**הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית**

*אורי אהרונסון[[1]](#footnote-1)\**

*המאמר מציג טיעון בזכות מודל ביזורי לביקורת שיפוטית חוקתית בישראל – כלומר הסמכת כל בתי המשפט לבטל חוקים שסותרים את חוקי-היסוד. אף שמבחינה פורמאלית השיטה הישראלית כוללת מסלול ביזורי, ניסיון העשורים האחרונים מעיד על התכנסות המערכת החוקתית לקצה הריכוזי, הממוקד בשפיטה החוקתית בבג"ץ. המאמר טוען שהעצמת הרכיב הביזורי בשפיטה החוקתית תקדם ערכים דמוקרטיים של השתתפות, התדיינות ופלורליזם בהליך החוקתי, ושקידומם של ערכים אלה חיוני במיוחד למצב החוקתי הישראלי.*

תוכן העניינים

[מבוא 2](#_Toc372223048)

[א. הנחת היסודות 3](#_Toc372223049)

[(1) הגדרת מושגים 3](#_Toc372223050)

[(2) על ביזוריות, ריכוזיות, תקיפה עקיפה ותקיפה ישירה 5](#_Toc372223051)

[ב. המצב בישראל: ביזורית להלכה, ריכוזית למעשה 7](#_Toc372223052)

[(1) ישראל כשיטה ביזורית 7](#_Toc372223053)

[(2) פרשת הנדלמן וגורלה של הביקורת השיפוטית הביזורית 10](#_Toc372223054)

[(3) ישראל כשיטה ריכוזית 11](#_Toc372223055)

[(4) מצב השיח: קונצנזוס מסקרן 13](#_Toc372223056)

[ג. הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית 16](#_Toc372223057)

[(1) תיאוריה דמוקרטית של ההליך החוקתי 16](#_Toc372223058)

[(2) ערכאות הדיון כזירה דמוקרטית 19](#_Toc372223059)

[(3) ביקורת שיפוטית ביזורית וההקשר הישראלי 21](#_Toc372223060)

[ד. ביקורות המודל הביזורי – ומענה להן 23](#_Toc372223061)

[(1) ודאות 23](#_Toc372223062)

[(2) שוויון 25](#_Toc372223063)

[(3) יעילות 25](#_Toc372223064)

[(4) הגינות חלוקתית 27](#_Toc372223065)

[(5) מדוע בג"ץ אינו הפתרון? 29](#_Toc372223066)

[ה. ביקורת שיפוטית ביזורית: היבטים יישומיים 30](#_Toc372223067)

[(1) איך להשיג את המטרה? 30](#_Toc372223068)

[(2) תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה 33](#_Toc372223069)

[(3) העלאת הטענה החוקתית 35](#_Toc372223070)

[(4) התייצבות המדינה 36](#_Toc372223071)

[סיכום 38](#_Toc372223072)

# מבוא

המבנה המוסדי של הביקורת השיפוטית החוקתית בישראל מאופיין בצירוף ייחודי בנוף ההשוואתי: באין חוקה המסדירה נושא זה מפורשות, בישראל פועלות זו בצד זו מערכת ריכוזית של ביקורת שיפוטית בה בית המשפט העליון יושב כערכאה ראשונה בעניינים חוקתיים כבית משפט גבוה לצדק; ומערכת ביזורית של ביקורת שיפוטית במסגרתה מוסמכות כל ערכאות הדיון להורות על בטלות חקיקה, בהחלטה שתחולתה מוגבלת לצדדים להליך בלבד. עם זאת, למרות קיומו הפורמאלי של מסלול ביזורי להעלאת טענות חוקתיות ולהכרעה בהן, הפרקטיקה החוקתית בישראל בשני העשורים האחרונים התכנסה לקצה הריכוזי, המדגיש את תפקידו של בג"ץ בתחום הביקורת השיפוטית. ערכאות הדיון הפכו לשחקניות שוליות בתחום החוקתי.

טענת המאמר היא שזו התפתחות מצערת מבחינה חברתית. המאמר מבקש להסיט את תשומת הלב בחזרה אל הפוטנציאל הגלום בהתדיינות חוקתית בערכאות הדיון. המאמר מציג טיעון חיובי התומך בהעצמה מחודשת של הליך הביקורת השיפוטית הביזורית, באופן שיהפוך את הליטיגציה בבתי המשפט השונים לזירה משמעותית של שיח חוקתי, הקודם – בזמן ולעתים אף בחשיבות – להכרעה סופית במחלוקת החוקתית בבית המשפט העליון (או מחוצה לו).

המאמר כולל אפוא שני מהלכים מרכזיים: תיאורי ונורמטיבי. מטרת המהלך התיאורי היא לחשוף את התהליך שהביא לדחיקתה בפועל של הביקורת השיפוטית הביזורית אל שולי ההסדר החוקתי בישראל. עיון בפסיקת בית המשפט העליון, בנעשה בערכאות הדיון ובשיח הציבורי והאקדמי מאז כינון חוקי-היסוד של 1992 ומתן פסק הדין בעניין בנק המזרחי ב-1995 מלמד שכל השחקנים המעורבים בהליך החוקתי מיקדו את תשומת לבם בראש ובראשונה בפסיקה החוקתית של בג"ץ. למרות ההכרה הפורמאלית בקיומו של מסלול ביזורי של ביקורת שיפוטית בישראל, אפשרות זו לא השתרשה בבתי המשפט הדיוניים, ובפועל המערכת כולה מוכוונת לבירור שאלות חוקתיות בפורום הריכוזי שבבית המשפט העליון.

כך, עותרים מעדיפים באופן תדיר את המסלול המהיר לפסיקה תקדימית; שופטי ערכאות הדיון נרתעים בדרך כלל מלגשת לשאלות של תקפות חוקתית ועל אחת כמה וכמה מלפסול חוקים בפועל; וגם היוזמות השונות לרפורמה במשטר החוקתי שנוסחו בעשור האחרון מציעות לרכז את הביקורת השיפוטית החוקתית בבית המשפט העליון לבדו. גם בספרות האקדמית מוקדשת תשומת הלב לפסיקות החוקתיות של בג"ץ, והאפשרות לפעילות חוקתית בערכאות הדיון נותרת מחוץ לשיח העיוני ולהכרה הציבורית. דווקא בג"ץ עצמו שולח מעת לעת עותרים לבירור טענותיהם החוקתיות בתקיפה עקיפה בערכאות הנמוכות, אך דומה שהדבר נעשה באופן נסיבתי וללא דוקטרינה מגובשת. התוצאה היא מערכת ביזורית להלכה אך ריכוזית למעשה.

המהלך השני במאמר הוא נורמטיבי בעיקרו. הוא מבקש לסתור את המגמה הריכוזית הדומיננטית בשיח ובפרקטיקה החוקתיים כיום בישראל, באמצעות הצגת טיעון חדש בזכות הביקורת השיפוטית הביזורית. טיעון זה יונק מגישות עדכניות בתיאוריה פוליטית וחוקתית, אשר שואפות לדמוקרטיזציה של ההליך החוקתי – כלומר לשילוב רכיבים השתתפותיים (participatory) והתדיינותיים (deliberative) בתהליכי היצירה והפירוש של נורמות חוקתיות, ולמתן ביטוי לפלורליזם הערכי המאפיין את הקהילה הפוליטית בתהליכים אלה.

אופיו של ההליך בערכאות הדיון אוצר פוטנציאל מוסדי ייחודי לקידום ערכים אלה, ולכן ביקורת שיפוטית ביזורית – ככל שבעלי הדין והשופטים בערכאות הדיון מעוּדדים לעשות בה שימוש – יכולה ספק לפחות חלק מהתנאים הדרושים לקיום הליך חוקתי דמוקרטי. לעומת ההליך הריכוזי הגורף, המתנהל בסגנון "הכל-או-לא-כלום", ההליך הביזורי יכול לייצר שיח חוקתי נמשך ומגוון, אשר מעוגן בנסיבות המשתנות של המקרים הנדונים, ולפתח שדה של עמדות חוקתיות וגישות פרשניות לשאלות חוקתיות נפוצות. היות שככלל התחולה של החלטה חוקתית בערכאת דיון היא על הצדדים בלבד, עלות הטעות של פסיקות חריגות היא נמוכה, ולכן נוצר גם יותר מקום לנסיינות ולחדשנות פרשנית. בסופו של תהליך, הביקורת השיפוטית הביזורית היא גם מקור המספק לבית המשפט העליון (וליתר רשויות השלטון) תפיסות חוקתיות שונות ומידע שנצבר על האופן בו הן מיושמות ב"שטח". במובן זה יש בה גם הבטחה לשיפור האיכות של התקדימים החוקתיים שייקבעו לבסוף.

המאמר בוחן טיעוני נגד לטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית, ומציע להם תשובות. נדונים טיעונים קלאסיים בזכות המודל הריכוזי – ודאות בדין, חסכון בעלויות ההתדיינות, ושוויון בין בעלי דין דומים. אלא שטיעונים אלה חלים באופן דומה על כל תחום משפטי שנהוג לבררו תחילה בערכאות הדיון, ואין הצדקה לייחד דווקא את הנורמה החוקתית לטיפול ריכוזי. למעשה, המאמר טוען שיש חשיבות מיוחדת לשמר את האופי הדמוקרטי של השפיטה החוקתית, אולי אף יותר מאשר בתחומי משפט אחרים. טיעון נגד נוסף עוסק בהשלכות החלוקתיות של המודל הביזורי, אשר מטיל על עותרים עלויות נכבדות של ניהול הליכים רבים בדרך להכרעה חוקתית יציבה. בכך מוקנה יתרון משמעותי הן לעותרים מבוססים על-פני עותרים חלשים, והן למדינה שהיא שחקן חוזר בהליכים אלה הנהנה מיתרונות לגודל ומזמינותה של התנהלות אסטרטגית. המודל הביזורי לא יכול לספק מענה שלם לביקורת החלוקתית, אך ניתן לפתחו כך שיכלול רכיבים מוסדיים שינטרלו לפחות חלק מיתרונותיה של המדינה. לבסוף, מסביר המאמר מדוע בג"ץ – שבמובנים מסוימים מתנהל כערכאת דיון גדולה – יתקשה במתכונתו הנוכחית לממש את התכלית הדמוקרטית של ההליך החוקתי, ולכן החלופה הביזורית עדיפה בעקרון גם עליו.

אם אמנם יוחלט לסטות מן המסלול הנוכחי ולהעצים את הביקורת השיפוטית הביזורית בישראל (אפילו לצד שימור החלופה הריכוזית בבג"ץ), יידרשו מהלכים יישומיים למימוש השינוי. המאמר בוחן אפוא כמה מן ההיבטים היישומיים הללו, בדגש על תפקידו של בית המשפט העליון כמנווט העתירות החוקתיות. פיתוח של דוקטרינת-סף מפורטת שתקבע אילו סוגי תיקים מתאימים לבירור בבג"ץ ואילו ראויים להידון בערכאות הדיון יספק הנחיה בהירה הן לבעלי הדין והן לשופטי הערכאות השונות באשר לגבולות הלגיטימציה של השפיטה החוקתית בבתי המשפט הנמוכים. בדרך זו הוא עשוי לעודד התנעה מחודשת של המסלול הביזורי, במתכונת של תקיפה עקיפה וישירה כאחד.

מבנה המאמר הוא כלהלן: **פרק א'** מניח את היסודות המושגיים לדיון ומציג את הקטגוריות המוסדיות העיקריות הנדונות בו – ביקורת שיפוטית, ריכוזיות וביזוריות. **פרק ב'** כולל את המהלך התיאורי. הוא מציג את היסודות הביזוריים של הביקורת השיפוטית בישראל, אך מראה כיצד אלה נסוגו למעשה בפני החלופה הריכוזית הממוקדת בבג"ץ כערכאה החוקתית הישראלית. **פרק ג'** פורש את הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית. הוא מציג את עיקריה של תיאוריה דמוקרטית להליך החוקתי, מראה כיצד ההליך בערכאות הדיון יכול לקדם את תכליותיה של תיאוריה כזו, ומדגיש את עוצמת הטיעון דווקא בהקשר הישראלי. **פרק ד'** דן בביקורות על הטיעון הנורמטיבי, ומציע תשובות. **פרק ה'** עוסק במגוון היבטים היישומיים הנגזרים מהעצמת המודל הביזורי.

# הנחת היסודות

## הגדרת מושגים

כבסיס לדיון שיבוא, להלן הגדרות כלליות למושגים העיקריים שיופיעו בו. איני מציע כאן הגדרות רשמיות ואיני מתיימר לתפוס באמצעות הגדרות אלה את כל המובנים האפשריים של המושגים, או את האופן שבו יובנו בכל שיטה או הקשר. מטרת ההגדרות היא לפשט את קריאת המאמר באמצעות הבהרת נושאיו, ויומרתן היא לחפוף לשימוש השגור במושגים אלה בשיח החוקתי העדכני.

**ביקורת שיפוטית**. "ביקורת שיפוטית" היא קביעתה של ערכאה שיפוטית או טריבונל כעין-שיפוטי, לפיה חקיקה ראשית (חוק או חלק מחוק) בטלה עקב סתירה אסורה לנורמה חוקתית גוברת. הדיון מוגבל אפוא לביקורת שיפוטית חוקתית בלבד – איני עוסק בביקורת שיפוטית המבוססת על היררכיות נורמטיביות נמוכות יותר (למשל ביקורת שיפוטית מנהלית המבטלת חקיקת-משנה או מעשה מנהלי אחר עקב סתירה לחקיקה ראשית או לנורמה שמקורה במשפט המקובל). אף שחלק מהטיעונים שיוצגו במאמר חלים גם על ביקורת שיפוטית מרמה נמוכה יותר, השיקולים אינם זהים והם אינם חלק מהדיון הנוכחי. הגדרה זו של ביקורת שיפוטית מחריגה גם הסדרים של ביקורת שיפוטית רכה או חלשה, בה הקביעה השיפוטית אינה מובילה לבטלות בפועל. המודל שמעסיק אותי הוא המודל הישראלי, שהשראתו בשיטות חוקתיות כמו ארצות הברית, קנדה, גרמניה, או דרום אפריקה. לבסוף, ההגדרה של מאמר זה לביקורת שיפוטית מתייחסת רק לביקורת תכנית. היא אינה כוללת ביקורת שיפוטית המבוססת על פגמים בהליך החקיקה – מקרה מיוחד שיש לו היבטים מוסדיים מובחנים.

המאמר עוסק אם כן בביקורת שיפוטית מן הסוג המעורר את הקושי האנטי-רובני הקלאסי:[[2]](#footnote-2) מצב בו לשופטים ספוּרים (שאינם נבחרים) ניתן הכוח לבטל את הכרעת הרוב של הנציגים הנבחרים של העם-הריבון, המתבטאת במעשה החקיקה.

**ביקורת שיפוטית ביזורית**. בשיטות של ביקורת שיפוטית ביזורית סמכות הביקורת השיפוטית נתונה לכל ערכאה שיפוטית במערכת.[[3]](#footnote-3) ככל פעולה אחרת של פרשנות שיפוטית, גם החלטות בדבר חוקתיותו – או אי-חוקתיותו – של דבר חקיקה ראשית נעשות על-ידי ערכאת הדיון הראשונה, והן עשויות לטפס במעלה ההיררכיה השיפוטית ולהיבחן גם על ידי הערכאות הגבוהות בהתאם לדיני הערעור הרגילים. בה בעת, שוב בדומה להכרעות משפטיות אחרות של ערכאות ראשונות, תחולתה של הביקורת השיפוטית המתבצעת על ידי ערכאת הדיון היא בין הצדדים בלבד (inter partes) ואינה חלה על מקרים אחרים שלא נדונו באותו משפט. המשמעות היא שחוק ש"בוטל" בהחלטתה של ערכאת דיון ממשיך לעמוד בתוקפו ביחס למקרים אחרים שעשויים לבוא לפני בתי המשפט בהמשך.

שיטות של ביקורת שיפוטית ביזורית מכירות אפוא באופן עקרוני בהיתכנות של שדה חוקתי מפוצל – מצב בו שאלת חוקתיותו של חוק נתון נענית בדרכים שונות על ידי ערכאות שונות, כך שהחוק חל במקרים מסוימים ואינו חל באחרים. במצבים כאלה, הכרעה שיפוטית סופית באשר לחוקתיותה של הנורמה תתקבל רק אם וכאשר העניין יגיע בערעור אל בית המשפט העליון, שהחלטתו מגובה במנגנון התקדים המחייב.[[4]](#footnote-4) לעתים החלטה תקדימית בעלת היקף חלקי יכולה להתקבל עוד לפני שבית המשפט העליון נדרש לשאלה – בשיטות בהן קיימת ערכאת ביניים ערעורית כמו ה-circuit courts בשיטה הפדראלית האמריקאית.[[5]](#footnote-5) אתייחס בהרחבה לנושא זה בהמשך, אך ראוי לציין כבר עתה שזה אינו מצב ייחודי מאוד: מחלוקות פרשניות בין ערכאות הדיון תיתכנה במגוון של תחומים וסוגיות (כמו משמעותה של נורמה חוקית או חוזית, אפיון התנהגות כלשהי כרשלנית, או רמת הענישה הראויה לעבירה מסוימת). כל מערכת משפט מבוזרת – כלומר כל מערכת בה יש יותר מבית משפט אחד, ולמעשה יותר משופט אחד – מאופיינת על כן באופן אינהרנטי בתקופות של פיצול ושל אי-ודאות נורמטיביים, במהלכן מקרים דומים מקבלים יחס שיפוטי שונה. תופעות אלה נפתרות לאורך זמן בין בפסיקה מחייבת של בית משפט עליון, ובין בתיקון חקיקתי שמסדיר מחדש את הסוגיה.

בנוף ההשוואתי, השיטה הביזורית המוכרת ביותר היא גם השיטה הוותיקה ביותר המפעילה ביקורת שיפוטית – ארצות הברית. כיום גם מדינות אחרות מקיימות אותה, כמו קנדה והודו, וכפי שנראה, במובנים מסוימים גם ישראל.

**ביקורת שיפוטית ריכוזית**. שיטות של ביקורת שיפוטית ריכוזית מפקידות את סמכות הביקורת השיפוטית בידי ערכאה אחת שמומחיותה בפרשנות החוקה.[[6]](#footnote-6) בשיטות אלה, לערכאות הדיון אין סמכות להכריע בדבר תוקפה של חקיקה ראשית. במקום זאת הן כוללות הסדרים דיוניים המבטיחים ששאלות חוקתיות יתועלו ישירות לערכאה החוקתית הריכוזית – בין באמצעות עתירות ישירות, ובין באמצעות הפנייה בסגנון "אבעיה" (renvoi, certification) של שאלות בנושאי תוקף חוקתי המתעוררות במסגרת ההליך בערכאת הדיון לפסיקתה של הערכאה החוקתית. כל עוד לא הכריעה הערכאה החוקתית בשאלת התוקף של החוק השנוי במחלוקת, יתר הערכאות (כמו רשויות השלטון האחרות) נדרשות להניח שהחוק תקף.

ביקורת שיפוטית ריכוזית יכולה להתבצע בידי בית המשפט העליון, המכהן גם כערכאה החוקתית של השיטה. תופעה נפוצה יותר עם זאת בשיטות ריכוזיות היא הפקדת סמכות הביקורת השיפוטית בידי טריבונל חוקתי נפרד, שהנו חיצוני לשדרת השפיטה הרגילה, וכל סמכותו ומומחיותו בסוגיות חוקתיות (פעמים רבות מדובר לא רק בשאלות של תוקף חוקתי אלא גם, למשל, בנושאים כמו הסדרת מערכת הבחירות).[[7]](#footnote-7) ערכאות חוקתיות כאלה מחזיקות אמנם מאפיינים רבים של "בית משפט", אך לא אחת ההליכים הנהוגים בהן והאופי של שופטיהן נבדלים מאלה שבבתי משפט רגילים, והם עשויים למשל לכלול היבטים פוליטיים או ייצוגיים מובהקים הן בתנאי האיוש והן בהליך המינוי.[[8]](#footnote-8)

בניגוד לגישה הביזורית, ביקורת שיפוטית ריכוזית פועלת בשיטה של "אחת ולתמיד" – כל שאלה חוקתית מגיעה בפני הערכאה החוקתית בעקרון פעם אחת בלבד, וההכרעה שניתנת חלה באופן מיידי וגורף על כל רשויות השלטון. מנקודת המבט של בעלי הדין התוקפים חוקתיותו של חוק, הליך בפני בית המשפט החוקתי הוא לכן בדרך כלל משחק "על כל הקופה", כי ניצחון משמעותו ביטול החוק כלפי כולי עלמא (erga omnes) בעוד הפסד משמעותו קביעה סופית כי החוק תקף.

המודל הריכוזי של ביקורת שיפוטית מופיע ברבות ממדינות הקונטיננט באירופה, כמו גם ברבות מהדמוקרטיות החוקתיות החדשות של העשורים האחרונים ברחבי העולם (במזרח אירופה, בדרום אמריקה ובדרום-מזרח אסיה). החוקה האוסטרית של טרום-מלחמת העולם השניה היתה הראשונה להציג בית משפט חוקתי, שהוגדר על ידי מנסח החוקה ואחד משופטיו הראשונים, הנס קלזן, כ"מחוקק שלילי".[[9]](#footnote-9) כיום זו כבר תופעה נפוצה יותר, ושיטות ריכוזיות – המבוססות בין בבית המשפט העליון ובין בבית משפט חוקתי – נמצאות למשל בגרמניה, בדרום אפריקה, בספרד ובאיטליה.

## על ביזוריות, ריכוזיות, תקיפה עקיפה ותקיפה ישירה

בספרות האקדמית מקובל לשלב את הדיון המוסדי בדבר ביקורת שיפוטית ביזורית וריכוזית, עם דיון מקביל, שהוא בעיקרו תורת-משפטי, בנושא ההבחנה בין תקיפה עקיפה ותקיפה ישירה של נורמות משפטיות. המהלך המקובל נראה כך: התומכים בביקורת שיפוטית ביזורית נוהגים להצדיקה בעמדה פילוסופית לפיה הנורמה החוקתית היא נורמה משפטית "רגילה", ולכן פעולתה זהה לזו של כל נורמה משפטית אחרת, כולל במצבים של סתירה בין נורמות – למשל מוקדמת ומאוחרת, כללית וספציפית, וגם עליונה לעומת נחותה. בתפיסה זו, חוק שאינו חוקתי הוא חוק בטל מעיקרו – למעשה הוא "אינו חוק" כלל[[10]](#footnote-10) – משום שהוא אינו מקיים את תנאי התוקף של המערכת המשפטית, שכוללים ציות להיררכיית הנורמות. ואם כך הדבר, הרי שבטלות זו חלה בכל הליך משפטי ובכל ערכאה שיפוטית.[[11]](#footnote-11) ערכאות הדיון מוסמכות ומורגלות להכריע בשאלות של תוקף נורמטיבי, ומבחינה אנליטית אין כל הבדל בין שאלות של תוקף חוקתי לשאלות פרשניות אחרות שמאפיינות את מלאכת השפיטה היומיומית.[[12]](#footnote-12) לבסוף, היות שבהליכים משפטיים טיפוסיים יוזם ההליך אמור לבסס את עילתו על דין תקף, הרי שטענה של סתירת חוק לחוקה תתעורר באופן טיפוסי כטענת הגנה בה טוען המתגונן שהחוק עליו מתבססת התביעה אינו תקף – כלומר במצבים של "תקיפה עקיפה".

לעומת זאת, לפי התפיסה המקובלת, שיטות של ביקורת שיפוטית ריכוזית יוצאות מנקודת הנחה תורת-משפטית שונה ביחס למעמדן של נורמות חוקתיות. שיטות אלה, כך נטען, תופסות את הנורמה החוקתית כנורמה ייחודית, שיש לה גם היבטים משפטיים אך גם היבטים חוץ-משפטיים – מוסריים ופוליטיים. לכן כדי שהיא תוביל לבטלותו של חוק נדרשת פעולת ביטול אקטיבית, וזו אינה יכולה להתבצע במסגרת ההתדיינות המשפטית הרגילה; נדרשת ערכאה ייחודית בעלת מומחיות בנושאים חוקתיים ובסיס לגיטימציה נפרד שתעסוק בביקורת שיפוטית.[[13]](#footnote-13) והיות שמדובר בערכאה ייחודית שאינה דנה במחלוקות משפטיות אחרות, ההגעה אליה תהיה ממילא בדרך של "תקיפה ישירה" – ההליכים שיידונו בה יעסקו מתחילה בשאלות של תוקף חוקתי, ויוזם ההליך יהיה זה שטוען לביטול החוק, ולא זה שטוען לקיומו.

גישה זו, המצמידה תקיפות ישירות למערכות ריכוזיות ותקיפות עקיפות למערכות ביזוריות, משולבת בדרך כלל עם הבחנה נוספת בין סוגים של ביקורת שיפוטית: ביקורת שיפוטית מופשטת (abstract) וביקורת שיפוטית ממוקדת (concrete). הבחנה זו עוסקת בסוג הטענה והביסוס הראייתי המובאים בפני בית המשפט – האם הפגם החוקתי עולה מלשון החוק עצמו עוד טרם שהחוק יושם, או שמא הפגם החוקתי מתברר רק לאור האופן שבו הופעל החוק הלכה למעשה. כאן מקובל להניח ששיטות ריכוזיות מתייחדות בביקורת שיפוטית מופשטת, בעוד שיטות ביזוריות עוסקות בביקורת שיפוטית ממוקדת.[[14]](#footnote-14)

אני מבקש לשחרר את הדיון שלהלן ממערכת ההנחות הזו, לפחות כנקודת מוצא. אף שקיימת זיקה נסיבתית בין ריכוזיות ותקיפה ישירה ומופשטת ובין ביזוריות ותקופה עקיפה וקונקרטית, הרי ייתכנו שיטות ביזוריות הכוללות גם הליכים של תקיפה ישירה – כלומר, ייזום הליך בערכאה נמוכה שמטרתו הכרזה על בטלות חוק. מצד שני אפשריות גם שיטות ריכוזיות הכוללות הליכים שיש להם מאפיינים של תקיפה עקיפה – למשל תקיפה המבוססת על פגיעה חוקתית קונקרטית שכבר ארעה.[[15]](#footnote-15) השאלות בדבר ההסדר הרצוי בנושא תקיפה ישירה או עקיפה, מופשטת או ממוקדת, הן מעניינות ומורכבות וכמובן רלוונטיות לדיון, ואשוב אליהן בהמשך המאמר.[[16]](#footnote-16) אך חשוב להבהיר כבר כעת כי אלה שאלות נפרדות משאלת העיצוב המוסדי של הביקורת השיפוטית. עמדתנו בשאלה האם עדיפה שיטה ריכוזית או ביזורית לא יכולה להיגזר מתפיסה תורת-משפטית או פרוצדוראלית כלשהי לגבי מהותה של הנורמה החוקתית או השפיטה החוקתית. מדובר בהכרעה עצמאית שעניינה כישורים מוסדיים ולגיטימיות דמוקרטית.

