נחתמה. בכל זאת אני רוצה לתת להם בינה, ואני מתנצל על משך הזמן הקצר.
- **זאב סגל:** ככלנו, אלה מבניינו שלמדו משפטים, מכירים את המנטרה הידועה 'הפרלמנט לא יכול לטועות', והשאלה היא האם אנחנו דבקים בكونספסציה הזאת שהפרלמנט לא יכול לטועות.

אשר לדגም האנגלי – שלולים מבית המשפט, בעצם באופן מפורש, את הכוח לביקורת שיפוטית, אבל בו-בזמןאפשרים לו להציגו חוק וגיל כלשהו, שהתקבל בכל מועד שהוא, איננו توأم את חוק זכויות האדם, מה שמכונה Declaration of Incompatibility (הצהרת אי-התישבות).

מה חשוב מאוד הוא שהסתמכות חלה על כל החוקיקה.

הפרטון הבריטי הוא קלאסי מכיוון שהוא מחליף את היין אבל שומר על הנקון – שומרים על כבוד הפרלמנט אבל יוצקים תוכן חדש בכך שאפשר לתת הצהרה כזו. הדגם הבריטי הוא נזרת של התרבות, כי אצל אין גישה של חוסר אמון ברשויות, ועל כן לא רואים בביבירות שיפוטית יסוד באמת חיוני של השיטה. המסורת היא של אי-ביקורת חוקתית, וכך גם באירופה.

יתר על כן, אם אכן תינן הצהרה, הפרלמנט יכבד אותה. עם זאת, הניסיון של השנה האחרון מורה שמצד אחד לא ממהרים להציגו שם על אי-התישבות (אף שהיו מספר הצהרות כאלה), ומצד שני זה פתח עולם חדש גם בכיוון הפרשנות של בתיה המשפט. למשל, מקרה אחד שבו בית המשפט לעערורים פסק שנגעה האמונה האירופית של זכויות האדם, שנפגע יסוד של החופש – נתון היום בערעור בבית ההורדים. מקרה אחר

הוא של הצהרה שבוטלה בבית הולדים. בודקים פסקי דין שונים, למשל חוק האשראי לצרכן מ-1974, ויש עניין זה הצהרה של אי-התישבות מטעם בית המשפט לערעוורים. אשר להתאמתו של הדגם האנגלי לישראל — כבר אמר הנשיא ברק שמדובר במסורת ותרבותות שונות ושבארץ לא יתחשבו בהצהרה אם לא יהיה כוח ביטול.

במה שנוגע למצוב היום בישראל, לדעתו אפשר בהחלט להגדיר אותו כטוב. יש ביקורת חוקתית שיפוטית בידי הגוף הראווי ביתר, בג"ץ. עניין אחר הוא העיקובים, וכן המוצב די בעייתי. למשל, חוק השידור הפירתי כבר "שוכב" שנה וחצי, ולעומת זאת הוגשה עתירה נגד האיסורים על שידורי פורנוגרפיה בublishים, וקבעו את הדין לمارس 2002.

אבל מכיוון הביקורת השיפוטית החוקתית המוצב איננו טוב. נוכח אילוצים שהווכוו כאן, ביקורת שיפוטית כמעט ואינה קיימת, ו מבחינת ביטול חוק, היא למעשה רק ביקורת על הנieur. לכן, לפי הגדרת פרופ' בנדור, כדי להכיר את הדגם הבריטי, ואילו אני אומר שהדגם הזה הוא אפשרות טובה במדינת ישראל בתנאי הארץ ותושביה. ייתכן שדגם זה יכול מהפרק תמייהה בבית משפט חוקתי לפחות מצד אלה שלא מבקשים להרים את בית המשפט העליון. יתרון שני: גבר הסיכוי לכינון חוקה. ככלנו יודעים שהתהליך הזה נוצר מאז שאמר מי שאמר שאפילו אם עשרה דיברות יהיו חוק יסוד, הוא נגד. גם תישמר המסדרת של בג"ץ, אפילו בהשמלת ביקורת חוקתית.

אני מאמין שהכרזה מובנית יכולה להפוך למוסך, ולא סתם הכרזה של בית המשפט שהחוק אינו נראה לו, אלא הכרזה מובנית לאחר שמייעת גורמים, כולל היועץ המשפטי. הכרזה זו תתפרש על כל החקיקה, ובכך שhabikrot החקתית היום היא משנת 1992 ואילך.



## הערות על דגמי הביקורת השיפוטית

• **אריק כרמוון:** עד כאן הצגת הדוגמים השונים. אני חשש שלא ניתן עד כה ביטויו למצב הא-נוןמלי בישראל, שבו המיעוט שזכה היה לתמוך ושותנו הסעד העיקרי שלו הוא בית המשפט העליון, איבד את האמון בו. אני חושב שחלק מהבעה שעומדת לפתחנו היא המציאות הפוליטית-חברתית הזאת.

מפתח קצר הזמן, אפנה לאربעה חברים שייערו הערות במסגרת של חמישxDקות ולא יותר, ואחריהם ידבר השופט ברק, ובסוף יסביר את המושב יושב-ראש המועצה, מאיר שמגר.

• **אופיר פינס-פז:** אודה ולא אbose, הודהתי מאוד עם דבריו של כבוד השופט ברק, גם עם הגישה וגם עם הסגנון, ועם זאת אני פולס על הסוף את הצעתו של פרופ' קרמנצ'ר לביקורת מקדמית. אני כן פולס את האפשרויות להקמת בית משפט לחוקה או את ביטול הביקורת השיפוטית — לפחות במידה שנוגע לביטול פסילת החוקים.

היות והיום בכנסת יש רק קומץ חברים שמסוגלים ונוכנים להפעיל שיקול דעת שהוא מעבר לשיקול הpolloיטי האינטרסנטי המידי שלהם מייצגים, נדמה לי שהנトル של כל ביקורת שיפוטית או ביטול חוקים הוא מאוד בעיתי. אני גם חשש מיאפקט הדומינו. מי שרוצה לפגוע היום יכולת לביקורת חוקתית, ינסה מהר לפגוע ב睇וקורת המינימלית. מי שהיום לא רוצה ב睇וקורת שיפוטית על חוקה וחוקי יסוד, גם לא רוצה ב睇וקורת של בג"ץ.

יש הטוענים כי אם יהיה נטרול של העניין החוקתי או מענה לשאלת מיהו זה שיפרש את החוקים, אפשר יהיה להמשיך ולהזקק חוקה. אלא שלדעתי תהיה זו חוקה כמעט חרורת תוכן, חוקה של ססמהות. כולם יתהדרו בססמות כי יהיה ברור לככל שאך אחד לא מתכוון לישם אותן ולפרש אותן או לפעול על-פייהן.

דברי הבאים מיעודים לרווח גביזון. הכנסת לא כל כך מודאגת מיכולתו של בית המשפט העליון לבטל חוקים, משום שבית המשפט העליון כמעט לא משתמש ביכולת הזאת. אבל בעיותם העיקריות של אלה שרצוים להקים בית משפט לחוקה היא שלא ניתן לפרש חוקים ולא לבטל חוקים.

במה שנוגע להצעות להקמת בית משפט לחוקה – צריך להבין שהគורת של הצעות החוק אלה היא הקמת בית משפט לחוקה והתוכן הוא ביטול הביקורת השיפוטית. מי שקרה את ההצעות החוק אלה יגיע למסקנה חד-משמעות שבמנגנון שהוצע בחוק לא תהיה ביקורת שיפוטית כלל, כי לשם קבלת החלטה נחוץ רוב של שבעה מתשעה, ורוב זה אינו בר-השגה. لكن המשמעות היא שלא תהיה כלל פרשנות של חוקי הכנסת ולא תהיה פסיקה מעבר לשאלת הפליטיזציה. אני כבר רואה בעיני רוחי שההסכם הקואליציוני יהיה מי שיקבל מקומות בבית המשפט לחוקה על-פי מפתח קואליציוני כזה או אחר ושבית המשפט לחוקה ייפוך לפארסה אחת גדולה: בית משפט מפלגת-קואליציוני, שתוצאתיו הן הרס מערכת המשפט בישראל. גם לא כתוב בהצעת החוק לבית משפט לחוקה שהנציגים צריכים להיות משפטנים, כך שהקשר בין משפטן מכוון לבין בית המשפט לחוקה יהיה מקרי בהחלט.

ענין אחר שמדאג אותי מאוד הוא שבית המשפט העליון מרסן את עצמו. בויכון על בית משפט לחוקה, בויכון שמתנהל בכנסת, אני רואה את אותויו של הויכון על התנהלותו של בית המשפט העליון, ואני מזהיר מפני העניין הזה. אני לא חשש מבית משפט אקטיבי, כי במגוון הרחב של הדמокרטיה הישראלית הוא שומר על זכויות האדם והוא שומר על זכויות המיעוט מפני דורותנו הרוב. את התפקיד הזה הוא צריך למלא באופן עצמאי במציאות הישראלית ולא להסתמך נוכחות המגמות הפליטיות, כי זה חי בדיק המוטיבציה שביסוד כל המגמות להקמת בית משפט לחוקה שאנו פוגשים לאחרונה בכנסת.

#### כמה הערות לא שיטתיות בשולי

#### • חיים צדוק:

הדברים שנאמרו:

ראשית, נרגעתי במקצת לשמע דבריו של מרדכי קרמיניצר כי מה שקוראים 'ביקורת שיפוטית מקדמית' איננו תחליף לביקורת השיפוטית, אלא נוספת. אך הכוינוי 'ביקורת שיפוטית מקדמית' הוא בעצם תרתי דסטרי: זאת איננה ביקורת שיפוטית, זה מנגנון לשיפור דרכי החקירה של הכנסת כדי שהכנסת לא תיכשל או שתיכשל פחות בחקיקת חוקים שלא יעדמו בمبرון הביקורת השיפוטית האמיתית.

שנית, מדובר המשתתפים אפשר להתרשם כאילו יש 'טבולת רסה' בעניין הביקורת השיפוטית, אולי כל האופציות פתוחות, ומה שנותר הוא לבחור את האופציה הטובה ביותר. אני חושב שקיים היום מצב משפטי ברור

והוא שיש ביקורת שיפוטית, ושהביקורת השיפוטית הזאת היא בידי בית המשפט העליון לא רק בגין הפסיכה לעניין בנק המזרחי, אלא בעיקר בגין מה שנאמר שני חוקי היסוד בפסקת ההגבלה. שם נקבעו הנורמות הערכיות המחייבות בחקיקת חוקי הכנסתת הרגילים. מי שכTabControl את הסעיף הזה — והכנסתת היא שכTabControl אותו ולא בית המשפט העליון — קבע בכך שחייב להיות מוסד שיבדק אם חוק רגיל של הכנסתת עומד ב מבחון פסקת ההגבלה. מלבד מערכת השיפוט, אין מוסד אחר שראוי לעשות זאת, ובית המשפט העליון נהג כך למעשה במסגרת פסק הדין בעניין בנק המזרחי שהוא, כך אני מגדיר לעצמי, *Marbury V. Madison* (1803) של מדינת ישראל. אני לא יודעת אם פסק הדין בעניין בנק המזרחי יחזק מעמד 200 שנה, אבל הוראה מפורשת בחוקה או בחוק היסוד המעניין במפורש את הסמכות, בית המשפט העליון שלנו ראה עצמו, מכוח חוק היסוד, מוסמך וחייב לדאוג שחוקים רגילים של הכנסתת יעדמו ב מבחון פסקת ההגבלה.

עוד שתי הערות שאחות מהן נוגעת לשיטת האנגלית והשנייה נוגעת לבית דין נבחר לחוקה:

ב-*Human Rights Act* רצו האנגלים בעצם להפוך את האמנה האירופית לזכויות האדם לחלק מהמשפט של אנגליה. אלא שהם רצו לעשות זאת בלי לפגוע במישרין בעקרונות הפרלמנט באמצעות היתחבותו של ה-*Declaration of Incompatibility*. אם יש דבר שאינו מתאים למדינת ישראל, זהה השיטה של ה-*Declaration of Incompatibility*. אני לא יכול לתאר לי מצב באנגליה שבית משפט, בית הולודים, האינסטנסציה השיפוטית הגבוהה ביותר, יתנו *Declaration of Incompatibility* והפרלמנט יתעלם מכך ולא ינקוט שום פעולה; אין זה מדרכה של התרבות הפלטית האנגלית. אני חושב שככל שיתנו לנו שיטת בית המשפט העליון או בית משפט אחר, תהיה עילתה להחרפת היחסים בין אותו בית משפט קונסטייטוציוני, בית המשפט העליון — ובין הכנסתת. בכנסתת יגידו: אנחנו חוקינו חוק, ומרי אתם שתיתנו לנו Declaration of Incompatibility? אנחנו נציגי העם ואנו לא נשנה את החוק. זאת עילתה לריב בין הפרלמנט ובין בית המשפט על כל Declaration of Incompatibility.

• **שאול יהלום:** אני רוצה לפתח בשתי הערות מקדים:

א. לצורך הפשרה אני מוכן להרחיק לכת עוד יותר מפרופ' רות גבעזון ולומר שאני מוכן לביקורת שיפוטית ואולי אפילו נחוצה ביקורת שיפוטית, אם זה מה שיעזר למדינת ישראל להגיע לקונסנזוס.

ב. באופן מוחלט אני ורבים כמווני לא מתנגדים שבית המשפט העליון יהיה המבקר השיפוטי של הרשות המבצעת, כולל חקיקת-המשנה של הרשות המבצעת. אנחנו אפילו מוכנים לשות לחקיקה ברורה שתעגן את הנושא הזה בחוק יסוד. להפוך, בית המשפט העליון הסכים או הוביל לאחרונה בכיוון של הורדת סמכויות מעצמו בנושא המשפט המינימלי, מה שנקרא 'בג"ץ קטן', ואילו אנחנו התנגדנו להה.

התנגדות שלנו מתמזהה בכך שאינו מעוניינים שבית המשפט העליון יהיה בעל סמכות לבטל חקיקה ראשית של הכנסת או של כל בית משפט כפי שהדבר נעשה היום.

אני חוזר על מה שנאמר כאן. חקיקת הכנסת היא תוכאה של מעורבות, של פשרה, של השפהה, של דו-שיח של צגי החברה הדמוקרטית שנבחרו בתהליך דמוקרטי. לכן כל חוק צריך להיות תוכאה של איזון חברתי דמוקרטי של מדינת ישראל. אתם אומרים לנו שחקיקה כזו צריכה לעמוד לביקורת אצל גוף שיפוטי שישקוול, בדרך של פרשנות ופיתוח הلتוי, האם החוקה הולמת את חוקי היסוד, כי חוקי היסוד או החוקה הם מאוד עמוסים. האם מישחו מוכן להתחייב לפני כי תפיסת המוסר של המדינה, ומושגים כמו 'תכלית רואיה' אינם נובעים ממהשकפת עולם? מעולם הערכים של השופטים? האם 'תכלית רואיה' תיתפס בכל מקרה ועל-ידי כל שופט בצוות זה?

והנה אומר הנשיא אהרון ברק כי מי שיוסמך להחליט שהחוק שקיבלה הכנסת אינו הולם, הוא בית המשפט העליון. מעולם לא מינינו שופטים על-פי המוסר שלהם, על-פי יחסם למיעוט, על-פי השקפת עולם. דיברנו כמובן על ישר, אבל תלמיד מינינו שופטים על-פי מג שיפוטי, על-פי תכונות שאינן קשורות דזוקא לערכיהם. דיברנו כמובן על פסיקה נכונה ומקצועית. לכן נניח שהיום בית המשפט העליון הוא מאוזן, מאוזן לחלוتين על-פי האיזון החברתי במדינה – נשים, גברים, ספרדים, אשכנזים, דתאים, חילונים, ערבים, יהודים, כל מה שתרצו – אבל על-פי ההגדרה הוא לא כזה. בעוד עשר שנים הוא לא יהיה כזה. הרי לא ממנים את השופטים בשיטה הכל כך טובה שכולם מציינים כאן, על-פי אמת המידה הדמוקרטיבית הזאת.

לכן איננו מסכימים שמוסד חסר איזון דמוקרטי-חברתי מעצם הגדרתו  
יבטל חוקים שהתקבלו על-ידי מוסד שכלו איזון דמוקרטי.

קחו, למשל, שלושה חוקים שחלקים כבר מחוקקים: בלילה ט' באב ייסגרו  
כל בתיה העינוגים, בלילה יום הזיכרון ייסגרו כל בתיה העינוגים ובלילה יום  
השואה. נניח שהם עומדים עכשו בבית המשפט העליון מול כל של אחר  
הערכים – חופש העיסוק, תכילתית רואיה וכדומה. האם לא ברור מאליו,  
שיש שופטים שיתייחסו לט' באב אחרת מאשר ליום הזיכרון לשואה,  
ושבעוד 100 שנים הם יחשבו אחרת לגבי יום הזיכרון לחיליל צה"ל  
כאשרו השcolon השcolon עוד יlk ויפחת? הנסיבות מיצגת את החברה, היא  
שחוקקה את החוקים הללו, והם יבטלו אותם!

בכל ההצעות שהוצעו כאן, יש לא מעט דברים שאין מסכים בהם. עם  
הצעתה של רות גביזון אני מסכימים במאיה אחוזים. אני גם מסכימים עם בית  
משפט לחוקה לפי הצעתו של פרופ' קלין. אני גם מסכימים עם הדגש  
הבריטי שהציג פרופ' סגל. אני גם מסכימים להצעתו של מרדכי קרמניצר  
בתנאי שלא מעמידים מעל הגוף המבקר זהה את בית המשפט העליון.  
בambilיטים אחרות, שלוש וחצי הסכומות מתוך חמישה שיטות, ואפשר לשלב  
בינהן ולעשות קומבינציות.

• **אין אבנון:** את דברי כאן הייתי מבקש להזכיר  
בគורת: "ביקורת שיפוטית: ההצעה?" ולגוף הדברים:

הקשבה לדיוונים המרתתקים בנושא הביקורת השיפוטית עשויה לעורר את  
הרושם המוטעה כי בפנינו אך ורק דיון במקריםיו השוואתיים. כל צד  
מצטט בהרחבה מניסיון בתיה משפט ומערכות משפט במשטרים  
democratic, כאשר הרטוריקה של ניסיון העמים משרתת תמייה באחת  
משמעות עמדות יסוד. Umada achot tuvunat bi biktora shifutit hayah be-ikra  
הליך משפטי שכבר קיים בישראל ושהאין סיבה לשנות את העיקרונו של-  
פי בית המשפט הקיים הוא המוסמך להפעיל בiktora shifutit. לכל  
היותר ניתן לשפר הליך קיים על-ידי צמצום הדיון בפסילת חוקים  
מטיעמים חוקתיים לבית המשפט העליון (ובכך למנוע דיון בסוגיה זו בבית  
משפט או בערכאה אחרת), או – כדוגמה להצעה במסגרת Umada  
עקרונית זו – להוסיף להרכיב בית המשפט העליון מספר שופטים שיכנהו  
אך ורק בהרכבים שעוסקים בiktora shifutit.

Umada achot tuvunat bi biktora shifutit heilich shevo mosheuvot duot  
המעוגנות בערכאים ועקרונות חברתיים (לא רק משפטיים) שונים ומגוונים,

ועל כן יש להפקיע מידיו הרשות השופטת את הבלתיידות על הדיון זהה ולהרחיב את מעגל המכרים אל מעבר למעגל המשפטנים המכנים בቤת המשפט העליון. מצדדי עמדה זו משתמשים בניסיון העמים כבסיס להצעות להוספת רשות או מוסד (כגון בית משפט לחוקה) למערכת המשפט והמשפט בישראל. תכליתו של מוסד נוסף היא לדון בשאלת חוקתיותה של חקיקה וגילתה בפני הרכבו שישיוק (או, שמא – ייצא) את עיקר גוניה של קשת הערכים בחברה בישראל.

אני אטען כי הפניה לניסיון העמים והפתרונות המוצעים לכך או לכך מסוימים את הדיון מהעיקר. העיקר איינו בהשוואה מוסדות ותהליכיים בדמוקרטיות יציבות לשם מציאת הדגם הרואי לישראל. העיקר מצוי内心ually העומק בניסוח חוקי היסוד. בנושא זכויות האדם, שמוליך את הקשיים הפוליטיים והמשפטיים שסוגיות הביקורת השיפוטית מעוררת בישראל.

לאחר הצגת הכספי בניסוח חוקי היסוד שבעתיו הופך הדיון בביטחון שיפוטית לטעון, ליידי ולרווי מתחים, אציג במצום את הפתרונות הרצויים למשבר הפוליטי והמשפטרי שסוגיה זו מעוררת. אציג כי לאחר תיקון הליקוי שיימוד במרכזה הדיון שלי (קרי: ביטול פסקת המטרה בחוקי היסוד בנושאי זכויות האדם), יש לחזק את הכנסתת עליידי כך שבדיקת היחס בין חוק רגיל לבני ערכיו יסוד תעשה במסגרת הליך החקירה בנסיבות. במקביל, אציג כי הליך בחרית שופטי בבית המשפט העליון יהיה לפחות יותר מהמקובל ביום. זאת, תוך הצגת המועמד שנבחר עליידי הוועדה למינוי שופטים בפני הציבור עליידי שימוש ציבורו בנסיבות בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט (או – אם מתאפשר הצעתי – בפני הוגף שיקום במסגרת, או לצד, הכנסתת לדון בחוקים שעולמים לפגוע בזכויות אדם מוגנות).

מצף ההצעות הללו נועד למנוע Zusau נוסף למבנה המשפט בישראל, המצו依 ממילא במשבר מתמשך מאז נחקקו שלושת חוקי היסוד החדשניים בשנת 1992 (אני כולל את חוק יסוד: הממשלה – 1992 חוק חדש בשל המהפכה המשפטית שהוא כולל בשנים שהן היה בתוקף, טרם בוטל בשנת 2001 מרכיבו המרכזי – הבחירה הנפרדת של ראש הממשלה).<sup>1</sup>

הוספת רשות שלטונית חדשה כלשהי היא Zusau מיותר למשפט שעדיין לא התיצב לאחר המשברויות של שנות ממשלי הבחירה הישירה. חיזוק רשותות קיימות – הכנסתת ובית המשפט – נראה כדרך הנכונה להנתאים

למשטר בישראל את הביקורת השיפוטית. אוסף כי לדידי, התכליות העיקריות של ביקורת שיפוטית בישראל – תכליות רואייה וnochacha – היא הגנה על זכויות אדם (ולא – כפי שעשו להשתמע מהדיונים בסוגיה זו – פסילה של חוקי כניסה). הפסילה בכוח נועד להגנה על זכויות אדם ולא להפיכת הרשות השופטת ל'מייצגת' עמדות פוליטיות של מגזר זה או אחר).

### **הכשל שהופך את הדיון בביקורת שיפוטית למתלהם וליצרי**

הכשל שמעצימים את המאבק הפוליטי והתרבותי סביבה סוגית הביקורת השיפוטית מצוי במשתמע מניסוח פסקות המטרה (סעיף 2) בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק.<sup>2</sup> זו לשון הפסקה:

"חוק יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו (או על חופש העיסוק) כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל במדינה יהודית ודמוקרטית".

ההגנה על זכויות אדם **לשפט** עיגן ערכיה של מדינת ישראל במדינה יהודית ודמוקרטית, מחייב את בית המשפט לפסוק מה **הט** ערכיה של מדינת ישראל במדינה יהודית ודמוקרטית. זה לב הבעה בעת שעוסקים בביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת. המשתמע מפסקה זו הוא, לדעתי, מקור התesisה המלווה את הדיון בביקורת שיפוטית, משום שמדובר הפסילה של חוק הכנסת כולל את מבחן הפגיעה ב"ערךיה של מדינת ישראל" (סעיף 8 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 בחוק יסוד: חופש העיסוק). אביא את לשון הטעיפים הללו:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק זה, אלא בחוק החולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכליות רואייה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

משמעותו, הרשות שתוטסמן לקבוע אם חוק הכנסת צריך להיפסל בשל פגיעתו בזכויות אדם (עשיה nochacha וחשובה כשלעצמה), תוטסמן (ואף תחויב) לקבוע מה הם ערכיה של מדינת ישראל במדינה יהודית ודמוקרטית. זאת משום שמדובר "ערךיה של מדינת ישראל" הוא בהכרח מבחן ערכיה של "מדינה ישראל במדינה יהודית ודמוקרטית".

מהם הערכים הללו? מה פשר כי החיבור? אין לכך תשובה מוסמכת ואין על כך הסכמה כלשהי אף בקרוב רוב קטן בחברה בישראל. בהיעדר הסכמה, מעמדו החוקתי של ביטוי זה נתפס בעניין רבים (בעניין רבים ושוניים: לא

רק יהודים, לא רק דמוקרטים, לא רק דתיים, לא רק לא-דתיים) כביטוי שפרשנות מהיבת שלו, תוך הפעלת הכוח האוכף של המדינה לשם קידום פרשנות אחת ויחידה, עלולה להחריב עולם ערכי של יחיד או של קהילה בישראל. מתוך כך ההתרוצצות האינטנסיבית בחברה בישראל לשם הצגה קיצונית של מדאות בסוגיה זו והניסיונות לנוכח אמנות והסכמים שיגשו על-פני מחלוקת שמן הרואין לאפשר את המשך קיומה לדורות.

