

תרבות העצמאות השיפוטית בישראל: היבטים מוסדיים ומהותיים של מערכת השפיטה בראייה היסטורית*

שמעון שטרית**

"שָׁמַע בֵּין אֲחֵיכֶם וּשְׁפָטָתֶם צְדָק בֵּין אִישׁ וּבֵין אָחִיו וּבֵין גֵּרוֹ. לֹא תִכְרֹוּ פָּנִים
בַּמִּשְׁפָּט, בַּקָּטָן כַּגְּדֹל תִּשְׁמָעוּן - לֹא תִגְוְרוּ מִפְּנֵי אִישׁ"¹

מאמר זה עוסק בתרבות העצמאות השיפוטית של מערכת השפיטה בישראל, כפי שזו עוצבה לאורך שנותיה למן הקמתה ואף לפני כינונה. חלקו הראשון של המאמר מנתח את יסודות העקרון של אי-התלות של המערכת השיפוטית, תוך בחינת ההסדרים הקיימים בישראל לצורך שמירה על אי-תלות זו. במסגרת זו המאמר גם מנתח את יחסי הגומלין בין נשיא בית המשפט העליון ושר המשפטים בכל הקשור לאחריות על ניהול מערכת השפיטה ומינוי שופטים. המאמר בוחן את תהליך בנייתה של תרבות העצמאות השיפוטית בישראל תוך התייחסות גם להפרות של עקרון אי-התלות במהלך השנים.

חלקו השני של המאמר בוחן את ההיבט המהותי של השפיטה ואת מעמדם של בתי המשפט בחברה הישראלית. המאמר בוחן את האקטיביזם השיפוטי לסוגיו וכן את הדרכים לפתור את סוגיית התיחום של הגבולות שבין הרשות השופטת לרשויות האחרות בעקבות המחלוקת בדבר מקומם של בתי המשפט בחברה. המאמר מציג מספר פתרונות לסוגיה זו: פתרון אחד הוא גישת הכיול המדויק, שמטרתה למנוע מעורבות של בתי המשפט כאשר התערבותם גורמת לשיבוש מהותי ביחסי הגומלין בין הרשות השופטת והרשות המבצעת והמחוקקת. כמו כן המאמר בוחן דרכים למניעת שחיקה של קרן האשראי השיפוטית שהתרחשה עקב ההתעצמות של תפקידם של בתי המשפט בחברה הישראלית. כמו כן מציג המאמר פתרונות נוספים ביניהם אימוץ המודל המצהיר של הביקורת השיפוטית וחזרה למודל הקלאסי של זכות העמידה תוך קביעת חריגים שיאפשרו זכות עמידה במקרים מיוחדים.

* מאמר זה מתבסס בחלקו על דברים אשר הופיעו לראשונה בספר שמעון שטרית על השפיטה - מערכת הצדק במשפט (2004).

** פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה למשפט ציבורי ובינלאומי ע"ש גרינבלט, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 דברים א' 15-16.

הקדמה

I – היבטים מוסדיים של מערכת השפיטה

פרק א: היסודות העיוניים של עקרון אי-התלות השיפוטית ויישומם

1. אי-תלות אישית ומהותית של השופט היחיד
 - (א) אי-תלות מהותית
 - (ב) אי-תלות אישית
 2. אי-תלות קיבוצית
 - (א) ניתוח המודל הישראלי לחלוקת האחריות לניהולם של בתי-המשפט
 - (ב) החתירה לאיזון נאות יותר בין שר המשפטים לבין נשיא בית-המשפט העליון בכל הנוגע בסמכויות הניהול של מערכת בתי-המשפט
 - (ג) תחימת גבולות שליטתה של הרשות המבצעת בניהולם של בתי-המשפט – אי-תלות מוסדית
 3. אי-תלות פנימית
 - (א) סמכויותיו של נשיא בית-המשפט העליון
 - (ב) מועצת השופטים
 - (ג) סמכויותיהם של נשיאי בתי-המשפט המחוזיים ובתי-משפט השלום בנוגע לשופטי בתי-המשפט
 - (ד) קבלת החלטות בהליך השפיטה והתייעצות של שופטים עם אחרים
 - (ה) שיטת הקצאת תיקים והעצמאות השיפוטית הפנימית
 - (ו) הוראות מנהליות הניתנות על-ידי בתי-משפט בערכאות הגבוהות
- פרק ב: בנייתה של תרבות העצמאות השיפוטית בישראל ודפוסי ההפרות של עקרון העצמאות השיפוטית
1. בנייתה של תרבות העצמאות השיפוטית
 2. תשתית חוקתית
 - (א) התפתחותם של חוק השופטים, חוק בתי-המשפט וחוק-יסוד: השפיטה
 - (ב) מעמדן הנורמטיבי של ההוראות המסדירות את סמכויותיו של בית-המשפט ואת תנאי הכהונה של השופטים
 3. יחסי-הגומלין בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת
 - (א) התקופה המכוננת של התגבשות יחסי-הגומלין: התערבותה של הכנסת במשפט אייכמן
 - (ב) התערבותה של הכנסת בשיפוט באמצעות חקיקת תשריר
 4. יחסי-הגומלין בין הרשות השופטת לרשות המבצעת
 - (א) התפתחותם של יחסי-הגומלין בין נשיאי בית-המשפט העליון לבין שרי המשפטים
 - (ב) ניהול בתי-משפט בראי היחסים שבין שר המשפטים לבין נשיא בית-המשפט העליון

(ג) מינוי שופטים בראי היחסים שבין שר המשפטים לבין נשיא

בית-המשפט העליון

II – היבטים מהותיים של מערכת השפיטה

פרק ג: מהות תפקידו של בית-המשפט בחברה

1. כללי

(א) מיון האקטיביזם השיפוטי והפעלתו בתחומי המשפט השונים

(ב) אקטיביזם בענייני דת ומדינה

(ג) ביקורת שיפוטית על החלטות בענייני ביטחון

2. תיאוריית האחריות הדמוקרטית של השופטים

3. סוגיית ההקצאה הבלתי-מידתית של משאבים שיפוטיים

4. החובה לכייל במדויק את קווי התייחסות בין הרשות השופטת לבין

הכנסת והממשלה

5. הדרכים להשגת היעד של הגדרה ראויה של מעמד בית-המשפט

בדמוקרטיה

(א) מבחן לסיוג התערבות שיפוטית – מבחן השיבוש המהותי של

יחסי-הגומלין בין הרשויות

(ב) חזרה למודל הקלסי של זכות העמידה במשפט הציבורי, למעט

חריגים

(ג) אימוץ "המודל המצהיר" לביקורת שיפוטית על חוקים

(ד) יישום ממשי של עקרון השיקוף, להבדיל מעקרון הייצוגיות, בבחירת

שופטים

פרק ד: דברי סיכום

הקדמה

מערכת שיפוטית עצמאית ובלתי-תלויה היא אחד מנכסיה היקרים ביותר של כל מדינה דמוקרטית, והיא חיונית לשמירה על זכויותיו של האזרח מול המדינה ומול אזרחים אחרים. עם זאת, עצמאותה של המערכת השיפוטית אינה נוצרת יש מאין, והיא תוצר של מלאכת-מחשבת של איזונים עדינים במעשי חקיקה, בהחלטות שיפוטיות ובעיצוב תפיסות אידיאולוגיות.

מאמר זה עוסק בתרבות העצמאות השיפוטית של מערכת השפיטה בישראל, כפי שזו עוצבה לאורך שנותיה למן הקמתה ואף לפני כינונה. המאמר מחולק לשני חלקים. בחלקו הראשון המאמר מתמקד בהיבטים המוסדיים של אי-תלותה של המערכת השיפוטית. ראשית, אדון ביסודות העיוניים של עקרון אי-תלות השיפוטית ובאופן יישומם במערכת השפיטה הישראלית. בחלק זה ייבחנו ההסדרים הקיימים בישראל המבטיחים את אי-תלות

האישית של השופט בגורמים חיצוניים שעלולים להשפיע על החלטותיו, יידונו ההסדרים הנוגעים באי-התלות הקיבוצית של מערכת כולה ברשויות האחרות, וינתחו היחסים בין שופטים בתוך מערכת בתי-המשפט. ככל הנראה טרם הוגדרו באופן מדויק היחסים הראויים בין מערכת השפיטה – ובפרט נשיא בית-המשפט העליון – לבין שר המשפטים בכל הנוגע בהפעלת סמכויותיהם בניהול ענייניה של מערכת השפיטה ובניהול בתי-המשפט. במאמר זה אנסה להראות כי בעוד המודל הרשמי בישראל בנוגע לאחריות על בתי-המשפט הוא "מודל האחריות של הרשות המבצעת", בעשורים האחרונים חלה השתלטות בפועל של נשיאי בית-המשפט העליון על ניהולה של מערכת השפיטה. מצב זה מצריך בחינה מחודשת של חלוקת הסמכויות בין שר המשפטים לבין נשיא בית-המשפט העליון באשר להסדרים הנוגעים בניהולה של מערכת בתי-המשפט ובמינוי שופטים.

בהמשך המאמר אבחן בראייה היסטורית את בנייתה של תרבות העצמאות השיפוטית במדינת-ישראל, לצד הצבעה על דפוסים חוזרים של הפרת אי-תלות זו. בחלק זה אצביע על התפתחותם של ההסדרים הנוגעים במערכת השפיטה, ובכלל זה חוק השופטים, חוק בתי-המשפט וחוק-יסוד: השפיטה. לאחר-מכן יידונו פרשיות מהותיות שעיצבו את מערכת היחסים – הבעייתית לפעמים – בין הכנסת לבין מערכת השפיטה, כגון התערבותה של הכנסת במשפט אייכמן וחקיקת חוקי תשריר. לבסוף, אדון בעליות ובמורדות ביחסי-הגומלין שבין הרשות המבצעת והרשות השופטת, ובפרט ביחסים שבין שרי המשפטים לבין נשיאי בית-המשפט העליון. תשומת-לב מיוחדת תוקדש למחלוקות הבלתי-פוסקות סביב הפעלת הסמכות המיניסטריאלית בענייניה של מערכת השפיטה, סביב יחסי הכוח בוועדה למינוי שופטים וסביב ענייני המנהל של בתי-המשפט.

בחלקו השני של המאמר אדון בהיבט חשוב לא פחות של עצמאותה של מערכת השפיטה, הוא ההיבט המהותי במילוי תפקידם של בתי-המשפט בחברה הישראלית. אדון בוויכוח הציבורי הער סביב סוגיית האקטיביזם השיפוטי, תוך התמקדות בביקורת השיפוטית על החקיקה ובשפיטה בענייני דת ומדינה ובענייני ביטחון.

לדעתי, האיזון העדין שבין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת הופר בשני העשורים האחרונים בגין התעצמותם של בתי-המשפט. לכן אציע לנקוט את גישת הכיול המדויק לצורך תחימת הגבולות שבין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת. במסגרת זו אציע לאמץ את "מבחן השיבוש המהותי" של יחסי-הגומלין בין הרשויות כסייג שיפוטי רצוי בפני התערבות שיפוטית. כמו-כן אדון בהצעת לחזור למודל הקלסי של זכות העמידה בג"ץ על-מנת להשיב את היקף ההתערבות השיפוטית במשפט הציבורי לממדיה הראויים. לצד זה אדון בעקרון האחריות הדמוקרטית כעיקרון מנחה למודל הרצוי לעיצוב יחסי-הגומלין בין הרשויות. במסגרת זו אצביע על הקשר שבין שיטת מינוי השופטים לבין היקף הביקורת השיפוטית, אשר בעטיו ראוי לאמץ את "המודל המצהיר" כמודל המתאים ביותר לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת. כמו-כן אדון בעקרון השיקוף כעיקרון רצוי במינוי שופטים.

I – היבטים מוסדיים של מערכת השפיטה

פרק א: היסודות העיוניים של עקרון אי-התלות השיפוטית ויישומם

הבסיס העיוני התיאורטי לעקרון אי-התלות השיפוטית נובע מהדוקטרינה של הפרדת הרשויות. דוקטרינה זו, במשמעותה המודרנית, אינה גורסת הפרדה מוחלטת בין רשויות השלטון, אלא קיום מנגנון של "איוונים ובלמים". לפי מנגנון זה, הרשות השופטת צריכה להיות עצמאית, ולא תלויה, על-מנת למלא כהלכה את תפקידה בפיקוח על שתי רשויות השלטון האחרות.²

מכאן נובעות שתי מסקנות ברמה התיאורטית:³ ראשית, על הרשות השופטת להימנע ככל האפשר מלהתערב בתהליך החקיקה, ובהעדר סמכות מפורשת לעשות כן – להימנע גם מהתערבות בחקיקה שמקורה ברשות המחוקקת. נוסף על כך על הרשות השופטת לנהוג ריסון עצמי בהתערבותה בענייניה של הרשות המבצעת. בצידו האחר של המטבע, הרשות המבצעת מחויבת לפעול בהתאם להחלטותיה של הרשות השופטת, והרשות המחוקקת נדרשת להימנע מלהתערב בפעילותה ובסמכותה של הרשות השופטת על-ידי חקיקה. לשם השגת מטרה זו, יש לעגן באופן חוקתי את מעמדה וסמכויותיה של הרשות השופטת ואת העיקרון של אי-תלות שיפוטית.

בישראל, כמו ברוב המדינות הדמוקרטיות הפרלמנטריות, הפרדת הרשויות במשמעותה התיאורטית אינה קיימת. הרשות המבצעת קשורה באופן הדוק לרשות המחוקקת, ומפעילה עליה מידת השפעה משמעותית ביותר הפוגעת ביכולתה של הכנסת להגביל את הממשלה ולפקח עליה. במצב דברים זה יש חשיבות יתרה להפרדה בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת, על-מנת לאפשר הליך של ביקורת.

1. אי-תלות אישית ומהותית של השופט היחיד

הרשות השופטת בישראל היא רשות עצמאית. במילוי תפקידי השפיטה היא אינה תלויה באדם או ברשות אחרת. אי-התלות היא אי-תלות מהותית ואי-תלות אישית.

(א) אי-תלות מהותית⁴

אי-התלות המהותית של השופט היחיד פירושה הוא שבעת מלאכתו השיפוטית אין השופט

2 שמעון שטרית על השפיטה – מערכת הצדק במשפט 185 (2004) (להלן: שטרית).

3 שם, בעמ' 186.

4 שם, בעמ' 206.

כפוף אלא למרותו של החוק ולצו מצפוננו, קרי, שהוא ניטרלי, חסר פניות ומשוחרר מהשפעות לא-רצויות. בישראל העיקרון מעוגן בסעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה, שלפיו "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".⁵ כל ניסיון להשפיע על שופט מחוץ לדיונים הרשמיים בבית-המשפט, אם בניסיון פרטי ואם בלחץ ציבורי, נחשב עברה פלילית.⁶

איי-התלות המהותית צריכה להשליך על ההיבטים המנהליים, הפרוצדורליים והמהותיים של תהליך השפיטה. חלוקת תיקים ועשיית פעולות פרוצדורליות הן ללא כל ספק חלק מתהליך השפיטה, לא פחות מהכרעת הדין עצמה, וככאלה עליהן להיות מוגנות על-ידי עקרון אי-התלות המהותית מפני כל התערבות חיצונית.⁷

על תהליך הכרעת הדין להיות נקי מכל השפעה לא-רלוונטית בשני מישורים עיקריים: מחד גיסא, האינטרס החברתי של השגת ניטרליות והעדר משוא-פנים של השופט; ומאידך גיסא, ההיבט של מראית פני הצדק ואמון הציבור בבתי-המשפט, בשופטים ובהליך עצמו. מכאן נובעת גישה תיאורטית הדורשת יצירת כללים המגינים על השופט מפני השפעה חיצונית לא-ראויה.⁸ חלק מהכללים מגבילים את השופטים עצמם – למשל, מכהונה ברשויות שלטון אחרות ומעיסוקים ומקשרים עסקיים – ואחרים מגבילים את התנהגותם של אחרים ביחס לשופטים, כגון עקרון הסוביודיציה והגבלת הביקורת הפרלמנטרית על שופטים פרט לביקורת הנוגעת בעניין ספציפי.⁹

בין המנגנונים להבטחת אי-התלות המהותית בישראל ניתן למצוא את החסינות השיפוטית.¹⁰ בתחום המשפט הפלילי השופט כפוף לדיני העונשין, למעט כאשר פעולתו נופלת לגדר החסינות הפלילית.¹¹ כמו-כן קיימת חסינות נזיקית, מכוח סעיף 8 לפקודת הנזיקין, המגינה על השופטים בתחום המשפט האזרחי ביחס לפעולות שעשו תוך כדי הפעלת סמכותם השיפוטית. הסיבה העיקרית להענקת חסינות אזרחית היא האינטרס החברתי להבטיח עצמאות שיפוטית ולהסיר חששות העלולים להשפיע על מערכת המשפט. קיימת הסכמה כללית שסעיף 8 לפקודת הנזיקין אינו מגן על פונקציות פקידותיות גרידא

5 ס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78 (להלן: חוק-יסוד: השפיטה).

6 ס' 71 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198 (להלן: חוק בתי-המשפט); ס' 255 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

7 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 209.

8 שם.

9 שם, בעמ' 210.

10 שם, בעמ' 219-221.

11 קיימות הגבלות שונות לגבי הליך ההגשה של תביעה פלילית נגד שופטים, אם הפעולה אינה נופלת לגדר החסינות. להרחבה ראו ס' 12(א) ו-12(ב) לחוק-יסוד: השפיטה; שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 220; שמעון שטרית "חיווק הרשות השופטת וצמצום סמכויות שר המשפטים" משפטים ו 174, 190 (1975) (להלן: שטרית "חיווק הרשות השופטת וצמצום סמכויות שר המשפטים"); תיקון לחוק השופטים (תיקון מס' 6), התשמ"א-1980, ס"ח 6.

שאינן כוללות הפעלת שיקול-דעת, אך אין דעה ברורה לגבי תחולתה של החסינות על פעולה שנעשתה בחוסר תום-לב.¹²

היקף החסינות השיפוטית בישראל רחב מן הנדרש.¹³ מובן שחוסר תום-לב צריך לשמש עילה להסרת חסינות. אי-לכך ראוי להנהיג חסינות זהה בכל מערכת בתי-המשפט, בלא קשר למדרג השיפוט, ואילו מחוץ למערכת בתי-המשפט הרגילה היקף החסינות צריך להיות מוגבל יותר.

לשם המחשה, אחד ההסדרים המסייעים להבטחת אי-התלות המהותית הוא כאמור כלל הסוביודיציה. כלל זה אוסר פרסום שיש בו כדי להשפיע על עניין שתלוי ועומד בבית-המשפט, ומתלווה אליו סנקציה עונשית המעוגנת בחוק.¹⁴ כלל הסוביודיציה¹⁵ מאזן עקרונות מתנגשים: אי-התלות המהותית של השופט, מחד גיסא, אל מול חופש הביטוי, חופש העיתונות וזכות הציבור לדעת, מאידך גיסא.¹⁶ החרג לכלל הוא ההגנה של פרסום בתום-לב על דבר שנאמר או אירע בישיבה פומבית בבית-המשפט.¹⁷ המונח "כדי להשפיע" פורש בישראל בהרחבה, כך שנדרשת אך "אפשרות סבירה להשפעה".¹⁸ דרישת הוכחה זו הופכת את הכלל לרחב מדי, ונראה שיש להגבילו ל"סכנה ברורה ומיידית".¹⁹ הפרסום מבטיח שהצדק לא רק נעשה, אלא גם נראה, וראוי שהאיוון יוטה לטובת ביקורת ציבורית. לשם כך יש לנקוט פרשנות מצרה לאיסור, ולהחילו במקרים קיצוניים בלבד. לנוכח התיקון לחוק השופטים אין מנוס לטעמי מפרשנות מצמצמת.

לנוכח כל האמור לעיל עולה שאלה ביחס לאי-התלות המהותית של השופט היחיד. חזקה היא הוראה המחייבת את בית-המשפט להגיע למסקנה עובדתית מסוימת אם הוכחה עובדה בסיסית.²⁰ המחוקק אינו מתיר לבית-המשפט להגיע במצב זה למסקנה עובדתית עצמאית. מתוך כך ניתן לראות את החוקות הסטטוטוריות כהתערבות של המחוקק בתהליך שבו בית-המשפט מכריע בעובדות.²¹

12 יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית ב 394 (גד) טדסקי עורך, מהדורה שנייה, 1976).

13 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 221.

14 ס' 71 לחוק בתי-המשפט.

15 מקורו של כלל הסוביודיציה בימי המנדט הבריטי, בפקודת בויון בית-המשפט: פקודת בית המשפט, 1929, כפי שתוקנה על-ידי ס' 26 לפקודת החוק הפלילי, 1936, וס' 71 לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957.

16 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 222.

17 ס' 71(ג) לחוק בתי-המשפט.

18 להרחבה בעניין הפרשנות שניתנה בבית-המשפט העליון לכלל זה ראו בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356 (1989).

19 שמעון שטרית "ועדת החקירה – מלחמת יום הכיפורים: המאזן הכולל – לכך זכות" משפטים ח 74 (1989).

20 Rupert Cross, Cross on Evidence 118 (7th ed. 1990).

21 לדיון בחוקות הסטטוטוריות ובפרשנות שניתנה להן על-ידי בתי-המשפט ראו אליהו הרנון

לפיכך אי-התלות העניינית פירושה כפיפות של השופט למרות החוק בלבד ואי-כפיפות שלו במילוי תפקידי השפיטה לאדם, לרשות או למרות אחרת כלשהי. לפי הוראות חוק יסוד: השפיטה לעניין זה, "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבדו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין", שהרי לפני כניסתו לתפקיד, השופט מצהיר לפני נשיא המדינה כי הוא "מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים".²²

(ב) אי-תלות אישית²³

עצמאות אישית של שופטים מובטחת על-ידי אופן בחירתם לכהונה ועל-ידי קיום תנאי כהונה המשחררים אותם מפיקוחה של הרשות המבצעת בכל הנוגע בהעברה מתפקידם, בהשעיה, בהעברה ממשרה למשרה או ממקום למקום ללא הסכמתם, באורך תקופת הכהונה, בשכר, בחסינות, בענייני משמעת וכיוצא בהם.

לשם כך יש להסדיר את תנאי הכהונה של השופטים בחקיקה, וליישם באמצעות אורגן של המדינה שאינו בשליטה מלאה ובלעדית של הרשות המבצעת, כלומר, על-ידי אורגן שמצוי בידי הרשות השופטת בלבד או בשיתוף עם הרשות המבצעת באמצעות ועדה המורכבת בעיקרה משופטים.

מבחינת מינוי השופטים, לשם הבטחת אי-תלותם האישית יש להבטיח את קביעותם על-ידי מינוים לכל החיים או עד גיל מסוים. זאת, מכיוון שבמינוי על-פי חוזה לתקופה מוגבלת אין ביטחון בקביעות, והדבר עלול להביא לידי חידוש מינויו של שופט "רצוי" ואי-חידוש מינויו של שופט "לא-רצוי". בכך יש כדי לפגוע בעצמאותם השיפוטית של השופטים. קני-מידה בין-לאומיים קובעים כי שופטים ימונו "לכל חייהם... בכפוף לפרישה לגמלאות על-פי חוק".²⁴ רק במדינות מעטות קיימת כהונה של שופטים לכל החיים; בדרך-כלל קיים גיל קבוע לפרישה או גילאים שונים לסוגים שונים של שופטים.

בישראל קיים הסדר המקנה סמכות לשר המשפטים, בהסכמת השופט הנידון ובהסכמתו של נשיא המשפט העליון, למנות את השופט לערכאה נמוכה יותר או גבוהה יותר לפרק-זמן של עד שנה. מינויים זמניים ומינויים לתקופת ניסיון מהווים תופעה לא-רצויה שיש להתנגד לה. מינויים אלה אף נשללים בדרך-כלל על-פי סטנדרטים בין-לאומיים.²⁵

דיני ראיות כרך א 196 (1970); ע"פ 348/67 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(1) 230, 225 (1968).

22 ס' 6 לחוק-יסוד: השפיטה.

23 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 226. ראו גם שמעון שטרית "תהליך מינוי שופטים: הליכים ואמות מידה" המשפט ח 357 (2003).

24 International Bar Association, *Minimum Standards of Judicial Independence*, Art. 22 (1982) (להלן: *IBA Standards*).

25 *IBA Standards*, שם, ס' 13(b) ו-23(a); The Montreal Universal Declaration on the Independence of Justice, 10 June 1983, Art. 2.20 (להלן: *Montreal Universal Declaration*).

המניעים למינוי הזמני עלולים להיות מושפעים מלחצים פוליטיים ואחרים, ולא מאינטרסים שיפוטיים טהורים.²⁶ אשר על-כן, מינוי זמני מהווה בעיה מבחינת העצמאות האישית או למצער יוצר מראית-עין של חוסר נאותות.

הסדר להעברת שופטים לבתי-משפט אחרים באותה ערכאה גם הוא אינו הסדר ראוי. בישראל העברה כזו יכולה להיעשות בהסכמתם של נשיאי בתי-המשפט הנידונים.²⁷ להעברה של קבע נדרשת, לפי חוק-יסוד: השפיטה, גם הסכמתו של נשיא בית-המשפט העליון או החלטת טריבונל משמעת.²⁸ הסדר זה ראוי, שכן הוא מבטיח את העצמאות האישית של השופט. הכוח נמצא בידי הרשות השופטת, כך שהרשות המבצעת אינה יכולה להשתמש בסמכות העברה כסנקציה מרתיעה כלפי שופט שאינו מתאים את עצמו לרצונה. מן הראוי לאמץ הסדר מחמיר אף יותר, כהסדר האנגלי, הדורש את הסכמתו של השופט עצמו לשם העברה בין הערכאות השונות.²⁹

לעניין משכורותיהם של שופטים, העצמאות האישית מחייבת שלא תופחת משכורתו של שופט על-ידי שינויים בשכר הישיר או בהטבות הכספיות הצמודות למשרה.³⁰ סטנדרטים בין-לאומיים מאפשרים שינויים הפוגעים בתנאי עבודתם של שופטים כאשר אלה מונהגים כ"חלק בלתי-נפרד מצעד כלכלי ציבורי כולל".³¹

בישראל משכורות השופטים נקבעות על-ידי ועדת הכספים של הכנסת, והן משתנות ומותאמות בהתאם לעליית השכר הממוצע במשק. ההבחנה בין התערבות עקיפה לבין התערבות ישירה מתקבלת על הדעת, אולם הכללים שחלים על כל סוג של התערבות אינם יכולים להיות מוחלטים. מבחן טוב יותר יבחן אם הצעד המשפיע על משכורות השופטים הוא צעד כלכלי כללי, אשר משפיע בין היתר גם על השופטים, או שמדובר בהשפעה על מגזר מוגבל שהשופטים משתייכים אליו. הבחנה בין התערבות ישירה לבין התערבות עקיפה מהווה מבחן משני יעיל. התערבות ישירה צריכה להעביר אל הרשות המבצעת את נטל הצדקת ההפחתה.³²

26 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 228.