# המצב בישראל: ביזורית להלכה, ריכוזית למעשה

מהי שיטת הביקורת השיפוטית החוקתית בישראל? כידוע לשאלה זו אין תשובה בטקסטים החוקתיים הקיימים. כמו ארצות הברית, גם ישראל אימצה את הביקורת השיפוטית במהלך של פרשנות שיפוטית, כמסקנה שנבעה מן ההכרה בהיררכיית הנורמות אליה הגיע המשפט החוקתי הישראלי באמצע שנות ה-90 של המאה ה-20. התנאים המוסדיים בהם התפתחה הביקורת השיפוטית הם אפוא נתון נסיבתי, ולא תוצר של תכנון חוקתי מכוון. ואמנם באין תכנון גם לא נעשתה בחירה בין הגישות, וישראל מקיימת למעשה עירוב של שתי השיטות יחד: הביקורת השיפוטית בישראל יכולה להתבצע הן במסלול ביזורי, במסגרת ההליכים המתנהלים בערכאות הדיון והערעור השונות, והן בהליך ריכוזי, באמצעות עתירה ישירה לבג"ץ. עם זאת, ואף שה"שעטנז" הזה הוא חלופה מעוררת עניין כשלעצמה, בפועל הנטייה הכללית של הליטיגציה החוקתית בשני העשורים האחרונים (מאז הלכת בנק המזרחי) מתמקדת באופן מובהק בקצה הריכוזי, תוך זניחה כמעט גורפת של החלופה הביזורית.

אציג כעת את ההיבט הביזורי ואת ההיבט הריכוזי של השיטה הקיימת בישראל, ואצביע על הראיות להטיה הנמשכת של המערכת לכיוון הקצה הריכוזי, כלומר למיקוד הליטיגציה החוקתית הישראלית בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. אף שבית המשפט העליון מכיר בקיומה של חלופה ביזורית ומתייחס אליה לעתים בפסיקתו, מרבית הנתונים מצביעים על התגבשותו של כעין קונסנזוס במערכת החוקתית, על שחקניה השונים, בקצה הריכוזי. זהו נתון מעניין בהתחשב בעוצמת המחלוקות האופפות ככלל את תחום הביקורת השיפוטית החוקתית מאז הופיעה במשפט הישראלי; וכפי שאטען בהמשך, זהו גם נתון מטריד, בהתחשב בטעמים התומכים דווקא בהעדפת היבט ביזורי משמעותי לביקורת השיפוטית הישראלית.

## ישראל כשיטה ביזורית

בבסיסה, בישראל נוהגת היום שיטה של ביקורת שיפוטית ביזורית. באין קביעה חוקתית מפורשת באשר לסמכות ייחודית של ערכאה כזו או אחרת לעסוק בתחומים חוקתיים, ההנחה היא שכל ערכאה במערכת רשאית לעסוק בפירוש חוקי-היסוד ובאכיפתם, כולל קביעה שחוק רגיל שסותר חוק-יסוד שלא כדין אינו תקף. אכן, כזכור פסק הדין המכונן בעניין בנק המזרחי עצמו ניתן על ידי בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים,[[17]](#footnote-17) בהליך שהחל בהחלטותיהם של שני בתי משפט מחוזיים לבצע ביקורת שיפוטית ביזורית. השופטת שטיין (בתל אביב) והשופט ג'ובראן (בחיפה) קבעו, במסגרת הליכים אזרחיים של מימוש חובות, שחוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), תשנ"ג-1993[[18]](#footnote-18) סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו באופן שאינו מקיים את פסקת ההגבלה ולכן הוא בטל.[[19]](#footnote-19) בית המשפט העליון אמנם קיבל את הערעורים על פסיקות אלה, אך לא מן הטעם שבתי המשפט המחוזיים לא היו מוסמכים לתתן, אלא עקב מחלוקת משפטית מהותית ביחס לקיום דרישותיה של פסקת ההגבלה.

בפסק דין בנק המזרחי, בו הוכרה באופן מפורש סמכות הביקורת השיפוטית, כמעט ולא נדונה ההבחנה בין ביזוריות וריכוזיות. שופטי הרוב, משלא עסקו כלל בשאלת הסמכות של בתי המשפט המחוזיים לפסוק כפי שפסקו, ומשביססו את ההלכה על התפיסה לפיה חוקי-היסוד הם נורמות משפטיות לכל דבר, קבעו במשתמע ששיטתנו היא ביזורית. ואמנם בפסק הדין של הנשיא ברק נאמר ש"הסמכות לקבוע את דבר אי החוקתיות נתונה לבתי המשפט"[[20]](#footnote-20) (לשון רבים), גם אם מבלי להרחיב בדבר. כך הבין את הדברים גם שופט המיעוט, השופט חשין, שהיה היחיד להתייחס לנושא בציינו שמדעות שופטי הרוב עולה "ולו במשתמע, כי כל בתי המשפט בארץ – למקטון ועד גדול – כולם מוסמכים הם לפסול חוקים של כנסת".[[21]](#footnote-21) השופט חשין התנגד גם לתוצאה זו; הוא ציין שראוי להגביל את הסמכות לבית המשפט הגבוה לצדק בלבד, תוך שצפה כי "עוד נכונו לנו עלילות".[[22]](#footnote-22) כפי שנראה עמדתו של חשין היא שמומשה למעשה, גם אם לא להלכה.

בשורה של פסיקות מאז הלכת בנק המזרחי אישש בית המשפט העליון את המסקנה שבישראל נוהגת שיטה ביזורית. הדבר נלמד, ראשית, ממקרים נוספים דוגמת בנק המזרחי, בהם דן בית המשפט העליון בערעורים על הכרעות חוקתיות של ערכאות הדיון, וזאת מבלי לכפור בסמכותם של בתי המשפט הנמוכים לעסוק בשאלות של תוקף חוקתי.[[23]](#footnote-23) יתרה מכך, בלא מעט מקרים בחר בית המשפט העליון שלא להפעיל את סמכותו כבג"ץ, ובאמצעות דוקטרינת הסף בדבר קיומו של "סעד חלופי" הפנה עותרים שהעלו טענות חוקתיות לבררן במסגרת תקיפה עקיפה בערכאות הדיון.[[24]](#footnote-24) באחת מאותן פרשות קבע הנשיא ברק באופן מפורש כי "בתי המשפט האזרחיים מוסמכים, במסגרתן של תביעות נזיקין ספציפיות, לבחון טענות כנגד חוקתיות [חוק]".[[25]](#footnote-25) בה בעת, לפחות פעם אחת קבע בית המשפט העליון ש"שאלת סמכותה של ערכאה דיונית רגילה לדון ולהחליט בשאלת חוקתיות הוראת חוק ראשית הינה שאלה מורכבת" המצריכה עיון שיבוא עתו.[[26]](#footnote-26) אף שבית המשפט העליון מעולם לא קיים דיון מפורט ומפורש בשאלה זו, אין כאמור ספק שהפרקטיקה החוקתית המעשית שלו מצביעה על הכרה גורפת ברכיב הביזורי של השיטה החוקתית הישראלית.

ואמנם, מאז 1992 אכן מובאות בפני ערכאות הדיון השונות טענות חוקתיות רבות. מחקר אמפירי בנושא נמצא עדיין בראשיתו, אך התמונה המצטיירת מאיסוף ראשוני של מקרים מצביעה על כך שבתי המשפט השונים נוטים ככלל לדחות את הטענות החוקתיות. חלק מן הדחיות נעשות לגופם של דברים, כלומר באמצעות יישום הדוקטרינה החוקתית שפותחה על ידי בית המשפט העליון ובקביעה שהחוק הרלוונטי אינו פוגע באופן אסור בהוראות חוק-היסוד (אינו פוגע בזכות או פוגע אך מקיים את דרישות פסקת ההגבלה).[[27]](#footnote-27) בכמה מקרים כוללות החלטות אלה גם דיון מפורט המוביל להכרעה מנומקת בדבר סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית.[[28]](#footnote-28)

עם זאת, חלק אחר מן ההחלטות הדוחות טענות לביקורת שיפוטית עושות זאת מתוך תפיסה מוסדית המעדיפה ששאלות חוקתיות יתבררו בבית המשפט העליון, ולא בערכאת הדיון. בקבוצה זו קיימות אמירות לפיהן ערכאות הדיון כלל אינן מוסמכות להורות על בטלותה של חקיקה ראשית – בין בשום מקרה[[29]](#footnote-29) ובין בתקיפה ישירה[[30]](#footnote-30) – לכאורה בסתירה מובהקת לעמדתו של בית המשפט העליון. לצדן מופיעות אמירות מתונות יותר לפיהן רצוי שערכאות הדיון יימנעו מהכרעה בנושאים אלה (גם אם הן מוסמכות לכך) ושהמסלול המתאים לבירורן הוא עתירה לבג"ץ.[[31]](#footnote-31)

נדירים הרבה יותר המקרים הידועים בהם ערכאות דיון החליטו לבטל חוק מחמת אי-חוקתיותו. בדיקה ראשונית – שאינה מבוססת על סקר אמפירי ממצה אלא על איסוף ראשוני וחיפושים מוצלבים – מעלה שמספר ההחלטות המוכרות מסוג זה אינו עולה על עשרה.[[32]](#footnote-32) מספר זה כולל החלטות של בתי משפט מחוזיים, בתי משפט שלום, בתי משפט לתביעות קטנות, בית דין צבאי ובית דין לעבודה; אף אחת מהן לא הגיעה בערעור עד בית המשפט העליון.[[33]](#footnote-33) השכיחות האפסית של ביקורת שיפוטית בערכאות הדיון – מספר כמעט זהה למקרים של ביקורת שיפוטית בבית המשפט העליון מאז 1995 – היא ממצא מעניין מכמה סיבות. ראשית, כפי שראינו, בית המשפט העליון מניח שביקורת שיפוטית בערכאות הדיון היא אפשרות ממשית, ולמעשה נראה שהוא מעדיף אותה על פני ביקורת שיפוטית בג"צית, לפחות בהקשרים מסוימים. שנית, כפי שצוין לעיל, ההשלכה של ביקורת שיפוטית המבוצעת בערכאה ראשונה במסגרת תקיפה עקיפה היא מוגבלת בהיקפה, שכן היא חלה בעקרון רק על הצדדים להליך. המשמעות היא שעלות הטעות הכרוכה בה (error cost) בדרך כלל מוגבלת גם כן. שלישית, מספר ההליכים המתנהלים בערכאות הדין גדול לאין מונים מזה המתנהל בבית המשפט העליון, ובהתחשב בעלות הנמוכה הכרוכה בהעלאת טענה חוקתית, ניתן לשער (ויש ראיות ראשוניות לכך) שהדבר נעשה באופן תדיר. למרות זאת ניכר שבתי המשפט הנמוכים נרתעים משימוש בסמכות, אף שרבים מהם סבורים (בצדק) שהיא נתונה להם.

אטען בהמשך שיש להצטער על המתינות החוקתית הזו של ערכאות הדיון. בשלב זה אני מבקש רק לשאול כיצד ניתן להסביר אותה. מדוע ערכאות הדיון נמנעות ככלל מביטול חוקי הכנסת? כמובן, ברקע עומדת גישתו העקרונית של בית המשפט העליון בעניין כיבוד הרשות המחוקקת והזהירות הנדרשת מבית משפט הבא לבטל חקיקה של הכנסת.[[34]](#footnote-34) אין ספק שערכאות הדיון הפנימו גישה זו, ולעתים נראה ששופטיהן סבורים שאם כך הכלל בבית המשפט העליון, הרי מקל וחומר שעל ערכאה נמוכה יותר להיזהר במיוחד בכבודה של הכנסת.[[35]](#footnote-35) אך דומה שאין מדובר רק במתינות יזומה ששופטי ערכאות הדיון פיתחו בעצמם עבור עצמם, אלא גם בהפנמה של נורמה נגד ביקורת שיפוטית אשר מונחלת אליהם מגורמים חיצוניים. הדינמיקה שסבבה את אחד מאותם אירועים של ביקורת שיפוטית ביזורית יכולה ללמד על הכוחות הללו.

## פרשת הנדלמן וגורלה של הביקורת השיפוטית הביזורית

להבהרת הנקודה ראוי להתעכב על אחד המקרים הבודדים בהם ביצע בית משפט שלום ביקורת שיפוטית חוקתית. התגובות לאותה החלטה שיפוטית יכולות ללמדנו על מערכת התמריצים המופעלת על ערכאות הדיון בנושא זה. כוונתי להליך הפלילי בעניינו של משה הנדלמן, שהועמד לדין בשנת 2001 בבית משפט השלום בתל אביב בגין עבירה לפי סעיף 236ב1(ב) לפקודת מס הכנסה (כנוסחו אז), אשר אסר על מי שאינו רשום בפנקס יועצי המס להציג עצמו כיועץ מס.[[36]](#footnote-36) משהואשם בעבירה כאמור, הנדלמן עתר לבג"ץ נגד חוקתיות הסעיף (במסגרת מסלול הביקורת השיפוטית הריכוזית). בעתירה טען שההוראה פוגעת שלא כדין בזכות לחופש העיסוק. ההליך הסתיים בפסק דין קצרצר, בו ציין בית המשפט העליון שבהמלצת ההרכב העותר ביקש למחוק את העתירה כדי להעלות את הטענה החוקתית במסגרת ההליך הפלילי בו הוא נאשם.[[37]](#footnote-37) ואמנם הנדלמן הציג את הטענה החוקתית בפני בית משפט השלום כטענת הגנה מקדמית.

בית משפט השלום (השופט רוזן) ערך דיון מפורט בחוקתיות הסעיף ובעמידתו בתנאי פסקת ההגבלה, וקבע שהסעיף אינו חוקתי ובטל.[[38]](#footnote-38) הנדלמן זוכה אפוא מעבירה זו, אך הורשע בשתי עבירות אחרות שנכללו בכתב האישום.[[39]](#footnote-39) המדינה בחרה שלא לערער על ההחלטה החוקתית של בית משפט השלום, ובכך מנעה למעשה את אפשרות ההגעה של השאלה החוקתית להכרעה תקדימית בבית המשפט העליון. הנדלמן מצדו ערער על ההרשעה בסעיפים האחרים של כתב האישום. הערעור נדחה, אך בית המשפט המחוזי מצא להוסיף בפסק הדין גם הערה לעניין הביקורת השיפוטית, ולפיה "טוב היה עושה בית משפט קמא אילו נקט במידה רבה יותר של איפוק שיפוטי" בתחום החוקתי. בית המשפט המחוזי סבר ש"במקום להזדרז ולבטל" את הוראת החוק, היה על בית משפט השלום להתאמץ ולמצוא פתרון פרשני לבעיה החוקתית.[[40]](#footnote-40)

התייחסותו הביקורתית של בית המשפט המחוזי לביקורת השיפוטית בעניין הנדלמן לא היתה היחידה, אף לא החריפה ביותר. שִמעה של החלטתו של בית משפט השלום הגיע גם למערכת הפוליטית, והמקרה שימש את כמה ממבקריה של "המהפכה החוקתית" כראיה לסמכויות הבלתי-מבוקרות הנתונות כעת גם ל"שופט שלום, מכובד ככל שיהיה", כדבריו של יושב-ראש הכנסת באותה עת, ח"כ ראובן ריבלין. בדברים במכון הישראלי לדמוקרטיה במאי 2003 הביע ריבלין את תדהמתו מכך ש"בית משפט שלום יעז פניו בפני החוק, בפני המחוקק הריבוני, בפני קודשיה של הדמוקרטיה, ופשוט 'יכריז' על 'בטלותו' כביכול של חוק מדינה. שהרי מצב בו שופט שלום הופך בעצם למחוקק, מחזיר אותנו באחת לימי 'שפוט השופטים', לימים בהם 'איש הישר בעיניו יעשה'."[[41]](#footnote-41) אחרים במערכת הפוליטית ביטאו רגש דומה.[[42]](#footnote-42)

פרשת הנדלמן כשלעצמה היתה ארוע זניח בהיסטוריה של דיני המס או של דיני העונשין של מדינת ישראל, וגם בדיני זכויות האדם היא לא נחרתה כרגע משמעותי. אך מדובר ברגע חשוב מבחינת סוג המסרים שהוא גרר מצד גורמים שונים – במערכת המשפט ובעיקר במערכת הפוליטית – בדבר הלגיטימיות של מעשה הביקורת השיפוטית בידי ערכאות הדיון. אף שאיננו יכולים לדעת מה השפעתם האישית של מסרים אלה על כל שופט ושופטת בערכאות הדיון, הרתיעה הניכרת של אותם שופטים מהפעלתה של סמכות הביקורת השיפוטית יכולה לרמוז שהמסרים "עובדים": למרות שהביקורת השיפוטית הביזורית מוכרת באופן פורמאלי בשיטה החוקתית הישראלית, בפועל היא ממעטת מאוד "לנשוך". יחסית לכמות התיקים הנדונים בערכאות הדיון בישראל, ולכמות הטענות החוקתיות שנטענות בהם (כפי שניתן לשער), הביקורת השיפוטית הביזורית היא תופעה אנקדוטלית במשפט החוקתי הישראלי.

## ישראל כשיטה ריכוזית

אף שההיגיון המוסדי של המערכת החוקתית הישראלית מורה להלכה לשיטה הביזורית, ההסדר הייחודי של סמכות השיפוט הכפולה של בית המשפט העליון – כבית משפט לערעורים וכבית משפט גבוה לצדק – הוביל למעשה להתפתחותה של ביקורת שיפוטית ריכוזית בישראל, במקביל למסלול הביזורי. היות שסמכותו של בג"ץ מוגדרת באופן רחב ביותר בחוק-יסוד: השפיטה,[[43]](#footnote-43) והיות שהיסטורית הוא כבר מצא עצמו מבקר את מגוון הפעולות השלטוניות, ובכלל זה את חקיקת הכנסת,[[44]](#footnote-44) נראה שבשום שלב לא היה ספק בידי איש בדְבר סמכותו של בג"ץ לבצע ביקורת שיפוטית חוקתית, מרגע שזו הוכרה במשפט הישראלי.

ואמנם, אף שפסק דין בנק המזרחי ניתן בערעור במסורת הביזורית, כמעט כל הפעילות החוקתית של בית המשפט העליון מאותו שלב נעשתה בסמכותו כבג"ץ. כך היה בכל פסקי הדין שבהם ביצע בית המשפט העליון ביקורת שיפוטית חוקתית, למעט בשני מקרים, שנדונו בצמוד לעתירות ציבוריות זהות לבג"ץ,[[45]](#footnote-45) וכך הדבר בעשרות המקרים בהם דוחה בית המשפט העליון עתירות חוקתיות. ברוב המקרים הללו נדחות העתירות לגופן; לעתים רחוקות בוחר בג"ץ, במסגרת שיקול דעתו, שלא להפעיל את סמכותו ומפנה את העתירה למסלול הביקורת הביזורית.[[46]](#footnote-46) למיטב ידיעתי מעולם לא עורר בית המשפט העליון ספק בסמכותו כבג"ץ לבצע ביקורת שיפוטית.

אמת, מבחינה פורמאלית ניתן אולי להתייחס אל בג"ץ כאל עוד ערכאה ראשונה במערכת המשפט הישראלית, כזו שסמכותה העניינית היא במתן צווים נגד רשויות השלטון ושבמקרה אין מעליה ערכאת ערעור. במובן זה ייאמר שבג"ץ מפעיל סמכותו כחלק משיטה ביזורית, ככל ערכאה אחרת שמוסמכת – ערכאה ערכאה לפי רמתה והיקף סמכותה העניינית – לדון בטענות חוקתיות. העובדה שבית המשפט העליון אינו ערכאה חוקתית ריכוזית טיפוסית במסורת בתי המשפט החוקתיים של מרכז ומזרח אירופה, דרום אפריקה, או דרום אמריקה, עשויה לתמוך בתפיסה כזו. המומחיות של שופטיו אינה בפרשנות חוקתית דווקא, אלא בשפיטה "רגילה" – רוב שופטי העליון כיהנו לפני כן כשופטים מקצועיים בערכאות הדיון, והם ממונים בהליך זהה לזה המתקיים במינוי יתר שופטי המערכת,[[47]](#footnote-47) ללא רכיב פוליטי או ייצוגי ייחודי.

אך בפועל ברור שזהו תיאור שמחמיץ את המאפיינים המוסדיים ואת התנאים הפוליטיים של פעילותו החוקתית של בג"ץ. מבחינה מהותית זו ערכאה ריכוזית טיפוסית לכל דבר: ההגעה אליה נעשית באמצעות תקיפה ישירה, לא אחת מופשטת, של חקיקה ראשית.[[48]](#footnote-48) ההליכים בה מתנהלים לפי סדרי דין ודיני ראיות ייחודיים, בדרך כלל בפני הרכבים מורחבים, וגם האסתטיקה של ההליך המתנהל בבג"ץ מצביעה על ייחודיות המעמד. לדיונים בפני בג"ץ ולפסקי הדין החוקתיים שלו יש נראות חריגה – תשומת הלב הפוליטית, התקשורתית והאקדמית מופנית בראש ובראשונה אליו. וחשוב מכל, העתירות המוגשות לו ופסיקותיו החוקתיות הן ככלל מעשים חד-פעמיים של "הכל-או-לא-כלום". עתירה מוצלחת משמעה ביטול מיידי של חקיקה כלפי כולי עלמא. עתירה שנדחית משמעה, כמעט תמיד, הכשרה סופית של דבר החקיקה.[[49]](#footnote-49)

אין זה מפתיע אפוא שעותרים ציבוריים, שגישתם לערכאות הורחבה סמוך להופעתה של סמכות הביקורת השיפוטית במשפט החוקתי הישראלי, מקדישים את עיקר מאמציהם במישור הביקורת השיפוטית בעתירות מרוכזות לבג"ץ, ולא בניהול ליטיגציות מגוונות בערכאות הדיון השונות, שסיכוייהן נמוכים (כפי שראינו) ושתחום חלותן, אפילו הצליחו, מוגבל. העתירה החוקתית לבג"ץ היא באופן מעשי "המשחק היחיד" כיום בקרב השחקנים המשמעותיים בתחום ההגנה המשפטית על זכויות אדם. זהו המקום בו מבוטלים בפועל חוקים של הכנסת, וזהו המקום בו מוּנָעים תהליכים חקיקתיים משמעותיים כמענה לפסיקות בית המשפט. (כמובן, זהו גם המקום בו חוקים רבים מאוד מקבלים "הכשר" בג"צי שבדרך כלל מסיים באחת את הדיון הציבורי בחוקתיותם – אשוב לכך בהמשך). העתירה החוקתית לבג"ץ היא הליך זול ומהיר הרבה יותר מאשר החלופה של התדיינות סדרתית בערכאות דיון רבות, בציפייה להגעתו של תיק מתאים, בסופו של תהליך, לביקורת ערעורית בבית המשפט העליון. האפשרות לתקיפה ישירה מופשטת, שהתגבשה בפרקטיקה הישראלית כמאפיין ייחודי לעתירות חוקתיות בבג"ץ, מזמינה הגשת עתירות מיד עם כניסת החוק לתוקף. אלה יכולות להתבסס על טיעון משפטי טהור, אשר משולב לעתים בטענה עובדתית הסתברותית באשר להשלכות הצפויות של החוק.[[50]](#footnote-50)

אם כן, למרות שהביקורת השיפוטית נוסח ישראל כוללת הן רכיבים ביזוריים והן רכיבים ריכוזיים, הפרקטיקה החוקתית שהתגבשה בשני העשורים שחלפו מאז פסק דין בנק המזרחי מלמדת על התגבשות המודל הריכוזי במסגרת בג"ץ כמסלול העיקרי להעלאת טענות חוקתיות ולבירורן. נדמה שגם העותרים וגם שופטי ערכאות הדיון הפנימו את ההסדר הזה, כך שהביקורת השיפוטית הביזורית הפכה בפועל לתופעה אנקדוטלית בשיטה הישראלית, בעוד הביקורת השיפוטית הריכוזית מתבססת כנתון חוקתי יציב. גם התבוננות אל השיח מחוץ למעגלי הפרקטיקה מגלה הטיה דומה.

## מצב השיח: קונצנזוס מסקרן

מחוץ לבתי המשפט ההטיה בשיח החוקתי לכיוון השיטה הריכוזית היא מובהקת, אף יותר מאשר בשיח המשפטי הפנימי. זהו נתון מעורר עניין, משום שמתברר שההעדפה לביקורת שיפוטית ריכוזית משותפת הן למבקריה של "המהפכה החוקתית" והן לתומכיה. כך, למרות ש"המהפכה החוקתית" עוררה ביקורת תקיפה מחוגים שונים באקדמיה ובפוליטיקה, מעטים בחוגי המבקרים הציעו להחזיר את הגלגל אחורה באופן מלא, כך שלא תתקיים מסגרת שיפוטית כלשהי לאכיפת עליונותם של חוקי-היסוד על חקיקת הכנסת. ההצעות הקיימות כיום עוסקות אפוא בעיקר בתנאים המוסדיים בהם תבוצע הביקורת השיפוטית, לפי גישותיהם של הדוברים השונים. בשדה עתיר מחלוקות זה, מסתמן קונצנזוס מסקרן בין בעלי גישות שונות ביחס לעיצוב המוסדי הראוי לשפיטה החוקתית בישראל.

