

פרופסור יואב דותן

שאלת הביקורת השיפוטית

במסגרת החוקה

נייר עמדה

אפריל 2006

מעטים חולקים כיום על כך שבמסגרת שיטה חוקתית קיימת הצדקה להגביל את כוחו של בית המחוקקים על ידי מתן סמכות לגורם שיפוטי לפקח על חוקיותם של חוקי הפרלמנט. ואולם, הפקדת הכוח בידי בית משפט להרהר אחרי קביעותיו של המחוקק הנבחר מעוררת את החשש כי ההתערבות השיפוטית תכרסם בעקרון הדמוקרטיה הייצוגית, שהוא נשמת אפו של כל משטר דמוקרטי. כלומר, הפקדת סמכות חוקתית של ביקורת שיפוטית על הכרעות של המחוקק הייצוגי בידי גורם שיפוטי, שמעצם הגדרתו הוא ייצוגי פחות מאשר המחוקק עצמו, מעוררת את השאלה הקלאסית: "מי ישמור על השומרים?".

דרך אפשרית אחת להבטיח את האחריותיות הדמוקרטית של בתי משפט חוקתיים היא באמצעות ניסוח מתאים של החוקה עצמה. ואולם, הניסיון מוכיח כי הטכסט החוקתי הוא אמצעי מוגבל להגשמת עקרון האחריותיות הדמוקרטית של בתי משפט חוקתיים, וזאת לאור העובדה שמסמכים חוקתיים מנוסחים באופן רחב ועמום, כזה המותיר לבתי המשפט מרחב בלתי מוגבל כמעט ליישם את ערכיהם שלהם כשהם באים להכריע בסוגיות חוקתיות. דרכים אפשריות אחרות להתמודדות עם שאלת האחריותיות הן שמירה על רמת גבוהה של ייצוגיות דמוקרטית בהליכי הבחירה של שופטים חוקתיים והטלת מגבלות שונות על הסמכויות המופקדות בידי בתי המשפט החוקתיים או על משך תקופת הכהונה של השופטים.

במסגרת נייר העמדה הנוכחי מובאת סקירה השוואתית של האמצעים שנקטו בשיטות דמוקרטיות שונות על מנת להבטיח את האחריותיות של בתי המשפט החוקתיים. ניתן להצביע על שלושה מודלים עיקריים להתמודדות עם שאלת האחריותיות. מודל אחד הוא זה המקובל בארה"ב. לפי מודל זה מוענקת לבתי המשפט הרגילים סמכות נרחבת לפסול חקיקה שאינה תואמת את הוראות החוקה. האחריותיות הדמוקרטית של הליכי הביקורת השיפוטית בארה"ב מבוססת על כך שהליכי מינוי השופטים נעשים, בדרך כלל, על ידי הרשות המבצעת (באישור הרשות המחוקקת), ובמדינות מסוימות אף על ידי בחירה ישירה של השופטים.

מודל שני להתמודדות עם בעיית האחריותיות הוא זה הנהוג במדינות אירופה הקונטיננטלית. על פי מודל זה, הסמכות לפסול חקיקה של הפרלמנט הוצאה מידי מערכת בתי המשפט הרגילים משום שרמת הייצוגיות הדמוקרטית של בתי המשפט הרגילים בקונטיננטל נחשבה, בעיני מנסחי החוקות באירופה, לנמוכה מדי. בהתאם, עם כינון מוסד הביקורת השיפוטית באירופה ייצרו מכוני החוקות שם בתי משפט חוקתיים מיוחדים, הפועלים באופן נפרד לחלוטין ממערכת המשפט הרגילה, ונהנים, בדרך כלל, מסמכות בלעדית בכל הנוגע להפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. בניגוד למערכת המשפט הרגילה בקונטיננטל, הליכי המינוי של שופטים לבתי המשפט החוקתיים נהנים מרמת ייצוגיות פוליטית גבוהה. השופטים בבתי משפט אלו נבחרים על ידי הפרלמנט (לעיתים עם מעורבות חלקית של הרשות המבצעת ו/או השופטת בהליכי המינוי) ותקופת כהונתם היא מוגבלת.

המודל השלישי, והאחרון, המוכר בעולם להתמודדות עם בעיית האחריותיות הדמוקרטית של בתי משפט חוקתיים הוא המודל של ארצות המשפט המקובל. במדינות אלו, האמונות על המסורת הבריטית של עליונות הפרלמנט, סמכויותיה של מערכת המשפט להתערבות בחקיקה פרלמנטרית הן מוגבלות, וזאת בשל האופי האוטונומי, המקצועי והלא-ייצוגי של מערכת בתי המשפט. בחלק ממדינות המשפט המקובל אין לבתי המשפט סמכות לפסול חקיקה, אלא רק

סמכות לקבוע אי-התאמה של דבר חקיקה רגיל להוראות החוקה, תוך שהסמכות לפעול לתיקון אי-החוקתיות של החוק נותרת בידי המחוקק עצמו (כגון בבריטניה ובניו-זילנד). במדינות אחרות הוענקה לבתי המשפט סמכות לפסול חקיקה ראשית, אך סמכות זו סויגה על ידי החוקות של אותן מדינות באמצעים שונים, כגון מתן סמכות לפרלמנט לחוקק, ברוב רגיל או ברוב מיוחד, חוק שיבטל החלטות של בית משפט הפוסלות חקיקה ראשית (כגון בקנדה).

הסקירה ההשוואתית מובילה לדעתנו לשתי מסקנות עיקריות. המסקנה הראשונה היא כי כל רפורמה חוקתית בישראל חייבת לתת מענה הולם לשאלת האחריותיות. כלומר, הענקת סמכות חוקתית לפסילת חוקים למערכת המשפט בישראל מחייבת עריכת רפורמה בנושא האחריותיות וזאת לאור העובדה שמערכת המשפט הקיימת בישראל סובלת מ"גירעון" בתחום הייצוגיות הדמוקרטית. המסקנה השנייה נוגעת ליתרונות והחסרונות היחסיים שיש לכל אחד מהמודלים שנסקרו לעיל כפתרון אפשרי לבעיית האחריותיות. אימוץ המודל האמריקני, של הענקת סמכות חוקתית לבתי המשפט הרגילים, עלול להוביל לפוליטיזציה מסוכנת של הליכי מינוי השופטים בישראל. אימוץ המודל השני, הקונטיננטלי, עשוי להוביל לבעיות פרוצדורליות ומבניות רציניות, משום שבניגוד לקונטיננט, שיטת המשפט בישראל איננה ערוכה למצב שבו קיים בית משפט מסויים (לחוקה) שפועל באופן מנותק ממערכת בתי המשפט הרגילים. בהתאם, המסקנה אליה הגענו היא שמשלושת הדגמים המקובלים בעולם רצוי היה לאמץ בישראל, במסגרת רפורמה חוקתית, את הדגם השלישי, הנהוג בארצות המשפט המקובל. מודל זה, מבסס, כאמור, את האחריותיות הדמוקרטית של בתי המשפט העוסקים בביקורת חוקתית על סיוג והגבלה של הסמכות החוקתית הנתונה לבית המשפט. בהתאם, זהו מודל חוקתי המתאים למבנה, להתפתחות ההיסטורית ולאופי של שיטת המשפט שלנו, והוא יוכל להגשים את הצורך במוסד ביקורת חוקתית מחד, ואת עקרון האחריותיות הדמוקרטית מאידך, וזאת מבלי לגרום לזעזועים מיותרים במבנה המשפטי והפוליטי הקיים במדינת ישראל. באופן קונקרטי, רצוי שכל הסדר חוקתי בישראל, יעניק למערכת המשפט סמכות לפסול חוקים שאינם תואמים את החוקה, אך יותר בידי הכנסת סמכות משמעותית להפוך את קביעת בית המשפט וזאת בהליך מיוחד (וייתכן שגם ברוב מיוחד) שייקבע לעניין זה במסגרת החוקה.

נייר עמדה זה עוסק בשאלה של ההסדרים הנוגעים לאכיפת הוראותיה של חוקה. בין השאלות שיידונו כלולות גם שאלת הצורך במוסד שיאכוף את הוראות החוקה על רשויות השלטון השונות ובכללן המחוקק הנבחר,¹ הצידוקים להקמתו והפעלתו של מוסד כזה, סוגים שונים של מוסדות שיכולים לשמש לצורך זה, וההשלכות של הבחירות בין המודלים השונים.

1. חשיבות שאלת הביקורת השיפוטית והדיון בה

לפני שאני נכנס לדיון לגופה של שאלת הביקורת השיפוטית רצוי לומר מספר דברים לגבי חשיבות הנושא. חוקה היא, במהותה, מכשיר שנועד לגבש את ההסדרים המבניים והתוכניים באופן כזה, שיוציא אותם מגדר האפשרות לשנותם באמצעות חקיקה (או לפחות יסדיר את דרכי השינוי של הסדרים מסוימים כאלו). כלומר, חוקה היא מכשיר שנועד להבחין בין הליכי קבלת החלטות באמצעות חקיקה רגילה לבין הליכי קבלת החלטות במישור החוקתי (גביזון 1998, 26). ביקורת שיפוטית היא ההליך שבאמצעותו נבחנת ההתאמה בין החוקה לחקיקה הרגילה. לכן, השאלות הכרוכות בעצם קיום הביקורת, הגורמים המוסמכים לקיים את הביקורת, דרכי בחירתם, היקף סמכויותיהם, והיחסים בינם לבין רשויות אחרות, הן מן השאלות החשובות והמרכזיות ביותר בכל מהלך שתכליתו לכונן חוקה. במובנים רבים ניתן לומר כי שאלות אלו חשובות לא פחות, ואולי אף יותר, מאשר תוכן ההסדרים המהותיים המוסדרים בטכסט החוקתי. זאת, בין היתר, משום שההכרעה בחלוקת הסמכויות האמורות עשויה להשפיע על העמדות הנוגעות לתוכנו המהותי של הטכסט החוקתי. לא במפתיע שאלה זו היא השאלה שעמדה במרכז הדיון החוקתי וההתפתחות החוקתית בכל שיטות המשפט שבהן התעוררה השאלה האם לאמץ חוקה. בהתאם, לא ניתן לנקוט במהלך של כינון חוקה ללא קיום דיון מקיף וקבלת הכרעות מודעות ומושכלות לגבי שאלות אלו.

הדגשת חשיבות שאלת הביקורת השיפוטית היא חיונית דווקא על רקע המציאות הישראלית וההיסטוריה של מהלכים חוקתיים אצלנו. קיימת נטייה בולטת אצל חלק ממי שעוסקים בכך להבליע את הדיון בשאלת הביקורת במסגרת הדיונים על כינון חוקה, תוך כדי התמקדות בהסדרים החוקתיים המהותיים ובתוכנו של הטכסט החוקתי, והזנחה – שלא תמיד היא מקרית – של הדיון בשאלות המוסדיות הכרוכות בביקורת השיפוטית. דוגמא אחת, בולטת, למגמה זו היא המהלך החוקתי שבו פתח בית המשפט העליון בשנת 1994 בפסק הדין הידוע בעניין בנק המזרחי.² בפסק דינו המקיף של בית המשפט הוא התמקד בשאלת עצם קיום הסמכות לביקורת שיפוטית, כפי שהיא נבעה, לשיטתו, מחקיקת חוקי היסוד החדשים ב-1992,³ תוך שהוא מניח, כמעט ללא דיון בעניין, שסמכות הביקורת נתונה למערכת המשפט הרגילה, ושמערכת

¹ לאורך העבודה אניח כי, בהתאם למצב הקיים כיום בישראל, ישראל היא דמוקרטיה פרלמנטרית, שבה הגורם שנבחר באופן ישיר על ידי הציבור הוא הכנסת, כרשות מחוקקת.

² ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

³ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק יסוד: חופש העיסוק.

המשפט הרגילה קנתה סמכות כזו מעצם קבלת חוקי היסוד, ולמרות שהטכסט של חוקי היסוד לא אמר דבר באופן ישיר לגבי עצם קיום הביקורת, או לגבי המוסדות המוסמכים לקיים אותה.⁴ ביסוד המסמך הנוכחי עומדת התפיסה כי שאלת הביקורת השיפוטית היא שאלה חשובה ומרכזית מדי מכדי להזניח אותה במסגרת הדיון בכינון חוקה. זאת ועוד, בניגוד לעמדה העומדת מאחורי המהלכים שהוזכרו לעיל, אני סבור ששאלת הביקורת השיפוטית היא שאלה "פתוחה" שאין לה פתרון "טבעי" שניתן או רצוי להגיע אליו בדרך של אי החלטה (default). כפי שאראה להלן, שיטות משפט שונות נותנות פתרונות שונים לשאלת הביקורת השיפוטית, והשאלה נדונה בכובד ראש בספרות המשפטית והפוליטית בכל שיטות המשפט. הימנעות מדיון מושכל, מקיף, ישיר ופומבי בשאלת הביקורת השיפוטית עשויה להטיל צל על הלגיטימיות הדמוקרטית של כל מהלך לכינון חוקה.

2. הנחות עבודה

הנחות העבודה הבסיסיות של המסמך הנוכחי הן שבשיטת המשפט שבה מדובר, קרי בשיטת המשפט בישראל, תהיה קיימת חוקה פורמלית ומשוריינת. כלומר, שמוסד הביקורת החוקתית שידון להלן "ימוקם" במסגרת של שיטה חוקתית שבה קיימת חוקה, המעוגנת במסמך אחד, שהשיטה המשפטית רואה בו את הנורמה העליונה, ושכל נורמה אחרת, לרבות חקיקה ראשית, צריכה לתאום את הוראותיה. כמו כן, יונח כי העליונות של החוקה באה לידי ביטוי, בין היתר, בכך שעל מנת לשנות את החוקה יידרש הליך דיוני שהוא שונה, וכעקרון מסורבל ותובעני יותר, מאשר זה הנהוג לשינוי או ביטול של חקיקה רגילה.

אני מודע, כמובן, לעובדה שהנחות אלו אינן טריוויאליות כלל. שיטת המשפט הישראלית כיום מאופיינת בכך שמרבית ההנחות האמורות אינן מתקיימות לגביה, והשאלות הכרוכות בישומן של הנחות העבודה הללו רחוקות מלהיות מוכרעות בה. אימוצן של הנחות עבודה אלו במסגרת הנוכחית נעשה מטעמים מעשיים של נוחות. מסמך זה נכתב במסגרת עבודה כללית יותר, שעוסקת בהכנתה של חוקה לישראל. כלומר, במסגרת הליך שמטרתו לבחון את האפשרות לשנות את השיטה החוקתית בישראל לשיטה חוקתית שהנחות אלו מתקיימות לגביה, כאשר החלק הנדון כאן אמור להשתלב במסגרת זו. אני גם מניח שהשאלות העיוניות הכרוכות בהנחות העבודה האמורות יטופלו במסגרת חלקים אחרים של העבודה הכללית. מסיבה זו, אין גם טעם שאכנס, במסגרת הנוכחית, לדיון מפורט בשאלה של היחס בין מה שייאמר לגבי הביקורת השיפוטית במסמך הנוכחי לבין מצב שבו הנחות העבודה האמורות אינן מתקיימות או מתקיימות רק בחלקן.

3. הגדרות ומינוחים – הבחנות ראשוניות: פרשנות החוקה, אכיפתה והביקורת השיפוטית

הנחת המוצא לפיה החוקה היא הנורמה העליונה של השיטה המשפטית, וההנחה לפיה חקיקה רגילה צריכה לתאום את הוראות החוקה מחייבות דיון במצבים שבהם מתעוררת שאלה של אי התאמה בין חקיקה רגילה (או נורמות אחרות, כגון חקיקת משנה) לבין הוראות החוקה. כאשר מתעוררת שאלה כזו של אי התאמה מתעורר הצורך לבדל את השאלה, ואיתו השאלה של מיהות

⁴ בנק המזרחי, שם.