27 ס' 36 ו-46 לחוק בתי-המשפט.

28 ס' 9 לחוק-יסוד: השפיטה. הסדר זה מהווה שיפור לעומת ההסדר הקבוע בחוק הישן, שהעניק את הסמכות לשר המשפטים. ראו ס' 20 לחוק השופטים, התשי"ג-1953, ס"ח 149 (להלן: חוק השופטים).

29 להרחבה ראו שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 229-230.

30 שם, בעמ' 230.

31 *IBA Standards*, לעיל ה"ש 24, ס' 15(b); Montreal Universal Declaration, לעיל ה"ש 25, ס' 2.2(6). לסקירת הפסיקה במשפט האמריקאי ראו: *Atkins v. U.S.* 556 Fed. Rep. 2d. (1977) 1028.

32 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 231.

2. אי־תלות קיבוצית

אי־תלות קיבוצית משמעותה עצמאות שיפוטית של הרשות השופטת כולה. אין חולקים כי התערבות בעצמאות השיפוטית של שופטים יחידים היא בגדר פגיעה בעקרון שלטון החוק, אולם התערבות בענייניה של הרשות השופטת בכללותה עשויה להשפיע גם על תחושת העצמאות של שופטים יחידים.³³

עצמאות מנהלית של הרשות השופטת מהווה אמת־מידה חשובה בהערכת העצמאות השיפוטית הקיבוצית. עצמאות זו כוללת, בין היתר, פיקוח ושליטה על מצבת כוח־האדם, הכנת תקציב בית־המשפט, תחזוקת היכלי בית־המשפט וכיוצא בהם. קיימים מודלים שונים לחלוקת האחריות לניהולם של בתי־המשפט.³⁴ ניתן להבחין בין שתי רמות שונות של עצמאות מנהלית שיפוטית: רמת בית־המשפט והרמה המרכזית. לשם הערכת עצמאותה המנהלית של הרשות השופטת יש לבחון את שתי הרמות הללו.

(א) ניתוח המודל הישראלי לחלוקת האחריות לניהולם של בתי־המשפט³⁵

שר המשפטים הוא האחראי לניהולם של בתי־המשפט. השר ממנה, בהסכמת נשיא בית־המשפט העליון, את מנהל בתי־המשפט, אשר מופקד על ניהול בתי־המשפט ואחראי כלפי השר ישירות.³⁶ לשר המשפטים יש סמכויות נוספות, ביניהן הסמכות להקים בתי־משפט³⁷ והסמכות להתקין תקנות המסדירות את ניהול בתי־המשפט ואת סדרי הדין בהם.³⁸ נוסף על כך השר מכהן כיושב־ראש הוועדה לבחירת שופטים³⁹ ומחזיק בסמכות הבלעדית לפתוח בהליכים משמעתיים נגד שופטים.⁴⁰ לשר מוקנות סמכויות נוספות המחייבות את הסכמתו של נשיא בית־המשפט העליון: מינוי זמני של שופט לערכאה נמוכה יותר או גבוהה יותר, מינוי נשיאים לבתי־משפט השלום והמחוזי,⁴¹ והעברת שופטים בין בתי־משפט בתנאים מסוימים.⁴² הדרישה לקבלת הסכמתו של נשיא בית־המשפט העליון עוגנה בתיקון לחוק בשנת 1992; לפני כן נדרשה רק התייעצות. שינוי זה מהווה התפתחות חיובית ומחזק את העצמאות השיפוטית.

ניתן לטעון כי הסמכויות הרחבות של שר המשפטים נוגדות את עקרון העצמאות

33 שם, בעמ' 232-233.

34 לבחינת מודלים שונים לניהולם של בתי־המשפט ראו: PERRY S. MILLAR & CARL BAAR, JUDICIAL ADMINISTRATION IN CANADA 1-21 (1981).

35 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 234-235.

36 ס' 82 לחוק בתי־המשפט.

37 שם, ס' 33-34.

38 שם, ס' 107.

39 שם, ס' ג.

40 שם, ס' 18.

41 שם, ס' 9-10.

42 שם, ס' 10.

השיפוטית, אולם בשיטה הפרלמנטרית עקרון האחריות המיניסטריאלית מחייב את הקבינט באחריות לפעולותיהן של רשויות שונות של המדינה ובדיווח לכנסת בנוגע לפעולות אלה. לפיכך, בקביעת העמדה בנושא זה יש לשקול את העצמאות השיפוטית, מחד גיסא, אך גם את האחריות המיניסטריאלית, מאידך גיסא.⁴³ במסגרת זו נראה כי מוצדק להעניק לרשות המבצעת סמכויות ניהול נרחבות ברמה המרכזית, בעוד עקרון העצמאות השיפוטית אוסר כל מעורבות או שליטה של הרשות המבצעת ברמה המקומית של ניהול בתי-המשפט. מעורבות כזו עלולה ליצור יחסי כפיפות ומרות ישירים יותר, שיפתחו פתח להתערבות של הרשות המבצעת במילוי תפקידיה של הרשות השופטת ובעצמאותה.

(ב) החתירה לאיזון נאות יותר בין שר המשפטים לבין נשיא בית-המשפט העליון בכל הנוגע בסמכויות הניהול של מערכת בתי-המשפט

היבט חשוב של מערכת השפיטה הוא סוגיית ניהולה של מערכת בתי-המשפט – למשל, קביעת סדרי העבודה, ניהול מצבת כוח-האדם והכנת התקציב. היחסים המדרגיים בהנהלת בתי-המשפט נוגעים באופן עמוק ביחסים שבין הרשויות ובאי-התלות הקיבוצית של מערכת השפיטה כולה מפני התערבות של הרשות המבצעת. אי-תלות קיבוצית זו חיונית לשמירה על תחושת העצמאות של השופטים היחידים.

באופן פורמלי נדרשת הסכמה של נשיא בית-המשפט העליון רק למינויו של מנהל בתי-המשפט, והקשר היחיד בין נשיא בית-המשפט העליון לבין מנהל בתי-המשפט היה הקרבה הגיאוגרפית – לשכותיהם היו סמוכות זו לזו באותו בניין ב"מגרש הרוסים" בירושלים. אולם בעשורים האחרונים התפתח נוהג שלפיו השר מתייעץ עם נשיא בית-המשפט העליון בכל הנוגע בהפעלת סמכויותיו בתחום ניהולם של בתי-המשפט. נוסף על כך התפתחה, בתהליך הדרגתי זוהל, שליטה מעשית של שופטים בהנהלת בתי-המשפט, אף שמבחינה משפטית האחריות היא בידי השר בלבד.

בסוגיה זו של יחסי-הגומלין בין שר המשפטים ונשיא בית-המשפט העליון, וכן בנושא האחריות לניהולם של בתי-המשפט, עסקו דוחות אחדים, ביניהם דוח הוועדה לבחינת כינונה של רשות שיפוט עצמאית בראשות השופט קדמי⁴⁴ וכן דוח הוועדה לעניין מועצת השופטים בראשות השופט מצא.⁴⁵

ההמלצות שהוגשו על-ידי שתי הוועדות לא אושרו ולא עוגנו בחקיקה. דחיית יישום המלצותיהן מלמד כי לא הייתה הסכמה על המגמה להרחיב את אחריותם הפורמלית של השופטים לניהולם של בתי-המשפט. אף-על-פי-כן נוצרה מגמה של השתלטות בפועל של השופטים על ההיבטים המעשיים של ניהול בתי-המשפט, לרבות איושה של הנהלת בתי-המשפט על-ידי שופטים. כאשר התעוררה המחלוקת בין שר המשפטים לשעבר פרופ' פרידמן לבין נשיאת בית-המשפט העליון השופטת ביניש לעניין עצמאותה של השפיטה,

43 שמעון שטרית ההגנה החוקתית על המערכת השיפוטית 12 (מכון ירושלים לחקר ישראל, 1988).

44 הוועדה לבחינת כינונה של רשות שיפוט עצמאית דין וחשבון (יעקב קדמי י"ר, 1996).

45 הוועדה לעניין מועצת השופטים דין וחשבון ביניים 35 (אליהו מצא י"ר, תשנ"ו).

היו שטענו כי על-פי הנוהג ניתנה לשופטים שליטה מעשית בניהולם של בתי-המשפט. ולא היא. לדעתי, דווקא הדחייה של יישום ההמלצות של ועדות קדמי ומצא היא הראיה לכך שלא ניתנה גושפנקה להמלצות אלה ולמגמת ההרחבה של חלקם ואחריותם של השופטים בניהולם של בתי-המשפט, שכן הרחבה זו הייתה נטולת אסמכתה חקיקתית מלכתחילה. עם זאת, קיים צורך דחוף ברפורמה בסוגיית אחריותו של שר המשפטים לניהולם של בתי-המשפט. ההסדר הראוי הוא שהאחריות העיקרית לניהולם של בתי-המשפט והסמכות לקבוע הסדרים מנהליים לגביהם יהיו בידיהם של נשיא בית-המשפט העליון ושר המשפטים יחדיו, ושסמכויות אחרות יחייבו את הסכמתו של נשיא בית-המשפט העליון.⁴⁶

(ג) תחימת גבולות שליטתה של הרשות המבצעת בניהולם של בתי-המשפט – אי-תלות מוסדית

לרשות המבצעת יש תפקיד חשוב באחריות המרכזית לניהולם של בתי-המשפט, הנובע מהעיקרון של אחריות הממשלה בשיטה הפרלמנטרית. מאידך גיסא, עקרון העצמאות השיפוטית – המהותית, האישית והקולקטיבית – מחייב להגביל את מעורבותה ושליטתה של הרשות המבצעת בניהול השיפוטי ברמת בתי-המשפט.

- קו מנחה ראשון – מינוי שופטים וקידומם הם תפקידים שראוי שהרשות המבצעת תעסוק בהם באופן בלעדי או לחלופין תיוזם אותם ותידרש להסכמתם של גופים אחרים. הסדר זה נהוג באנגליה, בקנדה, באוסטרליה, בנורווגיה ובאורוגוואי. ארצות רבות מערבות בתהליך המינוי גופים נוספים, שזהותם משתנה ממדינה למדינה.⁴⁷
- קו מנחה שני – דרוש שיתוף בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת בהליך הפיקוח המשמעי על השופטים, תוך הגבלתה של הרשות המבצעת להגשת תלונה או לפתיחת הליכים בלבד, ללא מעורבות בשפיטה עצמה. את הסמכות להטיל עונשים יש להעניק לגוף עצמאי ביחס לרשות המבצעת או למחוקק. שליטה של הרשות המבצעת בתחום זה תהווה פגיעה בעצמאות השיפוטית של השופטים.⁴⁸
- קו מנחה שלישי – עקרון העצמאות השיפוטית אוסר שליטה של הרשות המבצעת בתפקידים שיפוטיים או בעניינים הקשורים לשופטים, דוגמת חלוקת סדרי העבודה בין השופטים, העברתם בין בתי-המשפט, קביעת מועדי דיונים, חופשות שופטים וכיוצא בהם.⁴⁹
- קו מנחה רביעי – אכיפת פסקי-דין היא תפקיד הולם לרשות המבצעת. הרשות המבצעת נדרשת להחליט, הלכה למעשה, אם פסק-הדין ייאכף על-ידי המשטרה. הסדר

46 שמעון שטרית "בעיות מעשיות וערכיות בניהול מערכת הצדק" קובץ הרצאות שניתנו בימי עיון לשופטים כרך ב 91-93 (שמעון שטרית עורך, 1977); שטרית "חיוזק הרשות השופטת וצמצום סמכויות שר המשפטים", לעיל ה"ש 11, בעמ' 186-187; שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 235-238.

47 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 239.

48 שם, בעמ' 240.

49 שם.

זה עורר ביקורת על כך שהוא מערער למעשה על פסקי-דין, חותר תחתיהם ומפר את עקרונות העצמאות השיפוטית.⁵⁰

אמות-המידה הבין-לאומיות בעניין אי-תלות שיפוטית, אשר אומצו בשנת 2008 בכנס שהתקיים בהר הצופים בירושלים,⁵¹ מכירות בעקרון העצמאות השיפוטית הקיבוצית, אך אינן שוללות את הלגיטימיות של השתתפות הרשות המבצעת באחריות למינוי שופטים ולניהולם המרכזי של בתי-המשפט.⁵²

3. אי-תלות פנימית

העצמאות השיפוטית הפנימית מחייבת שהשופט לא יהא כפוף להוראות או ללחץ מהשופטים האחרים בנוגע לתפקידיו השיפוטיים. בבחינת פן זה של העצמאות השיפוטית יש להבחין בין שלושה מרכיבים עיקריים במלאכת השיפוט: מרכיב מנהלי, מרכיב פרוצדורלי ומרכיב מהותי.⁵³

- אחריות מנהלית בשפיטה משמעה ניהול התיקים של בתי-המשפט, קביעת מועדי דיון, זירוז דיונים, פרסום פסקי-דין וכדומה.
 - אחריות פרוצדורלית באה לידי ביטוי בניהול המשפט עצמו – בניהול ההליך על-פי דיני הראיות וסדרי הדין. בתחום זה השופטים פועלים בתחומים רבים: חקירת העדים, הגדרת הפלוגתות, פסיקת הוצאות בגין דחיית דיונים ועוד.
 - אחריות מהותית מתבטאת בקביעת עובדות הפרשה וביישום הנורמות המשפטיות הרלוונטיות על אותן עובדות.
- היקף התפקיד השיפוטי בכל אחד מן ההיבטים הללו תלוי בדין, בנוהג ובמסורות השוררים בחברה שהשופט פועל בה, בגישותיו ובנטייתו האישיות של השופט, במסורות המוסדיות של בית-המשפט שהשופט מכהן בו, בשיטת הממשל ובגורמים נוספים.⁵⁴ באמצעות ההבחנה

50 ש.ס.

51 *Mt. Scopus Approved Revised International Standards of Judicial Independence* (2008), law.huji.ac.il/upload/InternationalStandardsOfJudicialInd2008.doc (להלן: הוראות הר הצופים). לאמות-מידה בין-לאומיות נוספות ראו Montreal Universal Declaration, לעיל ה"ש 25, ס' 2.04, 2.07, 2.43-2.40, *IBA Standards*, לעיל ה"ש 24, ס' 2, 5, 8 ו-9; שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 239-240.

52 ראו לעניין זה: הוראות הר הצופים, שם, ס' 1.1.1: "An independent and impartial judiciary is an institution of the highest value in every society and an essential pillar of liberty and the rule of law". ראו גם פרקים 1 ו-2 להוראות.

53 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 241-242.

54 Mauro Cappelletti, *Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility*, 31 *Am. J. Comp. L.* 1, 6 (1983); שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 241-242.

בין שלושת היבטי השיפוט ניתן להגדיר את עקרון אי-התלות הפנימית ויישומו. ככלל, שופט אינו יכול להסתמך על עצמאותו הפנימית כדי להגן על עצמו מפני הנחיות מהגורמים האחרים לניהולם של בתי-המשפט.⁵⁵

סוגיית הפיקוח המנהלי של השופטים הבכירים על השופטים הזוטרים מהם נהפכה לנושא שפיט יותר ויותר. הנושא עלה בארצות-הברית בראשית שנות השישים, כאשר השופט הפדרלי צ'נדלר קרא תיגר על סמכותה של המועצה השיפוטית לעצור את זרימת התיקים אליו עד שיפסוק בעניינים שכבר הוקצו לו.⁵⁶ דעת הרוב של בית-המשפט העליון באותו מקרה הביעה תמיכה בסמכותה של המועצה לפעול כפי שפעלה לקידום היעילות של עבודת בית-המשפט. בהמשך נפתרה הסוגיה בחקיקה – חוק המועצה השיפוטית, שנחקק בשנת 1980⁵⁷ קובע מפורשות שהמועצה השיפוטית רשאית להשהות הקצאת תיקים לשופטים – אולם חשיבות המקרה נובעת מהגישה שהביעו השופטים בשאלת השליטה הקולקטיבית במוסדות השיפוט ובנוגע לשליטתם של שופטים בכירים באחרים. רוב ההרכב נמנע מלעסוק ישירות בשאלה מהי הנקודה שבה הסמכות של חלוקת התיקים נהפכת לאמצעי המאפשר שליטה בשופט והתערבות בעצמאותו השיפוטית, אולם בעצם הקביעה שהשופט צ'נדלר היה צריך לפנות למועצה כדי לשנות את החלטתה ניתן לראות הכרה בחוקיות הפעולה.⁵⁸

הדילמה העומדת בבסיסה של סוגיית אי-התלות הפנימית נובעת מכך ששליטה מנהלית-שיפוטית בלתי-מסויגת בהקצאת תיקים עלולה לערער את עצמאותו של השופט הלא-תואמן (הנון-קונפורמיסט), ובכך לפגוע בעצמאותו השיפוטית. מאידך גיסא, העדר כל שליטה כזו מחשש לפגיעה בעצמאות השיפוטית עלול לקעקע את יעילותה של מערכת הצדק, ומתוך כך לפגוע באמון הציבור בבית-המשפט.⁵⁹

מבנים מדרגיים ברשות השופטת עלולים ליצור לחץ סמוי על השופטים, העלול להתבטא בכניעתם של שופטים זוטרים לבכירים מהם.⁶⁰ אמות-המידה של לשכת עורכי-הדין הבין-לאומית והצהרת מונטריאול⁶¹ מכירות בסוגיה ומדגישות את חשיבותו של עקרון העצמאות השיפוטית הפנימית. אולם אי-אפשר להתעלם מהצורך בפיקוח מנהלי על השופטים לשם קידום היעילות. הקווים המנחים להגדרת הפיקוח צריכים להיות נאמנים לעקרון העצמאות הפנימית, כך שגורמות מנהליות יעסקו בסוגיות הקשורות לניהול המשפטים ובתי-המשפט,

55 שם, בעמ' 243.

56 Chandler v. Judicial Council, 382 U.S. 1003 (1966); Chandler v. Judicial Council, 398 U.S. 74 (1970).

57 28 USCS §354 (2004).

58 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 244.

59 RAINER LITTEN, POLITISIERUNG DER JUSTIZ (Hamburg, לדוגמות ולבחינה השוואתית ראו: Hoffmann & Campe 1971); RUDOLF WASSERMANN, DER POLITISCHE RICHTER (Munich, Piper 1972); שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 244-245.

60 שם, בעמ' 246.

61 IBA Standards, לעיל ה"ש 24; Montreal Universal Declaration, לעיל ה"ש 25.

אך לא להפעלת פונקציות השיפוט עצמן, דהיינו, להיבטים המהותיים והפרוצדורליים של הליך קבלת החלטות השיפוטיות.⁶²

סייג יחיד לקביעה שהתערבות באי-התלות המהותית של השופטים (להבדיל מהסדרה מנהלית) עומדת בסתירה גמורה לעקרון אי-התלות הפנימית הוא עקרון התקדים המחייב, הקובע כי בית-משפט מחויב לפסוק בהתאם להלכות שקבעו בתי-משפט בערכאות גבוהות יותר באותה סוגיה משפטית.⁶³ בישראל בתי-המשפט מחויבים לתקדימיו של בית-המשפט העליון בלבד, והלכות שנקבעו בבתי-משפט אחרים מהוות הלכות מנחות בלבד. בית-המשפט העליון עצמו אינו מחויב להלכותיו, אולם הנטייה הלכה למעשה היא לפסוק על-פי החלטות קודמות.⁶⁴

(א) סמכויותיו של נשיא בית-המשפט העליון

סמכויותיו של נשיא בית-המשפט העליון בענייני שופטים הן בתחום המינוי ובהטלת אמצעים משמעתיים. נשיא בית-המשפט העליון הוא חבר קבוע בוועדה לבחירת שופטים,⁶⁵ והחבר היחיד בה שרשאי להציע מועמדים למינוי שיפוטי על דעת עצמו בלבד,⁶⁶ בעוד שאר חברי הוועדה רשאים להציע מועמד רק על דעת שלושה מהם. נוסף על כך נתונה לנשיא בית-המשפט העליון הסמכות למנות רשמים, בכפוף להסכמתו של שר המשפטים,⁶⁷ והסכמתו נדרשת לשר המשפטים לצורך מינויים זמניים⁶⁸ ומינוי נשיאים וסגני נשיאים לבתי-המשפט המחוזיים והשלום.⁶⁹ בתחום המשמעת נתונה לנשיא בית-המשפט העליון הסמכות להשעות שופט שנפתחו נגדו הליכים פליליים או שהוגשה נגדו תלונה משמעתית,⁷⁰ והוא אשר ממנה, בהמלצתם של שופטי בית-המשפט העליון, את חברי בית-הדין המשמעתי השיפוטי, וקובע את גודלו והרכבו.⁷¹

נוסף על הסמכויות בתחום השופטים, לנשיא בית-המשפט העליון יש גם סמכויות כלליות בניהול מערכת בתי-המשפט. שר המשפטים זקוק להסכמתו לשם העברה של קבע של שופט מבית-משפט אחד לבית-משפט אחר באותה ערכאה,⁷² והשר אף מתייעץ עימו בנוגע לשינוי היקף הסמכות הכספית של בית-משפט השלום.⁷³ הסכמתו נדרשת לכל

62 שם, בעמ' 247.

63 שם.

64 שם.

65 ס' 4(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

66 ס' 7(ב) לחוק בתי-המשפט.

67 שם, ס' 84.

68 שם, ס' 10(א).

69 שם, ס' 9.

70 ס' 14 חוק-יסוד: השפיטה.

71 ס' 17(א) לחוק בתי-המשפט.

72 ס' 9(א) לחוק-יסוד: השפיטה.

73 ס' 51 לחוק בתי-המשפט.

פעילות נוספת או מילוי תפקיד ציבורי על-ידי שופט,⁷⁴ והפעלת הסמכות להעניש אדם המפריע להליכי המשפט מחייבת את השופט המפעיל את הסמכות להודיע על כך לנשיא בית-המשפט העליון.⁷⁵

ככלל, מקובל לראות את נשיא בית-המשפט העליון כמנהיג המוסרי של הרשות השופטת. אף הנשיאים רואים את עצמם כנושאי האחריות הכללית לרשות השופטת, וככאלה כמחויבים להגן על עצמאותה ומעמדה ביחסיה עם הרשות המבצעת והרשות השופטת. אכן, לאורך השנים הביעו לא אחת נשיאי בית-המשפט העליון מחאה בפומבי או מאחורי הקלעים על פגיעה של רשות אחרת בזכויותיה ובמעמדה של הרשות השופטת.⁷⁶

(ב) מועצת השופטים

מועצת השופטים הוקמה בשנות השמונים ביוזמת נשיא בית-המשפט העליון מאיר שמגר, במטרה לסייע לרשות השופטת בענייניה וביחסיה עם הרשויות המבצעת והמחוקקת, ובטווח הרחוק במטרה לשאת בסמכויות ניהולם של בתי-המשפט.⁷⁷ המועצה החלה לפעול בשנת 1987, ואימצה לעצמה תפקיד מרכזי בעניינים שיפוטיים ומנהליים הקשורים לשיטת בתי-המשפט.⁷⁸ אולם שופטי בתי-המשפט המחוזיים התנגדו לפעולת המועצה מחשש לפגיעה בסמכויותיהם, ולפיכך נפגעה יכולת התפקוד של המועצה. בשנת 1988 חדלה המועצה מלפעול.

בשנת 1990 הגיש הכותב הצעת חוק פרטית להקמת מועצה שיפוטית סטטוטורית,⁷⁹ שתרכב מנשיאי בתי-המשפט ומנציגים אחרים של בתי-המשפט, ובכלל זה מנציגים של בתי-הדין לעבודה. הקמה סטטוטורית של המועצה תמנע את אירועי 1988, שהובילו להפסקת פעולתה של המועצה.

הרעיון של מועצת השופטים הובא לבדיקה מחודשת לפני ועדת מצא לעניין מועצת השופטים.⁸⁰ תפקידה של הוועדה היה להגיש דוח לנשיא בית-המשפט העליון בדבר התכלית המצדיקה את הקמת המועצה, הגדרת מטרותיה ותפקידיה, בחירת חבריה ומינוים, המתכונת הראויה לפעילותה, הויקה בינה לבין נציגויות השופטים הקיימות, ושאלת הצורך והדרכים האפשריות למיסודה בחוק.⁸¹

המודל המועדף למועצת השופטים הוא כזה המקנה סמכויות מנהליות לנשיאי בתי-המשפט המחוזיים, ומקים מועצה שיפוטית בראשות נשיא בית-המשפט העליון שתפקידה

74 ס' 11 לחוק-יסוד: השפיטה.

75 ס' 72 לחוק בתי-המשפט.

76 יצחק אולשן דין ודברים – זכרונות 239–245, 300–305 (1978).

77 זאב סגל דמוקרטיה ישראלית – עיקרים חוקתיים במשטר מדינת ישראל 230 (1988).

78 להרחבה ראו שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 251–253.

79 הצעת חוק לרפורמה במערכת המשפ"ט, התשג"א-1990. ראו מ' רינפלד "תרופה לעומס יתר" הארץ 12.11.1990.

80 הוועדה לעניין מועצת השופטים דין וחשבון (אליהו מצא יו"ר, 1997).

81 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 251–254.

