

פ ר ס ו מ י



דגמים של ביקורת שיפוטית

המועצה הציבורית: הכינוס החמישי

ט"ו-ט"ז בחשוון התשס"ב

2-1 בנובמבר, 2001

באר-שבע

6

המכון הישראלי לדמוקרטיה

מושב שלישי

דיווחי הקבוצות ודיון מסכם

- ד"ר כרמון, אריק – נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים

שמות הדוברים (לפי סדר אלפביתי):

- ח"כ אורון, חיים – יו"ר הנהלת מרצ, כנסת ישראל
- פרופ' אייזנשטדט, שמואל נח – מכון ון-ליר, ירושלים
- עו"ד ארידור, יורם – לשעבר שר האוצר
- עו"ד גביש, משה – לשעבר נציב מס ההכנסה
- עו"ד גוברמן, שלמה – לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה
- הראל, ישראל – עיתונאי, 'הארץ', 'נקודה'
- ד"ר זילברשץ, יפה – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן
- פרופ' זמיר, יצחק – שופט (בדימוס), בית המשפט העליון, ירושלים
- ח"כ יהלום, שאול – המפד"ל, כנסת ישראל
- פרופ' לובוצקי, אלכס – החוג למתמטיקה, האוניברסיטה העברית בירושלים
- ד"ר לורברבוים, מנחם – מכון שלום הרטמן, ירושלים
- השרה ליבני, ציפי – המשרד לפיתוח אזורי
- ח"כ לנגנטל, מנחם – המפד"ל, כנסת ישראל
- פרופ' מעוז, אשר – ראש מכון טאובנשלאג, אוניברסיטת תל-אביב
- השר מרידור, דן
- פרופ' נויברגר, בנימין – ראש התכנית ללימודי דמוקרטיה, האוניברסיטה הפתוחה
- פרופ' סגל, זאב – המחלקה למדיניות ציבורית, אוניברסיטת תל-אביב
- עו"ד ענבר, צבי – לשעבר היועץ המשפטי לכנסת
- ח"כ פינס-פז, אופיר – יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, כנסת ישראל



- **אלוף ד"ר פינקלשטיין, מנחם** – הפרקליט הצבאי הראשי, צה"ל
- **פרופ' קליין, קלוד** – דיקן המכללה האקדמית למשפטים, רמת-גן
- **ד"ר קרייני, מיכאיל** – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים
- **פרופ' רביצקי, אביעזר** – החוג למחשבת ישראל, האוניברסיטה העברית בירושלים; עמית בכיר, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- **פרופ' רדאי, פרנסס** – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים
- **עו"ד שוורץ-אלטשולר, תהילה** – המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- **השופט שיף, אילן** – לשעבר נשיא בית הדין לערעורים, צה"ל (כיום בית המשפט המחוזי)
- **השופט שמגר, מאיר** – לשעבר נשיא בית המשפט העליון; יו"ר המועצה הציבורית

דיווחי הקבוצות

● **אריק כרמון:** הישיבה תתחלק לשניים: בחלק הראשון יוצגו דיווחים מארבע הקבוצות לקראת גיבוש ארבע הצעות לדיון בהמשך בנוגע לארבעת הדגמים; בחלק השני נדון בארבעת הדגמים ונאתר בהם יתרונות וחסרונות כדי שאנשי המכון יוכלו להעמיק בהם ולהניח בפני המועצה בדיון הקרוב, וגם בפני הציבור, דגמים יותר מחודדים ומגובשים. אין מדובר ביתרונות ובחסרונות אקדמיים. מדובר בבחינת היתרונות והחסרונות של כל אחד מהדגמים ברמת העקרונות מול מציאות פוליטית וחברתית, כי איננו רוצים להיות מנותקים מהמציאות שבתוכה אנחנו חיים.

בית המשפט העליון כדגם של ביקורת שיפוטית

השר דן מרידור

אנסה לסקור את העמדות השונות בנושאים שעלו בדיון בקבוצה שהנחיתי בלי להביא מסקנות, גם כי הדיון לא היה מעמיק דיו וגם כי לא הייתה לנו שהות לגבש מסקנות חד-משמעיות בנושאים השנויים במחלוקת.

הדיון התחלק לשניים: חלקו הראשון היה מה שקוראים General Debate – דיון כללי, והשני עסק באופן קונקרטי בשאלות העומדות על סדר היום, דהיינו – כיצד נשפר את השיטה שבה בית המשפט העליון פועל גם כבית משפט חוקתי.

לדידי, הגילוי הגדול היה – ואומר זאת בצורה קצת קיצונית – שהכנס הזה איננו רלוונטי לרוב הפוליטיקאים שמתנגדים לבית המשפט לחוקה, שטענו בגילוי לב שזאת איננה הבעיה שלהם. הבעיה האמתית שלהם היא עם בית המשפט בתפקידו כמבקר הרשות המבצעת, כלומר תפקיד הבג"ץ ודומיו. השאלה היא אם יש למנוע מבית המשפט להמשיך לקבוע את קביעותיו, את הנורמות שלו, לאו דווקא במישור של חוק מול חוקה, אלא בתפקידו כבג"ץ. בעצם אמרו לנו: הדיון שלכם הוא חשוב, אבל הוא לא

מעניין ציבורית. הבעיה איננה בית המשפט לחוקה. הבעיה היא בית המשפט העליון.

אני מדגיש את הנקודה הזאת, כי היא מציבה את הדיון שלנו מבחינה מעשית- פוליטית, לא מבחינה תאורטית, במקומו הנכון. עד כאן ההערה הראשונה. אף אחת מההכרעות השנויות במחלוקת שהפריעו לציבור איננה תוצאה של החלטה במשפט החוקתי, במסגרת ביטול חוק מול חוקה, אלא כולן תוצאה של החלטה במשפט החוקתי-המינהלי, והדוגמאות רבות מאוד.

כעת אני מבקש למנות את השאלות שהעלינו לדיון בקבוצה שלנו:

א. האם בית המשפט העליון הוא שיחליט לבדו בשאלות של התאמת חוק לחוקה והאם הוא לבדו מוסמך לקבוע בהן, או כל מי שבידו רשות או סמכות שיפוטית (בין אם הרשם ברחובות, או מפקח המקרקעין בעפולה, או בית המשפט המחוזי בנצרת), והדברים יגיעו, אם יגיעו, לבית המשפט העליון בדרך הרגילה?

דובר על שני דגמים: ריכוזי ודיפוזי.

אלה שטענו בעד הדגם הריכוזי, שלפיו רק בית המשפט העליון יקבע, מנו את הנימוקים הבאים: הוודאות ביציבותו של החוק; לא טוב שבמקום אחד יקבעו שחוק מסוים איננו תקף, בלתי חוקתי, ובאותה שעה ממש יקבעו במקום שני את ההפך; טענה שנוגעת לכבוד המחוקק – לא ראוי שחקיקה של הכנסת, שנעשתה על-ידי הגוף העליון, תבוטל בקלות כזאת, אלא הדבר ייעשה בעת הצורך, אחרי הרבה שיקול דעת ובהרכב רחב.

בזכות הדגם הדיפוזי עלתה טענה שחוק שאיננו תואם את החוקה, איננו תקף. לכן כל רשות שיפוטית נמוכת-דרג איננה רשאית לפעול על-פי חוק שאיננו תקף. מי יקבע שהחוק איננו תקף? הרשות השיפוטית עצמה. לפי טענה אחרת, ראוי שדיון על ביטול חוק מבחינת התאמתו לחוקה לא ייעשה בערכאה אחת, אלא תהיה אפשרות לערער, ואפשרות כזו מובילה מאליה לרעיון שבית המשפט המחוזי יקבע את הקביעה וזה יגיע לעליון; או בית משפט שלום, מחוזי ואחר-כך עליון. זה נותן שהות, מאפשר הצגת טיעונים, דיון ציבורי, מאמרים וכו'.

ב. כאשר המקרה מגיע לבית המשפט העליון, בין בהרכב הפוסק הראשון והאחרון ובין בדרך ערעור, או בג"ץ – האם ההרכב יהיה במתכונתו היום או שיש להוסיף עליו?

הנימוקים הם אלה: מי שטוענים שאין לבטל חוק בקלות, סבורים שרק הרכב רחב מאוד, כלל השופטים או כמעט כלל השופטים (כדאי אולי לשמור על מניין אי-זוגי), יוסמך לכך. זה מתחבר גם לשאלת שיקוף עמדות הציבור בבית המשפט העליון; אם קיים שיקוף כזה, אסור שמקורות תכריע, וראוי שהרכב משקף – דהיינו כלל השופטים – רק הוא יכריע.

יש שהציעו להוסיף על ההרכב הקיים. אחד החברים בקבוצה הציע להוסיף שופטים רק במקרה של ביקורת שיפוטית על חוקים, שופטים שאינם דווקא בעלי ידע משפטי, אלא מדיסציפלינות אחרות, משטחי חיים אחרים.

היו חברים שהציעו לאמץ את עקרון השיקוף בבחירת שופטים – לא ייצוג אלא שיקוף, כלומר שההרכב ישקף מגזרים בחברה בלי ויתור על עניין המקצועיות. היו שהתנגדו לזה, ברוח ההתנגדות לכך בהצעות ועדת זמיר שדנה בנושא זה לאחרונה. בין המתנגדים היו מי שטענו שקוראים לזה 'שיקוף', אבל בסוף יהיו לך 14 כיסאות שכל אחד יהיה שייך למגזר מסוים. תקרא לזה בכל שם, אבל לבסוף יהיו לזה מכסות והמקצועיות תרד במעלת חשיבותה והכיסאות יחולקו.

לדעת אחרים, שיקופיות או ייצוגיות עלולות להוביל לפוליטיזציה, כי מהן, בעצם, ייצוג עמדות הציבור? ייצוג כזה נעשה בדרך כלל לפי מפלגות, על אחת כמה וכמה כשמדובר בנושאים ערכיים, ויבואו מפלגות שיגידו: אתם תקבעו לנו מי האיש שייצג אותנו? זה הכיסא שלנו!

ג. האם יש להשאיר על כנה את השיטה לבחירת הוועדה למינוי שופטים? אם נחוץ לשנות, איך לשנות?

הדברים שאמר בעניין זה השופט ברק, ושהיו מקובלים על חלק מהחברים, הם שהוועדה בהרכבה הנוכחי היא הדרך הנכונה, הפרוצדורה הנכונה. בוועדה יושבים אנשים מהרשות המבצעת, מהרשות המחוקקת, מהרשות השופטת וגם מהמגזר המקצועי. הייתה הצעה להוסיף לוועדה עוד כמה נציגים מהאקדמיות כדי שחלקו של בית המשפט יקטן יחסית, אבל לא לטובת פוליטיקאים.

ד. על השאלה האם הליך המינוי צריך להיות שקוף יותר – היו שסברו שכדאי, ומהטעמים הקלאסיים של שקיפות, ואכן בשנים האחרונות גוברת המגמה הזאת ומפרסמים שמות מועמדים. היו שטענו נגד השקיפות בהליך המינוי, והנימוק היה שאנשים חוששים לחוות את דעתם פן

הדברים יסתננו החוצה. הליך מינוי חייב להיות חשאי, אחרת אף אחד לא ימסור שום חוות דעת אמתית על שום מועמד.

ה. לגבי סדרי הדין – בהנחה שבית המשפט העליון הוא בית המשפט לחוקה, נדמה לי שהייתה הסכמה, או לפחות לא היה ויכוח, שראוי שיהיו סדרי דין מיוחדים בשאלות חוקתיות. נניח ששאלה חוקתית עולה בדרך עקיפה – אדם טוען בבית משפט שלום שהחוק שעל-פיו נעצר הוא בלתי חוקתי; האם שופט עוצר אז את הדיון? ממשיך בדיון? האם קביעתו עולה לבית משפט אחר או להרכב מצומצם של בית המשפט העליון? כלומר, מהי הפרוצדורה של הדיון בשאלה החוקתית, בהתאמת החוק לחוקה, במקרה של תקיפה עקיפה? ומאידך גיסא, איך נוהגים במקרה של תקיפה ישירה – מי רשאי להופיע, האם היועץ המשפטי יוזמן, האם ארגונים שיש להם עניין, האם כל אדם יכול להופיע וכדומה.

ו. עוד שאלה שנוגעת לסדרי הדין היא זו: באיזה רוב יוכל בית המשפט העליון לבטל או לקבוע בטלות של חוק? היו מי שדרשו רוב מיוחס, נניח שישה מתוך תשעה, אחרים חשבו אחרת. הערה אישית: אם לא יהיה רוב מיוחס, אני חושב שאף אחד ממציעי הייצוגיות לא ירצה בו. הרי נהוג לטעון שבית המשפט מייצג את המיעוט וראוי שרוב הציבור יחליט. לא המיעוט בשכונה מסוימת בירושלים, או אליטה מסוימת. אבל כשמציעים שבית משפט יסקר, נניח, את הכנסת במצבה הנוכחי, ברור שהמציעים אינם רוצים בזה. הרי אין מנגנון של קואליציה בבית המשפט, והרוב בציבור עדיין מאמין בשוויון ובחירות. לכן רוצים רוב מיוחס כדי לאפשר למיעוט, אבל מיעוט אחר, למנוע גם מן הרוב להכריע. אם לא יהיה מנגנון של רוב מיוחס, ברור שלא תהיה הצעה שיהיה שיקוף אמת של הכנסת היום. לפחות כך הובהר לי.

ז. האם די בהצהרת אי-חוקתיות, או שנחוצה בעניין זה קביעה שיש לה תוקף מחייב בעולם המשפט? נדמה לי שכל חברי הקבוצה סבורים שבתרבות הישראלית, להצהרה על אי-חוקתיות אין די משקל. אמנם יש ציבורים שירצו מאוד לקבל הצהרה כזאת כי למרבה הבושה, זה מוסיף להם הרבה מאוד, ויש ציבור שאי-חוקתיות בעיניו היא מעלה ולא חיסרון.

חוץ מהשאלות שנגעו ישירות לדגם של הקבוצה, גם עלו שאלות שנוגעות לדגמים של שאר הקבוצות. בין השאר, רבים אמרו שכדאי מאוד לחזק את הייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה בשלבים מוקדמים של החקיקה. זה נוגע ליהצעת קרמניצר וכרמון, אבל קראו לזה 'חיזוק הייעוץ המשפטי

לכנסת ולממשלה. עלתה השאלה האם לא ראוי שתהיה קביעה בחוק שתאפשר ערוץ לבחינה מקדמית על-ידי קבוצה של חברי כנסת שתפנה אל בית המשפט לקבל חוות דעת בתהליך חקיקה.

יצחק זמיר סקר את עיקרי הדברים בוועדת זמיר שנגעו לבחירת שופטים.

● **ישראל הראל:** אני חושב שדן מרידור שיקף נאמנה את הדיון בצוות, אבל הדגש על ה'גינרל' דבאטה' היה לא פרופורציונלי לדיון. הייתי רוצה לשתף את המליאה בצד הזה, במיוחד באמירה של דן שאנשים שאין להם שום סיבה להיות נגד בית המשפט העליון, ולהפך, אנשים שאפילו לחמו בעד כוחו וכדומה – התוודו היום בפני חברי קבוצתם שהם נוטים לצד המבקרים, ואולי אפילו המבקרים החריפים, ואולי אפילו מצדדים בביקורת החרדית. כל זאת, כתוצאה מהתפתחויות שהיו בשנים האחרונות בבית המשפט העליון. הם אמרו זאת בכאב, וראוי שכך יישמעו הדברים. זה בהחלט מצביע על קו פרשת המים שהציבור נקלע אליו בנושא זה, למרות שמהותית הציבור עדיין חושב שבג"ץ עדיף על בד"ץ. אבל כדי שכך יהיה, צריך לבצע שינויים, כנראה להקים גוף נוסף, אולי בנוסח הצעת כרמון-קרמניצר.

● **יצחק זמיר:** חברי ישראל הראל הציג כמה דברים נכונה מנקודת הראות שלו, אבל זה מחייב אותי להגיב עליהם בקצרה. במהלך הדיון אמרתי שהשינוי בגישה של חלק ממנהיגי הציבור הדתי שנמצאים אתנו באולם – אנשים אלה הם חלק מתון ונאור שרוצה לא רק בטובת החברה, אלא גם בטובתו של בית המשפט העליון – השינוי זה מתבסס על תמונה לא נכונה של המציאות.

אנשים אלה – וקל וחומר הציבור שהם מייצגים – ניזונים ממידע, לא רק חלקי, אלא בלתי נכון. דוגמאות שהם הביאו מהפסיקה של בית המשפט, נותנות תמונה לא נכונה של הפרקטיקה של בית המשפט, של פסקי הדין של בית המשפט, וזוהי, לדעתי, בעיה מאוד חמורה. יש קצר בתקשורת. הציבור הדתי בונה את הביקורת החריפה שלו על תמונה שהוא יצר לעצמו שאיננה נכונה כלל, והשאלה היא איך להביא בפני הציבור הדתי תמונה נכונה של המציאות.

בית משפט לחוקה כדגם של ביקורת שיפוטית

ח"כ שאול יהלום

האוירה בקבוצה שלנו הייתה די עוינת, משום שחלק גדול מחברי הקבוצה מתנגדים לבית משפט לחוקה, ועם זאת הם התבקשו על-ידי המכון באמצעותי לעסוק בנושא לפרטי-פרטיו. הם עשו זאת כמי שכפאו שד. מסיבה זו, וגם מפני שהנושא הוא מאוד חדש, לא הספקנו הרבה. במקום לעסוק ב-20 סעיפים, עסקנו בכמחצית. גם לא הגענו לכלל הסכמה, ובכל נושא הושמעו רק כמה חלופות.

ראשית, ההרגשה בקבוצה הייתה שיותר ממה שחשוב מה יהיה בית הדין לחוקה, חשוב מי ימנה אותו. זאת אומרת, חשוב שוועדת המינוי תהיה רצינית ושלא תעשה טעויות שיעלו לכולנו בבכיה לדורות.

לגבי ועדת המינויים היו שתי חלופות עיקריות: א. הוועדה למינוי שופטים או אותה ועדה בהרכב דומה שיושבת כוועדת מינויים לבית משפט לחוקה; ב. ועדה פוליטית, דהיינו ועדה בכנסת שמורכבת מיחסי הכוחות של הכנסת בקדנציה הקיימת.

לגבי הוועדה החיצונית (לא הוועדה הפוליטית) הועלו כמה הצעות: ראשי המדינה הם שימנו את חברי בית המשפט חוקתי, בתוספת עוד אישים. המדובר בראש הממשלה, יושב ראש האופוזיציה, מבקר המדינה, נשיא בית המשפט העליון, הרבנים הראשיים, אנשי אקדמיה ושופטים בדימוס. הרכב כזה יעלה את יוקרתה של הוועדה ויבטיח שיקול דעת אחראי.

הצעה אחרת הייתה לוועדה מיוחדת, אבל שונה מהוועדה למינוי שופטים. הרבה אמרו שאין צורך שישבו בה, למשל, עורכי דין. מצד שני, ראוי שישבו בה נציג אחד של הממשלה, אחד של הכנסת, אחד של בית המשפט העליון, וכן נציגי האוניברסיטאות, נציגי ארגוני תרבות, מוסדות מדע, אנשי רוח.

אשר להרכב השופטים שיושבים בבית המשפט לחוקה – אמרו שאם הוועדה היא כזו שתעשה את מלאכתה נאמנה, היא שתקבע את ההרכב ואין צורך בחוק שיקבע זאת. חלופות אחרות היו שייכתב בחוק במפורש מהו המאגר שממנו הוועדה בוחרת.

היה ויכוח האם כל היושבים בבית המשפט לחוקה חייבים להיות משפטנים, ורוב חברי הקבוצה גרסו שרק חלק יהיו משפטנים, אבל את

החלק הזה יש לקבוע מראש: נניח שליש. בית המשפט יכלול קאדים, רבנים, דיקנים של פקולטות, ובעיקר אנשי רוח.

בין שני הנושאים, הרכב הוועדה הממנה והרכב חברי בית המשפט לחוקה, עומדת הצעתו של פרופ' קליין, שאמר שהגוף המכהן בבית המשפט לחוקה יהיה בית המשפט העליון; אלא שבשבתו כבית משפט לחוקה הוא יצרף 6 חברים נוספים, ותמיד ישב בהרכב של 13: 7 מבית המשפט העליון ועוד 6 מתוך המאגר של שני רבנים ראשיים, שני קאדים, שני פרופסורים למשפטים, שני הוגי דעות, שני נשיאים לשעבר, שני ראשי ממשלה לשעבר — נציג אחד מכל זוג.

עלתה עוד הצעה שנגעה הן להרכב בית המשפט העליון והן להרכב הוועדה הממנה — מה שאפשר לכוונתו 'דגם רשות השידור'. זאת אומרת, ההרכב יהיה בהמלצת גופים מסוימים, כלומר — שופטי בית המשפט העליון יבחרו נציגים, או איגוד הסופרים יבחר נציגים, איגוד הדיקנים וכדומה.

הייתה שאלה לגבי הייצוג המגדרי — האם צריך לקבוע, למשל, את מספר הנשים המכהנות בבית המשפט לחוקה. האם לקבוע כמה ערבים, כמה יהודים, כמה דרוזים. היו שתי חלופות: לא קובעים מראש כלום, בערך כפי שמתרחש היום לגבי בית המשפט העליון; קובעים קריטריונים מראש.

נושא נוסף שנידון הוא 'זכות העמידה' — האם לכל אדם שנפגע יש 'זכות עמידה', או למוסד, למשל הממשלה, או רק לבתי משפט — ואז מעבירים מערכאה נמוכה לגבוהה ממנה, עד לבית המשפט לחוקה. דובר שהממשלה יכולה לפנות וכל מי שנוגע בעניין או מי שעלול להיפגע באופן אישי. בהקשר זה נשאלה שאלה האם קבוצת חברי כנסת יכולה לפנות לבית המשפט לחוקה ולהגיד: החוק הזה, למרות שהוא התקבל, איננו חוקתי, לדעתנו. היו שטענו שהם זכאים, כמו שכל אדם נפגע זכאי לפנות. אחרים אמרו שפנייה של קבוצת חברי כנסת היא כבר עניין פוליטי.

נושא נוסף שהקבוצה דנה בו הוא תחומי הביקורת השיפוטית. דובר, כמובן, על חקיקה ראשית של הכנסת, אבל היו שהוסיפו עוד תחומים, כמו תחום בג"ץ — כולו או חלקו.

גם בנושא זמן-שיהוי הועלו שתי חלופות: היו שאמרו שאין הגבלה, והיו שאמרו שניתן לפנות בתוך חמש שנים; חוק שכבר קיים חמש שנים, קנה בכך את חוקיותו.



דובר גם על 'שמירת דינים', זאת אומרת, האם בית המשפט לחוקה עוסק בחוקים שהתקבלו מכאן ואילך – מיום קבלת החוקה וייסוד בית המשפט לחוקה, או שאפשר להעמיד לביקורת שיפוטית כל חוק, גם חוקים שקיימים עד היום, חוקים ותיקים. גם כאן הוצגו שתי חלופות: האחת, מכאן ואילך; האחרת, לא קיים סעיף של 'שמירת דינים'. הייתה גם גישת-ביניים שתלתה את העניין ביזכות העמידה – אם מאפשרים יזכות עמידה לכל אדם ועל כל חוק, ייתכן שצריך להגביל לחוקים שיתקבלו מכאן ואילך. אבל אם מגבילים את יזכות העמידה רק למקרים שבהם בית משפט הגיע למסקנה שקיימת בעיה חוקתית – בית משפט דלמטה או בית משפט עליון – אפשר לוותר על 'שמירת דינים' וגם לעתור בנוגע לחוקים ישנים.

אחרי שמינינו את השופטים, נשאלת השאלה כמה זמן יכהן שופט כזה בבית המשפט לחוקה? זה מביא אותנו לשאלה אחרת והיא: האם מדובר בשופט קבוע, כמו שופט בית המשפט העליון, או שמדובר במה שנקרא 'מושבעי חוקה', כלומר אנשים שמכהנים בתפקידים אחרים ובשעת הצורך הם נקראים לדון בענייני חוק וחוקה. דובר על שתי אפשרויות: אם בוחרים ב'מושבעי חוקה', מסתכנים בפגיעה ביוקרתו של בית המשפט שנתפס כמין 'חלטורה'. מצד שני, אם מדובר במשרת קבע, לא מובטח שתהיה לשופטים במוסד הזה עבודה שוטפת, ואם הם ישבו בטלים, גם בכך ייגרע מיוקרתו של בית המשפט לחוקה. המסקנה הייתה אפוא שיהיה גרעין קבוע במשרה מלאה, הוא הגרעין המקצועי, שידון במקרים בדיון ראשוני ושישמש מעין מסננת. אל הגרעין הזה יוסיפו, לפי הצורך, הרכבים שונים ומכל גוני הקשת, כדוגמת מה שנעשה, למשל, בבתי הדין לעבודה.

בהקשר זה גם נשאל באיזה הרכב יושב בית המשפט לחוקה, והוסכם שעליו לשבת בהרכב רחב, אם בשיטת פרופ' קליין של תמיד 13, או בשיטת פרופ' סגל שדיבר על הרכב בן 18 איש וקוורום של לא פחות מ-15 יושבים. בהרכב גדול מאוד יהיה אפשר לבטל חוק, כי אז ברור שהובאו בחשבון מגוון של דעות.

אשר לתקופת כהונתו של שופט בבית המשפט לחוקה – אם מדובר ב'מושבעי חוקה', כי אז לתקופה מאוד מוגבלת של שלוש-חמש שנים. בנוגע לגרעין הקבוע, ינהגו כמו לגבי שופט רגיל או שופט בית המשפט העליון, כלומר עד גיל הפרישה.

בהקשר ליזכות העמידה ולתחומי הפעולה של בית המשפט החוקתי, דובר כאמור על ה'מסננת', והדעה שרווחה בקבוצה היא בעד מסננת בעלת חורים קטנים ככל האפשר – כלומר, לא כל נושא ולא כל אדם, אלא לצמצם את זכות העילה, לצמצם את יזכות העמידה למקרים שמצריכים באמת ובתמים דיון חקיקתי.

● **משה גביש:** כפי שאמר שאל יהלום, נקודת המוצא הייתה שמליאת הכנסת העבירה בקריאה ראשונה חוק להקמת בית משפט לחוקה, והשאלה היא איך בונים אותו בצורה הטובה ביותר.

שתי השאלות שהעסיקו חלק גדול מחברי הקבוצה היו אלה:

האחת, אם ועדת המינוי היא כמו זו שמשמשת היום לבחירת שופטי בית המשפט העליון, ואם הרכב המתמנים יהיה זהה – בעצם לא עשינו כלום, אלא קיבלנו שכפול של בית המשפט העליון. סביר שוועדת המינויים לבית המשפט לחוקה תבחר אנשים מאותו הסוג שהייתה בוחרת לבית המשפט העליון. אם לא ייקבעו מראש סוגי מיומנויות וניסיון או אפילו השתייכות למגזר מסוים באוכלוסייה – יהיו לנו שני בתי משפט עליונים, וזה כמובן מיותר לחלוטין. רוב חברי הקבוצה היו סבורים אפוא שאסור שהוועדה תהיה זהה, וזה נוגע לכישורים הנדרשים. בוועדה הנוכחית יש, למשל, נציגים של לשכת עורכי הדין, וחלק גדול מחברי הקבוצה היו סבורים שנושא הערכים או ההתאמה החקיקתית הוא לא דווקא מתחום המשפט. אשר לבית משפט לחוקה – ברור שההרכב יכלול משפטנים, אבל גם אחרים שאינם משפטנים, והשאלה היא של מינון – האם המשפטנים יהיו רוב הוועדה או רוב הרכב בית המשפט, או מיעוט?

שאלה שנייה – האם ההרכב צריך לשקף מגזרים באוכלוסייה, ודעתי האישית היא שעליו לשקף לפחות שני סוגים או מגזרים באוכלוסייה, וגם הייתי קובע מספר מינימלי. אם נניח מדובר בעשרה אנשים, עליו לכלול גם נשים וגם מיעוטים; מובן שאי-אפשר לייצג בו את כל המגזרים.

לגבי יזכות העמידה – לדעתי, אם תהיה יזכות עמידה לאזרחים, המוסד החדש הופך לאיזשהו תחליף בג"ץ. לפיכך, ההפניות אליו חייבות להיות מוסדיות.

חברים בצוות, וגם אני, חשבו שנבחרים חייבים לעבור תקופת 'צינון' אחרי תום כהונתם, כלומר שמספר שנים אחרי שישבו בהרכב של בית הדין לחוקה, לא יוכלו 'לרוץ' לבחירות במפלגה או לכל תפקיד פוליטי אחר.



הצעתו של קלוד קליין מקשרת בין מה שעלה בקבוצות של דן מרידור ושל שאול יהלום. בשתי הקבוצות עלתה ההצעה שבעת שבת המשפט העליון יושב כבית משפט לחוקה, יצורפו לו עוד אנשים מחוץ למסגרת בית המשפט העליון.

● **נחום לנגנטל:** באתי לכאן מתוך פתיחות בכל הסוגיות הנדונות, אבל אתמול נכחתי בהליך שהיה קשה מאוד גם לאדם כמוני. ברגע שנשיא בית המשפט העליון, שכמו אחרים הוא ער לביקורת מצד רבים במדינת ישראל על המתרחש בבית המשפט העליון – ברגע שהוא מסביר לנו שהכול בסדר, יוצא שאם אתה רוצה בית משפט לחוקה כמו באירופה, התשובה היא 'לא', כי אנחנו הרי לא מתאימים לזה מפני שבת המשפט לחוקה באירופה הולדתם אחרי השואה, ואנחנו כמו ארצות-הברית; ואם רוצים בית משפט לחוקה כמו בארצות-הברית מבחינת דרך מינוי השופטים, גם על זה אומרים 'לא', שהרי כל העולם מתקנא בדרך מינוי השופטים אצלנו. במילים אחרות, אי-אפשר לנהל כאן דיאלוג אמיתי על הבעיה שמטרידה אנשים מסוימים לגבי בית המשפט העליון.

הבעיה שלי כרגע היא לא בדיוק פסילותם של חוקים. מה שבאמת מטריד אותי הוא שמאחר שמדובר פה בפגיעה ברגשות או באיזון ערכים בין מגזרים שונים, אם ייווצר מצב שקבוצה אחת לא תהיה פתוחה לקבל איזשהו רצון לשנות את מה שקורה, אז שלא יתפלאו שגם אדם כמוני אין לו בררה אלא להרגיש קרוב לאותם אנשים שהקדימו לצאת מן הדיונים שלנו בגלל ההלוויה של הרב שך.

● **שלמה גוברמן:** לדאבוני, לא זכיתי באהדת חברי הקבוצה לדעתי שמי שישב בבית המשפט לחוקה חייב להיות משפטן. אני סבור כי עמיתי בקבוצה בבלו בין תפקיד ההכרעה, שהוא מלאכתו של המשפטן המאומן לכך, לבין הופעתם של אנשי רוח והוגי דעות כעדים בפני בית המשפט לחוקה וכמוסרי עדות. הרי בהליך המשפטי הרגיל, בית המשפט צריך לפסוק בנושאי רפואה, בעניינים של פטנטים ובעניינים אחרים ספציפיים ומקצועיים, והוא עושה זאת אחרי ששמע עדים ודעות שונות. לכן לא יעלה על דעתי שההכרעה בבית משפט לחוקה, מוסד שצריך לקבוע אם חוק תואם או אינו תואם את החוקה, תיעשה על-ידי מי שלא אומן לכך כמשפטן.

● **מנחם לורברבוים:** אני רוצה להעיר הערה אחת שקשורה לראשית הדיון בקבוצה שלנו: חלק מחברי הקבוצה עמדו על כך שלא ראוי שבית משפט, מעצם הגדרתו, יהיה ייצוגי. תפקידו איננו לייצג אלא לשפוט. לייצג הוא תפקידה של הכנסת.

● **אביעזר רביצקי:** שתי הערות קצרות שנוגעות לשאלת ההרכב ההיפותטי של בית משפט לחוקה :

ההערה האחת נוגעת לדבריו של שלמה גוברמן, שאמר בצדק שרוב חברי הקבוצה לא חשבו כמוהו. אמרת שבית המשפט קובע גם בנוגע להתאמתם של עניינים רפואיים לחוק. בה-במידה בית המשפט לחוקה צריך לבדוק האם חוקים תואמים לערכים. כלומר, החוק הוא כבר לא בפסגה, אלא יש לבדוק אם הוא תואם ערכים. כאשר חוקי היסוד מדברים על שוויון, על כבוד האדם וחירותו, הם מדברים על ערכים שאינם יכולים להתמצות בניסוח משפטי, אלא הם ערכי-על שהמשפט אמור להתאים להם.

בעניין זה, כמה מחברי הקבוצה ואני בתוכם היו סבורים שהחינוך המשפטי הוא לאו דווקא המתאים ביותר להכרעה בעניינים של בית משפט לחוקה. הסכמנו שהרכב השופטים ימנה גם משפטנים, אבל ההנחה הייתה שאנשי רוח, רבנים, פילוסופים, סוציולוגים וכו' – אולי מתאימים יותר לתפקיד זה. לכן צריך שתיכלל בהרכב קבוצה של משפטנים, שהרי מדובר גם במיומנות משפטנית, אבל לא בראש ובראשונה במיומנות משפטית.

ההערה השנייה נוגעת לבעיה האחרת של הרכב בית המשפט לחוקה והיא שאלת הייצוגיות במובן המגזרי. כאן יש להבחין הבחנה חשובה, שמנחם לורברבוים התחיל בה. יש איזה טשטוש בין שני המובנים של "ייצוגי" – אם ייצוגי משמעו ייצוג של מגזר ואינטרסים, זוהי סתירה לכל מושג המשפט, כי המהות היא "לא תכירו פנים במשפט", ואם מייצגים קבוצה, משמע שמכירים פנים. כך גם לגבי "לא תגורו מפני איש", שהרי אם אני מייצג חברי מפלגה או חברי מגזר שלי, המגזר שלי מפניהם הוא במהות העניין. אבל יכולה להיות תפיסה אחרת, שלפיה ייצוגיות איננה ייצוגיות של קבוצת אינטרסים, אלא ייצוגיות של נקודת מבט. למשל: הוויכוחים בין הנשיא ברק והמשנה-לנשיא אילון היו ויכוחים עקרוניים. אמת שבמקרים רבים היה מדובר בנקודת מבט חילונית ונקודת מבט דתית,



אבל איש לא העלה בדעתו שהם מייצגים אינטרסים של קבוצות מסוימות. לפיכך ההבדל בין ייצוג אינטרסים של קבוצה לייצוג נקודות מבט הוא ההבדל החשוב, ויש לתת עליו את הדעת.

● **זאב סגל:** היות ואני מאמין שנתעורר בוקר אחד, אחרי הרבה ויכוחים, ויהיה לנו בית משפט לחוקה, התרגיל האינטלקטואלי הזה היה תרגיל די מעניין במה שנוגע למזעור הנזקים או עצם ההכרה בקונספט.

במה שנוגע לנקודה המרכזית, שוויון, הייתי לאחרונה באירלנד וראיתי ועדה סטטוטורית ליכויות אדם – שמונה חברי ועדה, חציים נשים וחציים גברים. זאת הגישה שאני מאמין בה עכשיו לגמרי. ההרכב של בית המשפט לחוקה איננו מנגנון קבע, לא מינויים לשנים ארוכות ופנסיה וכל השאר, אלא יש מאגר, וקובעים הסדרים לגבי כל דיון ודיון.

היעדר ביקורת שיפוטית

השרה ציפי ליבני

הדיון בקבוצה שלנו התבסס על הרעיון של פרופ' רות גביון. מראש צריך להגיד כי הייתה איזו טעות בכותרת הדיון של הקבוצה. אמרו 'היעדר ביקורת שיפוטית כדגם', כשהרעיון המקורי היה, בעצם, היעדר ביטול חוקים של הכנסת כדגם והשאררת הביקורת השיפוטית, או: השאררת הפרשנות המשפטית של בית המשפט העליון את חוקי הכנסת באותה מסגרת וללא שינוי בה.

נקודת המוצא של הדיון הייתה שהמצב הקיים איננו טוב, שהוא מצריך שינוי. הוא איננו טוב משני היבטים: האחד, עצם היעדרה של חוקה; והשני, מה שבית המשפט העליון הקיים עושה היום בהיעדרה של חוקה ואיך זה נראה בעיני הציבור.

במצב הקיים, בית המשפט העליון יוצר תכנים של חוקה מכוח חקיקת היסוד הקיימת. אין חוקה בהסכמה; יש בוודאי חוקה בהסכמת שופטי בית המשפט העליון, אבל היא איננה בהסכמה ציבורית. הפסיקה של בית המשפט העליון איננה יכולה להחליף, לא ציבורית ולא חברתית, את החלטות בית המחוקקים, שהוא אכן ייצוגי, וההבחנה בין בית המשפט העליון כסמכות מקצועית לבין הכנסת שאמורה לייצג חברתית וערכית

את הציבור, ההבחנה ביניהם היא חשובה. ברוח הדברים שאמר אתמול הנשיא ברק בזכות בית המשפט העליון, נכון שהמוסד הזה מצטיין במקצועיות, שאין דופי בתהליך הבחירה של המכהנים בו, אלא שזה איננו מאפיל על העובדה שבית המשפט איננו חייב במתן דין וחשבון לציבור. לעובדה זו יתרונות במה שנוגע לשפיטה, אבל היא בעייתית, כי מדובר בגוף שקובע ערכים של ציבור שלא בחר בו ומה עוד שאיננו חייב דין וחשבון לציבור זה. בעצם, בתהליך הזה אין דיון ציבורי.

התהליך הזה לא יוכל להישאר ללא שינוי לא רק בגלל שנחשוב שאולי הוא איננו טוב ושצריך לשנותו, אלא גם מפני שתהליכים ציבוריים בשטח ישנו אותו. אלא ששינוי בלתי מבוקר יכול להביא לתוצאה בעייתית עוד יותר. במילים אחרות, הנחת העבודה שלנו הייתה שקיימת התנגדות בחלקים מן הציבור ביחס לפרשנות של בית המשפט העליון את החקיקה הקיימת. קיימת רמה של חשדנות וחוסר אמון כלפי בית המשפט היום. גם חשוב לציין כי במהלך הדיון ניסינו לאזן בין שתי בעיות – חוסר האמון מצד חלק מהאוכלוסייה כלפי בית המשפט העליון וחוסר אמון בציבור כלפי חלק מחברי הכנסת.

אמרתי שגם אם לא נחליט שצריך לשנות, הדבר ישתנה מאליו, כי היעדרה של חוקה מוביל את בית המשפט העליון להכנסת תכנים של חוקה בריק המסוים הקיים על אף קיומם של חלק מחוקי היסוד.

חוסר האמון הקיים עלול להוביל למצב שבו בית המשפט העליון יהיה אולי בית משפט לחוקה, אבל ההרכב שלו לא יישאר כשהיה, ותהיה היענות לדרישה להכניס בו ממד של ייצוגיות.

הנחת היסוד היא כמובן שהדגם הזה יכול להתקיים רק כשיש חוקה. הכנסת תמשיך לחוקק חוקים תוך שהיא כפופה בהגדרה, ושחוקיה מחויבים להיות תואמי הערכים החוקתיים שיהיו קבועים בחוקה. על-פי דגם זה, שהנחת היסוד שלו היא קיומה של חוקה, בית המשפט לא יוכל לקבוע שחוק שנוגד את החוקה בטל, אבל הוא ימשיך לתת פרשנות לחוקי הכנסת. מאחר שהביקורת או החשדנות כלפי בית המשפט העליון לא נובעות רק מביטול חוקי הכנסת, אלא גם מהפרשנות שהוא נותן לחוקים, עלולים לטעון כי הדגם הזה אינו עונה על הבעיות – אולי פתרנו חלק אחד, אבל לא את החלק השני. לכן, כאמור, הפתרון הוא שבית המשפט העליון ימשיך לתת פרשנות לחוקי הכנסת. אבל אם לוקחים פסיקות שנויות במחלוקת של בית המשפט העליון מהעת האחרונה, דוגמת בג"ץ קעדאן ובג"ץ קציר – משנתן בית המשפט את פרשנותו-



הוא, תוכל הכנסת להתכנס לאחר מכן ולחוקק חוק המנוגד לפסיקת בג"ץ שנתנה את הפרשנות, ובעצם לומר בחקיקה הזו: זו הפרשנות שלי לחוקה. אותם ערכים חוקתיים שאני ככנסת, כגוף מחוקק, קבעתי קודם, פורשו לא כהלכה, ואנחנו טורחים ועושים עכשיו חוק חדש שמשקף את הערכים שלנו ולא את הערכים שבית המשפט העליון חושב שאלה הם הערכים שלנו, או הערכים שצריכים להיות שלנו, או הערכים שלו שאיננו מאמצים במידה הראויה.

מכאן ואילך התרחשו הרבה התפצלויות בקבוצה שלנו בשאלה 'מה יקרה אם'. זאת אומרת, יש לנו חוקה ומתחתיה יש חקיקה רגילה, ומה יקרה אם אחרי חקיקת החוקה, הכנסת תחוקק חוק שלא יהיה תואם את עקרונות היסוד של החוקה? חלק מחברי הקבוצה ראו את הפתרון בבית משפט לחוקה שיקבע אותה קביעה פרשנית או אותה בטלות של חוק, וחלק אחר מסתפקים בהצהרה שהחוק נוגד את החוקה. לחלק שלישי גם לא חשוב כלל אם לא תהיה לכך משמעות אופרטיבית. זאת אומרת, אנחנו יודעים שבהגדרה חוקי הכנסת חייבים לתאום את החוקה, ומאחר שבית המשפט העליון נשאר עם תפקיד הפרשנות, הוא כבר יעשה את ההתאמה לחוקה שקבעה הכנסת. אם ההתאמה הזאת לא תהיה לפי רוחה של הכנסת, נגיע שוב לתהליך חקיקה.

גם בתהליך הדקלרטיבי לא פתרנו עדיין את בעיית ה'מה אם', כי מה אם אחרי דקלרציה כזאת הכנסת לא תשנה את דרכיה או את חוקיה? כלומר, אפשרי מצב שבו אתה נשאר ברמה הדקלרטיבית, אין לך תוקף של אכיפה, ומה שפעם השפיע מבחינת תהליכי קבלת ההחלטות בפרלמנט (כי הפרלמנט צריך לתת דין וחשבון לציבור), אינו שריר כעת. גם לא תמיד הציבור מעוניין שהפרלמנט שלו יתאים את החקיקה לערכים חוקתיים, אלא נהפוך הוא – לעתים הציבור דווקא רוצה ומצפה שהפרלמנט ייתן ביטוי לרצונו באותו רגע, אפילו שהוא אינו תואם את העקרונות החוקתיים.

בסיכומי של דיון נאמר שלא ניתן להציל אומה מעצמה. ניתן להצביע על כיוונים וצריך לדון בשיטות השלטוניות השונות. חלק מחברי הכנסת שהיו שותפים בדיון טענו שגם הם היו רוצים שמעבר למסגרת החוקתית שהם צריכים לפעול לפיה, יהיה אולי משהו שיגדור ויתחם את פעולתם שלהם עצמם. גם עלתה בדיון האפשרות של אישור מקדמי של חקיקה על-ידי גוף נוסף. מראש הוגדר שתהליך הביקורת המקדמית עצמו לא יכול לפתור ולא נועד לפתור את פרשנות בג"ץ, בעיקר בתחומי דת ומדינה, את

הביקורת ואת הבעייתיות שיש בכך בעיני חלק מהציבור ואת ההשלכה שיש לזה גם על מעמד בית המשפט היום.

לסיכום: הרעיון כולו היה לנסות וליצור איזושהי 'עסקת חבילה', שתתמקד בעיקר הבעייתיות מבחינת חלקים גדולים בציבור, כלומר בביטול חוקים על-ידי בית המשפט העליון. לפי 'עסקת החבילה' הזאת, הפונקציה של ביטול החוקים לא תישאר בידי בית המשפט העליון, וכמו כן תוגדר חוקה שמשקפת את הקבוצות השונות בציבור, וחקיקת הכנסת תהיה כפופה לחוקה הזאת.