שתי חלופות מוסדיות עיקריות מופיעות בשיח הציבורי בעניין זה, שתיהן בקצה הריכוזי של הטווח. האחת היא הקמת בית משפט לחוקה, והשניה היא ריכוז הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית בידי בית המשפט העליון לבדו. מודל בית המשפט לחוקה מתייחס למוסד שהוא חיצוני למערכת השיפוטית הרגילה, המאופיין בתנאי כשירות ובהליכי מינוי ייחודיים, ואשר יהיה בעל הסמכות הייחודית להכריע בשאלות של תוקף חוקתי של חקיקה ראשית. הצעות אלה – המבקשות לחקות (במידה כזו או אחרת של נאמנות) את ניסיונן של דמוקרטיות חוקתיות אירופיות כמו גרמניה, צרפת, איטליה, ספרד, או ארצות מזרח אירופה – נסמכות על תפיסה של הנורמה החוקתית כנורמה מסוג מיוחד, ששייכת לתחום המוסר הפוליטי יותר מאשר לתחום המשפטי המקצועי. הן מציגות תיאוריית לגיטימציה למעשה הביקורת השיפוטית שמבוססת על היסודות הפוליטיים של מינוי השופטים ועל הייצוגיות האידיאולוגיות שזו אמורה להבטיח בערכאה החוקתית. הקמתו של בית משפט לחוקה אמורה להנהיר את ההיבטים הערכיים והפוליטיים של ההכרעה החוקתית באמצעות ריכוזה במוסד נפרד ובולט, תוך "חיסון" ערכאות השיפוט המקצועיות מן הצורך לעסוק בשאלות שנתפסות כפוליטיות, ערכיות ומְפַלגות.[[51]](#footnote-51)

המתנגד התקיף ביותר בשיח הישראלי לרעיון ההקמה של בית משפט לחוקה היה כזכור אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון לשעבר. ברק ראה בהצעה לייחד את התחום החוקתי לערכאה שאינה "בית משפט" במובן המקובל של המושג בבחינת סתירה הן למהותה של חוקה כמערכת של נורמות משפטיות, והן לתפקידה של חוקה כאמצעי להגנת יחידים ומיעוטים מפני ניצול לרעה של הפוליטיקה הרובנית.[[52]](#footnote-52) הוא התריע מפני מהלך שמשמעותו תהיה פוליטיזציה של השפיטה החוקתית וסיכול משימתה המוסרית להגן על "הדמוקרטיה המהותית" (זכויות אדם, הגנת מיעוטים, הפרדת רשויות) מפני פגעיה של "הדמוקרטיה הפורמלית" (שלטון רוב).[[53]](#footnote-53) ערכאה נפרדת, חיצונית לשדרת השיפוט, התאימה למערכות חוקתיות שהתאוששו מניסיון לא-דמוקרטי אשר השחית את בתי המשפט הרגילים. זה אינו הניסיון הישראלי.[[54]](#footnote-54)

אולם כשעסק ברק במודל המוסדי הראוי לביקורת שיפוטית בישראל, הוא מיקם עצמו גם כן – כמו תומכי בית המשפט לחוקה – בצד הריכוזי של הטווח. במאמר המרכזי בנושא זה שפורסם בשנת 2005, הציג ברק את הטיעון התומך בריכוז סמכויות השפיטה החוקתית בידיו של בית המשפט העליון.[[55]](#footnote-55) באותו מאמר ברק הכיר בטעמים התומכים בגישה הביזורית: יעילותו של ההסדר המאפשר לכל בית משפט לברר שאלות חוקתיות מבלי לעכב את ההליך עד לבירורן בערכאה החוקתית; מהותה של הנורמה החוקתית כמתנה את תוקפו של כל חיקוק, ללא קשר לשאלה באיזו ערכאה הוא נדון; והיתרון שב"פעפוע" הדיון החוקתי לאורך זמן ועל פני רצף של תיקים הנדונים בהקשרים קונקרטיים טרם הכרעה כללית על ידי בית המשפט העליון בערעור.[[56]](#footnote-56) עם זאת ברק סבר ששיקולים אלה נסוגים בפני יתרונותיה של השיטה הריכוזית לישראל בעת הזו: היכולת לתת מענה מהיר ואחיד לשאלות חוקתיות חשובות; עדיפותן של המקצועיות והמומחיות של שופטי העליון בתחום סבוך כפרשנות חוקתית; קיומה של מסורת חוקתית יציבה שהפקידה בידי בג"ץ את הסמכות לאכוף את חוקי-היסוד;[[57]](#footnote-57) ולבסוף – השיקול המכריע – עובדת היותה של השיטה החוקתית הישראלית שיטה צעירה המצויה בתהליכי ביסוס והתקבעות. נתון זה הצדיק לשיטתו הפקדת הסמכות "המעורר[ת] קשיים" לבטל חוקי הכנסת בידי ערכאה שנהנית מאמון מוצק בציבור הישראלי – כלומר, בידי בית המשפט העליון.[[58]](#footnote-58)

כותבים נוספים מן הצד התומך בסמכות הביקורת השיפוטית כפי שהוכרה בפסק דין בנק המזרחי התמקמו גם כן בקצה המעדיף ביקורת שיפוטית ריכוזית, בין בבית משפט לחוקה ובין בבית המשפט העליון.[[59]](#footnote-59) בכתיבה זו מבוטאת רתיעה מביקורת שיפוטית ביזורית ממגוון טעמים: היווצרותן של סתירות ואי-ודאות בדין החוקתי; הבזבוז שייגרם כתוצאה מדיונים חוזרים בשאלות חוקתיות זהות תחת הכרעה יחידנית בבית המשפט העליון; החשש מפני רתיעה של שופטי ערכאות נמוכות מפני מימוש סמכות הביקורת השיפוטית נוכח הרגישות הפוליטית של התחום (חשש שהתממש במידה רבה); ומנגד החשש מפני ניצול הסמכות בידי שופטים לא-אחראיים או כאלה שאינם מחויבים למסורת הליבראלית של המשפט החוקתי הישראלי, דוגמת שופטי הערכאות הדתיות (חשש שהופרך לחלוטין, לפי שעה). לבסוף, תומכי הגישה הריכוזית מרבים להדגיש את כובד המשקל המוסרי והפוליטי של הביקורת השיפוטית החוקתית, מאפיין שמצדיק לשיטתם הפקדתה בידי שופטים בעלי ותק, ניסיון ומעמד. אף שיש גם קולות שקולים יותר בשיח האקדמי, המכירים בחסרונותיו של המודל הריכוזי,[[60]](#footnote-60) כמעט ולא נשמעת בו עמדה התומכת באופן חיובי בחלופה הביזורית.[[61]](#footnote-61)

ההטיה של השיח לכיוון הריכוזי מצאה ביטויהּ גם בהצעות הרבות שהועלו לאורך השנים לעיגון סמכות הביקורת השיפוטית בטקסט חוקתי. מבין ההצעות הוותיקות לחקיקת-יסוד בנושא זכויות אדם, אלה אשר כללו הסדר של ביקורת שיפוטית עיצבו אותו לפי המודל הריכוזי.[[62]](#footnote-62) כחלק מהמהלך שהביא לכינון שני חוקי-היסוד על זכויות האדם ב-1992, הוסרו מהצעות החוק הפרטיות של ח"כ אמנון רובינשטיין הרכיבים העוסקים בביקורת שיפוטית ולכן לא הוסדרה בהם באופן מפורש שאלת הסמכות.[[63]](#footnote-63) בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת שהכינה את הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לקריאה ראשונה סבר יושב-ראש הוועדה, ח"כ אוריאל לין, שמשמעות ההצעה היא "שכל בית משפט יוכל לקבוע שהוראת חוק היא לא תקפה משום שהיא פוגעת בזכויות יסוד שנקבעו בחוק זה". אך ח"כ רובינשטיין, מנסח ההצעה, התקומם: "בית המשפט המחוזי חייב להעביר את העניין לבית המשפט העליון. אני לא מוכן שבית משפט שלום יפסוק שחוק של הכנסת הוא לא קונסטיטוציוני."[[64]](#footnote-64)

אף יותר מעמדת המציעים השונים בתקופה שעד 1992, בולטת ההתכנסות לקצה הריכוזי בהצעות החוקה השונות שנוסחו בישראל מאז "המהפכה החוקתית", כלומר אחרי שכבר החלה לפעול בישראל הביקורת השיפוטית על שני מסלוליה. כמה פרויקטים בולטים של ניסוח חוקתי נוהלו בישראל בשני העשורים האחרונים, על-ידי מוסדות שונים שאינם מזוהים עם אותו מחנה אידיאולוגי. למרות זאת כולם אימצו מודל ריכוזי של ביקורת שיפוטית במסגרת הצעותיהם. כך נעשה בהצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה,[[65]](#footnote-65) בהצעת החוקה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת,[[66]](#footnote-66) בהצעת החוקה של המכון לאסטרטגיה ציונית,[[67]](#footnote-67) ואף בתזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים) שפרסם משרד המשפטים ב-2007 (תחת השר דניאל פרידמן)[[68]](#footnote-68) ובתזכיר חוק-יסוד: החקיקה שפרסם המשרד ב-2012 (תחת השר יעקב נאמן).[[69]](#footnote-69) אף שההצעות שונות בהקשרים רבים, כולל במודל הביקורת השיפוטית (למשל בנוגע לאופיים של הסדרי ההתגברות על ביטול חוק), בכל חמש הטיוטות מוצע להפקיד את סמכות הביקורת השיפוטית בידי בית המשפט העליון, שידון בנושאים חוקתיים בהרכב מורחב.[[70]](#footnote-70) החלופה הביזורית, כך נראה, אינה חלק מהדמיון המוסדי של מעצבי החוקה הישראלית.

לנגד עינינו מתגבשת אפוא קואליציה מסקרנת של כוחות משפטיים, פוליטיים ואינטלקטואליים, המשתייכים למחנות מגוונים ולעתים אף מנוגדים מבחינה אידיאולוגית ומקצועית, אשר תומכים כולם במודל ריכוזי של ביקורת שיפוטית לישראל. נראה שהמודל הריכוזי נתפס, מצד אחד, כאמצעי לתחוֹם את עוצמתה הסמכות השיפוטית: הגבלתה למוסד יחיד ולשופטים ספורים מאפשרת ריכוז תשומת לב פוליטית מלאה בהליכי המינוי הבודדים שישפיעו על פירוש החוקה, ואולי גם פיתוח של מאזן כוחות אסטרטגי בין שני מוסדות ממעמד דומה התובעים כיבוד הדדי. מצד שני, המודל הריכוזי מבטא עבור תומכי הסמכות השיפוטית הכרה בחשיבותה של הביקורת השיפוטית ובמעמדו ההיסטורי של בית המשפט העליון כמוסד שפיתח אותה. בתווך, כמדומה, ניצבים אלה התומכים בחלופה הריכוזית כפשרה מעשית בין הקצוות הנצים. התוצאה היא קונסנזוס רחב בזכות הגמוניה פרשנית בסוגיות חוקתיות לקבוצה קטנה ונישאת של שופטים, כשהמחלוקת הנותרת היא ביחס לתנאים המוסדיים בהם יפעלו (המינוי, ההרכב, והפרוצדורה).

בשדה עתיר המחלוקות של הפוליטיקה החוקתית הישראלית, ניתן אולי לברך על קיומה של פאה קטנה לגביה מסתמנת הסכמה בין המחנות. אולם בחלק הבא אני מבקש לערער על תפיסה זו, ולעורר עניין חדש בפוטנציאל הגלום לדמוקרטיה הישראלית בהעדפתו של המודל הביזורי דווקא.

# הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית

בפרק זה אני מבקש לטעון שההתמקדות של השיח, הפרקטיקה והפוליטיקה החוקתיים בבית המשפט העליון כליבת הביקורת השיפוטית, מחמיצה את הפוטנציאל **העצמאי** לקידום ערכים דמוקרטיים המצוי בליטיגציה חוקתית בערכאות הדיון. נדרש כאן "ניעור" מושגי מסוים: האתגר הוא להפסיק לחשוב על ערכאות הדיון כלא יותר מספקיות של שאלות חוקתיות לערכאה הריכוזית שמעליהן, בין בדרך של ערעור לבית המשפט העליון ובין בדרך של הפניה לבית משפט לחוקה. תחת זאת, אני מבקש להצביע על מאפיינים שהנם ייחודיים לשפיטה בערכאות הדיון – כלומר כאלה שלא ניתן לשחזרם בבית המשפט העליון – ואשר עשויים להיות רכיבים רצויים לתיאוריה דמוקרטית של ההליך החוקתי. אציג תחילה את עיקריה של תיאוריה כזו, ואחרי כן אבקש להראות כיצד התדיינות חוקתית בערכאות הדיון עשויה להלום אותה. לבסוף אטען שהמצב החוקתי הישראלי עשוי להצדיק במיוחד פניה דווקא למסלול הביזורי, ולא רתיעה מפניו.

## תיאוריה דמוקרטית של ההליך החוקתי

תפיסות דמוקרטיות של ההליך החוקתי מתמקדות בחשיבותו של תהליך היצירה של נורמות חוקתיות, לא פחות מאשר בתוכנן הסופי של הנורמות המגובשות. מנקודת מבט זו ההוויה החוקתית של מדינה דמוקרטית היא עניין דינמי, שראוי שיעסיק את הציבור באופן מתמשך. גם אם בכל רגע נתון החוקה מספקת יציבות באמצעות צמצום מרחב התמרון הדמוקרטי-רובני של ציבור מקרי (ולמעשה של נציגיו הנבחרים),[[71]](#footnote-71) הרי שלאורך זמן גישות דמוקרטיות לרעיון החוקה שואפות שההסדרים היסודיים המכוננים את הקהילה הפוליטית יהיו פתוחים לעיון, לביקורת, להתדיינות ולעדכון לאור ההתפתחויות במצבה של הקהילה – שינויים דמוגרפיים, תרבותיים או כלכליים, פיתוח של טעמים מוסריים חדשים, הכרה במערכות טיעונים חדשות או בנשאים חדשים של זכויות או חובות. החשש מפני התקבעות-יתר של הֶסדר חוקתי המנציח יחסי כוח מסוימים מצדיק בראיה זו מיסוּד של רכיבים מערערי-סדר בהליך החוקתי עצמו, כך שהוא ינביע מתוך עצמו אפשרויות לנסיינות ולחדשנות במבנה החוקתי.[[72]](#footnote-72)

בה בעת, תפיסות דמוקרטיות של ההליך החוקתי רואות חשיבות בהשתתפות נמשכת של חברים רבים בקהילה הפוליטית בשיח אודות תוכנן הרצוי של נורמות חוקתיות עתידיות, ואודות פירושן הנכון של נורמות חוקתיות קיימות. בראיה זו (היונקת מן המסורת הפוליטית הרפובליקנית), האזרחות אינה מתמצה בציות לחוק ובהצבעה עתית בבחירות, אלא נמדדת גם במידת המעורבות הנמשכת של היחיד בבירור ערכיה של הקהילה ובהשפעה עליהם, ובקיומה של תודעה אזרחית-דמוקרטית ערה ביחס לתהליכים הפוליטיים המתנהלים בה. השלטון העצמי בתפיסה זו אינו רק נתון משפטי-מוסדי, אלא מצב תודעתי – בעל יסודות רציונאליים ורגשיים – המשותף לכל חברי הקהילה.[[73]](#footnote-73) גישות השתתפותיות כאלה חושדות בהסדרים אשר מותירים את עיצוב הספֵירה הציבורית בידי אליטות מוסדיות, תרבותיות, או כלכליות. הן דוגלות במעורבות אזרחית בכלל; אך יש להן עניין מיוחד בחלקו של הפרט בעיצוב הערכים החוקתיים, שמהם ניזונות כל יתר המערכות הציבוריות. כדי לממש את חזונן הדמוקרטי, גישות כאלה תרות אחר מסגרות מוסדיות שיאפשרו לחברי הקהילה לממש את אזרחותם במישור החוקתי.[[74]](#footnote-74)

תפיסות אלה מתיישבות עם זרם מרכזי בהגות הליבראלית של העשורים האחרונים, המתמקד בדינמיקות של התדיינות כרכיב יסודי בהתנהלותה של דמוקרטיה חוקתית שהיא גם לגיטימית מבחינה מוסרית וגם מוצלחת מבחינה תוצאתית.[[75]](#footnote-75) תורות של דמוקרטיה התדיינותית (deliberative democracy) צמחו כחלופה, או כהשלמה, לתיאוריות דמוקרטיות סוכמות (aggregative), שהתמקדו בעיקר במנגנונים לקבלת החלטות ציבוריות כמו הצבעת-רוב או הכרעה שיפוטית. הגישות ההתדיינותיות מדגישות לעומת זאת את תהליך השיח המוביל לשלב ההכרעה.[[76]](#footnote-76) הן תופסות את ההתדיינות הציבורית – אם היא מקיימת תנאים של כבוד, שוויוניות ורציונאליות – כשלב חיוני בדרך להכרעה לגיטימית כלשהי.[[77]](#footnote-77) דינמיקות של התדיינות תובעות מבעלי הכוח השלטוני לנמק את עמדותיהם ולהיחשף לדעות נוגדות ולמידע חדש. הן מעודדות תהליך נמשך של שכנוע באמצעות טיעונים רציונאליים, והן מבטיחות שגם מי ש"מפסיד" בסופו של דבר בהחלטה הסופית חש שקולו נשמע ושהיה לו חלק בתהליך שהוביל לעיצוב ההחלטה וליישומה. מבחינה מוסדית, גישות התדיינותיות זקוקות למסגרות שיספקו לחברי הקהילה הפוליטית תנאים מסוגננים לניהול שיח הגון ומכבד.[[78]](#footnote-78) בין היתר החלה הכתיבה בתחום זה להתעניין בבתי המשפט – בעיקר עליונים או חוקתיים – כזירות מעודדות-דליברציה.[[79]](#footnote-79)

לבסוף, תיאוריה דמוקרטית של ההליך החוקתי עוסקת גם בנתון הפלורליסטי המאפיין את כל המדינות המודרניות כיום: עובדת קיומם של קהילות ופרטים האוחזים בתפיסות טוב מגוונות – במערכות שונות של אמונות ביחס לתנאי היסוד של החיים החברתיים, כלומר ביחס להסדרים החוקתיים הראויים למדינה.[[80]](#footnote-80) ככל שהשיטה הדמוקרטית שואפת להבטיח יחס שווה ומכבד לכל חבריה, היא נדרשת להכיר בתפיסות מתחרות אלה ולתת מקום בזירה הציבורית לאנשים האוחזים בהן ולקולות השונים שלהם.[[81]](#footnote-81) בהיותה מבוססת על ביקורת ונסיינות, גישה דמוקרטית להליך החוקתי מבקשת לשמר את הריבוי הזה גם מטעמים אינסטרומנטליים – כדי להעשיר את השיח החוקתי ולסתור מגמות משתקות של חשיבה קבוצתית וכבילה לפרדיגמות שגויות. משמעות הדבר היא שעל הדמוקרטיה למצוא מקום לריבוי של תפיסות בתהליכי היצירה של נורמות חוקתיות ובתהליכי הפירוש שלהן. האתגר של עיצוב מוסדי פלורליסטי הוא מורכב במיוחד, משום שהשימוש בכוח מדינתי בהכרח משמעו העדפה של אידיאולוגיה או אמונה אחת על חברתה, ולכן נדרש פיתוח של שדות מוסדיים שונים שיוכלו מצד אחד להכיר בגיוון החברתי ולבטא אותו, ומצד שני לתרגמו לבחירה ציבורית סופית כלשהי החותכת לכאן או לכאן.

בתיאוריה של המשפט החוקתי קיבלו תפיסות דמוקרטיות אלה ביטוי בתנועה בולטת בשיח האמריקאי של שני העשורים האחרונים, שכונתה popular constitutionalism – "חוקתיות עממית" (בקירוב). הספרות המזוהה עם קטגוריה אינטלקטואלית זו כוללת כמה סוגים של מהלכים והיא אינה עשויה מקשה אחת, רעיונית או אידיאולוגית. אך בבסיסה עוסקת הכתיבה הזו בזיהוי ובעידוד דינמיקות שונות של יצירת משמעויות חוקתיות שאינן מתנהלות בהליך המקובל של חקיקה חוקתית ופרשנות שיפוטית (בבית המשפט העליון).[[82]](#footnote-82) במסגרת זו ניכר עניין מחודש במעמדו של בית המחוקקים כפרשן של החוקה,[[83]](#footnote-83) נעשים מחקרים על מקומם של ההמון,[[84]](#footnote-84) דעת הקהל,[[85]](#footnote-85) תנועות חברתיות,[[86]](#footnote-86) ארגונים לא-ממשלתיים וקבוצות אינטרס בתהליכי היצירה של תפיסות חוקתיות בתוך בית המשפט ומחוצה לו, נדון ההיבט החוקתי של ההליך הפוליטי ככלל ושל הליכי מינוי ובחירה של שופטים בפרט,[[87]](#footnote-87) ונבחנה גם תרומתן האפשרית של הערכאות הנמוכות להליך חוקתי דינמי ועשיר.[[88]](#footnote-88) לנקודה זו אעבור כעת.

## ערכאות הדיון כזירה דמוקרטית

בתי משפט נמוכים בשיטות המשפט המקובל הם מוסדות ייחודיים. אלו אתרים בהם מתרחשות התדיינויות רבות מאוד בין המדינה (השופטים ויתר הפקידים המעורבים בהליך) והפרט (בעלי הדין) על תוכנן ומשמעותן של נורמות משפטיות, וזאת בתנאים מסוגננים של כללי שיח המבוססים על טיעונים רציונאליים, על החלטות מנומקות, ועל פנייה לערכים ולעקרונות. במובן זה, ערכאות הדיון הן מסגרת ממוסדת מפותחת ונגישה מאוד, שבה יכולים אנשים לממש את השתתפותם הדמוקרטית כאזרחים באמצעות התדיינות – בעלת השפעה ישירה על אופן הפעלת כוחה הכופה של המדינה – על מהותו של המשטר המשפטי.[[89]](#footnote-89) פוטנציאל זה מצטמצם והולך ככל שההליכים מטפסים בערכאות. אמנם בערעור הדיון מתמקד באופן טיפוסי בעיקר בשאלות משפטיות (ולכן ערכיות); אך ככל שעולים בהיררכיה השיפוטית מספר ההתדיינויות מצטמצם, כך גם כמות השופטים ואף כמות עורכי הדין המייצגים. הערעור הוא בהגדרה מסגרת מוסדית אליטיסטית יותר, שבה המקום להשתתפות אזרחית ישירה – יכולתו של היחיד לטעון את טענתו ביחס לנורמה המשפטית הראויה ולקבל לה מענה – פחוּת ביחס לערכאת הדיון. ומשערכאות הערעור טרודות ביצירת תקדימים מנחים או מחייבים, הרי שמוקד הדיון בהן הוא בראש ובראשונה בקביעת הכלל המשפטי, ולא בעצם ההתדיינות אודותיו.

מעבר לכך, עצם העובדה שערכאות הדיון הן רבות, פועלות (בדרך כלל) בדן-יחיד, ופזורות ברחבי הארץ, מבטיחה לנעשה בהן אופי פלורליסטי יותר מאשר ההליכים המתרכזים בערכאות גבוהות. לערכאות ערעור (ולערכאות חוקתיות) תחולה על-אזורית, והן יושבות בהרכבים שגורמים למיתון עמדות חריגות ולמיצוע התוצר השיפוטי. לעומת זאת, ההקשר המקומי והקונקרטי של השפיטה בבתי המשפט הנמוכים, התחולה המוגבלת של החלטותיהם, עלות הטעות הנמוכה שנגזרת מתחולה מוגבלת זו, והעובדה שרוב החלטותיה של ערכאת הדיון לא יהיו כפופות בסופו של יום לביקורת ערעורית אפקטיבית – כל אלה הופכים את המשפט בערכאת הדיון לזירה שמאפשרת נסיינות וחדשנות בפיתוח רעיונות משפטיים ומהלכים פרשניים. בשונה מבית המשפט העליון, הערכאות הנמוכות שפועלות במקביל זו לזו נחשפות לאורך זמן למגוון של נסיבות בהן מופעלת נורמה משפטית, שומעות טיעונים מגוונים בשאלות משפטיות דומות, ויכולות לתת פתרונות שונים לאותן שאלות – באמצעות גישות פרשניות שונות, יישומים שונים של הדין, או מתן סעדים שונים. הן מהוות שדה שתיתכן בו סתירה אך מתקיימים בו גם גיוון, השוואה ולימוד.[[90]](#footnote-90)

כמובן, ערכאות הדיון כפופות באופן פורמאלי למשטר של תקדימים מנחים ומחייבים ולכן אינן חופשיות לעשות כרצונן. אך יש להדגיש כמה סייגים ביחס למשמעותו של עקרון התקדים כמגביל את היצירתיות של ערכאות הדיון. ראשית, התקדים רלוונטי רק כאשר הוא קיים. בשאלות חדשות של פרשנות שמתעוררות כל העת לנוכח התחדשותם התמידית של החיים החברתיים, הכלכליים והטכנולוגיים, ערכאות הדיון פועלות מתחילה ללא הנחיה מגבוה.[[91]](#footnote-91) שנית, כידוע לרשותן של ערכאות הדיון עומד מערך מגוון של אסטרטגיות המאפשרות להן להימנע מיישום דווקני של מה שנדמה כהנחיה תקדימית קיימת. טכניקות של הבחנה בין רציו ואוביטר, של אבחון לאור הנסיבות, ושל הגדרת שאלות כעובדתיות או משפטיות, הן בין הדוגמאות המוכרות לכלים מסוג זה.[[92]](#footnote-92) שלישית, לערכאות הדיון יש גם כלים להתמודד עם תקדימים שאמנם מחייבים אותם, אך שלראייתן הם אינם נכונים או אינם רצויים. מהפרה בוטה במקרי קצה (שכרוכה בסיכון אישי ומוסדי ברור), ועד הפרקטיקה המקובלת של יישום התקדים תוך "הבעת מחאה" על תוצאותיו הפסולות (בתקווה לתיקון עתידי בערעור).[[93]](#footnote-93) רביעית, התקדים לא חייב לפתור את השאלה המשפטית אחת ולתמיד. הערכאה הקובעת תקדים יכולה להחליט, למשל, שראוי שבנושאים מסוימים יישאר לערכאת הדיון שיקול דעת מסוים בפירוש הדין ובהפעלתו. במחיר מסוים של ודאות ואחידות בדין מושגים יתרונות אחרים של רגישות הקשרית באכיפת הדין וכאמור, גם בעידוד של נסיינות וחדשנות.

אם אמנם ההליך בערכאת הדיון מספק תנאים מוסדיים ייחודיים המשלבים השתתפות אזרחית, התדיינות מבוססת-טעמים, גיוון ופלורליזם בקולות ובתוצאות, ויצירתיות ונסיינות בפיתוח הדין, הרי שלגישות דמוקרטיות של ההליך החוקתי צריך להיות עניין מיוחד בנעשה בהן. כפי שראינו, לפי גישות אלה, הנורמה החוקתית – אולי יותר מכל נורמה אחרת – זקוקה לדינמיקה נמשכת של השתתפות והתדיינות כדי להישאר רלוונטית וכדי לממש את ייעודה של מתן מסגרת ערכית יציבה ומוצדקת לחיים הפוליטיים של קהילה בזמן נתון. החיפוש אחר מסגרות מוסדיות למימוש האידיאל הדמוקרטי של ההליך החוקתי יכול למצוא מענה, ולו חלקי, בהתדיינות חוקתית בערכאות הדיון.