קביעת הסדרים מנהליים ותכנון חלוקת העבודה.⁸² מודל זה תואם את עקרון העצמאות השיפוטית הפנימית, ועדיף על סמכות בלעדית לנשיא.⁸³ ההסדר על-פי סעיף 16 לחוק בתי-המשפט, שהוסף בשנת 2006, בדבר הסמכת נשיא בית-המשפט העליון להתקין כללי אתיקה לשופטים בהתייעצות עם שר המשפטים, חיזק את מעמדו של נשיא בית-המשפט העליון כראש הרשות השופטת.⁸⁴

(ג) סמכויותיהם של נשיאי בתי-המשפט המחוזיים ובתי-משפט השלום בנוגע לשופטי בתי-המשפט

סמכויותיהם של נשיאי בתי-המשפט כוללות את הקצאת התיקים,⁸⁵ קביעת מועדי הדיונים והבטחת מתן פסקי-דין תוך זמן סביר מסיום הדיון.⁸⁶ בעניינים שבהם נשיא בית-המשפט אחראי להבטחת פעילותו התקינה של בית-המשפט, נתונה לו הסמכות לחקור ולבקש דין-וחשבון מכל שופט. אמצעי החקירה יופעלו בכפוף לצורך להבטיח את איתנותם של השופטים ואת כיבוד מעמדם. הנשיאים אינם רשאים להטיל סנקציות על שופטים או לסרב להקצות תיקים לשופט מסוים.⁸⁷

(ד) קבלת החלטות בהליך השפיטה והתייעצות של שופטים עם אחרים

התייעצות עם גורם חיצוני עשויה לשפר את איכות ההחלטה השיפוטית, אך עלולה לחשוף את ההליך להשפעות חיצוניות. בעלי-הדין אינם מודעים לנימוקיו של הגורם החיצוני לעמדתו, ואינם יכולים להגיב עליהם. ניתן לראות בכך הפרה של זכות הטיעון, אשר נגזרת מכללי הצדק הטבעי וכוללת את הזכות לאפשרות להגיב על הטענות. הדין הישראלי קובע בסוגיה זו כי שופט אינו רשאי לפנות לגורם חיצוני ללא ידיעת הצדדים,⁸⁸ אך רשאי לבקש מאנשי אקדמיה אזכורים ביבליוגרפיים וספרות בסוגיות כלליות בפרשה.⁸⁹ הפרקטיקה הקיימת בישראל מתירה קיום דעת מיעוט. בבית-המשפט העליון אין הליכים

82 ראו שמעון שטרית "האחריות על מנהל בתי-המשפט" משפטים יג 516 (1984).

83 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 252-254.

84 תיקון זה נדרש משום שבפסק הדין בג"צ יואב יצחק (בג"צ 1622/00 יצחק נ' נשיא בית המשפט העליון, פ"ד נד(2) 54 (2000)) קבע בג"צ שאין מעמד חוקי לכללי האתיקה שבזמנו פרסם הנשיא שמגר.

85 ס' 38(א) ו-48(א) לחוק בתי-המשפט.

86 שם, ס' 38(ב) ו-48(ב).

87 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 254-255.

88 ע"פ 152/51 טריפוס נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ו(1) 17, 26 (1952); ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 565, 572 (1983).

89 למחקר השוואתי בתחום ראו מיגל דויטש "מומנט ההנהגה בתפקוד השיפוט הקולגיאלי של בית-המשפט העליון" עיוני משפט טו 167, 172 (1990). כן ראו שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 258-255.

מיוחדים להליך קבלת ההחלטות, וההליך מתקיים באופנים שונים כתלות במספר השופטים היושבים בדין ובמורכבות העניין.⁹⁰

(ה) שיטת הקצאת תיקים והעצמאות השיפוטית הפנימית

חוק בתי-המשפט קובע כי לנשיא בית-המשפט יש הסמכות לבחור מי מהשופטים ידונו בעניין נתון,⁹¹ אך אינו קובע כיצד יפעיל הנשיא סמכות זו. קווים מנחים שפרסם נשיא בית-המשפט העליון מסדירים את תהליך ההקצאה בבתי-המשפט המחוזיים והשלום,⁹² ומאפשרים את הקצאת התיקים על בסיס שיקולים פרטניים לכל עניין ועניין, על בסיס שיטתי (לפי מספר תיק או שמות הצדדים) או בשיטה מעורבת. נפקותן של הנחיות אלה מוטלת אומנם בספק, היות שסמכות ההקצאה נתונה לנשיאי בית-המשפט עצמם, ולא לנשיא בית-המשפט העליון,⁹³ אולם הלכה למעשה הקווים המנחים עולים בקנה אחד עם החוק ועם הפרקטיקה באשר לסמכותם של הנשיאים.

הקצאת תיקים לפי תחום התמחות הינה שיטה בעלת פוטנציאל בעייתי,⁹⁴ שכן עלול להיווצר מצב שבו פסקי-דין בתחום מסוים יתבססו על עמדתו של שופט אחד באותו נושא, ולא על דעת בית-המשפט כולו. הקווים המנחים תומכים ברוטציה כאשר ההקצאות מתבססות על תחום משפטי, אולם בפועל הוקצו שופטים מסוימים באופן שיטתי לתחום מסוים שבו רכשו מעמד רם.

(ו) הוראות מנהליות הניתנות על-ידי בתי-משפט בערכאות הגבוהות

פרשת אביטן⁹⁵ מספקת דוגמה להוראה מנהלית שנתן שופט בית-משפט בערכאה גבוהה לשופט בערכאה נמוכה, תוך שימוש בהליך הערעור. שופט בית-המשפט העליון ציווה על שופט בית-המשפט המחוזי לפסוק בעניין בתוך המישה-עשר ימים, לאחר שהלה דחה את פסיקתו במשך חודשים רבים. ניתן לראות בכך חריגה מסמכותה של ערכאת הערעורים וחידירה לתחום סמכותו של נשיא בית-המשפט, אולם כאשר הוראה כזו ניתנת במהלך שפיטה מהותית ופרוצדורלית של הערעור, יש לה נפקות משפטית ולגיטימציה מלאה. טענתו של השופט המחוזי לפגיעה בעצמאותו לדון בעניינים המחייבים טיפול מועדף וזמן שיפוטי רב יותר נכונה רק ככל שאין חריגה מאמות-המידה המקובלות, מה-גם שהקצאת תיקים וקביעת סדרי עדיפויות נמצאות בתחום סמכותו המנהלית של נשיא בית-המשפט, ולא של השופט היחיד.⁹⁶

90 בנוגע להליכי קבלת ההחלטות בבית-המשפט העליון ראו יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "נוהגי ההסתמכות של בית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כז 119 (1996).

91 ס' 27(א) לחוק בתי-המשפט.

92 הנחיה 40.402 מיום 1.11.1984.

93 ס' 38 ו-48 לחוק בתי-המשפט.

94 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 261.

95 ע"א 266/89 אביטן נ' אביטן, פ"ד מג(2) 263 (1989).

96 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 262.

בעיה דומה מתעוררת ביחס לקווים מנחים בעניין הטלת גזרי־דין הנקבעים על־ידי בתי־משפט בכירים במסגרת פסיקתם בערעור. קווים מנחים אלה מגבילים את שיקול־הדעת המהותי של השופט בערכאה הנמוכה, אולם כאשר הם נקבעים במסגרת פסק־דין, הם אינם מהווים פגיעה בעצמאות השופט. זאת, בניגוד לקווים מנחים לעניין גזרי־דין הנקבעים בדרך של הוראות מנהליות – הללו מהווים הפרה של עקרון העצמאות השיפוטית הפנימית.⁹⁷

שאלה נוספת עולה ביחס לתוקפן של הנחיות מנהליות הניתנות על־ידי נשיא בית־המשפט העליון. עם קום המדינה עברה הסמכות להתקנת תקנות באשר לסדרי הדין הנהוגים בבתי־המשפט בישראל מנשיא בית־המשפט העליון אל שר המשפטים.⁹⁸ למרות זאת פרסמו נשיאי בית־המשפט העליון במהלך השנים הנחיות המסדירות את ניהולו של בית־המשפט העליון⁹⁹ וכן הודעות שיפוטיות שתכליתן לסייע לחברים אחרים של הרשות השופטת – למשל, כללי פרקטיקה או הנחיות בדבר מינוי סגורים לנאשמים נזקקים.¹⁰⁰ מקור סמכותם של נשיאי בית־המשפט העליון לפרסום הנחיות אלה אינו ברור, לנוכח העובדה ששר המשפטים הוא שאוחז את מקור הסמכות בעניינים אלה על־פי החוק. מצב זה בתחום ההנחיות המנהליות יוצר ספק בדבר תוקפן ביחס לבתי־משפט אחרים, וספק קטן יותר בדבר תוקפן ביחס לבית־המשפט העליון. בהקשר זה נדרשת רפורמה אשר תעביר את השליטה הכוללת על בתי־המשפט לשר המשפטים ולבתי־המשפט במשותף, ותעניק את הסמכות לקבוע כללים בנוגע להליכי בית־המשפט לבתי־המשפט עצמם או לגוף שיפוטית קולגיאלי.¹⁰¹

פרק ב: בנייתה של תרבות העצמאות השיפוטית בישראל ודפוסיה הפרות של עקרון העצמאות השיפוטית

1. בנייתה של תרבות העצמאות השיפוטית

תרבות העצמאות השיפוטית נבנתה מראשית ימיה של המדינה על יסוד המסורת בתקופת המנדט. תרבות זו עוצבה אומנם תוך הפרות חוזרות ונשנות שלה במהלך השנים, אך בעיקרו של דבר גובשה תרבות של עצמאות שיפוטית. המנהיגות הדמוקרטית־הפוליטית (בן־גוריון ויורשיו) היא הזכאית לאשראי העיקרי

97 שם, בעמ' 263.

98 כיום הנושא מוסדר בס' 107 לחוק בתי־המשפט.

99 הנחיה 40.300; הנחיה 50.002 מיום 2.9.1984; הנחיה 50.200 מיום 1.3.1985.

100 ע"פ 417/83 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 672 (2004).

101 שטרית, לעיל ה"ש 81.

לגיבושה של תרבות העצמאות השיפוטית ולשמירתה. במקביל ראויים כמובן גם השופטים לאשראי ולהערכה על שמירתה. עד שלהי שנות השמונים, התפקיד שמילאו השופטים בגיבוש התרבות של אי-תלות שיפוטית התרכז בשפיטה עצמה, בקביעת כללי אתיקה ראויים וביצירת דומיננטיות במינוי שופטים, ואילו מעורבותם במנהל המרכזי הייתה מועטת בלבד. גם המאמץ ליצור תשתית חוקתית ומסגרת חוקתית לרשות השופטת לא זכה בתשומת-לב מספקת של חברי הרשות השופטת, ומעורבותם של השופטים בחקיקת חוק-יסוד: השפיטה, במהלך 1980, הייתה בלתי-משמעותית.

תרבות העצמאות השיפוטית שהתפתחה בישראל אפשרה אי-תלות שיפוטית בשפיטה המהותית הן במשפט הפרטי על ענפיו והן במשפט הציבורי והחוקתי. כמו-כן אפשרה תרבות זו תפקוד מנהלי-מוסדי של הרשות השופטת ותפקוד מהותי-מנהלי של השופט היחיד.

2. תשתית חוקתית

(א) התפתחותם של חוק השופטים, חוק בתי-המשפט וחוק-יסוד: השפיטה

עם קום המדינה הייתה הכוונה לקבוע עקרונות המסדירים את דרכי פעולתם של השופטים ובתי-המשפט ולעגנם בחוקה, ועד לכינון החוקה להסתמך על פקודות מנדטוריות על-מנת להסדיר את פעולתה של מערכת המשפט.¹⁰² עם ההבנה כי התהליך עתיד להתעכב, החלו משפטנים למתוח ביקורת על העדרו של הסדר חקיקתי בנוגע לפעולותיה של הרשות השופטת.¹⁰³ הדבר הוביל להצעת חוק השופטים,¹⁰⁴ אשר הוכנה על-ידי משרד המשפטים והונחה לפני הכנסת בשנת 1951. תכלית החוק הייתה להסדיר את מעמדם של השופטים ואת אי-תלותם, וסעיפיו עסקו בהכשרת שופטים, במינוים, בכללי משמעת ובדרכים להבטחת אי-התלות.

על-מנת להשיג את מטרות החוק נקבע כי "על שופט אין מרות זולת מרותו של הדין".¹⁰⁵ נוסף על כך נקבע כי נשיא המדינה, בהתייעצות עם שר המשפטים, הוא שימנה שופטים לפי המלצתה של ועדת מינויים, שהרכבה יהיה שני שרים, שני שופטים מבית-המשפט העליון, היועץ המשפטי לממשלה, דקן הפקולטה למשפטים באחת האוניברסיטות, שני חברי-כנסת וחבר המועצה המשפטית.¹⁰⁶ אלה ימליצו על מועמדים למינוי לשופטי בית-המשפט העליון, וועדת-משנה, שתפעל במסגרת ועדת המינויים, תמליץ על מועמדים למינוי לשופטי בתי-המשפט המחוזיים והשלום. ההצעה הסדירה חלק מסמכויותיו של שר המשפטים, בקובעה כי בסמכותו להסדיר את ניהולם והנהלתם של בתי-המשפט, למנות

102 ראו אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 27 (מהדורה שלישית, תש"ם).

103 ראו, למשל, י' פרנקל "על משפט וסדרי משפט במדינה" הפרקליט ח 212 (1952).

104 תשי"א-1951, ה"ח 120.

105 שם, ס' 20.

106 שם, ס' 5.

שופט באופן זמני לתקופה של עד שנה, ולהעביר שופט למקום כהונה אחר בהסכמת נשיא בית-המשפט העליון.¹⁰⁷

הצעה זו לא הספיקה ליהפך לחוק, שכן עקב התפזרות הכנסת היא לא הועמדה לקריאות השנייה והשלישית. לפיכך, ומשום שהדברים התרחשו לפני חקיקת חוק רציפות הדין בהצעות חוק, היה על הכנסת הנכנסת להתחיל מחדש בהליך החקיקה. משהובאה לפני הכנסת הצעת החוק החדשה, בשנת 1953, ניכרו בה כמה שינויים. ראשית, תפקיד הנשיא בהליך המינוי נהפך לסמלי – נקבע כי הוא יאשר את המינויים שהביא לפניו שר המשפטים לפי המלצת הוועדה.¹⁰⁸ שנית, הרכב הוועדה שונה, וכלל את שר המשפטים ושר נוסף, נשיא בית-המשפט העליון ושניים נוספים משופטי בית-המשפט העליון, שני חברי-כנסת ושני נציגים של לשכת עורכי-הדין.¹⁰⁹ שלישית, לשר המשפטים לא ניתנה הסמכות למנות אדם מחוץ למערכת המשפט כשופט זמני, אולם נשמרה סמכותו למנות שופט למשרה זמנית בבית-המשפט בדרגה גבוהה יותר או נמוכה יותר, בכפוף להתייעצות מוקדמת עם נשיא בית-המשפט העליון ובהסכמת השופט המדובר.¹¹⁰ נוסף על כך, בניגוד להצעת החוק הקודמת, אשר לא עסקה כלל בשכר השופטים, קבע החוק שמשכורות השופטים ייקבעו על-ידי הכנסת באמצעות ועדת הכספים.¹¹¹ בהמשך תוקן החוק פעמים מספר. בשנת 1964 נקבע כי שופט חייב להיות אזרח מדינת-ישראל, וכי אדם המחזיק באזרחות כפולה יהיה חייב להשתחרר ממנה, או לכל-הפחות להוכיח כי עשה כל שניתן על-מנת להשתחרר ממנה, בטרם ימונה לשופט.¹¹²

על-מנת להשלים את חוק השופטים נחקק בשנת 1957 חוק בתי-המשפט, שתכליתו הייתה להסדיר את פעילות בתי-המשפט, את חלוקת הסמכויות בין הערכאות השונות ועוד. לפני חוק זה הוסדרה פעילותם של בתי-המשפט לפי דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, ומאוחר יותר לפי פקודת בתי-המשפט משנת 1940. הצעת חוק בתי-המשפט כללה חידושים, דוגמת הליך הדיון הנוסף.¹¹³ נוסחו הסופי של החוק משנת 1957 הגדיר בפירוט רב את סמכויותיו ותפקידו של בית-המשפט העליון, והסדיר את מוסד המשפט החוזר בהליך הפלילי וכן את ההליכים וסדרי הדין בתיקים שונים ובערכאות שונות. סמכויות המנהל נמסרו ברובן לשר המשפטים, שהוסמך לקבוע תקנות סדרי דין וליישם את חוק בתי-המשפט.¹¹⁴ גם חוק זה עבר בהמשך הדרך תיקונים אחדים, דוגמת מתן הסמכות לבית-המשפט לשמוע תביעה אזרחית הנגררת מהליך פלילי לאחר מתן פסק-הדין בהליך הפלילי.

בשנת 1978 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק-יסוד: בתי-המשפט. מטרת החוק

107 שם, ס' 9, 12(ב) ו-15.

108 ס' 5 לחוק השופטים.

109 שם, ס' 6.

110 שם, ס' 10.

111 שם, ס' 18.

112 ס' 4 לחוק השופטים (תיקון מס' 2), התשכ"ד-1964, ס"ח 140.

113 ד"כ 17, 709 (תשט"ו); ס' 8 להצעת חוק בתי המשפט, תשט"ו-1955, ס"ח 66 וכן דברי ההסבר בעמ' 74.

114 ס' 6-10, 45(א), 46 ו-47 לחוק בתי-המשפט.

המוצע הייתה יצירת מסגרת להגנה חוקתית על מעמדה של הרשות השופטת. החוק ביצר את מעמדו המיוחד של בית-המשפט העליון, שכן רק מעמדו וסמכויותיו של בית-משפט זה הוסדרו בו.¹¹⁵ החוק זכה באישור הכנסת רק בשנת 1984, ושמו הוחלף לחוק-יסוד: השפיטה¹¹⁶ על-מנת להדגיש כי הוא בא לקבוע עקרונות מנחים גם לגבי השופטים ומעמדם, ולא רק לגבי בתי-המשפט ודרכי פעולתם. העיכוב באישור החוק נבע, בין היתר, מהוויכוח בשאלה אם ראוי שנוסף על עקרונות מנחים יכלול החוק גם הסדרים מפורטים. לבסוף, כאמור, הוחלט לנקוט גישה מצמצמת ולקבוע הסדרים מפורטים רק לגבי בית-המשפט העליון. אף-על-פי-כן יצוין כי באותה עת טרם נהנו חוקי-היסוד ממעמד חוקתי, והיה אפשר לבטלם בחוק רגיל.¹¹⁷

נושא נוסף שעורר ויכוח היה מי יעמוד בראשות הוועדה לבחירת שופטים. היו שסברו כי ראוי שבראש הוועדה יעמוד נשיא בית-המשפט העליון, אך לבסוף הוחלט להשאיר את המצב על כנו, קרי, להשאיר את ראשות הוועדה בידי שר המשפטים. הרציונל להחלטה זו נובע מהתפיסה שראוי שהכוח והסמכות המנהליים יהיו בידי נציג הממשלה.¹¹⁸ סעיפיו של חוק-היסוד שוריינו מפני שינוי לפי תקנות שעת חירום בסעיף 22, שקבע כי אין בכוחן לשנות מהוראותיו, אולם החוק אינו משוריינן מפורשות מפני פגיעה באמצעות חוק רגיל (אם כי אפשר להפעיל "פסקת הגבלה שיפוטית").¹¹⁹ עוד נקבע כי העקרונות המצויים בחוק-היסוד יחולו על כל מערכת בתי-המשפט, החל בבית-המשפט העליון, המשך בבתי-המשפט המחוזיים וכלה בבתי-משפט השלום ובבתי-המשפט המיוחדים, לרבות בתי-הדין לעבודה ובתי-הדין הרבניים.¹²⁰

בשנת 1984, נוסף על אישורו של חוק-יסוד: השפיטה על-ידי הכנסת, אישרה ועדת החוקה, חוק ומשפט את חוק בתי-המשפט, התשמ"ד-1986, אשר החליף את חוק השופטים, את חוק בתי-המשפט משנת 1957, את פקודת הרשמים ועוד,¹²¹ ואשר הלכה למעשה איגד את כלל העיסוק במערכת המשפט לגווניה בחוק כללי אחד.

115 ס' 15 לחוק-יסוד: השפיטה.

116 לקריאות בכנסת ראו ד"כ 99, 1735 (התשמ"ד).

117 ראו, לשם המחשה, בג"ץ 231/73 ברגמן נ' שר האוצר, פ"מ כז(2) 785 (1973); בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"מ כז(1) 794 (1973); ע"פ 107/73 נגב נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 640 (1974).

118 לעיל ה"ש 114, בעמ' 1736.

119 לעניין פסקת ההגבלה השיפוטית ראו ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(3) 793 (2003). לעניין הפעלתו של עקרון פסקת ההגבלה השיפוטית לגבי חוק-יסוד: השפיטה ראו רע"א 9041/05 "אמרי חיים" עמותה רשומה נ' ויזל (טרם פורסם, 30.1.2006).

120 ס' 1(א)-1(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

121 ס"ח 247.

(ב) מעמדן הנורמטיבי של ההוראות המסדירות את סמכויותיו של בית-המשפט ואת תנאי הכהונה של השופטים

בבחינת מעמדן הנורמטיבי של ההוראות המסדירות את פעילותם וסמכויותיהם של השופטים ובתי-המשפט יש להבחין בין חוק-יסוד: השפיטה לבין חוק בתי-המשפט. הראשון מביניהם נמצא במעלה המדרג הנורמטיבי מעצם היותו חוק-יסוד, ומשכך אין באפשרותו של חוק רגיל לסטות מן האמור בו, והוראותיו המסדירות את מעמד השופטים ואת מעמדו של בית-המשפט העליון נראות כבעלות מעמד נורמטיבי גבוה.

מעמדן החוקתי העל-חוקי של הוראות חוק-יסוד: השפיטה, ובפרט סמכותו של בג"ץ לדון בכל עניין "אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר",¹²² זכו באישוש בפרשת חרות, שם נקבע כי אף שעל-פי חוק החלטותיה של ועדת הבחירות אינן כפופות לביקורת שיפוטית, בג"ץ אינו ככל בתי-המשפט, ובכוחו לדון בהחלטותיה. העובדה שסמכויותיו של בית-המשפט העליון מעוגנות בחוק-יסוד מקנה להן מעמד נורמטיבי עליון, שכן אין בכוחו של חוק רגיל לשנות הוראה מהוראותיו של חוק-יסוד: השפיטה.¹²³

אם בפרשת חרות נפתרה הסתירה שבין חוק-היסוד לבין החוק הרגיל על-ידי פרשנות מצמצמת של הוראת החוק הרגיל, בפסק-הדין בעניין "הפורום לדוקייום בנגב",¹²⁴ אשר ניתן באותו יום ממש, פסק בג"ץ "סעד מן הצדק" שעמד בסתירה גמורה להוראותיו של חוק רגיל, וזאת בהתבסס על הסמכות הנתונה לבג"ץ בחוק-יסוד: השפיטה. בית-המשפט העליון הורה למדינה לבנות גשרון זמני בנחל חברון, שהמעבר בו סיכן את ילדי הפזורה הבדווית באום בטיין, אף שסעד זה עמד בניגוד להוראות חוק התכנון והבנייה. מדובר ללא ספק בפסיקה קשה ומתמיהה, המעלה שאלות לא-פשוטות לגבי מידת כוחו ועוצמתו של בית-המשפט העליון, במיוחד לנוכח הוראת סעיף 2 של אותו חוק-יסוד עצמו, שכותרתו "אי תלות", ואשר מצהיר כי "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין". פסק-הדין מבליט את המתיחות האפשרית בין אי-תלות שיפוטית מקום שהוראות ההסמכה מאפשרות גם "סעד מן הצדק" לבין עקרון שלטון החוק, המחייב כפיפות להוראות החוק היוצאות מהרשות המחוקקת. פסיקות אלה של בית-המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, מהוות ציון-דרך בהקצאה הולכת וגוברת של המשאבים השיפוטיים להתדיינות ציבורית, על-חשבון ההתדיינות הפרטית. בפרשת חרות דנו שופטי בית-המשפט העליון בסמכויותיהם שלהם, ופסקו כי יש להרחיב את יריעת פרישתם בניגוד לחוק מפורש של הכנסת. בפרשת "הפורום לדוקייום בנגב" פסקו שופטי בית-המשפט העליון "סעד מן הצדק", הגם שהוא עמד בניגוד לחוק מפורש של הכנסת, ואולי אף להוראת סעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה עצמו.

122 ס' 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה.

123 בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(1) 750, 755-756 (2003) (להלן: פרשת חרות).

124 בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדוקייום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נו(2) 102 (2003) (להלן: פרשת "הפורום לדוקייום בנגב").

למעט כמה עקרונות מנחים בחוק-היסוד, תנאי כהונתם של השופטים וסמכויותיהם של בתי-המשפט מוסדרים בחוק בתי-המשפט. חוק זה, לפחות מבחינה רשמית, הינו ככל החוקים, והמעמד הנורמטיבי של הוראותיו אמור להיות מקביל לזה של הוראות חוקים אחרים. עם זאת, לאורך השנים עוררו תהליכי החקיקה של החוקים שעסקו במערכת המשפט מחלוקות רבות. רוב הטענות סבבו סביב סוגיית אי-התלות השיפוטית, וחברי-כנסת רבים הדגישו את חשיבות העניין. מכאן ניתן ללמוד שגם אם מבחינה פורמלית מעמדו של חוק בתי-המשפט זהה למעמדם של חוקים אחרים, מבחינה מהותית מעמדו גבוה יותר. עובדה היא שלעיתים נדירות בלבד נעשים שינויים חקיקתיים בנוגע למערכת המשפט, וגם כאשר הם נעשים, הם לרוב מינוריים בלבד. נוסף על כך יש לציין שקיים ניסיון מתמיד להידבר עם מערכת המשפט בנוגע לשינויים ולהשיג את הסכמתה להם.

משעמדנו על כך עולה השאלה אם העובדה שניתן לשנות את האמור בחוק-יסוד: השפיטה או לפגוע בו באמצעות רוב רגיל, בתוספת שימוש בכותרת "חוק-יסוד", אינה פוגעת בקביעה כי מעמדו הנורמטיבי גבוה. התשובה טמונה בכך שייתכן שפגיעה מהותית באמת בסמכויותיו של בית-המשפט ובנגישותו לא תעמוד במבחן העקרונות העל-חוקתיים – עקרונות-היסוד של השיטה. במנותק עקרונות הנובעים מהיות המדינה דמוקרטית, קבע השופט ברק כי אחד מאלה הוא עקרון עצמאות השפיטה.¹²⁵ משכך, ייתכן שאפילו חוק-יסוד לא יתיר פגיעה משמעותית בעיקרון זה. ניתן לציין גם את דבריו של הנשיא שמגר בפסק-הדין בעניין בנק המזרחי, שטען כי חוק-יסוד עובר לא רק מבחן צורני, אלא גם מבחן מהותי.¹²⁶ נוסף על כך ניתן לבסס את עקרון העצמאות השיפוטית כמשתמע מתוך הזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹²⁷ אפשרות נוספת היא לבסס עליונות נורמטיבית של העיקרון לפי המשפט הבין-לאומי הנוהג והאמנות הבין-לאומיות. בהיות ישראל חברה בקהילה הבין-לאומית, ניתן לבסס הגנה חוקתית משמעותית על עצמאות השפיטה בכללים אלה. מהמשפט הקנדי¹²⁸ ומפסק-דין *Vanelte*¹²⁹ ניתן גם לבסס את הקביעה כי החובה היא להגן לא רק על העצמאות השיפוטית בפועל, אלא גם על עצמאות שיפוטית כדרך תפיסתה בעיני האדם הסביר.