הגורם המוסמך לקבוע אם קיימת אי התאמה כזו. בד בבד מתעוררת הצורך לדון בשאלה של התגובה של המערכת המשפטית-חוקתית במצבים שבהם קיימת קביעה מוסמכת של אי התאמה כזו. סוג השאלות הראשון יכונה להלן שאלות הכרוכות בפרשנות החוקה. סוג השאלות השני יכונה שאלות הכרוכות באכיפת הוראות החוקה. בדרך כלל, מקובל במערכות משפט כי הפעילות של אכיפת חוקים רגילים ופרשנותם שלובות זו בזו, ונעשות, בעיקר, במערכת בתי המשפט. ואולם, בין שתי הפעולות אין זהות, ואין הכרח שהן יבוצעו על ידי אותו מוסד או במסגרת אותו הליך. אכן, גורם המתבקש לאכוף או ליישם נורמה מסויימת נדרש, בדרך כלל, גם לפרש אותה אגב פעילות האכיפה. אך ניתן בהחלט לתאר מצבים שבהם שתי הפעילויות אינן נעשות בכפיפה אחת, אלא קיימת ביניהן הפרדה הליכית או מוסדית. במיוחד אמורים הדברים לגבי פעילות הנוגעת לפרשנות החוקה ואכיפתה (ראו להלן). כך או כך, מכלול הפעילות הנוגעת ל"טיפול" ביישום החוקה, קרי: פרשנותה ואכיפתה – יכונה להלן ביקורת שיפוטית לפי הוראות החוקה (או שפיטה חוקתית).

המונח "ביקורת שיפוטית" משמיע, כמעט בהכרח, שהפעילות הכרוכה ביישום החוקה תיעשה על ידי גוף שהוא שונה ונבדל מהמחוקק עצמו. ואכן, גם מבחינה אנליטית, שיטה שמניחה קיום ביקורת על התאמת החוקים לחוקה, מניחה, שלא ניתן להסתפק בהליך החקיקה עצמו, על מנת להבטיח התאמה כזו. כלומר, היא מניחה את האפשרות שחוקים, שחוקקו על ידי המחוקק, לא יתאמו את הוראות החוקה, ושגורם כלשהו במערך החוקתי יצטרך לפקח על ההתאמה הזו. ואולם המינוח ביקורת שיפוטית שבו אני עושה שימוש, מחייב הבהרה. המונח מכוון לכל מצב שבו גורם שאינו המחוקק הרגיל עצמו, עוסק בבדיקת התאמת החוקים לחוקה ואכיפת החוקה על המחוקק. אכן, אני משתמש במונח ביקורת שיפוטית משום שכמעט בכל השיטות המוכרות לי להליך הביקורת יש כמה מאפיינים בסיסיים המקבילים, ביסודם, להליך של טריבונלים שיפוטיים. מאפיינים אלו כוללים הליך שבו הטריבונל המחליט מתבקש להכריע בשאלת התאמת החקיקה לחוקה על סמך פנייה או עתירה של צד מעוניין, כאשר בדרך כלל מוזמנים צדדים המתנגדים לתקיפה החוקתית להגיב בפני אותו טריבונל. תוצאת ההליך היא, בכל המקרים הללו, החלטה של המוסד המבקר המקבילה, עקרונית, ל"פסק דין" של טריבונלים משפטיים. ואולם, יש להדגיש כי מעבר למאפיינים הבסיסיים האמורים, הרי גורם הביקורת אינו חייב בהכרח להיות מוסד שיפוטי השייך דווקא למערכת המשפט הרגילה, ודרכי פעילותו עשויות להיות שונות מאוד מדרכי הדיון הרגילות של בתי משפט באותה שיטה נתונה. כפי שנראה להלן, בשיטות חוקתיות לא מעטות הגורמים שעוסקים בשאלת התאמת החוקים לחוקה אינם בהכרח מוסדות שהם בתי המשפט הרגילים של אותה שיטת משפט, או אף מוסדות הפועלים בתבנית דיונית הדומה לבתי המשפט הרגילים. לעיתים המדובר במוסדות הפועלים מחוץ לרשות השופטת, ולעיתים אלו אף מוסדות ששייכים מבחינה ארגונית ומוסדית למחוקק עצמו ופעילותם הפיקוחית נעשית באופן שניתן לראותו במישור ההליכי כמעין הליך משלים לחקיקה עצמה (ראו להלן הדיון בשיטה החוקתית הצרפתית). גם פעילות כזו נכללת, במסגרת הנוכחית תחת הכותרת "ביקורת שיפוטית", ובלבד, שמדובר בפעילות שאיננה הליך החקיקה הרגיל שבאמצעותו נוצרת החקיקה, אלא סוג של הליך פיקוחי שנועד לבחון את התאמת החקיקה לחוקה.⁵ לעומת זאת, שיטה

⁵ מן הראוי לציין כי קיימות שיטות שבהן יש אפשרות לבקרה פנימית, במסגרת הליך החקיקה הרגיל, באמצעות דרישת של שני בתים של הפרלמנט (בארה"ב, בגרמניה, בקנדה

ששוללת מיניה וביה את האפשרות לבצע בחינה כזו, מחוץ להליך החקיקה השגרתי עצמו, היא שיטה ששוללת את הביקורת השיפוטית מדעיקרא, לפי המינוח שנבחר כאן.⁶

4. הכרעות והבהרות מתודולוגיות

השאלות הנוגעות בעצם הצורך במוסד הביקורת השיפוטית, בהליכים הכרוכים במוסד זה, ובחלוקת הסמכויות בין הגורמים החוקתיים השונים שיעסקו בכך הן שאלות קשות. הקושי נובע, בראש וראשונה, מכך שההכרעה נעשית במסגרת של רפורמה מקיפה בשיטת הממשל והמשפט שלנו, שעשויות להיות לה השלכות כבדות משקל על עתיד המדינה והחברה הישראלית ועל אופיה. ומצד שני, המדובר בשאלות שהן במידה רבה "פתוחות", משום שניתן לנקוט בשאלות אלו עמדות שונות בתכלית זו מזו, כאשר לא ניתן להצביע בקלות על קו הכרעה "טבעי" או "מתבקש", בין היתר משום שלשיטת המשטר בישראל יש ניסיון חוקתי מוגבל בתחום זה, והניסיון הקיים אינו בהכרח המדריך הטוב ביותר להסדרים הנדרשים במסגרת רפורמה כזו. כל המלצה או הכרעה מחייבת הנחת הנחות לגבי ההשלכות של הסדרים מוסדיים והליכיים על האפשרות להגשים תכנים ערכיים מסויימים, ולהשיג מטרות חברתיות מסויימות. וזאת כאשר הדיון כולו נעשה בהקשר של צפייה לעתיד לבוא. כלומר מקבל ההחלטה נדרש להכרעה שהיא ספקולטיבית מטבעה לגבי ההשלכות של ההכרעה המוסדיות היום, על התפתחויות פוליטיות, תרבותיות וחברתיות בעתיד הקרוב והרחוק.

לאור הקשיים האמורים נשאלת השאלה מהי המתודולוגיה שבה יש לבחור על מנת לנסות ולהתמודד עם שאלת הביקורת השיפוטית במסגרת רפורמה חוקתית?

אסטרטגיה אחת שבה ניתן לנקוט היא אסטרטגיה "משחקית". לפי גישה זו, ניתן לייחס לכל הגורמים המעורבים בהליך הביקורת השיפוטית (המחוקק, הממשלה, בתי המשפט, הגורם המבצע את הביקורת השיפוטית, וכו') שאיפה להביא למיכסום של תשומות מסויימות (למשל: כוח פוליטי), כאשר יש לבחון כל הסדר מוסדי והליכי בהקשר זה לפי ההתנהגות הצפויה של כל אחד מהשחקנים במסגרת כל הצעה חלופית. היישום של מתודולוגיה כזו בשלב של גיבוש הסדרים חוקתיים הוא סבוך, ואולי בלתי אפשרי, לאור ריבוי השחקנים, ריבוי האפשרויות המוסדיות, היעדר בהירות מלאה לגבי מהות המושג התנהגות "רציונלית" לגבי כל אחד מהשחקנים, היעדר ביטחון שקונוונציות תרבותיות וחברתיות לא ישפיעו על השחקנים להתנהגות שהיא לכאורה "בלתי רציונלית" וכיו"ב קשיים.⁷

אסטרטגיה מתודולוגית חלופית היא אסטרטגיה השוואתית. היא מתמקדת בלימוד מניסיון של מדינות אחרות ושל שיטות חוקתיות אחרות. אכן, לרשות מי שעוסק בשאלה, קיים

ובבריטניה) או באמצעות וטו אפשרי של הרשות המבצעת על התוצר של הליך החקיקה (למשל בארה"ב).

⁶ בד בבד, עשיתי במקומות מסויימים שימוש בהקשר זה במונח "ביקורת חוקתית" באופן זהה למינוח "ביקורת שיפוטית".

⁷ כך למשל, פרגיון ופסקאולה (1682 למעלה) מציינים כי למרות שחמישה מתוך 15 חברי ביהמ"ש העליון באטליה ממונים ישירות על ידי נשיא הרפובליקה – הרי לאור מידת התמיכה הפוליטית המוגבלת של הנשיא (שנבחר למעשה ע"י הפרלמנט) הוא ממנה בד"כ פרופסורים למשפטים, עם פרופיל פוליטי של רמת בולטות בינונית, ורמה גבוהה של קונסנזואליות! לעבודות שבחנו את שאלת הביקורת השיפוטית מנקודת ראות משחקית ראו למשל: ידלין 2003.

כיום מגוון עצום של ספרות המתעדת את הניסיון המצטבר של שיטות רבות בתחום הביקורת השיפוטית (ר' למשל מאוויק 2005 והפניות שם). ללימוד מניסיוןן של שיטות אחרות יש ערך לא מבוטל לגבי מי שבא להציע הסדרים חוקתיים במדינת ישראל. עם זאת, הגישה ההשוואתית כוללת בחובה סכנות לא מעטות. העיקרית שבין סכנות אלו היא הסכנה של הסקת מסקנות חפוזות ושטחיות לגבי התועלת, הסיכון או ההשלכות של הסדרים מבניים ודיוניים מסויימים בשיטות אחרות וזאת בהתעלם מהרובד הפוליטי, החברתי, ההיסטורי והתרבותי באותן שיטות.⁸ מאידך, ניסיון של הכותב "להכיל" את כל הרבדים הללו בתוך סקירה השוואתית שמיועדת להסקת מסקנות אופרטיביות לאימוץ בשיטה הישראלית, עשוי להתגלות כחסר תוחלת. זאת משום שדווקא העושר של ניתוח פוליטי ותרבותי כזה, מדגיש את היחודיות של כל שיטה ושיטה, ובמיוחד את השוני של והיחודיות של השיטה הפוליטית והחברתית בישראל, באופן שמקשה מאוד על אימוצן של מסקנות המבוססות על ניסיון השוואתי.

לאור הקשיים האמורים האסטרטגיה שבחרתי כאן היא אסטרטגיה משולבת. לאורך הדיון אעשה שימוש נרחב, אך זהיר, בחומרים השוואתיים. אמנע מ"סקירות רוחב" סכמתיות של ההסדרים במדינות אחרות, ואתייחס להסדרים אלו רק כאשר הם יהיו רלוונטיים לסוגיה הספציפית הנדונה, ותוך שאני בוחן, בכל מקרה של שימוש בהשוואות, ואת הרקע הכולל לאימוץ הסדר נתון בשיטה חוקתית זרה. במקביל, אניח לעיתים הנחות מסויימות על סמך הידע הקיים לגבי השיטה הפוליטית, המבנית והתרבותית בישראל, תוך שימוש מסויים גם בהנחות משחקיות רציולניות עד כמה שניתן לעשותן לגבי השחקנים הקיימים והמוכרים בשיטה הנוכחית.

II. ביקורת שיפוטית-חוקתית: היבטים נורמטיביים

1. ביקורת שיפוטית ודמוקרטיה – שאלת האחריותיות (Accountability)

ביסוד מושג החוקתיות והצורך בחוקה עומדת, כאמור, התפיסה שיש מצבים ומקרים שבהם קיימת הצדקה להגביל את כוחה ואת סמכויותיה של הרשות המחוקקת. עצם ההגבלה של כוחו של המחוקק בדמוקרטיה ייצוגית באמצעות מסמך חוקתי מעוררת שורה של שאלות כבדות משקל בכל הנוגע ללגיטימיות הדמוקרטית של חוקה, ולגבולות התפרשותו התכנית של ההסדר החוקתי (אקרמן 1989; גביזון 1998, 28-32; דותן 1997; סאנסטיין 1991). מצד שני, קיימת היום ברוב שיטות הממשל, ובין רוב הכותבים האקדמיים בנושא, הסכמה כי הגבלת כוחו של בית המחוקקים באמצעות חוקה, עשויה כשלעצמה להיות לגיטימית מנקודת ראות דמוקרטית (גביזון שם, 30). זאת ועוד, קיימים טיעונים שונים לפיהם, במקרים מסויימים, עצם ההגבלה של כוחה

⁸ דוגמא טובה לחשיבות של הדיון בהקשרים היסטוריים ופוליטיים בנוגע לשאלת הביקורת השיפוטית היא הטענה המעניינת של פרגיון ופסקאולה לפיה הקמתם של כל בתי המשפט החוקתיים באירופה נעשתה על רקע של השתחררות המשטרים הנוגעים בדבר מכבלי משטר אוטוריטרי (גרמניה, איטליה, ספרד, פורטוגל, ומדינות מזרח אירופה), כאשר בכל המדינות שבהן הרקע ליצירת המוסד היה מצב של דמוקרטיה יציבה, אומץ הדגם של ביקורת שיפוטית בביהמ"ש הרגילים (ארה"ב, קנדה, אוסטרליה למשל) או שהביקורת השיפוטית נשללה מניי וביי (באנגליה, בהולנד ובניו-זילנד), או שאומצה באופן מינימליסטי ולהלכה בלבד (צרפת) (פרגיון ופסקאולה 1674).

של הרשות המחוקקת- הייצוגית עשויה להיות לא רק לגיטימית אלא אף מתחייבת מעקרונות היסוד של הדמוקרטיה עצמה (וזאת בין אם ההגבלה האמורה נעשית באמצעות חוקה פורמלית ובין אם באמצעים אחרים). הטיעון הנפוץ ביותר בהקשר זה הוא הטיעון הידוע של "הכשל האנטי-רובני" לפיו, במצבים שבהם מתעוררת שאלה של פגיעה בזכויות המיעוט לא ניתן, אינהרנטית, לסמוך על גוף פוליטי כמו הפרלמנט שידע לדאוג להגנה של זכויות מיעוטים, וזאת דווקא בשל האופי הייצוגי-רובני של הרשות המחוקקת (ביקל 1963; אילי 1980; דותן 1997, -152). (57)

מבלי להיכנס במסגרת המסמך הנוכחי לדיון במידת השיכנוע והיקף הפרישה של טיעונים אלו (ראו למשל גביזון, שם), ניתן להניח, לצורך הדיון הנוכחי, כי ההכרה בצורך בחוקה, פירושה גם הכרה בצורך להגביל, במצבים מסויימים את כוחו של המחוקק. עם זאת, בהנחה שהמחוקק הוא הגורם הדמוקרטי, הייצוגי, מובן כי לכל הגבלה כזו – עם כל ההצדקה שיכולה להיות לה במצבים נתונים – יש "מחיר" מנקודת ראות דמוקרטית, ולכן, המצבים שבהם התערבות בהכרעה שקיבל המחוקק הייצוגי בדמוקרטיה על ידי גורם אחר צריכים להיות מצבים חריגים ויוצאי דופן (גביזון 1998). זאת ועוד, עצם ההכרעה מתי מתקיימות הנסיבות המצדיקות התערבות כזו, היא, כשלעצמה, הכרעה רגישה מנקודת ראות דמוקרטית. כלומר, המנגנון החוקתי חייב להכיל הסדרים שיקחו בחשבון את הרגישות של ההתערבות הביקורתית בהכרעות של המחוקק, וישכילו להתוות את הדרך להגנה על העקרון הבסיסי הדמוקרטי של קבלת ההכרעות "הרגילות" באמצעות המנגנון הייצוגי של הפרלמנט.