איני מעוניין לעשות כאן רומנטיזציה של ההליך בערכאות הדיון. המשפט הפלילי או התביעה הקטנה אינם סמינרים בתיאוריה פוליטית או בפילוסופיה של המוסר. בתי המשפט – ובעיקר ערכאות הדיון הנמוכות – הם ארגונים שנשפטים בין היתר באמצעות מדדים כמותיים של זמן ותפוקה, אשר מתמודדים עם עומס רב, ושרבים מלקוחותיהם מגיעים אליהם שלא מרצון ובלא עניין או חדווה, וספק אם יש להם עניין מודע בפיתוח התכנים החוקתיים של הקהילה הפוליטית. אלא שהתיאוריה הדמוקרטית של המשפט החוקתי אינה מבקשת להפוך את האזרחים לפילוסופים. ההיפך הוא הנכון: היא מבקשת "לחלן" את השיח החוקתי, באמצעות העשרתו באינטראקציות רגילות בין אנשים שפוגשים, מרצון או מאונס, את המדינה (ולו בדמות השופט) בבית המשפט. במובן זה גם אמירות כמו "אינני חייב", "החוק הזה לא צודק", או "זו זכותי" הן רגעים בעלי ערך חוקתי לתפיסה התדיינותית-השתתפותית. אלה אמירות שמביעות עמדה ביחס למשפט הרצוי, תובעות התייחסות והנמקה מצד בעלי הדין שכנגד ומצד המערכת המדינתית עצמה (באמצעות השופט היושב בדין), כלומר הן מגרות דינמיקה התדיינותית; והן מתורגמות למעשים (צווים שיפוטיים) שמשפיעים באופן מוחשי על האופן בו פועלת המערכת החוקתית, כלומר מפקידות בידי הפרט המתדיין כוח נורמטיבי ממשי: הן הופכות אותו ליצרן של תוכן חוקתי.

בראיה זו, דווקא טענות לביקורת שיפוטית חוקתית מתאימות במיוחד להתברר גם בערכאות הדיון. אלה טענות שמאפשרות לפרט המתדיין להתערב בתוכנה של חקיקה, כלומר בתוכן היצירה של בית הנבחרים המייצג אותו, ובמובן זה לבקר באופן שוטף את פעילותם של הנבחרים.[[94]](#footnote-94) הן הופכות את הפרט המתדיין לשותף פעיל ומשפיע בשיחה ציבורית על מערכת הערכים החוקתית שאמורה להגביל את בית הנבחרים בחקיקתו; ולאורך זמן ועל פני רצף של תיקים – הליכים אלה יכולים להתגבש לדינמיקה דמוקרטית של ממש (במובנים ההשתתפותיים, התדיינותיים, פלורליסטיים ופופוליסטיים של המושג). אמת, קיים טיעון לפיו כדי לממש תכליות מסוג זה אין צורך בביקורת שיפוטית ממש בערכאות הנמוכות – די בכך שבתי המשפט השונים יוסמכו לזהות קשיים חוקתיים ואז להפנותם לערכאה חוקתית ריכוזית כדי שדיון מסוג זה יתנהל ממילא גם בערכאות הדיון;[[95]](#footnote-95) ואולי ניתן להסתפק בחובתן של ערכאות הדיון לפרש את הנורמות הרגילות לאור הערכים החוקתיים כדי לשלבן בשיח החוקתי.[[96]](#footnote-96) אך אם אנו רוצים לממש באופן מלא את הפוטנציאל הדמוקרטי של ההתדיינות בערכאות אלה, הרי רצוי שהאפקט שלה יהיה מלא – שתהיה לה יכולת להשפיע באופן ממשי על המצב הנורמטיבי, גם אם מדובר בהשפעה קטנה יחסית של בטלות במקרה המסוים.

החלטות בודדות של ביקורת שיפוטית בערכאות הדיון ביחס לחוק מסוים, אפילו השפעתן המעשית מוגבלת, יכולות לשמש זרז לפעילות חוקתית בתוך בתי המשפט וגם מחוץ להם, בהיותן סמן משמעותי למגוון השחקנים המעורבים בתהליך היצירה של משמעויות חוקתיות. הן מספקות מידע לבעלי הדין – הנוכחיים, השוקלים אם לערער; והעתידיים, השוקלים אילו טענות להעלות בהליכים שיבואו. הן מיידעות את ערכאות הערעור, המבחינות בקושי החוקתי שזוהה בערכאות הדיון, לומדות מן הפתרונות השונים אליהם הגיעו בתי המשפט השונים ביחס לאותה שאלה, ומייחסות חשיבות מיוחדת ליישוב הדין במצבים של סתירה. הביקורת השיפוטית בערכאות הדיון משדרת מסר גם למעצבי המדיניות ולמנסחי החקיקה: אין הכרח שחוק יבוטל באופן מוחלט וכלפי כולי עלמא – כלומר על ידי בית המשפט העליון – כדי שהמחוקקים יכירו בבעייתיות חוקתית המצויה בו ואשר נחשפה בבתי המשפט הנמוכים. הנעת המחוקק לתיקון חוק הסובל מפגם חוקתי באמצעות ביקורת שיפוטית בערכאה נמוכה היא מעשה בעל משקל אנטי-רובני פחוּת מאשר ביקורת שיפוטית בבית המשפט העליון. אכן, בהתחשב בהשלכות המוגבלות של ביקורת שיפוטית בערכאות הדיון, ניתן לתמוה על הכעס הגדול שעוררה החלטה כמו זו שבפרשת הנדלמן בחוגים פוליטיים מסוימים.

## ביקורת שיפוטית ביזורית וההקשר הישראלי

הטיעון שהוצג עד כה בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית היה תיאורטי בעיקרו, והתבסס על מאפיינים טיפוסיים להתדיינות משפטית בערכאות דיון במסורת ה-common law. אני מבקש להשלים את המהלך על ידי הדגשת מאפיינים שהנם ייחודיים למצב החוקתי הישראלי, ואשר עשויים להצדיק העדפה מיוחדת, דווקא בישראל, לביקורת שיפוטית ביזורית. כוונתי לשני היבטים של המצב החוקתי הישראלי: ראשית, העובדה שהמהלך החוקתי הישראלי מעולם לא זכה ל"רגע חוקתי" מכונן; ושנית, אופיהּ של ישראל כמדינה שאוכלוסייתה מקוטבת ומפוצלת, על פני צירים דתיים, לאומיים, אתניים ותרבותיים.

**העדרו של רגע חוקתי**. כידוע, חוקי-היסוד הישראליים נוצרו באופן מקוטע לאורך שנות קיומה של המדינה במסגרת הליך החקיקה הרגיל. חלק מחוקי-היסוד (והתיקונים להם) נוסחו ונחקקו כביטוי לשיקולים פוליטיים קצרי-טווח יותר מאשר לתפיסות ערכיות באשר למשטר החוקתי הראוי, ורבים מהם עברו בכנסת ללא הליך התדיינותי משמעותי ובהצבעות בהשתתפות חלקית בלבד. לא זכינו ל"מעמד הר סיני" שיגבש את הקהל כולו סביב טקסט חוקתי מכונן.[[97]](#footnote-97) זו אינה נקודת מוצא מבטיחה לשיטה חוקתית, אשר זקוקה להזדהות נמשכת של הציבור עם הערכים החוקתיים ועם המנגנונים המופקדים על שמירתם, פיתוחם ואכיפתם.[[98]](#footnote-98) כדי שהחוקה הישראלית[[99]](#footnote-99) תישאר ותשגשג, אנו זקוקים אפוא למסגרות באמצעותן יוכל הציבור הישראלי להתעמת עם התוכן החוקתי ולקחת חלק בקביעת משמעויותיו. אף שנעשו לאורך השנים ניסיונות להתניע מהלכים של ניסוח חוקה בהשתתפות רחבה ובהסכמה רחבה,[[100]](#footnote-100) אלה טרם הבשילו. הקהילה הפוליטית הישראלית זקוקה אפוא – כבר עכשיו – לפורומים נוספים שיאפשרו לה לנסח, להתווכח, להתלבט, ולהתנסות בטיעונים וברעיונות חוקתיים.

**הנתון הרב-תרבותי**. מקובל לומר שאין מדינה מערבית כיום שאינה רב-תרבותית במידה כזו או אחרת. השילוב של סובלנות דתית, של הכרה בחירויות המצפון, הביטוי וההתאגדות, ושל התפשטות תופעת ההגירה לרחבי העולם, גרם לכך שההטרוגניות התרבותית היא נתון אוניברסאלי שכל דמוקרטיה ליבראלית עכשווית נדרשת להתמודד עמו. אך בישראל זהו מצב חריג בעוצמתו. אוכלוסייתה כוללת מיעוט לאומי גדול מאוד, קהילה חרדית משמעותית, מעמד גדל והולך של מהגרי עבודה, אוכלוסיה פלסטינית עצומה שנמצאת תחת שליטה ישראלית חלקית, וקבוצות תרבותיות רבות נוספות, בקרב הקהילות היהודית והערבית כאחת. המייחד את הגיוון הזה, באופן חריג ביחס למדינות רב-תרבותיות אחרות, הוא שלרבות מן הקבוצות המרכיבות את החברה הישראלית יש תפיסות ותביעות שנוגעות לאופיו של המרחב הציבורי ולמחלוקות חוקתיות מובהקות – ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, משטר זכויות האדם החל בה והיקפו, ההכרה בזכויות קבוצתיות, ועוד.[[101]](#footnote-101) כידוע, חלק מן המחלוקות בתחומים אלה הובילו בעבר לעימותים קשים ולעתים אף אלימים בין קבוצות בחברה. דמוקרטיה פלורליסטית, כלומר כזו שמבקשת לכבד את התפיסות והתביעות של חברי הקבוצות השונות וגם ליהנות מתרומותיהן לפיתוח החוקתי, נדרשת לתת מענה לריבוי החזונות החוקתיים ולמחלוקות הערכיות שבאות עמו. כמובן לא כולם יכולים "לנצח" בסופו של תהליך, ולא כל התפיסות המתחרות יוכלו להתממש במלואן; דמוקרטיה היא גם מנגנון להכרעה בין העדפות סותרות.[[102]](#footnote-102) אך ניתן עדיין לתבוע מן המדינה ליצור תנאים שיאפשרו לתפיסות השונות לקבל ביטוי, להישמע ולהשפיע על עיצוב ההחלטות הציבוריות. באופן זה היא תכבד את התפיסות האחרות, גם אם לא תממש אותן במלואן, וחשוב מכך: באופן זה היא תעשיר את ההליך החוקתי במידע, ברעיונות ובנקודות מבט שעשויות להיעדר משיח ריכוזי-מונוליתי.

ההתדיינות החוקתית בערכאות הדיון – ביקורת שיפוטית ביזורית – יכולה לספק לפחות חלק מן התנאים המוסדיים הנדרשים למתן מענה לשני האתגרים הישראליים הללו. בגלל האופי הנגיש והמרובה שלה, היא יכולה להפוך לזירה זמינה להתדיינות נמשכת בין בני החברה, ברמות שונות של מעורבות ותחכום, על הנורמות החוקתיות ועל משמעותן. בדרך זו היא תהפוך את החוקה הישראלית למצע חי לדיון ולשיחה על סוגיות חוקתיות, וזאת בתנאים המסוגננים של ההליך השיפוטי, כלומר באופן המחייב פניה לטיעונים רציונליים וכיבוד של טיעוני נגד. בה בעת, בגלל המעמד הראשוני שלה והגיוון המובנה בה, התדיינות חוקתית בערכאות הדיון יכולה לשמש מקום בו חזונות חוקתיים שונים ומתחרים מוצאים את ביטויים ולעתים אפילו מתממשים, גם אם בהקשר המוגבל של פסיקה מקומית בהליך נתון.

כאשר המחלוקות החוקתיות מתחילות ומסתיימות בהליך יחיד בפני בית המשפט העליון במסורת הריכוזית, התוצאה השיפוטית הבודדת מכריעה באופן סופי, ומאוינת ההזדמנות לשמר לאורך זמן – גם אם לא לתמיד – מגוון של קולות נורמטיביים בתוך מערכת המשפט. ההכרעה השיפוטית, כתב רוברט קאבר, היא ארוע "הורג-משפט" (jurispathic), משום שבאמצה תפיסה נורמטיבית אחת היא ממילא דוחה תפיסה חלופית.[[103]](#footnote-103) אלא שאמירה זו נכונה במיוחד לפסיקה תקדימית של בית משפט עליון. פסיקותיהן של ערכאות הדיון ממיתות אף הן חלופות שנדחו, אך הן אינן מונעות מאותן חלופות את ההזדמנות לשוב ולהתברר בהליך חדש בערכאה מקבילה. שיטת משפט שמבקשת לשמר תוכן פלורליסטי בתוצרים השיפוטיים שלה, ואשר מבקשת לעודד דיון על מחלוקות כאובות ולא להשתיקו,[[104]](#footnote-104) נדרשת לתרגם זאת לעיצוב מוסדי. ביקורת שיפוטית ביזורית היא תבנית מוסדית שמאפשרת ליותר קולות בשיח החוקתי להישמע ולהשפיע למשך יותר זמן מאשר החלופה הריכוזית.

# ביקורות המודל הביזורי – ומענה להן

הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית אינו חסין כמובן מביקורות ומטיעוני נגד. בפרק זה אתייחס לחמש ביקורות שנראות בעיני בעלות העוצמה הרבה ביותר, ואבקש להציע להן תשובות. אומר כבר שאיני סבור שניתן לבטל את הביקורות באופן מוחלט. הטיעון בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית מעורר גם קשיים וההסדר שהוא מציע כרוך גם בעלויות. טענתי היא שבסופו של חישוב, ובנסיבותיו של המצב החוקתי הישראלי, הסדר זה עדיף על החלופות לו.

## ודאות

הטיעון הבסיסי ביותר נגד כל מהלך של ביזור מתמקד באי-ודאות הנורמטיבית שפסיקות רבות וסותרות עלולות לגרום לצרכני המשפט. כל עוד אין הכרעה תקדימית של בית המשפט העליון בשאלה החוקתית, לא ניתן לדעת האם החוק תקף או לא; וכל עוד הדבר נתון להכרעותיהן של ערכאות הדיון השונות, התשובה לשאלה החוקתית עשויה להשתנות לפי דעות השופט שידון בתיק או איכות הפרקליט שיטען בפניו. חוסר ודאות כזה הוא דבר יקר, כי הוא מקשה על ההיערכות לתוצאותיה של הנורמה. בנסיבות מסוימות הוא עשוי לחייב רכישת ביטוח מפני הסיכון של תוצאה לא רצויה, ובמקרים בהם נמען הנורמה הוא שונא סיכון, חוסר הוודאות עלול גם לגרום לזניחה של ההתנהגות הרלוונטית כדי שלא להיחשף לסיכון שבפרשנות חוקתית נוגדת, וזאת אף שייתכן שההתנהגות רצויה מבחינה חברתית. יתרה מכך, אי-ודאות בדין נתפסת גם כפגם במוסריותה של מערכת המשפט, שכושלת במשימה המרכזית שלה – הכוונת התנהגות באמצעים הוגנים ומובנים.[[105]](#footnote-105)

המענה הפשוט לטיעון הוודאות מצוי בתזכורת שביזוריות היא למעשה הכלל בשיטת המשפט שלנו, ולא החריג. כל שאלה פרשנית אשר מתעוררת בתחומי המשפט שנדונים תחילה בערכאות הנמוכות – כל המשפט האזרחי והפלילי, למשל – מקבלת תחילה מענה במסלול הביזורי, טרם יישובה התקדימי בערעור בבית המשפט העליון. די אם נחשוב על סוגיות כמו רמות הענישה בעבירות שונות, או תכנה של עוולת הרשלנות בהקשריה המגוונים, כדי שנחוש עד כמה רווי הדין באי-ודאות פרשנית. כל עוד הנושאים הללו מבוררים בערכאות הדיון, עלויות השיטה הביזורית חלות גם בהם, ועדיין מקובל לחשוב שאנו חיים במערכת משפטית מתפקדת יחסית, שמצליחה לאורך זמן לספק הכוונה סבירה של התנהגות לנמעניה.

תטען הביקורת עם זאת, שגם אם אי-ודאות כזו היא נסבלת במגוון תחומי המשפט, הרי שאין לה מקום בתחום החשוב כל כך של פרשנות חוקתית וביקורת שיפוטית.[[106]](#footnote-106) איני משוכנע שביקורת זו היא נכונה. בהקשרים רבים שאלות פרשניות ממעלה נורמטיבית נמוכה יותר עשויות להיות משמעותיות להחלטותיהם היומיומיות של אנשים רבים ולהקשרים מעשיים כלכליים וחברתיים מגוונים יותר מאשר שאלות של תוקף חוקתי. בפרט כך ביודענו שהמקרים בהם ייפסלו בפועל חוקים, גם בערכאות הדיון, אינם רבים, ובמובן זה מידת האי-ודאות שתיווצר כתוצאה מקיומה של הפרקטיקה מוגבלת.

אך חשוב מכך: הטענה שהוצגה במאמר התבססה על הצורך ביצירת תנאים מוסדיים שיכירו במחלוקות הקיימות בשאלות חוקתיות, יבטאו אותן, ויאפשרו להן להתנסח ולהתברר טרם שיוכרעו באופן תקדימי. המשמעות היא ש**דווקא** שאלות של פרשנות חוקתית הן שמתאימות לטיפול מבוזר ולשימור מכוּון של רקמה נורמטיבית פתוחה. בגלל שהן עוסקות בשורשי הזהות הישראלית, בערכיה של מדינת ישראל, באופי המוסדות השלטוניים שלה ובמעמד הזכויות המוגנות בה, רצוי ששאלות חוקתיות כאלה לא תוכרענה מהר מדי ומבלי שנשמעו בהן טיעונים רבים מפיהם של בעלי עניין מגוונים, ונעשו ניסיונות לפתרן בקנה-מידה קטן. ודאות היא עקרון חשוב בעיצוב המשפט, אך נראה שראוי שתיסוג מפני השאיפה לנורמות חוקתיות טובות ונכונות יותר, ולגישת מאמר זה גם דמוקרטיות יותר מבחינת הליך יצירתן. כמובן, השיטה הביזורית אינה שוללת ודאות בסופו של תהליך, אך היא מבקשת שלכל הפחות נורמות חוקתיות יהיו זכאיות לתהליך התדיינותי דומה לזה שמקבלות נורמות מרמה נמוכה יותר בערכאות הדיון השונות.

בנוסף, התפיסה לפיה יישוב מחלוקות חוקתיות ייתכן רק בהכרעה שיפוטית תקדימית גם היא אינה מדויקת. אף שלביקורת השיפוטית, ובפרט זו המתבצעת בבית המשפט העליון, תפקיד מרכזי בשימור מעמדה של החוקה, הרי שגם רשויות אחרות יכולות להביא ליישוב של שאלות חוקתיות עוד טרם שבית המשפט העליון פוסק בהן באופן סופי. כך למשל, תיקון חקיקתי שמטרתו הסרת פגם חוקתי בעקבות פסיקה שיפוטית – פרקטיקה שקיימת כיום בישראל[[107]](#footnote-107) – יכול להתבצע בעקבות פסק דין של ערכאה נמוכה, ואינו חייב להמתין להכרעה של בית המשפט העליון. אין בכך פחיתות כבוד למחוקק; למעשה כפי שכבר צוין, יש בכך דווקא צמצום של האפקט האנטי-רובני שבביקורת השיפוטית, מכיוון שהנעת המחוקק לפעול נעשית בהחלטה בעלת תחולה מצומצמת ומבלי לאיין באופן מלא החקיקה הפגומה.

בדומה, הרשות המבצעת יכולה גם היא להביא להסרת קושי חוקתי בפרשנות שנתנה לדבר חקיקה, אם היא נחשפת אליו בפסיקותיהן של ערכאות הדיון. הרשות יכולה לסגת מפרשנותה ולאמץ פירוש אחר שפותר את הקושי החוקתי, ובדרך זו לחסוך את הצורך בטיפוס עד לבית המשפט העליון. הפסיקה החוקתית של ערכאות הדיון משמשת בהקשר זה כעין מנגנון ייעוץ לרשויות האחרות באשר לחוקתיות של החלטותיהן. הן רשאיות כמובן להוביל את המחלוקת כל הדרך עד לפסיקה סופית בבית המשפט העליון, אך ביכולתן גם להסתפק במסרים מן השלבים הראשונים של הליטיגציה כדי לשנות את עמדתן ולהסיר את הקושי החוקתי כבר אז. כאשר הן עושות כך, בעיית הוודאות נפתרת מבלי שיהיה צורך להמתין להגעת העניין לבית המשפט העליון. אגב, עידוד פרקטיקה כזו אצל הרשויות האחרות מהווה טעם נוסף לכך שחשוב להסמיך ולעודד את ערכאות הדיון לבטל חקיקה בפועל, ולא רק להצביע על קשיים חוקתיים מבלי להורות על הסרתם: ביטול החוק בפועל מטיל על הרשות נטל מיוחד של התמודדות עם הקושי החוקתי, שאינו קיים בהכרח במקרה של סעד רך יותר.

## שוויון

טענה קרובה לטענת הוודאות מעוררת את הקושי שבקיומן של תוצאות חוקתיות שונות לאנשים דומים מבחינה משפטית. מצב זה מתאפשר מפני שבשיטה הביזורית ייתכן שאותו חוק ממש יימצא כלא-חוקתי ובטל על ידי בית משפט אחד, וכחוקתי ותקף על ידי בית משפט אחר. זו תופעה מתבקשת משום שהניתוח החוקתי עשיר בשאלות ערכיות ובאיזונים עדינים – במקרה של פסקות ההגבלה בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, מדובר בפירוש מושגים כמו "ערכיה של מדינת ישראל", "תכלית ראויה" ומידתיות. שופטים סבירים עשויים להגיע בתום לב למסקנות סותרות ביישום המושגים הללו (גם שופטי בג"ץ עצמם נחלקים לעתים בעתירות חוקתיות), וכך להביא למצב בו בעלי דין שהם זהים לעניין החוק המדובר מקבלים יחס שונה – כלומר, תיווצר ביניהם הפליה.

גם כאן התשובה הפשוטה תזכיר שזהו המצב למעשה בכל תחום במשפט שמטופל מראשיתו על ידי ערכאות דיון. הנתון המוסדי של ביזור מערכת המשפט מניח מידה מסוימת של יחס לא שוויוני. השיטה מקבלת מצב זה מטעמים פרגמטיים – בהינתן גודל מסוים של אוכלוסיה וכמות מסוימת של תיקים, אין ברירה אלא להפקיד את סמכות השפיטה בידי שופטים רבים ובתי משפט נפרדים. הדבר מביא לפיצול בתוצאות השפיטה, ובהנחה שניתוב התיקים לשופטים שונים בבית משפט נתון הוא אקראי, המשמעות היא לכאורה שהמזל ולא הדין הוא שקובע את תוצאת המשפט.[[108]](#footnote-108) מענה מסוים של שיטת המשפט לחשש זה מצוי במוסדות הערעור והתקדים, המבטיחים שלפחות לאורך זמן האי-שוויון יצומצם והפערים בין השופטים השונים ובתי המשפט השונים ייעלמו. מענה זה חל כמובן גם בהקשר של הביקורת השיפוטית הביזורית.

אך גם בהקשר השוויון אני מבקש להדגיש דווקא את חשיבות השוני בתוצאות השיפוטיות למודל הדמוקרטי של ההליך החוקתי. ההבדלים בשפיטה החוקתית בין הערכאות המבוזרות נתפסים בראייה הדמוקרטית כמקור חיוני לחשיפת קשיים, מחלוקות, עמדות ופתרונות בשאלה שעל הפרק. זהו "מחיר" שראוי לשלם כדי למצות את הפוטנציאל הדמוקרטי מן השפיטה החוקתית, משום שבלעדיו לא תתפתח דינמיקה התדיינותית, לא יתרחש תהליך של ביקורת ולמידה, ולא ימומש האידיאל הפלורליסטי. את ציפייתו של הפרט המתדיין להגינות בהליך יש לממש אפוא באמצעות הבטחת הגינותם של התנאים הדיוניים עצמם – שימור זכות הגישה לערכאות, זכות הטיעון, החשיפה לראיות, היכולת לחקור עדים ולערער על אמינותם, שופט נטול פניות המנמק החלטותיו וכן הלאה. אם כל מתדיין מקבל את מלוא הזכויות הדיוניות הללו, הרי שמתקיים שוויון (אקס אנטה) בין מתדיינים, גם אם התוצאות של משפטיהם שונות (אקס פוסט).[[109]](#footnote-109)

## יעילות

טיעון נפוץ בזכות המודל הריכוזי הנו החסכון שהוא מבטיח במשאבי התדיינות. במקום ניהול ליטיגציות רבות בערכאות הדיון השונות עד שהשאלה החוקתית תוכרע לבסוף בבית המשפט העליון לכשיגיע אליו ערעור מתאים, השיטה הריכוזית מאפשרת הבאה מיידית של השאלה לבית המשפט הגבוה. כך נחסכים כל המשאבים הנדרשים להעלאת טענות חוקתיות חוזרות בערכאות הדיון, לטיעון ביחס אליהן, להכרעה בהן, ולערעור עליהן.

טיעון היעילות הזה משכנע בעיקר על רקע המודל הבג"צי הקיים כיום בישראל, בו העניינים החוקתיים מובאים ישירות לבית המשפט העליון על ידי העותרים עצמם. לא ברור שהוא משכנע באותה מידה ביחס למודלים הריכוזיים הקלאסיים – אותם מבקשות רוב ההצעות הנוכחיות לחקות – המורים לערכאת דיון שמתעוררת בה שאלה חוקתית להקפיא את ההליך, להפנות את הנושא לפורום הריכוזי, ולהמתין להכרעתו העקרונית טרם פסיקה בתיק המסוים. מובן שהליך כזה כרוך בעיכוב הדיון בערכאה הנמוכה, ועלויותיו של עיכוב כזה בצדו.

