

ההליך החוקתי כהליך פוליטי

גזעון ספיר

א. הקדמה ♦ ב. משקלן של השקפות סובייקטיביות בדרך להכרעה השיפוטית ♦
ג. מדוע מעורבותן של השקפות סובייקטיביות הינה בלתי-נמנעת ♦ ד. כיצד ההליך החוקתי עשוי להתגלות כמועיל חרף המימד הערכי-סובייקטיבי שלו ואולי גם בזכות מימד זה 1. התועלת 2. התנאים הנדרשים למימושה (א) כללי (ב) מנגנון התגברות (ג) מנגנוני בחירה ראויים (ד) הגבלת משך הכהונה של השופטים (ה) אימוץ חוקה מפורטת ♦ ה. סיום: על חשיבות הריסון העצמי

א. הקדמה

אחת הטענות המושמעות בשיח החוקתי במדינת-ישראל וכן במדינות אחרות היא שההליך החוקתי – ההליך שבית-המשפט מפרש במסגרתו את החוקה ואחר-כך עושה שימוש בטקסט המפורש לפתרון שאלות המועלות לפניו – הינו הליך המערב שיקול-דעת ערכי-סובייקטיבי. בין המתארים את ההליך כבעל מאפיינים ערכיים-סובייקטיביים תיתכן מחלוקת בשתי שאלות נבדלות, עובדתית ונורמטיבית. השאלה העובדתית היא: האם אפשר אחרת? האם ההליך יכול להיות נטול מאפיינים כאלה? השאלה השנייה, הנורמטיבית, עניינה העמדה הראויה כלפי הליך בעל מאפיינים כאלה. האם ניתן להצדיק מלכתחילה, או לפחות לקבל בדיעבד את מעורבותם של מאפיינים ערכיים-סובייקטיביים בהליך החוקתי? בקרב אנשי המשפט בארצות-הברית רווחות שתי תשובות מנוגדות לשאלה כפולה זו. יש המשיבים בחיוב על שתי השאלות, וגורסים כי ההליך יכול וראוי להיות נקי ממרכיבים ערכיים-סובייקטיביים;¹ לעומתם, יש המסכימים שמעורבותם של שיקולים ערכיים-סובייקטיביים היא דבר בעייתי, אך חולקים על חבריהם בשאלת קיומה של חלופה.²

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודתי לחברי דפנה ברק-ארו ושחר ליפשיץ על הערותיהם המועילות לטיוטות קודמות.

1 תפיסה זו מקובלת בקרב אנשי הזרם השמרני של המשפט בארצות-הברית. ראו, למשל: R. Bork *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (New York, Free Press, 1990).

2 כוונתי כאן היא לאנשי אסכולת ה-Critical Legal Studies. הכתיבה המשתייכת לסוגה זו הינה אדירה בממדיה. לסקירה כללית של התובנות המשותפות לחברי אסכולה זו, ראו, למשל: M. Kelman *A Guide to Critical Legal Studies* (Cambridge, Harvard Uni. Pr., 1987) של עמדת ה-CLS בנוגע למאפייני ההליך השיפוטי, ראו: J. Stick "Can Nihilism Be Pragmatic?" *100 Harvard L. Rev.* (1986) 332.

גדעון ספיר

לטענתם, כל הליך המתנהל לפני בית-משפט, ובפרט לפני בית-משפט העוסק בשאלות חוקתיות, אינו יכול להימנע מלערב במהלכו שיקולים ערכיים-סובייקטיביים. אבקש להציג במאמרי עמדה שלישית, הנוגת לשתי השאלות תשובה שונה מזו שנותנת להן שתי העמדות הקודמות. במישור העובדתי, אנסה להדגים מדוע ההליך החוקתי, הכרוך בהענקת הסמכות לגוף שיפוטי להעביר תחת שבט ביקורת את ההסדרים החוקתיים שהורע המחוקקת מקבלת, אינו יכול להיות נטול מרכיבים ערכיים-סובייקטיביים, אך להכריח מן העמדה השנייה שהוצגה לעיל, אטען כי ניתן בהחלט לצמצם באופן משמעותי את משקלם. טיעונים אלה אפתח בפרקיננו ב-ר.ג. בפרק ד אעבור לדון במצב הראוי, אחלוק על הקונסנזוס שבין שתי הגישות שתוארו לעיל, ואטען כי בגבולות מסוימים, שאנסה לשרטטם, וכל עוד מתקיימים כמה תנאים, שאמנה ואתאר, ההיבט הערכי-סובייקטיבי של ההליך השיפוטי החוקתי אינו פוסל את זוהכרעה השיפוטית, והוא אפילו רצוי במידה רבה. אולם הטענה שאבקש להגן עליה ביחס למצב הראוי מרחיקה לכת עוד יותר. אטען שכל עוד כללי המשחק שאפרט אכן נשמרים, ניתן ואף ראוי לאפשר מעורבות נרחבת של מרכיבים ערכיים-סובייקטיביים בהליך השיפוטי.

כוונתו של מאמר זה היא, ראשית-נל, להציע תרומה מסוימת לחידוד השיח בתחום. אולם ההניעה המרכזית לכתיבתו נובעת מן התקווה שההצעה הכלולה בו תשמש כלי לפתרון המשבר הנוכחי ביתסי הזרועות השלטוניות בישראל וביחסי האמון שבין בית-המשפט והציבור הרחב. מאמר זה נכתב במדינת-ישראל, על רקע מציאות משפטית-פוליטית מסוימת ומחלוקת נוקבת בהערכתה של אותה מציאות. טענתי היא שבמציאות הנוכחית, מעורבות השיקולים הערכיים-סובייקטיביים בהליך השיפוטי החוקתי מעוררת תרעומת מוצדקת. המעורבות בלתי-קבילה, אך זאת לא משום שיש בה פגם אינהרנטי, אלא משום ששיטתנו המשפטית-הפוליטית חסרה את התנאים הנדרשים להכשרתה. אולם הכשרה המשמחת היא שהשינויים שיש לעשותם לשם הכשרתה של הסובייקטיביות הערכית השיפוטית הם בהחלט בהישג ידינו. שינויים אלה ישפרו באופן משמעותי את מערכת היחסים שבין בית-המשפט והציבור, לא משום שבית-המשפט יחול לבטא עמדות ערכיות שנויות במחלוקת, אלא משום שכללי המשחק החדשים יעניקו לגיטימציה לתפקידו של בית-המשפט כשחקן מוסרי-פוליטי. כמובן זה אינו מצטרף במאמר זה לגישה המבקשת לשנות את מבנה השיטה הקיימת ולמזער את סמכויותו של בית-המשפט העליון הניצב בראש פירמידת השיפוט במדינה.³

3 כוונתי ליחזמה להקמתו של בית-משפט יחוקה. ראו, למשל, מאמרו של קלוז קליין בכרך זה. תקציר היריעה מלפרט את הטעמים להתנגדותי ליחזמה. אציין רק שלדעתי, מוסד זה מיותר במובן זה שאת הפגמים שהוא בא לרפא ניתן לתקן בדרכים שאמנה. הוא גם עלול להזיק, בעיקר בשל היותו בלתי-מתאים לשיטת המשפט הישראלית.

ב. משקלן של השקפות סובייקטיביות בדרך להכרעה השיפוטית

בפסק-הדין שניתן בעניין *שביט*, שבו הוכרעה, לטובת קרוביו של נפטר, מחלוקתם עם אנשי החברה קדישא בשאלת הלגיטימיות של הוספת כיתוב ותיארוך לועזי על מצבת יקירם,⁴ נדרש בית-המשפט לאיזון בין חופש הדת של אנשי החברה קדישא לבין החופש מדת של הנפטר וקרוביו. בפסק-דינו יוצא שופט המיעוט אנגלרד חוצץ נגד פעולת האיזון גופה. הוא טוען:

לב הבעיה היא: מהי הרגישות עליה יש להגן, על מי מוטל להיות סובלני ומי נושא בחובת הוויתור? אמנם לשם פתרון הבעיה, בית-המשפט גוקק למוסדות משפט ולכלים מושגיים באמצעותם הוא מבקש להכריע בין הדרישות המנוגדות של בעלי הדין... אך כלים אלה אינם מצליחים לכסות על הבעיה ההשקפתית המונחת ביסוד המחלוקת.⁵

בהסתמך על תיאור זה, אנגלרד טוען כדלקמן:

לטעמי, אין על בית-המשפט למדוד רגישויות, שאינן ניתנות למדידה אובייקטיבית... אין לנו שום רשות לדרג, על פי סולם ערכים שהוא בהכרח אישי, את מעמדה הערכי או הרגשי של הדרישות המנוגדות... הכרעה שיפוטית אינה יכולה, ואף אינה צריכה להתיימר, להכריע במחלוקת השקפתית.⁶

אנגלרד טוען אס-כך שתי טענות, האחת עובדתית, שלפיה פעולת האיזון שבית-המשפט מתבקש לעשותה מחייבת אותו להפעיל מערכת שיקולים ערכית-סובייקטיבית, והאחרת נורמטיבית, כשהנורמטיבית סומכת עצמה על העובדתית, לאמור: ככל שההכרעה השיפוטית חייבת, בעל כורחה, להתבסס על סולם ערכים אישי, ראוי לו לבית-המשפט להימנע מהכרעה כזאת. חברו, הנשיא ברק, חלוק עליו בשני העניינים. על טענתו העובדתית של אנגלרד ברק משיב כי הצורך להפעיל שיקולים השקפתיים סובייקטיביים הינו נדיר למדי.

איני שולל את המסקנה [אומר ברק] כי בשלב מסוים נכנסים לגדר השיקולים היבטים סובייקטיביים... איני מתעלם מהאופי ה"השקפתי" של ההכרעה. עם זאת, חשוב לזכור כי חלקם של השיקולים הסובייקטיביים הוא קטן. עיקר מלאכתו של השופט מוכתב על פי מערכת מסועפת של שיקולים אובייקטיביים. אלה מתבקשים ממסמכי היסוד; אלה נקבעו בעבר בפסיקה; אלה משותפים לכל שופט ושופט. אמת, ההכרעה היא תמיד ערכית. אך מכאן לא נובע שהיא סובייקטיבית. מרבית ההכרעות הערכיות

4 ע"א 6024/97 פרדריקה שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשון לציון, פ"ד נג(3) 600 (להלן: עניין שביט). לדיון הפורט בהיבטים אחרים של פסק-הדין ראו מאמרי "שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו" עיוני משפט כה (תשס"א) 189.

5 עניין שביט, שם, פסקה 8 לחוות-דעתו של השופט אנגלרד.

6 שם, פסקות 18-19.

גדעון ספיר

הן אובייקטיביות, ומתבקשות מערכי השיטה. שופט מקצועי מסוגל לבצען, תוך הבחנה בין השיקולים האובייקטיביים לבין תפישתו הסובייקטיבית.⁷

ברק מודה, כאמור, כי לעיתים אין מנוס מהכרעה על בסיס שיקולים סובייקטיביים, אך לדעתו, לנוכח שכיחותם הנמוכה של מקרים כאלה, הצר שנה בנוק המלך.

אנו מעדיפים מהות על פני צורה [מסביר ברק]. כל אלה ניתנים להשגה על פי הכרעה אובייקטיבית, שאינה אישית לכל שופט ושופט, גם אם היא "השקפתית". על כל פנים, זו צריכה להיות המגמה, תוך שמכירים בכך, כי לעיתים אין מנוס מהכרעות סובייקטיביות. "מחיר" זה --- כדאי לשלמו כדי להבטיח צדק במשפט.⁸

במחלוקת בין אנגלרד וברק, דעתי ו-אנגלרד בשאלה העובדתית,⁹ וכברק, בהסתייגויות שאבהיר בהמשך, בשאלה הנורמטיבית. אין ספק, לדעתי, שאם נבחן, לשם הדגמה, את

7 שם, פסקה 21 לחוות-דעתו של הנשיא ברק. הטענה לאובייקטיביות חוזרת על עצמה רבות ככתיבתו השיפוטית והאקדמית של ברק. למבחר ציטוטים של ברק בעניין האובייקטיביות השיפוטית וייחנותה, ראו ר' עמית "העמדות של (ה)קאנון - הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 93, 104-106. לדעת עמית, לחזרה הרבה על הטענה יש תכלית או לפחות תוצאה אחת ברורה: "החזרה הרבה על המודל [האובייקטיביות] ג' סין מעלה אותו לרמה של 'מנטרה', שאין עוד צורך להרהר בה וניתן לחזור עליה באותו נוסח... על-ידי הפרטיקות הרטוריות של חזרה ומחזור, של העתקה וציטוט, מכונן המושג בשיח כבעל ישות עצמאית ונעלת מעמד נורמטיבי גבוה ביותר."

8 עניין שביט, שם. ספק גדול מתעורר ביחס לתוקף טענתו של ברק כשאלת האובייקטיביות לנוכח השימוש המרובה שהוא עצמו עושה בהפניה לערכיו של הציבור הנאור כמקור ההשראה להכרעותיו של השופט במקרים קשים. "הציבור הנאור", כך ניתן לטעון, אינו גוף מובחן בעל מערכת ערכים מוגדרת אובייקטיבית, אלא פיקציה שאינה אלא בוזאזה של מערכת ערכיו של השופט, במקרה זה ברק. לביקורת בכיוון זה על ההסתמכות על "הציבור הנאור" ראו ד' סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד (תשס"א) 541, 543 (מותח ביקורת על וזעתו של ברק לקבוע את תוכנו של הביטוי "כבוד האדם" על-פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל, בהצביעו על המעגליות חסרת הפשר שבהפניה כזאת. סטטמן מסביר כי אין בדיעו "כל דרך לקבוע מיהו ציבור זה, שהרי אחד מסימניו הבולטים של הציבור הנאור הוא שהוא מחזיק בהשקפות הראויות לגבי כבוד האדם"; ראו עוד ד' אבנון "הציבור הנאור: יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 417, 419. (עיון בשימושים שעושה בית-המשפט במבחן זה יורה, כי למרות הצגתו כמבחן אובייקטיבי, בפועל הוא מבטא השקפת עולם ליברלית, המקובלת על חלק מהציבור היהודי במדינת ישראל.) ניתן כמובן לטעון שגם ברק עצמו אינו סבור באמת שההכרעות השיפוטיות יכולות להיגזר מעקרונות אובייקטיביים, וכי התעקשותו לתאר את הדברים כך משמשת בידיו אמצעי להענקת לגיטימציה לפעילותו של בית-המשפט המכוונת למעשה לקידום מערכת ערכיו. בין כך ובין כך, יחרונו הגדול של המודל שאנו מציעים הוא שיש ביכולתו לאפשר לבית-המשפט לחדול מהעמדת-הפנים, אם יש כזאת, מבלי שהדבר יפגע במעמדו וביקורתו. ראו דבריו בגוף הטקסט סמוך להערה 116.

9 לתומכים נוספים בטענתו של אנגלרד ראו, למשל, מ' מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" אלפיים 16 (תשנ"ח) 45, 53-54. ("רק לעתים רחוקות יימצא בגדרה של התרבות המשפטית פתרון אחד ברור, שיוכל להיחשב הפתרון המשפטי הנכון"; שראוי לחול על המקרה הנידון על ידי בית-המשפט. בדרך כלל יוכלו שופטים לעצב יותר מאשר פתרון אפשרי אחד לצורך הכרעה במקרים הנידונים על ידם. יתר על כן, פתרונות אפשריים אלה, למרות מספרם המצומצם, עשויים להיות שונים מאד אלה מאלה, ולא אחת אף מנוגדים.")

החליך החוקתי כחליך פוליטי

פסיקותיו של בית-המשפט העליון בישראל בסוגיות חוקתיות, נגלה שהן מבוססות פעמים רבות על השקפת-עולמם של השופטים. לעיתים מדובר בהשקפה שבית-המשפט העליון מבטא כגוף מונוליטי; בסוגיות אחרות בית-המשפט מתחלק לשני מחנות, ולעיתים שופטים מסוימים בוחרים לשאת דגל ערכי מסוים תוך מחלוקת עם שופטים אחרים. כך, למשל, טענו כותבים אחרים כי בפסיקותיו, מאז נחקקו חוקי-היסוד, בית-המשפט כגוף מבטא עמדות ליברטניות¹⁰ מובהקות.¹¹ השקפת-העולם שבית-המשפט מבטא בעניינים אלה מנוגדת לפרשנות שאנשי אקדמיה רבים מבקשים להעניק לחוקי-היסוד החדשים.

תחום יחסי הדת והמדינה משמש דוגמה טובה להתפלגות של בית-המשפט לשני מחנות על רקע אידיאולוגי. כל העוקב אחרי פסיקת בית-המשפט העליון יסכים כי במקרים שמתעוררות בהם שאלות הנוגעות במעמדה של הדת ובהיקפו של עקרון חופש הדת, עמדותיהם של שופטי בית-המשפט העליון נוטות להתפלג בהתאם להשקפת-עולמם – השופטים הדתיים מזה והחילוניים מזה.¹² בין פסקי-הדין המצביעים על מגמה כזאת ניתן

10 על התפיסה הליברטנית ומאפייניה, ראו: W. Kymlicka *Contemporary Political Philosophy* (Oxford, Clarendon Press, 1990) Chs. 2-3.

11 ראו א' מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" *משפט וממשל* ד (תשנ"ח) 133, 134-142; ע' זלצברג וא' קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" *משפט וממשל* ד (תשנ"ח) 489, 502-513. בניגוד למרמור, השם סימן-קריאה בסוף הטיעון, זלצברג וקדר מצביעים על מגמה אפשית בלבד, ומציינים כי לצורך קביעה נחרצת יש לקיים מחקר משווה מעמיק. שאתו, כעת כתיבת מאמר, טרם ערכו; א' גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו" *עיוני משפט* כא (תשנ"ח) 405. גרוס מדגים כיצד בתי-המשפט מדגישים היבטים רכושיים של זכות הקניין ומתעלמים מהיבטים חלוקתיים של זכות זו, מגמה העולה בקנה אחד עם השקפה ליברטנית; R. Hirschl "Israel's Constitutional Revolution: The Legal Interpretation of Entrenched Civil Liberties in an Emerging Neo-Liberal Economic Order" *46 Am. Jur. Com. L.* 427 (1998); אך השוו' ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים" ביוכל הבא: בין ליברטניזציה לבין בית-המשפט המחשק" *מחקרי משפט* יז (תשס"ב) 159, 240-245. (ליפשיץ טוען כי המגמות הליברטניות במשפט הישראלי מוגבלות ליחסים שבין הפרט למדינה. בתחומי המשפט הפרטי, לעומת זאת, בית-המשפט נסוג מעמדות ליברטניות ומנסה "להנחיל ערכים... של סולידריות, אחווה ואלטרואיזם, אפילו בהקשרים מסחריים, וזאת על חשבון תפיסות אינדיבידואליסטיות אטומיות").

12 לטיעון מפורט יותר בכיוון זה, ראו מאמרי: G. Sapir "Law or Politics: Israeli Constitutional Adjudication as a Case Study" *6 UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* (2001) 169, שם ביקשתי להראות כי במקרים שבהם מתעוררות שאלות הנוגעות במעמדה של הדת ובהיקפו של עקרון חופש הדת, עמדותיהם של שופטי בית-המשפט העליון נוטות להתפלג בהתאם להשקפת-עולמם – השופטים הדתיים מזה והחילוניים מזה. אך ראו מ' ד' בירנהוק וד' גוסרסקי "כסאות ייחודיים, דעות מיעוט ופלוורליזם שיפוטני" *עיוני משפט* כב (תשנ"ט) 499, 527. כותבי המאמר מסיקים לאור ניתוח ממצאים אמפיריים שאספו, כי "לא ניתן להצביע על קשר מובהק בין ייחודיותו של השופט לבין היותו ברעת המיעוט". אולם יושם-אל-לב כי הנחונים המובאים במאמר זה כמותיים, ולא איכותיים, במובן זה שאינם מתמקדים רק בסוגיות שניתן לצפות בהן פערי השקפה בין יושבי הכיסא הייחודי לבין יתר השופטים, אלא מתייחסים לפסקי-הדין כולם כמכלול. מטעם זה דומני שמסקנת הכותבים אינה סותרת בהכרח את ממצאי. ראו י' שחר, מ' גרוס ור' חרים "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" *עיוני משפט* כ (תשנ"ז) 749, 774. ("בפועל, רעותיהם החריגות של רוב השופטים נמהלות זו בזו, שכן בית-המשפט העליון בישראל עוסק כמעט בכל העניינים שהמשפט עוסק בהם, ולהערכתנו, המקרים ששופט מחזיק בהם בדעה שונה מדעת הרוב לאורך כל קשת העניינים הינם נדירים.")