גם נאמר שבמצב של פרשנות החוקים בידי בית המשפט העליון לא ניתן יהיה לקדם חקיקת חוקה, ועל כל פנים, לא חוקה שמייצגת הסכמה רחבה.

ברוח זו עלתה כאן הצעה שמפקיעה חלק מסמכויות בית המשפט העליון, שמחזקת את המעמד של הכנסת ושמכפיפה אותה לערכים חוקתיים.

● **מנחם פינקלשטיין:** הערה ראשונה: היתרון בהצעתה של רות גביון שהצבעתי עליו אצלנו הוא שהיא פותחת פתח גם להצעתו של פרופ' סגל בדבר הדגם האנגלי. כלומר, שבית המשפט העליון יוכל להתייחס גם לשאלה כיצד עולה החקיקה הישנה בקנה אחד עם העקרונות החוקתיים ועם כבוד האדם. דוגמה אחת, העובדה שבית המשפט העליון ביטל את החוק שאומר שחייל חייב להתייצב לפני שופט תוך 48 שעות ולא תוך 96 שעות – זה בסדר, אבל לפני 20 ו-30 שנה היה מדובר ב-60 יום עד שהוא הגיע לפני שופט. רק בגלל שהסדר זה תוקן בחוק 'מיטיב', ניתן היה להפעיל את הביקורת החוקתית. אלא שיש חוקים מלפני 20 ו-30 שנה שהם בלתי חוקתיים בפירוש, פוגעים בכבוד האדם, ועדיין נשמר תוקפם לאחר סעיף שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במילים אחרות, ההצעה שלפיה בית המשפט העליון לא יבטל את החוקים ויוכל להעיר לגבי החוקתיות שלהם, פותחת פתח לפרספקטיבה חדשה לגבי כלל החקיקה במדינת ישראל.

הערה שנייה: הופתעתי מכך שחלק ניכר מחברי הקבוצה תמכו בהצעה של רות גביון, כי אם ההצעה הזאת תתקבל, זוהי פגיעה פשוטו כמשמעו בבית המשפט העליון. היום, בית המשפט העליון מוסמך לבטל חוקתיות של חוקים, ולא כך לפי ההצעה הזאת. היו אצלנו שאמרו ש"הצר שווה בנזק המלך"; כלומר, הפגיעה במעמדו של בית המשפט תהיה מוצדקת אם יש בכך כדי לקדם את עניין החוקה.

הערה אחרונה: דובר בקבוצה שההצעה הזאת מחזקת את הפרלמנט או נועדה לחזק את הפרלמנט, ואולי שקיימת הבחנה בין יחס הציבור לכנסת כאוסף של חברי כנסת, ובין יחסו לכנסת כמוסד מחוקק, לאור העובדה שבסך הכול הכנסת מחוקקת חוקים ברוח חוקי היסוד.

● **יפה זילברשץ:** נקודת המוצא בקבוצה שלנו, שעלתה גם בקבוצות האחרות, היא שהביקורת נגד בית המשפט העליון אינה מתמקדת בחקיקת החוקים, אלא בהיקף הפיקוח על הביקורת המינהלית והפרשנות שבית המשפט העליון נוקט. עם זאת, אפשר להבין את מיקוד הדיון רק בביקורת החקיקתית, לאור העובדה שאנחנו בעצם מבקשים כאן להרחיב את החוקה. זאת אומרת, היות ומבקשים להרחיב את החוקה, השאלה היא איך הדבר הזה יתקבל בציבור לאור הביקורת הרחבה שיש בציבור על שלוש הפונקציות של בית המשפט שנמנו כאן.

הרעיון שעלה בקבוצה איננו ביטול כל פיקוח שיפוטי, אלא שיריכוך מעמדו של בית המשפט העליון, אשר יהפוך מעתה ואילך לגוף ממליץ. ההנחה הייתה שב-95% מהמקרים, המחוקק יגיב באופן חיובי להמלצתו של בית המשפט העליון. נוסף לכך עלתה הצעה להקים מועצה מייעצת.

● **בנימין נויברגר:** הערת פתיחה: כל הזמן אומרים שיש ציבור שאיננו שבע רצון מהפסיקות של בית המשפט העליון. אני רוצה להדגיש שיש ציבור שמאוד איננו שבע רצון מההתקפות על פסיקות בית המשפט העליון. אני אומר זאת כדי ליצור איזון.

אשר לדיוני הקבוצה שלנו – נאמר במפורש שלא תינטל מבית המשפט העליון הסמכות לפרשנות חוקתית. בקשר לביטול חוקים, נאמר שתמורת הוויתור על ביטול חוקים יוצאו מהחוקה כל האלמנטים המגבילים את החירויות. למשל, בסעיף השוויון לא ייאמר 'חוץ מנושאי דת ומדינה'; אם מישו רוצה לפגוע בנושא השוויון בהקשר של נישואין וגירושין, הוא יצטרך לעשות זאת בחוק. העובדה שלא מדובר בהקשר זה בקביעה חוקתית אלא בחוק – בכך יש הישג, לדעתי. זאת אומרת, אם יהיה רוב בכנסת לביטול החוק, הוא יבוטל ולא יצטרכו את הרוב המיוחס כדי לשנות את החוקה. כך הבנתי את ההצעה של רות גביזון, ואני חושב שה- give and take פה הוא תוספת מאוד חשובה. זאת אומרת, החוקה אכן תהיה ליברלית ולא תכלול את הסטטוס-קוו הדתי. הסטטוס-קוו הדתי יימשך בחוקים עד שהם יבוטלו, אבל לא יהיה חלק מהחוקה.

● **פרנסס רדאי:** אני מבקשת להמשיך את דבריו של בני נויברגר ולהוסיף עליהם. רות גביזון הסכימה שהוויתור על סמכותו של

בית המשפט העליון להפעיל פיקוח על חוקים הוא ויתור כואב וקשה והוא חלק מ'עסקת חבילה', כמו שציפי ליבני הגדירה זאת. ומה הצד השני של עסקה זו? מגילת זכויות אדם בלי סייגים סקטוריאליים כמו אלה שקיימים היום בכל החוקים שעוסקים בזכויות האדם – 'שמירת דינים', נישואין וגירושין. חלק מאתנו חוששים שאם נאמץ גישה כזאת, מה שנקבל בסופו של דבר הוא ביטול סמכותו של בית המשפט העליון, ועם זאת לעולם לא נקבל את מגילת זכויות האדם המלאה.

לעניין הסיבה שבכלל שוקלים את ביטול סמכותו של בית המשפט העליון לבטל חוקים – היו הבדלי דעות לגבי המצב הקיים. דובר כאילו ההתנגדות ל'מהפכה החוקתית' מאז 1992 נובעת מכך שבית המשפט העליון הוא שיצר את החוקה ולא הכנסת. אני ואחרים סבורים, וזה גם התבטא בקבוצה, שחוקי היסוד ב-92 היו הבסיס ל'מהפכה החוקתית'. כנגד זאת, היו מי שטענו שלא הייתה הסכמה חברתית לחוקי יסוד ב-92, והשאלה הייתה מה הכוונה בביטוי 'הסכמה חברתית' – אי-הסכמה של קבוצה אחת בחברה, של מיעוט אחד שהוא מיעוט דתי ודווקא בידיו הכוח הפוליטי? הכניעה ללחץ של מיעוט אחד בין המיעוטים במדינת ישראל עלולה להזיק למיעוטים אחרים שאין להם הכוח הפוליטי המגובש, למשל יהודים שאינם אורתודוקסים, כולל מיליון וחצי רוסים שעלו לארץ, למשל ערבים, נשים, הומוסקסואלים ולסביות. כל הקבוצות האלה אינן נמנות עם הגוש שאומר שאין הסכמה לביקורת השיפוטית ולביטול חוקים.

ביקורת שיפוטית מקדמית בשלב החקיקה

ח"כ חיים אורון

הערה מקדימה ראשונה: היות והשתמשו כאן במושג 'עסקה', היה ספק גדול באיזו מידה הנושא שאנחנו עוסקים בו מזה יומיים הוא מוקד מהותי בתמיכה או באי-תמיכה בכינון חוקה. הספק האחר הוא אם בכלל יש 'חבילה' – אם אכן נגיע להסכמה על ביקורת שיפוטית יוסר המכשול האחרון לחוקה בהסכמה?

הערה מקדימה שנייה: הרבה דובר, גם בניירות וגם בקבוצה, על המתח שבין בית המשפט העליון לבין ציבורים מסוימים. כשמדברים על הכנסת, לא מדברים על מתח, אלא על זלזול, כי זה יותר פשוט. אבל הזלזול או

אי-הכבוד כלפי הכנסת קיים בציבורים רבים אחרים. גם כאן יש ספק גדול האם הנושא שבו אנחנו עוסקים הוא מוקד המתח או המניע העיקרי לאי-כבוד כלפי הכנסת. זה נאמר גם על-ידי כמה מהדוברים הקודמים. אם קיימים ביקורת או מתח סביב בית המשפט העליון, הם נוגעים יותר לתפקודו כבג"ץ בנושאים המינהליים; אינני חושב שההתערבות החקיקתית שלו היא שיצרה את המתחות שבה מדובר. נכון שממניעים של הרטוריקה של הביקורת, נוח יותר להתייחס לעניין הביקורת החקיקתית כי זה נשמע יותר בסדר, זה בתוך הדיון האינטלקטואלי. לכל סוג אחר של ביקורת יש כבר טעמים נוספים, שאולי פחות נאה וראוי לעסוק בהם.

אשר לכנסת – וזאת אני אומר בביטחון ומתוך היכרות רבת-שנים – הביקורת על הכנסת היא לא בתחום שמדובר בו פה, היא בחקיקה הפופוליסטית שרובה איננו קשור בחוקים, היא במחטפים שרובם אינו קשור בחוקים שאנחנו עוסקים בהם, בחוקי יסוד או במרכיבים של חוקה.

אשר לקבוצה שלנו, אינני יכול להגדיר אותה, כמו שעשה שאול יהלום, כקבוצה עוינת. הייתה מחלוקת בקבוצה, אבל לא עשינו בסוף הצבעה כמה תומכים בביקורת שיפוטית מקדמית וכמה מסתייגים באופן מוחלט. היות ומדובר בהצעה שהיא בעיקרה שלב ביניים, לא זכור לי שמישהו מחברי הקבוצה תמך בויתור על הענקת הסמכות של הביקורת השיפוטית הסופית לבית המשפט העליון. זאת אומרת, לא עמדה על הפרק הצעה שוועדת הביקורת תחליף את בית המשפט העליון. מגוון העמדות עסק יותר בשאלה מהו משקלה של הוועדה כגורם מייצג ומהו משקלה כגורם מכריע.

אעבור עתה להצגת קשת העמדות. העמדה מרחיקת הלכת ביותר, של צבי ענבר, הייתה שצריך לכוון 'בית שני' בעל סמכויות מלאות, ואז שאלת הייעוץ או לא ייעוץ תעבור למקום אחר; הייעוץ יהיה חלק מהמערכת המחוקקת, ובכך תיפתר הבעיה. הגישה שמנגד אמרה שצריך לשפר את מנגנון הייעוץ המשפטי, את המחקר והלמידה של הכנסת, ושזוהי התשובה.

בין שני הקצוות הללו היו המלצות נוספות, כמו: למתן את המתח שבין בית המשפט העליון ובין הכנסת כמחוקק, ליצור הרגשה בציבור של מעורבות רבה יותר, של מעגלים נוספים בתהליך חקיקתם של חוקי יסוד. המועצה המייעצת, שתהיה בהרכב יותר מייצג, עשויה להיות גורם שירחיב

את מעגל המעורבים בתהליך גיבוש החקיקה, בצד תרומתה ליעילות ולטיב של החקיקה.

היו חברים שחשבו שראוי שלוועדה המייעצת יהיה גם ממד של הכרעה, ובהקשר זה התייחסו לדגם שמופיע גם בהצעה של אריק כרמון ומרדכי קרמניצר – כלומר, מעין קריאה רביעית. במילים אחרות, שלב מסוים יושלם בכנסת, ולפני שמגיעים לשלב האחרון, יש לוועדה האפשרות להתערב – כמובן על-פי כללים של מי נכנס, למי 'זכות עמידה' וכו'. אם המועצה תגיד שהחקיקה בטלה, או מה שיותר סביר – שיש מקום לשינויים בחקיקה כדי שהחקיקה תעמוד במבחן חוקתי (והכול באיזושהו הליך של דו-שיח בין המחוקק ובין המועצה) – כאשר החוק יגיע לקריאה האחרונה בכנסת, האפשרות שהחוק המסוים יצטרך לעמוד בפני ביקורת שיפוטית בבית המשפט העליון תהיה בשיעורים מאוד קטנים ובמקרים מאוד מיוחדים. מאידך גיסא, היו מי שאמרו שהביקורת השיפוטית המהותית איננה אבסטרקטית אלא קונקרטית, ועלול לקרות שבאירוע מסוים, הברור על הקונקרטי יגיע בסופו של דבר לבית המשפט העליון. כלומר, יצרנו מערכת ביניים שלא תפתור את הבעיה, אבל יש בה כל הסכנות של מערכת ביניים.

היה לי רושם שהייתה פחות מחלוקת בעניין דרך המינוי. ביסודו של דבר התקבלה דרך המינוי המבוססת על הדגם של הוועדה למינוי שופטים, כלומר צירוף בין נציגים של הכנסת והממשלה ונציגים של ציבורים אחרים. בהקשר זה, חברים הדגישו כי יוקרתו של הגוף הזה תיקבע במידה רבה מאוד על-ידי תחושת הציבור שהמנגנון הממנה הוא מנגנון ראוי שעומד בכל המבחנים.

אשר להרכב של הוועדה למינוי חברי המועצה המייעצת, דובר פחות או יותר בפרופורציה של 4 שופטי בית המשפט העליון מול 6 או מול 7. גם כאן היו גרסאות שונות: כולל או לא כולל את הנשיא, רק שופטים מכהנים, גם בדימוס, האם כולם בתוך ה-4, ואולי אלה שלא בדימוס הם כבר בתוך ה-6. הרושם היה שאם יש הסכמה בסיסית על נחיצותו ומיקומו של הכלי שבו מדובר, שאלת המינוי וההרכב איננה קרדינלית. אני חושב שגם מובן מדוע – משום שמדובר בגוף שסמכויותיו יותר מוגבלות, שביט המשפט העליון ממשיך להיות מעליו.

בשאלה מי נבחר – גם כאן היו הערות שונות שקשורות להצעה, למשל בנוגע לגיל: האם גיל 40 או 45? היו כאלה שאמרו שעדיף גיל מבוגר יותר.

היזקרה של המועצה, אם וכאשר תכונן, תנבע בעיקרו של דבר מדרך המינוי של החברים בה וממי שימונה אליה. מובן שישבו בה פוליטיקאים, אבל לבטח לא פעילים, ואחרי תקופת צינון.

● **קריאה:** כיוון שבשש השנים האחרונות בוטלו רק שני סעיפי חוק די זניחים על-ידי בית המשפט העליון, לא שמעתי פה משהו שיתן קרדיט ליעוץ שקיים כבר היום בכנסת בנושא חקיקה.

● **מיכאל קרייני:** נושא אחד שאני לפחות עסקתי בו בעת הדיונים בקבוצה, נגע לפרוצדורה של אותה מועצה שנכונן נוסף לכנסת או בצדה. אנחנו הרי ניצור מין גוף משפטי שיקיים דיון, והשאלה היא למי תהיה זכות הטיעון בפני אותו גוף. האם נפתח את זכות העמידה בפני כל מיני גופים אינטרסנטיים, שאז כל דיון משפטי ייקח שנה או שנתיים ועד שיינתן פסק דין תעבור אולי עוד שנה? גם צריך לזכור שנוסף לדיון שמתנהל בפני המועצה המייעצת, יהיה עוד דיון בפני בית המשפט העליון, שהרי איננו מונעים את הביקורת השיפוטית שתבוא לאחר הדיון.

● **אריק כרמון:** זו נקודה למחשבה.

● **מיכאל קרייני:** עוד דבר שצריכים לתת עליו את הדעת הוא שיצירת גוף כזה אולי פותרת בעיה קיימת, אבל בעת ובעונה אחת היא עלולה ליצור בעיות חדשות.

● **חיים אורון:** שאלת זכות העמידה שמיכאל העלה היא נושא שעסקו בו – החל מהגישה המצמצמת שאמרה שהיות ומדובר בחקיקה, זכות העמידה צריכה להיות למחוקקים, ועד לגישה יותר רחבה שאמרה שיזכות העמידה שמורה למחוקקים ולגופים נוספים. אלא שאז מתחילה השאלה מהי הגדרת הגופים הנוספים. אינני זוכר שמישהו הציע שלכל אחד תהיה זכות עמידה בפני הוועדה.

● **מיכאל קרייני:** לא נאמר מפורשות זכות עמידה לכל אחד, אבל לפי מצב הדברים היום, המגמה היא לאפשר לכל אחד.

● **שמואל נח אייזנשטדט:** בסוף הדיון בקבוצה, כשאתה כבר לא היית, נדמה לי שהתגבשה נטייה יותר חזקה שלא יהיו בגוף המייעץ הזה שופטים מכהנים, אלא רק שופטים בדימוס.

● **חיים אורון:** הערה נוספת: אם הולכים על הרעיון של 'גוף מסנן', בואו נקרא לו 'מועצה' ולא 'ועדה'. גם הייתה הצעה

בקבוצה שהגוף הזה אולי יהיה במעמד של ועדת כנסת עם תוספת מעמד. באשר לפונקציה החברתית של גוף כזה – לא רק החוקתית – הדיון יהיה פתוח פומבית וציבורית בכל הנוגע לשאלת החוקתיות בזיקה לחוקי יסוד; זה חלק מהמנדט וזה חלק מעניין הפנמת זכויות החוקה. כחלק ממבט רחב יותר, לא רק משפטי אלא גם חברתי-פוליטי, גם תהיה גישות לאזרחים להעלות סוגיות בפורום הזה.

● **אביעזר רביצקי:** יש לי אהדה רבה מאוד לתפיסה שאומרת שלא ראוי שיהיה כתוב בחוקה 'שוויון למעט בנושאי דת ומדינה', כמו שלא ראוי שיהיה כתוב 'חירות למעט בנושאי מיעוטים או כבוד האדם או מגדר'. אבל השאלה היא אם מה שאתם מציעים אינו מעלה דילמה, בה-במידה, בכיוון ההפוך. לאמתו של דבר, נאמר כאן שנחוקק חוקה, אבל בד-בבד נאמר כאן שאנו יודעים מראש שנחוקק חוקים נגדה. האם אנחנו לא עושים פלסטר את כל העניין ההצהרתי הזה? 'הכול יודעים למה הכלה נכנסת לחופה' – וזאת כדי להפר את נישואיה מראש? ואז כאשר מישהו יבוא ויטיף מוסר, האם נאמר לו שמלכתחילה חוקקנו את החוקה בידיעה שנחוקק חוקים נגדה? כך היא הופכת לעניין חסר כל ערך. לכן נדמה לי שהדילמה היא בשני הכיוונים.

● **תהילה שוורץ-אלטשולר:** עלתה כאן שאלת 'זכות העמידה' בפני המועצה המייעצת. צריך לזכור דבר אחד והוא שראוי שהשיח לגבי חוקתיותם של חוקים יתבצע בדרך של השיח הציבורי ולא בדרך של השיח המשפטי. היתרון של המועצה הזאת, או של הקדמת הביקורת השיפוטית, הוא שאין צורך שתהיה 'זכות עמידה' פורמלית בפני המועצה. די בכך שמתחילים משא ומתן או שקלא וטריא בתקשורת, מעל במת הכנסת, תוך כדי תהליך הייעוץ של המועצה, ואז אפשר לתקן את החוק.

● **אריק כרמון:** כמה מילים לסיכום ביניים. אני חושב שמה שעשינו מאתמול ועד הרגע הזה היה בחינה יסודית ומעמיקה של חלופות. גם אם הבחינה איננה מספיקה, היא נותנת לגיטימציה לשיח ציבורי בשורה של חלופות מול ובתוך המציאות שבה אנחנו חיים.



דיון מסכם

כיוונים ואפשרויות לדגמים מוסכמים

● **אריק כרמון:** לפני שניגע בכמה סוגיות שאני רוצה להציב כסמנים, כסימני שאלה, אני רוצה תחילה לומר שהדיון הזה הוא המקום להתחיל לדבר על היתרונות והחסרונות של כל אחת מההצעות. כלומר, לבקר הצעה כזאת או אחרת או לתמוך בהצעה כזאת או אחרת.

אתמול אמר הנשיא ברק שבמשך 53 שנים, בית המשפט מתפקד כפי שהוא, ושאל מה ההנמקה לחולל שינוי. העובדה שאנחנו מעוררים את הדיון הזה ומקיימים אותו היא ניסיון לברר האם נחוץ שינוי, מה הסיבות לשינוי ואיזה שינוי עשוי להיות ראוי.

נדמה לי שבדיווח הבוקר שמענו כי ביותר מקבוצה אחת התעוררה השאלה או התהייה מה המשמעות של שימור המצב הקיים, האם ניתן לשמר את המצב הקיים, האם המצב הוא דבר שנשמר, האם המציאות היא קבועה, אילו כוחות פועלים על המציאות. אם אמנם השמירה על מעמדו של בית המשפט היא עניין כל כך קרדינלי וחשוב – ונדמה לי שעל זה אין ויכוח באולם הזה – מהי משמעותו של השימור.

אנחנו באופן מובהק נתונים במציאות של שסע ושל אנטגוניזם פנימי שבנויים על הבדלי גישות, אבל במידה רבה גם על תחושות ופחדים וחרדות וכן הלאה. בקבוצות השונות עלתה השאלה, האם שימור המצב הקיים לא יביא במוקדם או במאוחר לפוליטיזציה של בית המשפט, והאם ההצעות בזכות הייצוגיות בבית המשפט אכן מסמנות את הכיוון הזה.

בקבוצה שהשתתפתי בה, שבה נדונה הצעתה של רות גביוון, אמרו שיפגיעה קטנה בבית המשפט בטווח הקצר על-ידי הפקעת יכולתו לבטל חוקים, אולי תסייע להחזיר את האמון בו ולחזקו לטווח ארוך.

כפי שדן מרידור אמר – והנקודה הזו עלתה גם בקבוצות אחרות, לרבות הקבוצה שהשתתפתי בה – הבעיה האמיתית היא לאו דווקא סוגיית הביקורת השיפוטית והיכולת של בית המשפט להחליט על בטלותם של



חוקים, אלא מעמדו של בית המשפט כבג"ץ או כפוסק בעניינים מינהליים. אלא שהמעמד הזה של בית המשפט לא נקנה בעשר השנים האחרונות או בחמש השנים האחרונות. בסך הכול מדובר על תהליך ארוך טווח, והערעור על מעמדו של בית המשפט הוא תופעה חדשה. אז מה קדם למה? הפסיקה או הרטוריקה? האם מדובר בוויכוח עקרוני אידאולוגי, או שמא הדיון משקף חרדות או פחדים, ואיך מתמודדים אתם.

לי נראה שאסור לנו לברוח מהתמודדות עם מציאות שבה קיים חוסר אמון בבית המשפט העליון. על כן אחת השאלות שעומדות לפתחנו היא איך משקמים את האמון בבית המשפט.

● **יורם ארידור:** ההצעות שהוצעו ביומיים האחרונים הם פתרונות מדומים שיוצרים בעיה אמתית. הם פתרונות מדומים מפני שהם לא עונים על הבעיה כהגדרתה. הם מדברים על הביקורת החוקתית, אבל הבעיה היא הביקורת השיפוטית. הם יוצרים בעיה מפני שהם פוגעים כולם בצורה זו או אחרת בסמכות בית המשפט העליון, כולל ההצעה של כרמון-קרמניצר.

הפתרון הוא מדומה מפני שהביקורת על בית המשפט איננה בתחום החוקתי. לא שמעתי ש'אגודת ישראל' מתלוננת על אורך המעצר של חיילים, אבל היא מתלוננת על ייבוא בשר, על סדרי תחבורה, על גיוס משתמטים, על תפילת נשים בכותל. זה יוצר בעיה אמתית מפני ששלילת הביקורת של בית המשפט בבעיה האמתית המינהלית (וזה יגיע לכך) תמנע הגנה שיפוטית על זכויות האדם. ואין הגנה יעילה אלא הגנה שיפוטית, בייחוד בישראל, שבה זכויות האדם פותחו על-ידי בית המשפט בהיעדר חוקה. מי יגן על הזכויות אם תיפגע ההגנה השיפוטית? הרי לא הכנסת שרוצה, כביכול, לפי הטענה, לפגוע בבית המשפט העליון. אם היא רוצה לפגוע, היא ודאי לא תגן על זכויות האדם.

אומרים לנו שתהיה מועצה מייעצת שתשפר את תפקוד הכנסת. אדרבה, אם רוצים שיפור תפקוד הכנסת על-ידי ביקורת מקדמית, לא צריך לפגוע בבית המשפט העליון, אפשר להקים 'בית שני'. רוצים לשפר תהליך חקיקה, לא צריך לקלקל את ההגנה על זכויות האדם. 'בית שני' לא פוגע בזכות הפרשנות על-ידי בית המשפט העליון, וגם אין זה מתפקידו, ואינני מבין למה הערבוב הזה שהוצע כאן בין תפקידים של 'בית שני' ובין תפקידים של ביקורת שיפוטית או חקיקתית.

אומרים לנו שהרשות המחוקקת טעונה חיזוק, אבל גם זו אשליה. הרשות המחוקקת לא טעונה חיזוק, אלא היא טעונה שיפור; ואם מדובר על

חיזוק, יש דווקא להחליש את הרשות המחקקת. הכנסת היום חוקה מדי, הכנסת היום משתוללת בחוקים פופוליסטיים, בחוקים לא אחראיים, בחוקים שמשנים פסקי דין של בית משפט לגבי עבריינים. היא טעונה חיזוק? צריך להחליש אותה. איך מחלישים אותה? על-ידי 'בית שני', על-ידי ביקורת. הבעיה היא רק הביקורת החקיקתית? הבעיה היא אם חוקים שמתקנים חוקה יעברו ביקורת? כל חוק של הכנסת צריך לעבור ביקורת מוקדמת. אז מה זה קשור לביקורת שיפוטית?

הציגו לנו כאן בניירות שהבעיה היא סכסוך בין רשויות השלטון, אבל לדעתי לא היה ולא נברא. הבעיה היא שיש סכסוך בין האזרח והשלטון, כאשר האזרח בא לבג"ץ כדי להתלונן על השלטון. את זה רוצים להגביל, את זה רוצים למנוע.

אז מה יהיה לנו? אומרים לנו שהפשרה תביא לחוקה. תהיה פשרה בנושא הביקורת השיפוטית או הביקורת המינהלית, ולא יגיעו לכרסום כללי, תהיה פשרה וזה ייתן לנו חוקה. איזו חוקה תהיה לנו? חקיקה ללא אפשרות אכיפה? זה יהיה אקט בלתי חינוכי, והתוצאה תהיה חוקה סטרילית. אני אומר שאם החוקה לא מגנה על זכויות האדם, אני לא רוצה חוקה כזאת ואני לא רוצה לשלם בשבילה שום מחיר.

אומר משהו גם לחברים הדתיים. ביקורת שיפוטית היא חלק מההלכה היהודית. אפשר להזכיר את הרמב"ם שאמר: למה כתוב "דינא דמלכותא דינא" ולא כתוב "דינא דמלכא דינא"? מפני שגם המלך כפוף לדין. זוהי ביקורת שיפוטית בהלכה היהודית.

אז חוקה לא תצא מהניסיונות האלה. צריך לזכור שגם שינוי שיטת הבחירות הישירות התחיל בססמה 'חוקה לישראל' ונגמר באסון אלקטורלי שמנענו אותו ברגע האחרון. גם כאן יכולה להיות פגיעה בדמוקרטיה, ואנחנו אכן עומדים בפני מצב של פיקוח נפש בכל הנוגע לדמוקרטיה הישראלית.

● **צבי ענבר:** ביקשתי את רשות הדיבור כדי לומר כמה מילים על ההצעה שהזכיר חיים אורון, ההצעה שהעליתי בדיון בקבוצה שלנו בקשר ל'בית שני', והנה יורם ארידור הקדימני בכך שהעלה מחדש את הנימוקים הנוספים לטובת 'בית שני'. אלה אותם נימוקים שהעליתי בכינוס הראשון של המועצה בדבר הקלות הבלתי נסבלת של החקיקה והצורך ב'בית שני', ועל כך בהחלט תודתי לו. אני רק ארחיב בכמה מילים מדוע יש מקום לכך דווקא בהקשר לנושא החוקתי.



מהו בעצם תפקידו של בית המשפט העליון או של כל בית משפט כאשר תוקפים חוק בטענה שהוא נוגד חוק יסוד? התפקיד הוא לקבוע האם אותו חוק עונה על מה שנקבע בחוקי היסוד – דהיינו, שהחוק נועד לתכלית ראויה, שהוא תואם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שהוא אינו פוגע בזכויות היסוד במידה העולה על הנדרש.

כל אלה הן שאלות ערכיות מובהקות, ואם נוסיף לכנסת היום גם 'בית שני', ברור שהוא ידון בסוגיות הערכיות האלה גם בכובד הראש הראוי, גם מתוך הייצוגיות המתאימה וגם במקצועיות הנאותה.

ההצעה לתוספת 'בית שני' אינה פוגעת באף גוף קיים. היא לא פוגעת בבית המשפט העליון, שימשיך להיות הגוף המוסמך לפרש את חוקי היסוד ואת החקיקה ולדון בסוגיות שיכולות להתעורר, לפעמים, כמה שנים לאחר שנחקק החוק. סוגיה כדוגמת ייבוא בשר בזיקה לחוק יסוד: חופש העיסוק, מקומה בבית המשפט העליון. ההצעה ליבית שני לא פוגעת בכנסת משום שמעמד הרשות המחוקקת מתחזק על-פיה. היא גם לא בסתירה לאלה שרוצים בית דין מיוחד לחוקה, כי בעצם מה הם רוצים? הם רוצים מגוון? הם רוצים ייצוגיות שונה? הרי לכם כל זה, אבל במסגרת של בית מחוקקים שיהיה בן שני בתים.

● **שאל יהלום:** אני, וגם הרבה חברים דתיים, נתנגד לחוקה שאינה כוללת ענייני דת ומדינה, לאותה עסקה שהתגבשה באחת הקבוצות, כפי שניסח אותה בנימין נויברגר, שלפיה תהיה חוקה בתנאי שהחוקה תבוא ותאמר שהיא אינה מתערבת בענייני דת ומדינה ושאינן ביקורת שיפוטית על ענייני דת ומדינה.

● **בנימין נויברגר:** אני רוצה לתקן. זו לא הייתה כוונת דברי. יהיה פרק כללי על חופש דת וכו', אבל בפרק הזה לא ייכלל למשל הסטטוס-קוו בענייני נישואין וגירושין, רפורמים, קונסרבטיבים וכדומה.

● **שאל יהלום:** לפחות מבחינתי, ואני חושב שהרבה מחבריי חושבים כמוני, אין הסכמה לדבר כזה. איננו חושבים שהחוקים האלה הם פחות חשובים. לא רק שאנחנו מתגאים בחוקים שנובעים מההלכה היהודית, אלא שמתפקידנו לחזק אותם במדינה. לא נסכים שאם מחזקים את שאר החוקים, דווקא פרק שלם שהופך את מדינת ישראל למדינה יהודית, אינו נכלל בחוקה. לכן אני חושב שאם ההצעה היא סוג של עסקה, אין קופצים מצדנו על העסקה הזו.

אשר לבג"ץ, בניגוד למה שהשתמע מדברים שנאמרו בקבוצת דן מרידור, אנחנו סבורים שאכן יש בעיות עם בג"ץ ושצריך לשפר, אבל אנחנו לא שוללים אותו, לא סבורים שבית משפט לחוקה הוא אמצעי להרוס את בג"ץ או להרוס את בית המשפט העליון ולפגוע בסמכותו. הביקורת השיפוטית מצד בית המשפט העליון, משמע שאפילו הכנסת תרצה ויהיה בה כוח לחוקק חוקים, הם ייפסלו על-ידי בית המשפט העליון. לכן הפתרון בעינינו הוא ביקורת שיפוטית על-ידי בית משפט לחוקה, אבל רק בנוגע לחקיקה ראשית.

נכון שב-92' הייתה הסכמה, אבל אלה שנתנו את הסכמתם אומרים היום במלוא הכנות שהם רומז, ואת זה, דן מרידור, אתה צריך להביא בחשבון כי אתה היית במרכז העניינים וגם אני. גם הרב רביץ וגם יצחק לוי הבינו כי 'מדינה יהודית ודמוקרטית' משמעה יהודית במלוא מובן המילה, משמעה משפט עברי שיבוא בפשרה עם המסכת הדמוקרטית. לא הבנו ולא שיערנו שברק יפרש זאת כפי שהוא מפרש היום.

● **שמואל נח אייזנשטדט:** אני מרגיש כל הזמן קצת אי-נוחות, שנובעת מהעובדה שלמעשה דנו כאן בשתי שאלות שונות, ובדרך כלל התשובות שקיבלנו היו לשאלה שכאילו לא דובר בה.

השאלה שכאילו דנים בה היא שאלת הביקורת השיפוטית, ואילו הבעיה הכואבת היא דווקא פעולתו של בג"ץ, וזו הבעיה שיצרה במידה לא קטנה את אווירת אי-האמון שהתפתחה כאן בעשור האחרון. הבעיה הזו לא התעוררה בהכרח לנוכח פסיקות, היא התעוררה בעיקר על-ידי הכרזות, על-ידי הצהרות ועל-ידי פירוש של פסיקות. כפי שצבי ענבר כבר אמר, למעשה התגלה שדנים בעניינים ערכיים ולא רק בעניינים משפטיים טכניים. את המגמה ההצהרתית החזקה, שאיננה רק רטורית, אני רואה כאחד המוקשים הגדולים.

בפגישה במכון לדמוקרטיה לפני שנה, הביא הנשיא שמגר רשימה ארוכה של פסיקות מצוינות של בית המשפט העליון מראשיתו, שכולן עסקו בהגנת זכויות האדם. מה שהרשים במיוחד הוא שכל הפסיקות האלה היו בתקופה שלא הייתה שום הצהרה עקרונית על זכויות האדם; די היה בפירוש של מגילת העצמאות. ההכרעות היו הרבה יותר קונטקסטואליות והן התקבלו כמעט בלי ויכוח. כך שמה שהשתנה מאז ועד היום איננו בהכרח הפסיקה עצמה.



לדעתי, אחד התפקידים המרכזיים של דיון כמו שלנו הוא למצוא דרך להסיר את המוקשים האלה; עניין זה חשוב בעיני יותר מאשר הדברים הפורמליים. אני די נוטה להסכים עם יורם ארידור שחקיקת חוקה כרגע לא תפתור בעיות אלא תחרף אותן. לעומת זאת, חקיקות אד-הוק בעניינים מסוימים יכולות להסיר את המוקשים.

אחד הדברים החשובים הוא למצוא מסגרת של ביקורת שיפוטית שתבטא ייצוגיות, אבל שונה מזו שבכנסת. לא ייצוגיות אינטרסנטית אד-הוקית, אלא ייצוגיות של השקפות, של דעות, שהיא לב-לבה של דמוקרטיה. ייצוגיות ומחלוקת על בעיות ערכיות – זוהי דמוקרטיה. זה החלק של הפוליטיקה, ואין דמוקרטיה בלי פוליטיקה ובלי חילוקי דעות. אין זה דמוקרטי למנוע מראש חילוקי דעות, אבל צריך למצוא את הדרך המבנית. מועצה מייצעת היא אולי דרך טובה, אם אפשר לכלול בה פלורליזם של השקפות, של גישות ולא דווקא של אינטרסים פוליטיים.

לשאלת פסילתם של חוקים – האם די בהצהרה? דיברו בהקשר זה על קריאה רביעית וכדומה. התפלאתי שבתוך כל הדיון הזה, דווקא היבט אחד מרכזי של חוקת ארצות-הברית, שלעיתים קרובות נראית לנו כקודש-הקודשים, לא הוכנס. אחד מנקודות החוזק של חוקת ארצות-הברית הם הסעיפים הנוגעים לתיקון החוקה, ה-Amendments. ההנמקה ל-Amendments הייתה כפולה: כולנו בני אדם שיכולים לטעות; תיקונים הם הדרך למנוע עוד מהפכה. במקרה של הצהרה כזו של אי-התאמה, כדאי לפתוח דיון של תיקוני חוקה, קצת יותר מסובך, להקשות, אבל שישאר במסגרת של דיון פרלמנטרי או ייצוגי.

● **ציפי ליבני:** אני חרדה לבית המשפט העליון, ואני חרדה למעמדה של הכנסת, ואני רוצה קצת לריב גם את ריבם של אנשי הציבור בסיפור הזה. אני רואה זאת כחובתי להגן על מעמדו של בית המשפט העליון גם אם אינני סבורה שבית המשפט העליון מגן די על מעמדם של אנשי הציבור. יותר מזה, אני חושבת שבהתייחסויות שנוגעות לבית המשפט העליון מובלעת איזו גישה כאילו הפוליטיקה היא רעה חולה שנגזרה עלינו, במיוחד כשנשיא בית המשפט העליון אומר שכתוצאה מהקמתו של גוף נפרד לביקורת שיפוטית, תתרחש פוליטיזציה של השפיטה. אבל איש אינו מדבר על כך שייקחו מבית המשפט העליון את החלק המקצועי של השפיטה, ואני בטוחה שגם נשיא בית המשפט העליון יודע זאת, אלא מדובר על קביעת הערכים. אם בית המשפט העליון טורח בתוך פסקי הדין שלו לסייג ולציין שהקביעה הערכית איננה מתפקידו



ושהוא רוצה להשאיר את הנושא הזה לכנסת או לאנשי ציבור – אני מצפה שזו איננה אמירה מהפה ולחוץ. הייתי רוצה לראות את האמירה הזאת מופנמת בתהליכים עצמם ושלא תישאר בבחינת אות מתה.

כשירם ארידור מפגין את דאגתו מפני תהליכים שיולידו חוקה שאיננה לפי ראות עיניו, אני רוצה להוסיף על כך שהחוקה היום נוצרת על-ידי מי שלא נבחר לעשות זאת, ושלמרות שהערכים הם לפי רוחי, עצם התהליך הוא לא זה שאמור להוליד חוקה. בתהליך הזה נקבעות נורמות עליונות, אלא שמי שקובע אותן הוא לא מי שנבחר לעשות זאת. הכנסת היא שנבחרה להיות הרשות המכוננת, והגיעה העת שהיא תעשה זאת.

אני לא באה בטענות, אבל אני מוטרדת מהתהליך. אני מתייחסת לדאגה הצודקת שהביע יורם ארידור – האם כדי להגיע לחוקה בכל מחיר אנחנו מגיעים כאן לפשרות שלבסוף לא נוכל לחיות אתן? הדרך הזו אינה מקובלת עלי, אבל אין ספק שכדי לקדם חוקה נחוץ תחילה להתיר את ה'פלונטר' שקיים עכשיו.

כשנשיא בית המשפט העליון פתח ואמר שבעצם הכול טוב – נכון שאינני יכולה להגיד שהכול לא טוב, אבל בואו נגיד שלא הכול טוב ושנחוץ שינוי. להתבטא כך מעיד על היעדר המודעות לצורך בשינוי.

מבחינתי ככנסת, חקיקת חוקה תגביל את ידי, יהיו נורמות חוקתיות שאני אצטרך להתחשב בהן, אני לא אוכל לחוקק כאוות נפשי. אבל אם הכנסת תבוא, ויבוא בית המשפט העליון, והם יגידו שיש צורך היום בשינוי, שנחוץ תהליך שיעשה כאן חברה שהמצב החוקתי, המשפטי, והמערכת שבה היא פועלת נכונים יותר, ושכולנו צריכים להתגייס לתהליך הזה ולחוקק את החוקה ולקבוע שיהיה פער בין העניין הייצוגי לבין העניין המקצועי השיפוטי – לא רק שהפגיעה בבית המשפט העליון תהיה קטנה, אלא סביר שהוא לא ייפגע כלל.

● **מנחם לורברבוים:** אני רוצה להעיר הערה שנוגעת למה שאני מכנה 'כנות הדיון'. נר לרגלי הם דברי הנביא "ציון במשפט תיפדה", והנה לפנינו סתירה בין אינטרסים ייצוגיים של הדמוקרטיה לבין תפקידו של בית המשפט בהגנה על זכויות הפרט. חלק גדול מהשיח כאן התנהל ברוח זו. זאת אמנם בעיה מאוד חשובה, אבל היא כיסוי לבעיית-עומק אחרת לגמרי שלא נדונה.

לגבי בית המשפט – השימוש בבית המשפט העליון כאמצעי לשבירת מוקדי כוח פוליטיים, כמו גם השימוש בבית המשפט ככלי להכרעה



במחלוקות יסוד של חברה פלורליסטית במהותה, הוא טעות. הוא פוגע בבית המשפט, המחיר הוא עצום, ואין זה משנה אם אגודות פרטיות הן שדוחפות את בית המשפט לכך או שופטי בית המשפט עצמם. כך גם לגבי הכנסת.

הסטטוס-קוו בענייני דת אינו קיים, ועכשיו אני מדבר כאדם דתי, וזה בניגוד לגישתן של המפלגות הדתיות. הסטטוס-קוו לא קיים יותר בגלל שהוא ניסה להשיג באמצעות הכנסת מה שאותם פעילים ליברליים מנסים להשיג דרך בית המשפט – הכרעה חד-משמעית בנושאים שהם סכסוך מהותי-תרבותי בתוך החברה. לכן מבחינתי אין פה אינטרס ייצוגי דמוקרטי, אלא יש אינטרס של קיום הישגים חקיקתיים מסוימים. כאשר ההישגים האלה כוללים, למשל, כספים ייחודיים והשתמטות מגיוס – אם לא מדובר בגזל ממש, בוודאי באבק גזל; ואז, מבחינה דתית, הקרבתם של ערכי יסוד של משפט בשם גזל נראית לי חילול השם ועיוות כל ערך דתי.

גם נושא כמו נישואים אזרחיים (שלדעתי אין בו שום בעיה הלכתית), אפילו יש בו בעיה הלכתית, אינני בטוח שזה עומד כנגד הטובה של ביטול מערכת המשפט. במובן הזה, בית המשפט העליון הוא פשוט טרף קל. לדעתי, הפגיעה בבית המשפט היא אסון, היא עיוות של ערכי יסוד אזרחיים והיא עיוות של ערכי יסוד דתיים. בענייני משפט, עמדתי הדתית היא שתמיד צריך לפסוק לחומרה לטובתו ולכוחו של בית המשפט.

אסיים במדרש של הפסוק בתהילים: "אל תגעו במשיחיי"; "משיחיי" הם השופטים העליונים בישראל.

● **חיים אורון:** במהלך הדיון נוצרה לכאורה סימטריה שאני רוצה לערער: הליברלים רוצים להגיע לחוקה דרך בית המשפט, והדתיים – דרך הכנסת. ציפי, אומר כאן באופן הברור ביותר שאני רוצה להגיע לחוקה רק דרך הכנסת. אני שומע כבר את הצלילים הללו – לכאורה, היות והתייאשנו מהמערכת הפוליטית, אנחנו מחפשים מקום אחר, והוא בית המשפט. אז קודם כול, אני לא חושב שביטול המשפט יכול לכונן חוקה. אבל אי-אפשר רק לשחק ב'החלפות' בדאגות ביגד לבין יורם ארידור, כמו שאומרים הילדים. מה עושים בכל זאת? אם אנסה גם להיות קונסטרוקטיבי, אז ראשית אני רוצה לומר שאין אופציה לכונן חוקה בישראל, ואפילו באופן חלקי, אלא בבית המחוקקים. לבית המשפט יש תפקיד היסטורי עצום, אבל לא התפקיד הזה. כמובן, ככל

שהוואקום יימשך, החיים יחייבו שבית המשפט הוא שייצור את הנורמות, שאם היינו פועלים נכון, הן-הן הנורמות החקיקתיות.

