

## מאמרים



# בית המשפט העליון על פרשת דרכים המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים בישראל

שמעון שטרית\*

הקדמה

1. התפתחות הביקורת השיפוטית על חוקים בישראל
  - א. ביקורת שיפוטית חוקתית לפני 1992
  - ב. מיעוט הוראות החוק שנפסלו על ידי בית המשפט העליון בגין סתירת חוקי היסוד שנחקקו ב-1992 והשעיית הפסילה
  - ג. השיח החוקתי בפסיקה בישראל בשאלת המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים לאחר 1992
2. תפקיד בית המשפט בחברה
  - א. עמדות בית המשפט בענייני דת ומדינה
  - ב. התערבות שיפוטית בהחלטות בענייני ביטחון
  - ג. הכרעות בית המשפט בשאלות הנוגעות לאזורי ספר שיפוטיים
  - ד. התרחבות יתר של זכות העמידה
3. מיון מודלים להכרעה בשאלות חוקתיות
  - א. המודל האמריקני: מודל בית משפט פוסק ומכריע
  - ב. המודל הקנדי: בית המשפט פוסק והפרלמנט בעל סמכות תיקון (מודל ההתגברות)
  - ג. מודל ועדת החוקה של הכנסת: רק בית המשפט העליון פוסק והפרלמנט בעל סמכות תיקון
  - ד. המודל הבריטי: המודל המצהיר
  - ה. מודל ביקורת חוקתית מקדימה
  - ו. מודל בית המשפט לחוקה
4. ציפייה שנכזבה לכיול מדויק (fine tuning) של קווי התיחום בין בית המשפט לרשויות האחרות
5. המעבר מהחלטת הררי להחלטת איתן: מעבר מחקיקת חוקה במהלך רב שלבי לחקיקת חוקה שלמה
6. הצעה לתיחום מחדש של גבולות הסמכות בין הכנסת ובין בית המשפט: יתרונות המודל המצהיר

סוף דבר

\* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים וראש מכון סאקר למשפט השוואתי, האוניברסיטה העברית בירושלים. דואר אלקטרוני: [mshetree@mscc.huji.ac.il](mailto:mshetree@mscc.huji.ac.il). המאמר מבוסס על דו"ח שהכין פרופ' שמעון שטרית לוועדה לשינוי מבנה הממשל בראשות פרופ' מנחם מגידור בחסות הנשיא קצב. הוועדה פועלת במסגרת המרכז להעצמת האזרח.

## הקדמה

בספרו, שופט בחברה דמוקרטית,<sup>1</sup> מתמודד השופט פרופ' אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון, עם אתגרי השופט בשבתו בדין. בסיום הספר כותב ברק: "רואה אני במשרתי שליחות. שיפוט אינו תפקיד. זהו אורח חיים. השתדלתי כל השנים לבצע את שליחותי מתוך נאמנות עקבית להצהרה שאותה הצהרתי שלוש פעמים: 'אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים'. ומתוך תחושה כי כשאני יושב לדין אני עומד לדין".<sup>2</sup> שותף אני לתפיסה של כבוד השופט ברק כי כאשר השופטים יושבים בדין לשפוט את העם, הם בעצמם עומדים לדין הציבור, לדין עמיתיהם האקדמאים ולדין חבריהם השופטים בערכאה שלהם ובערכאות גבוהות יותר. השקפתי זו ניכרת גם בכותרות שנתתי לאחדים מספרי שעסקו בנושא זה, הראשון שבהם, *Judges on Trial*<sup>3</sup> על המערכת השיפוטית האנגלית, יצא לאור בשנת 1976, וספרי האחרון, על השפיטה: מערכת הצדק במשפט,<sup>4</sup> יצא לאור בשנת 2004. אכן, השופטים יושבים בדין, וכשהם יושבים בדין הם עומדים לדין ולמשפט על מלאכת השפיטה היוצאת מתחת ידם.

טיב הרשות השופטת ומעמדה בישראל הם תוצאה של מערכת כוחות ותהליכים שותפים בה השופטים, חברי הרשות המבצעת וחברי הרשות המחוקקת. כולם ביחד ראויים לשבח ולהכרת התודה על כך שייסדו ושימרו מערכת שיפוטית עצמאית וממשל דמוקרטי המבוסס על שלטון החוק.

על החברה הישראלית עבר שינוי של ממש בעצמתה של הרשות השופטת ובמאזן שבינה ובין רשויות השלטון האחרות. המהפך הושלם והעמיק עם חקיקתם של שני חוקי היסוד החדשים – חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – אשר בישרו עם חקיקתם פתיחה של עידן החוקתיות במשפט הישראלי וכן הגבירו עוד את כוחה של הרשות השופטת, בהנהגת בית המשפט העליון. שינוי זה במאזן הכוחות בין הרשויות בישראל נזקף בעיקר לאחריותו או לזכותו של בית המשפט העליון, אשר בהנהגתם של הנשיאים שמגר וברק הביא לידי שינויים משמעותיים בתפישת הביקורת השיפוטית על מעשי הרשות המבצעת והרשות המחוקקת ועל פעולות המנהל הציבורי. השינוי נעשה באמצעות הגמשה משמעותית של עקרונות זכות העמידה ותורת השפיטות. בכך יצר בית המשפט העליון תהליך משפטיזציה (Judicialization) של תהליכים חברתיים ושלטוניים בישראל. התהליך הוא עקב היחלשותן היחסית של הרשות המחוקקת ושל הרשות המבצעת בשנות השמונים והתשעים.

1 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (ירושלים, 2004).

2 שם, בע' 415.

3 ראו: Shimon Shetreet *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary* (London, 1976).

4 שמעון שטרית על השפיטה: מערכת הצדק במשפט (תל אביב, 2004).

תהליך הגברת המעורבות השיפוטית הביא עמו מעורבות שיפוטית מתרחבת והולכת בכל תחומי הפעילות בישראל, לרבות פעילויות חקיקה וכיצוע שעד אמצע שנות השבעים הוחזקו כנמצאות מחוץ לתחום שיפוטו של בית המשפט העליון. תפקידם המתרחב של בתי המשפט במערכות הממשל למיניהן הוסיף היבטים חדשים לקשרי הגומלין שבין הרשות השופטת ובין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, ועל אלה נוספו, משנת 1992, שני חוקי היסוד החדשים, אשר שינו את מערכת האיזונים והבלמים שבין הרשויות באמצעות העצמה נוספת של מעמד בתי המשפט. בתהליכים האלה נוצר מטבעו מתח בין פעילותם של בתי המשפט ובין פעילותן של הרשות המחוקקת ובמיוחד של הרשות המבצעת, לעתים סמוי ולעתים גלוי. מתח זה עשוי לגרום לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת לנקוט פעולות להגבלת סמכויותיה וכוחה היחסי של הרשות השופטת, ולפגוע באי-תלותה השיפוטית, שהוא מְשַׁמַת אפה של כל מערכת שיפוטית מתוקנת.

אתגר גדול הוצב לפתחה של המערכת השיפוטית בעקבות המחלוקת העקרונית על מעמדו של בית המשפט העליון, על רקע התנגדויות שהביעו חוגים מן האקדמיה ומן הציבור הרחב לאקטיביזם של בית המשפט העליון ועל רקע אי-שביעות הרצון הגדולה שעוררו פסיקותיו בענייני דת ומדינה בקרב הציבור החרדי. האתגר הועצם על רקע פסיקותיו של בית המשפט העליון בענייני ביטחון המדינה והתערבותו השיפוטית בהחלטות הממשלה בסוגיות שונות. הבולטות שבפסיקות אלו היו הטלת איסור מוחלט לענות נחקרים בחקירות השב"כ,<sup>5</sup> הוראה לשחרר עצורים לבנוניים שהוחזקו במעצר מנהלי במשך שנים ארוכות כקלפי מיקוח לשחרור השבויים הישראליים,<sup>6</sup> ובהקשר מעט שונה, האיסור להפלות ערבים לרעה בקבלה למגורים ביישוב קהילתי.<sup>7</sup> מגמות האקטיביזם, כפי שהתבטאו גם בפסיקה זו, הביאו לידי הצטברות של ביקורת, הן מן הצד האקדמי, והן מן הצד החברתי-פוליטי.

ההסתייגות מן האקטיביזם השיפוטי באה גם כתגובה על דברי השופט ברק בדבר "מהפכה חוקתית" המעניקה סמכות לבית המשפט העליון לבטל חוקים שאינם עומדים בתנאים שנקבעו בחוקי היסוד החדשים.<sup>8</sup> הצטברות הביקורת הביאה לידי לחצים על בית המשפט העליון בשני מישורים: האחד, ביקורת על ההרכב החברתי של בית המשפט;

5 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (להלן: עניין הוועד הציבורי).

6 דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721.

7 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258.

8 ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9; אהרן ברק "המהפכה החוקתית" מבחר כתבים (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, כרך א, תש"ס) 349, 374; יוסף אדרעי "מהפכה חוקתית – האמנם?" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 453, 454; רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה שמגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ז) 21; אשר מעוז "משפט חוקתי: המהפכה החוקתית" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ו (אריאל רוזן צבי עורך, תשנ"ו) 215.

והאחר, ביקורת על אקטיביזם היתר של בית המשפט העליון וההצעה להקים בית דין לחוקה בנפרד מבית המשפט העליון, שיעסוק בביקורת שיפוטית על חוקים. במישור הראשון, הושמעה ביקורת על ההרכב החברתי והאידיאולוגי של בית המשפט העליון, וכן הוצגה דרישה שכונתה "ייצוגיות" של בית המשפט העליון.<sup>9</sup> אי-שביעות רצונם של גורמים חברתיים ופוליטיים ושל אנשי אקדמיה מהתערבות היתר של בית המשפט העליון בסוגיות חברתיות הביאה גם לידי הגשת הצעה להקים בית משפט לחוקה, הצעה שתידון להלן בפירוט.<sup>10</sup> היוזמה להקים בית משפט לחוקה נדונה בהרחבה בשיח הציבורי. הובאו נימוקים רבים בעד ונגד רעיון זה. בין היתרונות שהועלו צוין תיקון המצב הנוכחי, שבו תחושת ניכור וחוסר אמון רב במערכת השיפוט השוררים בקרב מגזרים רחבים של הציבור, בין השאר על רקע היות הרכב בית המשפט העליון בלתי משקף. מאידך גיסא, ברור היה כי הקמת בית משפט לחוקה עשויה לפגוע במעמדו ובכוחו של בית המשפט העליון ולשים במקומו ערכאה חוקתית שתהא כלי שרת בידי אינטרסים וכוחות פוליטיים, כלכליים וחברתיים סקטוריאליים שינווטו אותו וייצרו מוסד שיעסוק בפוליטיקה יומיומית במסווה משפטי. בעקבות זאת עשוי להיווצר עירוב תחומים בלתי ראוי בין המערכת הפוליטית לשיפוטית, תוך אבדן עצמאותה של המערכת השיפוטית.<sup>11</sup>

על רקע משבר האמון בין הרשויות ומשבר האמון של הציבור ברשות השופטת, הגעתי גם אני לכלל מסקנה שיש להנהיג רפורמה במתכונת להכרעה בשאלות חוקתיות. הצעתי להנהיג מתכונת חדשה להכרעה בשאלות חוקתיות במגמה ליישב את משבר האמון של חלקים ניכרים מקרב הציבור בבית המשפט. לפי ההצעה הסמכות להכריז שחוק סותר חוק יסוד תישמר בידי בית המשפט העליון, שיפסוק בעניין זה במוטב חוקתי, וההחלטה הסופית אם לשנות את החוק, שהוכרו כסותר חוק יסוד, או לבטלו תהיה מסורה לכנסת. על פי המתכונת המוצעת יכריע בית המשפט העליון בעניינים חוקתיים במוטב החוקתי, בהרכב מיוחד שיתבסס על עקרון השיקוף. כדי לצמצם את החיכוך בין בג"ץ ובין הכנסת והממשלה אני מציע לצמצם את זכות העמידה ולהעניקה רק למי שנפגע אישית ממעשה של השלטון.

מטרת רשימה זו לנתח את התפתחות השיח הציבורי והחוקתי בישראל בעניין מעמד בית המשפט העליון, בשאלת דרכי ההכרעה בשאלות חוקתיות – ובמרכזה ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים. ראשית אפנה לתיאור התפתחות הביקורת השיפוטית על חוקים בישראל בעידן שקדם לחוקי היסוד החדשים, ובפרק הזמן שלאחר חקיקתם. במסגרת זו אעמוד על המחלוקת בפסיקה ובספרות בשאלת המודל

9 שטרית, לעיל הערה 4, בע' 549. בספרי הבעתי את הסתייגותי מניסוח הציפייה לשיקוף חברתי כדרישה לייצוגיות. אני דוגל בגישה התומכת ביישום עקרון הרשות השופטת המשקפת ולא בעקרון הייצוגיות.

10 הצעת חוק בית-משפט לחוקה, תשס"ב–2002, ה"ח 3380, ה"ח 3393.

11 להרחבה נוספת ראו שטרית, לעיל הערה 4, בע' 549–552.

הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים בישראל. דיון זה יתקיים בזיקה למעורבותו של בית המשפט העליון בהכרעה בנושאים מרכזיים בסדר היום הציבורי ובכללם נושאי דת ומדינה וביקורת שיפוטית על החלטות ביטחוניות.

בהמשך תיבחן סוגיית דרכי ההכרעה בשאלות חוקתיות בזיקה למודלים הנהוגים בעולם לביקורת שיפוטית חוקתית. במיון שיטות הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים ניתן לזהות כמה קווי הבחנה שלפיהם אפשר לתת סימנים במודלים הקיימים. קו הבחנה אחד הוא מהות הפסיקה של בית המשפט הנדרש להכריע בחוקתיות חוק. בעניין זה ניתן להבחין בין המודל המסמיך את בית המשפט להכריע בדבר חוקתיותם של חוקים ולבטל חוקים הסותרים חוקי יסוד, ובין המודל המסמיך את בית המשפט להצהיר על סתירת חוקי היסוד או החוקה. קו הבחנה נוסף מוגדר על פי העיתוי שבו נדרש בית המשפט לפסוק בשאלות חוקתיות. מודל אפשרי הוא מודל הביקורת השיפוטית המקדימה (הנהוג בצרפת) המסמיך את בית המשפט או את המועצה החוקתית *Conseil Constitutionnel* להידרש לסוגיה החוקתית עוד בטרם חקיקת החוק על ידי הפרלמנט. לעומתו המודל הרווח בעולם מאפשר לבית המשפט להידרש לביקורת שיפוטית חוקתית רק לאחר שנחקק החוק. קו הבחנה האחרון מתווה את מהות הערכאה המוסמכת להפעיל ביקורת שיפוטית. בעניין זה יש להבחין בין המודל הריכוזי, המסמיך ערכאה עליונה בלבד (כגון בית המשפט העליון בישראל לפי הצעת ועדת החוקה או בית המשפט של האיחוד האירופי) להכריע בשאלת חוקתיותם של חוקים. לעומתו, מודל הביקורת השיפוטית הביזורי, מבקש להסמיך כל בית משפט, שעולה לפניו סוגיה של חוקתיות חוק, להכריע בסוגיה, בכפוף לערעור לפני ערכאה גבוהה יותר לפי הנהוג באותה שיטת משפט.

לבסוף, לאחר סקירת המודלים הקיימים בעולם והמודל שהוצע באחרונה על ידי ועדת החוקה, אבקש לשרטט את המודל שאני ממליץ עליו, תוך השוואתו למודלים האחרים על יסוד קווי הבחנה השונים שתוארו לעיל. המאמר יתייחס במהלך הדברים לשינוי החשוב שחל בגישת הכנסת לחקיקת החוקה. הכוונה למעבר מהחלטת הררי בדבר חקיקת חוקי היסוד בפרקים נפרדים למהלך לקראת חוקה שלמה לפי החלטת איתן מפברואר שנה זו.

## 1. התפתחות הביקורת השיפוטית על חוקים בישראל

### א. ביקורת שיפוטית חוקתית לפני 1992

עד שנת 1992 השתמש בית המשפט העליון בישראל בסמכות הביקורת השיפוטית על חוקים בכמה עניינים שבהם חקיקה ראשית של הכנסת הוכרזה כפסולה מחמת סתירה של הוראת חוק יסוד. התערבות זו מצד בית המשפט העליון נעשתה כאשר החקיקה שדנו בה סתרה את הוראת סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, בדבר שוויון הבחירות לכנסת.

עם זאת, הביקורת השיפוטית החוקתית על חקיקת הכנסת הייתה מוגבלת בתחומה רק לאותם עניינים שבהם נכללה במפורש הוראת שריון שדרשה רוב מיוחד לתיקון הוראות חקיקת הכנסת באותם עניינים (לרוב בחוקי יסוד אבל גם בחיקוקים אחרים) ורק לשאלה הדיונית של אישור תיקוני חקיקה אחרים, שסתרו את אותן הוראות חוק, שנהנו מההגנה של הוראה משריינת, פסקת נוקשות או הוראת נוקשות, ברוב הדרוש על פי פסקת הנוקשות בכל שלבי החקיקה.

בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר<sup>12</sup> טען העותר שחוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת), תשכ"ט–1969, אינו תקף, כיוון שהוא סותר את חוק יסוד: הכנסת, בכך שהוא פוגע בעקרון השוויון המופיע בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת ולא התקבל ברוב הדרוש כדי לשנות את הסעיף. לפי סעיף 4 הנ"ל, "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת". בית המשפט קבע שהחוק אכן פוגע בעקרון השוויון שבסעיף 4, פסל את החוק והשאיר לכנסת את הבחירה בין אישור החוק על ידי רוב חברי הכנסת, כפי שנדרש בסעיפים 4 ו-46 לחוק יסוד: הכנסת, ובין תיקון החוק, והסרת חוסר השוויון. יש לציין שהכנסת אימצה את שתי ההמלצות כאחת.

מאז ואילך הוגשה שורה של עתירות שקבלו על חוקיותם של חוקים ובכל המקרים דן בית המשפט בעתירה לגופה, בלי להידרש לשאלת הסמכות או לשפיטותה של הבעיה. בבג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים<sup>13</sup> קבע, למשל, בית המשפט שאם התקבל החוק בתנאים הקבועים בסעיף 46 הנ"ל, הרי הוא תקף גם אם השינוי של הוראת סעיף 4 הנ"ל הנו משתמע ולא נעשה במפורש או באמצעות חוק יסוד<sup>14</sup>. הפרשה השנייה שבה נפסלה הוראת חוק של הכנסת הייתה ב-1981, בעקבות עתירתה של אגודת דרך ארץ בבג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור<sup>15</sup> ושוב על רקע פגיעה של חוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 6), תשמ"א–1981 בעקרון השוויון שבסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, ובשל העובדה שלא התקבל ברוב הדרוש.

הנושא עלה שוב בעתירה שהגיש חבר הכנסת פרופ' אמנון רובינשטיין בבג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת<sup>16</sup>. הפעם הועמד למבחן חוק לתיקון חוק מימון מפלגות, שהתקבל בכנסת לאחר הבחירות, ומטרתו הייתה להגדיל למפרע את יחידת המימון של כל מפלגה, כדי לכסות גירעונות שנוצרו בקופות כמה מן המפלגות בעקבות

12 פ"ד כג(1) 693.

13 פ"ד כז(1) 794.

14 שם, בע' 796. ראו גם בבג"ץ 13/74 קריב נ' ועדת הכנסת (לא פורסם) או בבג"ץ 60/77 רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 556.

15 פ"ד לה(4) 1.

16 פ"ד לז(3) 141.



מערכת הבחירות.<sup>17</sup> גם כאן היה הרקע לעתירה פגיעה בעקרון השוויון שנקבע בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. בית המשפט קיבל את העתירה ואת טענת הפגיעה בשוויון ופסק שהוראת החוק אינה תקפה. הכנסת נמנעה מלהגיב בתיקון החוק או בקבלתו ברוב הדרוש, ואימצה את פסיקת בית המשפט העליון כלשונה.

נכונותו של בג"ץ לפסול את תוקפו של חוק הייתה מסויגת, עקב ההלכה עד שנות ה-90, ולפיה פסילה כזו מוגבלת רק לנסיבות של פגיעה בסעיף משוריין בחוק יסוד, בניגוד לתנאים שקבע חוק היסוד. בית המשפט סירב בתוקף לפסול חוקים או לעצור את הליך החקיקה מסיבות הקשורות לתוכנם של אותם חוקים, גם אם דעתו לא הייתה נוחה מתוכנם של חוקים אלה. כך, למשל, השיבה המשנה לנשיא, השופטת מרים בן פורת, בבג"ץ 889/86 כהן נ' שר העבודה והרווחה<sup>18</sup> לטענה כי חוק מסוים מפלה את העותר לרעה: "תהא דעתה של הרשות השופטת על הסדר זה שלילית כאשר תהא, בהעדר חוקה יש ויש לכנסת הסמכות והכוח לחוקק חוק הלוקה באפליה, ומשעשתה כן, אין מנוס מלנהוג על פיו..."<sup>19</sup>.

במקרה אחד הוגשה עתירה להפסיק הליכי חקיקה של הכנסת, בטענה שהחוק המוצע פוגע בדמוקרטיה פגיעה קיצונית, המצדיקה התערבות בג"ץ.<sup>20</sup> העתירה נדחתה על הסף, בנימוק שבית המשפט אינו מתערב בהליכי חקיקה שהכנסת ריבונית לחוקק, וכזהו החוק הנדון. זו הייתה גם גישת בית המשפט בנוגע לאישור תוקפן של תקנות שעת חירום. בבג"ץ 243/52 ביאלר נ' שר האוצר<sup>21</sup> קבע בית המשפט כי: "בשעה שמאריכה הכנסת, על-פי חוק... את תקפן של תקש"ח... [הרין] היא נותנת להן, למשך תקופת ההארכה, את הגושפנקא ואת ההכשר של חוק ממש... יהא היסוד, ששימש לכתחילה להתקנתן, רעוע כאשר יהא."<sup>22</sup>

ב. מיעוט הוראות החוק שנפסלו על ידי בית המשפט העליון בגין סתירת חוקי היסוד שנחקקו ב-1992 והשעיית הפסילה

בין השנים 1992–2002 פסל בית המשפט העליון רק בשלושה מקרים חוקים שסותרו חוקי יסוד. מדובר בסעיף בחוק מנהלי ההשקעות, בהוראה העוסקת במעצר חיילים ובהוראה המכשירה ערוצי רדיו פירטיים. בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון<sup>23</sup> נדונה הוראה בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו–1955, שקבעה כי ניתן להחזיק חייל

17 ד"כ 92 (תשמ"א) 728, 759.

18 פ"ד מא(2) 540.

19 שם, בע' 546.

20 בג"ץ 345/88 ויניצקי נ' יו"ר הכנסת, תק-על 88(2) 205.

21 פ"ד ז(1) 424.

22 שם, בע' 429. הלכה זו אומצה גם בבג"ץ 485/75 ארגון סוחר ירושלים נ' שר האוצר, פ"ד ל(1) 654.

23 פ"ד נג(5) 241 (להלן: עניין צמח).

במעצר במשך 96 שעות בטרם יובא לפני שופט. בית המשפט העליון, בדעת רוב של עשרה שופטים מבין אחד עשר השופטים שדנו בעתירה, קבע כי הוראת חוק זו בטלה, מכיוון שהיא סותרת את חוק היסוד בהיותה פוגעת בחירות האישית<sup>24</sup> ומשום שאינה עומדת בתנאי "פסקת ההגבלה"<sup>25</sup>, באשר הפגיעה הנה במידה העולה על הנדרש. בית המשפט ציין כי החירות האישית, בהיותה זכות חוקתית בעלת חשיבות מיוחדת, ראויה להגנה מיוחדת מפני פגיעה באמצעות מעצר בידי רשות מנהלית. כזאת היא הפגיעה הנגרמת לחייל הנעצר בידי שוטר צבאי, מכוח סעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי, לתקופה של 96 שעות. פסיקה זו מרחיקת לכת במיוחד בהתחשב בעובדה שהוראותיו המחמירות של החוק, שנחקקו לפני חוק היסוד, היו חסינות מפני ביקורת חוקתית,<sup>26</sup> ואילו ההוראה שנחקקה לאחר חוק היסוד, ואשר בוטלה בפסק הדין, הייתה הוראה שהיטיבה עם עצורים באופן משמעותי לעומת המצב הקודם. בית המשפט ציין כי הצהרה על בטלות חוק, או הוראה בחוק, אינה חייבת להיכנס לתוקף באופן מיידי, וזאת כדי לאפשר היערכות ראויה לקראת הבטלות. על כן נקבע כי הצהרת הבטלות תיכנס לתוקף רק בתום שישה חודשים מיום מתן פסק הדין.