גדעון ספיר

למצוא את עניין קסטנבאום,¹³ עניין שביט,¹⁴ עניין פסרו (גולדשטיין),¹⁵ עניין חורב,¹⁶ עניין הופמן¹⁷ ועניין יוסף כץ.¹⁸ פסקי-דין אלו עסקו כולם במופעים שונים של יחסי דת ומדינה, ובכולם מצא עצמו השופט היושב על כס "השופט הדתי"¹⁹ בדעת מיעוט מול חבריו החופשיים.²⁰

כאמור, שופט מסוים נושא לעיתים דגל של מאבק לקידומו של ערך היקר לליבו. כך, למשל, הנשיא ברק מציג, בכל שנותיו ובבית-המשפט העליון, עמדה נחרצת בשאלת היקף התפרשותו של חופש הביטוי ובשאלה מעמדו במקרים שבהם הוא מתנגש בזכויות או באינטרסים אחרים. בכל המקרים שבהם ישב ברק בדין בסוגיות הנוגעות בחופש הביטוי הוא בחר להכיר בביטוי הרלוונטי כנופל בגוררי חופש הביטוי ולבכר זכות זאת על פני הזכויות

13 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464.

14 עניין שביט, לעיל הערה 4.

15 בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661.

16 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1.

17 בג"ץ 257/89, 2410/90 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265.

18 בג"ץ 3269/95 יוסף כץ נ' בית הדין הרבני האיזורי, פ"ד ג(4) 690.

19 כמשך רוב שנות קיומו של בית-המשפט העליון, נמנו עם השופטים המכהנים בו גם שופטים חובשי-כיפה. השופט יצחק אולשן, שהיה נשיאו השני של בית-המשפט העליון וחבר בו מעת הקמתו, מספר בספר זכרונותיו, בנימת ביקורת חריפה, שעם הקמת בית-המשפט העליון, דרשו המפלגות הדתיות שבין חמשת שופטיו ייכלל לפחות שופט דתי אחד. לדבריו, דרישה זאת התקבלה עליידי הממשלה הזמנית ללא כל התנגדות. "י אולשן דין ודברים – זכרונות (ירושלים תשל"ח) 247. השופט חיים כהן מתאר בשיחותיו עם מיכאל ששר את הוסיבות ואת הטעם לבחירתו של השופט הדתי בצורה אחרת לחלוטין. לדבריו, היה זה הוא שעמד בכל תוקף על כך שבבית-המשפט העליון יהיה מומחה למשפט עברי, ולכן טרח ושכנע את כן-גוריון ואושר המשפטים הראשון, פנחס רוזן, להסכים למנות לכהונה הרמה את הרב שמחה אסף, שהיה מורו באוניברסיטה. מ' ששר חיים כהן שופט עליון – שיחות עם מיכאל ששר (ירושלים תשמ"ט) 115. כך או כך, הרב אסף היה הראשון שזכה לשבת על הכיסא הדתי בבית-המשפט העליון. עם פטירתו של אסף, בשנת 1953, לא התמנה חובשי-כיפה למלא את מקומו בבית-המשפט העליון, ובמשך שנים אחדות לא נכלל בין שופטי בית-המשפט אדם אורתודוקסי במובן המקובל, וזאת חרף תביעתן של המפלגות הדתיות למינויו של אדם מרקע כזה. בשנת 1965 התמנה שופט דתי לבית-המשפט, השופט קיסטר, ומאז, במשך שלושים ושבע השנים האחרונות, לא נותר בית-המשפט יתום משופט דתי. למן מינויו של השופט קיסטר ועד היום, משהתפנה מקומו של השופט הדתי, התמנה מייד חובשי-כיפה לכהונה במקומו. ראו גם א' רובינשטיין שופטי ארץ (ירושלים ותל-אביב תשמ"א) 155-157.

20 העימות בין השופט הדתי לשופטים החילוניים בולט מאוד גם בתחומים אחרים, כגון מעמדם המשפטי של ידועים-בציבור. כמעט בכל פסקי-דין שבהם נחלקו שופטי ההרכב בעניינים אלה עמד השופט הדתי בראש המחנה המצמצם את היקף הזכויות של הידועים-בציבור ואת תנאי הכניסה למוסד, ולעומתו נטו השופטים החילוניים לגישה המרחיבה. להרחבה ראו ש' ליפשיץ "נשואים בעל-כורחם? על הפן הלא-ליברלי של מוסד הידועים בציבור" עיוני משפט כה (תשס"ב) 741, 749-750. ליפשיץ מדגים במאמרו כיצד ההבדל בין המתנות מתבטא לא רק בעמדות האופרטיביות, אלא גם בדרך ההנמקה: השופטים הדתיים משתמשים בנימוקים דתיים-מוסריים, ולעומתם השופטים החילוניים נעזרים בנימוקים בעלי גוון ליברלי. על ריקע חלוקה זו מעניינת טענתו של ליפשיץ כי היה ניתן להשתמש בנימוקים ליברליים להצדקת עמדתו של השופט הדתי דווקא.

ההלך החוקתי כהלך פוליטי

והאינטרסים המתמודדים מולה. כך היה בנוגע לביטוי הגזעני,²¹ לביטוי הפוגע בשמו הטוב של אדם²² ולביטוי הפוגע בפרטיותו של איש-ציבור.²³ בכתיבתו התוץ-שיפוטית ניסה ברק אף להציע מצע רעיוני שיאפשר להרחיב את פרישתה של הזכות לתחומי המשפט הפרטי.²⁴ בין שופטי בית-המשפט העליון יש אומנם הנוטים לכיוונו של ברק,²⁵ אך עם זאת אין ספק כי גישתו של ברק קובעת בהחלט דין לעצמה בעקביותה ובקיצוניותה.²⁶ בדבריו עד כה הדגמתי כיצד הכרעותיו של בית-המשפט העליון בישראל בשאלות חוקתיות כרוכות בפועל, פעמים רבות, בעמדות ערכיות סובייקטיביות. אולם טיעונו של אנגלרד, שברק חלוק עליו, עניינו לא רק בקיומם של מקרים שבהם הכרעת בית-המשפט מבוססת על שיקול ערכי-סובייקטיבי, אלא אף בשכיחותם של המקרים שבהם מציאות כזאת הינה בלתי-נמנעת. אנגלרד טוען ששופט המבקש להכריע בשאלה חוקתית מוצא עצמו במקרים רבים נאלץ להכריע בהסתמך על הכרעה ערכית סובייקטיבית. ברק, לעומת-זאת, מודה בקיומם של מקרים שבהם השופט נדרש להפעיל שיקול ערכי סובייקטיבי, אך חולק על אנגלרד בשאלת שכיחותם. לדעתו, "מרכיב ההכרעות הערכיות הן אובייקטיביות, ומתבקשות מערכי השיטה. שופט מקצועי מסוגל לבצען, תוך הבחנה בין השיקולים האובייקטיביים לבין תפישתו הסובייקטיבית."²⁷

21 ראו דבריו בבג"ץ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (להלן: עניין כהנא). בפסק-דינו ברק מתעקש לא רק לכלול את הביטוי הגזעני במסגרת הזכות, אלא להכיר גם כיצד שלושת הרציונלים שבבסיסו של חופש הביטוי מחיימים גם בעניינו של הביטוי הגזעני. לגישה שונה, המבקשת להצדיק את שלילתו או את הגבלתו של חופש הביטוי הגזעני, ראו, למשל: A. Harel "Bigotry, Pornography, and the First Amendment: A Theory of Unprotected Speech" 65 S. Cal. L. Rev. (1992) 1887; David Kretzmer "Freedom of Speech and Racism" 8 Cardozo L. Rev. (1987) 445.

22 ע"א 214/89 אבנרי נ' שמידא, פ"ד מג(3) 840.

23 בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (להלן: עניין דיין).

24 ראו א' ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כו (תשנ"ז) 223, 246-240.

25 בולטת בנישה זו של מתן הגנה ועדיפות מעשית לחופש הביטוי השופטת דליה דוונר. הדבר ניכר בהכרעותיה, בשורה של פסקי-דין, בנוגע למעמדו של ביטוי מסחרי הכרוך בניבול-פה ובגסות-רוח. ראו בג"ץ 606/93 קידום נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1; בג"ץ 5118/95 מאיו נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מט(5) 751; בג"ץ 4644/00 יפאורה חבנרי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נד(4) 178.

26 כך, למשל, בעניין כהנא, קיבלו שלושת שופטי ההרכב את העתירה ככל שהדבר נוגע בחרם הגורף שהטילה רשות השידור על כהנא ורשימתו, אולם בעוד שברק ביקש להפעיל את נוסחת הוודאות הקרובה לפגיעה ממשית גם ביחס לדיבור הגזעני, וסבר ששידור מסריו של כהנא אינו מצוי מעבר לנקודת האיוון, חלק עליו עמיתו השופט בך בעניין זה וסבר כי זו אינה נוסחת האיוון הראויה, וכי מכל מקום, הביטוי הגזעני הפוגע ברגשות הציבור מצוי מעבר לנקודת האיוון גם לפי נוסחה נדיבה זו, ולכן אין מקום לשרדו. גם בעניין דיין היה ברק הקיצוני בין שופטי ההרכב. לדעתו, אין לשלול באופן עקרוני קיום הפגנה ליד ביתו הפרטי של איש-ציבור אפילו אין הבית משמש אותו לפעילות ציבורית, וגם במקרה כזה יש לעשות איוון אופקי בין חופש הביטוי לזכות לפרטיות. חבריו השופטים לוי וגולדברג חלקו עליו בעניין זה. לדעת לוי, בנסיבות כאלה יש להפעיל איוון אנכי ולשלול קיומה של הפגנה במקום, ולדעת גולדברג, האיוון האופקי מחייב קיומה של הפגנה במקום חליפי, ליד משרדו של איש-הציבור.

27 עניין שביט, לעיל הערה 4.

העימות בין טענתו של ברק ביחס לחוסר הגחיצות, במקרה השכיח, בהפעלת שיקול ערכי לבין המציאות שתיארנו מעורר שאלה מעניינת: אם, כדברי ברק, שופט מקצועי יכול להחליט ברוב המקרים בהסתמך על הכרעות ערכיות אובייקטיביות, איך נסביר את העובדה ששופטי בית-המשפט חלוקים ביניהם בעניינים מהותיים לא-מעטים?²⁸ תשובה אחת שבוודאי לא נרצה להשיב היא שאולי שופטי בית-המשפט העליון אינם שופטים מקצועיים, ולכן אינם מוכנים או אינם מסוגלים להבחין בין השיקולים האובייקטיביים לבין תפיסתם הסובייקטיבית. אולם משהיגו תשובה זו על הסף, ובהנחה שתיארנו העובדותי ברבר קיומן ושכיחותן של מחלוקות בין השופטים מבוסס דיו, עלינו להסיק לכאורה, בעל כורחנו, שמעורבותם של השיקולים הסובייקטיביים הינה כורת המציאות. נפנה כעת לסיבות שבגינן הכללת הערכים הסובייקטיביים בתהליך ההכרעה הינה בלתי-נמנעת.

ג. מדוע מעורבותן של השקפות סובייקטיביות הינה בלתי-נמנעת

אחת המחלוקות שתפסו מקום נכבד בשיח החוקתי האמריקאי של שנות השמונים והתשעים של המאה העשרים היא זו שבין חסידי האוריג'ינליזם²⁹ לבין מתנגדיו. האוריג'ינליסטים טוענים שפרשנות החוקה צריכה להלום את כוונתם המקורית של מנסחיה.³⁰ תומכי הגישה המתחרה, המכונה נונאוריג'ינליזם, אינם מכחישים שהטקסט, המבנה וההקשר ההיסטורי של החוקה: ליונטיים לצורכי פרשנותה, אך לדעתם, אין אלה המקורות והכלים הלגיטימיים היחידים לתהליך של פרשנות החוקה.³¹ לכאורה, זו מחלוקת תורת-פרשנית שהנימוקים לה יכולים להיות רבים, אך למעשה, הכוח המניע העיקרי מאחורי

28 שאלה זאת מזכירה במקצת את התמודדותם של חכמי ישראל במהלך הדורות עם תופעת ריבוי המחלוקות בין התנאים והאמוראים והמתנו בניה לבין ההנחה שתורה ניתנה למשה מסיני. ראו הקדמות הרמב"ם למשנה (מהדורת י" שילת, תשנ"ב) מ-מא. לדיון בשיטת הרמב"ם ראו ביאורו של הרב שילת, שם, בעמ' צ-צג. ראו גם אוסף המקורות והגדול אצל ח' בן-מנחם, נ' הכט, ש' וזנר המחלוקת בהלכה (שני כרכים, תשנ"ב-תשנ"ד), ואת ספרו המקיף של אבי שגיא "אלו ואלו" – משמעותו של השיח ההלכתי (1996).

29 בשנות השבעים היה מקובל לנות תפיסה זו אינטרפרטיביים. ראו, למשל: T.C. Gray "Do We Have an Unwritten Constitution?" 27 *Stan. L. Rev.* (1975) 703.

30 J. Rubenfeld "Reading the Constitution as Spoken" 104 *Jale L. J.* (1995) 1119, 1127, ("[T]he originalist always asks what the Framers meant to say when enacting the text, or what they did say while debating it, or what they would have said about today's constitutional question had they been asked..."). ראו: R.H. Bork *Slouching Towards Gomorrah* (New York, Regan Books, 1996); R. Berger *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment* (Cambridge, Harvard Uni. Press, 1977); R. Berger "Original Intent: The Rage of Hans Baade" 71 *N.C.L. Rev.* (1993) 1151.

31 ראו, למשל: W.J. Brennan *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, reprinted in *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutics Reader 13* (S. Levinson & S. Mailoux eds., 1988); E. Chemerinsky *Interpreting the Constitution* (New York, Praeger, 1987).

החליך החוקתי כחליך פוליטי

המחלוקת נוגע במידת הלגיטימיות שביצירתיות שיפוטית המערכת מידה לא־מבטלת של סובייקטיביות. עיקר המשיכה שבגישה האוריגינליסטית, בעיני המצדדים בה, נעוצה בצמצומן של אופציות הפרשנות של השופטים, המתחייב ממנה לכאורה, תוך הכפפתם לפרשנות אובייקטיבית.³² אולם עם התקדמות הדיון האקדמי בנושא הלכה והתבררה העובדה שגם הגישה האוריגינליסטית אינה יכולה לחסום את האפשרות להיזקק לפרשנות חוקתית יצירתית.³³ הטעם לכך נעוץ לא רק בקושי הקיים לא־אחת בעמידה על הכוונה או המשמעות המקורית,³⁴ גם לא בעובדה שלא ברור לעיתים אם היתה כלל כוונה ברורה אחת שניתן להצביע עליה,³⁵ אלא גם ובעיקר בכך שגם במקום שבו ניתן לעמוד על כוונה מקורית אחת ברורה, דירקטיבות חוקתיות רבות אינן כוללות תשובה אחת חד־משמעית לשאלות חוקתיות המוצגות לפני בית־המשפט. העובדה שחוקות, מטבען, משרטטות עקרונות־יסוד ואינן נוטות לרדת לפרטי פרטים,³⁶ כמו גם העובדה שחוקות אמורות מטבען לשרוד במשך זמן ארוך בהשוואה לחקיקה רגילה, ולכן הן מנועות לעיתים מלהקיף בכירור מצבים חדשים שלא נחזו, הן רק שתי סיבות לעמימותן של הדירקטיבות החוקתיות.³⁷ טעם שלישי, חשוב

32 לטיעון הקושר בין אימוץ גישה אוריגינליסטית לצמצום המעורבות השיפוטית היצירתית, ראו, למשל: A. Scalia "Originalism: The Lesser Evil" 57 *U. Chi. L. Rev.* (1989) 849, 864. ("[O]riginalism establishes a historical criterion that is conceptually quite separate from the preferences of the judge himself.")

33 ראו, למשל: M.J. Perry *The Constitution in the Courts: Law or Politics?* (New York, Oxford Uni. Press, 1994) פרי מייחד את פרקים 4 ו־5 של ספרו להסבר מדוע "Originalism Does Not Entail Minimalism". פרי עצמו הוא אחד הבורדים שהחליף מחנות עם השנים, מנואוריג'ינליזם לאוריג'ינליזם. בספר לעיל הוא נוקט עמדה אוריגינליסטית אחרי שנחשב במשך כחמש־עשרה שנים לאחד הנואוריג'ינליסטים הבולטים. לעמדתו הנואוריג'ינליסטית, ראו: M.J. Perry *The Constitution, the Courts, and Human Rights* (New Haven, Yale Uni. Press, 1982). לדיון בנימוקים אפשריים לשינוי בעמדתו, ראו: R.B. Saphire "Originalism and the Importance of Constitutional Aspirations" 24 *Hastings Constitutional Law Quarterly* (1997) 599.

34 קושי הגובר ככל שמרווח הזמן בין מועד אימוצה של החוקה ומועד פרשנותה גדל. איני נכנס כאן לדיון בשאלה אם פרשנות במובן של חשיפת משמעותו המקורית של הטקסט היא בגדר האפשר כלל. כידוע, האסכולה ההרמנויטית מבית־מדרשו של גדמר היא שהקורא (הפרשן) אינו יכול לקרוא את הטקסט שלא מתוך מטען ערכי מסוים שהינו ייחודי לו עצמו. לתיאוריה ההרמנויטית של גדמר, ראו: H.J. Gadamer *Truth and Method* (2nd rev. ed., 1994); מ' מאוטנר "גדמר והמשפט" עיוני משפט כג (תש"ס) 367.

35 דבר הנובע מן העובדה שלמסמך החוקתי אבות רבים, וכיניהם לא רק מנסחיו הישירים, אלא גם כל אלה שהצביעו בעד קבלתו. בקרב חברי קבוצה זו תיתכן מחלוקת בשאלת פרשנותו של המסמך.

36 רונלד דוורקין טוען בספרו *Freedom's Law* (1996) שרוב החוקות כנות־זמננו מגדירות את זכויות האדם המנויות בהן בלשון רחבה ומופשטת, דבר המחייב את השופט המופקד על אכיפת החוקה למלא אותה בתוכן קונקרטי תוך הפעלת שיקול־דעת מוסרי משלו. ראו דוורקין, *שם*, בעמ' 2-3. לדעת דוורקין, לא רק שאין בכך פסול, אלא שכך ראוי שיהיה. בגוף המאמר אני מסייג הן את הנחתו העובדתית של דוורקין והן את טענתו הנורמטיבית. ראשית, קיימות בעולם לא־מעט תוקות מפורטות למדי, המצמצמות את האפשרות להיזקק לפרשנות יוצרת. שנית, לדעתי, פרשנות חוקתית יוצרת הינה לגיטימית ואף רצויה, אולם בתנאי שמחיימים תנאים אחרים שדוורקין עצמו אינו מכיר בנחיצותם.

37 ראו הדיון בטקסט הצמוד להערות 113-115 להלן.

לא פחות, לעמימות הטבעה נעוץ בעובדה שהמשימה המוטלת על בית-המשפט אינה מסתכמת בדרך-כלל בפרשנות של דירקטיבות חוקתיות כל אחת לעצמה, אלא גם בצורך לאזן בין דירקטיבות כשהן מצויות במסלול של התנגשות. המגוון של מצבי ההתנגשות הינו בלתי-מוגבל, וקשה לראות כיצד ניתן ליצור לשופט מדריך מפורט שיוביל אותו להכרעה ברורה בכל מקרה ומקרה.³⁸

האמור עד כה פירושו שלא ייתכן לכאורה שיימצא בחוקה מענה לכל דילמה חוקתית, תהיה תורת הפרשנות החוקתית שנאמץ אשר תהיה. עם זאת, לא נובעת מכאן המסקנה שבשבתו על כס המשפט, השופט החוקתי מחויב להפעיל-שיקול דעת ערכי עצמאי. ניתן לכאורה להציע ששופט המבקש להימנע מהתבססות על ערכיו שלו יכול לאמץ מדיניות מינימליסטית, שלפיה, בכל מקרה שבו פועלה של המדינה, אם בחקיקה ואם במעשה מנהלי, אינו נוגד בבירור את הוראות החוקה, יימנע בית-המשפט מלהתערב. לגישה זו, המכונה "מינימליזם", שורשים עמוקים בקרב שופטים ואנשי אקדמיה בארצות-הברית.³⁹ בהמשך נבקש להתחקות אחר הטיעונים וטיעוני-הנגד ביחס לגישה המינימליסטית, ונביע עמדה ברורה בעניין, אולם לפי שעה, הנקודה שיש להדגישה היא הנפקות המעשית שתהיה לאימוץ תפיסה מינימליסטית קיצונית, והיא: צמצום דרסטי במעורבותו של בית-המשפט בהליך החוקתי.