על רקע זה ראוי לשוב ולשאול, האם בית המשפט יכול לבחון את הערכים הללו כיש מאין? לטענתי, היאני – אין. לא קיים במצב ישי' מוסכם או מדויק שימלאו. הפרשנות פרוצה לכל עבר, פתוחה לנטיות הלב ולהעדפות הערכיות של יחידים, בין אם הם מלאי משרות ברשות השופטת, נציגים ברשות המחוקקת, או יחידים בני החברה.<sup>3</sup> ניתן אף טועון כי לב הדיאלוג בישראל המתהווה (בחברה וכמדינה) מצוי במתוך המתויד בקרבו של כל פרט ובין קבוצות ונציגיהם באשר לפשור היהות של מדינת ישראל הן מדינת העם היהודי והן מדינה דמוקרטיבית. מה פתאום נלקח דיון מתח ומספרה זה מרשות היחיד ומרשות החברה והועבר להכרעת רשות שיפוטית? בשעה שרשות שיפוטית מחויבת לפסקוק באופן סמכותי מה הם ערכי היסוד הלא מפונחים של חברה (כמוון, בית המשפט עוסק מדי יום בחובתו להגן על ערכי יסוד מסוימים, כפי שהתרחשו ביובל שנות חברות, מדינה, חקיקה ושפה דמוקרטיים), בפועל נלקחו מיחיד ומחברה הזכות ואף החובה לדzon, לבטא ולעצב ערכים משותפים אלה מתוך שיג'ושׂ מתחכם ומעמיק.

הعتبرנו הפתואמית והלא-נחותה, מהחברה ומהפרלמנט לבית המשפט ולספר הפסיקה, של דיון מרותק ושוני בחלוקת על היחס בין יהודיותה של החברה והמדינה בישראל לבין דמוקרטיות – היא מקור המחלוקת העמוקה שמעוררת הביקורת השיפוטית. זו התפתחות מיותרת. ההגדרה של מטרת חוק היסוד כמגן על זכויות לשם עיגון מערכת ערכית עրטילאית שימושה 'במדינה', נשתנה בחფזה, כפשרה מזדמנת של הכנסת על סף פיזור, הכנסתת ה-12. כמו שבחירה הישירה התגלתה כטעות קשה שכמעט ריסקה את הפרלמנטוריזם בישראל, כך עלולה פסקות המטרה להתגלות כמקור אי-שקט מתמיד במערכות המשטר בישראל. הסיבה המרכזית לטלטלה שעוברת החברה בישראל בשעת דיון באופייה של ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטיבית", ולכעסים והיצרים המלוים את המאבקים בכנסת סביב סוגיות בית המשפט לחוקה, היא בידיעה של הנוגעים בדבר כי ביקורת שיפוטית משמעה חריצת דין וסיום טרם עת של

השיג ושיח החברתי בדבר פשר הביטוי "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וodemocratic".

### סיכום ומסקנות

1. המתח בין 'ערכים יהודים' לבין 'ערכים דמוקרטיים' הוא חלק מהשיח החברתי בישראל. היעדר הכרעה בסוגיה זו מאפשר המשך חיים מגוונים ליחידים ולקבוצות על-פי דרכם ועל-פי אמוןתם. חיichיות מעין אלה מתאפשרים בזכות התקיימות של תרבות פוליטית דמוקרטית, שמעודדת ריבוי דעתות ועמדות בנושאים של אמונה, פילוסופיה ואורחות חיים. להערכתני, הדעה הרווחת הציבור הרחב – היהודי ולא-יהודי – היא שיש להמשיך ולפתור לגופן מחלוקת שמעטות ערדים 'יהודים' וערדים 'דמוקרטיים', אף שפתרונות אלו אינם כשלעצמם סוף פסק למתח מרובד ומורכב זה. אפשר וכך לפתור מקרים רבים כמו במקרה פרטיאם ולאפשר לציבור המקרים לגלות ברבות הימים את העיקרון היחיד שברקע הריבוי. אך למרות ההסכמה הרחבה בדבר התבונה שבאי-פתרון המתח המתמיד בין ערכיה של ישראל לחברת רוב היהודי לבין ערכיה חברה דמוקרטית – באה פסקת המטרה וחיבתה את בית המשפט לשיטים קז' למאפיין זה של תרבויות השיח בישראל, ובכך יקרה תנאים לשינוי מן המסדר של גבולות הדיון בחברה בישראל, לא לטובה ושלא לצורך.
2. בהטלת האחריות לckett תוכן בביטוי "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וodemocratic" על הרשות השופטת, ויתריה הכנסת ללא סיבה ניכרת לעין על תפקידה בדמוקרטיה פרלמנטרית תקינה, קרי – רשות שבמסגרתה מתקיימים דיןונים על ערכי חברה ושמותה יוצאות הכרעות על סוגיות שונות בחלוקת חברתיות עמוקה. בדברי אני מניח שלא עוררין שחשיבות וначיות ההגנה על זכויות אדם בישראל – על זכויותיו של כל אדם – אינה שנויה בחלוקת וראיה להגנה בחוק יסוד. מה ששני בחלוקת ומיותר הוא השאלה כיצד הגנה על זכויות אדם מענגת את ערכי המדינה כ"מדינה יהודית וodemocratic". תוספת מיותרת זו אני מציע לבטל כאמירה חוקתית.
3. משעה שבתי המשפט חוויבו לדzon בPsihbietoi "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וodemocratic", יקרה הרשות המחוקקת תנאים להחלשה הכרחית של בית המשפט בראשות המכרים בשם ערכים מוסכמים על רוב החברה בישראל, כפי שהם מבוטאים הלכה למעשה

בחוקי הכנסת. הדיון של בית המשפט בתוכן המעשי של ביטוי זה מכוומם עליו יחידים וקבוצות בחברה בישראל, שזועקים כנגד המונופול של בית המשפט על הפרשנות המחייבת של מערכת ערכית עמודה החסירה תוכן מוסכם. זעקה זו כוללת את הטענה כי שופטי בית המשפט מייצגים מגזר חברתי צר וועלם השכלה צר, ומתווך בכך אי-נים בהכרח מוסמכים או מוכשרים לדון בחלוקת רבת-הפינים שלגולהה בפענוח החידה שטמן המחוקק בפסקת המטרה. בתרבות דמוקרטית תקינה, טענות מעין אלו חייבות להיות מופנות למחוקק ולהכרעוטיו ולא לשופטים הפועלים ליישם את דבר המחוקק במעשה שפיטה. אך בישראל הפק בית המשפט למושא הביקורת, ובכך נחלש שלא לצורך מעמדו בענייני הציבור.

4. יתר על כן, בשעה שהחוקק העביר לרשות בית המשפט (או לרשות פרשנית אחרת, אם תיכון צוזו) את הדיון המחייב בדבר מהות ערכיה של מדינת ישראל "כמדינה יהודית ודמוקרטית", הוא מיד הפנה אל עבר בית המשפט קבוצות שרואות ברשות זו זירה נאותה לחולל שינויים חברתיים ותרבותיים באמצעות חקיקה. בכךן, קבוצות שחשות כי הרשות השופטת והדריכים להשפיע עליה (כמנוף לשינוי חברתי) חסומות בפניהם, מתנכרות לרשות השופטת ובכך הן מפנות עורף למוסד שחיבב להיות מסד-המסדים של חברה ומדינה המכובדות את עקרון עליונות החוק ועקרון שוויון הכל בפני החוק. מתוך תגובה זו באו לעולם יזמות לכינון בית משפט לחוקה, שיורכב מנציגים של מגוירים חברתיים והשകות עולם דתiot שנטען כי אינם זוכים לייצוג הולם בהרכב בית המשפט העליון.

5. בארבעת הסעיפים הקודמים רמזתי לדינמיקה הפוליטית שברקע המחלוקת סביב סוגיות הביקורת השיפוטית. ברצוני להוסיף הערת על אוזחות דינמיקה נוספת, מהתחום הפסיכולוגי. כוונתי לכך שפסקה זו, המייחסת למדינת ישראל ערבים, יוצרת רקע פסיכולוגי להאדרתת-יתר של המדינה ולהפיקתה (בתפיסה החוקתית המחייבת) מבנה מינמלי שתכליתו שירות האדם והחברה, לישות מטיא-פייזית בעלת ערבים בלבד עצמה. תפיסת מדינה מעין זו מאפיינת משטרים לא-דמוקרטיים. כנגד הטענים כי פסקה זו נכתבה בהשראת מגילת זכויות האדם הקנדית, אצין כי מגילת הזכויות הקנדית מתייחסת (בקנדה) ל"חברה חופשית ודמוקרטית" ולא ל"מדינה נוצרית ודמוקרטית".<sup>4</sup>

סעיפים 1 עד 5 מוליכים למסקנה פשוטה כי ביטול פסקת המטרה אפשר דיוון רצינלי בסוגיית הביקורת השיפוטית. זאת מושם שהמחקרים של הכרעות בסוגיה זו יצומצמו לכל דיוון בשאלות חשובות הנוגעות לאיזון נכון בין ייצוג פוליטי לבין שפיטה מכוונת, לאיזון הרצוי בין ערכיו שעלה בין ערכי יסוד ולסוגיות האיזון הנאות שיש לקיים בין הפרלמנט לבין בית המשפט בסוגיית הביקורת השיפוטית.<sup>5</sup>

בעשור שמאז המהפכה המسطרית של 1992, עברה הדמוקרטיה הפרלמנטרית בישראל טראומה קשה עקב התופורות הפרלמנט כליבת התהיליך הפוליטי בישראל ויצירת מוקדי עצמה פוליטיים חלופיים לפרלמנט.<sup>6</sup> רק לאחרונה, באביב 2001, השיבה הכנסת את הדמוקרטיה הפרלמנטרית על כנה. אל למחוקק לטלטל שוב את המערכת הפוליטית ואת המשטר על-ידי יצירת גוף נציגים מתחרה לבית המשפט או לכנסת. על כן, לדעתינו יש לחזק את הכנסת על-ידי חיזוק מגנון הבקורת המכוון של הכנסת, שיחווה דעה באשר לפגיעה אפשרית של חוק בזכויות יסוד מוגנות של החוקה המתהווה. נוסף לכך ראוי לשקלול הקמתו של גוף מייעץ (מעין ועדת הכנסת ובה נציגי ציבור ומומחים), שלבדיקתו יועברו דברי חקיקה שהוגן וויאת טרם יועבר חוק לדיוון בפני בית המשפט. גוף זה יאפשר דיוון שקול בסוגיות המתבקשות שיחווה מוקד עניין לציבור הרחב, דיוון שימנע מצדו את השקלה וטריה בנושא ההגנה על זכויות, ותוך כך יוננו בהדרגה ובאופן מושכל זכויות האדם בנסיבות חשובים לכל אדם במדינת ישראל. ותוך שתיקיימו דיוונים אלה בכנסת ובגוף סמוך לכנסת, ישוב בית המשפט ויתרחק מהמחלוקות הערכתי העמוקה והלא-פטורה ויקטנו למיניהם מספר המקרים שבהם יעסוק בביורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים.

● **אריק פרמוני:** את הדקוות הבאות אני מבקש להזכיר לכמה הערות עקרוניות שישלו את הדרך לדיוון הבא. אני רוצה להזכיר לנו מה אמר נשיא בית המשפט העlian. אנחנו מקיימים את הדיונים הימים 53 שנים לאחר הקמת המדינה. איננו נמצאים בשלב המכון של הקמת המדינה, ועל כן הדיוון לא יכול להיות דיוון תאורטי, אלא חייב להיות מחובר לתנאייה ולמצביה של החברה הישראלית, למציאות הפוליטית והכוחות שפועלים עליה.

התפקיד שלנו הוא לנסות ולפאיין, מתווך שיקול דעת של היתרונות והחסרונות של מה טוב ומה ראוי ומה אפשרי, אילו דגמים אפשר להציג כדי להניח את המצע להשלמת התהילה החוקתית במדינת ישראל. לצורך העניין הזה, נעבד בקבוצות, ובמועד הדיוון בכל אחת מהקבוצות יעמוד אחד הדגמים שהוצעו בדיון הזה.

אין הכוונה להעלות נימוקים بعد ונגד דגש כזה ואחר, אלא כל קבוצה תתייחס אל הדגם שהוא עוסקת בו כאשר הוא הדגם המיעוד של ביקורת שיפוטית, גם אם יש חברים בקבוצה שמתנגדים לדגש. מחר בבורק מתכנס לדון בתוצאות הדיונים בקבוצות.

השאלות שינחו את דינו הכספיות הן שאלות מאוד פרקטיות ובהחלט לא שאלות ערכיות. אני מבקש ומציע שנתמקד בשאלות כמו היקף זכויות העמידה, מי יהיה רשאי לפנות לערכאה, מועד הפעלת הביקורת החוקתית, האם הביקורת החוקתית תיעשה לפני החקיקה או אחריה, מינוי שופטי עריכאה חוקתית, תחומי הביקורת החוקתית וכו'.

הערות

- למושג 'מהפכה מושטרית', ראו דן אבנון, "مثال עם בדיון המהפהכה המשטרית", **פוליטיקה** 5, יוני 2000, עמ' 27-28.

לדיון מפורט ומנומק לעמדות שומות כאות בקצרה, ראו שני מאמרים: דן אבנון, "ההיבט הלא-דמוקרטי של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם", **פוליטיקה** 2, אוקטובר 1998, עמ' 53-70.

Dan Avnon, "The Israeli Basic Laws, (Potentially) Fatal Flaw," **Israel Law Review** 32:4, autumn 1998 pp. 535-566.

לניסיונות לפטור את החידה שגלומה בפסקת המטרה, ראו מאמרי "ההיבט הלא-דמוקרטי" (הערה 2 לעיל), עמ' 61-65, וב-*The Israeli Basic Laws*, עמ' 535-566 (הערה 2 לעיל); וכן במאמרי "הציבור הנאור": יהודית ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי?!, **משפט וממשל** ג:1, 1996, עמ' 417-452, שבו ניתוח מקיף על ניסיונו של הנשיא ברק להציג אבחן משפטית שירבע את המועל.

4. ראו דיוון ב"ההיבט הלא-דמוקרטי", עמ' 55; וכן ב-*The Israeli Basic Laws*, pp.542; 545
5. להצגה תמציתית של עיקרי הסוגיות שניצבות בפני דיוון רצינוני  
ומוקד בביבורת שיפוטית, ראו יצחק זמיר, "הביבורת השיפוטית  
על חוקיות חוקים", *משפט ומשפט* א:2, אפריל 1993, עמ' 395-410.
6. ראו ניתוח תומך לעמدة זו במאמרי "משפט עם בעידן המהפכה  
המשפטית", (הערה 1 לעיל) עמ' 33-44.



## שיחת עידה חזותית

מ נ ח ה :

- ד"ר ברמן, אריך – נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים

שמות הדוברים (לפי סדר אלפבית):

- פרופ' אקרמן, ברוס –
- הסנטור בֶּןְגָּטֵר, רופר – לשעבר שר המשפטים ונשיא מועצת החוקה, צרפת
- פרופ' גביזון, רות – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; עמיתה בכירה, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- פרופ' זמיר, יצחק – שופט (בדימוס), בית המשפט העליון, ירושלים
- פרופ' מעוז, אשר – ראש מכון טובנשלאג למשפט פלילי, אוניברסיטת תל-אביב
- פרופ' רזאי, פרנסס – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים

## ועדה מייעצת לכנסת

● **אריק פרמוני:** בישיבת הערב יהיו אתנו שני אורחים. הראשון הוא רופר בזנטר, לשעבר שר המשפטים ונשיא מועצת החוקה של צפת. לפני שנה הוא ניאות ליטול חלק בועדה מייעצת בינלאומית שהקמנו לקידום הנושא שלנו היום. משך ימים ניהלו במכון שלנו בירושלים דיונים ארוכים והצחנו להתמודד עם רוב הסוגיות שהעסקו את הועדה בשנה החולפת ויוטר.

בשיחות מקדימות עם רופר בזנטר הוא אמר, ואני הסכמתי עם דעתו, שטוב עשה אם לאណון באופן תאורטי בדגם ה;bractfi או בכל דגם אחר שקדם בהשראתו, אלא נדון בהשquette, שבודאי מתבססת על הדגם ה;bractfi, על כמה מההצעות שהוצעו כאן היום. הערכהacha של פרוצדורה: אנחנו נציג שאלות ומר בזנטר ישיב, וכך יתפתח, אני מוקוה, סוג של דיאלוג.

ברצוני לפתח בשאלת הראושונה. מסרנו昨日, מר בזנטר, את תמצית הצעתנו שمبוססת למעשה על הרעיון ה;bractfi של ביקורת שיפוטית. אתה עיינט בהצעה שלנו וכמוון הבדיקה בהבדלים שבין הדגם ה;bractfi לבין השאר הצענו להשאר על כנה את הביקורת השיפוטית. אחד היעדים שלנו, סבורני, הוא לשומר ולהגן על מעמדו של בית המשפט העליון. במקביל, עליינו להגביל ולספק פתרון רציני לתופעה שהhaftפהה בשנים האחרונות, וכוונתי לשחיקה באמון בקרב חלקיים מסוימים של החברה הישראלית – כולל מיעוטים חשובים – בפסקותינו של בית המשפט העליון. למעשה, הבוקר הגדרנו את הנושא זהה, כלומר סוגית פרשנות החקיקה והביקורת השיפוטית, מכשול גדול ביותר החוץ בינו לבין החקיקה.

מה דעתך על ההצעה המסויימת הזאת לאור אותן סוגיות בעיתיות מבחינתנו?

● **רופר בזנטר:** ההצעה שלחחתם לי עסקה בהקמת ועדת מייעצת לכנסת על קביעות החקיקה, לא בגוף שיפוטי. עיכם להיות ברורים בנושא הזה. אתם אומרים, ובצדק, שגוף כזה י מלא תפקיד של בחינה משפטית: לא פסיקה קונסטיטוטציונית, אלא חוות דעת חוקתית.

ראשית, למיטב הבנתי אסור לפגוע בתפקידו של בית המשפט העליון ויש להגן על מעמדו ועל השפעתו. איני בקי בנסיבות הקיימים כיום בישראל ביחס להחלטה זו או אחרת של בית המשפט העליון, אך בית המשפט העליון, כמוסד, זכה הן בישראל, אני מניה, והן בחוץ לארץ (ועל כך אני יכול להיעיד) להערכה רבה מאוד. אם יוחלט לבססן על הקמתה אותה ועדת מיעצת, חשוב מאוד שהיא לא תיראה כמו שנותלת סמכויות מבית המשפט העליון. זו הערכה ראשונה שרציתי להעיר.

אם גוף זה ישמש ועדת מיעצת גראד, אני סבור שהרכבה צריך להיות קל-משקל. אסור שתתיה גוף כבד, מעין בית מחוקקים שני. מן הראי שייהיה זה גוף בעל רמה מקצועית גבוהה, זמן תמיד מבחינה טכנית לעורוץ התיעיזיות, קל לניהול, ושהדינונים בו יהיו פשוטים, וגם – בעלות תפעולית נמוכה. לא שכפול של בית המשפט העליון שמקורית לו הסמכות להנערב טרם אישור החוק על-ידי הכנסת.

אם תהיה בידי הוועדה הסמכות להתנגד לחוק שהכנסת קיבלה או לחסום יזמות חקיקה שבשלבי דיון, בהיותן נוגדות חוק יסוד או חירות אזרחית אחרת – יש בכך, ללא ספק, גראעה מוקרטנו של בית המשפט העליון. כך שעלייכם לנ هو בזיהירות רבה.

אומר זאת בפשטות: אם תוקם ועדת מיעצת עם הרכב ראוי, כלומר אנשים מהشورה הראשונה, בעלי ניסיון פוליטי וחברתי מסוים, היא תוכל לעמוד יוקרתgi. גם אם יהיה לה תפקיד ייעוצי בלבד, הידיעה שמאחורי חוות הדעת עומדים מומחים בעלי-שם, תקשה מאוד על הכנסת לומר: איננו מעוניינים. שמענו את חוות הדעת המלומדת, אך עם כל הבוד מומחים, לנו לא אכפת.

ادرבה, עצם העובדה שמדובר בוועדה מיעצת, תורמת לכך שהמלצתה תישקל ברצינות רבה, מכיוון שוועדה כזו לא תגרע מחלוקת של בית המשפט העליון ולא תחוור תחת סמכותה של הכנסת לחוק חוקים. כל תפקידה יהיה לסייע לכנסת בעבודתהibili להפוך את מאزن הכוחות הקיימים במערכות. אך לשם כך יש להקפיד על מומחיות ללא זופי של חברי הוועדה, וגם שמספרם לא יהיה רב מדי. אחרת יהיו להם יותר מדי, איך לומר, משאי עצות. עליה למןוט, להערכתי, תשעה חברים לכל היוטר. כמה שופטים יושבים בבית המשפט העליון היום?

- **רוֹפֵר בָּזְנֶטֶר:** אם כן, די בתשעת-עשר חברים בוועדה. תידרש מדי פעם עוזרה, מסיבה זו או אחרת – טוב ויפה. אבל בכלל, על הוועדה להיות קטנה, ומקצועית מאוד.
- **לפני הנחת החוק על שולחן הכנסת, צריך להגדיר היכן משתמש הוועדה המיעצת:** כוועדה מייצגת הכנסת, ולא כמלואה את העבודה של הממשלה קודם שתתחיל העבודה הפרלמנטרית. יש כאן הבדל גדול: אין מסייע למשלה; אתה עוזר בעיקר לכנסת בעבודתה הפרלמנטרית.
- **פרנסט רדיי:** ברצווני לשאול על הרכב הוועדה המיעצת. כפי שידוע לך, שופטי בית המשפט העליון שלנו מתמנים לאו דווקא באופן מייצג, ואחת ההצעות כאן היא שהועדה המיעצת דווקא תייצג את המגזרים השונים שכבר מוצגים בכנסת. באופן זה יצורפו לוועדה גם חברים שמייצגים את המגזרים שלמעשה מתנגדים לחוקי זכויות האדם בטענה שהחוקים הללו סותרים חלק מהערכיהם הדתיים במדינת ישראל. רציתי לשאול מה דעתך על הרעיון, משום שדיברת על אנשים בעלי שיעור קומה בחברה. האם כשדיברת על ועדת מיעצת לכנסת, התכוונת לגוף שייצג את כל הקשת הפוליטית?
- **רוֹפֵר בָּזְנֶטֶר:** לאו דווקא. דיברתי על נקיטת גישה ראלית. כשהאני מדבר על מומחים מהshore הראשונה, אני מתכוון למומחים לחוקה או לאנשים בעלי ניסיון רב בענייני חוקה. אך בהחלט אין להפוך את הוועדה לעוד פרלמנט. אל תבהיר באנשים המייצגים את המפלגות השונות בכנסת, משום שאז תיצורו שכפול של הכנסת. לא, יש לנות אנשים בהצעה רובה מיוחד בכנסת על סמך ניסיונים הרבה ושם הטוב. הם ימונו בגלל התוכנות האלה ולא בשל היוטם בעלי כוח בתוך מפלgotihim, או בגלל שטיפסו לעמדות השפעה במפלגה.
- **אריק פרמוני:** למעשה, תקצר ההצעה שלחנו לך תואם כל מה שאמرت. הצינו שועודה מיוחדת תבחר חברים לוועדה המיעצת מקרב מגזרים שונים, בהם שופטים בדימוס, פוליטיקאים לשעבר, יועצים משפטיים או מזכ"לים לשעבר. כך יתהוו פורום מקיף וכולל. אני חושב שהדברים תואמים את דרישותך.
- **רוֹת גִּיזֶׁן:** רעיון הוועדה המיעצת נראה סביר מאוד בעיני. אבל חשוב לציין כי ההצעה ליזום ולהחיל את הוועדה המיעצת באלה כניסיון להגיב על מציאות שבה, ככל הנראה, יהיה בלתי אפשרי מבחינה פוליטית לבש בישראל חוקה מלאה, מציאות שבה בית המשפט העליון, בהרכבו הנוכחי, משמש פרשן וארכף של החוקה גם יחד.

הברורה היא, אם כן, לא לקבל חוקה או לקבל חוקה עם פתרון לשאלת האכיפה, שלא יכלול את בית המשפט כמגנה של החוקה. הסמכות לבטל או להשעות או לפסול חוקים בשל היותם סותרים את החוקה, לא תופקד בידי בית המשפט העליון.

אם תעמיד את עצמן במקומו ותבחן את הנסיבות שבידינו, האם תוכל לומר שיש לנו שיטה כיום טובה די הצורך וראויה להמשיך במצב הקיימים, אוسعך לקבול חוקה ולחזור להגיא לפשרה שתאפשר לנו להשלים את התהילה?

• **רופר בדנטר:** כבר זמן רב אני סבור שאין בישראל חוקים הkowskiיטו ציוניים שראויים לה לפי מעמדה. מצד שני, ידוע על מדיניות דמוקרטיות מסוימות בגל החקיקה שלהם, שהיא מכבידה עליהם, שהיא אינה מסיימת להן. לא די בחוקה טובה אם היא אינה מבטיחה ממש איזוגטי. פעמים רבות קורהazonה ההפק.

אשוב עתה לשאלת בית המשפט העליון. אחת השאלות שיש לשאול, אך לא אתנית עליה תשובה, היא האם יש בעיות בפרוצדורה או באופן הטעוד של בית המשפט העליון? אם אכן יש – אתם, היישראים, חייבים להידרש להן. קל יותר לשנות את הליכי הדיון בבית המשפט העליון מאשר לנשח מחדש חוקה, או אפילו להזכיר מחדש את המערכת לביקורת שיפוטית.

אשר לוועדה המיעצת – כאמור, חשוב שבוואודה ישבו מומחים, ואז לחווות דעתה יהיה משקל מוסרי ומשפטי רב. מכיוון שהחותמת דעת אלה יקבלו פומבי, תיאלץ הכנסת להסביר בחשכון במהלך דיוניה. תוכאה נוספת היא הקלה הנטלה והאחריות הפוליטית של בית המשפט העליון. שחררי הוועדה המיעצת עצמה כבר תאמור: "מכוח החוק המוצע, נראה שזכויות של האזרח הישראלי או, לפחות, חופש העיתונות מופרים או מופקעים". בשונה ממצב הדברים הנוכחי, אם המלצה זו לא תתקבל על-ידי הכנסת ותונש עתירה בעניין זה לבית המשפט העליון, תפקדו של בית המשפט יהיה פשוט יותר וכרוך פחות בעימותים עם הכנסת ועם המפלגות המרכיבות אותה.