לא יעזור – נוריד את המחסום של ביקורת שיפוטית, יהיה מחסום אחר. נוריד את המחסום של ייצוגיות, יהיה מחסום אחר. יש קבוצה בחברה הישראלית שאיננה רוצה שתהליך החקיקה של חוקי יסוד או של חוקה יתקדם אפילו בנושאים שאין עליהם שום מחלוקת, למשל חוק זכויות חברתיות. אני מוכן להציג לכולם טקסט של חוק זכויות אזרחיות שכמעט אין אדם בכנסת שמתנגד לו. למה הוא לא עובר?

אני חושב שאחד האסונות שקורים לנו הוא שבית המשפט העליון ושופטיו הפכו ליעד נוח לנהל את הוויכוח הזה, כי חלק מהציבור שלא 'מסתדר אצלו' להגיד שהוא נגד חוקה, מנהל את הוויכוח בכיוון בית המשפט העליון, במקום לנהל אותו על הנושא עצמו.

אינני חושב שאפשר לחוקק חוקה בכוח, אבל אני חושב שאפשר לחוקק חוקים ברוב, ואני עושה הבחנה בין חוקים שיחד אולי יהיו הבסיס לחוקה בעתיד. מה פירוש 'חוקי יסוד ברוב'? שהם לא גומרים את כל המחלוקות, שהם משאירים מרווח גדול דיו למחלוקות הקיימות בתוך חברה ישראלית פלורליסטית, אבל הם בכל זאת קובעים כללי משחק, כי אחרת הכול פרוץ. זה לא מתרחש היום, לא מפני שאין לזה רוב בכנסת או בציבור, אלא כי יש כוח פוליטי שבגלל נימוק שקשור לחברון יכול למנוע זאת. זה בדיוק הסיפור, ולא שום דבר אחר. המפצל הפוליטי המרכזי הוא הוויכוח על השטחים, ובגלל הוויכוח על השטחים אי-אפשר להגיע לרוב בכנסת בחוק זכויות חברתיות. ההתנגדות של מי שהטילו את הווטו איננה לתוכנו של חוק זכויות חברתיות; זוהי דוגמה קלה, ויש דוגמאות יותר חמורות מחוק זכויות חברתיות. אחרי 53 שנים כבר היה מקום לכוון חוקה לישראל, חוקה שלמה ומלאה, להציג אותה ולעבור את התהליך החברתי והשיח הציבורי והחינוכי וכו'. אלא שזאת נראית לי היום יומרה בלתי אפשרית.

אם נלך במתכונת של חוקי יסוד בקטעים מסוימים, התועלת תהיה כפולה: נשבור את הווטו המוטל היום לא על חוקה אלא על עצם ההתקדמות בתהליך גם בנושאים מוסכמים; נקטין את החללים שבית המשפט נדרש או נגרר, לפעמים בניגוד לרצונו, להיכנס אליהם ושהופכים למוקד של ויכוח ציבורי.



● אילן שיף:

ראשית הערה עובדתית. דובר הרבה על כך שבשנים האחרונות בית המשפט העליון סובל מהפחתה באמון הציבור. אלא שבמשאלי דעת קהל יש שני מוסדות שזוכים במשך כל השנים לאמון הכי גבוה בציבור הישראלי, ואחד מהם הוא בית המשפט העליון. אינני מצוי בפרטי המשאלים הסטטיסטיים, אני אומר זאת כקורא עיתונים מן השורה.

אם נמצה את הדברים שנאמרו כאן ביומיים האחרונים, הבעיה האמתית היא האם הולכים לחוקה כאשר המכשול העיקרי בדרך הזו הוא טענתם של מגזרים מסוימים בציבור הישראלי שהתנאי לחוקה הוא בעצם בית משפט חוקתי. בית משפט כזה יהיה יותר ייצוגי ובבית המשפט הזה יש לאותם חוגים אמון רב יותר. מנגד יש מי שמצדדים בבית משפט עליון במתכונתו הנוכחית עם חוקה.

מנקודת ראותו של אדם ששואף מאוד לגישור בין הקטבים בחברה הישראלית ורואה בקיטובים האלה סכנה אסטרטגית אמתית, אני חושש לומר שאפילו במוסד המכובד מאוד הזה – המועצה הציבורית, מסתמן אי-קונסנזוס די סקטוריאלי. אני לא מדבר על רוב ומיעוט, אלא על כך שאפשר לנחש מה תהיה דעתו של מי, והרבה מאוד פעמים זה חופף סקטורים כאלה ואחרים. גם אם נגיע בסופו של דבר לחוקה תוך פשרה ועם בית משפט חוקתי, המחלוקות יימשכו. הן יימשכו משום שיהיו כאלה שיחשבו שבית משפט חוקתי הוא אסון לעומת אלה שיחשבו שזה הפתרון הראוי היחיד. יהיה ויכוח נורא בשאלת הייצוגיות בבית המשפט החוקתי הזה, ואיזה סוג של ייצוגיות, ולעולם לא נגיע לקונסנזוס בשאלה הקרדינלית הזאת. אם אכן לא נגיע לקונסנזוס בשאלה האם בית משפט חוקתי כן או לא, ומה הרכבו של בית המשפט החוקתי, ומי ימנה את הנציגים לבית המשפט החוקתי – אזי הרעה החולה שכביכול רוצים למנוע היום, ולדעתי היא איננה רעה חולה, תחזור על עצמה, כי לא יהיה אמון במוסד הזה. חלק מאלה שיחשבו שלא צריך להיות בית משפט חוקתי, לא ייתנו בו אמון, ואלה שיחשבו שההרכב שלו צריך להיות כזה ולא כזה, יהיה להם חשש תמידי מפסיקותיו של בית המשפט הזה, וחוזר חלילה. אם זה המצב, אנחנו חייבים לשאול את עצמנו, כפי שכבר נאמר פה, האם "הצר שווה בנזק המלך".

נושא הייצוגיות הוא בעיה בפני עצמה, בעיה מאוד לא פשוטה לפחות לגבי אלו שחושבים שבית משפט עליון או בית משפט חוקתי אסור שפניו יהיו כפני הדור. הייצוגיות תעלה על המדוכה שאלות אחרות, שרק יחריפו את

הקיטוב: למשל, האם חייבים בייצוגיות גם בבית דין רבני? ודאי יש חילונים שהם מומחים עולמיים בהלכה ובמשפט העברי. האם מקומם בבית המשפט הרבני? או נשים, או רפורמים, או קונסרבטיבים? במילים אחרות, האם המגמה שאנחנו הולכים בה, עוזרת לגישור הפערים או שהיא יוצרת קיטובים נוספים?

● **דן מרידור:** אני חושב שנחוצה לנו חוקה. כבר ב-1992, כשהעברנו את חוקי היסוד, חשבתי שהזמן אוזל, שהשינויים המתהווים מסוכנים מאוד. היום אני חושב שחוקה נחוצה לנו עוד יותר.

אומרים שהשתנו דברים, ולפי דעתי שני דברים השתנו ודבר אחד לא השתנה. בית המשפט לא השתנה, אלא הוא קצת פחות אקטיבי. לשמחתי בית המשפט בשנות ה-50 וה-60 לא שעה לדברים שנשמעים היום שלא צריך להיכנס למחלוקות; אחרת לא היה לנו פסק דין בזיראנו ב-49' על חופש העיסוק. ברנזון לא שעה לטענות וקבע שתהיה טלוויזיה בשבת, ולנדאו לא שעה בעניין אלון-מורה, ובעניין אלדד לא שעו וקבעו שהוא יכול ללמד למרות שבן-גוריון רצה לזרוק אותו מבית הספר, וכך גם אגרנט בעניין 'קול העם'.

הטענה שבית המשפט השתנה איננה נכונה. השתנו הפוליטיקאים. השתנתה מערכת הערכים המחייבת לכאורה בחברה. היום יש התפרקות. מישהו היה מעלה על דעתו שמנחם בגין יאמר 'בית המשפט השמאלני', בגלל בגיץ' אלון-מורה? הוא אמר שיש לכבד, כמובן, את פסק הדין למרות שהוא מאוד לא אהב אותו. ישאל לא בית המשפט העליון, אלא ישאלו הפוליטיקאים את עצמם איך הגיעו למצב שבו הם מיידים אבנים בדברים שהוריהם והוריהם האידאולוגיים לא היו מעזים. השינוי הוא רק שם. בית המשפט חושש יותר היום לפסוק מה שעליו לפסוק, כי הוא נכנס לפעמים לדינמיקה של 'איפה עשיתי טעות'. אמרנו קודם שהוויכוח האמתי איננו פה. בדיון הזה יש דברים מעניינים תאורטית, אבל הוויכוח האמתי הוא על בית המשפט בהיבט המינהלי, בביקורת שלו, בהחלטות שלו שכמעט כולן אינו נוגעות לביקורת שיפוטית על חוקים. את זה רוצים לחסל או בזה רוצים לפגוע. תסלחו לי על הביטוי הקצת דרמטי, אבל אנחנו במלחמה על מקומו של בית המשפט ועל מהותו בגלל מערכת הערכים שהוא מייצג. רוצים לשנות את מערכת הערכים של המדינה. הציבור שרוצה לשנות נלחם. מי שרוצה להגן, רגיל שלא צריך להגן כי זה מסתדר; אלא שהפעם זה לא מסתדר.



הרעיון שתהיה חוקה, אבל היא לא תהיה מחייבת מבחינה משפטית, שבחוקה יהיו כתובים דברים יפים ושהחוקים יעשו את ההפך – איננו רעיון טוב. גם אין שום סיכוי בעולם שאלה שדורשים שינוי יסכימו לבית משפט ייצוגי. הם לא רוצים ייצוגיות, זוהי טענת שווא. תציע להם בית משפט שייוצג בדיוק לפי הכנסת: 12 שופטים, כל 10 חברי כנסת יבחרו שופט. הבעיה היא שבבית משפט זה, הרוב לא יהיה לאלה המתנגדים לערכיו כיום. ולכן לא יסכימו לזה.

המאבק הוא באמת מאבק על ערכים, וצריך להיזהר מלפגוע במערכת המשפט. כל מי שיושבים כאן יודעים שמכל מערכות השלטון שבנינו ב-53 שנים – המערכת המשפטית היא זו שזכתה ביוקרה הרבה ביותר בציבור. גם אם יש פגיעה באמון בבית המשפט, כמעט כולה תוצאה של התקפות מרושעות עליו, חלקן חסרות כל בסיס. אבל קיימת גם ביקורת לגיטימית. גם לי יש ביקורת על לא מעט פסקי דין, אבל בעיקר על מיעוט ההתערבות.

אם בית המשפט איבד את אמון הציבור, אז מה הטעם להכניס פוליטיקאים שהאמון בהם הוא בשפל המדרגה? האמון יהיה אז יותר גבוה? לכן אני מציע שנוכח מהו בעצם המאבק, והמאבק בבית המשפט הוא בגלל מערכת הערכים שלו, מערכת ערכים ליברלית שפעם הייתה מוסכמת על כולם. היום אומרים אחרת, רוצים מדינה אחרת, ונגד זה צריך להילחם.

● **אלכס לובוצקי:** אקדים ואומר שאני בעד חוקה למדינת ישראל ושאני חושב שהחוקה צריכה להיות בהחלט חזקה ומקיפה. אני גם חושב שהמוסד שראוי לבצע את הביקורת השיפוטית הוא בית המשפט העליון, ולא נראה לי שיש טעם בהקמת בית המשפט לחוקה.

אחרי שאמרתי מה שאמרתי, אני רוצה לצלצל בפעמוני אזהרה ובמידה מסוימת גם לייצג את אלה שנמצאים עכשיו בהלווייתו של הרב שך, אבל אני רוצה לייצג גם את עצמי. תרשו לי כאן הערה אישית. בקריירה הציבורית הקצרה שלי עמדת תמיד לימין בית המשפט העליון, והרגשתי שזוהי המחויבות שלי דווקא בגלל הציבור שממנו אני בא, כי הציבור הזה 'התנדנד' ביחסו לדברים הללו. בשנתיים האחרונות חל שינוי גם אצלי. אני הולך ומאבד אמון בבית המשפט במספר נושאים, ומי שמתעלם מהבעיה הזאת, חוטא. יש לנו בעיה, והבעיה הזאת היא חשש גדול. כששואל יהלום אומר שרימו אותם, אני מבין אותו, בגלל שכאשר חוקק חוק יסוד: חופש

העיסוק, נאמר במפורש בפרוטוקולים של הכנסת שלא תהיה לזה נגיעה לנושאי דת ומדינה, והנה בית המשפט מצא מקום להתגדר בו בנושא הבשר הלא-כשר.

אני שומע על פסק משונה ביותר של בית הדין לעבודה, שלפיו אגודה שיתופית אין לה דת, ולכן אפשר להתיר פתיחת קניון של קיבוץ בשבת, כאשר חוקי מדינת ישראל אוסרים פתיחת קניונים בשבת. אני גם יודע מה התהליכים שמנעו או שערכו הגשת ערעור בנושא הזה, ובינינו זוהי שערורייה. אבל מה שהיה פרשת המים מבחינתי הוא 'בג"ץ מצפה כרמים', כאשר קבוצת יהודים דתיים ביקשה מבית המשפט שתכנית לא תשודר בשבת ובית המשפט סירב להגן עליה. מאוד כיבדתי את השופטת דורנר שדווקא קיבלה את טענתם והייתה בדעת מיעוט, אבל גם קשה היה לי לקרוא את נימוקי השופטת דורנר ולראות שכל השיח הוא שיח בין זכויות הפרט לבין אינטרס הציבור בשידור הציבורי. ושבת, מה יהא עליה? השיח הזה היה מתאים לבית המשפט בקונטיקט, אבל לא במדינת ישראל, שקמה בראש ובראשונה כדי שיהודי יוכל לחיות כיהודי ולשמור שבת כאוות נפשו. שאם לא כן, בשביל מה יש מדינה ליהודים?

אני אדם רציונלי, ואני מבין שבית המשפט לחוקה לא ייתן סעד לבעיות שמטרידות אותי. דווקא בפורום שאנחנו יושבים בו היום, הייתי מצפה לשמוע רעיונות איך אפשר ליצור מודעות ורגישות בבית המשפט העליון לציבור הזה. נדמה לי שרגישות לציבור הזה ורגישות לערכיו ולצרכיו הייתה פותרת בעיות רבות.

● **אביעזר רביצקי:** אני רוצה להרהר הרהור אפיקורסי לגבי הנחת יסוד שעומדת מעבר לכל הדיונים המרתקים שנערכו כאן.

אנחנו במשבר של תרבות בשאלת גבולות הזהות שלנו, בשאלת הלכידות החברתית, ויש איזו נטייה לחשוב כי הפתרון יהיה פתרון משפטי או פתרון חוקתי. אני סבור שלא חוקה ולא בית משפט לחוקה יפתרו היעדר של הסכמה חברתית.

ניקח את סוגיית אי-ההסכמה החברתית בשאלת דת ומדינה. כל אחת משתי האפשרויות שהוצעו כאן עושה פלסתר את העניין. אפשרות אחת שהוצגה היא לבוא ולומר 'שוויון למעט דת ומדינה'. אמרתי קודם שבעיני זה בדיוק כמו 'חירות למעט המיעוטים' או 'כבוד האדם למעט נשים'. בא בני נויברגר ומציע אפשרות שנייה, פתרון הפוך שגם הוא נראה לי מעט מוזר (ייתכן שאף רות גביון תומכת בו). הוא אומר: אנחנו מראש

מסכימים לחוקק חוקה שאנחנו מסכימים בינינו לחוקק חוקים נגדה, אבל לבית המשפט לא יהיה הכוח להפר את החוקים האלה. זה יותר מאשר "הלכה ואין מורים כן". אנחנו מחוקקים חוקה שאנחנו מצהירים שאף אחד לא מתכוון אליה ברצינות, כי בו-בזמן אנחנו מודיעים שנחוקק חוקים נגדה. זה ממחיש את שתי הקרניים של הדילמה: את העובדה שלנסות עכשיו לחוקק חוקה, להקים בית משפט לחוקה, כלומר לנסות ולפתור את היעדר ההסכמה התרבותית הניכר בשאלות יסוד על-ידי אמצעי משפטי – זה פתרון לא ראוי.

לעומת זאת, קיימת האופציה לנסות להגיע לאמנות חברתיות. אני מעדיף זאת, כי כשאומרים 'אמנה חברתית' אני מיד יודע שמדובר ב-20 שנה, 25 שנה, ושמחר יבואו הבן של גביון והנכד של מדין ויציעו דבר אחר. לעומת זאת, כשאומרים 'חוקה', מיד יש תחושה שמדברים על הנצח, שמדברים על דורות, ואז לא רק שמקרים הסכמה, אלא מרחיקים הסכמה, כי מיד כולנו מקשיחים עמדות, וזה ניכר גם בדיון הזה.

הערה נוספת היא בגדר הרהור פילוסופי. אניני מבין מהו מקור התוקף של חוקה שאינה ניתנת לשינוי רגיל ברצון 51% מהעם. כלומר, מי נותן בעצם תוקף לכנסת א' לחייב משהו את כנסת ב' שלא תוכל לשנותו ברוב של 51%? אני מבין שאלוהים יכול לחוקק חוקים שאינם משתנים או שקשה לשנותם ברוב דמוקרטי רגיל, אבל שכנסת מסוימת לוקחת לעצמה את התוקף לחוקק חוקים שכנסת אחרת לא תוכל לחוקק בחוק רגיל?

הערה אחרונה באה לתמוך בציפי ליבני כלפי יורם ארידור. יורם ארידור רוצה לחזק את הביקורת השיפוטית על הכנסת ובעצם מזהה את הכנסת עם המלך או עם השלטון. הראיה, כשהדגשת "דינא **דמלכותא** דינא" ולא "דינא **דמלכא**", זיהית זאת עם השלטון. אבל אני הבנתי שהכנסת אמורה להיות נציגו של העם ולא נציגו של השלטון. כשאומרים "דינא דמלכותא דינא" ולא "דמלכא", מתכוונים שמלך עריך עלול לעשות דברים שרירותיים, חקיקות נגד רצון העם; אבל לא כך אם תופסים את הכנסת כמייצגת את העם. גם לי יש תחושה שהיא שלוחת רסן לעתים, אבל מה אעשה שהעם בחר אותה? לפי דעתי היא גם שגתה קשות כשבחרה את הממשלה הזאת. אז מה? זה מה שהעם בחר. הכנסת מייצגת את העם ולא את השלטון.

● **יצחק זמיר:** אני מסכים שלמערכת השפיטה יש בעיה עם אמון הציבור. עם זאת אני מציע שלא נגזים, שלא נהיה במצב

של חרדה כאילו אנחנו עומדים בפני אסון צפוי של אבדן האמון. זאת, משום שמערכת השפיטה בישראל, ובראש ובראשונה בית המשפט העליון, זוכים לאמון ציבורי גדול יותר מכל מערכת אחרת בישראל, וגדול יותר מאשר כל בית משפט עליון בעולם.

עם זאת, יש בעיה וצריך להתמודד אתה, וצריך להודות למכון לדמוקרטיה שקיבל על עצמו לטפל בבעיה. אלא שהטיפול של המכון לדמוקרטיה עלול להביא יותר נזק מתועלת. מן הרצון הטוב של המכון לדמוקרטיה עלולים לצמוח פתרונות שיהיו גרועים יותר מן המצב הקיים, ואחזור לזה בשלב מאוחר יותר.

מכל מקום, הבעיה כפי שהוצגה בפנינו היום היא הבעיה של בית המשפט העליון כנגד הציבור הדתי. זוהי בעיה חלקית, משום שקיימים גם ציבורים אחרים שנפגעים. היום זה ציבור הקיבוצים והמושבים, ובאופן מתמיד זהו הציבור הערבי, וצריך להיות מודעים לזה שפתרון לציבור אחד מחייב פתרון דומה לציבור אחר. אם נשנה את הרכב הוועדה לבחירת שופטים, נהפוך אותה ליותר ייצוגית. הייצוגיות הזאת חלה לא רק על הציבור הדתי, אלא על ציבור שיש לו עמדה שונה, עמדה סותרת – הציבור הערבי, הציבור הרוסי וציבורים אחרים. צריכים לזכור זאת ולראות סוף מעשה במחשבה תחילה.

במה שנוגע לציבור הדתי – בעיית הציבור הדתי איננה בעיה חדשה, משום שעיקר הפסיקה של בית המשפט שפוגעת בציבור הדתי ניתנה בשנות ה-50, ה-60 וה-70 – טלוויזיה בשבת, תחנות דלק בשבת, הכרה בנישואין אזרחיים שהתבצעו בחו"ל, שאלת 'מיהו יהודי' ועוד ועוד. שום דבר לא השתנה. בית המשפט לא נעשה אקטיבי יותר, תוקפני יותר. אולי הוא נעשה זהיר יותר, כפי שדן מרידור אומר.

מה השתנה? השתנתה התגובה של הציבור הדתי שמובלת על-ידי המנהיגות של הציבור הדתי. היא נעשתה תוקפנית יותר, היא נעשתה אלימה יותר. השאלה למה זה השתנה היא עניינם של סוציולוגים ופסיכולוגים. אני חושב שהמכון לדמוקרטיה צריך לשאול את עצמו לא רק מה לא בסדר עם מערכת השפיטה ואיך לשנות את מערכת השפיטה, אלא גם מה השתנה בציבור הדתי.

כך או אחרת, הייתי רוצה להציג את הבעיה גם מהצד של הציבור הדתי. הבעיה איננה נוגעת לבית המשפט לחוקה; התפקוד של בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה לא יצר שום בעיה. אומרים שהבעיה היא

בג"ץ. נכון ולא נכון. נכון שפסקי הדין מקוממים לא פעם את הציבור הדתי, והובאו כאן לא מעט דוגמאות, אבל האמת היא שזו לאו דווקא בעיה עם בג"ץ. ראשית משום שזו איננה דווקא פסיקה של בג"ץ. תחנות דלק בשבת זה לא בג"ץ. חלק גדול מאוד מפסקי הדין זה לא בג"ץ, אלא שופטים של בית משפט השלום, של בית הדין לעבודה ושל בתי משפט אחרים. בתי הקולנוע בשבת בירושלים, לדוגמה – זה בית משפט לעניינים מקומיים בהליך פלילי.

כמו כן, זו לא בעיה עם בג"ץ, משום שבג"ץ היום, על-פי חוק של הכנסת, מתפרק מסמכויותיו ביזמתו-הוא ומעביר אותן לבית המשפט המחוזי, כשהכוונה היא בסופו של דבר להעביר אותן לבית משפט שלום. שינוי ההרכב של בג"ץ לא ישנה כלום, כי מדובר גם בבית דין לעבודה, בבית משפט לעניינים מקומיים ובבתי משפט אחרים.

אז מה אם כן הבעיה? הבעיה היא התנגשות של מערכות ערכים בקרב הציבור. הציבור החילוני חי על-פי מערכת אחת – חוקי המדינה שמייצגים השקפת עולם דמוקרטית-ליברלית, והמערכת הזו מתנגשת מפעם לפעם בהכרח עם מערכת אחרת של דינים ומסורת של הציבור הדתי. עם זה צריך להתמודד.

כל ההצעות שהוצעו כאן – בלי ביקורת שיפוטית כלל, או עם ביקורת מקדמית – אינן מתמודדות עם הבעיה. גם אם נקבל אותן, נרמה את עצמנו וגם את הציבור שאליו זה מתייחס. מהר מאוד יתברר ששום דבר לא נפתר. ההתנגשות קיימת, המתח קיים, ורק תגבר האכזבה, והבעיה תשוב ותעלה על שולחננו בעוד זמן קצר.

מה ניתן לעשות? ראשית, לדון בשאלה אם יש מקום לשינוי ושיפור הביקורת השיפוטית על-ידי בית המשפט העליון. כל הזמן קמות ועדות שבודקות את מערכת השפיטה, ואני חושב שיש מקום לגוף שיבדוק את הביקורת השיפוטית. זה לא נכון שאין מצד המערכת המשפטית שום נכונות לויתור או לשינוי.

שנית, הביקורת של הציבור הדתי מבוססת על הצגת-מצב לא נכונה, על תדמית מוטעית לגבי עובדות ופסיקות של בית המשפט העליון. לכן צריך למצוא את הדרך, וזה קשה מאוד, להגיע אל הציבור כולו, ומכאן גם לציבור הדתי, ולהסביר לו שבית המשפט פוסק גם לטובת הציבור הדתי, אבל הציבור הדתי לא יודע זאת. אני חושב שזה תפקידו של המכון לדמוקרטיה – לנסות ולהסביר מה קיים היום ולא להשאיר את התדמית

המוטעית כפי שהיא, כאילו זה אכן המצב, וכאילו הפתרון הוא לשנות את בית המשפט העליון.

אין בית משפט בעולם, כולל בתי משפט לחוקה, ובהם גם בתי משפט פוליטיים, שלא מוציא החלטות שנויות במחלוקת. בית משפט לחוקה שמשמש דוגמה בעולם הוא בית המשפט לחוקה בגרמניה, שמורכב על-ידי גופים פוליטיים, והוא חשוף לביקורת לא פחותה מזו של בית המשפט העליון שלנו, משום שהוא קיבל החלטות בענייני דת ומדינה שקוממו את הציבור הקתולי שם.

● **אריק כרמון:** אני מודה לך מאוד על הדברים. היה חשוב מאוד להעמיד את הדעה הזאת, שאיננה דעתך בלבד, במוקד הדיונים שלנו, ואת ההצעות המעשיות ניקח בהחלט בחשבון.

● **אשר מעוז:** אני אתייחס טלגרפית לדגמים השונים. ראשית, היעדר ביקורת שיפוטית – רות גבזון הביאה בתור דוגמה שבאוסטרליה לא קיבלו מגילת זכויות אדם כי פחדו מביקורת שיפוטית. אני לימדתי אז בפקולטה למשפטים שבה לימדה פרופ' נעמי קמבל, שהייתה חברה בוועדת הרפורמה. את טועה רות. לא קיבלו את מגילת זכויות האדם בגלל התפיסה של אבי רביצקי שאומרת שלא תיתכן דיקטטורה, אי-אפשר לכבול את ידי הרוב. הרוב מותר לו לעשות מה שהוא רוצה, ולא הייתה בעיה של ביקורת שיפוטית. הרי אוסטרליה היא מדינה אנגלו-סכסית. היעדר ביקורת שיפוטית תיתן לנו חוקה יפה יותר. כאן אני מסכים עם אבי רביצקי. אם כך, כנראה לחוקה יש ערך חינוכי ולכן כדאי לנו. חוקה שמחנכת לצביעות, היא חוקה אנטי-חינוכית. אני לא רוצה חוקה כזאת, אני לא רוצה חוקה סובייטית יפהיפה כמו שהייתה בברית-המועצות.

הדגם האנגלי שהביא פרופ' סגל, נוגע להצהרה של אי-תאימות. כבר נאמר שאנחנו לא אנגליה, ואולי את הדוגמה הכי טובה הביא שאול יהלום. בית המשפט העליון הודיע כבר לפני שבע שנים שבנושא 'מיהו יהודי' ההסדר המשפטי איננו נכון, לא רק איננו חוקי ואיננו חוקתי, ולכנסת לא אצה הדרך לתקן. אבל מעבר לכך, גם המצב באנגליה הוא לא כזה שתואר כאן. זאת, מכיוון שבמידה רבה, בית המשפט האנגלי מקיים את הביקורת המקדמית של בית המשפט האירופי, שפסיקתו היא שמחייבת בסיכומו של דבר, אלא אם אנגליה תחליט לפרוש מן הקהיליה האירופית. לכן לא נכון שבאנגליה היום אין ביקורת שפוסלת חוקים הלכה למעשה.



לגבי הביקורת המקדמית – אני מסכים שאם אפשר לשפר את תהליך החקיקה, צריך לשפר אותו, אבל לא באמצעות מועצה. עם כל הכבוד, לא הבנתי איך קיומה של מועצה מייעצת לא יפגע בבית המשפט העליון. ראנטר אמר שאם המועצה הזו תאמר שחוק מסוים איננו חוקתי, יהיה קל יותר לבית המשפט העליון לפסול אותו, ובנשימה אחת הוא אמר לי שהעובדה שהמועצה תביע את דעתה שהחוק הוא חוקתי, לא תפגע ביכולת ובלגיטימציה של בית המשפט העליון לפסול את החוק. את ההיגיון הזה לא הבנתי, ואני גם רואה בזה הכנסת לגל חמישי לעגלה, מעבר לשאלה העקרונית לגבי הנכונות של ביקורת מקדמית או של ביקורת מאוחרת.

בית משפט לחוקה – כל מי שיושב כאן, חזקה עלי שהוא בא מטעמים עקרוניים נכונים. עם זאת, מה שמדאיג אותי הוא שרוב תומכי בית המשפט לחוקה הם אלה שמתנגדים לקבלת חוקה. איך זה מתיישב, אני לא יודע. אני חושב שכאן, ואשתמש במילה של שאול יהלום, הם מרמים.

עוד מילה אחת לגבי בית המשפט העליון שלנו. אני חושב שבית המשפט צריך 'לעשות חושבים' ואני חושב שהוא 'עושה חושבים'. דן מרידור צודק במידה רבה; בית המשפט העליון היום הוא אולי יותר נוח. אשר להרכב אישי, אם חושבים על שופטים שישבו בשנות ה-50 וה-60 מבחינת הגישה לדת – אין היום שופטים כמו ברנזון וזוסמן.

מה שמטריד אותי לגבי בית המשפט העליון הוא שני דברים: האחד, שהוא סבור שאם מוסדות שלטון אחרים כושלים, עליו להיכנס במקומם. הוא לא צריך להיכנס במקומם, גם לא במקום הכנסת אם היא לא פועלת טוב. השני, במידה רבה, בית המשפט העליון יותר נובח מאשר נושך; הנביחות נשמעות, אבל לא שמים לב שבעצם אין נשיכה, ובעיקר לא בנושאי דת ומדינה, למעט חריגים. בית המשפט העליון דווקא ממעט להתערב, ואולי דווקא השופט ברק מצטיין בזה.

● **מיכאל קרייני:** אני יושב כאן על כמה תקנים, וכמי שאמור לייצג את המיעוטים, אני מבקש לנהוג בי מידה של זכות ולא של חסד בעניין רשות הדיבור ומשך הדיבור.

בחברה דמוקרטית, אין דבר שיגן עלי יותר כבן מיעוטים מאשר ביקורת שיפוטית חזקה של בית משפט עליון. אנחנו גם נתונים במציאות פוליטית מאוד קשה. הכנסת לא ממש עוזרת לי בעניין הזכויות האזרחיות שלי,

ואתמול הופתעתי לשמוע שאפילו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שיש בו קצה של מגמה לתת לי זכויות אדם, היה מחטף לילי. אותי זה קצת העליב.

● **דן מרידור:** לא נכון. בשנת 93' או 94', בזכות ש"ס שעניינה ידוע, ויצחק רבין שגם עליו קשה להגיד שאמר הרבה דברים לטובת מערכת המשפט, החוק עבר ב-80 או 78 קולות. כבר ידעו שיש ביקורת שיפוטית, ולכן העבירו אותו. אחרי הדיון הראשוני ב-92', שגם הוא בא אחרי ויכוח ציבורי, פרסום הצעות ודיונים, כולם חתמו עליו – רביץ ידידי ועוזרן ויצחק לוי. כולם כל כך טיפשים? אני לא מקבל את הקביעה של שאול יהלום לגבי תמימותם.

● **מיכאל קרייני:** אני חש קצת לא נוח עם ההצעה של רות גביון שלא תהיה ביקורת שיפוטית. כפי שהתחלתי לומר, הכנסת לא ממש עוזרת לי, הרשות המבצעת גם היא לא עוזרת לי, והדברים אינם סוד. מוסד שאני לא חש אליו ניכור, אלא דווקא רצון לפנות אליו כל אימת שאני טוען לעוול, מוסד אחד ויחיד, הוא בית המשפט העליון. לכן מתוך עמדה אינטרסנטית שלי כמיעוט, אני רוצה שבית המשפט העליון יהיה חזק.

מתמיה מאוד שדווקא קבוצות דתיות כאן במדינה, שהן בסופו של דבר קבוצות של מיעוט, הן המתנגדות החריפות ביותר למוסד הזה של הביקורת השיפוטית.

אני מסכים שהוויכוח הוא ערכי, כלומר מהי הנורמה שאנחנו מעמידים כנורמה עליונה, שמכוחה אנחנו פוסלים את החוק, שלאורה אנחנו בוחנים.

אמרתי לחבר הכנסת יהלום אתמול: בוא נניח שתי הנחות – המשפט העברי הוא נורמה עליונה במדינה, הוא שמופיע כנורמה עליונה בחוקה; השופט מנחם אילון יהיה נשיא בית המשפט העליון. חבר הכנסת יהלום הרגיש מאוד בנוח. הוויכוח אם כן הוא לא בנושא הביקורת השיפוטית, אלא מה מציבים כנורמה עליונה שמכוחה אנחנו פוסלים דברים. זה הוויכוח האמיתי. הביקורת השיפוטית היא מכניזם מאוד מאוד מובנה בכל שיטת משפט; פסלנו תקנות כי הן התנגשו עם חוקים. כך נוהגים בכל מקום בעולם.

עוד דבר חשוב שאינו בולט בדיון שלנו, הוא שחל שינוי בשיטת הבחירות, שלדעתי מחליש את המיעוט. אם היום אני רוצה להשפיע על השלטון, איך



אני עושה זאת? אני חייב להצביע לאחת המפלגות הגדולות. לא אוכל לעשות מה שעשיתי בעבר. אני יכול להצביע לראש ממשלה ועל-ידי כך לשנות, אבל זה מחליש את מעמדי כי אני מקנה יותר כוח לרוב. המיעוט הוא שייחלש. אני זקוק להגנה כי אני מפחד מכוח הרוב.

באשר למינוי שופטים לבית המשפט העליון – מאז ומתמיד הייתה פוליטיקה במינויים הללו מבחינה זו שהיו כיסאות בבית המשפט העליון שהוקצו למגזרים מסוימים: השופט אסף, השופט זילברג, השופט קיסטר, השופט שרשבסקי, השופט אלון, השופט אנגלרד. גם כיסא מזרחי. אני קצת מתפלא על האמירה כאילו הכול שם מאוד אובייקטיבי, הכול מנותק משיקולים פוליטיים; המגמה הפוליטית הייתה מובנית וקיימת, אם כי לא חריפה.

מי הגן עלי כאן מפני עינויים? מי הגן עלי מפני משוא פנים של רשויות? הכנסת? הציבור הערבי הרי אמר מה שאמר בכך שהוא לא השתתף בבחירות האחרונות. הרשות המבצעת מגנה עלי? מי דואג שם לעניינים שלי? כמיעוט, אין לי במדינה אלא בית המשפט העליון. ארגון 'עדאללה' לא קם סתם, אלא מפני שהיה ברור כי יש הרבה מה לפעול במישור הזה. לדעתי לא נעשה די, אבל זה בכל זאת הערוץ היחיד המזומן לי כבן מיעוטים במשטר הדמוקרטי במדינת ישראל, שדרכו אני יכול להשפיע ולשנות.

מתוך עמדה אינטרסנטית, חשוב לי מאוד שבית המשפט העליון יהיה אכן חזק; כבן מיעוטים, כל עמדה אחרת שאציג היא צבועה.

● **שלמה גוברמן:** ביקורת שיפוטית מתחייבת מעצם קיומן של נורמות גבוהות שיתר החוקים חייבים להיות כפופים להן. זה נפסק בפסק דין בנק המזרחי, כך שביקורת שיפוטית היא חלק מההווה המשפטית שלנו. אבל עד כמה שידיעתי משגת, בתהליך החקיקה בכנסת אין הסדר מניח את הדעת כאשר עולה טענה שחוק או הוראה בחוק, בהצעת חוק, נוגדים חוק יסוד.

נתנסיתי בכך כשמכוח תפקידי כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה הופעתי בוועדת החוקה בעניין חוק המתווכים לנכסי דלא-ניידי. חיויתי את דעתי שהחוק הזה הוא בלתי חוקתי משום שהוא יגביל את חופש העיסוק. כיוצא בזה טענתי לגבי חוק העובדים הסוציאליים, והרשימה די ארוכה. אבל לא היה שום מנגנון מוסדי לטיפול בטענות מהסוג הזה. לא די היה

בהיותי נציג של היועץ המשפטי לממשלה כדי לגרום לבדיקת הטענה שלי, והחוקים נחקקו. נדמה לי שההצעה של קרמניצר-כרמון לכונן מועצה מייעצת על-פי חוק, לא תפתור את הבעיה. אין פתרונות של ז'בנג וגמרנו. אם תהיה ועדה ברמה איכותית שתוכל לייעץ בשאלות של חוקתיות בתהליך החקיקה או לפני החקיקה, תרומתה עשויה להיות מאוד חשובה. גם במשרד המשפטים עסוקים בעשייה היום-יומית של הכנסת בתחום החקיקה ומנסים לחוקק מהר ככל האפשר, אבל נחוץ מוסד ביניים שיסייע לכנסת לברור את החוקים ולחוות דעה. גוף כזה רק יסייע בבוא העת לבית המשפט העליון לקבוע את דעתו.

יש דופי רב, לדעתי, אם שאלה מגיעה לבית המשפט העליון שנים רבות אחרי חקיקת חוק, ובית המשפט העליון נדרש רק אז להכריע האם אותו חוק הוא חוקתי.

● **זאב סגל:** אני יודע שלא יהיה זמן להתייחס למחות, ולכן אני רוצה להעלות עניין שהוא מעין-פרוצדורלי.

אני מבקש לחדד שאלה לידידי מרדכי קרמניצר. קראתי את המסמך של אלטשולר ושלך ושל כרמון. בקטע הכי חשוב שנוגע לביקורת המקדמית, לא ברור האם היא ייחודית או לא-ייחודית, האם היא תשאיר תפקיד לבית המשפט העליון או לא. לי יש הרגשה שהמסמך נוטה יותר לכך שהביקורת המקדמית תבוא במקום הביקורת של בג"ץ.

● **יורם ארידור:** בעמוד 27 של המסמך מוצע למנוע בחוק אפשרות של החלת ביקורת שיפוטית בג"צית על המועצה. זאת אומרת, המועצה היא הגורם האחרון בעניינים חוקתיים.

● **זאב סגל:** כך או אחרת, לשאלת-השאלות הזאת מוקדש פחות מעמוד. היא נשארה פתוחה והיא שאלת-השאלות. אם זה לא נוגע בבג"ץ – יופי. אם זה בא במקום ביקורת בג"ץ, יהיה לנו משהו דומה למלחמת גוג ומגוג.

המצב היום לא מקובל עלי מבחינה זו שלא משלימים את החוקה. מקובל עלי שבית המשפט העליון עושה ביקורת חוקתית, לא מקובל עלי שהוא פסיבי מדי. אינני זקוק לבית משפט לחוקה, ואינני זקוק לדגם האנגלי. המחשבה שלי על הדגם האנגלי נובעת מכך שיש אפשרות שיפתאום היום פתאום עכשיו יהיה לנו בית משפט לחוקה. מאחר שלא היה לי זמן, עוד לא הצגתי את הדגם בתנאי הארץ ותושביה.



שיהיה ברור, הייתי יכול לחיות בלי הדגם האנגלי. אלא שמוכרחים לשים לב מה קורה מסביב, ואם הדגם האנגלי יוכל להרגיע את המערכת, זו תהיה הצהרה, והצהרה מכובדת, ויהיו אנשים שיובילו אותה בתקשורת ובאקדמיה. ואם הכנסת תהיה חייבת לערוך דיון עמוק בהצהרה של בית המשפט, והכנסת תדון ותדון ותחשוב ותחליט שהיא לא רוצה את זה והיא רוצה להישאר בהחלטתה, זה לא סוף העולם, היא בכל זאת הכנסת.

● **פרנסס רדאי:** אני מבקשת לפתוח בחיזוק דבריו של מיכאל קרייני. גם אני חושבת שחיוני שתהיה ביקורת שיפוטית גם על חוקים, וחיוני שבית המשפט העליון לא יהיה מיני-כנסת, אלא בית משפט ראוי לשמו שפוסק על-פי זכויות האדם. זו התקווה למיעוטים בארץ. דרך אגב, זו גם התקווה לנשים בארץ. אנחנו לא מיעוט, אבל אנחנו הקבוצה היחידה שסובלת מאפליה על-פי דין בשיטה המשפטית הישראלית היום.

אני מצטרפת לדבריהם של דן מרידור ושל יצחק זמיר שהאקטיביזם של בית המשפט העליון הוא אקטיביזם מדומה. ההתנגדות לפסיקה של בית המשפט העליון היא בעצם התנגדות לפלורליזם השקפתי במדינת ישראל. בשנים האחרונות, פסקי הדין של בית המשפט העליון שעוררו את הזעם והתוקפנות נגדו, היו החלטות לטובת הרפורמים והקונסרבטיבים, כלומר יהודים לא אורתודוקסים, על זכותם להשתתף במועצה דתית, למשל. הפסיקה בעניין זכויות של הומוסקסואלים במקום העבודה, גם אם זה מצוין בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה של הכנסת – כלומר יישום החוק על-ידי בית המשפט העליון – עוררה את זעמם של חוגים דתיים. כך גם זכותן של נשים לחלק הוגן ברכוש המשפחתי בעת גירושין, גם בבתי דין רבניים, או הזכות של נשים להתפלל ליד הכותל בעזרת נשים עם טלית ותורה שלא בניגוד להלכה האורתודוקסית, אבל לא לפי הטעם של חלק מהאוכלוסייה האורתודוקסית היותר פנאטית שהיא גם האלמנט האלים.

מגילת זכויות האדם באה להגן על כל פלגי האוכלוסייה ולא רק על פלג אחד של האוכלוסייה, וההתנגדות לזכויות היא מצד מיעוט בעל כוח פוליטי. לכן הסכמה אין פירושה להסכים עם הרב מדן, אלא עם כל הפלגים של האוכלוסייה בישראל.

לכן צריך לבחון ברצינות את הרעיון של אריק כרמון ומרדכי קרמיניצר, כלומר מועצה מייעצת בכנסת. לא ייעוץ משפטי – ייעוץ משפטי, כדברי יצחק זמיר, כבר קיים בכנסת – אלא שיח ציבורי על זכויות האדם. צריך



להיות ברור מעל לכל ספק שגוף כזה לא בא במקום הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון, אלא כפורום לשיח רציני ברמה גבוהה יותר מהשיח הקיים בכנסת היום בנושא זכויות האדם במדינת ישראל.

● **ישראל הראל:** מאוד התרגשתי לשמוע את מיכאל קרייני שואל רטורית: מי יגן עלי, כמעט אין לי אף אחד מלבד העליון, זה הערוץ היחיד עבורי. תוך כדי ההתרגשות שאלתי את עצמי האם הרב קרליץ, שאיננו כאן עכשיו, ואולי אפילו שאול יהלום, היו אומרים אותם דברים. לצערי, המיעוטים הגדולים אינם יכולים להגיד אותו הדבר, וזו אולי הבעיה המרכזית של בית המשפט העליון.

לעצם הדיון. אני מציע לחברי הדתיים, במיוחד החרדים, ללכת היום על חוקה. מחר עלול להיות מאוחר, מחרתיים בוודאי מאוחר. כשאני אומר מאוחר, הכוונה היא שזה לרעת הציבור הדתי.

אני רוצה לספר לכם על קבוצה מאוד חשובה ב'מרכז רבין' שנקראת 'פורום אחריות לאומית'. כבר כחצי שנה היא יושבת על ניסוח הצהרה מהי מדינת ישראל. חלק מהמשתתפים ישבו שעות וימים כדי לשכנע חלק אחר בקבוצה שההתחלה תהיה הכרזה על כך שמדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. כדי שהקבוצה לא תתפרק, זה התקבל, אבל עכשיו, כשהגיעה העת לפרסם בציבור, חלק אינם מוכנים לחתום.

כלומר, ייתכן שהיום אפשר לקבל חוקה שהיסוד לה הוא שאנחנו מדינה יהודית ודמוקרטית, ועל סמך זה בית המשפט יקבע בעתיד פסיקות שתעלינה לפניו. מחר אני חושש שלא ניתן יהיה. אני רואיסט בקשר להרכב בית המשפט העליון, וגם בעתיד הוא יהיה דומה לאלה שבימרכו רבין, שאינם מוכנים לחתום היום על מדינה יהודית ודמוקרטית, ואלה הם יהודים טובים.