כאמור, חלק גדול ממלאכתו של בית-המשפט כרוך באיזונים בין זכויות מתנגשות או בין זכויות לבין אינטרסים של המדינה. כאמור, שום מדריך אינו יכול להציע לשופט פתרון למגוון כה גדול של משוואות חוקתיות, ובוודאי שאינו יכול ללמד את השופט כיצד לכמת את המציאות המוצגת לפניו לצורכי הונאמתה לאחת המשוואות. במצב דברים זה, הדרישה ששופטים יימנעו מהפעלת שיקול-דעות הסובייקטיבי פירושה צמצום דרסטי בחלקו של בית-המשפט באכיפתה של החוקה. נמצאנו למדים אם-כן שהבררה המזומנת לנו היא, באופן גם, מעורבות ממשית של בית-המשפט באכיפת החוקה, המחייבת הכללת שיקול-דעתם

38 ברק עצמו מביא מקרה כזה כדוגמה למצב שבו הכרעת השופט הינה סובייקטיבית במהותה. ראו א' ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" בתוך א' ברק *מבחר כתבים* (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000), 695, 702-703. (בהכרעה בשאלת המבחן הראוי לאיזון בין חופש הביטוי לשלום הציבור, "אין בשיטת המשפט כל הכוונה... של הפרשן באשר לאופן הבחירה. האם המבחן הוא זה של 'אפשרות סבירה', 'אפשרות ממשית' או 'ודאות קרובה' ? בקביעת המבחן הראוי... כאה לידי ביטוי היצירתיות השיפוטית.") ברק תולה אומנם את היעדר התשובה בעמימות של החוק הדן בעניין, אולם דומני שגם ניסוח ברור היה משאיר לשופט מרווח ניכר של שיקול-דעת סובייקטיבי.

39 אביה של גישה זו כמשפט האמריקאי הוא James Bradley Thayer, במאמר משנת 1893, שוחרתו: "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law" 7 *Harvard Judicial Review and the Supreme Court*: L. Rev. (1893) 129. המאמר פורסם שוב ב: *Selected Essays* 43 (L. Levy ed., 1967). תומך בולט נוסף בגישה זו היה השופט פליקס פרנקפורטר (ראו, למשל, דעתו החולקת בפרשת, *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, (661-662, 666-667). גם לגישה ההפוכה יש כמובן חסידים בקרב אנשי המשפט בארצות-הברית. הללו סבורים כי לבית-המשפט נועד תפקיד מרכזי יותר ביישומה ואכיפתה של החוקה, המחייב אותו להכריע גם במקרים "פתוחים". אחד הבולטים בקרב המצדדים בנזמנימליזם הוא שופט בית-המשפט העליון הפדרלי, ברנן. ראו מאמרו הידוע: W. Brennan Jr. "Why Have a Bill of Rights?" 9 *Oxford J. Legal Studies* (1989) 425.

ההליך החוקתי כהליך פוליטי

הערכי של השופטים בתהליך, או מסגרת מצומצמת מאוד של מעורבות שיפוטית, המחייבת ומאפשרת הימנעות מהכללתם של יסודות ערכיים-סובייקטיביים בהליכי הביקורת השיפוטית. השאלה שיש לברר היא באיזו מבין האפשרויות ראוי לבחור. בשאלה זו נדון כעת.

ד. כיצד ההליך החוקתי עשוי להתגלות כמועיל חרף המימד הערכי-הסובייקטיבי שלו ואולי גם בזכות מימד זה

קיומה של ביקורת שיפוטית משמעותית מחייבת מעורבות של שיקולים ערכיים-סובייקטיביים בהכרעה השיפוטית. האם מעורבות כזאת הינה לגיטימית? ואם כן, האם היא רצויה? לדעתי, התשובה לשתי השאלות חיובית, ובלבד שיישמרו כמה כללים חיוניים, שאפרטם בהמשך.

1. התועלת

על מוסד הביקורת השיפוטית, המאפשר לבית-המשפט המוסמך להכריז על בטלותם של דברי חקיקה ראשית והמעמיד את בית-המשפט במרכז הזירה הפוליטי-המשפטית, נמתחה ועודנה נמתחת ביקורת מכיוונים אחדים. ביקורת מרכזית מוכרת מתמקדת בהיבט האנטי-רובני, ולכן, לכאורה, גם האנטי-דמוקרטי, של העברת הסמכות להכרעה בשאלת הלגיטימיות של חקיקה ראשית מידי של המחוקק, המייצג את עמדות הרוב, לידיה של הזרוע השיפוטית.⁴⁰ גם התשובה המקובלת לטיעון זה מוכרת למדי. הטיעון הוא שלא בית-המשפט הוא שמונע את הרוב מלחוקק כאוות נפשו, אלא החוקה,⁴¹ והחוקה עצמה

40 ראו, למשל: A.M. Bickel *The Least Dangerous Branch, the Supreme Court at the Bar of*; P.W. Kahn *Politics* (Indianapolis, Bobbs-Merrill 1962) 16-17. לסקירה כללית ראו: P.W. Kahn *Legitimacy and History: Self-Government in American Constitutional Theory* (New Haven, Yale Uni. Press, 1992). טענה זו בדבר הפגיעה בשלטון הרוב הגלומה במוסד הביקורת השיפוטית כוללת למעשה שתי טענות שונות שיש להבחין ביניהן. לפי האחת, עיקר הבעיה בכך שמוסד הביקורת השיפוטית מאפשר לבית-המשפט, ואולי אף מחייב אותו, להעדיף את ערכיו של רוב העבר על ערכיו של הרוב הנוכחי. טענה זו אינה מכוונת למעשה כלפי בית-המשפט, אלא כלפי המשטר החוקתי המניח קיומה של היררכיה חוקתית ומאפשר שריונו של המסמך החוקתי מפני שינוי ברוב רגיל. לפי האחרת, הבעיה אינה נעוצה במשטר החוקתי כשלעצמו, אלא במוסד הביקורת השיפוטית, המאפשר לבית-המשפט להעדיף לא את ערכיו של רוב העבר, אלא את ערכיו שלו על ערכי הרוב – הרוב שהתקיים בעבר או רוב האזרחים בהווה.

41 תשובה זו מכוונת כלפי הטענה השנייה שהזכרה בהערה הקודמת. לתשובה ברוח זו ראו דברי השופט ברק בבג"ץ 1715/97 *לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר*, פ"ד נא(4) 367, 386-387. ("לא הרי הכרזה על בטלותה של חקיקת משנה בהיותה סותרת הוראותיו של חוק, כהרי הכרזה על בטלותה של חקיקה ראשית בהיותה סותרת חוק-יסוד. בבטלו חקיקת משנה, נתון השופט ביטוי לרצון המחוקק. בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות על-חוקיות, שהוא עצמו קבע.") להחבטאות זהה של ברק בכובעו כמלומד ראו א' ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" *משפט וממשל* ג (התשנ"ו) 403.

ניתנת להצדקה⁴² מנקודת-מבט דמוקרטית בהיותה כוללת עקרונות הנובעים ומתחייבים ממה שמכונה דמוקרטיה מהותית, הגנה על זכויותיו הבסיסיות של המיעוט, כמו גם עקרונות זכויות כחופש הביטוי והזכות להצביע, שנועדו לשרת ולשמר את המשטר הדמוקרטי. התשובה היא אם-כן שמוסד הביקורת השיפוטי אוסף את הוראותיה של החוקה, שאינן פוגעות בעיקרון הדמוקרטי, אלא מתחייבות ממנו ומשרתות אותו.⁴³ אולם על רקע הדברים שאמרנו עד כה מתגלה החולשה שבתשיבה. אם לשאלות חוקתיות רבות אין תשובה נכונה אחת גם לאחר עיון מדויק בהוראות החוקה, ואם הפרשן המוסמך של הוראות החוקה הוא בית-המשפט, לא החוקה היא שמגבילה את כוחותיו של המחוקק הדמוקרטי, אלא בית-המשפט. נתון זה מחזיר אותנו לנקודת-המוצא.⁴⁴

עייגונה של מגילת זכויות בחוקה אינה סותמת את הגולל על הצורך בהכרעה פרטנית במחלוקות ביחס להיקף התפרשותן הראוי של הזכויות המנויות, אופן יישומן הראוי בנסיבות קונקרטיות והפתרון הראוי בנסיבות של התנגשות בין זכויות שונות. לפיכך, תיאור פועלו של

42 הצדקה זו נועדה להשיב על הטענה הראשונה שבהערה 40 לעיל. לתשובה ברוח זו ראו א' ברק "תפקידו של בית-המשפט העליון בחברה דמוקרטית" סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית (רפאל כהן-אלמגור עורך, 1999) 129, 136.

43 הצדקה זו מבוססת על שלילת הטיעון בדבר המימד האנטי-דמוקרטי שבהיררכיה החוקתית. טיעון אחר, ממוקד יותר ומתוחכם יותר, תוקף את עצם הלגיטימיות של כלל ההכרעה הרובני, ומסביר שמנקודת-מבט ליברלית, יש לאמץ את המודל הקונסוציונלי. ראו זלצברגר וקרר, לעיל הערה 11. לדעתם, "עקרון זה יכול לעבור טרנספורמציה למשטר דמוקרטי המבוסס על הכרעת רוב, אך ורק אם בצמוד לו קיים גם מנגנון של זכויות משיריינות הנאכפות על ידי גוף אנטי-רובני". שם, בעמ' 501. גם הצדקות אחרות מוצעות בספרות למוסד הביקורת השיפוטי, המוכנות להכיר במימד האנטי-דמוקרטי שבמערכת החוקתית, אך סבורות שמדובר במחיר שכדאי לשלמו לנוכח היתרונות הגלומים במוסד כזה. יש הטוענים, למשל, כי חוקה יכולה לתפקד ככלל-השתק, המאפשר הרחקת נושאים בעייתיים מסדר-היום הציבורי באופן שימנע חיכונים מתמידים. ראו, למשל: S. Holmes *Gag Rules or the Politics of Omission in Constitutionalism and Democracy* (Jon Elster and Rune Slagstad Gidon Sapir "Religion and State in Israel: The Case for Reevaluation and Constitutional Entrenchment" 22 *Hastings Int. & Comp. L. Rev.* (1999) 617.

44 אלכסנדר ביקל ביקש להתגבר על קושי זה תוך הצגת הטיעון הקונצנזואלי, שלפיו, בפועל, במקרים שבהם אין בחוקה תשובה ברורה אחת, בית-המשפט פוסק בהתאם לקונסנזוס בקרב הציבור הרחב בעניין זה (כשלעיתים אין בית-המשפט רק משקף קונסנזוס כזה, אלא פועל להשגתו). אולם, כפי שכבר הצביעו רבים וכמודגש נתמה מרכזית בגוף מאמר זה, הטיעון הקונצנזואלי הינו קונטינגנטי במהותו ואינו עומד במבחן המציאות. ראו, למשל, קאהן, לעיל הערה 40, בעמ' 146 ("controversial decisions frequently remain controversial, even after a generation."); מרמור, לעיל הערה 11, בעמ' 157. ("כאחר שהכרעות שיפוטיות בעניינים חוקתיים אינן טריביאליות בדרך כלל, והן מחייבות דיון מעמיק ויסודי בטעמים שבגינם היה ראוי להכיר בזכות מסוימת, אינו דואה כיצד ניתן לעגן את הלגיטימיות של הכרעות כאלה ברעיון הקונצנזוס. ההכרעות השיפוטיות מתחילות, בדרך כלל, היכן שהקונצנזוס הסתיים.") יצוין שההנחה בדבר היעדר הסכמה בשאלות מוסריות בסיסיות יכולה לשמש נקודת-מוצא לטיעון לא רק נגד עליונות הפרשנות השיפוטית לחוקה, אלא גם נגד דמוקרטיה חוקתית בכלל. ראו לאחרונה: J. Waldron *Law and Disagreement* (Oxford, Clarendon Press, 1999).

ההליך החוקתי כהליך פוליטי

בית-המשפט כיישום של עקרונות מוכתבים מראש מטעה.⁴⁵ הפקדת הכוח להכריע במחלוקות חוקתיות בידי בית-המשפט פירושה המעשי אימוץ כלל סמכות (Theory of Authority) שונה ומתחרה עם העיקרון הדמוקרטי (שאינו אלא כלל סמכות המציע פתרון לבעיית חוסר ההסכמה בין ציבור האזרחים). וכשם שכלל הסמכות הדמוקרטי טעון הצדקה עצמאית, כך גם כלל הסמכות של אריסטוקרטיה שיפוטית אינו יכול לחמוק מנטל ההצדקה בתואנה שאינו אלא אמצעי לאכיפת הסדרים שהתקבלו תוך שימוש בכלל סמכות אחר או לצורך הגנה עליו. ההכרה במקומו המרכזי של בית-המשפט כיוצר נורמות, ולא רק כמגינן של נורמות קיימות, מחייבת המצאת טעם עצמאי לתועלת שבהפקדת הסמכות הבלעדית⁴⁶ לפרשנות החוקה ואכיפתה בידי בית-המשפט. השאלה המחייבת תשובה אינה מהן הסיבות להפקדתה של משימת ההגנה על זכויות מוסכמות בידי הזרוע השיפוטית, אלא מהם הטעמים להפקדת משימת ההכרעה בין תפיסות מתחרות, בשאלת היקפן, יישומן וחשיבותן היחסית של אותן זכויות, בידי זרוע זאת. אילו טעמים טובים ניתן להציע לאימוץ כלל סמכות כזה?

כיוון תשובה אפשרי עשוי להתמקד בסגולותיהם האישיות של החברים בגוף זה או ביתרונותיו של הגוף אל מול שתי זרועות השלטון האחרות. באשר לחברים בגוף, טענה אחת יכולה להיות שההכשרה המשפטית של השופטים מאפשרת להם לגתח דילמות בצורה בהירה, להציב את המשוואה בצורה נכונה, להתמקד בעיקר ולהתעלם מהטפל.⁴⁷ טענה נוספת, מוסדית, היא שעצמאות הזרוע השיפוטית מאפשרת לחבריה לבחון את השאלות המוצגות להם לגופו של עניין, מבלי להיות מושפעים על-ידי שיקולים פופוליטיים, על-ידי

45 כותבים אחדים המשתתפים בקובץ זה עוסקים ברטוריקה השיפוטית בישראל, ולפחות שניים מהם – בירנהק ואלברשטיין – מצביעים על טכניקות שנועדו להצנעת – או אפילו להכחשת – פועלם של השופטים כיוצרי נורמות. ראו מ' ד' בירנהק "הגדרה חוקתית: המתורולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות", בחוברת זו, בעמ' 591; מ' אלברשטיין "עיון בסגנונות פרשנות משתנים בפסקתו של בית-המשפט העליון", בחוברת זו, בעמ' 633.

46 שתי הערות הבהרה: ראשית, ניתן למעשה לחשוב על שתי שאלות נפרדות. האחת: מי מוסמך לפרש את החוקה? והאחרת: פרשנותו של מי היא המכרעת? דיוננו במאמר זה מתמקד בשאלה השנייה, ולפיכך יש לקרוא את הביטוי "סמכות בלעדית" שבגוף המאמר כמוכחן של זכות "המלה האחרונה". שנית, בעשותנו שימוש במונח "המלה האחרונה", כוונתנו לגוף הממוקם בראש ההיררכיה הפרשנית, כמוכחן זה שעל הכרעתו בשאלות פרשנות אי-אפשר לערער עוד. לדוגמה, ההלכה שקבע בית-המשפט העליון היא שהמלה האחרונה בשאלות של פרשנות חוק וחוקה, במסגרת הרשות המבצעת, שמורה ליועץ המשפטי לממשלה. פירושו של דבר שבאופן עקרוני, הממשלה חייבת לנהוג בהתאם לחוות-דעתו של היועץ המשפטי. אולם כידוע, היועץ במדינת-ישראל אינו ניצב בראש הפירמידה: הגם שבית-המשפט מייחס חשיבות לחוות-דעתו של היועץ, הוא רואה עצמו רשאי ומחויב להפוך את הכרעתו אם היא נראית לו מוטעית.

47 הטיעון כאן מתמקד בעיקר בכישוריו של השופט המאפשרים לו לתרגם את המקרה הקונקרטי שלפניו לשפה המשפטית באופן שיאפשר להחיל את ההנחיות המשפטיות העקרוניות על נסיבותיו של מקרה. במסגרת תהליך זה, המופשט נהפך לקונקרטי וחוזר חלילה כאשר הפתרון המשפטי לבעיה הקונקרטית עובר תהליך של הפשטה ונהפך לחלק מהכלל המשפטי.

קבוצות-לחץ או על-ידי אינטרסים קצרי-טווח.⁴⁸ הטיעון הוא אם-כן שגם אם אין החוקה מספקת תשובה נכונה לכל דילמה שמתעוררת, יש טעם טוב להניח שהתשובות שייתן הגוף השיפוטי לשאלות אלה טובות מאלה שייחננו להן המחוקק או הזרוע המבצעת, אם מכוח מאפייניו של הגוף ואם מכוח סגולותיהם של חבריו. ודוק, בעשותי שימוש כמונח "תשובות יותר", איני נוקט ואיני צריך לנקוט עמדה בשאלה אם קיימת תשובה מוסרית אחת נכונה לכל דילמה, או שמא קיימות תשובות אחדות שאין דרך להכריע ביניהן. הנחתי היא שגם לדעת הפלורליסטים, הכרעה שנופלת מטעמים זרים לעניין או כתוצאה מהעמדה מעורפלת של השאלה שעל הפרק היא הכרעה רעה. אם הנחה זו מקובלת על הכל, הרי שאחת הסיבות שניתן להביא בתמיכה להפקדת המשימה של פיתוח החוקה, תוך כדי יישומה, בידי בית-המשפט היא שבזכות אפיונו המוסדי וכישוריהם האישיים של חבריו, יש ביכולתו להעמיד את השאלה בצורה בהירה ולשקול בדרכו להכרעה בה את השיקולים הרלוונטיים והחשובים בעיניו, ואותם בלבד.

גם על טענה זאת נמתחת כידוע ביקורת רבה. כותבים רבים, בעיקר בארצות-הברית, מבקשים להוכיח באופן אמפירי שהענק הסמכות לפירוש החוקה ולאכיפתה לבית-המשפט אינה מגיבה תוצאות טובות במיוחד. גיסה אחת של הטיעון מתמקדת לאו דווקא במקומם המרכזי של השופטים בפרשנות החוקה ואכיפתה, אלא בהיעדר התועלת, על-פי הנטען, בקיומו של משטר חוקתי בכלל, יהא הגוף המפרש והאוכף אשר יהיה.⁴⁹ אך יש המסכימים כי המשטר החוקתי ראוי ורצוי, ועם זאת טוענים כי בית-המשפט אינו הגוף המתאים להיות

48 ראו, למשל, צ'מרנסקי, לעיל הערה 31, בעמ' 86; W.F. Murphy "Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter" 48 *Rev. Pol.* (1986) 401, 406-409. הדגש מושם בדרך-כלל בחוסר התאמתו של המחוקק יותר מאשר בסגולות המיוחדות של בית-המשפט. ראו: A.J. Mikva "How Well does Congress Support and Defend the Constitution" 61 *North Carolina L. Rev.* (1983) 587. לדעה שונה, המתנגדת לתיאור הציני של ההליך הפוליטי כמונע כולו בידי אינטרסים עצמיים צרים, ראו: J. Waldron *Rights and Majorities: Rousseau Revisited in J.W. Chapman and A. Wertheimer (eds.), Nomos XXXII: Majorities and Minorities* (1990) 44.