עניני בוועדה המיעצת נובע ממניעים פוליטיים מאוד, שחררי ההתמודדות עם חלק גדול מהעימוטים הטכניים, המשפטיים והתאורטיים תיירך כבר במהלך הדיונים בוועדה המיעצת ולאחר מכן הכנסת. סביר להניח שרק לעיתים נדירות מאוד ישמש בית המשפט העליון זורת עימותים.

במקרה שבו הוועדה המיעצת קובעת שהצעת חוק מסויימת כשרה וכי היא עומדת ב מבחן חוקי היסוד; לאחר מכן הכנסת מסורת את החוק בהתאם להמלצת הוועדה המיעצת; ואז, מגיעה לבית המשפט העליון עתירה במקרים קונקרטיים הנוגע לאוטו החוק – ידיו של בית המשפט העליון לא יהיו כובלות. אם המלצת הוועדה המיעצת תקבע שפנ' זה או אחר של הצעת החוק מגביל את זכויות היסוד של האזרח, והכנסת תפעל בנגד חווות הדעת של הוועדה המיעצת – אם תוגש עתירה בעניין לבית המשפט העליון, הוא יוכל לנחות לפি ראות עינו.

cut נתבונן במקרה הפוך. הוועדה המיעצת הביעה את דעתה. הכנסת פועלת בהתאם להמלצתה, ואז מוגש ערעור על שרתו של החוק לבית המשפט העליון. יתכן שבית המשפט העליון יחליט שדעתו אינה توامة את דעת הוועדה המיעצת. בית המשפט רשאי לומר את המילה الأخيرة. מה משמעות הדבר? שיש כאן מקרה של חילוקי דעת בסוגיות יסוד, וזו לא תהיה הפעם הראשונה בתולדות תורת החוקה שיתרחש דבר כזה. אלא שלפי המציאות בשטח ומתוך הכרה שאוןך הוא לפי דעתם של טובים המשפטנים בעולם – נדר מאד למצוא הבדלי גישות בסוגיות יסוד, בהחלט נדר.

גם אם יתעוררו הבדלי גישות, זכרו שעליינו להקפיד על סופיות הפסיכה של בית המשפט העליון. גם אם לא יהיהAIMO'ץ של המלצות הוועדה המיעצת, אפשר לטסוך על בית המשפט העליון שיחליט החלטה נבונה. לו המילה الأخيرة, לא לוועדה המיעצת ולא לכנסת.

**• רות גביזון:** מדבריך משתמש שלפי הדגש הכספי, לאחר שמועצת החוקה קבעה חוק מסויים נמצא בתוך גדרי החוקה, גם ונשלם העניין, ולבתיה המשפט אין רשות להוסיף ולדzon בנושא. גם עולה מtopicך שיש מקרים שבהם לבתי המשפט בצרפת האפשרות להכריע בדבר קביעותם של חוקים גם לאחר אישורם בבית המשפטים.

**• רופף גאנטר:** בצרפת המערכת שונה לחלוtin. כפי שאמרתי, מועצת החוקה נותנת את המלצתה. זו מתתקבלת או נדחת, או לעיתים מתתקבלת בחלוקת. זכרו שבמשך התהלהך תמיד מתווסףים שיקולים, כי העבודה הפרלמנטרית היא כזו שמתחרילים עם דבר אחד ומסייםים עם דבר אחר. לעיתים קורה שבשלבים האלה תtauורר שאלת החוקיות. אך כפי שציינתי, מועצת החוקה נותנת תחילת את חוות דעתה

לממשלה; הממשלה בדרך כלל פועלת לפיה; לאחר מכן עובר החוק לדינום בפרלמנט; בעת החלטתה של מועצת החוקה היא המכיפה. במקרים אחרים, אם זו תחילה שהדריך היחידה לקבל את החוק היא לבצע תיקונים חוקתיים, יש לשנות את החוקה, וזה מהלך מסובך מאוד.

• **רות גביזון:** האם קורה שופטנים בכירים מתחו ביקורת על החלטת מועצת החוקה וטענו שחוק שאושר, למרות שקיבל את ברכתה של מועצת החוקה, אינו קונSTITוטיציוני? האם טענות כאלה נשמעות? ואם כן, כיצד מתיחסים אליה?

• **רוֹבֵר בָּצְנַטְרִי:** המומחים לחוקה באקדמיה, מטבעם שישים למחלוקת ביקורת על ההחלטה. אך החוקה קובעת במפורש שמדובר שמועצת החוקה החליטה שההצעה אינה קבילה, נחתם הדיון בעניין. כל הרשויות כפפות להחלטת מועצת החוקה. יש בידיה עצמה רבה, וזה גם מקור התקלות. זו הסיבה שיש לנשtot להחלטות בזירות רבות. כפי שהתבטأت בזמן כהונתי, הקו המנחה של גופים כאלה חייב להיות הרISON העצמי.

• **רות גביזון:** האם קורה שבקבות אחת מהחלטות המועצה נוצר חוק, שלאחר מכן מתחווים על חיקותו? והאם אז, בשל פגיעהו של החוק בערכיו היסודי של החוקה, איןכם מצטערים על כך שלא קיים מנגנון של ביקורת שיפוטית?

• **רוֹבֵר בָּצְנַטְרִי:** לשוחתי אני יכול לומר שפרט לסמכוות הפיקוח של מועצת החוקה, שמתיחסת עם העדים וההשקות של פיקוח חוקתי, חוקים שלא הובאו לעיון מועצת החוקה צריך שתהייה אפשרות להעמידם לביקורת השיפוטית.

חוות דעתה של הוועדה המיעצת תזכה להערכתה בזכותמצוינותם של האנשים היושבים בה. لكن שמורה לכנסת הרשות לומר: "אולי זהה חוות הדעת המשפטית, אך אין זו דעתנו. אנחנו גורסים שיש להתקדם הלאה, אולי לתקן ניסוח זה או אחר, אבל להתקדם". במצב זהה, בבית המשפט העליון שמורה זכות המילה האחורה.

קודם הדגישתי את השיקול הממעשי. יש לזכור שדמוקרטיות בימינו פועלות תמיד אל מול דעת הקהל. לאחר שהוועדה המיעצת תפרסם את המלצתה, היא תזכה לתהודה רבה הציבור, וממילא יהיה לה משקל רב בהליך החקיקתי. לא יהיה ניתן לבטלה כלאוחר יד. להמלצתה של הוועדה המיעצת תהיה חשיבות גם מעשית וגם מוסרית.

עם זאת אפשר לטעון שהמערכת שבה תינתן המליצה פועלת לפי שיטה משונה, כי לחוות הדעת תהיה סמכות מוסרית, אך לא משפטית. אז נתונה בידכם ההחלטה האם להעניק לוועדה המיעצת את הסמכות לפסק לגביו קבילותן המשפטית של הצעות החוק. אם כך תחליטו, ובמקביל ישמר גם מעמדו של בית המשפט העליון כמפקח או כערקה שנייה, תוטל מעמסה רבה מדי על תהליך החקיקה מכיוון שיוצעו למעשה שתי ערכאות שיפוטיות שיוסמכו להתערב בעניין. לסיים לכנסת זה דבר אחד, אך לכובול את הכנסת להחלטה אחת ואחר כך שנייה – זה דבר אחר.

רבים הסכויים לגייס למוסד זהה אנשי מקצוע בכירים, גם בהתחשב בכך שדעתם אולי לא טובא בחשבונן על-ידי הכנסת וביבית המשפט העליון, והסיבות הן אלה:

א. משום שיש אנשים שמרגשיהם שמחובתם להנחיל את הערכיים והעקרונות שהם מלמדים או פועלם לפיהם או מנסים להפיז. הם תמיד יהיו מוכנים להשתתף בוועדה מייעצת מעין זו. ירצו ליטול בה חלק אנשים מהשורה הראשונה, אני בטוח בכך – מהכנסת, מבית המשפט העליון, אפילו מקרב עורכי הדין המוביילים. זו תהיה ועדת חשובה ביותר.

ב. משום שגם הכנסת לא תקבל את חוות דעתה של הוועדה, נניה עדים לאותו סוג פער שנוצר לאפעם בין עולם המשפט והاקדמיה לבין הגופים הפוליטיים. איןני חושב שהחברי הוועדה המייעצת ייפגעו בכך.

הוועדה יכולה, כמובן, לומר שחוק קביל; היא גם יכולה לומר שחוק אינו קביל, ואז להחליט שהחוק או חלק ממנו – לעיתים אפילו משפט אחד ממנו – יימחקו. או שהיא תגיד שיש שתי פרשניות לנוסח החוק, שאחת מהן توأمת את החוקה. במצב כזה יהיה אפשר לקיים את החוק בתנאי שתחול עליו הפרשנות הזאת. גם בתзи המשפט יהיו חייבים לפרש את החוק במשמעות הזאת. לוועדה יש אפוא כמה דרכים להכריע: א. כן או לא; ב. כן, אבל חייבים לפרש את החוק לצורה מסוימת.

• **יצחק זמייר:** היתי רוצה לדון בכך ובתועלת של הוועדה המייעצת. הנחנו לשם הדיון שתהליך החקיקה בכנסת אינו מסתייע ביום בכל חוות דעת משפטית. בפועל המצב אכן כן. למעשה, תהליך החקיקה מלאוה בכל שלביו במנגנון חזק מאוד ורב-השפעה של ייעוץ משפטי.

ראשית, כל הצעות החוק נבחנות על-ידי היועץ המשפטי לממשלה. הוא גם בוחן את קבילותן של ההצעות. דבריו אינם בגדר המלצה בלבד, אלא הם מחייבים את הממשלה. לפחות עקרונית, ברור שהממשלה לא תגשים אף הצעת חוק אם היא אינה עומדת ב מבחן החוקתי לדעת היועץ המשפטי לממשלה. בהמשך, אם ההצעה עוברת לכנסת – אם מטעם הממשלה או להצעת חוק פרטית – הכנסת עצמה מצויה במנגנון מפוארת היבט של יועצים משפטיים. בכל וudaה בכנסת יושב יועץ משפטי. היום, לאחר קבלת חוקי היסוד ב-1992, היועצים המשפטיים של הכנסת מוסמכים לדון גם בחוקיותן של הצעות החוק. הם מביאים את חוות דעתם לפני הכנסת, והיא נסקלה באותה מידת רצינותם שבה הייתה נשקלת כל חוות דעת של גוף מייעץ זהה או אחר.

יתכן שאפשר לחזק את מעמדם של היועצים המשפטיים לכנסת: לאחרונה אמנים ניתן להם תוקף נוספים, ומעודם זהה היום לזה של היועצים המשפטיים לממשלה. לאחר קבלת חוקי היסוד ב-1992, היו מקרים בודדים בלבד שבהם הוטלה בספק בשורתו של חוק. כך שאיני מבין את הצורך האמתי בהקמת גוף נפרד של יועצים, מה עוד שהקמתו אינה פטורה מבעיות ומסכנות.

אתה מניח שהכנסת תשכיל לבחור יועצים בזכותו ניסיונים העשיר ומומחיותם הרבה. אני מסופק מאוד אם כך אכן יקרה, מכיוון שמדובר בגוף בעל חשיבות מרכזית. היהת והכנסת לא תוכל בבואה העת להתעלם מחוות הדעת של הגוף הזה, רבים הסıcıוקים שהכנסת תמנה גוף פוליטי המורכב אמנים משפטניים וממומחים, אבל משפטניים ומומחים בעלי השקפה פוליטית מובהקת. כך ייווצר מעין שחזור של הכנסת, ואז, מה תהיה תרומתנו? הוא רק יכבד אותן מקרים שיגיעו לבית המשפט העליון, כי בית המשפט יצטרך מעתה להתמודד לא רק עם החלטות הפוליטיקאים, אלא גם עם החלטתו או דעתו של הגוף המקצועני, כמובן, שמקצועתו אינה מובחנת כלל. בכך רק יגבירו הסיכויים לעימות בין הכנסת לבין בית המשפט העליון. לכן אני שואל מה חסר לנו במצב הקיים והאם יש צורך אמתי בגוף מייעץ שכזה?

• **רוֹבֵר בָּנְצֶר:** ראשית – לא nisiiyti לקבוע זהות מדוייקת לוועדה המיעצת; שניית – הדברים שאמרתי התבססו על הנ吐נים שלמדתי קודם לכן ולאחר שראיתי איך תועלת תובל הועודה להביא לכנסת ולבית המשפט העליון בדרך המסויימת. אם אכן הצורך בייעוץ בא על סיפוקו המלא כבר היום על-ידי אנשי מקצוע מוכובדים, כי

از באמת עולה השאלה של כפילותות, וכפילותות היא תמיד מקור לצרות. אך איןני במצב שואכל להביע על כך דעה. יש לי דעה לגבי יכולתה של ועדה מייעצת לשיער לשיפור החקיקה ולארגונה, לפני או במהלך תהליך החקיקה, ולמנוע ביטול חוקים לאור החוקה, מה שמהווה מקור מרכזי לביעות פוליטיות בכל מדינה.

לגביו התכנית המסוימת שהוגשה לי, רק אמרתי את דעתך לגבי התפקידים שגורף כזה צריך למלא. האם צרכיהם אלה מסופקים היום ממליא — אתם אלה שתקבעו זאת. הדבר מסור לשיקולכם.

- **אריק פרמוני:** תודה רבה לך רופֶר פְּנַטֵּר, אני חשוב שמייצינו את רוב השאלות המתבקשות.

## מאפייני הביקורת השיפוטית

ברצוננו להזותך מראש, פרופסור אקרמן. עלי לספר לחברים ששוחחנו קצרות לפני כמה ימים. פרטטי לפניו את מטרת הוועידה הנידונה ובאיזה נושא עוסוק הדין. ובכן, רשות הדיבור לך, ולאחר מכן נקצת זמן לשאלות של החברים.

• **ברוס אקרמן:** אני חשוב שדוקא בשיטה הפרלמנטרית המשותתת על בית נברים אחד, חובה ליזום סוג של פורום בלתי- תלוי יחסית, שיוהה מוקד לדין הקונSTITוטציוני. אף שהשפעה של הממשלה בתוך בית מחוקקים יחיד, דוגמת הכנסת, בוודאי אינה אחידה, עם זאת קל לתאר מצבים שבהם יאשרו בזריזות ובאופן מפורע החלטות חד-צדדיות של המפלגה השלטת. עיקר חשיבותו של רעיון החוקה הוא התקיימותו של דין ענייני, מתמשך ורציני, שמתנהל במונתק מהפוליטיקה הרגילה, סביר ערכיים קונSTITוטוציוניים בסיסיים. איןני חשוב שנייתן לקיים דין כזה לאורך זמן לא מוסד בלתי-תלוי יחסית שיטוף דיאלוג כזה.

בטיבו של מוסד זה יעסקו חמיש העורות הבאות, אך תחילת אני מבקש להציג שהסוגיה יכולה להיות רלוונטית גם לגבי שיטות ממש אחרות, כמו זו הנהוגה בבריטניה או במדינות נוספות. עם זאת, היא רלוונטית שבעתים במקום שקיים מיעוט קבוע, כמו הערבים הישראלים, ש孔ולם בכנסת נבלע בהמון. הם אמנים מצבעים בחלקם בבחירה, וכמוון

шибושים נציגים מטעם בכנסת, אך התפקיד שלהם מלאים בכנסת והשפעתם הפוליטית מוטלים בספק, ובעודם כאזרחים שוו-זכויות הוא נושא לבירור מתחשך ולהשיבה מחדש. במיוחד בהקשר זהה, ניסוח אמנה הצהרתית לזכויות אדם במערכות של בית נבחרים יחיד, הוא כמו לומר שהמייעוט הקבוע לא ייחשב לשותף אמיתי ומלא בדיalog הקונסטיוטוציוני המתמשך.

א. בהנחה שיווקם גור קונסטיוטוציוני כלשהו, נשאלת השאלה מה יהיה אפויו. בambilים אחרות, האם תוטל עליו האחוריות של בחינה מוקדמת של חוקים, טרם חקיקתם (אני מניח שהסנאטור בנטר כבר אמר את דברו בעניין זה), אך אני איני סבור בכך, מכמה סיבות. ראשית, עולה השאלה הפרקטית בימה תוכל לתרום מועצת חכמה בתוך מערכת שמורגלת בנסיבות חוות דעת אמתיות. שחררי, כמובן, הפסיכות התרבותיות זוכות לביקורת בכל רחבי העולם בשל מענות המידע בהן. לעומת זאת, גור שמתנהל על-פי הדגם של בית המשפט הגרמני או הישראלי הקיים או האמריקני, חייב לנסה נימוקים אמתיים חוות דעת אמתיות. המועצה התרבותית חייבת לתקן בטוחה זמן של 30 יום ולעתים אף של שבועה ימים. אני יודע כיצד אפשר לגבות המלצות קונסטיוטוציוניות רציניות במערכות כזאת של אילוצים. זהה הערה טכנית טריוויאלית, ואולי לא כל כך טריוויאלית.

ב. הערה שנייה ויסודית יותר עוסקת במושג ההתפתחות הדרגתית של רעיונות. מתן אפשרות לגוף המבקר להזור ולבחון את הסוגיות הוא נכנס יקר להתפתחות הקונסטיוטוציונית. קורה לא פעם שבתוך שנה או שנה וחצי, הרשיים החזקים נמוגים, וערבים יסודיים שנדחקו לשולדים או שהתיישרו מול צרכיס 'ובערים' בטוחה של חודשים-שלשה, ערבים אלה נראים אחרת למורי בעבר 18 חודשים.

ברור שאי-אפשר לקיים תהליך חקיקתי שמצד אחד יישם את סגנון הביקורת התרבותית, ומצד שני יקבע שהדין בסוגיה הRELATIONAL יימשך שנה וחצי. מבחינה פוליטית הדבר איינו מעשי. לפיכך, אם אתם מתכוונים לקיים דיאלוג ארוך ומתמשך על ערכיים קונסטיוטוציוניים, אני מסופק מאוד אם השיטה התרבותית יכולה לשמש לכם דוגמ.

אפשר לנסה זאת בדומה אחרת. השיטה התרבותית שואפת ליישב בין הטיעונים הפוליטיים והאחרים לבין הערכיים הקונסטיוטוציוניים. היא מעודדת התמקחות, מכיוון שגיבוש ההסדר החקוי ובחינתה החוקתית של

הסוגיה הנידונה מתנהלים במקביל. זה מאפשר לכל אחד מה משתתפים בתהליך להתאפשר ולומר: אני מוכן לוותר מעט בערכים קונסטיוטוציוניים על מנת להרוויח הרבה יותר לא-קונסטיוטוציוני.

אם זהו סוג המיקוח שהייתם רוצים לעודד? אני סבור שלא.

אפשר לראות זאת מזוויות ראייה אחרות. אין זה משנה כיצד נגיד כעת את הערכים הקונסטיוטוציוניים; מה שאנחנו רוצים הוא מוסד של אורך זמן, בטוחה של 20 שנה, יזכה להכרה כבעל רמה מקצועית גבוהה, מוסד שאינו מניח להט הפליטי או ללחצים פוליטיים להשפיע על שיקול דעתו.

אני סבור שהשיטה הضرטית השופهة מאוד ללחצים מסווג זה (אם כי אין זה הוגן לבקר בכך את השיטה הضرטית, מכיוון שיש ליקויים בשיטה הזאת שאפשר לתקן בהם). לדוגמה, שיטת המינויים למועדצת החוקה, שנעסוק בה בהמשך, בודאי פגומה. לפि השיטה הזאת מתמנים השופטים במינויים חד-צדדיים: שלושה על-ידי הנשיא, שלושה על-ידי נשיא הסנאט ושלושה על-ידי בית הנבחרים; זהה פוליטיזציה בוטה של תהליך המינוי. גם אוכל לפרט בפניכם מקרים רבים של התערבות שיקולים פוליטיים מובהקים בדיוני המועצה.

ג. לאחר שהבהירתי את התנגדותי לביקורת המוקדמת של החוק, נעבור כעת לשאלת הביקורת שלאחר החקיקה. החוק מוחל, ואז נידון מעמדו הקונסטיוטוציוני. האם ראוי שביקורת זו תהיה אופי מופשט, בהתאם לאסכולה הקלזיאנית, או קונקרטי, או שנייהם? בודאי שאפשר לקיים ביקורת גם מופשטת וגם קונקרטיבית. המקצועות של המוסד החקcki, אמיניםתו, גישתו העניינית, יכולתו לגash פסיקות שייהיו מקובלות על חלקים נרחבים הציבור — כל אלה יקבלו חיזוק רב אם נאפשר לו להכריע בסוגיה בעבר שנתיים מיום אישור החקיקה, ולא בעבר יומיים.

אם תבחןו באופי המופשט, הסכנה היא כמובן שברגע שיאשר החוק ונאפשר לקבוצה של 15 חברי הכנסת, למשל, להביא את החוק בפני הגוף המבקר כדי שישמעו את ביקורתו המופשטת — תתקבל הכרעה פוזיה מאוד המבוססת על עקרונות מופשטים, ונמצאו גורמים הבלתיות יוצרים מיותרת. כמובן זאת, אם נמטין שנתיים ונתיר גם את הביקורת הקונקרטיבית נוספת לביקורת המופשט, נאפשר לבית המשפט מרחב תמרון גדול בהרבה על מנת לגash עקרונות במתינות, לשכללם ולהדדים. אלה הם תנאים הכרחיים להבטחת קיומו והצלהתו של הגוף המבקר לאורך זמן.

ד. שאלת אחרת היא כיצד נבנה את בית המשפט לחוקה – האם לפי הדגם הגרמני, הספרדי או האיטלקי, או שמא יהיה זה מוסד מיוחד שיחיה מנותק מבתי המשפט הרגילים, או שמא בסגנון האמריקני? כאן אני סבור שצריך תחילה לבחון את סוג השופטים שמכהנים בערכאות הרגילות.

במערכות האמריקנית, שופט בבית משפט אוורי או שופט רגיל הוא אישיות מקומית בכירה. הוא בן 45, וכבר כבר ניסיון שיפוטי רב. הוא איינו ביורוקרט. במערכות האירופית, לעומת זאת, השופטים הרגילים הם ביורוקרטים; הם נבחרים בגיל צעיר, והם מבודדים בתוך המערכת הציבורית. היכן על הציר הזה ממוקמים השופטים הרגילים בישראל – על כך תחליטו אתם. אבל ברור שאם נתונים את כוח הביקורת החוקתית בידי אנשים מקומיים מורים מעם, שמכירים היטב את רחבי לב החברה, התוצאה תהיה שונה למורי. היתי חשש להחיל את השיטה האמריקנית על מערכת ביורוקרטית מובהקת, מכיוון שיכולה להתפתחה במקל העבה הפנית, שבה הביורוקרטים למעשה בוחנים את השופטים נוכחי-הזרג ובודקים בקפידה את סולם הערכיהם הקונסטיטוציוני שלהם. תופעה זו מוצאת ביטוי קיצוני ביפן, משום שהקואלייטה השלטת בה, ה-LDP (המפלגה הדמוקרטית הליברלית), מחזיקה במושכות השלטון קרוב ל-50 שנה. אם השקפותך אין תואמות את אלה של הקואלייטה השלטת, קידומך נצער, גם אם אתה נחسب לשופט טוב.

זהו אחד הסיבות מדוע בית המשפט העליון היפני כה חלש בפסיקות קונסטיטוציוניות, שהרי כל מי שМОכן להתייצב מול הקואלייטה השלטת מוצא עצמו כבר בתחלת הדרך מחוץ למערכת. כך שאיןי חשוב שניתן לדון ברצינות בשאלת הביקורת הריבונית לעומת השיטה האמריקנית של הביקורת המבוורת, מבליל להיות מודעים היטב לשיטת מינוי השופטים.

ה.ணיח, לצורך הדיון, שאימצנו את הדגם הגרמני כדוגמה לחיקוי, כי לשיטה הגרמנית, לדעתתי, יתרונות רבים. כיצד יש למנות שופטים לבית המשפט לחוקה? ראשית יש להגדיר קדנציה קצרה של 10-15 שנים. שנית, בחירת השופטים צריכה להיקבע על-פי רוב של שני-שלישים מחברי בית המשפטים, או רוב מיוחד אחר. גם חשוב להකפיד שכמה משרות של שופטים יתפנו בבת אחת (במערכות הגרמנית, תנאי זה מונע מmplגה למלא באנשיה את המושבים הפנוים). הגושים הגדולים בכנסת יכולים להטיל וטו על הקיצוניים מה עבר השני של המתרש, ותגבר הנטיה למונאות אנשים בעלי ניסיון משפטי אמיתי ושיצא להם מוניטין של הגינות ומקצועיות, בניגוד לבעלי אינטרסים פוליטיים צרים. כאשר מותפנים שני

מקומות ייחד, ניתן לווסת את היוצרים הפליטיים, משום שהקבוצות הדומיננטיות בכנסת יוכלו להכנס בית המשפט אנשיים שקרובים להן בהשპטם הפליטית, ובמקביל לסכל את כוונתם של יריביהם לשגר בבית המשפט מועמדים קיצוניים מטעם.

אליה, אם כן, חמש העורות: האם יש מקום לביקורת שיפוטית כלל ועיקרי? האם היא צריכה להיות בצורת ביקורת-טרם-חקרה? אם הביקורת תבוצע לאחר תהליך החקירה, האם היא תהיה מופשטת או קונקרטית? ביקורת קלזיניאנית או אמריקנית? כיצד יתנהל מינוי השופטים? אני מקווה שהשתתפים סביב השולחן יסכימו עם כל מה שאמרתי.

• **אריק פרמוני:** כפי שאמרת, יש הסכמה עם כל הנΚודות שציינת, אך עדין נותרו, אני משער, כמה נΚודות להבהרת. האם יש למשהו שאלת?