עדיין, מרגע שפוסקת הערכאה הריכוזית בשאלה החוקתית העקרונית, הדבר אמור למנוע התדיינויות נוספות בערכאות הדיון על אותה שאלה ובכך לחסוך משאבים מסוימים לבעלי הדין ולמערכת המשפט. אלא שתובנה זו חלה על כל תחום במשפט, וככל שהתשובות שהוצעו לעיל להבחנה בין התחום החוקתי לתחומי המשפט החוקתי עומדות, לא ברור מדוע היעילות מצדיקה ייחוד התחום החוקתי דווקא לבית המשפט העליון, ולא תחומים אחרים שהשפעתם על הוודאות בדין ועל עלויות ההתדיינות גדולה גם כן, אך שהערך הדמוקרטי שבקיום התדיינות ציבורית אודותיהם הוא אולי פחוּת. ככלל, "יעילות" היא קריטריון חמקמק בהקשר זה, שכן מול העלות הנוספת עלינו להעריך את התועלת החברתית שתיצמח מאימוץ המודל הביזורי, ובכלל זה את היתרון שב**האטה** מסוימת בקצב הבירור של מחלוקות חוקתיות, כך שיתאפשר לציבור לעבד אותן, לגבש עמדות ביחס אליהן, ואולי להשתתף בתהליכים ההתדיינותיים שיובילו להכרעתן, בין בתוך בתי המשפט ובין מחוצה להם. ובעוד את צד העלות ניתן במאמץ מסוים לכמת במחיר כלכלי מדויק יחסית, הרי שאת התועלת הדמוקרטית שהוצגה במאמר זה קשה לכמת במדד דומה שיאפשר השוואה רצינית בין החלופות.

היבט אחר של יעילות שעשוי להיות מושפע מהעצמת המודל הביזורי על פני זה הריכוזי עניינו בשאלה כיצד להבטיח הזרמה אופטימלית של תיקים חוקתיים להכרעה תקדימית בבית המשפט העליון. כפי שהוסבר בהרחבה קודם לכן, המודל הביזורי אינו כופר בחיוניותה של הכרעה סופית בשאלות של תקפות חוקתית, אלא הוא שואף שהכרעה זו תבוא אחרי שנוהל שיח מפרה ומכבד על הסוגיה החוקתית, בין היתר דרך הליטיגציה בערכאות הדיון. חשש מסוים במודל ביזורי הנו שהעניין "ייתקע" בערכאות הנמוכות, ובגלל שיקולים פרטיים של בעלי דין שאינם מייצגים את אינטרס הציבור, לא יצליח לטפס להכרעה סופית בבית המשפט העליון, בין בכלל ובין בזמן המתאים. זהו אתגר מוכר בכל הקשר של הפקדת כוח ציבורי בידי גורם פרטי – כיצד להבטיח הלימה בין האינטרס הפרטי (במקרה זה, של בעלי הדין העושים לעצמם) לבין התועלת הציבורית (המתבטאת בהבאת העניין החוקתי בנקודת זמן אופטימלית להכרעה תקדימית).

כמובן, גם זו בעיה כללית של שיטת משפט מבוזרת שבה ההחלטה האם יהיה ערעור וייקבע תקדים נתונה בפועל בידי בעלי הדין. מכל מקום, ככל שהתחום החוקתי מצדיק יחס מיוחד בעניין זה, נדמה שהמענה לו צרי להיות מוסדי. כלומר, יידרש פיתוח של הליך כלשהו שיבטיח שבסופו של התהליך הביזורי שאלות חוקתיות חשובות יובאו להכרעה סופית של בית המשפט העליון (אם לא נפתרו בינתיים על ידי הרשויות האחרות), וזאת גם אם בעלי הדין עצמם בוחרים שלא לערער. ניתן לחשוב כאן למשל על מנגנון שיפעיל בית המשפט העליון של איתור ממוקד או של דגימה אקראית של תיקים חוקתיים המתנהלים בערכאות הדיון ו"משיכתם" לביקורת ערעורית; או על מתן סמכות שבשיקול דעת לערכאת הדיון להחליט על שליחת החלטתה לערעור בערכאה שמעליה. לחלופין ניתן לחייב את היועץ המשפטי לממשלה להתייצב בתיקים חוקתיים בערכאות הדיון, ולתבוע ממנו לייצג את אינטרס הציבור בין היתר בהקשר של הובלת ההליך להכרעה בערכאות הערעור.[[110]](#footnote-110) אמנם גם למדינה עשויים להיות אינטרסים סותרים בליטיגציה חוקתית כזו – על כך בתת-הפרק הבא.

## הגינות חלוקתית והמדינה כבעל דין

ביקורת משמעותית על המודל הביזורי מציגה אותו כמעצים באופן לא הוגן את כוחה של המדינה בליטיגציות חוקתיות. הטיעון מבוסס על אופיה של המדינה כ"שחקנית חוזרת" ברבים מההליכים בנושאים חוקתיים, מה שמאפשר לה להתנהל באופן אסטרטגי על פני סדרה ארוכה של תיקים. זאת בניגוד לבעלי הדין המבקשים את הביקורת השיפוטית, שהם בדרך כלל "שחקנים חד-פעמיים" – יחידים הטוענים לפגיעה קונקרטית בזכויותיהם בהליך בודד.[[111]](#footnote-111) בגלל הפער המובנה הזה, המדינה בהליך הביזורי יכולה לכאורה לבחור בכל מקרה ומקרה כיצד לנהוג לאחר ההחלטה השיפוטית.

כך, אם התקבלה הטענה לביקורת שיפוטית ונקבע שהחוק בטל, המדינה יכולה על פניו לבחור לערער, או שלא לערער. המדינה צפויה לערער אם היא סבורה שסיכויי ההצלחה של ערעורה גבוהים (למשל אם הטענה היתה קלושה, או אם בערכאת הערעור יושבים שופטים שמרנים יותר, וכדומה), וכך יתאפשר לה לעגן תקדים שיאשר את חוקתיות החוק. אך המדינה עשויה לבחור גם שלא לערער על ההחלטה החוקתית – אם למשל היא חוששת מפני אישורה בערכאות הערעור. במצב כזה המדינה יכולה לקבל על עצמה את התוצאה ככל שהיא חלה כלפי בעל הדין המסוים, ולהמשיך ולקיים הפירוש החוקתי שלה (שנדחה במקרה המסוים), ביחס לכל המקרים האחרים שלא נדונו בבית המשפט. כך נהגה כמדומה המדינה בפרשת הנדלמן, וקיימות ראיות לכך שזו דרכה של המדינה גם בענפים אחרים של המשפט הציבורי, למשל בתחום ההגירה.[[112]](#footnote-112) בדרך זו מונעת למעשה המדינה את האפשרות שביטול החוק בערכאת הדיון יהפוך לתקדים בערכאת הערעור.

אם לעומת זאת ערכאת הדיון דחתה את הטענה לביקורת שיפוטית וקבעה שהחוק תקף, המדינה לא תוכל לערער. הפעם בעל הדין שהפסיד בטענה החוקתית הוא שעשוי לערער. אלא שגם כאן למדינה יש יכולת למניפולציה אסטרטגית: אם היא סבורה שסיכויי הערעור של בעל הדין נמוכים, היא תטען בערעור בציפייה לניצחון ולעיגון תקדימי של הישגהּ מערכאת הדיון. אם, לעומת זאת, המדינה חוששת שהטענה החוקתית היא בעלת סיכוי טוב בערעור, הרי שבכוחה לסגת גם בשלב זה – אחרי מתן פסק הדין בערכאת הדיון – מעמדתה המקורית, להקנות לבעל הדין את הזכות שנשללה ממנו (כדין, לפי קביעתה של ערכאת הדיון), ובדרך זו לבטל את אפשרות הערעור.

לפי ניתוח זה, בשיטה הביזורית המדינה היא זו שתמיד תקבע האם ומתי תיקים חוקתיים יגיעו אל ערכאות הערעור ואל בית המשפט העליון. אם זה כך, הרי שהדרך היחידה לכאורה של יחידים להביא שאלות חוקתיות עד לבית המשפט העליון הינה ניהול כמות גדולה מספיק של תיקים, עד כדי כך שתיווצר "מסה קריטית" של החלטות חוקתיות שיגרמו בסופו של דבר למדינה לבקש גם כן הכרעה סופית-תקדימית לכאן או לכאן. אלא שניהול של תיקים מרובים אינו רלוונטי לנפגעים פרטיים (שבהגדרה מעוניינים רק בהליך שלהם), והוא נטל מכביד מאוד מבחינה כלכלית גם על ארגוני חברה אזרחית שמעורבים בליטיגציות רבות. אכן אין זה מפתיע שארגוני זכויות אדם משקיעים את עיקר מרצם בתחום החוקתי בעתירות ישירות לבג"ץ ולא בייצוג בעלי דין עם טענות חוקתיות בערכאות הדיון השונות. בוודאי בהינתן סיכוייה הנמוכים של טענה חוקתית בערכאות הדיון כיום, ההשקעה בהליכים "מצטברים" אלה אינה משתלמת כלל לארגון שמשאבי ההתדיינות שלו מוגבלים, בעוד הליך אחד לבג"ץ שעלותו ההשוואתית זניחה יכול לשנות באחת הסדר חוקתי שלם. לעומתם, המדינה כבעלת דין – שלרשותה "צבא" של פרקליטים מיומנים שתגמולם אינו מותנה בכמות התיקים עליהם הם עובדים – נהנית מיתרונות מובהקים לגודל ומעלות שולית נמוכה ביותר בניהול כל הליך והליך. מכאן שגם הצורך לנהל הליכים רבים הופך את השיטה הביזורית לשיטה מוטה נגד עותרים "קטנים" ולטובת משיבים "גדולים".

יש להבהיר ראשית את גבולותיו של הטיעון הזה: הוא רלוונטי רק לאותם מקרים בהם הטענה החוקתית מועלית בהליך שהמדינה צד לו. היות שבערכאות הדיון רבות מהטענות החוקתיות מועלות בתקיפה עקיפה, הדבר יכול להתרחש גם בהליכים אזרחיים בין צדדים פרטיים, כאשר אחד מהם טוען לאי-חוקתיות של החוק שבשמו טוען בעל הדין שכנגד. במקרים אלה המדינה נמצאת ברקע הסכסוך כיוצרת הנורמה השנויה במחלוקת, אך היא אינה צד מובנה בהליך, ולכן אין לה שליטה על בחירת התיקים שיטפסו במעלות הערעור. כזכור זה היה המצב, בין היתר, בעניין בנק המזרחי המקורי, שהיה בבסיסו סכסוך חוזי בין נושים בנקאיים ולווים פרטיים (שנהנו מחוק מיטיב). במצבים כאלה, שני הצדדים הם באופן טיפוסי שחקנים חד-פעמיים שגורל ההליך המסוים משמעותי עבורם, ולכן קיים בהם חשש פחוּת מהטיה חלוקתית טבועה של ההליך לטובת הצד המגן על חוקתיות החוק.

יחד עם זאת, הביקורת החלוקתית היא עדיין משמעותית בנסיבות רבות, ולמודל הביזורי אין מענה מלא עבורה. בניגוד לביקורות הקודמות שנדונו, זו גם ביקורת שנוגעת באופן מיוחד לתחום החוקתי, שכן תחום זה עוסק במקרים רבים בטענות להפרה מדינתית של זכויות הפרט ולכן קיים בו באופן תדיר פער כוחות מובנה בין הצד הטוען לביקורת שיפוטית לבין הצד המתנגד לה.

תשובה חלקית לביקורת זו עשויה לבוא מכיוון המשפט המנהלי וחובות ההגינות המוטלות על המדינה בהתנהלותה כבעלת דין: ניתן לתהות האם התנהלות אסטרטגית מן הסוג שתואר, שבבסיסה התייחסות שונה למקרים דומים, יכולה להיחשב פרקטיקה שלטונית סבירה. אף שהצעתי לעיל לדחות את טיעון השוויון בכל הנוגע לתוצאות **שיפוטיות** שונות, לא ברור שאותה עמדה צריכה לחול על הרשות המבצעת. בעוד השונוּת בתוצאות השיפוטיות היא תוצאה בלתי נמנעת של המבנה המבוזר של המערכת ושל עקרון העצמאות השיפוטית של היושב בדין; הרי השונוּת בהקשר המנהלי נובעת מאסטרטגיה תועלתנית מכֻוונת של הרשות, אשר קובעת את יחסה לאנשים השונים לפי התוצאה המקרית במשפטם. ניתן לכאורה לתבוע מן המדינה לאמץ כלל אחיד, למשל שנסיגה מעמדתה ביחס לאדם מסוים מחייבת עדכון העמדה המערכתית גם ביחס לכל יתר האנשים הנמצאים במצבו.

אך דומני שתשובה שתהיה מספקת באמת לבעיה החלוקתית המתעוררת במודל הביזורי חייבת גם כן להיות מוסדית: ייתכן ששיטה ביזורית אפקטיבית צריכה בצדה גם מנגנונים שישיגו איזון מסוים בין צדדים שאינם שווים במשאבי ההתדיינות שלהם. כך למשל ניתן לחשוב על חקיקה שתחייב את המדינה לערער אם הפסידה בשאלה חוקתית (או, מה שסביר יותר, אם הפסידה באופן סדרתי מספר נקוב של פעמים – למשל חמש), ובדרך זו לוודא שהאפשרות להפיכת הביקורת השיפוטית להלכה מחייבת לא נחסמת בשורות המנהל. אנלוגיה מועילה בהקשר זה יכולה להילקח מדיני העונשין, שם הטלת עונש מוות מובילה לערעור אוטומטי, ללא קשר לרצונו של הנדון.[[113]](#footnote-113) ביקורת שיפוטית היא כעין "עונש מוות" לדבר חקיקה – ורצוי שגם היא תתברר בערכאה נוספת, אך לא לפני שעברה את שלב הדיון.

חידוש מוסדי אחר שיועיל לאיזון הפערים החלוקתיים בין הצדדים יכול להיות הקמתה של קרן ציבורית לתמיכה בליטיגציות חוקתיות בערכאות הדיון – במודל מקביל אולי לקרן למימון תובענות ייצוגיות.[[114]](#footnote-114) הסדר כזה ימתן את פער הכוחות בין המדינה טועני הטענות החוקתיות. בה בעת, מנגנון כזה יסייע גם במיתון אי-השוויון בין שני סוגים של בעלי דין המעוררים טענות חוקתיות במסלול הביזורי: בעלי דין מבוססים, שהעלות של ליטיגציה ממושכת בכמה ערכאות לא תרתיעה אותם מקידום הטענה החוקתית (דוגמת הבנקים בפרשת **בנק המזרחי**), ובעלי דין חלשים, שהגישה הזולה לבג"ץ אפשרה להם להיות שחקנים משמעותיים בזירה החוקתית, ושהעלות של ניהול הליך ממושך ורב-שלבים עשויה להיות פרוהיביטיבית עבורם. המאמר הנוכחי אינו המקום המתאים לפיתוח מפורט של חלופות מוסדיות אלה. חשיבותן כאן בהדגמת האפשרות העקרונית לתת מענה גם להשלכות החלוקתיות של הביקורת השיפוטית הביזורית.

## מדוע בג"ץ אינו הפתרון?

לבסוף, ניתן לתהות האם המאפיינים המוסדיים הייחודיים של בית המשפט העליון הישראלי בשבתו כבית משפט גבוה לצדק אינם יכולים לספק את מרבית התנאים שהתיאוריה הדמוקרטית של ההליך החוקתי מבקשת למצוא בערכאות הדיון. אמת, בג"ץ הוא כעין ערכאת דיון חריגה – ערכאה ראשונה אליה מגיעים באופן ישיר ובעלות נמוכה יחסית אלפי עותרים בשנה, וכל עתירה מן האלפים מסתיימת בפסק דין מנומק. בג"ץ מקיים אפוא את תנאי הריבוי שהנו מאפיין מרכזי של המודל הביזורי. הגישה הזולה והזמינה אליו וסדרי הדין הרכים המופעלים בדיוניו מאפשרים קיומה של דינמיקה התדיינותית ערה יחסית, לא אחת בהשתתפות אזרחים "מן השורה" הטוענים לעצמם (בין לצד פרקליטיהם ובין ללא תיווך מקצועי כלל) ומגיעים מכל שדרות החברה. בג"ץ גם יושב ככלל בהרכבי שלושה שאינם כובלים זה את זה בהחלטותיהם.[[115]](#footnote-115) נתון זה עשוי לאפשר – בבית משפט המונה חמישה עשר שופטים, ואשר כולל גם אפשרות לדיון נוסף – גיוון תוצאתי אפילו בין ההרכבים השונים לבין עצמם, במידה שתאפשר אולי תהליכים של נסיינות וביקורת. הייתכן שבמדינה קטנה יחסית כמו ישראל, די בבג"ץ כדי לספק את דרישותיה של חוקתיות דמוקרטית, ואין צורך לשאת בעלויות השונות הכרוכות בהפעלת שיטה ביזורית?

אין לפסול את האפשרות שהתפתחות מאפייני ההתדיינות בבג"ץ לאורך השנים – צמצום חסמי הגישה, העלייה בשיעור העתירות, הגדלת מספר השופטים – יוצרת פוטנציאל לדינמיקה דמוקרטית בהליכים החוקתיים שבבית המשפט העליון. אלא שבפועל זו אינה נטייתו של בית המשפט. ראשית, אף שבית המשפט העליון פורמאלית אינו מחויב בתקדימיו, התרבות המוסדית שהתפתחה בו מאז קום המדינה משקפת נטייה חזקה לציות לתקדימים קיימים ורתיעה מפני סטייה מן השורה,[[116]](#footnote-116) כך שריבוי הרכבי-שלושה בדרך כלל אינו מייצר ריבוי של קולות שיפוטיים. חשוב מכך, בעשורים האחרונים, בהם החל בית המשפט לעסוק באינטנסיביות בסוגיות חוקתיות, גברה במידה משמעותית העדפתו להתכנס במותבים מורחבים. מגמה זו מופיעה בהקשרים מגוונים, והיא נפוצה במיוחד בעתירות שמצליחות להצביע על קושי חוקתי רציני.[[117]](#footnote-117) הטעם לכך מובן, והוא מבטא את ההיגיון הריכוזי הדומיננטי של השיטה הקיימת: ביטול חוק נתפס כמעשה כה חריג, ה"מגרד" את גבולות הלגיטימיות של בית המשפט, שרצוי שתינתן לו גושפנקה רחבה ככל הניתן. לגישה זו הצטרפה נטייתו של בית המשפט העליון, לפחות בתקופת נשיאותו של אהרן ברק, לשאוף לפסקי דין בהסכמה רחבה, כך שחילוקי דעות בין השופטים יטושטשו ואמון הציבור בהחלטה יגדל.[[118]](#footnote-118) יוצא שבתחום החוקתי לפחות, בג"ץ אימץ מאפיינים של ערכאה ריכוזית טיפוסית, ודווקא הפוטנציאל הדמוקרטי שמייחד את סדרי הדין שלו אינו בא לידי ביטוי. כפי שראינו, זה גם האופן בו מדומיין תפקידו בחזונות החוקתיים השונים שהוצעו לישראל.

יתר על כן, אף שבג"ץ הוא בעל מאפיינים מוסדיים ייחודיים שעשויים לדמותו למערכת דיונית מבוזרת, עדיין אין לו את מלוא המאפיינים המייחדים את ההליך בפני ערכאות הדיון. בג"ץ אמנם מעדיף לדון בעתירות חוקתיות קונקרטיות,[[119]](#footnote-119) אך גם כשהוא עושה זאת לא מתקיימים בו הליכים רגילים של גביית ראיות וחקירת עדים. הדבר מטשטש את האופי הנסיבתי של הדיון המשפטי שהוא עורך, ואכן הורגלנו לקרוא בפסקי הדין שלו פרקים נפרדים של "מסגרת נורמטיבית" ושל "יישום לעובדות המקרה". בג"ץ עוסק בקביעת תקדימים, ולכן נדרש בהכרח לחשוב גם במונחים כלליים ומופשטים כשהוא פוסק בשאלות חוקתיות. ההליך בערכאת הדיון מעוגן הרבה יותר בעובדות המקרה, הן משום שהאופן בו מוצגות בפניה הטענות המשפטיות מושפע מנתוני ההליך (כולל מקום ההתדיינות וזהותם של הפרקליטים המייצגים את בעלי הדין המגוונים), והן משום שתוצאת ההליך חלה בראש ובראשונה על הצדדים עצמם. ההקשריוּת המאפיינת את השפיטה בערכאות הדיון, ועלות הטעות הנמוכה הטבועה בהחלטותיהם, מאפשרות להם להיות יצירתיים ונסייניים יותר מאשר בית המשפט העליון, אפילו הוא יושב בהרכב מצומצם.

# ביקורת שיפוטית ביזורית: היבטים יישומיים

אם עלה בידי לשכנע בחיוניות העצמתה של הביקורת השיפוטית הביזורית לשיטה החוקתית הישראלית, הרי שהדבר מעורר שורה של שאלות מעשיות באשר לאופן הפעלתה בתנאים הקיימים. בפרק זה אני מבקש להתייחס לכמה מההיבטים היישומים שהביקורת השיפוטית הביזורית מעוררת, בתקווה שיהיה בכך כדי לסייע בהפעלתה למעשה, ולא רק להלכה.

## איך להשיג את המטרה?

כזכור, שיטת הביקורת השיפוטית הישראלית כוללת להלכה את היסוד הביזורי. הקושי נובע מכך שהשחקנים השונים המעורבים בהליך החוקתי – בדגש על שופטי ערכאות הדיון ועל בעלי הדין והמייצגים אותם – התרגלו לדומיננטיות של המשטר החלופי, הריכוזי, והם אינם מממשים את האפשרות הביזורית, בין כי הם סוברים שהיא אינה זמינה להם למעשה, ובין כי הם נרתעים מהפעלתה. האתגר הראשוני הוא אפוא לשנות את התפיסות הקיימות ולעודד את השימוש במסלול הביזורי. ניתן להשיג מטרה זו בכמה דרכים, המשקפות רמות שונות של אקטיביזם חוקתי.

**ביטול הביקורת השיפוטית הריכוזית**. המהלך הקיצוני ביותר הוא כמובן ביטול היסוד הריכוזי במערכת החוקתית הישראלית, כלומר שלילת סמכותו של בג"ץ – בג"ץ בלבד – לבצע ביקורת שיפוטית חוקתית, תוך הותרת הסמכות הקיימת למסלול הביזורי המתחיל בערכאות הדיון ומסתיים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לערעורים. מהלך כזה חייב להתבצע בתיקון חוק-יסוד: השפיטה, שהוא הקובע את סמכות בית המשפט העליון,[[120]](#footnote-120) והוא יכול לחול על כל תחומי הביקורת השיפוטית, או רק על סוגים מסוימים של עניינים שהכנסת תראה לנכון להעבירם למסלול הביזורי, בדומה למהלך שנעשה עם הקמת בתי המשפט לעניינים מנהליים. אין בכך קושי פורמאלי של ממש, שכן חוק-היסוד אינו משוריין מפני שינוי כך שהליך חקיקה רגיל יכול להביא לשינויו.

אך מובן שזה אינו תרחיש סביר, והוא כנראה גם לא רצוי. ביום בו הכנסת תתכנס לצמצם את סמכות הביקורת השיפוטית, ספק אם היא תעשה זאת רק כדי להעביר כוח מבית המשפט העליון לערכאות הדיון. מעבר לכך, בהתחשב בהתלבטות הקיימת בערכאות הדיון ביחס לסמכותן לבצע ביקורת שיפוטית גם כיום, ניתן לצפות שתיקון חקיקתי שישלול את הסמכות מבג"ץ יתפרש כמסר חמור עוד יותר נגד השימוש בה בערכאות הנמוכות. אמנם הכנסת יכולה כחלק מאותו מהלך לאמץ באופן מפורש את המודל הביזורי ולציין בחקיקה את הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית בערכאות הדיון ובמסלול הערעור; אך גם אפשרות זו נראית לא סבירה בתנאים הפוליטיים הקיימים – וכאמור אף טיוטה חוקתית שעסקה בנושאים אלה לא פנתה לכיוון הזה.

**פיתוח דוקטרינת-סף בבג"ץ**. החלופה הסבירה והמעשית יותר היא שבית המשפט העליון ייקח על עצמו את המשימה של העצמת ערכאות הדיון בתחום החוקתי. כפי שראינו, מכל הגורמים המעורבים בעניין, בג"ץ הוא אולי המוסד העקבי ביותר בהכרתו ביסוד הביזורי בשיטתנו. באמצעות עילת הסף בדבר קיומו של סעד חלופי, בוחר בג"ץ מעת לעת שלא לדון בעתירה ישירה ותחת זאת לשלוח את העותרים להעלאת הטענה במסלול הביזורי. אלא שקשה עדיין לחלץ דוקטרינה בהירה מהמקרים השונים בהם בחר בית המשפט העליון לעשות זאת. לעתים הרושם הוא שמדובר בטענה פעוטה או לא מבוססת מבחינה משפטית (כמו בפרשות הנדלמן או לקסר),[[121]](#footnote-121) ואולי בטענה שתתייתר עד להתבררותה בהליך הביזורי (כמו בפרשות לובל או עבייד).[[122]](#footnote-122) ברוב המקרים, עם זאת, בית המשפט העליון פשוט דן בטענה ומכריע בה לגופה, בין אם היא חשובה או מבוססת ובין אם היא שטחית או שולית.

אם יאמץ בית המשפט את הטיעון בזכות הביקורת השיפוטית, יהיה עליו לפתח דוקטרינת סף מפורטת ובהירה, שתסווג עתירות לפי קריטריון אשר יגדיר אילו מתאימות לבירור מיידי בפני הערכאה הגבוהה, ואילו מתאימות לטיפול במסלול הביזורי, לפי היתרון היחסי של כל אחת מהחלופות. מתבקש כאן למשל מבחן של דחיפוּת: עתירה חוקתית המעוררת בעיה בהירה ומיידית מצדיקה בירור דחוף בבג"ץ, בעוד עתירה חוקתית שמעוררת שאלת-רוחב שבירורה יכול ליהנות מתהליך ממוסד של עיון, דיון, ניסוי וטעייה – ראויה להישלח למסלול הביזורי.[[123]](#footnote-123)

מבחן אפשרי אחר יתבסס על מידת הקונקרטיות של הטענה החוקתית. אחד היתרונות של ערכאות הדיון הוא ביכולתן לגבש תשתית עובדתית עשירה ממנה ילמדו על אופן פעולתה של הנורמה החוקתית ב"שטח". הדבר מצדיק הפנייה אליהן של עתירות שטוענות לפגיעה קונקרטית בעלת היבטים מוחשיים בזכות או בהסדר חוקתי. תחת מבחן זה בג"ץ ידון בעצמו בעתירות המופשטות יותר – אלה שמוגשות למשל סמוך למעשה החקיקה או שמעוררות טיעון משפטי טהור שאינו מבוסס על עובדות מוחשיות. ניתן למשל להשוות במונחים אלה שניים מפסקי הדין החוקתיים הבולטים של הנשיאה ביניש: ביטול "חוק טל",[[124]](#footnote-124) וביטול ההפרטה של סמכות המאסר.[[125]](#footnote-125) במקרה של חוק טל, פסק הדין התבסס על עיון מדוקדק בתוצאות המאמצים לגייס תלמידי ישיבות ולשלבם בשוק העבודה. ניתן לטעון שאת התשתית העובדתית המורכבת הזו ראוי היה לגבש בהליך אדברסרי קלאסי, בו יוצגו ראיות ותינתן הזדמנות לחקור את העדים על תצהיריהם. זהו הליך שיכול היה להתנהל בערכאות הדיון, אך אין לו מקום בבג"ץ. במקרה של בית הסוהר, לעומת זאת, העתירה הוכרעה על יסוד טענות מופשטות לגמרי, מבלי שהוצגה ומבלי שנדרשה כל תשתית עובדתית מוחשית; אכן, בית הסוהר המופרט עוד לא אוכלס כאשר ניתן פסק הדין שאסר על הפעלתו. דעת המיעוט באותו עניין, של השופט לוי, סברה שניתן יהיה להכריע בעתירה רק לאחר התגבשותה של תמונה עובדתית-תוצאתית על ההשלכות בפועל של הפרטת המאסר. סוג כזה של בירור, אילו נדרש, היה מתאים לערכאות הדיון.