בכג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר<sup>27</sup> הוגשה עתירה ובה נטען כי חוק הסדרת העיסוק בייצוג השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה–1995, סותר את חוק יסוד: חופש העיסוק, מפני שהוא מגביל במידה ניכרת את העיסוק בניהול השקעות. בית המשפט, בהרכב של אחד עשר שופטים, קבע פה אחד כי אחת מהוראות החוק, הקבועה בסעיף 48, פוגעת בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש, ולפיכך אינה עומדת בתנאי "פסקת ההגבלה" שבחוק.<sup>28</sup> מדובר בהוראת מעבר שהחילה את הדרישה שבחוק, המחייבת את העוסקים במקצוע לעמוד בבחינות הסמכה, על מי שכבר עסק בניהול השקעות עד שבע שנים לפני כניסת החוק לתוקפו, ואשר פגעה קשות במנהלי השקעות בעלי ותק ניכר, של חמש ושש שנים. לפיכך החליט בית המשפט לבטל את הסעיף הזה ואותו בלבד, לפנות אל הכנסת כדי שתתקן כלפי מטה את "קו החיתוך" המבחין בין מי שעסק בניהול השקעות לפני החוק וחייב בבחינות הסמכה ובין מי שפטור מהן, ולהבהיר שעד שייעשה כן, כל מי שעסק במקצוע בטרם החוק יהיה פטור מן הבחינות. בית המשפט הכיר בכך שביטול חובת הבחינות לעוסקים ישנים יוצר "חלל חקיקתי", דבר אשר יעורר בעיות לא פשוטות. לפיכך קבע כי יש צורך בתקופת ביניים, כדי שהכנסת תוכל לגבש את עמדתה תוך זמן סביר והשעה את הכניסה לתוקף של החלטת בית המשפט עד יום 31.12.1997. הכנסת "הרימה את הכפפה" ותיקנה את פרק הזמן הקובע לשלוש שנים.

24 סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

25 סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

26 סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

27 פ"ד נא(4) 367 (להלן: עניין מנהלי ההשקעות).

28 סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

בבג"ץ 1031/99 איתן כבל נ' הממשלה,<sup>29</sup> שניתן בחודש מרץ 2002, הוגשה עתירה כנגד תיקון לחוק הבזק, תשמ"ב-1982, אשר העניק זיכיון ורישיון להפעלת תחנת רדיו למי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנה ששידוריה נקלטו במרבית שטחי ישראל. התיקון לחוק הוכנס כדי להכשיר את תחנת הרדיו הדתית-ימנית ערוץ 7, אשר פעלה במשך שנים רבות בלא רשיון. בית המשפט העליון קבע כי התיקון, אשר מעניק רישיון לגופים ספציפיים בלא מכרז ובלא כל קריטריון שוויוני אחר, פוגע בחופש התחרות של כלל המתחרים הפוטנציאליים על השימוש במשאב הציבורי של תדרי רדיו, ולפיכך פוגע בחופש העיסוק. פגיעה זו אינה מידתית, מכיוון שהיא חוסמת את כניסתם של מתחרים חדשים לתחום, ומכיוון שהיא פוגעת בשלטון החוק באמצעות מתן "פרס" למי שפעל שלא כדין. לפיכך פסק בית המשפט פה אחד, בהרכב של תשעה שופטים, כי התיקון אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: חופש העיסוק, וכי דינו להיפסל.

בשנת 2006 שוב דן בג"ץ בטענה נגד חוקתיות חוק. בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל<sup>30</sup> נדונה שאלת חוקתיותם של חוק יישום ההתנתקות, תשס"ה-2005, והצווים שהוצאו מכוחו, וכן חוקתיות הסדרי הפיצויים שנקבעו על פיו. בית המשפט נתבקש להצהיר על בטלות החוק בגלל הפגיעה בזכויות המתיישבים לכבוד, לחירות ולקניין המעוגנות בחוקי היסוד החדשים. בית המשפט הכיר בפגיעה הנטענת, אך קבע כי משום הפיצוי הראוי, המובטח בחוק, הפגיעה בזכויותיהם של הישראלים המפונים מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. עם זאת פתח פסק הדין פתח למפונים להגיש תביעות פיצוי העולות על הקבוע בחוק ובכך סייג את הוראות חוק יישום ההתנתקות. בית המשפט פסק כי גם מתיישבים מתחת לגיל 21 זכאים לפיצוי ולכן פסל חלק מהוראות החוק.

מסקירת החוקים שפסל בג"ץ אנו למדים שמדובר במספר מצומצם מאוד של מקרים במשך למעלה מעשור מאז נחקקו חוקי היסוד, שבהם מצא לנכון בית המשפט להכריז על בטלותם של חוקים. ספק אם הנוק שנגרם לאמון הציבור בבית המשפט העליון מצדיק את עצם קיומה של הסמכות במתכונתה הנוכחית, וספק אם ראוי להתעקש על שמירת המערכות הקיימות בלא כל שינוי שהוא.<sup>31</sup>

29 פ"ד נו(3) 640.

30 פ"ד נט(2) 481.

31 דוגמה נוספת לפסיקה שעסקה בפסלות הסדר חקיקה משום שאינו מתיישב עם חוקי היסוד מספק בבג"ץ 1031/93 פסרו נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661 (להלן: עניין פסרו) (גיור לא אורתודוכסי) שיידון להלן בפרק 2. א. סוגיה דומה עלתה גם בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481 (להלן: עניין רובינשטיין) (גיוס בחורי ישיבה) שיידון להלן בפרק 4. לאחרונה, בבג"ץ דחה ברוב דעות עתירות לפסילת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 ולפסילת חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, תשס"ב-2002. ראו בהתאמה בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם); בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (טרם פורסם).

### ג. השיח החוקתי בפסיקה בישראל בשאלת המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים לאחר 1992

הניסיון לקבוע את המודל הראוי לביקורת שיפוטית מצריך התייחסות לסוגיות מבניות כמו גם לסוגיות מהותיות, ואת הסדרתן המקיפה והמיידידת של הסוגיות בתוך המסגרות הנורמטיביות החוקתיות ההולמות אותן. כידוע, עד שנת 1992 היו חוקי היסוד מוסדיים, ועניינם היה עיצוב וכינון רשויות השלטון ומוסדות המשטר כגון הכנסת, הממשלה ובתי משפט, הצבא ומבקר המדינה. מ-1992 ואילך, לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים, והרחבת דוקטרינת השפיטות וזכות העמידה בכג"ץ, התפתח ויכוח ציבורי סוער בסוגיית היקפה הראוי של הביקורת השיפוטית על חוקים, וגבולות החיכוך בין הרשות השופטת לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת.

עידן החוקתיות בתחום הזכויות על פי חוקי היסוד של 1992, שהחל בעקבות פסק הדין בעניין ע"צ 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי,<sup>32</sup> חידד את ההבחנה הטרימינולוגית בין "שינוי" חוק יסוד ובין "פגיעה" בחוק כאמור. שינוי חוק יסוד אינו אפשרי אלא באמצעות חוק יסוד אחר, ואילו כאשר לפגיעה בחוק יסוד, נותר המצב עדיין לוט בערפל. ההבחנה כאמור מתחדדת גם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר התייחס במפורש רק לפגיעה בזכויות המוגנות בחוק היסוד. בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, פגיעה כאמור תהיה תקפה רק אם תיעשה בחוק ובהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. מחד גיסא, לגישת השופט שמגר בעניין בנק המזרחי, כשם שאין לשנות חוק יסוד אלא בחוק יסוד, כך לא ניתן לפגוע בחוק יסוד אלא בחוק יסוד או מכוחו. מאידך גיסא, גישתו של השופט ברק מביאה בחשבון את האפשרות שחוק רגיל יפגע בחוק יסוד, גם בלא הסמכה מפורשת לכך בחוק היסוד עצמו, וזאת מתוך חשש לזילות חוקי היסוד אם ייעשה בהם שימוש תדיר לצורך התגברות על חוקי יסוד אחרים. ואכן, ניתן לזהות תופעה מעניינת של "אינפלציה" בהצעת חוקי יסוד, בעקבות עניין בנק המזרחי, כאשר הצעות חדשות לחוקי יסוד קמו חדשות לבקרים, הצעות שנדחו ונבלמו ולא הגיעו לידי מימוש חוקתי.<sup>33</sup>

בכג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה<sup>34</sup> נדון תוקף סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969 הקובע פסקת סופיות בכל הנוגע להחלטות ועדת הבחירות וממלאי תפקידים בה.<sup>35</sup> בית המשפט קבע כי ככל שסעיף זה מתיימר להגביל את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, הוא חסר נפקות שכן בית המשפט שואב את סמכותו מחוק

32 פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי).

33 יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט'" מאזני משפט ה (תשס"ו) 174-175.

34 פ"ד נז(1) 750 (להלן: עניין חרות).

35 שם, בע' 755.

יסוד: השפיטה. בית המשפט ציין כי "אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חוק יסוד, אלא אם כן הדבר מתאפשר ע"י פסקת הגבלה".<sup>36</sup> ד"ר אביגדור קלגסבלד הציג לפרש קביעה זו של בית המשפט העליון באופן שגם אם אין בחוק היסוד הוראה בדבר הסמכה מפורשת לפגוע בו באמצעות חוק רגיל (היינו החוק "שותק"), בכל זאת חוק רגיל יכול לפגוע בו, ובלבד שיעמוד בתנאי פסקת הגבלה שיפוטית שתעוצב בהתאם לעניין הנדון.<sup>37</sup> במילים אחרות, לגישת ד"ר קלגסבלד בין שחוק היסוד מכיל פסקת הגבלה מפורשת כמו חוקי היסוד החדשים, בין שחוק היסוד מכיל הסמכה לפגוע בו בחוק, בלא תנאים נוספים כלשהם, ובין שאינו מכיל כל הסמכה לפגוע בו בחוק, לכל המצבים הללו דין אחד – חוק רגיל יכול לפגוע בחוק יסוד, ובלבד שיעמוד בתנאי פסקת הגבלה.<sup>38</sup>

מחברים אחרים הסיקו מההלכה בעניין חרות ומהאופן שבו נתפרשה על ידי השופט ברק<sup>39</sup> כי חוק רגיל אינו יכול לפגוע בחוק יסוד אלא אם כן יש בחוק היסוד הסמכה מפורשת לפגוע בו באמצעות חוק רגיל, כגון פסקת הגבלה. לפי גישה זו, חוק יסוד שאין בו הסמכה כזו (חוק יסוד "שותק"), ניתן לפגוע בו רק בחוק יסוד אך לא בחוק רגיל, ואולם מחברים אלו מסכימים כי תוצאה זו אינה רצויה, כי היא מעמידה את חוקי היסוד, החסרים פסקת הגבלה, במצב מוגן יותר ממצבם של חוקי היסוד שיש בהם פסקת הגבלה.<sup>40</sup>

ניתן גם לראות כי בעניין חרות בית המשפט לא בחן כלל אם הוראת החוק שנדונה מקיימת את תנאי פסקת הגבלה ולכן פוגעת כדין בסמכויות בית המשפט העליון המוסדרות בחוק יסוד: השפיטה. ייתכן שהמהלך הפרשני שנקט בית המשפט נבע מהתפיסה שלא ניתן כלל לקצץ בסמכויות בית המשפט באופן שיעמוד בתנאי פסקת הגבלה. ייתכן שבית המשפט נמנע מלבחון שאלה זו מאחר שניתן היה להכריע בעניין חרות בלי להיזקק לשאלת החוקתיות, באמצעים פרשניים מקובלים.<sup>41</sup> בחינה נוספת של חוקי יסוד לאור פסקת הגבלה שיפוטית ניתן למצוא בבג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת<sup>42</sup> ובבג"ץ 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה.<sup>43</sup> בשני המקרים הללו נבחנה תקפותו של חוק רגיל שפגע

36 שם, בע' 756.

37 אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" הפרקליט מח (תשס"ו) 293. וראו גם ברק, לעיל הערה 1, בע' 353.

38 וראו גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד (כרך א, ירושלים ותל-אביב, תשס"ה) 106–107.

39 אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א (תשס"ד) 3.

40 ראו אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו (תשס"ג) 305; הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א (תשס"ד) 59.

41 קלגסבלד, לעיל הערה 37.

42 פ"ד נ(3) 57 (להלן: עניין הופנונג).

43 פ"ד נז(3) 793 (להלן: עניין מופז).

בהוראותיו של חוק יסוד: הכנסת, הנעדר הוראה בנוגע לאופן הפגיעה בו (חוק יסוד "שותק"). בשני המקרים בחן בג"ץ ואישר את תקפותו של החוק הרגיל, משום שהחוק הנדון עמד בתנאי פסקת הגבלה שיפוטית.

עם זאת ניתן לאבחן את ההכרעות בעניין מופז ובעניין הופנונג על בסיס הגישה שהציג השופט ברק, ולפיה "מתחייבת ההכרה בפסקאות הגבלה שיפוטיות בכל אותם המקרים שבהם חוקי היסוד הללו קובעים זכויות אדם", ואילו "כאשר ההסדר החוקתי אינו נוגע כלל לזכויות אדם אין כל סיבה להניח מראש קיומה של פסקת הגבלה שיפוטית ויש לבחון כל מקרה לגופו".<sup>44</sup> לפיכך, בהלכות דנן נעשה שימוש בפסקת הגבלה שיפוטית משום שחוק היסוד ה"פגוע" עסק בזכות לשוויון בבחירות. מאידך גיסא, בעניין חרות נדונו סמכויות בג"ץ ולא זכויות אדם, ולפיכך נקט בית המשפט שימוש בעקרונות פרשניים רגילים, בלי להביא בחשבון כלל פסקת הגבלה שיפוטית. ככל שמדובר בסוגיית מעמדו של בית המשפט העליון ראוי להעיר כי מקור למתח ניכר בין בית המשפט ובין הכנסת, אשר גם אותו יש לנטרל או לצמצם לדעת, הוא סוגיית פרשנות החקיקה. תפקידו המוסדי של בית המשפט על פי עקרון הפרדת הרשויות הוא לפרש חוקים שחוקק הפרלמנט. מטעם זה, בפרשו את החוקים, טבעי וראוי הוא שבית המשפט יחשיב בעיקר את כוונת המחוקק כאשר חוקקם, ואולם הגישה המקובלת על בית המשפט העליון במידה רבה איננה גישה זו, כי אם גישת הפרשנות התכליתית, אשר המייצג העיקרי שלה הוא הנשיא ברק. לפי גישה זו, פרשנות החקיקה תיקבע לפי תכליתה; אשר לאופן שבו על בית המשפט לקבוע מהי אותה תכלית, כותב השופט ברק:

"אכן, כוונתם של המחוקקים משמשת נתון מרכזי בגיבוש תכלית החקיקה. עם זאת, תכלית החקיקה אינה מתמצית בכוונתם של המחוקקים. תכלית החקיקה משתרעת גם על המטרות, הערכים והעקרונות שדבר חקיקה צריך להגשים בשיטת משפט נתונה הפועלת בחברה דמוקרטית. אלה משמשים תכלית לחקיקה גם אם הם לא עמדו לנגד עיני יוצרי החוק. אך למעלה מזאת: תכלית החקיקה תגובש על-פי המטרות, הערכים והעקרונות של השיטה, גם אם יוכח שהמחוקקים ביקשו לדחות את תחולתם של אלה, ובלבד שלא נתנו ביטוי לכוונתם זו באופן מפורש, ברור וגלוי לעין".<sup>45</sup>

בכל הכבוד הראוי אני חולק על הדברים הללו. הכנסת מחוקקת את חוקיה כדי שיושמו

44 ברק, לעיל הערה 1, בע' 352–353.

45 אהרן ברק פרשנות במשפט (כרך ב: פרשנות החקיקה, תשנ"ג) 151. במרכז תורת הפרשנות התכליתית עומד הרצון לערוך "סינתזה" בין התכלית ה"סובייקטיבית" – היא כוונת המחוקק בעת החקיקה – ובין התכלית ה"אובייקטיבית" – שבה משתקפים ערכי היסוד של השיטה הדמוקרטית. ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (ירושלים, תשס"ג) 239. עמדה זו אומצה בפסקי דין רבים, ובהם בג"ץ 953/89 אינדור נ' עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 688.

על פי מטרותיה שלה, ופסיקה המחשיבה פחות מדי כוונות אלה, ושמה תחתן את מטרות השיטה וערכיה, כפי שבית המשפט רואה אותם, עלולה לעורר ביקורות נוספות מצד הציבור ומצד חברי הכנסת עצמם. לפיכך, כדי ליצור זיקה חזקה יותר בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, ובעיקר כדי למנוע חיכוכים נוספים ביניהן, ראוי לדעת כי בפרשנות החקיקה ייתן בית המשפט את המשקל המכריע לכוונת המחוקק.

ריכוך מסוים בעמדת השופט ברק ניתן למצוא בספרו פרשנות תכליתית במשפט. השופט ברק מבחין בין תכלית סובייקטיבית לתכלית אובייקטיבית ומציין, כי "התכלית הסובייקטיבית (המופשטת) של הטקסט הן המטרות, הערכים והעקרונות אשר הגוף יוצר החוקה ביקש להגשים באמצעותה בעת יצירת הטקסט החוקתי. זו הכוונה המקורית של האבות המייסדים (The original intent of the Founding Fathers)".<sup>46</sup> על פי השופט ברק, לצד תכלית סובייקטיבית זו קיימת תכלית אובייקטיבית לטקסט, כלומר המטרות, הערכים והעקרונות אשר הטקסט החוקתי נדרש להגשים במדינה בעת מתן הפירוש. במקרה של התנגשות בין שתי התכליות מעדיף השופט ברק לתת משקל כבד יותר לתכלית האובייקטיבית. עם זאת, מוסיף פרופ' ברק, "חזקת התכלית הסובייקטיבית חלה תמיד ומיד. בכוחה יהיה לסייע בהתנגשות בין חזקות תכלית אובייקטיביות נוגדות".<sup>47</sup>

גישה פרשנית אפשרית נוספת הנה הגישה האוריג'ינליסטית, שמייצגה המובהק הוא שופט בית המשפט העליון של ארצות הברית Antonin Scalia. גישה פרשנית זו גורסת כי לצורך הגשמת שלטון החוק יש להיצמד לפרשנות המילולית של הטקסט, ולכוונה המקורית של מנסחי החוק. רק באופן זה ניתן למנוע שופטים מליטול לעצמם חירות בלתי מוגבלת וסובייקטיביזציה בלתי ראויה של הליך השפיטה.<sup>48</sup> גישה זו מצומצמת מדי וכובלת את ידי בית המשפט.

גישה פרשנית אפשרית אחרת הנה גישת החירות הפעילה (Active Liberty) שנושא דגלה הוא שופט בית המשפט העליון של ארצות הברית Stephen Breyer. גישה זו אינה נסמכת על תיאוריה פרשנית כלשהי, אלא נסמכת על מכלול שיקולים רחב המתבסס על שפה, היסטוריה, מסורת, תקדימים, מטרה ותוצאות אפשריות.<sup>49</sup> לשם פרשנות ראויה של החוקה המתגבשת, על ההסדר החוקתי שייכון לכלול הצהרה על ערכי היסוד של המשטר, כאבני יסוד להפעלת שיקול הדעת השיפוטי והביקורת השיפוטי. עם זאת, יש צורך להישמר מפני אימוץ מלא של כל גוף הכרזת העצמאות בפרק עקרונות היסוד של החוקה שתיכון, שכן חלקים מסוימים של ההכרזה

46 ברק (תשס"ג), שם, בע' 241.

47 שם, בע' 242.

48 Justice Antonin Scalia *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (Princeton, 1997).

49 Stephen Breyer *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution* (New York, 2005).

אינם הולמים את המציאות הפוליטית בישראל כיום. הכרזת העצמאות מפנה, למשל, להחלטת החלוקה של האו"ם, החלטה שיריביה של ישראל משתמשים בה לשלילה כלפי ישראל בסוגיית הפליטים.

## 2. תפקיד בית המשפט בחברה

תפקידה של הרשות השופטת בכל חברה נקבע על ידי שופטים יחידים ומושפע בחלקו מתפישותיהם בנוגע להיקף תפקידם ומהותו. אכן, אישיותם של השופטים, והאופן שבו הם רואים את התפקיד החברתי שממלאת הרשות השופטת, הנם מן הגורמים החשובים בקביעת תפקידם של בתי המשפט בחברה. בהקשר זה ניתן להבחין במתח מסוים המאפיין את הפסיקה הישראלית. מתח זה נובע משתי גישות שונות: מצד אחד, ריסון שיפוטי או משפט פורמליסטי המתבסס על השאיפה לראות בחוק שיטה לוגית סגורה המנותקת מנסיבות חברתיות, תרבותיות והיסטוריות; החוק מורכב ממערכת כללים, ובהם כללים שנוצרו לשם קביעת העובדות. באמצעות החלת כללים משפטיים רלוונטיים על מקרים קונקרטיים יחליט בית המשפט החלטה לוגית שאיננה מבוססת על העדפותיו החברתיות והסובייקטיביות של השופט. אקטיביזם שיפוטי, מצד אחר, שאחד מתומכיו הנלהבים היה השופט הולמס,<sup>50</sup> מבוסס על התפישה כי החיים המשפטיים הם מציאות ולא היגיון. החוק דינמי והוא חלק מתהליך מתפתח, המאגד בתוכו סינתזה של תפישות וגישות מנוגדות. רשות שיפוטית אקטיביסטית מקבלת החלטות בתוך הקשר חברתי מסוים,<sup>51</sup> ומטרת החוק היא לגבש ולנקט את המדיניות שתשמש לשם פתרון עימותים חברתיים.<sup>52</sup>

כאמור, אימץ בית המשפט העליון את הגישה השיפוטית האקטיביסטית, המשתקפת בפסיקה, וגילה נכונות להעמיד את החקיקה לביקורת שיפוטית.<sup>53</sup> עניין בנק המזרחי ביטא בהבלטה את נכונותה של הרשות השופטת להעמיד את החקיקה לביקורת שיפוטית. גם בפסיקה אחרת כגון בב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין<sup>54</sup> השתמש נשיא בית המשפט העליון מאיר שמגר בחקיקה שיפוטית יוצרת, כדי להכיר בחסינות עיתונאית, תוך קביעה כי היעדר הסדר מפורש בפקודת הראיות בנוגע לחסינות עיתונאית איננו מרמז על קיום הסדר שלילי. עם

50 Oliver Wendell Holmes "The Path of the Law" 10 *Harv. L. Rev.* 457 (1897).

51 לדיון במאבק בין ריסון שיפוטי לאקטיביזם שיפוטי ראו פנינה להב "גוני הגישות לביקורת השיפוטית בארה"ב" עיוני משפט י (תשמ"ד) 491.

52 שטרית, לעיל הערה 4, בע' 506–508. תפישת בית המשפט כגוף המיישב מחלוקות על בסיס נורמות חברתיות-פוליטיות מאפיין גם את האסכולה הידועה כ"מחקר משפטי ביקורתי" (Critical Legal Studies).

53 לעניין זה ראו עוד רות גביון, מרדכי קרמיצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (ירושלים, תש"ס).

54 פ"ד מא(2) 337.



זאת, עמדות השופטים בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר וועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה<sup>55</sup> משמשות דוגמה למאבק בלתי פוסק המתקיים בקרב שופטי הרשות השופטת בישראל, בין ריסון שיפוטי ובין אקטיביזם שיפוטי. את הניתוח המשפטי של השופטת בן-פורת בפרשה זו ניתן לסווג כריסון שיפוטי, אבל פסקי הדין של שופטי הרוב, השופטים ברק ושמגר, משקפים בבירור את גישת האקטיביזם השיפוטי. הגישה האקטיביסטית שנוקט בית המשפט בולטת בעיקר בענייני דת ומדינה ובענייני ביטחון. כן בולטת גישה אקטיבית בסוגיית זכות העמידה והשפיטות, וכן בהחלטות שיפוטיות באזורי ספר שיפוטיים.<sup>56</sup> להלן אייחד דיון לנושאים אלה.

#### א. עמדות בית המשפט בענייני דת ומדינה

מאז הקמתה של מדינת ישראל נאבקות על צביונה התפישה המדגישה את הערכים של זכויות האזרח והתפישה הרואה בדת את הקוד הראוי, גם לצורך הסדרת החיים הציבוריים במדינה. בעניינים של דת ומדינה בית המשפט מהלך על חבל דק. הוא משתדל להימנע מלהכריע בסוגיות טעונות מבחינה פוליטית וחברתית.

חילוקי הדעות על צביונה של המדינה ניכרו בפעולות הרשויות השונות, כשכל אחת מהן תורמת בפעולותיה תרומה חיובית או שלילית לצביון הדמוקרטי היהודי המסורתי, ומגנה על זכויות האזרח או פוגעת בהן.

בסוגיית זכות הנישואין לרוב לא תרם המחוקק במידה מספקת למאזן ההגנה על זכויות האזרח. ביוזמת הממשלה הוא הנהיג הסדר בלעדי של נישואין דתיים לפי הסטטוס־קוו שקבע נישואין דתיים, ובכך יצר מציאות קשה בעיקר למי שמנועים או פסולים מלהינשא על פי הדין ההלכתי. חריגה ממדיניות זו ניכרה בהכרת המחוקק במוסד הידועים בציבור.<sup>57</sup> בית המשפט תרם להרחבת חירות האדם באמצעות יצירת מוסדות משפטיים שעקפו או מיתנו את הבעיות המעיקות שיוצר הדין הדתי וכן ביסס את מוסד הידועים בציבור.<sup>58</sup> כבר בשנות ה-60 פירש בית המשפט באופן מרחיב את סעיף 55 לחוק הירושה, תשכ"ה–1965 בנוגע לידועים בציבור.<sup>59</sup>

55 פ"ד לט(2) 225.

56 פירושו של מונח זה הוא שמדובר בשאלות גבוליות אשר הפן הערכי-פוליטי בהן הוא מובהק. לכן טוענים מתנגדי האקטיביזם השיפוטי כי קיים ספק אם בית המשפט הוא המוסד הלגיטימי להכרעה בסוגיות מעין אלו.