• **רות גביזון:** אני חולשת שרוב העורות שהבאת נכונות מאד. כאן בישראל קיימת הסכמה שגורף שיפוטי שייה דומה לבית המשפט החוקתי בגרמניה, עשוי להיות הפטرون. אך כינון גוף כזה מופרש במדינה זו מכמה קשה מאוד לבית המשפט העליון, שימושת על-פי דגם אחר. זהו בית משפט מקצועי. נכון שאין כאן קדנציה בלתי מוגבלת, אך מותרת תקופת כהונה ארוכה עד גיל 70, והשופטים רואים בכהונה זו מקצוע לחיים. הבעייה היא שבית המשפט העליון בישראל הוא הומוגני מאוד בהרכבו, וקיימת תחושה גוברת בקרב האוכלוסייה הישראלית. שהוא אכן מייצג דיו ולא עומד קרוב די הוצרך למרכז המפה הפליטית. המאמצים להשלים את החוקה נחסמו או נבלמו לעת עתה בשל העובדה שהכנסת, או לפחות חלקים منها, אינה מוכנה להשלים את התהליך הקונSTITוטציוני כל עוד בית המשפט העליון בהרכבו הנוכחי ישמש מפרש ואפקט החוקה.

מצד שני, בית המשפט העליון תקין בהנגדותו לכינונו של בית משפט לחוקה. כך שמאצינו לגביש חוקה נקלעו למען מבוי סתום בשל המבנה המערכתי הקיים. איך הנתונים הללו משתלבים בתמונה שشرطתי?

• **ברוס אקלמנן:** את מבינה כМОן שאיני מסוגל להסביר לך על השאלה הזאת, משום שכוחיו לעשות הוא למסור לידייך את הכלים ההשוואתיים. כיצד לנתח פשרות, ואיזה הסדר פשרה מהויה פתרון ראוי [אליה הן שאלות שאשרו לשיקול דעתכם]. עקבי

אחר המשפט והפוליטיקה בישראל, אך לשם טיפול בשאלות אלה דרושה הבנה טובה של הבעיות, ולא הבנה שטחית.

הסוגיה שבקשת לדון בה נוגעת, למיטב הבנתי, לשאלת תכנונה מחדש של שיטת המינויים. כאן אני באמת סבור שככלית נחוצה שינוי מסוימים – גם אם הוא יהיה כרוך בוויטורים רבים – כדי לכונן מנגנון מובנה לבחירת שופטים שייהי חשוב יותר לצרכים הפלטתיים. בית משפט לחוקה אינו יכול להתקיים לטוחה-arוך ללא הבלתי בדומה לזה הקיים בגרמניה, באופן שהקיצוניים הסקטורייאליים לא יגיעו לבית המשפט. באופן זה, בשילוב תקופת כהונה קצרה של 12-15 שנים, תחול התפתחות אטית של דוקטורינה, שתיצמד לנטיות המרכזיות של דעת הקהל.

● **רות גביזון:** לדעתי, ראוי לנו בכיוון של הפיכת בית המשפט העליון הקיים לבית משפט לחוקה, ולא להקים מהיסוד בית משפט לחוקה? הרי אתה מבין שבית המשפט העליון במבנה הנוכחי אינו דומה לבית המשפט העליון בארה"ה: הוא משתמש ערצת ערעור; מוקנית לו סמכות חוקית לדון במגוון רחב של תיקים. הוא גם אינו כמו בית המשפט שלהם שדן בכ-100 תיקים בשנה. על מנת לעצב מחדש את בית המשפט העליון, נדרש לפחות שינוי מבני של כל מערכת בתים המשפט, שנוצרך למצוא תחליף לתפקיד בית המשפט לערעורים, שבית המשפט העליון מלא אותו כעת. היה לנו זכות זוקקים לבית משפט לערעורים, שינוי כזה יהיה הכרוך בשינוי יסודי במבנה המערכת.

● **ברוס אקרמן:** זה נכון בהסתכלות לטוחה של כ-30 שנה. אבל הסתכלות לטוחה-arוך, נניח 50 שנה מהיום, מצידית לנו מערכת משפטית שמתפתחת באופן רצוני הרבה יותר, מכיוון שכעת גלו לעין-כול שבית המשפט העליון משמש מקור עצמאי להכרעות ולפרשניות חוקתיות. כך שאנו צריכים להניח שהתקופה הראשונה שבה לא הבינו האנשים שהולכת להתבצע ביקורת שיפוטית בהיקף רחב – ועל סמך הנחיה זו נבנתה מערכת המשפט – אנחנו צריכים להניח שמצב זה עתיד להימשך עוד זמן רב. כאשר פועל בית משפט לחוקה, מערכת היחסים בין בית המשפט הרגיל אבן הופכת לסוגיה רגילה ביותר. אם לשפוט על-פי הניסיון שצברתי במאורח אירופה ב-15 השנים האחרונות, שרד שם מתח רב בין בתים המשפט הרגילים לבין בית המשפט לחוקה. מרכיב יסודי שחייב להיכלל בכל שינוי מבני בעtid, הוא הcppפה מפוזרת של בתים המשפט הרגילים לבית המשפט לחוקה בכל הנוגע לערכיהם החוקתיים. מנגנון כזה הוא כורח המציאות.

● **אשר מעוז:**

למעשה כבר ענית על חצי מה שאלה שה提וכונתי לשאול. רציתי לשאול: בעקבות המלצה על השיטה הגרמנית למינוי שופטים, האם התכוונת שנאמץ גם את השיטה הגרמנית של בית משפט נפרד לחוקה? (בגרמניה הרי פעולות מספר ערכאות גבוהות, שרק אחת מהן היא בית המשפט לחוקה), או האם תציע להחיל את שיטת מינוי השופטים הגרמנית על בית המשפט העליון בצוותנו הנווכית, ולהותיר על בניית השיטה האוניטרית, כאשר בראש הפירמידה יעמוד בית משפט עליון ייחיד?

תרשה לי להוסיף עוד שאלה. כפי שאמרה רות גביזון, בצדק, השופטים בישראל נבחרים בלי קשר לדעותיהם הפוליטיות. שלוש טענות נשמעות נגד הקביעה הזאת: האחת גורסת שדרישה זו אינה מתקינה בפועל. השנייה טועה האם גישה זו אף רצiosa מבחינה עקרונית. הטענה השלישית היא שבית המשפט העליון אינו מייצג בצורה הולמת את האוכלוסייה הישראלית, ולפיכך הוא אינו דמוקרטי. זה מצדיק לי את תקופת לימודי בשיקגו בשנות ה-70. דוחות אז על מינוי שופט לבית המשפט העליון, שיזום הנשיא ושהסנאט סירב לאשרו. נטען נגד המועמד שהוא משפטן ברמה בינונית. על כך השיב נציג הקונגרס מאילינוי, שרוב האמריקנים הם בינוונים ושחזר להם ייצוג בבית המשפט העליון.

● **ברוס אקרמן:**

אם תישמר השיטה האוניטרית, אחד החששות הוא שבמהלך 50 השנים הבאות תתרחש פוליטיזציה של מערכת מינוי השופטים הרגילים, כפי שקרה היום ביפן, לדוגמה. העובדה שבמשך 50 השנים האחרונות, מינוי השופטים האלה התנהל, באופן כללי, לפי השיטה האמריקנית, איננה ערובה שכן יקרה גם ב-50 השנים הבאות, מכיוון שכעת אנחנו מבינים עד כמה מרכזי הוא תפקידיה של הביקורת השיפוטית בשיטת המשפט הישנה.

## **ביקורת שיפוטית – סוגיות עקרוניות**

**עו"ד גבריאלה פיסמן, אורן סופר**

### **מבוא**

ביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים ממשעה סמכותו של ארגון, שאינו החוקק, לפחות על מידת התאמתו של חוק לנורמות חוקתיות נתונות במדינה.<sup>1</sup> סמכות זו יכולה שתהיה סמכות פורמלית, הנטונה מכוח חוק והמעוגנת בחוקה כתובה. כך, תגדיר החוקה את היקף הסמכות וכוחה, כמו גם את המוסד או המוסדות אשר יוכל להפעילה. הסמכות לביקורת שיפוטית יכולה להתקיים באופן בלתי פורמלי, גם ללא חוקה כתובה, דומה למתקיים בישראל ביום.<sup>2</sup> אולם במדינות שבהן יש חוקה פורמלית, הcppfat פעולות החוקיקה למערכת של חוקים היא ברורה יותר, בשל קיומו של מסמך קונSTITוציוני שמכוון בחוק העליון. לעומת זאת, במדינה שאין בה חוקה, המצב מורכב יותר, שכן החוקה המטראלית מרכיבת מסגסוגת של חוקים הטרוגניים שנחקקו במדינה ומקוונבנציות שהוכרו על-ידי בתי המשפט.<sup>3</sup>

הקניית סמכות של ביקורת שיפוטית לרשות השופטת, אם באופן פורמלי ואם לאו, מהוות מנגנון לשימור הנורמות החוקתיות במדינה ולהבטחת חוקתיות החלטות הרשות החוקקת. המתנגדים לרעיון הביקורת השיפוטית טוענים כי היא פוגעת בראיבנות הגוף החוקק – פגיעה המונוגדת לרעיון הדמוקרטי, לעליונות ירצונו הכללי של העם. הללו טבוריים שכן הארגון המוסמך לעסוק בבדיקה חוקתית פועל הרשות החוקקת, בכך הוא מבטל את רצונם של נציגי העם ונבחריו. על-פי ביקורת זו, מהוות הביקורת השיפוטית חקיקה בידי מי שלא נבחר על-ידי העם ואף אינו אחראי כלפי בミישור הפליטי.

المצדדים בבדיקה השיפוטית טוענים, כי עם מתן הסמכות לביטול חוק בהיותו נוגד את החוקה, שומר למעשה רצונו 'האקטוי' של העם כפי שמצוין בטעיו בעט כינויו של 'האמנה החברתנית' – החוקה. בכך נשמרת יציבותה של החוקה ונמנעים שינויים נ מהרים ובלתי רצויים. הבדיקה השיפוטית מהוות גם אמצעי להגנה על המיעוט מפני ערכיות הרוב. הרוב

בבית הנברים עשוי לעשות שימוש לרעה בכוחו ולקעקו את ערכיוasis  
שהוא נועד לשרת.<sup>4</sup>

ביקורת השיפוטית על חוקיותם של חוקים מאפשרת שמירה על ערכי הדמוקרטיה גם במקומות שבו יש רוב בגין החוק לפגיעה בערכים אלה. יתרה מזאת, לביורת השיפוטית תפקיד חשוב בחיזוק הלגיטימציה של החוקים. על-פי תפיסה זו, כוחו של הארגן הבוחן את חוקיותם של החוקים שהתקבלו על-ידי המחוקק, אינו מתמצה ביכולתו לפסול חוק מתוקף היותו בלתי חוקתי, אלא גם במתן תוקף לחוק כזו העולה בקנה אחד עם החוקה.<sup>5</sup>

אחת המסורות הותיקות של הביקורת השיפוטית מקורה בארצות הברית. בכינוס בפילדלפיה ב-1787 הוכר רעיון הביקורת השיפוטית על-ידי רבים מן האבות המייסדים של החוקה האמריקנית, וב-1803 קבע בית המשפט העליון בפסק הדין<sup>6</sup> Marbury V. Madison את סמכותו, על בסיס החוקה הפדרלית, להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקת הקונגרס. כ-50 שנה לאחר מכן, בפסק הדין<sup>7</sup> Dred Scott, הוועד עקרון הביקורת השיפוטית במבחן ממשי.

רעיון הביקורת השיפוטית זכה לפריחה לאחר מלחמת העולם השנייה. אמצעי זה נתפס כאחד הלקחים מעליית הנאציזם וכאותה הדרכיהם למניעת הישנותם של משטרים טוטליטריים. גם השינויים החברתיים-משטריים במרכז-אירופה כללו הכרה בביורת השיפוטית במדינות שונות של חוקים.<sup>8</sup> צמיחתם של מגנוני הביקורת השיפוטית במדינות שונות של חוקים של מגנוני ביירות אלה קשורים במצב הפוליטי-חברתי שדרה בכל אחת מן המדינות. כך, הקמתו של בית המשפט הפדרלי הגרמני הייתה קשורה למלחמת העולם השנייה על זועותיה, ולניסיונו לבולום ולסכל אפ豁ות נוספת להרס הדמוקרטיה במדינה זו. הקמתו של בית המשפט החוקתי בדרום-אפריקה הייתה קשורה להתמודדות עם מגנוני האפרטהייד.<sup>9</sup> גם הקמת המועצה החוקתית בצרפת הייתה קשורה ברפורמות בתחום הפוליטי, ובמיוחד בניסיונו של דה-גול לחזק את הרשות המבצעת.<sup>10</sup> הנטיות השונות שהובילו להקמת מגנוני ביירות אלה, כמו גם מבנה מוסדות השלטון השונה מדינה למדינה, הובילו לעיצוב דוגמים שונים בתכלית של הגוף שיבידיהם מופקדת הביקורת השיפוטית, וכל גוף שכזה מאפיינים הייחודיים לו.

בישראל התעוררה שאלת הביקורת השיפוטית כבר בשנותיה הראשונות של המדינה ובמקביל לניסיונות לחוקק חוקה. בנוסחים הראשונים של

חוקה שהובאו לידיון במועדצת המדינה הזמנית, נכללה התייחסות מפורשת לערכאה שתהא מוסמכת לדzon בחוקתיות חוקי הכנסת וஸמכוותיה יעוגנו בחוקה.<sup>10</sup> עם קבלת החלטת הררי על-ידי הכנסת הראשונה ב-1950,<sup>11</sup> הבינו ובים מחברי הכנסת את החשש מפני ביקורת שיפוטית. בן-גוריון גרש כי הדבר עלול להביא לפוליטיזציה של המשפט ולירידה באמון הציבור בשופטים.<sup>12</sup> טענה אחרת שנשמעה היא כי בתו המשפט יהו גורם ראוציוני וכי הם עלולים לסקל מהלכים נחוצים.<sup>13</sup> במרוצת השנים שבה ועלתה סוגיות הביקורת השיפוטית פעמים מספר בנסיבות השינויים של הצעות חוק יסוד,<sup>14</sup> גם במנתק משאלת כינון חוקה פורמלית.

ההיסטוריה החוקית במדינת ישראל מלמדת כי הניסיונות שעשתה הרשות המחוקקת מאז קום המדינה להסדרת סוגיית הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים – לא צלחו. עם זאת, ועל אף היעדר סמכות מכוח חוק, בחרה הרשות השופטת להכריז על סמכותה לביטול חוקים ואף להפעילה בשני מקרים שהובאו לידיון בבג"ץ (ביטול הוראה בחוק יועצי השקעות<sup>15</sup> וביטול הוראה בחוק השיפוט הצבאי המתירה מעוצר ממושך של חילילים טרם הבאתם לפני שופט<sup>16</sup> ולאחרונה ביטול תיקון לחוק הבזק בעניין הכשרותם של ערוצים פיראטיים<sup>17</sup>).

הכרעה בדבר מהותה של הביקורת השיפוטית, היקפה והמוסך/ות שייהיו מוסמכים להפעילה, אם בכלל, ראוי שתתקבל על-ידי העם ונבחריו. המאפיינים הייחודיים של החברה הישראלית, מבנה הרשות בישראל, התרבות הפוליטית והSHIPוטית המאפיינית את המדינה – כל אלה אינם אפשריים 'לייבא' דגם חיצוני של ביקורת שיפוטית כמוות שהוא. בנסיבות אלה סברנו כי עדין יהיה שלא להתמקד בדוגמה של מדינה זו או אחרת, אלא להיעזר בדגמים המרכזים. זאת, לצורך הבנת הסוגיות שעליהם יש לתת את הדעת ואשר אליהן יש לקבל החלטה בשלב בו עומדת על הפרק שאלת עיצוב הגוף שיסמך להפעיל ביקורת שיפוטית בישראל.

נקדים ונאמר כי לא יוצג כאן דגם אחד ומוגובש לביקורת שיפוטית בישראל, אלא מספר מתווים ראשוניים לקרהת הפעלת ביקורת שיפוטית בישראל. בהמשך, בכוננותנו לנשות ולהעריך את היתרונות והחסרונות של המתוויים האמורים בזיקה למסגרת החברתית-פוליטיות-מוסדית בישראל.

בראשית הדיון יוצג מגוון של פרמטרים הנוגעים למיסוד הביקורת השיפוטית. הנהנה שביסוד הצגה זו היא שלא ניתן להקים במדינת ישראל בית משפט חוקתי על בסיס דגם השאוב מדינות אחרות, שבחן מתיקיות נסיבות חברותיות, כלכליות ופוליטיות השונות זו מזו באורח

nicr. לפיכך יש לנתח כל אחד מן הפרמטרים ולהבין את השכלותיו במונתק מן הדגש שבו הוא מתקיים.

השלב השני של הדיון יציג שני אשכולות של דגמים, המציגים שתי חלופות מוסדיות לביקורת שיפוטית, שדרין ייבחנו חלק מן הפרמטרים. האשכול הראשון, בית משפט עליון היושב כבית משפט חוקתי, יבחן את הפרמטרים המרכזיים לביקורת שיפוטית כפי שהם מתקיימים היום בדגם הישראלי ואת השיקולים וההשלכות שיש להביא בחשבון עם מיסוד הביקורת השיפוטית בדרכּ זו. האשכול השני, בית משפט נפרד לחוקה, יבחן את הפרמטרים העיקריים ואת השיקולים וההשלכות של הבחירה בחולפות תنوנות במסגרת הפרמטרים. ראוי לציין כי אין זה דין מיוחד וכי כל החלטה לעיגון חוקי של הביקורת השיפוטית ת策ור להביא בחשבון את מכלול הפרמטרים והשלכותיהם.

## פרמטרים לאפיון ביקורת שיפוטית

### א. זהות הארגן המוסמך לעסוק בביטחון שיפוטית

הספרות המשפטית נוגגת להבחן בין שתי שיטות עיקריות, הנבדלות זו מזו, בארגן האחראי לביצוע הביקורת השיפוטית. ההבחנה היא בין השיטה הריכוזית, שבה הביקורת מופעלת על-ידי ארגן אחד, לבין השיטה הדיפוזית, שבה הסמכות לביקורת שיפוטית נתונה בידי מספר גופים. כפי שנראה להלן, במסגרת כל אחת מן החלופות האלה יש סוגים ותת-סוגים של מוסדות ומוסדות. הסיווג האמור יכול לשמש למיון ראשון, אך אין בו רגשות לוריאנטיים השונים שיוצגו בהמשך ושיש להבאים בחשבון כאשר נתונים באופי הביקורת השיפוטית.

**שיטת ריכוזית** – שיטה זו מסמוכה ארגן יחיד לבצע בביטחון שיפוטית. ארגן זה, בין שהוא בית משפט עליון בין שהוא בית משפט חוקתי כערכאה נפרדת, הוא בעל הסמכות הבלעדית להפעיל ביקורת שיפוטית. שיטה זו רווחת במדינות רבות באירופה, ויש קשרים אוטה לניסיון ההיסטורי האירופי, שלפיו אין לתת אמון במערכת המשפט הרגילה ויש לייחד ארגן שייהיה בעל סמכות לביקורת שיפוטית. נושא עלינות החוקה צמח במאה ה-20, באוסטריה, לאחר מלחמת העולם הראשונה. המשבר עקב המלחמה הוביל לקביעת החוקה כחוק נורמלי עליון, ובהמשך – להקמתו של בית משפט חוקתי. בעקבותיה של אוסטריה הלכו מדינות

אירופיות נוספות, בהן גרמניה, איטליה וספרד.<sup>17</sup> בית המשפט החוקתי עבר אדפטציה בכל אחת מן המדינות שבהן הונגה, בהתאם לנסיבותה ההיסטוריות והחברתיות. עם זאת, ניתן לזהות מרכיבים מסווגים: האחד – הקמת בית המשפט החוקתי קבועה בחוקה; השני – למדינות שנתקנות את השיטה הריבונית מסורת משפטית אירופית. הגוף שמוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית יכול להתקיים הן כערכה נפרדת והן כבית משפט עליון במדינה.<sup>18</sup>

הרציונל שביסוד השיטה הוא עלילונות החוקה. קיומה של יפורמידה שיפוטית' שבראשה גוף אחד המוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית שומר, לפי תפיסת זו, על וDAOות החוק ועל סמכות יחידה המכירה בענייני 'צדקה חוקתי'. הנס קלין הוא שטבע את המושג 'צדקה חוקתי'.<sup>19</sup> חקיקה בשיטה זו נשבת כולה בקנה אחד עם החוקה, אלא אם נפסלה על-ידי בית המשפט החוקתי. נוסף לעקרון עלילונות החוקה, השיטה גם לשמור את עקרון עלילונות המחוקק, וזאת על-ידי ההימנע מהקנויות סמכות ביטול חוקים לכל שופט. רק שופטים בודדים שנבחרו למטרה זו, יהיו כשיירים לבקר ולבטל חוק שנחקק על-ידי הפרלמנט.<sup>20</sup>

בחלק מן המדינות שבהן הונגה השיטה הריבונית, ניתן לדון בסוגיה חוקתית באופן עצמאי, בלתי תלוי בסכסוך הנידון בבית המשפט. ההלכה הנפסקת על-ידי בית המשפט החוקתי היא כללית ותקפה כלפי כולל עולם.

**שיטה דיפוזית** – בשיטה זו הסמכות להפעלת ביקורת שיפוטית נתונה בידי גופים שיפוטיים בלבד, והוא יכולה להתבצע בכל ערכאה, החל בערכאה הגבוהה ביותר וכלה בערכאה הנמוכה. השיטה הדיפוזית הונגה לראשונה בארצות-הברית ואומצה בהמשך על-ידי מדינות רבות, בהן ארגנטינה, מקסיקו, יוון, אוסטרליה, הודו, יפן, שוודיה, נורווגיה ודנמרק.<sup>21</sup>

בדומה לשיטה הריבונית, העיקרון שביסוד השיטה הדיפוזית הוא עלילונתה של החוקה אל מול חוקים אחרים. לפיכך, בידי כל ערכאה שיפוטית הסמכות קבוע כי הוראות החוקה גוברות על כל חקיקה אחרת העומדת בסתריה לה.<sup>22</sup> מעילונותה של החוקה נוצר גם הכלל שלפיו חוק הסותר את החוקה יהיה בטל וחסר תוקף חוקי (Null and Void). מרכיב נוסף בשיטה הדיפוזית הוא היישום של ביקורת שיפוטית בדרך אינציגנטלית (אגבית) בלבד. קרי, דיוון בשאלת חוקתיות של חוק יהיה אפuni רק אם הסוגיה רלוונטי לסקסוך הנידון בבית המשפט, אך לא בסוגיה עצמאית. עם זאת, אין זה מחויב כי הסוגיה החוקתית תועלה על-ידי הצדדים

לסקסוך.<sup>23</sup> בחלק מן המדיניות שבחן נקוטה שיטה זו, השופט רשאי להעלוות את הסוגיה החוקתית ביזמתו, אם היא רלוונטיות. במדיניות אחרות קבועים כללים פרודורליים האוסרים על שופט להתייחס לסוגיה חוקתית ביזמתו.<sup>24</sup> העובדה של הביקורת השיפוטית אינציגנטלית, משפייע גם על אופייתה הזרות של הביקורת. בשיטה הדיפוזית, ההכרעה בסוגיה החוקתית יכולה להיות רלוונטית לסקסוך הנידון בלבד, ואין היא בהכרח בעלת השפעה כלפיcoli עלא. אצל המדיניות השונות שבחן הונגה השיטה הדיפוזית, קיימים הרכבים ומאפיינים שונים, כפי שיווהר להלן.

אחת הביקורות העיקריות כנגד השיטה הדיפוזית נוגעת להחלטה במסגרת מערכת משפט הנוהגת על-פי עקרון *stare decisis* (התקדמים המחייב). נוצר מצב שבו שופט בערכאה נמוכה מחויב לפסק בכל סcasוך בהתאם להלכות תקדיימות שנקבעו על-ידי בית המשפט העליון. אלא שסמכותו זו של שופט בערכאה נמוכה לפסול חוקים, סמכות שהשלכותיה מרוחיקות לכת במישור היחסים שבין הרשוויות, אינה נופלת מזו של שופט בערכאה העלונה.<sup>25</sup> בכך עשויה להיות השפעה על ודאות החוק ויציבות המערכת המשפטית.

## ב. הגישה לערכאה

שאלת הגישה לערכאה קשורה ישירות לבחירה בדגום הדיפוזי או הריכוזי. עם זאת, וכפי שנוראה להלן, גם במסגרת כל אחד מן הדגמים האמורים ניתן לקבוע הסדרים השונים להפעלת הביקורת השיפוטית. ראוי להבהיר כי שאלת הגישה לערכאה קשורה קשר ישיר בתפיסת הביקורת השיפוטית במסגרת מסוימת-חברתית נתונה. בין היתר, קשורה שאלת זו לשאלת התכיפות שבה יעשה שימוש בבדיקה השיפוטית, עצמהו של הגוף המבחן, לאפשרות היותו 'כלי משחק' בידי האזרחים במסגרת מאבקים פוליטיים ועוד.

**עצמות הדיון בסוגיה החוקתית –** ההליך השיפוטי מהוות בעיקרו כליה הכרעה בסכסוכים בין צדים שונים. סוגיה חוקתית הנידונה בבית המשפט בשיטת ביקורת דיפוזית, שבה כל בית משפט מסומן לביקורת שיפוטית, תהיה, ברובית המקרים, חלק ממכלול שיקולים המכרים בסcasוך מסוים. הטיפול בסוגיה החוקתית במקרה זה הוא כסוגיה אגדית, העולה כחלק מדין בשאלת אחרת. לעומת זאת, בשיטה הריכוזית אפשר שהביקורת השיפוטית תתבצע תוך דיון ישיר בסוגיה החוקתית,

ולא כפועל יוצאה של הכרעה בסכסוך מסוים. יש להבהיר כי בית המשפט החוקתי אינו בא להחליף את הרשות השופטת בהכרעה בסכסוכים, אלא ניתנת לו סמכות לביקורת שיפוטית בלבד. בשיטה הרכזותית ייתכן שילוב של שתי המערכות – מערכת בתי המשפט 'הרגילה' ובית המשפט החוקתי – כאשר קובעים פרודצורה להעברתן של שאלות חוקתיות, שעלו במסגרת דיון בהכרעה בסכסוך, לטיפולו של בית המשפט החוקתי.