יצוין שעילת הסף של בשלות העתירה, שהופעלה לאחרונה בכמה פסקי דין כדי למנוע דיון מוקדם מדי בעתירות חוקתיות,[[126]](#footnote-126) פועלת פעולה דומה – אלא שבמקום להזמין את העותרים לשוב לבג"ץ בהמשך הדרך, ראוי להפנותם לפי המודל הנוכחי להתדיינות בערכאות הנמוכות.[[127]](#footnote-127)

קריטריון נוסף, מורכב יותר להפעלה, יכול להיות הרגישות הפוליטית או החברתית של הסוגיה. אף שהנטייה הרגילה היא לחשוב שראוי לסוגיות רגישות להתברר במוסד הבכיר והמכובד ביותר,[[128]](#footnote-128) הטיעון של מאמר זה מוביל דווקא לכיוון ההפוך: סוגיות שמבטאות מחלוקת משמעותית בציבור הישראלי מצדיקות מתן הזדמנות להתדיינות נמשכת ב"עצימות נמוכה", ולא הכרעה חדה וסופית לצד זה או אחר, שסיכון הטעות שלה יכול להיות גורלי ממש. אחת האינדיקציות האפשריות למורכבות חריגה של הסוגיה היא מחלוקת משמעותית בין שופטי העליון עצמם ביחס להיבטים הערכיים של טענה חוקתית כלשהי. ניתן לחשוב למשל על שתי העתירות בנושא "איחוד משפחות",[[129]](#footnote-129) שהוכרעו בבג"ץ באופן חריג על חודו של קול (5-6), ואשר נגעו לסוגיה רגישה ביותר בציבור הישראלי, כמצדיקות הפניה לליבון איטי ומתמשך יותר בערכאות הדיון, במקום ההכרעה הסופית שנעשתה ישירות בבית המשפט העליון.

תועלתה של דוקטרינת-סף בהירה בעניין זה, שתציג מבחנים ידועים ותיישמם באופן עקבי, היא כפולה. ראשית, היא תשדר מסר לבעלי הדין היכן כדאי להם להציג את הטענה החוקתית הרלוונטית, ותחסוך בכך עלויות של הליכים מיותרים בפורום הלא נכון. שנית, וחשוב יותר, היא תספק לגיטימציה לערכאות הדיון לבצע ביקורת שיפוטית בתחומים המתאימים להן – לגיטימציה שבבירור חסרה כיום בתודעתם של רבים משופטי הערכאות הללו. לאורך זמן, יכול בית המשפט העליון לבדוק את הצלחת הקטגוריות שיתווה, ולעדכן את הדוקטרינה. במצב האופטימלי, יתנהל תהליך מצטבר בו יתווספו מעת לעת תחומים חדשים למסלול הביקורת השיפוטית הביזורית, ותפקידו של בג"ץ יצומצם רק לעניינים חוקתיים שיש הצדקה מיוחדת וחריגה להכריע בהם באופן מיידי וגורף.

**"אקטיביזם דיפרנציאלי".** דרך משפטית נוספת להרחבת תחומיה של הביקורת השיפוטית הביזורית הנה בעדכון התפיסות הקיימות בדבר היקף ההתערבות הרצוי של ערכאות הדיון בסוגיות של תוקף חוקתי; במלים אחרות – במידת "האקטיביזם השיפוטי" שראוי שינקטו. כיום, כאשר ערכאות הדיון נתקלות בטענה חוקתית, הן נוטות ליישם את כללי ההתערבות שפיתח בית המשפט העליון עבור עצמו, ובראשם זהירות מוקפדת בהפעלת סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית. למעשה, כפי שכבר צוין, נראה ששופטי ערכאות הדיון סבורים שעליהם להיות זהירים אף יותר מבית המשפט העליון בהפעלתה של הסמכות.[[130]](#footnote-130) זה אינו ממצא מפתיע בהתחשב במה שאפיינתי קודם לכן כנורמה מוסדית ופוליטית מושרשת נגד ביקורת שיפוטית ביזורית בישראל. אך זהו ממצא שראוי לתהות לגביו כעניין שבמדיניות, משום שהעלות הדמוקרטית שבביקורת שיפוטית בערכאת דיון נמוכה מזו שבביקורת שיפוטית בערכאות הגבוהות.

ניתן אפוא לנסח – ובית המשפט העליון יכול לפתח – דוקטרינה "דיפרנציאלית" של אקטיביזם שיפוטי, שתתיר לערכאות הדיון קצת יותר חירות בתחום הביקורת השיפוטית מאשר זו המותרת לו עצמו.[[131]](#footnote-131) אף שזו נשמעת עמדה לא-אינטואיטיבית, הרי במונחים של סיכון הטעות, עלות הטעות ושל פגיעה ברובניוּת הדמוקרטית – היא דווקא הגיונית. המשמעות המוסדית של גישה כזו תהיה עלייה בתדירות הביקורת השיפוטית החוקתית בערכאות הדיון, אך תוך הכרה בכך שרבות מן ההחלטות הללו תתבטלנה בערעור (בגלל הריסון העצמי המוגבר שיופעל בערכאות הגבוהות). מנקודת המבט של הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית זו תוצאה שאינה מעוררת קושי.

**גיבוש אתוס מקצועי**. אפשרות אחרת לעידוד הפנייה למסלול הביזורי אינה מתבססת על שינוי המשפט, אלא על שינוי בתרבות מוסדית. מנקודת המבט של השפיטה, ניתן לנקוט באמצעים "רכים" כדי לעודד את השופטים בערכאות הדיון שלא לחשוש מהפעלת סמכותם החוקתית. הימנעות מאמירות ביקורתיות מן הסוג שהופיע בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בערעור בעניין הנדלמן היא דוגמה לכך.[[132]](#footnote-132) למעשה, ניתן אף לתגמל שופטים שמכירים בחשיבותם לפיתוח השיח החוקתי – למשל בהליכי הקידום. זהו מסר חשוב, מפני שסביר לצפות משופט רציונאלי החרד למעמדו ולקידומו, שישאף לא להצטייר כ"עושה צרות" הנכון לבטל חקיקה. אם יונחל לשופטים שביקורת שיפוטית בערכאות הדיון אינה "צרה" אלא תופעה רצויה דווקא (כמובן ככל שהיא מנומקת ועומדת ביתר תנאי ההגינות הדיונית), הרי שמערך התמריצים הפועל עליהם עשוי להשתנות.

מנקודת המבט של הפרופסיה המשפטית, ראוי לתמרץ עורכי דין לקדם את המישור הביזורי. אמנם העלות של הכללת טענה חוקתית בטיעונים בהליך אזרחי או פלילי אינה גבוהה, ואכן בעלי דין מרבים לעשות זאת, לעתים לתפארת המליצה. אך האתגר הוא לרתום למערכה זו את עורכי הדין "הרציניים" ואת הארגונים העוסקים בייצוג משפטי אשר פיתחו מומחיות בניהול עתירות חוקתיות בבג"ץ. זה אתגר משמעותי, מפני שהמסלול הריכוזי זול יותר ויש בו הסתברות לדיבידנד מהיר ומשמעותי מבחינת עוצמת ההישג המשפטי והמוניטין הנלווה אליו. עבור עורך הדין, בחירה בנתיב הביזורי משמעה ניהול סדרה יקרה של מאבקים שההישג בהם הוא, במקרה הטוב, תוצאה מצטברת לאורך זמן. אך אם הקהילה המשפטית תתגמל במעמד וביוקרה דווקא את הבוחרים בדרך זו, ייתכן שיהיה בכך כדי לאזן במשהו את עלויותיה.

## תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה

אני מבקש כאן לחזור לנקודה שנרמזה בראשית המאמר. מקובל להניח, גם בפסיקת בית המשפט העליון, שביקורת שיפוטית ביזורית מתאפיינת בתקיפה עקיפה של חקיקה, בעוד הביקורת השיפוטית הריכוזית עניינה בתקיפה ישירה. במקרה של בג"ץ זהו איפיון שהוא ככלל נכון – ההליכים הנדונים בו הם בהגדרה עתירות של פרט נגד המעשה השלטוני, ובהקשר החוקתי מדובר בטענה לבטלותו של חוק. אך בהקשר הביזורי התמונה מורכבת יותר, וככל שהשיטה הישראלית תיטה – כפי שממליץ המאמר – לכיוון הביזורי, הרי שהיא תידרש להנחות באופן ברור את ערכאות הדיון לגבי סוגי ההליכים שבכוחן לנהל בתחום החוקתי.

**תקיפה עקיפה הגנתית**. מובן שההליך הטבעי להבאת טענה חוקתית בפני ערכאה נמוכה הנו בתקיפה עקיפה. הפרט נתבע בדין – בין בהליך פלילי ובין בהליך אזרחי – לקיים חובה כלשהי או לספוג סנקציה כלשהי, ולהגנתו הוא טוען שהחובה אינה חלה או שהסנקציה אינה תקפה משום שמקורהּ בחוק שאינו חוקתי. במסלול זה חייב בית המשפט לברר את תקפם של הדינים אותם הוא מתבקש להחיל, ופעולה זו עשויה לכלול גם מסקנה לפיה חוק כלשהו אינו מקיים את תנאי התוקף של חוק-היסוד שמעליו. חשוב לציין עם זאת שאין מדובר כאן בהפעלת "סמכות נגררת".[[133]](#footnote-133) סמכות נגררת מתירה לבית משפט להכריע בשאלה המצויה "בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר".[[134]](#footnote-134) שאלת תוקפו של חוק אינה מצויה בסמכותו הייחודית של בג"ץ; היא חלק מסמכותו של כל בית משפט לפרש את הדין שהוא נדרש ליישם ובמסגרת זו גם לקבוע את תקפו. אחת המשמעויות המעשיות של תובנה זו הינה, שביקורת שיפוטית שנעשית במסגרת ערעור בבית המשפט המחוזי היא קביעה משפטית שמהווה הלכה המנחה את בתי משפט השלום; זו אינה הכרעה "לצורך אותו עניין"[[135]](#footnote-135) בלבד.

**תקיפה עקיפה התקפית**. אפשרות התקיפה העקיפה ההגנתית בערכאות הדיון אינה חוסמת את הדרך גם לתקיפה חוקתית עקיפה המועלית על ידי יוזם ההליך – כלומר תקיפה עקיפה התקפית. אפשרות זו הוכרה זה מכבר בפסיקתו של בית המשפט העליון, ולמעשה זמינותה נתפסת כ"סעד חלופי" שעשוי לשלול גישה לבג"ץ.[[136]](#footnote-136) במקרה כזה תוגש לבית המשפט המוסמך תביעה אזרחית או עתירה מנהלית לקבלת סעד שנשלל על-יסוד החוק השנוי במחלוקת, ובמסגרת ההליך הזה יטען יוזמו גם נגד חוקתיות החוק. למעשה, זה היה המקרה בפרשת בנק המזרחי – שם תבעו הנושים השונים את המשקים החקלאיים למימוש חובותיהם, ובמסגרת ההליך טענו (כתובעים) ש"חוק גל" השולל את החוב אינו תקף. תקיפה כזו אינה מעלה קושי מיוחד מבחינת התחולה הנורמטיבית שלה, שכן זו תהיה רק על הצדדים להליך, בדומה לתקיפה עקיפה הגנתית. היא גם אינה מעלה קושי אנליטי או מעשי, כי מבחינת בית המשפט הדן בטענה המצב שקול לתקיפה עקיפה הגנתית, כשההבדל היחיד הוא בעל הדין המעורר את הטענה החוקתית.[[137]](#footnote-137)

**תקיפה ישירה**. אך מה באשר לתקיפה חוקתית ישירה בערכאות הדיון? האם ניתן לדמיין הליך שאינו עתירה לבג"ץ, אשר הסעד המבוקש בו הוא קביעה בדבר בטלות חקיקה ראשית? נדמה שאין מניעה עקרונית לכך. ראשית, הסמכתם של בתי המשפט המחוזיים לדון בעתירות מנהליות (וההצעה הקיימת להרחיב הסמכה זו גם לבתי משפט השלום)[[138]](#footnote-138) מלמדת שהמערכת מכירה באופן עקרוני ביכולת ההתמודדות של ערכאות דיון עם תקיפות ישירות של פעולות מנהליות, גם אם מדרגה נורמטיבית נמוכה יחסית.[[139]](#footnote-139) עם זאת, בהתחשב בהגדרות הסמכות הסטטוטוריות שלהם ניכר שבתי המשפט לעניינים מנהליים לא יוכלו לשמוע עתירות חוקתיות. החלופה המעשית יותר, הזמינה מבחינה דיונית, היא הגשת המרצת פתיחה נגד המדינה בבקשה לסעד הצהרתי שעניינו בטלות החוק.[[140]](#footnote-140) הליך מוצלח כזה יכול להוביל לתביעה אזרחית עוקבת למתן צו מניעה שיורה למדינה – שבהליכים אזרחיים היא ככל בעל דין[[141]](#footnote-141) – להימנע מאכיפת החוק הפסול.[[142]](#footnote-142)

כל בית משפט אשר דן בעניין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי כמו גם צו לא-תעשה;[[143]](#footnote-143) וקשה לראות מדוע עמדתו של בית המשפט העליון כי סמכות הביקורת השיפוטית של בג"ץ אינה שוללת את סמכות ערכאות הדיון בתקיפה עקיפה יזומה, לא תחול גם בתקיפה ישירה. אמת, לאור דיני הסמכות העניינית, תקיפה ישירה כזו תתאפשר בדרך כלל רק בבית המשפט המחוזי, מפני שבאופן טיפוסי יהיה מדובר בסעדים שלא ניתן לשום את שוויים.[[144]](#footnote-144) אם הדבר כך, הרי שבכל הנוגע לתקיפות ישירות הפוטנציאל הדמוקרטי של הביקורת השיפוטית הביזורית הוא מוגבל, כי אלה אפשריות רק בששת בתי המשפט המחוזיים.

המייחד את התקיפה הישירה במסלול הביזורי הוא שהסעד שניתן בה מופנה לכאורה כלפי המדינה או הרשות המנהלית באופן כללי, ולא נועד לזכות בעל דין מסוים דווקא. כאן מודל התחולה על הצדדים בלבד עשוי להתערער. אמנם מבחינת דיני התקדים, ההחלטה לא תחייב ערכאות אחרות (כל עוד לא אושרה כמובן בערעור בבית המשפט העליון). אך מבחינתה של הרשות – היא ניצבת בפני צו בעל תחולה כללית המורה לה להימנע מפעולה מסוימת. התייחסתי לעיל להיבטי המשפט המנהלי שהביקורת השיפוטית הביזורית עשויה לעורר, ולאפשרות שבכל מקרה המדינה נדרשת לקבוע מדיניות אחידה בעקבות החלטה חוקתית של ערכאת דיון, גם בתקיפה עקיפה.[[145]](#footnote-145) בתקיפה ישירה האתגר של הרשות גדול יותר. כמובן ביכולתה לערער – והיא מן הסתם תעשה זאת. אך האם יותר לה להמשיך להחזיק בעמדתה במקרים אחרים למרות הצו הישיר, עד להכרעה בערעור? גם אם מבחינה משפטית נראה שהתשובה היא שלילית, הרי מבחינת הגישה הדמוקרטית להליך החוקתי יש ערך בשימור האפשרות להתדיינויות חוזרות על אותה שאלה חוקתית טרם ההכרעה בערעור. מכאן, שעדיף שהכרעה בודדת של בית משפט מחוזי בתקיפה ישירה לא תסיים מניה וביה את תפקידן של ערכאות הדיון בפרשה, ורצוי שתחולתה תישמר לצדדים בלבד. התועלת הנותרת ממסלול התקיפה הישירה היא בכך שהיא מאפשרת גם לטענות חוקתיות ולטוענים חוקתיים שאינם יכולים להגיע לערכאה דיונית באמצעות אחד המסלולים העקיפים, להידון בפניה. הכרה באפשרות התקיפה הישירה בערכאות הדיון תבטיח שכל סוגי הטענות החוקתיות – גם אלה שלא יכולות למצוא ביטוין בתקיפה עקיפה – יוכלו לצעוד במסלול הביזורי.

## העלאת הטענה החוקתית

האם בית המשפט הדן בהליך פלילי או אזרחי רגיל רשאי לעורר מיוזמתו (sua sponte) שאלות של תוקף חוקתי, כלומר ליזום את הביקורת השיפוטית – אף אם איש מבעלי הדין לא עורר את הטענה? כמובן, שאלה זו אינה נוגעת למצבים של תקיפה ישירה, בהם העילה עצמה היא האי-חוקתיות הנטענת של החוק. אך כפי שראינו הביקורת השיפוטית הביזורית מתעוררת לרוב בתקיפה עקיפה, כך שייתכנו הליכים רבים בהם בעלי הדין יימנעו – בין בהעדפה מכוונת ובין שלא במודע – מלהטיל ספק בחוקתיות הנורמה העומדת בבסיס הליטיגציה. מה תפקידו של בית המשפט עצמו במצבים אלה?

בשיטות אופייניות של ביקורת שיפוטית ריכוזית, כמו גרמניה או איטליה, שופטי ערכאות הדיון אכן מוסמכים לעורר מיוזמתם קשיים חוקתיים – ולהפנותם לערכאה הריכוזית.[[146]](#footnote-146) אך זהו נתון מתבקש, שכן מדובר בשיטות המשויכות לרוב למסורת הקונטיננטלית-אינקוויזיטורית, בהן ממילא השופט הוא מנהל ההליך ולו סמכות רחבה להעלות עניינים עובדתיים כמשפטיים. השיטה הביזורית הוותיקה מכולם – זו הנהוגה בארצות הברית – אמנם משייכת עצמה למסורת האדברסרית, אך ההיסטוריה החוקתית שלה רצופה פסיקות הן בבית המשפט העליון והן בערכאות שתחתיו שקבעו הלכות חוקתיות מבלי שהטענה הועלתה על ידי בעלי הדין.[[147]](#footnote-147)

סביר שגם מבחינת המשפט הפוזיטיבי הישראלי לשופטי ערכאות הדיון מותר – ואולי אפילו חובה עליהם – לעורר מיוזמתם את השאלה החוקתית. הדבר מתבקש ראשית מן ההיגיון הפילוסופי שנהוג לייחס לשיטה הביזורית, מאז פסק דין *Marbury* לפחות, המניח שאי-חוקתיות שוללת את תוקפו של חוק, ומכאן שאין ליישמו בשום ערכאה ובשום הליך. אם הנורמה כלל "אינה חוק" (כי היא אינה עומדת בתנאי התוקף החוקתיים),[[148]](#footnote-148) הרי בית המשפט אינו רשאי להחילה, ורצון הצדדים אינו מעלה ואינו מוריד בעניין זה.[[149]](#footnote-149) במובן זה אי-חוקתיותו של חוק היא אנלוגית להעדרה של סמכות שיפוט עניינית: אם החוק לא הסמיך ערכאה מסוימת לדון בעניין מסוים, היא אינה רשאית לעשות זאת גם אם בעלי הדין מעוניינים בכך, ואכן במשפט הישראלי בית המשפט אמור לעורר מיוזמתו ספק בסמכותו העניינית.[[150]](#footnote-150) בית המשפט מוסמך אף לעורר מיוזמתו שאלות סף יסודיות נוספות, כמו קיומה של שפיטות מוסדית,[[151]](#footnote-151) או זהות הדין החל על העניין הנדון.[[152]](#footnote-152) אף שחזקת החוק(ת)יות חלה על החקיקה הישראלית ברמותיה השונות, ומעת לעת אמנם "ננזפות" ערכאות הדיון על העלאה יזומה של ספק באשר לתוקף הנורמה,[[153]](#footnote-153) הרי הגישה המקובלת בפסיקת בית המשפט העליון הנה שבית משפט רשאי לעורר טענה משפטית, אף אם לא הועלתה בידי בעלי הדין, אם הצדק מחייב זאת ויהיה בכך לקדם את טובת הציבור.[[154]](#footnote-154) קשה לחשוב על שאלה משפטית שנוגעת באופן עמוק יותר לצדק במשפט ולטובת הציבור מאשר האפשרות שהכנסת חוקקה חוק שסותר את החוקה הישראלית. כמובן, אם מחליט בית המשפט לעורר שאלה חוקתית, עליו לתת לבעלי הדין זכות טיעון בעניין לפני שיכריע.[[155]](#footnote-155)

## התייצבות המדינה

השיטה הריכוזית המבוססת על תקיפה ישירה בבג"ץ מבטיחה שבכל הליך חוקתי תיוצג בין היתר עמדת המדינה, באמצעות נציגי היועץ המשפטי לממשלה המשיבים לעתירה. הסדר זה מבטיח שההיבט הציבורי של השאלה החוקתית יקבל ביטוי בהליך המשפטי. גם בשיטה הביזורית המדינה (או רשות מרשויותיה) היא צד להליכים רבים – בראש ובראשונה כל ההליכים הפליליים, וכן ההליכים המנהליים למיניהם. תחומי משפט אלה מאופיינים בפגיעות תדירות בזכויות אדם ומכאן שניתן לצפות שרבות מהטענות החוקתיות במסלול הביזורי יופיעו בהם. יחד עם זאת מובן שטענות חוקתיות רבות עשויות להתעורר גם בהליכים אזרחיים שהמדינה אינה צד להם, ובמובן זה העניין הציבורי לא יקבל בהם ביטוי ממוסד כטיעון משפטי אדברסרי. זה אינו מצב שלילי בהכרח, שכן חלק מהמשיכה של המודל הביזורי מצוי גם ב"הפרטה" המסוימת של השיח החוקתי – באפשרות שהוא ינוהל בין בעלי עניין פרטיים, שעשויים להעלות טענות מקוריות ולחשוף נקודות מבט ייחודיות שאינן זמינות למעצבי הדין המדינתיים. מעבר לכך, גם בהליך אזרחי-פרטי המדינה כמובן "נוכחת", למצער בדמות השופט היושב בדין המפעיל את כוחה של המדינה ואמור לבטא בפסיקתו את ערכי היסוד של השיטה המשפטית. לבסוף, כזכור תוצאת ההליך המבוזר חלה בשלב הראשון רק על הצדדים עצמם, ובמובן צר זה הציבור אינו מושפע ממנה ישירות.

בה בעת, כפי שכבר נדון קודם לכן, הכרעות חוקתיות במסלול הביזורי עשויות להשפיע גם על אינטרסים ציבוריים ועל מדיניות האכיפה של המדינה. בוודאי כך כאשר הן מטפסות במעלות הערעור, אך גם לפני כן, בהתחשב בהשפעותיהן על דרישת היחס השוויוני של הדין. כידוע, במצבים אלה רשאי היועץ המשפטי לממשלה להתייצב מיוזמתו בהליך "ולהשמיע דברו".[[156]](#footnote-156) ייתכן שלאור חשיבותו של התחום החוקתי, ראוי ליצור מנגנון שיבטיח עדכון אוטומטי ליועץ המשפטי בכל מקרה בו נדונה שאלה של תוקף חוקתי בערכאות הדיון – כך שיוכל להפעיל את שיקול דעתו באופן מלא האם להתייצב בהליך, ולא יחמיץ תיקים בעלי עניין לציבור.[[157]](#footnote-157)

"שחקנית" חדשה יותר בתחום הליטיגציה החוקתית, לגביה אף נקבע בחקיקה כי יש להזמינה להתדיינות משפטית בשאלות של תוקף חוקתי של חקיקה ראשית, היא הרשות המחוקקת עצמה. סעיף 17(ג1) לחוק הכנסת, שנוסף בשנת 2008, קובע שבית משפט המוצא כי הוא "נדרש לברר את שאלת תוקפו של חוק, יזמין את הכנסת להתייצב בהליך, והיא תהיה רשאית להשמיע את טענותיה להוכחת תוקפו".[[158]](#footnote-158) מדברי ההסבר להצעת החוק,[[159]](#footnote-159) ומתיאור הרקע הפוליטי שקדם לחקיקתו,[[160]](#footnote-160) ניכר שהוא נוצר מתוך התפיסה (האופיינית) של הביקורת השיפוטית כאקט של בית המשפט העליון, ונקודתית לאור פסיקות מסוימות של בג"ץ שעוררו את חימת המחוקקים. למרות זאת, סעיף 17ג1 מנוסח באופן כללי וחל לפי לשונו על כל "בית משפט". המשמעות היא שגם בית משפט שאינו בית המשפט העליון, השוקל לבצע ביקורת שיפוטית במסלול הביזורי, נדרש לאפשר לכנסת לטעון לתוקפו של החוק.