49 מהם הטוענים ששיח הזכויות המחלוקה למשטר החוקתי מוביל לרידודו של המימד המוסרי העמוק שבקיום האנושי, ומהם שאינם כופרים בחשיבותה של תורת הזכויות, אך סבורים ששמירה עליהן אינה יכולה לנבוע מאכיפתה של היררכיה משפטית חוקתית. לטענה נגד שיח הזכויות, ראו, למשל: M.A. Glendon *Rights Talk: The Improvisation of Political Discourse* (New York, Free Press, 1991); לדיון ביקורתי בטענותיה של גלנרן בנוגע לשיח הזכויות, ראו: M.J. Perry *The Idea of Human Rights* (New York, Oxford Uni. Press, 1998) 48-56; החוקה הנאכפת באמצעות בית-המשפט בהשגת יעדים חברתיים חשובים, ראו, למשל, ספרו הפולמוסי של ג'רלד רוזנברג: G. Rosenberg *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (Chicago, Uni. Of Chicago Press, 1991): ("American courts are not all-powerful institutions. They were designed with severe limitations and placed in a political system of divided powers. To ask them to produce significant social reform is to forget their history and ignore their constraints. It is to cloud our vision with a naive and romantic belief in the triumph of rights over politics. And while romance and even naivete have their charms, they are not best exhibited in courtrooms." *Id.*, at p. 343)

ההליך החוקתי כהליך פוליטי

מופקד על שמירתו. הללו מצביעים על מה שמסמן בעיניהם מגמה של בית-המשפט לאשר בפסיקותיו את השקפת-עולמן של האליטות השליטות,⁵⁰ או חמור מכך, על נטייתו של בית-המשפט לעצב את הכרעותיו באופן שיהלום את חיזוק מעמדו שלו.⁵¹ בעיניהם, היעדר התלות של בית-המשפט בציבור הרחב פועל דווקא לחיזוקן של מגמות אלה, ולא להחלשתן. מאמר זה אינו מבוסס על מחקר-שדה אמפירי, ולפיכך איני יכול לאשש או להפריך, אמפירית, אחת משתי הטענות הנוגדות. עם זאת דומני שהאמת נמצאת אי-שם באמצע. הפקדת החוקה בידי בית-המשפט יש עמה יתרונות וחסרונות. כאמור, לבית-המשפט יתרון מסוים על פני זרועות השלטון האחרות: הוא חשוף פחות להשפעות מבחוץ ואינו תלוי, לפחות לא באופן מידי, בתמיכת הציבור שעשוי להיות מושפע מהלכידורח פופוליסטיים קצרי-מועד. גם הכשרתם המקצועית של חברי בית-המשפט מאפשרת להם מידה מסוימת של

50 M. Tushnet *Taking the Constitution Away from the Courts* (Princeton NJ, למשל: Princeton Uni. Press, 1999). ("looking at judicial review over the course of U.S. history, we see the courts regularly being more or less in line with what the dominant national coalition wants." *Id.*, at p. 153); M. Tushnet *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* (Cambridge, Cambridge Uni. Press, 1988); R.A. Dahl "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker" 6 *J. Pub. Law* (1957) 279, 293-294

51 סוציולוגים החוקרים את דרכי ההתנהגות של ארגונים מצביעים על תופעה – המכונה "הסטת מטרות" – שלפיה, עם התרחבותו והתבססותו של ארגון, עצם קיומו נעשה מטרה עיקרית של חבריו, לעיתים אפילו במחיר זניחתן של המטרות המקוריות שלשמן הוקם. ראו האוניברסיטה הפתוחה *מבוא לסוציולוגיה*, יחידות 7, 8 (1985) 19. אתר המאמרים הראשוניים והקלסיים בתחום מחקר זה הוא מאמרו של רוברט מיכלס "הבסיס השמרני של הארגון", תורגם ונכלל בתוך *היחיד והסדר החברתי* (מקראה בסוציולוגיה לבתי-ספר תיכוניים, דניאלה רוט-הלר וניסן נוה עורכים) 211. מיכלס מנתח במאמרו את השינויים שהתרחשו במפלגה הסוציאל-דמוקרטית הגרמנית, ומצביע על כך שיעדיה של המפלגה משתנים עם השנים: מנהיגי המפלגה ממשיכים אומנם לשלם מס-שפתיים ליעדיה המהפכניים, אך למעשה הם מגבשים מדיניות שמרנית שתכליתה שימור המערכת והימנעות מסיכון ההישגים שאליהם הגיעה. כך, מסביר מיכלס, "נהפך הארגון מאמצעי לתכלית" (שם, בעמ' 214). כותבים אחרים מציעים גרסה מרוכבת יותר של הטיעון, לאמור: השימור והחיווק העצמי אינם מטרה היחידה המניעה ארגון לאחר שנוצר והתבסס, אך אין ספק שיעדים אלה נכללים בין מטרות הארגון ומשפיעים על התנהלותו. ראו, למשל: B. Guy Peters *The Politics of Bureaucracy* (2nd ed., 1984) 31. ("We will not adopt the totally cynical view that agencies are concerned only with the growth of the agency budget, but neither can we adopt the more naive view that agencies are concerned entirely with the performance of their constitutionally and legally designated tasks. The truth probably lies somewhere in between.") הוא בסופו של דבר ארגון, וככזה, קשה להניח שיחמוק מן ה"גורל" הנכון לארגונים באשר הם. אכן, אנשי מדע המדינה בארצות-הברית החלו עוסקים לאחרונה בתיאור ובמיפוי אמפירי של ההתנהלות המוסדית של בית-המשפט העליון בארצם, שתכליתה חיוק מעמדו ביחס לזרועות האחרות. ראו, למשל: C.W. Clayton and H. Gillman (eds.) *Supreme Court Decision-Making* (Chicago, Uni. of Chi. Press, 1999). בישראל, שאלה מחקרית זו מצויה בשלב הבראשיתי שלה. לניתוח מעניין וראשוני של מגמות פעילותו של בית-המשפט העליון בישראל ראו מאמרו של עמרי ידלין "שיקול-דעת שיפוטי ואקטיביזם שיפוטי כמשחק אסטרטגי", בחוברת זו, בעמ' 665.

בהירות מחשבה הנדרשת לשם הכוונה בשאלות מסובכות וטענות.⁵² לעמדותיו של בית-המשפט בשאלות כאלה יש חשיבות רבה, מה גם שעצם הצגתן תורמת תרומה של ממש לחיזוקו של השיח המוסרי המעמיק. ותונים אלה תומכים לכאורה בהפקדתה של משימת השמירה על החוקה ועיצוב תכניה בידי בית-המשפט.

אולם במקביל, ניתן להציע שיקולים שיחזקו את הגישה המנוגדת, זו המבקשת להותיר את הדיון בשאלות מוסריות עקרוניות בידי הציבור הרחב (כאמצעות נציגיו). ראשית, כך ניתן לטעון, דווקא יתרונותיו של בית-המשפט שנמנו זה עתה עשויים לעיתים להיות לו לרועץ. ריחוקו מן הציבור הרחב עשוי לעוות את תפיסותיו,⁵³ עצמאותו עשויה להביא את חבריו לידי גבחות-לב והעמדת האינטרס המוסדי שלהם בראש סולם העדיפויות, ועוד ועוד. אך לא רק חסרונותיו של בית-המשפט מחייבים מתן אפשרות לציבור לומר את דברו; יש שיטענו כי לבית-המשפט אין מונופול על החוכמה, וקיימות אפילו סיבות טובות להניח שבתנאים מסוימים, הכרעת הציבור תבטא אמיתות שיעלמו מעיניהן של קבוצות חכמים ונבונים החובשים את ספסלי בית-המשפט. לא בכרי אמרו חכמינו: "פוק תְּזוּי מְאִי עֲמֵא דְבַר."⁵⁴ להגיונו של "האדם הפשוט" אין לעיתים תחליף.⁵⁵ שיקולים אלה ואחרים מציירים

52 אך ראו מרמור, לעיל הערה 11, החולק על קביעה זו, בהסבירו כי "השאלות שבית-משפט נדרש להכריע בהן בעניינים חוקתיים קלסיים... הן פשוט לא שאלות משפטיות. אלה הן שאלות מוסריות ופוליטיות *par excellence*." מרמור סבור כי אין לשופטים יתרון מקצועי על פני אחרים בבירור שאלות כאלה, "ובמובן מסוים ההיפך הוא הנכון." שם, בעמ' 154.

53 S. Shetreet "Reflections on the Protection of the Individual: Form and Substance" 12 *Isr. L. Rev.* (1977) 32. ("in light of the advanced age of most of the justices, their compulsory lack of contact with the community and their immersion in a judicial tradition whose aim is to distance judges from external pressures, their outlook is liable to be different than that of the general public.")

54 בתרגומו של המילונאי אבן-שושן: "צא ודאה איך העם נוהג." ראו תלמוד בבלי ברכות מה, א; עירובין יד, ב. בכתיבה הרבנית נעשה לעיתים שימוש חליפי בביטוי "קול המון כקול שדי" לאותה מטרה ובאותו הקשר. בשני המקרים שצוינו לעיל, זוהפניה לנוהגו של הציבור משמשת כראיה להלכה שיש להנהיג בשאלה השנויה במחלוקת. ההסתמכות על נוהגו של הציבור יכולה לנבוע מן ההנחה שבידי הציבור נשמרת המסורת הנכונה בעניין השנוי במחלוקת, אך עיון בהקשר שנעשה בו שימוש בביטוי בכתיבה רבנית מאוחרת מאפשר להציע כי נוהגו של הציבור משמש כלי המבטא ומגלה אמת שאינה ניתנת להשגה ברורה וודאית בדרך של הוסק רציונלי או בירור אמפירי רגיל. כך, למשל, הרב אליעזר וולדינברג מסביר כי התורה דוחה "בשואט נפש מקרנות מזבחה כל הנאתו בה לשם אחיזת עיניים בלבד, ובמוקדם או במאוחר מגלה היא את קלנו ברבים, או בחשיפת פרצופו האמיתי, ואו בבחילה נפשית אינסטנקטיבית ממנו, בבחינה של קול המון כקול שדי". אליעזר וולדינברג, שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה פתיחה, פרק ו ד"ה אכן דת.

55 בתפיסה דומה, המייחסת עדיפות עלינה להגיונו של האדם הרגיל על זה של משפטנים, החזיק גם ג'ון לוק. ראו: J. Locke *An Essay Concerning Human Understanding* (Bk. III, Ch. X, 495, P. Nidditch ed., 1975). לתורת זכויות המבוססת עצמה על תפיסת האדם כבעל כישורים מפותחים לחשיבה מוסרית, והמתנגדת לאימורי אסטרטגיה חוקתית לשם הגנה על אותן זכויות בשל הסתירה הקיימת בין אסטרטגיה זאת לבין אותה תפיסת אדם, ראו: J. Waldron "A Right-Based Critique of Constitutional Rights" 13 *Oxford Journal of Legal Studies* (1993) 18.

ההליך החוקתי כהליך מוליטי

אפיסטמולוגיה מוסרית שונה לחלוטין מזו שהוצגה בתמיכה להפקדתה של סמכות ההכרעה בידי בית-המשפט, אפיסטמולוגיה שאינה נטולת בסיס, לפחות בעיני. לשיקולים אלה נגד הענקת מקום מרכזי לבית-המשפט בעיצוב תכניה של החוקה יש להוסיף כמובן שיקול נוסף, נורמטיבי. הטענה העומדת בבסיס התפיסה המינימליסטית שהוזכרה לעיל היא: אפילו נניח שכל האמור לעיל בדבר חסרונותיו של בית-המשפט והיתרונות שבשיח הציבורי אינו נכון, וגם אם נסבור שהציבור או מייצגיו בבית-החוקקים מועדים לטעות, אין זה ראוי שבית-המשפט, עם כל יתרונותיו, הוא זה שבידיו תופקד משימת עיצובה של החוקה. החוקה אמורה לבטא את ה"אני מאמין" של הציבור שעליו היא תחול, ואין זה ראוי ש"אני מאמין" כזה יוכתב או "ייחלב" בידי בית-המשפט. בלשונו של מולידה של הגישה המינימליסטית במשפט החוקתי האמריקאי, James Bradley Thayer:

[T]he exercise of judicial review, even when unavoidable, is always attended with a serious evil, namely, that the correction of legislative mistakes comes from the outside, and the people thus lose the political experience, and the moral education and stimulus that comes from fighting the question out in the ordinary way, and correcting their own errors.⁵⁶

הטיעון המרכזי, למיטב הבנתי, בתמיכה בעמדתו המינימליסטית של Thayer ובעמדתם של כותבים "טייריסטיים" בני זמננו⁵⁷ הוא רפובליקאי במהותו. הטענה היא שאפילו נניח כי התשובות שיתן בית-המשפט לשאלות חוקתיות יהיו בדרך-כלל טובות יותר משייתן הציבור (באמצעות נציגיו בבית-החוקקים), לא יהיה בכך כדי להצדיק נטילת המשימה מידי הציבור והפקדתה בידי בית-המשפט, משום שתפקיד זה הינו בעל ערך עצמאי. לפי קו-מחשבה זה, היתרון הגדול של העיקרון הדמוקרטי מתמצה באפשרות שהוא מעניק לכל אזרח ובאחריות שהוא מטיל עליו להפעיל שיפוט מוסרי, תוך השתתפות בתהליך של קבלת החלטות קולקטיבית. ואם זה הטעם המרכזי לאימוץ העיקרון הדמוקרטי, הרי שמחויבותנו לעיקרון זה צריכה להתחזק דווקא, ולא להיחלש, ככל שהשאלות שעומדות על הפרק נושאות גוון ערכי מוסרי, דבר המחייב דווקא בשאלות כאלה יהיה זה הציבור (באמצעות נציגיו שנבחרו בדרך דמוקרטית), ולא בית-המשפט, ששייב עליהן.⁵⁸

J.B. Thayer, O.W. Holmes, F. Frankfurter *On John Marshall* (Chicago, Uni. Of Chicago Press, 1967) 106-107 56

A. Hutchinson "Waiting for Coraf (or the Beatification of the Charter)" 41 למשל: *U. Toronto L. J.* (1991) 332 57

לכאורה, עשוי להיווצר רושם שהתפיסה הטייריסטית דוחה בשתי ידיים, צידוקים חוצאתניים להענקת הסמכות בידי בית-המשפט, אולם למעשה אין טייר נוקט בגישה קיצונית כזאת. אילו היה משוכנע שהציבור אינו מסוגל לתהליך שיוביל להחלטות ראויות מבחינה מוסרית, היה גם הוא מעדיף להפקיד את המשימה בידי בית-המשפט (בהנחה שזה כשיר יותר למשימה). אלא שטייר סבור כי הציבור מסוגל לכך, ולכן אין לשלול ממנו זכות זו וחובה זו. יתר על-כן, טייר מאמין שהטלת המשימה על כתפי הציבור תסייע לו בטווח הארוך לשפר את יכולותיו בתחום החשיבה החוקתית ולהגיע להכרעות טובות יותר. לדיון ממצה בעמדת טייר בהקשרה ההיסטורי, ראו: Kahn, *supra* note 40, at pp. 84-89. 58

השאלה כיצד ראוי להכריע בשאלות חוקתיות שאין להן תשובה ברורה בחוקה שנויה אס-כן במחלוקת. הנחת-המוצא של החילקים בעניין היא שקיימות כפועל שתי אפשרויות המוציאות זו את זו: האחת, שמירת זוסמכות בידי הציבור כאמצעות נציגיו, והאחרת, הפקדתה בידי בית-המשפט. בהינתן תמונת-מצב דיכוטומית, אין פלא שחסידי כל שיטה מנסים להעצים בתיאור יתרונותיה ולצמצם בחסרונותיה. המצדדים בהפקדת הסמכות בידי בית-המשפט מדגישים את יתרונותיו, ועוד יותר מכך את חסרונותיו של בית-המחוקקים.⁵⁹ וכך, במהופך, נשמע מפייהם של המצדדים בהפקדתה בידי המחוקק. אולם המציאות היא, כמובן, שהיתרונות והחסרונות שבכל שיטה אינם נמחקים; הם פשוט מוחבאים. האם תיאור דיכוטומי זה ממצה? האין אפשרות נוספת?

להפקדת הסמכות להכריע בידי בית המשפט יתרונות וחסרונות, וכך גם להפקדתה בידי המחוקק. הדרך הטובה ביותר, לו נמצאו כזאת, היא לבנות מערכת חוקתית שכללי המשחק שלה יאפשרו ליהנות מן הטוב שבשני הגולמות. מערכת כזאת צריכה למקם את בית-המשפט במקום מרכזי במשחק החוקתי, בזכות יתרונותיו, אך בה בעת לשמור על תפקידו החשוב של כלל הציבור בעיצוב תכניה של החוקה שהוא מקבל על עצמו. האם מערכת כזאת אפשרית? דומני שכן. האם מערכת כזאת קיימת כיום במדינת-ישראל? אני משוכנע שלא.

2. התנאים הנדרשים למימושה

(א) כללי

ההנחה שבבסיס המחלוקת בין מצדדי זמינימליזם לבין המתנגדים לו היא שהמערכת הינה בינרית: ניתן לבחור בעליונות המחוקק וניתן לבחור בעליונות הזרוע השיפוטית, אך לא ניתן להציע שילוב בין השתיים. הנחה זו אינה נכונה. אנשי מדע המדינה נסוגו זה מכבר מתפיסת הפרדת הרשויות המוחלטת.⁶⁰ במקומה, במובן מסוים, מקובל המנגנון של איזונים

59 הטענה השגורה היא שהגורם החוק ביותר בהתנהלותם של המחוקקים הוא הרצון להבטיח את בחירתם מחדש, ושלמען הגשמתה של שאיפה זו הם מוכנים להקריב כל ערך אחר, כולל השקפת-עולמם, אם יש להם כזו. לניסוח חריף של הטעון ראו, למשל, דבריו של רוברט דהל, שנאמרו אומנם ביחס למערכת הפוליטית האמריקאית, אך הם יפים לא-פחות, בשינויים המתחייבים ממבנה המערכת, ביחס למצב במדינות אחרות: "Congressional leaders rely mainly on persuasion, party loyalty, expectations of reciprocal treatment, and, occasionally, special inducements such as patronage or public works. But none of these is likely to be adequate if a member is persuaded that a vote to support his party will cost him votes among his constituents... Fortunately, for him, the mores of Congress, accepted by the leaders themselves, are perfectly clear on this point: His own election comes first." R. Dahl *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent* (Chicago, Rand McNally, 1967) 131. על טענה זו ברבר משקלה המכריע של השאיפה להיבחר מחדש על התנהלות המחוקקים, טענה מרכזית בהגותם של אנשי ה-public choice, יש כמוכן חולקים. ראו, למשל: E. Rubin "Beyond Public Choice: Comprehensive Rationality in the Writing and Reading of Statutes" 66 *D.A. Farber* (1991) 1 *New York U. L. Rev.* להתייבה ביחס לאסכולת ה-public choice, ראו: P. Frichey *Law and Public Choice* (Chicago, Uni. Of Chicago Press, 1991) and P. Frichey. יש המטילים ספק בעצם האפשרות לכונן מערכת שתפעל לפי דגם הפרדה ההרמטית. ראו, למשל: M. Troper "The Development of the Notion of Separation of Powers" 26 *Isr. L. Rev.* 1 (1992).

ההליך החוקתי כהליך פוליטי

ובלמים.⁶¹ דומני שגם בענייננו ניתן לחשוב על שיטה שתימנע מהפרדה דיכוטומית ותתבסס על מנגנון של איזונים ובלמים. בשיטה המוצעת תימסר ההכרעה בשאלות חוקתיות שאין להן פתרון ברור בחוקה בידי שתי הרשויות, ולא בידי אחת מהן בלבד, ולכל אחת מהן תהיה שליטה מסוימת בהכרעות שהאחרת מקבלת. להלן נפרט מקצת ממאפייניה של מערכת כזאת.