3. יחסי-הגומלין בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת

דיונים במליאת הכנסת בנוגע למערכת המשפט בכללותה הינם מחויבי-המציאות. מעניינה של הכנסת להשגיח ולפקח על תפקודה ופעולתה של מערכת המשפט, ומשקיימת אי-

125 אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית כרך ג 411–435 (1995).

126 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי).

127 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 163–164.

128 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, Art. 11(d).

129 *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673.

שביעות-רצון, אך טבעי שחברי-הכנסת ינקטו אמצעים שהחוק מעמיד לרשותם, דוגמת פנייה אל שר המשפטים בבקשה לקבל הסבר, העלאת העניין לדיון פומבי או הגשת יוזמת חקיקה שמטרתה שיפור המצב.¹³⁰ ברמה ההיסטורית, חלק ניכר מהדיונים הינם בעלי אופי חיובי, ומגלים דאגה כנה למעמדו ולא-תלותו של בית-המשפט. דיונים מסוג זה מהווים פעילות חיובית וחשובה התורמת לאי-תלותה של מערכת המשפט ולתפקודה התקין. דיונים אחרים נושאים אופי ביקורתי, ונוגעים בדרך-כלל בעניינים משפטיים המצויים במרכזו של ויכוח אידיאולוגי העומד על סדר-היום הציבורי.¹³¹ תופעה שכיחה פחות היא דיונים בכנסת הנוגעים בשופט מסוים, בין שופט עליון ובין שופט בערכאות נמוכות יותר.¹³²

בדיונים העוסקים במערכת המשפט בכללותה אין משום פגיעה באי-תלות השיפוטית. דיונים אלה מהווים מלאכה רצויה ולגיטימית של הפעלת פיקוח ובקרה על בתי-המשפט במסגרת שיטת ה"איוונים ובלמים", כל עוד הביקורת מושמעת בגבולות הטעם הטוב, מתוך הכרה במרקם העדין שבין הרשויות ובצורך ברסיון עצמי לנוכח העובדה שהרשות השופטת אינה נוהגת להגיב על הביקורת המופנית כלפיה.

לדעתנו, אם בחרה הרשות השופטת להגיב על הביקורת הנשמעת כלפיה, מן הראוי לאפשר לשופטים לעשות כן, במיוחד אם שר המשפטים הוא המבקר. בדרך-כלל שר המשפטים הוא המגן על הרשות השופטת. לפיכך, כאשר הוא מבקרה במסגרת הפרלמנטרית, השופטים רשאים שדעתם ותגובתם יישמעו.¹³³

על-מנת לשמור על העצמאות השיפוטית מפני התערבות של חברי-כנסת, אימצה ועדת הכנסת החלטות המטילות הגבלת סוביודיצה על דיון בכנסת בעניין התלוי ועומד בבתי-משפט.¹³⁴ החלטות אלה עוגנו גם בתקנון הכנסת. לדעתנו, אין לאסור דיון פומבי בכנסת בכל נושא שהוא, כל עוד אין בכך כדי לפגוע בעדים או בצדדים לדיון. החשש שדיון פומבי ישפיע על הכרעת בית-המשפט אינו גדול, ולעומת זאת קיים חשש משמעותי יותר שייעשה שימוש לרעה בכלי הסוביודיצה כדי למנוע דיון פומבי בכנסת בשאלה מרכזית או כדי להשתיק ביקורת כלפי גורמים שלטוניים.¹³⁵

סוגיות אי-תלות של השופטים בכנסת עלו אגב העיסוק בסוגיות עקרוניות הנוגעות באופן מינויים של השופטים. בראשית המדינה היה מינויים של שופטי בית-המשפט העליון

130 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 408.

131 לנושאים לדוגמה ראו בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970) (להלן: פרשת שליט); דבריו של חבר-הכנסת לוין, ד"כ 56, 723 (תשל"ז); שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 409-411.

132 ראו, למשל, ביקורת שנמתחה בכנסת נגד שופט בית-המשפט העליון חיים כהן בהקשר של אמירות שונות שלו: ד"כ 37, 2501 (התשכ"ג); ד"כ 40, 2352 (התשכ"ד). להרחבה ראו שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 413-414.

133 ראו, לשם המחשה, את מאמרה של השופטת מיכל אגמון-גונן "אי תלות שיפוטית? האיום מבפנים?" המשפט י 213 (2000). ראו גם שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 410.

134 חיים כהן "כיצד תנהג הכנסת לגבי עניין התלוי ועומד להכרעה בבית-המשפט (סוביודיצה)" ספר ברקת: דברי עיון ודיון בבעיות פרלמנטריות, תחיקה וממשל 203 (1977).

135 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 415-420.

טעון אישור של מועצת המדינה הזמנית (היא הכנסת כיום), כך שלמעשה הייתה הרשות המחוקקת הגוף שמינה את שופטי העליון. בדרך זו מונו שבעת שופטי בית המשפט העליון הראשונים. סביב הליך מינוי זה התגלעה מחלוקת, כאשר ד"ר זמורה כתב מכתב כעוס לשר המשפטים דאז, פנחס רוזן, שבו הביע את דעתו כי אין מקום למעורבות של מועצת המדינה הזמנית בהליך.¹³⁶ לימים הוחלפה שיטת המינוי בשיטה הנהוגה כיום, שבה הכנסת מיוצגת על-ידי שניים מביין תשעת חברי הוועדה.¹³⁷

אולם המשמעותי מכולם והמסמל את התקופה המכוננת בהתגבשותם של יחסי הגומלין בין הכנסת לבין הרשות השופטת הוא הדיון שנגע בשופט בנימין הלוי במסגרת המחלוקת בעניין ההרכב שידון במשפט אייכמן.

(א) התקופה המכוננת של התגבשות יחסי הגומלין: התערבותה של הכנסת במשפט אייכמן

השופט בנימין הלוי ישב בדיון במשפט הפלילי נגד גרינוולד¹³⁸ (להלן: משפט קסטנר) בעניין האשמות שהטיח נגד ד"ר קסטנר, וביניהן ההאשמה ששיתף פעולה עם אדולף אייכמן בהונגריה. בפסק-הדין התבטא השופט הלוי בחריפות יתרה. בין היתר אמר כי ד"ר קסטנר "מכר נפשו לשטן", והיה ברור שבביטוי "שטן" התכוון השופט לאייכמן.

כעבור שש שנים נתפס אייכמן והובא למשפט בארץ. לפי החוק שהיה קיים באותה עת, היה אייכמן צריך להישפט לפני בית משפט מחוזי, והציפייה הייתה שבית המשפט המחוזי בירושלים הוא שייבחר לניהול המשפט. השופט הלוי, שהיה נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, הביע את כוונתו לעמוד בראש ההרכב – זאת, למרות התבטאויותיו החריפות נגד אייכמן במשפט קסטנר, שיצרו חשש לדעה קדומה ולמשוא-פנים – ואף הודיע כי אם ההגנה תבקש ממנו לפסול את עצמו, הוא יסרב. בעקבות כך ביקשה הכנסת לחוקק חוק¹³⁹ שלפיו בעברות שעונשן מוות יקבע נשיא בית המשפט העליון את ההרכב, ואב בית-הדין יהיה שופט בית המשפט העליון.

הדיון הראשון במליאה נסב סביב אישיותו וסמכותו של השופט הלוי. פנחס רוזן, שר המשפטים דאז, טען כי מן הראוי להתקין מסגרת שיפוטית מיוחדת למשפטים שבהם צפוי עונש מוות, ועל-כן רצוי שאב בית-הדין יהיה שופט מבית המשפט העליון, כך שתובטח רמת השיפוט הגבוהה ביותר. עוד הבהיר כי קביעת שני השופטים האחרים בהרכב תישאר בידי נשיא בית המשפט המחוזי שבמחוזו יתנהל המשפט, וכי הוא יוכל למנות את עצמו. השר רוזן הכחיש את הטענות שלפיהן כוונת הממשלה היא למעשה למנוע את השופט הלוי מלשבת בדיון, אך העיר: "אני מניח כי הוא ירצה לשקול אם עליו למנות את עצמו לשבת בדיון לאור הממצאים העובדתיים שקבע לגבי אדולף אייכמן שעה שבירר משפט אחר."¹⁴⁰

136 שם, בעמ' 421.

137 הדין מעוגן כיום בס' 4 לחוק-יסוד: השפיטה.

138 ת"פ (י"ם) 124/53 היועץ המשפטי לממשלה נ' מלכיאל גרינוולד, פ"ד מד 3 (1958).

139 הצעת חוק בתי המשפט (עבירות שעונשן מוות), התשכ"א-1961, ה"ח 72.

140 ד"כ 30, 754 (התשכ"א).

למעשה המליץ רוזן שהשופט הלוי יסיק את מסקנותיו מראש וימנע מלשבת בדיון. האופוזיציה תמכה בשופט הלוי. חברי הכנסת אליהו מרידור, מסייעת חרות, התריס לעברו של השר כי הנימוק האמיתי לסעיף הדין בהרכב בית-הדין הוא שאין הממשלה רוצה שהשופט הלוי יהיה אב בית-הדין. לדבריו, היה זה חוק נגד איש מסוים והבעת אי-אמון בכושר שפיטתו ובשיקול-דעתו ללא הצדקה, ובאופן שפותח פתח לאפשרות של הממשלה לפסול בעזרת הכנסת שופטים שאינם נראים לה. חברי הכנסת יוסף סרלין דרש להתזיר את החוק לממשלה בטענה כי הוא פוגע במערכת השפיטה וקובע תקדים מסוכן, ובמקום זאת להקים טריבונל מיוחד לעשיית דין בנאצים ועוזריהם.¹⁴¹ בדיון עלו הצעות נוספות, דוגמת הצעתו של חברי הכנסת נחום ניר, שלשיטתו המשפט של אייכמן מייצג את משפט הנאצים והאנטישמיות, ולפיכך יש ליצור תנאים מיוחדים ולנהלו בבית-המשפט העליון;¹⁴² והצעתו מרחיקת-הלכת של חברי הכנסת משה סנה להקים "סנהדרין" של שבעים ואחד מושבעים אזרחי ישראל.¹⁴³

גם בעת הדיון בהצעת חוק בקריאות השנייה והשלישית לא שקטו הרוחות. חברי הכנסת שופמן¹⁴⁴ טען כי החוק מכוון ספציפית נגד השופט הלוי, ולא בצדק: הלוי לא גיבש עמדה נגד אייכמן במשפט קסטנר, אלא קבע לפי מסקנותיהם של שני הצדדים. העובדות לגבי אייכמן לא היו במחלוקת במשפט זה, והלוי לא נדרש לבחון אותן כלל. עוד טען חברי הכנסת שופמן להפליה לעומת עברות צבאיות שעונשן מוות, שבהן דן הרכב של שלושה קצינים שרק אחד מהם משפטן, והביע חשש מתקדים מסוכן לשלטון החוק במשפטים אחרים בעתיד שבהם נהיה חרדים לגורל הנאשמים והתקדים יאפשר לשנות זכויות עקרוניות של נאשם באמצעות רוב בכנסת. בסופו של יום עבר החוק ברוב של 39 חברי-כנסת תומכים מול 16 מתנגדים,¹⁴⁵ והשופט הלוי ישב אומנם בהרכב במשפט אייכמן אך לא כאב בית-הדין. מקרה זה מציג את הסכנה הטמונה במעורבותן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בקביעת הרכבים במשפטים בעלי חשיבות מיוחדת ובכלל. התערבות כזו עלולה לפגוע באי-התלות השיפוטית ובאופי המשפט הדמוקרטי, ומעלה את הצורך לחזק את ההגנה החוקתית על אי-התלות השיפוטית. מקרה זה לא נשנה אומנם, אך לא בשל מחסומים חוקתיים או אחרים, אלא משום ריסון עצמי של המחוקק וחשש מדעת-קהל עוינת.

(ב) התערבותה של הכנסת בשיפוט באמצעות חקיקת תשריר

אחד האופנים הבוטים ביותר של התערבות המחוקק בהחלטותיה של הרשות השופטת הוא ביטול החלטה משפטית על-ידי חקיקת חוק למפרע (רטרואקטיבי) ההופך את תוצאתו של פסק-הדין (חוק תשריר). חקיקה למפרע כזו פוגעת בכמה עיקרים חוקתיים: היא מציבה את עצמה כערכאת ערעור נוספת מעל בית-המשפט העליון; היא פוגעת בעקרון שלטון החוק,

141 שם, בעמ' 760.

142 שם, בעמ' 761.

143 שם.

144 שם, בעמ' 855.

145 חוק בתי המשפט (עבירות שעונשן מוות), תשכ"א-1961, ס"ח 24.

המחייב תחולה של חוקים רק מכאן ולהבא (כדי שהציבור יוכל לכלכל את צעדיו מתוך ידיעת החוק); והיא פוגעת בעקרון אי-התלות השיפוטית במובנו המהותי, בכך שהחקיקה מסכלת את פסיקת בית-המשפט ומציגה אותה ככלי ריק.¹⁴⁶

למרות זאת, בכמה הזדמנויות חוקקה הכנסת חוקים למפרע כדי להפוך החלטות של בית-המשפט העליון. דוגמה קלסית לחוק למפרע ניתן לראות בפרשת הכפר רבסיה.¹⁴⁷ בפסק-דין זה ביטל בית-המשפט את תוקפם של צווי גירוש שמנעו תושבים ערבים של הכפר רבסיה מלהיכנס לכפרם. הנימוק לביטול היה שתוקף הצו היה תלוי בהכרזת הכפר כ"שטח סגור", אולם בפועל לא פורסמה הכרזה זו בעיתון הרשמי חרף היותה תקנה בעלת פועל תחיקתי. בית-המשפט קבע כי לנוכח סעיף 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט,¹⁴⁸ חלה על ההכרזה חובת פרסום, ומשזו לא קוימה – הצווים בטלים. בתגובה התקין ראש הממשלה תקנות שעת חירום זמניות,¹⁴⁹ שאותן אימצה הכנסת לאחר-מכן בחוק¹⁵⁰ אשר שינה את סעיף 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט למפרע מקום המדינה, באופן שצמצם את חובת הפרסום כך שלא תחול על הצווים האמורים. בכך ביטלה הכנסת את תוצאות פסק-הדין והכשירה את מעשי המנהל בדיעבד.¹⁵¹

ככלל, יש לראות בחקיקה למפרע דבר שלילי שיש להימנע ממנו. בחוקקה חוקים למפרע הכנסת הופכת את עצמה לפוסקת בסכסוך ספציפי כמעין "ערכאת-על", ובתוך כך פוגעת באי-תלותה של המערכת השיפוטית ושוללת מן הזוכה במשפט את פירות זכייתו. המקרים הנדירים שבהם חקיקה למפרע תהיה מוצדקת עשויים להיווצר בעקבות פסק-דין אשר פוסל באופן "סיטונאי" חוקים או פעולות שלטוניות, ומבטל הלכה שעל-פיה פעל הציבור זמן רב, גם אם הייתה מוטעית. חקיקה למפרע במקרה כזה רק תשיב את המצב לקדמותו. אכן, מודל זה של ביטול פסיקות של בתי-המשפט באמצעות חקיקה קיים גם בארצות דמוקרטיות למהדרין, דוגמת אנגליה¹⁵² (בעניין חסינותה של המדינה בנויקין בעת מלחמה) וכן קנדה.¹⁵³ חקיקה למפרע עשויה להיות מוצדקת גם מקום שהרשות השופטת

- 146 למחקר השוואתי שבחן מדינות נוספות שבהן קיימת אפשרות של חקיקה למפרע ראו: Shimon Shetreet, *Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges*, in *JUDICIAL INDEPENDENCE: THE CONTEMPORARY DEBATE* 590, 611–612 (Shimon Shetreet & Jules Deschenes eds., 1985).
- 147 בג"ץ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד (1) 1480 (1951) (להלן: פרשת הכפר רבסיה).
- 148 התש"ח-1948, ע"ר 2, תוס' א, עמ' 1.
- 149 תקנות שעת חירום (קיום תקפן של הוראות), תשי"ב-1951, ק"ת 286.
- 150 חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 2), התשי"ב-1952, ס"ח 134.
- 151 לדוגמות נוספות לחוקים למפרע של הכנסת ראו שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 82–83.
- 152 *Burmah Oil Co. (Burma Trading) Ltd v. Lord Advocate*, [1964] 2 All ER 348. פסק דין זה בוטל על ידי דבר חקיקה מאוחר יותר: War Damage Act 1965, c. 18.
- 153 *K.V.P. Co. v. McKie*, [1949] S.C.J. No. 37. גם פסק דין זה בוטל ע"י חקיקה, עיין עוד: Shimon Shetreet, *Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges*, in *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 590, 611–612 (Shimon Shetreet & Jules Deschenes eds., 1985).

חרגה מגדר תפקידה, כפי שמקובל לראות תפקיד זה בחברה מסוימת. במצב כזה הרשות המחוקקת רשאית – ואף חייבת – להחזיר את האיזון על כנו. אולם ברוב המקרים החקיקה למפרע של הכנסת אינה עומדת בכללים המגבילים שהיו צריכים להנחותה. עם זאת, קיימת תחושה שכיום הכנסת מודעת יותר לחומרה שבחקיקה למפרע, ותדירותה של חקיקה זו קטנה מתדירותה בשנותיה הראשונות של המדינה. ייתכן שמקורו של ריסון זה בהגברת מודעותם של חברי הכנסת לחומרה שבחקיקה למפרע, ואולי מדובר בסממן נוסף של התחזקות מעמדו של בית המשפט מול היחלשות מעמדה של הכנסת, אשר נזהרת יותר מלפגוע בפסקי הדין שניתנו.¹⁵⁴

4. יחסי הגומלין בין הרשות השופטת לרשות המבצעת

התערבותה של הרשות המבצעת בהליכים שיפוטיים נעשית בדרך כלל על ידי הפעלת סמכויותיה של הרשות המבצעת או בדרך של התערבות אישית של חברי הרשות המבצעת תוך ניצול מעמדם לשם השפעה על ההליך. התערבות כזו מונעת מביית המשפט את האפשרות להגיע להכרעה עצמאית ובלתי-תלויה.¹⁵⁵

במקרים מספר נאלצו שופטים שדנו בעניינים שנויים במחלוקת לעמוד בלחץ אישי מצד אנשי הרשות המבצעת. כך, בפרשת שליט, שהעלתה את השאלה "מיהו יהודי", הופעל לחץ על אנשי הרשות השופטת שישבו בדיון, כפי שהעיד השופט זוסמן בפסק-דינו.¹⁵⁶ באופן דומה, בפרשת אברהם צירא¹⁵⁷ קיבל השופט אשר לנדא, נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים דאז, פניות מגורמים שונים במטרה להשפיע על ההכרעה,¹⁵⁸ ובפרשת המחותרת היהודית¹⁵⁹ התמודד היועץ המשפטי דאז, יצחק זמיר, עם פניות מצד גורמים פוליטיים לעכב את ההליכים במשפטם של עצורי המחותרת, נוסף על דרישות לפסילת השופט בזק, שישב בראש ההרכב, בטענה שעקב אורח חייו הדתי לא תהיה הכרעתו אובייקטיבית.¹⁶⁰ התערבות נוספת התרחשה כאשר שר התעשייה, המסחר והתיירות דאז, גדעון פת, נפגש עם השופט גרוס וביקשו לורו את הדיון בתביעה משפטית נגד בניית מרכז רפואי בהרצליה פיתוח על ידי קבוצת משקיעים מדרום-אפריקה, משום שהעיכוב מעורר תרעומת בקרב המשקיעים הזרים. במקרה זה דובר בנסיון התערבות בצד המנהלי, ולא בפסיקה המהותית, אך גם ניסיון כזה הוא חמור ביותר, ובעצם הסכמתו של השופט להיפגש עם השר בלשכתו היה טעם לפגם.¹⁶¹ לעומת מקרה זה יש לציין את השופט שדן בעניין מעצרו של צוברי

154 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 430-431.

155 שם, בעמ' 358.

156 פרשת שליט, לעיל ה"ש 130.

157 ע"פ 5/82 אברהם צירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 247 (1982).

158 שמעון שטרית "התערבות בהליך שיפוטי" הארץ 17.12.1981.

159 ב"ש 475/85 מדינת ישראל נ' לבני, פ"ד לט(2) 359 (1985).

160 שמעון שטרית "משפט המחותרת היהודית" מעריב 29.6.1984.

161 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 360.

בפרשת האזנות הסתר למרדכי גילת וליעקב טרנר בשנת 1991, אשר סירב - ובצדק - אפילו לפתוח מכתב שקיבל מאת הרב עובדיה יוסף.¹⁶² דפוס התערבות נוסף הוא באמצעות חקיקת-משנה בעניינים התלויים ועומדים לפני בית-המשפט. בהקשר זה יש להבחין בין מצב שבו מטרת החקיקה היא להסדיר את הבעיה שבשורש הסכסוך שבין העותר לבין הרשות לפי עמדת העותר לבין המצב הנפוץ יותר שבו מטרתה של חקיקת-משנה היא לסכל הליך שיפוטי. במצב הראשון חקיקת-משנה אינה מעוררת קושי, והיא אף חיובית משום שהיא חוסכת זמן שיפוטי יקר והוצאות רבות לשני הצדדים.¹⁶³ אולם חקיקת-משנה מן הסוג השני מהווה התערבות בוטה ופסולה בעצמאות השיפוטית. מניעת חקיקת-משנה מן הסוג השני מצרה אומנם את הסמכות החקיקתית של הרשות המבצעת, אך במידה הראויה ההכרחית לשמירת עצמאותה של הרשות השופטת.¹⁶⁴ אין משמעות הדבר פסילה מוחלטת של חקיקה כלשהי הנוגעת בעניין התלוי ועומד לפני הרשות השופטת, אלא שהרשות המבצעת מנועה מלהתקין תקנה שתתערב בתוצאות הדיון הספציפי שבין הצדדים למשפט ותשפיע על זכויותיהם, למעט כאשר עצם פתיחת הדיון הייתה ניסיון למחטף שנעשה בחוסר תום-לב כדי למנוע את תחולתה של חקיקת-משנה צפויה על הפונה לבית-המשפט.¹⁶⁵

אופן נוסף שבו הרשות המבצעת מתערבת בהכרעה השיפוטית הוא באמצעות סיכול מראש של אותה הכרעה. בית-המשפט מוגבל לדיון רק בעתירות שהובאו לפניו ורק בתנאי שהחלטתו אפקטיבית. סיכול הכרעה שיפוטית על-ידי הרשות המבצעת נעשה לעיתים תוך שימוש בתכונה זו.¹⁶⁶ מקרה מסוג זה התרחש והסתיים בתוצאות מצערות ביותר בפרשת גירושו של ד"ר סובלן. ההליך המזורז שבמסגרתו חתם שר הפנים על צו גירושו מהארץ של ד"ר סובלן מנע למעשה מבית-המשפט את האפשרות להפעיל ביקורת שיפוטית על צו הגירוש ולהתערב בהחלטתו.¹⁶⁷

תופעה נוספת היא סיכול יישומם של פסקי-דין על-ידי הרשות המבצעת. אי-תלותה של הרשות השופטת נמשכת גם לאחר ההכרעה, ומחייבת את כיבוד החלטותיה, כך שהרשות המבצעת לא תשתמש בסמכויותיה באופן שיסכל את אפשרות יישומו של פסק-דין שניתן, ובכך למעשה תהפוך את תוצאותיו. צעדים המסכלים יישומו של פסק-דין פוגעים בשלטון החוק, בהפרדת הרשויות ובעקרון הסופיות. ככלל, הממשלה בישראל אינה נוהגת לעשות שימוש כזה בסמכויותיה, אולם המקרים המעטים שהתרחשו היו בדרגת חומרה רבה, ויש להקפיד שהם לא יישנו.¹⁶⁸ כך, למשל, בפרשת הכפר רבסיה קבע בית-המשפט העליון כי

162 ש.ם.

163 ש.ם, בעמ' 361.

164 ש.ם 361.

165 ש.ם, בעמ' 362.

166 ש.ם, ש.ם.

167 להרחבה בעניין פרטיה של פרשת גירושו של ד"ר סובלן ראו ש"ו פלר "פרשת החוטפים הסובייטים - פרשת ד"ר סובלן - מהדורה שנייה" משפטים יט 41 (1989); יחיאל גוטמן טלטלה בשב"כ: היועץ המשפטי נגד הממשלה 241 (1995).

168 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 366-367.

ההחלטה להכריז על הכפר כעל שטח צבאי סגור בטלה, משום שהיא לא פורסמה ברשומות. לאחר מתן פסק-הדין פורסם צו שהפך את השטח לסגור, ובכך הכשיר את הצו שניתן למפרע.¹⁶⁹

מן הראוי לפרש כל חוק מסמיך, במידת האפשר, כשולל סמכות להתקנת תקנות המסכלות פסקי-דין. כאשר החוק רחב דיו להסמיך גם תקנות כאלה, יש לראותן כסותרות את עיקרי הצדק הטבעי.¹⁷⁰

(א) התפתחותם של יחסי-הגומלין בין נשיאי בית-המשפט העליון לבין שרי המשפטים

למערכת היחסים האישית בין נשיא בית-המשפט העליון לבין שר המשפטים נודעת השפעה משמעותית על טיב היחסים בין הרשויות השופטת והמבצעת. על-כן ראוי להתעכב ולעמוד על יחסיהם של כמה משרי המשפטים עם נשיאי בית-המשפט העליון. עד לסיום תקופת כהונתה של הכנסת השבע-עשרה, בפברואר 2009, כיהנו בתפקיד שר המשפטים 23 שרים,¹⁷¹ חלקם כממלאי-מקום או לתקופות קצרות ביותר. לכן נוכל להתייחס במאמר זה בקצרה רק לכמה מביניהם אשר השאירו את חותמם על היחסים שבין הרשויות.

השר פנחס רוזן – השר רוזן כיהן בתפקיד שר המשפטים הראשון בממשלה הזמנית, ואחר כך בממשלות ישראל עד שנת 1951, ושוב משנת 1952 עד 1961. מערכת היחסים בינו לבין הנשיאים הראשון והשני של בית-המשפט העליון, זמורה ואולשן, התאפיינו בשיתוף-פעולה, ובתקופתם נעשו הצעדים הראשונים והמשמעותיים לביסוס העצמאות השיפוטית. אחת הסוגיות הראשונות שעיימן נדרש השר להתמודד הייתה קביעת משכורות השופטים. הסמכות לקבוע את משכורות השופטים הייתה נתונה לממשלה הזמנית, ושר המשפטים נתן לשופטים הבטחות מעורפלות שמשכורותיהם יחפפו משכורת של שר.¹⁷² הבטחות אלה אכן היוו בסיס למשכורות השופטים, אולם עד-מהרה קיבלו השרים העלאות אחדות בשכרם, אשר לא הוענקו גם לשופטים, חרף רצונו של השר רוזן להגן על משכורותיהם ולשפר את תנאי עבודתם. משכורות השופטים היו נמוכות ביותר, והיו שנאלצו לפגוע בחסכוניותיהם

169 ראו פרשת הכפר רבסיה, לעיל ה"ש 147. למקרים נוספים של סיכול פסקי-דין על-ידי הרשות המבצעת ראו בג"ץ 64/51 דאוד נ' שר הביטחון, פ"ד ה(1) 1117 (1951); תקנות ההגנה (שעת חירום – צו בדבר מקומות סגורים), תשי"ב-1951, ק"ת 284; הצעת חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט, תשי"א-1951, ה"ח 245, כפי שתוקן: תשי"ב-1952, ס"ח 134; ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד לה(3) 785 (1976). לניתוח הפסיקה לעיל ואופן סיכול יישומה על-ידי הרשות המבצעת ראו שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 368-370.