57 המחוקק הכיר כבר בראשית ימיה של המדינה במוסד "הידועה בציבור כאשתו" בעיקר לצורך הענקת הטבות סוציאליות שונות. ראו חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תשי"–1950, המגדיר בסעיף 1 כי "בן משפחה" של חייל שנספה במערכה פירושו "(א) מי שהייתה אשתו של הנספה ביום מותו, ובכלל זה אישה שלפני מות הנספה גרה יחד עמו וביום מותו הייתה ידועה כציבור באשתו – כל עוד לא נישאה לאחר (להלן: 'אלמנה')". בהמשך פיתחה הפסיקה הכרה בהיבטים רבים נוספים של זכויות הידועה בציבור.

58 Shimon Shetreet *Between Three Branches: The Balance of Human Rights in Matters of Religion* (The Florsheimer Institute, 2001) 15–16.

59 ע"א 621/69 נסיס נ' יוסטר, פ"ד כד(1) 617, 619.

דוגמה נוספת היא בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים,<sup>60</sup> שבו הגישה עתירה אישה שחיה עם בן זוגה בלא נישואין, ורצתה להוסיף לשם משפחתה את שם משפחתו של בן זוגה אלא שהיא נתקלה בסירובו של שר הפנים. סעיף 16 לחוק השמות, תשט"ז–1956 מסמיך את השר לפסול הודעה על שינוי שם אם השם החדש עלול להטעות או לפגוע בתקנת הציבור. בית המשפט קיבל את העתירה. השופט ברק ציין כי באיזון האינטרסים הנוגדים יש לתת משקל רב לזכותו של האדם לקבוע את שמו, היות ששמו של אדם הוא חלק מאישיותו. אשר ליסוד ההטעיה, קבע השופט ברק כי הוא אינו מתקיים במקרה זה, מכיוון שממילא שמות המשפחה אינם אינדיקציה מחייבת למעמד של בני הזוג, אפילו לפי חוק השמות עצמו. גם העילה השנייה המאפשרת את פסילת השם אינה מתקיימת, לדעת השופט ברק, כלומר שינוי שמה של ידועה בציבור לשם משפחתו של בן זוגה אינו פוגע בתקנת הציבור, הן מכיוון שעצם השינוי אינו מעניק לידועה בציבור כל זכות חוקית חדשה, והן מכיוון שפסילת שינוי השם מכוונת למנוע ממנה את זכות שינוי השם הנתונה לכל אדם אחר, וזאת רק משום שהיא ידועה בציבור. המחוקק אימץ את פסיקת בג"ץ ובעקבותיה הוסיף לסעיף 16 לחוק השמות סייג לפיו שר הפנים אינו רשאי לפסול שם רק מכיוון שהוא נבחר עקב קשר בין ידועים בציבור. בסוגיית פסולי החיתון נקטה המערכת המשפטית דרך של ביקורת הצהרתית על אופן ניהול הרשימות על ידי הרשות המבצעת בעניין שנוגע להגבלת הזכות הבסיסית, הזכות להינשא. הרשות המבצעת פעלה באמצע שנות ה-90 לצמצום דרסטי של הרשימה (מחמשת אלפים ומאתיים פסולי חיתון למאתיים).

בסוגיית הכשרות ניתן להבחין בין תחום הנפקת תעודות הכשרות ובין תחום האיסור לייבא ולמכור בשר חזיר. בתחום הנפקת התעודות הייתה הפסיקה הראשונה לתרום לשיפור המצב. המחוקק המשיך בכיוון זה בחוק איסור ההונאה בכשרות, חוק שפורש בהרחבה על ידי הפסיקה. בתחום הגבלת הייבוא והמכירה של בשר חזיר פעלה הרשות המבצעת על יסוד השקפה הזוכה לתמיכה בקרב ציבור רחב בשל היות החזיר סמל לשנאת ישראל. איסור זה הוא בעל ממד לאומי ולא רק דתי. הרשות השופטת פעלה בעקיבות להגן על זכויות האזרח, ואילו המחוקק הצטרף לרשות המבצעת באמצעות חקיקת חוקים מתקנים בתגובה על פסיקת בג"ץ,<sup>61</sup> דבר שגרם לרשות השופטת לצמצם את מידת ההגנה על זכויות האזרח בתחום זה.

בסוגיית הקבורה האזרחית שתקה הרשות המחוקקת במשך שנים, ואילו הרשות המבצעת נקטה מדיניות של "שב ואל תעשה" באשר ליצירת מסגרות שיבטיחו זכות קבורה נאותה לכלל האזרחים. בג"ץ הביא לידי שינוי המצב בפסק דין שהצהיר על חובת הרשות לדאוג למימוש זכות זו. בין השנים 1995–1996 בלט גם שינוי

60 פ"ד מז(1) 749.

61 ראו בג"ץ 3872/93 מיטראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 485; חוק בשר ומוצריו, תשנ"ד–1994; סעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

מדיניות מצד הרשות המבצעת שהתבטא בעריכת מכרזים והענקת זיכיונות קבורה.<sup>62</sup> המחוקק נענה גם הוא לאתגר ותרם את חלקו באמצעות עיגון הזכות לקבורה אזרחית בחוק.<sup>63</sup> כיום חלה נסיגה במדיניותה החיובית של הרשות המבצעת. ניתן לראות בתקופה המוזכרת דוגמה חיובית לשיתוף פעולה רעיוני בין הרשויות השונות לפתרון מצוקה אנושית.

סוגיה קשורה נוספת, אשר הונחה במהלך השנים כמה פעמים לפתחו של בית המשפט העליון, היא שאלת הכיתוב על מצבות – האם ניתן לסטות מהכיתוב הדתי התקני, המונהג על ידי חברה קדישא, ולנקוט סממנים אזרחיים, היינו כיתוב לועזי וציון תאריך כללי (ולא עברי בלבד).

בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום<sup>64</sup> נדחה ערעור של חברה קדישא על החלטת בית המשפט המחוזי שהתיר לאדם לחרות על מצבתה של אשתו המנוחה את שמה באותיות לטיניות ואת התאריכים הלועזיים של לידתה ופטירתה. חברה קדישא התבססה בסירובה לכיתוב, על האמור בטופס שעליו הוחתם קסטנבאום בעת הזמנת שירותי הקבורה. הנשיא שמגר פסק כי התניה החוזית האמורה, המקפחת את הלקוח, היא תניה פסולה, מפני שחברה קדישא מהווה מונופול בתחום הקבורה בישראל, ולפיכך אין ללקוח חופש בחירה ויכולת מיקוח של ממש. כן סבר שמגר כי מכיוון שחברה קדישא ממלאת תפקיד שהוא ציבורי באופיו, יש להחיל עליה כללים נורמטיביים מחמירים יותר מאלו החלים על גוף פרטי, כגון הגינות, סבירות ותום לב. השופט ברק הוסיף בפסק דינו, המהווה דעת יחיד אך נחשב לציון דרך בפסיקה, כי היה מגיע לכלל אותה מסקנה גם אם החברה קדישא הייתה גוף פרטי לחלוטין, כיוון שהחובה לשמור על זכויות היסוד של האדם אינה מוטלת רק על השלטון, אלא גם על הפרטים; הנורמות הללו מחלחלות למשפט הפרטי דרך עקרונות כגון תום לב ותקנת הציבור.

המשנה לנשיא אלון, בדעת מיעוט, פסק כי פסילת תניה בחוזה הנה התערבות קשה בזכות היסוד של חופש ההתקשרות. בנוסף, כיתוב לועזי מביא לידי פגיעה קשה בכבוד המתים אשר ביקשו להיקבר בבית הקברות מתוך ידיעה שהכיתוב על המצבות הוא על טהרת העברית, וברגשות משפחותיהם.

בע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ<sup>65</sup> סירבה חברה קדישא לאפשר למערערת לחרות על מצבת אמה את תאריכי לידתה ופטירתה הלועזיים. בית המשפט המחוזי דחה את בקשתה, בנימוק שעם חקיקתו של חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, תשנ"ו–1996, ניתן סעד חלופי לאלו המבקשים לקיים קבורה בעלת

62 שטרית, לעיל הערה 4, בע' 275–294. ראו גם שמעון שטרית הארץ הטובה: בין כה ודה (תל-אביב, 1998).

63 חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, תשנ"ו–1996.

64 פ"ד מו(2) 464.

65 פ"ד נג(3) 600.

סממנים אזרחיים; התייטר הצורך בהלכה בעניין קסטנבאום והיא התבטלה, אף שהחוק טרם מומש. בית המשפט העליון קיבל את ערעור המערערת על החלטת בית המשפט המחוזי. ראשית – נימק בית המשפט את החלטתו – כדי שיוכר קיומו של סעד חלופי, נדרש הסעד להיות זמין, ואילו בפועל עדיין אין קבורה חלופית על פי החוק. שנית, עיגן הנשיא ברק את זכות המערערת בעקרון החופש מדת, כלומר החופש של הפרט שלא להיות מחויב באיסור דתי שהוא לא מאמין בו, המהווה היבט של כבוד האדם ולפיכך הנו ערך חוקתי. את הזכות הזו יש לאזן עם חופש הדת של אנשי חברה קדישא. לדעת השופט ברק, באיזון זה ידה של זכות הקרובים על העליונה, מכיוון שהפגיעה בקשר שלהם ליקירם שנפטר קשה הרבה יותר מהפגיעה באנשי חברה קדישא, הנאלצים להפר איסור של רב מקומי בלבד, שעליו התבססה עמדת חברה קדישא במקרה זה.

השופט אנגלרד, בדעת מיעוט, כתב כי אין כל אפשרות להכריע במחלוקת בענייני אמונות ודעות באמצעות החלת מבחן אובייקטיבי על רגשותיהם ההדדיים של בעלי הדין. הדבר בעייתי במיוחד כאשר בית המשפט מתיימר להעריך את חשיבותה של מצווה דתית כלשהי, ואת מידת הפגיעה, שיש בהפרתה, ברגשות הציבור הדתי. לעצם העניין, קבע אנגלרד כי לא ניתן לקעקע את חובתה של חברה קדישא לנהוג על פי ההלכה היהודית כפי שהיא נפסקת על ידי רב המקום.

השופט ברק הדגיש בפסק דינו כי נקודת המבט של בית המשפט בבואו לערוך את האיזון היא נקודת מבט אובייקטיבית, לא חילונית ולא דתית, ונותנת משקל לכלל ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. עם זאת אין מנוס מלציין, ולא ניתן שלא לשים לב, שבכל אחד משני פסקי הדין העקרוניים החשובים הללו, דעת הרוב, אשר כיבדה את רצונו של האדם לכתוב על קבר יקירו את אשר ירצה, הורכבה משני שופטים חילוניים, ואילו דעת המיעוט הייתה של שופט דתי.

במשך השנים היו חיכוכים ועימותים בין מערכת השיפוט האזרחית למערכת השיפוט הדתית בתחום דיני המשפחה, אשר דומה כי הגיעו לשיאם בשנות ה-90, בפסקי הדין בבג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול,<sup>66</sup> בבג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו<sup>67</sup> ובבג"ץ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים.<sup>68</sup> בעניין בבלי קיבל בית המשפט העליון את טענתה של העותרת, אישה שהליכי הגירושין שלה נדונו בבית הדין הרבני, כי לאור חזקת שיתוף הנכסים בין בני זוג, הלכה אזרחית, היא זכאית למחצית הרכוש.<sup>69</sup> בעניין לב נענה בית המשפט לבקשתה של העותרת לבטל צו עיכוב יציאה מן הארץ, שהוציא נגדה בית הדין הרבני לבקשת בעלה בלא שנכחה בדיון. השופט ברק קבע כי במסגרת

66 פ"ד מח(2) 221 (להלן: עניין בבלי).

67 פ"ד מח(2) 491 (להלן: עניין לב).

68 פ"ד נ(4) 590 (להלן: עניין כץ).

69 עניין בבלי, לעיל הערה 66, בע' 252.

איזון האינטרסים יש לתת משקל לזכות היציאה מן הארץ, שהוכרה כאחת מזכויות היסוד של האדם בישראל, גם בעת מתן סעד על ידי בית הדין הרבני, וכי במקרה דנן לא נתן בית הדין לזכות זו את המשקל הראוי.<sup>70</sup> לכל אורכו של פסק הדין בעניין לב נוקט השופט ברק לשון גורפת של אחדות השיטה המשפטית, ואינו מסייג אותה כאשר הוא פוסק כי זכויות האדם הבסיסיות, אשר מעניקה שיטת המשפט בישראל, אינן יכולות להישלל בבית דין דתי בהיעדר הוראה מפורשת בחוק.<sup>71</sup> בעניין כץ הוגשו עתירות נגד החלטותיהם של בתי דין רבניים להוציא כתבי סירוב נגד העותרים, בשל סירובם להתדיין לפנייהם בתביעות שונות, שלא בענייני נישואין וגירושין, שהוגשו נגדם. כתב סירוב יכול לשמש אמצעי בידי בית הדין הרבני לכפות על הנתבע שיסכים להתדיין לפניו ולמלא את פסק דינו, ולעתים יש קלון בעצם הוצאתו. בית המשפט קבע כי אין כל חוק המקנה לבית הדין סמכות להוציא כתב סירוב.<sup>72</sup> מאחר שבית דין רבני הנו מוסד ממלכתי הממומן על ידי המדינה ומוקם מכוח חוק, הוא כפוף לעקרונות החוקיות, ולפיו אין לו אלא הסמכויות שהוענקו לו בחוק, ולעניין זה אין נפקות לכך שההלכה מתירה לו לעשות פעולות מסוימות.<sup>73</sup> מכוח סמכות בג"ץ להתערב בהחלטת בית הדין כאשר הוא חורג מסמכותו, פסקו רוב השופטים, זמיר ודורנר, כי כתבי הסירוב שהוצאו הנם חסרי תוקף.

השופט טל, בדעת מיעוט, סבר כי חובת הכיבוד ההדדי של ערכאות שיפוט מחייבת שהתערבות בג"ץ בפעולתו של בית דין רבני תיעשה באיפוק, רק כאשר היא הכרחית. לעצם העניין, לדבריו, בית הדין פועל כמוסד שלטוני אך ורק באותם תחומים שחוק המדינה קבע אותם בגדר סמכותו, ואילו בפעולות אחרות, כגון הוצאת כתבי הסירוב, הוא פועל כבית דין הדן לפי דין תורה; בתי דין כאלה פועלים מימים ימימה, ולא מדינת ישראל הקימה אותם או קבעה את סמכותם. לדברי טל, בית דין רבני מוסמך להוציא כתב סירוב כנגד הנתבע, מכוח דין תורה.<sup>74</sup>

בסוגיית הגיור תרמה הפסיקה להרחבת ההגנה על חופש הדת בהכירה בגיורים לא אורתודוקסיים. בבג"ץ 1031/93 פסרו נ' שר הפנים,<sup>75</sup> העותרת, אישה ילידת ברזיל אשר הייתה בת הדת הספיריטואליסטית, הגיעה בשנת 1990 לישראל ופנתה לבית הדין של מועצת הרבנים המתקדמים בישראל וביקשה להתגייר. בחודש אוקטובר 1991 הסתיים תהליך הגיור, וחברי בית הדין חתמו על תעודת גיור. במהלך תהליך הגיור נישאה העותרת בנישואין קונסולריים ליהודי יליד ברזיל, בעל אזרחות ישראלית.

70 עניין לב, לעיל הערה 67, בע' 511.

71 ראו גם רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"ץ ובתי הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 683, 687-689.

72 עניין כץ, לעיל הערה 68, בע' 605-608.

73 שם, בע' 609.

74 שם, בע' 620.

75 לעיל הערה 31.

העותרת ביקשה להירשם כיהודייה בפריטי הדת והלאום במרשם האוכלוסין, וזאת על סמך הגיור שעברה בבית דין רפורמי בישראל. המשיב סירב לרשמה כך, בטענה שלא קוימו הוראות גיור שפורטו בפקודת העדה הדתית (המרה), וכן סירב להעניק לה אזרחות ישראלית. נפסק כי לעניין מרשם האוכלוסין חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה–1965 הוא החל, וההלכות שנפסקו על פיו, ואילו פקודת העדה הדתית (המרה) חלה על הסדרת הגיור לעניין שיפוט בענייני המעמד האישי. נקבע כי ההכרה בגיור הנערך בישראל לעניין חוק השבות ולעניין חוק המרשם אינה מותנית במילוי דרישותיה של פקודת ההמרה. עמדת הרוב קראה למחוקק להגדיר מהו גיור תקף, אך ראתה לנכון להוסיף ולציין כי "אם המחוקק לא יסדיר את העניין לא יהיה מנוס מהכרעה שיפוטית בעניין זה על פי ההגדרה הקיימת".<sup>76</sup> בבג"ץ 5070/95 נעמ"ת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים<sup>77</sup> נדחתה עמדת השר ולפיה יש שהמבקש להצטרף ל"עדה היהודית אשר בישראל" לצורכי מרשם או לצורכי שבות צריך לקבל את אישור הרבנות הראשית, העומדת בראש העדה. השר חויב לרשום במרשם את מי שהתגיירו בגיור שאינו אורתודוקסי, בלא שהוכרעה סוגיית זכותם לשבות. באחרונה, בבג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים,<sup>78</sup> נדחתה עמדת המדינה שיש לצמצם את ההכרה בגיור הנערך מחוץ לישראל רק לאותם מתגיירים המבקשים להצטרף לקהילה המגיירת אותם. בית המשפט העליון הכיר בהליכי גיור לא אורתודוקסי, שנעשו מחוץ לישראל (הליך המכונה "גיורי קפיצה") לצורך החלת חוק השבות.

בסוגיית סמכויות מוסדות הדת ניתן להבחין בדרך כלל במגמה של בית המשפט להשוות את מעמד המוסדות הדתיים למעמדן של כלל הרשויות בישראל. מגמה זו זכתה לשיתוף פעולה מצד המחוקק בתחום מעמד הרבנות הראשית ומעמד הדיינים. לעומת זאת, בתחום מעמד בתי הדין הרבניים לא הגיב המחוקק על אי-כפיפותם של בתי הדין הרבניים להלכות בג"ץ. בתחום זה בולטת הבעיה החריפה של אי-ציון לצווי בית המשפט, שלא נמצא לה פתרון הולם.<sup>79</sup>

בסוגיית השבת הגנה הרשות השופטת על חירות הפרט בפוסלה הגבלות שהטילו רשויות מקומיות על פתיחת בתי עסק ועל הפעלת תחבורה ציבורית ותחנות דלק. כן הגנו בתי המשפט על הפעלת טלוויזיה בשבת. בתחום בתי העסק התערבה הרשות המחוקקת בהסמיכה את הרשויות המקומיות לסגור עסקים בשבת, אך הרשות המבצעת נמנעה מלאכוף חוקי עזר עירוניים לסגירת עסקים בשבת. באחרונה חל שינוי בעניין זה, וניכרת מגמה להגביר את האכיפה של חוק שעות עבודה ומנוחה, האוסר העסקת יהודים בשבת בלא היתר, גם בתחומי המועצות האזוריות. לעניין

76 שם, בע' 748.

77 תק-על 2002(1) 634.

78 פ"ד נח(5) 412.

79 ראו: Shetreet, *supra* note 58, at pp. 80–93.

סגירת רחובות בשבת ניסתה הרשות השופטת לשמור על איזון בין רגשות הדת של תושבים דתיים ובין חופש התנועה של תושבים חילוניים.<sup>80</sup> בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה<sup>81</sup> הוגשה עתירה כנגד החלטת שר התחבורה להורות על סגירתו של רחוב בר-אילן בירושלים לתנועת כלי רכב בזמני התפילה בשבתות ובחגים, אשר פגעה בחופש התנועה של הציבור החילוני ובמיוחד בתושבים המתגוררים בסמוך לרחוב, המהווה ציר תנועה מרכזי. הפרשה כולה עוררה דיון ציבורי סוער והפגנות אלימות של הציבור החרדי. בית המשפט קבע כי על הרשות המוסמכת לאזן בין הצורך להגן על רגשות הדת לבין הצורך שלא לפגוע בחופש מדת של הציבור החילוני ובחופש התנועה שלו. לדברי הנשיא ברק, מכיוון שחופש התנועה הוא זכות ורגשות הדת הם אינטרס ציבורי, האיזון ביניהם נותן עדיפות לזכות: ניתן לפגוע בזכויות אדם כדי להגן על רגשות רק אם הפגיעה ברגשות היא כה כבדה, עד שהיא עולה על רמת הסבולת הראויה, ומידת הפגיעה הנגרמת בזכות אינה עולה על המידה הנדרשת. במקרה זה, סגירת הרחוב עלולה לפגוע במידה העולה על הנדרש בחופש התנועה של חילוניים המתגוררים ברחוב ובסמוך לו; מכיוון שהחלטת השר לא נתנה משקל מספיק לפגיעה בהם, ולא באה לאחור שקילת חלופות פוגעניות פחות, החליט בית המשפט כי דינה להיפסל. בית המשפט אף הדגיש כי אסור לשר להביא בין שיקוליו את העובדה שצד לסכסוך משתמש באלמנטים כדי לקדם את מטרותיו. השופט טל, בדעת מיעוט, קבע כי אין לומר שזכויות הן תמיד בעלות מעמד גבוה מרגשות, וכי בכל מקרה יש לבחון את כובד הזכות לעומת עומק הרגש; בפרשה הנדונה, לדבריו, ההתנגשות היא בין חופש התנועה, שהנו זכות יחסית, ואשר הפגיעה שנגרמה בו קלה, לבין השבת, שהנה ערך עליון וכמעט אבסולוטי של עם ישראל, ולפיכך לא זו בלבד שאין להתערב בהחלטת השר, אלא שיש אף לקבל את העתירה הנגדית שהוגשה ולהורות על סגירת רחוב בר-אילן לאורך כל השבת. לעתים נאלצת הרשות המבצעת להיענות ללחץ גובר לסגור רחובות נוספים בשבת. בית המשפט העליון נוטה לפשרה חברתית, אך היא מצטיירת כהיענות לתביעות הציבור הדתי יותר משהיא מהווה יישום ראוי של עקרונות משפטיים, שניתן היה לעשות באמצעות אימוץ הגישה הדמוקרטית היהודית-מסורתית. בית המשפט מהלך על חבל דק. הוא משתדל להימנע מלהכריע בסוגיות טעונות מבחינה פוליטית וחברתית. בעבר יזמו הסיעות הדתיות חקיקה שביטלה או מיתנה פסיקה של בג"ץ, שלדעתן הייתה מנוגדת לאינטרסים הדתיים, ואילו בעקבות קבלת חוקי היסוד החדשים, המכפיפים גם את החקיקה לביקורת בית המשפט, הגיעו גורמים חרדיים ודתיים לכלל הכרה כי יש להשפיע גם על בית המשפט העליון עצמו. דרכי ההשפעה והלחץ הן מגוונות: הם תמכו בהצעה להקים בית דין לחוקה כחלק

*Id.* at pp. 41–44 80

81 פ"ד נא(4) 1. דוגמה נוספת להגנה שיפוטית בענייני דת היא פסיקת פיצויים לעגונות נגד בעליהן סרבני הגט.

ממאבקם של המתנגדים לקו האקטיבי של בית המשפט העליון; הם מנסים להשפיע על הליכי מינוי השופטים, ומשמיעים ביקורת על בית המשפט בניסיון למנוע ממנו לקבל הכרעות שיפוטיות המגנות על זכויות האזרח בענייני דת.

בעניין המועצות הדתיות נמנע בית המשפט במשך זמן רב מלהתמודד כראוי וביעילות עם תופעות של אי-ציות לפסיקותיו. דבר זה גרם להתמשכות של יותר מעשור בתהליך הרכבת מועצות דתיות, כגון בחיפה ובירושלים. כאשר החל בית המשפט העליון לאכוף את פסיקותיו, המגזר החרדי החליט להחריף את המאבק. המאבק התנהל בכמה מישורים בעת ובעונה אחת. במישור החקיקה, בלחץ הסיעות החרדיות, תוקן חוק המועצות הדתיות. התיקון חייב את חברי המועצות למסור הצהרת אמונים לרבנות הראשית ומטרתו הייתה לחסום כניסת יהודים רפורמים וקונסרבטיבים למועצות הדתיות.<sup>82</sup> בד בבד, הסלימו החרדים את המאבק גם במישור הציבורי לכדי עימות חזיתי עם בית המשפט העליון. בהתקפות מילוליות חריפות של ראשי הציבור החרדי<sup>83</sup> נשמעו בראשונה ביטויים חריפים נגד המוסד עצמו ונגד שופטיו, בייחוד נגד הנשיא ברק, ובהם "צוררי יהודים" ו"פתיחת מלחמה".