אני רוצה לומר לשופט זמיר מה השתנה בציבור הדתי: הציבור הדתי נעשה יותר ליברלי, אבל הוא נעשה גם יותר מודע ודואג למה שקורה במדינה. הוא לוקח יותר חלק בקביעת הזהות שלו, הוא חושש, על-פי הפסקים המסוימים שהיו, מה תהיה זהות המדינה. הוא גם נעשה יותר מודע לכוחו הסגולי ולאחריותו. אם שמת לב, בשנים האחרונות חלקו בקבלת אחריות ובביצועה בכל מיני תחומים בחיים הישראליים, הוא מעבר לפרפורציה שלו באוכלוסייה, משום שבמקבילית הכוחות, אלה שעשו זאת עד היום, כבר אינם נוטלים בזה חלק.



● **בנימין נויברגר:**

אני רוצה להזכיר שוב לכולנו שמהות הדמוקרטיה היא הגנה על זכויות האזרח וזכויות המיעוטים ולא שלטון הרוב. לכן מה שמיכאיל קרייני אמר הוא מאוד נכון. זאת אומרת, אם התחושה היא שבית המשפט העליון הוא המגן על הזכויות של המיעוט הערבי, אין ספק שאסור להחליש אותו. אני חושב שהזכויות האלה אולי יתחזקו אם תהיה חוקה.

בתשובה לדבריהם של ישראל הראל ושאול יהלום, אני רוצה להזכיר שיש א-סימטריה בין המיעוט החרדי והמיעוט הערבי. המיעוט הערבי נלחם על חירויות האזרח שלו, על חירויות היסוד שלו. המיעוט החרדי זועם על בית המשפט העליון לא בגלל שחירויות היסוד וחירויות הפרט שלו נפגעו; שום החלטה של בית משפט שאני מכיר לא פגעה בחירויות הפרט שלו. הוא כועס על כך שבית המשפט העליון לא אפשר לו לפגוע במיעוטים אחרים (כגון רפורמים וקונסרבטיבים; לא יהודים; הומוסקסואלים וכו').

● **אופיר פינס-פז:**

ביקשתי את זכות הדיבור משום שרצייתי להעביר מסר לחברים. אני מבקש מהחברים המכובדים שיושבים כאן לא להפקיר את אהרון ברק משום שהתחושה שלי היא שהכוונות הטובות של הדיון כאן עלולות להוליך לגיהנום, כי נבואות סופן שהן מגשימות את עצמן. אני רוצה להזכיר לכולם שיש הרבה משטרים ששינו את אופקים בתהליך דיפוזי בלתי מורגש; הם לא ביטלו את בית המשפט, אלא הפכו אותו לחלק מהשיטה החדשה. יש משפט באירן, בהרבה מאוד מדינות יש משפט שאיננו משפט צדק ולא משפט אמת, אבל יש בתי משפט ויש שופטים.

אני לא רוצה בית משפט עליון פשרן, אני לא רוצה בית משפט עליון שימתקפלי מול לחצים, אני לא רוצה בית משפט עליון שאפשר להלך עליו אימים. חלק מכושר העמידה של בית המשפט העליון הישראלי תלוי במה שהחדר הזה יעשה, לא כרגע אלא באופן כולל. מה שהחדר הזה שידר ביומיים האחרונים הוא שיש בעיה ושהבעיה נעוצה במידה מסוימת בבית המשפט העליון, ואני טוען ההפך. אני טוען שיש בעיה, אלא שבית המשפט העליון הפך להיות המכשיר של הוויכוח האמתי שקיים בחברה הישראלית על הכול, ויש ויכוח על הכול: האם נהיה מדינת הלכה, האם נהיה מדינה יהודית דמוקרטית או שנהיה 'מדינת כל אזרחיה'. יש ויכוח על הכול, וקל מאוד לנהל אותו יעל ראשוי של בית המשפט העליון ויעל ראשוי של העומד בראשו.

אנחנו הפרלמנט היחיד בעולם שהרוב בו הוא מיעוט ושהמיעוט בו הוא רוב, ואני לא מדבר על המיעוט הערבי. מי שקובע בכנסת ישראל הוא המיעוט הדתי. אנחנו לא קובעים, כי לנו חשובים המון דברים; כי כשיש קבוצות גדולות שחשובים להן המון דברים והוויכוח האם פרס ייפגש עם ערפאת או ילחץ לו יד במסדרון הוא הוויכוח האמיתי כביכול – והוא בכלל לא – ויש קבוצה של 10-20 איש שהוויכוח שלהם הוא זה, וברוב גיל ב-6 נגד 5 או ב-11 נגד 10 מעבירים כל חוק וליתר אומרים: תצאו מהאולם, זה לא חשוב.

אני חושב שלדברים האלה צריך להתייחס, צריך להבין אותם וצריך להפנים אותם.

אני מאוד אוהב את הרעיון של קרמניצר וכרמון. אני חושב שהוא נכון לגופו של עניין אם נדע לבצע אותו נכון, אבל בקונוטציות העכשוויות הרעיון מתקבל כמכשיר נוסף העלול לערער את מעמדו של בית המשפט העליון, והוא מצטרף, בניגוד לרצונם של ממציאיו, לשורה של רעיונות שנועדו לתלוש נוצות באופן שיטתי מזנבו המהודר של בית המשפט. תלישת נוצה ועוד נוצה הפכה לספורט לאומי, וכושר העמידה הולך וקטן.

● **קלוד קליין:** הקשבתי היטב לדבריו של אהרון ברק וגם התרשמתי מהעובדה שהוא בעצם איננו מכיר בכך שיש בעיה, ושלפי דעתו הכול בסדר. אני חושב שיש בעיה, גם אם היא פחות חמורה ממה שאומרים.

אשר. להצעות שנידונו בקבוצות:

הדגם של רות גבזון, ביטול כל ביקורת שיפוטית, הוא דגם אפשרי, אבל הרסני. הדגם של הביקורת המקדמית הוא כמובן דגם טוב, אבל מאחר שהוא לא בא במקום הביקורת השיפוטית, הוא לא פותר את הבעיה. בסך הכול אני מצדד בו, ואפשר לשלב אותו עם רעיון של 'בית שני', בית קטן כמובן, לא של 120 מושבים.

ההצעה של זאב סגל היא הצעה מאוד מעניינת, אבל קשה להאמין ששופטים בישראל ינהגו כמו שופטים באנגליה. זאת אומרת, הפרלמנט בישראל לא ינהג לפי מה שצפוי מהפרלמנט האנגלי כאשר תהיה הצהרה של incompatibility. לכן יש לי קצת ספקות לגבי הדגם הזה.

בתכנית של בית דין לחוקה, לפחות בגרסה שניסיתי להציג, יש אלמנטים שיכולים לתרום. בקבוצה שהשתתפתי בה, אמרתי שאני מעוניין במוסד



שהוא בית המשפט העליון במתכונתו הקיימת, אבל בשבתו כבית דין לחוקה. אם הוא יושב על ביטול חוקים, יתווספו לו מספר שופטים. התכנית הזאת היא מינימליסטית. זאת אומרת, היא לא תזעזע את כל המערכת. היא גם פחות נתפסת כאמירת לאו או כמתחת ביקורת קשה על בית המשפט העליון. התכנית המינימליסטית הזאת עשויה להיראות בעתיד אולי לא כטובה ביותר, אבל כפחות גרועה מכל תכנית אחרת שקבוצות שונות עלולות לרצות לכפות על המערכת.

● **מרדכי קרמניצר:** אני מבקש להקדים משפט על הפרויקט של המועצה הציבורית כפי שאני מבין אותו. אני מבין אותו כמאמץ אמיתי להגיע לחוקה בהסכמה מתוך שתי הנחות: האחת, שחוקה תשפר את מצבנו המשטרי; השנייה, שחוקה בהסכמה זו דרך נכונה יותר להגיע לחוקה מאשר חוקה שלא בהסכמה.

אלא שההסכמה נכונה לגבי התהליך, אבל היא אינה הולכת בהכרח עד סופו של ההליך ביחס להכרעות הפוליטיות האפשריות בסיומו של המהלך הזה. כלומר, ההסכמה היא דבר שצריך לשאוף אליו; צריך ללכת בתום לב ומתוך רצון להגיע למסמך שיהיה מוסכם, אבל אם בסופו של דבר נגיע למסמך טוב וראוי שתהיה לו תמיכה לא של 61 חברי כנסת, אלא של 70-75 חברי כנסת, ומיצינו את המהלך ההסכמתי – אז 'עשינו עבודה'. והעובדה שההסכמה אינה חובקת כול, לא צריכה למנוע את השלמת המהלך.

עניין שני – אני ער לכך שביקורת שיפוטית על חוקים אינה פותרת את כל הבעיות, אבל אני לא מקבל את הניתוח שכאילו עסקנו כאן בבעיה מדומה. אם נחזור לשאלה ששאל יורם ארידור, אני מציע לשאול האם 'אגודת ישראל' תתמוך בחוקה או בחוקי יסוד בהנחה שהביקורת השיפוטית על חוקים היא לפי המצב הקיים; והתשובה היא – לא. מצד שני, אולי ההצעה לביקורת מוקדמת, נוסף לביקורת השיפוטית המאוחרת, תביא לביטול התנגדותם של המתנגדים. אם יש מאמץ אמיתי בתום לב להגיע להסכמה, צריך לראות האם יש דגמים סבירים מבחינה דמוקרטית שאתם ועליהם אפשר לגבש הסכמה. כך אני מבין את המהלך הזה.

בהבדל ממיכאיל קרייני, אני חושב שהוויכוח היום בציבור הוא אכן על הנורמות היסודיות בסופו של דבר, אבל יש הבנה היום שמי שמחליט את ההחלטות הבסיסיות הערכיות, יש לו השפעה גדולה מאוד על התוכן. לכן

יש ויכוח אִמְתִּי גם בשאלה מי הם הקובעים, מי הם המחליטים. זהו לב העניין היום.

אתרכז בהצעה של אריק כרמון, של תהילה אלטשולר ושלי. ראשית, אני מבקש להבהיר שההצעה אינה כוללת פגיעה בסמכותו של בית המשפט העליון להכריע בסכסוך קונקרטי. לדעתי, צריך יהיה לנטוש את הגישה הנהוגה כיום שלפיה כל בית משפט בערכאה נמוכה מוסמך להחליט בשאלה חוקתית. בית משפט כזה יכול להעלות את הנושא, אבל הקביעה הממשית אינה צריכה להישאר בידי בתי המשפט השונים, אלא תהיה מופקדת בידי בית המשפט העליון. הביקורת השיפוטית הקונקרטית על החקיקה, חייבת להיות בידי בית המשפט העליון. לא ייתכן שלאדם יש טענה רצינית שזכותו מקופחת בהליך משפטי, והוא לא יוכל לקבל סעד מאת הגורם השיפוטי העליון שהוא בית המשפט העליון.

ההצעה בנויה על הבחנה בין ביקורת שיפוטית אבסטרקטית לבין ביקורת שיפוטית קונקרטית. זה הלב הרעיוני של ההצעה, והיא בנויה על רעיון מאוד פשוט והוא: אם אתה יכול למנוע תקלה לפני שהיא יוצאת לדרך – עליך למנוע אותה. אני חייב לומר שלא שמעתי טיעון טוב נגד הרעיון הפשוט הזה. אל תזלזלו במצב הקשה שנוצר כאשר מבחינה משפטית יש חוק שאינו תקף מבחינה חוקתית, אבל אנחנו עוד לא יודעים זאת. מבחינת הציבור והרשויות הוא תקף, ומפעילים אותו, ואנשים סובלים לפיו, ואחרי שנתיים או חמש שנים תבוא ישועה. זה בעיני מצב רע מאוד. יכול להיות שישועה לא תבוא אף פעם. לכן אין לזלזל ברעיון שאם אפשר למנוע את ההתפתחות הזו 'בשלב הבישולי' של החוק, לפני שיצא מתחת ידי המחוקק חוק מוגמר ותקף, צריך לעשות מאמץ מרבי בכיוון הזה. הייעוץ המשפטי בכנסת אינו יכול לפתור את הבעיה הזו. אם בודקים ברצינות את משמעות השאלה בדבר עמידתו של חוק בחוקה – אין מדובר בחוות דעת משפטית-טכנית. מדובר בדיון יותר רחב, יותר מגוון, עם היבטים שונים, ספוג בשאלות ערכיות. צריך ואפשר לבנות גוף מתאים שיעשה זאת.

אגב, יש קרבה בין הרעיון הזה לבין הרעיון של 'הבית השני'. למה אני לא קורא לו 'בית עליון'? כי בית עליון הוא בדרך כלל בית שבחרים, וכולנו יודעים שאז אתה נכנס לשאלה כיצד מבטיחים שיהיו שני בתים שונים, כי לעשות שני בתים שהם אותו הדבר, לא שווה את המאמץ. כאן מדובר בדגם אחר, ולי חשוב מאוד שהוא יהיה איכותי, שיהיו שם אנשים רציניים, הטובים ביותר שיש. לכן, זה חייב להיות גוף שמסננים אותו.



מבחינתי, ניסיתי להסביר זאת אתמול וכנראה לא הצלחתי, לא מדובר רק בחוקתיות. חוקתיות חשובה, אבל היא לא תכלית הכול. אני מייעד תפקיד חיוני לגוף הזה כבולם חקיקה פרועה, פופוליסטית, מחטפית, מן הסוג של חוק ההסדרים. אני מאמין שאם גוף של ביקורת מקדמית היה קיים, הוא לפחות היה מכווץ את חוק ההסדרים, חוק דרעי וחוקים דומים, שניתן לראות בהם חבלה בעבודת הפרלמנט. אני מציע לחזק את הפרלמנט לא כדי לתת לו יותר כוח, אלא כדי שהוא יתפקד טוב יותר.

החוסן של הדמוקרטיה תלוי בתפקוד של הפרלמנט. יש לשאוף לכך שפוליטיקה לא תהיה מילה גסה. דגם הביקורת הזה יכול לבנות דפוס חדש של פוליטיקאים, שנכנסים לפוליטיקה כשהם רואים עצמם באחד הימים חברים בגוף-הביקורת הזה. צריך לטייב את הפוליטיקה, וזה האמצעי להשגת המטרה הזאת. במושגים מעשיים, גוף כזה יעשה חלק מהעבודה שאם איננה נעשית בכנסת, היא תיעשה על-ידי בית המשפט העליון. במובן הזה יש בכך פשרה. חלק מהעבודה של הביקורת השיפוטית, כך אני מצפה, תיעשה על-ידי הגוף הזה. החוקים שיעברו יהיו טובים יותר, ואז פסילתם כלל לא תעמוד על הפרק. אינני יכול בשום פנים ללכת לקראת מתנגדי בית המשפט העליון ולהסכים שלא תהיה ביקורת שיפוטית על-ידי בית המשפט העליון במקרה קונקרטי. זה "ייהרג ובל יעבור" בתפיסתי את הדמוקרטיה הישראלית. המשמעות של מהלך כזה (שישלול מבית המשפט העליון את הביקורת השיפוטית על חוק במקרה קונקרטי) תהיה פגיעה קשה ובלתי מוצדקת בבית המשפט העליון, שהוא ממוסדותיה החיוניים ביותר של הדמוקרטיה הישראלית. אין לתת יד לכך.

לשאלתו של פרופ' מעוז כיצד ביקורת מקדמית לא תפגע בבית המשפט העליון אם מאשרים את החוק – התשובה היא מאוד פשוטה. מאשרים את החוק על סמך הנורמה. אנחנו יודעים שהמציאות מלאת הפתעות כרימון. יכולה להיות נורמה שהגוף המופקד על ביקורת מוקדמת חשב שהיא בסדר, ובמקרה הקונקרטי מסתבר שהיא לא בסדר; אני מצפה מבית המשפט העליון לבוא ולומר שהיא לא בסדר. אם בית המשפט לא יוכל לעשות זאת, הוא אינו ראוי להיות בית משפט.

● **אשר מעוז:** ממה שהצגת אתמול, הבנתי את הדגם שלך כמועצה שעוסקת בחוקתיות בלבד. אם זו מועצה שעוסקת בחקיקה בגדול, יכול להיות שזה ישנה.



● **מרדכי קרמניצר:** להסתכל על העולם דרך שתי הוראות החוק שנפסלו, זו טעות. אני יכול להצביע על עשר הוראות חוק, שבמדינה בעלת תודעה חוקתית מפותחת היו מעמידים לבירור חוקתי. צריך להבין שהמשפטים אצלנו לא גדלו על ההבנה שיש ביקורת שיפוטית על חוקים. לתלמידים שיוצאים בשנים האחרונות מבתי ספר למשפטים, תהיה תמונה אחרת לגמרי. לכן העניין הכמותי הוא לדעתי הטעיה. טעות להסתכל על שתי הוראות החוק של היום. העולם ייראה שונה. (אגב, אני רוצה לספר כאן שהמכון הישראלי לדמוקרטיה התחיל במחקר שאני שותף בו, עם די"ר כהן, שיבדוק את פסיקת בית המשפט העליון בנושאי דת ומדינה ואת התקבלות הפסיקה של בית המשפט בקרב הציבור הדתי.)

יש לי תמיכה עצומה בבית המשפט העליון. עם זאת, ההגנה שלי על בית המשפט העליון לא נעשית בהכרח מתוך תפיסת המציאות של האנשים שעומדים בראש בית המשפט העליון. אפשר לראות את העולם ואת המציאות אחרת, ועדיין לתמוך בעוז בבית המשפט העליון.

● **רות גביון:** כמו בכל הדיונים שלנו, גם בדיון הזה אנחנו נתקלים בשתי בעיות: מצד אחד, הנושא שעל סדר יומנו ושנחנו נדרשים לדבר עליו הוא האם כדאי לאמץ חוקה לישראל, ואם אכן כדאי לאמץ חוקה לישראל – מה צריכים להיות ההסדרים בה. כיום אין לנו חוקה, ויש לנו הרבה מצוקות, ואנחנו כל הזמן נגררים לדבר על השאלה איך אנחנו מטפלים במצוקות הקיימות שלנו שהן הכעסים, חוסר האמון, המתחים. ויש לנו בעיה, מפני שחלק מהמצוקות הקיימות שלנו הן העובדה שיש הצעת חוק לבית משפט לחוקה שקיימת היום בכנסת ויש עליה ויכוח ומתעוררת השאלה מה לעשות אתה. הדבר הזה באמת מקלקל את השורה, כי קשה לדבר במנותק על איזוהו מבנה חוקתי, שאולי הוא לא יהיה קיים ואולי הוא כן יהיה קיים ואולי תהיה 'עסקת חבילה' ואולי לא תהיה 'עסקת חבילה', כשבעצם הבעיות שכואבות הן מה שקורה עכשיו.

מצד שני, אם רוצים לעשות חוקה, אין מנוס מהניתוק הזמני מהמציאות הקיימת והליכה לאיזושהי תפיסת עולם שמסתכלת על החברה הישראלית מלמעלה ומנסה לבנות לה מערכת מוסדית לעתיד.



לגבי הדברים שאמר אופיר פינס-פז והדברים המרגשים שאמר מיכאיל קרייני, יש לי הרגשה שמה שלא נגיד ברמת החוקה, הוא לא ייתן מענה מספק לבעיות המיידיות. לכן את מעט הזמן שיש לי, אקצה קצת לבעיות המיידיות וקצת לבעיית החוקה.

לבעיה המיידית: המצב הקיים הוא מצב בלתי בריא, כי יש באמת מתח קשה בין הרשויות, בלי קשר לשאלה אם הוא מוצדק או לא. הצעת חוק בית המשפט לחוקה עוד בהיעדר חוקה מלאה, היא מסר לבית המשפט העליון שאנחנו לא מרוצים, והמטרה שלה היא להיות חרב מתהפכת כדי שבית המשפט העליון לא ימשיך לעשות מה שאיננו רוצים שיעשה.

בית המשפט הכניס את עצמו כשחקן פוליטי, מתייחסים אליו כאל שחקן פוליטי, ויש לנו מלחמה פוליטית. יכול להיות שהתוצאה של המלחמה הפוליטית הזאת תהיה מוסד, שלהערכתני אף אחד לא רוצה בו, וזה בית המשפט לחוקה במתכונת שבה הוא מוצע היום. זה באמת מוסד לא טוב, הוא לא פותר את הבעיות, הוא לא עונה לצרכים האמיתיים והוא אפילו לא ייתן לאלה שדוחפים אותו פתרון לבעיות שהם מעלים. מצד שני, אני לגמרי מסכימה עם הקולות שהושמעו כאן, שאם בית המשפט העליון ממשיך להגיד שאין שום בעיה, אז הדחיפה תהיה לקיצוניות.

מה אפשר לעשות? אפשר לעשות דבר אחד כבר היום – לא ברמה של שינוי חוק, אלא קודם כול בעצם ההכרה והמודעות לבעיה, ובהבנה מה רוצים. כשלא מבינים מה רוצים ומציגים את הביקורת רק כאיזושהי ביקורת של אינטרסנטים דתיים שיש להם כוח פוליטי והם לא אוהבים שלא תמיד עושים מה שהם רוצים – אז אין למבקרים שום בעיה, שום אפשרות ליצור שיח על הבעיה. לכן החלק הראשון של פתרון הבעיה הוא לשבת ולנסות להבין מה רוצים.

אני רואה לפחות שלושה דברים שבית המשפט יכול לעשות היום (והוא עושה את חלקם, אבל לא באופן מפורש) כדי קצת להנמיך את הרעש ולסלק את הצעת החוק הזאת ואז לתת לנו לדבר על החוקה:

האחד, לצמצם בצורה מושכלת וזהירה את 'זכות העמידה', להגן הרבה יותר על זכויות האדם, אבל לא להתחיל לטפל בכל ענייני הממשל דרך פניות של כל מיני אגודות.

שנית, להודיע שעילת הביקורת של חוסר סבירות נועדה רק למקרים קיצוניים מאוד, ולהבהיר כי עתירות שאינן מעלות בעיות אמיתיות תידחנה במהירות ובקצרה.

שלישית, שפיטות. צריך להמשיך ללכת במסלול שהשופט זמיר בצורה מאוד אמיצה יצר אותו, ולהודיע שחלק גדול מהסוגיות שעומדות היום על ספו של בית המשפט הן בלתי שפיטות.

אם בית המשפט יעשה את שלושת הדברים האלה, הלכנו דרך עצומה להפחתת הרעש במערכת, וזה לא דורש שום דבר חוץ מהפנמה אצל בית המשפט שאולי יש איזושהי בעיה.

כעת נחזור אל המהלך החוקתי. יש מחלוקת בשאלה אם נחוצה חוקה כלל ועיקר. חוקה כוללת שלושה מרכיבים מרכזיים – הסדרים משטריים, מגילת זכויות ומחויבויות ערכיות כלליות. חוקה אמורה לתת לחברה מסגרת שמאפשרת לאנשים לפעול יחד. כשהחברה היא הומוגנית, אין כל כך בעיה איך בונים את המוסדות; כשהחברה איננה הומוגנית, הבעיה של בניין המוסדות נהיית קריטית. אחד השינויים המסיביים שחלו בחברה הישראלית, שינוי לטובה, הוא שחוסר ההומוגניות שלה נהיה הרבה יותר ברור. היום יש לנו כמה קבוצות שאינן מוכנות להיות מושתקות: ראשונה, הערבים; ושנייה דתיים וחרדים, שלטוב ולרע, שוב אינם מוכנים לשבת בצד ולהסתפק בכסף ובאוטונומיה ובזה שלא יתערבו להם באורח החיים. קבוצה שלישית היא קבוצת העולים, קבוצה גדולה מאוד עם בעיות מאוד מורכבות, שחלקן, דרך אגב, סותרות, כי יש שם קבוצה גדולה של לא-יהודים שיש לה אינטרסים מסוימים, וקבוצה גדולה מאוד של יהודים שכועסים על הגויים ושיש להם אג'נדה אחרת.

הקבוצות האלה אומרות שמדינת ישראל איננה עוד חברה הומוגנית, ולכן השאלה היא לא מה הם ערכי היסוד של החברה הישראלית, אלא איזה מין מערכת מוסדית אנחנו בונים כדי שהקונפליקט המובנה על ערכי היסוד של החברה הישראלית לא ישבור את היכולת של מדינת ישראל, על כל קבוצותיה, לפעול כמדינה שמשרתת את טובת כלל אזרחיה. זו השאלה החוקתית המרכזית.

בשאלה החוקתית המרכזית הזאת, להגיד שפירוש החוקה וביטול חוקים על סמך החוקה יופקד בידי גוף שממשיך להיות נבחר וממונה בדרך סופר-מקצועית, אבל שמנציח הומוגניות עם כמעט וטו של הקבוצה עצמה – לנהוג כך הוא עמדה שעל פני הדברים דורשת הצדקה. שמענו אתמול מפרופ' אקרמן שעלינו לעשות תהליך אטי של אדפטציה. אנחנו לא מתחילים מחלל ריק; אם היינו מתחילים מחלל ריק, היינו צריכים לבנות בית משפט לחוקה. יש לנו בית משפט עליון חזק, ואף אחד לא רוצה



לפגוע בו. עלינו לעבור תהליך של אדפטציה, ואיך עושים את האדפטציה הזאת היא השאלה המרכזית.

היתרון של ההצעה שלי כמתווה חוקתי הוא שהיא מאפשרת לעשות את האדפטציה. אפשר לחשוב על זה, אני לא יכולה לפתח את זה עכשיו, הדבר הזה קשור לרפורמה, לוועדת אור, למבנה בתי המשפט.

יש לנו רשות שופטת, מהו התפקיד של הרשות השופטת? לפי דעתי המטרה המרכזית בנושא הרשות השופטת היא לבודד בתוך הרשות הזאת את השפיטה המקצועית מהשפיטה החוקתית. עלינו להמשיך להיות מעוניינים במערכת שיפוטית מקצועית, עצמאית, חזקה, מגנה על זכויות האדם, במערכת שמקור הכבוד שלה הוא המקצועיות שלה. היא לא צריכה להיות משקפת והיא לא צריכה להיות ייצוגית, אם כי כדאי שהיא לא תדבר בקול אחד כי יש בחברה הרבה קולות.

● **דן מרידור:** היא בנויה על ערכים.

● **רות גביזון:** מובן שהיא בנויה על ערכים. בית

המשפט הזה צריך להבין שהתפקיד המרכזי שלו כרשות שופטת בכל הערכאות הוא לעשות משפט אזרחי ומשפט פלילי, ובאופן בסיסי לשקף את החוקים שנוצרו בחברה. כשיש חוק שאומר שלא צריך להפלות הומוסקסואל בדיני עבודה, אין לבית המשפט בעיה לתת לבן-זוג של דייל הומוסקסואל כרטיס טיסה, וכך עשה בית הדין לעבודה בערכאה הראשונה וכך הוא עשה בערכאה השנייה, ואף אחד לא פצה פה ולא צפץ. כאשר בית המשפט העליון הודיע שיש לו תפיסה מסוימת חדשה לגבי זוגיות, כמה צעקה, והצעקה הזו לטעמי היא מוצדקת. בית המשפט העליון לא צריך לקבוע תפיסות לגבי זוגיות.

היתרון של ההצעה שלי, והיא לא הכרחית והיא לא היחידה, הוא שהיא מאפשרת לנו לעשות את התהליך הקשה והאטי והרגיש של שימור מערכת שיפוטית חזקה ועצמאית ולפתוח אפשרות לוותר על הביטול השיפוטי של חוקים. אולי הביטול הזה יהיה זמני, כי יהיה אפשר, אם רוצים, לפתח משהו בסגנון שהציע פרופ' קליין. אני שמחה שבית המשפט רוצה להוריד את הבג"צים למטה, שגם המשפט המינהלי יגיע כערעור ושתהיה ערכאת ערעור בבית המשפט העליון ותהיה לו סקציה פלילית וסקציה אזרחית. סוף-סוף יהיה לנו משפט אמתי של בית משפט לערעורים יוקרתי וחשוב, ומספר השופטים בערכאת הערעור יהיה אולי גדול יותר כדי לפתור את הבעיה של הערעורים, ויהיה לנו שם גם אגף, מין

בית לורדים, והוא יקבל רק מקרים ברשות, והוא יטפל בעניינים חוקתיים והוא יעשה כל מה שצריך. 'בית הלורדים' הזה ייבחר אחרת, לתקופת זמן מוגבלת, באופן שרגיש לעניין הפוליטי, באופן שיהיה שקוף מבחינה פוליטית, בהליך של שימוע על השקפות של השופטים ולא רק על הכישורים המקצועיים שלהם.

אני חושבת שאם כך יהיה, יהיו לנו מוסדות יותר מתאימים לחברה הישראלית המורכבת.

● **מאיר שמגר:** הגענו לערבו של יום, והרגשתי היא

שהיומיים האלה היו יומיים מצוינים ומועילים של ניתוח אנליטי של הצעות שונות. לטעמי, הם היו הטובים ביותר שהיו לנו מאז התכנסנו לראשונה בסדרה הזאת, והתודה היא לכם. גם בהצגת ההצעות השונות וגם בדיון העליתם את האפשרות לנתח, לבדוק, לשקול כל נושא בהרחבה, ובכך יצרתם תשתית אשר אמנם – כמצופה – לא תסוכם היום. אינני חושב שהדיון היום בשל להסקת מסקנות סופיות. אני חושב שמה שדרוש עכשיו הוא מה שקורה בדרך כלל אחרי כנסים שלנו – מכנסים את החומר, מגבשים אותו, בונים את התזות, ובמקרה המסוים הזה בצורה של הצגה תמציתית של הנושא מחדש. זאת, מפני שגם האנשים שהציעו הצעות שמעו כאן הערות, ולחלקן הסכימו, לחלקן לא הסכימו, אבל אפשר לגבש את ההצעות השונות בצורה מרוכזת יותר. לאור הדברים ששמענו, נסכם כעת את המעלות והמגרעות ונמשיך בדיון.

זוהי הפתיחה, ועכשיו אני רוצה להגיע לעצם העניין.

בפנינו בעיה בעלת חשיבות ראשונה במעלה, שאנחנו נושאים אתנו תקופה ארוכה, וזוהי חקיקת החוקה. ודאי שאפשר לומר לנו שאנחנו עדיין לא המדינה האחרונה בעולם שאין בה מגילת זכויות, שיש עוד מדינות כאלה ולכל אחת מהן טעמים משלה, אבל המספר הזה הולך ומצטמצם, ולאט-לאט אנחנו נשארים בפינה שבה היעדר מגילת הזכויות בולט מאוד במציאות שלנו. דווקא מדינה כמו שלנו, שיש בה פרובלמטיקה רבה מבחינת המחלוקות, השסעים, האינטרסים של גופים שונים להיות מוגנים בצורה נאותה – לקיומה של חוקה יש אולי חשיבות רבה יותר מאשר בארץ סקנדינבית כלשהי, שבה האוכלוסייה היא מונוליתית והבעיות הן מתונות. הבעיה שלנו קשה בהרבה. אני מאמין ומוסיף להאמין שלחוקה המגדירה נורמות הנוגעות לזכויות האדם, יש לא רק ערך חינוכי, אלא גם ערך בגיבוש זכויות בנות מימוש; זה הדבר הקובע ביותר, ואנחנו עסקנו בזה בהרחבה. לא די בהצהרה. הצהרה היא חשובה, יש בה ביטוי ערכי

ותורתי של הנושאים שמחשיבים אותם, אבל תמיד השאלה איננה רק האידאה, אלא הגשמתה, ובאיזו מידה אנחנו יוצרים בסיס שתהיה אידאה ותהיה הגשמה אשר תגן הלכה למעשה על האדם שמבקש לממש את הזכויות שהמדינה מציעה לו.

אני שומע כאן את הקשיים, והייתי רוצה לקפוץ ישר לנושא שהיה נושא מרכזי בדיון שלנו. לאחר מכן נחזור להצעות השונות.

כאשר אני מתייחס לשאלת בית המשפט העליון, אני מתייחס למציאות קיימת, מציאות שאני רואה אותה מבפנים, שליוויתי אותה שנים ארוכות. בית המשפט העליון משרת משימה מרכזית ביותר בחיים הישראליים. הוא יצר את גיבוש זכויות האדם, הוא ממשיך להגן עליהן. אי-אפשר לשפוט מערכת כלשהי – כגון בית המשפט – על-פי אי-הסכמה לגיטימית של המבקר של נושא זה או אחר שנידון בבית המשפט, או להחלטה זו או אחרת של בית המשפט. בית המשפט העליון הוא הגוף אשר בתקופות שונות (ועמדו בראשו אנשים שונים בתקופות שונות) דאג לכל אלה שפנו אליו. כל מי שפנו אליו, זכו לפי מיטב המצפון, ההכרה והיכולת לטיפול שהוא מסוגל לתת להם.

אינני מזלזל בהערות שמושמעות. להערות צריך להקשיב. מבחינה זו אינני מסכים כל כך לתזה של ידידי יצחק זמיר על הנזק האפשרי בדיון בנושאים כאלה. לדעתי, כל גוף – החל מהגבוה ביותר במדינה, מנשיא המדינה, וכלה באחרון משרתי הציבור – צריך להיות פתוח לדיון אינטלקטואלי אנליטי, אשר בוחן תופעות מסוימות. אם לא נהיה עמידים לבדיקה גלויה והוגנת ומנומסת של פעולותיהם של הגופים השונים, כי אז אנחנו סובלים ממגרעת בסיסית. גוף אינו חסין אם הביקורת שמושמעת כלפיו היא נאותה, הגיונית, לא חורגת מן המותר, גם אם דברים מסוימים שהיא כוללת הם חסרי בסיס. זה הסינון האינטלקטואלי שנעשה כאשר מתכנסים יחד 70-80 איש ומחליפים דעות. אני לא חושש מפגיעה במעמדו של בית המשפט או בכוחו בכך שמתכנסים אנשים מדיסציפלינות שונות ובודקים את הנושא על-פי כל מהויותיו.

כפי שאמרתי, אני גם לא כופה על אף אחד את החובה לאמץ אל לבו ולקבל כל הכרעה שנופלת בבית המשפט. גם לא כל שופט מסכים להכרעות שנופלות בבית המשפט. אין בנמצא מצב שבו שוררת תמיד תמימות דעים המחייבת את כולם להסכים לכל דבר. גם אני לא תמיד מסכים עם דברים בפסיקה שאני שומע או קורא. אז מסיבה זו צריכים

לשנות גוף? בייחוד גוף קיים שהוא חלק מן המשטר? כדי לשנות גוף צריכה להיות סיבה רבת-משקל וכבדה.

במדינות שונות יש התפתחויות חוקתיות. ה-Human Rights Act באנגליה הוא חידוש מבחינת האנגלים, ואפילו חידוש מהפכני. אחרי פסקי דין של זכויות הדיג וההתערבויות הרבות יחסית של בית הדין בשטרסבורג, שאנגליה שיחקה שם תפקיד רב מבחינה מספרית, מובן שההפתעה באנגליה הייתה קטנה. הם היו ערים לכך שהדבר צפוי במוקדם או במאוחר אם הם מצטרפים לקהילייה האירופית. הם יכלו לא להצטרף לקהילייה האירופית, מה עוד במדינה שכפיפות למרותו של משפט זר מקוממת אותה מלכתחילה. הכפפה לאמנה אירופית היא ודאי מהפכנית, אבל זה קרה אצלם. מכל מקום, אין להיבהל ולהירתע מכך שאנשים מתכנסים ודנים באפשרויות לשפר; שומעים, לפעמים משתכנעים ולפעמים לא משתכנעים. אבל אין זה אומר שאני צריך לערער גוף קיים כאשר הוא ממלא את תפקידו בנושאים שהוא מופקד עליהם רק בשל כך שיש ביקורת. צריך לבדוק את הביקורת, גם בשיטה שדובר עליה כאן, של בדיקה מבפנים ומבחוץ, צריך לבדוק את ההתאמה בין מטרותיו של הגוף את צורת התפקוד שלו. אשמח מאוד אם נמשיך ונדון בדברים האלה ונראה מה היסוד ובאילו תחומים אפשר לטפל.

אני עדיין מאמין בחוקה שתהיה קונסנזואלית ככל האפשר. ודאי שאפשר להעביר דברים ברוב, אבל יש לחתור לצמצום הפערים, לקירוב הגורמים, להסכמה רבה ככל האפשר. למטרה זאת ישבנו ודנו והצענו הצעות, ובעצם אינני מאמין שיש נושאים שאי-אפשר להגיע בהם להסכמות. אינני תמים עד כדי לחשוב שרק היעדר הסכמה בניסוחים אלה ואחרים הוא שמפריע להגעה להסכמה בחוקה. לפעמים יש גם נוחיות בכך שיש לי איזה 'קלף', שבעטיו ניתן להגיד שאין מסכימים למה שמוצע, שאתה חייב לתת לי משהו, אחרת אני לא אסכים לנקודה הזאת או האחרת. אם תהיה חוקה בהסכמה ויקבלו אותה ולא יהיו יותר סייגים, קשה מאוד יהיה לשחק עם האלמנט הזה.

זה איננו אומר שאנחנו מנועים מלדון, וזה גם איננו אומר שאי-אפשר לקבל חוקה באיזה עתיד קרוב, אשר כוללת את מגילת הזכויות, שהיא חשובה מאוד.

כאן דווקא הקושי שלי עם ההצעה של רות גביון, למרות שאני מבין את גישתה העקרונית. היא רוצה לדלג על מחסומים שמכבידים על המציאות



שלנו, אבל כשאני חוזר לתפקיד של בית המשפט, כוחה של מגילת זכויות הוא בכך שאדם יכול לבוא ולדרוש את פירעון החשבון. זאת אומרת, אינני רוצה לרוקן מתוכן את ההצהרה הזאת (כלומר מגילת הזכויות) ולצמצם אותה לערך הצהרתי בלבד. אני מוכרח ליצור את האכסניה, את הכלי אשר משרת את אלה שנפגעים בצורה זו או אחרת, ואלה יכולים להיות אנשים מכל הסוגים. כפי שאמרתי, לא תמיד צריך להסכים לפתרון. מי ששופט באותה עת, הוא שמכריע בעניינים, וחזקה עליו שהוא מפעיל את מיטב הבנתו. זה אינו אומר שכל שופט בעולם חייב להזדהות עם הדברים שהוא מגיע אליהם, אבל בית המשפט הוא הכתובת להושיט סעד, ובלעדי הכתובת הזאת אני יוצר ואקום. אם אני מיישם כאן את חוקי הפיזיקה, ואקום הוא חלל אשר מושך לתוכו גורמים אחרים.

אם תהיה הצהרה על זכויות שאין עמה אפשרות מימוש, אני חושש מן המשמעויות החברתיות, מן התזוזות וההטיות שלא יסתיימו בכך. במדינה שהיא אוסף אנשים מתפוצות שרוצים לגבשם לחברה אחת, אני חושש מהחלל שיווצר.

הייתי ממשיך במאמץ ליצור חוקה שיש בה מימוש מהסוג שמוצע היום. ודאי שהייתי חרד מביטול דרך-מימוש שקיימת כבר היום לפי חוקי היסוד מ-1992 או לפי סמכויות בג"ץ. זאת אומרת, למעשה מה שמוצע לי היום איננו איזה פרויקט שנעבוד עליו בעתיד, אלא אומרים לי: יש מצב קיים, תבטל אותו. גם לזה כשלעצמו יש משמעות קשה מאוד. כשאני בא ואומר: מהיום ולהבא מה שהיה פתוח בחוק שערי משפט מספר 1 נסגר, לא קיים יותר – זה מפחיד. זו בהחלט איננה סיטואציה שאפשר לחיות אתה. לכן מה שכבר קיים צריך לקיים, ולא הייתי הולך לצעד הנוסף הזה של יצירת מגילת זכויות ללא זכות מימוש.

אני לא רוצה לסגור את השער בנקודה זו בפני דיון נוסף, כי ההצעות הן מספיק מחושבות ואינטליגנטיות ומעמיקות כדי שנקדיש להן תשומת לב ונראה אותן בניסוחן מחדש המפורט יותר.

לגבי ההצעה של קרמניצר, כרמון ואלטשולר – הרעיון שנחוץ לבדוק בצורה בסיסית ויסודית תהליכים חקיקתיים מסוימים הוא רעיון מצוין, אך אני סבור שהכנסת מסוגלת לעשות זאת. זה תפקידה של הכנסת. זאת אומרת, אם הכנסת עוסקת בחקיקה מסוימת – ולא הייתי מצמצם זאת רק לחקיקה שיש בה חשש של סתירה לחוק יסוד או לחוק יסוד חדש, אלא יש עוד חוקים – בהחלט כדאי, גם מבחינת תחושת הציבור,

שתהיה פתיחות לשמוע מומחים, להתדיין, לכנס אותם, שזה יהיה כלי עזר של הכנסת. אני חושב שהיועצים המשפטיים הם כלי חשוב מאוד, אבל אני מסכים שצריך לשמוע גם אנשים נוספים, סוציולוגים, קרימינולוגים, גורמים שהם מקצועיים בתחומיהם, אולי שרים או חברי כנסת או שופטים לשעבר. יש טענות היום על 'חוקי מחטף', על חוקים שאנחנו לא יודעים עליהם ושהציבור לא יודע עליהם; אז, אדרבה, שהכנסת תהיה פתוחה, שיפרסמו ברבים שהכנסת דנה כעת בחוק זה וזה, ומי שיש לו הערות או רוצה להופיע בפני ועדה, יכול להופיע ולהשמיע את דברו.

זה גם ייצור דו-שיח בין האזרח לבין הפרלמנט, ולדעתי זה דבר חשוב ביותר, כי החברה היא רבגונית, ובחלקה הגדול היא מורכבת מאנשים שזה מקרוב באו, והם אינם יודעים את הכתובת. האיש מן השורה שגר בבאר-שבע ובא מרוסיה לפני שנתיים, אינו יודע שאפשר לפנות לכנסת ולהופיע בפני ועדה וכדומה. זאת רק דוגמה, כמובן. אני בהחלט הייתי פותח את הרב-שיח הזה. הוא קיים בארצות שונות בצורה שונה. בארצות-הברית, למשל, עוסקים אפילו בתקנות של אקולוגיה, של איכות הסביבה, מקיימים כנסים שאליהם האזרחים יכולים לבוא, מסבירים להם את החוק, והם יכולים להשמיע את דבריהם.

יש כלים נוספים. כתבתי מאמר על Comissions של ועדות חקיקה, על כנסים שיש לעשות לפני פרסום חוק, כשמתפרסמת הצעת חוק, אבל משרד המשפטים איננו בין הגורמים שעונים על מכתבים, כך שהדבר נשאר כפי שהוא, ואולי בעתיד יטפלו גם בנושא הזה.

כלומר, אם מדובר ביצירת תשתית דיונית רחבה יותר בתוך הפרלמנט – יש לפרלמנט כלים לכך גם מתוך קביעה מפורשת בתקנון, גם תוך קביעה מפורשת בתהליכים פנימיים, גם תוך שיתוף של גורמים נוספים.

'בית שני' – אין לי התנגדות ל'בית שני'; באחד מהכנסים הקודמים העלינו את הנושא לדיון, והייתה התנגדות מאוד קיצונית, אבל כפי שאמרתי צריך להתכנס עוד פעם ולשמוע ולדון בזה. אני לא רואה בכך בעיה. אני מבין את השאלה בנוגע לאופן הבחירה, אבל בארצות מסוימות יש 'בית שני' שאיננו נבחר, והדוגמה הבולטת היא אנגליה, ובאחת מההתייעצויות שלנו עם המומחים, הסתבר לנו איזו עבודה חשובה הם עושים בסיוןן חקיקה דווקא. כך שאת הרעיונות האלה אפשר לבחון.