170 שמעון שטרית "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה" הפרקליט לא 42 (1977); שמעון שטרית "מגמות חדשות בעיקרי הצדק הטבעי" הפרקליט לו 325 (1987).

171 לרשימת השרים המלאה ומועדי כהונתם ראו אתר הכנסת: www.knesset.gov.il/govt/heb/GovtByMinistry.asp?ministry=7

172 אולשן, לעיל ה"ש 75, בעמ' 208.

כדי לקיים את עצמם ואת משפחותיהם. מעטים היו עורכי־הדין שהיו מוכנים לוותר על משרד מצליח תמורת מינוי לשופטי שלום או לשופטים מחוזיים.¹⁷³ מצב זה, יחד עם ההכרה בחשיבות השמירה על אי־תלותה של הרשות השופטת ומניעת כבילתה על־ידי הרשות המבצעת, השולטת בכיסי השופטים, הובילו את השר רוזן ואת נשיא בית־המשפט העליון זמורה ליצור שדולה שתעביר את סמכות הקביעה של משכורות השופטים לידי ועדת הכספים של הכנסת, ובשנת 1950 חוקק החוק שעיצן את קביעת שכרם של השופטים על־ידי הכנסת.¹⁷⁴ החוק היה צעד חשוב לקראת הבטחת אי־תלותה של הרשות השופטת והסרת השפעתה של הרשות המבצעת על קביעת שכרם של השופטים.

סוגיה נוספת הייתה תהליך מינוים של השופטים. לפני חקיקת חוק השופטים, התשי"ג-1953, מונו השופטים על־ידי הממשלה, לפי המלצתו של שר המשפטים, ומינוים של שופטי בית־המשפט העליון חייב גם את אישור הכנסת. מצב עניינים זה נתן כוח רב לשר המשפטים, ועורר ביקורת על המעורבות הפוליטית הרבה במינוי השופטים.¹⁷⁵ הלכה למעשה השתדל השר רוזן לצמצם את המשקל הפוליטי במינויים, בכך שהמליץ על מועמדים שנבחרו על־ידי ועדה של משפטנים.¹⁷⁶ חוק השופטים, שהוכן במשרד המשפטים תוך התייעצות מקיפה עם הרשות השופטת,¹⁷⁷ מסר באופן רשמי את מינוי השופטים לידי ועדה, אשר הרכבה כלל מיעוט של נבחרים פוליטיים (שני חברי־כנסת ושני שרי ממשלה, ביניהם שר המשפטים) ורוב של חברי הקהילה המשפטית (שלושה שופטי בית־המשפט העליון, ביניהם הנשיא, ושני נציגים של לשכת עורכי־הדין). אף שהרכב הוועדה למינוי שופטים היה שונה מההרכב שהוצע בהצעת החוק המקורית,¹⁷⁸ הגן רוזן על האיזון שהושג מפני הצעה לשינוי ההרכב ולהעלאה של מספר חברי־הכנסת לארבעה, והצעה זו אכן נפלה לבסוף.¹⁷⁹

השר דב יוסף – השר יוסף כיהן כשר המשפטים במשך תקופה קצרה בין השנים 1951 ו־1952, ושוב בין השנים 1961 ו־1966. בתקופתו הראשונה כשר התגלעה מתיחות בינו לבין הנשיא זמורה סביב הדיון בחוק לתיקון דיני העונשין (תקיפת שוטרים) שנערך בינואר 1952,¹⁸⁰

173 שם, בעמ' 223.

174 החוק לקביעת משכורותיהם של נשיא המדינה, חברי הממשלה, שופטי המדינה ומבקר המדינה, התשי"א-1950, ס"ח 10.

175 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 85-87.

176 ראו אולשן, לעיל ה"ש 75, בעמ' 223; שמעון אגרנט "דברים שהושמעו בעצרת הזכרון ביום השלושים לפטירתו" ספר זוסמן 37 (ירושלים, 1984).

177 אולשן, לעיל ה"ש 75, בעמ' 244.

178 הצעת חוק השופטים, התשי"א-1951, ה"ח 120. בהצעת החוק המקורית הוצע שוועדת המינויים תכלול שני שרי ממשלה, שני שופטים של בית־המשפט העליון, היועץ המשפטי לממשלה, דקן הפקולטה למשפטים של אחת האוניברסיטות, שני חברי־כנסת וחבר המועצה המשפטית.

179 ראו את הצעתו של חבר־הכנסת משה ארם, ד"כ 27, 2154 (התשי"ט).

180 בשנת 1952, במהלך דיונים על תיקון חוק העונשין, תקף שר המשפטים את השופטים על שהם מטילים עונשים קלים מדי על עבריינים המובאים לדין בגין תקיפת שוטרים. כתגובה

מלבד פרשייה זו, התעמת דב יוסף גם עם הנשיא אולשן בכמה הזדמנויות. אחד העימותים נגע ביציאתם של השופטים לחופשה. בתחילה נהג הסדר שלפיו נשיאי בתי המשפט ארגנו את נושא החופשות – כל אחד בבית המשפט שבסמכותו – והודיעו על כך למנהל בתי המשפט, שם נרשמו החופשות. כאשר מונה לשר המשפטים, ביקש דב יוסף ליטול סמכות זו, ובמכתב לנשיא אולשן הודיע כי מתוקף היותו שר המשפטים, עליו לאשר כל בקשה של שופט לחופשה. בתגובה הודיע אולשן לשר שמעשיו הם בגדר התערבות לא-רצויה של הרשות המבצעת בענייניה של הרשות השופטת. העניין הסתיים בנסיגתו של דב יוסף ובשמירת הסטטוס-קוו.¹⁸¹ עימות נוסף התגלע כאשר השר יוסף התנגד לנוכחותם של שופטי בית המשפט העליון בטקס הרשמי לציון העלאתן ארצה של עצמותיו של זאב ז'בוטינסקי, מייסד התנועה הרוויזיוניסטית, משום שראה בטקס אירוע בעל צביון פוליטי. אולשן, לעומתו, טען כי מדובר באירוע ממלכתי, ולא פוליטי, ולכן על השר לאשר את השתתפותם של שופטי בית המשפט העליון בטקס. לבסוף ניתן האישור, אולם אולשן חש כי הייתה זו התערבות בוטה בפעולותיהם של השופטים ממניעים פוליטיים.¹⁸²

השר יעקב-שמעון שפירא – השר שפירא כיהן בתפקיד שר המשפטים בשנים 1966-1973. במשך כהונתו שררו יחסים ידידותיים וטובים עם נשיא בית המשפט העליון אגרנט. בתקופת השר שפירא נעשו עבודות במשרד המשפטים על תזכיר חוק-יסוד: בתי המשפט. חוק-יסוד זה נועד לעגן בחוק-יסוד חלק מההסדרים שהיו קיימים באותה עת בחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, ובחוק השופטים, תשי"ג-1953, אך גם להכניס שינויים ורפורמות בחוק בנוגע לניהולם של בתי המשפט.¹⁸³ תזכיר הצעת החוק לא נהפך לחוק, ונדרש עוד עשור עד אשר חוק חוק-יסוד: השפיטה, בשנת 1984, אשר עיגן בחוק-יסוד את עיקרי ההסדרים בנוגע למערכת השפיטה.

השר חיים יוסף צדוק – השר צדוק כיהן בשנים 1974-1977. בתקופתו זכורה מחלוקת בינו לבין השופטים בנוגע לנסיונו של השר לקבוע את שעות העבודה של השופטים. השר השתמש, לראשונה, בסמכותו לפי סעיף 14 לחוק השופטים, והתקין הוראות¹⁸⁴ שבהן נקבע כי שופטים בבתי המשפט מחוזיים, בבתי משפט שלום ובבתי משפט לתעבורה יעסקו בשמיעת משפטים משעה 8:30 בבוקר עד שעה 13:30, עם הפסקה של מחצית השעה בין השעות 11:00 ו-11:30. ההוראות קבעו עוד כי אף לאחר השעה הקבועה לסיום שמיעת המשפטים על השופט לסיים את שמיעת כל העדים שהוזמנו להעיד לפניו באותו יום, כדי למנוע, ככל האפשר, את הצורך להזמין שנית. ההוראות עוררו התנגדות נמרצת מצד השופטים וגורמים אחרים, שראו בהם פגיעה מוגזמת באי-תלותם של השופטים. נגד

לביקורת שיגר הנשיא זמורה מכתב ליושב ראש הכנסת, בו הביע מחאה על דברי השר. עיין בשטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 409-410.

181 אולשן, לעיל ה"ש 75, בעמ' 361.

182 שם, בעמ' 390-391.

183 ליתר פירוט אודות תזכיר הצעת החוק ולביקורת עליה ראו שטרית "חיווק הרשות השופטת וצמצום סמכויות שר המשפטים", לעיל ה"ש 11.

184 סדרי מינהל מס' 1 (שעות שמיעת משפטים), תשל"ד-1974.

ההוראות נשמעה ביקורת כי הן מנוגדות לנוהג שהשתרש בארץ עד לאותה עת, שלפיו נמנע השר מלהפעיל את סמכותו לקבוע את שעות עבודתם של השופטים, וכי קביעת שעות העבודה חורגת מפרשנות נכונה של הביטוי "סדרי מנהל" – ביטוי השמור בדרך-כלל לצדדים האדמיניסטרטיביים של פקידות בית-המשפט, תחזוקת בנייני בתי-המשפט, ענייני גזברות וכיוצא באלה. בזמנו חיווה כותב שורות אלה את דעתו כי ההוראות אומנם ניתנו בסמכות מלאה של השר צדוק, אך הייתה בהן משום חריגה מהדין הרצוי, שלפיו שעות פעילותם של השופטים ייקבעו על-ידי גוף נפרד מהרשות המבצעת, לפי מודל האחריות המשותפת.¹⁸⁵

השר אברהם שריר – השר שריר כיהן כשר המשפטים בשנים 1986-1988. בתקופתו שררו מתיחות וחילוקי-דעות בינו לבין הנשיא שמגר בנוגע לכווחה של הרשות המבצעת בניהול ענייניה של הרשות השופטת. כך, בשל מחלוקת בנוגע לסדרי הדיון של הוועדה למינוי שופטים, נקט השר שריר את הצעד הקיצוני ויצא-הדופן של הקפאת עבודתה. נשיא בית-המשפט העליון שמגר מחה על כך, בטוענו כי הפעולה שנקט השר חורגת מסמכותו כיושב-ראש הוועדה.¹⁸⁶ באותה תקופה יזם הנשיא שמגר את הקמת מועצת השופטים, שעזימה נמנו נשיאי בתי-המשפט, מנהל בתי-המשפט וכן שופטים נוספים שנבחרו על-ידי חבריהם בבתי-המשפט השונים באופן יחסי לגודלו של כל בית-משפט. המועצה החלה את פעולתה בשנת 1987, ומטרת הקמתה הייתה הקמת מנגנון כבד-משקל ורב חשיבות שיסייע לרשות השופטת בענייניה וביחסיה עם הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. הנשיא שמגר קיווה כי בטווח הארוך יועברו סמכויות הניהול של בתי-המשפט לידי הוועדה ויעוגנו בחוק.¹⁸⁷ אולם עד-מהרה פסקה עבודת המועצה, בעקבות הצעת חוק שהגיש שר המשפטים שריר בעניין איחוד בין בתי-משפט השלום לבין בתי-המשפט המחוזיים. ההצעה זכתה בתמיכתו של הנשיא שמגר, אולם נתקלה בהתנגדות מצד שופטי בתי-המשפט המחוזיים, אשר חששו לפגיעה במעמדם. תמיכתו של הנשיא שמגר בהצעה הביאה לידי הפסקת השתתפותם של שופטי בתי-המשפט המחוזיים במועצה, ועובדה זו פגעה קשות בתפקודה.¹⁸⁸

השר דן מרידור – השר מרידור, שכיהן כשר המשפטים בשנים 1988-1992, היה נוח במיוחד כלפי נשיא בית-המשפט העליון שמגר, עד כדי התבטלות של ממש לפניו. לדוגמה, בתקופתו התקבל תיקון לחוק בתי-המשפט שקבע כי מינויים של מנהל בתי-המשפט, נשיאי בתי-משפט והשופטים על-ידי שר המשפטים יחייב את הסכמת הנשיא.¹⁸⁹

השר דוד ליבאי – בתקופת השר ליבאי, בין השנים 1992-1996, התגלעה מחלוקת בנוגע למדיניות הענישה בבתי-המשפט, שבמהלכה האשים השר את השופטים ב"שיקול-דעת עקום". לצד מחלוקת זו הסתמנה התחזקות של אי-התלות של מערכת השפיטה בשר

185 שטרית "חזיון הרשות השופטת וצמצום סמכויות שר המשפטים", לעיל ה"ש 11, בעמ' 186-187.

186 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 277.

187 סגל, לעיל ה"ש 76, בעמ' 230.

188 להסברת הקונפליקט ראו ע' ברקוביץ' "הבייבי של שמגר" חדשות 20.4.1990.

189 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 15), תשנ"ב-1992, ס"ח 68.

המשפטים, לאחר ששר המשפטים פרופ' ליבאי, בסיועו של נשיא בית המשפט העליון שמגר, הצליח להביא לידי העברת התקציב של בניית בית המשפט מתקציב משרד המשפטים לתקציב של בניית קריות הממשלה. החלטה זו אפשרה בנייה של היכלי משפט מפוארים, ביניהם היכלי המשפט בחיפה, בבאר שבע ובראשון לציון.

השר מאיר שטרית – השר שטרית, אשר כיהן בתפקיד שר המשפטים בשנים 2001–2003, שיתף פעולה עם נשיא בית המשפט העליון ברק בצורה טובה. באחת משיבות הוועדה למינוי שופטים הגיעו השניים להסדר, עוד לפני כינוס הוועדה, שלפיו יתמוך שטרית במינויה של המועמדת המועדפת על ברק, השופטת איילה פרוקצ'יה, ואילו ברק יתמוך במינוי המועמד המועדף על השר שטרית, השופט אדמונד לוי. הוועדה אישרה את מינוים של שני השופטים כפי שסוכם. לקראת סוף כהונתו של השר שטרית התגברה הביקורת הציבורית נגד הכוח הרב שיש לנשיא בית המשפט העליון בגיוס השופטים היושבים בוועדה לחסום מינויים של שופטים שאינם מקובלים עליו.¹⁹⁰

השר יוסף (טומי) לפיד – השר לפיד כיהן כשר משפטים בשנים 2003–2004. בתקופת כהונתו זכורה במיוחד פרשת הניסיון הכושל למנות את פרופ' נילי כהן לשופטת בית המשפט העליון. המינוי, שזכה בגיבוי מצד נשיא בית המשפט העליון ברק (ומצד שר המשפטים לעתיד פרופ' דניאל פרידמן), נתקל בהתנגדות חריפה מצד השופטים האחרים בבית המשפט העליון, ובראשם השופטת ביניש, ומכיוונם של אנשי אקדמיה שהתנגדו לכהן על רקע אישיותה ותלונות על תפקודה כרקטור אוניברסיטת תל-אביב. הפרשה זכתה בסיקור תקשורתי נרחב, והביאה לידי מיקוד תשומת-לב תקשורתית רבה בעבודת הוועדה למינוי שופטים ובחילוקי-הדעות בין השופטים. לבסוף, אחרי שנכשל המינוי, נרקמה "עסקה" בין השופטים החברים בוועדה למינוי שופטים למנות לשופט עליון את אליקים רובינשטיין, מועמדו המועדף של הנשיא ברק, תמורת הסכמתו למינוי עדנה ארבל, המועמדת המועדפת של הנשיאה המיועדת ביניש.¹⁹¹ במהלך סכסוך זה מילא השר לפיד תפקיד משני. נעמי לויצקי תיארה את השר לפיד בספרה כ"שר נוח במיוחד, שלעתים התנהל יותר כעוזרו האישי של ברק מאשר כשר עצמאי".¹⁹²

השרה ציפי לבני – השרה לבני כיהנה כשרת המשפטים בשנים 2004–2006, ושוב, למשך תקופה קצרה, מסוף 2006 עד תחילת 2007. כניסתה לתפקיד מייד אחרי פרשיית אי-מינויה של נילי כהן הובילה אותה לעימות ישיר ומסוקר תקשורתית עם נשיא בית המשפט העליון ברק סביב מינוי אחר, הפעם של פרופ' רות גביון. לבני ראתה בבית המשפט העליון את המוסד המכונן בפסיקותיו את החוקה העתידית, ולפיכך ראתה חשיבות במינוי שופטים המייצגים את קשת העמדות בחברה. היא התנגדה לרעיון של ביצוע "עסקות" בין חברי הוועדה למינוי שופטים, וביקשה למנות את גביון במיוחד בשל משנתה הסדורה בנושאי זהותה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית והתנגדותה לאקטיביזם השיפוטי.

190 שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 278–279.

191 לפירוט הפרשייה כולה ראו נעמי לויצקי העליונים: בתוכני בית המשפט העליון 11–38 (2006).

192 שם, בעמ' 17.

ברק, שהתנגד נחרצות למינויה של מי שנחשבה למתנגדת הגדולה ביותר שלו, הטיל את מלוא כובד משקלו נגד המינוי, והביא לבסוף לידי סיכולו, תוך גרימת קיפאון בעבודת הוועדה למינוי שופטים למשך חודשים ארוכים, כך שבמשך כל תקופת כהונתה של לבני כשרת המשפטים לא מונו כלל שופטים לבית-המשפט העליון.¹⁹³

השר דניאל פרידמן – השר פרידמן כיהן כשר המשפטים משנת 2007 עד שנת 2009. במשך תקופת כהונתו שררה מתיחות מתמדת, שהגיעה לטונים גבוהים בתקשורת, סביב שורה ארוכה של יוזמות והתבטאויות של השר על מערכת השפיטה. בין הצעותיו השנויות במחלוקת הייתה ההצעה להגדיל את הרכב הוועדה למינוי שופטים מ-9 ל-11 חברים, תוך הקטנת מספר שופטי בית-המשפט העליון משלושה לשניים, והוספת שני מינויים נוספים של הממשלה (אקדמאי לא-משפטן ושופט בדימוס, לאו דווקא מהעליון) וכן אקדמאי שיתמנה מטעם ועד ראשי האוניברסיטות.¹⁹⁴ ההצעה עוררה ביקורת קשה מצד נשיאת בית-המשפט העליון בניש ומצד חברי-כנסת ולשכת עורכי-הדין, על כך שההצעה תוביל ליתר "פוליטיזציה" של הליך מינוי השופטים. השר פרידמן עמד גם מאחורי יוזמות חקיקה לצמצום השפיטות¹⁹⁵ בנושאי ביטחון ותקציב,¹⁹⁶ וכן לצמצום זכות העמידה – הצעה אשר נזנחה במהרה.¹⁹⁷ המתיחות הרבה בין השר פרידמן לבין נשיאת בית-המשפט העליון ביניש נתנה את אותותיה גם בתחום מינוי השופטים. לאחר שבתחילת כהונתו הצליח השר פרידמן להביא לידי מינויים של שני שופטי עליון מהמגזר הפרטי – עורכי-הדין יורם דנציגר וחנן מלצר – הוקפאה שוב עבודת הוועדה למינוי שופטים, ונדחה מינויים של עשרות שופטים לבית-המשפט המחוזי והשלום, בשל התנגדותם של הנשיאה ביניש ושאר השופטים החברים בוועדה לכינוס הוועדה בתקופת ממשלת-מעבר. אף שעל פני השטח נראה כי מדובר בחילוקי-דעות מקצועיים בדבר החוקיות של מינוי שופטים בתקופת מעבר, אי-אפשר להתעלם מכך שבבסיס הדברים עמד חוסר אמון הדדי בין השר לנשיאה, שגלש מעבר לשאלה המשפטית גרידא.¹⁹⁸

לסיכום, מהתבוננות על מערכות היחסים שבין שרי המשפטים לבין נשיאי בית-המשפט העליון עולה כי אין להמעיט כלל בחשיבותו של הקשר האישי בין שני נושאי-התפקידים המייצגים את הרשות השופטת והרשות המבצעת. ההסדרים החוקיים ואף החוקתיים הנוגעים במערכת השפיטה עוצבו על רקע מערכות יחסים אישיות אלה והושפעו מהן רבות. לצד

193 שם, בעמ' 38-46.

194 נועם שרביט "פרידמן מטיל פצצה: מציע לשנות את שיטת מינוי השופטים – יותר השפעה לממשלה, פחות לביהמ"ש העליון" גלובס 2.1.2008.

195 תזכיר חוק לתיקון חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – שפיטות), התשס"ח-2008.

196 יובל יועז "העבודה: המשך החקיקה של פרידמן תביא למשבר קואליציוני" הארץ אונליין 16.11.2007 www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=924898

197 יובל יועז "פרידמן נסוג: לא תבוטל זכותם של ארגונים ציבוריים להגיש עתירות לבג"ץ" הארץ אונליין 19.9.2007 www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=905314 &contrastID=1&subContrassID=0&sbSubContrassID=0

198 תומר זרחין "שר המשפטים, דניאל פרידמן, לא יכנס הוועדה לבחירת שופטים" הארץ אונליין 3.11.2008 [192.118.73.5/hasite/pages/1033916.html?more=1](http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/1033916.html?more=1)

עיצוב ההסדרים החוקיים, גם התנהלותה התקינה של מערכת השפיטה, ובמיוחד סוגיית מינוים של השופטים, תלויות במידה לא־מבוטלת במידת שיתוף־הפעולה האישי בין השר לבין נשיא בית־המשפט העליון, ומכאן החשיבות הרבה שיש לייחס לקשרי עבודה אלה.

(ב) ניהול בתי־משפט בראי היחסים שבין שר המשפטים לבין נשיא בית־המשפט העליון

שאלות מנהליות היו פעמים רבות מקור לחיכוכים בין שרי המשפטים לבין נשיאי בית־המשפט העליון. לאחרונה קיימת בפועל שליטה מלאה של נשיא בית־המשפט העליון בשאלות מנהליות, בעוד האחריות כלפי הכנסת נותרה בידי השר. לדעת כותב שורות אלה, מצב זה אינו תקין, ויש לערוך רפורמה חקיקתית אשר תסדיר את הסמכות לניהולם של בתי־המשפט ותעבור למודל של אחריות משותפת של שר המשפטים ונשיא בית־המשפט העליון.¹⁹⁹ לפי המודל המוצע, האחריות הכוללת תהיה נתונה לשר ולנשיא במשותף, ותקציב בית־המשפט יופרד מתקציב משרד המשפטים ויוגש ישירות לוועדת הכספים, כנהוג לגבי התקציב של משרד מבקר המדינה.²⁰⁰ באופן דומה, עובדי בתי־המשפט יופרדו מהעובדים של נציבות שירות המדינה. מוצע עוד כי נושאים אחרים הקשורים לשיפוט ולתפקוד האישי של השופטים – כגון העברת שופטים מסמכות מקומית אחת לאחרת, פיקוח על השופטים, קביעת שעות עבודתם וקביעת לוח־הזמנים של הדיון בתיקים בבתי־המשפט – יהיו באחריותו הבלעדית של נשיא בית־המשפט העליון. כמו־כן רצוי לקבוע מועצה משפטית בחוק, שעומה ייוועץ הנשיא במילוי סמכויותיו המנהליות.

(ג) מינוי שופטים בראי היחסים שבין שר המשפטים לבין נשיא בית־המשפט העליון

גם בוועדה למינוי השופטים קיים פער בין הסמכות הנתונה לשר המשפטים כיושב־ראש הוועדה לבין כוחו בפועל. הרכב הוועדה לבחירת שופטים מקשה הצגת מועמדים חלופיים לאלה המוצגים על־ידי שר המשפטים או נשיא בית־המשפט העליון. לשם הצגת מועמד שלא על־ידי אחד מהם, נדרשים לפחות שלושה חברי ועדה, קרי, יותר ממספר הנציגים של כל אחד מן הגופים המיוצגים בוועדה, מלבד בית־המשפט העליון. פרופ' יורם שחר, במסגרת התבטאויותיו הציבוריות, מתח ביקורת על התנהלות השופטים בוועדה לבחירת שופטים. לדבריו, כיום שופטי בית־המשפט העליון החברים בוועדה מגיעים אליה כאשר החלטתם כבר מגובשת פה אחד, ולא ידוע מהי עמדתם האישית בכל רגע נתון. כמו־כן לא ברור איך נבחרים לוועדה שני השופטים הנוספים מלבד נשיא בית־המשפט העליון, ומדוע מדובר בשופטי בית־המשפט העליון בלבד, ולא בשופטי הערכאות האחרות. בפועל מעולם לא נבחר שופט לבית־המשפט העליון בניגוד לדעתו של הנשיא המכהן באותה עת.²⁰¹ מצב זה מוביל ל"עסקות" דוגמת זו שנרקמה בין השר שטרית לנשיא ברק, כמוזכר לעיל, או

199 ליתר פירוט ראו שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 235–241.

200 ס' 24 לתקנון הכנסת; ס' 10 לחוק־יסוד: מבקר המדינה, התשמ"ח-1988, ס"ח 30.

201 חגית שליטא כל העיר 20.4.2001, 64–67.

להטלת "וטו" על כינוס הוועדה במקרים של אי-הסכמה בין השניים, כמו בתקופתם של השר שריר והנשיא שמגר, כמתואר לעיל, או לאחרונה בין השר פרידמן לנשיאה ביניש (אם כי מסיבות אחרות).²⁰² לדעת כותב שורות אלה, יש פגם מהותי בתהליך ההיוועצות המוקדמת, שמביא לידי גיבוש דעה מוקדמת. הליך זה סותר את כללי המשפט המנהלי, ומעניק למעשה לשופטי בית-המשפט העליון, אף לאלה שאינם חברים בוועדה, "זכות וטו" על כל מינוי. מעניין שבבג"ץ וירשובסקי,²⁰³ שם נידון שיקול-דעתם של השרים וחברי-הכנסת החברים בוועדה לבחירת שופטים, קבע השופט י' כהן כי על חברי הוועדה להפעיל את שיקול-דעתם באופן עצמאי, ואל להם לקבל "הוראות מלמעלה". הדברים נאמרו שם לגבי השרים היושבים בוועדה, אולם מן ההיגיון המשפטי וההלכה מתבקש שדין אחד יחול על כל חברי הוועדה, ושגם השופטים יהיו מחויבים להפעיל את שיקול-דעתם העצמאי בוועדה, ולא יגיעו לדיוניה כאשר דעתם כבר הוכרעה.