ההחרפה במאבק נבעה מהבנת הציבור החרדי שלבית המשפט העליון נתון כוח פסיקטי ומלבד זאת כוח אפקטיבי לאכוף את פסיקותיו. המשמעות בעבורם היא שלא ניתן עוד להתחמק מביצוע פסיקותיו באמצעות עיכובים, התחמקות ואי-ציות ואף לא באמצעות חקיקה רטרואקטיבית, שכן היא דורשת רוב מיוחד מכוח סעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק, כפי שתוקן לאחר בג"ץ 3872/93 מישראל נ' ראש הממשלה.<sup>84</sup> עליית כוחו של בית המשפט העליון גובתה בשינוי שחל ביחסה של החברה הישראלית לפעולות הציבור החרדי. לא זו בלבד שדרישת הרוב המיוחד לאחר חקיקת היסוד של 1992 מקשה קיום חקיקה המבטלת פסקי דין, אלא שהציבור האזרחי בישראל גילה התנגדות לחקיקה רטרואקטיבית, כפי שהוכח בהצעת החוק בעניין חוק ההמרה.<sup>85</sup> מאבק זה של הציבור החרדי נגד בית המשפט העליון נשא אופי של ערעור מוחלט על סמכותו לפסוק בענייני דת ומדינה. הדבר ניכר באי-נכונות גוברת והולכת לקבל את מרותו בביקורתו השיפוטית על מעשים של מוסדות דת הפועלים במימון המדינה ומכוח הדין הכללי ובפיקוחו על פסיקות בתי הדין הרבניים. מנהיגי הציבור החרדי מסתמכים על ביקורות חריפות שהביעו אנשי אקדמיה על גישת בית המשפט העליון ומעורבותו הגוברת בענייני דת ומדינה, אך חשוב לשמור על הבחנה

82 חוק שירותי הדת היהודיים (תיקון מס' 10), תשנ"ט–1999. החוק קבע את חובתו של חבר המועצה הדתית לחתום על הצהרת אמונים, וכן קבע את חובת חבריה לפעול לפי פסיקת הרבנות המקומית והרבנות הראשית בכל עניין שבתחום תפקידיה וסמכויותיה של המועצה הדתית.

83 ראו חבר-הכנסת דוד טל בישיבה 217 של הכנסת ה-14 מיום כ"ג סיון תשנ"ח (17.6.1988); וחבר-הכנסת יצחק דהן בישיבה 274 של הכנסת ה-14 מיום ז' שבט תשנ"ח (3.2.1998).

84 פ"ד מז(5) 485 (להלן: עניין מישראל הראשון).

85 הצעת חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון) (גירור), תשנ"ז–1997, ה"ח 2610 תשנ"ז 300.



ברורה בין הלגיטימיות של מדיניות האקטיביזם השיפוטי והגברת המעורבות של בית המשפט העליון בחברה ובין ערעור על סמכותו של בית המשפט העליון כמוסד חיוני בדמוקרטיה הישראלית.<sup>86</sup>

כותב שורות אלה מאמין שהמפתח לפתרון שיבטיח המשך חיים יהודיים דמוקרטיים במדינה הוא גיבוש נוסחה חוקתית, היוצקת תוכן דמוקרטי מסורתי לתיבה "מדינה יהודית ודמוקרטית" במסמכיה החוקתיים. נוסחה זו היא הכרה בעובדה שלא ניתן להגיע ליישוב מחלוקות אידיאולוגיות באופן המוסכם על הכול, ושיש להתבסס על המכנה המשותף המוסכם על הרוב. היא שואבת את השראתה מתפישת היהדות המסורתית הישראלית (האורתודוקסית), המכבדת את הדת ואת המסורת, אך מחויבת לדמוקרטיה ומתנגדת לכפייה הדתית. שמירת המסורת נובעת מתוך כיבוד המסורת ומנהגי האבות, ולא מתוך רצון להשתית את חוקת המדינה על יסודות הדת. לפיכך, לפי גישה זו, הפרשנות הראויה היא שביל הזהב שיתקבל על דעת רוב רובו של הציבור במדינת ישראל: פירוש שאינו מחמיר יתר על המידה בציוויי הדת, אלא מסמל הזדהות עם מורשת ישראל באופן שייעשה לנורמה מקובלת על הציבור ולא יפגע בחופש הדת והמצפון.<sup>87</sup>

### ב. התערבות שיפוטית בהחלטות בענייני ביטחון

בימיה הראשונים של המדינה, מילא הפיקוח השיפוטי תפקיד רב חשיבות בביקורת על החלטותיה של הרשות המבצעת, שהתבססו על שיקולים ביטחוניים ופגעו בזכויות אזרח בסיסיות, ואולם ביקורת זו הושתתה על פגמים פרוצדורליים ופגמי סמכות ולא הייתה כרוכה בבדיקה מהותית של החלטת הרשויות המנהליות. כך, למשל, סירב בית המשפט להוציא צו מעצר מינהלי מכיוון שהוועדה המייעצת לא הוקמה כנדרש על פי ההוראה הסטטוטורית הרלוונטית.<sup>88</sup> בית המשפט ביטל צו סגירה משום שהצו לא פורסם,<sup>89</sup> ביטל צו מעצר מינהלי שלא פירט את מקום המעצר,<sup>90</sup> וצו גירוש בוטל מכיוון שבוצע על ידי המפקד הצבאי באזור ולא על ידי שר הביטחון, שנדרשה חתימתו על הצו.<sup>91</sup> בעניינים כאלו הדגיש בית המשפט כי אין הוא עוסק בביקורת על השיקולים הבטחוניים לגופם, אלא מתרכז בפגמים הפרוצדורליים. למרות האמור לעיל, פסק בית המשפט כבר בשנת 1949 בבג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הביטחון:

86 רות גביון "והעיקר, לא לסטות מהעיקר" ידיעות אחרונות (24 שעות) 13.2.99, 5.  
87 ראו, למשל, אהרן ברק פרשנות במשפט (כרך ב: פרשנות החקיקה, תשנ"ג) 332. ראו עוד שמעון שטרית הארץ הטובה – בין כח ודת (תל אביב, 1998) 493–511.  
88 בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הביטחון, פ"ד ב(1) 5 (להלן: עניין אל-כרבוטלי).  
89 בג"ץ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה(2) 1480.  
90 בג"ץ 95/49 אל-כורי נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד ד(1) 334 א.  
91 בג"ץ 240/51 אלרחמן נ' שר הפנים, פ"ד ו(1) 364.

"השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה. ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של המדינה. יהיה בזה נזק חמור לציבור ולמדינה גם יחד אם השלטונות ישתמשו בכוח הניתן מטעם המחוקק, אף באופן זמני, מתוך התעלמות גמורה מהסייגים המוצבים על-ידי המחוקק על דרך השימוש בכוח זה. נכון שבטחון המדינה, המצריך מעצר אדם, אינו חשוב פחות מהצורך לשמור על זכות האזרח, אולם במקום שאפשר להשיג את שתי המטרות גם יחד אין להתעלם מהאחת או מהשנייה".<sup>92</sup>

לפיכך ביטל בית המשפט העליון בשנותיה הראשונות של המדינה החלטות ביטחוניות כאשר הוכח כי עובד הציבור או נושא המשרה פעל מחוץ לד' אמות סמכויותיו או נכשל בקיום דרישות סטטוטוריות-פרוצדורליות. מנגד, עד שלהי שנות ה-70 סירב בית המשפט להתערב כאשר העתירה לא התבססה על חריגה מסמכות או על פגם פרוצדורלי, אלא על טענה התוקפת את ההחלטה עצמה. כאשר הטיעון היה כי השיקולים הביטחוניים אינם מצדיקים את ההחלטה, דחה בית המשפט את העתירות, ובלבד שהשר או המפקד הצבאי הוכיח כי פעל בתחום סמכויותיו ובתום לב.<sup>93</sup> עם זאת, קיימים פסקי דין שבהם התערב בית המשפט בהיבטים מהותיים של החלטות מנהליות באמצעות פירוש החוק בדרך שלא אפשרה פעולות מנהליות משיקולים ביטחוניים, בייחוד כאשר נעשה שימוש בשיקולים אלה לשם חיפוי על עילות לא חוקיות. בית המשפט ביטל, למשל, את פיטוריו של דוקטור ישראל אלדד-שייב, ששימש כמורה, כאשר הפיטורין הסתמכו על עילות ביטחוניות.<sup>94</sup> לעומת זאת, בכמה פרשות אחרות צמצם בית המשפט העליון באותו הזמן את היקף הביקורת השיפוטית והביע את דעתו כי עניינים צבאיים וביטחוניים אינם כפופים להם: "עניני צבא ובטחון, כמוהם כעניני מדיניות חוץ, אינם מן הדברים הראויים להכרעת הרשות השופטת".<sup>95</sup> בשנים מאוחרות יותר גילו בתי המשפט נכונות רבה יותר להעמיד את החלטותיה המהותיות של הרשות המבצעת למבחן הביקורת השיפוטית. בבג"ץ 5553/03 אגודה שיתופית אלון מורה נ' קפלינסקי<sup>96</sup> בחן בית המשפט את השיקולים שהניעו את הרשויות לפעול כפי שפעלו, והסיק כי הממשלה פעלה על פי מניעים ביטחוניים כלליים ולא לשם קידום צרכים צבאיים. פסק הדין קבע כי שיקולים ביטחוניים כפופים לביקורת מהותית, גם כאשר הרשויות פועלות בד' אמות סמכויותיהן. מיד לאחר פרשה זו ביטל בית המשפט בבג"ץ 802/79 סמרה נ' מפקד איזור יהודה

92 עניין אלי-כרבוטלי, לעיל הערה 88, בע' 15.

93 בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, כז(2) 169 (להלן: עניין חילו); כן ראו בנימין גבע "לשאלת האיזון בין שיקולי בטחון והגנת זכויות האדם והאזרח" משפטים ה (תשל"ד) 685; ראו גם בג"ץ 89/71 אל אסמר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד כה(2) 197, 199.

94 בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399.

95 עניין חילו, לעיל הערה 93, בע' 181.

96 תק-על 2003(2) 2454.

ושומרון<sup>97</sup> את הסיורב לאפשר איחוד משפחות, כאשר ההחלטה הייתה מבוססת על אמות מידה שנקבעו א-פריורי בהסתמך על שיקולים ביטחוניים. בבג"ץ 351/80 חברת החשמל מחוז ירושלים נ' שר האנרגיה והתשתית<sup>98</sup> ביטל בית המשפט את תפיסת רכוש החברה. בבג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי<sup>99</sup>, שבה ביטל בית המשפט את החלטת הצנזור הצבאי לאסור פרסום חלקי מאמר בעיתון תל-אביבי שדן במוסד, התייחס השופט ברק במפורש לנטייה ההולכת וגוברת להרחיב את היקף הפיקוח השיפוטי על שיקולים ביטחוניים.

פרשה נוספת שראוי לציין הנה בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל<sup>100</sup>. בפרשה זו פסק בית המשפט הגבוה לצדק כי ההיתרים של ועדת לנדוי<sup>101</sup> אשר על פיהם פעלו עד כה חוקרי השב"כ בחקירת עצירים ביטחוניים, אינם חוקיים. אמנם לשב"כ יש סמכות חוקית לעצור עצירים אלו, אך הסייגים החלים על חקירת משטרה חלים גם על חקירת שב"כ וגם לחוקרי השב"כ אסור לנקוט אמצעי חקירה שיש בהם כדי לפגוע בגופם, בנפשם או אפילו בכבודם של הנחקרים. הדברים אמורים גם בנוגע לנחקר שמסרב לגלות מידע ביטחוני על אודות "פצצה מתקתקת". אמנם אפשר שבדיעבד, אם יתברר שהחוקרים פעלו מתוך הצורך הדחוף להציל חיי אדם, ייקבע כי לא היה במעשיהם משום מעשה פלילי, אולם "שלילת אחריות פלילית אינה משמשת הסמכה לפגיעה בזכויות אדם"<sup>102</sup>. התשתית הנורמטיבית, שאליה התייחס בית המשפט, היא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992, שקבע בסעיף 2: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם, באשר הוא אדם". אמנם יש שהמדינה פוגעת בזכויות יסוד אלו, כגון כשהיא מנהלת חקירה של חשוד בעברה, אבל אין הפגיעה מותרת אלא כשישנה הוראת חוק מפורשת המסמיכה אותה לעשות כן כעולה מדרישת פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מאחר שאין חוק המתיר אמצעי חקירה כגון אלה הנהוגים בידי השב"כ, בית המשפט ראה עצמו אנוס להגיע למסקנה שהגיע אליה.

בנוסף, יש לציין כי בית המשפט הדגיש חזור והדגש כי מעצם אופיין מרחיק הלכת של הסמכויות הביטחוניות, הביקורת השיפוטית על החלטות רשויות הביטחון צריכה להיעשות בדווקנות יתרה.<sup>103</sup> ביקורת נמתחה על בית המשפט בהתבסס על הטענה כי אין הוא עושה די לשם

97 פ"ד לד (4) 1.

98 פ"ד לה (2) 673.

99 פ"ד מב (4) 617 (להלן: עניין שניצר).

100 לעיל הערה 5.

101 ראו ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת, דין וחשבון (משה לנדוי יו"ר, תשמ"ח).

102 עניין הוועד הציבורי, לעיל הערה 5, בע' 843.

103 כדברי השופט שמגר בבג"ץ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו (4) 247, 251; כדברי השופט ברק בעניין שניצר, לעיל הערה 99, בע' 641.

הגנה על זכויות האזרח, בזמן שזכויות אלו חשופות לפגיעה באמצעות שימוש בסמכויות חירום נרחבות הנתונות לרשויות.<sup>104</sup> גם אם המחבר ביקורתי בנוגע למקרה זה או אחר, אין הוא שותף לדעה זו. לדעתי, בג"ץ הרחיב את היקף הביקורת השיפוטית בנוגע לעניינים ביטחוניים, וזאת לשם הגנה על זכויות האזרח.

למעשה, בית המשפט העליון מילא באופן אחראי את תפקידו, כלומר שמר על האזרח מפני שימוש לרעה בסמכויות ביטחוניות. הוא עשה זאת לנוכח חקיקה המעניקה שיקול דעת נרחב או מוחלט וסמכויות נרחבות לרשויות, למרות קיום רצוף של מצב חירום, ובהיעדר חוקה או אמנת זכויות אדם בסיסיות.

ביקורת שיפוטית על סמכויות ביטחוניות שבשיקול דעת נעשתה במהלך השנים דומה יותר ויותר לביקורת הנמתחת על כל פעילות ממשלתית אחרת. למותר לציין כי בנוגע להנחת התשתית העובדתית קיים הבדל בין מצב שבו החלטת רשות ממשלתית מבוססת על שיקולים ביטחוניים ובין מצב שבו החלטת הגוף הממשלתי מבוססת על שיקולים אחרים. באופן עקרוני, המדינה רשאית שלא לחשוף ראייה, בהתבסס על תעודת חיסיון שנחתמה על ידי ראש הממשלה או שר הביטחון, הקובעת כי חשיפת ראייה זו עלולה לפגוע בביטחון המדינה.<sup>105</sup> על כן, אם הרשות הממשלתית מסרבת לחשוף מידע, האפשרות להעמיד את פעולותיה לביקורת שיפוטית מצומצמת ביותר.

כיום, לאור תיקון החוק, רשאי אדם לעתור לשופט, שאינו יושב במושב הדן בעניין, כדי לחשוף ראייה מסוימת,<sup>106</sup> ותפקידו של השופט יהא מוגבל לבחינת הסוגיה, אם חשיפת הראייה מוצדקת אם לאו. אם יחליט השופט כי החיסיון מוצדק, ימצא עצמו העותר במצב שווה למצב שהיה קיים ערב תיקון החוק. בית המשפט פיתח הלכה של שמיעת ראיות בהיעדרו של העותר. דבר זה נעשה כדי לקבוע אם העתירה מוצדקת ואם הראיות שהוצגו מצדיקות את הפעולה שנקטה הרשות הממשלתית. דיון זה נערך בהיעדר העותר ובא כוחו. העותר אינו רשאי לערער על העובדות באמצעות חקירה נגדית כמקובל בהליכים משפטיים רגילים אחרים. בעניין זה רצוי לתת את הדעת על החלטת בית המשפט משנות החמישים שבה נבחן השימוש שנעשה בחיסיון ביטחוני. בית המשפט פסק כי הטיעון המבוסס על חיסיון ביטחון המדינה כפוף לביקורת שיפוטית.<sup>107</sup> בעניין זה שימש בית המשפט הישראלי חיל חלוץ, בהקדימו את בתי המשפט במדינות העולם הנאור.<sup>108</sup> מעניין לציין כי מילותיה של מגילת העצמאות באשר לשאיפתה של המדינה לשלום נחרצות יותר מן הנוסח המתייחס לביטחון המדינה. מכאן למדים

104 כך למשל, סבור פרופ' דוד קרצמר כי בית המשפט העליון לא עשה די להגנת זכויותיהם של תושבי השטחים. ראו: David Kretzmer *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (New York, 2002).

105 סעיף 45 לפקודת הראיות, תשל"א-1971.

106 שם.

107 ע"א 65/57 העצני נ' בן גוריון, פ"ד יא(1) 403 (להלן: עניין העצני).

108 ראו: Conway v. Rimmer [1968] A. C. 910, שם ניתנה החלטה דומה אחת עשרה שנים אחרי עניין העצני.

כי האבות המייסדים נתנו משקל רב ליעד השלום לצד יעד הביטחון.<sup>109</sup> הדמוקרטיה הישראלית נוקטת גישה הססנית כאשר היא נקראת לבטל את מנגנון החירום המשפטי שנוצר כדי להגן על מצבה הביטחוני של המדינה. למרות זאת ניתן לומר כי חשיבותם של השיקולים הביטחוניים הולכת ופוחתת, והשיקולים המתייחסים לשלטון החוק הולכים ומתעצמים. גם אם המסגרת המשפטית הפורמלית שונתה אך במעט, השימוש בסמכויות המשפטיות השתנה, ככל שביטחונה של מדינת ישראל התחזק.

יתר על כן, השתנתה גישת הציבור והשופטים להיבטים ולשיקולים ביטחוניים, בגלל הכרסום במעמדו ובתדמיתו של הממסד הבטחוני, כרסום הנובע ממלחמת יום הכיפורים וממלחמת לבנון. לפיכך נחלש האמון המוחלט בממסד הביטחוני. גישות אלו התגבשו עקב קביעותיהן של ועדת אגרנט בנוגע למלחמת יום-הכיפורים וועדת כהן, שהוקמה כדי לחקור את האירועים במחנות הפליטים סברה ושתילה במלחמת לבנון. דו"חות ועדות החקירה הללו חשפו את העובדה ששלטונות הביטחון לעתים אינם נקיים מאשם ומשגיאות חמורות. נטייה זו התחזקה בעקבות פרשת פולארד ופרשת קן 300.

לבסוף, צריך לציין כי ההליכים הדמוקרטיים לא התערערו עקב מצב החירום המתמשך. מעמדה של הכנסת לא נפגע מעולם מן המתח הביטחוני, ושיקולים ביטחוניים לא שימשו עילה להפרעת עבודתה של הכנסת או לדחיית בחירות כלליות (למעט דחייה מוצדקת מבחינה אובייקטיבית של הבחירות שהתקיימו לאחר מלחמת יום-הכיפורים). התפקיד החשוב שבתי המשפט בישראל ממלאים ומחויבותה המלאה של החברה הישראלית לערכי הדמוקרטיה ראויים לציין לשבח.

תרומתו של בית המשפט העליון להגנת זכויות האזרח מפני שימוש לרעה בסמכויות ביטחוניות ניכרת בשני פסקי דין אשר ניתנו בשנים האחרונות בעניין חוקיות תוואי הגדר, וחוקיות נוהל ההזרה המוקדמת, המכונה "נוהל שכן". בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל<sup>110</sup> נדונה שאלת חוקיותו של התוואי שנבחר להקמת גדר ההפרדה. בית המשפט מצא קטעים אחדים בגדר שאותם הגדיר כבלתי מידתיים. אחד מהנימוקים שהעלה בית המשפט הוא הפגיעה הקשה בחיי היום-יום של האוכלוסייה שהאדמה שייכת לה. תוואי הגדר בלתי מידתי בחלקים מסוימים שכן הוא יוצר חיץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם החקלאיות,<sup>111</sup> דבר הפוגע בתושבים באופן קשה תוך הפרת זכויותיהם על פי המשפט הבינלאומי

109 האבות המייסדים קבעו כחלק מה"אני מאמין" שלהם את העיקרון שהמדינה "תהא מבוססת על חירות, צדק ושלום לאור חזונו של נביאי ישראל". בהמשך ההצהרה, חלק שבו מופנות קריאות שונות לשיתוף פעולה, המייסדים "אנו מושיטים יד שלום ושכנות טובה לכל המדינות השכנות ועמיהן, וקוראים להם לשיתוף פעולה ועזרה הדדית עם העם העברי העצמאי בארצו". ההצהרה מציגה מסר עמוק ורב עוצמה של צורך במדינה לעם היהודי ובמולדת משלו, שבה ימצא את הביטחון שכה חסר לו מאז הוגלה מאדמתו.

110 פ"ד נח(5) 807.

111 שם, בע' 841-861.

ההומניטרי. בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל<sup>112</sup> הוא פסק דין נוסף שבו בית המשפט העליון העדיף את זכויות האזרח על פני שיקולי הביטחון. מדובר היה בעניין "נוהל הזהרה מוקדם" (המוכר גם כ"נוהל שכן"). נוהל זה קבע כי חיילי צה"ל, המבקשים לעצור פלשתינאי החשוד בפעילות חבלנית עוינת, רשאים להסתייע בתושב פלסטיני מקומי, כדי להזהיר באמצעותו את העצור מפני פגיעה אפשרית בו וכמי שנמצא עמו תוך כדי ביצוע המעצר. בית המשפט אסר על צה"ל וכוחות הביטחון להשתמש בנוהל הזהרה מוקדמת. בית המשפט קבע כי נוהל זה אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי, ועל כן אסר את השימוש בנוהל זה.

ניתן לראות כי בית המשפט העליון הרחיב את היקף הביקורת השיפוטית על עניינים ביטחוניים, שכן כלל בה לא רק היבטים של סמכות ופרוצדורה, אלא גם ביקורת על תוכן של החלטות.

### ג. הכרעות בית המשפט בשאלות הנוגעות לאזורי ספר שיפוטיים

בג"ץ תרם תרומה ייחודית בעניינים פוליטיים בתקופת המשבר שעברה על המערכת הפוליטית בישראל באמצע שנת 1990, בעת ששתי המפלגות הגדולות קשרו עסקאות עם חברי כנסת בודדים במטרה לגבש קואליציה. במצב שנוצר, כל אחת משתי המפלגות הגדולות הייתה תלויה בחבר כנסת אחד או שניים. גם במשברים אחרים היה בית המשפט העליון המוסד השלטוני שאליו פנו לקבל פתרון.

נכונותו של בית המשפט העליון לדון בעתירות שהגישו גורמים המייצגים ציבור אשר איבד את אמונו במערכת הפוליטית בשעת משבר חמור אפשרה לו לספק תשובה מוסדית למה שהחברה חזתה כתקופה של משבר פוליטי וריק ממשלתי. תפקידו המוסדי של בית המשפט התאפשר עקב התפתחויות משפטיות חשובות. בית המשפט העליון ערך כמעט מהפכה שלמה בדיני זכות העמידה, הרחיב את דוקטרינת השפיטות, והגדיל את היקף הביקורת השיפוטית שכן כלל בה את יסוד הסבירות. כל אלה אפשרו לו להתערב בנושאי מדיניות ובעניינים פוליטיים, והייתה לכך השפעה חיובית ביותר על תפקוד הממשלה.

בית המשפט העליון התערב בפרשיות רבות מספור שהיו כרוכות בהן סוגיות פוליטיות מובהקות, ובכללן הסכמים פוליטיים, קביעת שעון הקיץ, פטור לבחורי ישיבות משירות צבאי, הקצאת זמני שידור לתעמולת הבחירות, הסרת חסינות פרלמנטרית, החלטות של הכנסת ושל יושב ראשה, חנינה נשיאותית וסירוב להסגיר עבריין נמלט שהוכרו כבר הסגרה.<sup>113</sup>

112 תק-על 2005(4) 49.

113 לעניין פסקי דין אלו ונוספים ראו גם: Shimon Shetreet "Developments in Constitutional Law" 24 *Isr. L. Rev.* (1990) 368, 406.

גם כיום הביקורת השיפוטית של בית המשפט נמשכת ומשתרעת על תחומים רבים. דוגמה לכך ניתן לראות בבג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת,<sup>114</sup> שנדון באחרונה. חבר הכנסת גורולובסקי הצביע בהצבעה אלקטרונית במקומו של חבר כנסת אחר. היועץ המשפטי לממשלה הגיש בקשה ליטול את חסינותו. הבקשה הועברה לוועדת הכנסת, אשר החליטה שלא ליטול את חסינותו של חבר הכנסת גורולובסקי. בית המשפט מצא כי הפעלה ראויה של שיקול דעת הוועדה הייתה צריכה לגרום לה להמליץ לפני הכנסת ליטול את חסינותו הדייונית של חבר הכנסת גורולובסקי. החלטתו של בית המשפט הייתה כי דין ההחלטה של הוועדה להתבטל.