באופן כללי יותר ניתן לומר כי הפקדת סמכות חוקתית של ביקורת שיפוטית על הכרעות של המחוקק הייצוגי בידי גורם אחר (שמעצם ההגדרה הוא ייצוגי פחות מאשר המחוקק עצמו, ר' להלן), מעוררת את השאלה הקלאסית: "מי ישמור על השומרים?". היינו, גם כאשר אנו מוכנים להסכים לכך כי במקרים מסויימים מוצדק להתערב בהכרעות של הרשויות הפוליטיות הנבחרות, הרי על ההסדרים החוקתיים לתת תשובה לבעיה של הפיקוח על הגורם המבקר עצמו, וההסדרה של דרכי פעולתו. זאת, כדי לענות על החשש – העומד ביסודה של דוקטרינת הפרדת הרשויות, וביסוד תפיסת החוקתיות עצמה – כי כל גורם שמוענק לו כוח הכרעה, עלול לנצל כוח זה לרעה אם לא יהיו מנגנונים חוקתיים שיפקחו ויאזנו את הסמכויות שניתנו לו. כך, לדוגמא, אם בשיטת ממשל מסויימת נתונה סמכות הביקורת השיפוטית לבית משפט לחוקה, מתעוררת השאלה כיצד ניתן יהיה לפקח, להגביל ולהתוות את דרכי פעולתו של בית המשפט החוקתי, כדי לוודא שאותו טריבונל עצמו מקיים את הוראות החוקה ואינו פוגע בעקרונות הדמוקרטיה יותר ממה שמתחייב על פי ההסדרים החוקתיים באותה שיטה.

הצורך בהסדרה ופיקוח על דרכי פעולתם של מוסדות הביקורת השיפוטית הוא דוחק במיוחד לאור צירוף שני הנתונים הבאים: ראשית, למוסדות הביקורת יש, באופן פוטנציאלי כוח רב, הנובע מהסמכות הניתנת להם להרהר אחר קביעותיו של הגורם הפוליטי הייצוגי בשם ערכי היסוד וגם בשל כך שיש חשש כי מי שחולק על פרשנות בית המשפט את המתחייב מערכי היסוד עלול להיות מוצג כמי שאינו מקבל אותם ולא כמי שיש לו תפישה שונה שלהם; שנית, הנחת היסוד היא שמידת האחריותיות הדמוקרטית של גופים אלו היא נמוכה (בדרך כלל משמעותית) בהשוואה לרשויות הפוליטיות שעל החלטותיהן יש להם סמכות פיקוח. במלים אחרות, קיימת *סכנה אינהרנטית של תת-אחריותיות דמוקרטית בפעולתם של גורמי הביקורת השיפוטית.*

בהקשר זה ראוי להוסיף ולהבהיר כי הדרישה לאחריות דמוקרטית מצד הגורם האחראי על הביקורת השיפוטית אין פירושה כי גורם זה יהיה אחראי באופן ישיר בפני ציבור הבוחרים, וגם לא שהאופנים להבטחת האחריות שלו (לרבות דרכי בחירתו) יהיו דומים או זהים לאלו של הרשות המחוקקת. למעשה, ניתן לומר כי ההיפך הוא הנכון. הדרישה כי מוסדות הביקורת השיפוטית יהיו אמונים על ערכי החוקה ויבטיחו את השיטה הממשלית מפני מצבים שבהם חקיקה רגילה סותרת את החוקה, מחייבת כי יהיה מער מסויים בין המחוקק לבין המוסד המבקר בכל הנוגע לדרכי הבחירה של הגורם המבקר, תקופת כהונתו, ההרכב המקצועי והרקע האישי של החברים בו וכיו"ב. במלים אחרות, שיטה ממשלית שבה הרכב הגורם המבקר משקף באופן ישיר את יחסי הכוחות הפוליטיים בבית המחוקקים, היא שיטה שפותחת פתח לשורה של כשלים מנקודת ראות חוקתית. שהרי, כבר אמרנו שבלב ליבו של מושג החוקתיות עומדת התפיסה כי יש הצדקה להציב הגבלות מסוימות על כוחו של המחוקק הייצוגי. הגבלות אלו נובעות, בין היתר, מההכרה בכך שהמחוקק, שהרכבו משקף יחסי כוחות פוליטיים עכשוויים ואינטרסים קצרי טווח, עשוי לנקוט בפעולות שיעמדו בניגוד לערכים הבסיסיים של החברה בה הוא פועל, ושאותם שואפת החוקה לעגן מתוך "מבט רחב" והתבוננות לטווח הארוך.

שיטה שבה יש זהות (בהרכב הפוליטי, בדרכי הבחירה וכד') בין המחוקק לבין הגוף המבקר, היא שיטה, שעל פניה, אינה ערוכה להגן על הערכים החוקתיים במצבים (מונחים) שבהם המחוקק סוטה מאותם ערכים. הדברים אמורים בראש וראשונה, לגבי מצבים שבהם הרוב בפרלמנט מבקש לפגוע באופן בוטה בחירויות היסוד בכלל, או בחירויות היסוד של קבוצת מיעוט מסוימת בפרט. עצם קבלתה של חוקה נועדה להבטיח כי במצבים כאלו תהיה אפשרות להתערב בהכרעות של המחוקק. אך לא יהיה ניתן להבטיח זאת אם ההרכב ו/או דרכי הפעולה של הגורם המבקר יהוו שיקוף מדוייק (או אף יהיו מושפעים באופן אינטנסיבי) מהלך הרוחות בפרלמנט. מכאן, שמושג החוקתיות תומך (ואולי אף מחייב) קיום של שוני, או פער, בין רמת הייצוגיות ואופני השגת האחריות של המוסדות המחוקקים מחד, ושל מוסדות הביקורת השיפוטית מאידך. כלומר, אין כל פגם בכך שרמת האחריות דמוקרטית של גורמי הביקורת השיפוטית נופלת מזו של הפרלמנט, ושדרכי הבחירה של חברי הגופים הללו שונה בתכלית מאלו של בית המחוקקים.

מאידך, העובדה שמוסד הביקורת השיפוטית יכול (וצריך) להיות ייצוגי פחות מאשר המחוקק, אין פירושה שמוסדות אלו צריכים להיות משוחררים מכל חובה של אחריות דמוקרטית.

כפי שכבר נאמר, השיטה החוקתית מעניקה למוסדות הביקורת סמכות בעלת חשיבות רבה, שמשמעותה הכוח לבטל הכרעות של הגופים הפוליטיים הייצוגיים. פירושה של הענקת סמכות הביקורת הוא גם הפקדה של עוצמה פוליטית משמעותית בידי גורמי הביקורת, שבאה לידי ביטוי בכך שהם מקבלים את סמכות ההכרעה בשאלות שהן לא פעם שאלות רגישות הנתונות במחלוקת עזה בין פלגים שונים בחברה. ניתוק מוחלט של מוסד הביקורת מכל חובה לתת דין וחשבון לציבור שבתוכו הוא פועל, ושעליו משפיעות ההכרעות החוקתיות, הוא על פניו אנטי-דמוקרטי, והוא נוגד מושכלות יסוד של חוקתיות ושל הפרדת רשויות. אשר על כן, השאלה שעל מכוני החוקה לעסוק בה איננה השאלה האם גופי הביקורת השיפוטית צריכים לעמוד בקריטריונים של אחריות דמוקרטית וחוקתית, אלא בשאלה מהם האופנים שבהם יש להשיג אחריות כזו ביחס להליך הביקורת השיפוטית.

2. פתרונות לבעיית האחריות – שלוש אסטרטגיות

ככלל, ניתן להעלות על הדעת שלוש אסטרטגיות בסיסיות לפיקוח והסדרה של הביקורת השיפוטית על מנת לענות על בעיית האחריות. האסטרטגיה הראשונה היא טכסטואלית. היא מבוססת על התפיסה שהטכסט החוקתי עצמו הוא מכשיר שיכול – באמצעות עיצוב ההוראות התכניות של החוקה – להבטיח באופן אפקטיבי את מידת האחריות החוקתית והדמוקרטית של פעולת הגורם המבקר. האסטרטגיה השנייה מתמקדת בהגדרה של היקף הסמכויות של גורמי הביקורת השיפוטית. האסטרטגיה השלישית מתמקדת בדרכי המינני או הבחירה של הגורם המבקר. להלן, אנתח את הנחות היסוד, היתרונות והחסרונות של כל אחת מהאסטרטגיות הללו.

דרך הדיון בשלוש האפשרויות תהיה כדלהלן: בשלב הראשון אדון באסטרטגיה הראשונה, הטכסטואלית ואשלול אותה כאסטרטגיה רצויה לפתרון בעיית האחריות של גורמי הביקורת השיפוטית. לאחר מכן, אעבור לדיון משולב בשתי האסטרטגיות האחרות. הדיון האמור יהיה משולב משום, שכפי שאנסה להראות, הן במישור התיאורי והן במישור הנורמטיבי קיימים קשרים של תלות והשפעה הדדית בין שאלת היקף הסמכויות של גורמי הביקורת לבין שאלת דרכי הבחירה של מוסדות הביקורת השיפוטית. בהתאם, בשלב השני, אביא סקירה משווה של ההסדרים המרכזיים הקיימים בעולם ביחס לדרכי הבחירה והיקף הסמכויות של גורמי הביקורת השיפוטית במדינות השונות. בשלב השלישי אביא מספר מסקנות מהניתוח המשווה לגבי המציאות הפוליטית והמשפטית בישראל.

א. התמודדות עם שאלת האחריות באמצעות הטכסט החוקתי

הרעיון שלפיו הדרך הטובה ביותר להבטיח את האחריות של גורמי הביקורת השיפוטית הוא ניסוח נכון, מדויק, והחלטי של החוקה, כזה שיוכל להנחות את השופטים – האמונים על אכיפת החוקה – בקבלת הכרעות, עשוי להיראות מושך את הלב מכמה וכמה בחינות. בראש וראשונה, כבר הראינו כי האלטרנטיבה לכך, קרי הטענה לפיה יש להבטיח את האחריות של מוסדות הביקורת באמצעות הסדרת הייצוגיות שלהם במישור דרכי הבחירה של חברי המוסד, היא בעייתית משום שהיא כורכת בחובה מילכוד. יש צורך להבטיח, מחד, אחריות, אך מאידך, מושג החוקתיות מחייב שאחריות זו לא תהפוך ל"ייצוגיות" פוליטית של ממש. מכאן, שהניסיון להבטיח אחריות דמוקרטית של מוסדות הביקורת השיפוטית באופנים הדומים (במהותם) לאלו המקובלים לגבי מוסדות פוליטיים ייצוגיים, הוא אסטרטגיה סבוכה ובעייתית. אל מול הבעייתיות האמורה, האסטרטגיה הטכסטואלית מציעה חלופה שונה, המשוחררת, לכאורה, מהקשיים האמורים. היא מבוססת על התפיסה הרואה את מוסד הביקורת כמוסד שיפוטי. בהתאם, היא מצביעה על האפשרות ליישם לגבי מוסד הביקורת השיפוטית את מה שמקובל לגבי בתי משפט בדרך כלל. על פי התפיסה הקלאסית של "מודל שלטון החוק", בתי משפט נחשבים למוסדות שבהם יושבים משפטנים מקצועיים, האמונים, בראש וראשונה, על אכיפת חוקים, והמביאים לידי ביטוי הכרעות מדיניות של גורמים אחרים (קרי, בית המחוקקים) (קרייג 1994, 3; סטיוארט 1975). כלומר, בית המשפט אינו אמור לקבל בעצמו את ההכרעות החברתיות העקרוניות, אלא רק ליישם – באופן מקצועי, אובייקטיבי וחסר פניות, ובדרך של פרשנות

משפטית – את ההכרעות הללו כפי שהתקבלו על ידי המוסדות הייצוגיים המוסמכים, המעוגנות בחוקים. אם מוסד הביקורת השיפוטי הוא מוסד שיפוטי, ואם תפקידו המערכתי הוא אכיפת טכסט, שהוא משפטי, ביסודו, מדוע לא נוכל ליישם את אותה תפיסה ביחס לאכיפת החוקה על ידי בית המשפט (או גורם הביקורת) החוקתי?

ואולם, למרות הפיתוי לבסס את האחריות של מוסדות הביקורת השיפוטיים על ניסוח הטכסט החוקתי, הרי לדעתי אין למעשה אפשרות להבטיח בדרך כזו מידה מספקת, או אפילו מינימלית, של אחריות דמוקרטית וחוקתית. לכך יש שתי סיבות עיקריות, האחת גלומה באופיו של הטכסט החוקתי. השניה כרוכה במתודולוגיה הפרשנית השלטת בשיטת המשפט בישראל בעשורים האחרונים.

חוקה איננה דומה מבחינה טכסטואלית לדבר חקיקה רגיל. הטכסט החוקתי הוא טכסט שאמור לעגן את ערכי היסוד של החברה והשיטה המשפטית באופן הצהרתי, כוללני וחגיגי, ומתוך ראייה לטווח ארוך (קרי: של דורות לעתיד לבוא). ככזה, הוא חייב להיות מנוסח באופן "פתוח", ועמום במידה רבה. בניגוד לחוקים רגילים שיכולים להיות מפורטים וספציפיים, באופן שעשוי לתת, במקרים המתאימים, הנחייה ברורה לפרשן המשפטי ביחס לדרך שבה יש להפעיל את החוק במצבים קונקרטיים עתידיים, ולהגביל באופן אפקטיבי את שיקול דעתו, הטכסט החוקתי אינו ערוך מטבעו לספק הנחיה כזו.⁹ זאת, כל זמן שהנחת היסוד שלנו היא שהחוקה שתכונן למדינת ישראל תהיה דומה, במישור הטכסטואלי, לתבנית המקובלת למסמכים חוקתיים כאלה.

טלו, לדוגמא, את הטכסט החוקתי הקיים אצלנו היום, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. החוק מנוסח באופן קצר ו"גרעיני". הוא מצהיר, למשל, בסעיף 3 כי "אין פוגעים בקנינו של אדם" (הא, ותו-לא). מובן, כי מהצהרה כללית זו ניתן ללמוד מעט מאוד על ההסדרים הספציפיים הכרוכים בהגנה או בפגיעה בזכויות קניין, או בהיקף התפרשותה של הזכות על פני אינסוף מצבים קונקרטיים שבהם עשויה השאלה להתעורר. מי שנצרך לצקת תוכן לתוך הסעיף הוא בית המשפט שצריך ליישם את החוק. בית המשפט יכול לאמץ בהקשר זה שורה של תפיסות עולם שהן שונות זו מזו לחלוטין. זאת, החל מהתפיסה הלוקנריסטית הקיצונית לפיה כל פגיעה בקניין הפרטי או בהתקשרויות של גורמים במסגרת השוק החופשי מהווה הפרה של ערכי החוקה.¹⁰ ומנגד, בית המשפט יכול לאמץ, באותה מסגרת עצמה, תפיסה שונה לחלוטין, לפיה, זכות הקניין הגלומה בסעיף מחייבת כי לכל אדם יהיה קניין מינימלי שיכול להבטיח את קיומו בכבוד. כלומר, גישה שיויונאית (או "סוציאליסטית") המבטאת השקפת עולם חברתית הנוגדת באופן קיצוני את התפיסה הראשונה. אין שום דבר בנוסח של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – שהוא נוסח חוקתי אופייני ונפוץ¹¹ – שמגביל ברמה הטכסטואלית את בית המשפט מלאמץ כל אחת משתי ההשקפות הללו, השונות כל כך זו מזו, או קשת אינסופית של אפשרויות ביניים. מה שיקבע, בראש וראשונה, את התפיסה הפרשנית של מוסד הביקורת ביחס לטכסט כזה, הוא השקפת העולם של מי שיכהנו

⁹ מובן שאין פירוש הדבר כי עמימות טכסטואלית מסויימת אינה קיימת גם בחקיקה רגילה, אך בעיית העמימות נהיית חמורה הרבה יותר בהקשר החוקתי משום שהעמימות של טכסטים חוקתיים היא גדולה יותר והכרחית, כמוסבר בטכסט.