יצוין כי בניגוד לעמדות שהושמעו נגד הצעתו של פרידמן בדבר שינוי הרכבה של הוועדה למינוי שופטים (ראו לעיל), עמדת החברים בפורום הבין-לאומי שגיבש את אמות-המידה הבין-לאומיות בעניין אי-תלות שיפוטית הייתה כי מעורבותה של הרשות המבצעת במינוי שופטים, כשלעצמה, אינה מנוגדת לעקרון אי-תלות השיפוטית, וכי לרשות המבצעת יש תפקיד בעל ערך בתהליך, כביטוי לעקרון האחריותיות הדמוקרטית. עם זאת, עמדת הפורום הייתה כי יש לראות בחיוב ועדות מינוי מעורבות המשלבות נציגים משלוש הרשויות – המחוקקת, המבצעת והשופטת – וכן נציגים של עורכי-הדין, כל עוד נשמר איזון נאות בין נציגי כל הרשויות.²⁰⁴

II – היבטים מהותיים של מערכת השפיטה

פרק ג: מהות תפקידו של בית-המשפט בחברה

1. כללי

תפקידה של הרשות השופטת בכל חברה נקבע על-ידי שופטים יחידים ומושפע בחלקו מתפיסותיהם בנוגע להיקף תפקידם ולמהותו. בהקשר זה ניתן להבחין במתח מסוים המאפיין את הפסיקה הישראלית, הנובע משתי גישות שונות: מחד גיסא, ריסון שיפוטי או משפט

202 זרחין, לעיל ה"ש 196.

203 בג"ץ 9/82 וירשובסקי נ' שר המשפטים – יו"ר הוועדה למינוי שופטים, פ"ד לו(1) 645 (1982).

204 *Mount Scopus Standards*, לעיל ה"ש 51, ס' 4.2.

פורמליסטי, ומאידך גיסא, אקטיביזם שיפוטי. הריסון השיפוטי מבוסס על השאיפה לראות בחוק שיטה לוגית סגורה המנותקת מנסיבות חברתיות, תרבותיות והיסטוריות. לפי גישה זו, באמצעות החלת כללים משפטיים רלוונטיים על מקרים קונקרטיים יחליט בית-המשפט החלטה לוגית שאינה מבוססת על העדפותיו החברתיות והסובייקטיביות של השופט. גישת האקטיביזם השיפוטי מבוססת על התפיסה כי החיים המשפטיים הם מציאות, ולא היגיון, וכי החוק הוא דינמי, חלק מתהליך מתפתח. רשות שיפוטית אקטיביסטית מקבלת החלטות בתוך הקשר חברתי מסוים,²⁰⁵ ומטרת החוק היא לגבש ולנמק את המדיניות שתשמש לפתרון עימותים חברתיים. עמדות השופטים בעניין ניימן²⁰⁶ משקפות את המאבק בין שתי הגישות, אם כי נראה שלמן פסק-הדין בעניין בנק המזרחי אימץ בית-המשפט העליון את הגישה השיפוטית האקטיביסטית, וגילה נכונות להעמיד גם את החקיקה לביקורת שיפוטית.²⁰⁷

(א) מיון האקטיביזם השיפוטי והפעלתו בתחומי המשפט השונים

בראשית הדיון ננסה לסווג את האקטיביזם השיפוטי לכמה תחומים שונים, בטרם נייחד את הדיבור לכמה נושאים מרכזיים. ניתן להבחין בין שני גוונים של אקטיביזם חוקתי:

1. אקטיביזם חוקתי בענייני ביקורת שיפוטית על חוקים;
2. אקטיביזם חוקתי בקידום הגנה על זכויות האזרח, לאו דווקא בויקה לביקורת שיפוטית על חוקים.

שני גוני אקטיביזם אלה התקיימו גם לפני עידן החוקתיות (אני מסתייג מהביטוי "מהפכה חוקתית"), אבל לפני עידן החוקתיות התמקד למעשה האקטיביזם השיפוטי מן הגוון הראשון בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.²⁰⁸ האקטיביזם החוקתי שלאחר חוק-היסוד של הזכויות העצים את החיכוך בין הרשויות, בעוד שהאקטיביזם החוקתי שלפני כן, כולל האקטיביזם מן הגוון הראשון, לא יצר עימות בין הרשויות, אלא דיאלוג ידידותי נטול עוצמות חיכוך גבוהות.

לפני שנת 1995 – מועד תחילתו של עידן החוקתיות שכונה "המהפכה החוקתית" – לא היה עימות של ממש בין הרשויות סביב גבולות סמכותו של בית-המשפט העליון לבטל סעיפי חוק. עם זאת, כבר בשנותיה הראשונה של המדינה ניכר אקטיביזם חוקתי מן הגוון

205 לדיון במאבק בין ריסון שיפוטי לבין אקטיביזם שיפוטי ראו פנינה להב "גוני הגישות לביקורת השיפוטית בארה"ב" עיוני משפט י (3) 491 (1984).

206 ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (1985). את עמדתה של השופטת בן-פורת בעניין ניימן ניתן לסווג כריסון שיפוטי, ואילו עמדתם של שופטי הרוב ברק ושמגר משקפת אקטיביזם שיפוטי.

207 לעניין זה ראו עוד רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (2000) (להלן: אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד).

208 ס"ח 244, תשי"ח-1958, ס"ח 69: 4. שיטת הבחירות – הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.

השני בפסקי-דין מפורסמים שעיצבו את זכויות האזרח. אולי המפורסם מבין פסקי-הדין שעיצבו את זכויות האזרח בישראל הוא פסק-הדין בעניין "קול העם"²⁰⁹ שבו נפסק כי העובדה שישראל היא מדינה דמוקרטית משקפת את מערכת החיים הלאומיים של המדינה, ולאורה יש לפרש את כל דברי החקיקה. משכך, יש לתת עדיפות לחופש הביטוי על שיקולי ביטחון כמעט תמיד, ושר הפנים רשאי להשתמש בסמכותו להגביל את חופש הביטוי רק כאשר הסכנה לשלום הציבור נוצרת ברמת הסתברות של "קרוב לוודאי".²¹⁰ פסק-דין בז'רנו²¹¹ עיגן את חופש העיסוק כ"זכות קנויה טבעית", אשר אין לשר המשטרה הסמכות להגבילה אלא בחוק, ובפסק-הדין בעניין העצני²¹² הרחיב בית-המשפט את ההגנה על נאשמים ונתבעים כאשר פסק שבית-המשפט רשאי לבחון טענות של חסיון ראיות, וכי חיסיון כזה יינתן רק מטעמים של בטחון המדינה על-סמך תעודת שר המשטרה.

עד שנות התשעים היה אפשר לאפיין את הדיאלוג בין הרשות המבצעת לבין בית-המשפט העליון כידידותי, גם כאשר נמתחה ביקורת על בית-המשפט. פסקי-דין שעסקו בסוגיות של דת ומדינה נתקלו אומנם בקולות רעמים וברקים מכיוונה של הרשות המחוקקת, אך לרוב נמצא הפתרון בדרך של תיקון החוק הרלוונטי בעקבות פסק-הדין, כדי להתאימו לרצון הרוב. לעומת זאת, משנפתח עידן החוקתיות, התחיל העימות להתעצם, והגיע לאוקטבות גבוהות ולעצימות גבוהה.

העימות החל בבג"ץ הבשר הקפוא – בג"ץ מישראל²¹³, שהיה תחנת המבחן הראשונה להפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית על מהותם של דברי חקיקה. הכוחות הפוליטיים הפנימו שהסדר החוקתי והיחס בין הרשויות השתנו לחלוטין, וכי מעתה הם נדרשים לשחק על-פי כללים המוכתבים על-ידי בית-המשפט העליון.²¹⁴

המשכו של העימות בפסק-הדין בעניין בנק המזרחי.²¹⁵ אין עוררין כי זהו פסק-הדין המשמעותי ביותר בכל הנוגע בפסילת חקיקה של הכנסת על-סמך חוקי-היסוד שנחקקו בעידן החוקתי. שופטי בית-המשפט העליון, ובראשם הנשיא היוצא שמגר והנשיא החדש ברק, ראו במקרה הזדמנות להצהיר על מושכלות-היסוד של תפיסת החוקתיות החדשה שביקשו לגזור מחוקי-היסוד החדשים שחוקקו שנה קודם לכן. בפסק-הדין, המשתרע על-פני מאות עמודים, התנצחו תשעת שופטי ההרכב לגבי ההיסטוריה החוקתית של ישראל למן היווסדה וסמכות הכנסת לחוקק חוקה הנגזרת ממנה, לגבי יכולתה של הכנסת לכבול את עצמה בחקיקה, לגבי עקרונות הביקורת השיפוטית והמדרג הנורמטיבי של החקיקה, לגבי אופן יישומה של פסקת ההגבלה ולגבי פרשנות חוקתית. ההסכמה שהתגבשה על-פי דעת רוב ההרכב היא כי חוקי-היסוד נמצאים במעמד נורמטיבי עליון, מעל חקיקה רגילה,

209 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שריהפנים, פ"ד ז(1) 871 (1953).

210 שם, בעמ' 884, 892.

211 בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שריהמשטרה, פ"ד ב(1) 80 (1949).

212 ע"א 65/57 העצני נ' בן-גוריון, פ"ד יא 403 (1957).

213 בג"ץ 3872/93 מישראל נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485 (1993) (להלן: עניין

מישראל); בג"ץ 4676/94 מישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996).

214 להרחבת הדיון במשמעותו של עניין מישראל ראו שטרית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 556.

215 לעיל ה"ש 125.

ומשכך קנה בית המשפט סמכות לבטל דברי חקיקה שאינם עומדים במבחניה של פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד. אף שבסופו של פסק הדין פסקו השופטים כי החוק המתקן עומד במבחן החוקיות, חשיבותו של פסק הדין נעוצה בעקרונות המשפטיים שהותוו בו,²¹⁶ אשר הפכו את פסק הדין לאבטיפוס של פסקי הדין החוקתיים שיבואו בעקבותיו.

בשנים שלאחר פסק הדין בעניין בנק המזרחי פסל בית המשפט העליון רק מספר מועט של הוראות חוק,²¹⁷ אולם דן בשאלת חוקתיותם של עשרות סעיפי חוק נוספים. בנוטלו את תפקיד הביקורת השיפוטית החוקתית על דברי חקיקה, העצים בית המשפט העליון את העימות מול הכנסת סביב האקטיביזם השיפוטי החוקתי.

נוסף על האקטיביזם החוקתי קיים גם אקטיביזם בתחום המשפט המנהלי, אשר מתייחס אף הוא לסוגיות הנוגעות ברשויות הפוליטיות, דהיינו, הכנסת והממשלה. אקטיביזם זה קיבל ביטוי למן שנות השמונים בצמצומה של דוקטרינת אי-השפיטות, בהסרת המחסום של זכות העמידה ובהרחבת השימוש בעילת המידתיות ובעילת הסבירות כדי לבקר ולפסול החלטות ופעולות של הממשלה. אקטיביזם מסוג זה, כמו האקטיביזם בתחום זכויות האדם והביקורת השיפוטית על החקיקה, עומד אף הוא במוקד הוויכוח הציבורי הער סביב יחסי הגומלין הראויים בין הרשויות.²¹⁸

האקטיביזם השיפוטי קנה אחיזה גם בענפי משפט אחרים, שאינם נוגעים דווקא ביחסי הגומלין בין הרשויות. למן שנות השמונים חלו שינויים עמוקים גם במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי.²¹⁹ למשל, במשפט הפלילי ניתן להצביע על אקטיביזם בהיזקקות למבחן אויביקטיבי המכניס את ערכי הציבור בקביעת הרכיב של "העדר קנטור" בעברת הרצח,

216 להרחבה בנוגע למשמעותו של פסק הדין בעניין בנק המזרחי ראו אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק – צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" משפט וממשל ח 13 (2005); רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 22-33, 110-147 (1997); משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט" משפט וממשל ג 697 (1996).

217 בג"ץ 1715/97 מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997) (להלן: עניין מנהלי ההשקעות); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999) (להלן: עניין צמח); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 1661/05 המועצה האיזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 8276/05 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 12.12.2006).

218 אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, לעיל ה"ש 205; זאב סגל ולילך ליטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי: במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה 111-131 (2008) (להלן: אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי).

219 אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי, שם, בעמ' 47-84, 85-110; שלמה לוין "אקטיביזם שיפוטי בדיני ראיות ובדין אזרחי" אקטיביזם שיפוטי 393 (אריאל פורת עורך, 1993); עמנואל גרוס "שיטת הדיון האדוורסרית בהליך הפלילי – האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?" אקטיביזם שיפוטי 397 (אריאל פורת עורך, 1993).

כפי שנקבע בפסק-הדין בעניין ביטון,²²⁰ במשפט האזרחי האקטיביזם השיפוטי מתבטא במגמה להחיל נורמות וערכים ציבוריים על ענפי המשפט הפרטי. הדוגמה המובהקת למגמה זו מצויה בפסק-הדין בעניין קסטנבאום,²²¹ שבו נפסק כי נורמות ציבוריות של כבוד האדם יחולו גם על התקשרות חוזית פרטית – אם באמצעות מושגים כגון "תקנת הציבור" ו"תניה מקפחת" בחוזה אחד, ואם על-ידי הגדרתו של גוף כ"דו-מהותי".

כמו-כן אנו עדים לאקטיביזם גם בתחום הדיוני. אולי הדוגמה הבולטת ביותר של אקטיביזם דיוני אירעה בפרשת נחמני,²²² שבה קבע השופט ברק דיון נוסף כאשר המותב בדיון הראשון היה של חמישה, וזאת בניגוד ללשון החוק הפשוטה, הקובעת כי דיון נוסף יכול להיערך רק כאשר המותב בדיון הראשון היה שלושה.

עם זאת, עיקר המחלוקת כיום נטושה לא על האקטיביזם במשפט הפלילי, האזרחי או הדיוני, אלא על האקטיביזם החוקתי והאקטיביזם המנהלי. אדגים מגמה זו באמצעות שני עניינים שבהם בית-המשפט העליון אקטיביסטי במיוחד: דת ומדינה, ומדיניות הביטחון.

(ב) אקטיביזם בענייני דת ומדינה

הגישה האקטיביסטית שבית-המשפט נוקט בולטת בעיקר בענייני דת ומדינה. בעניינים אלה בית-המשפט מהלך על חבל דק, ומשתדל להימנע מלהכריע בסוגיות טעונות מבחינה פוליטית וחברתית. בסוגיית זכות הנישואים תרם בית-המשפט רבות להרחבת חירות האדם באמצעות יצירת מוסדות משפטיים שעקפו או מיתנו את הבעיות המעיקות שהדין הדתי יוצר, במיוחד למי שפסולים מלהינשא על-פי הדין ההלכתי, וכן ביסס את מוסד הידועים בציבור.²²³ כך, כבר בראשית שנות השישים פירש בית-המשפט באופן מרחיב את סעיף 55 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, בנוגע לידועים בציבור.²²⁴

בסוגיית הכשרות ניתן להבחין בין התחום של הנפקת תעודות הכשרות לבין התחום של איסור ייבוא ומכירה של בשר חזיר. בתחום של הנפקת התעודות תרמה הפסיקה הראשונה לשיפור המצב, והמחוקק המשיך בכיוון זה בחוקקו את חוק איסור הונאה בכשרות,

220 דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 27.11.2006). כן ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 324–334, 605–629 (2008), לגבי האפשרות לחדש באופן שיפוטי הגנות בדיני עונשין.

221 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום).

222 בש"א 1481/96 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5) 598 (1996).

223 Shimon Shetreet, *Between Three Branches of Government: The Balance of Human Rights in Matters of Religion in Israel* 15–16 (The Floersheimer Institute for Policy Studies 2001).

224 דוגמה נוספת להרחבת זכויותיהם של ידועים בציבור היא פרשת אפרת, שבה העניק בית-המשפט את הזכות להוספת שם משפחתו של בן-הזוג לשם משפחתה של בת-הזוג, הגם שבני-הזוג לא היו נשואים וחיו כידועים בציבור. ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993).

התשמ"ג-1983. בתחום של איסור ייבוא ומכירה של בשר חזיר – איסור בעל מימד לאומי, ולא רק דתי – פעלה הרשות השופטת בעקיבות להגנה על זכויות האזרח, אולם המחוקק הצטרף לרשות המבצעת בחקיקת חוקים מתקנים בתגובה על פסיקת בג"ץ.²²⁵ מהלך זה הוביל לצמצום ההגנה של הרשות השופטת על זכויות האזרח בתחום זה.

בסוגיית הקבורה האזרחית שתקה הרשות המחוקקת במשך שנים, ואילו הרשות המבצעת נקטה מדיניות של "שב ואל תעשה" באשר ליצירת מסגרות שיבטיחו זכות קבורה נאותה לכלל האזרחים. בג"ץ הביא לידי שינוי המצב בפסק-דין שהצהיר על חובת הרשות לדאוג למימושה של זכות זו,²²⁶ שלאחריו נראה שינוי במדיניותן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.²²⁷ גם בשאלת הכיבוד על מצבות והסטייה מהכיתוב הדתי התקני גילה בג"ץ העדפה לזכויות-היסוד של האדם, אף בטרם נחקק חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, תשנ"ו-1996.²²⁸ גם לאחר חקיקת החוק קיבל בג"ץ ערעור²²⁹ על החלטת בית-המשפט המחוזי לא לצוות על חברה קדישא לאפשר חריטת תאריכי לידה ופטירה לועזיים. בג"ץ קיבל את הערעור, בין היתר, משום שהחוק טרם מומש, אך גם על בסיס הזכות לחופש מדת והמסקנה כי באיזון בין הפגיעות הפגיעה בקרובי הנפטרת קשה בהרבה מהפגיעה באנשי חברה קדישא.

בתחום דיני המשפחה הגיעו לשיאם החיכוכים והעיוותים בין מערכת המשפט האזרחי לבין מערכת השיפוט הדתית במהלך שנות התשעים. בעניין בבלי²³⁰ קיבל בית-המשפט העליון את טענתה של העותרת – אישה שהליכי הגירושים שלה נידונו בבית-הדין הרבני – כי לנוכח חוקת השיתוף, שהינה הלכה אזרחית, היא זכאית למחצית הרכוש. בעניין לב²³¹ קיבל בית-המשפט את עתירתה של אישה שבית-הדין הרבני הוציא נגדה, לבקשת בעלה, צו עיכוב יציאה מהארץ מבלי שנכחה בדיון, תוך קביעה שגם בעת מתן סעד מסוג זה בבית-הדין הרבני יש לתת משקל לזכות היציאה מהארץ, שהוכרה כזכות-יסוד בישראל. בעניין גירושיהם של בני-זוג שנישאו בנישואים אזרחיים קבע בית-המשפט העליון, בפרשה המכונה "פרשת בני נוח", כי בני-זוג שנישאו בנישואים אזרחיים יוכלו להתגרש בבית-דין רבני לפי עילות גירוש מוערבות, ולא לפי עילות הגירושים המסורתיות.

עוד עסק בית-המשפט העליון בסוגיית הגיור, שבה תרם להרחבת ההגנה על חופש הדת בהכירו בגיורים לא-אורתודוקסיים,²³² וכן בסוגיית השבת, שבמסגרתה הגן על חירות

225 עניין מיטראל, לעיל ה"ש 211; חוק בשר ומוצריו, התשנ"ד-1994, ס"ח 104; ס' 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק, התשנ"ד-1994, ס"ח 90.

226 בג"ץ 1285/02 עמותת "מנוחה נכונה" – באר שבע והסביבה" נ' השר לענייני דתות (טרם פורסם, 10.7.2006).

227 חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996, ס"ח 249.

228 עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 219.

229 ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א רשל"צ, פ"ד נג(3) 600 (1999).

230 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994).

231 בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491 (1994).

232 בג"ץ 1031/93 פסרו נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661 (1995) (להלן: עניין פסרו); בג"ץ 5070/95 נעמ"ת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721 (2002);

בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נט(6) 721 (2005).

הפרט בפוסלו הגבלות שהטילו רשויות מקומיות על פתיחת בתי־עסק בשבת, הפעלת תחבורה ציבורית בשבת,²³³ הפעלת תחנות־דלק בשבת ועוד.

(ג) ביקורת שיפוטית על החלטות בענייני ביטחון

בימיה הראשונים של המדינה מילא הפיקוח שיפוטי תפקיד רב חשיבות בביקורת על החלטותיה של הרשות המבצעת שהתבססו על שיקולים בטחוניים ופגעו בזכויות אזרח בסיסיות, אולם ביקורת זו הושתתה על פגמים פרוצדורליים ופגמי סמכות, ולא הייתה כרוכה בבדיקה מהותית של החלטת הרשות המנהלית. לדוגמה, בית־המשפט סירב להוציא צו מעצר מנהלי מכיוון שהוועדה המייעצת לא הוקמה כנדרש על־פי ההוראה הסטטוטורית הרלוונטית,²³⁴ ביטל צו סגירה משום שהוא לא פורסם,²³⁵ וביטל צו מעצר מנהלי שלא פירט את מקום המעצר.²³⁶ בית־המשפט הדגיש בעניינים אלה כי הוא אינו עוסק בביקורת של השיקולים הבטחוניים לגופם, ועד שלהי שנות השבעים סירב להתערב כאשר העתירה לא התבססה על חריגה מסמכות או על פגם פרוצדורלי, אלא על טענה התוקפת את ההחלטה עצמה. עם זאת, בפסקי־דין אחדים התערב בית־המשפט בהיבטים מהותיים של החלטות מנהליות, באמצעות פירוש החוק בדרך שלא אפשרה פעולות מנהליות משיקולים בטחוניים, במיוחד כאשר נעשה שימוש בשיקולים הללו לשם חיפוי על עילות לא־חוקיות. כך ביטל בית־המשפט את פיטוריו של ד"ר ישראל אלדד־שייב, ששימש כמורה, כאשר הפיטורים הסתמכו על עילות בטחוניות.²³⁷

בשנים מאוחרות יותר גילו בתי־המשפט נכונות רבה יותר להעמיד את החלטותיה המהותיות של הרשות המבצעת לביקורת השופטים. בפרשת סמרה²³⁸ ביטל בית־המשפט את הסירוב לאפשר איחוד משפחות, כאשר החלטת הסירוב הייתה מבוססת על אמות־מידה שנקבעו א־פרוירי בהסתמך על שיקולים בטחוניים. בעניין שניצר,²³⁹ שבו בוטלה החלטת הצנזור הצבאי לאסור פרסום חלקי של מאמר שדן במוסד, התייחס השופט ברק במפורש לנטייה ההולכת וגוברת להרחיב את היקף הפיקוח השיפוטי על שיקולים בטחוניים. בפסק־דין הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל²⁴⁰ קבע בית־המשפט כי ההיתרים של ועדת לנדוי,²⁴¹ שעל־פיהם פעלו עד אותה עת חוקרי השב"כ בחקירת עצירים בטחוניים, אינם

233 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).

234 בג"ץ 7/48 אל־כרבוטלי נ' שר הביטחון, פ"ד ב(1) 5 (1949).

235 פרשת הכפר רבסיה, לעיל ה"ש 147.

236 בג"ץ 95/49 אל־כורי נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד ד(1) 34 (1950).

237 בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה(1) 399 (1951).

238 בג"ץ 802/79 סמרה נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(4) 1 (1980).

239 בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989).

240 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).

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

חוקיים. קביעה זו התבססה על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר קובע בסעיף 2 כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". יש אומנם שהמדינה פוגעת בזכויות-יסוד אלה, אבל אין הפגיעה מותרת אלא כאשר יש הוראת חוק מפורשת המסמיכה אותה לעשות כן, כעולה מן הדרישה בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-היסוד. ללא חוק המתיר את אמצעי החקירה שהיו נהוגים בשב"כ, מצא עצמו בית-המשפט אנוס להגיע למסקנה שאליה הגיע.

במהלך השנים נעשתה הביקורת השיפוטית על סמכויות בטחוניות שבשיקול-דעת דומה יותר ויותר לביקורת הנמתחת על כל פעילות ממשלתית אחרת. הדמוקרטיה הישראלית נוקטת אומנם גישה הססנית כאשר היא נקראת לבטל מנגנוני חירום משפטיים שנוצרו כדי להגן על מצבה הבטחוני של המדינה, אולם ברבות השנים חשיבותם של השיקולים הבטחוניים הולכת ופוחתת, והשיקולים המתייחסים לשלטון החוק הולכים ומתעצמים. גישת הציבור והשופטים להיבטים ולשיקולים הבטחוניים השתנתה גם משום הכרוסום שחל במעמדו ובתדמיתו של הממסד הבטחוני בעקבות מלחמת יום-הכיפורים ומלחמת לבנון הראשונה. הדוחות של ועדת אגרנט בנוגע למלחמת יום-הכיפורים, ושל ועדת כהן שהוקמה כדי לחקור את האירועים במחנות הפליטים סברה ושתילה במלחמת לבנון, חשפו את העובדה שלעיתים רשיות הביטחון אינן נקיות מאשם ומשגיאות חמורות. תפיסה זו התחזקה בעקבות פרשת פולרד ופרשת קו 300.

תרומתו של בית-המשפט העליון להגנת זכויות האזרח מפני שימוש לרעה בסמכויות בטחוניות ניכרת גם בפסקי-הדין המאוחרים. בפסק-דין בית סוריק²⁴² נידונה שאלת חוקיותו של תוואי שנבחר להקמת גדר-ההפרדה. בית-המשפט הגדיר קטעים אחדים בתוואי הגדר "בלתי-מידתיים", לנוכח פגיעתם הקשה בחיי היומיום של האוכלוסייה שהאדמה שייכת לה והחייץ שהגדר יוצרת בין האוכלוסייה לבין אדמותיה החקלאיות. בעניין עדאלה²⁴³ דן בג"ץ ב"נוהל אזהרה מוקדמת", המוכר יותר כ"נוהל שכן", שבמסגרתו הסתייעו חיילי צה"ל בתושב פלסטיני מקומי כדי להזהיר באמצעות את העצור מפני פגיעה אפשרית בו ובנמצאים עימו. בית-המשפט קבע כי נוהל זה אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבין-לאומי, ועל-כן אסר את השימוש בו.