**העלויות לפניה לערכאה** – מספר מדיניות שבهن הונาง בבית משפט חוקתי, בחרו לתחום מראש בחוקה הכתובה את רשיימת העילויות שבגין ניתן יהיה לפנות לבית המשפט החוקתי. בגרמניה, לדוגמה, החוקה קובעת כי ניתן לפחות לבית המשפט הפדרלי במקרים הבאים: שלילת זכויות יסוד, חוקתיות מפלגות פוליטיות, ביקורת על תוכאות הבחירה, העברת הנשיה מכוחותו, מחלוקת בין גופים בכירים במדינה ומחלוקת בין המדינה לפדרציה.<sup>27</sup> מטיב הדברים, בשיטה דיפוזית אין כל אפשרות להגביל את רשיימת העילויות לפניה לערכאה, משום שהסתוגה החוקתית היא נזורה של דיון בסכסוך קיים. עם זאת, קיימת אפשרות לא לדון בסוגיה מסוימת בטענת אי-שפיטות.<sup>28</sup>

**'זכות העמידה'** – במקרה, 'זכות העמידה' של אזרח בפנייה לבית משפט כלשהו מותנית בהוכחה של הפונה כי הוא נפגע באופן ממשי, אישי ו ישיר. הקמתו של בית משפט חוקתי מעלה את שאלת 'זכות העמידה' במלוא חריפותה: האם רשאי האזרח לפנות לבית משפט חוקתי באופן ישיר, או שהוא יש לאפשר רק לבעלי תפקידים קונקרטיים לפנות לבית המשפט החוקתי? בצרפת, לדוגמה, הפניה למעצה החוקתית מוגבלת לבעלי תפקידים פוליטיים בלבד. לעומת זאת, בשיטות המשפט הגרמנית והאיטלקית, גם בהן נהוגה ביקורת שיפוטית ריכוזית, מוענקת זכות הפניה לבית המשפט החוקתי לאזרח כפרט, וגם למוסדות ול גופים פוליטיים (נשים, ממשלה או קבוצת חברי פרלמנט). אם נניח כי לכל אזרח הזכות לפנות לגוף המוציא לפועל את הביקורת השיפוטית, עולה השאלה האם ניתן לפחות לגוף זה גם כשהאזרח אינו בעל אינטרס אישי ו ישיר? האם הפניה לבית המשפט החוקתי תהא כערקה ראשונה, או רק לאחר שימוש ההליכים בערכאות נמוכות יותר?<sup>29</sup> השיקול בכל אחד מן המרכיבים הנוגעים לזכות העמידה, צריך להביא בחשבון כי אפשרות הפניה לבית משפט חוקתי על-ידי כל אזרח עלולה לגרום לעומס פניות,<sup>30</sup> שיש להיערך לקרהתו בהתאם. נגד זאת, מצויים זכות העמידה על להוביל להקניית חסינות דה-פקטו מפני ביקורת שיפוטית.

**ביקורת אבסטרקטית** – במדינות שבחן הונגה השיטה הריכוזית, מתאפשרת בחקירה אבסטרקטית על חוקתיותו של חוק. במקרים אחרים, ניתן לעתור בבית המשפט החוקתי גם בהיעדר פגיעה מוחשית בזכויות חוקתיות, ובלבד שהתעוררו ספקות באשר להנתאמתו של חוק לחוקה. השאלה החוקתית נידונה כ שאלה עקרונית והיפוטטית, בלי קשר לסכום משפטיו קונקרטי. בגרמניה, לדוגמה, מפעיל בית המשפט החוקתי הפדרלי בחקירה אבסטרקטית בעקבות פניה של הממשלה הפדרלית, של ממשלה מדינה או של שלישי לחברו הבונדסטאג.<sup>31</sup> סמכותו של בית המשפט מאפשרת לו להרחיב את התיאחותו גם לחקקים אחרים של חוק, גם אם לא עתרו לבגיהם. בהיעדר אפשרות לקיים בחקירה אבסטרקטית, מתקיימת בחקירה קונקרטית בלבד. בחקירה זו מתייחסת לשאלת חוקתיות של חוק רק אם היא מתעוררת ו/או רלוונטית להליך משפטי קיים.

#### ג. מינוי הרכב

הרכב הגוף המוסמך להפעיל בחקירה שיפוטית תלוי בתפיסה תפקידיו ומקומו במסגרת רשות המדינה ומוסדותיה. כמובן, אחת משאלות המפתח ביחס לסוגיה זו היא האם אותו גוף מבקר הוא בית משפט פרדי או שהוא בית משפט עליון במערכת המשפטית נתונה. חלק מעניין זה, חשוב גם התפיסה המערכתי את המוסד המבקר הגוף בעל אוריינטציה הנוטה-פוליטי או הנוטה-למשפטית.

**מינוי פוליטי** – במדינות שונות בעולם קיים יסוד פוליטי ברור בינוי שופטים למוסדות המפעילים בחקירה שיפוטית. אשר לדגש הקונטינטלי, האוריינטציה הפוליטית של הגוף המבקר היא מרכזית והוא נוצרת מהגדרת תפקידיו של הגוף האמור. למשל, למועצה החוקתית בצרפת תפקיד חשוב בתוצאות הלייני החקיקה. היא נוטלת חלק פעיל בהליך קביעת המדיניות במדינה, ובפועל החלוטות מהוות חלק מההלך הפליטי-חוקתי.<sup>32</sup> למעשה, למועצה אין תפקידים שיפוטיים. היא מנוטקת באופן פורמלי מיתר המערכת המשפטית, והשפעותיה הן בתחום החקיקה בלבד. הרכב המועצה הוא פוליטי, בהתאם לתפקידו. בלבד. בין מציין, כי בין 48 חברי המועצה (נכון למועד כתיבת הספר), 14 היו שרים במשרד, 22 היו חברי פרלמנט, 10 היה ניסיון בעלי תפקיד בממשלה. רק 8 מחברי המועצה לא היו מזוהים פוליטית. בית המשפט החוקתי בגרמניה מורכב משני סנאטים, בעלי הרכב ותחומי שיפוט ייחודיים. מבנה מפוץל

זה מהוות ביטוי מוסדי לעימונות היישן בין מי שתפסו את בית המשפט לחוקה כבעל תפקיד משפטי קונבנציוני לבין מי שראו את בית המשפט לחילך כבעל תפקיד פוליטי.<sup>33</sup> השילוב בין הפליטי למשפטים מושך ביטוי ביחס מינוני השופטים. מצד אחד, היליך משקר משא ומתן מפלגתי-פוליטי. מחצית מחברי בית המשפט החוקתי נבחרים על-ידי הפרלמנט ואילו שאר החברים נבחרים על-ידי המועצה הלאומית. מצד שני, לפחות שלושה מבין שמונת השופטים בכל אחד מן הסנאטים המרכיבים את בית המשפט, חייבים להיות בעלי ניסיון כשופטי בבית המשפט הפדרלי.

**ייצוגות הרכב** – להרכבו של הגוף המוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית נודעת חשיבות רבה, שכן יש לו השלכה על הלגיטימות של המוסד. סוגיה זו קשורה למידת הייצוגות שזכות לה קבוצות חברותיות שונות במסגרת הגוף המבקר. לאחר שחברי הגוף המפעיל את הביקורת השיפוטית אינם נבחרים ישירות על-ידי הציבור (בשונה מחברי הפרלמנט), סוגיית הייצוג מתבלטת יותר שעת, והיעדר ייצוגות של קבוצות חברותיות מסוימות עשוי לעורר אצלם רגש ניכור. הדבר נכון גם בנוגע לחברות המתאפיינות ברב-תרבותיות. בחלק מן המדינות התפתחו אףוא הסדרים מסווג זה או אחר, המבטיחים ייצוג לקבוצות שונות בקרב האוכלוסייה. בבלגיה, לדוגמה, הייצוגות של בית המשפט לחוקה מתבטאת בשיתופם של חברים מקרב כל אחת מהקבוצות הלשונית באוכלוסייה. שישה שופטים הם דוברי פלמיית-הולנדית ושישה הם דוברי צרפתית.<sup>34</sup> בדרום-אפריקה נקבעה הוראה מפורשת בחוקה שלפיה יש לשמר על הייצוגות של הרכב בית המשפט החוקתי חלק משמרות הלגיטימציה של גוף זה.<sup>35</sup> בארצות הברית השתרש נהוג שלפיו ייאישו את כס השיפוט דרך קביע יהודי, רומי-קתולי ואפרו-אמריקני. נהוג זה מאפשר ייצוג מסוים של קבוצות חברותיות-תרבותיות, בעוד שקבוצות אחרות נותרות ללא ייצוג.<sup>36</sup>

**קritisyonim למינוי שופטים** – אופיו של היליך המינוני לשיפוט, היינו פוליטי או לא, מהוות רק אחד מבין הקritisyonim למינוי שופטים. מינוי שופטים לבית המשפט החוקתי מציריך שיקול דעת בכל הנוגע לכישוריים ההולמים שופט בבית משפט מעין זה. חלק מן המדינות שבנון קיים בית משפט חוקתי, אין מכתיבות מראש כישוריים נדרשים. אחרות מציניות כישוריים בסיסיים, ואת יתר ה联系方式 הם מותירות להתרשם הבוחרים. הגדרה מראש של ה联系方式 יכולה להבטיח ודאות בנוגע לאופי השופטים הנבחרים, ועם זאת יש בה כדי לצמצם את שיקול הדעת של המשתתפים

בහילך הבחירה. בפרט, לדוגמה, בשונה מהמקובל בbatis המשפט הרגילים, אין לחברות במועצה החוקתית קרייטריון קבוע, זולת המלצה על המועמדים מטעם נשיא הרפובליקה, נשיא הסנאט או נשיא האספה הלאומית. חבר מועצה אחד ממונה על-ידי כל אחד מבין שלושת בעלי התפקידים האמורים אחת לשולש שנים. גם יצוין שהברית המועצת החוקתית (11 מתוך 48) לא הייתה כל השכלה משפטית.<sup>37</sup> בגרמניה, לעומת זאת, גם מועמדים שאינם בין שלושת השופטים הדריליים הנכללים בהרכב, נדרשים להיות בעלי השכלה משפטית. עליהם גם להיות בני 40 ומעלה וכשרים לבחירה לבונדסטאג.<sup>38</sup> בולט כאן, אם כן, השימוש בין היסוד המשפטי לבין זה הפוליטי, לפחות ברמה הסמלית. בחוק האמריקיקני לא נקבעו קרייטירוניים למינוי שופטים לבית המשפט העליון. עם זאת, במשך השנים התפתח חוק בלתי כתוב שלפיו מועמדים למשרת שופט עלין פדרלי חייבים בתואר משפטיים. ניסיון בשיפוט הוא יתרון, אך היעדר ניסיון כזה אינו מסכל מינוי לבית המשפט העליון.<sup>39</sup>

**משך הכהונה – עקרונית, אוריינטציה משפטית של הגוף שבידיו סמכויות הביקורת השיפוטית (לרובות סמכויות שיפוטיות נוספות מעבר לביקורת השיפוטית), עשוי להוביל להגדלת משך כהונת חברי הגוף לכל החיים. לעומת זאת, אוריינטציה פוליטית העשויה להוביל לתקופה תקופת כהונה מוגדרת. בפרט, כל אחד מחברי המועצה מתמנה לתקופה בלתי מתחדשת של תשע שנים. נשיאי הרפובליקה לשעבר הם חברי האספה ובעלי מינוי לכל החיים, אך בפועל, מאז 1962 לא השתתפו נשיאים לשעבר בחלותות המועצה. משך כהונתם של חברי בית המשפט בגרמניה הוא 12 שנים.<sup>40</sup>**

בארכות-הריבית, לעומת זאת, מקום שבתי המשפט מוסמכים להפעיל ביקורת שיפוטית חלק אינטגרלי מסמכויותיהם השיפוטיות, השופטים מ蒙ונים לתקופת כהונה בלתי מוגבלת (עד גיל פרישה).

תקופת כהונה קצרה יחסית מאפשרת רענון בין-דור. בכך זו ניתן להבטיח כי המכנים בגוף המבקר לא יהיו מנוטקים מן הציבור ומרוחה השעה. מנגד ניתן לטעון כי משך כהונה מוגבל יחייב את חברי הגוף המבקר לפעול בסגנון של מדיניות קצרת מועד, בניגוד לכיהונה בלתי מוגבלת, הפטורה משיקולים מסווג זה.

**הגבלה על עסקוק –** הכוונה היא להגבלה המוטלת על עסקוקים נוספים של חברי במוסד המפעיל את הביקורת השיפוטית. בפרט, חברי



המועצה אינס רשאים לכahn בשרות ציבוריות במקביל לחברותם במועצה. קרה לא אחת שחברים פרשו מן המועצה כדי לקבל על עצמן תפקיד ציבורי.<sup>4</sup> כמובן, כאשר הגוף המוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית הוא חלק אינטגרלי מן המערכת המשפטית, ההגבלות על מינויים של השופטיםחולות גם על גוף זה.

#### ד. סמכויות

ביקורת שיפוטית היא מושג רחב. בהיעדר הגדרה מדוקיקת, עשויה הביקורת השיפוטית להתרפרש על-ידי הרשות המחוקקת בדרך מצומצמת ותוך הגבלת הסמכות לביטול חוקים, ואילו המערכת השיפוטית תעניק לה פרשנות מרחיבה, כזו שתאפשר התערבות במגוון רחב של סוגיות. משום כך, עם כינונה של חוקה גם הצורך לבדוק את תחומי הביקורת השיפוטית. מרכיב הכרחי בבדיקה השיפוטית הוא ביקורת על חוקתיותם של חוקים, שבludeיה תזקק משמעותה של הביקורת השיפוטית. אלא שבביקורת על חוקתיותם של חוקים אינה כוללת בהכרח גם פרשנות חוקתית.

**תחומי הביקורת השיפוטית** – מדיניות מסוימת בחרו לציין בחוקה את העילות שבгинן ניתן לפנות לבית המשפט החוקתי. רישימת עילות מהוות, במידה ובה, דרך להגדרת תחומי הביקורת השיפוטית. למשל, בית המשפט החוקתי האוטרכטי הוסמך לדון בסוגיות כגון משאליהם, מהלכים בלתי חוקיים, הסכמים פוליטיים והדחת נבחרי ציבור. לעומתו, כשהואם בבית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה, הוגבלה סמכותו לדין בשאלות חוקתיות ובמספר סוגיות מינימליות. בזוקה המאוחרת הורחבה סמכותו של בית המשפט החוקתי והוחלה גם על סכסוכים בין הרשות המבצעת לרשויות המחוקקות, על מפלגות פוליטיות בלתי חוקתיות<sup>42</sup> ועל פיטורי נשיא.

**חובת הפעלת ביקורת שיפוטית** – בהיות המערכת השיפוטית מוסד מגיב ולא יווזם, לא ניתן לכפות עליה להפעיל ביקורת שיפוטית בעניינים מסוימים. עם זאת, ניתן לחייב גופים שלטוניים להפנות סוגיות מסוימות לבית המשפט החוקתי לביקורת שיפוטית. זאת, כאשר מדובר בסוגיות חוקתיות טהורות ו/או כאשר מדובר בפגיעה בעליל בסוגיות חוקתיות. בפרט, לדוגמה, מחויב נשיא האספה להפנות חוקים 'אורגניני' למועצה החוקתית טרם חקיקתם, והכוונה היא לחוקי יסוד המשלימים את החוקה. באשר לחוקים אחרים, לא זו בלבד שאין חוות להפנותם

לביקורת המועצה החוקתית, אלא שרק בעלי תפקידים מסוימים – קרי, נשיא הרפובליקה, ראש הממשלה, נשיאי האספה הלאומית והנסנאט, או 60 נציגי פרלמנטו או סנאטורים – הם שמוסמכים להפנותם למועצת.

**מועד הפעלת הביקורת השיפוטית** – הפעלה של ביקורת שיפוטית יכולה להתבצע טרם כניסה החוק לתוקף (א-פרירורית) או לאחר חקיקתו. ביקורת מוקדמת היא בהכרח ביקורת אבסטרקטית. בית המשפט דין בשאלת חוקתיות של החוק כ שאלה עקרונית, על בסיס הנחות וטעונים היפותטיים בדבר השפעת יישומו של החוק.<sup>43</sup>

ביקורת דוגמת זו המתבצעת על-ידי המועצה החוקתית בצרפת, نوعה לבחון את כל השלכותיו של החוק, טרם חקיקתו, ולהעמידן ב מבחן החוקה. ביקורת זו יכולה להיות מבוצעת כחוות דעת מייעצת לפרלמנט.<sup>44</sup> ביקורת מאוחרת היא ביקורת המתבצעת לאחר חקיקת החוק וכניסתו לתוקף. ביקורת זו בוחנת את חוקתיות החוק בנסיבות קיימות, קונקרטיות או אבסטרקטיות. טוענים נגד הביקורת המאוחרת שלא פעם היא מופעלת שנים אחרי שהחוק כבר הופעל ויושם. טענות נגד הביקורת המוקדמת נוגעות לסרבול הליך החקיקה בגלל העברת החוק לבחינה מוקדמת קודם כניסתו לתוקף, ולחווסף האפשרות לצפות מראש את מגוון המקרים שבהם הוא עלול לסתור את החוקה.

**ערכאת ערעור על החלטות הנוגעות לביקורת שיפוטית שהתקבלו על-ידי פורומים אחרים** – בשיטה הדיפוזית, בית המשפט העליון יהווה בהכרח גם ערכאת ערעור על החלטות הנוגעות לביקורת שיפוטית של ערכאות דלמטיה. הדבר מתחייב מעצם הקניית סמכות הביקורת השיפוטית לערכאות תחתונות. בשיטה הריכוזית, לעומת זאת, לאחר שערכאה אחת בלבד מוסמכת להפעיל ביקורת שיפוטית, אי-אפשר שהיא תהווה ערכאת ערעור בעניין זה. עם זאת, אפשר מצב שבו הכרעה שיפוטית התעלמה מקבעה בסוגיה חוקתית חרלוננטית לדין. במקרה זה, יש לשאול אם הפניה לבית משפט חוקתי תהיה אפשרית ואם יש לראות בה ערעור על הכרעת בית המשפט בסוגיה הספציפית.

**פעולה בעותות חירום** – המנגנוןים התורמים להגבלת הממשלה בדמוקרטיה הליברלית עשויים להיות מכשול ולהקשות על תפקוד עיל של מוסדות המדינה בעותות חירום. יש להניח כי במצבים של מלחמה או איום קיומי על מדינה, הנכונות לסתוג פגיעה בחירות האזרחים ובזכויותיהם תהיה גבוהה יותר. חלק לכך עולה שאלת הסמכות הננתונה

בידי הגוף המוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית בעותות חירותם. לחולפני, ההתמודדות עם מצב החירותם עשויה להולד צורך הגוף שיעוץ לרשות המבצעת. בפרט, לדוגמה, המועצה החוקתית מוסמכת ליעוץ לנשיאות בעותות חירותם; עצותיה אין מחייבות את נשיאו, אולם הן מובאות בחשבו.<sup>45</sup> בחוקה הגרמנית, לעומת זאת, נכללת הוראה מפורשת שלפיה אין הגבלה על סמכויות הביקורת השיפוטית בעותות חירותם.

## ה. זיון

אופי ההליך שבמסגרתו מתקיימים הדיונים ביחס לחוקיותם של חוקים הוא בעל חשיבות רבה. כאמור הדיוון קשורים בירושת השיפוטית של כל מדינה ומדינה ומבהירים עד כמה הפרודורה והסוגיות המשפטיות- מהותיות כרכוכות ייחודי.

**משמעות ההחלטה כי חוק אינו חוקתי** – ניתן להצביע על שלישה דגמים עיקריים העוסקים במעטדו המשפטי של חוק בטל: דגם הבטולות המוחלטת, דגם הנפסדות ודגם הבטולות היחסית.<sup>46</sup> **דגם הבטולות המוחלטת** קבוע כי דבר حقיקה שנוגד את החוקה או את חוק היסוד המשורין – בטל וمبוטל (void), לא היה לו מעולם תוקף והוא בטל מלאו. לפיכך, לכל אדם החירות שלא להתחשב בחוק לא חוקתי, שכן הוא אינו קיים נורמטיבית. הביטול השיפוטי בדגם זה פועל למפרע, מרגע החקיקה.<sup>47</sup> **דגם הנפסדות** קבוע כי חוק שחוק על-ידי המחוקק, לעולם קיים ותוקף עד לקביעת בית המשפט. בית המשפט מוסמך לבטל את החוק רטוספקטיבית, אקטיבית או פרוספקטיבית, על-פי הנורמות החקיקיות הקיימות באותה שיטת משפט.<sup>48</sup> דגם זה אינו מעורער את כוחו של המחוקק, במובן זה שככל חוק קיים, חזקה לעליו שהוא חוקתי עד שבית המשפט יחליט אחרת. הציבור מחויב לצוית לחוק, גם אם הוא סבור שהחוק אינו חוקתי. הדבר מחזק את הסדר החברתי, אך נותן בדי הרשות השופטת סמכות המקבילה למעשה בין רמות שונות של אי-חוקתיות, נוסף בדגם נועץ בכך שהוא אינו מבחין בין רמות שונות של אי-חוקתיות, שכן כל חוק בלתי חוקתי הוא תקף עד להכרעה אחרת של הרשות השופטת גם אם החוק הוא בלתי חוקתי בעלייל. **דגם הבטולות היחסית** הוא דגם ביןדים, ולפיו יש להתחשב בנסיבות של אי-חוקתיות ובנסיבות העניין. חוק שלכארה נוגד חזיותית חוק יסוד או שלא עבר כלל הликחיקה, יהיה בטל וمبוטל גם ללא הכרעה שיפוטית. במקרים אחרים שבהם הבטולות עלולה להיות שנייה בחלוקת, תידרש התערבות

SHIPOTIT.<sup>49</sup> ההכרזה כי חוק הוא בטל אקטיבית או פרוספקטיבית תהיה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט.

**סוציאי הדין** – קביעת סוציאי הדין בבית המשפט החוקתי עשויה להשפיע לא רק על אופי השיפוט, אלא גם על התוצאה השיפוטית. בכוחה של פרוצדרה להשפיע על המהות. לפיכך, הדין בהפעלת סמכות לביקורת חוקתית על חוקיותם של חוקים חייב להביא בחשבון את המרכיבים הבאים של סדר הדין: **עיכוב הליכים** – האם העברתנה של סוגיה חוקתית, עלתה במהלך דין בסכוך משפטי קיים, לטיפולו של בית המשפט החוקתי מחיבת עיכוב הליכים באותה ערכאה, או שמא יש לאפשר הכרעה מןוטק מהכרעה בעניין החוקתי, ובכך להימנע מיצירת "היררכיה שיפוטית"; **הליכי גילוי מסמכים** – האם לאפשר לצדדים לנוקוט הליכים אלו בהנחה שהם מייעלים פעמים רבות את ההליך המשפטי?; **השמעת עדויות וחوات דעת** – האם הגוף המפעיל את הביקורת השיפוטית ישמע עדויות מקור ראשון ויאפשר חקירות וחקירות נגדו, או שידון רק על-פי הממצאים העומדים בפניו, כשם שעושה ערכאת ערעור? האם בחינת חוקיותו של חוק לא תיפגע אם לא תתאפשר חריגת מסוציאי הדין הנוקשים (לשם הצגת נתונים מחקרים, היסטוריים או חבריים)?; האם יש לעמוד על עקרון **פומביות הדין**, או שמא בנושאים בעלי רגשות חברתיות יש לאפשר דינונים בדلتיהם סגורות, הרחק מעיני הקהל?<sup>50</sup> האם יש לחיבר את בית המשפט החוקתי במתן הנמקה לפסיקותיו?

**SHIPOTOT** – שאלת השיפוטות נוגעת לסוגיות שמתפקידו של בית המשפט לדון בהן. בארצות-הברית, לדוגמה, נוטים לקבוע כי שאלות הנוגעות לעניינים פוליטיים אין שיפוט (Non Justiciable), ולפיכך הדין בהן אינו יכול להישוח במערכת המשפטית. עם זאת, במקרים של סכוך פוליטי מוחשי בין צדדים קונקרטיים, יבחר בית המשפט להתערב. בגרמניה המצב שונה. בית המשפט הגרמני מוסמך, מכוח החוקה הגרמנית מ-1949, לדון בכל סכוך משפטי ופוליטי. החוקה הגרמנית פוסلت עונת אי-SHIPOTOT ומחייבת את בית המשפט העליון הגרמני להתערב בכל נושא פוליטי-ציבורי.