¹⁰ *Lochner v. People of the State of New York*, 198 U.S. 45 (1905). פסק הדין נדון גם אצלנו בהקשר להיקף סמכויות הביקורת השיפוטי, ראו עניין בנק המזרחי לעיל, בסעיף 102 לפסק דינו של הנשיא ברק.

¹¹ ראו למשל נוסח התיקון ה-14 לחוקת ארה"ב "...nor shall any state deprive any person of life, liberty or property without due process of law."

כחברי המוסד המבקר, וזאת בין אם מדובר בהשקפת העולם הסובסטנטיבית שלהם לגבי שאלות חלוקתיות בתחום הכלכלי-חברתי, ובין אם מדובר בתפיסת התפקיד שלהם לגבי מהות תפקידם כשופטים חוקתיים.¹² מי שחושב שיש מקום לדרוש מחברי הטריבוניל החוקתי המפעיל טכסט כזה מידה של אחריותיות דמוקרטית, אינו יכול להסתמך על הטכסט. הוא יהיה חייב לשאול את עצמו: מי יהיו חברי הטריבוניל? מהי השקפת עולמם בתחום הכלכלי והחברתי ובתחום תפיסת התפקיד שלהם כשופטים? כיצד יש לבחור אותם? וכיו"ב.

הספקנות העקרונית לגבי היכולת של הטכסט החוקתי להוות ערובה מתאימה להשגת אחריותיות מצידו של בית המשפט החוקתי, מקבלת תיקוף אמפירי במחקרים שנעשו לגבי המתודולוגיה המקובלת על בתי משפט חוקתיים שונים ביחס לאופני האכיפה של טכסטים חוקתיים. מחקרים אלו מעניקים משנה תוקף לטענה כי טכסטים חוקתיים הם טכסטים שמעניקים כוח (empowering) למוסדות הביקורת יותר מאשר טכסטים שמסוגלים להגביל באופן אפקטיבי (constraining) את שיקול הדעת של מוסדות הביקורת (דותן 2005).

זאת ועוד, הטענה האמורה מקבלת משנה תוקף במציאות המשפטית במדינת ישראל. מזה כמה עשורים שולטת בכיפה בישראל תפיסה פרשנית הידועה כגישת "הפרשנות התכליתית". גישה זו מייחסת משקל יחסי נמוך ביותר לטכסט המשפטי הנוגע לעניין, תוך שהיא מתמקדת באיתור "תכליות" הטכסט, כלומר, תפיסות מדיניות וערכים המונחים בבסיס הטכסט, הגם שלא תמיד יש להם ביטוי טכסטואלי מפורש. לא פעם, פסיקת בתי משפט אצלנו אימצה במקרים קונקרטיים פתרונות שבמישור הטכסטואלי אינם תואמים, ולעיתים אף נוגדים באופן ישיר, את מה שעולה מקריאה פשוטה של הטכסט.¹³ זאת ועוד, בהליך הפרשנות המשפטית ניתן משקל רב למה שמכונה "ערכי השיטה המשפטית" כלומר לשורה של ערכי יסוד, שאינם בהכרח מעוגנים בטכסט משפטי כלשהו (לא כל שכן, בטכסט הספציפי העומד לדיון), והמבוססים על מה שבית המשפט רואה כבסיס האידיאולוגי-רעיוני (והמופשט) של השיטה המשפטית כולה.¹⁴ כלומר, זוהי מתודולוגיה פרשנית שנותנת מעמד מרכזי לתפקידו של הפרשן כגורם שיש לו סמכות מוסדית לעצב את הפתרון המשפטי על סמך קריאה "ערכית", ו"חופשית" במידה רבה מכבלי הטכסט הספציפי עצמו. בהנחה (הסבירה ביותר), שלמתודולוגיה הפרשנית המקובלת אצלנו עשויה להיות השפעה חזקה על הדרך שבה תפורש בעתיד החוקה (ברק 1992, 125; ברק 1994), הרי שלא ניתן לסמוך על הטכסט החוקתי כמכשיר להבניה או הנחיה אפקטיבית של דרכי הביקורת השיפוטית, ולהשגת אחריותיות מצד מוסדות הביקורת.

ב. מודלים של שפיטה חוקתית: סקירה השוואתית

קודם שאני נכנס לדיון באלטרנטיבות החלופיות לזו הטכסטואלית להבטחת האחריותיות של מוסדות הביקורת השיפוטית, מן הראוי להציג את הדרכים ששיטות משפט שונות בעולם אימצו

¹² לגבי ניתוח המרכיבים השונים של "אקטיביזם שיפוטי" ראו למשל קאנון 1983 וראו גם גביזון, קרמניצר ודוהן (2000).

¹³ ברק 1993, 157; דוגמא בולטת בהקשר זה היא בש"א 1481/96 - רות נחמני נ' דניאל נחמני ו-2 אח'. פ"ד מט(5), 598 שם נקבע כי למרות הלשון המפורשת של סעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה מוסמך בית המשפט העליון לקיים דיון נוסף בעניין שבו החליט בית המשפט במקור בהרכב של חמישה שופטים.

¹⁴ ברק 1993, 417 ואילך.

על מנת להתמודד עם הבעיה. הסקירה ההשוואתית להלן תתמקד בשיטות המשפט העיקריות הקיימות במדינות צפון אמריקה, אירופה ומדינות נוספות השייכות למשפחת המשפט המקובל (common law). ההגבלה של הסקירה לקבוצה (לא קטנה) של מדינות אלו נובעת מהעובדה שהיא כוללת הן את כל הדמוקרטיה המערביות הוותיקות, שישראל שואפת להידמות אליהן, והן את מרבית המדינות ששיטת המשפט שלהן היא קרובה, במישור ההיסטורי, המבני והתרבותי לזו של מדינת ישראל (המשפט המקובל). הואיל והסקירה המובאת כאן איננה נעשית לשם רוחב היריעה גרידא, אלא לשם הסקת מסקנות אופרטיביות אפשריות לגבי השיטה בישראל, לא מצאתי לנכון לכלול בסקירה זו מדינות שהן דמוקרטיה צעירות (כמו אלו בדרום אמריקה או במזרח הרחוק) שבהן שיטת המשפט והחברה שונה מאוד מזו של מדינת ישראל, או מדינות שעד היום קיימים בהם משטרים אוטוריטריים, או דמוקרטיים למחצה, או שיש בהן דמוקרטיה לא יציבה (כגון, סין, חלק ממדינות אפריקה, מדינות ערב וכו'). ממילא, במרבית המדינות הללו שבהן יוסדה דמוקרטיה וכוננה חוקה, עשו מכונני החוקה שימוש באחד מהמודלים שידונו להלן כבסיס לחיקוי (מאוויק 2005).

ככלל, ניתן להבחין בין שלושה דגמים מרכזיים של שפיטה חוקתית שאומצו על ידי מרבית מדינות העולם (מאוויק 2005). הדגם הראשון הוא הדגם האמריקני, המודל השני הוא המודל האירופאי- הקונטיננטלי (להלן: המודל האירופאי). המודל השלישי הוא מודל מדינות המשפט המקובל, ששיטת המשפט שלהן הושפעה במידה מכרעת מהשיטה הבריטית. להלן, אסקור את המאפיינים העיקריים של הקשר בין אחריות דמוקרטית לשפיטה חוקתית בשיטות השייכות לשלושת המודלים הללו.

המודל האמריקני הוא המודל הוותיק והידוע ביותר, וככל הנראה גם המשפיע ביותר על החשיבה בתחום, בכל הנוגע לביקורת שיפוטית-חוקתית. מאז פסק הדין הידוע בעניין (Marbury v. Madison)¹⁵, השתרשה בשיטה האמריקנית התפיסה כי לרשות השופטת, כלומר למערכת המשפט הרגילה בארה"ב (המורכבת, כידוע, מערכאות פדרליות ומדינתיות) יש סמכות לפסול חוקים הנוגדים את החוקה. הסמכות האמורה, הנתונה בידי הרשות השופטת, נתפסת כאלמנט מרכזי של תפיסת "האיזונים והבלמים" במסגרת הדוקטרינה החוקתית המרכזית של הפרדת הרשויות. ואולם, בהקשר הנדון כאן יש לשים לב לעובדה חשובה אחת: סמכות חשובה זו הניתנת, במסגרת התפיסה החוקתית, לכל הערכאות השיפוטיות בארה"ב, מהווה שטר – שיש בצידו שובר. השובר הוא שיטת מינוי השופטים בארה"ב. שיטת מינוי השופטים בארצות הברית היא מגוונת, ומשתנה ממדינה למדינה, אך כל השיטות הקיימות בארצות הברית שמות דגש מרכזי על עקרון האחריות הפוליטית של השופטים. שופטים פדרליים בארה"ב ממונים לכל ימי חייהם. מינויים נעשה על ידי הנשיא, ותוך קיום הליך שימוע ואישור בסינט. זהו הליך שיש לו מאפיינים פוליטיים מובהקים ומוצהרים. בחירת המועמדים לשיפוט נעשית על סמך השקפות העולם הידועות (או המונחות) שלהם ועל בסיס השתייכותם המפלגתית. המועמדים נחקרים באופן מדוקדק על ידי הסינט, בנוגע להשקפותיהם הפוליטיות, במיוחד לגבי עניינים ערכיים השנויים במחלוקת (הפלות, עונש מוות, דת ומדינה וכד' וגם על מדיניות שיפוטית בנושא מידת מעורבות הראויה של הרשות השופטת בהכרעות פוליטיות). ההצבעה על אישור מועמדים לשיפוט

¹⁵ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). בפועל, לאחר פסה"ד מרבורי, נמשך המאבק בין הקונגרס לבין המשפט העליון בשאלה מיהו הגורם המוסמך להכריע בעניין חוקתיות החוקים עוד עשרות רבות של שנים.

בסינט היא הליך פוליטי מובהק, המוכרע בדרך כלל על פי שייכות מפלגתית (קארפ וסטידהאם 1996, 241; באום 1998, 43). שיטת המינוי של שופטים מדינתיים משתנה ממדינה למדינה. חלק מהמדינות הולכות בעקבות המודל הפדרלי כאשר המינוי נעשה על ידי מושל המדינה, ותוך קבלת אישור מבית הנבחרים המדינתי. במדינות מסויימות השיטה מאופיינת בדרישת יצוגיות פוליטית שהיא חריפה אף יותר: השופטים עומדים לבחירה כמו כל מועמד פוליטי אחר, או שמינויים על ידי המושל צריך להיות מאושר במשאל-עם זמן מה לאחר המינוי. בחלק מהמדינות המינוי הוא לתקופה קצובה, או שיש לגורמים פוליטיים (כגון המחוקק), או לציבור הבוחרים במדינה הרלוונטית, סמכות ליזום הליך של משאל שבאמצעותו עשויים השופטים להיות מועברים מכהונתם (קארפ וסטידהאם 1996, 258). בקצרה, לצד הסמכות החוקתית הרחבה הניתנת לרשות השופטת, מובנים בתוך שיטת מינוי השופטים בארצות הברית שורה של אמצעים שאמורים להבטיח כי חברי הרשות השופטת יהיו אחראים במישור הדמוקרטי-יצוגי כלפי הציבור שאליו מכוונת ההכרעות החוקתיות שאותן הם מוסמכים לקבל. בהתאם, בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית נחשב בעיני רבים כאורגן שיש לו אמנם דרכי פעולה שונות משל הרשויות המחוקקות או המבצעות אך כחלק מן המבנה הפוליטי במובנו הרחב.

לעומת האופי הפוליטי המובהק של הליכי מינוי השופטים בארצות הברית, הרי במדינות אירופה, מינוי שופטים למערכת המשפט הרגילה הוא הליך שיש לו מאפיינים בירוקרטיים-משפטיים מובהקים. שופטים במערכת המשפט של מדינות כגון, צרפת, גרמניה, אטליה וספרד (ובמדינות אירופאיות רבות אחרות) מתמנים לכהונתם בגיל צעיר, בדרך כלל מייד לאחר סיום לימודי המשפטים שלהם ועל סמך הצטיינותם בבחינות סינון (קורי 1994, 155; ג'קסון וטאשנט 1999, 461; דה אנדרדה 2001). השופטים עוברים הליך הכשרה מקצועית לקראת המינוי, שנחשב בדרך כלל לקריירת חיים (life career) שיש לה מאפיינים בירוקרטיים מובהקים של קידום הדרגתי בשלבים בתוך המערכת על בסיס הצטיינות מקצועית (דה אנדרדה 2001). במרביתן המכרעת של מדינות אירופה מוסד הביקורת השיפוטית לא היה קיים עד לתום מלחמת העולם השנייה (מאוויק 2005).¹⁶ ואולם, מייד לאחר מלחמת העולם השנייה, עם כינון חוקות חדשות ודמוקרטיה בגרמניה ואיטליה, נדרשו מכוני החוקות לשאלת הביקורת השיפוטית. תהליך דומה התרחש בצרפת עם כינון חוקת הרפובליקה הרביעית ב-1958 (מאוויק 2005), וכן בספרד, בפורטוגל וביוון לאחר נפילת המשטרים הפאשיסטיים וכינון שיטה דמוקרטית במהלך שנות השבעים והשמונים (מאוויק 2005; פרגיון ופסקאולה 2004). אל מדינות אירופה המערביות הצטרפו מרבית מדינות מזרח אירופה זמן קצר לאחר נפילת חומת הברזל והתמוטטות המשטרים הקומוניסטיים. במדינות צ'כיה, הונגריה, פולין, סלובקיה, רוסיה ובמדינות נוספות, כוננו חוקות שתאמו את המודל המערבי הדמוקרטי, וכללו את מוסד הביקורת השיפוטית (מאוויק 2005).

בכל המדינות הללו, וכן במדינות קונטיננטליות נוספות שאימצו את מוסד הביקורת השיפוטית (כגון בלגיה, לוקסנבורג ושוודיה) החליטו מכוני החוקה שלא להפקיד את סמכות הביקורת השיפוטית בידי מערכת המשפט הרגילה. זאת, לאור ההכרה בכך ששפיטה חוקתית מצריכה ראיית עולם פוליטית-ערכית, וששיטת המינויים למערכת בתי המשפט הרגילה אינה ערוכה להבטיח אחריותיות דמוקרטית מספקת (ג'קסון וטאשנט 1971, 457-58; קאפלאטי 1971).

¹⁶ המדינה הראשונה שאימצה את מודל בית המשפט החוקתי היתה אוסטריה בחוקת 1920 שהושפעה מעבודתו של הנס קלזן, ראו מאוויק שם.

במקום זאת, כוננו החוקות האירופאיות מוסדות חדשים, שאינם נחשבים לחלק אינטגרלי ממערכת המשפט הרגילה – קרי, בתי משפט חוקתיים. הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים הופקדה, באופן בלעדי, בידי המוסדות הללו. השוני בין מוסדות הביקורת החוקתית לבין מערכת השיפוט הרגילה של מדינות אירופה בא לידי ביטוי במישורים רבים (ראו להלן), אך מאפיין בולט אחד נוגע לדרכי המינוי והכהונה של בתי משפט אלו.¹⁷ בניגוד להליכי המינוי של שופטים רגילים, שהם, כאמור, בירוקרטיים מקצועיים, הליכי המינוי של שופטי בתי המשפט החוקתיים בשיטות האירופאיות הם הליכים פוליטיים מובהקים, ומטרתם להבטיח את האחריותיות הדמוקרטית של חברי מוסדות אלו. להלן, נמנה כמה מהמאפיינים הללו.