לבסוף, מן הראוי לציין כי ההליכים הדמוקרטיים לא התערערו עקב מצב החירום המתמשך במדינת-ישראל. מעמדה של הכנסת לא נפגע מעולם מהמתח הבטחוני, ושיקולים בטחוניים לא שימשו עילה להפרעת עבודתה של הכנסת או לדחיית הבחירות, למעט דחייה – מוצדקת מבחינה אובייקטיבית – של הבחירות שהתקיימו לאחר מלחמת יום-הכיפורים. התפקיד החשוב שבת-המשפט ממלאים בישראל ומחויבותה המלאה של החברה הישראלית לערכי הדמוקרטיה ראויים לציון לשבח.

יש המתהדרים בכך שעל-אף היות ישראל מדינה קטנה השרויה בסכנה, נוהגת בה ביקורת שיפוטית מרחיבה וליברלית מאוד בענייני ביטחון. אך דפוסי הביקורת השיפוטית דווקא

242 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004).

243 בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005).

בענייני ביטחון מעלים שאלות לא־פשוטות בדבר צורת המעורבות הראויה של בית־המשפט. עמוס גיורא משווה במאמרו²⁴⁴ בין גישתו של נשיא בית־המשפט הפדרלי האמריקאי המנוח ויליאם רנקוויסט לבין גישתו של הנשיא אהרן ברק. רנקוויסט נקט גישה מצומצמת יותר שלפיה ביקורת שיפוטית על ענייני ביטחון ראוי שתיעשה רק בתום הלהימה, וגרס כי ראוי להחיל אמות־מידה שונות מעט בתקופת לחימה ובתקופות שלום. פסק־הדין האמריקאי בעניין *Korematsu*²⁴⁵ מדגים עד כמה גישה זו יכולה להיות בעייתית. בפסק־הדין אישר בית־המשפט הפדרלי העליון את תוקפו של הצו אשר גירש רכבות של אמריקאים ממוצא יפני מכל אזור החוף המערבי של ארצות־הברית, והגביל את תנועתם למחנות מעצר. פסק־דין זה נחשב כיום על־ידי רוב המשפטים כתקדים מסוכן של הפרת זכויות אזרח בעת מלחמה. בעיתות חירום עלינו לתהות אם אכן יש מקום להתהדר ולהשתבח בכך שאנחנו – כמדינה קטנה יותר מארצות־הברית ובמצב בטחוני קשה משלה – נוהגים בגישה מרחיבה יותר של ביקורת שיפוטית, או שמא בגישה זו השופטים מספנים אותנו יותר מדי, בכך שהם אינם הולכים בדרכי הגישה השיפוטית האמריקאית המאופקת יותר. כל זאת בשעה שהעולם נוקט כלפי ישראל גישה צינית מפלה ואף מעוותת לעיתים.

Amos N. Guiora & Erin M. Page, *Going Toe to Toe: President Barak's and Chief Justice Rehnquist's Theories of Judicial Activism*, 29 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 51 (2005–2006). בעוד הנשיא ברק מאמין שבית־המשפט חייב לבחון בזמן־אמת את החלטותיהם של הרשות המבצעת וכוחות הביטחון בזמן אירוע בטחוני, וכן פעולות מעצר או אמצעים אחרים שהם נוקטים בעת חירום, השופט רנקוויסט, נשיא בית־המשפט העליון של ארצות־הברית, גרס כי על בית־המשפט להימנע מביקורת שיפוטית על חוקיות פעולותיה של הרשות המבצעת בזמן עימות מזוין, וכי עליו לעסוק בביקורת שיפוטית כזאת רק לאחר שהמסבר הסתיים. זאת ועוד, בניגוד לדעתו של השופט ברק, שלפיה בית־המשפט חייב לפרש את החוקים ולפסוק לפי אותן אמות־מידה גם בעת מלחמה או עימות, קבע הנשיא רנקוויסט כי "The laws 'will speak with a somewhat different voice during a time of war'", דהיינו, שהמשפט ידבר בקול שונה במקצת בעת חירום ומלחמה. ראו: WILLIAM H. REHNQUIST, ALL THE LAWS BUT ONE: CIVIL LIBERTIES IN WAR TIME 225 (1998). יש הבדל אם כן בין ההשקפה של רנקוויסט והמשפט האמריקאי לבין השקפתו של ברק בשני יסודות מרכזיים: היקפה של הביקורת השיפוטית ועיתויה. הנשיא רנקוויסט קבע כי דחיית החלטות עד לאחר תום המשבר הבטחוני עדיפה על קבלת החלטות בזמן האירועים הבטחוניים. בעניין זה הוא הפנה לשני פסקי־דין; *Duncan v. Kahanamoku*, 327 U.S. 304 (1946); *Ex Parte Misuwye Endo*, 323 U.S. 283 (1944). בפסקי־דין אלה העדיף בית־המשפט העליון הפדרלי את זכויות האזרח, בקובעו שמעצרו של אזרחים אמריקאים ממוצא יפני היה בלתי־חוקי, בניגוד לפסיקה שניתנה בעת המלחמה. לפחות בעניין היקף הביקורת השיפוטית בעת מלחמה או משבר הגישה האמריקאית נראית לי נכונה יותר, ובתקופות של לחימה גם דחיית ההכרעות לתום הלחימה נראית לי עדיפה. בפועל גם בישראל נהג בית־המשפט העליון לשים עתירות על המדף – לפעמים במשך חודשים ארוכים ולעיתים אף למשך שנים מרובות – לפני שהכריע בהן. במובן זה, אף־על־פי שגישתו של ברק שוללת במפורש את גישתו של רנקוויסט, בפועל נהג לעיתים בגיץ לפי גישתו של האחרון.

Korematsu v. Unites States, 323 U.S. 214 (1944) 245

נטייתו של בית-המשפט העליון לא רק להרחיב את פרישת יריעתו לענייני ביטחון, אלא גם להעמיק את מעורבותו בקבלת החלטות בטחוניות, מודגמת בפסק-הדין בעניין אדוארדו²⁴⁶ מהתקופה האחרונה בעניין מיגון בתי-ספר. בפסק-הדין החליטה הנשיאה ביניש להתערב בהחלטותיו של משרד הביטחון בעניין מיגון בתי-ספר בשדרות מפני איום טילי הקסאם, תוך שהיא בוחנת לעומקם את השיקולים שהנחו את מקבלי ההחלטה, ועל-סמך הנתונים שהובאו לפניו פסקה פסיקה אופרטיבית לגבי סוג המיגון שיש להשתמש בו ולגבי התקציב שהמדינה צריכה להעמיד לשם כך. למרות הרטוריקה הקבועה, שלפיה בית-המשפט אינו מעמיד את שיקול-דעתו תחת שיקול-דעתה של הרשות, קשה להתנער מהתחושה שזה בדיוק מה שעשה בית-המשפט במקרה זה. לעומת זאת, נדמה שבית-המשפט העליון נסוג מעט מאקטיביזם מרחיק-לכת זה בפסק-הדין בעניין כהן,²⁴⁷ שעוסק אף הוא במיגון בתי

246 בבג"ץ 8397/06 אדוארדו נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 29.5.2007) עלתה השאלה אם יש לחייב את המדינה למגן את כיתותיהם של תלמידי ד-יב בשדרות וביתר יישובי "עוטף עזה" בשיטת המיגון המלא או שמא ניתן להסתפק במיגוןן של כיתות אלה בשיטת "המרחבים המוגנים". הנשיאה ביניש פסקה כי "במקרה דגן... אין מנוס מן המסקנה כי החלטה זו חורגת ממתחם הסבירות. שני השיקולים העיקריים עליהם מבוססת החלטת המדינה, שלא למגן את הכיתות הנזכרות במיגון מלא, הינם השיקול הביטחוני-מקצועי והשיקול התקציבי... תוצאות הניסוי רחבי-ההיקף שבוצע בחודש מרץ 2007... תומכות להשקפתנו בטענת העותרים כי שיטת מיגון זו ['המרחבים המוגנים'] אינה נותנת מענה בטחוני סביר ומספק לסיכונים הניצבים בפני תלמידי אותן כיתות... המסקנה המתבקשת להשקפתנו מן האמור לעיל הינה כי שיטת 'המרחבים המוגנים' אינה נותנת מענה בטחוני הולם לכיתות שמיוגונן מבוסס על שיטה זו... לא בנקל יורה בית משפט זה למדינה כי עליה להקצות סכום בסדר גודל זה [כ-192 מליון ש"ח] למטרה מסוימת... מנגד, בנסיבות המקרה שבפנינו הקצאתו של הסכום המצוין נדרשת על מנת להגן על חיי אדם מפני איום ביטחוני שאינו איום פוטנציאלי או ערטילאי בלבד, שקיים ספק אם יתמשש. מדובר באיום יומיומי, ממשי וקונקרטי... בנסיבות אלה, ובמיוחד נוכח עוצמת האיום, מידת ממשותו, מספר התלמידים החשופים אליו, והאפשרויות המעשיות שניתן באמצעותן להיטיב את ההתמודדות עם הסיכון, הגענו לכלל מסקנה כי האיזון שביצעו המשיבים במקרה דגן בין השיקול הביטחוני-מקצועי לשיקול התקציבי חורג משמעותית ממתחם הסבירות. היינו, ההחלטה שלא למגן את הכיתות הנזכרות במיגון מלא ולהסתפק במיגוןן בשיטת 'המרחבים המוגנים' הינה החלטה בלתי-סבירה במידה המצדיקה התערבות שיפוטית." שם, פס' 11-14 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. בית-המשפט פסק כי חובתם של המשיבים, משעה שנטלה המדינה על עצמה את האחריות למיגונם של מוסדות החינוך ב"עוטף עזה", ליתן מענה בטחוני סביר לתלמידי בתי-ספר החשופים לאיום של טילי הקסאם, כל עוד הללו נדרשים להתייצב ללימודים באותם מוסדות חינוך.

247 בג"ץ 7844/07 כהן נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 14.4.2008) (להלן: עניין כהן). לאחר ששלושים מתושבי שדרות הגישו עתירה בדרישה למגן את בתיהם, החליטה הממשלה, בהחלטה מס' 3192 מיום 24.2.2008, לאשר תוכנית למיגון דירות מגורים ביישובים השוכנים בטווח של עד 4.5 ק"מ מגדר-המערכת המקיפה את רצועת-עזה. בעקבות החלטת הממשלה נענו עיקרם של הסעדים, ונותרו במחלוקת שני עניינים: (א) דרישת העותרים לקיום חלופה של מיגון עצמי, תוך החזרת ההוצאות שהוצאו לשם כך מידי המדינה; (ב) מימד הזמן להגשמת

מגורים, שם החליט בית-המשפט לא להתערב. השופטת פרוקצ'יה מעלה בפסק-הדין על נס את טיעון המומחיות היחסית, שלפיו בית-המשפט אינו מתערב בהחלטות המחייבות מומחיות. רעיון זה קיבל ביטוי בפסק-הדין האמריקאי המפורסם בעניין *Chevron*,²⁴⁸ שבו נתן השופט סטיבנס (Stevens) החלטה מרכזית בעניין פרשנות חקיקה, שבה אמר כי אל לו לבית-המשפט להתערב בפרשנות חקיקה מקום שהמחוקק הותיר לרשות מרחב שיקול-דעת לפרש את החוק המסמך את פעולתה, מכיוון שלרשויות המוסמכות יש המומחיות לקבל החלטות המחייבות ידע מקצועי, ואילו לבית-המשפט אין המומחיות הדרושה לקבל החלטות בנושאים כאלה. אולם בעוד טיעון העדר המומחיות שהציג השופט סטיבנס בעניין *Chevron* קשור באופן מהותי גם להעדר האחריות הדמוקרטית של השופטים, השופטת פרוקצ'יה, בפסק-הדין בעניין כהן, נמנעה מלקשור בין השניים, והדגישה דווקא כי למרות הריסון שבית-המשפט ינקוט בדרך-כלל, יהיו מקרים חריגים שבהם יתערב בית-המשפט העליון גם בהחלטות של מדיניות ממשלתית מובהקת.

2. תיאוריית האחריות הדמוקרטית של השופטים

ערך האחריות (accountability) של כל רשויות השלטון כלפי האזרחים מחייב שהמדינה תבחר את מודל השיפוט בעניינים חוקתיים בהתאם לשיטת מינוי השופטים הנוהגת בה. בארצות שבהן שיטת המינוי כוללת תשומה של גופים נבחרים ומרכיב של אחריות דמוקרטית מוצדק לאמץ מודל מכריע, דהיינו, שלבית-המשפט תהיה הסמכות לבטל את תוקפם של דברי חקיקה המנוגדים לחוקה. לעומת זאת, בארצות שבהן השופטים מתמנים על בסיס כישורים מקצועיים בלבד, ללא תשומה דמוקרטית, יש להביא בחשבון את העדר האחריות הדמוקרטית של השופטים. על-כן במקומות שבהם אין אחריות דמוקרטית

שלב א של תוכנית המיגון, שהיה צפוי להסתיים על-פי החלטת הממשלה עד לרבעון השלישי של שנת 2009. בהתאם לכך פסקה השופטת פרוקצ'יה כי "מיגון בתי המגורים בשדרות הוא ענין הנוגע במובהק למדיניות ממשלה, ויש לו משמעות בטחונית, חברתית, כלכלית ותקציבית... מדיניות הבטחון וההגנה באיזור גם היא אינה עומדת מבודדת ומנותקת, כשהיא לעצמה, אלא היא משתלבת בנושאי מדיניות רחבים יותר שהממשלה נדרשת אליהם; המידע, הנתונים, סדרי העדיפויות והמשקל היחסי שראוי לתת לגורמים השונים הצריכים לגיבוש המדיניות מצויים בידיעתה המיוחדת של הממשלה... מדובר בנושא [מיגון הבתים] הכרוך במדיניות מובהקת של ממשלה, הנתון בתחום אחריותה, בגדר שיקול דעתה, ובמסגרת ידיעתה המיוחדת". שם, ס' 19-20 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

²⁴⁸ *Chevron U.S.A. v. National Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984) (להלן: "עניין *Chevron*"); שם כתב השופט סטיבנס:

"Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges' personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policy making responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments"

בהליך המינוי מן הראוי לאמץ כללים אחרים של ביקורת שיפוטית. כלל אפשרי כזה הוא שהשופטים יוכלו רק להצהיר על אי-התאמת החוק לחוקה, אך לא לבטל את החוק. זה הכלל הנהוג בבריטניה לגבי ביקורת שיפוטית. דרך אחרת היא ליצור מנגנון שיאפשר למחוקק לתקן בחקיקה רגילה את החוק המנוגד לחוקה, כדי שיתיישב עם החוקה לפי פסיקת בית-המשפט, או לחלופין לאשר את תחולתו בהליך מיוחד על-אף האמור בחוקה ובפסיקת בית-המשפט. זו השיטה הנהוגה בקנדה.

ניתוח שיטות של ביקורת שיפוטית ומינוי שופטים מראה כי קיים קשר הדוק בין היקף הביקורת השיפוטית המותרת בהן לבין מידת התשומה הדמוקרטית בהליכי מינויים של השופטים. הדרישה לאחריות דמוקרטית נובעת מעקרון החוקתיות,²⁴⁹ שביסודו הרעיון כי במצבים מסוימים ראוי להגביל את כוחו של המחוקק הנבחר. רעיון זה מציב דילמה קשה מול הרעיון הדמוקרטי, לנוכח העובדה שהמחוקק שואב את סמכותו ישירות מהריבון, קרי, העם. הדילמה נוגעת בשאלת הלגיטימיות הדמוקרטית של חוקה בכל מדינה דמוקרטית, ובשאלת הדרך הנכונה להכריע בשאלות חוקתיות באותה מדינה.²⁵⁰ הפקדת תפקיד הביקורת השיפוטית בידי שופטים לא-נבחרים מחייבת קביעת כללים שיגבילו את היקף הביקורת שבית-המשפט רשאי להפעיל, מתוך הבנה שכוח הביקורת השיפוטית הוא כוח עצום, וקיים חשש מיוחד שכוח זה ינוצל לרעה דווקא מכיוון שהשופטים המפעילים את הביקורת השיפוטית אינם כפופים לאחריות דמוקרטית.

חשוב להדגיש כי גם בשיטות משפט שבהן השופטים מתמנים תוך תשומה של נבחרים-הציבור, איננו רואים בכך הגשמה שלמה של עקרון האחריות דמוקרטית. יש לציין כי לגבי שופטים איננו מדברים על ייצוג הולם של הציבור, כי אם על "שיקוף ראוי". ההבדל נגזר מכך שעם כניסתם לתפקיד השיפוטי, אנו מצפים שהשופטים ינתקו ככל האפשר את קשריהם עם הציבור שהם משתייכים אליו, בניגוד לנבחרים-הציבור, אשר ממשיכים לייצג את האינטרס של ציבור בוחריהם וקהילתם גם בקבלת תפקיד ממלכתי. כמו-כן, אם ביחס לנבחרים-הציבור אנו מצפים לייצוג דמוקרטי כמותי מדויק עד כמה שאפשר מבחינה מספרית, ביחס לשופטים איננו מצפים לייצוג מספרי מדויק של מגזרי החברה, כי אם לשיקוף ראוי של מגוון הפלגים והדעות בחברה. יש לציין כי שופטים מכהנים בתפקידם תקופות זמן ארוכות, לעיתים במשך כל חייהם, ולכן האחריות דמוקרטית שלהם פחותה מזו של נבחרים-הציבור, העומדים לבחירה מחודשת באופן תדיר.

אין אומנם כל פגם בכך ששופטים מתמנים בצורה שונה מנבחרים-הציבור ברשויות המחוקקת והמבצעת. אולם הקושי נוצר כאשר מי שמפעילים את הביקורת השיפוטית על

249 יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריותיות – מבט השוואתי" משפט וממשל י 489 (2007).

250 ראו, למשל, רות גביון "המהפכה החוקתית: תאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997); יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149 (1997); Bruce A. Ackerman, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 YALE L.J. 1013 (1984); Cass R. Sunstein, *Constitutionalism and Secession*, 58 U. CHI. L. REV. 633 (1991).

דברי חקיקה אינם נושאים באחריות כלפי הציבור, ובידיהם כוח רב לערער את עקרונות הפרדת הרשויות בדמוקרטיה.

קיימות אסטרטגיות אחדות שניתן לרכך באמצעותן את בעיית העדר האחריות הדמוקרטית של השופטים המפעילים ביקורת שיפוטית. דרך אחת היא לקבוע בחוקה הסדרים מפורטים ומדוקדקים בנושאים חוקתיים כדי להנחות את השופטים.²⁵¹ שיטה זו אינה מקובלת ברוב העולם, מכיוון שחוקות מנוסחות בדרך-כלל בלשון כללית, המשאירה חופש פעולה למחוקק ומרחב שיקול-דעת רחב במיוחד לשופטים לפרש את הנורמות החוקתיות, במיוחד בהינתן כללי פרשנות אובייקטיביים שאינם נצמדים דווקא לכוונת המחוקק, כי אם למטרות השיטה ולערכיה. לכן הדרך המקובלת יותר היא לנסות לפתור את בעיית האחריות בעת קביעת דרכי מינויים של השופטים. אפשר להצביע באופן כללי על שלושה מודלים למינוי שופטים – המודל האמריקאי פדראלי (בו קיימת מעורבות של הרשות המבצעת והמחוקקת), המודל האירופי הקונטיננטלי (בו קיימת מעורבות של הרשות המבצעת והשופטת) ומודל המשפט המקובל (המעניק תפקיד מרכזי לשר המשפטים).

בארצות-הברית הכוח להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה נתון לכל בתי-המשפט, הן המדינתיים והן הפדרליים, בכל הערכאות. המודל האמריקאי מיישב את בעיית העדר האחריות הדמוקרטית על-ידי קיום תשומה דמוקרטית של הרשויות הנבחרות במינוי השופטים בכל הרמות.

במודל האירופי הקונטיננטלי, כגון זה הנוהג בצרפת, בגרמניה, באיטליה ובמדינות אחרות, הכוח להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה נשלל מבתי-המשפט הרגילים ונמסר לבתי-דין מיוחדים לחוקה, מתוך תפיסה שהכרעות חוקתיות מחייבות גישה המבוססת על הכרעות ערכיות, אשר לא ראוי שיעשו על-ידי שופטים היושבים על כס השיפוט במשך כל תקופת הקריירה המקצועית שלהם ללא אחריות דמוקרטית.²⁵² לכן השופטים המכהנים בבתי-הדין לחוקה מתמנים בהליכים מיוחדים עם תשומה של הרשויות הנבחרות, בניגוד למינוי המקצועי גרידא של שופטי בתי-המשפט הרגילים. כך, למשל, שופטי בתי-המשפט לחוקה בגרמניה נבחרים בפרלמנט, תוך הקפדה על גיוון ואיוון אידיאולוגיים ופוליטיים. במשפט המקובל יש לבתי-המשפט כוח מצומצם בלבד להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקים, בשל העדר האחריות הדמוקרטית של השופטים. במדינות משפט מקובל אומצו חוקות נוקשות רק כדי להסדיר את היחסים בין חלקים טריטוריאליים שונים במדינה הפדרלית (כמו באוסטרליה ובקנדה), ואילו השופטים מתמנים על-סמך כישורים מקצועיים עם תשומה דמוקרטית מועטה בלבד.²⁵³ לאחרונה גברה ההכרה בצורך להבטיח מגוון אנושי

251 ראו: Paul P. Craig, *Administrative Law* (3rd ed. 1994); Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667 (1974–1975).

252 זו גם הסיבה לביקורת הגוברת על אי-הגבלת משך כהונתם של השופטים בבתי-המשפט הפדרליים בארצות-הברית. ראו: Judith Resnik, *Judicial Selection and Democratic Theory: Demand, Supply and Life Tenure*, 26 CARDOZO L. REV. 579 (2004–2005); David R. Stras & Ryan W. Scott, *Retaining Life Tenure: The Case for a "Golden Parachute"*, 83 WASH. U. L.Q. 1379 (2005).

253 ראו: David A.R. Williams, *The Judicial Appointment Process*, 39 N.Z. L. REV. 39–44.

בעת מינוי השופטים על-מנת להשיג שיקוף הולם של האוכלוסייה, כמו ב־Constitutional Reforms Act 2005 שנחקק לאחרונה בבריטניה. לפעמים, כמו בקנדה, הכוח להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה ניתן לבית-המשפט יחד עם סעיפים בחוקה המאפשרים לבית-המחוקקים להפוך את החלטת בית-המשפט ולהשאיר את החוק על כנו. גישתנו בדבר הצורך לאמץ בישראל את "המודל המצהיר" הבריטי או את המודל הקנדי של "חקיקת התגברות" ברוב לא נוקשה מדי מתיישבת אם כן עם תיאוריית האחריות הדמוקרטית ומתבקשת ממנה.²⁵⁴

3. סוגיית ההקצאה הבלתי-מידתית של משאבים שיפוטיים

התפקיד העיקרי של בתי-המשפט בכל חברה נתונה הוא להכריע בסכסוכים בין אזרחים, חברות ורשויות. זו מהותם של הרשות השופטת, בתי-המשפט והתפקיד השיפוטית.²⁵⁵ תפקיד משני לתפקיד זה הוא הגנה על הדמוקרטיה, הגנה על החוקה, הגנה על זכויות האדם והגנה על שלטון החוק. מרבית העשייה השיפוטית חייבת להתמקד בתפקידה העיקרי של הרשות השופטת. התפקידים הנוספים חייבים להישאר בפרופורציה הנכונה, כדי לשמר את אמון הציבור ברשות השופטת, וכנגזרת מכך – את אמון הציבור בשלוש הרשויות ובדמוקרטיה.

ההתפתחות בפסיקת בית-המשפט העליון בנושאים החוקתיים, כמוצג לעיל, מלמדת כי בתי-המשפט, ובמיוחד בית-המשפט העליון, מקדישים את עיקר המשאבים השיפוטיים דווקא להתדיינות בתחומים הציבוריים. ממצא זה אף הוכח במחקר אמפירי, שהראה כי חלה עלייה במספר הדיונים בתחומים הציבוריים לצד הפחתת מספר הדיונים העוסקים ביישוב סכסוכים במשפט הפרטי. הפיחות הניכר בהתדיינות הפרטית מעיד על הקצאת משאבים בלתי-מידתית של המשאבים השיפוטיים.

עיקר עוצמתה של הרשות השופטת נובע מאמון הציבור במוסד השפיטה וברשות השופטת על כלל מרכיביה. פגיעה באמון הציבור ברשות השופטת עלולה להיות הרסנית בחברה דמוקרטית. הקצאת המשאבים הבלתי-מידתית פוגעת באמון הציבור במערכת המשפט, וגורמת להפחתת הלגיטימציה הניתנת לרשות השופטת בחברה הישראלית בכלל ובקרב הצדדים המתדיינים בפרט. אשר על-כן מתפקידה של הרשות השופטת לשמור על הקצאה נכונה ומידתית של המשאבים השיפוטיים. מחובתם של בתי-המשפט להתמקד בפתרון סכסוכים, על-מנת למנוע השקעת משאבים בלתי-נדלים בהתדיינות ציבורית. בעיה דומה עולה בכל הנוגע במינוי שופטים כחברים בוועדות חקירה. תופעה זו, המתרחבת

47–48 (2004); Mita Bhattacharya & Russell Smyth, The Determinations of Judicial Prestige and Influence: Some Empirical Evidence from the High Court of Australia, 30 J. LEGAL STUD. 223, 229–232 (2001); STANLY DE SMITH, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 398 (7th ed. 1994).

254 ראו להלן חלק ג(ג) למאמר.

255 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 282 (2004).

בארצות המשפט המקובל, לא פסחה על ישראל, שיש לה מסורת ארוכה של מינוי שופטים לכהונה בוועדות חקירה.²⁵⁶ השופט, הממלא ברגיל תפקיד שיפוטי אובייקטיבי ועצמאי, נדרש לבחון נושא ציבורי שנוי במחלוקת וטעון מבחינה פוליטית. באופן טבעי, כשם שיהיו תמיד תומכים בממצאי הוועדה ובמסקנותיה, כך יהיו גם תמיד מתנגדים לממצאי הוועדה ולמסקנותיה. כאפקט אגבי של הקולות המתנגדים לממצאי הוועדה, קרנם של בית המשפט ושל השופטים עלולה להיגדע. השופטים, בכובעם כחברי ועדת חקירה, מאבדים חלק מן הלגיטימציה הציבורית, והדבר עלול להשפיע על תפיסת הציבור לגבי מערכת המשפט כולה.²⁵⁷

4. החובה לכייל במדויק את קווי התיחום בין הרשות השופטת לבין הכנסת והממשלה

בשנת 1994 כתבתי כי בית המשפט העליון צריך לכייל במדויק את קווי התיחום בינו לבין רשויות השלטון האחרות – הכנסת והממשלה.²⁵⁸ מאז רק החריפה המחלוקת בדבר היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיהן של הרשויות הפוליטיות, בדבר מעמדו של בית המשפט העליון ובדבר סמכותו לבטל חוקים של הכנסת מתוקף חוקי היסוד.²⁵⁹ המחלוקת בדבר היקף הביקורת השיפוטית משפיעה על אופן הציבור במערכת השפיטה. בית המשפט אינו יכול לפעול במנותק מההוויה החברתית והציבורית הרווחת. כדי להמשיך למלא את תפקידו נאמנה, בית המשפט נדרש לתחום באופן מדויק יותר את קווי הפרדה בינו לבין הרשויות האחרות.