אינני שולל את הגישה שביסוד ההצעה של ביקורת מקדמית. הבעתי חשש לגבי הצעה זאת בגלל קונפרונטציה אפשרית בין החלטה של ועדה

כזאת, לבין בית המשפט כאשר הוא ידון בנושא בשלב מאוחר יותר, כי תמיד האמנתי בעדיפות של המצב העובדתי הקונקרטי על המצב האבסטרקטי. כלומר, כאשר בית המשפט ייקרא אולי לדון בנושא שנה-שנתיים אחרי שהחוק יתקבל ותהיה בפניו תמונה של מציאות עובדתית מסוימת ופרטנית שייתכן שהאנשים שעוסקים בצד המופשט לא חשבו עליה, כי מי יכול להביא בחשבון את כל ההתפתחויות – תהיה נטייה לבית המשפט בתוקף תפקידו לבטל, ואז נוצרת סיטואציה של ביטול דבר שקודם אושר. אני מצטרף לספקות. זאת אומרת, אני חושב שאם הוועדה הפרלמנטרית הזאת הציעה בשעתו לבטל, והפרלמנט לא קיבל זאת, ואחר-כך בית המשפט מתערב, אז שניהם מתנבאים באותו סגנון. אבל אם החליטה אז לאשר, ובית המשפט מחליט בבוא היום לבטל, הם לא מתנבאים באותו סגנון, ואז נוצרת קונפירנטציה בין שני גופים, אחד שיפוטי בדרך מסוימת או מעין-שיפוטי. זה תהליך בלתי רצוי, כי הוא פוגע בשלושת הגורמים גם יחד: בפרלמנט, בגוף אשר צריך היה לתת את העצה, בבית המשפט אשר כאילו מתערב בהחלטה של הכנסת שהפעם לא הייתה החלטה סתם, אלא החלטה שעברה ועדה שאמרה שהעניין בסדר.

מתוך הדברים שאמרתי על קיומו של בית המשפט והתפקיד החשוב שהוא ממלא, אני גם מסויג לגבי ההצעה להוסיף אסורים ואסיסטנטים. הניסיון שלי לפחות לגביהם איננו חיובי במיוחד. למשל, אף פעם לא קיבלנו את שיטת המושבעים בארץ מסיבות היסטוריות. האנגלים חשבו שה-natives לא מסוגלים לשבת כחבר מושבעים, ובפעם הזאת הם לדעתי הצילו אותנו מסיטואציה לא נוחה. אבל גם בזיקה לבית הדין לעבודה, אסורים הוא לא דבר שמקל על הדיונים או מוסיף להם. בסופו של דבר, האמונה שלנו היא בשיפוט מקצועי של אנשי מקצוע. לכן אני מסויג בשלב הזה, אבל כפי שאמרתי, כל ההצעות עדיין מצריכות סינון נוסף.

הוא הדין בהצעתו של זאב סגל לבדוק את החוק האנגלי. אני הייתי רוצה קצת לחכות לראות מה קורה עם החוק האנגלי הלכה למעשה, לקבל יותר אינפורמציה, באיזו צורה הוא פועל; עדיין לא ראיתי שום פסיקה לפי חוק ה-Human Rights Acts.

כרגע אני מצדד בהמשך החשיבה, בבדיקת הנושא ובהמשך פעולתו של בית המשפט העליון כפי שהוא.

מאמר מסכם

דגמי הביקורת השיפוטית - יתרונות וחסרונות

ערכה: עו"ד תהילה שוורץ-אלטשולר

תיאור הדגמים

בית המשפט העליון כדגם של ביקורת שיפוטית [הוצג על-ידי הנשיא אהרון ברק]

הדגם מניח קיומה של סמכות מהותית להכריז על בטלות דבר חקיקה ראשית של הכנסת, סמכותו של מוסד המורכב ממשפטים בלבד והנבחר בדרך א-פוליטית על-ידי הוועדה למינוי שופטים. כמו כן הוא מניח קיומה של שיטה דיפוזית, שלפיה כל אינסטנציה משפטית מוסמכת לעסוק בשאלות חוקתיות ולהכריע בהן.

יתרונות:

- הרשות השופטת, כרשות שאין לה חרב ולא ארנק, איננה מסכנת את מעמד הרשות המבצעת וגם לא את מעמדה של הרשות המחוקקת. על כן ראוי שהיא תבצע את הביקורת השיפוטית, הכוללת פסילת חוקים.
- אסור לבית המשפט להיות גוף מייצג. בכך נבדל בית המשפט מהכנסת. הייצוגיות המאפיינת את הרשות המחוקקת, אינה צריכה לאפיין את הרשות השופטת, שבה שולט עקרון המקצועיות. בית המשפט העליון אינו גוף ייצוגי, הוא גוף משקף, ושופטיו צריכים לשקף את המורכבות של החברה הישראלית, את הפלורליזם שלה.
- היסטורית, הרשות השופטת, שלא כרשות המחוקקת, לא הייתה בנויה על שיקוף מספרי או סוציו-פוליטי של קבוצות הכוח השונות בעם.
- לפי משאלי דעת קהל, אחד משני המוסדות שזכו כל השנים במידת האמון הגבוהה ביותר בציבור הישראלי, הוא בית המשפט העליון. לפיכך אין טעם להוציא מידיה את סמכות ביטול החוקים. עד היום



נהג בית המשפט העליון כבוד רב כלפי הכנסת והיעדר קלות דעת בכל הנוגע לפסילת חקיקה, ובסך הכול פסל שני חוקים בלבד.

- אין התנגדות אמתית לתפקודו של בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה, כלומר כגוף בעל סמכות לביטול חוקים. פסילת שני הסעיפים בחוק יועצי השקעות ובעניין צמח, נתקבלה בהבנה על-ידי הכנסת, לרבות החוגים שמותחים ביקורת על בית המשפט. הבעיה האמתית נובעת מפסקי דין שאינם נמצאים בסמכותו של בית המשפט לחוקה, אלא של בג"ץ. גם הטיעונים בדבר משבר אמון מושתתים על פסיקת בג"ץ.
- השיטה שבה כל בית משפט יכול לדון בנושא חוקתי, מהווה כשלעצמה מסננת עובדתית של מקרים שיש לדון בהם במישור זה ומונעת דיונים אבסטרקטיים מיותרים. שיקולי יעילות תומכים במתן סמכות לכל הערכאות לדון בשאלות חוקתיות, מה עוד שגם שאלות אלה הן מקצועיות ומשפטיות.
- קשה לטעון כלפי כל המערכת השיפוטית, הכוללת מאות שופטים, שהיא מייצגת טווח דעות מצומצם.

חסרונות:

- אין חוקה בהסכמה, אלא יש חוקה בהסכמת שופטי בית המשפט העליון. פסיקתו של בית המשפט העליון איננה יכולה להחליף, ציבורית וחברתית, את החלטות הפרלמנט שהוא אכן ייצוגי. התפיסה שלפיה פירוש החוקה וביטול חוקים על סמך החוקה יופקדו בידי גוף שממשיך להיות נבחר וממונה בדרך מקצועית – ועם זאת היא מנציחה הומוגניות עם כמעט וטו של הקבוצה עצמה – היא תפיסה המצריכה הצדקה.
- פסילת חוקים על-ידי גוף לא מייצג מובילה למשבר אמון במוסד המוסמך לכך. בפרשנות חוקתית, בית המשפט מכתוב ערכים שלא דווקא מקובלים על הכול. ככל שתחושת הציבור החילוני החריפה, הקצין בית המשפט מבחינה דתית. ככל שבית המשפט הקצין מבחינה דתית-ערכית, הציבור איבד בו את האמון.
- מושגים כמו 'תכלית ראויה' ו'אינה עולה על הנדרש' המצויים בחוקי היסוד משתייכים לעולם הערכים של השופטים. עם זאת, לא כל שופט יפרש 'תכלית ראויה' באופן זהה לשאר השופטים.

- אין זה מובן מאליו שהחברה בישראל היום מוכנה להפקיד בידי בית המשפט העליון את ההחלטות הערכיות, החברתיות והציבוריות הרגישות ביותר.
- אם אגב הפעלת הסמכות ה'לא-חוקתית' על-ידי בג"ץ מתעוררות בעיות ערכיות, הקושי גדל כשמדובר בפסילת חוקים.
- קשה להסתמך על הטיעון הכמותי ולהניח כי בעתיד יימנע בית המשפט מפסילה אינטנסיבית יותר של הוראות חוק.
- לרשות השופטת אכן אין חרב או ארנק, אך בעת שהיא מבטלת חוק של הכנסת, היא פוגעת בצורה משמעותית במעמדו וביוקרתו של המוסד.
- תאורטית, בית המשפט הוא חסר 'צבע פוליטי', אולם לא תמיד הדבר מתבטא מעשית. כאשר מוקנית לו סמכות כה מכרעת כמו הסמכות לבטל חוקים, נפגמת לא פעם הזהירות בהפעלת הסמכות (לורד אקסטון: "כוח משחית, כוח אבסולוטי משחית אבסולוטית"). היעדר הטיות בפעולות בג"ץ היה ממתן את הביקורת על סמכות הפיקוח השיפוטי על חקיקה ראשית.
- השיטה הדיפוזית תהפוך כל בית משפט לתחבורה וכל בית דין רבני או צבאי לבעל סמכות לבטל חוקים. קיום זכות הערעור לעליון – שאליה מגיעים אחרי מהלכי-ביניים רבים – אינה מנחמת.

בית משפט לחוקה כדגם של ביקורת שיפוטית והוצג על-ידי פרוץ' קלוד קליין

הדגם מניח קיומה של סמכות מהותית להכריז על בטלות דבר חקיקה ראשית של הכנסת, סמכותו של מוסד הנבחר על-פי מפתח ייצוגי או פוליטי ואיננו מורכב דווקא מאנשי משפט. כמו כן הוא מניח עדיפות לביקורת שיפוטית על-פי שיטה ריכוזית בלבד.

יתרונות:

- בעת חקיקה ראשית של הכנסת, הייצוגיות מבטאת את רצון העם, את הדמוקרטיה. על כן, גם הימבחנה שבה נבדקת התאמת החוק לחוקה, ראוי שתבטא את רצון העם.



- לא ניתן להשוות את סוג הטיפול הערכי הנוגע לכלל הפעילות השיפוטית, לזה הנוגע לקביעת חוקתיותו של חוק. הטענה שכל הפעילות השיפוטית היא ערכית, עלולה להביא לבסוף לפוליטיזציה של השפיטה כולה. הגם שהפעילות האינטלקטואלית היא אותה הפעילות, הממד הפוליטי והערכי הוא אחר וגדול יותר. לכן:
- פרשנות חוקתית כפעילות ערכית מחייבת הימצאותם של פרשנים מדיסציפלינות שונות. החינוך המשפטי הוא חינוך צר. אתיקנים, אנשי רוח, מנהיגים דתיים, פילוסופים וסוציולוגים מתאימים למלאכה זו בה-במידה.
- הקמתו של בית דין לחוקה מוציאה את הפוליטיזציה הכרוכה בהכרעות חוקתיות מבתי המשפט הרגילים ומעבירה אותה בגלוי אל מוסד אחד.
- בית דין ייצוגי יפתור את בעיית האמון הציבורי בבית המשפט העליון.
- היעדר שינוי מבוקר בסמכות המוקנית היום לבית המשפט העליון לבטל חוקים, יגרום לכך שתהליכים ציבוריים ולחצים מכיוון חקיקה מגבילה יפגמו בתפקידו בצורה קיצונית.
- דגם ריכוזי מבטיח החלטה על-ידי הגורם המוסמך, האמון לבדוק בעיות חוקתיות. דגם כזה גם מונע אי-יציבות בשיטה המשפטית עצמה במקרים שבהם בית משפט פלוני מבטל חוק, בעוד שהחוק נחשב כתקף על-ידי ערכאות גבוהות יותר או ערכאות במקומות אחרים. יתר על כן, דגם כזה מונע ערעור על החלטות של ערכאות תחתונות עד שתיקבע הלכה סופית, ערעור המעמיד את המערכת במצב של אי-ודאות.

חסרונות:

- פגיעה בשיטה הקיימת: בשיטת משפט שבה קיים מוסד המוסמך לבצע ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, נחוצים נימוקים כבדי משקל במיוחד כדי לבטל את הביקורת הזאת, בשל החשש מפגיעה במוסד זה.
- דגם ייצוגי לא יפתור את בעיית מגוון האינטרסים העצום בקרב הציבור ולעולם לא נגיע לשקיפות רציונלית של הדעות.
- תוצאתו המיידית של בית משפט חוקתי היא פוליטיזציה של הערכאה השיפוטית העליונה במדינה. קשה לאמוד את האחריות של שופט בבית משפט לחוקה כלפי מפלגה שמינתה אותו.

- הנימוקים שביסוד הקמתם של בתי המשפט החוקתיים באירופה, אינם קיימים בישראל. מבנה מערכת בתי המשפט בישראל הוא פירמידי, ובראש בית המשפט העליון שפסקיו מחייבים את כל מערכת השיפוט. השיקולים הקשורים למעמד השופטים אינם תופסים בישראל; שופט בישראל אינו נתפס כביורוקרט. יתר על כן, מדינת ישראל היא מדינה אוניטרית, ואין צורך בבית משפט שישמור על חלוקת הסמכויות בין המרכז לבין הפריפריה.
- מוסד פוליטי לא יוכל להוות ערובה להגנה על זכויות מיעוטים. רק בית משפט שאיננו כפוף לאילוצים רוביים, יוכל להגן על זכויות המיעוט. בית המשפט העליון בישראל, שאמור ליישם זכויות יסוד, שואב השראה מערכאות בינלאומיות של זכויות אדם.
- ההיסטוריה מלמדת כי דווקא קבוצות אחידות ואליטיסטיות מאוד של גברים לבנים, נוצרים ובעלי רכוש, היטיבו להגן על זכויות מיעוטים שלא דמו להם יותר מאשר קבוצות הטרוגניות בהרבה.
- ההצעה לכלול הרכב הטרוגני משבשת בין תפקיד ההכרעה, שהוא מלאכתו של המשפטן האמון על כך, לבין הופעתם כעדים של אנשי רוח והוגי דעות.
- שילובם של אנשי אקדמיה, הגות ורוח לצד משפטנים ושופטים, שיקבעו רף ערכי גבוה, ייצור הרכב אליטיסטי בהרבה מן המבוקש.
- הניסיון מלמד כי הוספת נציגי ציבור שאינם משפטנים לוועדות שונות לא משפרת את מקצועיותן של הוועדות.
- הטיעון על היעדר אמון בבית המשפט העליון, בא מקבוצה בחברה הישראלית שאיננה מעוניינת בהתקדמות תהליך חקיקתם של חוקי יסוד או כינונה של חוקה גם בנושאים שאין עליהם מחלוקת, כמו חוק זכויות חברתיות. גרעין הוויכוח הוא על מהות הנורמות שיש לכלול בחוקה. מקור הטיעון בדבר קיומו של משבר האמון הוא כוחן הפוליטי הגדול של הקבוצות שטוענות כך, לעומת כוחן המספרי, וחששן פן מתן סמכויות בידי בית המשפט העליון יפגע בכוחן הפוליטי. זוהי עמדה אינטרסנטית ולא עניינית.
- המשמעות המעשית של מוסד חוקתי יחיד היא עצירת מהלכם של משפטנים בנושאים שונים, כולל משפטים פליליים, עד לביורר הסוגיה החוקתית בבית המשפט העליון. פרוצדורה בלתי יעילה זו תשבש את תפקודה של מערכת המשפט כולה.

'אגף בית הלורדים' בתוך בית המשפט העליון והוצג על-ידי פרופ' קליין

דגם זה משלב עקרונות מן הדגם של בית המשפט העליון ומן הדגם של בית המשפט לחוקה.

הוא מצדיק קיומה של סמכות מהותית להכריז על בטלות חקיקה, אך הגוף המוסדי המוסמך להכריז על בטלות חקיקה הוא בית המשפט העליון בהרכב רחב. הרכב זה כולל את שופטי בית המשפט העליון עם נציגי ציבור הנבחרים על-פי מפתח ייצוגי או פוליטי, ואינם דווקא משפטנים. דגם זה מניח קיומה של שיטה ריכוזית.

יתרונות:

- התמודדות אמתית עם משבר האמון בדרך של הוספת נציגים על-פי מפתח ייצוגי. למעשה, זוהי התמודדות עם מקצת החסרונות שנמנו לעיל לגבי בית המשפט העליון.
- טיפול בסוגיית הפוליטיזציה בדרך שקופה וגלויה ומבלי להשתמש במינוחים מעורפלים כמו 'שיקוף' או 'אובייקטיביות'.
- אין צורך בהקמת גוף חדש או בפגיעה במעמד בית המשפט העליון. למעשה, זוהי התמודדות עם מקצת החסרונות שנמנו לגבי בית המשפט לחוקה.

חסרונות:

- השתלטות השיח המשפטי על זה של נציגי הציבור.
- אין פתרון של ממש לסוגיית האמון היות ונציגי המיעוט יוסיפו להיות במיעוט בהכרעות החוקתיות.
- קיימים קשיים פרגמטיים בהכרעה כיצד למנות את נציגי הציבור בתוספת החסרונות שנמנו לעיל לגבי בחירה ייצוגית לבית המשפט לחוקה.

היעדר ביקורת שיפוטית (הוצג על-ידי פרופ' רות גבizon)

לפי הדגם הזה לא תימסר בידי אף מוסד הסמכות המהותית להכריז על בטלותם של חוקים. על כן, הדיון בדגם אינו נוגע להיבטים מוסדיים.

יתרונות:

- אין חברה בעולם שתשרוד אם כל האנשים שמפעילים בה סמכויות יהיו נתונים לבקורות משפטיות. דגם זה מהווה פתרון למשבר האמון בבית המשפט העליון (ראו לעיל).
- גם אם אין מפקידים את הסמכות לביטול החוקים בידי בית המשפט העליון, הוא עדיין ימשיך לפרש את החוק. הוא ייתן לחוק פשר משלו, שאיננו פשר מבטל אלא פשר משתתף.
- גם ללא ה'שוט' של פסילת החוקים, עדיין קיימים הרבה אילוצים פוליטיים-חברתיים שמסכלים חקיקתם של חוקים גרועים.
- תתאפשר התקדמות לקראת מהלך חוקתי כולל.

חסרונות:

- תיחלש ההגנה על זכויות האדם והמיעוט ואף תתמוטט. התפיסה של היעדר ביקורת היא תפיסה רומנטית.
- המושג 'שלטון החוק' משמעו שהחוק חל על כולם. אם אין אפשרות אפקטיבית לאכוף את החוק על המחוקק, המושג מתרוקן מתוכן.
- ביטול סמכותו של בית המשפט העליון לבטל חוקים של הכנסת, תהפוך את המחוקק (שלא תמיד הוא אמין ומהימן, ופעמים רבות הוא אינטרסנטי) לפוסק אחרון.
- מי שפוגע היום ביכולת להפעיל ביקורת חוקתית, ינסה מחר לפגוע גם בביקורת המינהלית (בג"ץ).
- אם המחיר להשגת חוקה הוא היעדר ביקורת שיפוטית ועמו אי-היכולת להבטיח הגנה על זכויות אדם – אין ערך למהלך כולו.



דגם 'חוק זכויות האדם' הבריטי [HUMAN RIGHTS ACT] [הוצג על-ידי פרופ' זאב סגל]

דגם זה משלב למעשה עקרונות מן הדגמים 'היעדר ביקורת שיפוטית' ו'בית המשפט העליון כדגם לביקורת שיפוטית'. הדגם מניח היעדר סמכות מהותית של בית המשפט להכריז על ביטול חוקים ומבכר סמכות של הצהרת 'אי-התיישבות' (incompatibility) עם הוראות החוקה שאיננה גוררת סמכות ביטול. הגוף המוסמך להכריז הכרזה זו הוא בית המשפט העליון. (גרסה אחרת היא הרכב ייחודי רחב של בית המשפט העליון, או כזה הכולל נציגי ציבור נוספים). הדגם מניח קיומה של שיטה ריכוזית.

יתרונות:

- היתרונות שנמנו לעיל לגבי היעדר ביקורת שיפוטית.
- סיכוי לשינוי התרבות הפוליטית.
- הסרה מסדר היום של התמיכה בבית משפט חוקתי, ובמקביל הגדל הסיכויים לכונן חוקה.

חסרונות:

- קיים הבדל בין התרבות הפוליטית באנגליה, שבה הפרלמנט אכן יפעל לפי הצהרת אי-התאמה, לבין התרבות הפוליטית בישראל, שבה הכנסת עלולה להתעלם מהצהרה כזאת.
- החסרונות שנמנו לגבי היעדר ביקורת שיפוטית.

ביקורת שיפוטית מקדמית בשלב החקיקה [הוצג על-ידי פרופ' מרדכי קרמיניצר]

דגם הקיים בצרפת, שעשוי להוסיף על דגמים אחרים בלי שהוא מיותר אותם. הוא מצדיק קיומה של סמכות מהותית להכריז על בטלות דבר חקיקה ראשית של הכנסת, אך במקרים נדירים בלבד. סמכות מוסדית תוענק לגוף הנבחר על-פי מפתח ייצוגי או פוליטי ושאיננו מורכב דווקא ממשפטנים. אין הכרעה הכרחית לגבי מידת ביזור המוסדות המוסמכים להכריע לגבי פסילת חוקים. הצהרה על אי-התאמה חוקתית של חקיקה ראשית, תחזיר את הנושא לפרלמנט. החלטה בדבר אי-התאמה חוקתית א-פריורית לא תמנע טענה לאי-חוקתיות בפני בג"ץ בהליך מאוחר יותר.

יתרונות:

- שמירה על מעמד הכנסת: שמירה על מעמד הכנסת והעלאת קרנה, בדרך של מזעור הסיכוי לביטול חוק על-ידי בית המשפט העליון, בלי לפגוע ישירות בבית המשפט. קיים הבדל בין פגיעה בכבוד הכנסת תוך הליך החקיקה לבין ביטול חוקים לאחר מעשה.
- העלאת קרנה של הפוליטיקה בעיני הציבור.
- מימוש הביקורת החוקתית תוך הליך החקיקה ולפני תחולת החוק, אינו כרוך באילוצים כמו איפוק, כבוד וריסון הקיימים בעת דיון בחוק שכבר התקבל. קיים הבדל משמעותי – לא פורמלי, אבל איכותי – בין ביקורת שיפוטית אבסטרקטית בשלב שבו עוסקים בנורמה שלא בזיקה לסכסוך משפטי מסוים, לבין ביקורת קונקרטית.
- סיכול האפשרות לחקיקת אישון-לילה פופוליסטית.
- הליך משפטי לבידור שאלות חוקתיות איננו תמיד ההליך המתאים. נחוץ גוף-מחקר של מומחים לחברה ולמדינה, שכולל בעלי השקפות עולם ידועות, מקצועות שונים, הבנות שונות, התנסויות משטריות שונות.

חסרונות:

- כפילות מוסדית מיותרת, כאשר שיטות הביקורת, שיקולי הביקורת והאזיון בין ערכים הוא זהה. לכאורה, קיים שוני מהותי שכן הביקורת המקדמית היא מופשטת ואילו הביקורת המאוחרת היא קונקרטית; עם זאת, השוני בין דרכי הביקורת אינו מצדיק הקמתו של בית משפט חוקתי מיוחד.
- שני גופים הדנים באותה מִטְרִיה, יוצרים יריבות לא רצויה. מועמדים יחששו להצטרף לגוף המוצע היות ומתח בינו לבין בית המשפט העליון, לרבות הפיכת החלטות של הגוף המוצע, יפגע במעמדם וביוקרתם.
- גוף פוליטי או בעל היבטים פוליטיים, המורכב לא רק משופטים אלא גם מנציגים של הרשות המבצעת ונציגים של הרשות המחוקקת – אינו יכול לשמש בתפקיד מכריע, ובוודאי לא כפוסק אחרון.



- מדובר בהתערבות לא דמוקרטית בהליכי חקיקה.
- מוטב לחזק את הכנסת באמצעות 'בית שני'.
- ייתכן סרבול הליכי החקיקה ואי-ודאות החוק עד שיושלם הליך החקיקה.

מסקנות

כינוס המועצה הציבורית בנושא 'דגמים לביקורת שיפוטית' עסק במגוון של סוגיות הקשורות בהיבטים מהותיים, פרוצדורליים ומוסדיים של החלת ביקורת שיפוטית. הכינוס התמקד בארבעה דגמים עיקריים של ביקורת שיפוטית (בתוספת שני וריאנטים). ארבעת הדגמים יוצגו להלן בדרך זו: תחילה יובאו פרמטרים לאפיון דגמים ווריאנטים של ביקורת שיפוטית, בחלוקה לשתי קבוצות עיקריות. הקבוצה האחת כוללת פרמטרים מהותיים, והשנייה כוללת פרמטרים מוסדיים. חלוקה זו נועדה להראות כי השוני בין הדגמים הללו איננו בהכרח בחירה שונה בתוך כל אחד מן הפרמטרים המוצעים, אלא רק בחלקם. דבר זה יקל על הצגת הטענות המצדדים בדגמים שהוצגו בכינוס. על כן, בתיאור כל אחד מן הדגמים, ייעשה ניסיון להתמקד במאפיינים הייחודיים לו, ביתרונותיהם ובחסרונותיהם. תיאור כל דגם הוא בהתאמה עם הפאנל הפותח של המועצה ועם חומר-הרקע שהוכן לקראת הדיונים. לאחר מכן יידונו הדגמים בהתאם לפרמטרים המוצגים כדי להימנע מחזרות וכדי לעמת בין הדגמים בנקודות המחלוקות העקרוניות ביניהם. יודגש, כי נייר זה מסתמך על הטענות שעלו במהלך ישיבות המועצה ואיננו מתיימר להקיף את הנושא מכל צדדיו.

אחד הגילויים המעניינים שמשותפי הכינוס התמודדו עמו, הוא ההבחנה בין ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל וביקורת שיפוטית על חוקיות חקיקה ראשית של הכנסת. הכינוס דן, עסק בביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים. כפי שיתברר מהדברים שיובאו להלן, חלק מן הביקורת על הדגמים שהוצגו נעוץ בכך שהם אינם מיועדים להתמודד עם הבעיה המטרידה של מה שמקובל לכנות 'אקטיביזם שיפוטי' של בג"ץ. בעקבות תובנה זו, טרם הצגת ארבעת הדגמים, יובהר פירוש המושג 'ביקורת שיפוטית' על שני היבטיו העיקריים.



פרמטרים לאפיון ביקורת שיפוטית

פרמטרים לאפיון ביקורת שיפוטית	היעדר ביקורת שיפוטית	דגם 'חוק זכויות האדם' הבריטי	בית המשפט העליון כדגם לביקורת שיפוטית	דגם 'אוף בית הלוז' – הרב ייחודי בבית המשפט העליון	בית משפט לחוקה כדגם לביקורת שיפוטית	ביקורת שיפוטית מקדמית בשלב החקיקה
נפקות ההכרעה כי חוק אינו מתיישב עם הוראות החוקה	אין	הצהרת אי-התאמה: המחוקק חייב לתקן את הטעון התאמה	בטלות/ביטול	בטלות/ביטול	בטלות/ביטול	החזרה לכנסת
המוסד המוסמך להכריז על בטלות	אין	בית המשפט העליון	בית המשפט העליון	בית המשפט העליון (עם הרכב ייחודי) (שאינם שופטים)	בית המשפט לחוקה שאינו מורכב משופטים	מועצה מייעצת
הרכב המוסד	אין	מקצועי א-פוליטי	מקצועי א-פוליטי	מקצועי א-פוליטי + נציגים פוליטיים / ייצוגיים / משקפים	אפשרות א': פוליטי אפשרות ב': ייצוגי/משקף	
קריטריונים למינוי (מיהות) (החברים)	אין	שופטים, משפטים	שופטים משפטים	שופטים משפטים + גיוון דיסציפלינרי	גיוון דיסציפלינרי (אפשרות קביעת קריטריונים בחוק מול אפשרות היעדר קביעה)	גיוון דיסציפלינרי, ייתכנו גם שופטים מכהנים
משך כהונה	בלתי מוגבלת	בלתי מוגבלת	בלתי מוגבלת	בלתי מוגבלת + מוגבלת	מוגבלת	מוגבלת
הגבלת עיסוק	יש	יש	יש	יש + נציגי ציבור נקראים "מאחרי המחרשה"	אפשרות הגבלת עיסוק מול אפשרות לפעילות חלקית	אפשרות הגבלת עיסוק מול אפשרות פעילות חלקית
שיטת הבחירה	אין	ועדה למינוי שופטים	ועדה למינוי שופטים	ועדה למינוי שופטים + ועדה (מייוחדת) (רי) בהמשך/וועדה למינוי שופטים (דגם) תוספת למנות גם נציגי ציבור	ועדה מיוחדת (פוליטית/כנסת) ראשי הקהל) או מגוון מקורות ממליצים (דגם) רשות השידור	שיטת הבחירה ועדה מיוחדת, דומה לוועדה למינוי שופטים (לאחר קבלת שמות ממגוון גופים ממליצים)
'זכות עמידה'	אין	רחבה	רחבה (בהתאם להלכות הקיימות)	רחבה בהתאם להלכות הקיימות/צרה ורק ברשות	רחבה (גישה חופשית לכל אדם) / צרה (קבוצות מסוימות בלבד)	רחבה (קבוצות אינטרס) / צרה (חברי כנסת)
עילות לפנייה למוסד	אין	אין	אין	אין / יש	ניתן לקבוע רשימת מקרים סגורה	חוקתיות חוקים בלבד
סוג הביקורת	לא משנה	קונקרטי	קונקרטי	קונקרטי	קונקרטי	אבסטרקטי
מועד הפעלת הביקורת		לאחר חקיקה (ביקורת אפוסטריורית)	לאחר חקיקה (ביקורת אפוסטריורית)	לאחר חקיקה (ביקורת אפוסטריורית)	לאחר חקיקה (ביקורת אפוסטריורית)	א-פריורית
מידת הסמכות לערוך ביקורת	דיפוזי/ריכוזי	ריכוזי	ריכוזי או דיפוזי	ריכוזי	ריכוזי	ריכוזי
ערכאות ערעור על החלטות שהתקבלו על-ידי ערכאות תחתונות	לא	לא	בדגם דיפוזי - כן	לא	לא	לא משנה



מהי ביקורת שיפוטית

ביקורת שיפוטית, משמעה בחינת חוקיות פעולותיהן של רשויות השלטון השונות ופיקוח על מידת התאמתן של מעשה שלטוני (בין מעשה של רשות מבצעת ובין מעשה של רשות מחוקקת, ובתנאים מסוימים גם גופים של הרשות השופטת) להוראות החוק המסמך ולערכי שיטת המשפט והמשטר.

ביקורת שיפוטית עשויה להתגלם בשתי צורות עיקריות:¹

א. בדיקת פעולה של גורם, בעיקר ברשות המבצעת (שר, רשות סטטוטורית, רשות מקומית או כל מי שהוסמכו להחליט ההחלטות מינהליות הנוגעות לפרט או לכלל), כדי להכריע האם הפעולה היא בתחום החוק או שהיא חורגת מן הסמכות שהוקנתה לרשות, ואם נשמרו דרכי ואופני הפעולה שהוצבו לרשות המבצעת האמורה בחוק או מכוחו. הרציונל לכך הוא כי בשיטה המשפטית הפועלת על-פי המתווה של שלטון החוק,² עקרון יסוד הוא כי הפעלתן של סמכויות חוקיות המוענקות לרשות כלשהי והנוגעות לפרט או לכלל, תוגדר, ובמידת הצורך אף תתוכם, וכי אופן יישומן יוכל להיבחן על-פי עתירה בביקורת שיפוטית כדי לוודא שהפעלת הסמכויות תואמת את הוראות הדין. המונח 'הדין' כולל לעניין זה גם חוקים רגילים וגם חוקים חוקתיים, חוקי יסוד.

הלבוש העיקרי של ביקורת שיפוטית מסוג זה מתבטא בפעולותיו של בית המשפט הגבוה לצדק (בג"ץ), שאליו רשאי לפנות בעתירה אדם שעונה לתנאים שהדין קבע ואשר סבור כי פעולה זו או אחרת של רשות שלטונית או סטטוטורית אינה על-פי הדין. בעניין זה פועל בג"ץ בעיקר לפי הוראותיו של חוק יסוד: השפיטה, הקובע³ כי בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, מוסמך לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקדיהן או לגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים לפי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין, להימנע מלפעול.

ביקורת שיפוטית מסוג זה נוגעת בעיקר בחיי היום-יום בפעולות המינהל השלטוני, ולא בפעולות חקיקה ראשית. היא בוחנת את סמכויותיהן של רשויות, כגון שיטת החקירות של השב"כ, את פרשת קציר,⁴ או זכויות עצירים.⁵

במסגרת המתוארת לעיל בודק בית המשפט על-פי עתירה גם חקיקת-משנה שהתקינו שרים או רשויות מקומיות או רשויות אחרות, כדי לראות אם נשמרו גבולות הסמכות שהותוו לרשויות הללו על-ידי המחוקק הראשי. כן נכללת במשבצת זו ביקורת שיפוטית במקרים שבהם מפעיל הפרלמנט עצמו החלטות שאינן חוק, אך הן מעוגנות בחקיקה, כגון חסינות של חברי הכנסת. שהרי ככל רשות שלטונית, גם המחוקק כפוף לחובה לקיים את החוקים שחוקק. אם הגוף המחוקק המוסמך קבע בחקיקתו הגבלות או תחומים שינחו ביישום חוקים רגילים או בהפעלתם, גם המחוקק חייב בכיבודם.

בג"ץ גם מוסמך לדון כללית בעניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר.

ב. בדיקת התאמתה של חקיקה ראשית רגילה לנורמות המנחות אשר הוגדרו בחוקי היסוד – הביקורת השיפוטית הזו בודקת את החוקתיות, קרי את ההתאמה לעקרונות החוקיים,⁶ ובעיקר החוקתיים, של חקיקה ראשית רגילה של הכנסת. בשיטה המשפטית הישראלית, מתבטא הדבר בסוגיית היקף תחולת הוראות סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו או סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק. סעיף 8 האמור, המכונה 'סעיף ההגבלה', קובע כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק היסוד האמור אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת שבו."

שאלת התאמתה של חקיקה רגילה לגבולות ולתנאים שהותוו בסעיף 8 הנ"ל היא נושא מהותי של ביקורת שיפוטית. סמכות זו הופעלה הלכה למעשה מאז שנת 1992 רק פעמיים – פעם בעניין יועצי השקעות ופעם בעניין תקופת המעצר של חיילים. זאת, להבדיל מן הביקורת השיפוטית על פעולות המינהל השלטוני, שתוארה בסעיף אי' לעיל, שהיא תדירה מאוד ונפוצה מאוד (בג"ץ).

תוצאה נגזרת של הפעלת ביקורת שיפוטית כמתואר, היא צורך בפרשנות החוק, לרבות פרשנות חוקי היסוד, גם בלי התערבות בפועל בחקיקה ראשית, או בפעולות, או בחקיקת-המשנה של הרשות המבצעת. כדי לבחון חוקתיות ושמירה על תחומים מותרים

על-פי הדין, מתחייבת בהכרח פרשנות של החוק, תוכנו ומובנו, כגון מהו כבוד האדם, מה כולל חופש העיסוק וכדומה.

הרציונליזציה של הביקורת השיפוטית מתבססת על עקרון ה-ultra vires (דהיינו, מניעת חריגה מסמכות). הכוונה היא למניעת חריגה מן הכוונה והתכלית של החקיקה הפרלמנטרית. בתי המשפט פועלים לפי תזה זו כמעין שומרי הגבולות שהותוו על-ידי הפרלמנט, גם כלפי הפרלמנט עצמו. הצידוק החוקי לביקורת השיפוטית הוא בכך שבית המשפט מיישם את התכלית הגלומה בחוק היסוד. הרציונל שלה הוא בכך שהמחוקק, קרי הכנסת, התכוון להתוויית דרך ואופן מוגדרים של הפעלת הסמכות, ושהביקורת השיפוטית מתבצעת בהקשר החוקי הקונקרטי האמור. בכך מנוטרלת הטענה של פגיעה כביכול בריבונות הפרלמנטרית. רואים את החקיקה של הפרלמנט, בין בתחום החוקי הרגיל ובין בתחום של החקיקה החוקתית, כמי שנושאת עמה את התכלית של החלת עקרונות הצדק וההגינות שמופעלים בדמוקרטיה חוקתית. בתי המשפט הם שמופקדים על ההפעלה או על ההגשמה הפרטנית של כוונת המחוקק. בית המשפט מפקח על הגשמת התכלית החקיקתית של בית הנבחרים.

נוסף להצדקת הביקורת השיפוטית מתוך תחום הנראה לכאורה פורמליסטי, שהוא החריגה מן הסמכות כפי שתוחמה על-ידי המחוקק הראשי, מבססים מלומדים של העת האחרונה את הביקורת השיפוטית על תפיסות חוקתיות ערכיות. תפיסות אלה מציבות דגש על אפיונו של הדגם השלטוני הדמוקרטי כמשטר שאינו מבוסס רק על שלטון הרוב, אלא גם על הגבלת כוחות השלטון. יש זכויות של הפרט אשר בהן גם בית הנבחרים אינו רשאי לפגוע. בהתאם לרציונל זה, על בתי המשפט להתקדם לעבר קני מידה שהם מעל ומעבר לעיקרי הגינות כלליים ומעבר להשלטת הדין הפורמלי כפשוטו. בדמוקרטיה, התכלית היא ההגנה על זכויות הפרט מפני התערבות ממשלתית בלתי הוגנת.

פרמטרים לאפיון ביקורת שיפוטית

הפרמטרים לביקורת שיפוטית נחלקים בחלוקה גסה לפרמטרים הנוגעים למהותה של הביקורת ולכאלה הנוגעים להיבטים המוסדיים והפרוצדורליים שלה. אף שקיים 'קשר גורדי' בין השניים, להקלת הדיון ראוי להבחין ביניהם.

1. הפרמטר הראשון לאפיון מהותי של ביקורת שיפוטית הוא **נפקותה המשפטית** של ביקורת זו. ההבחנה המרכזית מתקיימת בין הסמכות לפסול חקיקה ולהכריז על בטלותה, לבין היעדר סמכות כזאת, שכתוצאה ממנו אין הסמכה בשיטה מסוימת לבטל חקיקה ראשית. בתווך, ניתן לצייר דגמים שונים, בהם דגם הבטלות המוחלטת, דגם הנפסדות ודגם הבטלות היחסית,⁷ הצהרת בטלות והצהרת אי-התיישבות שאינה גוררת אחריה בטלות,⁸ הסמכה להעניק סעד דקלרטיבי של היעדר התאמה בין חקיקה ראשית והוראות החוקה שאין עמו נפקות משפטית, ואפשרות להשיב חוק שיש חשש לחוקתיותו לעיון מחודש של הכנסת תוך כדי מהלך חקיקה.

2. הפרמטר השני הוא **עצמאות הדיון בשאלה החוקתית**. אכן, פרמטר זה קשור ישירות להיבט המוסדי של בחירה בשיטה ריכוזית או דיפוזית, שיתוארו להלן, אולם הוא בעל חשיבות בפני עצמו. בהיבט זה ניתן להבחין בין אפשרות של תקיפה חוקתית רק על בסיס דיון אגבי בסכסוך קונקרטי המובא בפני בית המשפט, לבין אפשרות להעלות סוגיה חוקתית כשלעצמה ולבצע ביקורת שיפוטית אבסטרקטית. וריאנטים שונים בתוך כל אחת מן האפשרויות הם, למשל, מידת יזמתם של שופטים להעלות סוגיות חוקתיות מבלי שהדבר נטען בפניהם, והאפשרות לעכב הליך כדי להעביר את הסוגיה החוקתית האבסטרקטית או הקונקרטית להכרעת גוף מיוחד. מבחירה באחת מהאפשרויות האלה נגזרת גם ההבחנה בין האפשרות לתחום את הדיון בסוגיות חוקתיות לרשימה מסוימת של עילות,⁹ לבין מחויבות להידרש לכל סוגיה חוקתית אם היא מתעוררת אגב דיון משפטי אחר.

פרמטרים מוסדיים

1. הפרמטר המוסדי הראשון לאפיון ביקורת שיפוטית הוא **מידת הביזור** בהסמכה לבצע ביקורת כזאת. ההבחנה המרכזית מתקיימת בין שיטה ריכוזית, שבה מופעלת הביקורת על-ידי אורגן אחד שהוא בעל סמכות בלבדית להפעיל ביקורת שיפוטית, לבין שיטה דיפוזית, שבה הסמכות לביקורת שיפוטית מסורה לכל ערכאה, החל בערכאה הגבוהה ביותר וכלה בערכאה הנמוכה. רבים מן הפרמטרים הבאים הם פועל יוצא של הבחנה זו.

2. הפרמטר המוסדי השני הוא **מיהות האורגן המבצע את הביקורת**. בשיטה ריכוזית, מתעוררת השאלה האם הגוף המבקר הוא בית המשפט העליון או אורגן מיוחד למטרה זו. וריאנט-ביניים עשוי להיות כי הגוף המבקר יהיה בית המשפט העליון בתוספת 'שחקני חיזוק' חיצוניים או בהרכב ייחודי. שאלת מיהות האורגן המבצע את הביקורת מעוררת בהכרח את הצורך בבחירה בין אפשרויות בהתאם לשני פרמטרים נוספים, שהם **הרכב האורגן ופרוצדורת התפקוד** שלו.
3. סוגיית הרכב האורגן אמורה להתחלק לשלוש סוגיות-משנה: האחת **דרך המינוי**, השנייה **קריטריונים למינוי**, והשלישית **מידת הייצוגיות הנדרשת בתוך הגוף**. שתי אפשרויות-הקצה בהקשר זה הן הרכב מקצועי-משפטי הממונה על-ידי ועדה א-פוליטית, אל מול מינוי על-פי מפתח פוליטי או הרכב של נציגים שאינם משפטנים. כן ניתן לקבוע משך כהונה והגבלה על עיסוקים אחרים.
4. פרוצדורת התפקוד עשויה לכלול סוגיות, כגון 'זכות העמידה' בפני האורגן, חובתו לערוך ביקורת ומועד הגשת העתירות (א-פרוירית לחקיקה או א-פוסטריורית לה).

ארבעת הדגמים העיקריים שנידונו בכינוס הזעזעה הציבורית

להלן יתוארו בקצרה ארבעת הדגמים שהועמדו בפני משתתפי הכינוס, בהתאם לפרמטרים אשר הוצגו לעיל.

א. בית המשפט העליון כדגם של ביקורת שיפוטית (הוצג על-ידי הנשיא אהרון ברק)

דגם הביקורת השיפוטית המתבצעת על-ידי בית המשפט העליון הוא הדגם הקיים היום במדינת ישראל, בהסתמך על 'הלכת בנק המזרחי', שיושמה הלכה למעשה פעמיים עד היום, בעניין חוק יועצי השקעות ובעניין החוק העוסק בתקופות המעצר המותרות של חיילים (עניין שגיא צמח). דגם זה כולל שלוש זדוֹת מרכזיות, אשר עמדו לדיון:

1. הצדקת סמכות מהותית להכריז על בטלות דבר חקיקה ראשית של הכנסת – בניגוד לדגם גביוֹן ובמשותף עם דגם בית המשפט לחוקה.

2. הצדקת הסמכות המוסדית של מוסד המורכב ממשפטנים בלבד, והנבחר בדרך א-פוליטית באמצעות הוועדה למינוי שופטים, לעשות כן – בניגוד לדגם בית משפט לחוקה (ובמידה מסוימת לפי דגם הביקורת המוקדמת).

וריאנט על הצעה זו היה הוספת נציגי ציבור, בהתאם למפתח מסוים, אל הרכב בית המשפט העליון בשבתו בעניינים של ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים. במצב כזה, קטנה האבחנה בין דגם בית המשפט העליון ודגם בית המשפט לחוקה.

3. מידת הביזור של סמכות הביטול. בהתאם להלכה הנוהגת היום, כל בית משפט אשר בפניו מתעוררת שאלה חוקתית, מוסמך להכריז על בטלותו של חוק. כלומר, מדובר בשיטה של ביקורת שיפוטית דיפוזית, המאפשרת לכל אינסטנציה משפטית לעסוק בשאלות חוקתיות ולהכריע בהן. מול השיטה הקיימת, הועמדה האפשרות לרכז את סמכויות הביצוע של ביקורת שיפוטית בידי בית המשפט העליון בלבד ולהוציאן מידי מערכת בתי המשפט הרגילים.¹⁰ הכרעה לטובת שיטה ריכוזית תהפוך פרמטר זה לשווה בשני הדגמים, דגם בית המשפט העליון ודגם בית המשפט לחוקה. הכרעה לטובת שיטה דיפוזית תהווה מאפיין ייחודי לדגם בית המשפט העליון.