(ב) מנגנון התגברות

מרכיב אחד במערכת איזונים ובלמים שתסייע במקסום הרווח ומזעור העלות שבאסטרטגיה החוקתית הוא אימוצו של מנגנון התגברות, דוגמת זה המצוי בסעיף 33 לצ'רטר הקנדי⁶² ובחוק-יסוד: חופש העיסוק.⁶³ יש המתנגדים לאימוצו של המנגנון וטוענים כי הכללתו במסגרת החוקה תפגע באופן מהותי במעמדה וברעיון העומד בבסיסה.⁶⁴ יש הנוקטים לשון חריפה יותר, רואים במנגנון ההתגברות אמצעי המאפשר למחוקק לרמוס ברגל-גאוזה את הוראות החוקה וערכיה לצרכים פוליטיים צרים,⁶⁵ וסבורים שחוקה הכפופה למנגנון כזה

61 לתיאור דגמים שונים של הפרדת רשויות, ראו: M. Vile *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Oxford, Clarendon Press, 1967). יצוין עם זאת שיש הטוענים כי "המדינה המנהלית" המודרנית נטשה לחלוטין את עקרון הפרדת הרשויות, אפילו לפי המודל המרוכך שלו. לביקורת חריפה בכיוון זה בהקשר האמריקאי, ראו: G. Lawson "The Rise and Rise of the Administrative State" 107 *Harv. L. Rev.* (1994) 1231.

62 סעיף 33 ל-Canadian Charter of Rights and Freedoms קובע כדלקמן: "(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or a legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)." Can. Const. (Constitution Act, 1982) pt. I (Canadian Charter of Rights and Freedoms), § 33.

63 חוק יסוד: חופש העיסוק, סעיף 8, ספר החוקים 90 (1994). כידוע, ההשראה לאימוצו של מנגנון ההתגברות הישראלי נבעה מהמנגנון הקנדי. ראו, למשל, א' ברק *פרשנות במשפט* (כרך שלישי, *פרשנות חוקתית*, חשנ"ד) 642. בגיבוש נוסחו של המנגנון היה מעורב גם המשנה לנשיא בית-המשפט העליון (כתוארו אז) אהרן ברק. ראו א' ברק "על התיקונים בחוק יסוד: חופש העיסוק" *משפט וממשל* ב (1994) 545 (מכתבו של ברק אל יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הכולל הערות להצעת חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון)). כפי שמערכת כתב-העת מציינת, "הערותיו של השופט ברק מצאו הד בגרסה החדשה של חוק היסוד", שם.

64 כך, למשל, ברק טוען כי הוספתה של פסקת ההתגברות לחוק-יסוד: חופש העיסוק מעמידה את החוק במצב "שמגדר הגנה הלכתית גרידא על חופש העיסוק יצא ולגור הגנה חוקתית מלאה לא הגיע". ברק *פרשנות במשפט, שם*, בעמ' 640.

65 לדעה כזו מפי מלומדים קנדיים, ראו, למשל: B. Slattery "Override Clauses Under S. 33" 61 *Can. Bar Review* (1983) 391, 397. בהקשר הישראלי גישה זו מקבלת סיוע מן הנסיבות שהובילו לאימוצו של המנגנון. כידוע, מטרת התיקון שהוסיף את מנגנון ההתגברות לחוק-היסוד הייתה למצוא פתרון למשבר הקואליציוני, שנוצר בעקבות פסיקתו של בית-המשפט העליון בעניין *מיטראל*, להלן

אינה ראויה כלל להיקרא חוקה.⁶⁶ אולם זו אינה נקודת-המבט האפשרית היחידה באשר למנגנון כזה. כאמור, הוראותיה של החוקה אינן מספקות תשובה ברורה אחת לכל שאלה חוקתית, ולפיכך התשובה שבית-המשפט מספק לשאלות המוצגות לו אינה בהכרח היחידה האפשרית. חופש העיסוק כלול כיום במסגרת חוק-יסוד. האם עובדה זו מחייבת לקבל את פרשנותו של בית-המשפט בדבר היקפה של הזכות, בדבר הערכים שבשמם ניתן לפגוע בה, או בדבר הנסיבות המדויקות שבהן פגיעה כזאת מוצדקת וברכר מידת הפגיעה המותרת באותן נסיבות?⁶⁷ נשיא בית-המשפט העליון מרחיב בפרשנות ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה דמוקרטית, ומצמצם בפרשו את ערכיה כמדינה יהודית.⁶⁸ האם זו הפרשנות היחידה המתקבלת על הדעת?⁶⁹ האם הכרעתו של בית-המשפט העליון בעניין לשכת מנהלי ההשקעות, שלפיה קביעת תנאי-סף של שבע שנות ותק לקבלת פטור מלא מבחינות איגו מידתי, אך הצבתו על חמש שנים מצויה במתחם המידתיות, היא כה הגיונית שכל הכרעה אחרת תפגע בעליל בהוראות החוקה? הנושבה לשאלות אלה שלילית כמובן, ואם כאלה הם פני הדברים, הרי שניתן לתאר את מנגנון ההתגברות לא כאמצעי להתעלמות מהוראות החוקה ולהתגברות עליהן אלא כאמצעי המאפשר לציבור, באמצעות המחוקק, לחלוק על

הערה 70, באשר לייבוא בשר קפוא, באופן שנייה את דעתה של ש"ס, שותפתה הקואליציונית של מפלגת העבודה, מבלי לפגוע באופן חמור מדי בחוק-היסוד. אלמלא התעורר צורך כזה, לא היה מנגנון ההתגברות הישראלי בא לעולם, דבר הגורם ותורם לתדמיתו המפוקפקת. לטיעון ברוח זאת ראו, למשל, רכרייה של חברת-הכנסת נעמי חזן ממר"צ, דברי הכנסת, הצעת חוק יסוד: חופש העיסוק – קריאה ראשונה, ד"כ 135 (תשנ"ד) 4538: "אם אנתנו נשנה היום את חוק יסוד חופש העיסוק... אנו חותרים תחת חוקי היסוד של מדינת ישראל... לא מטעמים ענייניים, אלא מטעמים מידיים, מניפולטיביים, פוליטיים, כדי לפתור בעיה קואליציונית". ראו גם דברי חברת-הכנסת דדי צוקר, יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט, בגנות פסקת ההתגברות. ד"ר 136 (תשנ"ד) 5365.

66 ראו, למשל: A.F. Bayefsky "The Judicial Function Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms" 32 *McGill L. J.* (1987) 791, 818 ("The Canadian Charter of Rights and Freedoms is therefore not an entrenched bill of rights. Entrenchment is a term which in the long Canadian debate was consistently used to mean placing individual rights and freedoms beyond the reach of ordinary legislatures.")

67 להצעת קריאה שונה מהותית של חופש העיסוק מקריאתו של בית-המשפט ראו א' גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג (תש"ס) 229.

68 ראו א' ברק "המהפכה החוקתית: זכריות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9. ("יש ליתן לדיבור זה [מדינה יהודית – ג' ס'] משמעות בומת הפשטה גבוהה... על רמת ההפשטה להיות כה גבוהה, עד שהיא תעלה בקנה אחד עם אופיה הדמוקרטי של המדינה... ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם אותם ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית, ואשר צמחו מתוך המסורת וההיסטוריה היהודית.")

69 לתיאור של מנעד פרשנויות אפשריות של כל אחד מהמושגים ושל שניהם יחד ראו מאמרה של ר' גביון "מדינה יהודית ודמוקרטיה: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 631; ראו גם מאמרו של מ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ד) 659, שם אלון מתפלמס בחריפות עם ברק ועמדתו.

הפרשנות שבית-המשפט נותן להוראות החוקה⁷⁰ ולהתגבר על פרשנות זאת תוך הצעת פתרון אחר, לגיטימי לא פחות מזה שהציע בית-המשפט, לשאלות חוקתיות מסוימות.⁷¹ עד כאן באשר לגיטימיות שבאימוצו של מנגנון התגברות, ומכאן לתועלת הצומחת לדעתי מאימוצו של מנגנון כזה.

כאמור, לבית-המשפט יתרון מסוים על פני זרועות השלטון האחרות, ועם זאת אין לו מונופול על החוכמה, מה גם שיתרונותיו עשויים לעיתים להיות לו לרועץ דווקא. אימוץ חוקה כתוספת מנגנון התגברות מאפשר ליהנות משני העולמות. מנגנון הביקורת השיפוטית מאפשר לבית-המשפט לומר את דברו בשאלות מרכזיות. לזכות עמדתו של בית-המשפט ייזקף ללא ספק משקל רב בשיח הציבורי שיתקיים בעניין, ועצם הצגתה גם תשמש זרז לקיומו של שיח כזה.⁷² אולם יתרונו הגדול של מנגנון התגברות הוא בכך שהוא יאפשר גם לציבור הרחב לומר את דברו ביחס לפתרון הראוי בעיניו לשאלה החוקתית, כאשר עמדה זו מקבלת משנה תוקף דווקא משום שהיא מבטאת תחת ה"אזהרה" שהשמיע בית-המשפט.⁷³

70 המחלוקת בשאלה של פרשנות החוקה בהקשר של זכויות האדם שהיא מגינה עליהן עשויה להיות באחת משתי שאלות: גודל הזכות המוגנת, והנסיבות שבהן החוקה מתירה לפגוע בזכות. עד כה עשה המחוקק הישראלי שימוש במנגנון התגברות פעם אחת בלבד ביחס לחוק ייפוא בשר קפוא, שהתקבל בכנסת מייד לאחר הוספתו של מנגנון התגברות לחוק-היסוד, ושהחזיר את הסטטוס-קוו בעניין על כנו. המחלוקת במקרה זה שייכת לדעתי לסוג השני: יהיה קשה לחלוק על כך שהחוק פוגע בחופש העיסוק, אולם התשובה לשאלה אם יעמוד בדרישותיה של פסקת ההגבלה אינה כה ברורה. יש משופטי בית-המשפט העליון שצינו באמרת-אגב כי לדעתם, לא יעמוד החוק בדרישה. ראו דברי השופט אור בבג"ץ 3872/93 מיטראל נ' דאש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 505. ("נראה, שחקיקה שעל-פיה יותנה יבוא בשר בתנאי שיהיה כשר, היא חקיקה המגבילה את חופש העיסוק, שלא בהתאם לפיסקת ההגבלה.") אך לעומתם היו בין חברי-הכנסת כאלה שדעתם היתה שונה. ראו, למשל, דבריו של חבר-הכנסת יצחק לוי מן המפד"ל, הכנסת השלוש-עשרה, מושב שלישי: פרוטוקולים משיבות ועדת חוקה ומשפט. פרוטוקול 163, 1 במרס 1994, בעמ' 28. מדבריו של לוי עולה תפיסה של פסקת ההגבלה כאמצעי שנועד להתגבר לא על הוראותיה של החוקה, אלא על פרשנותו (במקרה זה הפרשנות שתיתכן בלבד, שהרי הדברים נאמרו כאמור כאמרת-אגב) של בית-המשפט להוראות החוקה.

71 לשונו של מנגנון התגברות הישראלי מלמדת שהמחוקק הישראלי מבין את תפקידו של המנגנון באופן אחר מזה שאני מציע. כותרת הסעיף היא "תוקפו של חוק חורג", והסעיף עצמו מסביר שמדובר בחוק הפוגע בחופש העיסוק ואינו ניתן להצדקה במסגרת מנגנון האיזון המפורט בסעיף 4 לחוק-היסוד. מלשון הסעיף עולה אם-כן שמטרתו היא לאפשר סטייה זמנית מהוראות החוקה, ולא פרשנות אחרת משל בית-המשפט להוראותיה, כפי שהצעתי אני. גם דברי ההסבר להצעת-החוק מנוגדים לתפיסת תפקידו של מנגנון התגברות שאני מציע. לגישה המתארת את תפקידו של מנגנון התגברות כאמצעי המאפשר סטייה מקומית מהוראות החוקה ומנסה בכל-זאת להצדיקה ככזו, ראו: L. Weinrib "Learning to Live With the Override" 35 McGill L. J. (1990) 541.

72 כמוכן זה, גם המתנגדים המריפים ביותר לפועלו של בית-המשפט העליון בשנים האחרונות צריכים להודות לו על הטלטלה שהביא על שאלות רבות ש"נקברו" במשך שנים רבות מבלי שהתקיים דיון רציני ומעמיק בעניינן. על הצורך בקיומו של דיון כזה ראו מאמרי, לעיל הערה 43, בעמ' 627-642.

73 איני סבור, עם זאת, שאזהרתו זו של בית-המשפט צריכה לשמש תנאי הכרחי להפעלתו של מנגנון התגברות. לדעתי, אין פסול בכך שבית-המחוקקים יבחר להכביט מראש את חסינותו של דבר-חקיקה מסוים כאשר קיים חשש שהחיקוק יעורר את התנגדותו של בית-המשפט על-סמך פרשנותו של זה להוראות החוקה. יחד עם זאת, תנאי מקדמי אחד שיש להציב להפעלת המנגנון – בין שמדובר בהפעלה מקרימה של המנגנון ובין בהפעלתו בתגובה על הכרעתו של בית-המשפט – הוא שהמחוקק סבור אומנם שהחיקוק הנדרש אכן עולה בקנה אחד עם הוראות החוקה. ראו הדיון בגוף המאמר סמוך להצעות

דעון ספיר

גם לפרטיו המדויקים של מנגנון ההתגברות יש תשיכות רבה. כזכור, הן בקנדה והן בישראל, מנגנון ההתגברות תוחם את האופציה להכריע בניגוד לפרשנותו של בית-המשפט במגבלה של זמן. טווח החלות המרבי בישראל הוא ארבע שנים, ובקנדה – חמש.⁷⁴ מנגנון כזה מצמיח תוצאה שלפיה אין השאלה יורדת מסדר-היום הציבורי, ולכל צד ניתנת אפשרות לשקול את דעתו מחדש. זאת ועוד, הבחירות שנערכות לבית-המחוקקים,⁷⁵ לרשות המבצעת ולבית-המשפט (עם פרישתם של שופטים בהגיעם למועד הפרישה הקבוע בחוק) מעודדות העמדה של השאלה שבמחלוקת למבחן וציבור.

ההצעה לעשות שימוש במנגנון ההתגברות כאמצעי להפקדת המשימה של פרשנות החוקה בידי בית-המשפט והמחוקק גם יחד מזכירה כמידה מסוימת הצעות אחרות, שהועלו במסגרת הדיון החוקתי בארצות-הברית, לחלוקת עבודה בנושא פרשנות החוקה בין שלוש הזרועות, הצעות שנהוג לכנותן בשם הכללי "דיפרטמנטליזם".⁷⁶ אולם חרף הדמיון האמור, קיים גם שוני מהותי בין הדיפרטמנטליזם האמריקאי למנגנון ההתגברות. הדיפרטמנטליזם מבקש לחלק את משימת פרשנותה של דחוקה בין הזרועות השונות באופן שבו תישמר לכל זרוע זכות המלה האחרונה בתחומים מסוימים שיופקדו בידיה. מנגנון ההתגברות, לעומת זאת, אינו כולל חלוקה של תחומי אחריות, אלא שיתוף של בית-המשפט ושל המחוקק בתהליך הפרשנות. השאלה שהצבנו בראשית פרק זה היתה אם הכררה העומדת לפנינו היא הפקדת המשימה של פרשנות החוקה או בידי בית-המשפט או בידי המחוקק, או שמא

116-113. לדעה דומה לשלי בעניין זה, ראו: B. Slattery "A Theory of the Charter" 25 *Osgoode Hall L. J.* (1987) 701.

74 נוסף לשוני זה קיימים עוד שלושה הבדליזם בולטים בין שני ההסדרים. ראו ברק *פרשנות כמשפט*, לעיל הערה 63. לדיון מעמיק בטיבו של מנגנון ההתגברות, הכולל השוואה בין המנגנון הישראלי לקנדי, ראו: T. Kahana *The Partnership Model of the Canadian Notwithstanding Mechanism: Failure and Hope* (Doctoral Thesis, 2000). שאלה מעניינת היא אם ניתן להאריך או לחדש את תקופת ההתגברות. לחשובה חיובית ראו מ' גולדברג "חופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק יסוד" *הפרקליט* מא (1993) 291, 340. ("חוק זריג הוא למעשה 'הוראת שעה', התקפה לכל היותר ארבע שנים, אך מובן שהכנסת תהיה רשאית, לקראת תום תקופו, לחוקק חוק אחר תחתיו, שתוכנו והה."); מ' גולדברג *חופש העיסוק והגבלתו* (תל-אביב תשנ"ט) 107. כידוע, ההודמנות לבחון שאלה זו הוחמצה עם תיקונו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, שהוסיף את סעיף 8(ב) אשר פטר לצמיתות את חוק ייבוא בשר קפוא מעולו של חוק-היסוד.

75 הרצון להבטיח דיון מתודש בשאלה שבמחלוקת עם שינוי הרכבה של הרשות המחוקקת הוביל מלומד קנדי להציע תיקון למנגנון ההתגברות הגנדי, כך שחוק שנחקק תוך שימוש במנגנון יפקע בעת פיזור הפרלמנט שחוקק אותו או לאחר חמש שנים מיום שנחקק. C.P. Manfredy *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism* (Norman, Uni. of Oklahoma Press, 1993) 209. יצוין שבגרסות מוקדמות של הצעות-החוק בעניין פסקת ההתגברות הישראלית הוצע, בשל אותו רציונל, להעמיד את מועד הפקיעה על שישה חודשים לאחר מועד הבחירות לכנסת חדשה. דאו הצעת חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון) סעיף 2, הצעות חוק 129 (1994); הצעת חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון) (ניסח חלופי) סעיף 2, ה"ח 289 (1994).

76 למיטב ידיעתי, מי שטבע את המונח "דיפרטמנטליזם" לתיאור תפיסה השוללת את עליונות בית-המשפט בפרשנות החוקה היה המלומד Edward S. Corwin, בספרו *Court over Constitution* (1938) 4-7. לתיאור והצדקה של תפיסה דיפרטמנטליסטית, ראו, למשל: S.R. Burgess *Contest for Constitutional Authority: The Abortion and War Powers Debates* (Lawrence, Uni. Press of Kansas, 1992); Murphy, *supra* note 48.

ההליך החוקתי כהליך פוליטי

ביכולתנו להפקיד אותה בידי שני הגופים גם יחד. במובן זה, הדיפרטמנטליזם אינו מציע דרך להימלט מפגיעתן הרעה של קרני הדילמה,⁷⁷ בעוד שמנגנון ההתגברות דווקא מספק דרך-ביניים.⁷⁸

(ג) מנגנוני בחירה דאויים

אמצעי נוסף לשימור המשימה של פרשנות החוקה בידי הציבור מכלי לשלול מבית-המשפט את הסמכות לעשות זאת הוא אימוץ מנגנון לבחירת שופטים שיעניק לציבור הרחב, באמצעות נציגיו, שליטה בהרכבו של בית-המשפט. מנגנון כזה יכול לשמש בידי הציבור אמצעי, עקיף ואיטי אומנם, אך בכל זאת יעיל למדי, לביטוי עמדה ביחס לפרשנותה הראויה של החוקה, ואף להשתתפות בתהליך הפרשנות על-ידי בחירתם של שופטים שעמדותיהם בשאלות חוקתיות שנויות במחלוקת תואמות את עמדות הציבור.⁷⁹ אולם, כך ניתן לכאורה לטעון, אסטרטגיה כזאת יכולה להשיג יותר מן הרצוי. כאמור, המטרה היא להשאיר הן את בית-המשפט והן את הציבור הרחב ב"משחק" הפרשנות. הענקת שליטה מוחלטת לציבור בהרכבו של בית-המשפט עלולה להפוך את בית-המשפט למוציא לפועל של עמדות הרוב השליט, דבר הנוגד את התכלית שלשמה אנו מבקשים להעניק לבית-המשפט סמכות לפרש את החוקה ולאוכפה, ומייתר את הצורך בקיומו של מוסד כזה. חשש זה אינו נטול בסיס, אולם דומני שאין להפריז בחומרתו. גם אם נפקיד את משימת בחירתם של השופטים בידי הציבור, השפעתו של הציבור תיפסק עם תחילת כהונתו של השופט, כאשר מדובר במערכת המקפידה על עצמאות הרשות השופטת. מרגע זה ואילך יהיה השופט חופשי להכריע בהתאם למיטב שיפוטו, כאשר כישוריו האישיים ויתרונותיו המוסדיים שנמנו לעיל מאפשרים לו

77 העובדה שהדיפרטמנטליזם אינו מספק אמצעי להיחלץ מן הדילמה שהצבנו אין פירושה שבדיפרטמנטליזם אין תועלת והיגיון משלו. יתר על-כן, חלק מן ההצדקות האפשריות לדיפרטמנטליזם חופפות טעמים שמאחורי אימוצו של מנגנון ההתגברות. כך, למשל, בורגס טוענת כי אימוץ מודל דיפרטמנטליסטי יעודד מודעות ודיון ציבורי מעמיק בשאלות חוקתיות בעלות חשיבות.