- 256 כגון ועדת כהן, ועדת שמגר, ועדת וינוגרד, ועדת אור, ועדת זיילר ועוד.
- 257 חוק ועדות חקירה קובע כי בראש ועדת חקירה ממלכתית יעמוד שופט. על-פי חוק זה, אין הכרח שיתר חברי הוועדה יהיו שופטים או משפטנים, אך ברוב ועדות החקירה שמונו לאורך השנים ומונו משפטנים נוספים, ובחלקן (כגון ועדת כהן או ועדת שמגר) הם אף היו רוב. גם בוועדת וינוגרד ובוועדת זיילר מונו שני משפטנים, כולל יושבי-הראש שלהן, אף שבוועדות בדיקה ממשלתיות אין כל חובה למנות שופטים או משפטנים. עם זאת, נראה שכאשר תפקידו של השופט בוועדה הוא חקירתי וקשור לממצאים עובדתיים, ייתכן שיש מקום למינוי שופטים לוועדות חקירה.
- 258 Shimon Shetreet, Justice in Israel – A Study of the Israeli Judiciary 519–521 (1994).
- 259 ראו תזכיר חוק לתיקון חוק יסוד: השפיטה (תיקון – שפיטות), התשס"ח-2008; נטע סלע "פרידמן: העליון הוא המוסד היחיד ללא בקרה" *ynet* 14.11.2007 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3471170,00.html; דניאל פרידמן "לטיפולך שר המשפטים הבא" ידיעות אחרונות 21.4.2006; יועז, לעיל ה"ש 194; יובל יועז "המטרה של פרידמן: להגביל תחומי ההתערבות של בג"ץ" *הארץ* אונליין 23.8.2007 www.haaretz.co.il/hasite/spages/897857; יובל יועז "ביניש: צמצום סמכויות בג"ץ – פגיעה ישירה בדמוקרטיה" *הארץ* אונליין www.haaretz.com/hasite/spages/897894.html 27.8.2007; אבירם זינו "אהרון ברק: פרידמן שולל את הביקורת השיפוטית", *ynet* 11.11.2007 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3469882,00.html.

החובה לתחום במדויק את סמכויותיהן של שלוש הרשויות נובעת מתורת הפרדת הרשויות, הנסמכת על כך שכל רשות פועלת במרחב עצמאי ונפרד, ושכל רשות מהווה מנגנון איזון ובקרה לשתי הרשויות האחרות. התפרשות רחבה של היקף הביקורת השיפוטית חורגת מגבולות הפעולה הרגילים של הרשות השופטת, ובכך מערערת את יציבות המבנה העדין של הפרדת הרשויות.

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

במסגרת כיול מדויק זה, בית המשפט צריך להימנע, למשל, מלהתערב בעתירה העוסקת בעניינים שאופיים הפוליטי בולט ואשר נעדרים מהם היבטים משפטיים דומיננטיים.²⁶⁰ המשימה לשרטט בוהירות את קווי הגבול החדשים בין הרשות השופטת לזרועות הפוליטיות אינה מאתגרת פחות ממשמת ההרחבה של היקף הביקורת השיפוטית. האתגר הוא להימנע מנסיגה שיפוטית לא-הכרחית מתחומים חיוניים אשר חייבים להיות בפיקוח שיפוטי, אך להימנע גם מהמשך ההתערבות השיפוטית בתחומים שבהם התערבות זו משבשת באופן מהותי את קשרי-הגומלין בין בית המשפט לבין הרשויות האחרות – הכנסת והממשלה. כלי אפקטיבי שעשוי לסייע בקידום מטרות ציבוריות תוך שמירה על קווי התיחום הוא הביקורת הציבורית. העיתונות וקבוצות-לחץ, בדמות ארגוני זכויות אדם וארגונים חברתיים, מקיימים באופן מתמיד ביקורת על פעולותיהן של הרשויות. ביקורת זו היא ביקורת פומבית, ויש בכוחה להשפיע השפעה של ממש על דעת-הקהל בישראל ועל הנעת תהליכים חברתיים רצויים. אני סבור שבכוחן של אותן קבוצות-לחץ לקדם מטרות חברתיות וציבוריות במישור הציבורי, מחוץ לכותלי בית המשפט, מבלי שיופר האיזון העדין בין רשויות השלטון על-ידי שימוש מופרז בבית המשפט ככלי לשינוי חברתי.

5. הדרכים להשגת היעד של הגדרה ראויה של מעמד בית המשפט בדמוקרטיה

(א) מבחן לסיוג התערבות שיפוטית – מבחן השיבוש המהותי של יחסי-הגומלין בין הרשויות

גם כאשר בית המשפט פוסק לגופו של עניין ולחובת הרשות, ניכרת מגמת רתיעה מהתערבות בהחלטותיהן של הרשויות הפוליטיות. כך, למשל, בעניין פסרו²⁶¹ קבע השופט

260 Shetreet, לעיל ה"ש 260, בעמ' 272-273.

261 לעיל ה"ש 230.

שמגר כי המרת דת כשלעצמה אינה פעולה שחייב להתלוות אליה הליך לפי פקודת העדה הדתית (המרה). הפקודה חלה אפוא רק על נושאים שבסמכותם של בתי-הדין הדתיים, ולא על נושאים אחרים. מאחר שהיא אינה חלה על נושא המרשם, המרת דת אינה מותנית בכך ש"ראש העדה" ייתן לה את אישורו. בית-המשפט נמנע מלפסוק בעניין מתן תוקף לגיור לא-אורתודוקסי בישראל, והסתפק בהצהרה בדבר אי-תחולתה של הפקודה לעניין הכרה בגיור על-פי חוק השבות ולעניין המרשם, מבלי להגיע לפסיקה אופרטיבית. אותה מגמה ניכרת גם בעניין רובינשטיין.²⁶² עשר שנים לפני כן, בפרשת רסלר,²⁶³ נקבע כי שר הביטחון מוסמך לדחות את גיוסם של תלמידי הישיבות, וכי הפעלת שיקול-הדעת לא חרגה ממתחם הסבירות. בשנים שחלפו הלך וגדל מספרם של תלמידי הישיבות, ובעניין רובינשטיין קבע בית-המשפט כי שר הביטחון מפעיל לא כדין סמכות אשר נתונה לכנסת. עם זאת ציין בית-המשפט כי בנסיבות הקיימות אי-אפשר לשנות את המצב הקיים באופן מיידי, והשהה את תוצאות החלטתו.

בעניין מישראל²⁶⁴ נפסלה מדיניות של איסור ייבוא בשר קפוא לא-כשר, ובעקבות הפסילה תוקן חוק-יסוד: חופש העיסוק, והוכנסה בו "פסקת ההתגברות",²⁶⁵ המאפשרת לחוקק חוק הפוגע בזכות המעוגנת בחוק-היסוד אם תוקפו של החוק לארבע שנים, אם הוא התקבל ברוב של שישים ואחד חברי-כנסת ואם מצוין בו במפורש כי הוא תקף על-אף האמור בחוק-היסוד. פסיקותיו של בית המשפט ותהליך תיקונו של חוק-היסוד העצימו את המחלוקת בין מתנגדי הביקורת השיפוטית הרחבה ותומכיה. בנוסף, התעצמה המתקפה נגד בית-המשפט, ורבו הנסיונות לצמצם את סמכויותיו ולהתערב בסדרי הבחירה של השופטים.

על רקע זה הגעתי למסקנה כי מן הדין לשנות היבטים אחדים של החשיבה שהייתה מקובלת עליי בעבר, ולהפעיל את דוקטרינת הכיול המדויק לצורך שמירת האיזון בין הרשויות השונות, כפי שהוצג לעיל.

(ב) חזרה למודל הקלסי של זכות העמידה במשפט הציבורי, למעט חריגים

במהלך השנים תמכתי בהרחבת זכות העמידה בעתירות לבג"ץ, ואף ייצגתי את העותרים בפרשות שבהן ניתנה זכות עמידה לבעלי מכשיר טלוויזיה בתביעה נגד רשות השידור וכן לאזרחים מן השורה בעתירה נגד סירוב להסגיר עברייני בן-הסגרה.²⁶⁶ עמדתי זו הסתמכה על הנחתי כי לאחר תקופה ארוכה של התרחבות הביקורת השיפוטית, מתן זכות עמידה נרחבת ונקיטת עקרון שפיטות מוגמש, תבוא תקופה של כיוול מדויק (fine tuning) שימנע

262 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998) (להלן: עניין רובינשטיין).

263 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).

264 לעיל ה"ש 211.

265 ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, התשנ"ד-1994, ס"ח 90.

266 בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365 (1981); בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1 (1987).

אזורי חיכוך בין הרשות השופטת לבין הרשויות הפוליטיות. גישתי הייתה כי הכיול המדויק והתאמת קווי הגבול בין הרשות השופטת לבין הרשויות האחרות צריכים להיעשות על-ידי בתי-המשפט עצמם, על בסיס הפגיעה המהותית בשלטון החוק או מבחן הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים.²⁶⁷

דעתי כיום היא כי עקב המחלוקת הקשה שהתגלעה בחברה הישראלית בנוגע למעמדו של בית-המשפט העליון וסמכותו לבטל חוקי כנסת באמצעות ביקורת שיפוטית מתוקף חוקי-היסוד, ועקב ההתנגדות העזה שבית-המשפט העליון מעורר בגין האקטיביזם השיפוטי שהוא נוקט, נדרשת חשיבה מחודשת בנוגע לסוגיות-יסוד הנוגעות במערכת השיפוטית, ביניהן זכות העמידה. כל עוד עמדה לרשות בית-המשפט קרן אשראי רחבה של אמון הציבור, ולא התגלעו מחלוקות חריפות בציבור בנוגע למעורבותו בעניינים שהובאו לבית-המשפט על יסוד עתירות ציבוריות, היה מוצדק להשתמש בקרן האשראי הזו כדי להבטיח מנהל תקין, טוהר מידות, שלטון חוק וערכים רחבים בחברה באמצעות בית-המשפט. נראה כי כחלוף תקופה של הרחבת התפקיד השיפוטי על-ידי בית-המשפט, ומשנשחקה קרן האשראי הזו, הגיעה העת לצמצום בחקיקה את זכות העמידה אך למי שנפגע אישית.

זו עמדתי, למשל, באשר לבג"ץ 4668/01 שריד נ' ראש הממשלה,²⁶⁸ שבו פסל בג"ץ את מינויו של אהוד יתום לראש המטה ללוחמה בטרור עקב מעורבותו הישירה בהריגת המחבלים שנתפסו באירוע בקו 300 בשנת 1984. לגישתי, זוהי זכותו המלאה של ראש הממשלה למנות לתפקידי-מפתח את האנשים שהוא רואה כמתאימים ביותר, ולכן תיק זה לא היה צריך להגיע לדיון כלל. הביקורת הנוקבת שעימה נאלץ בית-המשפט העליון להתמודד בעקבות פסיקתו בעניין זה הייתה יכולה להימנע ממנו אילו לא הייתה זכות העמידה כה רחבה.

צמצום זכות העמידה נדרש גם כדי להפסיק את התופעה של "עתירות מוזמנות". בשל מעורבותו העמוקה של בית-המשפט בממשל הפוליטי, נוצרה תופעה של עתירות אשר "מוזמנות" על-ידי גורמים מכל קצוות הקשת הפוליטית, ולעיתים אף מתוך הרשות המבצעת, תוך מעורבות עקיפה ושקטה של מתנגדי ההחלטות הממשלתיות.

הצדקה נוספת לצמצום זכות העמידה נובעת מהתחזקותם של ארגוני החברה האזרחית בישראל, אשר יכולים להשיג כיום תיקוני חקיקה, תיקוני מדיניות ותיקון ליקויים באמצעות שדולה, מאבק ציבורי, מאבק פרלמנטרי ושימוש בעיתונות החוקרת. נראה שליקויים אשר בעבר היה אפשר להביאם לידי תיקון רק באמצעות עתירות ציבוריות לבית-המשפט העליון ניתנים עתה לתיקון באמצעים חלופיים, מבלי לשחוק את קרן האשראי שנותרה בידיו של בית-המשפט ואשר חיונית להכרעה בסוגיות המיידיות של עותרים שנפגעו אישית.

(ג) אימוץ "המודל המצהיר" לביקורת שיפוטית על חוקים

דעתי היא כי יש להתמודד עם בעיית העדר האחריות הדמוקרטית בשיטת המשפט הישראלית על-ידי אימוץ "המודל המצהיר" לביקורת שיפוטית שאומץ בבריטניה. על-פי מודל זה, לבתי-המשפט יש הכוח להצהיר על אי-התאמת דבר חקיקה לחוקה, אולם רק בידי

267 SHETREET, לעיל ה"ש 260, בעמ' 519-521.

268 בג"ץ 4668/01 שריד נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(2) 265 (2001).

המחוקק נתונה ההחלטה אם לבטל את דבר החקיקה, לתקנו או להשאירו על כנו על-אף אי-התאמתו לחוקה.

בישראל הצעותיו של שר המשפטים פרידמן להגביל את הביקורת השיפוטית על החקיקה הושתתו על הרעיון שמכיוון שבחירת השופטים בישראל נעשית על בסיס מקצועי, ומכיוון שבועדה למינוי שופטים יש רוב לאנשי המקצוע בוועדה, ולא לדרג הנבחר דמוקרטי, הגיוני לבחור במודל הקנדי (שמאפשר תיקון חקיקתי ברוב מיוחד בעקבות פסקי-דין) או במודל הבריטי (שלפיו בית-המשפט רק מצהיר והפרלמנט הוא שמחליט). עצם דרישת רוב מיוחד של 61 להתגברות על הכרזת בית-המשפט על אי-חוקתיות של סעיף חוק מכבידה מאוד את ההליך הדמוקרטי. קביעת רוב של 66 או 70 הינה מרחיקת-לכת אף יותר מהמודל הקנדי, אשר מכיר בכך שכאשר אין תשומה דמוקרטית, יש לאפשר תהליך גמיש של תיקון חקיקה בעקבות פסיקה.

באימוץ "המודל המצהיר" הבריטי או "מודל ההתגברות" הקנדי יש כדי למנוע את השחיקה במעמדו של בית-המשפט העליון, לנוכח מיעוט החיכוכים במקרים של הכרעה בסוגיות שבין האזרח לרשות. להבדיל מהמודל של בית-משפט לחוקה ומהמודל של ביקורת שיפוטית מוקדמת, "המודל המצהיר" אינו מצריך הקמת גוף חדש שעלול לפגוע במעמדו של בית-המשפט העליון, ומונע מצב - שעלול להתרחש אם לא יאומץ אחד המודלים שלעיל - שבו תצליח הרשות המחוקקת להביא לידי אישור חקיקה תוקפנית כלפי בית-המשפט העליון, כגון הצעות חוק בעניין בית-משפט לחוקה.

באימוץ "המודל המצהיר" גם אין משום מהפכה גדולה, שכן בפועל כך נוהג בית-המשפט, ולראיה פסקי-הדין בעניין פסרו,²⁶⁹ בעניין רובינשטיין,²⁷⁰ בעניין מנהלי ההשקעות²⁷¹ ובעניין צמח.²⁷² אין בכך מהפכה גדולה שכן ניכרת מגמה הולכת וגוברת של בית-המשפט העליון בישראל להשעות את הכרזת הבטלות שיצאה מתחת ידיו בשאלות חוקתיות ומנהליות, ולתת שהות לרשויות להגיב על פסק-דינו.²⁷³

(ד) יישום ממשתי של עקרון השיקוף, להבדיל מעקרון הייצוגיות, בבחירת שופטים הרציונל לבחירת שופטים על-פי אמת-מידה המבוססת על השתייכותם החברתית נובע מהצורך שהמערכת המשפטית תשמש, במידת האפשר, בבואה של החברה שבתוכה היא פועלת. תפיסה זו מבוססת על עקרון-העל שלפיו הצדק צריך להיראות, ולא רק להיעשות.²⁷⁴

269 לעיל ה"ש 230.

270 לעיל ה"ש 261.

271 לעיל ה"ש 215.

272 לעיל ה"ש 215. לניתוח מפורט של ההצעה להנהיג את "המודל המצהיר" בישראל ראו שמעון שטרית "בית המשפט על פרשת דרכים - המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים" מאזני משפט ה' 23 (2006). ל"מודל המצהיר" בבריטניה ראו: Shimon Shetreet, *Models of Constitutional Adjudication: A Comparative Analysis*, in PAPERS PRESENTED AT THE XII CONGRESS OF PROCEDURAL LAW 769 (Ada Pellegrini Grinovner & Petronio Calmon eds., Forensa 2007).

273 יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2006).

274 Shimon Shetreet, *The Doctrinal Reasoning for More Women Judges — The Principle*

עקרון הרשות השופטת המשקפת מעוגן במקומות מסוימים בעולם בקביעות סטטוטוריות, ובאחרים – בנוהג דווקני. בקנדה, לדוגמה, החוק קובע כי שלושה מבין תשעת השופטים בבית המשפט העליון יהיו מקוויבק, והנוהג הוא כי שלושה נוספים יהיו מאונטריו, שניים מהפרובינציות המערביות ואחד מהפרובינציות האטלנטיות.²⁷⁵ במדינות נוספות, דוגמת בלגיה, ברזיל ואוגנדה, קיימים הסדרים ספציפיים לשימור הרשות השופטת כבבואה של החברה.²⁷⁶ סעיף 2.13 להצהרה הבין-לאומית בדבר אי-תלותה של המערכת השיפוטית²⁷⁷ קובע כי "ההליך והשיקולים לבחירת שופטים יעניקו משקל ראוי לצורך להבטיח רשות שופטת המשקפת באופן הוגן את החברה על כל היבטיה".

נגד עקרון הייצוג נשמעו טענות רבות. בין היתר הועלתה הטענה כי מינוי שופטים לפי עיקרון זה עלול לפגוע ברמת השופטים משום ששיקולי הייצוג יבואו על-חשבון השיקולים המקצועיים. טענה נוספת הייתה כי חלוקת האוכלוסייה לקבוצות עלולה דווקא להגביר את הקיטוב, להנציח דעות קדומות ולהגביר את הניכור. אולם מעל לכל נטען כי הכנסת שיקולים ייצוגיים להליך המינוי תפתח פתח מסוכן לפוליטיזציה של מערכת המשפט ולפגיעה בעצמאותה, שכן השופטים יפעלו על-פי ציפיות המגזר שאליו הם משתייכים. עקרון השיקוף עונה על טענות אלה. אין להפריז בהשפעת תכונותיו האישיות של השופט על פסיקתו ולהמעיט בהשפעת הגורמים שכנגד המאזנים את השפעת הנתונים האישיים, דוגמת גורמים חברתיים, גורמים מערכתיים ושיקולים מוסדיים.²⁷⁸ נוסף על כך יש לזכור כי לעיתים השופטים מכריעים בשאלות חברתיות חשובות ושנויות במחלוקת ציבורית. אין להקל ראש בשיקול זה, המחייב הבטחת שיקוף הולם למעמדות חברתיים שונים, לעדות דתיות ואתניות שונות, לקבוצות אידיאולוגיות שונות, לנשים ולגברים. שיקוף זה נדרש בצורה הוגנת וסבירה (ולא בהכרח פרופורציונלית מספרית ודווקנית) ובכפוף לאמות-מידה של מצוינות מקצועית ואיכויות מוסר גבוהות. מן הראוי שעקרון השיקוף ישמש גם בקביעת המותבים, ולא רק במינוי השופטים, כך שהרכב נתון יהיה ניטרלי או משקף ומאוזן.

המלצתה של ועדת זמיר הייתה כי ראוי שוועדת המינויים תאמץ באופן רשמי את עקרון השיקוף, בכפוף לשיקולים של רמה מקצועית ואיכות אישית של המועמד,²⁷⁹ אך הוסיפה וציינה כי זה המצב הקיים כיום בהליך הבחירה, וכי היא רק נותנת לו גושפנקה. אני סבור שהייתה זו החמצה גדולה, שכן עמדה נחרצת וברורה בסוגיית השיקוף הייתה יכולה לתת מענה לביקורת על מערכת המשפט, אך אני מסכים להחלטת הוועדה לא לקבל את עקרון

.of Reflective Judiciary, in *WOMEN IN LAW* 183 (Shimon Shetreet ed., London 1998)
 Shimon Shetreet, *The Administration of Justice — Practical Problems, Value Conflicts* 275
 and Changing Concepts, 13 *U.B.C. L. REV.* 52 (1979)
 לעיל ה"ש 277, בעמ' 189–188.
 277 ראו Montreal Universal Declaration, לעיל ה"ש 25.
 Shimon Shetreet, *On Assessing the Role of Courts in Society*, 10 *MANITOBA L.J.* 355, 278
 (1980) 399–402.
 279 הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים דין וחשבון 26–28 (יצחק זמיר יו"ר, תשס"א).

היצוגיות,²⁸⁰ אשר עלול להוביל, כאמור לעיל, לפוליטיזציה של מערכת המשפט ולפגיעה בעצמאותה.

פרק ד: זברי סיכום

קיומה של מערכת שיפוטית עצמאית ובלתי-תלויה הוא פועל יוצא מאופייה הדמוקרטי של מדינה הדוגלת בעקרונות השוויון, החירות ושלטון החוק,²⁸¹ והיא אף בגדר צורך חוקתי. עצמאות שיפוטית מתקיימת כאשר ניתן להבטיח את אי-תלותם של השופט כפרט ושל המערכת השיפוטית כגוף.

כפי שראינו, בישראל קיימת תרבות ארוכת-שנים של עצמאות שיפוטית. הרשות השופטת בישראל היא רשות עצמאית, שכן במילוי תפקידי השפיטה אין היא תלויה באדם או ברשות אחרת באופן בלעדי. אי-התלות היא אישית, מהותית וקבוצית.

בעיצובה של תרבות העצמאות השיפוטית בישראל נטלה חלק ההנהגה הפוליטית, אשר הקפידה, רוב הזמן, לשמור על עצמאותה של המערכת השיפוטית, ועיגנה בחקיקה ובחוק-יסוד את מרכיביה העיקריים של אי-התלות. עם זאת, מערכת היחסים בין הרשות השופטת לבין הרשויות המחוקקת והמבצעת לא התנהלה תמיד על מי-מנוחות. פרשיות דוגמת התערבות הכנסת במשפט אייכמן, חקיקת חוקי תשריר וסיכול החלטות שיפוטיות על-ידי החלטות ממשלה, כפי שקרה בגירושו של ד"ר סובלן ובפרשת הכפר רבסיה, מהוות אותות אזהרה מפני אפשרות של התערבות הכנסת והממשלה בהחלטות שיפוטיות.

ראינו גם כי קווי התיחום בין סמכויותיו של שר המשפטים לבין אלה של נשיא בית-המשפט העליון טרם הגיעו לידי הסדר משביע-רצון, והדבר משפיע לרעה על תהליכי קבלת ההחלטות בניהול בתי-המשפט ובמינוי שופטים.

בפן המהותי, הוויכוח הער סביב היקף העצמאות השיפוטית, במיוחד בתחומי הביקורת השיפוטית החוקתית על חקיקה והאקטיביזם במשפט הציבורי, הביא לידי שחיקה במעמדו של בית-המשפט העליון בעיני הציבור. שופטי בג"ץ לא התמהמהו, ובשנים האחרונות הפנימו את השינוי בהלך-הרוח הציבורי על-ידי פסיקה אקטיביסטית פחות בסוגיות רגישות. בג"ץ נזהר מהכרעה בסוגיות אלה, תוך שהוא דוחק בצדדים להגיע להסדרי פשרה או מתערב על בסיס צר.

בית-המשפט נהפך פעמים רבות לכמה המהווה תחליף למוסדות אחרים הקיימים במדינה, בין לצורך התכתשויות בין סיעות פוליטיות יריבות בכנסת, ובין לצורכי ביקורת על פעולות המערכות הביצועיות במדינה (לרבות המערכת המדינית, הצבאית, הבטחונית, הרפואית והמנהלית), והוא מעורב ברוב המאורעות הציבוריים העולים לתודעת הציבור.

280 ש.ם.

281 בג"ץ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141, 147 (1986).

הוא אף מהווה פורום שדרכו פוליטיקאים מסוימים משיגים במה ופרסום סמוך לבחירות ולאחריהן. הוא משמש, בין היתר, במה לביטוי מצוקתם וכאבם של אנשים פגועים ואמצעי להשגת הכרה חברתית בחשיבותם של נושאים מסוימים.

לפיכך, ממוסד של הכרעה בסכסוכים בין הפרט לשלטון נהפך בית־המשפט לזירה למאבקים פוליטיים וחברתיים. אישים פוליטיים רואים לעיתים בבג"ץ את אחת מדרכי הפעולה השגרתיות להגשמת מטרותיהם. קיימים גם ארגונים ציבוריים שעיקר עיסוקם הוא בקידום אינטרס ציבורי מסוים באמצעים משפטיים (כגון התנועה למען איכות השלטון בישראל או אדם טבע ודין).

בתוך כל אלה הרשות השיפוטית מעוניינת לשמור על עצמאותה השיפוטית, אך חשה מאוימת מנשק יום־הדין של הרשות המחוקקת, אשר נשלף לא פעם בנסיבות פוליטיות וחברתיות כאלה ואחרות, כפי שחוינו כולנו לאחרונה בהתנגשות בין השר פרידמן לנשיאה ביניש.

לסיכום, לדעתי, על־מנת לשמור על העצמאות השיפוטית, יש לשאוף לאזן מחדש בין הרשויות על־ידי חזרה למודל הקלסי של זכות העמידה, אימוץ "המודל המצהיר" בביקורת שיפוטית על חקיקה ואימוץ עקרון השיקוף בבחירת שופטים. אנו נמצאים בתקופה של בחינה מחדשת של מעמד בית־המשפט העליון, ויש לקוות כי במהרה יתגבשו ויתבהרו קווי התיחום בין הרשויות בהיבטים המוסדיים והמהותיים.