#### ד. התרחבות יתר של זכות העמידה

במהלך השנים תמכתי בהרחבת זכות העמידה בעתירות לבג"ץ, ואף ייצגתי את העותרים בפרשיות הידועות שנדונו בבג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור<sup>115</sup> ובג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים,<sup>116</sup> למשל, שבהן ניתנו זכות עמידה לבעלי מכשירי טלוויזיה לתבוע את רשות השידור וזכות לאזרחים מן השורה לעתור כנגד סירוב להסגיר עבריין בר הסגרה. בעבר תמכתי בביקורת שיפוטית רחבה מאוד על החלטות הרשויות המנהליות, ובכלל זה ביקורת המתבססת על עילת הסבירות, זכות עמידה גמישה ותורת שפיטות מרחיבה. הנחתי שלאחר תקופה ארוכה של התרחבות הביקורת השיפוטית, מתן זכות עמידה נרחבת ונקיטת עקרון שפיטות מוגמש, תבוא תקופה של כיוול מדויק (fine tuning) שתמנע אזורי חיכוך בין הרשות השופטת לרשויות הפוליטיות, וכי התנהלות שיפוטית חכמה בקשרי הגומלין שבין הרשות השופטת לרשויות האחרות תמנע החרפת המחלוקת והתמשכות המאבק בין בית המשפט העליון לכנסת, וכן תמנע התגוששות מתמדת בזירה הציבורית בין בית המשפט העליון ובין סקטורים בעלי משמעות בחברה הישראלית. גישתי הייתה כי הכיוול המדויק של התפקיד השיפוטי בחברה והתאמת קווי הגבול בין הזרוע השופטת לזרועות האחרות צריכים להיעשות בידי בתי המשפט עצמם, בדיוק כשם שההרחבה הדרמטית של הביקורת השיפוטית נעשתה על ידי השופטים עצמם, על בסיס מבחן הפגיעה המהותית בשלטון החוק, למשל, או מבחן הפגיעה המהותית במרקם החיים הפרלמנטריים.<sup>117</sup> ואולם כיום דעתי היא כי עקב המחלוקת הקשה שהתגלעה בחברה הישראלית בנוגע למעמדו של בית המשפט העליון וסמכותו לבטל חוקי כנסת באמצעות ביקורת

114 תק"על 2005 (1) 2170.

115 פ"ד לה (3) 365 (להלן: עניין שירן).

116 פ"ד מא (2) 1 (להלן: עניין אלוני).

117 Shimon Shetreet *Justice in Israel – A Study of the Israeli Judiciary* (Boston & London, 1994); Shimon Shetreet "Standing and Justiciability" *Public Law in Israel* (Itzhak Zamir & Allen Zysblat eds., Oxford, 1996) 265, 273.

שיפוטית מתוקף חוקי היסוד, ועקב ההתנגדות העזה שמעורר בית המשפט העליון בגין האקטיביזם השיפוטי שהוא נוקט, נדרשת חשיבה מחודשת בנוגע לסוגיות יסוד הנוגעות למערכת השיפוטית.

אנו ניצבים כעת בשלב שבו הגיע בג"ץ לגבולות החיצוניים של השטח המפריד בין הזרוע השיפוטית לזרועות הפוליטיות, הכנסת והרשות המבצעת.<sup>118</sup> בשלב זה נחוק לתחום באופן מדויק יותר את קווי הגבול בין הזרועות. צריך לכייל במדויק ולמקד את המיקום הברור של הרשות השופטת מול הזרועות האחרות. הכיול המדויק והתייחסות הברור של קווי הגבול בין הרשות השופטת לזרועות האחרות חיוניים, בשל קולות הביקורת ההולכים ומתגברים בנוגע להיקף התפקיד השיפוטי בחברה הישראלית. רבים טענו כי קווי הגבול סומנו בשטח שאינו נכלל בתחום האחריות הראוי לרשות השופטת. טענה זו משקפת תחושה ציבורית רחבה, ובית המשפט, אשר אינו יכול לפעול בהתעלם מן התחושות הציבוריות ומן המציאות החברתית, חייב לתת על כך את דעתו. בית המשפט חייב ליהנות מאמון הציבור כדי שיוכל למלא את תפקידו. אחד התחומים המרכזיים במחלוקת הנוגעת למעמד בית המשפט בחברה הישראלית הוא תפקידו של בית המשפט בביקורת שיפוטית חוקתית. לכך נייחד עתה את הדיון. דיוני הכנסת בעניין גיבוש חוקה לישראל מחדדים שאלה זו.

### 3. מיון מודלים להכרעה בשאלות חוקתיות

בהכרעה בשאלות חוקתיות, ובמרכזן שאלת הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים, למכוון החוקה נתונה הבחירה בין שורה של מודלים לפי כמה קווי מתאר וקווי הבחנה. תחילה עליו לבחור ולהגדיר את מהות מלאכתו של בית המשפט כאשר הוא נדרש לביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק: האם ראוי להסמיך את הערכאה, הדנה בחוקתיותם של חוקים, בסמכות לבטלם או שמא יש להסתפק בהסמכת בית המשפט בסמכות להצהיר על סתירת חוקי יסוד או סתירת החוקה. אחר כך יש ליתן את הדעת על שאלת העיתוי שבו יידרש בית המשפט לפסוק בשאלת החוקתיות – האם יש להסמיך את בית המשפט בסמכות להכריע בשאלת חוקתיות החוק עוד בטרם נחקק (בדומה למודל הצרפתי), או שמא ראוי לאפשר לבית המשפט להידרש לביקורת שיפוטית רק לאחר שהחוק נחקק.

118 לשם השוואה, ניתן לראות את ההשפעה ההרסנית שנגרמה, כנראה, לאמון הציבור בבית המשפט העליון האמריקני בשל התערבותו בסוגיות פוליטיות כבדות משקל. בפרשת הבחירות לנשיאות בשנת 2000, פסק בית המשפט כי יש להפסיק את ספירת הקולות החוזרת במדינת פלורידה, ברוב של חמישה שופטים, שכולם מונו בתקופת שלטונם של הרפובליקנים, ובפסיקתם הכריעו כי ג'ורג' וו. בוש יהיה נשיא ארצות הברית. ראו: "The Even Thomas & Michael Isikoff" *Newsweek* (December 25, 2000) 46, 52–57; *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).



בנוסף, יש להכריע בשאלה, מי הערכאה שתוסמך להעמיד חוקים לביקורת שיפוטית. החלופה הראשונה הנה המודל הריכוזי, ולפיו תוסמך ערכאה עליונה בלבד (כגון בית המשפט העליון בישראל לפי הצעת ועדת החוקה או בית המשפט של האיחוד האירופי) להכריע בשאלת חוקתיותם של חוקים. לפיכך כאשר ערכאה נמוכה יותר תידרש לעסוק בשאלת החוקתיות, היא עליה להעביר את ההכרעה לערכאה המוסמכת, היינו לבית המשפט העליון. החלופה השנייה, המודל הביזורי לביקורת שיפוטית, היא הסמכת כל בית משפט, שמועלית לפניו סוגיה של חוק הסותר חוקה, בסמכות להכריע בסוגיה, בכפוף לזכות ערעור לערכאה גבוהה יותר כנהוג באותה שיטת משפט.

בשיח הציבורי המתקיים כיום צריך לבחור במודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים, ולצורך זה יש לבחון את סוגי המודלים הקיימים והמוצעים לפי קווי המתאר העיוניים שהוזכרו. לפיכך אבחן להלן את המודלים הנהוגים בעולם, ובכללם המודל האמריקני, המודל הקנדי, המודל הצרפתי, המודל הבריטי ומודל בית המשפט לחוקה וכן אבחן את הצעת ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת ל"חוקה בהסכמה רחבה".

#### א. המודל האמריקני: מודל בית משפט פוסק ומכריע

אחת המסורות הוותיקות של הביקורת השיפוטית, מקורה בארצות הברית. מודל זה, המיושם בארצות הברית, בקנדה ואף בישראל, נוקט גישה הדוגלת במסירת הסמכות לבית המשפט לפסוק ולהכריע בחוקתיות חוקים ולפוסלם.

סעיף 3 לחוקה האמריקנית קובע כי "סמכות שיפוטית תוענק לבית משפט עליון ולכל בית משפט שיוסד על ידי הקונגרס". סמכות בית המשפט העליון בארצות הברית משתרעת על תחום רחב, החל בהכרזה על בטלות חוקים וכלה בבחינה מהותית של החלטות הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. נראה כי הסמכות להכריז על ביטול חוקים נתונה לכל בית משפט. אחד מתפקידי של בית המשפט העליון הוא לפרש את החוקה של ארצות הברית. בית המשפט עשוי למצוא עצמו מבטל חוקי מדינה ואף חוקי קונגרס, כיוון שהם פוגעים בחוקה.<sup>119</sup>

הביקורת השיפוטית החוקתית, במתכונת התקפה עד היום, עוצבה בארצות הברית בפסק הדין בעניין *Marbury v. Madison*<sup>120</sup> מרבורי מונה על ידי הנשיא אדמס לשופט במחוז קולומביה. כתב מינויו של מרבורי היה חתום, אך ג'ון מרשל, שר החוץ הפדרליסטי, לא הגיש את המינוי. כשנכנס הנשיא החדש ג'פרסון לתפקידו, מונה מזכיר מדינה חדש, ושמו מדיסון. בין תפקידי היה מדיסון אחראי לכל מסמכי המדינה ותעודות

119 צ'רלס הרמן פריצ'ט החוקה האמריקאית: החוקה תולדותיה ופירושה (תל אביב, 1982) 93.  
120 5 U.S. 137 (1803).

המינוי. ג'פרסון הורה למדיסון שלא להגיש את כתב המינוי של מרבורי. בתגובה תבע מרבורי את מדיסון בבית המשפט העליון וביקש מבית המשפט להוציא "צו עשה" שיורה למדיסון לתת את תעודת המינוי. חוק השיפוט של הקונגרס (1789) מסמיך את בית המשפט העליון להוציא צווי עשה (מנדמוס) לפקידי ממשל. בית המשפט העליון פסק כי הקונגרס, באשרו את חוק השיפוט משנת 1789, אשר מסמיך את בית המשפט להוציא צווי מנדמוס, העניק לממשל המרכזי סמכות רבה מזו שהתירה החוקה. מפסק דין זה עולה כי לשופטים סמכות להחליט אם חוק או צעד ממשלתי סותרים את החוקה. השופט מרשל קבע בפסק דינו כי הביקורת החוקתית על חוקיותם של חוקי הקונגרס נתונה בידי בתי המשפט. בית המשפט העליון התערב ומתערב בעניינים שונים כגון חופש דת וזכות לשוויון, ולעתים פוסל חוקים מדינתיים המנוגדים לחוקה.

פסק הדין בעניין *Dred Scott v. Sanford*<sup>121</sup> הוא בלא ספק אחת ההחלטות המושמצות בהיסטוריה האמריקנית. סקוט נולד בשנת 1799, כמה שנים לאחר אשרור מגילת הזכויות (The Bill of Rights), ובשנת 1834 "נרכש" ונלקח למדינת לואיזיאנה אשר חוקת המדינה בה אוסרת עבדות. בהמשך נמכר שוב לאדם בשם סטנפורד. "העסקה" התבצעה בתחומי מדינת מיזורי, אשר בה מוסד העבדות לא נשלל בדין. סקוט טען כי בשל שהותו במדינת לואיזיאנה, אשר בה כזכור הוצא מוסד העבדות אל מחוץ לחוק, הוא נעשה לאדם חופשי, ולכן ביקש שבית המשפט יורה על שחרורו מעבדות סטנפורד מעבדו. מנגד, השיב האחרון כי אין לשחררו כיוון שאין חוק פדרלי יכול לנשל את הבעלים מזכות הקניין השמורה להם. בנוסף נטען כי יש לדחות את תביעת סקוט על הסף מפני שמדובר בעבד שאינו מחזיק באזרחות של מדינה כלשהי, ולכן אינו רשאי להגיש תביעה לבית משפט פדרלי. בית המשפט העליון הכריע בפרשה בשנת 1857. באותה שנה נתגלעה מחלוקת חריפה אם להתיר או לאסור את מוסד העבדות. נקבע כי על אף שהותו של סקוט בתחומי מדינה האוסרת את מוסד העבדות, הוא נותר עבד ולא חל כל שינוי במעמדו. נטען כי זכות הקניין היא זכות המעוגנת בחוקה האמריקנית, ולכן אין חוק פדרלי רשאי לפגוע בה. בית המשפט פירש את הזכות להליך הוגן (due process clause) כמעניקה לאדם זכות שימוע קודם שהחירות או הקניין נשללים ממנו, ולא זו בלבד אלא גם כמעניקה לאדם זכות מהותית להגנה מפני חדירה מופרזת של הממשל לד' אמותיו של הפרט. יש הטוענים כי פסק הדין תרם להגברת המתח בין הצפון לדרום, והיה אחד הגורמים לפרוץ מלחמת האזרחים.<sup>122</sup>

פסק הדין בעניין *Lochner v. New York*<sup>123</sup> עסק בשאלת חוקיותם של חוקים שנחקקו במדינת ניו יורק, אשר אסרו על פועלי מאפיות לעבוד מעל 10 שעות ביממה

60 U.S. 393 (1856) 121

Don E. Fehrenbacher *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law and Politics* (New York, 1978) 122

198 U.S. 45 (1905) 123

או 60 שעות בשבוע. נקבע כי דינם להיפסל, וכי לא ניתן להצדיקם מפאת היותם "חוקי עבודה" כיוון שלא הוכח כי סקטור עובדי המאפיות נדרש להגנה מיוחדת מטעם המדינה במובחן ממגזרים אחרים. בנוסף לא ניתן להכיר בהם מחמת היותם "חוקי בריאות" מפני שלא הוכח כי בריאותם של עובדי המאפיות עלולה להיפגע באופן חמור וקיצוני עקב שעות עבודה מרובות. מעניינת במיוחד עמדת המיעוט של השופט אוליבר וונדל הולמס אשר כתב את הדברים האלה: "A constitution is not intended to embody a political economic theory... it is made for people of fundamentally differing views"<sup>124</sup>. החלטה זו הקשתה על הנשיא רוזוולט להתמודד עם המשבר הכלכלי שפקד את ארצות הברית בשנות ה-30 (תקופת ה-New Deal). משהושמע האיום כי הנשיא ישתמש בסמכות הנתונה לו וימנה שופטים נוספים לבית המשפט העליון, חזר בו בית המשפט מהעמדה שהביע בעבר.<sup>125</sup>

בפסק הדין בעניין *Brown v. Board of Education*<sup>126</sup> נדונה שאלת חוקתיות ההפרדה הגזעית במוסדות החינוך בארצות הברית. בית המשפט נתבקש לקבוע כי דין ההלכה שקבע בעבר, המתירה מדיניות של "נפרד אך שווה"<sup>127</sup>, להיפסל. נטען כי חברה דמוקרטית אינה יכולה להתהדר בקיומה של אזרחות שווה במקום שמתקיימת בו הפרדה גזעית, במיוחד כאשר מדובר בתחום החינוך. בית המשפט קיבל את הטענות וקבע כי יש לפסול את חוקי ההפרדה הגזעית כיוון שמדיניות של "נפרד אך שווה" היא מעצם מהותה בלתי שווה. השופט Earl Warren ציין: "[To separate school children from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be done]"<sup>128</sup>. על אף ההחלטה האמיצה מחקרים אמפיריים חושפים כי מדיניות ההפרדה במערכת החינוך עוררה קיימת.<sup>129</sup>

בפסק הדין בעניין *Roe v. Wade*<sup>130</sup> נפסלו החוקים הפליליים שאסרו הפלות. נקבע כי יש להכיר בזכותה של אישה בהיריון לבצע הפלה כחלק מהזכות החוקתית של האישה לחירות. בית המשפט הכיר בכך שאמנם הזכות לפרטיות אינה מעוגנת במפורש בחוקה, אך סבר כי הזכות לחירות רחבה דייה כדי לחול אף על זכותה של אישה בהיריון להכריע בשאלת סיום ההיריון. במדינת ויסקונסין קיים חוק חינוך חובה. בני כת האמיש התנגדו לשלוח את ילדיהם

*Id.* at pp. 46–47 124

*West Coast Hotel v. Parrish* 300 U.S. 379 (1937) 125

.347 U.S. 483 (1954) 126

*Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896) 127

*Supra* note 126, at p. 494 128

Ruth Gavison "Can Separate Be Equal: A Case Study" *Democratic Culture* (2000) 37 129

.410 U.S. 113 (1973) 130

לבית הספר לאחר כיתה ח', שכן לדעתם השכלה נוספת אינה נדרשת לאורח החיים שלהם, ואף תעמיד את ילדיהם בסכנה של היחשפות לחברה החילונית. בפסק הדין בעניין *Wisconsin v. Yoder*,<sup>131</sup> פסק בית המשפט העליון כי יש להתחשב במעמדה המיוחד של קהילת האמיש, ועל כן העניק לחברה פטור מתחולת חוק חינוך החובה של המדינה.

פסקי דין רבים של בית המשפט העליון דנו בסוגיית השוויון וההפליה על בסיס גזע. בדרום ארצות הברית היו קיימים חוקים שאסרו נישואי תערובת בין שחורים ללבנים. טענת המדינות הייתה שאין מדובר בהפליה, שכן החוק מונע מלבן להתחתן כשם שהוא מונע מאדם שחור להתחתן. בפסק הדין בעניין *Loving v. Virginia*<sup>132</sup> פסק בית המשפט העליון שהחוק מנוגד לזכות השוויון שכן החוק מכוון נגד השחורים. בפסק הדין בעניין *Palmor v. Siduti*<sup>133</sup> עלתה שוב סוגיית ההפליה. בעל ואישה התגרשו ובית המשפט קבע שהילדה בת השלוש תישאר בחזקת האם. האם עברה לחיות עם גבר שחור. על סמך עובדה זו ביקש הבעל שהילדה תעבור לחזקתו, שכן בית המשפט צריך לשים לנגד עיניו את טובת הילד. בערכאה ראשונה בפלורידה קבע בית המשפט אגב אורחא שהכנסת גבר (לאו דווקא שחור) זר לביתה של האם וחייה אתו (וקיום יחסי מין אתו) ללא נישואין משפיעים על הבת שלא לטובה. בית המשפט ציין כי על אף ההתקדמות ביחסים בין הגזעים, הקשר המעורב בהכרח ישפיע על הילדה, אשר תסבול מכתם חברתי. האם ערערה לבית המשפט בפלורידה, אשר לא נתן לה רשות ערעור. בית המשפט העליון הפדרלי פסק כי פסיקת השופט מנוגדת לחוקה וכי היא מפלה בין שחורים ללבנים.

בפסק הדין בעניין *Lawrence v. Texas*<sup>134</sup> דן בית המשפט בחוק שאסר קיום יחסי מין חד-מיניים בקרב הומוסקסואלים ובקרב לסביות. בית המשפט קבע שהחוק נועד באופן כללי להגן על האדם מפני חדירה של הממשל לפרטיות שלו, היינו מונע מהממשל לשמש כ"אח הגדול" בביתו. החירות מעניקה לאדם אוטונומיה החלה גם על קיום יחסים אישיים.

לפי מודל הביקורת השיפוטית החוקתית בית המשפט הוא הפרשן האחרון והמכריע.

131 406 U.S. 205 (1972).

132 388 U.S. 1 (1976).

133 466 U.S. 429 (1984). וראו דוגמה נוספת בסוגיית השמירה על השוויון בעניין *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996). הממשל הפדרלי תבע את מדינת וירג'יניה משום שבמוסד VMI שבבעלותה התקיימה מסורת של בית ספר חד-מיני. בתחילה פנתה המערערת לבית משפט מחוזי פדרלי, שקבע שאין זו הפליה אלא ייחוד של המוסד. פסיקה זו נהפכה בבית משפט לערעורים. התיק הוחזר לבית משפט קמא, והמדינה הציעה לפתוח חטיבה לנשים, לצד החטיבה שנועדה לגברים בלבד, כדי לפתור את הבעיה. בית משפט קמא קיבל את ההצעה, בית המשפט לערעורים נחלק בדעתו אך אישר, והעניין הועבר לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון פסק שהמוסד חייב לאפשר נוכחות נשים וכי החלופה (מוסד אחר לנשים) אינה עונה על הדרישות (כי חסרה לה היוקרה של VMI).

134 539 U.S. 558 (2003).

הוא אשר קובע אם החוק חוקתי. הכרעת בית המשפט העליון היא סוף פסוק ומחייבת את כל הרשויות. כל הרשויות (ובעיקר הקונגרס) צריכות להביא בחשבון שיקולים חוקתיים לפני כל פעולה שלהן. המודל האמריקני הוא מודל של בית משפט פוסק ומכריע, בהליך המבוסס על המערכת השיפוטית כולה, היינו הליך ביזורי. הדיון מתחיל בערכאות הראשונות, הפוסקות את פסיקתן, וכפוף לערעור למערכות גבוהות מהן עד הגיעו לערכאה האחרונה.

ב. המודל הקנדי: בית המשפט פוסק והפרלמנט בעל סמכות תיקון (מודל ההתגברות)

מודל הביקורת השיפוטית של קנדה דומה למודל האמריקני. קיימת שם ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים, אולם בשונה מארצות הברית, בקנדה יש להבחין בין ביקורת שיפוטית של בית המשפט, לבין החלטת הפרלמנט לתקן את החקיקה לאחר הכרעת בית משפט בדבר היעדר חוקתיות. ביקורת שיפוטית במצב זה שונה במידה ניכרת מהביקורת השיפוטית לפי המודל האמריקני. בארצות הברית שינוי פסיקה חוקתית מחייב הליך של תיקון החוקה ואילו בקנדה קיים הליך מיוחד לתיקון פסיקה של בית המשפט העליון הקנדי בענין חוקתי. הליך זה גמיש בהרבה מההליך של תיקון חוקה.

בית המשפט העליון בקנדה מתפקד כערכאה עליונה לערעורים וכמנגנון לביקורת שיפוטית. סמכות ביקורת שיפוטית נרחבת ניתנה לבית המשפט בעקבות תמורות כגון ביטול זכות הערעורים לוועדה השיפוטית בכריטניה, ה-*Privy Council* ושיריון מגילת זכויות האדם ב-1982. סמכות הביקורת השיפוטית אינה בלעדית לבית משפט זה, והיא מוקנית לכל הערכאות הפדרליות (המודל הביזורי).

סעיף 33 למגילת הזכויות הקנדית מעניק למחוקק או לפרלמנט יכולת לחוקק חוק שיתגבר (override power) על סעיפים מסוימים במגילת הזכויות הקנדית (charters of rights)<sup>135</sup>:

33. (1) Parliament or the legislature of the province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the act or a provision there shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or section 7 to 15.
- (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

.Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act, 1982 135

- (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.
- (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).
- (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

על המחוקק לציין בחוק החדש במפורש שהחוק חל למרות האמור במגילת הזכויות. הסעיפים אשר המחוקק יכול לחוקק חוק שיתגבר עליהם הם: חופש הביטוי, זכויות משפטיות וזכות לשוויון. סמכות זו של המחוקק אינה חלה על סיוג הזכויות הדמוקרטיות (הזכות לבחור ולהיבחר), חופש התנועה, זכויות שפה (language rights) ושוויון בין המינים. למעשה, נתונה למחוקק הסמכות לגבור על כל החלטה שיפוטית באמצעות חקיקה המצהירה שהיא גוברת על חוק קיים. הסמכות הנתונה לרשות השופטת בקנדה היא הסמכות להשהות מעשה מסוים של המחוקק אך לא לבטלו לגמרי, משום שהמחוקק יכול לחוקק את החוק מחדש ובכך להעניק גושפנקא למעשים שלטוניים.<sup>136</sup> מודל ההתגברות הקנדי אף מתיר לבתי המחוקקים של הפרובינציות לגבור על הוראות החוקה הפדרלית ובכך לשקף את ייחודה של פרובינציה אחת לעומת הפדרציה כולה.<sup>137</sup>

עד שנת 1997 היו 66 מקרים שבהם ביטל בית המשפט הקנדי חוק אשר נגד את מגילת הזכויות. מרבית פסיקות אלו (53 מקרים) הביאו לידי תגובה של הגוף המחוקק המוסמך.

בעניין *Ford v. Quebec*<sup>138</sup> חוקק המחוקק חוק אשר אסר פרסום מסחרי באנגלית. בית המשפט העליון ביטל חקיקה זו, משום הפרת חופש הביטוי. למרות החלטת בית המשפט העליון, החזיר המחוקק הקוויבקי את החקיקה על כנה. בעניין *Hunter v. Southam*<sup>139</sup> ביטל בית המשפט העליון חוקים המתירים חיפוש והחרמת חפצים (חילוט) בטענה שאינם סבירים. המחוקק, לאור פסיקת בית המשפט, קבע שסתומי ביטחון ודרש כי בטרם ייעשה חיפוש יוצא צו של בית משפט מוסמך. בעניין *R. v. O'Connor*<sup>140</sup> התייחס בית המשפט לסוגיית גילוי מידע כאשר המטרה הייתה ליצור איזון בין זכות הנאשם להגן על עצמו לזכות המתלוננת לפרטיות ושוויון. בשנת 1977,

136 Peter W. Hogg Constitutional Law of Canada (Toronto, 2001) 891–901

137 ראו דברי ההסבר להצעת החוקה בהסכמה רחבה: <http://huka.gov.il/wiki/index.php/%D7%A7%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%A7%D7%49:%D7%A7%D7%79%D7%A7%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%A7%D7%49>

94% (נבדק ב-29.3.06).

138 [1988] 2 S.C.R. 712 (להלן: עניין *Ford*).

139 [1984] 2 S.C.R. 541.

140 [1995] 4 S.C.R. 114.

לאחר פסק הדין, חוקק המחוקק חוק שקבע נוהל גילוי דו"חות חסויים במקרה של תקיפה מינית. המחוקק העדיף את הזכות לפרטיות ולשוויון של המתלוננת על פני זכותו של הנאשם להגן על עצמו. אחד הטעמים של המחוקק להעדפת זכות המתלוננת על פני זכותו של הנאשם, היה הצורך להילחם בתופעת האלימות המינית והחשש שפרסום מידע חסוי עלול להרתיע נשים מלהתלונן. בפסיקה מאוחרת יותר בעניין *R. v. Mills*<sup>141</sup> קבע בית המשפט כי החוק משנת 1997 תקף. בית המשפט ציין כי הסיבה לכך שהוא מצייט לחוק של הפרלמנט נעוצה באמונה בדיאלוג שבין בית המשפט למחוקק.