78 דעה התומכת באימוצו של מנגנון ההתגברות נשמעת גם בקרב אנשי משפט חוקתי בארצות-הברית. ראו, למשל: P.C. Weiler "Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version" 18 *J. L. Reform* (1984) 51, 84. ("Any measure that could be navigated through all the branches of the national legislative process... might well be considered a more sensible approach to the problem than would a verdict from a bare majority of five on the Supreme Court."); G. Calabresi "Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)" 105 *Harv. L. Rev.* (1991) 80, 124

79 לטיעון רומה בהקשר האמריקאי, ראו: T. Jennings Peretti *In Defense of a Political Court* (Princeton, Princeton Uni. Press, 1999). פרטי תומכת במנגנון בחירה פוליטי מטעם זהה לשלי: המסקנה שאין דרך להימנע מהכללת שיקולים ערכיים-סובייקטיביים בהליך החוקתי. אולם פרטי מרחיקה לכת הרבה יותר ממני בהערכת היעדרה של אפשרות האובייקטיביוציה של ההליך החוקתי. לדעתה, הכל פוליטיקה ותמיד פוליטיקה. עמדה זו צובעת את הטיעון של פרטי בצבעי CLS ברורים, כפי שמשמע בבירור גם מטיפולה האוהד בטיעוני CLS מוכרים. ראו *שם*, בעמ' 36-45. הבעיה בטיעון גורף כזה היא שקבלתו מעוררת ספק בדבר עצם נחיצותם של חוקה ובית-משפט שיפרש אותה. ראו: J.C. Yoo "Choosing Justices: A Political Appointments Process and the Wages of Judicial Supremacy" 98 *Mich. L. Rev.* (2000) 1436, 1451

להגיע למסקנות טובות יותר משל מקביליו בזרועות השלטוניות האחרות, המונעים על-ידי הפישה והפועלים בצל בחירות קרובות. המציאות במדינות שקיימת בהן אינדיקציה מוקדמת בדבר עמדותיו הערכיות של השופט מלמדת כי "מיטב שיפוט" של השופט עשוי בהחלט להוביל אותו במקרים מסוימים למסקנה שונה מזו של אלה שבחרו בו לתפקיד, מבלי שהדבר ינבע משינוי בעמדותיו העקרוניות או יעיד על תרמית מצידו בשלב שבו עמד לבחירה.⁸⁰

כידוע, קיימים מנגנוני בחירה רבים שניתן לתארם כדמוקרטיים. האם כולם שווים בערכם לצרכינו? לדעתי, לא. הנחת-המוצא שלנו היא שמערכת שתאפשר הן לבית-המשפט והן לציבור להשתתף במשימה של פרשנות החוקה טובה יותר מהפקדת המשימה בידי אחד הגופים בלבד, מן הטעם המעשי שכך נוכל ליהנות מיתרונותיו של כל אחד מן הגופים: כשרונותיהם של השופטים ואי-תלותם ופוליטיקה היומיומית, מחד גיסא, וההיגיון הכריזמטי של הציבור, שאינו חשוד בהתנתקות מן השאלה העומדת לפניו, מאידך גיסא, ומן הטעם הנורמטיבי, קרי הרצון להפקיד בידי הציבור את האחריות להיבטים המוסריים של חיו. אולם מן הזווית המעשית, דומני שאימוצם של מנגנוני בחירה מסוימים עשוי לאפשר לבית-המשפט להביא לידי ביטוי את יתרונותיו בצורה טובה יותר מאשר אימוצם של מנגנונים אחרים. היעדר תלותו של בית-המשפט נועד בראש ובראשונה להבטיח שהדיון שיקיים יהיה נטול פניות, אך נוספת לכך תקוותנו שהדיון יתאפיין בהעמקה ויסודיות. העמקה ויסודיות ניתן לעודד גם בדרך נוספת: אימוצו של מנגנון בחירה שיבטיח גיוון דעות בין כותלי בית-המשפט.⁸¹ גיוון כזה ימנע היווצרות של חשיבה מונוליתית, שאינה מזמינה, ולעיתים אף אינה מאפשרת, בחינה מקורית ורעננה של שאלות מורכבות.⁸²

80 דוגמה בולטת לכך ניתן למצוא בעניינם של שופטי בית-המשפט העליון הפדרלי בארצות-הברית, קנדי ואוקונור. השניים, שנבחרו בימי כהונתו של הנשיא רייגן, שחרת על דגלו את המאבק להפיכתה של הלכת *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 וסוגיית ההפלות, היוו בסופו של דבר לשון-מאזניים בפרשת *Planned Parenthood v. Casey* 505 U.S. 833, שכרסמה מעט בהלכת *Roe*, אך הותירה אותה באופן עקרוני על כנה.

81 היוזמה לכינונו של בית-משפט לחוקה, שקיבלה לאחרונה תאוצה, נובעת להבנתי בעיקר מן הרצון להבטיח גיוון דעות בקרב חברי הגוף ומופקד על פרשנות החוקה. דעתי היא שניתן להשיג אותה תוצאה גם כמסגרת השיטה הקיימת באמצעות שינויה של שיטת המינוי, דבר המשמיט לפחות טעם זה להקמתו של בית-משפט לחוקה.

82 לדיון, בהקשר האמריקאי, בסכנה הטמונה בהומוגניות אינטלקטואלית בין כותלי בית-המשפט וכיתרוננו של הגיוון, ראו: R. Posner *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge Mass., Harvard Uni. Press, 1990) 458. ("A Diverse Judiciary exposes – yet at the same time reduces – the intellectual poverty of law, viewed as a method not just of settling disputes authoritatively but also of generating cogent answers to social questions."); D. Strauss & C. Sunstein "The Senate, the Constitution and the Confirmation Process" 101 *Yale L. J.* (1992) 1491, 1510-1512; S.A. Ifill "Racial Diversity on the Bench: Beyond Role Models and Public Confidence" 57 *Wash. & Lee L. Rev.* (2000) 405 (Diversity on the bench can enrich judicial decision-making by including a variety of voices and perspectives in the deliberative process). לאימוצו של מנגנון כזה יש יתרון נוסף: הוא יצמצם את המימד האנטי-דובגי שבמנגנון הביקורת השיפוטי, שהרי שימוש בו יביא לידי יצירתו של בית-משפט שייצג בהרכבו, לפחות במידה מסוימת, את מגוון הדעות ומגוורי האוכלוסייה השונים. לטעון דומה,

ההליך החוקתי כהליך פוליטי

דרך אחת להבטחת גיוון היא מתן הנחיות ספציפיות ברוח זאת לגוף הבוחר, תהיה זהותו אשר תהיה. הפרקטיקה הכלתית-כתובה של מינוי שופט דתי-לביית-המשפט העליון, זו שנהגה בעבר במינוי שופט ספרדי, והקריאה להכללתו של שופט בן-מיעוטים בין שופטי העליון הן דוגמות טובות להנחיות כאלה. דרך זו, שיש המבקשים להמשיך לנקוט בה, יש לשלול על הסף. ראשית, אין היא עומדת בדרישה הבסיסית להעניק לציבור את הכוח לבחור את שופטיו. שנית, יש בה יותר מריח של פטרנליזם. לבסוף, קיימת דרך אחרת, מוצלחת ממנה בהרבה, להבטיח אותה תוצאה, והיא: מינוי גוף בוחר שיהיה עצמו ייצוגי.

ניתן לסווג את שיטות הבחירה במדינות העולם המערבי, למעט ישראל, לשלוש קבוצות: בחירה על-ידי המחוקק, על-ידי הרשות המבצעת או על-ידי שתי הרשויות גם יחד. הענקת הסמכות לרשות המבצעת בלבד עלולה לא להוביל לתוצאה המקווה, משום שגוף זה מורכב מנציגי חלק מן הציבור בלבד, ולכן קיים חשש שיבכר שופטים המזדהים עם השקפת-עולמו תוך התעלמות מהשקפותיו של המיעוט שאינו בשלטון.⁸³ שני המנגנונים האחרים, לעומת זאת, יכולים לעמוד בתנאי-ההסף של הבטחת ייצוגיות. כך, למשל, החוקה הגרמנית קובעת כי שופטי בית-המשפט הפדרלי לחוקה ייבחרו על-ידי המחוקק, מחציתם על-ידי הבונדסטג והמחצית האחרת על-ידי הבונדסרט.⁸⁴ החוק המיישם את הוראת החוקה בעניין זה קובע כי הבונדסטג יבחר את שופטיו בבחירות עקיפות, באמצעות ועדה המונה שנים-עשר חברים (Judicial Selection Committee, להלן: JSC) והמורכבת מנציגי המפלגות על-פי כוחן היחסי בבונדסטג.⁸⁵ סעיף 6(2) לחוק קובע כי למינויו של כל שופט נדרשת תמיכתם של שני שלישים מחברי הוועדה. דרישת רוב זו מעניקה למפלגות האופוזיציה היושבות בוועדה כוח

מלווה בהצעה לרפורמה, בהקשר האנגלי, ראו: K.D. Ewing "A Theory of Democratic Adjudication: Towards a Representative, Accountable and Independent Judiciary" 38 *Alberta L. Rev.* (2000) 708, 716. ("The first requirement of any institution which exercises legislative power is that it should be representative of those on behalf of whom it exercises that power... It is not clear why a representative judiciary should not be elected.")

83 בעיה דומה יכולה להיווצר במדינות פדרטיביות במקרים שבהם הסמכות לבחירת שופטים מוענקת לממשל המרכזי. דוגמה טובה לבעייתיות כזו יכולה לשמש קנדה, שבה הקבינט הפדרלי מופקד על מינוי השופטים, דבר המעורר תרעומת מצד הפרובינציות, המבקשות ייצוג בתהליך הבחירה. תרעומת זאת מושמעת חרף העובדה שהחוק והמוסכמות בקנדה מעניקים ייצוג הולם לכל הפרובינציות. ראו: P.W. Hogg *Constitutional Law of Canada* (4th ed., 1997) 233.

84 הבונדסרט מורכב מנציגי המדינות, המצביעים כפי שהם מונחים על-ידי ממשלות מדינותיהם. מספר המושבים של כל מדינה יחסי לגודל אוכלוסייתה.

85 על הוראה זו נמתחה ביקורת בטענה שבחירה ישירה על-ידי הבונדסטג עצמו תספק מידה רבה יותר של לגיטימציה דמוקרטית. בשנת 1957 העלה פרופסור Richard Thoma, מומחה למשפט ציבורי, את שאלת חוקתיותה של בחירת השופטים באמצעות ה-JSC לנוכח העובדה שהחוקה קובעת באופן סתמי שמחצית השופטים ייבחרו על-ידי הבונדסרט, ומשתמע שהכוונה היא לבחירה כמכלול (כפי שנעשה בבונדסרט). השקפתו זו זכתה בתמיכה מועטה בקרב המשפטנים החוקתיים. D.P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham, Duke Uni. Press, 1997) 105.

גדעון ספיר

רכ במינוי השופטים לבית-המשפט לחוקה, דבר העושה את הפשרה לכורח המציאות.⁸⁶ הבונדסרט בוחר את שופטיו בבחירות ישירות, אולם גם כאן החוק המיישם דורש רוב של שני שלישים לאישור בחירתו של כל מועמד, ולפיכך פשרה בין אינטרסים מנוגדים ומועמדויות מתחרות הכרחית באותה מידה גם בבונדסרט.⁸⁷ מנגנון הבחירה האמריקאי המוכר הוא דוגמה מוצלחת למינוי משולב של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, המבטיח גיוון דעות בקרב שופטי בית-המשפט. הגיוון והפשרה בתהליך בחירתם של השופטים בארצות-הברית נובעים מהצורך להשיג את הסכמתם של שני כתי הקונגרס למינוי של מועמד הנשיא לכהונת שופט. הדבר נכון במיוחד במציאות שבה הנשיא מוצא את עצמו ניצב אל מול מחוקק "לעומתו", אולם מחקרים שנעשו לאחרונה מעידים שפשרה וגיוון מתחייבים אפילו במקרים שבהם בית-המחוקקים נשלט בידי מפלגתו של הנשיא.⁸⁸ על רקע המגוון של שיטות הבחירה הקיים בעולם המערבי, העומד ברוב המקרים בדרישת הגיוון והיציגות, ניצבת ישראל, למרבה הצער, כדוגמת-מופת למערכת המסייעת בידי בית-המשפט, אם ירצה בכך, לשמור על אופיו המונוליטי. המחוקק הישראלי מעניק לשופטי בית-המשפט העליון ייצוג נכבד במנגנון של בחירת השופטים בישראל,⁸⁹ ובתוספת הפרקטיקה שהתפתחה עם השנים, ויתן לומר, בלא להפריז, כי בכוחם של שופטי בית-המשפט העליון לקבוע, במידה רבונה, מי יהיו חבריהם.⁹⁰ מציאות זו יכולה להסביר מרוע בית-המשפט העליון נחשב בעיני רבים למייצגם של מגורים מסוימים בלבד בחברה הישראלית.⁹¹ זאת ועוד, מציאות זו, שיש בה מידה רבה של "חבר מביא חבר", כשהקע

86 ראו: Kommers, *id.*, at pp. 21-22.

87 להבדיל מהבחירות המחיימות בבונדסרט, שבו האינטרסים המפלגתיים הינם דומיננטיים, בבחירת השופטים על-ידי הבונדסרט ממלאים ופקיד מרכזי האינטרסים של המדינות השונות, במנותק מן ההקשר המפלגתי. שילובם של שני כווי-המחוקקים מבטיח אס-כן ייצוג הן להשקפות הפוליטיות השונות והן לאינטרסים של המדינות החברות בפרוצדורה.

88 ראו, למשל: D.A. Yalof *Pursuit of Justices* (Chicago, Uni. of Chicago Press, 1999).

89 הליך בחירתם של שופטים במדינת-ישראל מוסדר בחוק-יסוד: השפיטה, בחוק בתי המשפט (נוסח משולב), 1984, ובכללי השפיטה (סדרי העבודה של הועדה לבחירת שופטים), 1984. סעיף 4 לחוק-יסוד: השפיטה קובע כי שופטי נל הערכאות, לרבות בית-המשפט העליון, ימונו על-ידי ועדה המונה חשעה חברים. בוועדה חברים נציגי שלוש רשויות השלטון: שני חברי-כנסת, שני שרים, ביניהם שר המשפטים, ושלושה שופטי בית-המשפט העליון, שאחד משלושתם הוא הנשיא, ושני נציגים של לשכת עורכי-הדין.

90 ראו, למשל: "By M. Edelman *Courts, Politics, and Culture in Israel* (1994) 34. ("By established practice, appointments to the Supreme Court require an affirmative vote of all three justices on the panel. משה בן-זאב, שהיה היועץ המשפטי לממשלה בשנים 1963-1968, כתב: "לא ייתכן מינוי של אדם לכהונת שופט, ובוודאי שלא לכהונת שופט בבית-המשפט העליון, אם המינוי נוגד עמדה מאוחדת של שלושת שופטי בית-המשפט העליון המשתתפים בוועדה. קיוויתי שזהו הנוהג הבלתי-כתוב. אך אז אין הדבר כך, יש לדעתי לעגנו בחוק." מ' בן-זאב "פוליטיקה במינוי שופטים" *עורך הדין* (27 במאי 1981) 13. למקורות נוספים ראו מ' הלר "מינוי שופטים: הפתרון למשבר העליון" *חבלת* 8 (1999) 54, 61-65.

91 ראו, למשל, מ' מאוטנר "המשפט הישראלי בחברה רב-תרבותית" *שלטון החוק בחברה מקוטבת* (א' ינון עורך, תשנ"ט) 27, 43. ("הן באמצעות האקטיביזם הגורף שלו והן באמצעות נסיונו להשתתף בקביעת דמותה הערכית של המדינה נוטל בית המשפט העליון חלק פעיל במאבק הפוסט-הגמוני של

וההשקפות של רבים מחברי הגוף הופפים, מעודדת "חשיבת-יחד"⁹² (groupthink) בלתי-ביקורתית, הפוגעת ביתרונותיו של תהליך קבלתן של ההחלטות השיפוטיות.⁹³ חלקו המרכזי של בית-המשפט העליון בקביעת הרכבו וההשפעה המאחירה שיש לכך על השקפותיו עומדים לדעתי גם ברקעם של המהלכים החוקתיים שהתחוללו בישראל בעשור האחרון, שרבים, ואני בתוכם, עוקבים אחריהם בדאגה. במשך כארבעים וארבע שנים לא השכיל המחוקק הישראלי לחוקק חוקה חרף ההחלטה העקרונית בזכות קיומו של משטר חוקתי.⁹⁴ בספרות הוצעו לכישלון זה סיבות אחדות, אך במסגרת זאת ברצוני להציע אחת שלא נעשה בה שימוש נרחב: הסיבה המוסדית.⁹⁵ עד כה התמקדנו באינטרס המוסדי של הזרוע השיפוטית, אולם, כמובן, אינטרסים כאלה אינם נחלתו של בית-המשפט בלבד, אלא של כל מוסד באשר הוא. גם למחוקק יש אינטרס מוסדי שנפגע מאימוצה של אסטרטגיה חוקתית. אימוצה של חוקה בת-אכיפה על-ידי בית-המשפט פוגע באינטרס של המחוקק

עיצוב דמותה של ישראל, שהחל מתחולל בסוף שנות ה-80. בית המשפט 'תפס צד'. הוא פעל באופן המזוהה בכירור עם הקבוצה החילונית המבקשת לשמר ולחזק את זיקתה של ישראל לליברליזם המערבי." ("The Unintended Consequences of Unplanned Constitutional Reform: Constitutional Politics in Israel" 44 *Am. J. Comp. L.* (1996) 585, 602. ("the civil judicial system is now viewed by a considerable portion of the Israeli population as an active participant in a political debate, an actor identified with the secular liberal segment of Israeli society."))

92 חשיבת-יחד היא מונח שטבע ארווין ג'אניס בשנת 1972. ג'אניס מסביר במחקרו כי "ככל שרגש החברות וגאוות היחידה בין חברים בקבוצה הקובעת מדיניות גדל, כן גדלה הסכנה שחשיבה עצמאית וביקורתית תוחלף בחשיבת-יחד." *I.L. Janis Victim of Groupthink: A Psychological Study of Foreign Policy Decisions and Fiascoes* (Boston, Houghton Mifflin, 1972) לדיון בסכנה הטמונה בחשיבת-יחד בהקשר הבטחוני ראו "בן-מאיר קבלת החלטות בסוגיות הבטחון הלאומי: היבט ישראלי (תל-אביב תשמ"ז) 39-43.

93 יש כמובן הדוחים ביקורת זו ומשבחים את מנגנון הבחירה הנוכחי בטענה שהוא מונע עידוב תחומין בין המשפט לפוליטיקה ומבטיח בכך את אמון הציבור במערכת השופטת. ראש וראשון לתומכים הוא נשיא בית-המשפט העליון, אהרן ברק, שהזהיר את חברי-הכנסת בדבריו לפני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ואמר: "ישמור אתכם אלוהים מניסיון להכניס פוליטיזציה למבנה ולאיוש של הערכאה השיפוטית העליונה. אלוהים שבשמיים, לא כך עושים משפט חוקתי." *הארץ*, 23 באוקטובר 1996; להתבטאות נוספת של ברק באותו כיוון ראו "המרחק בין הנשיא ברק לפרופ' גביון" *גלובס* 29-30, בנובמבר 1999. ("איך אומרים איף איט וורקס, דונט פיקס איט, איט וורקס". בחוקה החדשה של דרום אפריקה... הקימו ועדה של 23 חברים דומה מאוד לוועדת המינויים שלנו לכן אני מציע שנורד מהרעיון לשנות את השיטה. אין בו צורך."); ראו גם: Z. Segal "A Constitution without a Constitution: The Israeli Experience and the American Impact" 21 *Capital University Law Review*, (1992) 16. ("The fact that the Selections Committee contains a significant plurality of jurists prevents, to a large extent, political abuse of the appointment process and ensures public confidence in the judiciary.")