ראשית, בניגוד להליך המקובל במערכת המשפט הרגילה במדינות הקונטיננטל, המינוי של שופטי בתי המשפט החוקתיים הוא לתקופה קצובה (תשע שנים בצרפת, אטליה, ספרד, פורטוגל והונגריה, 10 שנים בצ'כיה, 12 שנים בגרמניה, ראו דורסן, רוזנפלד ואח' 2003, 132; פרג'ון ופסקואלה 2004, 82-1681; דה אנדרדה 2001). שנית, סמכות המינוי נתונה בידי גורמים פוליטיים-יצוגיים, כאשר בדרך כלל הכוח מבוזר בין שורה של גורמים כאלו. כך, למשל, בגרמניה נבחרים חברי בית המשפט החוקתי על ידי בית הנבחרים (מחציתם על ידי הבית העליון ומחציתם על ידי הבית התחתון). בצרפת, מתוך תשעת חברי המועצה החוקתית נבחרים שלושה על ידי נשיא הרפובליקה, שלושה על ידי יו"ר האסיפה הלאומית ושלושה על ידי יו"ר הסינט. באיטליה, מתוך 15 חברי הטריבונל החוקתי נבחרים חמישה על ידי נשיא הרפובליקה, חמישה על ידי שני בתי הפרלמנט וחמישה על ידי חברי בית המשפט העליון האזרחי ובית המשפט העליון המינהלי במשותף. בספרד מתוך 12 שופטים שניים ממונים על ידי הממשלה, שניים בידי הרשות השופטת ויתרת שמונת השופטים נבחרים על ידי הפרלמנט ברוב מיוחד (גולדמן 1990, דורסן ורוזנפלד שם). ולבסוף, חברי הטריבונלים החוקתיים אינם חייבים – בדרך כלל – להיות שופטים מכהנים, או אף מי שיש להם כשירות לכהן כשופטים. כך למשל, בצרפת, מרבית חברי המועצה החוקתית הם פוליטיקאים מקצועיים (או כאלו שניהלו קריירה של פוליטיקאים מקצועיים או אנשי אקדמיה) ולחלקם אין כלל השכלה משפטית. באיטליה, שבה דורשת החוקה השכלה משפטית מחברי הטריבונל החוקתי, נבחרים בדרך כלל פרופסורים למשפט לכהן כחברי הטריבונל. במרבית השיטות הללו, שיוך פוליטי של המועמדים, או לפחות השקפת עולמם הפוליטית, נחשבים לקריטריונים מרכזיים ולגיטימיים כבסיס למינוי חברי בית המשפט החוקתי (קורי 194, 155; גולדמן שם).¹⁸

קבוצת המדינות השלישית שיש מקום לבחון את ההסדרים החלים בה בנוגע להבטחת האחריותיות החוקתית היא קבוצת מדינות המשפט המקובל. במדינות אלו, ששיטת המשפט שלהן הושפעה מהמורשת הבריטית, חוקה עליונה ונוקשה אומצה בדרך כלל רק לגבי מדינות

¹⁷ מאפיינים חשובים נוספים הנובעים מההפרדה של בית המשפט החוקתי ממערכת המשפט הכללית נוגעים למישור הדיוני, כלומר, לשאלה כיצד, אם בכלל, ניתן להעביר שאלה שהתעוררה במסגרת הליך משפטי רגיל, לשיפוטו של בית המשפט החוקתי. הדיון בהיבטים אלו נעשה בפרק III להלן.

¹⁸ עם זאת, אין פירוש הדבר כי רמת הפוליטיזציה של תהליך המינוי היא בהכרח גבוהה. כך למשל, יש הטוענים כי, למרות המאפיינים הפוליטיים המובהקים של הליך המינוי של בתי משפט חוקתיים באירופה, בפועל, המינויים נעשים על בסיס מוניטין משפטי-מקצועי, יותר מאשר על סמך שיקולים מפלגתיים, וזאת, גם כאשר הרשויות הממנות הן רשויות פוליטיות-מפלגתיות מובהקות (כגון, הפרלמנט או נשיא המדינה). ראו הערה 7 לעיל. כך או כך, הפרופיל הציבורי של הליכי מינוי שופטים במדינות אירופה מבחינת היקף הכיסוי התקשורתי נחשב לנמוך בהרבה מזה הכרוך במינוי שופטים פדרליים בארה"ב, ראו להלן.

פדרליות ועל מנת להסדיר את היחסים בין השלטון המרכזי ובין מרכיבי הפדרציה (קנדה, אוסטרליה). בהתאם, במדינות אלו מקובל שהליך מינוי השופטים הוא הליך בעל מאפיינים מקצועיים מובהקים, כאשר רמת האחריותיות הפוליטית של השופטים נחשבת, ככלל, לנתון שאיננו רלוונטי להליך מינויים. תפיסה זו, שלפיה הליך מינוי השופטים אינו נחשב להליך פוליטי-מפלגתי באופיו, מקובלת במדינות המשפט המקובל, למרות שפורמלית, בדרך כלל, הגורם הממנה את השופטים הוא עצמו גורם פוליטי. כך למשל, מינוי שופטים באנגליה נעשה על ידי הלורד צ'אנסלור, שהוא חבר קבינט (סמית וברזייר 1994, 397). בקנדה מינוי השופטים נעשה על ידי ראש הממשלה או שר המשפטים הפדרלי (הוג 1998; מילר 1998, 18); באוסטרליה נעשה המינוי על ידי הקבינט (ברצ'טריה וסמית, 2001, 229) ובניו-זילנד הוא נעשה על ידי הקבינט, על סמך המלצה של היועץ המשפטי לממשלה (ה- Attorney General) (וויליאמס 2004, 65). בהודו, נעשה המינוי על ידי נשיא המדינה, בהיוועצות עם שופטי בית המשפט העליון (סינג 2000, 252). במסורת המשפטית המקובלת בעולם המשפט המקובל, הליך המינוי אמור להיות מנותק לחלוטין משיקולים הנוגעים לתפיסת עולמם הפוליטית של המועמדים לשיפוט, כאשר הקריטריונים המקובלים כלגיטימיים למינוי שופטים הם מצויינות משפטית, תכונות אופי ראויות במישור האישי, ויכולות מקצועיות טכניות הנדרשות למלאכת השפיטה (וויליאמס 2004, 44-43). בנוסף, קיים ויכוח בעולם המשפט המקובל בשאלה האם הרכב השופטים צריך להוות שיקוף להרכב החברתי במדינה הרלוונטית מבחינת מינם, מוצאם האתני, דתם וכד' (ראו וויליאמס שם; דיוויס וויליאמס 2003). כך או כך, האחריותיות הפוליטית של שופטים, כלומר, הצורך לבחון את התפיסות האידיאולוגיות שלהם בסוגיות השנויות במחלוקת, ומידת ההזדהות הפוליטית שלהם, נחשבת לשיקול המוצא לחלוטין מגדר הדיון בכל הנוגע למינוי שופטים. קרי, המדובר בשיקול שהוא בלתי רלוונטי לא רק משום שאיננו חשוב, אלא בכך שעירוב שיקולים מעין אלו בהליך מינוי השופטים נחשב לפסול מעיקרו משום שהוא מהווה פגיעה בעקרון אי-התלות של הרשות השופטת (באצ'טריה וסמית 2001; ויליאמס 2004; דה סמית וברזייר 1994, 398).

ההתנגדות הקיימת בעולם המשפט המקובל להשגת אחריותיות פוליטית-אידיאולוגית בכל הנוגע להליכי מינוי של שופטים איננה מפתיעה. זאת משום, שהנחת היסוד של מערכות המשפט הללו היא שלשופטים אין סמכויות הכרעה חוקתיות. היינו, התפיסה הנוגעת לדרכי המינוי של בתי המשפט תואמת לחלוטין את תפיסת השיפוט כמלאכה משפטנית-מקצועית שביסודה עומדת השאיפה להגשים באופן המדויק ביותר את הכרעותיו של המחוקק הנבחר במסגרת מודל שלטון החוק (לעיל). זוהי תפיסה שגם תואמת היטב את ההתנגדות של מסורת המשפט המקובל למוסד הביקורת השיפוטית. בניגוד לארצות הברית, שתפיסת החוקתיות שלה מבוססת על עקרון הפרדת הרשויות, העקרון החוקתי המרכזי של המודל הבריטי היה ריבונות הפרלמנט. המרכזיות של רעיון ריבונות הפרלמנט בחשיבה הפוליטית והחוקתית באנגליה מסבירה היטב מדוע בבריטניה, וחלק מהמדינות שאימצו את מסורת המשפט המקובל, אין אפילו היום חוקות פורמליות, ובאלו שקיימות בהן חוקות, היקף הביקורת השיפוטית הוא מוגבל ביותר. כך למשל, בבריטניה עצמה, לא כוננה עדיין חוקה פורמלית, ואין בשיטה המשפט של מוסד של ביקורת שיפוטית, וזאת למרות שתפיסת עליונות הפרלמנט נשחקה בהתמדה

בעשורים האחרונים לאור הצטרפות בריטניה לאיחוד האירופי.¹⁹ זהו המצב גם בניו-זילנד, שבה ממשיכה לשרור תפיסה השוללת את הצורך בחוקה פורמלית ובמוסד הביקורת השיפוטית. אותן מדינות השייכות למשפחת המשפט המקובל שאימצו חוקות פורמליות בשלבים מוקדמים, עשו זאת בדרך כלל על מנת להסדיר את היחסים בין השלטון המרכזי לבין היחידות הפדראליות, תוך שהן שוללות את מוסד הביקורת השיפוטית בעניינים שאינם נוגעים לפדרליזם. זה היה, למשל, המצב בקנדה עד לקבלת הצירטר על זכויות האזרח בשנת 1982 (מנפרדי 1993, 31), וזהו המצב באוסטרליה, שבה החוקה הפדרלית איננה כוללת גם כיום מגילת זכויות (סטיוארט 2002).

3. מסקנות ביניים והערה יישומית לשיטה בישראל

המסקנה שעולה מהניתוח ההשוואתי שערכתי היא שקיימת מוסכמה כללית המקובלת כמעט בכל שיטות הממשל והמשפט של העולם המתקדם: זוהי המוסכמה הדמוקרטית הבסיסית לפיה *סמכות* במשטר דמוקרטי חייבת להיות מלווה באחריותות. הביטוי של מוסכמה זו בהקשר הנדון כאן הוא שהלכה למעשה, כמעט כל שיטות הממשל הקיימות כיום שוללות מצב שבו מוענקת לטריבונל שיפוטי כלשהי סמכות ביקורת שיפוטית-חוקתית, מבלי שלצידה יהיו הסדרים שיבטיחו רמת אחריותיות דמוקרטית גבוהה של הגורם המבקר. בפועל, כל שלושת המודלים החוקתיים שתוארו במסגרת הסקירה המשווה התמודדו, כל מודל בדרכו שלו, עם בעיית הקשר שבין סמכות חוקתית לאחריותיות דמוקרטית. הפתרון האמריקני לבעיה הוא הענקת סמכות ביקורת שיפוטית למערכת המשפט הרגילה, תוך הבטחת רמה גבוהה של אחריותיות פוליטית בהליכי המינוי של שופטים פדרליים ומדינתיים.²⁰ הפתרון שאומץ באירופה, לעומת זאת, היה הוצאת השפיטה החוקתית מגדר סמכותם של בתי המשפט הרגילים, תוך הפקדתה בידי טריבונלים חוקתיים מיוחדים, שעומדים בדרישות מוגברות של אחריותיות דמוקרטית. הפתרון הנהוג במערכת המשפט המקובל, מבוסס על שימור האוטונומיה המקצועית של הרשות השופטת (קרי: ויתור על אחריותיות דמוקרטית מקיפה), אך זאת תוך צמצום דראסטי של היקף סמכויות הביקורת השיפוטית בשיטה הממשלית בכללה.

מן הדברים האמורים לעיל ניתן להסיק מספר מסקנות ביניים לגבי ההסדר החוקתי הראוי בישראל: ראשית, דומה כי התפיסה הכללית שפורטה לעיל לפיה נדרש קשר בין קיומה והיקפה של סמכות ביקורת שיפוטית לבין הבטחת אחריותיות דמוקרטית ברמה מתאימה מצד הגורם המבקר, צריכה לחול גם אצלנו, כשם שהיא חלה בכל דמוקרטיה חוקתית אחרת. כל זמן שישאל רואה עצמה שייכת למשפחת המדינות הדמוקרטיות, התפיסות המקובלות בשיטות המשפט במדינות אלו צריכות לחול גם בישראל. מכאן נובע, **שכל מהלך שיעשה בישראל להענקת סמכות ביקורת חוקתית לגורם כלשהו, צריך להבטיח את מידת האחריותיות הדמוקרטית של אותו גורם.**

שנית, יש מקום לציין כי בעיית האחריותיות הדמוקרטית של גורמי הביקורת החוקתית בישראל היא, על פניה, חריפה יותר מאשר בכל שיטות המשפט שהוזכרו לעיל. הסיבה לכך היא, שמחד, בישראל, גם קודם לכינונה של חוקה פורמלית, קיימת, מאז 1994, פעילות נרחבת של בתי

¹⁹ על פי ה- Human Rights Act 1998 כפופות כל רשויות הממשל בבריטניה לחובה לקיים את הוראות האמנה האירופית על זכויות האזרח, כאשר לבתי המשפט הבריטיים הוענקה הסמכות לקבוע "אי התאמה" של חקיקה להוראות החוק, ראו בנדור וסגל 2002.

²⁰ מסיבה זו הולכת וגוברת לאחרונה הביקורת על כך שאין לשופטי בית המשפט העליון הפדרלי בארה"ב הגבלת זמן כהונה, ראו למשל רוניק (2005) וסטראס (2006).

המשפט הרגילים בתחום הביקורת השיפוטית. ומאידך, רמת האחריותיות הדמוקרטית של מערכת בתי המשפט הרגילים שלנו היא נמוכה, אף בהשוואה למדינות אחרות השייכות למשפחת המשפט המקובל. כידוע, מינוי שופטים בישראל נעשה בידי ועדה שבה יש ייצוג מכריע לגורמים שאינם פוליטיים באופיים (בראש וראשונה לשופטי ביהמ"ש העליון עצמם, ולחברי לשכת עורכי הדין). שיטת מינוי זו, שיש לה יתרונות ניכרים כל זמן שהשפיטה נתפסת כמלאכה מקצועית-טכנית (דותן 1999), לוקה באופן חמור במיוחד בכל מה שנוגע ליכולת להבטיח את רמת האחריותיות הדמוקרטית של מי שעוסק במלאכת הביקורת החוקתית. כאן המקום להזכיר כי גם במדינות אחרות ששייכות למשפט המקובל ושבהן קיימת ביקורת שיפוטית (כגון הודו או קנדה) מינוי השופטים נתון, להלכה לפחות, בידי גורם פוליטי-אקזקוטיבי.²¹ מצב דברים זה מותיר לשיטה המשפטית גמישות יחסית לנקוט צעדים להגברת האחריותיות הדמוקרטית של הליכי המינוי מבלי שיהיה צורך לנקוט רפורמות חוקתיות מרחיקות לכת (וויליאמס 2004). אך, כאמור, מצב דברים זה איננו קיים במדינת ישראל לאור שיטת המינויים המקובלת אצלנו כיום.

יוצא, שכבר כיום מצויה הביקורת השיפוטית אצלנו במצב של "גירעון דמוקרטי" משמעותי. גירעון זה צפוי להחריף לרמות שהן מעבר לנסבל, אם תכונן אצלנו חוקה פורמלית שתרחיב את סמכויות הביקורת החוקתית של בתי המשפט הרגילים מבלי לתת את הדעת על שאלת האחריותיות הדמוקרטית.

III. ביקורת שיפוטית: היבטים דינמיים

המסקנה מהדיון בהיבטים הנורמטיביים של השפיטה החוקתית היא שאימוץ מוסד הביקורת השיפוטית בישראל מחייב להסדיר את שאלת האחריותיות של הגורם המבקר. יחד עם זאת, לשאלת השפיטה החוקתית יש היבטים נוספים שיש לתת עליהם את הדעת. מעבר להשלכות כבדות המשקל של אימוץ מוסד הביקורת השיפוטית על ההליכים הדמוקרטיים בישראל, יהיו לאימוץ דגם זה או אחר של מוסד הביקורת השיפוטית השלכות לא מעטות במישור המשפטי הדיוני. השלכות אלו הם אמנם, בחלקן, "טכניות" באופיין, אך יש להן חשיבות מעשית לא מעטה, ולכן מן הראוי לתת עליהן את הדעת. הדיון בהשלכות אלו יעשה מתוך התייחסות למודלים של ביקורת חוקתית הקיימים בעולם, כפי שפורטו בחלק הקודם.