הוג (Hogg), בספרו *Constitutional Law of Canada*,<sup>142</sup> רואה בהחלטות בית המשפט בנוגע למגילת הזכויות לא הטלת וטו על מדיניות החקיקה, אלא למעשה יצירת שיח בין הגוף המחוקק לגוף השיפוטי. כפי שהראה ד"ר צבי כהנא, עד כה השתמש המחוקק הקנדי בפסקת ההתגברות בכ-20 דברי חקיקה שיצאו מתחת ידו. רבים מהם נחקקו בקוויבק.<sup>143</sup>

ניתן למיין את דברי החקיקה לארבע קבוצות, המבוססות על ארבעה נושאים אשר חקיקת ההתגברות ביקשה להסדיר. חמשת החוקים הראשונים עניינם תכניות פנסיה.<sup>144</sup> הורתם ולידתם של החוקים הללו בחששה של ממשלת קוויבק כי אם תובטח למורים, שעזבו מוסדות חינוך דתיים לטובת משרות בבתי ספר ציבוריים, הזכות לצבור את שנות עיסוקם במוסדות הדת, תופר תניית השוויון בצ'רטר הקנדי, שכן זכות זו אינה שמורה לעובדים אחרים. שישה חוקים עוסקים ברפורמות חינוכיות בקוויבק. חקיקה זו נובעת אף היא מהחשש של ממשלת קוויבק שסיפוק מימון ממשלתי לחינוך הדתי, בתי ספר קתוליים ופרוטסטנטיים שאינם חלק ממערך חינוך החובה, יפר את דרישות השוויון וחופש הדת החוקתיות.<sup>145</sup> בקבוצה השלישית חוק אחד בלבד: חוק הקובע הגבלות גיל לצורך זכאות למענקים ממשלתיים לסיוע בקנייה או חכירה של חוות חדשות. הגבלה זו, כמו החקיקה הקודמת, מפרה את עקרון השוויון החוקתי.<sup>146</sup> שימוש נוסף בפסקת ההתגברות היה בחוק לתיקון הצ'ארטר בתגובה על עניין *Ford*, שנדון לעיל, כדי

141 [1999] 3 S.C.R 668.

142 Hogg, *supra* note 136.

143 ד"ר צבי כהנא הציג מחקר בעניין זה בדיוני הכנסת בוועדת החוקה וכן בסמינר מחלקתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

144 An Act Respecting the Pension Plan of certain Teachers, s. 62; An Act Respecting the Government and Public Employees Retirement Plans, S. 223.1; An Act Respecting the Teachers Pension Plan, S. 78.1; An Act Respecting the Civil Service Superannuation Plans, S. 114.1; An Act Respecting the Pensions Plan of Management Personnel, S. 211.

145 An Act respecting the Ministère de l'Éducation, ss. 17–18; An Act Respecting the Conseil supérieur de l'éducation, s. 31; The Education Act for Cree, Inuit and Naskapi Native persons, ss. 720–721; Education Act, s. 726–7; An Act respecting private education, ss. 175–6; An Act respecting school elections, s. 283–4.

146 .An Act to amend the Act to promote the development of agricultural operations, s. 16

להחזיר על כנה את הדרישה להשתמש בשילוט ציבורי בשפה הצרפתית בלבד במחיר פגיעה בעקרון השוויון החוקתי ובחופש הביטוי.<sup>147</sup> שימוש בפסקת ההתגברות נעשה גם במדינות יוקון, ססקצ'ואן ואלברטה. ביוקון נעשה שימוש בפסקת ההתגברות כדי להגן על תניה בחוק שהבטיחה פריבילגיות ל-*Council of Yukon Indians* בהליך הגשת המועמדות למועצת תכנון הקרקעות וועדותיה תוך הפרה פוטנציאלית של הזכות החוקתית לשוויון.<sup>148</sup> בססקצ'ואן, נעשה שימוש בפסקת ההתגברות בחוקי חזרה לעבודה ("Back to Work Statute") בחקיקת יישוב סכסוכים בין ממשלת ססקצ'ואן לעובדיה.<sup>149</sup> באלברטה נעשה שימוש בפסקת ההתגברות בתיקון לחוק הנישואין אשר קבע כי נישואים באלברטה משמעם מחויבות לקשר זוגי בין גבר לאישה בלבד.<sup>150</sup>

לכאורה, מבקשת פסקת ההתגברות לאלץ את המחוקק ליתן את הדעת על שיקולי מדיניות וביקורת חוקתית עתידית, שיקולים שאינם שגרתיים בהליכי חקיקה נטולי פסקת התגברות. בהכנסת פסקת התגברות המחוקק נדרש לספק הסבר נאות לחריגה מעקרונות חוקתיים. אולם ניתוח הדיונים בכל הנוגע לדברי החקיקה שנחקקו תוך שימוש בפסקת ההתגברות חושף כמה מגמות: ראשית, המחוקק הקנדי לא רואה בשימוש במנגנון ההתגברות צעד חקיקה יוצא דופן; בחלק מהמקרים הוא מתעלם לחלוטין מאזכור השימוש שנעשה במנגנון זה. ברוב המקרים נדמה כי מנגנון ההתגברות אינו נמצא במרכז תשומת הלב בהליכי החקיקה. בנוסף, לא בכל המקרים המחוקק דן בסיבות לשימוש במנגנון ההתגברות. ניכר כי הפרלמנט הקנדי נותן אמון רב במנסחי הצעות החוק ומניח שהשימוש שהם עושים בפסקת ההתגברות הנו נחוץ והולם. חוקי ההתגברות אושרו על פי רוב פה אחד בבתי הנבחרים ובוועדות, ולא עוררו התנגדויות או ביקורת משום היותם מפרי זכויות אדם. אף שהמחוקק כמעט תמיד מציין את הסיבות לחקיקה המוצעת בדברי ההסבר וכן דן בניזוקים הפוטנציאליים מהחקיקה המוצעת, הוא אינו מבקש להסביר מדוע נחוץ לנקוט דווקא בצעדים בעלי פוטנציאל להפרת זכויות אדם. המחוקק אף אינו מייחד דיון מעמיק לשאלה, שמא ניתן להפעיל אמצעים אחרים, פוגעניים פחות, כלפי זכויות האדם, אלא עושה שימוש כמעט מובן מאליו במנגנון ההתגברות.

מניתוחו של ד"ר כהנא עולה כי בעשרים וחמש השנים האחרונות לא גרמה פסקת ההתגברות החוקתית בקנדה להפרות מהותיות של זכויות אדם, וכי חקיקה שנחקקה מכוחה של פסקת ההתגברות עשויה הייתה להיות חוקתית גם בלי להיזקק לפסקת

.An Act to amend the Charter of the French language, s. 10 147

.Land Planning and Development Act, s. 39(1) 148

An Act to provide for Settlement of a Certain Labour-Management dispute between the Government of Saskatchewan and the Saskatchewan Government Employees' Union, s. 9 149

.Marriage Act, s. 2 150



ההתגברות. יתרה מזו, המחוקק הקנדי מוערך כעת כמי שראוי ליתן בידיו סמכות רחבה, כמו זו המבוטאת בפסקת ההתגברות, בלי לחשוש כי יעשה שימוש לרעה בסמכות זו ויפגע בזכויות אדם תוך ניצול סמכותו.<sup>151</sup>

בישראל נחקק חוק יסוד: חופש העיסוק ובו פסקת התגברות המאפשרת לכנסת לעקוף את ההגבלה המהותית הקבועה בו, כאשר מתקיימים תנאים מסוימים (דרישת רוב, אמירה מפורשת "על אף האמור", וכן תוקף לזמן מוגבל). מודל זה של פסקת התגברות שאול מההסדר הקנדי.

הבעייתיות במודל זה היא שפסקת התגברות עשויה לשמש פתח עבור הרשות המחוקקת לחוקק חוקים חסינים מפני ביקורת שיפוטית מהותית, אם ציינה בחוק במפורש ("על אף האמור") שהוא מנוגד לחוקה. האפקטיביות של כלי ההתגברות תלויה בריסון העצמי של הרשות המחוקקת בבואה להשתמש בכלי זה. שימוש מופרז בו עשוי לרוקן מתוכן את ההגנה על זכויות אדם. דוגמה לבעיה הקשה שמנגנון זה יוצר ניתן למצוא בבג"ץ 4676/94 מיטראל נ' כנסת ישראל.<sup>152</sup>

ג. מודל ועדת החוקה של הכנסת: רק בית המשפט העליון פוסק והפרלמנט בעל סמכות תיקון

הצעת ה"חוקה בהסכמה רחבה" של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת בהנהגת חבר הכנסת מיכאל איתן, יו"ר ועדת החוקה, משקפת ניסיון לאמץ את מודל פסקת ההתגברות הקנדי. עם זאת, בשונה ממודל ההתגברות הקנדי, ועדת החוקה מאמצת את המודל הריכוזי ומשאירה את סמכות הביקורת החוקתית בידי הרכב מיוחד של בית המשפט העליון, ואינה מאפשרת לכל בתי המשפט להכריע בשאלת חוקתיותם של דברי חקיקה. האימוץ המסויג של המודל הקנדי ניכר בסעיף 13 לפרק השישי (שפיטה) ובסעיף 6 לפרק השמיני (חקיקה). סעיף 13 לפרק השישי (שפיטה) קובע

151 לעיל הערה 143.

152 פ"ד נ(5) 15 (להלן: עניין מיטראל השני). באותו עניין נדון תוקפו של חוק ייבוא בשר קפוא, שעל פיו לא ייבא אדם בשר קפוא אלא אם כן קיבל תעודת הכשר. העותרת, יבואנית בשר קפוא שאינו כשר, קיבלה רישיונות לייבא בשר קפוא בכמות מוגבלת, שתוקפם נשמר בחוק ייבוא בשר קפוא. לטענת העותרת החוק הנ"ל פוגע לא רק בחופש העיסוק אלא גם בחירויות נוספות שנקבעו בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, כגון הזכות לשוויון, חופש הדת וזכות הקניין, וזאת בלי לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. הנשיא ברק קבע כי אם מדובר בחוק העומד בתנאי פסקת ההתגברות שבחוק יסוד חופש העיסוק, אך גם פוגע בזכויות המוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, תוקפו של החוק מותנה בקיום שלושה תנאים מצטברים: "ראשית הפגיעה בזכויות האזרח האחרות היא תוצאת לוואי המתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בחופש העיסוק; שנית, הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית ואילו הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא משנית; שלישית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות כשלעצמה אינה בעלת עוצמה ממשית" (שם, פסקה 21). בנסיבות העניין התקיימו שלושת התנאים, ולכן לא נפגע תוקפו של החוק.

בס"ק (א): "לא תקבע רשות שיפוטית כי חוק אינו תקף, זולת בית המשפט העליון בהרכב של תשעה שופטים לפחות".

גרסה חלופית, שהועלתה בהצעת החוקה, ביקשה לקבוע כי "לא יהיה תוקף להחלטת רשות שיפוטית כי חוק אינו תקף, אלא אם כן אושרה ההחלטה בידי בית המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים לפחות". נוסח זה משקף מודל לפיו כל ערכאות השיפוט מעורבות בבירור תוקפם של חוק ושל תיקון לחוקה.

הדגם הראשון, שהוצע על ידי ועדת נאמן, אינו מסמין את הערכאה הנמוכה להכריע בשאלת התוקף, ועליה להעביר את ההחלטה לידי בית המשפט העליון, לאחר שבדקה ומצאה שקיים ספק בעניין התוקף וכי ההכרעה החוקתית דרושה לשם הכרעה בסכסוך המשפטי שלפניה.

לפי הדגם שבגרסה החלופית הערכאה השיפוטית הנמוכה כותבת החלטה מלאה ומנומקת בשאלת תוקפו של החוק, אך להחלטתה אין תוקף כל עוד לא אושרה בידי בית המשפט העליון בהרכב מיוחד. החובה לכתוב החלטה מלאה מחייבת את הערכאה הנמוכה להתמודד לעומק עם הסוגיות החוקתיות, ובדרך זו אף מהווה אמצעי יעיל יותר לסינון הפניות אל בית המשפט העליון.<sup>153</sup>

סעיף 13 (ב) מתאר את הפרוצדורה להכרזה על חוק כבלתי תקף: "התעורר בפני רשות שיפוטית ספק בדבר תוקפו של חוק, ומצאה הרשות השיפוטית כי לא ניתן להכריע בעניין שבפניה בלי להכריע בשאלת התוקף כאמור, ואין בידיה להסיר את הספק ולקיים את תוקפו של החוק, תעמיד את השאלה בפני בית המשפט העליון". גרסה חלופית מבקשת לקבוע כי אם התעורר ספק כאמור לפני רשות שיפוטית: "תחליט בשאלת התוקף; החליטה הרשות השיפוטית כי החוק אינו תקף תעביר לאישור בית המשפט העליון את ההחלטה המנומקת".

סעיף 13 (ב) מנחיל למעשה מנגנון לתקיפה עקיפה של חוקים, מנגנון הנהוג במדינות שבהן קיים המודל הריכוזי לביקורת שיפוטית, לרבות במדינות שבהן יש בית משפט לחוקה. דברי ההסבר להצעת החוקה מפרטים את החסרונות הגלומים במנגנון בירור החוקתיות המוצע: חשש להצפה של בית המשפט העליון בהיעדר סינון שיפוטי בערכאות נמוכות; בירור טענת אי-חוקתיות של חוק אגב סכסוך מסוים מחדדת את הדיון וההכרעה השיפוטית; כפל ההליכים מטיל מעמסה לא רצויה על המתדיין (לרבות נאשם) ועל בית המשפט הדין בסכסוך; הרחקת השופטים בבתי המשפט בערכאות הנמוכות מהתחום החוקתי. יתר על כן, ראוי כי לאדם תהא הזכות לדרוש כי בית משפט הדין בעניינו לא ידון אלא לפי חוק בעל תוקף.<sup>154</sup>

סעיף 13 (ג) קובע: "שאלה שהועמדה/החלטה שהועברה לדיון לפי ס"ק (ב) תובא בפני בית המשפט העליון בהרכב של שלושה שופטים; קבע בית המשפט העליון

153 מתוך דברי ההסבר להצעת חוקה בהסכמה רחבה, לעיל הערה 137.

154 שם. ראו דברי ההסבר לס"ק (ב).

כי יש ספק בדבר תוקפו של החוק וכי הכרעה בשאלה הכרחית לשם פסיקת העניין שבפני הרשות השיפוטית, ואין בידיו להסיר את הספק ולקיים את תוקפו של החוק, תובא השאלה לפני הרכב של 9 שופטים או יותר; קבע בית המשפט העליון כי אין מקום לדון בשאלה שהופנתה ע"י הרשות השיפוטית, תמשיך הרשות השיפוטית לדון בעניין שבפניה בהתאם להחלטת בית המשפט העליון". הרשות השיפוטית שהעבירה את השאלה החוקתית להכרעה בית המשפט העליון לא תוכל להמשיך ולדון בסוגיה החוקתית, אם כי תוכל להמשיך ולדון בתיק ולקדם את ההליך בחלקים שבהם לא נחוצה ההכרעה השיפוטית.<sup>155</sup>

סעיף 13 (ד) קובע כי אם "התעורר הספק כאמור בסעיף קטן (ב) בפני בית המשפט העליון בהרכב של שלושה שופטים או יותר, יחליט בית המשפט אם להביא את השאלה בפני הרכב של תשעה שופטים לפי האמור בסעיף קטן (ג)".

סעיף 13 (ה) קובע כי אם "קבע בית המשפט העליון כי חוק אינו תקף רשאי הוא לתת כל הוראה או סעד, לרבות הוראה בדבר בטלות החוק, הנראים לו כנסיבות העניין; בית המשפט ייקבע את מועד התחילה את הוראת הבטלות". חלופה נוספת מבקשת להוסיף לסיפא של הסעיף: "ורשאי הוא, אם מצא כי מן הראוי לעשות כן, לקבוע כי המועד האמור יהיה במועד ההחלטה או מוקדם לה".

הצעות אחרות שהועלו ביקשו לאפשר לבית המשפט העליון להוסיף להוראת החוק שתוקפו נדון הוראות שאינן כלולות בו לשם תיקון הפגם החוקתי; וכן ביקשו לקבוע כי בעקבות פסיקת בית המשפט שהחוק מנוגד לחוקה תינתן לכנסת שהות של 60 יום לשם דיון והחלטה בדבר השימוש בפסקת ההתגברות. אם לא תעשה כן הכנסת, אזי בתום התקופה שתיקבע בפסק הדין יפקע תוקף החוק.

הסעיף המשלים, סעיף 6 לפרק השמיני לחוקה (חקיקה), מבקש להסמיך את הכנסת להעמיד את החוק בתוקפו, למרות פסק הדין של בית המשפט שפסל את החוק, היינו לאמץ את מודל פסקת ההתגברות הקנדי.

פסקת ההתגברות כתחליף להסדר גורף של אי-שפיטות חוקתית זכתה לתמיכה בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת על יסוד ההנחה כי היא מאפשרת דיאלוג ראוי בין שתי הרשויות: המחוקקת והשופטת, ומתירה לכנסת לדבוק בחקיקתה, בסייגים מסוימים, גם כאשר ראה בית המשפט בחקיקה זו חריגה מדרישות החוקה. על פי הצעת החוק יוסמך המחוקק במקרים חריגים לגבור על הפרשנות שהעניק בית המשפט לחוקה, אם החליטה הכנסת ברוב חבריה להשאיר בתוקפו חוק, אף אם קבע בית המשפט כי החוק פוגע בזכויות יסוד. הכנסת תוסמך גם לחוקק, ברוב חבריה, חוק לתיקון מלא או חלקי של החוק החורג. כן המליצה ועדת החוקה לכולל בתקנון הכנסת או בחוק הליכי חקיקה הוראות משלימות בדבר ההליכים (לרבות היוזמה)

155 שם. בדברי ההסבר לס"ק (ג).

בוועדה מוועדות הכנסת, הדרושים לשם ליבון הסוגיה והגשת המלצה למליאה בדבר הוראות התגברות.

סעיף החוק מנוסח כך: 6(א)(1) "קבע בית המשפט העליון, לפי סעיף 13 בפרק השפיטה, כי חוק אינו תקף משום שהוא פוגע בזכויות היסוד של האדם, שלא בהתאם לאמור בסעיף 2 בפרק הזכויות, יעמוד החוק החורג בתוקפו, חרף קביעת בית המשפט, אם קבעה כן הכנסת במפורש, בהחלטה שהתקבלה בקולותיהם של רוב חברי הכנסת, לאחר שהונח בפניה פסק דינו של בית המשפט העליון". גרסה חלופית מבקשת לקבוע כי "החוק יעמוד בתוקפו חרף קביעת בית המשפט, אם קבעה הכנסת במפורש כי החוק עומד בתנאי סעיף 2 בפרק הזכויות". גרסה חלופית נוספת מבקשת להגביל את ההחלטה להשאיר חוק חורג בתוקפו, להחלטת 70 חברי כנסת, במקום 60 כבעצמה המקורית. ההיררכיה הנורמטיבית בין דברי החקיקה השונים כבסיס לביקורת שיפוטית מוסדרת בפרק החקיקה הקובע בסעיף 2 לאמור: "א) חוק לא יסתור הוראה בחוקה. (ב) חקיקת משנה לא תסתור הוראה בחוקה או בחוק".

#### ד. המודל הבריטי: המודל המצהיר

המודל הבריטי מונע העמדת חוקים לביקורת שיפוטית, שתאפשר את ביטולם, ומשאיר בידי בית המשפט רק סמכות להכריז על אי-התאמה בין האמנה האירופית לזכויות האדם לבין חוק פרלמנט. לבית המשפט נתונה אפוא הסמכות רק להצהיר על אי-התאמה של החוק לאמנה האירופית לזכויות האדם שאומצה אל תוך המשפט הפנימי הבריטי בחוק זכויות האדם 1998, ותפקיד הפרלמנט לתקן את החוק באופן שלא יעמוד בסתירה לאמנה האירופית לזכויות האדם. אם יאומץ מודל זה בישראל, הרי הוא עונה על בעיית חוסר האמון של חלקים בקרב הציבור בבית המשפט העליון. יתרונו של מודל זה נעוץ בכך שלא פעם נדרש בית המשפט לסוגיות שמחייבות אותו להכריע בסכסוכים שבין האזרח לרשות. במקרים אלו הכרעות בית המשפט עלולות ליצור עימותים עם חלקים ניכרים מהציבור. עימותים אלו מביאים בסופו של דבר לידי שחיקה במעמדו של בית המשפט.

אימוץ המודל המצהיר עשוי למנוע שחיקה במעמד בית המשפט, כאשר הוא יזדקק להכריע הכרעות חוקתיות, שכן מודל זה מותיר את ההכרעה, לאחר ההצהרה השיפוטית, להחלטת הרשות המחוקקת. באופן זה ישוחרר בית המשפט ממחר השחיקה הכרוך בהענקת סמכות פסיקה והכרעה.

המודל הבריטי הונהג בחוק זכויות האדם הבריטי (Human Rights Act 1998). החוק קובע כי ככל שהדבר אפשרי, חקיקה ראשית וחקיקת משנה, בין שנחקקה לפני החוק ובין שנחקקה לאחריו, תפורש ותיושם באופן העולה בקנה אחד עם הזכויות המוגנות על ידי האמנה האירופית לזכויות אדם:

## 3. Interpretation of legislation

- (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.
- (2) This section —
  - (i) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever acted.

זהו החלק החשוב ביותר בחוק, לדעתי. חשוב להדגיש כי כמצוין בהמשכו של סעיף 3 הנ"ל, החוק אינו מתנה את תוקפה של חקיקה ראשית, ובמקרים מסוימים גם את תוקפה של חקיקת משנה, בהתאמה לאמנה, ואינו מסמיך את בית המשפט לפסול חוקים המנוגדים לאמנה:

- (2) This section —
  - (i) ...
  - (ii) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and
  - (iii) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.

עם זאת, המודל הבריטי מפקיד בידי בית המשפט את הסמכות להכריז על חוק כסותר את האמנה:

## 4. Declaration of incompatibility

- (1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right.
- (2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.

במקרה כזה רשאי השר הממונה להציע לפרלמנט לתקן את החוק שבית המשפט הכריז עליו כבלתי מתיישב עם האמנה האירופית:

## 10. Power to take remedial action

- (1) This section applies if —

- (i) a provision of legislation has been declared under section 4 to be incompatible with a convention right...
  - (ii) ...
- (2) If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility....

## Schedule 2

## Remedial Orders

- 1. ...
- 2. No remedial order may be made unless —
  - (a) a draft of the order has been approved by a resolution of each House of Parliament...

אישור הפרלמנט הנדרש ניתן בקריאה אחת בלבד, ולא בשלוש קריאות כדורש בחקיקה רגילה. חשוב לומר כי אף שסמכות הביטול אינה נתונה בידיו של בית המשפט, הרי הכרזה כאמור של בית המשפט עשויה לדרבן את השרים ואת הפרלמנט לפעול בדרך זו.<sup>156</sup>

יצוין כי פסיקה ענפה, באנגליה בפרט ובאירופה בכלל, מתבססת על האמנה האירופית לזכויות אדם כגון באשר לעקרונות אי-התלות השיפוטית, אשר נדון בהרחבה לעיל. בעניין *Procola v. Luxembourg*,<sup>157</sup> קבלו התובעים לפני בית הדין האירופי לזכויות אדם על הפרה של זכותם להליך לפני חבר שופטים עצמאי ונטול פניות, המעוגנת בסעיף 6(1) לאמנה האירופית לזכויות אדם, שכן כמה מחברי הוועדה השיפוטית של לוקסמבורג, אשר פסקו בעתירתו של פרוקולה לביקורת שיפוטית, כבר הביעו בעבר את דעתם באשר לחוקיותם של האיסורים שנדונו בעתירה. בית הדין פסק כי עצם הדבר שאנשים מסוימים מילאו הן תפקיד מייעץ והן תפקיד מבקר בנוגע לאותן החלטות עצמן יש בה כדי להטיל ספק באי-התלות של המוסד. דוגמה נוספת היא פסק-הדין בעניין *McGonnell v. United Kingdom*,<sup>158</sup> שבו נקבע כי מעורבות ישירה של חבר פורום שיפוטי בחקיקה או בחקיקת משנה (באי הנתון לסמכות שיפוט בריטית), כשהיא לעצמה מטילה ספק באשר להיעדר משוא פנים שיפוטי, גם בהיעדר הוכחה לקיומו בפועל של משוא פנים.<sup>159</sup>

Human Rights Act, sec. 20(1); see Lord Lester of Herne Hill & David Pannick (eds.) 156  
*Human Rights Law and Practice* (Butterworths, 1999) 43  
 .Application number 14570/89, published in A326 (1995) 22 EHRR 193 157  
*McGonnell v. United Kingdom* (judgment of 18 February 2000, Application No. 28488/95) 158  
 .(2000) 30 EHRR 289  
 ראו ביתר הרחבה, לעיל בפרק 1. 159

מאז נכנס לתוקפו חוק זכויות האדם הבריטי (Human Rights Act) באוקטובר 2000, הכריזו בתי המשפט באנגליה על סעיפי חוק מועטים כסותרים את האמנה האירופית לזכויות האדם, ואולם בית הלורדים השאיר על כנה רק בשני מקרים את ההכרזה בעניין אי-התאמה לאמנה האירופית. המקרה האחד עניינו היה סעיף בחוק אישות המסדיר רישום נישואין של אדם שהחליף מינו מגבר לאישה. בפסק הדין בעניין *Bellinger v. Bellinger*<sup>160</sup> נידון סעיף 11 לחוק עילות הנישואין (Matrimonial Causes Act 1973) אשר קבע כי נישואי בני זוג יהיו בטלים אלא אם כן בני הזוג הם גבר ואישה. ההלכה הפסוקה הכריעה כי יש לפרש את הסעיף כמכוון למבחנים הטבעיים לקביעת מינו של האדם. נקבע כי סעיף זה אינו עולה בקנה אחד עם זכויותיה של גב' בלינגר לפרטיות ולנישואין כפי שנקבעו בסעיף 8 וסעיף 12 לאמנה האירופית לזכויות אדם. המקרה השני עניינו פסיקה בעניין החקיקה הבריטית בסוגיית מעצר מנהלי של חשודים בטרור. נפסק כי החקיקה סותרת את האמנה האירופית לזכויות אדם.<sup>161</sup>

בהמשך לרפורמה שהביאה חקיקת ה-*Human Rights Act 1998* ראוי להזכיר רפורמה חשובה נוספת בתחום המערכת השיפוטית, והיא חקיקת ה-*Constitutional Reform Act 2005*, אשר קבע שורה ארוכה של מנגנונים שתכליתם לבצר את מעמדה של הרשות השופטת.<sup>162</sup> חוק זה ייסד ראשון את ערכאת ה-*Supreme Court* בבריטניה, והעביר לה את סמכויות השיפוט של ה-*House of Lords*. כן התווה החוק החדש את הליכי מינוים של שופטים לערכאות השונות וכן נורמות משמעת המחייבות את השופטים. כאמור, הרפורמה הקימה בית משפט עליון לבריטניה (ה-*Supreme Court*), תוך ביטול ערכאת הערעורים, ה-*House of Lords*. החוק גם קובע הוראות מעבר לשינוי בהליכי המינוי למשרת ה-*Lord Chancellor* הטעונים מעתה אישור של ראש הממשלה, שניסיונו של המועמד הולם את צורכי

160 [2002] 1 All ER 311.