הכרזה על בטלות, אי-חוקיות או השעיית חוק – ההכרזה על בטלות חוק יוצרת חסר בדיון הקיים.<sup>51</sup> אלא שביקורת שיפוטית אין פירושה בהכרח ביטול חוק. הסמכות לבטל חוקים, מהיותה האמצעי

החריף ביותר הנתון בידי הגוף המוסמך להפעיל בחקירה שיפוטית, צריכה להיות מוגבלת למקרים חריגים ביותר. הגבלה זו יכולה להיעשות על-ידי החוקק, או על-פי שיקול הדעת של הרשות השופטת הדנה בדבר. בית המשפט החוקתי של גרמניה, לדוגמה, פיתח אבחנה בין הצהרת בטלות (*Nichtig*) לבין הצהרת אי-התישבות (*Unvereinbar*) שאינה גוררת אחריה בטלות.<sup>52</sup> בית המשפט מוסמך לנקט כל אחת מן האופציות: באפשרותו לבטל חוק, והביטול יפעל רטרואקטיבית, או שהוא יכול להכריז על אי-התישבות החוק עם החוקה. אז מחובתו של החוקק לשנות את החוק. עד לנקיות פעולה על-ידי החוקק, החוק הבלטי חוקתי נשאר בתוקפו. בית המשפט הגרמני עושה שימוש נרחב בטכנית שיפוטית זו. מתוך כ-400 הוראות חוק אשר נקבעו כבלתי חוקתיות בין השנים 1951-1987, כשליש הוכרזו בלתי חוקתיות, ללא שנקבעה בטלות.<sup>53</sup>

**תוקף פסק הדין ותחולתו** – השיטה הדיפוזית מבוססת על הכרעה אינציגנטלית בשאלת חוקתיות החוק. הכרעה זו חלה מטבעה על הצדדים לסכוך הנדון בלבד. רק שאלה שתגיעה לבית המשפט העליון בדרך של ערעור, תוכל להיות בעלת תוקף כללי מכוח עקרון התקדים המחייב. בשיטה הרכיזומית, שבה בית משפט חוקתי מתקיים כערכאה נפרדת, נקבעת יתקיפה ישירה של חוקתיות החוק, ולפיכך הכרעת בית המשפט היא בעלת תוקף כללי המחייב את כל הרשויות וגם את הפרט.

## ו. תוצאות ההליך

הדין בתוצאות ההליך צריך להביא בחשבון גם היבטים הנוגעים לערוור על החלטת הגוף המפעיל את הביקורת השיפוטית, וגם את משמעותה של ההכרזה על בטלות חוק מבחינת ספר החוקים והמענה שהוא נותן לצורכי החיים.

**זכות ערעור** – בשיטה הדיפוזית, קיומה של זכות ערעור הוא אינהרנטי לשיטה. לפיכך ניתן יהיה לערער על הכרעה הנוגעת לעניין חוקתי, בהתאם לסדרי הדין החלים באותה ערכאה. בשיטה הרכיזומית, בהיות בית המשפט החוקתי ערכאה ייחודית, אין הזכות ערעור לערכאה אחרת. עם זאת, ניתן לחשב על נסיבות חריגות שהן אפשרי דין נוספת בסרכיב רחב יותר. במקרה זה, יש להבחן בין מתן זכות פניה לכל עותר ובין מצב שבו רק גופים מסוימים (רוב מסויים בפרלמנט או בעלי תפקידים מסוימים) יהיו

ראשאים לפניות בבית המשפט החוקתי. אפשרות נוספת היא התערבותה של ערכאהعلילונה בהכרעת בית המשפט החוקתי מטעמים מיוחדים שיוגדרו בחקיקה, או שייהיו נתונים לשיקול דעתה של אותה ערכאה.<sup>54</sup>

**שינוי הכרעת בית המשפט החוקתי** – במקרה של חוק מקיף כי תיוותר בידו הסמכות לשנות הוראות חוק, או לחוק חוקים חדשים, בתגובה לפסיקה חוקתית שאינה עולה בקנה אחד עם תפיסתו. אך יש לשקלל הגבלת סמכות זו של החוקן כדי שלא תהווה בידיו כלי ניגוח במערכת המשפטית. אפשרות נוספת לשינוי הכרעה יכולה להיעשות על-ידי בית המשפט החוקתי עצמו, שרשאי לחזור בו מהחלטותיו או לסייעו.

**היווצרות לאקונה** – מתן הסמכות לביטול חוק שאינו חוקי על-ידי בית משפט, בין בשיטה דיפוזית ובין בשיטה ריכוזית, עלול להביא למצב של חסר (לאקונה) בדיון הקיים לגבי הסוגיה שאליה נוגע החוק הבלתי חוקתי. יש להניח כי במקרים רבים הדיון שהיה קודם לחקיקתו של החוק, ייתן מענה גם לאותה סוגיה. אולם אפשר כי לא היה קיים כלל דין באותו עניין, או שהוא נחקר במטרה לתקן עיוות שהיה בדיון הקיים. במקרה זה עולה השאלה האם יש להסמיד את בית המשפט למלא את החלל המשפטי על-פי ראות עיניו. במילים אחרות, האם הסמכות לבטל חוקים כוללת גם את הסמכות לקבוע הלכה חדשה במקום החוק הבלתי. בטבלה שלහן מובאים בקצרה הנתונים שפורטו לעיל בנוגע לגוף המוציא אל הפועל את הביקורת השיפוטית – סמכויותיו, מבנהו, אופן פעולתו וכו'.

## דוגמים לביקורת שיפוטית בישראל

לאחר חקיקת חוקי היסוד: כבוד האדם וחירותנו וחופש העיסוק ב-1992, החל שינוי במבנה הפסיקה הישראלית ביחס לביקורת השיפוטית בדבר בטלות חוקים. בפסק דין בנק המזרחי הוגדר מעמד-על לזכויות הנובעות מחוקי היסוד, אשר מכוחו יונק בית המשפט את הסמכות לביקורת שיפוטית:

"גם מן הפן המשפטי שינו שני חוקי היסוד, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותנו וחוק יסוד: חופש העיסוק, את הנורמה אשר נתנה את ההכרה לזכויות האדם שנקבעו בהם. זכויות אלה אינן עוד רק זכויות

## פרמטרים ראשוניים לאפיון ביקורת שיפוטית

<b>שיפה</b>						
זות אורך המוטמן לעסוק בביקורת שיפוטית	שיה ריכוזית	שיה עצמאית	שיה עצמאית ושיטת מקרים פורטאית	שיה עצמאית ושיטת הульו לפניה לערוכה	זות אורך המוטמן לעסוק בביקורת שיפוטית	זות אורך המוטמן לעסוק בביקורת שיפוטית
<b>אייש לערכה</b>						
טוהה אבנית, השולה כחלק מדין בשאלת אחרת פיהה ללא הנבלת עילה מוגבלת בעקבות תפקודים	טוהה אבנית, השולה כחלק מדין בשאלת אחרת פיהה ללא הנבלת עילה מוגבלת בעקבות תפקודים	טוהה אבנית, השולה כחלק מדין בשאלת אחרת פיהה ללא הנבלת עילה מוגבלת בעקבות תפקודים	טוהה אבנית, השולה כחלק מדין בשאלת אחרת פיהה ללא הנבלת עילה מוגבלת בעקבות תפקודים	טוהה אבנית, השולה כחלק מדין בשאלת אחרת פיהה ללא הנבלת עילה מוגבלת בעקבות תפקודים	טוהה אבנית, השולה כחלק מדין בשאלת אחרת פיהה ללא הנבלת עילה מוגבלת בעקבות תפקודים	טוהה אבנית, השולה כחלק מדין בשאלת אחרת פיהה ללא הנבלת עילה מוגבלת בעקבות תפקודים
זות אורך המוטמן לעסוק בביקורת שיפוטית	ש	ש	ש	ש	ש	ש
<b>מיוי והרכבת</b>						
מיוי פוליטי הטרוני מושגיות הריבכ בליי מונבלת משן המונה הגבלה על עסקם של חבירי הורגה	מיוי באירועות מגנוגנים/גופים פוליטיים היעדר א-פוליטיות הורוגי משמעותי של פוליטים, שופטים בעלי-זקן, גיל-זקנים מושגיות ש	מיוי באירועות מגנוגנים/גופים פוליטיים היעדר א-פוליטיות הורוגי משמעותי של פוליטים, שופטים בעלי-זקן, גיל-זקנים מושגיות ש	מיוי באירועות מגנוגנים/גופים פוליטיים היעדר א-פוליטיות הורוגי משמעותי של פוליטים, שופטים בעלי-זקן, גיל-זקנים מושגיות ש	מיוי באירועות מגנוגנים/גופים פוליטיים היעדר א-פוליטיות הורוגי משמעותי של פוליטים, שופטים בעלי-זקן, גיל-זקנים מושגיות ש	מיוי באירועות מגנוגנים/גופים פוליטיים היעדר א-פוליטיות הורוגי משמעותי של פוליטים, שופטים בעלי-זקן, גיל-זקנים מושגיות ש	מיוי באירועות מגנוגנים/גופים פוליטיים היעדר א-פוליטיות הורוגי משמעותי של פוליטים, שופטים בעלי-זקן, גיל-זקנים מושגיות ש
<b>טעויות</b>						
חוות הביקורת השיפוטית חוות הפעלת ביקורת שיפוטית לבית המשפט מושך הפעלת הביקורת השיפוטית ערכאות עדשו על החלטות המוגנות ליךויות שיפוטית שהתקבלו על-ידי פרומסאים	דין בסוגיות מסוימות, כגון משאל עם, בחירות, מלחכים בלוי וחקיק, הסכם פוליטים, הדחת נבחרי ציבור או חברה להפעיל בנסיבות מיוחדות אלא בסוגיות שוחפו וחובה להפעיל בנסיבות מיוחדות אלא בסוגיות מסוימות לאחר תקנת החוק – בנסיבות חוקיות (צפת – שם רקיקה, איסוליה – רובייה – ניתן בשלשות ותית קודה – חוות דעת מייעצת בעניין שוחנה עשי התplevel ואצת חוק פרטיה)	דין בסוגיות מסוימות, כגון משאל עם, בחירות, מלחכים בלוי וחקיק, הסכם פוליטים, הדחת נבחרי ציבור או חברה להפעיל בנסיבות מיוחדות אלא בסוגיות שוחפו וחובה להפעיל בנסיבות מיוחדות אלא בסוגיות מסוימות לאחר תקנת החוק – בנסיבות חוקיות (צפת – שם רקיקה, איסוליה – רובייה – ניתן בשלשות ותית קודה – חוות דעת מייעצת בעניין שוחנה עשי התplevel ואצת חוק פרטיה)	דין בסוגיות מסוימות, כגון משאל עם, בחירות, מלחכים בלוי וחקיק, הסכם פוליטים, הדחת נבחרי ציבור או חברה להפעיל בנסיבות מיוחדות אלא בסוגיות שוחפו וחובה להפעיל בנסיבות מיוחדות אלא בסוגיות מסוימות לאחר תקנת החוק – בנסיבות חוקיות (צפת – שם רקיקה, איסוליה – רובייה – ניתן בשלשות ותית קודה – חוות דעת מייעצת בעניין שוחנה עשי התplevel ואצת חוק פרטיה)	דין בסוגיות מסוימות, כגון משאל עם, בחירות, מלחכים בלוי וחקיק, הסכם פוליטים, הדחת נבחרי ציבור או חברה להפעיל בנסיבות מיוחדות אלא בסוגיות שוחפו וחובה להפעיל בנסיבות מיוחדות אלא בסוגיות מסוימות לאחר תקנת החוק – בנסיבות חוקיות (צפת – שם רקיקה, איסוליה – רובייה – ניתן בשלשות ותית קודה – חוות דעת מייעצת בעניין שוחנה עשי התplevel ואצת חוק פרטיה)	דין בסוגיות מסוימות, כגון משאל עם, בחירות, מלחכים בלוי וחקיק, הסכם פוליטים, הדחת נבחרי ציבור או חברה להפעיל בנסיבות מיוחדות אלא בסוגיות שוחפו וחובה להפעיל בנסיבות מיוחדות אלא בסוגיות מסוימות לאחר תקנת החוק – בנסיבות חוקיות (צפת – שם רקיקה, איסוליה – רובייה – ניתן בשלשות ותית קודה – חוות דעת מייעצת בעניין שוחנה עשי התplevel ואצת חוק פרטיה)	דין בסוגיות מסוימות, כגון משאל עם, בחירות, מלחכים בלוי וחקיק, הסכם פוליטים, הדחת נבחרי ציבור או חברה להפעיל בנסיבות מיוחדות אלא בסוגיות שוחפו וחובה להפעיל בנסיבות מיוחדות אלא בסוגיות מסוימות לאחר תקנת החוק – בנסיבות חוקיות (צפת – שם רקיקה, איסוליה – רובייה – ניתן בשלשות ותית קודה – חוות דעת מייעצת בעניין שוחנה עשי התplevel ואצת חוק פרטיה)
<b>דין</b>						
משמעות התחלה כי חוק אין חוקתי	חוק בטל מידית (רומייה – אוורה אווצה)	חוק בטל רק לאחר מותן או רღמה לפלשתת המוחוק	חוק בטל מידית (רומייה – אוורה אווצה)			
סוציאי	עקב החלטם: יש חוות החלטם כחותה מהפנית טוהה להרבעת במשות ותית קודה; חוות המתוקה; מוחות המשמעת דיוויזות במסמות ההלן; הליך לילוי מסמכים	אין הנבלת סמכויות (גומניה) של הנרי המופיע בנסיבות שיפוטית בשעת חיים	עקב החלטם: יש חוות החלטם כחותה מהפנית טוהה להרבעת במשות ותית קודה; חוות המתוקה; מוחות המשמעת דיוויזות במסמות ההלן; הליך לילוי מסמכים	עקב החלטם: יש חוות החלטם כחותה מהפנית טוהה להרבעת במשות ותית קודה; חוות המתוקה; מוחות המשמעת דיוויזות במסמות ההלן; הליך לילוי מסמכים	סוציאי	סוציאי
שפויות	הכל שיפוי	בנסיבות שיפוט בנסיבות חוקי או-חוקית של חוק	בנסיבות שיפוט בנסיבות חוקי או-חוקית של חוק	בנסיבות שיפוט בנסיבות חוקי או-חוקית של חוק	שפויות	שפויות
תוקף פ██ק חזון ותחולתו	הפסיקה בטלת חוקי מחייב לפחות בסכום הנזון (בארכזות-הברית – תקף לגבי הצדדים בלבד)	הפסיקה אינה בטלת חוקי מחייב לפחות בסכום הנזון (בארכזות-הברית – תקף לגבי הצדדים בלבד)	הפסיקה אינה בטלת חוקי מחייב לפחות בסכום הנזון (בארכזות-הברית – תקף לגבי הצדדים בלבד)	הפסיקה אינה בטלת חוקי מחייב לפחות בסכום הנזון (בארכזות-הברית – תקף לגבי הצדדים בלבד)	תוקף פ██ק חזון ותחולתו	תוקף פ██ק חזון ותחולתו
תגנות הילך	זות ערוועו/זונע נון לזונע לעזר על החלטות בית המשפט הילך	המחוקק רשאי לשנות את הוראות החוק כדי להציג למצאה שונה, בית המשפט רשאי לשנות את ההשליחות הילך	זות ערוועו על החלטות בית המשפט הילך המחוקק רשאי לשנות את הוראות החוק כדי להציג למצאה שונה, בית המשפט רשאי לשנות את ההשליחות הילך	זות ערוועו על ההחלטה בית המשפט הילך המחוקק רשאי לשנות את הוראות החוק כדי להציג למצאה שונה, בית המשפט רשאי לשנות את ההשליחות הילך	תגנות הילך	תגנות הילך
היווצרות לאקונה	המחוקק מחייב לפחות לאקונה שעוצמה עקב בטל חוק	חוק	היווצרות לאקונה	חוק	היווצרות לאקונה	היווצרות לאקונה

'טבניות' ... המקור המשפטי אשר מעגן עתה את הזכיות; מעמדן בזכיות חוקתיות על-חוקיות; שריון (בדרך זו או אחרת) של הזכיות; וכפועל יוצא – סמכות הביקורת הנתונה לבית המשפט על החקיקה והסעדים החוקתיים שבידיו ליתן, שיiams בהכרזה על בטלות חוק – כל אלה בודאי שנוננים יסוד לומר כי נפל דבר בישראל בمارس 1992.<sup>55</sup>

פסק דין בנק המזרחי הכשיר את הקרן לפסיקה בעניין יווצי ההש侃עות,<sup>56</sup> שבה הפעיל בית המשפט העליון ביקורת שיפוטית וקבע כי הוראה בחוק של הכנסת אינה חוקתית. לאחריה הופעלה ביקורת שיפוטית בשני מקרים נוספים.<sup>57</sup> יש הטוענים כי בית המשפט מודיע למשמעות מרחיקת הלכת של הצעד שביצע בפסק הדין בנק מזרחי, והוא נוטה כיום לרשות עצמו עוד יותר משעשה בעבר;<sup>58</sup> זאת, כדי לשמר על מערכתיחסים תקינה עם הרשות המחוקקת.<sup>59</sup>

החלטה של הביקורת השיפוטית לאחר חקיקת חוקי היסוד מ-1992 הייתה חלק מתהליך מתמשך של שינוי תפקידיו של בית המשפט העליון ומקומו בחברה הישראלית – הן מבחינה חברתית והן מבחינה מוסדית. יש לזכור כי הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית לא נקבעה מפורשת בחקיקה, אלא אומצה על-ידי בית המשפט העליון בדרך של פרשנות חוקי היסוד. סוגיות הביקורת השיפוטית ומתוوها הפעלה ראויים להיות מוסדרים בחקיקה כחלק מהדין בכוונה של חוקה למדינת ישראל.

הדין בדגמים לביקורת שיפוטית חייב להביא בחשבון רחוב של פרמטרים מבין אלה שהוצעו בפרק הקודם. עם זאת, ניתן להתייחס לשתי נקודות מוצאת בסיסיות ביחס לביקורת שיפוטית בישראל:

נקודות המוצאת הראשונה מנicha כי בדומה למצב הקיים בפועל בישראל כולם, הארגון **שבידו הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית הוא בית המשפט העליון**. עם זאת, גם אם הסמכות לביקורת שיפוטית נותרת בידי בית המשפט העליון, יש לבדוק ביצוע שינויים במתווה הפעלת הביקורת ובהרכבת המוציא אותה אל הפועל במסגרת המוסדית האמורה. כמו כן, ניתן לבדוק הוספה סמכויות הקשורות לביקורת השיפוטית, כדוגמת הביקורת הקדם-חוקתית. נקודת מוצאת שנייה מנicha שינוי מוסדי במערכות המשפטית הישראלית, שמצוה את ביטויו בעריכת שיפוט נפרדת שתיעוד להפעלת ביקורת שיפוטית – **בית משפט נפרד לחוקה**. גם מסגרת זו מחייבת דיוון בפרמטרים השונים שהוצעו לעיל, וכן

בسمכויות שיהיו בידי הארגן האמור ובallo שיוויתרו בידי בית המשפט העליון.

ייחודה של סמכות הביקורת השיפוטית לבית המשפט העליון מהוות, למעשה, דוגם מעורב, המשלב מחד גיסא ערכאה ייחודית המוסמכת לעסוק בביבורת שיפוטית, ומאיתך גיסא, אותה ערכאה עצמה מהוות חלק מערכחת המשפט הרגילה.<sup>60</sup> דוגם מסווג זה, המיאחד את בית המשפט העליון כגוף מבקר, איינו כורך בשינוי מוסדי, והוא מאפשר שימוש האחידות של מערכת השפיטה. נוסף לכך, דוגם זה יכול להסתמך על הלגיטימציה הציבורית הרחבה, כמו גם על היוקרה והיעדר התלות המזההים עם הערכאה השיפוטית הגבוהה בישראל.<sup>61</sup> יש הרואים בביבורת שיפוטית על-ידי בית המשפט העליון ערובה לא רק באמון הציבור, כי אם לאיזון נכון בין כוח הרוב ברשות המחוקקת לבין ערכוי היסוד של מדינת ישראל.<sup>62</sup> טיעונים נוספים שמנעו חסידיה של אפשרות זו, נוגעים לחיסכון בזמן השיפוט, לוודאות הדין, לגיבוש הلقות בתחום חדש למשפט הישראלי ולניסיונו שהצטבר בבית המשפט העליון בתחום הביקורת השיפוטית.<sup>63</sup>

התנגדות לייחודה הסמכות לביקורת שיפוטית לבית המשפט העליון מתמזהה בטענה שלפיה אין זו ערכאה מתאימה להפעלת ביבירות שיפוטית. על-פי תפיסה זו, ביבירות שיפוטית מהוות, במידה רבה, חקיקה בידי מי שלא נבחרו לשם כך על-ידי הציבור. כן טוענים המתנגדים, כי הלגיטימציה הציבורית הגבוהה שזכה לה בבית המשפט העליון, נפגעה עם הפעלת הביקורת השיפוטית, וכי בעניין חלק מן הציבור, בית המשפט אינו נחשב גורם ניטרלי בזירה הפוליטית.<sup>64</sup> לפיכך, ייחוד הסמכות לביקורת שיפוטית לבית המשפט העליון, עלול דווקא לצמצם את מעורבותו גם בסוגיות שבهن נתה לה בעבר,<sup>65</sup> מתווך חשש לירידה באמון הציבור בו וחקיקת נגד על-ידי המחוקק.

נקודות המוצא השניה שתידען, כאמור, היא הקמת ערכאה ייחודית שתוסמך להפעיל ביבירות שיפוטית. הקמת ערכאה כזו מבוססת על תפיסה ריכוזית ומחייבות רפורמה במבנה מערכת בתי המשפט. הצדדים באפשרות זו גורסים כי הקמת ערכאה ייחודית לביקורת שיפוטית תאפשר מומחיות של ההרכב ופיתוח של דוקטרינות משפטיות בתחום החוקתי. בדרך זו גם ניתן יהיה ליצור מוסד שיזכה באמון ובლגיטימציה ציבורית נרחבת גם מצד קבוצות חברתיות-תרבותיות שאינן תומכות ביום בבית המשפט העליון. הקמת בית משפט נפרד לחוקה, לדעת

הצדדים, תביא לשיקוף האוכלוסייה בהרכבת השופטים ותאפשר שימוש בכוהנה זו גם למי שאינם שופטים. הקמת הערכאה תצמצם את העומס המוטל ביום על המערכת המשפטית ותימנע ריכוז סמכויות רחבות היקף בידי בית המשפט העליון. לפי טיעון נוסף, דזוקא הקמת בית משפט חוקתי תסייע לבلوم את ההידרזרות במעמדו של בית המשפט העליון, משום חלק ניכר מן הסוגיות הנחשבות לפוליטיות' יועברו לדין בבית המשפט החוקתי.<sup>66</sup>

התנגדות להקמת ערכאה יהודית נובעת בעיקר מחשש לפגיעה בלגיטימציה של בית המשפט העליון ובסמכויותיו בעקבות הפסקת הביקורת השיפוטית מידיו. בהקשר זה נטען כי בית משפט חוקתי יהווה פתח לפוליטיזציה הן בהליך המינוי של השופטים והן בשיפיטה.<sup>67</sup>

טיעון נוסף לטרבול המבנה החוקתי בישראל<sup>68</sup> ואי-האפשרות לצפות את מכלול הבעיות שהלך כזה עלול להוביל במישור היחסים בין רשויות השלטון והעימותים המוסדיים מול בית המשפט העליון.

לצד שתי נקודות מוצא אלו – בית המשפט העליון כערך יהודית ובית משפט לחוקה כערך נפרד – קיימת אפשרות תאורטית נוספת של העדר ביקורת שיפוטית, שלפיה אין סמכות לביקורת שיפוטית לשום ארגן במערכת המשפטית; זאת, גם אם תחוק חוקה. הצדדים באפשרות זו גורסים כי העדר ביקורת שיפוטית אינו פוגם בהכרח בדמוקרטייה. כפי שנאמר כאן, הדמוקרטייה מניחה כי נציגי העם, קרי הפרלמנט, הם הארגן שבידייו הסמכות הבלעדית לחוקק חוקים. הקניית סמכות לביקורת שיפוטית מהויה סמכות בפועל לחקיקה שלילית על-ידי ארגן שלא נבחר על-ידי העם. בכך עלולים להיפגע סמכותו של החוקק ועקרון ריבונות העם. גם ניתן לראות בסמכות הפעלת ביקורת שיפוטית פגיעה בעקרון הפרדת הרשות, בכלל הקניינתן של סמכויות השמרות למחוקק, לרשות השופטה.

על-אף האמור לעיל, החלטה לכונן חוקה ללא סמכות לביקורת שיפוטית על בסיס החוקה, משמעה בפועל כי החוקה תזכה להגנה משפטית כמו חקיקה רגילה. הביטוי לעליונותה הנורמטיבית של חוקה חייב למצוא לעצמו ביטוי מעשי בדמות הביקורת השיפוטית. החוקה משקפת מעין אמונה חברתיות בין אזרחיה המדינה, וביניהם לבין השלטון, בדבר הנורמות העליונות המשקפות את אופייה ומשטרתה של המדינה. החוקה מתווה את הגבולות שבגדרטם המחוקק חופשי לפעול, בעוד שהביקורת השיפוטית מKENNA את התקוף הרاوي לגבולות אלו.

יתרה מזאת; לביקורת השיפוטית תפקיד מרכזי בשמרות זכויותיהן של קבוצות מיעוט במסגרת המשטר הדמוקרטי-ליברלי. הביקורת השיפוטית עשויה לשמש גם לחקיקה רובנית, הפגעת בזכויות המיעוט. במסגרת תפיסת 'ה爱国ים והבלמים' במשפטים הדמוקרטיים המודרניים, הביקורת השיפוטית מהויה אמצעי לרישון הרשות האחרות ולמנועת עריצות של רוב או של מיעוט.

אפשרות נספת הנינתנת לישום במתכונת של היעדר ביקורת שיפוטית, היא הקיימת סמכות בבית המשפט העליון לפסק כי חוק מסוים אינו תואם את עקרונות החוקה או מערצת נורמטיבית אחרת. במקרה זה, אין בית המשפט הסמכות להכריז על בטלות חוק, או על כל סנקציה כנגד הפעלת החוק הבלתי חוקתי. אלא שההנחה היא כי הכרעת בית המשפט תוביל לדין ציבורי, שבקבתו עשוי לחול שינוי בחיקקה. מצב זה תואם את המקרה האנגלי, שבו, עם כניסה לתוקף של ה-Human Rights Act, בית המשפט רשאי להכריז על אי-התאימות של חוק עם האמנה האירופית על זכויות אדם.