מי אמור לצרף את הכנסת בפועל להליך? לפי לשונו, נראה שסעיף 17ג1 מטיל את האחריות והיוזמה בעניין זה על בית המשפט עצמו, משמצא שמונחת לפני שאלה חוקתית המצריכה הכרעה. עם זאת, בהידרשו לשאלה באופן אגבי בעניין **בהט**, בית המשפט העליון קבע שלפחות בתקיפות חוקתיות ישירות מוטל על העותר הנטל לכלול את הכנסת בין המשיבים לעתירה.[[161]](#footnote-161) אף שלא נקבעה הלכה באותו מקרה, בית המשפט העליון התייחס לאי-צירוף הכנסת כמשיבה בתקיפה חוקתית ישירה כעילת-סף שעשויה למנוע בירור של הטענה החוקתית המהותית.[[162]](#footnote-162) במסלולי התקיפה העקיפה העניין מעט מורכב יותר: בתקיפה עקיפה הגנתית – שהיא ההליך הטיפוסי לביקורת שיפוטית ביזורית – נראה שיהיה זה תפקידו של בית המשפט ליזום את הזמנת הכנסת, ולא ניתן לדרוש זאת מהנאשם (בהליך פלילי) או מהנתבע או המשיב (בהליך האזרחי), שכן לאלה אין ככלל סמכות או הזדמנות להוסיף בעלי דין.[[163]](#footnote-163) תקיפה עקיפה התקפית היא מקרה ביניים, שכן הטענה החוקתית מועלית על ידי יוזם ההליך, וניתן לכן לכאורה לצפות ממנו לצרף את הכנסת בין משיביו. אך זהו הסדר בעייתי, שכן הטענה החוקתית במסלול זה אינה תמיד חשופה בשלב ייזום ההליך – העלאתה עשויה להיות תלויה בין היתר בטענות ההגנה שמציגים הנתבעים ובמידת הסתמכותם על החקיקה השנויה במחלוקת. נראה אפוא שבכל סוגי התקיפה העקיפה, ראוי שהכנסת תזומן להליך הביזורי ביוזמת בית המשפט עצמו.

בפועל, למרות שמאז 2008 התעוררו בערכאות הדיון שאלות חוקתיות שהצריכו הכרעה מהותית,[[164]](#footnote-164) הכנסת כמעט אף פעם אינה מזומנת להופיע בהליכים אלה[[165]](#footnote-165) – לכאורה בניגוד להוראת החוק. אמת, זימון הכנסת להליכים אלה תעורר קושי מעשי: בניגוד ליועץ המשפטי לממשלה, לייעוץ המשפטי לכנסת אין מערכת ייצוג ענפה במחוזות השיפוט השונים, כך שהתייצבות הכנסת בהליכים הביזוריים תהיה אתגר מוסדי משמעותי, שיהיה צורך לתת לו את הדעת.[[166]](#footnote-166) כמובן, הכנסת (כמו המדינה) יכולה עדיין לבחור להתייצב רק בהליכים בעליון. זו תהיה בחירה מובנת מבחינה מוסדית, אך היא תשלול חלק מהפוטנציאל הנדיר לשיח ישיר בין האזרח לבין בית הנבחרים שלו, במסגרתו עשויים נציגי הכנסת להיחשף לתוצאות המוחשיות של פועלה החקיקתי.

# סיכום

השיטה החוקתית הישראלית היא מקרה ייחודי בנוף ההשוואתי. היא כוללת חוקה שאינה שלמה ואינה קשיחה, היא מערבת רכיבים מוסדיים היונקים ממסורות חוקתיות שונות, היא נתונה למחלוקות עיקשות על הנחות היסוד שלה ועל הלגיטימיות של המהלכים שעיצבו אותה, ועם כל זה עלה בידה להתפתח ולהתבסס בשני העשורים האחרונים באופן מרשים. אך הנושאים הבלתי-פתורים במערכת החוקתית הישראלית עדיין רבים, והסיכון שבהזנחתם לדינמיקות סטיכיות של תלות-במסלול הוא גדול. בהתחשב בכך, אלה דווקא התומכים במודל העליונות החוקתית והביקורת השיפוטית המתעצב בישראל מאז "המהפכה החוקתית" של תחילת שנות ה-90, נדרשים כעת להפעיל מחדש את הדמיון המוסדי, במטרה להפוך ההסדר החוקתי הישראלי להוויה שלה שותפים כל אזרחי המדינה ותושביה, ולא רק המעגלים המקצועיים והפוליטיים המעורבים בהפעלתו ובביקורת עליו. ערכאות הדיון במערכת המשפט הישראלית נדמות כזירה מתבקשת למיקום המהלך הזה, או לפחות חלקו. סמכותן (הקיימת) לביקורת שיפוטית ביזורית היא מנגנון זמין ומתוחכם שיכול להוות בסיס לדמוקרטיזציה של ההליך החוקתי. למעשה, השינוי הנדרש הוא בעיקרו תפיסתי, ופחות מוסדי-נורמטיבי. ביקשתי במאמר זה להועיל בקידומו.