161 בפסק הדין בעניין *A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 הכריז בית הלורדים על החקיקה הבריטית בעניין מעצר מנהלי של חשודים בטרור כסותרת את האמנה האירופית לזכויות אדם. ראו גם את פסק דין בעניין *R v. Secretary of State for the Environment*, שבו נפסק שנהלים הנתנים סמכות הכרעה לשר לאיכות הסביבה לסטות מהחלטות של ועדות תכנון סותרים את האמנה האירופית לזכויות האדם. ראו: *Wilson v. First County Trust Ltd.* (2001) 3 All ER 229 (תקפות חקיקה בנוגע לדרישות כתב ופירוט בהסכם הלוואה צרכנית המגן על הלווה); בית הלורדים ביטל את ההכרזה על סתירה בעניין הסכם הלוואה. ראו: *Wilson v. First County Trust Ltd.* [2003] 4 All ER 97. בשווייץ קיים מודל מזהיר דא פקטו. סעיף 190 לחוקה השווייצרית קובע כי בית המשפט הפדרלי הגבוה כפוף לחוקי הקונפדרציה, דהיינו, אינו רשאי לקיים בקורת שיפוטית על החוקים הפדרליים (בעוד שהוא רשאי לעשות כן לגבי חוקי הקנטונים). בפועל בית המשפט הפדרלי נוהג להצהיר על חוות דעתו לגבי סתירות בין החוקים הפדרליים והחוקה. ראו לעניין ביקורת שיפוטית בשווייץ: Thomas Fleiner, Alexander Mistic & Nicole Toepfepewrwein *Swiss Constitutional Law* (2005) 182–184.

162 לעיון בחוק ראו: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm> (נבדק ב-29.3.06).

התפקיד. סעיפים 3 ו-4 דורשים משרים ובעלי משרות אחרים, אשר חבים אחריות כלפי משרד המשפטים הבריטי והאירי, לקדם את עקרון אי-התלות השיפוטית. סעיף 7 לחוק מעגן את סמכויות ה־Lord Chief Justice ובהן הסמכות להחזיק במשרת נשיא בתי המשפט של אנגליה ווילס ולשמש ראש הרשות השופטת, תוך פירוט סמכויותיו: ייצוג עמדות הרשות השופטת של אנגליה ווילס לפני הפרלמנט, דאגה לרווחתם, אימונם והנחייתם של המכהנים ברשות השופטת; ודאגה לפריסת השופטים במערכת בתי המשפט באנגליה ווילס.

#### ה. מודל ביקורת חוקתית מקדימה

ככמה מדינות עומדים החוקים לביקורת לפני השלמת חקיקתם. באיטליה קיימת ביקורת טרום חקיקתית רק בנוגע להצעות חוק מסוימות. נורווגיה אף היא מאפשרת לבית המחוקקים לבקש חוות דעת לפני חקיקת חוק. המודל הצרפתי משלב ביקורת חוקתית מקדימה בשלב החקיקה, אשר תפקידה לייעץ לרשות המחוקקת בנושא חוקתיות דברי חקיקה היוצאים מתחת ידה. מועד החלת הביקורת השיפוטית יהיה א-פריורי, לפני חקיקת חוק. אם ינהגו לפי מודל זה בישראל, תוקם מועצה אשר תפקידה יהיה לבקר בשלב החקיקה. המועצה תורכב מנציגי כל אחת משלוש הרשויות וכן מנציגים שאינם משתייכים לאחת משלוש הרשויות כגון אנשי אקדמיה. מועצה זו, תפקידה לחוות דעה על חוקים הנחקקים בכנסת, ולייעץ לכנסת ולממשלה לתקן פגמים חוקתיים בדברי חקיקה, בטרם יושלמו דברי חקיקה אלה.

ההצעה של קרמינצ'ר וכרמון מבוססת על רעיון הביקורת החוקתית המוקדמת, הקיים בצרפת אשר מגבילה את המועצה החוקתית שלה לביקורת שיפוטית טרום-חקיקתית בלבד.<sup>163</sup> החוקה הצרפתית קובעת במפורש שאין בידי המועצה סמכות חקיקה וזה לזו של הפרלמנט והיא מוגבלת על פי סעיף 61 לחוקה לסמכות פיקוח טרום-חקיקתית התקפה בפרק הזמן שבין אישורו של חוק לבין כניסתו לתוקף. חוק שיימצא נוגד את החוקה לא יוצא אל הפועל. ההנחה שבבסיס המודל היא שההצדקה לקיומה של סמכות מהותית להכריז על בטלות דבר חקיקה ראשית של הכנסת ראוי שתוגבל למקרים נדירים בלבד. ההסדרים המוצעים על ידי מלומדים אלה ייחודיים למשטר הישראלי. ראשית, המודל מתייחס אל הרשות המחוקקת במנותק מהרשות השופטת, וזאת כדי להתמודד עם מצב שבו מעמדה של הרשות המחוקקת דורש חיזוק, וכן, עם מצב שבו קיים חיכוך מתמיד בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. יתרונו של מודל זה נעוץ בכך שהוא עשוי למנוע מראש חקיקת חוקים אשר אינם עולים בקנה אחד עם חוקי היסוד. שנית, מודל זה שומר על מעמד הכנסת, שכן הוא מצמצם את הסיכויים שבית המשפט יכריז על ביטול חוק וכן מונע אפשרות של חקיקה חפוזה בלא שיקול דעת, ומאידך גיסא

163 דגמים של ביקורת שיפוטית (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2001) 366.



אינו פוגע במישרין במעמדו של בית המשפט העליון. במובן זה מדובר במוסד המגשר בין שתי רשויות, הרשות המחוקקת והרשות השופטת, אולם מודל זה עלול לסרב לאת הליך חקיקתם של חוקים כיוון שיהיה צורך להמתין לסיום הביקורת השיפוטית המקדימה, העשויה להימשך זמן רב, ולאחר חקיקת החוק ייתכן גם הליך נוסף של ביקורת שיפוטית בבית המשפט העליון. לפנינו אפוא תקופה ארוכה מדי שבמהלכה החוק שרוי באי-ודאות רבה. בנוסף, מצב זה עלול ליצור מתח לא רצוי עם בית המשפט העליון. כן לא רצוי שגוף מבקר זה, אשר אינו מורכב רק משופטים, יהיה גוף מכריע וישמש כפוסק אחרון. השופט ברק טוען כי אין הצדקה לקיום שני גופים אשר יבצעו ביקורת שיפוטית. בהנחה שהביקורת המוקדמת ראויה, הרי שמכות זו צריכה להיות מוענקת לבית המשפט העליון, אשר לו גם הסמכות לבקר ביקורת שיפוטית מאוחרת.

### 1. מודל בית המשפט לחוקה

אי-שביעות רצונם של גורמים חברתיים ופוליטיים ושל אנשי אקדמיה מהאקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון, מפסיקותיו בנושאי דת ומדינה ובנושא ביטחון המדינה ומהתערבותו השיפוטית בהחלטות הממשלה בסוגיות שונות הביאה אותם לידי הגשת הצעה להקמת בית משפט לחוקה. ההצעה, שהוגשה על ידי חברי הכנסת אליעזר כהן ויגאל ביבי, קובעת כי בית המשפט לחוקה שיוקם יפסוק בכל נושא שבו תתעורר שאלה חוקתית הטעונה הכרעה לאור עקרונות היסוד דובר ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכי בית משפט אחר לא יפסוק בעניינים הנתונים לסמכותו של בית המשפט לחוקה. כן קובעת ההצעה כי בית המשפט לחוקה יורכב משלושה שופטים של בית המשפט העליון, שני דיינים, ארבעה אנשי אקדמיה ועולה חדש, כי החלטותיו יחייבו את כל בתי המשפט זולתו, וכי תהיה לו סמכות לבטל חוקים שחוקקה הכנסת.<sup>164</sup> ההצעה עלתה לנוכח ההסתייגות מן האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון, שמייצגו המובהק בעיני מתנגדיו הוא נשיא בית המשפט העליון, השופט ברק, ובייחוד ההסתייגות מדבריו על "מהפכה חוקתית" בסמכותו של בית המשפט העליון עקב יכולתו לבטל חוקים שאינם עומדים בתנאים שנקבעו בחוקי היסוד החדשים. יתרון הקמת בית משפט לחוקה נעוץ כאמור בכך שהוא מוציא את ההיבטים הפוליטיים הכרוכים בהכרעות חוקתיות מבית המשפט העליון לגוף אחר, ופותר את בעיית חוסר האמון של הציבור בבית המשפט העליון.

164 הצעת חוק בית-משפט לחוקה, תשס"ב–2002, הצ"ח 3380; הצ"ח 3393. ראו גדעון אלון "רוב צפוי נגד ההצעה להקמת בית-משפט לחוקה" הארץ 31.10.01; גדעון אלון "נדרחו שתי הצעות חוק להקמת בית-משפט לחוקה" הארץ 6.11.01; וראו את הצעת החוק הקיצונית, לדעתי, הצעת חוק-יסוד: הגבלת סמכויות הרשות השופטת (מיום 10.3.2003), ה"ח 41. ראו: <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/41.rtf> וכן ראו קלוד קליין "בית-דין לחוקה: שלא כצעתה!" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 497.

השופט ברק וחבריו תקפו בחריפות את הצעת החוק, וציינו כי היא מאיימת על מעמד בית המשפט העליון. השופט ברק הביע את הדעה כי הקמת בית משפט לחוקה תפגע בדמוקרטיה הישראלית ואחריו החרו החזיקו השופטים אנגלרד, זמיר ואחרים.<sup>165</sup> השופט ברק סבור שהקמת בית משפט לחוקה, המורכב משופטים ופוליטיקאים, עשויה ליצור שני בתי-משפט עליונים בישראל. לדעת השופט ברק, מערכת המשפט שלנו היא אחד המוסדות היחידים שאינם נתונים להשפעות פוליטיות. בית המשפט לחוקה יביא לידי פוליטיזציה של מערכת המשפט, משום ששופטיו ייבחרו על בסיס פוליטי. בנושא זה נהנה ברק מתמיכתו של שר המשפטים, מאיר שטרית באותה שעה, המתנגד גם הוא להקמת בית משפט לחוקה.<sup>166</sup> בנוסף, הועלו חששות כי מהלך שכזה יגרום לפגיעה בלגיטימציה של בית המשפט העליון ובסמכויותיו, עקב הפקעת הביקורת השיפוטית מידיו. טענה נוספת שעלתה היא שהדבר יגרום לסרבול של מערכת המשפט, ויעורר בעיות ביחסי רשויות השלטון.

ואולם לדעת פרופסור יואב דותן,<sup>167</sup> בית המשפט העליון עצמו מאמץ כיום אלמנטים של בית משפט לחוקה, כשהוא עובר מגישה המבססת את לגיטימיות הביקורת השיפוטית על מקצועיות השופטים לגישה המבוססת על עקרון ייצוגיות הציבור. מגמה זו ניכרת בכמה הקשרים, והבולטים שבהם הם היצירה וההחלה של ערכים מהותיים בפסקי הדין במקום הפסיקה הפורמליסטית; השימוש הנרחב ברטוריקה של "הציבור הנאור" ו"אמון הציבור"; וכינוסו של בית המשפט בהרכב כמעט מלא בכל עניין בעל חשיבות ציבורית או רגישות פוליטית, המקנה לדיון חזות ייצוגית. לדברי דותן, הניסיון ליצור מראית עין של ייצוגיות שיפוטית כדי להגביר את לגיטימיות הביקורת השיפוטית נדון לכישלון, מכיוון ששופטי בית המשפט העליון אינם מייצגים, מבחינת קשת הדעות הפוליטית והרקע החברתי שלהם, את הציבור הרחב. השיטה שבה ההרכב השיפוטי הודן בכל עניין נבחר במכוון על ידי נשיא בית המשפט העליון מערערת את מראית העין של ההכרעה המקצועית והאובייקטיבית, היות שעמדותיהם האידיאולוגיות של השופטים מעוגנות בשורה של פסקי דין וידועות מראש, גם עמדותיהם של השופטים הדתיים הנמצאים בעמדת מיעוט תמידית.

דותן קובע כי דווקא הדימוי המקצועי, הא-פוליטי והבלתי ייצוגי של בית המשפט העליון הוא שהבטיח את אמון הציבור בו במרוצת השנים, ואפשר לו למלא תפקיד של מוסד קונסנזואלי התורם להפגת המתחים בחברה הישראלית השסועה. לפיכך המגמות שבית המשפט העליון מפגין כיום שוחקות את בסיס הלגיטימציה הציבורית המוצק שלו, ולדעת דותן הן תרמו רבות לשאיפה של גורמים פוליטיים שונים לנטרלו ולעקוף את הביקורת השיפוטית שהוא מפעיל, באמצעות הקמת בית משפט לחוקה. גם דותן מתנגד ליוזמה להקים בית משפט לחוקה. בין היתר הוא גורס כי השיטה

165 משה גורלי "המצוקה של ברק" גלובס 15.5.01, 16.

166 טובה צימוקי, ידיעות אחרונות, 2.5.01, 13.

167 יואב דותן "האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה?" משפט וממשל ה (תש"ס) 117.

לפיה בית המשפט הרגיל מעביר לבית המשפט לחוקה כל עניין שהתעוררה בו שאלה חוקתית, תגרום להשהיית הדיון בתיקים רבים ולסרבול דיוני ניכר; 168 בנוסף, עלולים להיווצר תחרות סמכויות בין בתי המשפט, מקרי אי-בהירות והלכות סותרות.<sup>169</sup> עמדתי היא שבית המשפט העליון צריך להתמודד עם הביקורת באמצעות נקיטת גישה נמרצת יותר להבטחת עקרון השיקוף, שתבטיח את אמון כל חלקי החברה הישראלית. הבטחת עקרון השיקוף תהיה מענה נאות לביקורת על בסיס אידיאולוגי וחברתי. שותף אני להסתייגות מהקמת בית משפט לחוקה, העלולה לפגוע במרקם העדין והמאוזן של בית המשפט העליון בישראל, שנוצר בחמישים השנים האחרונות בהדרגה ועל יסוד מסורות שהתהוו בעמל רב ומתוך התפתחות אינקרמנטלית ומצטברת. יש להצטער על שמלומדים, שהייתה להם ביקורת לגיטימית על היקף התפקיד השיפוטי ועל האקטיביזם השיפוטי, שימשו תנא דמסייעא לכוחות חברתיים וציבוריים השוללים את מעמדו של בית המשפט ומבקשים לקצץ בסמכויותיו. אני סבור שהמודל של מועצה חוקתית או של בית משפט לחוקה, הנהוג בצרפת ובגרמניה, אינו מתאים למציאות ולנסיבות הישראליות, ותחושתו היא שבמהלך שגוי עסקינן, בדומה למהלך של חוק הבחירה הישירה, ושם יונהג, נצטער עליו ולאחר זמן נצטרך לשוב למודל הנוכחי. יש להדגיש כי הקמת בית המשפט לחוקה בגרמניה, כמערכת נפרדת ממערכת בתי המשפט, יסודה היה ברצון למנות שופטים חדשים שלא היו נגועים בתקופה הנאצית. בגרמניה גם ממילא נהוגות כמה מערכות שיפוט נפרדות (בתי משפט מנהליים, בתי משפט כלליים, בתי משפט למסים), ואילו במדינת ישראל לא נהוגה הפרדה בין מערכות משפטיות בבתי המשפט הכלליים. על הטעם לאימוץ המודל בגרמניה ניתן ללמוד מדברי השופטת לימבך, נשיאת בית המשפט החוקתי, שהסבירה את ההתפתחות ההיסטורית בגרמניה על רקע הרצון להקים מערכת שיפוטית חוקתית חדשה, שתפתח את העידן החדש שלאחר מלחמת העולם השנייה בגרמניה, ותביא שופטים חדשים שאינם נגועים במסורות ובליקויים שאפיינו את המשטר הנאצי.<sup>170</sup>

#### 4. ציפייה שנכזבה לכיול מדויק (fine tuning) של קווי התיחום בין בית המשפט לרשויות האחרות

בשנת 1994 כתבתי כי בית המשפט העליון צריך לעשות כיוול מדויק של קווי התיחום בינו ובין רשויות השלטון האחרות, הכנסת והממשלה.<sup>171</sup> מאז רק החריפה המחלוקת

168 שם, בע' 133.

169 שם, בע' 162.

170 ראו זאב סגל "בית-המשפט החוקתי בגרמניה נוסד כלקח מהרייך השלישי" הארץ 31.10.01.

171 Shetreet, *supra* note 117, at pp. 519–521.

בדבר היקף הביקורת השיפוטית על החלטות הרשויות הפוליטיות, בדבר מעמדו של בית המשפט העליון ובדבר סמכותו לבטל חוקים של הכנסת מתוקף חוקי היסוד. ניכרת מגמת רתיעה של בית המשפט העליון מהתערבות בהחלטות הרשויות הפוליטיות, גם כאשר בית המשפט פוסק לגוף העניין לחובת הרשויות בענייני דת. כך, למשל, היה בעניין פסרו.<sup>172</sup> השופט שמגר קבע כי המרת דת כשהיא לעצמה אינה אקט החייב להיות מלווה בהליך לפי פקודת העדה הדתית (המרה) (להלן: הפקודה). הפקודה חלה אפוא רק על נושא שבסמכותם של בתי הדין הדתיים (כלשון המבוא לפקודה); אין היא חלה על נושאים אחרים. מאחר שהפקודה אינה חלה על נושא המרשם, ממילא המרת דת אינה מותנית בכך ש"ראש העדה" ייתן לה את אישורו. השופט שמגר בפסק דינו הציג כי יצהירו שהפקודה חלה רק על נושאים שבסמכותם של בתי הדין הדתיים, אך היא אינה חלה על נושאים אחרים לרבות המרשם. בית המשפט לא פסק על מתן תוקף לגיור לא אורתודוקסי בישראל, הסתפק בהצהרה, בדבר אי תחולתה של הפקודה לעניין הכרה בגיור על פי חוק השבות ולעניין המרשם, ולא הגיע לכדי פסיקה אופרטיבית. בפסק דין זה ניכרת רתיעה של בית המשפט מלהתערב ולתת סעד אופרטיבי. מאז מתן פסק הדין נתן בית המשפט לרשויות הפוליטיות ארכה חוזרת ונשנית לתיקון החקיקה.

המגמה ניכרת גם בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון בעניין גיוס בחורי הישיבות.<sup>173</sup> חלפו עשר שנים מאז בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון,<sup>174</sup> שבו נקבע כי שר הביטחון הוסמך לדחות את גיוסם של תלמידי הישיבה, וכי הפעלת שיקול הדעת לא חרגה ממתחם הסבירות. מאז פרשה זו, מספרם של תלמידי הישיבות המשתתפים בהסדר דחיית השירות הלך וגדל. בית המשפט בחן את סמכותו של שר הביטחון לדחות את שירותם של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם". בית המשפט קבע כי שר הביטחון מפעיל את סמכותו שלא כדין, שכן הסמכות לכך נתונה לכנסת. נפסק כי חקיקת משנה והוראות מנהל של הרשות המבצעת צריכות למצוא את עיגונן – הפורמלי והמהותי גם יחד – בחקיקה ראשית, פרי רוחו של המחוקק הראשי. אל לו למחוקק להעביר את ההכרעות הגורליות והקשות לרשות המבצעת בלא להנחותה. עם זאת, אין אפשרות מעשית לשנות את המצב הקיים בעניין זה, מהיום למחר. בית המשפט אמר כי יש לאפשר לשר הביטחון או לכנסת לקיים דיון ענייני ומסודר בסוגיה זו, על כל השלכותיה. בית המשפט היה מודע לעובדה שאין כל אפשרות לעבור מיד מההסדר הקיים להסדר חלופי. על כן ציין כי בנסיבות אלה אין כל אפשרות לקבוע כי ההסדר הקיים בטל מיד, והחליט כי הוא משעה את תוצאות החלטתו. בית המשפט

172 לעיל הערה 31.

173 לעיל הערה 31. ראו גם פסק הדין שניתן לאחרונה בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (טרם פורסם) בו נמנע בג"ץ להכריז על בטלותו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, תשס"ב-2002.

174 פ"ד מב(2) 441.

הגיע לכלל מסקנה כי ההשעיה הראויה היא לשניים עשר חודשים מיום מתן פסק הדין.

תחימה מדויקת של קווי ההפרדה בין הרשות השופטת ובין הרשויות הפוליטיות לא הושגה וגם כשנקט בית המשפט העליון משנה זהירות ונרתע מלהתערב בענייני דת כמוזכר. הביקורת וההתנגדות החריפה מצד הגורמים הדתיים לא נפסקה. נמשכה הביקורת על הרכב חברתי לא משקף; נמשכה הביקורת על אקטיביזם שיפוטי מעל המידה הראויה. הועלו הצעות להקמת בית דין לחוקה, המשאירות על סדר היום הציבורי את המחלוקת החריפה בדבר מעמדו של בית המשפט העליון בחברה הישראלית.

מחלוקת חריפה עורר פסק הדין בעניין מיטראל הראשון.<sup>175</sup> בפסק דין זה נפסלה מדיניות של איסור ייבוא בשר קפוא לא כשר, ובעקבות זאת תוקן חוק יסוד: חופש העיסוק, והוכנסה בו "פסקת ההתגברות",<sup>176</sup> המאפשרת לחוקק חוק הפוגע בזכות המעוגנת בחוק היסוד, שתוקפו לארבע שנים, אם התקבל ברוב של שישים ואחד חברי כנסת ומצוין בו במפורש כי הוא תקף על אף האמור בחוק היסוד. תהליך התיקון של חוק היסוד בעקבות פסיקת בג"ץ העצים את תחושת המחלוקת בקרב מתנגדי הביקורת השיפוטית הרחבה, ולמעשה מאותה נקודת זמן שמתנגדי הביקורת השיפוטית הרחבה הטמיעו בתודעתם שמרכז הכובד החוקתי עבר אל בית המשפט העליון, התעצמה המתקפה נגד בית המשפט העליון, ורבו הניסיונות לצמצם את סמכויותיו ולהתערב בסדרי הבחירה של השופטים.

על רקע זה הגעתי למסקנה שמן הדין לשנות היבטים אחדים של החשיבה שהייתה מקובלת עלי עד כה. כבר ב־1994 כתבתי כי בג"ץ הגיע לנקודה במאזן הכוחות שבינו ובין הרשות המבצעת והרשות המחוקקת, שבה מן הראוי כי יעצור את מגמת ההרחבה של הביקורת השיפוטית, ויפעיל ריסון עצמי מתוך "כיוול מדויק" של תחומי הביקורת השיפוטית.

אני מציע כי קווי התיחום בין הרשות השופטת לזרועות האחרות ייקבעו באמצעות המבחן הזה: כאשר התערבות שיפוטית בתחום מסוים גורמת שיבוש מהותי או חוסר איזון בין הרשות השופטת לזרוע אחרת, אזי בית המשפט צריך להגדיר מחדש את קו הגבול ולהימנע מלהתערב בתחום זה. ראוי כי בית המשפט והכנסת יפתחו במקביל את הכלים שימנעו שיבוש מהותי או חוסר איזון ביחסים הפנימיים שבין זרועות הממשל לצורך כיוול מדויק ויצירת קווי תיחום ברורים יותר בין הרשות השופטת לזרועות הממשל האחרות.

