

על קביעת הרכבים בפרשנות חוקי היסוד*

מאת

יצחק הרצוג***

מבוא

- א. בין פרשנות פרלמנטרית לפרשנות חוץ-פרלמנטרית
 - 1.א פרשנות חוקתית בארה"ב
 - 2.א מודלים נוספים של פרשנות חוקתית
- ב. ההיבט הקבוצתי של הפרשנות החוקתית
 - 1.ב תזת הפרשן החוקתי היחיד
 - 2.ב תזת הפרשן החוקתי הקולגיאלי (ודחיית תזת הפרשן היחיד)
- ג. הפרשן הקולגיאלי
 - 1.ג מודל אסיפת המומחים
 - 2.ג ייצוג, הסמכה ושיקוף
 - 3.ג מודל הסנאט – שיקוף המבנה המשטרי
 - 4.ג מודל הוועדה הפרלמנטרית – שיקוף החברה על שלל דעותיה
 - 5.ג שאלת המכנה המשותף
 - 6.ג פרשני החוקה כגופים ייצוגיים, מוסמכים ומשקפים
 - 7.ג פרשנות חוקתית במותב מלא
- ד. הרכב הפרשן החוקתי וההצדקה לבקורת החוקתית

סיכום

* מאמר זה הוצג לראשונה בסמינר מחלקתי של הפקולטה למשפטים בקרייה האקדמית. תודתי לסגל הפקולטה על הערות מועילות. תודות מיוחדות למגיב, ד"ר ניר קדר, על הערות מקיפות ומלומדות, למר מיכאל פרידמן, על עבודת מחקר מצוינת ולמערכת קריית המשפט על עריכה מקצועית.

** מרצה, הפקולטה למשפטים, הקרייה האקדמית אונו.

מבוא

בבית המשפט העליון מכהנים כיום כחמישה עשר שופטים, המכריעים בכל שנה באלפי תיקים בתחומי המשפט השונים. רוב פסקי הדין ניתנים בהרכבים של שלושה שופטים, הנקבעים על ידי נשיא או נשיאת בית המשפט העליון.¹ החל בשנת 1995, עת ניתן פסק הדין בעניין **בנק מזרחי**, עוסק בית המשפט העליון גם בשאלות חוקתיות כבדות משקל.² במסגרת זו מפרש בית המשפט את חוקי היסוד וקובע האם חוקים

¹ חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198, קובע:

25. בבית המשפט העליון יהיו שופטים במספר שקבעה הכנסת בהחלטה.

26. בית המשפט העליון ידון בשלושה, אולם —

- (1) נשיא בית המשפט העליון או המשנה לנשיא רשאי להורות, לפני תחילת הדיון בענין מסויים, שהדיון בו יהיה לפני מספר בלתי זוגי גדול יותר של שופטים.
- (2) מותב שהחל לדון בענין מסויים רשאי להורות שהמשך הדיון בו יהיה לפני מספר בלתי זוגי גדול יותר של שופטים, ובהם השופטים שהחלו בדיון.
- (3) בבקשות לצווי ביניים, לצווים זמניים ולהחלטות ביניים אחרות, וכן בבקשות לצווים על תנאי, מוסמך לדון שופט אחד, אך שופט אחד לא יהיה מוסמך לסרב למתן צו על תנאי או לתתו על מקצת עילותיו בלבד.
- (4) בערעור על החלטת ביניים של בית משפט מחוזי, או על פסק דין של דן יחיד בבית משפט מחוזי שדן בערעור על פסק דין או על החלטה של בית משפט שלום, מוסמך לדון שופט אחד.
- (5) בדיון מקדמי בערעור מוסמך לדון שופט אחד.

27. (א) השופט או השופטים אשר ידונו בענין פלוני ייקבעו בידי נשיא בית המשפט העליון...

30. (א) עניין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה, רשאי הוא להחליט, עם מתן פסק דינו, שבית המשפט העליון ידון בו דיון נוסף בחמשה או יותר. (ב) לא החליט בית המשפט העליון כאמור בס"ק (א), רשאי כל בעל דין לבקש דיון נוסף כאמור. נשיא בית המשפט העליון או שופט או שופטים שייקבע לכך, רשאים להענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בעניין יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף.

אתר האינטרנט של בית המשפט העליון www.elyon1.court.gov.il/heb/elyon/siyur/shoftim.htm /מציין, כי "...דיוני בית המשפט מתנהלים בפני הרכבים של שלושה שופטים, עם זאת בסמכות נשיא בית המשפט להחליט על הרכבת ההרכב אשר יכלול תמיד מספר אי זוגי של שופטים".

² ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 352 (1995) (פסק דינו של השופט ברק. להלן: עניין **בנק מזרחי**). במידה רבה הונחה התשתית לפסק הדין בעניין **בנק מזרחי** כבר בדעת המיעוט של השופט ברק בעניין לאו"ר. ראו בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מד(3) 529 (1990) (להלן: עניין לאו"ר).

"רגילים" תואמים את הנאמר בחוקי יסוד. במידה שהתשובה שלילית, מכריז בית המשפט על בטלותו של חוק "רגיל". לסמכות זו, המכונה בספרות המשווה "ביקורת שיפוטית", "ביקורת חוקתית" או "פרשנות חוקתית", השלכות חברתיות מרחיקות לכת.³ מבחינה עקרונית היא שונה מן הסמכויות השיפוטיות האחרות.⁴ התווספות סמכות זו לסמכויות האחרות של בית המשפט זכתה בצדק לכינוי "המהפכה החוקתית". בעוד, בלשונו של השופט ברק, שקודם למהפכה החוקתית היה בידי השופטים בישראל "נשק קונוונציונאלי" בלבד, הרי שלאחר המהפכה בידיהם מצויה גם סמכות הביקורת השיפוטית – "נשק בלתי קונוונציונאלי המאפשר בטולו של דבר חקיקה".⁵

אולם המהפכה החוקתית לא לוותה במהפכה מקבילה בכל הנוגע להליכים הפנימיים בבית המשפט העליון. נשיא בית המשפט העליון או נשיאתו ממשיכים לקבוע את ההרכבים שידונו בכל תיק, הן בתיקים אזרחיים ופליליים רגילים הן בתיקים חוקתיים העוסקים בפרשנות חוקי היסוד. במילים אחרות: נשיא בית המשפט או נשיאתו קובעים את ההרכב הספיציפי שיכריע בתיק, הן בשאלות "קונוונציונאליות" הן בשאלות "לא-קונוונציונאליות". כך, שורה של החלטות עקרוניות נתקבלו בהרכבים מצומצמים של שלושה.⁶ אמת, בתיקים חשובים או

³ ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א 1, 34–35 (1993); הנ"ל "זכויות אדם מוגבלות: ההיקף והגבלות" **משפט וממשל** א 253, 272–273 (1993) (המהפכה החוקתית מעניקה לשופטים "נשק בלתי קונוונציונאלי" ו"מכשיר רב עוצמה". המהפכה החוקתית היא נקודת מפנה, "אשר ניתן להפכה מנוף לשנוי פני החברה הישראלית"). על ההבחנה בין "ביקורת חוקתית" ל"ביקורת שיפוטית" ראו להלן בפסקה 5.g.

⁴ ראו זאב סגל "הפעלת נשק יום הדין בבקורת חוקתית – הרהורים בעקבות המודל הבריטי" **משפט וממשל** ו 337 (2003) (הביקורת השיפוטית החוקתית ראויה במידה רבה לכינוי "נשק יום הדין". היא נותנת בידי בית המשפט את הסמכות להכריז על בטלות חוק של הרשות המחוקקת. לא הרי החלטה כזו כהרי כל החלטה שיפוטית אחרת...). ראו גם קלוד קליין "על ההצעה להקים בית משפט לחוקה – עמדה" **משפט וממשל** ו 349 (2003) (נקודת המוצא היא, כי ביקורת שיפוטית על חוקים שונה במהותה מכל סמכות אחרת המוטלת על בתי המשפט). להלן, בחלק ד, אסביר מה מייחד את סמכות הביקורת השיפוטית משאר הסמכויות השיפוטיות.

⁵ ראו את ההפניות בשתי ההערות הקודמות; וכן אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 321 (2004).