1. \* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, [ori.aronson@biu.ac.il](mailto:ori.aronson@biu.ac.il). תודה לחבריי אריאל בנדור, ריבי וייל, שחר ליפשיץ ואדם שנער על הערותיהם. טיוטה של המאמר הוצגה בפורום שיתוף הפעולה בין בית המשפט העליון והאקדמיה הישראלית בספטמבר 2013. תודתי למשתתפי המפגש, ובמיוחד לשופט עוזי פוגלמן, על הערותיהם המועילות. תודה לדנה כהן ולדוד לסרי על עזרתם במחקר. [↑](#footnote-ref-1)
2. Alexander M. Bickel, The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics 16 (1962). [↑](#footnote-ref-2)
3. ראו Allan R. Brewer-Carías, Judicial Review in Comparative Law 127-35 (1989); Mauro Cappelletti, The Judicial Process in Comparative Perspective 133-35 (1989); Alec Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why It May Not Matter*, 101 MICH. L. REV. 2744, 2770-71 (2003). [↑](#footnote-ref-3)
4. בישראל: ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה. [↑](#footnote-ref-4)
5. בישראל, החלטות של בית המשפט המחוזי מנחות בלבד את בתי משפט השלום (ס' 20(א) לחוק-יסוד: השפיטה), אז ערכן התקדימי מוגבל. [↑](#footnote-ref-5)
6. ראו Víctor Ferreres Comella, Constitutional Courts and Democratic Values 5-9 (2009); Brewer-Carias, לעיל ה"ש , בעמ' 194-185; Cappelletti, לעיל ה"ש , בעמ' 146-136. [↑](#footnote-ref-6)
7. ראו Tom Ginsburg & Zachary Elkins, *Ancillary Powers of Constitutional Courts*, 87 Texas L. Rev. 1431 (2009). [↑](#footnote-ref-7)
8. ראו John Ferejohn & Pasquale Pasquino, *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, 82 Tex. L. Rev. 1671, 1677-78 (2004) [↑](#footnote-ref-8)
9. Hans H. Kelsen, General Theory of Law and State 268-69 (Anders Wedberg trans. 1945). [↑](#footnote-ref-9)
10. ראו Marbury v Madison, 5 U.S. 137, 177 (1803) (a legislative act contrary to the Constitution is not law); ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 417-416 (1995). [↑](#footnote-ref-10)
11. ראו Brewer-Carías, לעיל ה"ש , בעמ' 128 ("If the principle of constitutional supremacy is adopted the logical and necessary consequence is that the courts must have the power to decide which norm is to be applied when a contradiction exists between a particular law and the Constitution"). [↑](#footnote-ref-11)
12. ראו **הפדרליסט** מס' 78 (אלכסנדר המילטון), עמ' 391-390 (תרגום אהרן אמיר התשס"ב [1788]). [↑](#footnote-ref-12)
13. ראו Comella, לעיל ה"ש , בעמ' 47-45 (מתאר את ה-"relative autonomy of constitutional discourse", שמשחרר את הערכאות החוקתיות מכבלי השיח המשפטי הטיפוסי, ואת הערכאות המשפטיות מן הצורך לעסוק בשאלות של מוסר ומדיניות). [↑](#footnote-ref-13)
14. ראו למשל Patricio Navia & Julio Ríos-Figuera, *The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America*, 38 Comp. Pol. Stud. 189, 198-99 (2005). [↑](#footnote-ref-14)
15. ראו Víctor Ferreres Comella, *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism*, 82 TEX. L. REV. 1705, 1714-16 (2004). [↑](#footnote-ref-15)
16. ראו להלן בעיקר פרק ה(2). [↑](#footnote-ref-16)
17. ע"א **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-17)
18. **ס"ח** 1431, עמ' 178. [↑](#footnote-ref-18)
19. ת.א. (מח' ת"א) 2252/91, המ' 5025/92 **שירותי אשראי מסחרי (ישראל) נ' גבעת יואב – מושב עובדים**, פ"מ תשנ"ד(3) 243 (1994) (השופטת שטיין); בר"ע (מח' חיפה) 18/94 **כפר ביאליק כפר שיתופי נ' נחמיאס** (פורסם בנבו, 30.5.1994) (השופט ג'ובראן). [↑](#footnote-ref-19)
20. ע"א **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש , בעמ' 418 (ההדגשה הוספה). [↑](#footnote-ref-20)
21. ע"א **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש , בעמ' 568. [↑](#footnote-ref-21)
22. שם. [↑](#footnote-ref-22)
23. ראו למשל רע"פ 10687/02 **הנדימן עשה זאת בעצמך נ' מדינת ישראל**, פ''ד נז(3) 1 (2003) (דחיית בקשה למתן רשות ערעור על החלטת בתי הדין לעבודה לפיה איסור העבודה בשבת בחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 הנו חוקתי); בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.2.2010) (קבלת ערעור על החלטת בתי משפט השלום והמחוזי לפיה ס' 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 הוא חוקתי); ע"א 4737/06 **חסונה נ' רשות הפיתוח – מנהל מקרקעי ישראל**‏ (פורסם בנבו, 31.12.2012) (דחיית ערעור על החלטת בית משפט מחוזי לפיה ס' 8 לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד-1964 הוא חוקתי); בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 16.9.2013) (בצד עתירה לבג"ץ, קבלת ערעורים על החלטת בית המשפט לעניינים מנהליים לפיה ס' 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 הוא חוקתי). [↑](#footnote-ref-23)
24. ראו למשל בג"ץ 8424/01 **הנדלמן נ' נציב מס הכנסה** (פורסם בנבו, 30.9.2002); בג"ץ 2055/02 **עבייד נ' שר הבטחון** (פורסם בנבו, 12.12.2002); בג"ץ 7190/05 **לובל נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 18.1.2006); בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הבטחון**, פ"ד סב(1) 1, פסקה 31 (2006); בג"ץ 6972/07 **לקסר נ' שר האוצר**, פסקה 29 (פורסם בנבו, 22.3.2009); בג"ץ 6887/13 **קניאס נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 12.1.2014). [↑](#footnote-ref-24)
25. בג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש . כן ראו בג"ץ 6871/03 **מדינת ישראל נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נח(2) 943, 947 (2003) (בית הדין הארצי לעבודה מוסמך "לדון ולהכריע – מכוח סמכותו הנגררת, שלא בתקיפה ישירה – בשאלת תקפותו של []חוק"). [↑](#footnote-ref-25)
26. רע"א 3145/99 **בנק לאומי לישראל נ' חזן**, פ"ד נז(5) 385, 396 (2003). באותו מקרה קבע בית המשפט המחוזי באופן מנומק שהוא מוסמך לבצע ביקורת שיפוטית חוקתית, אך מצא שהחוק שעמד לבחינה (חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון מס' 2), תשנ"ו-1996) עומד במבחן החוקתיות. ראו ה"פ (מח' ת"א) 1276/96 **בנק לאומי לישראל נ' חזן** (פורסם בנבו, 10.3.1999). שאלת הסמכות נותרה אפוא בגדר הערת אגב, וממילא בית המשפט העליון אישר את ההחלטה לגופה ולא נדרש לה גם כן. [↑](#footnote-ref-26)
27. ראו למשל ע"ש (ת"א) 739/96 **יקירביץ' מנכ"ל משרד הבריאות**, פרק 14 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.9.1996) (סעיף 44א לפקודת הרופאים [נוסח חדש] תשל"ז- 1976); וע' (מח' י-ם) 6048/03 **כהן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 29.2.2004) (חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), תשכ"ט-1969); עב"ל 461/03 **עזרוב נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 2.9.2004) (§348(ב) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995); תיק ערעור (ביד"ר גדול) מס' 1-13-002793529 **פלוני נ' פלונית**, עמ' 24 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.4.2005) (ס' 53ב לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961); ב"ש (תעבורה רמלה) 408/06 **בשארה נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 (פורסם בנבו, 4.7.2006) (ס' 57א לפקודת התעבורה [נוסח חדש]); ת"א (שלום רמלה) 4012/05 **עיריית ראשון לציון נ' ברזילי,** עמ' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.7.2006) (ס' 8 לחוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), תשנ"ג-1992); ב"ש (מח' י-ם) 5291/08 ‏**אברג'יל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 16.10.2008) (חוק ההסגרה (תיקון מס' 6), התשנ"ט-1999); ב"ל (ב"ש) 4814-07-11‏ ‏ **ברקאי נ' המוסד לביטוח לאומי**, פסקאות 13-11 (פורסם בנבו, 19.3.2012) (ס' 150 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995); עת"מ (ב"ש) 21001-10-12‏ **טהנגס נ' משרד הפנים**, פסקה 10 (פורסם בנבו, 17.1.2013) (ס' 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954). [↑](#footnote-ref-27)
28. ראו למשל ה"פ **חזן**, לעיל ה"ש ; ה"פ (מח' ת"א) 1848/97 **יורשי מוסא חסונא נ' שר האוצר**, פסקות 11-10 (פורסם בנבו, 6.3.2006). [↑](#footnote-ref-28)
29. ראו למשל ב"ש (שלום כפ"ס) 2809/04 **סולטאן נ' משרד התשתיות הלאומיות** (פורסם בנבו, 16.8.2004); עת"מ (ת"א) 1817/08 **נייסשלוס נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, עירית כפר סבא,** עמ' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.07.2009) (דחיית הטענה החוקתית לגופה תוך קביעה שהחלטה אחרת היתה מחייבת העברת העניין לבית המשפט העליון); ה"פ (מח' חיפה) 18682-01-13 **כרמון נ' מעינות העמקים בע"מ**, פסקאות 19-18 (פורסם בנבו, 13.6.2013). כן ראו החלטת השופט מישאל חשין, יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, בעניין שאול מופז, מועמד בבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"מ 13/16 (25.12.2002), פסקה 13 ("בתפקידי כיושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית אינני רואה עצמי מוסמך להידרש לטענה כי חוק הכנסת חורג מהוראותיו של חוק יסוד ועל-כן לא אדון בטענה לגופה") (<http://tinyurl.com/jvs2wcc>). [↑](#footnote-ref-29)
30. ראו למשל ב"ש **בשארה**, לעיל ה"ש ; ע"ע 209/10 **וינברגר נ' אוניברסיטת בר-אילן**, פסקה 63 (פורסם בנבו, 6.12.2012). [↑](#footnote-ref-30)
31. ראו למשל בש"א (מח' י-ם) 553/03‏ ‏ **מדינת ישראל נ' נבילי** (פורסם בנבו, 18.6.2010); ע"ע **וינברגר**, לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-31)
32. ראו ת.א. **שירותי אשראי**, לעיל ה"ש ; בר"ע **כפר ביאליק**, לעיל ה"ש ; ת"פ (שלום ת"א) 4696/01 **מדינת ישראל נ' הנדלמן** (פורסם בנבו, 14.4.2003) (ס' 236ב1(ב) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]); ת"ק (פ"ת) 940/07 **תרוף נ' איבריה**, פסקאות 32-27 (פורסם בנבו, 8.7.2007) (ס' 10 לחוק התובלה האווירית, תש"ם-1980); ת"ק (עכו) 1457/07 **ענבר נ' איבריה** (פורסם בנבו, 20.11.2007) (ס' 10 לחוק התובלה האווירית, תש"ם-1980); ב"ל (נצרת) 1822/09 **ידינק נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 7.1.2010) (ס' 223(4) סיפא לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995); דר/150/07 (ביד"צ מח' דר') **התובע הצבאי נ' אדרי** (פורסם בנבו, 27.1.2010) (ס' 33א, 541 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955). [↑](#footnote-ref-32)
33. עם זאת, הביקורת השיפוטית שביצע בית הדין האזורי לעבודה ב-ב"ל **ידינק**, לעיל ה"ש , נהפכה בהחלטת בית הדין הארצי לעבודה ב-בר"ע (ארצי) 257/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' עזבון ידינק** (פורסם בנבו, 23.1.2012). [↑](#footnote-ref-33)
34. ראו בג"ץ 3434/96 **הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת**, פ''ד נ(3) 57, 66 (1996) ("עד שבית המשפט פוסל חוק, הוא חייב לשבת שבעה נקיים"). [↑](#footnote-ref-34)
35. ראו למשל ע"א (רשל"צ) 16/09 **כהן נ' מדינת ישראל – הועדה להטלת עיצום כספי,** עמ' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.10.2009). [↑](#footnote-ref-35)
36. כיום מעוגן הסדר זהה במהותו בסעיף 9 לחוק הסדרת העיסוק בייצוג על ידי יועצי מס, תשס"ה-2005, **ס"ח** 1978 עמ' 114. [↑](#footnote-ref-36)
37. בג"ץ **הנדלמן**, לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-37)
38. ת"פ **הנדלמן**, לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-38)
39. ת"פ (שלום ת"א) 4696/01 **מדינת ישראל נ' הנדלמן** (פורסם בנבו, הכרעת דין מיום 10.11.2003). ההרשעה בוטלה בהמשך והושתו תחתיה שעות שירות לתועלת הציבור (החלטה מיום 5.2.2004). [↑](#footnote-ref-39)
40. ע"פ (ת"א) 70597/04 **הנדלמן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.12.2005), פסקה 20 לפסק הדין. [↑](#footnote-ref-40)
41. הדס מגן ואיתמר לוין "ריבלין: 'המהפכה החוקתית' של אהרון ברק היתה להפיכה שלטונית" **גלובס** 22.5.2003 (<http://tinyurl.com/24v642q>). [↑](#footnote-ref-41)
42. ראו למשל צבי לביא "'יש אולי דיין אבל אין דין לאזרחי ישראל'" **גלובס** 24.4.2003 (<http://tinyurl.com/29ksfs5>) (דברי ח"כ מיכאל איתן כי "זו הפקרות מוחלטת אם הגענו למצב שבו כל שופט יכול בכל עניין לפסול את חוקי הכנסת. ככה יש אולי דיין אבל אין דין לאזרחי ישראל, והכנסת שנבחרה כדי לחוקק מאבדת את כוחה"); דניאל פרידמן **הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה** 228-227 (2013) (תיאור הופעתה של הביקורת השיפוטית הביזורית בפרשת הנדלמן כ"אפילוג מעולם האבסורד" לפסק דין בנק המזרחי). [↑](#footnote-ref-42)
43. ראו בעיקר ס' 15(ג) ו-15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה. [↑](#footnote-ref-43)
44. כוונתי לפסקי הדין בהם אכף בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, מאז סוף שנות ה-60, את השריון הפורמאלי של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. ראו בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969); בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1 (1981); בגץ 141/82 **רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד לז(3) 141 (1983); בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529 (1990). [↑](#footnote-ref-44)
45. המקרה האחד הוא בש"פ **פלוני**, לעיל ה"ש . באותו מקרה בוטלה הוראת חוק שאפשרה הארכת מעצר של חשוד בעבירת בטחון בהעדרו. בינתיים פקע הטעם למניעת נוכחותו של העותר. ראו פסקאות 5, 11-8 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין. העתירה הציבורית שהוגשה במקביל – בג"ץ 2028/08 **הוועד הציבורי עינויים בישראל נ' שר המשפטים** – נמחקה בהמשך לבקשת העותרים בעקבות החלטת בית המשפט לעיין בחומר חסוי במעמד צד אחד. ראו בש"פ **פלוני**, לעיל ה"ש , פסקה 7 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין. המקרה השני הוא בג"ץ **אדם**, לעיל ה"ש , שנדון במקביל לשני ערעורים שהוגשו מבית המשפט לעניינים מנהליים. [↑](#footnote-ref-45)
46. ראו לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-46)
47. ההבדל היחיד הוא הרוב הנדרש בוועדה לבחירת שופטים: מינוי שופט עליון מחייב הסכמת שבעה מתוך תשעת חברי הוועדה, בניגוד לרוב הרגיל הנדרש ביחס ליתר הערכאות. ראו ס' 7(ג)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984. [↑](#footnote-ref-47)
48. ראו יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" **משפטים** לט 347, 386 (תש"ע) ("אל נוכח הפנייה הישירה והשכיחה לבית המשפט הגבוה לצדק בנדון, ואל נוכח מיעוט ההליכים שבהם מוכרע תוקף החוק בתקיפה עקיפה בבתי משפט בדרגות אחרות, הולכת ומתאפיינת ההתדיינות בהקשר זה כתקיפה ישירה של חוקתיות החוק. הטיעון בבית המשפט העליון מתמקד לכאורה בטענות כנגד ביצוע החוק, אולם באופן מעשי נראה כי לא פעם התקיפה כוללת מרכיב אבסטרקטי מובהק כטענת חרב ולא כטענת מגן, באופן המקרב את הליך הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק לביקורת האבסטרקטית הנוהגת בבתי דין לחוקה במדינות קונטיננטליות"). [↑](#footnote-ref-48)
49. המשפט הישראלי ידע גם חריגים לכלל זה, במצבים בהם בג"ץ היה נכון לדון מחדש בחוקתיותו של חוק שאושר בסיבוב קודם. ראו בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פ"ד סא(1) 619 (2006) ובג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 21.2.2012) ("חוק טל"); בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פ''ד סא(2) 202 (2006) ובג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 11.1.2012) ("חוק איחוד משפחות"). אלא שבמקרים חריגים אלה פסק הדין הראשון רמז למעשה על האפשרות להבאת עתירה חוזרת בשלב מאוחר יותר, ופסק הדין השני אכן התחשב בשינויי נסיבות משמעותיים שהתרחשו בתקופה שחלפה. [↑](#footnote-ref-49)
50. בתקופה האחרונה מסתמנת גישה של בית המשפט להקשות על הבאת עתירות חוקתיות בשלבים בוסריים כאלה. הופעתה המחודשת של עילת הסף הדורשת "בשלות" של העתירה הביאה לחסימתן של כמה עתירות חוקתיות. ראו בג"ץ 3429/11 **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 5.1.2012); בג"ץ 3803/11 **איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.2.2012). לביקורת ראו ילנה צצקו "על בשלות וחוקתיות" **משפטים** מג 419 (תשע"ג). [↑](#footnote-ref-50)
51. הטיעון האקדמי המפורט ביותר בזכות מודל זה הובא אצל אורן סופר וגבריאלה פיסמן "ביקורת שיפוטית בחברה מקוטבת" **עיוני משפט** כד 663, 694-688 (2001). כן ראו יואב דותן, הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריותיות – מבט השוואתי, **משפט וממשל** י 489, 504-502 (תשס"ז). [↑](#footnote-ref-51)
52. ראו אהרן ברק "בית-משפט העליון כבית משפט לחוקה" **משפט וממשל** ו 315 (תשס"ג). [↑](#footnote-ref-52)
53. שם בעמ' 322-321. [↑](#footnote-ref-53)
54. שם בעמ' 320-318. [↑](#footnote-ref-54)
55. אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" **משפט וממשל** ח 13 (תשס"ה). [↑](#footnote-ref-55)
56. שם בעמ' 20-19. [↑](#footnote-ref-56)
57. שם בעמ' 21-20. [↑](#footnote-ref-57)
58. שם בעמ' 22. [↑](#footnote-ref-58)
59. ראו יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" **משפט וממשל** א 395, 410-408 (תשנ"ג); זאב סגל "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים – הסמכות להכריז על אי-חוקתיות חקיקה – למי?" **משפטים** כח 239 (תשנ"ז); קלוד קליין "בית-דין לחוקה: שלא כצעקתה!" **מחקרי משפט** יט 497 (תשס"ג); סופר ופיסמן, לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-59)
60. ראו בעיקר גדעון ספיר **המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד** 147-142 (2010) (הצגת טיעון לפיו המודל הריכוזי "איננו נחוץ להגשמת המטרות שלשמן הוא נבחר, לא ברור כלל אם הוא אפשרי וייתכן שנזקו גדול מתועלתו" (**שם** בעמ' 146); יואב דותן "האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה?" **משפט וממשל** ה 117 (תש"ס) (ביקורת הרעיון להקים ערכאה חוקתית נפרדת, מתוך השוואה למאפייני פעילותו של בית המשפט העליון בתחום החוקתי; ללא התמקדות במאפייניה של השפיטה החוקתית בערכאות הדיון). [↑](#footnote-ref-60)
61. חריג בנוף זה הוא אמנון רייכמן "גשרון צר מאוד: חוקה, צדק, יושר וסעד בעקבות פרשת "הפורום לדו-קיום בנגב" **משפטים** לז 701, 737-736 (תשס"ז); אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית-המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי" משפט חברה ותרבות: שקט, מדברים! 185, 238-236 (תשס"ו). כן ראו רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" **עיוני משפט** לז(1) (צפוי להתפרסם 2014) <http://tinyurl.com/p3uuo5v>. [↑](#footnote-ref-61)
62. ראו למשל ס' 103 ל"הצעת חוקה למדינת ישראל" של פרופ' בנימין אקצין מ-1965 (<http://www.huka.gov.il/wiki/makor/39.pdf>); ס' 12 להצעת חוק-יסוד: החקיקה, **ה"ח** 1221 עמ' 135 (7.12.1975); ס' 14-13 להצעת חוק-יסוד: החקיקה, **ה"ח** 1364 עמ' 326 (1.8.1978); ס' 36-35 להצעת חוק-יסוד: החקיקה, **ה"ח** 2100 עמ' 149 (13.1.1992). [↑](#footnote-ref-62)
63. ראו אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי היסוד" **משפט ואדם – משפט ועסקים** יד 79, 98-97 (תשע"ב). [↑](#footnote-ref-63)
64. פרוטוקול ישיבה מס' 275 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה- 12 (1.7.1991) (מובא אצל רובינשטיין, **שם**, בעמ' 99-98). [↑](#footnote-ref-64)
65. "חוקה בהסכמה" – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר, ס' 164-163 (2005) <http://tinyurl.com/qebubzq>. [↑](#footnote-ref-65)
66. "חוקה בהסכמה רחבה" – דו"ח ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בעניין הצעות לחוקת מדינת ישראל, פרק שישי, ס' 13 (2006) <http://tinyurl.com/2w8yvbs>. הטיוטה של ועדת החוקה, חוק ומשפט כוללת חלופה נוספת ("גרסה ב'"), בה יוסמכו גם ערכאות הדיון להכריע בשאלות של תקפות חוקתית, אך החלטות כאלה תהיינה טעונות אישור של בית המשפט העליון. [↑](#footnote-ref-66)
67. "חוקת מדינת ישראל" – הצעת המכון לאסטרטגיה ציונית, ס' 93-90 (2006) <http://tinyurl.com/pe6nzy9>. [↑](#footnote-ref-67)
68. ס' 1 לתזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים) (משרד המשפטים, 2007) <http://tinyurl.com/7kkuah>. [↑](#footnote-ref-68)
69. ס' 24 לתזכיר חוק-יסוד: החקיקה (משרד המשפטים, 2012) <http://tinyurl.com/76fen9c>. [↑](#footnote-ref-69)
70. כן ראו § 86 לדו"ח הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל ("ועדת אור") מאוגוסט 1997, המציע להעביר לבית המשפט העליון באופן ישיר שאלות בדבר חוקתיותו של דבר חקיקה ראשית המתעוררות בערכאות הדיון (מובא ב**ספר אור** 933, 1008-1007 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013)). [↑](#footnote-ref-70)
71. ראו **הפדרליסט** מס' 78 (אלכסנדר המילטון), עמ' 390 (תרגום אהרן אמיר, 2001 [1788-1787]) ("במקום שרצון בית-המחוקקים, המוצהר בחוקיו, נמצא מנוגד לרצון העם, כפי שהוא מוצהר בחוקה, חייבים השופטים לנהוג לפי האחרון ולא לפי הראשון"). [↑](#footnote-ref-71)
72. ראו למשל Michael C. Dorf & Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, 98 Colum. L. Rev. 267 (1998); Roberto Mangabeira Unger, Democracy Realized: The Progressive Alternative 16-27 (1998); William N. Eskridge, Jr. & John Ferejohn, *Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review*, 87 Tex. L. Rev. 1273 (2009). [↑](#footnote-ref-72)
73. ראו למשל Walter F. Murphy, Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order 345-47 (2007). [↑](#footnote-ref-73)
74. ראו למשל Frank Michelman, *Law’s Republic*, 97 Yale L.J. 1493 (1988). [↑](#footnote-ref-74)
75. ראו Eskridge & Ferejohn, לעיל ה"ש , בעמ' 1286-1283. [↑](#footnote-ref-75)
76. ראו למשל Amy Gutmann & Dennis Thompson, Why Deliberative Democracy? 13-29 (2004). [↑](#footnote-ref-76)
77. ראו Jürgen Habermas, Between Facts and Norms 287-328 (William Rehg trans. 1996). [↑](#footnote-ref-77)
78. ראו למשל Bruce Ackerman & James S. Fishkin, *Deliberation Day*, in Debating Deliberative Democracy 7-30 (James S. Fishkin and Peter Laslett, eds., 2003). [↑](#footnote-ref-78)
79. ראו למשל Christopher F. Zurn, Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review 163-184 (2007); John Ferejohn & Pasqual Pasquino*, Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice*, in Constitutional Justice, East and West 21-36 (Wojciech Sadurski ed., 2002). [↑](#footnote-ref-79)
80. ראו John Rawls, Justice as Fairness: A Restatement 32-38 (2003). [↑](#footnote-ref-80)
81. ראו William A. Galston, *Two Concepts of Liberalism*, 105 Ethics 516, 523-25 (1995). [↑](#footnote-ref-81)
82. כמה מן הטקסטים היסודיים הם Mark Tushnet, Taking the Constitution Away from the Courts (1999); Larry D. Kramer, The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review (2004); Larry D. Kramer, Po*pular Constitutionalism, circa 2004*, 92 Cal. L. Rev. 959 (2004); Robert Post & Reva Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, 92 Cal. L. Rev. 1027 (2004); Mark Tushnet, *Popular Constitutionalism as Political Law*, 81 Chi.-Kent L. Rev. 991 (2006). [↑](#footnote-ref-82)
83. ראו למשל Elizabeth Garrett & Adrian Vermeule*, Institutional Design of a Thayerian Congress*, 50 Duke L.J. 1277 (2001); Mark Tushnet, *Some Notes on Congressional Capacity to Interpret the Constitution*, 89 B.U.L. Rev. 499 (2009). [↑](#footnote-ref-83)
84. ראו Larry D. Kramer, The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review (2004). [↑](#footnote-ref-84)
85. ראו Barry Friedman, The Will of the People (2009). [↑](#footnote-ref-85)
86. ראו למשל Robert Post and Reva Siegel, Roe *Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 373 (2007); Reva B. Siegel, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in* Heller, 122 Harv. L. Rev. 191 (2008). [↑](#footnote-ref-86)
87. ראו למשל Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 Va. L. Rev. 1045 (2001); David E. Pozen, *Judicial Elections as Popular Constitutionalism*, 110 Colum. L. Rev. 2047 (2010). [↑](#footnote-ref-87)
88. ראו Ori Aronson, *Inferiorizing Judicial Review: Popular Constitutionalism in Trial Courts*, 43 U. Mich. J.L. Reform 971 (2010); Doni Gewirtzman, *Lower Court Constitutionalism: Circuit Court Discretion in a Complex Adaptive System*, 61 Am. U.L. Rev. 457 (2012); Katie Eyer, *Lower Court Popular Constitutionalism*, 123 Yale L.J. Online 197 (2013). [↑](#footnote-ref-88)
89. ראו והשוו Owen Fiss, The Law as It Could Be 48-58 (2003); Susan S. Silbey, *Making Sense of the Lower Courts*, 6 Just. Sys. J. 13 (1981). [↑](#footnote-ref-89)
90. ראו יפעת הולצמן-גזית "בין המשפט, האישיות והמבנה המוסדי: פיתוחם של דיני הפקעת מקרקעין בפסיקתם של בית-המשפט המחוזיים" **עיוני משפט** כט 311, 373-349 (2006). [↑](#footnote-ref-90)
91. ראו לדוגמה את תהליך התפתחותה הנמשכת של עילת התביעה בנזיקין בגין סרבנות גט: זהו חידוש נורמטיבי שמקורו בבתי המשפט לענייני משפחה, ואשר רק בשלב מאוחר יחסית – לאחר שערכאות שונות התייחסו אליו באופן שונה ובחנו את האפשרויות הגלומות בו – החל להופיע גם בהתייחסויות ראשוניות של בית המשפט העליון. לסקירה ראו ענת ליפשיץ "עוולה בגין סרבנות גט והיפוך הפירמידה המוסדית" (טיוטה 2011) (עותק בידי הכותב); בנימין שמואלי "הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו'כלל האחריות' של קלברזי ומלמד" **משפטים** מא 153, 158 (תשע"א). [↑](#footnote-ref-91)
92. ראו Walter F. Murphy, *Lower Court Checks on Supreme Court Power*, 53 Am. Pol. Sci. Rev. 1017 (1959); Pauline T. Kim, *Lower Court Discretion*, 82 N.Y.U.L. Rev. 383, 408-26 (2007). לדיון מקביל בהקשרים היררכיים נוספים ראו Adam Shinar, *Dissenting from Within: Why and How Public Officials Resist the Law*, 40 Fla. St. U.L. Rev. 601, 630-46 (2013). [↑](#footnote-ref-92)
93. ראו רע"א 3749/12 **בר-עוז נ' סטר** (פורסם בנבו, 1.8.2013), פסקה 20 לפסק הדין של הנשיא גרוניס. [↑](#footnote-ref-93)
94. השוו אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" **משפטים** מ 239 (תשע"א). [↑](#footnote-ref-94)
95. ראו למשל **ספיר**, לעיל ה"ש , בעמ' 147-146. [↑](#footnote-ref-95)
96. ראו Comella, לעיל ה"ש , בעמ' 113-112. [↑](#footnote-ref-96)
97. ראו דברי השופט חשין בע"א **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש , בעמ' 474. [↑](#footnote-ref-97)
98. אך ראו Adam Shinar, *Accidental Constitutionalism: The Political Foundations and Implications of Constitution -Making in Israel*, in The Social and Political Foundations of Constitutions 207 (Denis Galligan & Mila Versteeg eds., 2013) (מטיל ספק, לאור הניסיון הישראלי, בקיומה של זיקה סיבתית בין אופן היווצרותו של משטר חוקתי לבין עוצמתו ויציבות, משנוצר). [↑](#footnote-ref-98)
99. ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" **המשפט** ח 291 (תשס"ג). [↑](#footnote-ref-99)
100. ראו לעיל ה"ש - והטקסט לידן. [↑](#footnote-ref-100)
101. ראו למשל מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 277-275 (2008). במונחיה של יעל תמיר, ישראל מאופיינת ב"רב-תרבותיות עבה": יעל תמיר ״שני מושגים של רב־תרבותיות״ **רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** 79, 91-85 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, תשנ״ח); ראו גם סופר ופיסמן, לעיל ה"ש , בעמ' 681-680. [↑](#footnote-ref-101)
102. ראו למשל Habermas, לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-102)
103. Robert M. Cover, *Foreword: Nomos and Narrative*, 97 Harv. L. Rev 4, 40 (1983). [↑](#footnote-ref-103)
104. השוו גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" **משפטים** לז 349, 411-393 (תשס"ז) (על החוקה כ"כלל השתק"). [↑](#footnote-ref-104)
105. ראו למשל Lon L. Fuller, The Morality of Law 46-91 (rev. ed., 1969). [↑](#footnote-ref-105)
106. רמזים לגישה זו מופיעים בכתיבה מוקדמת של אהרן ברק בנושא: ראו אהרן ברק "יסודותיה של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת" בתוך **מבחר כתבים כרך א'** 309, 316 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, תש"ס [1976]) (מודל ריכוזי יבטיח כי "השאלה החוקתית תתברר;[ו]כי היא תתברר על-ידי האורגן העליון"). [↑](#footnote-ref-106)
107. מאז פסק דין בנק המזרחי, ביטל בית המשפט העליון עשרה חוקים במסלול הראשי של הביקורת השיפוטית, המבוסס על פסקת ההגבלה בחוקי-היסוד בדבר זכויות אדם. בחמישה מן המקרים הללו, הגיבה הכנסת במה שניתן לכנות "חקיקה אוכפת בג"ץ" – תיקון החוק שנמצא כלא-חוקתי באופן שיהלום את פסיקת בית המשפט. לסקירה ראו אורי אהרונסון "מדוע הכנסת לא ביטלה את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס קוו כקושי אנטי-רובני", **עיוני משפט** (צפוי להתפרסם, 2013). [↑](#footnote-ref-107)
108. ראו Menachem Mautner, *Luck in the Courts*, 9 Theoretical Inq. L. 217, 222 (2007); Jeremy Waldron, *Lucky in Your Judge*, 9 Theoretical Inq. L. 185, 209 (2007). [↑](#footnote-ref-108)
109. ראו והשוו Shay Lavie, *Reverse Sampling: Holding Lotteries to Allocate the Proceeds of Small-Claims Class Actions*, 79 Geo. Wash. L. Rev. 1065, 1079 (2011). [↑](#footnote-ref-109)
110. ראו למשל ע"א (י-ם) 3350/02 **היועץ המשפטי לממשלה נ' עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 14.7.2003). באותו עניין הגיש היועץ המשפטי לממשלה ערעור לבית המשפט המחוזי על ביקורת שיפוטית שביצע משפט השלום בירושלים, בה קבע שרכיבים מרכזיים בפרק טז1 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, העוסק בסדר הדין המהיר, אינם חוקתיים (ראו ת"א (שלום י-ם) 4050/01 **עיריית ירושלים נ' מחמד** (פורסם בנבו, החלטה מיום 16.7.2002). ההליך המקורי בעניין זה היה סכסוך אזרחי ללא מעורבות המדינה. היועץ המשפטי לממשלה התייצב נוכח התעוררות השאלה החוקתית, ומשנקבע שהתקנות אינן חוקתיות, ערער למחוזי. בית המשפט המחוזי, שקיבל את הערעור, ציין גם זאת: "לא ייפלא שבנסיבות אלה מצאנו עצמנו ניצבים בערעור בפני צדדים שלאיש מהם, פרט ליועץ המשפטי לממשלה שלא היה צד להליך המקורי והוא צורף לדיון ביוזמת בית המשפט, לא היה עניין בהחלטה". על התייצבות המדינה באופן כללי יותר ראו להלן פרק ה(4). [↑](#footnote-ref-110)
111. המונחים לקוחים מן המודל הקלאסי של מארק גאלאנטר "מדוע 'אלה שיש להם' נוטים להצליח: הרהורים על גבולות השינוי המשפטי" **מעשי משפט** ד 15 (תרגום ישי מישורי, 2011). [↑](#footnote-ref-111)
112. ראו יהודית קרפ "אי ציות המדינה לפסקי דין של בתי המשפט: בג"ץ ובתי המשפט לעניינים מנהליים", תזכיר שנשלח ליועץ המשפטי לממשלה בפברואר 2010, עמ' 19-16 (<http://tinyurl.com/o6y7b2y>). [↑](#footnote-ref-112)
113. ס' 202 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982. [↑](#footnote-ref-113)
114. ראו ס' 27 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006. [↑](#footnote-ref-114)
115. ס' 20(ב) סיפא לחוק-יסוד: השפיטה. [↑](#footnote-ref-115)
116. ראו יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון: הפוליטיקה של התקדים" **מחקרי משפט** 161 (תשס"א). [↑](#footnote-ref-116)
117. ראו גיא זיידמן "מותבים מורחבים בבית המשפט העליון הישראלי" **מאזני משפט** ג 155, 175-167 (תשס"ה); יצחק הרצוג "על קביעת הרכבים בפרשנות חוקי היסוד" **קרית המשפט** ט 203 (תשע"א); אריאל בנדור וזאב סגל **עושה הכובעים: דין ודברים עם אהרן ברק** 51-49 (2009). [↑](#footnote-ref-117)
118. ראו בנדור וסגל, לעיל ה"ש . עושה הכובעים. בפועל, הרוב המכריע של פסקי הדין החוקתיים של בית המשפט העליון – בין אלה שדוחים עתירות לביקורת שיפוטית ובין אלה שמקבלים אותן – ניתנים פה אחד. דעות מיעוט הן מחזה נדיר, ומחלוקות המפלגות את בית המשפט באופן ממשי הן חריגות עוד יותר. [↑](#footnote-ref-118)
119. ראו בג"ץ **בוגרי התיכון**, לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-119)
120. ראו בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(1) 250 (2003). [↑](#footnote-ref-120)
121. לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-121)
122. לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-122)
123. ראו גיא זיידמן והלל סומר "בית-המשפט העליון וההתנתקות" **משפט וממשל** ט 579, 607-606 (תשס"ו) (ניתוח החלטת בית המשפט העליון בעתירות החוקתיות נגד הסדרי הפיצויים בחוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005, שלא לדחות על הסף את הטענות מן הטעם שניתן לעוררן במסגרת ועדות הזכאות שהוקמו לפי החוק. לשיטת הכותבים, ההסבר הטוב ביותר להחלטת בית המשפט היא לוח הזמנים הקצר שנקבע לפינוי; ראו בג״ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ׳ כנסת ישראל**, פ׳׳ד נט(2) 481, 582-581 (2005)). [↑](#footnote-ref-123)
124. בג"ץ **רסלר**, לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-124)
125. בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, (פורסם בנבו, 19.11.2009). [↑](#footnote-ref-125)
126. ראו לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-126)
127. זו בקירוב טענתו של פוליאק, לעיל ה"ש 60. [↑](#footnote-ref-127)
128. ראו למשל Comella, לעיל ה"ש , בעמ' 120, המציע להפקיד בידי הפורום הריכוזי שאלות חוקתיות מורכבות וחדשות, ולהותיר למסלול הביזורי נושאים חוקתיים שכבר זכו לפירוש מנחה על ידי בית המשפט העליון. [↑](#footnote-ref-128)
129. בג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש ; בג"ץ **גלאון**, לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-129)
130. ראו לעיל ה"ש והטקסט לידה. [↑](#footnote-ref-130)
131. השוו Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions*, 101 Mich. L. Rev. 885, 928-31 (2003) (בחינת האפשרות שלרשויות רגולטוריות תינתן חירות פרשנית גדולה יותר של חקיקה מסמיכה מזו שתותר לבתי המשפט המבקרים את פעולותיהן). [↑](#footnote-ref-131)
132. ראו ע"פ **הנדלמן**, לעיל ה"ש . לדוגמה נוספת ראו ע"א (י-ם) 3350/02 **היועץ המשפטי לממשלה נ' עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 14.7.2003) (קבלת ערעור על החלטה חוקתית של בית משפט השלום בירושלים (השופטת מיכל אגמון-גונן) שביטלה הוראות רבות בפרק סדר הדין מהיר בתקנות סדר הדין האזרחי. פסק הדין של בית המשפט המחוזי נפתח בגערה לבית משפט השלום על שעורר את השאלה החוקתית מיוזמתו). [↑](#footnote-ref-132)
133. השוו לבג"ץ 6871/03, לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-133)
134. ס' 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984. [↑](#footnote-ref-134)
135. שם. [↑](#footnote-ref-135)
136. ראו למשל **בג"ץ בוגרי התיכון**, לעיל ה"ש , פסקה 34; ובהקשר המנהלי: בג"ץ 6090/08 **ברגר נ' שר המשפטים**, פסקאות 6-5 (פורסם בנבו, 11.8.2008); בג"ץ 2172/13 ‏**כהן נ' שר המשפטים**, פסקה 8 (פורסם בנבו, 21.3.2013). [↑](#footnote-ref-136)
137. ראו סע (ת"א) 54860-01-12 **לנצברג נ' מדינת ישראל** פסקאות 22-19 (פורסם בנבו, החלטה מיום 14.3.2013). [↑](#footnote-ref-137)
138. ראו הצעת חוק בתי משפט לענינים מינהליים (תיקון מס' 75) (בתי משפט שלום לענינים מינהליים), התשע"ב-2011, **ה"ח הממשלה** 712 עמ' 1243. [↑](#footnote-ref-138)
139. ראו ס' 5(1) סיפא לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000 (שלילת הסמכות לדון בעתירות שעניינן "התקנת תקנות, לרבות ביטול תקנות, הכרזה על בטלותן או מתן צו להתקין תקנות"). [↑](#footnote-ref-139)
140. ראו תקנה 253 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 ("תובענה לסעד הצהרתי גרידא מותר להגיש בדרך המרצת פתיחה"). [↑](#footnote-ref-140)
141. ס' 2 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958. [↑](#footnote-ref-141)
142. לדוגמה אמריקאית מסוג זה ראוLog Cabin Republicans v. United States, No. 04-08425, 2010 U.S. Dist. LEXIS 108647 (C.D. Cal., October 12, 2010) (צו של ערכאת הדיון הפדראלית בקליפורניה שהוצא נגד צבא ארצות הברית כולו, להשעיית מדיניות "don’t ask don’t tell" בעניין שירות הומוסקסואלים בצבא). ההחלטה בוטלה בדיעבד על ידי ערכאת הערעור בעקבות ביטול חקיקתי של החוק שנקבע כלא חוקתי בערכאת הדיון. ראו ראוLog Cabin Republicans v. United States, 658 F.3d 1162 (9th cir. 2011) . אף שקשה לאמוד במדויק את השפעת ההחלטה השיפוטית המקורית על שיקולי הקונגרס בביטול החקיקה, זהו סיפור מובהק של הליך פוליטי שבו הפועלות של ערכאות דיון ושל המחוקק השתלבה לכלל שינוי חוקתי. [↑](#footnote-ref-142)
143. ס' 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984. [↑](#footnote-ref-143)
144. ראו יואל זוסמן **סדרי הדין האזרחי** 63 (מהדורה שביעית בעריכת שלמה לוין, 1995). [↑](#footnote-ref-144)
145. ראו לעיל פרק ד(4). [↑](#footnote-ref-145)
146. ראו Cappelletti, לעיל ה"ש , בעמ' 75, 77; Comella, לעיל ה"ש , בעמ' 7, 65. [↑](#footnote-ref-146)
147. ראו Joseph R. Pope, Snyder v. Phelps*: Issue Waiver and the Scope of Appellate Discretion*, The Appeal, Summer 2010, p.3 (<http://tinyurl.com/nsmnu6x>). [↑](#footnote-ref-147)
148. ראו לעיל חלק א(2). [↑](#footnote-ref-148)
149. ראו Brewer-Carías, לעיל ה"ש , בעמ' 133 ("the rationality of the diffuse system must allow the judge to consider the constitutional question even on his own initiative, even when none of the parties in the particular process have raised the question of the constitutionality of the law before the judge"). [↑](#footnote-ref-149)
150. ראו למשל בג"ץ 113/84 **בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה**, פ''ד לט(3) 365, 378 (1985); בג"ץ 170/87 **אסולין נ' ראש עיריית קרית גת**, פ''ד מב(1) 678, 685, 688 (1988); ע"א 4796/95 **אלעוברה נ' אלעוברה**, פ''ד נא(2) 669, 678 (1997); בג"ץ 2117/99 **מנסור נ' בית הדין השרעי לאיזור התיכון – טייבה**, פ''ד נד(1) 211, 214 (2000); דנג"ץ 4128/00 **מנכ"ל משרד ראש-הממשלה נ' הופמן**, פ''ד נז(3) 289, 331 (2003); ע"א 4779/05 **בנק דיסקונט למשכנתאות נ' בן דוד**, פסקה 7 (פורסם בנבו, 15.3.2007); **זוסמן**, לעיל ה"ש , בעמ' 819; נינה זלצמן **מעשה-בית-דין בהליך אזרחי** 203 (1991). [↑](#footnote-ref-150)
151. בג"ץ 9056/00 **ח"כ מיכאל קליינר נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נה(4) 703, 707 (2001). [↑](#footnote-ref-151)
152. ע"א 300/84 **אבו עטיה נ' ערבטיסי**, פ''ד לט(1) 365, 373 (1985). [↑](#footnote-ref-152)
153. ראו למשל עע"מ 8380/07 **עיריית חדרה נ' רכבת ישראל**, פס' 7-5 (16.2.2010, פורסם בנבו); רע"א 5255/11 ‏**עיריית הרצליה נ' כרם**, פס' 16 (פורסם בנבו, 11.6.2013); ע"א **מחמד**, לעיל ה"ש , פס' 3. [↑](#footnote-ref-153)
154. לדיון מקיף המסכם את ההלכה, ראו ע"א 11771/04 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' הארגון הבינלאומי של עורכי דין ומשפטנים,** פס' 21-19 (22.1.2007, פורסם בנבו). ראו גם **זוסמן**, לעיל ה"ש , בעמ' 333. [↑](#footnote-ref-154)
155. יצוין שלסמכות בית המשפט לפעול מיוזמתו בענייני סף מהותיים יש גם עיגון במשפט הדיוני, לפחות בכל הנוגע לשלב של קדם-המשפט בהליך האזרחי. ראו תקנה 144 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, המסמיכה את בית המשפט להחליט במגוון עניינים – כולל סילוק על הסף של תביעה וקבלת תביעה באין הגנה לנתבע – "ללא צורך בבקשת בעל דין". [↑](#footnote-ref-155)
156. ס' 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. [↑](#footnote-ref-156)
157. ראו בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ''ד נא(4) 367, 381-380 ("לכל [הליך שבו נדונה חוקתיותו של חוק שחוקק על-ידי הכנסת] יש להזמין את היועץ המשפטי לממשלה"). [↑](#footnote-ref-157)
158. חוק הכנסת (תיקון מס' 23), התשס"ח-2008, **ס"ח** 2134 עמ' 205. [↑](#footnote-ref-158)
159. הצעת חוק הכנסת (תיקון מס' 25) (התייצבות בהליך בעניין תוקפו של חוק), התשס״ח-2008, **ה"ח הכנסת** 194 עמ' 103. [↑](#footnote-ref-159)
160. מיכאל איתן "מעמדה של הכנסת בעתידות לפסילת חוקים: בעקבות בג׳׳ץ 8276/05 עדאלה נ׳ שר הביטחון" **הארת דין** ד(1) 91 (תשס"ז). [↑](#footnote-ref-160)
161. ראו בג"ץ 4550/13 **בהט נ' שרת הבריאות**, פס' 22 (פורסם בנבו, 6.10.2013). [↑](#footnote-ref-161)
162. ראו ברוח זו בג"ץ 4855/13 **חזן נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו**, פס' 3 (פורסם בנבו, 7.8.2013). מנגד, לפחות חלק משופטי בית המשפט העליון נוהגים להורות מיוזמתם על צירוף הכנסת כמשיבה בעתירות חוקתיות ישירות מכוח סעיף 17(ג1), אף אם העותר לא עשה זאת. ראו למשל בג"ץ 7626/12 **איגוד לשכת המסחר נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, החלטה מיום 22.10.2012); בג"ץ 4511/12 **גמליאלי נ' הנהלת הביטוח הלאומי**‏ (פורסם בנבו, החלטה מיום 4.11.2012). [↑](#footnote-ref-162)
163. ראו בג"ץ חזן, לעיל ה"ש . בתביעה אזרחית אפשר אולי להשתמש בהודעה לצד שלישי כאמצעי של הנתבע להוספת הכנסת להליך – כביכול, אם הנתבע חב כלפי התובע אזי חבותו נובעת מהחוק הלא חוקתי שהכנסת חוקקה. אך זו תהיה התפלפלות דיונית מיותרת, ונראה שדרך המלך היא הוספת בעל דין שנוכחותו דרושה "כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה" – סמכות שנתונה בידי בית המשפט ואינה מחייבת בקשה יזומה של מי מבעלי הדין (תקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). [↑](#footnote-ref-163)
164. ראו למשל ההחלטות בעניין **אברג'יל**, **ברקאי** ו**טהנגס**, לעיל ה"ש ; **נייסשלוס** ו**כרמון**, לעיל ה"ש ; **ידיניק** ו**אדרי**, לעיל ה"ש . [↑](#footnote-ref-164)
165. משיחה עם עו"ד ד"ר גור בליי, האחראי על עתירות חוקתיות בלשכת היועץ המשפטי לכנסת, 18.11.2013. [↑](#footnote-ref-165)
166. קושי זה עלה בדיוני ועדת הכנסת שהכינה את הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית, והוא הביא לתיקון מסוים של הניסוח, כך שחובת ההזמנה של הכנסת חלה רק כאשר בית המשפט "נדרש לברר" את השאלה החוקתית, כלומר לא בכל מקרה בו מועלית טענה חוקתית. ראו הכנסת השבע-עשרה, פרוטוקול מס' 204 מישיבת ועדת הכנסת מיום 4.2.2008, עמ' 6 (דברי ח"כ מיכאל איתן ומזכיר הכנסת). כן ראו **מרזל**, לעיל ה"ש , בעמ' 391. במאמרו סוקר מרזל עוד כמה קשיים מעשיים ועקרוניים ביישום ההסדר של סעיף 17ג1, ובכללם שאלת הייצוג של הכנסת, המשמעות של הגבלת תפקידה להוכחת תוקפו של החוק, וכן סיווג מעמדה בהליך – כבעל דין לכל דבר (שלו זכויות וחובות מיוחדות) או כמשתתף חיצוני. ראו **שם** בעמ' 397-391. [↑](#footnote-ref-166)