הדיון בשני אשכולות הדגמים, 'בית המשפט העליון כבית משפט חוקתי' ו'בית משפט חוקתי כערצה נפרדת',inity, כאמור, כי הביקורת השיפוטית היא ראייה שלעצמה וכי יש לבחון דרכי לישומה בדמוקרטיה הישראלית. במהלך הדיון יועלו האפשרויות המרכזיות הנגורות מהפרמטרים אל מול המציאות המשפטית-פוליטית בישראל, וכן השלכותיהן הצפויות עם הפעלת הביקורת השיפוטית.

#### **א. אשכול 1 : בית המשפט העליון כבית משפט חוקתי**

רענון הקמתו של בית משפט חוקתי כבר עלה פעמים רבות מאז קום המדינה, עוד קודם לחקיקת חוקי היסוד. ההצעות המרכזיות הנוגעות להקמת בית משפט חוקתי הניחו כי בית המשפט העליון הוא הארגן שיהיא בסמכותו להפעיל את הביקורת השיפוטית. חלק מההצעות החוק בעניין זה דרשו התקנות מיוחדת של שופטי בית המשפט העליון תחת הcontrolת 'בית משפט חוקתי מורחב'<sup>69</sup> שידונו בנושאים חוקתיים. דוח' ועדת אורה<sup>70</sup> לבדיקה מבנה בת המשפט הרגילים בישראל הציע הילך מיוחד לביקורת שיפוטית בנושאים חוקתיים, שלפיו יובה העניין היישר לבית המשפט העליון, תוך ידlogy על שאר הערכאות.

לקראת כינון חוקה, ראוי להתייחס מפורשות לסוגיית הביקורת השיפוטית ולהגדיר את זהות הגוף המבקר ואת סמכויותיו. במסגרת

החוקה, ניתן לעגן באופן פורמלי את סמכותו של בית המשפט העליון להפעיל ביקורת שיפוטית במתכונת הנוגעת כוים, כמו גם לשכללה. בכך שזכה ראוי לאטור את נקודות התוරפה הקיימות בשיטה כוים ולתת להן מענה במסגרת הרפורמה. השינויים במתכונת הפעלת הביקורת השיפוטית ימצאו את ביטויים, בין היתר, באופן הפעלת הביקורת השיפוטית, בדרך הגישה לבית המשפט לדין בסוגיות חוקתיות, בהרכבת בית המשפט, בדרך המינוי וההרכבת של בית המשפט לחוקה ובسمכויות המוקנות לו, בדגש על הסמכות לביקורת קדם-SHIPOTIT.

במצב הנוכחי, סוגיות חוקתיות זוכות לטיפול משפטי במסגרת מערכת בתי המשפט הרגילה, כמו כל סcasון משפטי אחר. בMOVED זה, השיטה הישראלית דומה יותר **לשיטת הדיפוזיה**. עם זאת, ובניגוד למקובל בשיטה הדיפוזית, מתבצע עיקר הביקורת השיפוטית הלאה למעשה לא עליידי כל הערכאות השיפוטיות, כי אם על-ידי בית המשפט העליון.

ביסוד כינונה של חוקה, קיימת התפיסה שלפיה סוגיות חוקתיות נבדלות מתחומים אחרים, ולפיכך ראוי להקנות להן מעמד חוקי מיוחד. בהתאם לתפיסה זו ובהתחשב בהשלכות הרחבות שיש לסוגיות חוקתיות על חי הפרט במדינה ועל היחסים בין רשותות השלטון – יש מקום לבחון את ייחודה של סוגיות חוקתיות גם במסגרת ניהול ההליך השיפוטי. נראה כי צמיחת הביקורת השיפוטית מתוקף פסיקתו של בית המשפט העליון היא הסיבה העיקרית לעיצובה של הביקורת השיפוטית בשיטה הדומה לשיטה הדיפוזית. המצדדים בהפיקת בית המשפט העליון לבית משפט לחוקה עומדים על כך שעם כינונה של חוקה וקבעת פורמט לביקורת שיפוטית, תופעל הביקורת השיפוטית באופן ריבוי על-ידי בית המשפט העליון בלבד. הרצונן שבבסיס טיעון זה הוא הימנעות מן הסיכון בשיטה הדיפוזית, הנובע מעצם הסמכתו של כל שופט, בכל ערכאה ובכל הרכבת שהוא, לבטל חוק של הכנסת. בעניין זה, אחת הטענות של השופט אהרון ברק היא כי על-אף תמיכתו העקרונית בדגם הדיפוזי, לדגש זה מגראות פרגמטיות: אפשרות של כל בית המשפט לפסול חוק עלולה להוביל לחוסר יציבות בשיטה. זאת, בשל החשש מגמר ההליך ללא דין בבית המשפט העליון, או לחולפים, מפסיקות סותרות של כמה וכמה בתי משפט.<sup>71</sup>

הוותרת הביקורת השיפוטית בידי בית המשפט העליון, מחייבת בוחינה מחדש של דרכי הגישה למערכת המשפט בסוגיות חוקתיות. בכלל, בשני העשוריים האחרונים התרחבה, בין היתר, **'זכות העמידה'** של האזרחות.

בית המשפט העליון בישראל פתח דלתותיו גם בפני העותר הציבורי – אדם פרטי, גוף פרטי או מוסד ציבורי העוטר ביחס לנושא כללי שאינו קשור אליו ישירות.<sup>22</sup> זכות העמידה של עותר ציבורי, כמו גדר כו"ם, מאפשרת פניה לבג"ץ בנושאים בעלי אופי ציבורי כאשר קיים חשש לפגיעה בעקרון שלטון החוק. בהיעדר עותר ישיר, האפשרות לעותר לבג"ץ גם כאשר אין אינטראksiי ישירות, הרחיבה את הביקורת השיפוטית והחילה אותה על סוגיות חדשות.<sup>23</sup> הרחבות זכות העמידה משקפת מעורבות רבה יותר של בית המשפט בחים הציבוריים. יש הטוענים כי הרחבות זכות העמידה משקפת מגמה של מעורבות-יתר עד כדי סכנת פוליטיזציה. לפיכך, אין ספק כי הדין בדרכי הגישה למערכת המשפט חייב לכלול הערכה מחדש של זכות העמידה, היקפה, תחולתה ומשקלתה.

בדין בסוגיות חוקתיות, הגישה לבית המשפט העליון אפשרית ביום זה בדרך של ערacaה ראשונה, באמצעות עטירה לבג"ץ, והן בדרך של ערacaת ערעור על ערacaות נמוכות. העטירה לבג"ץ ערacaה ראשונה נותנת בידי האזורה כל שיר ומהיר לקבלת סעדי משפט בנושאים חוקתיים. עם זאת, במתכונת 'כפוליה' זו יש משום הטלת עומס כבד על בית המשפט לערעוורים. ביקורת שיפוטית בנושאים חוקתיים יכולה להתבצע במתכונת הקיימת ביום, קרי גם בדרך של ערacaה ראשונה וגם דרך ערעוורים. להלפיו, ניתן להגביל את הביקורת לאחת מן הדרכים, ובכך לצמצם את העומס המוטל על בית המשפט העליון. כמובן, יותר על גישה ישירה לבית המשפט העליון ממשמעו פגיעה בנגישותו של האזורה לערacaות שיפוטיות ועל-ידי כך – עיקור חלקו של הביקורת השיפוטית.

אם הגישה לבית המשפט העליון נגזרת, באופן עקרוני, מהותרת הביקורת השיפוטית בידי הרשות השופטת, ומכך נגזרות גם דרכי הפניה באשר לטסוגיות חוקתיות – כי איז סוגיות המינווי וההרכב של בית המשפט העליון רואיה אפוא לדין עמוק ויסודי יותר נוכח הביקורת הציבורית הנוקבת שנשמעה לאחרונה בעניין זה.

ביקורת הציבורית האמורה התייחסה, בין היתר, להשתיקותם של שופטי בית המשפט לאוטו ריבוד חברתי-תרבותי עצמו.<sup>24</sup> כמו כן, נטען כי בולט מקומות של קשרים אישיים בין שופטי בית המשפט העליון ועדת זמיר, שהגישה את המלצהה בחודש Mai 2001, דחתה את הרעיון כי הרכבו של בית המשפט העליון צריך לייצג את הקבוצות החברתיות בישראל. עם זאת, ועדת זמיר אימצה את הרעיון שהרכבו של בית המשפט העליון צריך לשקף במידת האפשר את פני החברה. על-פי עקרון



השיקוף, גם קבוצות חברתיות שאינן מקבלות היום את סמכותו של בית המשפט, יקבלו נציגות בבית המשפט העליון. בדרך זו, כך סבורים התומכים ברעיון השיקוף, תבטא פסיקתו של בית המשפט העליון מגוון של דעתות.<sup>76</sup> במקביל, תפחת ההתנגדות לפסיקותיו, ובית המשפט-upper שמתנגדות לו יוכו. לדידם של התומכים ברעיון השיקוף, אופייה הרבת-תרבותית של מדינת ישראל הוא סיבה לשימורו של הליברליזם כבסיס למשטר כדי להבטיח את קידום ערכיהן של רוב הקבוצות התרבותיות.<sup>77</sup> המתנגדים לרעיון השיקוף גורסים כי שופטים שימנו בהתאם לרעיון זה ישמשו "שופטים מטעמי", ובפסיקתם יעדיפו אינטרסים של הקבוצה החברתית שאליה הם משייכים על-פני אינטרסים משפטיים.

השאלה האם הרכבו של בית המשפט לחוקה יהיה זהה לזה של בית המשפט העליון, או האם ראוי כי בית משפט לחוקה יכלול חברים נוספים פרט לשופטי בית המשפט העליון – שאלה זו עלתה לא אחת בהצעות לכינון בית משפט לחוקה. הצעה ברוח זו הונשה בעבר, ולפיה מחצית החברים יהיו מקרוב שופטי בית המשפט העליון ואשר החברים ימונו על-ידי גופ פרלמנטרי.<sup>78</sup> ההצעה סמכויות לבית המשפט העליון כרוכה בהרחבת היקף עבודתה של ערקה זו, והוספת פונקציה של ביקורת שיפוטית תצריך אפוא ממילא תוספת של שופטים.<sup>79</sup> מינוי שופטים שאינם שופטי בית המשפט העליון, מהшиб חסיבה מחודשת בדבר הליך מינויים של אלו – האם תוקם ועדת מיוחדת למינוי השופטים, מה יהיה הרכיב הוועדה, האם הליך הבחירה יהיה גלוי או חשאי – ובדבר הקיטריונים הנדרשים למינוי שופטים (אם דרושה כלל ועיקר קביעת קרייטריונים כלליים).

הכרה הפורמלית בסמכויותו של בית המשפט העליון לדון בעניינים חוקתיים והסמכות הנתונה בידו לפטילת חוקים מהוות הצהרה גלויה ומפורשת על סמכותו לחקיקה שיפוטית ועל הפגיעה האפשרית, הכרוכה בה, בעקרון ריבונות העם. לפיכך, הדיוון בביטחון שיפוטית נותן משנה-תוקף לשאלת מעורבותם של נציגי ציבור ופוליטיקאים בבחירה הרכב הדן בעניינים חוקתיים.<sup>80</sup> כמו כן עליה שאלת נספת הנוגעת למקצועיותו של הרכב הדן בסוגיות חוקתיות. ראוי לזכור כי הגוף שעוסק בביטחון השיפוטית במתכונת הריכוזית שבה אנו דנים, מהוות חלק אינטגרלי מן הרשות השופטת. אחת מדרכי ההתמודדות האפשריות עם שאלת הכווים המקצועיים של חברי הרכב היא הצבת **קרייטריונים מוגדרים**, כגון השכלה משפטית, התנשות בפועל בתחום המשפט החקותי,

או כישורים מקצועיים רלוונטיים אחרים. התנינית מינוי לשופטי בית המשפט החקתי בקריטריונים של השכלה משפטית ובኒסיון ברמה הנדרשת למינוי שופטים בישראל, יכולה להוות אמצעי להבטחת סטנדרטים מקצועיים. אלא שהמצבת תנאי מסווג זה עלולה להתפרש כחסימת דרכן של קבוצות חברותיות-תרבותיות מסוימות לנציגות בבית המשפט בערכאה זו ועלולה גם להתנגש עם עקרון השיקוף. סוגיה נוספת נספפת בהקשר זה היא משך כהונתם של שופטים המכנים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט חוקתי. האם משך הכהונה יהיה כשל השופטים האחרים, עד לגיל הפרישה, או שיוגבל לתקופה קצרה יותר.

שאלת **הסמכויות המוקנות לבית המשפט לחוקה** וההבחנה בין סמכויות אלו לבין סמכויותיו של בית המשפט העליון במושב יג'יל' מצריכה התייחסות כבר בשלב כינון החוקה. אם יש הרכב נפרד ודרך פעולה וסדרי דין נפרדים לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט חוקתי — כי אז יש משמעותה להגדרת תחומי החלטת הביקורת השיפוטית, או הכתבת **רשימת עילות שבגינה ניתן יהיה לפנות לבית המשפט לחוקה**. רשימת עילותensi בחלוקת התקקים בין בית המשפט העליון לבין בית המשפט העליון היושב כבית משפט חוקתי, והוא גם תצמצם את אי-הבהירות בהגדרת נושאים חוקתיים. עם זאת, הגבלת העילות לפניה לבית המשפט החקתי משמעה היעדר סמכות לביקורת שיפוטית ביחס לתחומים שנוטרו מחוץ לרשותה העילoted. אבל גם בהיעדר סמכות כזו יכול להתקיים דין משפטי. כך, לדוגמה, ניתן להגדיר את בית המשפט החקתי כמוסמך לדון בביטול חוקים בלבד, ואילו סוגיות חוקתיות שאינן כורוכות בביטול חוקים יידונו במסגרת הערכאות השיפוטיות המתאימות.

<sup>81</sup> סוגיה נוספת חשובה נוגעת **למועד החלטת הביקורת השיפוטית**. בהקשרית סמכות של ביקורת שיפוטית א-פריווית, טרם חקיקת חוק, בבית המשפט העליון, יש משום מתן אפשרות לדון אבסטרקטיב בשאלות חוקתיות. במקרים אחרים, בית המשפט יוכל, בשונה מן המצב הנוכחי כיום, לדון בשאלת חוקיותו של החוק כשאלה עקרונית, על בסיס הנחות וטיעונים היפותטיים בדבר השפעת יישומו של החוק. דרך זו, על אף שיש בה כדי לסרבל את הליך חקיקתם של חוקים בסוגיות חוקתיות, עשוי למנוע מראש חוקית חוקים אשר אינם בעליים בקנה אחד עם החוקה.

ביקורת שיפוטית מוקדמת יכולה להתבצע גם על-ידי ארגן נפרד, שאינו בית המשפט העליון, בדומה למועצה החוקתית בצרפת. מבחינת מהותו, ארגן זה יהווה זרוע של הרשות המחוקקת (גוף מייעץ לכנסת) יותר



אחת הביעות שעוללות לצוץ עם הקניית סמכות הביקורת השיפוטית לבית המשפט העליון, היא קיומה של **זכות ערעור**. בכלל, פסיקה של בית המשפט העליון אינה ניתנת לערעור. עם זאת, בהיעדרה של הזכות ערעור, עלולה להיפגע זכותו של האזרח למשפט הוגן. ניתן למצוא לכך פתרון, כמובן, באמצעות סדרי דין שונים שיאפשרו לאזרח קיומו של הילך נוסף באותה סוגיה חוקתית.

היבט נוסף לתוצאות הילך, מתייחס לכוחו של המחוקק לחוקק חוקים המנוגדים לפסק דין שנייתן על-ידי הגוף המבקר. מהלך זה עשוי להיות מגובה במנגנוןים אשר יקנו חסינות מפני ביקורת שיפוטית. אחת הדוגמאות למנגנון כזה בישראל היא פסקת ההתגברות בחוק יסוד: חופש העיסוק<sup>85</sup> השאלה מן ההסתדרות הקנדית. פסקה זו מאפשרת חקיקת חוק, לתקופה קצרה, המנוגד לחוק היסוד, אם נתקבל ברוב מסויים. באמצעותה יכול המחוקק להגשים בדרך של חקיקה ייעדים חברתיים ופוליטיים, ללא חשש שחקיקה זו – שעja שחוקתיותם מעמוד לבחינה שיפוטית – תימצא לא חוקתית ועל כן בטלה.<sup>86</sup> אלא שמנגנון מסוג זה עלולים לפגוע לא רק בערכיה של חקקה עתידית, כי אם ביכולתו של הגוף המבקר להפעיל ביקורת שיפוטית.

## ב. אשכול 2: בית משפט לחוכה בערכאה נפרדת

הקמת ערכאה נפרדת כרוכה בשינוי מהותי במסגרת המערכת המשפטית הישראלית. שינוי זה עשוי למצוא את ביטויו לא רק ברמה המוסדית, אלא גם בהתייחסות שונה אל נושאי הדיון שבhem עוסק המשפט החוקתי, תוך הכרה מפורשת כי מדובר בנושאים המצויים בספירה הפוליטית. הקמת ערכאה נפרדת לדיוון בעניינים חוקתיים ממשמעה הכרה ביחסיות העיסוק בסוגיות החוקתיות, תוך נוכנות אפשרית לוותר על המעטה האובייקטיבי, הנינטראלי והפורמלי המזופה מבית המשפט בבודאו להכריע בסכסוכים. ברמה המוסדית, שינוי זה כרוך בויתור מצד בית המשפט העליון על סמכויות לביקורת שיפוטית והעברתו לאחריותו של בית המשפט לחוכה.

הקמת ערכאה נפרדת פותחת פתח לאין-ספר מإضافים, הנוגעים למאפייניו של בית המשפט החוקתי ולהשתלבותו במסגרת המוסדית-פוליטית הישראלית. מטבע הדברים, הקמת בית משפט חוקתי כערכא נפרדת משקפת נטייה ברורה בכיוון הגישה הריכוזית, המסימכת ארגון יחיד

להפעיל ביקורת שיפוטית. עם זאת, סוגיות שונות הקשורות לחלוקת הסמכויות בין בית המשפט החוקתי לערכאות האחרות, בדגש על בית המשפט העליון, מצריכות התייחסות והכרעה. כך, למשל, עולה שאלת **הגישה לערכאה**, דהיינו כיצד יגיעו סוגיות חוקתיות לדין בפני בית המשפט החוקתי.

כפי שכבר נטען, במערכות המאמצת שיטת ביקורת דיפוזית, הדיון בסוגיות הנוגעת לביקורת השיפוטית עולה, בדרך כלל, בסוגיה אגבית, תוך כדי דין בסכוך או בסוגיה אחרת. לעומת זאת, הקמת ערכאה נפרדת, שבנסיבות להפעיל את הביקורת השיפוטית, פותחת פתח דין חדש בעניינים חוקתיים ולא כפועל יוצא של הכרעה בסכוך זה או אחר. אפשרות נוספות היא כי מערכת המשפט הירגילה, תעביר שאלות חוקתיות, שעליהם במסגרת דין בסכוך משפטי, לבית המשפט לחוקה.<sup>87</sup> נוסף לכך יש להזכיר בשאלת הנוגעת לדין בסוגיות אבסטרקטיות, דהיינו במצבים שבהם השאלה החוקתית נדונה כשאלתה עקרונית והיפותטית. כאן גם עולה השאלה הנוגעת **לז'בות העמידה**. האם אזרחי המדינה יהיו רשאים לפנות שירות לבית המשפט לחוקה? האם יהיה עליהם להוכיח נזק ממשי?

חלופה אחת היא הגדרת זכות הפניה לבית המשפט לחוקה רק על-ידי סינון שمبرעת המערכת המשפטית עצמה ו/או בעלי תפקידים קונקרטיים. במצב זה, בית המשפט לחוקה אינו פותח דלתותיו בפני אזרחי המדינה כולם. המערכת המשפטית הירגילה' מהווה מעין 'פרווזורי' המעביר להכרעת בית המשפט לחוקה את הסוגיות החוקתיות שעליהם תוך ההכרעה בסכוך. האזרחים יכולים להגיע לבית המשפט לחוקה בדרך עקיפה בלבד, ככלומר באמצעות המערכת המשפטית הרגילה ובכפוף להחלטתה. כמו כן, הדיון בשאלות חוקתיות יהיה מותנה בקיומו של נזק ישיר וממשי.

חלופה אחרת היא מתן זכות פניה לכל אזרח. דהיינו, כל אזרח יהיה רשאי לפנות שירות לבית המשפט לחוקה בבקשת להפעיל ביקורת אבסטרקטית, גם אם אזרח זה לא נפגע באופן ישיר וממשי. מובן כי ניתן להגביל את הפניה לערכאה לנושאים ספציפיים של דין.

הבדל בין שתי החלופות שתוארו לעיל השלבות רבות, בין היתר לגבי תפיסת מקומו של בית המשפט לחוקה במרקם החיים החברתיים-הפוליטיים בישראל. החלופה הראשונה, על הגרסאות השונות שבממשלה,

משמעותה היעדר נגשיות מצד הציבור הרחב לערכאה החוקתית. המתווכות האמוריה עשויה להוביל לשימוש מבויקר באמצעות הביקורת השיפוטית, קרי הפניות סוגיות חוקתיות 'אמתיות' אל פתחו של בית המשפט החוקתי, ויש בה פוטנציאל למניעת הצפותו של הגוף העוסק בביקורת שיפוטית בעתיקות שחילקוין אינן מתאימות לדין בערכאה זו. ואולם, במצב שבו הגופים היחידים המוסמכים להפנות סוגיות חוקתיות הם אלה המשפטיים, הפעלת הביקורת השיפוטית מופקעת, למעשה, מידיו הציבור והופכת לתלויה כל-כולה במומחים משפטיים.<sup>88</sup> יש לזכור, כי עדין לא ניתן פה הרכיב הגוף המבקר. יתכן מצב שבו הפניות סוגיות תהיה בעלת גון משפטי, ואילו הדין בסוגיות יהיה בעל גון פוליטי בגלל אופי הרכיב המבקר.

לעומת זאת, בחלופה השנייה אין חסמים בדרכו של האזרח לבית המשפט החוקה. במצב זה הביקורת השיפוטית תוכל למש את אחת מטרותיה העיקריות — הגנה על מיעוטים ופרטים מפני עritzות הרוב. אלא שאפשרות כזו עלולה להטיל עומס פנויות על בית המשפט החוקתי, ובעקבות זאת לגרום למעורבות יתר של בית המשפט שעולמה להתבטא בביטול מספר רב של חוקים. עקב לכך, יש לצפות לירידת האמון בבית משפט לחוקה כמו גם במערכות המשפטית כולה, לפחות בהפרדת הרשותות ולניסיון אפשרי מצד הרשות המחוקקת והרשות המבצעת להציג את צדי הגוף המבקר. מבחינת עצמותו של הגוף המבקר — במצב שבו כל אזרח יכול לפנות לבית המשפט החוקתי, ההשפעה על החברים הציבוריים ועל אופיים גדלה באורח משמעותי. זאת, בשל מגוון העתירות שעשויה להתגמל לפתחו של בית המשפט.

סוגיה נוספת בעלת השפעה מכרעת על אופי הגוף המבקר והשתלבותו במוסדות המדינה, קשורה **בהרכב הגוף ואופן מינוי חבריו**. מינוי שופטי הרכיב על בסיס פוליטי משקף את התפיסה כי הביקורת השיפוטית היא למעשה אקט חקיקתי שמן הרاوي כי נציגי העם, או לפחות מי שנבחרו על-ידי נציגים אלו, יכריעו לגביו. ביקורת שיפוטית, כשהיא נעשית על-ידי גוף משפטי גראד שאינו מייצג את הרכיב החברתי ואינו נבחר על-ידי פוגעת בעקרון ריבונות העם וושוויה להוביל לחששות אין-אונים מצד הרוב המחוקק ושולחו. תחושה שכזו עשויה לפגוע בלגיטימציה של הגוף שעוסק בביקורת השיפוטית, ולאחר בראש ההונגנות כלפי מערכת החוקים כולה. שיתופם של מי שאינם משפטנים בהרכב היא הכרה בכך שבית המשפט החוקתי עוסק בנושאים פוליטיים. לעומת זאת, שילובם של לא-



משפטנים, ובראשם אנשי רוח או אקדמיה, עשוי להעшир את הדיון הציבורי ולהאריך היבטים שאינם משפטיים דזוקה.

מן הצד השני, הרכב פוליטי עשוי להוות גוף מהחוק שני, גוף שאינטגרסים פוליטיים יהוו שיקול מרכזי בהחלטותיו. במצב שכזה, בית המשפט לחוקה הופך באופן ברור ומודע חלק מזרית המאבק הפוליטי, ובפועל אין קשר ביןו לבין המערכת המשפטית. כתוצאה לכך, סמכות בעלת חשיבות משפטית עצומה תופקע מן הרשות השופטת ותופקד בידי לא-משפטנים שלא הוכשרו לשימה.<sup>89</sup> לייצרת בית משפט לחוקה בעל מוניטין, לייצרת ערכאה שתזכה באמון הציבור והמערכת המשפטית, ניתן לשקל אפשרות נוספת של שילוב בין שני המצבים האמורים – מינוי פוליטי ומינוי מקצועי – שאפשר לבצע בדרךים שונות. אחת מהן היא קביעת מכסה מסוימת של שופטים מקצועיים שיכחנו בבית המשפט לחוקה (בגרמניה, למשל, נקבע שלושה מבין חברי ההרכב יהיו שופטים פדרליים, נוסף לעובדה שככל חברי ההרכב הם משפטיים). דרך שנייה היא הצבת קריטיריוונים מקצועיים לשילובם של המינויים הפוליטיים. לדוגמה, ניתן לקבוע כי המועמדים לבית המשפט החוקתי, גם אם הוצאו לתפקיד על סמך שיקול פוליטי או סקטורייאלי כזה או אחר, חייבים בהשכלה משפטית, כשירים להתמנות לשופטים, או, לפחות, בעלי רקע ציבורי רלוונטי.