1. שפיטה חוקתית על פי המודל האירופאי והאמריקני - סקירה

מאפיין מרכזי של השפיטה החוקתית באירופה הוא, כאמור, שהיא איננה מתבצעת על ידי בתי המשפט הרגילים, אלא על ידי בתי המשפט החוקתיים. כלומר, השיטה החוקתית במדינות הקונטיננט העניקה מונופול על השיפוט החוקתי לבתי המשפט החוקתיים. זאת, בניגוד למצב

²¹ למעשה, בכל השיטות הללו קיימות קונוונציות מושרשות של היוועצות בגורמים מקצועיים ראו וויליאמס 2004. באנגליה התקבלה לאחרונה רפורמה בהליכי המינוי של השופטים כאשר חלק מהסמכויות למינוי השופטים הועברו לאחרונה מהלורד צ'נסלור לועדת מינוי שופטים בת 15 חברים (Judicial Appointment Commission) ראו ה - Constitutional Reform Act 2005. ואולם, גם לאחר החוק החדש לצ'נסלור נותר תפקיד מרכזי בחשיבותו בהליכי המינוי (סעיפים 82-83 לחוק). הרכב ועדת המינויים הוא מגוון וכולל שופטים, עורכי דין, ונציגי ציבור (תוספת 12 לחוק).

הקיים בארה"ב (ובאותן מדינות של המשפט המקובל שיש בהן ביקורת חוקתית), בהן כל בית משפט מוסמך לדון בשאלה של תוקפו החוקתי של חוק אם שאלה זו מתעוררת אגב דיון בפניו. להבדל האמור בין המודל האירופאי למודל האמריקני יש כמובן השלכות חשובות על אופיו ודרכי ביצועו של הליך הביקורת השיפוטית.

ההיבט הראשון, והמרכזי, שיש לסקור אותו בהקשר זה קשור לשאלה כיצד מתחיל הליך הביקורת השיפוטית, ומי רשאי להעלות שאלות בנוגע לתוקפם של חוקים במסגרת הליך הביקורת. בשיטות בהן אומץ המודל האמריקני התשובה לשאלה זו היא פשוטה יחסית. הטענה שחוק מסויים סותר את החוקה עשויה להיות מועלית על ידי כל אחד מהצדדים לכל הליך משפטי רגיל (פלילי, אזרחי וכד'). כלומר, כל אימת שצד כלשהו למשפט "סובל" מההשלכות של חוק מסויים, הוא רשאי לטעון כי חוק זה הוא בלתי חוקתי (וחסר תוקף) בהיותו סותר את החוקה. במובן זה, אין הליך הביקורת החוקתית על החוקים שונה מהליך הביקורת על כל נורמה אחרת, כגון, הליך התקיפה של תקנה, בטענה שהיא סותרת חוק.

בהשוואה למודל האמריקני, המודל האירופאי של בתי משפט חוקתיים מאוחדים מגביל מאוד את האפשרות של הביקורת השיפוטית. בראש וראשונה, כאמור, בית משפט רגיל שנתקל בשאלה, אינו רשאי לדון בעצמו בשאלת הביקורת השיפוטית. ולכן, מתעוררת השאלה כיצד לנהוג כאשר, במסגרת הליך משפטי רגיל, מועלית טענה בנוגע לתוקפו של חוק. שאלה נוספת המתעוררת בהקשר זה היא מי רשאי לפתוח בהליך הביקורת השיפוטית בבית המשפט החוקתי? האם הזכות נתונה לכל אדם, או שמא רק גורמים מסויימים רשאים לתקוף את חוקיותו של חוק?

שיטות המשפט האירופאיות השונות נותנות תשובות שונות לשאלות אלו, אך לכולן משותפת התפיסה שהיכולת לתקוף את חוקיותו של חוק מוגבלת באופנים שונים. ההגבלות החריפות ביותר על האפשרות לפתיחה בהליך ביקורת שיפוטית קיימות בשיטה הצרפתית. בצרפת, אין זכות כללית לתקיפת חוקיות חוקים. הזכות נתונה אך ורק לגורמים מוסדיים מסויימים שלהם יש מעמד בהליך הפוליטי-חוקתי עצמו. מי שרשאי לפנות למועצה החוקתית (Conseil Constitutionnel) הם רק נשיא הרפובליקה, ראש הממשלה, יושב הראש של אחד מבתי הפרלמנט או לפחות ששים מחברי בית-המחוקקים (דרייפוס וד'ארסי 1989, 170, דותן 1999). זאת ועוד, אפשרות התקיפה של חוק מוגבלת באופן חריף במישור הזמן. היא חייבת להתבצע בתוך תקופה של 60 יום לאחר קבלת החוק בבית המחוקקים, וכאשר החוק אינו נכנס לתוקף עד עבור תקופה זו (או עד אישורו על ידי המועצה החוקתית). כלומר, לאחר כניסתו של החוק לתוקף – אין עוררין על תוקפו (קליין 1972). מאפיין מרכזי נוסף, שהוא אינהרנטי להליך ביקורת מסוג זה הוא שהביקורת על חוקתיות חוקים נעשית באופן אבסטרקטי (in abstract), מבלי שבפני המועצה החוקתית עומדת סוגיה משפטית קונקרטית, על בסיס עובדות של סכסוך משפטי אמיתי. כלומר, תקיפת החוק נעשית על בסיס טענה כללית, המועלית על ידי גורם הקשור להליך החקיקה, לפיה החוק עומד בסתירה עקרונית להוראות החוקה, ומבלי שהמועצה החוקתית צריכה להידרש לעובדות ספציפיות הכרוכות בישום החוק בהקשר קונקרטי כזה או אחר. יוצא, שלמעשה, ניתן לראות את הליך הביקורת השיפוטית על ידי המועצה החוקתית בצרפת כחלק אינטגרלי מהליך החקיקה עצמו יותר מאשר כהליך של ביקורת שיפוטית במובן האמריקני (דותן 1999). שהרי, המועצה עצמה קרובה יותר, במישור האורגאני ומבחינת הרכבה, לבית המחוקקים מאשר למערכת בתי המשפט, וההליך שהיא אחראית לו הוא הליך שצמוד

במישור הזמן להליך החקיקה, ותוכנו מתייחס להקשרים כלליים, מופשטים והיפותטיים הנוגעים להשלכות של החקיקה בעתיד יותר מאשר לסכסוך משפטי ריאלי וקונקרטי.

בניגוד למצב בצרפת, במדינות אירופאיות אחרות קיימת אפשרות לתקוף חוקיות חוקים לאחר קבלתם בפני בתי המשפט החוקתיים. בגרמניה, לצד האפשרות הנתונה לחברי פרלמנט ולגופים מוסדיים אחרים לתקוף את חוקיות החוקים לאחר חקיקתם (תקיפה ישירה), קיימת גם אפשרות לכל אזרח לפתוח בהליך של ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה, כלומר לתקוף חקיקה הפוגעת באינטרסים שלהם, וזאת במסגרת סכסוך משפטי קונקרטי, ולאחר מיצוי הליכים בבתי המשפט הרגילים (לימבך, 1997; פרגיון ופסקאולה 2004). האפשרות של אזרחים רגילים לתקוף את תוקפם של חוקים בפני בית המשפט החוקתי קיימת גם בספרד ובהונגריה (פרגיון ופסקאולה 2004). לעומת זאת, באיטליה, הפניה לבית המשפט החוקתי מחייבת הליך הפניה מצד בית משפט רגיל, שבפניו מתעוררת שאלה חוקתית (פרגיון ופסקאולה 2004).

2. שפיטה חוקתית בארה"ב ובאירופה – יתרונות וחסרונות

לכל אחד מהמודלים של ביקורת שיפוטית, האמריקני והאירופי יש יתרונות וחסרונות מסויימים. אחד המאפיינים של המודל האמריקני הוא ששאלת תוקפם של חוקים מתעוררת, כמו כל שאלה משפטית אחרת, בהקשר של סכסוך משפטי קונקרטי ומגובש, כאשר קיימת מסכת עובדות ברורה ומוכחת המשמשת רקע להליך זה. זהו מאפיין שתואם את האופי של הליך הביקורת השיפוטית כולו, כהליך של סכסוך משפטי רגיל המתברר בפני ערכאות שיפוטיות השייכות למערכת המשפט הכללית. כאשר בית המשפט קובע כי חוק הוא חסר תוקף, הקביעה היא בדרך כלל קונקרטי, מינימליסטית ומצומצמת. לעומת זאת, האופי של הליך הביקורת בקונטיננט הוא כזה, שהוא מכתוב, בדרך כלל, בחינה של שאלת החוקתיות על רקע רחב ואבסטרקטי, כאשר בית המשפט נדרש להעריך את "השלכות הרוחב" של קביעותיו על פני קשת רחבה של מקרים היפותטיים עתידיים, ומבלי שהעובדות הכרוכות בהליכים אלו הובאו, נדונו ובוררו באופן יסודי.²²

איזה משני המודלים עדיף מבחינה זו? דומה שקשה לתת לכך תשובה חד משמעית. מחד, המודל האמריקני עדיף מבחינה זו שקביעות שיפוטיות לפיהן חוק מסוים אינו תקף נעשות, כאמור, על רקע עובדתי מצומצם וברור. מאידך, ניתן לטעון כי אין בעובדה זו כדי לפתור את בעיית אי הוודאות שיוצרים הליכי הביקורת השיפוטית, משום שהעובדה שבית המשפט פסל חוק (או חלק מחוק) בהקשר קונקרטי נתון, עדיין איננה מבטיחה שהחוק יעמוד בתוקפו במקרים דומים בעתיד. מבחינה זו, ניתן לטעון, כי דיון כולל בתוקפו של החוק, למרות אופיו המופשט וההיפותטי – כפי שנעשה בפני בתי המשפט החוקתיים באירופה – עשוי להבטיח מידה רבה יותר של וודאות משפטית. היתרונות של השיטה האירופאית מבחינת הוודאות המשפטית מתחדדים לאור העובדה שבארצות הברית, הקביעה לגבי אי חוקיותו של חוק נעשית גם על ידי בתי משפט נמוכים, ולא פעם נוצרים מצבים שבהם ערכאות נמוכות שונות נותנות החלטות סותרות ביחס לתוקפם של חוקים, מצב שניתן לראותו כמצב בלתי נסבל מבחינת הוודאות המשפטית של

²² הדברים אמורים, בראש ובראשונה, לגבי ביקורת חוקתית בתקיפה ישירה בקונטיננט. ואולם, גם במדינות שבהן יש תקיפה עקיפה שבהן יש תקיפה עקיפה שבהן יש תקיפה עקיפה על ידי צדדים להליך משפטי קונקרטי (כגון בגרמניה ובספרד) הרי בית המשפט החוקתי דן רק בשאלה החוקתית הנובעת מהמקרה המובא לפניו, ולא בשאלות משפטיות אחרות הכרוכות בדיון בסכסוך המשפטי הקונקרטי.

השיטה, אך יכול להתקיים זמן רב עד שהשאלה מובאת בפני ערכאה שיפוטית גבוהה המוסמכת לפסוק באופן סופי בעניין.²³

מאידך, דומה כי גם לשיטת הביקורת השיפוטית באירופה יש חסרונות ניכרים, וזאת במיוחד בכל הנוגע ל"לוגיסטיקה" של הבאת השאלות החוקתיות בפני בתי המשפט החוקתיים ולשאלה של הזיקה (או הממשק) בין הליך הביקורת החוקתית להליכים משפטיים רגילים. בשיטה שבה רק לבית המשפט החוקתי יש סמכות ביקורת שיפוטית מתעוררת השאלה כיצד יש לנהוג כאשר, במהלך משפט רגיל, מעוניין צד מסויים לתקוף חוקיותו של חוק עליו מסתמך הצד שכנגד. כלומר, כיצד יש להביא את השאלה לפתחו של בית המשפט החוקתי? האם יש לעשות זאת באמצעות פניה לבית המשפט הרגיל הדין בעניין (כפי שהדבר נעשה באיטליה)? או שמא הצד הנוגע בדבר צריך לפנות ישירות בעצמו לבית המשפט החוקתי? ואם כך הוא הדבר, האם הפניה הזו צריכה להיעשות רק לאחר שאותו צד הפסיד בהליך האזרחי או הפלילי הרגיל (מבלי שבית המשפט היה מוסמך לדון בטענתו החוקתית במסגרת ההליך המקורי, כפי שהדבר נעשה בגרמניה), או שמא יש להשעות את ההליך עד לביורר השאלה החוקתית?

כל אחת מהאפשרויות השונות בהקשר זה מעוררת שורה של קשיים לא מעטים. שיטות המשפט באירופה ערוכות להתמודד עם קשיים אלו, משום שבמדינות אלו שיטת המשפט הכללית פועלת על פי מתכונת של חלוקה חדה של סמכויות בין בתי המשפט השונים (אזרחי, פלילי, מינהלי, בימ"ש לענייני מסים וכו'), כאשר לערכאה אחת אין בדרך כלל סמכות לדון בשאלות משפטיות השייכות, מבחינה עניינית, לתחומה של ערכאה אחרת (בראון ובל 1993, 122). במסגרת זו, המקובלת בשיטות המשפט הקונטיננטליות, אין יחוד יוצא דופן לעובדה ששאלות חוקתיות צריכות להתברר בפני בית משפט מיוחד לענייני חוקה, משום, שכעקרון, גם שאלות משפטיות בתחומים אחרים (המשפט המינהלי למשל) מבוררות בפני ערכאות שיש להן סמכות ייחודית לברר שאלות הנוגעת לתחומי סמכותן המקצועית. לעומת זאת, שיטת המשפט שלנו, שנבנתה על אדני המשפט המקובל, פותרת בעיות מעין אלו באמצעות מכשיר התקיפה העקיפה. כלומר, באמצעות הענקת סמכות לכל ערכאה הדנה בסכסוך מסוים, סמכות "שבגרא" לדון ולברר כל שאלה משפטית המתעוררת אגב אורחא במסגרת אותו סכסוך, וזאת גם אם אותה שאלה מסורה, עקרונית, לסמכותו היחודית של בית משפט אחר.²⁴ אימוץ הדגם הקונטיננטלי בישראל (ושלילת התקיפה העקיפה) פירושו הכנסת אלמנט חדש ולא מוכר לשיטת המשפט שלנו, אלמנט שבנוסף להשלכות "הפוליטיות" שלו (ראו לעיל) עשוי ליצור קשיים לא מועטים מבחינת התאמתו לשיטת המשפט הכללית אצלנו.

לדברים אלו ניתן להוסיף התייחסות גם להיבטים חברתיים ותרבותיים של שאלת השפיטה החוקתית. בתי המשפט החוקתיים באירופה פועלים במתכונת אופיינית למוסדות שיפוט גבוהים במדינות היבשת. כלומר, הדיון נעשה בדרך כלל על סמך כתבי טענות בכתב, ללא דיון בעל-פה וללא נוכחות של הצדדים במהלך הדיון. כלומר, הדיון הוא, במקרים רבים בדלתיים סגורות. למרות האופי הפוליטי המובהק של מוסדות אלו, הבא לידי ביטוי בהרכב שלהם ובדרכי המינוי, הרי הפרופיל הציבור של בתי המשפט החוקתיים מבחינת מידת העניין שהם מעוררים בקרב הציבור הכללי ומבחינת היקף הכיסוי התקשורתי של דיוניהם הוא נמוך בהרבה מזה המקובל

²³ ואכן, אחד הטעמים המובהקים למתן רשות לדיון בפני ביהמ"ש העליון בארה"ב הוא מצב שבו ערכאות פדרליות חלוקת ביניהן ביחס לתוקפו של חוק, ראו באום 114.
²⁴ סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

בארצות הברית (פרג'ון ופסקאולה 1692). בהתאם, פסקי הדין של בתי משפט אלו הם, ככלל, קצרים, ואנונומיים, כאשר סמכות השופטים לכתוב פסקי דין של מיעוט מוגבלת, אם באמצעות חקיקה מפורשת ואם כתוצאה מקונוונציות מקצועיות וחברתיות. גם עובדה זו גורמת לבית המשפט לאמץ פרקטיקות החלטה קונסנזואליות, ולהימנע מעימותים פומביים גלויים בשאלות חוקתיות בין השופטים, וזאת בניגוד מוחלט לפרקטיקות של מוסדות שיפוט גבוהים בארצות הברית (פרג'ון ופסקאולה 1695). ספק אם ניתן לאמץ בישראל, האמונה על התרבות המשפטית של המשפט המקובל, תפיסה דומה לזו הקונטיננטלית ביחס למוסד כה מרכזי בחשיבותו כמו מוסד הביקורת השיפוטית.