במסגרת כיוול מדויק זה, בית המשפט צריך להימנע, למשל, מלהתערב בעתירה העוסקת בעניינים שאופיים הפוליטי בולט ושנעדרים מהם היבטים משפטיים

175 לעיל הערה 84.

176 סעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

דומיננטיים.<sup>177</sup> המשימה לשרטט בזהירות את קווי הגבול החדשים בין הרשות השופטת לזרועות הפוליטיות אינה מאתגרת פחות ממשמת הרחבת היקף הביקורת השיפוטית. האתגר הוא להימנע מנסיגה שיפוטית לא הכרחית מתחומים חיוניים אשר חייבים להיות בפיקוח שיפוטי, ולהימנע מהמשך ההתערבות השיפוטית בתחומים שבהם התערבות זו משבשת באופן מהותי את קשרי הגומלין בין בית המשפט לרשויות האחרות, הכנסת והממשלה.

היבט נוסף המגביר את האקטיביזם ומטשטש את קווי התיחום המפרידים בין הרשויות הוא הנטייה הגוברת והולכת של בית המשפט להתערב בשיקול דעתה של הרשות המבצעת על יסוד עילת חוסר הסבירות. גם בעניין זה הבעתי הסתייגות במגמה להשיג כיוול מדויק.<sup>178</sup> לצערי, לא חלו ההתפתחויות הללו שלהן קיוויתי, וכאמור לא נעשה תהליך משמעותי של כיוול מדויק, ונמשכו המאבקים, ההתגוששויות והמחלוקות שפגעו במעמד בית המשפט העליון ובאמון שרווחים לו חלקים ניכרים מן הציבור.<sup>179</sup>

##### 5. המעבר מהחלטת הררי להחלטת איתן: מעבר מחקיקת חוקה במהלך רב שלבי לחקיקת חוקה שלמה

ב-13 בפברואר 2006, יום חג הכנסת, טו בשבט תשס"ו, אישרה מליאת הכנסת ה-16 הצעת החלטה של ועדת חוקה, חוק ומשפט בראשות חבר הכנסת איתן, הקוראת לכנסת ה-17 לעסוק בתהליך של אישור חוקה שלמה לישראל תוך מעבר מהמודל הקודם של חקיקת רב שלבית של החוקה למודל של חקיקת חוקה שלמה. הצעת ההחלטה שקיבלה ועדת חוקה, חוק ומשפט מפנה להכרזת העצמאות, מזכירה את הבחירות לאספה המכוננת, ואת חוק המעבר שהפך את האספה המכוננת לכנסת ישראל. בכך היא מאשרת את תפקידה של הכנסת כרשות מכוננת חוקה. ההחלטה מזכירה את פשרת הררי, שהטילה על ועדת החוקה להכין חוקה, פרקים-פרקים, ולבסוף נוסח ההחלטה האופרטיבית שהתבקשה מליאת הכנסת לקבל עיקרו קרא לכנסת ה-17 לאשר חוקה לישראל על יסוד ההצעות שיובאו לפניו.<sup>180</sup>

דברים שנשא חבר הכנסת מיכאל איתן ביום 13.02.06 לפני מליאת הכנסת

177 Shetreet (1996), *supra* note 117, at pp. 272–273.

178 Shetreet, *supra* note 113, at p. 368. וראו שמעון שטרית בטאון לשכת עורכי הדין בירושלים (1993) 6–7.

179 בעניין זה ראו גם: Shimon Shetreet "Resolving the Controversy over the Form and Legitimacy of Constitutional Adjudication in Israel: A Blueprint for Redefining the Role of the Supreme Court and the Knesset" 77 *Tulane L. Rev.* (2003) 87.

180 ראו הצעת חוקה בהסכמה רחבה, לעיל הערה 137.

התבקשה הכנסת להצביע בעד החלטה הקוראת לכנסת ה-17 לקדם את כינונה של חוקה שלמה למדינת ישראל, לאמור:

"הכנסת תומכת במאמצייה של ועדת החוקה, חוק ומשפט לקדם את כינונה של חוקה למדינת ישראל, מאשרת את קבלת הדוח שהניחה הוועדה על שולחן הכנסת, וקוראת לכנסת ה-17 להמשיך במלאכה במגמה להביא בפניה, בהסכמה רחבה, הצעת חוקה שתובא להכרעת הכנסת ולאישור העם".

הצעת ועדת החוקה ל"חוקה בהסכמה רחבה", משקפת מאמץ ניכר שהושקע בעיצוב תרבות פוליטית והטמעת תרבות חוקתית בשיטת המשטר הישראלית. הצעת ה"חוקה בהסכמה רחבה" לכינון חוקה שלמה במסמך אחד היא חלק מהגשמת החזון הציוני, היא הגשמת המהפכה הציונית. החוקה מגלמת את גיבוש ההכרה במדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, וכמקום שבו יממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית. בד בבד, מתוך הכרה בזכויות המיעוט הערבי, מכירה הצעת החוקה בזכותם של כל אזרחי מדינת ישראל לשמר את שפתם ותרבותם.

בנוסח החוקה כמה חלופות לדיון ולהכרעה ומצוינת החלופה המועדפת על חברי הוועדה, תוך הישענות על חוקי הייסוד הקיימים, ועריכתם המחודשת. החוקה המוצעת אינה מכריעה סופית בשאלת מודל המשטר הראוי למדינת ישראל ואולם היא מביעה העדפה למודל הפרלמנטרי. כן משאירה הצעת החוקה על כנה את שיטת הבחירות הארציות-יחסיות לכנסת ואולם מציינת כי קיימות הצעות לשינוי שיטת הבחירות ומעבר לשיטת בחירות מעורבת, בחירות יחסיות-אזוריות. ראוי לציין כי בחודשים אלו מתקיימים בוועדה דיונים רחבי יריעה לבחינת מבנה המשטר תוך שקילת חלופות לשינוי שיטת הממשל בחסות נשיא המדינה משה קצב.

הצעת החוקה אינה מכריעה סופית בשאלת המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים, ואולם הוועדה מעדיפה את מודל הביקורת השיפוטית הריכוזי, המסמך את בית המשפט העליון להכריע בשאלת ההתאמה של דברי חקיקה לחוקה שתיכון. הצעת החוקה מבקשת לאמץ את מודל פסקת ההתגברות הקנדי, ולאפשר לכנסת לאמץ חוק שנפסל או להשאירו בתוקף בחקיקה שתתקבל ברוב מיוחד של חברי הכנסת. עם זאת, בסבב הדיונים הבא עשויים לעלות לדיון מודלים אחרים, ובכלל זה המודל המצהיר (הבריטי), לפיו בית המשפט מוסמך רק להצהיר על סתירה בין חוק לחוקה, ואילו הפרלמנט מחליט לתקנו או לפוסלו. כן עשוי לעלות לדיון מודל בית המשפט לחוקה, שיעניק את סמכות הביקורת השיפוטית על חוקים לבית משפט נפרד, במקום לבית המשפט העליון.

יש הטוענים, ובהם ד"ר יהושע שגב,<sup>181</sup> כילא נראה שבעתיד הנראה לעין תהיה חוקה שלמה לישראל, משום שלא חל שינוי של ממש במחלוקות המהותיות והמבניות שמנעו

181 שגב, לעיל הערה 33.

קבלתה של חוקה במרוצת השנים: חוסר תמימות דעים בנוגע לסוגיות כגון גבולות המדינה, מעמד המיעוט הערבי והשפה הערבית, מעמד הדת היהודית בחייה הציבוריים של המדינה, חוק השבות, תפקיד בית המשפט העליון ושיטת מינוי השופטים. טענה נוספת שמשמיע ד"ר שגב הנה כי אין לנו צורך בחוקה שלמה, שכן הטקטיקה של החלטה שלא להחליט לכונן חוקה פורמלית מילאה את המטרות והצרכים המובילים אומות לעשיית חוקה מלכתחילה. מאחר שההסדר הנורמטיבי הקיים כבר מספק מסגרת שלטונית הולמת לפתרון בעיות וקשיים בחיי האומה, הרי יש לתקן את הפגמים והבעיות של הדמוקרטיה הישראלית בעזרת רפורמות שלטוניות קונקרטיות ומעשיות ולא בעזרת הכרעות רעיוניות אידיאולוגיות מופשטות. לדידו, כל ניסיון לחזות את עתיד העשייה החוקתית של ישראל מצריך הכרעה בשאלה, אם החשש בקרב גורמים פוליטיים מפני הלא נודע בכינונה של חוקה יגבר על החשש מפני מגמות האקטיביזם העכשוויות של בית המשפט העליון.<sup>182</sup>

לדעתי, יש להתייחס בזהירות לפרשנות שמציע ד"ר שגב. אמנם עדיין ניצבים אתגרים רבים לפני החברה בישראל, אשר למרות העלייה המשמעותית במספרם של ארגונים ציבוריים וחברתיים, עדיין מתקיימים בה שסעים רבים לפי קווי מתאר של ארצות מוצא ואורח חיים, עולים מול ותיקים, ספרדים ואשכנזים, ערבים ויהודים, חרדים וחילוניים. ואולם בשלוש השנים האחרונות אנו עדים לצעדים חשובים לקראת כינונה של חוקה בישראל. צעדים אלו, ובמרכזם החלטת איתן, מעוררים אופטימיות זהירה באשר לסיכוי שאכן תיכון בעתיד חוקה לישראל.<sup>183</sup> יתרה מזו, לא נראה כי הצורך בפשרה מקים עילה מספקת כדי לדחות את קבלתה של חוקה למועד אחר, אפילו יהיה בלתי ידוע מראש. דחיית קבלתה של חוקה והותרת ישראל שנים רבות נוספות בלא חוקה, כמדינה יחידה בין המדינות הדמוקרטיות והבלתי דמוקרטיות כאחת, נזקן מתמשך וחסרונותיהן התדמיתיים והנורמטיביים גלויים לעין כול. יש באי־קבלת חוקה שלמה משום הנצחה עד מועד בלתי ידוע של היעדר נורמות ערכיות עליונות המותחות קו פעולה לרשויות השלטון. בנוסף, יש באי־קבלת החוקה גם ציפייה לשינוי שעיתווי מעורפל. לדברי השופט בדימוס ומנסח טיוטת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה מאיר שמגר אין יסוד לאמונה שיגיע מועד שלא תידרשנה בו פשרות, שהרי פשרות אומצו ברוב החוקות בעולם. אי־קבלת פשרה מוסכמת כמוה כדחיית ההזדמנות לקבל את עול העקרונות המוסכמים.<sup>184</sup>

182 שם, בע' 197.

183 מתוך דברי כותב שורות אלו בנאומו לפני מוזמני הכנסת באירוע חגיגי, ביום 13.02.06.

184 חוקה בהסכמה, הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים, 2005). דברי מבוא של השופט בדימוס מאיר שמגר בע' 11–14.



## 6. הצעה לתיחום מחודש של גבולות הסמכות בין הכנסת ובין בית המשפט: יתרונות המודל המצהיר

כדי ליישב את משבר האמון בבתי המשפט של חלקים מקרב הציבור עמדתי היא כי ראוי לעצב מתכונת חדשה המבוססת על שלושה יסודות מרכזיים. האחד, אימוץ המודל המצהיר לביקורת שיפוטית חוקתית, השני, הכרעות חוקתיות יהיו במוטב חוקתי משקף של תשעה שופטים, והשלישי, סיוג זכות העמידה למי שנפגע אישית. היסוד הראשון והמרכזי בהצעה הנו כי הסמכות להכריז שחוק סותר חוק יסוד תישמר בידי בית המשפט העליון, שיפסוק בעניין כזה במוטב חוקתי. ההחלטה הסופית אם להתאים את החוק שהוכרו כסותר חוק יסוד או לבטלו תהיה מסורה לכנסת.<sup>185</sup> כאמור, יש במודל המצהיר כדי למנוע את השחיקה במעמדו של בית המשפט העליון לאור מיעוט החיכוכים שהם מנת חלקה של ההכרעה בסוגיות שבין האזרח לרשויות.

מודל זה, שלא כמודל בית המשפט לחוקה ומודל הביקורת השיפוטית המקדימה, גם אינו מצריך הקמת גוף חדש ואינו פוגע במעמדו של בית המשפט העליון. מאידך גיסא, אם לא יאומץ המודל המצהיר, עלול להיות מצב שבו תצליח הרשות המחוקקת להביא לידי אישור חקיקה תוקפנית כלפי בית המשפט העליון, כגון הצעות חוק בעניין בית המשפט לחוקה. הצעת החוק אמנם נפלה אחרי מאבק מר וקשה, אבל אין בכך כדי לשים קץ למאבק.

באימוץ המודל המצהיר אין משום מהפכה גדולה, שכן בפועל כך נוהג בית המשפט, והראיה, פסקי הדין בעניין פסרו,<sup>186</sup> בעניין רובינשטיין,<sup>187</sup> בעניין מנהלי ההשקעות<sup>188</sup> ובעניין צמח.<sup>189</sup> אין בכך מהפכה גדולה, שכן כפי שהראה ד"ר יגאל מרזל,<sup>190</sup> ניכרת מגמה גוברת והולכת של בית המשפט העליון בישראל להשעות את הכרזת הבטלות שיצאה מתחת ידו בשאלות חוקתיות ומנהליות ולתת שהות לרשויות להגיב על פסק דינו.

היסוד השני ברפורמה המוצעת עוסק בהרכב המותב החוקתי, הרכב אשר צריך להתבסס על עקרון השיקוף. הדיון בשאלת תוקפם של חוקים יהיה לפני הרכב של תשעה שופטים לפחות שיכלול שלוש נשים לפחות, שומר מסורת ושופטים משכבות חברתיות שונות. בית המשפט העליון גילה באופן מעשי את דעתו שעניינים חוקתיים

185 ראו להלן. להצעה אחרת הדוגלת בהקמת בית דין לחוקה, ראו קליין, לעיל הערה 164. לתמיכה במודל הבריטי ראו זאב סגל "הפעלת נשק יום-הדין בביקורת חוקתית: הרהורים בעקבות המודל הבריטי" משפט וממשל ו (תשס"ג) 337.

186 לעיל הערה 31.

187 לעיל הערה 31, בע' 530–531.

188 לעיל הערה 27, בע' 415–417.

189 לעיל הערה 23, בע' 283–284.

190 יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט (תשס"ו) 39.

אינם יכולים להיות מוכרעים בהרכבים רגילים, והראיה לכך היא שבסוגיות חוקתיות בית המשפט יושב בהרכבים גדולים של אחד עשר ואפילו שלושה עשר שופטים.<sup>191</sup> יש לעגן בחקיקה ראשית את ההסדר בדבר מספר השופטים והרכבם על בסיס עיגון עקרון השיקוף בחוק, ולא להשאירו לשיקול הדעת של השופטים, שלכאורה רשאים לקיים את הדיון לפני שלושה בלבד. יהיה בכך משום מענה נאות להסתייגויות שהושמעו בשנים האחרונות מהיעדר שיקוף חברתי בבית המשפט העליון. כן יהיה בכך כדי להבטיח כי השיקוף יתקיים לא רק בהרכב בית המשפט, אלא גם במושב החוקתי שיכריע בעניינים חוקתיים.

היסוד השלישי והאחרון ברפורמה המוצעת הנו צמצום זכות העמידה ונתינתה רק למי שנפגע אישית ממעשה של השלטון, כדי לצמצם את החיכוך בין בג"ץ ובין הכנסת והממשלה. לנוכח ההתפתחויות האמורות אני סבור כיום, שלא כעמדת בעבר, כי גם רפורמה זו צריכה להתבצע באמצעות חקיקה.

כל עוד קרן האשראי שעמדה לרשות בית המשפט בעיני הציבור הייתה רחבה, ולא נתגלעו מחלוקות חריפות שחצו את הציבור בנוגע למעורבותו של בית המשפט העליון בעניינים שהובאו לבית המשפט על יסוד עתירות ציבוריות, מוצדק היה להשתמש בקרן האשראי הזו כדי להבטיח מנהל תקין, טוהר מידות, שלטון חוק וערכים רחבים בחברה באמצעות בית המשפט. ואולם משעה שנשחקה קרן האשראי של בית המשפט, מתעוררת השאלה אם מן הראוי שבית המשפט יעסוק בשאלות שאינן במגל הראשון והמידי של הסוגיות שהוא חייב לעסוק בהן.<sup>192</sup> נראה כי כחלוף תקופה של הרחבת התפקיד השיפוטי על ידי בית המשפט, הגיעה העת לצמצם את המחיר החברתי הכרוך בהתמשכות המחלוקות בנוגע לבית המשפט העליון, ולצמצם בחקיקה את זכות העמידה אך למי שנפגע אישית.

זו היא, למשל, עמדת בג"ץ 4668/01 שריד נ' ראש הממשלה,<sup>193</sup> שניתן בענייניו של אהוד יתום, שבו פסל בג"ץ, בעקבות עתירה של חבר הכנסת יוסי שריד, את מינויו של יתום לראש המטה למלחמה בטרור, עקב מעורבותו הישירה בהריגת המחבלים שנתפסו באירוע בקו 300 בשנת 1984. לגישתי, זוהי זכותו המלאה של ראש הממשלה למנות לתפקידי מפתח את האנשים שהוא רואה אותם כמתאימים לכך, ולכן תיק זה לא היה צריך להגיע לדיון כלל. בעקבות פסק הדין נאלץ בית המשפט העליון

191 ראו, למשל, בפסקי הדין שצוינו לעיל: עניין צמח, לעיל הערה 23; עניין מנהלי ההשקעות, לעיל הערה 27; וכן בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793.

192 ראו: גביון, לעיל הערה 8; רות גביון "לקחי הפדרליסט" וההליך החוקתי בישראל" תכלת 11 (תשס"ב) 21-72; יואב דותן "חוקה למדינת ישראל?: הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית' משפטים כח (תשנ"ז) 149, 192-200; עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 433, 485 (המחבר גורס כי בבחירת התרופה החוקתית יש לתת את הדעת על יחסי הכוחות בין הרשויות והשפעת התרופה עליהן).

193 פ"ד נו(2) 265.

להתמודד עם ביקורת ציבורית נוקבת, אשר הייתה נחסכת ממנו לולא זכות העמידה הייתה כה רחבה.

צמצום זכות העמידה נדרש גם כדי להפסיק את התופעה של "עתירות מוזמנות" (solicited petitions). בגלל מעורבותו העמוקה של בית המשפט בממשל הפוליטי, נוצרה תופעה של עתירות לבג"ץ ה"מוזמנות" מכל קצות הקשת הפוליטית, ולעתים אף מתוך הרשות המבצעת, תוך מעורבות עקיפה ושקטה של מתנגדי ההחלטות הממשלתיות. גם מטעם זה ראוי לצמצם את זכות העמידה רק למי שנפגע אישית.

הצדקה נוספת לצמצום זכות העמידה נובעת מהתחזקותם של ארגוני החברה האזרחית בישראל, אשר ביכולתם להשיג תיקוני חקיקה, תיקוני מדיניות ותיקון ליקויים באמצעות לובי, מאבק ציבורי, מאבק פרלמנטרי ושימוש בעיתונות החוקרת. לכן יש לשער שאותם ליקויים שבעבר ניתן היה להביאם לידי תיקון רק באמצעות עתירות ציבוריות לבית המשפט העליון ניתנים עתה לתיקון באמצעים אלטרנטיביים של ארגוני החברה האזרחית, וזאת בלי לשחוק את קרן האשראי שעומדת לרשות בית המשפט והיא חיונית לו להכרעה בסוגיות המיידיות של עותרים שנפגעו אישית. בעבר כאשר בית המשפט הרחיב, בסיועם של גורמים נוספים, ובהם כותב שורות אלה,<sup>194</sup> את זכות העמידה, היא הייתה דרושה כדי להיאבק בתופעות של מנהל לא תקין והיעדר טוהר מידות, אך היום השתנו הנסיבות והשתנתה מערכת השיקולים הכוללת, הן מבחינת המחיר החברתי של שחיקת קרן האשראי של בית המשפט ופגיעה במעמדו בעיני חלק ניכר מן הציבור והן בעניין ההתפתחות של גורמי החברה האזרחית, שיש בכוחם להשיג תיקון פגמים בשלטון במאבק ציבורי ובדרכים חלופיות ולמנוע ליקויים מראש. שינוי נסיבות זה מחייב את צמצום זכות העמידה.

ההסדר המוצע לצמצום מתן זכות העמידה רק למי שנפגע אישית תקף גם מבחינת הניתוח המושגי, כמו שעולה מדיון נרחב אשר ערכו באחרונה מלומדים משיטות משפט שונות.<sup>195</sup> במיוחד אני מבקש להזכיר את פרופ' סטיב גולדשטיין, שערך את המחקר והניתוח בנושא בתי המשפט העליונים בארצות המשפט המקובל, ואת פרופ' ג'ולוביץ, שערך את המחקר הכללי.<sup>196</sup> ההבחנה שעשו המלומדים הייתה בין דיון משפטי

194 עתירות שהייתי שותף להן כעורך-דין: עניין שירן, לעיל הערה 115; עניין אלוני, לעיל הערה 116; כן הייתי מעורב כעורך ציבורי ואפילו כמשיב ציבורי בבג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455.

195 לעניין תפקידם של בתי משפט עליונים לפי שיטות משפט שונות ראו: Pelayia Yessiou-Faltsi (ed.) *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level* (Sakkoulas, Greece, 1998).

196 Stephan Goldstein "The Role of Supreme Courts at the National and International Level — Common Law Countries" *id.* at pp. 279–359; John Anthony Jolowicz, "The Role of the Supreme Court at the National and International Level", General Report, *id.* at pp. 37–63. השוו לדברים שאמר עורך הדין יגאל ארנון בערב עיון שיוחד לבית המשפט העליון ונערך בסדרת הרצאות "מדוע" באוניברסיטה העברית בראשות הנשיא בדימוס מאיר שמגר.

המתמקד בהתדיינות בעלת עניין פרטי ובין התדיינות בעלת עניין ציבורי. צמצום מתן זכות העמידה רק למי שנפגע אישית ייצור איזון ראוי בין המשאבים שמשקיע בית המשפט העליון בישראל בהתדיינות המתמקדות בעניינים פרטיים, אשר כרגע אינן זוכות לתשומת הלב הראויה, ובין התדיינות המתמקדות בעניינים ציבוריים, אשר זוכות להשקעת משאבים יתרה.

## סוף דבר

ראוי לדעתי ללכת בשלושת המסלולים שהצעתי, היינו אימוץ המודל המצהיר לביקורת שיפוטית על חוקים, קביעת מותב חוקתי משקף לדיון בסוגיות של ביקורת חוקתית שיפוטית וצמצום זכות העמידה. כך יימנעו הנזקים הגדולים העלולים להיגרם למערכת השיפוטית ולמשטר הישראלי עקב התמשכות והתעצמות המחלוקת ועקב החשש שיאושרו חוקים תוקפניים נגד הרשות השופטת. אפשרות זו אינה כה רחוקה, עקב מה שאני מכנה "הפרדוקס הישראלי": מצד אחד, בית המשפט בישראל מגלה נכונות רבה יותר מכל בית משפט אחר בעולם להתערב בפעולותיהן של זרועות הממשל האחרות. מצד אחר, הכנסת יכולה לפגוע בסמכויות בתי המשפט, במעמדם או בתנאי הכהונה של השופטים, ובכלל זה גם לשנות את חוק יסוד: השפיטה, וכך לפגוע בעקרון העצמאות השיפוטית.

בשל החשיפה של בית המשפט ללחץ גדול יותר, נדרש מאמץ להעניק לו הגנה חוקתית. את ההגנה ניתן להבטיח בשלוש דרכים עיקריות, ואלו הן: האחת במישור החוקתי – שריון מעמד השופטים ובתי המשפט, הגנה חוקתית מפני נסיונות לקצץ בסמכויות מערכת השפיטה ופעולה לגיבוש הסכמה לאומית לשריון חוק יסוד: השפיטה. דרך נוספת להגנה חוקתית על הרשות השופטת תוך תיחום הגבולות המפרידים בין הרשויות הנה גיבוש נוסחה חוקתית שתיצוק תוכן יהודי מסורתי לצירוף "יהודית ודמוקרטית" בחוקי היסוד. הנוסחה צריכה להתגבש על ידי הכוחות המתונים בישראל, ובית המשפט צריך לגשר בין כוחות המוכנים לכך.<sup>197</sup>

197 יש להתמודד גם עם הצורך להגן על היחיד מפני אי-אכיפת הפסיקה. אי-ציות של רשויות לפסקי דין הוא תופעה חמורה, הדורשת התמודדות נמרצת. כן ראוי ללכת בכיוון שמורות ההצעות שהבאנו לשיפור אכיפת הפסיקה של בתי המשפט: להעניק לבית המשפט שיקול דעת לקצוב זמן לביצוע פסקי דין, לקבוע חזקות לטובת האזרח הנפגע מאי-ציות במהלך דיון עתיד, לאפשר שימוש בתרופת הפיצויים האישיים כנגד נושאי משרה, להתיר הזדקקות לתרופת ביזיון בית המשפט נגד נושאי משרה ממונים ונבחרים, להפסיק את תוקפם של מוסדות סרבניים, לאפשר ביצוע עצמי של פסקי הדין על ידי בית המשפט וגם את ביצועם על ידי גורם אחר. ראו: Shimon Shetreet, *supra* note 58.