ב. בית משפט לחוקה כדגם של ביקורת שיפוטית (הוצג על-ידי פרופ' קלוז קליין)

כמו הדגם הקודם, גם דגם זה כולל שלוש נְדוֹת מרכזיות אשר עמדו לדיון:

1. הצדקת סמכות מהותית להכריז על בטלות דבר חקיקה ראשית של הכנסת – בניגוד לדגם גביון ובמשותף עם דגם בית המשפט העליון.
2. הענקת הסמכות המוסדית לגוף הנבחר על-פי מפתח ייצוגי ושאינו מורכב דווקא מאנשי משפט בלבד – בניגוד לדגם של בית המשפט העליון (ובהתאמה מסוימת לדגם הביקורת המוקדמת). וריאנט על הצעה זו היה שילוב שופטי בית המשפט העליון בתוך בית המשפט לחוקה, או בחירת נציגי בית המשפט לחוקה באמצעות הוועדה למינוי שופטים. במצב כזה, קטנה האבחנה בין דגם בית המשפט העליון ודגם בית המשפט לחוקה.

3. הנחה א-פריורית לגבי עדיפות הביקורת השיפוטית על-פי שיטה ריכוזית בלבד.

ג. היעדר ביקורת שיפוטית (הוצג על-ידי פרופ' רות גביון)

דגם זה מתייחס אך ורק לפרמטר המהותי של נפקות הביקורת השיפוטית ומציע כי לא תימסר בידי אף מוסד הסמכות המהותית להכריז על בטלות חוקים. על כן, הדיון בדגם התמקד למעשה בשאלת הצדקת קיומה של ביקורת שיפוטית והוא איננו נוגע בהיבטים מוסדיים.

ד. ביקורת שיפוטית מקדמית בשלב החקיקה (הוצג על-ידי פרופ' מרדכי קרמניצר)

דגם הביקורת השיפוטית המוקדמת מהווה דגם-ביניים משום שאיננו מתייחס ישירות לאפשרות פסילת חוקים על-ידי אינסטנציה חיצונית לכנסת לאחר תום הליך החקיקה. דגם זה מוסיף ואיננו מייתר דגמים אחרים. הוא מצדיק קיומה של סמכות מהותית להכריז על בטלות דבר חקיקה ראשית של הכנסת, ואולם במקרים נדירים בלבד. בכך הוא דומה לדגם בית המשפט העליון לדגם בית המשפט לחוקה. תהליך הביקורת המוקדמת אמור להתבצע מוסדית על-ידי גוף הנבחר על-פי מפתח ייצוגי או פוליטי ואיננו מורכב בהכרח רק מאנשי משפט. בכך הוא דומה יותר לדגם בית המשפט לחוקה. וריאנט אפשרי על הצעה זו היה לכלול שופטים מכהנים של בית המשפט העליון בתוך הגוף המוצע.

דגם זה איננו מכריע הכרחית לגבי מידת ביזור המוסדות המוסמכים להכריע לגבי פסילת חוקים.

ה. שני דגמי-ביניים נוספים שהוצגו בכינוס המועצה הציבורית

1. דגם 'חוק זכויות האדם' (HUMAN RIGHTS ACT) הבריטי (הוצג על-ידי פרופ' סגל)

דגם זה משלב למעשה עקרונות מן הדגם של היעדר ביקורת שיפוטית ומדגם בית המשפט העליון.

הוא איננו מצדיק קיומה של סמכות מהותית להכריז על ביטול חוקים ומבכר סמכות 'הצהרת אי-התיישבות' עם הוראות החוקה שאיננה גוררת סמכות ביטול. בכך הוא דומה לדגם היעדר הביקורת השיפוטית.

הגוף המוסמך להצהיר הצהרה זו הוא בית המשפט העליון. ועל כן, בהיבט המוסדי, דגם זה זהה לדגם בית המשפט העליון. וריאנט על אפשרות זו הוא הרכב ייחודי של בית המשפט העליון, רחב מספרית או כזה הכולל נציגי ציבור נוספים.

דגם זה מניח קיומה של שיטה ריכוזית ומותיר את סמכות ההצהרה לבית המשפט העליון בלבד.

2. דגם 'אגף בית הלורדים' בתוך בית המשפט העליון (הוצג על-ידי פרופ' קלוד קליין)

דגם זה משלב עקרונות מן הדגם של בית המשפט העליון ומן הדגם של בית המשפט לחוקה.

הוא מצדיק קיומה של סמכות מהותית להכריז על בטלות חקיקה, ובכך הוא דומה לדגם בית המשפט העליון ולדגם בית המשפט לחוקה.

הגוף המוסדי המוסמך להכריז על בטלות חקיקה, לפי דגם זה, הוא בית המשפט העליון בהרכב רחב הכולל את שופטי בית המשפט העליון עם נציגי ציבור. אלה נבחרים על-פי מפתח ייצוגי או פוליטי ואינם משפטיים דווקא. כלומר, הדגם מנסה להימנע מפגיעה במעמד בית המשפט העליון, ובמקביל הוא מתייחס לגרעין הטיעונים המושמעים בדבר הצורך בייצוגיות בהכרעות חוקתיות.

דגם זה מניח קיומה של שיטה ריכוזית.

צורת הדיון

כאמור לעיל, הדגמים המוצגים אינם סותרים זה את זה בכל הפרמטרים המאפיינים ביקורת שיפוטית. לפיכך ייערך הדיון בדרך של הצגת היתרונות והחסרונות בבחירת הפרמטרים שונים.

ראשית-דבר יתמקד הדיון בפרמטר המהותי ויוצג עימות בין אפשרות קיומה של סמכות פסילת חוקים לבין הצדקת היעדר סמכות כזאת. עימות זה מבטא את נקודת המחלוקת בין דגם גביון והדגם הבריטי מחד גיסא, ובין דגם בית המשפט העליון ובית המשפט לחוקה מאידך גיסא.

לאחר מכן יוצגו היתרונות והחסרונות בבחירתם של פרמטרים מוסדיים שונים. כלומר, יוצגו העימותים הבאים:

- בין גוף הנבחר לפי מפתח מייצג/משקף/הטרוגני לגוף הנבחר לפי מפתח מקצועי;
- בין גוף המורכב ממשפטיים בלבד לבין גוף המורכב ממומחים במגוון תחומים;

● בין שיטת בחירה פוליטית לשיטת בחירה א-פוליטית של חברי המוסד המבקר.

שלושת טיפוסים העימותים הללו מבטאים, למעשה, את שלוש נקודות המחלוקת המרכזיות המבחנות בין דגם בית המשפט העליון הקיים ובין דגמים אפשריים לבית משפט לחוקה.

אחר כך יוצגו בקצרה ההצעות לגבי היבטים פרוצדורליים נוספים, כגון 'זכות העמידה'.

בשלב הבא יוצג דיון על מידת הביזור המוסדי הראויה בזיקה לביקורת שיפוטית. דיון זה רלבנטי לחידוד ההבחנה בין דגם דיפוזי לחלוטין לבין דגם בית משפט לחוקה או דגם בית משפט עליון כגופים יחידניים.

לבסוף יוצג דגם הביקורת השיפוטית המקדמית על יתרונותיו וחסרונותיו. הטעם להצגת הדגם בפני עצמו הוא העובדה שדגם זה איננו סותר חזיתית והכרחית אף אחד מן הדגמים שהוצגו לעיל, משום שהוא מתבצע במועד אחר ובאמצעות גוף ייחודי.

דיון שאיננו בחלל ריק

דיון בדגמי ביקורת שיפוטית המתאימים לשיטת המשטר ולחברה בישראל, איננו מתקיים בחלל ריק, בייחוד משום שבישראל נוהג הלכה למעשה דגם מסוים של ביקורת שיפוטית. לטענת הנשיא ברק, ואחרים, בשיטת משפט שבה קיים מוסד המוסמך לבצע ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק (וזה המצב בישראל כבר שנים אחדות), נחוצים נימוקים כבדי משקל במיוחד כדי לבטל את הביקורת הזאת ולשכנע בקיומה של חלופה עדיפה. כל שינוי מהותי או מוסדי מהווה מהפכה חוקתית חדשה, והנטל הוא על מבקשי השינוי.

לטיעון בדבר מעמדו של בית המשפט העליון כנכס יקר לחברה הישראלית, הסכימה גם פרופ' גביון, שקבעה כי "שופטי בית המשפט העליון, היצירתיות שלהם, המיומנות שלהם – כל אלה הם מן המעלה הראשונה. כל מי שמכיר שופטים של בתי משפט עליונים בארצות מערביות אחרות, רואה את האיכות הייחודית של בית המשפט העליון שלנו. זה כבוד למדינת ישראל. זה נכס."

פרופ' קרמניצר ופרופ' קליין, כמו גם ח"כ אופיר פינס-פז, טענו כי עצם העלאת הרעיון בדבר דגם בית המשפט לחוקה מהווה פגיעה בבית המשפט העליון.

פרופ' קרמניצר העמיק את הטיעון בקובעו כי המצב הקיים הוא הנפת חרב על צווארו של בית המשפט העליון, שתוצאתה האפשרית היא כי ההחלטות שבית המשפט העליון מקבל הן החלטות המושפעות מהאיום. ח"כ פינס טען כי "בוויכוח על בית משפט לחוקה, בוויכוח שמתנהל בכנסת, אני רואה את אותותיו של הוויכוח על התנהלותו של בית המשפט העליון, ואני מזהיר מפני העניין הזה... אני לא רוצה בית משפט עליון פשרן, אני לא רוצה בית משפט עליון שימתקפלי מול לחצים, אני לא רוצה בית משפט עליון שאפשר להלך עליו אימים. חלק מכורשר העמידה של בית המשפט העליון הישראלי תלוי במה שהחדר הזה יעשה, לא כרגע, אלא באופן כללי."

גם פרופ' גביון הסכימה כי הצעת חוק בית המשפט לחוקה בהיעדר חוקה מלאה היא "מסר לבית המשפט העליון... שאנחנו לא מרוצים, והמטרה שלה היא להיות חרב מתהפכת כדי שאתם לא תעשו, לא תמשיכו לעשות את מה שאיננו רוצים שתעשו." עם זאת, טענה פרופ' גביון כי בית המשפט הכניס את עצמו כשחקן פוליטי, מתייחסים אליו כשחקן פוליטי ומדובר במאבק בעל אופי פוליטי.

מנגד, טענה פרופ' גביון כלפי עצם השמעת הטיעון בהקשר זה, כי לדעתה השאלה העומדת לדיון היא כיצד החברה הישראלית משפרת את יכולתה, כחברה, לאמץ מנגנוני קבלת החלטות משותפים שיעזרו לה להתגבר על בעיותיה. בהצגה כזו של הדברים, סוגיית הפגיעה במוסד זה או אחר אם המצב משתנה, היא חשובה, אבל איננה קרדינלית.

השרה ציפי לבני טענה כי חשיבות הדיון בחלופות השונות היא קריטית דווקא בשל תהליכים שעוברים היום על בית המשפט ועל החברה הישראלית. לדעתה, היעדר דיון בשינוי מבוקר יגרום לכך ש"תהליכים ציבוריים שמתרחשים היום בשטח יביאו לשינוי שלו. שינוי לא מבוקר עלול להביא לתוצאה בעייתית יותר." פרופ' קרמניצר היה שותף לדעה שהיעדר דיון בשינויים נחוצים יכול להסתיים בריסוק איברים של חקיקת היסוד ובית המשפט גם יחד.



הפרמטר המהותי: סמכות ביטול חוקים - דגם בית המשפט העליון ודגם בית המשפט לחוקה, מול דגם היעדר ביקורת שיפוטית ודגם הצהרת אי-התיישובות

בכינוס עלו לדיון שלוש הצעות לגבי סמכות מהותית של ביטול חוקים של הכנסת.

1. מתן סמכות לבטל חקיקה ראשית (בהתאם לדגם בית המשפט העליון, בהתאם לדגם בית המשפט לחוקה, ובמקרים קיצוניים – בהתאם לדגם ביקורת שיפוטית מקדמית).
 2. אי-מתן סמכות לבטל חקיקה ראשית (להלן 'דגם גביון').
 3. הענקת סמכות לבית המשפט להצהיר הצהרת אי-התיישובות (להלן 'הדגם הבריטי').
- להלן הטיעונים שעלו ביחס לכל אחת מן ההצעות, בלוויית אזכור החסרונות מול היתרונות.

1. הצדקת מתן סמכות לבטל חקיקה ראשית (על-ידי בית המשפט העליון או בית המשפט לחוקה)

א. טיעון שלטון החוק כבסיס להצדקת סמכות פסילת חוקים

המושג 'שלטון החוק' משמעו שהחוק חל על כולם. אם אין אפשרות אפקטיבית לאכוף את החוק על המחוקק, אין לנו שלטון החוק. יתרה מזאת, תפיסת הדמוקרטיה כצורת משטר מורכבת שמנסה לקבל אחריות כלפי הציבור ולפתח מנגנונים שונים של קבלת החלטות המגנים על אינטרסים נוספים, בין השאר זכויות מיעוטים – היא הנותנת שאם אין ביקורת שיפוטית על המחוקק, אין דמוקרטיה אלא עריצות הרוב.

ב. טיעון היעדר הבקרה על הרשות המחוקקת בהיעדר ביקורת שיפוטית

למעשה, המחלוקת בשאלה זו נובעת מהערכה שונה של המצב במדינת ישראל, כלומר מתפיסה שונה לגבי מסוגלותה של הכנסת לתפקד בהתאמה לחוקה ללא שוט של פסילת חוקים. המחלוקת בהקשר זה משותפת לדגם היעדר ביקורת שיפוטית ולדגם 'הצהרת אי-התיישובות'.

הנשיא ברק טען כי הכנסת לקחה ברצינות את חובתה לקיים את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. כל הצעת חוק נבדקת היטב לאור חוקי היסוד

ופסקת ההגבלה. החוקים שהתקבלו מאז 1992 רגישים לזכויות האדם. "הדבר אינו נובע מחוש האיפוק של הישראלים, אלא מעבודתה הטובה של הכנסת אשר לקחה את חובתה החוקתית ברצינות. היא עשתה כן בעיקר בשל קיומה של ביקורת שיפוטית. אכן קיומה של ביקורת שיפוטית מפיח חיים בחוקה. בלעדיה היא נשארת מסמך פוליטי שהרשות המחוקקת מתחשבת בו אם היא רוצה בכך ואינה מתחשבת בו אם אינה רוצה בכך. הביקורת השיפוטית היא שמחייבת לקחת את החוקה ברצינות."

ח"כ אופיר פינס-פז טען כי יש רק קומץ של פוליטיקאים בכנסת שבאמת יש להם היכולת והנכונות לשיקול דעת שהוא מעל השיקול הפוליטי, האינטרסנטי, המיידי שהם מייצגים. לכן נטרול כל יכולת לביקורת שיפוטית או ביטול חוקים הוא נטרול בעייתי. כלומר, "ביטול סמכות בית המשפט העליון לבטל חוקים של הכנסת, משאיר את המחוקק, שלא תמיד הוא אמין, לא תמיד מהימן, שהוא יצרי ואינטרסנטי, בלי בקרה אפקטיבית."

השופט שמגר טען גם הוא כי לא יכול להיות הסדר שמבטיח את הזכויות המוגדרות בתוך חוקה כלשהי, בלי שקיים גורם מפקח. הטבע האנושי איננו בנוי על-פיקוח עצמי, ולכן: "עם כל הסימפטיה שיכולה להיות לי...אני לא רואה איך יהיה הסדר חוקתי שבו יהיו נורמות שצריך לכבד ושכאשר מפירים אותן, עולה השאלה מה עושים לנתקלים במבוי סתום. אני יודע שאפשר לכתוב מאמרים בעיתון, אפשר לפנות לאומבודסמן, שיש גם בכנסת ועדה לתלונות הציבור. אבל כל אלה אינם אפקטיביים מכיוון שהגורם היחיד היום שיכול לתת צווים ולהורות שינהגו בדרך אחרת הוא בית המשפט."

עו"ד חיים צדוק טען טענה זהה ביחס להצעה המבוססת על הדגם הבריטי. לדעתו, במציאות הישראלית, במובחן מזו הבריטית, הפרלמנט יתעלם מהצהרה כזאת. "אני לא יכול לתאר לי מצב באנגליה שבית משפט, בית הלורדים, האינסטנציה הגבוהה ביותר, יצא בהצהרת אי-התיישבות והפרלמנט יתעלם מזה ולא ינקוט שום פעולה. משום שזוהי התרבות הפוליטית האנגלית... ההבדל נעוץ בהבדל בין התרבות הפוליטית באנגליה, שם הפרלמנט יפעל לפי ההצהרה הזו, ובין התרבות הפוליטית שלנו, שלא רק שלא יפעלו לפיה, אלא יגידו לבית המשפט 'מי אתם בכלל, מי שמכם, אנחנו חוקקנו חוק, אנחנו נציגי העם, והחוק הזה יעמוד, ואנחנו לא נשנה אותו'."



הנשיא אהרון ברק טען כי "ישראל איננה אנגליה. המושג It is not done קיים באנגליה ולא אצלנו. אנגליה לא שקלה ביטול ביקורת שיפוטית קיימת, אלא הנהגת ביקורת שיפוטית במקום שזו אינה קיימת על-ידי בתי המשפט האנגליים. להצהרת נון-קונוקטביליטי כזאת יש שיניים באנגליה. להצהרה כזו אין שיניים בישראל."

כנגד טיעון זה טענה פרופ' רות גביזון כי נכון שהמחוקק נשאר בלי בקרה של מעשה בית משפט, אבל לא נכון שהמחוקק נותר בלא בקרה אפקטיבית. לדעתה, יש הרבה מאוד אילוצים פוליטיים-חברתיים המונעים העברת חוקית גרועים. אכן, היא מודה, יש אילוצים פוליטיים במדינת ישראל המונעים העברת חוקים טובים, אבל מאחר שאיש איננו מציע כי בית המשפט יעביר גם את החוקים הטובים, הבעיה איננה יכולה להיפתר.

לטענת פרופ' אריאל בנדור, גם אם יש גורסים ש"בתרבות הפוליטית שלנו זה לא ילך", ראוי לזכור כי תרבות פוליטית איננה מששת ימי בראשית, אלא חלים שינויים, וגם בשיטה שלנו חלו בעבר שינויים.

ג. טיעון קיומה של ביקורת שיפוטית בדמוקרטיה מערבית

הנשיא אהרון ברק טען כי די בעובדה שברוב המדינות הדמוקרטיות קיימת ביקורת שיפוטית בכדי להצדיק ביקורת שיפוטית. לדעתו, "מה שתופס, קיים ומשגשג בכל העולם הדמוקרטי, ראוי לו שיתפוס, יתקיים וישגשג גם אצלנו. אין כל ייחוד לחברה הישראלית המבחין אותנו בעניין זה משאר העולם הדמוקרטי. אכן העולם הדמוקרטי למד את לקחיה של השואה. אחד הלקחים החשובים – ויש על כך ספרות ללא סוף – היה הצורך לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ובכך להטיל מגבלות על כוחו של הרוב. יהיה זה טראגי אם דווקא מדינת ישראל היא זו שלא תפיק את הלקח הזה."

אגב, טענת החוקתיות בגרמניה הוויימארית היא בעייתית כי החוקה הגרמנית דאז אפשרה השעיית החירויות במצבי חירום, כפי שהוכרז אחרי שרפת הרייכסטאג.

כנגדו טענה פרופ' רות גביזון כי הטענה איננה נכונה. כראיה, ציינה את ההסדר הבריטי כפתרון של החלטה מודעת להימנע מלתת לבית המשפט בבריטניה סמכות לבטל חוקים למרות קיומו של בית הדין האירופי. כן העלתה את ההסדר בניו-זילנד, שבו נקבע מפורשות בחוק זכויות האדם

כי אין לבית המשפט הסמכות לבטל חוק שאיננו מתיישב עם חוק זכויות האדם, ואת אי-ההצלחה לכונן מגילת זכויות אדם באוסטרליה בשל התנגדותן של קבוצות להעברת כוח של ביקורת שיפוטית אל בתי המשפט.

ד. הרשות השופטת היא המתאימה מכל הרשויות לבצע ביקורת שיפוטית, ועל כן אין להוציא סמכות זו מידיה

השופט אליעזר ריבלין הזכיר כי הרשות השופטת, כרשות שאין לה חרב ולא ארנק, איננה מסכנת את מעמד הרשות המבצעת וגם לא את מעמדה של הרשות המחוקקת. על כן, ראוי שהיא תבצע את הביקורת השיפוטית הכוללת פסילת חוקים.

2. הצדקת דגם היעדר ביקורת שיפוטית של פסילת חוקים

א. ביקורת שיפוטית פוגעת בשלטון הרוב והטיעון המג'וריטני

צידוד בטיעון זה כבסיס לביטול ביקורת שיפוטית לא הועלה בכינוס. עם זאת, הנשיא אהרון ברק טען כי העימות אינו בין השופט המבטל חוק לבין הפרלמנט שחוקק אותו. העימות הוא בין החוק שחוקק הפרלמנט לבין החוקה.¹¹

כן טען הנשיא ברק כי יש להציב גבולות גם לריסון-יתר של הרוב. זאת, באמצעות עיגון של דרך שינוי לא קשה במיוחד של החוקה עצמה, ובאמצעות הרחבת פסקת ההתגברות, המאפשרת חקיקה בניגוד לחוק יסוד: חופש העיסוק, לעבר כל חוקי היסוד. בכך ניתן בידי הרוב בכנסת הכוח להביא בדרך החקיקה הרגילה לתוצאה שאינה עולה בקנה אחד עם החוקה, תוך הגנה זמנית בפני ביקורת שיפוטית.

ב. במשטר דמוקרטי לא ניתן לקיים מערכת בקרות שהן אך ורק בקרות פורמליות, ומוטב ליצור אתוס חברתי של פעולת רשות כמנגנון המגביל פעילות-יתר שלה

לטענת פרופ' רות גביזון, אפשר שיהיה, וראוי שיהיה, ונכון שיהיה מאזן של בקרות שרק חלק ממנו הן בקרות פורמליות: "אין חברה בעולם שתשרוד אם כל האנשים שמפעילים בה סמכויות יהיו מבוקרים רק על-ידי בקרות משפטיות. מנגנון הבקרה שלנו על מנגנוני קבלת החלטות הוא מורכב, ויש הרבה מאוד קדקודים שאין עליהם ביקורת משפטית, וחלק

מהכוח של המערכת הוא בקיום המוגבל של קדקודים כאלה. אחד הקדקודים הבולטים שאין עליו ביקורת שיפוטית הוא בית המשפט העליון (ואינני מציעה שתהיה ביקורת שיפוטית על בית המשפט העליון). אבל היות ונחוץ לבנות את המוסדות שלנו בצורה כזאת שהאתוס של פעולת הרשות הוא חלק מרכזי של ההגבלה עליה, לכן בית המשפט העליון – ולפי דעתי הוא לא תמיד עומד בחובה הזו שלו – אמור לאכוף על עצמו את הנורמות שלו באמצעות איפוק. הייתי מציעה שניתן לכל הרשויות את הכבוד להתאפק ואת היכולת להתאפק ואת הידיעה שלפעמים, כשלא מתאפקים, אנחנו נצחק ואנחנו נפגין ואולי נצביע נגדם בבחירות הבאות. אבל אין זאת אומרת שנוכל גם לבטל כל פעולה כזאת בבית המשפט."

פרופ' רות גביזון הוסיפה וטענה כי את הסוגיות הערכיות המששעות את החברה הישראלית, חובה עלינו לפתור ברמת הקהילות וברמת הפוליטיקה. אין לעשות את קיצור הדרך ולהטיל את הדבר על בית המשפט כי הוא לא יכול לפתור את הבעיה. בית המשפט העליון האמריקני קיבל כמה החלטות נועזות בעניין השחורים והלבנים, אבל תרומתו ליחסי הלבנים והשחורים בארצות-הברית היא מאוד שנויה במחלוקת. יש כמה ספרים מרתקים בתחום מדעי החברה שבודקים את הנושא הזה ולפיהם קיצורי הדרך שניסו לעשות דרך בתי המשפט אולי שיבשו חלק גדול מהמנגנונים הנכונים יותר לטיפול בבעיה.

כנגד טיעון זה אמר **פרופ' מרדכי קרמניצר** כי השאלה שצריך לשאול היא מהו הדגם שבו מעניקים הגנה טובה יותר לזכויות האדם והמיעוט, ומהו הדגם שבו מחלישים את ההגנה הזאת או ממוטטים אותה. מהם הסיכונים שאליהם נחשף היחיד: "לבוא ולהגיד שבישראל נסתפק בהגנות הלא-פורמליות, שהציבור יוכל לצעוק עד לב השמים אם באמת תהיה פגיעה חמורה בחקיקה בזכות של הפרט או של מיעוט – דיבורים מסוג זה מחרידים אותי."

ד"ר עלי זלצברגר טען כי תפיסת גביזון היא "תפיסה רומנטית" ואין הוא מסכים עם ההנחה שלפיה "אם נניח את המצב ביקורת שיפוטית, הכנסת תתעשת, הרשות המבצעת תתעשת, והכול יבוא על מקומו בשלום. זוהי ראייה מאוד בעייתית."

ג. ביקורת שיפוטית מובילה לפיחות במעמדן של רשויות אחרות, בעוד שהכנסת אמורה להיות המעוז המרכזי של חברה מתוקנת

פרופ' רות גביזון טענה כי: "אני מתנגדת באופן עמוק לנטייה שלנו בזמן האחרון לבטל ולהקטין את הרשויות האחרות שלנו. לא פעם אני שותפה למיאוס שחש כל אדם בר-דעת למראה תפקוד הכנסת והממשלה, ועם זאת לא נעשה צדק למוסדות האלה אם לא נביט על פעילותם לאורך חמישים וכמה השנים הקשות האלה. על השאלה האם המוסדות האלה הניבו חוקים שהם קטסטרופות מבחינה מוסרית – התשובה היא לא. על השאלה האם יש החלטות קטסטרופליות של הממשלה, החלטות שאנחנו מתביישים בהן, מסוג ההחלטות שהביאו בחלק מהמקרים, משום שאושרו על-ידי בתי המשפט, להעברת הסמכות מבתי משפט רגילים (למשל בדרום-אפריקה) – אפשר להגיד בגאווה שהתשובה היא בינתיים לא. למה לא? מפני שרמת הדיון הציבורי ורמת הכנסת היא לא מוחלטת והיא לא מושלמת, היא רחוקה מלהיות תרבותית, היא מידרדרת, אבל היא עדיין המעוז המרכזי של חברה מתוקנת, ואצלנו היא שומרת עדיין על מחסום הבושה. בדמוקרטיה, המחוקק צריך להיות הרשות החזקה ביותר, והממשלה תהיה הרשות הנמרצת ביותר. וחוקה טובה צריכה לתת את האיזון הנכון בין בקרה, בין אנרגיה, בין יעילות, בין פתרון בעיות."

ד. ביטול הסמכות לבסול חוקים אין משמעה ביטול הסמכות לפרש חוקים

פרופ' רות גביזון טענה כי גם אם לא מעניקים לבית המשפט העליון את סמכות ביטול החוקים, הוא עדיין ימשיך לפרש את החוק. הוא ייתן לזה פשר משלו, אבל הפשר הזה לא יהיה פשר מבטל אלא פשר משתתף. **פרופ' קלוז קליין** טען כי היעדר ביקורת שיפוטית אין פירושו שלא קיימת ביקורת שיפוטית, אלא שהפרלמנט עצמו נותן כל הזמן את הפרשנות האוטנטית של החוקה.

פרופ' רות גביזון: "עד שלא נאמץ עמדה שמבחינה בין פעולה שיפוטית של הכרעה בסכסוך על סמך חוק קיים – תוך כדי פרשנות יוצרת והרחבה וכל הדברים החשובים שהם חלק מהגדולה השיפוטית – ובין הכרעה בעניינים ציבוריים שנויים במחלוקת; עד שלא נבחין בין שתי הפונקציות האלה ולא נניח את שתיהן לפתחו של אותו מוסד, לא נפתור



את הקשר הגורדי הזה. בית המשפט העליון במתכונתו היום, אסור לו שיתמודד עם השאלות הציבוריות הקשות האלה, כי בכך רק יחריף משבר האמון בו, תיפגע יותר הלגיטימיות שלו, ייפגעו יכולתו ויכולת החוקה למלא את התפקיד החיוני שעליהם למלא עבורנו, כלומר לתת לנו מסגרת משותפת של פעולה."

כנגד תפיסה זו טען ח"כ **אופיר פינס-פז** כי למעשה מדובר בתהליך של דומינו. לדעתו, מי שרוצה לפגוע היום ביכולת לביקורת חוקתית, ינסה מחר לפגוע בביקורת המינהלית. מי שאינם רוצים היום ביקורת שיפוטית על חוקה וחוקי יסוד, גם אינם רוצים בעצם ביקורת של בג"ץ. צריך להבין שמדובר בתהליך. הכנסת אינה מודאגת ביותר מיכולתו של בית המשפט העליון לבטל חוקים, כי בית המשפט העליון כמעט ואינו משתמש ביכולת הזאת. הבעיה העיקרית היא שלא תהיה אפשרות לפרש חוקים ולא לבטל חוקים.

גם ח"כ **ציפי לבני** השמיעה דברים ברוח זו. לדעתה, אם תכונן חוקה בהתאם להצעה זו, הכנסת תמשיך לחוקק חוקים, בית המשפט לא יוכל לקבוע שחוק שנוגד את החוקה בטל, אבל הוא ימשיך לתת פרשנות לחוקי הכנסת. "חלק מהביקורת או החשדנות היום כלפי בית המשפט העליון לא נובע דווקא מביטול חוקי הכנסת, אלא מהפרשנות שבית המשפט העליון נותן... למשל פסיקות שנויות במחלוקת של בית המשפט העליון בעת האחרונה, כמו בג"ץ קעדאן, בג"ץ קציר..."

פרופ' רות גביזון: "האמת היא שחוקים מטורפים לא נחקקים. נחקקים חוקים שמשרתים אינטרס של קבוצה אחת והם קטסטרופליים לקבוצה אחרת. כבר קרו מקרים כאלה גם במדינות אחרות, והם מסוג המקרים שמעוררים את הבעיות שלנו. יש כמה חוקים שרוב הנוכחים כאן יסכימו שהם חוקים גרועים מאוד, או חוק שהוא בעיני קטסטרופה, וזה סעיף 7(א) לחוק הבחירות לכנסת, שלפי לשונו אינו מאפשר בישראל פעולות שקטות של מפלגות ערביות לאומיות. באה מפלגה לאומית ערבית מוצהרת לבית המשפט העליון, והוא מצא דרך לתת פרשנות שמאפשרת לה לתפקד. אבל כבר במצב הקיים, בלי הסמכות לבטל חוקים, בא בית המשפט העליון ונתן פרשנות כזאת שרוקנה מהחוק הזה את החלק היותר בעייתי. זה תפקידו של בית המשפט, וכך הוא צריך להמשיך לפעול. יש מקרים נדירים שבהם חוק מאוד פוגעני נחקק על-ידי קבוצה גדולה באוכלוסייה שמעוניינת לאכוף אותו, ואז יש לנו בעיה אמיתית. הסיכוי שבמצב כזה בית המשפט יבטל את החוק 'שואף לאפס', בכל בית משפט

בכל מדינה. בית המשפט העליון שלנו לא יבטל את חוק נישואין וגירושין למרות שהוא חוק רע. הוא לא יבטל אותו והוא שמח שמאפשרים לו כל הזמן 'לרדת מהסולם' ושעושים פה שמירת דינים, מפני שהוא מבין שמבחינה פוליטית הוא לא יכול לבטל אותו. בית המשפט, שמבחינה חוקתית לא הייתה לו בעיה, לא העז לבטל את צו הגירוש של 415 פעילי החמאס. הוא לא העז מפני שהוא הבין שבמצב הפוליטי דאז, פירוש הדבר היה 'לתת סטירת לחי' לממשלת ישראל, וזה איננו קביל מבחינת היחסים בין המוסדות. המגבלות על הגופים האלה הן לא מגבלות משפטיות, אלא מגבלות משטריות, נורמטיביות כלליות. אי-אפשר להציל אומה מעצמה. בית משפט לא יכול לעשות זאת. מה בית המשפט כן יכול לעשות וחשוב שיעשה? הוא יכול לקבוע ערכים, הוא יכול להגיד שאתם פה מתנהגים באופן שמנוגד לערכים האמתיים שלכם, וכשהוא פורט על נימה אמיתית, הוא מאוד מצליח. בית המשפט העליון שלנו השיג לנו הישגים יפים מאוד, חלקם פחות שנויים במחלוקת, חלקם יותר שנויים במחלוקת, אבל אף אחד מהם לא הצריך ביטול של חוק... כולנו הסכמנו שחלק מהבעיה של בית המשפט העליון איננו הסיטואציות אלא הרטוריקה, גם בפסיקות וגם מחוץ לפסיקות. אם בית המשפט ימקד את המאמצים שלו בפסיקות ולא בשיח, זה יהיה תהליך של למידה מחדש. אבל למה אני חושבת שטוב לפגוע קצת בבית המשפט העליון? כי אז בית המשפט יצטרך לוותר על משהו, שהרי אם הדברים היו נפלאים כל כך כמו שתיאר אותם אהרון ברק, לא היינו מתכנסים פה. יש לנו פה הרבה חוקים רעים. למשל, חוק הנישואין והגירושין פוגע בזכויות האדם של חלקים גדולים מאוד בציבור הישראלי. הגיע הזמן שנתעשת ונתקן את החוק הזה. הקריאות בכיוון הזה באות גם מתוך המגזר הדתי. עלינו לזהות את הבעיות שלנו, ובמקום שיש חוקים רעים, לתקן אותם. אני לא יכולה לחשוב על אף חוק רע שטוב יותר שיבוטל על-ידי בית המשפט מאשר שיבוטל על-ידי הכנסת. יכול להיות מצב מאוד חריג שבו אני אחשוב שטוב שבית המשפט יציל את הכנסת מעצמה, אבל קשה לי מאוד לחשוב על החוק הזה, למרות שיש הרבה חוקים במדינת ישראל שהייתי רוצה לשנות."

ה. נטילת כוח מבית המשפט העליון תרגיע את המערכת הסוערת בשל אקטיביזם-היתר של בג"ץ

פרופ' רות גביזון טענה כי הבעיה בבית המשפט היא הבג"ציות שלו. לדעתה, אם מוסד כבר נתון בעין הסערה, לא פותרים את מצבו בכך שמוסיפים לו סמכויות וכוחות, אלא בכך שמנסים לנהל דיאלוג יוצר.



תא"ל **מנחם פינקלשטיין** טען כי איננו מסכים שהרגעת המצב תושג בדרך של פגיעה פוליטיבית בבית המשפט העליון.

1. טיעון פונקציונלי פרגמטי - מהלך לחקיקת חוקה יוכל להתבצע רק אם תבוטל, בתוך ההסדר החוקתי, סמכות ביטול חוקים

לטענת **פרופ' רות גבizon**: "אנחנו מדברים על הזדמנות של עשיית חוקה. כדי להגיע לחוקה שתמלא את תפקידה, זאת אומרת שתהיה מסגרת משותפת לכולנו, החוקה הזו תצטרך לבטא את 'הקווים האדומים' של החלקים המרכזיים שלנו. נצטרך לשמוע מה יש לערבים בישראל להגיד על כך שהמדינה הזו מוגדרת כמדינה יהודית. נצטרך לשמוע בכובד ראש מה יש לחברים שומרי המצוות בתוכנו להגיד על הרגשתם שאין פה די כיבוד של חופש הדת שלהם ושל האינטרס שלהם לשיקוף הדתיות בפרהסיה הציבורית בישראל. נצטרך לשמוע את הדברים האלה ולתת להם ביטוי תוכני ומוסדי.

אם נלך בקו לפי הקו שהשתמע מדבריו של נשיא בית המשפט העליון, כלומר שהכול מצוין... מבחינה ציבורית פוליטית, פשוט לא נתקדם. כדי להתקדם... נוכל לתת מעמד שווה במגילת הזכויות שלנו לזכויות האזרחיות והפוליטיות ולזכויות החברתיות והכלכליות כי הפחד שלנו ממתן מעמד חזק לזכויות הללו הוא מפני הביקורת השיפוטית. אפילו נוכל לדחות את השאלות הקשות של הרכב בית המשפט העליון.

הרצון להגיע לפתרון מוסדי שמנציח או מסמל בעיני חלק מהציבור ערכים שהוא איננו מזדהה עמם, הוא בעייתי."

להצדקת הדגם הבריטי, טען גם **פרופ' זאב סגל** כי יתרונו של הדגם בכך שהוא מסיר מסדר היום את התמיכה בבית משפט חוקתי, ובמקביל מגביר את האפשרות לכונן חוקה. "כולנו יודעים שהתהליך הזה נעצר מאז שאמר מי שאמר שאפילו אם עשרת הדיברות יהיו חוק יסוד, הוא נגד. החוקה איננה מתקדמת, וזה יכול לקדם אותה. תישמר המסגרת של בג"ץ אפילו בהשמטת ביקורת חוקתית." כנגד דברים אלה טען **פרופ' מרדכי קרמניצר** כי "אם מחיר השגת החוקה הוא המחיר הזה, הוא איננו שווה את כל המהלך, כי מבחינתי, החשוב בדמוקרטיה הוא היכולת להבטיח את ההגנה על זכויות האדם והמיעוט. לכן לא ברור לי איך אפשר לוותר בקלות כזאת על מוסד שזה התפקיד העיקרי והמרכזי שלו."



ח"כ אופיר פינס-פז התנגד גם הוא לטענה כי אם יהיה נטרול של הביקורת השיפוטית, אפשר יהיה להמשיך ולחוקק חוקה. לדעתו, חוקה כזו תהיה כמעט חסרת תוכן, חוקה של ססמאות. כולם יתהדרו בססמאות משום שידעו שאיש לא מתכוון ליישם אותן או לפעול על-פיהן. **פרופ' אביעזר רביצקי** טען כי הסכמה מראש לחוקק חוקה כאשר ידוע ומוסכם לחוקק חוקים נגדה ומבלי שיהיה לבית המשפט הכוח לבטל את החוקים האלה, היא יותר מאשר הכלל "הלכה ואין מורים כן." חוקה כזאת תהא חוקה טהרנית, שאף אחד לא מתכוון אליה ברצינות בשל הידיעה כי ניתן לחוקק נגדה. כאשר ירצה מישהו בעוד עשר שנים לחוקק חוק ובית המשפט יבוא ויטיף לו מוסר, יגידו לו – מראש ידעת שייתכנו חוקים הסותרים את החוקה.

השופט מאיר שמגר טען כי לחוקה שמטרתה קביעת נורמות אשר מתייחסות לזכויות האדם, יש לא רק ערך חינוכי אלא גם ערך לגיבוש זכויות אשר ניתן לממש אותן. כלומר, לא מספיקה ההצהרה. "הדקלרציה היא חשובה, יש בה ביטוי ערכי ותורתי של הנושאים שמחשיבים אותם, אבל תמיד השאלה היא לא רק של האידאה, אלא גם של הגשמתה והשאלה היא באיזה מידה אנחנו יוצרים בסיס שתהיה אידאה ותהיה הגשמה אשר תגן הלכה למעשה על אדם אשר רוצה לממש את הזכויות שהמדינה מציעה לו. כוחה של מגילת זכויות הוא בכך שאדם יכול לבוא ולדרוש את פירעון החשבון. אינני רוצה לרוקן את ההצהרה הזאת (כלומר מגילת הזכויות) בתוך החוקה ולצמצם אותה למושג הצהרתי בלבד. אני מוכרח ליצור את האכסניה, את הכלי שמשרת את אלה שנפגעים בצורה זו או אחרת, ואלה יכולים להיות אנשים מכל הסוגים."

הפרמטר המוסדי: מיהות האורגן המבצע את הביקורת השיפוטית - בית המשפט העליון או בית משפט לחוקה

להלן יוצגו הטיעונים המבקרים את ההצדקה למסור סמכות פסילת חוקים לבית המשפט העליון כגוף לא ייצוגי, ולאחריהם הטיעונים המבקרים את ההצעה להקים בית משפט לחוקה שיורכב על-פי מפתח פוליטי כלשהו.

שתי ההצעות שהובאו בפני באי הכינוס היו אלה:

1. בית המשפט העליון, בהרכבו המקצועי, יוסמך לבטל חוקים.



2. בית משפט לחוקה, שיורכב על-פי מפתח פוליטי או ייצוגי, יוסמך לדון בפסילת חוקים. חשוב לציין כי המונח 'פוליטי' איננו זהה למונח 'ייצוגי', והמדובר אפוא בווריאנטים שונים של ההצעה. מפתח פוליטי משמעו הרכב הדומה להרכב הקיים בכנסת. מפתח ייצוגי משמעו הרכב הטרוגני של השקפות ודיסציפלינות, שנבחר בדרך שתוצג להלן בחלק העוסק בהרכב הגוף. בחלק הנוכחי לא נערכה הבחנה מדויקת בין שתי החלופות, בשל הקושי המתודולוגי שהיא מעוררת. עם זאת, ראוי להעיר כי לא כל הטענות המבטאים, למשל, חששות מפני פוליטיזציה, תקפים באותה המידה לגבי כל אחת מן ההצעות.

1. טיעונים בעד ונגד הצדקת תפקודו של בית המשפט העליון כמוסד מקצועי א-פוליטי המוסמך לבטל חקיקה ראשית

א. האם קיים שוני בין פסילת חוקים לבין כל פעילות שיפוטית אחרת, המצדיק מקצועיות בבעולות מסוימות וייצוגיות בבעולות אחרות

הנשיא אהרון ברק טען כי בית המשפט העליון עשה את מלאכתו נאמנה כל השנים בפרשנות החוק, ואין סיבה להניח שלא יעשה כן בפרשנות החוקה. ההיבטים הערכיים בעבודה השיפוטית זהים בכל אחד מהתחומים האלה. מדברים אלה עולה כי אין הבדל יסודי בין הפעולה השיפוטית של בית משפט בבואו לקבוע פסלותו של חוק, לבין הליכים אחרים שבית המשפט מקיים.

לעומתו, **פרופ' מרדכי קרמניצר** טען כי רוב ההוגים החוקתיים רואים הבדל עמוק ויסודי בין הפונקציות האלה. לא ניתן להשוות את סוג הטיפול הערכי הנעשה בכלל הפעילות השיפוטית, לזה שנעשה כאשר שוקלים חוקתיות של חוק. יתרה מזאת, אם אומרים שכל הפעילות השיפוטית, משמעה ערכיות, בכך עלולים להביא לפוליטיזציה של השפיטה כולה. "יש פעילות שיפוטית שיש בה חלק ערכי קטן, וזה מאפיין את כלל הפעילות השיפוטית, ויש פעילות שיפוטית ספציפית שיש בה חלק ערכי גדול במיוחד, וזוהי הפעילות השיפוטית שבה עסקינן, כלומר ביקורת שיפוטית על חקיקה. לכן מה שצריך לבדוק הוא איך צריך להיבנות המוסד שיוכל למלא באופן הטוב ביותר את התפקיד הזה, שבו יש מרכיבות וחשיבות לשקילה ערכית."

פרופ' קלוד קליין טען כי ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים היא במהותה שונה מכל פעילות משפטית אחרת. אכן, עקרונית אין הבדל גדול בין הכרעת בג"ץ האם איסור פתיחה או פתיחת תחנת דלק בשבת סותרת את פקודת העיריות, לבין הכרעתו בשאלה האם חוק שהתקבל סותר או לא סותר את החוקה. מבחינה אינטלקטואלית אפשר לומר שהכישורים הדרושים הם אותם הכישורים, אבל במקרה הראשון מדובר רק על רשות מינהלית ובמקרה השני מדובר על רשות פוליטית. אי-אפשר להתעלם מן העובדה שבמקרה השני, כאשר מבקשים לעשות את ההשוואה בין הנורמה הנמוכה לבין הנורמה העליונה, הנורמה העליונה היא הנורמה של המחוקק. הגם שהפעילות האינטלקטואלית היא אותה הפעילות, הממד הפוליטי שבה אחר וגדול יותר. והמסקנה היא כי "אם יש ממד פוליטי, לא נברח מן הדבר הזה, אלא דווקא נאמר שבתהליך מינוי השופטים יש מקום לרשות הפוליטית. התפיסה כאן היא שהשופטים הממונים על ביקורת שיפוטית על חוקים, לא זו בלבד שאינם טוענים שהם מנותקים מן הפוליטיקה, אלא יש להם קשר מסוים עם הפוליטיקה ושלדבריהם נותן להם את הלגיטימיות, בעיקר מול הפרלמנט."