94 להיסטוריה של המהלך החוקתי בשנים אלה ראו ר' גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה" *משפטים* כח (תשנ"ז) 21, 75-95.

95 ההיבט המוסדי לא נזנח בספרות, אך גם אז הושם עיקר הדגש באינטרס של הרשות המבצעת, ולא של המחוקק בכללותו, תוך הצבעה על כך שהתמיכה וההתנגדות לחקיקתה של חוקה במועדים שונים נטו לחפוף את קווי הקואליציה והאופוזיציה, כשחברי הקואליציה מתנגדים ואילו חבריהם מהאופוזיציה תומכים. ראו גביון, *שם*, בעמ' 89.

שכוחותיו לא יוגבלו ושעליונותו תישמר. לא בכדי ממליצים מומחים למשפט חוקתי שאימוצה של חוקה יופקד בידי גוף שיוקם אד-הוק במנותק מן המחוקק, ושייעלם מן העולם עם סיום משימתו.⁹⁶ גוף כזה אכן הוקם במדינת-ישראל, אך משהעביר עצמו מן העולם, והוריש, אם הוריש, את סמכויותיו לבית-המחוקקים, נהפך המחוקק הישראלי, אם נהפך, לגוף היחיד המוסמך לחוקק חוקה.⁹⁷ העובדה שמישמת חקיקתה של החוקה מנוגדת לאינטרס המוסדי של הכנסת תרמה לדעתי תרומה נכבדה להימנעותה של הכנסת ממילוייה של משימה זאת.

הדגשת חלקו של האינטרס המוסדי של המחוקק בעלייתה של ספינת החוקה על שרטון למשך שנות-דור מחייבת כמובן הסבר מתאים להיחלצותה של הספינה בשנת 1992. אם חקיקתה של חוקה עומדת בניגוד לאינטרס המוסדי של הכנסת, יש להסביר מה אם-כן הוביל לחקיקתם של שני חוקי-היסוד החדשים שאפשרו להשלים את "המהפכה החוקתית". תשובה אפשרית אחת היא שהמשימה הזושה ברגעים של היסוד-דעת, תוך שהמחוקק אינו נותן את דעתו על מלוא המשמעות של מעשיו, ובית-המשפט ניצל את ההזדמנות שנקרתה על דרכו להרחבת סמכויותיו.⁹⁸ אולם תשובה זו, אף שיש בה מן האמת, להערכתו,⁹⁹ אינה

96 ראו: J. Elster "Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process" 45 *Duke L. J.* (1995) 364.

97 סיכום טוב להיסטוריה של השנים הראשונות ולדעות השונות בשאלת הסמכות ניתן למצוא בע"א 6821/93 *בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי*, פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין *בנק המזרחי*).

98 הטענה מסתברת במיוחד בכל הנוגע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאינו משוריין בשריון שבית-המשפט החל לכנותו רק לאחר חקיקתו בכינוי "פורמלי". כידוע, הדוקטרינה החוקתית הישראלית עד לפסק-הדין בעניין *בנק המזרחי* גרסה שחוק-יסוד נטול שריון אינו נהנה ממעמד חוקתי, במובן זה שאינו מאפשר ביקורת שיפוטית, ולכן היה יסוד הגיוני להניח שזה יהיה גם דינו של חוק-היסוד הנ"ל. השקפה דומה הביעו גם מלוצ'רס בהשיחם לפי תומס. ראו, למשל: E. Sprinzak & L. Diamond "Introduction" *Israeli Democracy Under Stress* (E. Sprinzak and L. Diamond eds., Boulder, Rienner, 1993) 20, note 1. ("Although the law... was adopted as a basic law, in contrast to the new Basic Law Freedom of Occupation, it was not 'entrenched'... Thus, although it is called a 'basic law', it does not include the element that grants this appellation practical meaning.") חיווק לטענה ניתן למצוא בהתבטאויות של חברי-כנסת, ביניהם יושב-ראש ועדת החוקה באותה עת, אוריאל לין, עובר לקבלת החוקים, מהן עולה כי חוקי-היסוד אינם מעבירים סמכות כלשהי לבית-המשפט העליון. לין מסביר כי "אין מוקם בית משפט שמקבל כוח מיוחד לבטל חוקים". אפילו הנשיא ברק הודה, בכובעו כמלומד, כי יש מקום למחלוקת בשאלת מעמדו החוקתי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לנוכח הימנעותה של הכנסת מלשריינו. ראו א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" *ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי* (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 163, 167.

99 לא במפתיע, אמנון רובינשטיין, יוזם החוק, שולל את הטענה. לדבריו, "הטענה שהכנסת לא היתה מודעת לאפשרות שמדובר בחוק-על אשר יאפשר ביקורת שיפוטית אין לה על מה להתבסס". א' רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד: על זכויות האדם" *משפט וממשל* ה (תש"ס) 339, 350. ככל שרובינשטיין מביא "עדות אישית", אין דרך לחלוק עליו אלא בהבאת עדויות אישיות אחרות לסתור. אולם רובינשטיין מבקש גם להביא ראיה אובייקטיבית לטענתו מן המאבק שניהלו המתנגדים לחוק להשמטת הפסקה בסעיף שמירת הדיניז שלפיה יפורשו הוראותיו של דין קודם "ברוח חוק יסוד זה". "אילו לא ביקורת שיפוטית, מה היה זורך במאבק" שואל רובינשטיין. בכל הכבוד, איני מבין מה להתעקשות זאת שעניינה פרשנות דיקה סותרת ולסוגיית אפשרות ביטולו של חוק נוגד. ואם

ההליך החוקתי כהליך פוליטי

ממצה, שהרי להעברת חקיקה כזו נדרשו אנשי-פנים מתוך הכנסת, וביניהם כאלה שבקיאם בהלכות משפט. להבנתו, המהלך שהוביל לאותה מהפכה נבע גם מהכרתם של חברים בכנסת כי האינטרס ארוך-הטווח שלהם מחייב קונסטיטוציונליזציה של המערכת הפוליטית בישראל. אם במשך שנות-דור יכלו הזרמים שחבריה-הכנסת הללו נמנים עמם להבטיח את ההגמוניה שלהם באמצעות המחוקק, הרי שעם השתנותה של תמונת-המצב הפוליטית במדינת-ישראל בעשורים האחרונים, שהעמידה הגמוניה זו בסכנה,¹⁰⁰ היתה הפיכתו של בית-המשפט לפוסק האחרון על-חשבון המחוקק הדרך הכתובה היחידה לשמר הגמוניה זו. יצר ההישרדות המגזרי גבר אם-כן על האינטרס המוסדי.¹⁰¹ אולם, הגיונו של המהלך מבחינת האינטרס של האליטה השלטת בעת העברת הסמכות לידי בית-המשפט תלוי ונובע כמובן מן המציאות הישראלית המיוחדת. העצמת כוחו של בית-המשפט משרתת את האינטרס של חברי בית-המחוקקים אשר ההגמוניה של קבוצת ההשתייכות שלהם בקרב המחוקק שרויה בסכנה רק כתנאים שבהם בית-המשפט יכול לשלוט כמידה רבה בהרכבו. זהו, בתמצית, ובמידה מסוימת של פשטנות, סיפור המשחק החוקתי הישראלי בעשור האחרון. בטווח הקצר יש נהנים מסיפור זה ויש נפגעים, אולם להבנתו, גם הנהנים עתה ייפגעו בטווח הארוך. כניסתו של בית-המשפט העליון למגרש המשחקים האידיאולוגי כפוסק אחרון, מבלי שהמנגנון של בחירת שופטיו מותאם למצב החדש ומבטיח ייצוגיות בהרכב השופטים, תוביל לפגיעה אנושה במעמדו וכלגיטימיות של הכרעותיו, המשמשים תנאי הכרחי לפעילותו.¹⁰² אם ברצונו של הציבור הישראלי להפיק מן ההליך החוקתי את המיטב והמירב, עליו להוביל לשינוי המנגנון של בחירת השופטים

בראיות שבסברה עסקינן, הרי שמאבק אחד שניטש סביב נוסחו הסופי של החוק, המאבק בנוגע לשינוי של חוק-היסוד, מספק ראייה ברורה נגד רובינשטיין. לרעתו, ההסבר הסביר למאבק זה, שהסתים בנצחון המתנגדים, הוא הרצון להימנע מלהכליל בחוק מרכיב ששימש, כאמור לעיל – עד לפסק-הדין בעניין *בגד המזרחי* – תנאי הכרחי לצמיחת הסמכות של ביקורת שיפוטית. ההנחה היתה שכל עוד לא ישוריין החוק שריון פורמלי, הוא לא יינה ממעמד חוקתי.

100 החל במחצית השנייה של שנות השבעים החלה ההגמוניה של תנועת העבודה, ששלטה עד אז ביישוב ובמדינה, להיסדק. המהפך של שנת 1977, שבו איברה מפלגת העבודה לראשונה את רסן השלטון, היווה נקודת-מעבר ברורה לעידן הבת-הגמוני, המתבטא בפיצול פוליטי בין מפלגות שונות שאין לאף אחת מהן מעמד הגמוני. לסקירה קצרה בליווי הפניות ראו ג' ברזילי "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי" *פוליטיקה* 2 (1998) 31, 35-36.

101 לתיאור כזה של הכוחות שהובילו לחקיקת חוק-היסוד בשנת 1992, ראו: R. Hirschl "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions" 25 *Law & Soc. Inquiry* (2000) 91.

102 מחקרים שנעשו לפני המהפכה החוקתית מצאו שמעמדו של בית-המשפט בעיני הציבור הישראלי גבוה מאוד. ראו ג' ברזילי, א' יערי-יובטמן וז' סגל "בית-המשפט העליון בעין החברה הישראלית" (תל-אביב תשנ"ד). עם כניסתו של בית-המשפט למגרש המשחקים החוקתי, גברה הביקורת הפומבית עליו, תחילה בקרב חוגים דתיים וחרדיים – ראו אפרים יער ותמר הרמן "מדד השלום – פברואר 1999 – הרוב מדרג את המחלוקת דתיים-חילונים כמסוכנת ביותר" *הארץ*, 2.3.99, ב2 – ולאחרונה גם בקרב שכבות אחרות, לרבות קהיליית עורכי-הדין והאקדמיה המשפטית.

גדעון ספיר

בישראל באופן שיעניק לציבור את השליטה בהרכבו של בית-המשפט, ובה בעת יבטיח את הפיכתו של בית-המשפט העליון לייצוגי יותר ולריכוזי פחות.¹⁰³

(ד) הגבלת משך הכהונה של השופטים

עצמאותה של הרשות השופטת היא אבן יסוד מרכזית במערכת הצדק. ראוי ששופט, בשבתו בדין, יהיה חרד מפני אימת הדין וחשיבות המעמד, ולא מפני השפעת הכרעתו על מעמדו האישי ועל משרתו.¹⁰⁴ מכאן שהמשך כהונתו של שופט היושב על כסאו אסור לו להיות תלוי בשיקול-דעתו של הציבור הרחב או של חברי זרועות השלטון האחרות, כפוף כמובן לאפשרות העברתו של שופט מכהונתו אם נמצא שסרה או שמצבו הפיזי או המנטלי אינו מאפשר לו למלא את תפקידו כהלכה. מכל מקום, ענייננו בפסקה זו אינו העברת שופט מכהונתו, אלא תחילת מסגרת הזמן לכהונתו, שאינה פוגעת לכאורה כהוא זה בעצמאותו של השופט. מגבלה כזאת קיימת בישראל ובר היום, שהרי להבדיל מן המצב בארצות-הברית, למשל, שם רשאים שופטי בית-המשפט העליון להמשיך בכהונתם ככל שירצו,¹⁰⁵ שופטי בית-המשפט העליון שלנו מסיימים את כהונתם בהגיעם לגיל שבעים.¹⁰⁶ הצעתי היא להוסיף מגבלה נוספת למשך כהונתם של שופטי הערכאה העליונה, ולקצוב אותו למספר שנים מוגדר.

יתרונותיה של תחילת זמן כזו הם שניים. האחד הוא נטרולו, או לפחות החלשתו, של המימד המוסדי בהתנהלותו של בית-המשפט. הגבלת משך הכהונה של השופטים תבטיח תחלופה מתמדת בהרכבו של בית-המשפט ותחליש את הפוטנציאל שחבריו יפעלו באופן

103 במאמר זה לא אוכל לרונן בפירוט בדרך המינוי הראויה. אציין רק שלדעתי, במציאות הפוליטית הישראלית, הדרך הטובה ביותר להשגתו של יעד הייצוגיות היא הטלת המשימה על ועדה שתבחר על-ידי המחוקק. מנגנון משולב, דוגמת זה הנהוג בארצות-הברית, אינו נחוץ, במיוחד לאחר שישראל ויתרה בשעה טובה על המרכיבים הנשיאותיים בשיטת הממשל וחזרה למודל הפרלמנטרי שבו הרשות המבצעת נבחרת ממילא על-ידי המחוקק. אחד החששות העיקריים מפני הענקת הסמכות למחוקק היא שהדבר יביא לידי בחירתם של מועמדי לא-ראויים. חשש זה ניתן למוער בדרך של קביעת מבחני-סף מחמירים או בדרך של מינוי ועדת-משנה שתהיה מופקדת על ברירה ראשונית של מועמדים-בכוח.

104 איני נכנס כאן כלל לדיון בשאלת ההגדרה וההיקף הרצוי של עצמאות שיפוטית. כוונתי כאן למרכיב טריוויאלי של המושג, שאין עליו עוררין לכאורה: לא ראוי שהכרעתו של שופט תוכתב, או אפילו תושפע, מן האפשרות שהכרעתו תגרום לאובדן משרתו. גם קביעת המבנית, שלפיה יש למנוע אפשרות להדחת שופט מכהונתו בשל תוכן הכרעותיו, נדמית בעיני טריוויאלית. לדיון בעצמאות השיפוטית בשתי הרמות, המהותית והמבנית, ראו: E. Salzberger "A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers or: Why Do We Have an Independent Judiciary?" 13 *International Review of Law and Economics* (1993) 349; ע' זלצברגר, "Shimon Shetreet, Justice in Israel: A Study of the Israeli Judiciary" 535 (תשנ"ה).

105 לסקירה ביקורתית של כלל זה, ראו: G. Easterbrook "Geritol Justice: Is the Supreme Court 'Senile'?" *Republic*, Aug. 19, 1991, at p. 17. יצוין עם זאת שכפועל, גיל הפרישה הממוצע של שופטי בית-המשפט העליון האמריקאי הוא שבעים, לאחר תקופת כהונה ממוצעת של חמש-עשרה שנים. ראו הסטטיסטיקה המופיעה בספרו של: H.J. Abraham *Justices, Presidents and Senators: A History of the U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Clinton* (Rowman and Littlefield, 1999, new and revised ed.) 379-381.

106 חוק השופטים, תשי"ג-1953, סעיף 17(א)(1).

החליך החוקתי כחליך פוליטי

אפקטיבי לחיזוק מעמדו המוסדי. הגבלת משך כהונתם של השופטים יכולה גם לשמש, בדומה למנגנון התגברות ולמנגנון בחירה דמוקרטי שתוארו לעיל, אמצעי נוסף במסגרת מערכת ה"בלמים ואיזונים" שיש להנהיג ביחסי שלוש זרועות השלטון. על פועלם של שני המנגנונים האחרים ליצירת איזונים בין רשויות השלטון השונות עמדנו כבר. מנגנון התגברות מאפשר לציבור הרחב לומר את דברו כיחס לפתרון הראוי בעיניו לשאלה החוקתית שעל הפרק, כשעמדה זו מקבלת משנה תוקף דווקא משום שהיא מבוטאת תחת ה"אזהרה" של בית-המשפט. השפעה דומה נכונה גם לאימוצו של מנגנון בחירה דמוקרטי, שיאפשר שליטה מסוימת של הציבור על הרכבו האנושי של בית-המשפט ויבטיח ייצוג של מגוון דעות בין כתליו. הגבלת משך כהונתם של השופטים מוסיפה נדבך למערכת האיזונים והבלמים ותרומה להחלשת המימד האנטי-רובני שבהליך החוקתי. הגבלה כזאת תהפוך את מנגנון הבחירה הדמוקרטי לאפקטיבי יותר בתיתה לציבור הזדמנויות תכופות יחסית להשפיע על עמדותיו של בית-המשפט בשאלות שנויות במחלוקת.¹⁰⁷

קציבה כזאת צריכה לעמוד בשתי מגבלות. ראשית, על הכהונה להיות ארוכה דיה לאפשר לשופט המכהן ללמוד את כללי המשחק, להשתלב בתפקידו ולהותיר חותם משלו על המערכת. אין כיום בישראל מגבלת זמן כזאת. יתר על-כן, המציאות מלמדת על קיומה של פרקטיקה של תגמול שופטים ותיקים וראויים מתוך מערכת בתי-המשפט המחוזיים בדרך של מינוי לבית-המשפט העליון כשלהי הקריירה שלהם.¹⁰⁸ נוהג זה אינו ראוי. שופטים כאלה עלולים לא להספיק לבסס את מעמדם ולמצות את יכולותיהם במסגרת הזמן הקצר העומד לרשותם.¹⁰⁹ לדעתי, משך הכהונה צריך לעמוד, בדומה לנהוג

107 לדעה התומכת בקציבת תקופת כהונתם של שופטי בית-המשפט בארצות-הברית מן הטעם שאני מציע, ראו: Perry, *supra* note 34, at p. 197 ("Such limits empower the present to exert more political influence over the Court than does life tenure for Supreme Court justices"); S.B. Prakash "America's Aristocracy" 109 *Yale L. J.* (1999) 541 בארצות-הברית, שם אין כאמור הגבלה כזו על משך כהונתם של השופטים, הפעיל הנשיא רוזוולט – שהתעמת עם בית-משפט עקשן ססירב להיכנע לפרשנותו של הנשיא להוראות החוקה – אמצעי אחר להשפיע על עמדותיו של בית-המשפט. רוזוולט איים להגדיל את מספר השופטים בבית-המשפט העליון, ולמנות למקומות החדשים שופטים שעמדותיהם כשלו. מעניין שהנימוק הרשמי שבו השתמש רוזוולט היה גילם הגבוה של השופטים המכהנים, המונע מהם, על-פי הנטען, את האפשרות לתפקד ביעילות מרבית. נאמן לנימוק זה הציע רוזוולט למנות שופטים במספר זהה לזה של השופטים המכהנים עשר שנים לפחות, שטרם פרשו, שישה חודשים לאחר הגיעם לגיל שבעים. ראו: R.A. Baker "The United States Congress Responds to Judicial Review" *Constitutional Justice under Old Constitutions* (E. Smith ed., 1995) 51, 62-71

108 דוגמה טובה לכך יכול לשמש מינויו של נשיא בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, מנחם אילן, במינוי זמני לעליון סמוך למועד פרישתו לגמלאות. גם כהונתו של השופט טל, שארכה כשלוש שנים בלבד, יכולה להיכנס לקטיגוריה זו. יש הסוברים כי העובדה ששני שופטים אלה שומרי-מצוות אינה מקרית, ואכמ"ל.

109 איני מתייחס למוסד המינויים הזמניים, הבעייתי מטעם נוסף. לנוכח העובדה ששופטי בית-המשפט העליון במינוי קבוע נוטלים חלק פעיל ומרכזי בבחירת עמיתיהם, מתעורר חשש סביר שהשופט במינוי זמני תהפוך במינוי של קבע ייטה לתואמנות (קונפורמיות) עם חבריו "הקבועים". ראו בעניין זה מחקרו האמפירי של ע' זלצברגר "מינויים בפועל בבית-המשפט העליון ועצמאות שיפוטית: ניתוח תיאורטי וממצאים אמפיריים", בחוברת זו, עמ' 541 ("גילויי עצמאות שמושאה השופטים האחרים

גדעון ספיר

בגרמניה¹¹⁰ ובאיטליה¹¹¹, על עשר עד ישתים-עשרה שנים. שנית, אין לאפשר בחירתו של שופט לקדנציה נוספת בסיומה של הראשונה, שכן קיומה של אפשרות כזאת עלול להשפיע על התנהלותו של השופט במהלך כהונתו הראשונה ולפגוע פגיעה חמורה בעצמאות שיקול-דעתו.