גם אם מינוי השופטים הוא על טוהרתו המשפטנים, עדין קיימת שאלת הייצוגיות של הקבוצות השונות המרכיבות את החברה בישראל. כפי שכבר נטען, שילובם של נציגי קבוצות חברתיות-פוליטיות הוא בעל חשיבות רבה בכל הקשור לגיטימיות של ההרכב ולבבלת ההכרעות במסגרתו. שילוב זה אפשר לבצע בדרך של ייצוגיות, או בדרך של שקייפות. ככל שהיא הרכבו של בית המשפט החוקתי, יש לנתח את הדעת על אופן מינויים של חברי ההרכב. אפשר להפקיד את מלאכת המינוי בידי ועדה בעלת הרכב כזה או אחר, בדומה למצוב בישראל ביום, בידי הפרלמנט (בדומה לנוהג בגרמניה), או בידי בעלי תפקידים שונים מהרשota המבצעת והחוקקת (בדומה למצוב בצרפת במה שנוגע למוסמכת החקתית). מינוי חברי ההרכב על-ידי הכנסת יבטא את התפיסה כי חברי ההרכב שואבים את כוחם מן העם. אלא שבחירה על-ידי הכנסת כרוכה מطبع הדברים בסחר-מכר פוליטי-קואליציוני, וכך שחברי ההרכב יהיו מזוהים פוליטית ובעלי זיקה ברורה למפלגה או לממשלה פוליטי. מבחנ-דים כזה נוגד כמובן את האתוס האובייקטיבי והנייטרלי של המשפט

עלול לפגוע במידת האמון הציבורי שתוענק לגוף המבקר. כך או אחרת, גם אם הכנסת היא שתבחר את חברי ההרכבת, יש לשקל את הרוב שבו תתקבל הבחירה. ככל שיידרש רוב גדול יותר, הבחירה תשקף קונסנזוס רחב יותר, לפחות לכaura, לגבי כל מועד ומועדם. במקביל, ככל שהרובה יהיה גדול יותר, המ乾坤 וה乾坤 הקובאלציוני יהיה עז יותר.

דרך בחירת הרכב בית המשפט החוקתי קשורה גם **במשך תקופת הכהונה של חברי**. בחירות שופטים לתפקיד העשויה להיות לכל החיים (עד גיל פרישה), בדומה למצוב במערכות המשפטית. בחירה מסווג זה העשויה להבטיח את אי-תלוותו של השופט. עם זאת, בית המשפט לחוקה עשוי לשקף עמדות שונות מאלו הרוחות בכנסת, לנוכח התחלופה המועטה שתאפיין אז את ההרכבת. שני הגוף הפעלים בטפירה הקשורה לחקיקה עשויים להחזיק בתפיסות עולם שונות ומוגדות, והדבר עלול להוביל לעימותים ולשיתוק הליבי החקיקה. לצד זאת, קדנציות קצרות העשוות לפגוע במקצועיות ההרכב ובლגיטימיות של בחירתו, בין היתר בשל הצורך הטעון בהעמדת חברי ההרכב לבחירה, על כל המשתמע מכך.

ראוי לזכור כי סוגיות כמו הגישה לעראה או הרכב בית המשפט החוקתי, קשורות קשר הדוק להגדלת סמכויותיו של המושץ. אחת הסמכויות המרכזיות שיש להכירע ביחס אליה היא זו של הביקורת המוקדמת על חיקת חוקים. השאלה היא האם בית המשפט החוקתי יפעיל ביקורת שיפוטית על חוקים שהליך חקיקתם הסתiens, ו/או ביקורת א-פריווית טרם כניסת החוק לתקפו. אימוץ ביקורת א-פריווית במתוכנת הנהוגה בצרפת, נועד למנוע את עצם חקיקתו של החוק הבלטי חוקני מלעתילה. אם למדו מהקרה הצרפתי, מסתבר שבין הפרלמנט למועצה החוקנית מתקיים שיג ושיח המעצב את המדייניות החוקנית. במובן זה, החלטה בדבר ביקורת א-פריווית העשויה להוביל לכך שבית המשפט לחוקה ייטול תפקיד פוליטי פעיל בעיצוב המדייניות החוקנית. מצב זה עשוי למנוע את הזעוזה הכרוך בביטול חוק לאחר שנחקק, שכן החוקים מקבלים הקשר טרם אישורם הסופי. במצב שבו הביקורת היא א-פריווית בלבד, כמו במקרה הצרפתי, חוק שעבר את אשרור המועצה, אין עוד אפשרות להעמידו תחת שבט הביקורת. סוגיה זו עלולה לעורר בעיות, שכן אופייתה הדינמי של החברה מוביל לכך שחוק שנתפס בחוקתי בתקופה מסוימת, עשוי להיחשב כבלתי חוקתי בנקודת זמן אחרת.

שאלה נוספת הנוגעת לסמכוויותו של בית המשפט החוקתי, היא שאלת הבדיקה בין סמכויות הנטנות לבית המשפט לחוקה לבין סמכויותו של

בבית המשפט העליון. יש שתי אפשרויות בעניין זה: על-פי האפשרות הראשונה, יש להגביל את סמכותו של בית המשפט החוקתי לביטול חוקים בלבד. כל סוגיה חוקתית, מינימלית או אחרת, אשר אינה כרוכה בשאלת ביטול חוקים, לא תידון בבית המשפט החוקתי; האפשרות השנייה היא כי סמכותו של בית המשפט החוקתי מתפרש על מגוון סוגיות חוקתיות בהתאם לרשימת תחומי שותגדר בחוקה. הגדרת רשימת עילות תיצור תוואי ברור לחלוקת החקים בין בית המשפט העליון לבית המשפט החוקתי. אולם גם חלוקה זו תותיר תחומיים 'אפורים' שישוכם איינו ברור ושהגדורותם עלולה להביא לעימותים מוסדיים בין בית המשפט העליון לבין המשפט החוקתי.<sup>9</sup> חיסרונו נוסף בהגדורת רשימת עילות סגורה נועז בכך שהותרת תחומיים מחוץ לרשימת העילות עלולה להקנות לתחומיים הללו חסינות מפני ביקורת שיפוטית.<sup>10</sup> לעומת זאת, הגדרת סמכותו של בית המשפט לחוקה כמוסמך לדון בביטול חוקים בלבד, עשוייה להביא למחלוקת בין חוקים ולר' כדי להצדיק את קיומו של המוסד, וכתוואה לכך לעורר היכיחסים עם הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.

توزאות ההליך בבית המשפט לחוקה תהינה שונות מכל הליך שיתקיים בערכאה אחרת. בכלל, המסורת הריבוכית קובעת כי עם הקמת בית משפט חוקתי כערוכה ייחודית, לא תתקיים זכות ערעור לערוכה אחרת. עם זאת, יש מקום לבחון מנוגנים שיאפשו, מטעמים מיוחדים, השגה על החלטתו של הגוף המבקר. אחד המנגונים האפשריים הוא הדיון הנוסף, בהרכב רחב יותר.

توزאות ההליך נוגעות גם לאפשרויות העומדות בפני המחוקק לאחר הפעלת הביקורת השיפוטית על-ידי בית המשפט לחוקה. בכוחו של המחוקק, כאמור, להפעיל מנוגנים אשר יקנו חסינות מפני ביקורת שיפוטית, דוגמת פסקת ההtagברות בחוק יסוד: חופש העיסוק.<sup>11</sup> במקרה זה, לא יוכל בית המשפט החוקתי לסייע בידי הפונים בגין אי-חוקתיות חוק. לפיכך, בדיון בתוצאות האפשרות של הפעלת ביקורת שיפוטית, ראוי לכלול שימוש לרעה בכוחו של המחוקק לשנות את הוראות החוק בעקבות פסיקה, ולחוק חוקים חסינים מפני ביקורת שיפוטית.

## הערות

- Allan R. Brewer-Carias, **Judicial Review in Comparative Law**, Cambridge University Press, 1989, 1.
- .2. לעניין זה, ראו מאמרו של יי' דותן, "חוקה למדינת ישראל," **משפטים**, כ"ח (תשנ"ז), עמ' 152. המחבר קובע כי הדיון החוקתי המודרני זונה את התפיסה הפויזיטיביסטית וכי ניתן לגוזר את הצדוקים של הביקורת השיפוטית מהעקרונות המובנים של שיטת המשפט הדמוקרטית גם ללא חוקה.
- .3. **Ibid.**, p. 29.
- .4. יצחק זמיר, "ביקורת שיפוטית על חוקיות החוק," **משפט ומשפט**, א' (תשנ"ג), עמ' 395-410.
- Alexander M. Bickel, **The Least Dangerous Branch**, Bobbs-Merrill Company, 1962, pp. 29-30.
- .5. **Marbury V. Madison**, I Cranch 137, 2 L. ed. 60 (1803).
- .6. אהרון ברק, **משפט ומשפט ג'** (תשנ"ו), עמ' 403, 415-405.
- .7. זאב סgal, "הדריך לביקורת שיפוטית על חוקיות של חוקים – הסמכות להכריז על אי-חוקיות حقיקה – למי??" **משפטים**, כ"ח (תשנ"ז), עמ' 239.
- .8. שט, עמ' 248.
- .9. כך, לדוגמה, בהצעתו של פ' כהן, חוכה לישראל, הצעה ודברי הסבר (מועצת המדינה, הקရיה תש"ט), עמ' 15. ס' 70 להצעה מפרט את תפיקדו של בית הדין הגבואה אשר לו תהיה סמכות לבדוק את תוקפו של כל חוק לאור העקרונות שנקבעו בחוקה, ועל-פי הכלל אשר פורש בסעיף 76 של החוקה ושל בית הדין העליון.
- .10. טענה זו שכיחה בקרב מתנגדיו הביקורת השיפוטית. ראו לדוגמה: יצחק זמיר, **שם**, עמ' 397; זאב סgal, **שם**, עמ' 248.
- .11. ראו: רות גביזון, "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות, או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כ"ח (תשנ"ז) 21, עמ' 77.
- .12. כגון חוק יסוד: זכויות האדם; חוק יסוד: החקיקה.



14. בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר תקדים עליון, כרך 97 (3), עמ' 721.
  15. בג"ץ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נ"ג (5), עמ' 241.
  16. בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון ואח' נ' יוער הכנסת (טרם פורסם). פסק דין קבע כי תכלית החוק, הכשרת שידורי ערוץ 7, אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה ופוגעת בחופש העיסוק של מתחרים פוטנציאליים.
- Allan R. Brewer-Carias, **Loc. Cit.**, p. 92. .17  
**Ibid.**, p. 188. .18  
**Ibid.**, p. 191. .19  
**Ibid.**, p. 192. .20  
**Ibid.**, p. 91. .21
22. Ibid., pp. 127-128. יש לציין כי בסעיף 6, ס"ק 2 לחוקת ארצות-הברית, קבועות עלינונות החקיקה והקניית הסמכות לביקורת השיפוטית לכל שופט.
  23. Ibid., p. 133. .23
  24. בונצואלה ויון, לדוגמה, קבועים כללים מסווג זה, שבהם נאסר על שופט להעלות סוגיה חוקתית אם זו לא הועלתה על-ידי הצדדים למסוך.
  25. עקרון התקדים המחייב קבע כי הלכה שנקבעה על-ידי העראה הגבוהה ביותר, היא בית המשפט העליון, תחייב כל ערכאה נמוכה ממנה.
  26. ביקורת זו מיוחסת להנס קלוזן. ראו: Ibid., pp. 129.
  27. סמכויות אלו ואחרות קבועות בסעיפים 1, 21, 41, 61, 93, 84, (2) 41, (2) 21, (2) 99, 100, 98, 126 לחוקה הגרמנית.
  28. ראו בהמשך דין בסוגיית השפיטות.
  29. דוגמת בית המשפט לחוקה בגרמניה, המחייב מיצוי הליכים קודם לפנייה בבית המשפט לחוקה.

.30. על-פי נתונים סטטיסטיים, לבית המשפט ה החוקתי בגרמניה מוגשות כ-1,500 עתירות על-ידי אזרחים מן השורה, בעוד מספר העתירות שהוגשו על-ידי פוליטיקאים עומד על ממוצע של 3 עתירות בשנה.

ראי:

Alec Stone, "Abstract Constitutional Review and Policy Making in Western Europe" in Jackson & Tate (eds.), **Comparative Judicial Review and Public Policy** (Greenwood Press, 1992), p. 46.

.31. ראו דיוון אצל: ר' קלך, **הקמת בית משפט לחוקה בישראל – מחקר השוואתי**, עבודה לשם קבלת תואר מוסמך למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, 1999, עמ' 185.

Alec Stone, **The Birth of Judicial Politics in France**, Oxford .32 University Press, 1992, p. 4.

Donald P. Kommers, **The Constitutional Jurisprudence of .33 the Federal Republic of Germany**, 1989, p. 60.

.34. קלך מצינית כי בבלגיה יש קהילה קטנה של דוברי גרמנית, ולפיכך קיימת דרישת כי ייכל שופט אחד לדברי גרמנית. שם, עמ' 99.

.35. שם, עמ' 122, 148.

.36. קבוצות חברתיות-תרבותיות אשר ייצוגן בבית המשפט העליון אינו מובטח ושהלן אף אין מייצגות הן, בין היתר, נשים, היספנים ואסיאתים.

John Bell, **French Constitutional Law**, Oxford, Clarendon, .37 1992, p. 36.

*Ibid.*, p. 20. .38

H.I. Abraham, **The Judiciary, The Supreme Court in the .39 Governmental Process**, 10th ed. N.Y., 1966, p. 65.

Kommers, **Loc. Cit.**, pp. 20-21. .40

*Ibid.*, p. 34. .41

לענין זה, ראו דבריה של נשיאת בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה, יוטה לימברץ: "תפקיד בית המשפט החוקתי הפדרלי כשומר החוקה", **משפטים**, כ"ח (1997), עמ' 19-5. בין היתר אומרת לימברץ: "...לבית המשפט החוקתי הפדרלי תפקיד נכבד בתחום הפליטי. בית המשפט נותן את החלטתו על סמך חוק היסוד, ولو השפעה על הפליטיקה, לאחר שהקריטריון אשר על-פיו הוא פועל הוא חוקה של קהילה פוליטית ... משתף בכינונו הסדר הפליטי של מדינה" (שם, עמ' 8).

43. בלהה טולקובסקי, **ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בישראל: סמכות ריבונות או מבוזרת**, עבודת לשם קבלת תואר מוסמך למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, 1999, עמ' 85.

44. בעבר הכירה גרמניה בסמכות למתן חוות דעת מייעצת, אך סמכות זו בוטלה ב-1956 עקב שימוש פוליטי שנעשה בה ב-1953. שני צדדים פוליטיים למחוקת בענין יחסוי החוץ של גרמניה המערבית פנו לבית המשפט החוקתי בבקשת למתן חוות דעת, נוספת לפניהו של הנשיא (קלץ, שם, עמ' 184).

John Bell, **Loc. Cit.**, At p. 31. 45

46. אהרון ברק, "פרשנות במשפט", בתוך: **פרשנות חוקית**, כרך 3, נבו הוצאה לאור, ירושלים 1994, עמ' 720-726.

47. שם, עמ' 721.

48. שם, עמ' 722-723.

49. שם, עמ' 724.

50. בגרמניה, לדוגמה, אופן קבלת ההחלטה בבית המשפט הוא חשאי, וההחלטות מתפרסמות מרבית המקרים על-פי דעת הרוב, בלבד. שיצוין מי השופטים שנטנו את דעת הרוב (ראו: קלץ, שם, עמ' 87). ישיבותיו של בית המשפט בארצות-הברית לצורך קבלת החלטה לגבי דין ב-Certiorari, Writ of Certiorari, מתנהלות אף הן בדلتאים סגורות ובאופן חשאי (שם, עמ' 126).

51. ראו דיון בהמשך בשאלת היוצאות לאקונה.

Kommers, **Loc. Cit.**, p. 60. 52

*Ibid.* . 53

.54. אחת הסכנות בהסמכתו של גוף שיפוטי להתערב בהחלטת בית המשפט החקתי היא ערעור סמכותו של בית המשפט החקתי. כן, לדוגמה, אחת הטענות בעניין התערבות בית המשפט העליון בהחלטה בית הדין לעובודה היא כי בית המשפט העליון הפך עצמו לערכאת ערעור על החלטות בית הדין הארץ לעובודה (ראו דעתו של נשיא בית הדין הארץ לעובודה בדימוס, מנחם גולדברג, ריאיון מאת חגי ורד, **הפרקליטים**, גילון 3, לשכת עורכי הדין מחוז תל-אביב, עמי-8). (13-8).

.55. דברי השופט אי' גולדברג, ע"א 93/6821. **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח'**, פ"ד מ"ט 4, 221, 563.

.56. יועצי השקעות, שם.

.57. בג"ץ צמח, שם, ובג"ץ אורון, בעניין הכשרות ערוצי הטלוויזיה הפיראטים, שם.

.58. ראוי לציין, כי הפעלת הביקורת השיפוטית אינה מבלטת בהכרח מגמה של הגברת המعروבות השיפוטית בהחלטהות רשות השלטון. שתי הוראות החוק הראשונות שבוטלו, האחת ב-97, בהיותה פוגעת בחופש העיסוק, והשנייה ב-99 בהיותה פוגעת יתר על המידה בחריותו האישית של חיליל, לא עוסקו בעניינים הנוגעים לאינטנסיביים קבוצתיים מובהקים, וחשיבותן הציבורית כמעט שולית. לעומת זאת, החלטת בג"ץ לפסול את התקיון לחוק הבזק ("חוק הכשרות השידורים הפיראטים"), נוגעת בסוגיה של בלט השלכות פוליטיות, המזוכה תדר על סדר היום הציבורי. אולם, החלטה זו נתקבלה על רקע ההסכמה במצב הביטחוני, כאשר בית המשפט העליון נמנע מהפעלת ביקורת שיפוטית לגבי כל החלטה שלטונית של בלט השלכות ציבוריות או ביטחוניות.

.59. קלך, שם, עמי 70.

.60. לעניין זה, ראו: קלוד קלין, "עם הצעת חוק יסוד: החקיקה", קובץ **הריצאות בימי עיון לשופטים** (תשלו"ו), עמי 35.

.61. מחקרים של ברזילי, ערי-ycopman וסגל עולה כי בג"ץ נהנה מרמת האחדה המוסדית הגדולה ביותר במדינה, להוציא הצבא ומוסד ביקורת המדינה (שם, עמי 178). עם זאת, המחקר נערך בקרב אוכלוסייה יהודית בלבד, להוציא חרדים. כמו כן, בשנים שחלפו מאז

פרסום המחקר, דומה כי נפאה מידת הלגיטימציה המוסדית הנינטנת לבג"ץ.

- .62. סגל, שם, עמ' 256.
- .60. אמנון רובינשטיין, "סמכות בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה לפי הצעת חוק יסוד: בתו המשפט והצעת חוק יסוד: החקיקה", **הפרקלייט**, כ"ח (תש"ב), עמ' 276.
- .64. ראו: מנחם הופנונג, "סמכות, עצמה והפרדת רשות — ביקורת שיפוטית בישראל בפרשקטיב השוואתי", **משפטים** כ"ח (תשנ"ז).
- .65. ראו: גביזון, שם, עמ' 138-139.
- .66. ראו: סופר ופיסמן, שם.
- .67. סגל, שם, עמ' 249.
- .68. ראו: מי לנדי, "החוקה בחוק עליון למדינת ישראל", **הפרקלייט**, ספר היובל (תשנ"ד), עמ' 345.
- .69. הצעות חוק יסוד: החקיקה בשנים 75, 78, 92', כמו גם הצעת חוק יסוד: זכויות האדם של ח"כ אמנון רובינשטיין משנת 1971.
- .70. דוח הוועדה לביקורת מבנה בתיה המשפט הרגילים בישראל, ברשות השופט תאודור אור, ירושלים התשנ"ז, 1997.
- .71. אהרון ברק, "יסודותיה של ביקורת שיפוטית חיקיקת הכנסת", **קובץ לזכרו של ראובן ברקת**, האגודה הישראלית לביעות הפרלמנטריים, ירושלים תש"ז, עמ' 286-292.
- .72. ברזילי גד, אפרים יער-יוכטמן, זאב סגל, **בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית**, תל-אביב, פפירוש, 1994, עמ' 78.
- .73. להלן מספר דוגמאות לעתירות שנידונו עם הכרת בית המשפט העליון במעטדו של העותר הציבורי: פרשת השב"כ — בג"ץ 428/86 **ברזילי נ' ממשלה ישראל**, פ"ד מי (3), 505; בג"ץ רסלר בעניין גיש בני היישבות — בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, מ"ב (2), 441, בג"ץ 179/82 **רסלר נ' שר הביטחון** פ"ד ל"ו (4), 421, בג"ץ 448/81 **רסלר נ' שר הביטחון**, ל"ו (1), 81; בג"ץ בעניין הסרת חסינותו של סגן שר הדתות רפאל פנחסי — בג"ץ 4267/93 **אמיתי** — **אזורחים למען מינהל תקין נ' יצחק רבין** פ"ד מ"ז (5), 441; בג"ץ אייזנברג בעניין

מינויו של יוסי גינוסר למכ"ל משרד הבינוי והשיכון — בג"ץ 92/1636  
**אייזנברג ואוח' נ' שר הבינוי והשיכון, פד"מ"ז (2), 229.**

.74. ראו: **פרוטוקול הדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט**, 2.7.2001.

.75. כמו כן נטען כי בולט מקום של קשרים אישיים בין שופטי בית המשפט העליון. ראו: מני מאוטנר, "מיןוי השופטים: קשרים או כישוריים", **עורך הדיון: בטאון לשכת עורכי הדין בישראל**, גלילון 23 (יולי 2001), עמ' 26-27.

.76. חשוב לציין כי מינויו של שופט הנמנה עם קבוצה חברתית-תרבותית מסוימת, איינו ערובה לכך שהלה יבטא את עמדותיה של אותה קבוצה, או שיראה עצמו כמי שאחראי לקידום האינטרסים שלה. יתרון כי דוקא מי שאינו נמנם עם אותה קבוצה ייטיבו לעשות זאת.

.77. מאוטנר, **שם**, עמ' 27.

.78. כך, לדוגמה, הצעת חוק פרטית של ח"כ-DDI צוקר מ-1998; וראו גם: **ח"כ-DDI צוקר, עורך הדיון: בטאון לשכת עורכי דין בישראל**, גלילון 3 (מרץ 1998), עמ' 12.

.79. קלוד קלין מציע, לדוגמה, כי לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לחוקה, יתוסף מספר שופטים, שלא יהו רוב, אשר יהיו נוכחים בדיון החוקתי.

.80. המורבות האפשרית של הפליטיקאים בקביעת הרכב מעלה את השאלה העקרונית ביחס לפוליטיזציה של המשפט. יש לציין כי גם במתכונת הקיימת כיום, ארבעה מתוך תשע חברים הוועדה למינוי שופטים הם פוליטיקאים: שני חברי הכנסת, שר המשפטים ושר נספ. مكان שדרבי מינוי אשר ישלבו פוליטיקאים בבחירת השופטים, אין משמעותן בהכרח פוליטיזציה גבוהה מזו המתקיימת כיום.

.81. סוגיות מועד החלטת הביקורת השיפוטית תידונו בהרחבה במסמך נפרד.

.82. ברק, אהרון, **פרשנות במשפט**, כרך 3: **פרשנות חוקתית**, נבו הוצאה לאור, ירושלים, 1994, עמ' 462.

.83. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל הוראה בדבר שמירת דין, ולפיה "אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד". לפיכך, כל הדינים אשר עמדו בתוקף ביום

25.3.1992, ממשיכים לעמוד בתקופם גם לאחר חילת החוק, גם אם הם עומדים בניגוד להוראותיו. לדברי הנשיא ברק, פסקה זו היא תוצאה של פשרה פוליטית, שבגינה נגרמת פגיעה בהגנה על זכויות האדם מכוח החוק (שם, עמ' 561).

84. שם, עמ' 561.

85. סעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק קובע כי חוק הפגע בחופש העיסוק, אשר נתתקבל ברוב חברי הכנסת וشنאמר בו במפורש שהוא תקף על אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק – חוק חורגי' כלשון הכותרת של פסקת ההתגברות – הוא תקף, חרף העובדה שאינו בהתאם לפסקת ההגבלה (סעיף 4) שבחוק יסוד: חופש העיסוק.

86. ראו: בג"ץ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד מ"ח (5), 441, 482; בג"ץ 4676/94 **מייטרל בע"מ נ' הכנסת ישראל**, פ"ד נ' (5), 15, 31-27.

87. בדומה להליך המתקיים באיטליה ובגרמניה.

88. מתן אפשרות הפניה לחברי פרלמנט תביא לידי ביטוי את עקרון ריבונות העם, במובן זה שלנציגי העם ולנבחריו תינתן גישה ישירה לוגר המבקר. מנגד, עלול הדבר ליצור תחרות פופוליסטית של חברי הכנסת.

89. יש הטוענים כי באמצעות מינוי פוליטי שואפת הכנסת לשולט ברשות השופטת (ראו: **פרוטוקול הדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט**, 10.7.01, עמ' 45).

90. בהקשר זה אמר השופט יצחק זמיר בדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 2.7.01: "תחשבו על סכוכי הסמכויות שיתעורררו בכל משפט בכל עניין, אי-אפשר יהיה לנוהל משפטיים, כאשר בכל עניין תהיה השאלה אם כן חוקתי, לא חוקתי, מה זה חוקתי, מה ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, מה זה מורשת ישראל" (**פרוטוקול הוועדה**, עמ' 20).

91. כך לדוגמה, הציע ח"כ גפני כי בית המשפט לא יפסוק בדברים ערביים ודרתיים (שם, עמ' 28).

92. לעניין זה, ראו התייחסות במסגרת הדיון בתוצאות אשכול 1: בית המשפט העליון בבית משפט לחוקה.