ב. האם ראוי כי מוסד לא "יצוגי" יסומך לבטל חקיקת כנסת שהיא "יצוגית"

ח"כ שאול יהלום ואחרים טענו כי חקיקת הכנסת היא תוצאה של מעורבות, של פשרה, של השפעה, של דו-שיח בתוך החברה הדמוקרטית. לכן כל חוק צריך להיות, ואמור להיות, תוצאה של איזון חברתי דמוקרטי במדינת ישראל. "איננו מסכימים שמוסד חסר איזון דמוקרטי-חברתי, שעל-פי ההגדרה הוא כזה, יבטל חוקים שהתקבלו על-ידי מוסד שכולו איזון דמוקרטי." לדעתו, כאשר מחוקקים חקיקה ראשית של הכנסת, הייצוגיות מבטאת את רצון העם, את הדמוקרטיה: "נניח שמדובר בפשרה בין העשירים והעניים על גובה קצבת הביטוח הלאומי בעת זקנה; זה חוק של פשרה בין עשירים ועניים, ועכשיו אני מכניס אותו למבחנה, לבדוק אם הוא מתיישב עם החוקה. אם במבחנה הזאת לא יהיו די כוחות מקצועיים לבדוק כהלכה אם הוא אינו נוגד, אם לא יהיו במחנה מי שמייצגים את כלל השקפות העולם שבנו את החוק (נניח שיהיו במבחנה רק העניים), ברור שהם יפסלו את החוק כי החוק הוא פשרה בין עשירים ועניים; ולהפך. לכן אנחנו באים ואומרים שגם המבחנה צריכה להיות רצון העם באופן דמוקרטי."



השרה ציפי לבני טענה כי בית המשפט העליון יוצר תכנים של חוקה מכוח חקיקת היסוד הקיימת. אין חוקה בהסכמה, אלא יש חוקה בהסכמת שופטי בית המשפט העליון. הפסיקה של בית המשפט העליון איננה יכולה להחליף ציבורית וחברתית את החלטות הפרלמנט, שהוא אכן ייצוגי, וההבחנה בין בית המשפט העליון כסמכות מקצועית לבין הכנסת שאמורה לייצג חברתית וערכית את הציבור. "אני רוצה לעזוק את זעקת הכנסת, כי לפחות ברמה התאורטית זה איננו מצב נכון. יש בכך זילות של בית המחוקקים. לא מקובל עלי ללכת בכיוון הזה ולומר: הם לא מסוגלים, הם עסוקים בפוליטיקות הקטנות שלהם ולכן ניצור משהו אחר. ה'משהו' אחר, שגם לא נבחר על-ידי הציבור, רואה עצמו כטוב יותר וראוי יותר לקבוע מה הם הערכים הנכונים למדינת ישראל. זאת, בעוד שמי שמתפקידו לקבוע וגם לכוון את החוקה שדיברנו עליה, היא הכנסת."

קאדי אחמד נטור טען כי "יש משהו שמשחק במושגים ואומר: יש שקיפות ואין ייצוגיות. איזה מין משחק מילים הוא זה? הרי אנחנו צריכים באמת להרגיש שזה בית המשפט של כולם. אני רוצה לומר לכם שיש לי יותר מהרגשה כי בקרב האינטליגנציה הערבית יש היום שחיקה, אפילו מפולת, באמון שלה בבית המשפט העליון כשומר על זכויות המיעוטים וכמגן מפני אי-צדק ושררה... כל בית משפט שישמש בתפקיד הזה, מצופה שהוא ייצג באמת את התפלגות הציבור, שהשופטים המכהנים בו יהיו גם ערבים, גם נשים וכו'". לעומתו, **פרופ' עמנואל גוטמן** טען כי אם מתוך עשרה חברים בבית המשפט, שלושה הם ערבים, לא ישתנה שום דבר. גם לא תיפתר הבעיה החמורה יותר לדעתו, בעיית הריבוד הכלכלי-החברתי. **עו"ד שלמה גוברמן** טען במקביל כי חלוקת האינטרסים בציבור היא כל כך גדולה, שלעולם לא נוכל להגיע לשקיפות רציונלית של הדעות. **ח"כ מיכאל איתן** הדגיש את נושא ריכוז הסמכויות בהיבט זה. לטענתו "לא שמעתי מעולם שמתחו ביקורת במדינת ישראל על כך שנשיא בית המשפט העליון, שגם מעורב במינוי שופטים וגם מעורב במינוי הרכבים, מאפשרים לו עכשיו שההרכבים שהוא ימנה גם יפסלו חוקים של הכנסת. האם לא מדובר כאן בריכוז-יתר של סמכויות?"

הנשיא אהרון ברק הביע התנגדות כפולה לטיעון היעדר הייצוג. מחד גיסא, טען הנשיא, אסור לבית המשפט להיות גוף מייצג. מאידך גיסא, אף שבית המשפט איננו גוף מייצג, מכל מקום הוא גוף משקף.

"ממשיכים וטוענים כי לחוגים שונים אין אמון בהרכב האישי הקיים וכדי לספק את ביקורתם יש לשנות באופי ההרכב האישי. הגישה הזו אינה מקובלת עלי. המינויים לבית המשפט העליון מיום היווסדו היו מינויים ענייניים מריטוריים. המועמד הטוב ביותר זכה למינוי. לא היו אלה מינויים מפלגתיים, לא היו אלה מינויים פוליטיים. הגישה שביסוד המינויים לבית המשפט העליון היא כי בית משפט זה אינו גוף ייצוגי ושופטיו אסור להם לייצג את המפלגות בישראל. בכך נבדל בית המשפט מהכנסת. הייצוגיות המאפיינת את הרשות המחוקקת, שאף היא אינה שלמה בהרבה מקרים, אינה צריכה לאפיין את הרשות השופטת שבה שולט עקרון המקצועיות, האובייקטיביות והיכולת לשקף את המורכבות של החברה.

אכן בית המשפט העליון אינו גוף ייצוגי, הוא גוף משקף ושופטיו צריכים לשקף את המורכבות של החברה הישראלית, את הפלורליזם שלה. על כן לא נעשה מינוי של שופט שמייצג מפלגה יהודית דתית, אך תמיד נעשה מינוי של שופט, לעתים מספר שופטים, הבקאים במשפט העברי, שהרי איננו רק מדינה שערכיה דמוקרטיים, אלא אנו גם מדינה שערכיה יהודיים. השניוים החברתיים שעברו על ישראל וההכרה בה כמדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים השתקפו יפה בפסיקתו של בית המשפט העליון. תורת האיוונים שאימצנו אפשרה לנו להכיר בערכים השונים המשקפים את המורכבות של החברה הישראלית תוך איוון ראוי ביניהם. זוהי שיטה טובה וראויה, ואסור להחליפה בשיטה של מינויים פוליטיים."

ד"ר מנחם לורברבוים טען כי הוא מתנגד מהותית לטיעון הייצוג: "אני שואל זאת משום שהבעיה המרכזית בעיני היא בעיית הייצוג. מזווית הראייה של הצדק וגם כאדם דתי, אסור לייסד בית משפט ייצוגי: 'לא תכירו פנים במשפט', 'כקטון כגדול תשפוט', 'לא תגורו מפני איש כי המשפט לאלוהים הוא'. זו גם מצוות עשה וגם מצוות לא תעשה. מינוי שופט משיקולים ייצוגיים נראה לי בעיה מצפונית. אני יכול לראות בית משפט לחוקה שיש לו תפקיד של ביקורת, או חוקתית או קדם-חוקתית או אחר-כך, אבל אינני מסכים שמינוי היושבים בו יהיה על-פי קריטריון ייצוגי. ברגע שפועלים כך, הוא חדל להיות בית משפט בהגדרה. לכן הקריטריון הראשון שיש לדון בו הוא אם עיקרון של ייצוגיות מתיישב כל עיקר עם בחירת ההרכב של השופטים." **ד"ר פניה עוז-זלצברגר** טענה כי טיעון הייצוגיות נוגד את המסורת הקלאסית של הפרדת הרשויות. יתרה מזאת, היסטורית, הרשות השופטת, שלא כרשות המחוקקת, לא הייתה בנויה על שיקוף מספרי או סוציו-פוליטי של קבוצות הכוח השונות בעם.



ד"ר עלי זלצברגר טען כי במדינת-האם של מדינת ישראל, בבריטניה, יש מצב מאוד דומה. "המערכת השיפוטית היא אליטיסטית, הומוגנית, כולם גברים לבנים בוגרי אוקספורד וקמברידג', אין אף אישה ב-House of Lords, יש שתי נשים מתוך 45 שופטים ב-Court of Appeal והשלטון עבר מהאליטה השמרנית ללייבור, והנה אין תופעה דומה של מתקפות על המערכת השיפוטית כמי שמייצגת את 'האליטות הישנות' או את המיעוט החזק. למה אין תופעה דומה ויש, למעשה, תופעה הפוכה אחרי שהאצילו עוד יותר סמכויות לבתי המשפט במה שנוגע ל-Human Rights Act? אין תופעה הפוכה כי בעצם יש הסכמה על כללי המשחק."

השופט רובר בדנטר הזהיר כי היענות לטיעון של ייצוגיות תיצור מצב של שכפול הכנסת. במצב כזה לא יועילו הוראות חוקה מוצלחות, בהיעדר גוף שיוכל להגן עליהן בעת הצורך מפני ממשלה 'רעה'.

ג. פרשנות חוקתית היא בהכרח ערכית. כפועל ישיר מכך אין זה ראוי שהמוסד המחיל אותה יהיה לא "צוגי"

על כך טען **ח"כ שאול יהלום** כי כללי יסוד של דמוקרטיה, זאת אומרת תפיסת מוסר של המדינה, ומושגים כמו "תכלית ראויה" ו"אינה עולה על הנדרש" המצויים בחוקי היסוד, נובעים מהשקפת עולם, מעולם הערכים של השופטים. "תכלית ראויה" לא תיתפס בכל מקרה על-ידי כל שופט בצורה שווה: "בית המשפט העליון מייצג השקפת עולם, שמעולם לא נבחנה באמות מידה של השקפות עולם. מעולם לא מינינו שופטים על-פי המוסר שלהם, או היחס שלהם למיעוט. הייתי שנתיים חבר הוועדה למינוי שופטים, ומעולם לא ניסיתם לשכנע אותי לקבל שופט בנימוק שיש לו ערכים, השקפת עולם עם יחס למיעוטים. מינינו שופטים על-פי התפיסה ששופטים רגילים אינם עוסקים כל הזמן בערכים. דיברנו על יושר, כמובן, אבל בדרך כלל דיברנו על מזג שיפוטי, על פסיקה נכונה ומקצועית, על תכונות שאינן קשורות לערכים במובן שאנחנו מדברים עליהם."

פרופ' רות גביזון טענה כי "בחברה שסועה, מקוטבת, שיש בה מחלוקת עמוקה על ערכי היסוד שלה, על הציביליזציה שהיא שייכת אליה, על המתחים הפנימיים בין התרבויות בהן היא חיה – את החברה הזאת אנחנו בעצם מזמינים להפקיד סמכות של השמעת דעה אחרונה, לא סופית בהכרח אבל אחרונה, בידי גוף שמקור הלגיטימציה שלו איננו שהוא המנהיגים הרוחניים הדתיים המוסריים של מכלול חלקי החברה, אלא שהוא אנשי המקצוע הטובים ביותר. אין לי שמץ של פחד להפקיד בידי בית המשפט העליון את ההחלטות המשפטיות הקשות והרגישות

ביותר של החברה הישראלית. יש לי ספק האם אני כחברה רוצה להפקיד בידי בית המשפט העליון לא את ההחלטות המשפטיות הקשות והרגישות ביותר של החברה הישראלית אלא את ההחלטות הערכיות, החברתיות, הציבוריות הרגישות ביותר של החברה הישראלית היום. בשאלה החוקתית המרכזית הזאת, להגיד שהתפקיד של פירוש החוקה וביטול חוקים על סמך החוקה יינתן בידי גוף שממשיך להיות נבחר וממונה בדרך סופר-מקצועית, אבל שמנציחה הומוגניות עם כמעט וטו של הקבוצה עצמה – גישה זו מצריכה הצדקה."

ד. פסילת חוקים על-ידי גוף לא מייצג מובילה למשבר אמון במוסד המוסמך לעשות כן

אחד הנושאים המרכזיים שעלו תוך כדי הדיונים בכינוס היה סוגיית משבר האמון הציבורי בבית המשפט העליון, כגוף לא מייצג שערכיו אינם הולמים את הערכים שציבורים שונים מבקשים לראות כערכיה של מדינת ישראל.

ד.1. בפרשנות חוקתית בית המשפט מכתیب ערכים שאינם מקובלים על הכול

חלק ניכר מן הביקורת הושמע על-ידי חברים בעלי השקפת עולם דתית או חרדית.

פרופ' אלכס לובוצקי טען כי "במדינת ישראל שנמצאת עדיין בשלב הפורמטיבי שלה, בית המשפט נתפס בפירוש כמוסד המשמעותי ביותר שמוביל את מדינת ישראל להיות מדינה ככל הגויים. אולי ככל הגויים הנאורים, ככל הגויים הטובים, במובן הטוב של המילה, אבל ככל הגויים."

ח"כ נחום לנגסטל טען כי "יש אווירה שעולם הערכים שבית המשפט העליון מייצג, ערכים שנקראים מאוד ליברליים, למרות שאני חושב שהם מאוד לא ליברליים... יש מחשבה שבית המשפט העליון יושב ומכתיב את הערכים הללו..."

עו"ד עמרם מליץ טען כי "ככל שהחריפה התחושה שבג"ץ מסייע לקבוצה מסוימת ומוגדרת... ככל שתחושה זו חזקה בציבור החילוני, בית המשפט הקצין מבחינה דתית. ככל שהוא הקצין מבחינה דתית ערכית, הציבור החרדי, ולאט-לאט גם הציבור החילוני, איבד בו את האמון. כל עוד אינני יודע מי מפקח ומי מוסמך לפרש את החוקה, אני נגד הקמתו של בית משפט לחוקה."

הרב קרליץ אמר כי "עד כמה המשבר עמוק אפשר לראות מכך שאין פניות לבג"ץ מצד הציבור החרדי וגם לא מצד הדתי, וזה נובע מחוסר אמון."

ישראל הראל טען כי יש פרדוקס בעובדה שדווקא החוגים המגוונים מפני ביקורת המבוססת על טיעון היעדר האמון בבית המשפט, הם אלה שיוצאים חוצץ כאשר מדובר על מוסדות אחרים המבקשים להיות חסינים מביקורת ולבקר את עצמם, כגון צה"ל. לדעתו, הדבר נובע מכך שבית המשפט העליון ואותם חוגים שייכים כולם למילך אחד.

לעומת זאת, טען **השופט אילן שיף** כי משבר האמון המצויר איננו אמת. "כקורא עיתונים מצוי אני רוצה להביע הרהור בשאלה אם אכן בית המשפט העליון נמצא בבעיה מבחינת אמון הציבור. אני חושב שבמשאלי דעת קהל יש שני מוסדות שזוכים במשך כל השנים לאמון הגבוה ביותר בציבור הישראלי, ואחד המוסדות האלה הוא בית המשפט העליון."

פרופ' ירון אזרחי סבור כי משבר האמון המתואר איננו מבטא דווקא משבר אמון ערכי, אלא שחיקה מתמשכת בסמכותם המקצועית של שופטים לתת לגיטימציה להכרעותיהם. יש משבר במקורות הלגיטימציה של הכרעות מהסוג הזה בכל מדינה דמוקרטית היום, ויכול להיות שזה משבר בלתי פתיר. לא בטוח שהעברת סמכות ההכרעה לפוליטיקאים תפתור את המשבר.

ד"ר מיכאל קרייני טען כי הצגת משבר אמון בבית המשפט העליון דווקא מצד גורמים דתיים היא מפתיעה, שהרי ממיעוט היה ניתן לצפות שיגן על גוף המסוגל להגן על זכויותיו. לדעת קרייני, הסיבה האמתית לשימוש בטיעון משבר האמון "נובעת מהעובדה שכוחם הפוליטי עולה על כוחם המספרי. החשש שמא הכוח הזה ייפגע אם ניתן איזשהו כוח לבית המשפט העליון הופך את העמדה לאינטרסנטית יותר מאשר עניינית. אם נעמיד את המשפט העברי או את מורשת ישראל כהוראה עליונה בתוך החוקה בישראל, נדמה לי שמי שיתמוך אז בביקורת השיפוטית הן המפלגות הדתיות. לכן, כאמור, העמדה של המפלגות הדתיות איננה ממש עניינית, אלא היא נובעת ממציאות מסוימת: כיום המפלגות הדתיות יכולות ליזום חקיקתם של חוקים שעלולים היו להיפסל אם הייתה קיימת ביקורת שיפוטית."

פרופ' פרנסס רדאי הביעה טיעון דומה. לדעתה, המיעוט שאין לו אמון בבית המשפט העליון, הוא אותו מיעוט הנהנה מכוח פוליטי בלתי

פרופרציונלי למספרים שלו: "הבעיה שלנו, האנומליה, היא השתלטותו של מיעוט פנאטי על מדינה דמוקרטית באמצעות כביכול כלים של דמוקרטיה, ועכשיו התנגדותו למעוז האחרון שיכול לעמוד כנגדו. עלינו להכיר בכך שמדובר בסחיטה פוליטית ולא בחוסר אמון ושכל דבר שתוצאה לעשות, כולל שינוי שיטת הבחירות, ייתקל באותה התנגדות אם הוא מסכן את המיעוט הזה ואת כוחו הפוליטי."

2. מזדבן במשבר אמון ערכי ביחס לתוכן הנורמות, והוא מתבטא בביקורת מוסדית שלא בצדק

ח"כ חיים אורון טען כי אין אופציה לכוון חוקה בישראל, ואפילו באופן חלקי, אלא בבית המחוקקים. יש תפקיד היסטורי עצום לבית המשפט, אבל לא התפקיד הזה. טיעון היעדר האמון מושמע מצד קבוצה בחברה הישראלית שאיננה רוצה שתהליך חקיקתם של חוקי יסוד או של חוקה יתקדם גם בנושאים שאין עליהם שום מחלוקת, למשל חוק זכויות חברתיות. לדעתו, "אחד האסונות שקורים לנו הוא שבית המשפט העליון ושופטיו הפכו ליעד נוח לנהל את הוויכוח הזה, כי חלק מהציבור שלא מעוניין להגיד שהוא נגד חוקה, מכוון את הוויכוח אל בית המשפט העליון במקום לעסוק בנושא עצמו."

ד"ר מיכאל קרייני טען כי הוויכוח האמתי בנושא של הביקורת השיפוטית הוא בשאלה מהי הנורמה שאנחנו רוצים להציב כנורמת-על, כזו שכיבודה מחייב פסילת חוקים ולא בעצם הטכניקה. "הוויכוח הוא בעצם על מהותן של הנורמות שיש לכלול בחוקה, נורמות שלדעתי אין לגביהן עדיין הסכמה בתוך מדינת ישראל... ההתנגדות לביקורת השיפוטית איננה לעיקרון עצמו, אלא יותר לגבי מהותן של הנורמות שאנחנו מבקשים להציב כנורמות-על. הוויכוח הוא על נורמות-העל ולא על הטכניקה, כלומר לא על ההליך של הביקורת השיפוטית."

הנשיא אהרון ברק טען כי "בחינת מהותה האמיתית של הביקורת מלמדת כי ביסודה היא ביקורת כלפי המשפט הנהוג תוך שהיא לובשת לבוש של ביקורת על בית המשפט. החוגים הדתיים-חרדיים אינם מרוצים מהאיוון החוקתי שלנו בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית. הם שופכים חמתם על השופטים כאשר הביקורת שלהם, בין אם היא מוצדקת ובין אם לאו, צריכה להיות מכוונת כלפי המחוקקים. אכן, אם הכנסת אינה מרוצה מהאופן שבו בית המשפט מפרש חוקי יסוד, הכוח בידי הכנסת לשנות את חוקי היסוד, ובארצנו



השינוי הוא לצערי קל מאוד. הדרך אינה פגיעה בבית המשפט. שיטה פסולה דומה ביקש לנקוט הנשיא רוזוולט שעה שלא היה מרוצה מהפסיקה. לא זאת הדרך. עסקו במשפט ולא בבית המשפט."

3.4. ההחלטות השנויות במחלוקת מבחינה ערכית לא היו החלטות חוקתיות כי אם מינהליות

מכיוונים שונים הושמעה הטענה כי כל ההחלטות השנויות במחלוקת של בית המשפט העליון בשנים האחרונות, לא היו החלטות חוקתיות, אלא מינהליות.

הנשיא אהרון ברק טען כי מבקריו של בית המשפט העליון אינם נושאים את עיניהם לביקורת חוקתיות החוק. מה שמפריע להם איננו בית המשפט העליון כבית משפט חוקתי, אלא בית המשפט העליון כבית משפט מינהלי. "נדמה לי אפוא שהמאבק לא מתנהל ברטוריקה של ביקורת חוקתיות החוק, אלא המהות האמתית היא ביקורת חוקתיות המינהל, כגון החלטות בענייני גיור שאינן בעיות חוקתיות, תמיכות כספיות לגופים דתיים, מועצות דתיות, השתתפות נשים בגופים הבוחרים, רבנים וכדומה. לדעתי, הפעילות השיפוטית החוקתית של בית המשפט העליון היא טובה ולא נדרש בה כל שינוי של ממש. ועל כל פנים, אין לערב בין בעיית בית המשפט לחוקה, בעיית הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק הניצבת בפנינו היום – לבין בעיית בית המשפט המינהלי העליון, בג"ץ. נדמה לי כי בעוד שכלפי חוץ הטענות הן לעניין בית משפט לחוקה, למעשה מבקשים לפגוע בעבודתו של בג"ץ כבית משפט מינהלי."

השופט יצחק זמיר טען כי אין התנגדות אמיתית לתפקודו של בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה, כלומר כגוף בעל סמכות ביטול חוקים. פסילת שני הסעיפים בחוק יועצי השקעות ובעניין צמח, נתקבלה בהבנה על-ידי הכנסת, גם על-ידי החוגים שמותחים ביקורת על בית המשפט. הבעיה האמתית נובעת מפסקי דין שאינם נמצאים בסמכותו של בית המשפט לחוקה. שם לא עמדה על הפרק שאלת החוקיות של חוק. אלה היו תיקי בג"ץ רגילים. בית המשפט העליון פועל על-פי מערכת של ערכים, וכך גם בית המשפט המחוזי ובית משפט השלום. כמה מהחלטות הפוגעות ביותר מבחינת הציבור הדתי נתקבלו על-ידי בית משפט שלום ולא דווקא בהליכים של בג"ץ.

ח"כ דן מרידור טען בדומה לכך כי "הבעיה איננה החוקה, אלא בג"ץ, מערכת הערכים שהוא מייצג. הטעות של בית המשפט העליון היא

שפוסקים היום קצת פחות. זה יגרום לאבדן האמון בו, כי ירגישו שהוא מתחיל להיכנע ללחץ ציבורי. אסור להיכנע ללחץ ציבורי בשום פנים ואופן, והדוגמאות הקטנות האלה, הפוליטיות מאוד מבחינת תוצאותיהן, כמו אלון מורה או טלויזיה בשבת, ביטול חוקים, השופט לנדאו מכובדי מבג"ץ ברגמן ואילך, דרך ארץ – הכול כבר היה לפני חוקי היסוד של 1992. לכן, לדעתו "הכנס הזה איננו רלוונטי לרוב הפוליטיקאים שמתנגדים לבית המשפט לחוקה, כי אנשים אמרו בגילוי לב שהבעיה האמתית שלהם היא עם בית המשפט בתפקידו הביקורתי על הרשות המבצעת למיניה."

פרופ' רות גביון אמרה כי טיעון זה יכול להתפרש בשני כיוונים. אכן אפשר לטעון כי בהיבט החוקתי בית המשפט "היה בסדר" ועל כן אין לחשוש מפני המשך מצב שבו הוא מבצע ביקורת שיפוטית של פסילת חוקים. מאידך גיסא, אפשר לטעון כי אם תוך כדי הפעלת הסמכות ה"לא חוקתית" מתעוררות כל הבעיות הערכיות, וכבר שם קיימת העמימות בין 'מה זה יהודית', 'מה זה דמוקרטיה', 'מה זה חופש דת', התפיסה היא שבמישור הבג"צי יש עוד אפשרות שהכנסת תתקן את עצמה. לעומת זאת, בקביעות ערכיות שייעשו כחלק מפרשנות חוקה, הקושי רק יגדל.

2. טיעונים בעד ונגד בית משפט לחוקה שיורכב על-פי מפתח ייצוגי

א. מוסד פוליטי לא יוכל להוות ערובה להגנה על זכויות מיעוטים

הנשיא אהרון ברק טען כי ניסיון של 53 שנות עצמאות הראה ששופטי ישראל, ובראשם שופטי בית המשפט העליון, רגישים לזכויות האדם. הם הגנו על זכויות האדם לפני חקיקתם של חוקי יסוד בדבר זכויות האדם, והם מסוגלים להגן היטב על זכויות האדם המעוגנות בחוקי יסוד. לדעתו "דומה שדווקא מציאות זו היא המפריעה כנראה לחלק מהדוגלים בהקמת בית משפט חוקתי מיוחד בישראל. לא שמירה על זכויות אדם, שעמדה בראש השיקולים באירופה, היא המונחת ביסוד שיקוליהם, אלא דווקא ההסתייגות מפני הגנה רחבה הניתנת לזכויות האדם על-ידי בתי המשפט בישראל."

השופט ריבלין ביטא את העמדה שלפיה רק בית משפט שאינו נתון לאילוצים רוביים, יוכל להגן על זכויות המיעוט. **עו"ד יורם ארידור** טען

כי הבעיה האמתית היא הגנת האזרח מול השלטון. "אבל בגלל החלטה שלא מוצאת חן בעינינו, לגעת בעיקר, לפגוע בבית המשפט העליון? הרי המוסד הזה הוא פיקוח הנפש של הדמוקרטיה, ואני מציע להיזהר בענייני פיקוח נפש."

ד"ר מיכאל קרייני טען כי עובדתית, אין למיעוטים היום בישראל איזשהו גוף שלטוני שאפשר לפנות אליו ולנסות ולתקן עוול או לשנות מצב, חוץ מאשר בית המשפט העליון. "הרשות המבצעת לא כל כך איכפת לה, הרשות המחוקקת גם היא כוללת נציגים לפחות של המיעוט הערבי אבל גם היא אימפוטנטית ואינה מסייעת. הישועה היחידה היא רק באמצעות בית המשפט העליון. לכן אני מחזק בהחלט את הטענה שמבחינת המיעוטים אין רשות יותר יעילה מבחינת ההגנה עליהם. הכנסת לא ממש עוזרת לי, הרשות המבצעת גם היא לא עוזרת לי, והדברים אינם סוד. מוסד שאני לא חש אליו ניכור, אלא דווקא רצון לפנות אליו כל אימת שאני טוען לעוול, מוסד אחד ויחיד, הוא בית המשפט העליון. לכן מתוך עמדה אינטרסנטית שלי כמיעוט, אני רוצה שבית המשפט העליון יהיה חזק... מי הגן עלי כאן מפני עינויים? מי הגן עלי מפני משוא פנים של רשויות? הכנסת? הציבור הערבי הרי אמר מה שאמר בכך שהוא לא השתתף בבחירות האחרונות. הרשות המבצעת מגנה עלי? מי דואג שם לעניינים שלי? כמיעוט, אין לי במדינה אלא בית המשפט העליון. ארגון 'עדאללה' לא קם סתם, אלא מפני שהיה ברור כי יש הרבה מה לפעול במישור הזה. לדעתי לא נעשה די, אבל זה בכל זאת הערוץ היחיד המזומן לי כבן מיעוטים במשטר הדמוקרטי במדינת ישראל, שדרכו אני יכול להשפיע ולשנות."

פרופ' פרנסס רדאי: "התקווה למיעוטים וגם התקווה לנשים בארץ, היא רק בית משפט ראוי לשמו שהוא הרכב משפטי שפוסק על-פי זכויות האדם; לא בית משפט חוקתי שמייצג פלגים של הכנסת, ולכן מייצג את המיעוט בכנסת בתור מיעוט... איננו מדברים על קביעת סדר היום של מדינת ישראל בחברה הישראלית, אלא על הגנה על זכויות האדם, ובית המשפט העליון הוא המקום הנכון להגן על זכויות אלה. הערכים האלה אינם יצירה של מדינת ישראל. אנחנו חיים בעולם שבו ערכים אלה הפכו לחלק מהנורמות הבינלאומיות. חלק לא קטן מהערכים הללו הפכו לחלק מהמשפט הבינלאומי הנהוג, והם חלים עלינו גם אם איננו חתומים על אמנות... לדעתי בית המשפט העליון בישראל שאמור ליישם זכויות יסוד, ומסתכל על פסיקה של בית משפט חוקתי, של בית משפט אירופי לצדק,

של בית-הדין לזכויות אדם – מושפע מכול המוסדות הללו. יש היום מגמה בעולם להגן על חופש המצפון, להגן על פלורליזם דתי ולא על מונופול של איזשהו פלג דתי, להגן על חופש מידע, על שוויון בין קבוצות ובין המינים. אנחנו חופשיים לבחור אם אנחנו מעוניינים להצטרף לעולם המתורבת המתקדם."

ד"ר פניה עוז-זלצברגר: "לא שוכנעתי שייצוג מדויק של חתך הכוחות בכנסת, או אפילו מה שהרבה יותר אוטופי – ייצוג מדויק של סדרי הכוחות המספריים של האוכלוסייה הישראלית, יבטיח הגנה טובה יותר של זכויות המיעוטים בבית משפט חוקתי, מאשר קבוצה הומוגנית יחסית של אנשי משפט. היסטורית, קבוצות אחידות מאוד, אליטיסטיות מאוד של גברים לבנים, נוצרים, בעלי רכוש, היטיבו להגן על זכויות מיעוטים שלא דמו להם יותר מאשר קבוצות הטרוגניות בהרבה. וגם אצלנו, לראיה, לא שוכנעתי שכנסת ישראל, שכביכול מייצגת חתך מסוים של העם היושב בציון לגווניו, מבינה או מבטאת טוב את האינטרסים של המיעוט הערבי הניכר בארץ הזאת, כפי שהיינו רוצים, גם אם הוא מיוצג כמיעוט על-פי החתך המספרי ועל-פי הרציו המספרי."

ב. הקמת בית המשפט לחוקה על-פי מפתח פוליטי תוביל לפוליטיזציה של מערכת השפיטה כולה, ולירידת קרנה של מערכת המשפט

לטענת הנשיא אהרון ברק, רעיון בית המשפט החוקתי הוא רעיון אשר "תוצאתו המיידית היא פוליטיזציה של הערכאה השיפוטית העליונה במדינה.. מדוע לפגוע באחד הנכסים היקרים ביותר שיש למדינת ישראל? במערכת שפיטה מקצועית וא-פוליטית? שיטת המינוי של השופטים בישראל היא מהטובות שבעולם. מדוע להחליפה בכל הנוגע לערכאה שיפוטית העליונה, לבית המשפט לחוקה, בשיטת מינוי פוליטית גרועה? שכן זאת יש לדעת, שיטות המשפט האירופיות אינן מרוצות מהאופי הפוליטי של מינוי השופטים לבתי המשפט החוקתיים. רבים מסתכלים על השיטה שלנו בקנאה. מדוע זה נרצה להרוס את אחד הנכסים החשובים ביותר שיש לנו, שהוא כולו שלנו, והנותן לנו יתרון על פני רבות מהשיטות בעולם? מדוע נרצה לשנות את מה שמדינות אחרות רוצות לחקות? אם טוענים בתשובה כי ביסוד הקמתו של בית משפט מיוחד לחוקה לא עומדים שיקולים פוליטיים, מדוע לא יתמנו שופטיו בדרך המקובלת למינוי כל השופטים בישראל? ואם כן, מה צידוק יש לבית משפט נפרד לחוקה?"



השופט סביונה רוטלוי טענה כי אחד הדברים החשובים בשיטה הישראלית היא עצמאותו ואי-תלותו של השופט למן הערכאה הנמוכה ועד הערכאה העליונה. לדעתה, זה אחד הדברים שישראל התברכה בהם. "יש מונח לא ידוע בציבוריות הישראלית והוא accountability. יש עכשיו מילה מאוד יפה, עברית: אחריות. היינו צריכים להמציא אותה כי לא שמענו עליה והיא אינה מוכרת לא בכנסת ולא ברשות המבצעת ובעוד מקומות רבים. אנשים לא לוקחים אחריות על מעשיהם. יכולים לומר שאין אחריותיות של השופט כי אין מעליו אף אחד אלא ערעור בלבד, ובית המשפט העליון אין מאחוריו ולא כלום. מי יאמוד מה תהיה האחריותיות של אותו שופט בבית משפט לחוקה כלפי מפלגה כזאת או אחרת שמינתה אותו? הוא יספק לה את הסחורה. למה זה יהיה יותר צודק?"

פרופ' קלוד קליין הזכיר כי במדינות שבהן קיימים בתי משפט לחוקה, מוטלים על גופים אלה תפקידים נוספים. למשל, הפיקוח על הבחירות, למשל (אפילו באיטליה) סמכויות פליליות, סמכויות בעניין שיפוט של שרים או חברי ממשלה או הנשיא, ההכרזה שמפלגה לא עומדת בסטנדרטים החוקתיים. עניינים אלה, הנחשבים למאוד פוליטיים, מועברים לבית הדין לחוקה ולמעשה יוצאים מתחום סמכותם של בתי המשפט הרגילים. **פרופ' רות גביון** טענה: "אני מאמינה באמונה שלמה שאחד מהדברים שהופכים את הדגם האמריקני לאפשרי הוא דרך-המינוי הפוליטית של השופטים בו. בלעדיו, מוסד הביקורת השיפוטית היה קורס. המנגנונים של החברה מוצאים דרכים להתאים את המוסדות לצרכים החברתיים."

ג. הקמת בית משפט לחוקה אינה מתאימה למשטר הישראלי

בעניין זה טען **הנשיא אהרון ברק** כי מרבית בתי המשפט החוקתיים באירופה הוקמו לאחר מלחמת העולם השנייה. הלך ששלמד מהמלחמה ומהשוואה היה שיש לעגן בחוקה את זכויות האדם ויש לאפשר לבית המשפט לקבוע אם פעולות השלטון, לרבות פעולות בית המחוקקים, הן חוקתיות. השופטים נתפסו אפוא כמגנים החוקתיים של זכויות האדם, אך מי היו שופטים אלה? אותם השופטים שפעלו בגרמניה הנאצית, באיטליה הפשיסטית ובספרד של פרנקו. לא ניתן היה להפקיד בידי שופטים אלה, שרבים מהם שיתפו פעולה עם השלטון המדכא ועל כל פנים לא נמנעו מלפעול בשירותו, את ההגנה החוקתית על זכויות האדם. לא

היה מנוס מיצירתו של בית משפט מיוחד, שבו יכהנו שופטים שלא נטלו חלק במשטר הישן. תופעה דומה התרחשה עם התפוררותה של האימפריה הסובייטית. למגמה הזו נתווספו שני שיקולים נוספים הקשורים למבנה בתי המשפט ולמעמדם של השופטים. השיקול הראשון קשור למבנה בתי המשפט באירופה. מבנה זה מבוסס על מספר מערכות שיפוט שבראש כל אחת מהן עומד בית משפט עליון שאינו כפוף לבתי המשפט העליונים של מערכות השיפוט האחרות. בהיעדר מבנה פירמידלי, המעמיד בראש המערכת השיפוטית בית משפט אחד, לא היה מנוס מיצירתו של בית משפט חדש, שיעמוד מחוץ למערכת הרגילה של בתי המשפט ואשר ישמש קדקוד לפירמידה השיפוטית, באופן שפסקי הדין שלו בעניינים חוקתיים יחייבו את כל בתי המשפט. לא היה מנוס אפוא מהקמת בית משפט חוקתי מיוחד.

השיקול השני קשור למעמדם של השופטים. בתפיסה הקונטיננטלית, השופטים נתפסים כחלק מהבירוקרטיה השלטונית. הם מתמנים לשפיטה בגיל צעיר, עם סיום לימודי המשפטים, בדומה לעובדי מדינה אחרים. קיימת אפשרות של מעבר בין תפקידי שפיטה לבין תפקידי ביצוע. בדרך כלל קיים חשש ששופטים כאלה, על-פי חינוכם, מעמדם וצורת חשיבתם, אינם מתאימים לשיפוט חוקתי המשקיף מתוך מבט רחב על מבנה השיטה, על עקרונות היסוד, ושעל-פיהם הוא נותן מובן ללשון החוקה.

הנימוקים שביסוד הקמתם של בתי המשפט החוקתיים המיוחדים באותן מדינות באירופה, אינם קיימים בישראל. המבנה שלנו הוא מבנה פירמידלי, המעמיד בראש מערכת בתי המשפט את בית המשפט העליון אשר פסקי הדין שלו מחייבים את כל מערכת השיפוט. אין צורך מוסדי בבית משפט חוקתי מיוחד מחוץ לבית המשפט העליון. גם השיקולים הקשורים למעמד השופטים אינם תופסים בישראל. השופט בישראל אינו נתפס כבירוקרט. הוא מצוי מחוץ למסגרת הבירוקרטית, הוא נבחר מבין טובי המשפטנים, ואישיותו, תפיסת עולמו וניסיונו המקצועי מכשירים אותו לשיפוט החוקתי.

שיקול נוסף הוא העובדה שמדינת ישראל היא מדינה אוניטרית. במדינות פדרליות, ביקורת שיפוטית היא יותר חשובה מאשר במדינות אוניטריות, כמו למשל מדינת ישראל, שכן צריך לשמור כמובן על חלוקת הסמכויות בין המרכז לבין הפריפריה. זאת הסיבה שהחילו את הביקורת השיפוטית גם בארצות-הברית כמדינה פדרלית וגם באוסטריה.

פרופ' קלוד קליין טען כי על אף שהוא מסכים לנימוק ריבוי מערכות השפיטה הקיים באירופה, מכל מקום הטיעון ההיסטורי הוא קונייקטורלי ואינו יכול לבסס טיעון בסיטואציות אחרות. גם **פרופ' מרדכי קרמניצר** טען כי השאלה איננה איך צמח בית משפט חוקתי באירופה, אלא צריך לבדוק את הדגמים על רקע הפונקציה שבית משפט כזה צריך למלא.

ד. כמות ההחלטות בדבר פסילת חוקים היא קטנה עד כדי כך שאיננה מצדיקה דיון בגוף חלופי

בעניין זה אמר **הנשיא אהרון ברק** כי טענות אינן צריכות להיטען בישראל שבה בשש השנים האחרונות, מאז הוכרה ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, בוטלו בסך הכול שני סעיפים ושני חוקים. בתקופה המקבילה, בוטלו בגרמניה 80 סעיפים או חוקים, בארצות-הברית בוטלו 60 סעיפים או חוקים, ובקנדה בוטלו 19 חוקים או חלקי חוק. "שימו לב, רבותי, אני לא טוען שהביקורת השיפוטית על חוקיות החוק אינה חשובה לאור מיעוט פסקי הדין שביטלו הוראות חוק. הביקורת השיפוטית חשובה מאוד, וזאת דווקא באותם עניינים שבהם בית המשפט מפרש את החוקה, גם אם אין בעקבות הפרשנות ביטול החקיקה. כל שמבקש אני לומר הוא שבפעילותו החוקתית, לא גילה בית המשפט העליון קלות דעת כלפי החקיקה." לעומתו טען **פרופ' מרדכי קרמניצר** כי תקופת-הזמן שהנשיא ברק מציע להסתכל עליה, משנת 1992, איננה מספקת, מתודולוגית. גם עדיין לא הגיעה העת לקבוע קביעות נחרצות לגבי אי-מסוגלותו של המחוקק משנת 1948. נוסף על כך טען כי "זה שהוא לא עשה atrocity עד היום, אינו אומר שמחר הוא לא יעשה, ואני רוצה לשמוע תשובה לשאלה מה נעשה אז... להסתכל על העולם דרך שתי הוראות החוק שנפסלו, זו טעות. אני יכול להצביע על עשר הוראות חוק, שבמדינה בעלת תודעה חוקתית מפותחת היו מעמידים לבירור חוקתי. צריך להבין שהמשפטים אצלנו לא גדלו על ההבנה שיש ביקורת שיפוטית על חוקים. לתלמידים שיוצאים בשנים האחרונות מבתי ספר למשפטים, תהיה תמונה לגמרי אחרת. לכן העניין הכמותי הוא לדעתי הטעיה. טעות להסתכל על שתי הוראות החוק של היום. העולם ייראה שונה."

ה. תוספת של עוד מוסד היא מיותרת ורק תגביר את ההתדיינות החוקתית

השופטת סביונה רוטלוי טענה כי: "אם מביאים בחשבון את מאפייני התרבות הישראלית כתרבות של התדיינות, יש להכיר בכך שכל ניסיון

שנעשה בארץ להקמת בתי משפט מיוחדים לעבודה כדי שיהיו פחות מחלוקות בעבודה, רק הגביר את ההתדיינות. יש לנו היום רעיון חדש של גישור, ואינני מבינה מה הבשורה הגדולה, ויש לי הרגשה שאחרי הגישור יבואו חזרה לבית המשפט להמשך ההתדיינות. עם ישראל אוהב להתדיין. אם נקבע שאחד המרכיבים הוא פתיחות ושכל אדם יוכל לבוא לבית משפט לחוקה, אינני יודעת לכמה אלפי שופטים נזדקק במדינה הזו כדי לאפשר לכולם לפנות לבית המשפט לחוקה."

3. ההרכב המוסדי: משפטים בלבד מול מגוון רחב של עיסוקים

שלוש הצעות הונחו בפני באי הכינוס:

1. סמכות פסילת חוקים לבית המשפט העליון כגוף המורכב משופטים משפטים בלבד.
2. סמכות פסילת חוקים לבית משפט לחוקה אשר יורכב באופן הטרוגני מנציגי דיסציפלינות שונות.
3. הוספת נציגים מיוחדים (לאו דווקא משפטים) לבית המשפט העליון בדנו בעניינים חוקתיים. פרופ' קלוד קליין הציע כי כל אימת שבת המשפט העליון דן בעניינים חוקתיים, הוא ישב בהרכב של 13 שופטים, שמתוכם 7 הם שופטי בית המשפט העליון ו-6 יבואו מתוך מאגר של נציגי ציבור. וריאנט נוסף על הצעה זו הוא החובה להכריע ברוב של שני-שלישים.

וריאנטים אפשריים להצעת ההרכב ההטרוגני :

- מינימום מספרי של משפטים (שליש);
- נציגים שאינם משפטים. רשימה אפשרית של חברים: קאדים, רבנים, דיקנים, אנשי רוח בולטים בחברה הישראלית, פרופסורים למשפטים, הוגי דעות, נשיאים לשעבר, ראשי ממשלה לשעבר.

נפקות ההכרעה לגבי הרכב המוסד עשויה להיות כפולה. ראשית, היא קשורה להתוויית מבנה דגם בית המשפט לחוקה. עם זאת, כפי שיוצג להלן, היא עשויה להוות וריאנט על דגם בית המשפט העליון, בהתאם להצעה להוסיף שופטים מיוחדים בדיונים חוקתיים.

שורש הויכוח בהקשר זה היה בשאלה, האם פרשנות חוקתית מהווה מלאכה ערכית יתרה על פני מלאכה שיפוטית רגילה. טיעונים אלה כבר הוצגו לעיל, והם יובאו להלן בזיקה לשאלת הרכב המוסד.