IV. ביקורת שיפוטית: סמכויות ותרופות

במהלך הדיון בשאלת האחריות החוקתית בחלק II לעיל הצבעתי על האפשרות להסדיר את שאלת האחריות של הביקורת השיפוטית באמצעים הנוגעים לתיחום והגבלה של היקף הסמכויות הנתונות לגורמי הביקורת. בחלק הנוכחי אסקור בקצרה מספר אפשרויות בהקשר זה. עקרונית, הענקת סמכות של ביקורת שיפוטית בחוקה אין פירושה בהכרח הענקת סמכות מוחלטת לבית המשפט המוסמך להכריז על בטלותו של כל חוק שנוגד, להשקפת בית המשפט, את החוקה. כלומר, הכרעה חוקתית בדבר כינונה של ביקורת שיפוטית-חוקתית איננה הכרעה של "הכל או כלום". אלא, יש בעניין זה קשת של אפשרויות ביניים שמן הראוי לסקור אותן. הסקירה להלן תיעשה "מהקל אל הכבד".

קיימות שיטות משפט שהחוקה שלהן שוללת במפורש אפשרות של ביקורת שיפוטית, בכלל (כגון הולנד, בסעיף 120 לחוקה) או ביחס לסוגי חקיקה מסויימים (כגון, החוקה השווייצרית, השוללת ביקורת שיפוטית על חקיקה פדרלית, אך מכירה במוסד הביקורת לגבי חקיקה של הקאנטונים) (דה-אנדרה 2002). קיימת אפשרות עקרונית להפריד בין הסמכות לפרש את החוקה, לבין הסמכות לאכוף את הוראותיה. בשיטה שמאמצת הפרדה כזו, תינתן לבית המשפט המבקר סמכות לקבוע כי חוק נתון סותר את החוקה, אך לקביעה זו יש תוקף הצהרתי בלבד, והמצב המשפטי לא ישתנה כל זמן שהמחוקק לא נקט בעניין זה שום פעולה. כלומר, בשיטה כזו הקביעה השיפוטית בדבר אי התאמת החוק לחוקה מהווה המלצה למחוקק שנדרש לנקוט בעקבותיה פעולה. זוהי האסטרטגיה שאומצה על ידי בתי המשפט בניו-זילנד, לגבי חקיקה הסותרת לשיטתם את מגילת הזכויות שאומצה במדינה, וזאת לאור העובדה שמגילת הזכויות נכללת בחוק רגיל, שאין לו מעמד נורמטיבי עדיף על חקיקה אחרת (רואש 2005, 547).

ראוי לציין כי גם בשיטה משפטית כזו שבה אין לבית המשפט סמכות ישירה לפסול את החוקים, אין מקום להקל ראש כלל בסמכות החוקתית הנתונה לבית המשפט. למעשה, שיטה כזו מעניקה לבית המשפט המבקר עוצמה רבה מכמה בחינות. ראשית, בהנחה ששיטה כזו מאמצת את התפיסה כי לבית המשפט – למרות העדר הסמכות לבטל חוקים – יש מעמד עליון בכל הנוגע לפרשנות החוקה, הרי קביעת בית המשפט לגבי אי החוקתיות מהווה את הקביעה המוסמכת של השיטה החוקתית בעניין זה. שנית, במישור המעשי, קביעה כזו תיצור ללא ספק לחץ כבד על המחוקק לפעול לשינוי המצב. זאת, משום, שכאמור, מרגע שנעשתה הקביעה השיפוטית הרי השיטה כולה מצוייה במצב של "אי חוקתיות", מצב שהמחוקק יתקשה להתעלם ממנו. בהתאם,

קביעה שיפוטית כזו עשויה ליצור לחץ פוליטי כבד לשינוי המצב. מבחינות מסויימות ניתן לטעון כי ביקורת שיפוטית באמצעות קביעות פרשניות, וללא סמכות לפסול את החקיקה באופן ישיר, עשויה להעניק לבית המשפט יותר עוצמה מאשר במצב החילופי. קביעות פרשניות של בית המשפט עשויות להיות תובעניות יותר, מנקודת ראות של המחוקק, מאשר צווים שמבטלים סעיף כזה או אחר בחקיקה, משום שהן עשויות לכבול באופן ממשי את היקף שיקול הדעת של המחוקק בבואו לתקן את החקיקה (שאואר 1995; קאמילה 2004, 1723). ניתן גם לטעון שדווקא העובדה שבית המשפט אינו יכול לפסול ישירות דבר חקיקה אלא רק להצהיר על אי תאימות לחוקה, עשויה לגרום לבית המשפט "ללחוץ על ההדק" החוקתי ביתר קלות.

אפשרות אחרת היא להעניק לבית המשפט החוקתי סמכות לפסול חקיקה הנוגדת את החוקה, אך לאפשר לפרלמנט להפוך את קביעת בית המשפט – וזאת בפרוצדורה שאינה מחייבת שינוי מלא של החוקה. פסקאות "התגברות" כאלו קיימות בצ'רטר הקנדי (סעיף 33) וגם, כידוע, בחוקי היסוד שלנו (במיוחד בסעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק) (רואש, שם, 548). וניתן, כמובן להרחיק עוד צעד אחד לכיוון הקשחת המשמעות של ההתערבות השיפוטית ולקבוע כי ההתגברות מחייבת רוב מיוחד בבית המחוקקים (כאמור למשל בסעיף 45 לחוק יסוד: הכנסת), או שתוקפו של החוק המתגבר מוגבל בזמן (כאמור בסעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק). כל זאת, עוד לפני שמגיעים לקצה הספקטרום של הענקת סמכויות ביקורת חוקתית (שהוא, הסמכות השיפוטית לפסול חקיקה, באופן שרק תיקון של החוקה יוכל לגבור אל פסיקת בית המשפט). מה שמשותף לכל האמצעים הללו, הוא שהם מסדירים הליך של "דיאלוג" בין בית המשפט לבין המחוקק בכל הנוגע לעמדתה הסופית של השיטה החוקתית ביחס לתוקף וללגיטימיות של הסדר נתון.

V. ההסדר הראוי לביקורת שיפוטית במסגרת חוקה בישראל

מהן המסקנות שניתן להסיק מהניתוח לעיל לגבי המודל הרצוי של ביקורת חוקתית בישראל? נקודת המוצא של הדיון היא, כאמור, שהענקת סמכות של ביקורת חוקתית מחייבת לתת מענה הולם לשאלת האחריותיות, וזאת מתוך מודעות לכך שכיום, המערכת המשפטית בישראל מצויה בהקשר זה במצב של "גירעון דמוקרטי".

האפשרות הראשונה היא לאמץ אצלנו ביקורת שיפוטית במתכונת האמריקנית. כלומר, להעניק סמכות לביקורת שיפוטית לבתי המשפט הרגילים, כאשר תקיפת החוקים תוכל להיעשות במסגרת כל הליך משפטי. השגת אחריותיות דמוקרטית אם יאומץ מודל זה כרוכה בשינוי דפוסי מינוי השופטים בישראל, כך שיעמוד ברמה גבוהה של ייצוגיות דמוקרטית. לדעתי פתרון כזה איננו רצוי משום שהוא כרוך בתשלום מחיר כבד של פוליטיזציה של כל הליכי מינוי השופטים אצלנו, תופעה שאינה תואמת את המסורת המוכרת בישראל של מינוי שופטים על בסיס מקצועי, במתכונת המשפט המקובל. אכן, אינני חושב שהליך מינוי השופטים בישראל הוא הליך מושלם, וייתכן שיש מקום לערוך רפורמות בדרכי מינוי השופטים, בהרכב הועדה למינוי שופטים וכד'. ואולם, מכאן לא נובע שהרפורמה הזו צריכה להיעשות מתוך מגמה להפוך את השופטים בישראל ליצוגיים במישור הפוליטי-מפלגתי בדומה למקביליהם בארצות הברית. האוטונומיה של מערכת המשפט בישראל והא-פוליטיזציה (היחסית, אמנם) שלה, היא אחד הנכסים המובהקים של מערכת

המשפט והדמוקרטיה הישראלית בכלל. ואינני חושב ששחיקת האוטונומיה הזו באופן שיקרב אותנו למדינות ארצות הברית היא מטרה שצריך לשאוף אליה. בכל אופן, קשה לתמוך בתהליך כזה של פוליטיזציה של השפיטה רק על מנת להשיג אחריותיות בהליכי הביקורת השיפוטית, וזאת משום שאם יאומץ אצלנו הדגם האמריקני על קרביו וכרעיו פירוש הדבר שיש לעשות רפורמה בהליכי מינוי השופטים בישראל בכל הרמות. בהנחה שיש מקום להשיג יתר יצוגיות דמוקרטיות לגבי השפיטה החוקתית, הרי פוליטיזציה של המערך הכולל של מינוי שופטים אצלנו היא מחיר מוגזם שאין מקום לשלם אותו. יש דרכים פשוטות יותר, ומסוכנות פחות, להשיג מטרה זו: בין על ידי הגדרה מצמצמת יותר של הגורמים המוסמכים לקיים ביקורת חוקתית, ובין על ידי תיחום סמכויות הביקורת.

דברים אלו מובילים אותי לשקילת האפשרות להקים בישראל בית משפט מיוחד לחוקה, במתכונת האירופית. אימוץ דרך כזו חוסך למערכת המשפט הרגילה את הנזקים שהיא עשויה לספוג כתוצאה מפוליטיזציה של הליכי המינוי (וזו, כזכור, היתה בדיוק הסיבה שמדינות אירופה בחרו ללכת בדרך זו). ואולם, לאימוץ הרעיון של בית משפט מיוחד לחוקה יש השלכות בעייתיות אחרות, בעיקר משום שאינו מתאים לשיטת המשפט הכללית בישראל. כפי שצינתי, ייחוד השיפוט החוקתי לבית המשפט לחוקה יוצר שאלות קשות בכל הנוגע לנגישות לבית המשפט וליחס, במישור הדיוני, בין הליכים בפני בית המשפט לחוקה לבין הליכים מקבילים בפני בתי המשפט הרגילים שהשאלה התעוררה בפניהם. מוסד התקיפה העקיפה בישראל הוא מוסד דיוני חשוב, שאימוץ המודל של בית משפט חוקתי כרוך בויתור עליו. היתרונות של מוסד זה נובעים גם מכך שניתן לדון בהליכים לתקיפת תוקפו של חוק על רקע עובדתי נתון של סכסוך קונקרטי שעושה את דרכו מביהמ"ש של הערכאה הראשונה לערכאות הגבוהות יותר.²⁵

בנוסף, הקמת בית משפט לחוקה כרוכה בבעיות פוליטיות לא פשוטות. מה יהיה הרכבו של בית משפט זה? מה יהיה היחס בין פסיקותיו לבין פסיקות סותרות או "מתחרות" של בית המשפט העליון הרגיל? ניתן לחשוב על מודל שבו יוקם בית משפט לחוקה שיורכב בחלקו משופטי בית המשפט העליון וחלקו מנציגים של רשויות אחרות (כגון הכנסת או הממשלה). לדעתי, הקמה של מוסד כזה, עשויה להוליך לאחת משתי האפשרויות הבאות: האחת, שהרכבו של המוסד יהיה כזה, ששופטי בית המשפט העליון יוכלו להפגין בו דומיננטיות (והניסיון מוכיח כי במוסדות רבים שבהם שופטי בית המשפט העליון אצלנו חוברים לנציגים חיצוניים, כגון בוועדות חקירה ממלכתיות, זו אכן התוצאה). השנייה, שהרכבו ודרכי מינויו של בית המשפט יהיו כאלו, שהשפעתו של בית המשפט העליון תהיה שולית. במצב דברים זה, צפויה לדעתי להתפתח תחרות סמכויות חריפה (במישור הפוליטי והמשפטי כאחת) בין שני המוסדות. וספק אם מסמך חוקתי יוכל להסדיר מראש ולמנוע את התוצאות, שקשה לחזות אותן מראש, של תחרות סמכויות כזו. כך או כך, תהליך כזה יהיה קרוב לודאי כרוך בפגיעה ביציבות החוקתית אצלנו, לפחות בשלב הראשון.

יוצא, שאימוץ כל אחד משני המודלים האמורים, האמריקני והאירופי בישראל אינו מוביל לפתרון רצוי לסוגיית השפיטה החוקתית במציאות הישראלית. ניתן כמובן לחשוב על

²⁵ אמנם, בשיטה הקיימת היום בישראל, עניינים חוקתיים חשובים יכולים להגיע ישירות לבית המשפט העליון באמצעות עתירה לבג"ץ. ואולם, המגמה הכללית בשיטה שלנו, שיש להניח שתמשך ואף תגבר, היא להעביר עניינים מבג"ץ לבתי המשפט הנמוכים יותר, המתאימים יותר לשמש כערכאה מקורית (ראו חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000).

פתרון שיהווה שילוב מסוים בין שני המודלים הללו, כגון, למשל, להפקיד את סמכות הביקורת החוקתית בידי בית המשפט העליון באופן בלעדי, תוך יצירת מנגנון הפניה לבית המשפט על ידי בתי משפט נמוכים יותר שבהם מתעוררת השאלה (ראו "חוקה בהסכמה" 2005 סעיף 163). זהו פתרון שמאמץ, למעשה, במישור הדיוני, את הרעיון האירופי של יחוד השיפוט החוקתי (עם כל הבעייתיות האפשרית הכרוכות בכך), אך איננו מגשים את דרישת האחריות הדמוקרטית. ניתן, לשפר את האחריות הדמוקרטית במודל כזה על ידי צירוף נציגים נוספים ("פוליטיים") לבית המשפט העליון כאשר הוא דן בשאלות חוקתיות, אך מובן שפתרון כזה מוביל אותנו לאחת משתי האפשרויות שבה דנתי למעלה. במלים אחרות, פתרון "ביניים" כזה מהווה "הזזה" של הבעיה, אך לא מספק פתרונות אמיתיים לשאלות שעלו כאן. להפך. מכיוון שפתרונות אלה באים יחד עם עיגון דרך המינוי הנוכחית של השופטים לגבי כלל שופטי המערכת, כולל המוסד שיקבל סמכויות חוקתיות, אנחנו מקבלים לגיטימציה של סמכויות פסילה של חוקים בלי הגדלה של האחריות הדמוקרטית אף של השופטים המעטים בידיהם מופקדות סמכויות אלה.