(ה) אימוץ חוקה מפורטת

מרכיב רביעי במודל שיאפשר להפיק תועלת מיתרונותיו של בית-המשפט ולהימנע מחסרונותיו, מודל שיספק גם איזון נכון בין מעורבות שיפוטית לבין הכרעת הרוב, הוא ניסוח מפורט, תוך שימוש בלשון ברורה, של המסמך החוקתי.¹¹² חוקה, מטבעה, אינה יכולה להיות מפורטת מדי, וגם עמימות מסוימת צריכה לעיתים להיות מנת-חלקה, וזאת מכמה טעמים.¹¹³ ראשית, מעצם הגדרתה, החוקה עוסקת בקביעת עקרונות-יסוד. אפילו הסדרים ראשוניים אין היא אמורה לכלול לכאורה, שהרי אלה מקומם בחקיקה ראשית, לא כל שכן הסדרים משניים, שמקומם בחקיקת-משנה. האופי המרוכז של החוקה מתחייב גם מן ההנחה שימי חייה הצפויים ארוכים משל חקיקה רגילה, ולכן אין טעם לרדת בה לפרטים: פרטים רבים שייכללו בה בעת קבלתה ייהפכו לחסרי חשיבות לאחר שנות-דור ובר-בזמן לא ייכללו בה פרטים אחרים שלא נחזו. לבסוף, לנוכח הנושאים המרכזיים הנידונים בחוקה ומעמדה העליון, ניתן לצפות שמרכיבים רבים יתקבלו כתוצאה של פשרה בין השקפות שונות, ופשרה, לא אחת, ניתנת להשגה רק במיועזה של עמימות מבורכת. כל זה נכון, ועם זאת יש לשאוף בניסוח החוקה, במסגרת המגבילות, להשיג רמת פירוט ובהירות גבוהה ככל האפשר. החוקה האמריקאית, לפחות בכל האמור במגילת הזכויות שבה, קצרה ומרוכזת. אין פלא לפיכך שתורת הפרשנות החוקתית הואיה מעסיקה בה רבות את חכמי המשפט החוקתי

- בבית-המשפט (שאינדיקציות לה הם אזו כתיבת דעות מיעוט ואחז כתיבת חוות-דעת נפרדות) לא נמצאה כתורמת לסיכויי הקידום, אולי אף הפך. (ההדגשה שלי – ג' ס.)
- 110 במקור נקבע כי שופטים שבאו מרקע של שיפוט בערכאות הפדרליות הגבוהות ימונו לכל חייהם, ואילו יתר חברי בית-המשפט לחוקה יכהנו תקופה של שמונה שנים, עם אפשרות למינוי נוסף לשמונה שנים. בשנת 1970 שונה התוק, וכיום כל שופטי בית-המשפט הפדרלי לחוקה מתמנים לתקופה של שתיים-עשרה שנה, ואינם יכולים להתמנות מחדש בתום התקופה.
- 111 שופטי בית-המשפט האיטלקי לחוקה מתמנים לתשע שנים, ואינם יכולים להתמנות לכהונה שנייה רצופה. ראו: T.G. Watkin *The Italian Legal Tradition* (Aldershot, Ashgate, 1997) 90.
- 112 לטיעון בגנות העמימות הניסוחית מן הטעמים שאני מזכיר, ראו: M.J. Perry "What Is 'the Constitution'?" (and Other Fundamental Questions)" *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (L.A. Alexander ed., Cambridge, Cambridge Uni. Press, 1998) 99, 131. ("I am inclined to agree... that constitution-makers should be cautious about including indeterminate norms in a constitution...")
- 113 H.L.A. Hart *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1961) 129-130. (To achieve determinacy is sometimes "to secure a measure of certainty or predictability at the cost of blindly prejudging what is to be done in a range of future cases, about whose composition we are ignorant. We shall thus succeed in settling in advance, but also in the dark, issues that can only reasonably be settled when they arise and are identified."); M.H. Redish *The Constitution as Political Structure* (New York, Oxford Uni. Press, 1995) 60

החליך החוקתי כחליך פוליטי

בארצות-הברית, שהרי מתחם האפשרויות הפרשניות של הפרשן נראה לכאורה נרחב ונטול גבולות כמעט.¹¹⁴ אולם חוקות מודרניות יותר, דוגמת זו של גרמניה, מפורטות וכהירות הרבה יותר, ולפיכך הפעלתן מחייבת מידה פחותה בהרבה של פעילות פרשנית. ודוק, איני חוזר בי כאן מן הדעה שהשמעתי לעיל, כי מעורבותם של השופטים בשיח החוקתי רצויה ומבורכת. כל עוד גיוון הדעות בדיון השיפוטי מובטח, וכל עוד עמדת בית-המשפט אינה מכריעה את הכף, אלא רק מעודדת חשיבה מעמיקה, לא ניתן לדעת להפריז בחשיבותו של הדיון המעמיק בשאלות ערכיות מסובכות בין כותלי בית-המשפט. עם זאת, דומני שהסדר הנכון של הדברים הוא ששאלות חוקתיות יידונו ויוכרעו תחילה על-ידי הציבור הרחב, ויעוגנו בצורה ברורה ומפורשת במסמך החוקתי בטרם יגיעו אל שולחנו של בית-המשפט. ניסוח עמום ותמציתי עשוי אומנם לנכוע מן הרצון לגשר על פערים ומחלוקות, אולם המשמעות האמיתית של הדברים היא העברת העניין להכרעתו של בית-המשפט. דבר זה אינו רצוי. החוקה אמורה לבטא את ה"אני מאמין" של הציבור שעליו היא תחול, ואין זה ראוי ש"אני מאמין" כזה יכתב או "יחלב" על-ידי בית-המשפט. במציאות הישראלית, אין לי ספק שבין מנסחי המסמכים החוקתיים היו שבחרו באופציה זו של עמימות מינוחית-ניסוחית במכוון, תוך ציפייה סכירה שאת שלא הצליחו להגשים בבית-המחוקקים, יעשה בעבורם בית-המשפט בהכרעותיו.¹¹⁵ כאמור, הדבר אינו ראוי ואינו רצוי, וכפי שהמציאות הישראלית מלמדת, גם אינו משתלם בטווח הארוך. גם אם נתאים את המנגנון של בחירת השופטים למקובל במדינות מתוקנות, וגם אם נאמץ מנגנון התגברות ביחס לכל הוראות החוקה, איננו יכולים להתחמק מן המשימה של קביעת עקרונות-היסוד החוקתיים שברצוננו לאמץ ברמת הפירוט הגבוהה ביותר שניתן להשיג במסגרת האילוץ שנגמנו לעיל.

114 במציאות כזאת יש מידה רבה של אמת בטענתו של השופט האמריקאי הידוע Learned Hand, שלפיה: "It is as important to a judge called upon to pass judgment on a question of constitutional law, to have a bowing acquaintance with Acton and Maitland, with Thucydides, Gibbon and Carlyle, with Homer, Dante, Shakespeare, and Milton, with Machiavelli, Montaigne, and Rabelais, with Plato, Bacon, Hume and Kant as with books that have been specifically written on the subject. For in such matters everything turns upon the spirit in which he approaches the question before him. The words he must construe are empty vessels into which he can pour nearly everything he will." L. Hand *The New York Times Magazine*, November 28, 1954. לטענה דומה, ראו גם: Waldron, *supra* note 45 ("One lesson of American Constitutional experience is that the words of each provision in the Bill of Rights tend to take on a life of their own, becoming the obsessive catchphrase for expressing everything one might want to say about the right in question")

115 ראו י' קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח"משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, 358. ("אפשר שהתומכים בחוק תמכו בו משום ההנחה שהחלל בעניין סעיף השוויון יתמלא בידי בית-המשפט מכוח פרשנות או יצירה שיפוטית, הסומכת עצמה על עקרונות היסוד של השיטה.")

ה. סיום - על חשיבות הריסון העצמי

התנאים שהוזכרו עד עתה תכליתם לאפשר למערכת ליהנות מן היתרונות שבמעורבות שיפוטית בשיח החוקתי מבלי שמעורבות זאת תהרוג מגבולה ותזיק יותר משתועיל. באופן ספציפי יותר, המטרה היא לעשות שימוש ביתרונותיו של בית-המשפט במסגרת ההליך החוקתי, אך בה בעת להבטיח שהמשימה של גיבוש העקרונות החוקתיים תישאר בעיקרה בידי אזרחי המדינה, ולא תופקד באופן בלעדי בידי בית-המשפט.

לאימוצו של מנגנון מורכב כזה יש גם תועלת נלווית לא-מבוטלת, במיוחד בהקשר הישראלי. אנרגיה ניכרת מבוזבזת כיום על תיאור העובדות. אלה מאשימים את בית-המשפט בניסיון בלתי-לגיטימי לעקוף את בית-המחוקקים ולהשליט על הציבור בישראל את השקפת-עולמו, ואלה מאשימים את זמאשימים בפגיעה בשלטון-החוק ובניסיון להלך אימים על מגיניו.¹¹⁶ אימוצו של המנגנון יאפשר, כך אני מקווה, להסיט את נקודת-הכובד משאלת הלגיטימציה לשאלות האמיתיות העומדות על הפרק ומצפות לדיון מעמיק. זאת ועוד, אימוצו של מנגנון המעניק לכל רשויות השלטון אמירה, מחד גיסא, ואמצעי פיקוח על הרשויות האחרות, מאידך גיסא, יאפשרו לבית-המשפט להשיל מעליו את מעטה הניטרליות המזויפת ולהציג את האמת שבפיו בצורה ברורה ומנומקת. בית-משפט כזה יוכל לעשות שירות לבירור השאלות המהותיות.

אולם המנגנון המוצע אינו יכול לשמש נוסחת-פלאים. ההנחה שבבסיסו היא יצירת איזונים ובלמים בין רשויות השלטון, אולם כל אלה לא יועילו אם לא יקפידו רשויות השלטון, לרבות בית-המשפט, לשמור על גבולות ברורים של מותר ואסור בהתנהלותם הפוליטית במסגרת המשחק החוקתי. ניטול לדוגמה את מנגנון ההתגברות. להבנתו, מנגנון זה לגיטימי ויעיל רק במקרים שבהם אין בחוקה תשובה ברורה לשאלה שעל הפרק. תפקידו של המנגנון הוא לאפשר לבית-המחוקקים ולבית-המשפט לקיים ביניהם דו-שיח מפרה בשאלת פרשנותן של דירקטיבות עמומות או ביחס להחלתן של דירקטיבות בנסיבות מורכבות. אולם כאשר יש בחוקה תשובה ברורה לשאלה שעל הפרק, מנגנון ההתגברות נעשה לדעתי בלתי-לגיטימי לחלוטין או בלתי-מספק. אם בית-המשפט מצייט להוראות החוקה, שימוש במנגנון ההתגברות מצידו של בית-המחוקקים הינו בלתי-לגיטימי לחלוטין. אם הציבור מעוניין בתוצאה אחרת וזו שאליה הגיע בית-המשפט, עליו לפעול לשינוי הוראותיה של החוקה בעניין בדרך הקבועה בחוקה.¹¹⁷ מאידך גיסא, אם בית-המשפט מפר את הוראותיה של החוקה, פסקת ההתגברות הינה בלתי-מספקת, משום שאינה נותנת בידי הציבור מכשיר חזק דיו לסכל את צעדו הבלתי-לגיטימי של בית-המשפט.

116 לסקירה והערכה של התבטאויות משני עברי המתרס ראו א' גורדון "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו" *תבלת* 3 (1998) 44.

117 אמירה גורפת זו יש לסייג מעט. ניתן לחשוב על מצבים שבהם יתעורר צורך לעקוף, כהוראת-שעה, עקרונות-יסוד חוקתיים מבלי לפגוע בזקפתם העקרונית של אותם עקרונות ומבלי שעקיפה כזאת תוכל להיכנס בגדרי פסקת ההגבלה. בית-המשפט אינו מוסמך לאשר עקיפה כזאת, ותיוקן החוקה יפגע בעקרונות המוגנים מעבר לנדרש. במקרים כאלה, פסקת ההתגברות עשויה לספק פתרון נאות.

בלתי-לגיטימי זה על שום מה? על שום שגם בית-המשפט מחויב להוראותיה של החוקה. כמובן, קשה להעלות על הדעת בית-משפט שיורה במפורש כי הוא פועל במודע בניגוד להוראותיה של החוקה,¹¹⁸ אך מאידך גיסא ברור לא פחות שבית-משפט החפץ להשליט את השקפתו ויהי מה יכול פעמים רבות לעשות שימוש בטכניקות פרשניות כאלה ואחרות לעיגון עמדתו בטקסט החוקתי. גבולותיו של מאמר זה אינם רחבים דיים לאפשר דיון מעמיק בתיאוריות פרשנות שונות, אולם הטענה המצומצמת שברצוני לטעון היא שקיימים מקרים שבהם השימוש בטכניקות מסוימות הוא שימוש לרעה בעליל.¹¹⁹ דוגמה מופתית לכך יכולים לשמש נסיונותיהם של חלק משופטי בית-המשפט העליון לקרוא לתוך חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו זכויות כגון השוויון¹²⁰ וחופש הדת,¹²¹ שהוצאו במפורש וברלת הראשית מנוסח החוק על-ידי המחוקק במשך הליך החקיקה.¹²² ניסיון זה, כפי שהודתה השופטת דורנר,¹²³ הינו בלתי-לגיטימי בעליל, שכן הוא עומד בניגוד קיצוני

118 בפסיקה הישראלית קיימות, עם זאת, כמה אמרות-אגב של שופטים שעולה מהן האפשרות לפעולה לפי תקן מחמיר מזה שהחוקה קובעת במקרים שבהם הוראת חוק פוגעת באופן חמור בערכי-היסוד של השיטה. דוגמה טובה לכך יכולים לשמש דבריו של השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 142/89 *תנועת לאו"ד נ' יו"ד הכנסת*, פ"ד מד(3) 529. פרשה זו מצוטטת דרך שגרה כמקרה שבו העלה ברק אפשרות לפסול חוק חרף היעדרה של חוקה כתובה המאפשרת זאת. אולם עיין מדוקדק ילמדנו שבניסיונות המקרה היה קיים מסמך בעל חוקף חוקתי הקובע נורמה בעניין. החוק שעל הפרק עמד לדעת ברק בדרישות המסמך החוקתי, וחרף זאת שקל ברק את אפשרות פסילתו. אפשרות כזאת עלתה, הגם שלא נידונה בהרחבה, גם בפסק-דינו של השופט ברק בבג"ץ 4676/94 *מיטראל נ' כנסת ישראל*, פ"ד נ(5) 15. בבג"ץ 3267/97, 715/98 *רובינשטיין נ' שר הבטחון*, פ"ד נב(5) 481, השופט חשין מעלה אפשרות קיצונית עוד יותר, שלפיה בית-המשפט עשוי לא רק להציב תקן גבוה מזה שהחוקה קובעת, אלא אפילו לפסוק בניגוד מפורש להוראותיה. ("חקיקת משנה אין בכוחה לפטור בני-ישיבה באורח נורמטיבי משירות בצבא. על כך הסכמנו כולנו. כשאני לעצמי, לא אכריע בשאלה – אשר לא נדרשנו להכריע בה – אם אף בכוחו של חוק הכנסת לפטור בני-ישיבה משירות בצבא. ימצאו מי שיאמרו – ולא נפרט – כי אף חוק הכנסת אין די בו. ויהיו מי שיוסיפו ויאמרו, כי גם חוק-יסוד לא יסכון.") *שם*, בעמ' 541. (ההדגשה שלי – ג' ס').

119 לדעה שונה, המנסה להצדיק את מגמת ההרחבה שבית-המשפט העליון נוקט בה בהסתמך על טכניקות פרשנות שונות, ראו: D. Barak-Erez "From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective" 26 *Colum. H. R. L. Rev.* (1995) 309.

120 לסקירת פסיקה ודיון בתזות השנוות לעיגון השוויון בחוק-היסוד ראו ה' סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" *משפטים* כח (תשנ"ו) 257.

121 כאן, להבדיל מן הזכות לשוויון, השופטים נוקטים והירות רבה יותר. ראו, למשל, דבריו העמומים של ברק בבג"ץ 3261/93 *מנינג נ' שר הפנים*, פ"ד מז(3) 282, 286. ("חופש זה... מתבקש ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו (ראה חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).") אך ראו דבריו בעניין *שביט*, לעיל הערה 4, סעיף 6 לפסק-דינו של הנשיא ברק. ("הערך (והחירות) בדבר חופש הדת... בעיני אינו אלא היבט של כבוד האדם.")

122 לתיאור כללי של המהלך ראו קרפ, לעיל הערה 115. קרפ, שהיתה מעורבת לפני ולפנים, כמשפטנית בשירות המדינה, בהליך החקיקה של חוק-היסוד, על גלגוליו הרבים, גורסת: "מה שנאמר ומה שנעשה מעיד יותר על הנחה משותפת [של תומכי הכללת השוויון בחוק-היסוד ושל המתנגדים להכללתו] לפיה אי-הכללת סעיף השוויון תתפרש כמוציאה אותו מגדר חוק-היסוד." *שם*, בעמ' 358.

123 בבג"ץ 4541/94 *מילר נ' שר הבטחון*, פ"ד מט(4) 94, 131. ("ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד מלמדת, כי ההימנעות מלעגן בו את עקרון השוויון הכללי הייתה מכוונת... על רקע זה ספק בעיניי אם ניתן – ועל-כל-פנים, אם ראוי – לקבוע על דרך פרשנות כי תכליתו של חוק היסוד היא לספק הגנה

נדעון ספיר

להכרעתו המפורשת של הציבור באמצעות נציגיו.¹²⁴ פסקת התגברות, שיטת מינוי ייצוגית, הגבלת משך כהונה ואפילו ניסוח דווקני ומפורט של הוראות החוקה אינם יכולים למנוע שופטים החפצים בכך מליטול לידם את ושימת מחוקק-העל.¹²⁵ גורלה של השיטה החוקתית נותר אם-כן לבסוף גם בידי של בית-המשפט, ולנו לא נותר אלא לקוות שייתן בליבו בינה להבין ולהשכיל.

חוקתית לעקרון השוויון הכללי." יצוין עם זאת שחרף דברים אלה, השופט דורנר מאמצת לבסוף פרשנות לחוק-היסוד המתוארת אומנם בספרות כגישת-ביניים בין התומכים בקריאתה של הזכות לשוויון אל תוך הוראות חוק-היסוד לבין המבקשים להימנע מכך (לפחות לפי שעה, כל עוד אין הדבר נחוץ לצורכי הכרעה במקרה קונקרטי), אך בפועל קוראת את הזכות לשוויון במובנה המהותי אל תוך הוראות חוק-היסוד. דומני שיש רגלינו לטענה שלפיה מנסחי חוק-היסוד חשבו בדיוק על עילות השוויון הקלסיות ובכללן סוגיית מעמדן של נשים בשעה שהחליטו להשמיט את עקרון השוויון מתוך רשימת הזכויות שבחוק-היסוד, ואם הדבר נכון, ניתן לטעון שדורנר פועלת בהחלטתה בניגוד לכלל הפרשני שהיא עצמה ביקשה להציב.

124 מהלך בלתי-לגיטימי נוסף (בעיני המחבר, כמוכן), שנראה שהוכתר בהצלחה, הוא קביעתם של חלק משופטי בית-המשפט העליון כי את החקיקה שקדמה לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו יש לפרש ברוח הוראותיו, וזאת חרף העובדה שהנחיה נרשנית זאת הושמטה במכוון בתהליך החקיקה מסעיף שמירת הדינים, באופן שיצר הבחנה ברורה בין ווסחו של סעיף שמירת הדינים שבחוק-היסוד זה לבין נוסחה של הוראת-השעה שבחוק-היסוד: חופש העימוק, הכוללת הנחיה כזאת. ראו מחלוקתם של ברק וחשיין בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד 589 (4) 589.

125 על-פי דיווחים עיתונאיים, התבטא נשיא בית-המשפט העליון, אהרן ברק, פעמים רבות בשנים האחרונות ובאירועים פומביים, בגנות החוקה המקוטעת, תוך שהוא "מאיים" שאם לא תשלים הכנסת את המלאכה, יעשה זאת בית-המשפט. ראו, למשל, ש' אילן "האם ייקח בג"ץ את החוקה לידיים?" הארץ, 19 בפברואר 2001, 33.