א. הרכב משפטי מול הרכב הטרוגני

המצדדים בהרכב הטרוגני טענו, כאמור, כי מלאכת פרשנות חוקתית כפעילות ערכית מחייבת הימצאותם של פרשנים מדיסציפלינות שונות. **פרופ' מרדכי קרמיניצר** צידד בהרכב הטרוגני, וטען כי "אנחנו יודעים שחוקה יותר מאשר כל חוק אחר משתמשת במושגים פתוחים, עמומים, ולכן מרחב התמרון ומקומן של השקפות עולם אינדיבידואליות הוא גדול מאוד. אני הייתי מחפש גיוון מקצועי והשקפתי, וגם ניסיונות חיים ושונים". **"ח"כ נחום לנגנטל** אמר כי ראוי למנות גם "אנשים שישולבו רק בדיונים שעוסקים בנושאים סופר-ערכיים בבית המשפט העליון. אני רואה למשל בדמיוני את אסא כשר, את הרב יעקב מדן. קח אנשים שאתה יודע שהם הגונים, אתה יודע מה עולם הערכים שלהם..." **"פרופ' אבי רביצקי** טען כי יש להבחין בין פעילות בית משפט רגיל אשר צריך לבדוק האם תופעות תואמות לחוק, לבין פעילות בית המשפט לחוקה, אשר צריך לבדוק האם חוקים תואמים לערכים. ערכים כמו שוויון, כבוד האדם וחירותו, אינם ערכים שיכולים להתמצות בניסוח משפטי, אלא הם ערכי-על שהמשפט אמור להתאים להם. "החינוך המשפטי הוא לאו דווקא החינוך המתאים ביותר כדי לשפוט. אני רוצה אנשים שיכולים להביא היבטים עשירים בהרבה מההיבט של המשפטן. עם כל הכבוד, החינוך המשפטי בעולם, אבל ודאי בארץ הזאת, הוא חינוך מאוד צר. הסכמנו שיהיו גם משפטנים, מכיוון שמדובר גם במיומנות משפטנית, אבל לא בראש וראשונה. נחוצים גם אתיקנים, אנשי רוח, רבנים, פילוסופים, סוציולוגים וכדומה."

ד"ר מנחם לורברבוים הוסיף כי אם מניחים שנחוצים נציגים שאינם משפטנים, ראוי להציב סף-מינימום גבוה מאוד לרמתם של האנשים הללו כדי לבצר את מעמדו המיוחד של בית המשפט הזה. זאת, משום שבת המשפט לחוקה אינו נהנה מהיוקרה של המערכת המשפטית, ובד-בבד אינו נהנה מהיוקרה של נבחרי הציבור ככאלה. אכן, עלה חשש שיהיה קשה למצוא אנשי ציבור ברמה גבוהה לגוף כזה. **עו"ד משה גביש** טען לעומת זאת: "לדעתי לא תהיה בעיה להביא אנשים טובים. בעבר שימשתי בתפקיד נציב מס הכנסה ... בין אלה שמועמדים היום לתפקיד, יש אנשים שמרוויחים הרבה מאוד בשוק הפרטי, ובכל זאת הם מציגים את מועמדותם כי הם רואים בכך גם שליחות."

מול דעות אלה, הובאו מספר נימוקים להצדקת קיומו של גוף המורכב ממשפטנים בלבד. **עו"ד שלמה גוברמן** טען כי הצעה לכלול הרכב

הטרונגי משבשת בין תפקיד ההכרעה, שהוא מלאכתו של המשפטן שמאומן לכך, לבין הופעתם כעדים של אנשי רוח והוגי דעות. "הרי בהליך המשפטי הרגיל, בית המשפט צריך לפסוק, והוא עושה זאת יום-יום כשהוא עוסק בעניינים של רפואה, בענייני פטנטים, בעניינים מיוחדים ומקצועיים. אבל הוא מכריע רק אחרי ששמע עדים ודעות שונות. לא יעלה על הדעת שההכרעה בבית משפט לחוקה, שצריך לקבוע אם חוק תואם את החוקה או אינו תואם את החוקה, תיעשה על-ידי מי שלא אומן לכך כמשפטן." **"ד"ר פניה עוז-זלצברגר** טענה כי כניסת אנשי אקדמיה, הגות ורוח לצד משפטנים, שיקבעו כולם רף ערכי גבוה, תיצור הרכב אליטיסטי בהרבה מן המבוקש. בדומה ללקח של החוקה הגרמנית מההיסטוריה הגרמנית שלפיו אנשי רוח, אנשי הגות ואקדמאים הכזיבו, מוטב לכלול משפטנים מקצועיים בלבד.

השופטת סביונה רוטלוי טענה כי הניסיון בהוספת נציגי ציבור שונים שאינם משפטנים לוועדות שונות מלמד כי בכך לא עלתה רמתן המקצועית של הוועדות. "אני מסתכלת על וועדות שהקימו בארץ ושצירפו לשורותיהן 'חלטוריסטים', למשל ועדות שחרורים, למשל ועדות-ערר פסיכיאטריות. בכך לא הייתה שום תרומה למקצועיות של הוועדות הללו, אלא להפך."

בהקשר זה גם היה מי שהעיר שהשיח המשפטי איננו מוכר, מטבע הדברים, לנציגי ציבור שאינם משפטנים, וגורם לאחרונים להפוך למעין ניצבים.

ב. רשימה סגורה או רשימה פתוחה של נציגים

הוצגו שתי חלופות. האחת, קביעת מאגר של תחומי עיסוק ודיסציפלינות שמתוכו ניתן לבחור. האחרת, היעדר כל קביעה, מתוך הסתמכות על מקצועיותה של ועדת הבחירה. כאמור לעיל, הובאו הצעות מספר לגבי קריטריונים של תחומי העיסוק של המועמדים.

מצד שני נטען כי כל מי שינסה לבנות רשימה ייצוגית כלשהי, מן הסתם יוציא איוולת אחרת מתחת ידיו. לכן אין טעם לדבר על הייצוג הזה, אלא יש רק טעם לדבר על הגוף הממנה. הובאה דוגמה מהצעת החוק לבית משפט לחוקה, שבה נעשה ניסיון לקבוע רשימה מייצגת. שם נקבע הרכב של שלושה שופטי בית משפט עליון, שני דיינים, קאדי, ארבעה פרופסורים להיסטוריה, סוציולוגיה, פילוסופיה ומדעי המדינה, ועולה חדש. "משמע, אבי רביצקי לא יכול להיות בשום פנים ואופן בבית הדין הזה לחוקה. קלוד קליין, שכל כך חולם על בית דין לחוקה, לא יכול להיבחר לפי

הקריטריונים האלה כי הוא פרופסור למשפטים. גם לא עמוס עוז. גם דב סדן לא יכול להיות. זאת אומרת, מרוב ניסיון לבנות ייצוגיות, בנו רשימה כל כך סגורה, שמוציאה מהחשבון כמעט כל אדם ראוי במדינה הזאת."

ג. תוספת נציגים מדיסציפלינות שונות לבית המשפט העליון:

ביסוד ההצעה להוספת שופטים לבית המשפט העליון קיימת התפיסה שיש לשמר את מעמדו של בית המשפט העליון. **פרופ' קלוז קליין** גם טען כי בכך יתווסף לבית המשפט העליון "ממד נוסף, ראייה נוספת, אולי לא שיפוטית, אלא כזו הקשורה בפוליטיקה, אבל קשורה בה לא בהסתר. הדבר הגרוע ביותר בהקשר זה הוא פוליטיזציה מוסתרת. פה לא מדובר בפוליטיזציה מוסתרת אלא בקשר ישיר עם המחוקק. אני חושב שהמסוכן ביותר הוא לטעון על אי-פוליטיזציה כשבעצם קיימת תמיד איזושהי פוליטיזציה."

כדי להבטיח שילוב של ממש בין הצורך בייצוגיות לבין שמירה על אופיו של בית המשפט העליון, הציע **פרופ' קלוז קליין** כי רשימת המועמדים תיקבע על-ידי אותה ועדה עצמה למינוי שופטים, אלא שהוועדה תבחר מתוך קטגוריות שונות. כל אימת שעומד על הפרק דיון בטענה לאי-חוקתיות, יצטרף, או על-פי הגרלה או בצורה אחרת, שופט אחד מכל קטגוריה כדי להביע למניין של 13 שופטים.

4. סוגיות פרוצדורליות נוספות

ד"ר אמנון רייכמן ואחרים הצביעו על הצורך בסדרי דין חוקתיים מוגדרים עבור ההליך החוקתי. סדרי דין אלה יגדירו מתי מדובר בשאלה חוקתית ומיהו המכריע בעניין זה, יגדירו את כללי זכות העמידה בפני הגוף ומתי ניתן לחרוג מהם. הגדרת כללי המשחק תעניק יציבות לערכאה הנבחרת.

א. אופן המינוי: בפני באי הכינוס הועמדו שתי אפשרויות:

1. הוועדה למינוי שופטים: לא הוצע לשנותה ביחס לבית המשפט העליון. במסגרת החששות מפני משבר אמון בבית המשפט העליון, הועלתה האפשרות להפוך את שיטת בחירת השופטים במערכת הקיימת לשיטה פוליטית יותר, אלא שהצעה זו לא זכתה להדים אופרטיביים. **הנשיא אהרון ברק** טען כי ועדת בחירה פוליטית כמו בארצות-הברית פוגעת באמון הציבור וכי "שיטת המינויים בארצות-הברית – וכוונתי כאן בעיקר למינוי שופטים פדרליים או לבחירה של שופטים במדינות

השונות – היא שיטה גרועה ואין זה ראוי כי נחקה אותה. השיטה האמריקנית, ובמידה מסוימת גם האירופית, וכבר עמדתי על כך, מדביקה לכל שופט את התווית של המפלגה שאליה הוא משתייך, מה שפוגע קשות באמון הציבור.”

היו שגרסו כי טענות לפוליטיזציה של מינוי השופטים אינן משכנעות משום שמאז ומתמיד הייתה פוליטיקה במינויים לבית המשפט העליון, כעניין מובנה. הדבר התבטא בהקצאת כיסאות בבית המשפט העליון למגזרים מסוימים. **פרופ' קלוד קליין** טען כי במצב דברים כזה מוטב להעלות את הסוגיה הפוליטית באופן גלוי ולא לבצע פוליטיזציה נסתרת שמטרתה להדוף ביקורת.

2. באשר להקמתו של בית משפט לחוקה, דובר על שימוש בוועדה הקיימת למינוי שופטים מול אפשרות הקמת ועדה בעלת הרכב פוליטי, ציבורי או ייצוגי אחר. נטען כי הקמת בית משפט לחוקה ובחירתו דרך הוועדה למינוי שופטים – מייתרת את מטרת ההקמה. כך, **עו"ד משה גביש** טען כי השימוש באותה ועדת מינוי (והגוף יורכב כולו ממשפטנים) משמע ש"לא עשינו כלום. עשינו רפליקה של בית המשפט העליון ותהיה חלוקת עבודה במקרה הטוב. אני חושב שוועדת המינויים צריכה להיות בהרכב שונה לחלוטין.”

בהקשר זה יש לפרט את הווריאנטים השונים:

- ועדה פוליטית מתוך הכנסת או אישור של הכנסת עצמה. נטען כי בכך נותנים ביטוי לרצון העם, לפחות כאפשרות להטיל וטו, וכי זו הדרך שהעם יכיר את המתמנים לבית המשפט החוקתי ואולי אפילו יזדהה עם הבחירה. היה מי שהציע לדרוש שני-שלישים או הסכמה רחבה אחרת של הכנסת.
- הרכב 'ראשי הקהל': ראש-הממשלה, ראש האופוזיציה, נשיא בית המשפט העליון, יושב ראש הכנסת, שר המשפטים, דיקני פקולטות, מבקר המדינה, הרבנים הראשיים. הטעם להרכב כזה הוא העלאת יוקרתו של בית הדין. כנגד זאת, טען **פרופ' אשר מעוז**, כי ראש הממשלה וראש האופוזיציה אינם מתאימים, משום שבכך נספק להם פורום נוסף למריבות...
- ביטול נציגות של לשכת עורכי הדין, הקיימת בוועדה למינוי שופטים, מן הטעם שאין לה יתרון בוועדה כזאת על פני נציגות אקדמאים במדעי החברה והרוח.

- דגם רשות השידור – הרכב בית המשפט לא יתבצע על-ידי ועדה אחת, אלא נציגי מגזרים שונים ייבחרו בהמלצת גופים וארגונים מסוימים: שופטי בית המשפט העליון, איגוד הסופרים, איגוד הדיקנים, הכנסת.

- דגם הוועדה למינוי שופטים בתוספות מיוחדות כאשר ממנים את נציגי הציבור בהקשר החוקתי. התוספות שהוצעו – הגדלת האחוז היחסי של שרים וחברי כנסת, וכן תוספת נציגים ממגזרים שונים שאינם נמצאים בדרך כלל בוועדה, כגון האקדמיה וארגוני תרבות, מדע או רוח.

יש להעיר כי הצורך בהליך של שימוע לגבי השקפות עולם עלה גם הוא כטיעון בעד ייצוגיות בבית המשפט. וראו לעיל.

ב. מעמד: הוצגה השאלה למי יהיה מעמד בפני בית המשפט לחוקה או בפני הפורום המורחב הכולל את בית המשפט העליון ונציגים נוספים. יש לציין כי שאלה זו לא עלתה ישירות בזיקה לדגם בית המשפט העליון, שבו הלכות המעמד הן ידועות. עם זאת, נטען כי על מנת לצמצם את הביקורת הציבורית על תפקודו, בית המשפט העליון יכול בין השאר, לצמצם את 'זכות העמידה' ליחידים נפגעים בלבד. אולם, ביקורת זו מתייחסת בעיקר אל כללי המעמד במישור הבג"צי.

הצעות שהועלו:

- פנייה אל בית המשפט (או אל 'האגף המיוחד' בבית המשפט העליון) רק ברשות.

- 'זכות עמידה' לקבוצת חברי כנסת (אולי לפחות עשרה) לפנות לבית המשפט לחוקה ולטעון שחוק, לאחר שהתקבל, איננו חוקתי. זאת, מתוך התפיסה שחבר כנסת איננו נופל מכל אדם שרשאי לטעון טענה כזאת. מאידך גיסא נטען כי חברי כנסת שאינם נפגעים אישית מחוק, יהפכו בכך את בית המשפט לעוד זירת מאבק פוליטי, נוסף על הכנסת.

- מתן אפשרות לשופט בהליך רגיל שהגיע לספק בשאלה חוקתית, לפנות אל בית המשפט.

- מתן אפשרות ליחיד נפגע להפנות עתירה לבג"ץ, והוא שיעביר את הסוגיה לבית המשפט לחוקה אם מתעוררות שאלות חוקתיות. זאת, כדי למנוע מצב הפיכתו של בית המשפט לחוקה לבג"ץ. אם בג"ץ

יחליט שהעוולה היא תוצאה של חוק שלא עונה על חוקי היסוד והחוקה, בג"ץ יעביר את הטיפול לבית המשפט לחוקה.

ג. **משך מינוי ו'צינון'**: השאלה הראשונה שעמדה לדיון היא האם מינוי לבית הדין לחוקה משמעו תעסוקה מלאה של נציגי ציבור, או שהוא נחשב לעיסוק חלקי, ובכך הם הופכים ל'מושבעי חוקה'. כמובן, סוגיה זו איננה נוגעת לדגם בית המשפט העליון.

מחד גיסא, נטען כי עיסוק חלקי (יחלטוריסטיו) של אנשים הנאספים לעת מצוא מאחרי המחרשה, יפגע ביוקרת נציגי הציבור. מאידך גיסא, אם מדובר בגוף אשר אמור לשבת בהרכב רחב, ושיזכות העמידה' אליו תהיה מצומצמת באופן יחסי, ייווצר מצב שבו מספר רב של נציגים מקבלים שכר שאין עבודה בצדו. גם בכך צפויה פגיעה ביוקרתו של הגוף.

הצעה נוספת הייתה שילוב בין גרעין קבוע לבין נציגי ציבור. בהתאם לדגם התוספת לבית המשפט העליון, יהיו השופטים הגרעין הקבוע (ואולי המוסמך לבצע גם את הסינון הראשוני של המקרים), ונציגי הציבור יהיו הרכב מתחלף.

בהקשר למשך המינוי עלו שתי הצעות:

- מינוי לתקופה אחת בלבד, בין חמש לעשר שנים. היו שטענו כי אין זה ראוי למנות שופטי בית משפט לחוקה לכל החיים כדרך המינוי של שופטים רגילים. מנגד הועלה החשש כי אדם עלול למצוא עצמו מובטל אחרי תום הכהונה, ולעובדה זו תהיינה בוודאי השלכות על איכות המועמדים.

- הבחנה בין גרעין קבוע של בית המשפט, המתמנה לתקופה זרה לזו של שופטים רגילים, לבין 'מושבעי חוקה' המתמנים מעת לעת (ארבע שנים).

תקופת צינון: נטען כי ראוי לדרוש שחבר בבית הדין לחוקה לא יהיה רשאי 'לרוץ' שלוש שנים למשרה פוליטית במפלגה, בכנסת וכדומה, וזאת בגלל אופקים הפוליטי של הדיונים המתקיימים בבית הדין. מגבלה זו תחול רק בתחום הפוליטי.

לעומת זאת, לא ראוי שתהיה 'תקופת צינון' קודמת כי הדבר גורע מפרטנציאל המועמדים.

ד. **שיהוי ושמירת דינים**: אכן, נושאים אלה אינם קשורים ישירות לדגמים המוצעים. עם זאת, הועלו שתי הצעות לגבי שיהוי. האחת,



מצדדת בפנייה לבית המשפט בתקיפת חוק בכל עת, והאחרת – בתוך חמש שנים ממועד החקיקה, על מנת להעניק תוקף יציב לחקיקת הכנסת.

לגבי שמירת דינים קיימים הועלו מספר הצעות. האחת גורסת שאין לאפשר תקיפת חקיקה קיימת. השנייה מצדדת בתקיפת כל חקיקה. השלישית ממליצה להגביל את 'זכות העמידה' כך ששאלת שמירת הדינים תתייתר במובן זה שתקיפת חוק תוכל להתבצע רק על-ידי בית משפט דלמטה הנתקל בשאלה חוקתית, ולא על-ידי כל אדם.

5. שיטה ריכוזית מול שיטה ביזורית

המתח האפשרי בין הסמכת כל ערכאה להכריז על בטלות חוקים לבין הסמכת ערכאה אחת ייחודית, מתעורר רק ביחס לדגם בית המשפט העליון, שאיננו קובע גוף או הרכב ייחודי לדיון בשאלות חוקתיות.

השופט מאיר שמגר טען כי דגם ריכוזי מבטיח החלטה על-ידי הגורם המוסמך והאמון לבדוק בעיות חוקתיות. גם דובר על אי-יציבות בשיטה המשפטית עצמה, אם בית משפט או בית דין פלוני יבטל חוק (בשיטה הדיפוזית גם בית דין רבני רשאי לבטל חוק בשל אי-חוקתיותו), בעוד שהחוק ייחשב תקף על-ידי ערכאות גבוהות יותר או ערכאות במקומות אחרים.

יתר על כן, ערעור על החלטות של ערכאות תחתונות עד שתיקבע הלכה סופית, יעמיד את המערכת במצב של אי-ודאות. **השופט יצחק זמיר** טען כי עדיף דגם ריכוזי בשל הוודאות ביציבות החוק, מבחינת המקום והזמן. כן טען השופט זמיר כי לטובת הכבוד ההדדי שבין הרשויות, לא ראוי שחקיקה ראשית של הכנסת תבוטל בקלות, אלא רק מטעם הרכב רחב ואחרי שיקול דעת ממושך.

השופט אליעזר ריבלין טען כי יתרון השיטה הדיפוזית הוא בכך שהיא עצמה מהווה מסננת עובדתית של המקרים שראויים באמת לדיון במישור החוקתי. שיטה זו מבטיחה שהדיון יהיה קשור במחלוקת קונקרטית ולא בשאלות חוקתיות אבסטרקטיות.

פרופ' אריאל בנדור טען כי הדגם הדיפוזי עדיף כעניין טקטי. לדעתו, בסופו של דבר גם שאלות של משפט חוקתי הן שאלות מקצועיות, שאלות משפטיות. הסדר שלפיו השאלות הללו יידונו בבית המשפט העליון בלבד, משמעו הכרה בכך שלא מדובר בפקטורים משפטיים אלא בפקטורים פוליטיים-ערכיים.

שיטה דיפוזית גם עלולה להחליש את הטיעון בדבר ייצוגיות; קשה יותר לטעון כלפי כלל המערכת השיפוטית, ובה מאות שופטים, שהיא מייצגת קשת דעות מצומצמת. יתרה מזאת, העובדה ששאלות חוקתיות יגיעו לבית המשפט העליון כערכאת ערעור, המתחשבת בנימוקי הערכאות דלמטה, תתרום לתחושה הציבורית שלא מדובר בקבוצה מצומצמת של אנשים שיש לה מונופול על הכרעות חוקתיות.

יש להעדיף שיטה דיפוזית גם משיקולי יעילות. משמעות בית המשפט העליון כבית משפט חוקתי יחידי היא עצירת משפטים בנושאים שונים, כולל משפטים פליליים, עד שתתברר השאלה החוקתית בבית המשפט העליון; רק אז יתחדש הדיון המקורי. מטרתו של בית המשפט היא גם, ואולי בראש וראשונה, לדון באופן יעיל והוגן בסכסוכים בין צדדים, והליך מסורבל איננו רצוי.

הכרעה ריכוזית בבית המשפט העליון, משמעה איון קיומה של זכות הערעור. גם מהותית וגם מבחינת התחושה הציבורית, מוטב שמרבית הסוגיות החוקתיות יגיעו כערעורים.

ד"ר אמנון רייכמן טען כי אחת המגבלות המרכזיות כיום על בית המשפט העליון היא הצורך לשכנע. "את מי הוא צריך לשכנע? כמובן את הציבור ואת הכנסת, אבל גם את בתי המשפט דלמטה. אמנם יש לו העליונות ההיררכית, אבל בסופו של דבר מי שעובד עם פסקי הדין של בית המשפט העליון, אלה הם בתי המשפט התחתונים."

כן עלה הטיעון בדבר שיח ציבורי, כתיבה אקדמית ועיתונאית העשויים להתפתח אם יחלוף זמן רב בין הכרעת ערכאה דלמטה ועד ההגעה לערעור.

ביקורת שיפוטית מקדמית בשלב החקיקה

א. הנחת יסוד

בית המשפט העליון ממשיך להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקים. בהתאם לדגם זה, בית המשפט יצמצם את תפקיד ביטול החוקים למינימום הכרחי של שימוש בנשק בלתי קונבנציונלי, דהיינו נשק שאיננו מופעל הלכה למעשה. מהנחת יסוד זו נגזרת הקביעה כי דגם הביקורת השיפוטית המקדמית בא בנוסף על הדגמים שהוצגו לעיל ואיננו מיתר אותם.

מסיבה זו הוצג הדגם בפני עצמו ולא כחלק מן ההשוואה שבין שלושת הדגמים העיקריים הראשונים.

ב. תיאור הדגם

הקדמת הביקורת השיפוטית לשלב החקיקה באמצעות גוף מייעץ לכנסת בנושא חוקתיותם של חוקים.

הרכב הגוף: הרציונל – גוף הטרוגני באיכות גבוהה ביותר. מועמדיו יוצעו על-ידי גורמים שונים (כמו בית המשפט העליון, הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת, גופים לא-ממסדיים), ולאחר מכן יעברו הליך של סינון איכותי על-ידי ועדה כדוגמת הוועדה לבחירת שופטים. הגוף ייצג הרכב מגוון של ניסיונות חיים – אנשים שבאים מתוך השפיטה, אנשים שבאים עם ניסיון פרלמנטרי, ניסיון של הרשות המבצעת, ניסיון שמחוץ למערכות הממוסדות – גיוון דיסציפלינרי.

התעוררה שאלה לגבי הכללת שופטים מכהנים או נשיא בית המשפט העליון. **פרופ' מרדכי קרמניצר** טען כי הכללת שופטים מכהנים תפחית את המתח שבין שני הגופים. **ד"ר דן אבנון** התנגד לכך בטענה שלא ראוי ששופטים ידונו באותה סוגיה ב'כובעים' שונים.

ג. טיעונים בזכות ביקורת שיפוטית מקדמית בשלב החקיקה

1. שמיירה על מעמד הכנסת

יישמר מעמד הכנסת והעלאת קרנה על-ידי מזעור הסיכוי לביטול חוק על-ידי בית המשפט העליון, מחד גיסא, ואי-פגיעה ישירות בבית המשפט, מאידך גיסא. **פרופ' מרדכי קרמניצר** טען כי "הרמה של המחוקק אצלנו בעין הציבורית היא כל כך ירודה, שצריך לעשות הכול לא רק כדי לקיים אותה במצבה הנוכחי, אלא כדי לשפר אותה. ההצעה של ביקורת-קדם מנסה להבטיח שלא נהיה חכמים לאחר מעשה, אלא בעת מעשה, ונדאג לטייב את תהליך החקיקה באופן שהחוק שיצא, יהיה לו הסיכוי הטוב ביותר לעמוד אחר כך בביקורת שיפוטית, ושבמצב הנורמלי, למעט חריגים מעטים, הוא יוכל לעמוד בכבוד בביקורת השיפוטית... הלב הרעיוני של ההצעה הוא רעיון מאוד פשוט: אם אפשר למנוע תקלה לפני שהיא יוצאת לדרך – יש למנוע אותה. אני חייב להודות שלא שמעתי טיעון טוב נגד הרעיון הפשוט הזה."

2. העלאת מעמד הפוליטיקה

"חוסנה של הדמוקרטיה תלוי בתפקודו של הפרלמנט. אני רוצה שפוליטיקה לא תהיה מילה גסה. הדגם הזה יכול לבנות סוג חדש של פוליטיקאים שרואים עצמם משתלבים בהמשך במוסד הזה. צריך לטייב את הפוליטיקה, וזה אמצעי להשיג את המטרה הזאת."

3. הבדל בין פגיעה בכבוד הכנסת תוך כדי הליך החקיקה לבין ביטול חוקים לאחר מעשה

פרופ' מרדכי קרמניצר טען כי עדיף שהביקורת מתבצעת תוך כדי תהליך שבו הכנסת, על סמך התגובות שהיא מקבלת, מפנימה את הרעיונות החוקתיים, מאשר שמטילים על הכנסת 'פצצות' מבחוץ.

4. יתרון למימוש ההוראות החוקתיות תוך כדי הליך החקיקה

כאשר בית משפט צריך לדון בחוק שכבר התקבל, עליו לפעול מתוך איפוק, כבוד וריסון ולתת ביטוי לרעיון של שיקול דעת נרחב למחוקק. כתוצאה מכך, קורה לא אחת שקטנה היכולת לבטא את העקרונות החוקתיים. לעומת זאת, כשהביקורת נעשית אגב תהליך החקיקה, אין פגיעה במוסד ואין פגיעה בחוק. הביקורת שמופעלת אז מקיפה בהרבה, עמוקה ויסודית, ומטייבת את תהליך החקיקה באופן אמת.

5. מניעת האפשרות לחקיקת אישון לילה' פופוליסטית

פרופ' מרדכי קרמניצר טען כי אם יקום גוף כמוצע, אי-אפשר יהיה לבצע מחספי לילה וחקיקה הנגועה ברע יסודי (אפילו כזאת שאיננה פוגעת באופן ישיר או מובהק בזכויות), המערערים את היסודות של שלטון החוק. זאת, נוסף להשבחת העבודה על הצעות חוק ברמה הממשלתית וברמת הכנסת, בייחוד בשאלות חוקתיות.

6. השפעה מוסרית על הכנסת דרך דעת הקהל:

פרופ' ברוס אקרמן טען כי "Remember that contemporary democracies are always working before the public opinion. When such an Advisory Board will give its opinion, it will be made public, and then it will be of very great importance in the process of legislation itself. It cannot be just disregarded like that. So it is technical and I would say even moral opinion that would have influenced the Advisory Board. It will have a very strong input."



7. **הליך משפטי לצורך בירור שאלות חוקתיות אינו תמיד ההליך המתאים**

לא כל מי שיש לו טענה נגד החוקה, הוא בעל יכולת טיעון, הבנה, הבאת ראיות, מתאימה לסוג כזה של עניין. יתרה מזאת, ההליך האדוורסרי המקובל אצלנו איננו תמיד מתאים לבירור שאלות חוקתיות שצריך בשבילן גישה לחלוטין לא אדוורסרית, אלא גישה-אמצע ערעורית-מחקרית. הצורך הוא בגוף מחקר עם מומחים לחברה ולמדינה. עם אנשים עם השקפות עולם שאנחנו יודעים מה הן, מקצועות שונים, הבנות שונות, התנסויות משטריות שונות. לגוף כזה יש סיכוי טוב יותר לעשות עבודה רצינית שמתאימה לסוג של שאלות חוקתיות. יש לו סיכוי לקבל הכרעה לא פחות מושכלת ומוצלחת מההכרעה שתקבל בבית המשפט, גם אם יושבים בו השופטים הכי טובים שיש במערכת.

8. **"שוב סכסוכים בין רשויות השלטון, ובייחוד חומת מגן על בית המשפט העליון בדרך של זניעת ההכרח לפסול חוקים בצורה אינטנסיבית"**

גוף כזה יהיה בבחינת חומת מגן על בית המשפט העליון. ללא חומת מגן, בית המשפט העליון יסבול מערעור הלגיטימציה שלו כאשר ינסה להפעיל ביקורת שיפוטית אינטנסיבית, יחסית, על חוקים. **פרופ' מרדכי קרמניצר** טען: "מול המערכת הציבורית והפוליטי, אשליה היא לחשוב שאפשר יהיה לשמור על בית המשפט העליון במתכונת שמבטיחה בראש וראשונה שמירה של איכות ומקצועיות. צפוי כרסום בהיבטים האלה. הצעה זו לא רק שאינה באה לפגוע בבית המשפט העליון, אלא היא באה לשמור ולהגן עליו... במתכונת המוצעת כאן, כאשר תהיה ביקורת שיפוטית על חוקים – בהיקף מצומצם ורק כמוצא אחרון ובאופן מאוד חריג – יישמר מעמדו של בית המשפט העליון ותהיה תרומה חשובה למעמדה של הרשות המחוקקת ושל החוק במדינת ישראל."

ד. **טיעונים נגד ביקורת שיפוטית מקדמית בשלב החקיקה**

1. **כפילות מוסדית**

הנשיא אהרון ברק טען: "אינני סבור שיש צידוק בקיומם של שני גופים שיפוטיים מבקרים, האחד לביקורת מקדמית והאחר לביקורת מאוחרת. אם הביקורת המקדמית נראית ראויה, כי אז התפקיד לקיים ביקורת זו



צריך להיות מוטל על אותו גוף המבצע ביקורת מאוחרת. שיטות הביקורת, שיקולי הביקורת והאיוון בין ערכים הוא זהה. לכאורה שוני מהותי הוא שהביקורת המקדמית היא מופשטת ואילו הביקורת המאוחרת היא קונקרטית. למעשה במצבים רבים, הביקורת המאוחרת היא מופשטת. על כל פנים, השוני בין דרכי הביקורת אינו מצדיק הקמתו של בית משפט חוקתי מיוחד."

השופט יצחק זמיר טען כי גוף נוסף יהפוך מהר מאוד או לגוף פוליטי או לגוף מתחרה בבית משפט העליון. "אני חושב שאפשר להוסיף, כפי שקיים בכמה מדינות, ביקורת מקדמית מסוג אחר ולאפשר למספר מסוים של חברי כנסת או לממשלה להעביר מקרים אל בית המשפט העליון ולבקש חוות דעת מקדמית אבסטרקטית." **"ח"כ חיים אורון** אמר: "אל תערבו שופטים עם פוליטיקאים, אל תערבו שופטים עם אנשי הרשות המבצעת, או עם אנשי הרשות המחוקקת, מפני שתקבלו גוף שיסבול למעשה מכל המגרעות ולא יהיה לו את יתרונו של הגוף השיפוטי, כלומר הפן המקצועי. זה הגוף שלומד ומכשיר את עצמו לפרש חוקים, בין השאר לפרש אם חוקים מסוימים הם קונסטיטוציוניים או לא קונסטיטוציוניים."

ד"ר עלי זלצברגר: "אם בית המשפט העליון ואותו מוסד שיבצע ביקורת שיפוטית לפני חקיקה, יהיו באמת 'באותו ראש', כי אז לא יהיה צריך בביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון. אבל אם האוריינטציה של המוסד הזה, שיהיה פוליטי בהרכבו, תהיה שונה, וכאשר בית המשפט העליון יהפוך החלטות או יבקר החלטות או לא יסכים עם המוסד השיפוטי הפרה-חקיקתי הזה – הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון תהיה נמוכה בהרבה והסכנה לכוחו, לעמדתו, להמשך קיומו תהיה גדולה בהרבה."

פרופ' מאיר שמגר טען כי שני גופים שונים באותה מְטריה, גופים שהם היררכיים זה מעל זה, יוצרים יריבות בלתי רצויה. לדעתו, תופעת התחרות תוביל לכך שמועמדים יחששו להצטרף לגוף המוצע מן הטעם שבמצב של מתח בין גוף זה לבין בית המשפט העליון, שיהפוך החלטות של הגוף המוצע, תיפגע יוקרתם או הערכת שיקול דעתם האישי.

מנגד, טען **פרופ' מרדכי קרמניצר** טענה כפולה. ראשית, אין כפילות מוסדית משום שמדובר בשלבים שונים. לטענתו, קיים הבדל משמעותי לא פורמלי, אלא איכותי, בין ביקורת שיפוטית אבסטרקטית שנעשית בשלב שעוסקים בנורמה ושלא בהקשר של סכסוך משפטי מסוים, לבין



ביקורת קונקרטית. יש הבדל גדול מאוד בין מה שאפשר לעשות בשלב הזה, בין מה שצריך לעשות בשלב הזה ובין השאלה שעומדת אחר כך בפני בית משפט על רקע סכסוך משפטי קונקרטי. לכן גם השיקולים המופעלים הם מסוג שונה, וזאת בשל היחס בין נורמה למציאות. כשאתה מחוקק חוק, אתה רואה תרחיש מסוים של העולם. יכול להסתבר שהמציאות נראית שונה ממה שהוערכה בשלב של קביעת הנורמה. יתר על כן, ייתכן מצב שבו המקרה הקונקרטי דוחף בצדק את ההכרעה בכיוון שונה מאשר זה שהחליט עליו הגוף שדן בעניין באופן אבסטרקטי. דווקא בשל כך, גם אם בשלב מאוחר יחליט בית המשפט לפסול את החוק, תהיה לכך לגיטימציה עניינית וגם ציבורית. מצד שני, גם אם מדובר בתחרות בין שני גופים, ניתן לראותה כתחרות בריאה. בייחוד בשאלות חוקתיות, שהן מטבען שאלות פתוחות, אין רע בזה שיהיה גיוון קולות, הנובע מכך שאפשר לבחור לגוף המייעץ אנשים בעלי זהות פוליטית ברורה.

2. המבקש לחזק את הכנסת, ירוץ לבחירות

ד"ר דן אבנון טען כי את האנרגיה, את הכסף ואת המשאבים מוטב להשקיע לבנייתו של פרלמנט חזק יותר. הפתרון לבעיית איכותם של חברי הכנסת איננה יצירת מנגנון עוקף לכנסת, שיחלק לה ציונים. "מי שמעוניין שדיון בכנסת יהיה באיכות גבוהה, שיירוצ' בבחירות, שייכנס לכנסת, שידאג שיהיו תקציבים לוועדות ולגופי מחקר ושיעשו את העבודה כמו שצריך." **פרופ' מאיר שמגר** תהה "האם אתה באמת מחזק את מעמדם של פוליטיקאים בכך שתאמר להם שכדי לפתור את הבעיות שלהם, ניתן למישהו אחר לבדוק את סבירות החוקים שהם מחוקקים?"

3. טיעון הסיוע למנוע חקיקה לא-חוקתית אינו טיעון חזק

עו"ד **צבי ענבר** טען: "לדעתי, הכנסת מתייחסת מאוד בכובד ראש לטענות עקרוניות ערכיות שמועלות בפניה ובהחלט עושה מאמץ לא להוציא מתחת ידיה חוקים פגומים מבחינת הפגיעה בזכויות יסוד. המוצרים הסופיים של הכנסת בשנים האחרונות מוכיחים שדי מקפידים על כך ושכולם ערים ממש לעובדה הזאת."

4. גוף לא שיפוטי אינו יכול לשמש כוסף אחרון

השופט **אליעזר ריבלין** טען כי לא יעלה על הדעת שגוף פוליטי או שיש לו גם היבטים פוליטיים, גוף המורכב לא רק משופטים אלא גם מנציגים

של הרשות המבצעת ונציגים של הרשות המחוקקת, הוא שיהיה הגוף המכריע, או הפוסק האחרון.

5. מדובר בהתערבות לא דמוקרטית בהליכי חקיקה

אבירים ורטהיים טען כי ההצעה לביקורת שיפוטית מקדמית איננה דמוקרטית. מדובר בגוף שבעצם לא מבצע ביקורת שיפוטית, אלא מתערב בהליכי חקיקה.

6. מוטב לחזק את הכנסת באמצעות 'בית שני'

עו"ד יורם ארידור ועו"ד צבי ענבר טענו כי אם רוצים לשפר את תפקוד הכנסת על-ידי ביקורת מקדמית, לא צריך לפגוע בבית המשפט העליון, אלא אפשר להקים 'בית שני'. רוצים לשפר תהליך חקיקה, לא צריך לקלקל את ההגנה על זכויות האדם. 'בית שני' לא פוגע בזכות הפרשנות על-ידי בית המשפט וזה גם איננו תפקידו. הרשות המחוקקת לא טעונה חיזוק אלא היא טעונה שיפור, ואם מדובר על חיזוק, יש להחליש את הרשות המחוקקת. הכנסת היום חזקה מדי, הכנסת היום משתוללת בחוקים פופוליסטיים, בחוקים לא אחראיים, בחוקים שמשנים פסקי דין של בית משפט לגבי עבריינים. היא טעונה חיזוק? צריך להחליש אותה. איך מחלישים אותה? על-ידי 'בית שני', על-ידי ביקורת.

פרופ' מרדכי קרמניצר טען כי יש קרבה בין הרעיון המוצע לבין הרעיון של 'בית שני'. "למה אני לא קורא לו 'בית שני'?" כי 'בית שני' בדרך כלל הוא בית שבחרים אותו, וכולנו יודעים מהדיון על 'בית שני' שאתה נכנס אז לשאלה איך מבטיחים שיהיו שני בתים שונים, כי לעשות שני בתים זהים אינו שווה את המאמץ. כאן אנחנו הולכים על דגם אחר, ולי חשוב מאוד שזה יהיה דגם איכותי, שיהיו שם אנשים שיש להם השקפות עולם מגוונות, אבל שיהיו אנשים רציניים, הטובים ביותר. לכן זה חייב להיות גוף שמסננים אותו. יש לי קושי לקרוא לזה 'בית שני'."

(מאחר שדברים אלה נאמרו בשולי הדיון, לא הרחבתי בסוגיית 'הבית השני').

7. סרבול הליכי החקיקה ואי-ודאות החוק

ד"ר מיכאיל קרייני העלה את שאלת 'זכות העמידה' בפני הגוף המייעץ. יש קושי בעצם קיומם של דיונים ארוכים בפני המועצה עד להשלמת הליך



החקיקה, שלאחריו ייתכן גם הליך של ביקורת שיפוטית בבית המשפט העליון. לדעתו, מדובר על תקופה ארוכה מידי של סינון הנורמה והוצאתה וקביעת נורמה סופית.

הערות

1. השופט מאיר שמגר דיבר בכינוס המועצה על ארבע צורות של ביקורת שיפוטית. לנוחיות הדיון, השתיים העיקריות הובאו למעלה, ושתי ורסיות הובאו בהערות השוליים תוך כדי התיאור.
2. כלל זה כונה על-ידי השופט שמגר 'שליטת הדין'. כך אני מתרגם את ה-Rule of Law.
3. בסעיף 15.
4. פרשת קעאדן.
5. פרשת דיראני.
6. ביטוי אפשרי של ביקורת שיפוטית יכול להתקיים גם במצב שבו מתבצעת **ביקורת שיפוטית לבדיקת חקיקה ראשית בהיעדר הוראות חוקתיות חקוקות**. במסגרת בדיקת חוקיות הפעולות, עלתה דווקא בבריטניה התזה כי בית המשפט רשאי לקיים ביקורת שיפוטית כדי לבדוק חוקיותה של חקיקה ראשית של הפרלמנט, גם אם אין הוראות חוקתיות חקוקות. למשל, כאשר אין הוראה כדוגמת סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אלא רק על-יסוד תפיסות היסוד הערכיות שבבסיס שיטת המשטר. זאת, בהתבסס על התפיסה שלפיה אחד מיסודות הדמוקרטיה הוא כי כוחו של השלטון אינו בלתי מוגבל. למשל, אין לפגוע בחופש הביטוי ובבחירות חופשיות. זכויות יסוד אינן נושא להצבעה.
7. **דגם הבטלות המוחלטת** קובע כי דבר חקיקה שנוגד את החוקה או את חוק היסוד המפורז הוא בטל ומבוטל (void), לא היה לו מעולם תוקף והוא בטל מאליו. לפיכך, לכל אדם החירות שלא להתחשב בחוק בלתי חוקתי, שכן הוא אינו קיים נורמטיבית. הביטול השיפוטי בדגם זה פועל למפרע, מרגע החקיקה. **דגם הנפסדות** קובע כי חוק שחוקק על-ידי המחוקק לעולם קיים ותקף, עד לקביעת בית המשפט. בית המשפט מוסמך לבטל את החוק

רטרוספקטיבית, אקטיבית או פרוספקטיבית, על-פי הנורמות החוקתיות באותה שיטת משפט: דגם זה אינו מערער את כוחו של המחוקק, במובן זה שכל חוק קיים, חזקה עליו שהוא חוקתי עד שבת המשפט יחליט אחרת. הציבור מחויב לציית לחוק, גם אם הוא סבור שהחוק אינו חוקתי. הדבר מחזק את הסדר החברתי, אך נותן בידי הרשות השופטת סמכות המקבילה למעשה לרשות המבצעת. פגם נוסף בדגם טמון בכך שהוא אינו מבחין בין רמות שונות של אי-חוקתיות, שכן כל חוק בלתי חוקתי הוא תקף עד להכרעה אחרת של הרשות השופטת, וזאת אף אם החוק הוא בלתי חוקתי בעליל. **דגם הבטלות היחסית** הוא דגם ביניים, שלפיו יש להתחשב במהותה של אי-החוקתיות ובנסיבות העניין. חוק שעל פניו נוגד חזיתית חוק יסוד, או שלא עבר כלל הליך חקיקה, יהיה בטל ומבוטל גם ללא צורך בהכרעה שיפוטית. במקרים אחרים, שבהם הבטלות עשויה להיות שנויה במחלוקת, תידרש התערבות שיפוטית. ההכרזה כי חוק הוא בטל אקטיבית או פרוספקטיבית תהיה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט. (אהרון ברק, "פרשנות חוקתית", **פרשנות במשפט**, כרך 3, נבו הוצאה לאור, ירושלים 1994, עמ' 720-726).

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

9. בגרמניה, לדוגמה, החוקה קובעת כי ניתן לפנות לבית המשפט החוקתי הפדרלי במקרים הבאים: שלילת זכויות יסוד, חוקתיות מפלגות פוליטיות, ביקורת על תוצאות הבחירות, העברת הנשיא מכהונתו, מחלוקת בין גופים בכירים במדינה ומחלוקות בין מדינה לפדרציה. סמכויות אלו ואחרות קבועות בסעיפים 1, 21 (2), 41 (2), 61, 93, 84 (4), 98, 99 ו-126 לחוק היסוד הגרמני.

10. רעיון זה הופיע בכמה הצעות חוק יסוד חקיקה והיה מקובל הן על ממשלתו הראשונה של יצחק רבין המנוח, שעו"ד חיים צדוק כיהן בה כשר המשפטים, והן על ממשלתו של מנחם בגין המנוח, שהיה בעצמו שר המשפטים.

11. יתרה מזאת, הנשיא טען כי כל עוד ניתן לשנות הוראות חוקתיות ברוב רגיל, אין מקום לטיעון זה. דא עקא, הפסיקה קבעה, והכנסת אימצה למעשה את הגישה כי אין לתקן חוק יסוד אלא על-ידי חוק יסוד.