הקשיים שתוארו לעיל מובילים אותי לבחון פתרון לבעיית השפיטה החוקתית שיתבסס על הגבלת סמכויות בית המשפט המבקר. היתרונות של פתרון כזה בולטים לעין בהשוואה לפתרונות שנדונו לעיל. הוא אינו מצריך שינויים משמעותיים במערך מינוי השופטים בישראל, וגם אינו מכניס לתוך מערכת המשפט אלמנטים דיוניים מרכזיים שזרים לה. במקום זאת, האחריות הדמוקרטית של השפיטה החוקתית מושגת מכוח העובדה שלבית המשפט העוסק בביקורת חוקתית לא ניתן כוח לפסול חוקים אלא רק להצהיר על אי התאמתם לחוקה, או, שבמידה ומופקד בידיו כוח כזה, הרי למחוקק נתונה הסמכות להפוך את קביעותיו של בית המשפט (וניתן לשלב בין פתרונות שונים במישור זה, בהקשר לחלקים המהותיים של החוקה הנוגעים לדבר).²⁶

זהו פתרון פשוט, התואם את ההגיון הפנימי והמבנה של מערכת המשפט בישראל. ולא במקרה, אימצו מרבית שיטות המשפט הדומות לישראל (שיטות המשפט המקובל) פתרונות מסוג זה. הוא מגשים את רעיון הביקורת החוקתית באופן מוגבל אמנם, אך תוך יצירת מסגרת לדיאלוג בין הרשות השופטת למחוקקת, דיאלוג חוקתי שמערכת הממשל אצלנו אמונה עליו (דותן 1997). חוקה שתאמץ פתרון כזה משיגה כמה מטרות במקביל: היא מעגנת בשיטה שלנו את מוסד הביקורת החוקתית, היא משמרת אלמנט חזק של אחריות דמוקרטית, והיא מגשימה את תפקידה כחוקה בכך שהיא יוצרת מסגרת לתחילתו של תהליך הדרגתי של אינטראקציה בין הרשויות ביחס להגשמת סמכויותיהן החוקתיות. בד בבד, פתרון כזה חוסך את הצורך להכניס שינויים רדיקליים בהליכי מינוי של שופטים בישראל, משום שהוא מבטיח את האחריות הדמוקרטית בהליך הביקורת השיפוטית באופן שמחלק את האחריות החוקתית בין המחוקק לבית המשפט. לעומת זאת, כל פתרון שלפיו יינתנו לרשות השופטת אצלנו סמכויות חוקתיות מוחלטות (שאינן כפופות – כמוצע כאן – לאפשרות של שינוי הפסיקה על ידי הפרלמנט) מחייב עריכת שינויים משמעותיים בדרכי מינוי השופטים (ובמיוחד שופטי בית המשפט העליון), שינויים שנושאים בחובם סכנה מוחשית של פוליטיזציה של השפיטה ופגיעה במקצועיותה.²⁷

²⁶ כך למשל, רק חלק מהזכויות הכלולות בצ'רטר הקנדי כפופות לפיסקת ההתגברות בסעיף 133(1) ואילו זכויות אחרות (כגון: זכות השוויון המעוגנת בסעיף 15 לצ'רטר) אינן ניתנות לפגיעה באמצעות מנגנון ההתגברות.

²⁷ אינני טוען כי שיטת מינוי השופטים בישראל היא מושלמת, או שאין מקום לשקול כל שינויים בשיטה הקיימת. שיטת המינויים הקיימת אצלנו מעניקה משקל, שהוא חסר מקבילות מנקודת ראות השוואתית, לעמדות של השופטים המכהנים לגבי בחירתם של

במישור המעשי, הניתוח לעיל מוביל אותי למסקנה שהדרך הראויה ביותר לכינון מוסד הביקורת השיפוטית בישראל הוא על ידי עיגון חוקתי של הדגם של הביקורת השיפוטית כפי שכבר נעשה – אם גם באופן חלקי, מקוטע, ובלתי אחיד – במסגרת הליכי החקיקה של חוקי היסוד השונים. כלומר, רצוי שהחוקה שתקבל אצלנו תחיל הסדרים המעניקים לבתי המשפט סמכות לפסול חקיקה של הכנסת, שאינה תואמת את הוראות החוקה, אך לצד הוראות החוקה תחוקה הכנסת "פסקאות התגברות" שיגדירו, ביחס לכל פרק של החוקה, את הרוב הנדרש בכנסת על מנת להכשיר חקיקה העומדת בניגוד להוראות החוקה (או על מנת להתגבר על פסיקת בית משפט הקובעת כי החקיקה עומדת בסתירה לחוקה). קיימים פרקים של החוקה שעשויים ליהנות משריון חזק בפני התערבות כלשהי של המחוקק (היינו, שחקיקה הסותרת אותם תידרש לעמוד ברוב של שני שלישים או כיו"ב), כגון, הוראות המעגנות את ההסדרים הדמוקרטיים הבסיסיים עצמם. וקיימים פרקים אחרים שדרגת השריון שלהם תהיה נמוכה יותר (היינו, כאלו שהכנסת יכולה לשנותם ברוב רגיל). אין מקום שאכנס, במסגרת המסמך הנוכחי, לדיון מפורט בהיקף ההגנה שתינתן להוראות הפרקים השונים בחוקה, משום שההכרעה בשאלות אלו תלויה בשורה של שיקולים הנוגעים לעיצוב התכנים של הפרקים הרלוונטיים. כל שבכוונתי להדגיש במסגרת הנוכחית היא שהחוקה יכולה, ולדעתי גם צריכה, לעגן הסדרים גמישים יחסית, שיהוו מסגרת נאותה להתפתחות דיאלוג חוקתי דינאמי בין הכנסת לבין בית המשפט.

הליכה בדרך כזו נותנת מענה, לדעתי, לא רק לצורך להשיג איזון נאות בין הצורך בביקורת חוקתית לבין הצורך לשמר את האחריותיות הדמוקרטית אלא היא גם נותנת מענה, במישור הפוליטי, לחששות ההדדיים של המערכת הפוליטית מזה, ושל המערכת השיפוטית מזה, מהזעזועים שעלולים להיגרם כתוצאה ממהלך מהיר, דרמטי, ובלתי הפיך (לכאורה) של כינון חוקה. החשש המרכזי של המערכת הפוליטית בישראל הוא מפני איבוד מוחלט של כוח ההכרעה שלה בסוגיות עקרוניות לטובת המערכת השיפוטית כתוצאה ממהלך של כינון חוקה לפי המודל האמריקני. החשש המרכזי של המערכת השיפוטית בישראל כתוצאה מפתחת יוזמה חוקתית כזו הוא שהתנופה של המהלך החוקתי תנוצל על ידי גורמים פוליטיים דווקא לכרסום במעמדה של המערכת השיפוטית וזאת על ידי הכנסת גורם חדש של "בית משפט חוקתי" (בסגנון הקונטיננטלי), כערכאה שיפוטית עליונה, שתכונן על בסיס פוליטי-מפלגתי, ושתגרום לפגיעה קשה במעמדה של הרשות השופטת בכלל ושל בית המשפט העליון בפרט.

הפתרון שמוצע כאן, מיועד לענות על החששות של שני הצדדים. מדובר בהסדר שתואם ומשלים את המהלכים החוקתיים שהתקבלו בישראל לאורך ההיסטוריה שלה, מאז הקמת המדינה (קרי: חוקי היסוד). הוא אינו מאמץ דרך של הכרעה חדה ודרמטית "לטובת" אחד הצדדים במשוואה החוקתית, אלא מעגן מסגרת דינאמית וגמישה יחסית שתאפשר את המשך

חבריהם לעתיד לכס השיפוט. וייתכן בהחלט שיש מקום לשקול בזהירות אפשרות להנהיג שינוי מסויים בהקשר זה. עם זאת, כל שינוי בשיטת המינויים הקיימת כורך בחובו סכנה ממשית של "שפיכת התינוק עם מי האמבט", כלומר של פוליטיזציה רבתי של הליכי מינוי השופטים, וכל מי שמציע שינויים בשיטת המינויים חייב להביא אפשרות כזו בחשבון. ואולם, במסגרת הדיון הנוכחי אין צורך שאנקוט עמדה בשאלה הכללית של מינוי שופטים בישראל וזאת בהנחה שהפתרון המוצע כאן, והמגביל את הסמכויות החוקתיות של בתי המשפט, יאומץ בפועל. לעומת זאת, כל הצעה להרחיב באופן משמעותי את היקף הסמכויות הביקורת השיפוטית איננה יכולה להתעלם מהצורך לדון מחדש בהסדרי מינוי השופטים לאור הגירעון הדמוקרטי הניכר והקושי הנובע משאלת האחריותיות שהצעה כזו נושאת בחובה בהכרח.

פיתוח המשפט החוקתי שלנו בדרך הדומה לזו שבה הלכנו עד כה. אכן, יהיו שיטענו כי להסדר חוקתי גמיש יחסית יש מחיר בכך שהוא פוגם ביכולת של הרשות השופטת לפעול באופן נחרץ ועצמאי להגנת הערכים החוקתיים מבלי חשש ומורא מפני השפעה לא רצויה של גורמים פוליטיים רובניים. ואולם, הניסיון החוקתי של מדינת ישראל מוכיח, לדעתי, כי החשש מפני התערבות פוליטית לשחיקת העצמאות של הרשות השופטת לא הוכח כחשש ממשי, וכי לאורך ההיסטוריה שלנו היו מקרים נדירים ביותר (וברובם, לא חמורים במיוחד) של ניסיונות לפגוע בעצמאות הרשות השופטת. אשר על כן, הסדר חוקתי דינמי, שיציב משוכות פורמליות מוגדרות (אך לא מוחלטות) בפני כל מי שינסה לפגום בסמכות החוקתית של הרשות השופטת עונה היטב על דרישת האיזון האמורה בין הצורך בביקורת חוקתית מחד, ובין הצורך בהבטחת אחריותיות דמוקרטית מאידך.

בד בבד, ההסדר המוצע בחוקה צריך להביא בחשבון את שיקולים במישור הפרוצדורלי והמעשי בכל הנוגע לדרכי התקיפה של חוקתיות חוקים בחוקה. קיימת התנגדות נרחבת למדי (בחוגים משפטיים ופוליטיים כאחד) לכך שכל בית משפט, ולו בערכאה נמוכה ביותר, יהיה מוסמך לפסול חקיקה של הכנסת (אם כי זהו, כידוע, המצב בישראל כיום). מאידך, הצבעתי על כך שמעבר חד לשיטה שרק בית משפט אחד (ויהא זה בית משפט לחוקה, כמו בקונטיננט, או אפילו בית המשפט העליון הרגיל) יהיה מוסמך לדון בשאלות חוקתיות, עלול להוביל לפגיעה במוסד החשוב של התקיפה העקיפה. פתרון אפשרי לדילמה הזו במסגרת ההסדר המוצע כאן הוא שימור המצב הקיים לפיו לכל בית משפט סמכות עקרונית לפסוק כי חקיקה של הכנסת היא בלתי חוקתית, אך הוספת קביעה בחוקה כי כל קביעה של בית משפט כלשהו לפיה חוק של הכנסת עומד בניגוד לחוקה תהיה נתונה לאפשרות של ערעור (ברשות) ישירות לבית המשפט העליון (דותן 1999, 133).

Ackerman, Bruce, "The Storrs Lectures" – Discovering the Constitution" 89 *Yale L.J.* 1013 (1984)

Baum, Lawrence, *The Supreme Court* (6ed. Washington D.C. 1998)

Bendor Ariel L. & Zeev Segal, "Constitutionalism and Trust in Britain: An Ancient Constitutional Culture, A New Judicial Review Model" 17 *Am. U. Int'l L. Rev.* 683 (2002)

Bhattacharya, Mita & Russell Smyth, "The Determinations of Judicial Prestige and Influence: Some Empirical Evidence from the High Court of Australia" 30 *J. Legal Studies* 223 (2001)

Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962)

Brown Neville L. & John S. Bell, *French Administrative Law* (4th ed., 1993)

Canon, Bradley C., "Defining the Dimensions of Judicial Activism", 66 *Judicature* 236 (1983)

Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World* (Bobbs-Merrill, 1971)

Comella, Victor Ferreres, "The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism", 82 *Tex. L. Rev.* 1705 (2004)

Craig, Paul P., *Administrative Law* (London, 3ed ed.,1994)

Currie, David P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago 1994)

Davis, Rachel & George Williams, "Reform of the Judicial Appointments Process: Gender and the Bench of the High Court of Australia", *27 Melbourne U. L.R.* 819 (2003)

De Andrade, Gustavo Fernando, "Comparative Constitutional Law: Judicial Review", *Un. Pa. J. Const. Law* 977 (2001)

Dorsen, Norman, Michael Rosenfeld *et Al.*, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, (St. Paul, 2003)

Dotan, Yoav, "The Spillover Effects of Bills of Rights: A Comparative Assessment of Bills of Rights on Courts in Canada and Israel", *53 Am.J.Comp.L.* (2005, forthcoming)

Dreyfus, Françoise & Françoise d' Arcy, *Les Institutions Politiques et Administratives de la France* (3rd ed., Paris, Economica, 1989)

Ely, John. H., *Democracy and Distrust* (Harvard, 1980)

Ferejohn, John & Pasquino Pasquale, "Constitutional Adjudication: Lessons from Europe", *82 Tex. L. Rev.* 1671 (2004)

Hogg Peter W., *The Constitutional Law of Canada* (4th ed. 1997)

Karp, Robert A. & Ronald Stidham, *Judicial Process in America*, (3rd ed., Washington D.C. 1996)

Katz Elai, "The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment", *29 Colum. J. L. & Soc. Prob.* 251 (1996)

Manfredi, Christopher P., *Judicial Power and the Charter* (1993)

Mavcic, Arne, "Constitutional Courts: Historical Steps in the Developments of Systems of Constitutional Review and Particularities of Their Basic Models", <http://www.concourts.net/tab/introen.html> (2005)

Miller Marc C., "A Comparison of the Judicial Role in the United States and in Canada," 22 *Suffolk Tran Nat'l L. Rev.* 1 (1998).

Resnik Judith, "Judicial Selection and Democratic Theory: Demand, Supply And Life-Tenure", 26 *Cardozo Law Review*, 579 [2005]

Roach, Kent, "Constitutional, Remedial, and International Dialogues about Rights: The Canadian Experience", 40 *Tex. Int'l L.J.* 537 (2005)

Schauer, Fredrick, "Ashwander Revisited", 1995 *Sup. Ct. Rev.* 71

Singh M.P., "Securing Independence of the Judiciary – The Indian Experience", 10 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 245 (2000)

Smith, Stanly de & Rodney Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, (7th ed. London, 1994)

Stras, David R. and Scott, Ryan W., "Retaining Life Tenure: The Case for a Golden Parachute". *Washington University Law Quarterly*, Vol. 83, 2006 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=818724>

Stewart, Douglas J., "Rights of Children: Educational and Legal Implications for Schools: An Australian Perspective", 2002 *BYU Educ. & L.J.* 255 (2002)

Stewart, Richard B., "The Reformation of Administrative Law" 88 *Harvard Law Review* 1667 (1974-5)

Sunstein, Cass, "Constitutionalism and Secession", 58 *University of Chicago Law Review* 633 (1991).

Tushnet, Marc, Viki Jackson *et al.*, *Comparative Constitutional Law*

Williams, David A.R., "The Judicial Appointment Process", 2004 *NZ L.R.* 39

ברק, אהרן, פרשנות במשפט, כרך א': תורת הפרשנות הכללית
(ירושלים, 1992)

---- כרך ב': פרשנות חקיקה (ירושלים 1993)

--- כרך ג': פרשנות חוקתית (ירושלים 1994)

גביון, רות, המהפכה החוקתית: תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה? (ירושלים 1998)

גביון, רות, מרדכי קרמניצר ויואב דותן, אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד (ירושלים, 2000)

גולדמן, שחר, בתי משפט לחוקה - מסמך רקע לדיון; הוכן על-ידי מרכז למחקר ומידע של הכנסת; הוגש לוועדת חוק חוקה ומשפט

דותן, יואב, "חוקה למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר "המהפכה החוקתית"
משפטים כח 149 (1997)

--- "האם ישראל צריכה בית משפט לחוקה?", משפט וממשל ה 117 (1999)

"חוקה בהסכמה" – המכון הישראלי לדמוקרטיה 2005 (אתר האינטרנט של המכון).

ידלין, עמרי, "שיקול דעת שיפוטי" ו"אקטיביזם שיפוטי" בראי תורת המשחקים, מחקרי משפט
יט 665 (2003)

לימבך, אוטה, "תפקיד בית המשפט החוקתי הפדרלי כשומר החוקה", משפטים כח 5 (1997)

קליין, קלוד, "ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים בצרפת", עיוני משפט ב 711 (1972)