⁶ להלן שלוש דוגמאות בולטות: רע"א 6709/98 **היועמ"ש נ' רשימת מולדת-גשר-צומת לבחירות לרשויות המקומיות, נצרת-עילית**, פ"ד נג(1) 351 (1999) (פסילת רשימה בהרכב של שלושה שופטים: אהרן ברק, תיאודור אור ומישאל חשין); בג"ץ 212/03 **חרות נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, כבוד השופט מישאל חשין**, פ"ד נז(1) 750 (2003) (אישור החלטתו של יו"ר ועדת הבחירות לפסול את תשדיר הבחירות של מפלגת חירות. האישור נידון בהרכב של שלושה, כששופט אחד הסתייג מהחלטת היו"ר (אהרן ברק), ושני שופטים [אליהו מצא וטובה שטרסברג-כהן] קיבלו את עמדתו); ועניין **לאו"ר**, לעיל ה"ש 2 (פסילת חוק ברוב של שני שופטים [מנחם אלון ויעקב מלץ] מול אחד [אהרן ברק]). החוק – בעניין מימון

מורכבים מורחב הרכב השופטים לעתים קרובות לחמישה או לשבעה שופטים,⁷ ובשאלות עקרוניות רבות-חשיבות מקובל לקבוע הרכב מורחב עוד יותר של תשעה, אחד עשר ואפילו שלושה עשר שופטים.⁸ יתירה מזו: במחקרו המקיף מראה גיא

טרוראקטיבי של הוצאות המפלגות לפני הבחירות – לא זכה לתמיכה של 61 חכ"ם בשלב הקריאה הטרומית. החוק נפסל בטענה, כי אינו מקיים את דרישות סעיף 4 ו 44 לחוק יסוד: הכנסת). יש לציין, כי קודם לעניין לאור"ד כבר הכריז בית המשפט בשלושה פסקי דין על חוקי בחירות שנתקבלו בלא תמיכה של 61 חכ"ם כסותרים את סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, אולם בית המשפט הקפיד להדגיש בשלושת המקרים, כי שאלות היסוד "בדבר מעמדם חוקי היסוד ובדבר שפיטותה בפני בית משפט זה של השאלה אם קיימה הכנסת הלכה למעשה הגבלה שהטילה על עצמה, בדרך 'שריון' של הוראת חוק" לא נידונו ולא הוכרעו. ראו בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 696, 693 (1969); בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1, 6 (1981); בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לז(3) 141, 147–148 (1983). מעניין לציין, כי למרות הטון המינורי ניתנו כל שלושת פסקי הדין הללו בהרכבים של חמישה. לעומת זאת, עניין לאור"ד ניתן בלא ציון הסתייגות דומה, ובכל זאת – בהרכב של שלושה בלבד וברוב דעות.

7 דוגמאות לפסקי דין שניתנו בהרכבים של חמשה הן ע"ב 1/88 **נימן ואח' נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה**, פ"ד מב(4) 177 (1988) (הגבלות על השתתפות מפלגות בבחירות לכנסת בגין פסול במעשיהן או במצען); בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מט(4) 94 (1995) (זכותה של אישה להצטרף לקורס טיס); ובג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000) (חוקיותם של יישובים יהודיים ייחודיים). דוגמאות לפסקי דין שניתנו בהרכבים של שבעה הן בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1 (1997) (חוקיות סגירתו של כביש בר אילן לתחבורה בשבת); בג"ץ 11298/03 **התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת ואח'**, פ"ד נט(5) 865 (2005) (חסינות ח"כ שביצע הצבעה כפולה); ע"פ 2831/95 **הרב עירו אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 221 (1996) (הגדרת העבירה של פרסום הסתה לגזענות בהקשר של כתיבה הלכתית); דנ"פ 2316/95 **עימאר גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589 (1995) (פרשנות עילת המעצר בחסד"פ והשלכותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על פרשנות הדינים בסוגיית המעצר). לסקירה מקיפה של פסקי דין שניתנו בהרכבים מורחבים ראו גיא זיידמן "מותבים מורחבים בבית המשפט העליון הישראלי" **מאזני משפט** ג 155, 157, 167 (תשס"ה) (להלן: זיידמן, מותבים מורחבים).

8 דוגמאות לפסקי דין שניתנו בהרכבים חסרים של תשעה שופטים הן עניין **בנק מזרחי**, לעיל ה"ש 2 (פסק הדין שקבע כי לישראל חוקה עליונה, ופרשנותה מסורה לבית המשפט – "המהפכה החוקתית"); בג"ץ 5100/94 **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817 (1999) (הטלת איסור גורף על עינויים כלשהם בחקירות שב"כ גם במקרה של פצצה מתקתקת); בג"ץ 1030/99 **אורון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נו(3) 640 (2000) (החוק שהכשיר את ערוץ 7 נפסל בגין פגיעה בלתי-מידתית בחופש העיסוק); ודנ"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הבטחון**, פ"ד נד(1) 721 (2000) (אין להחזיק לוחמי חיזבאללה שאין נשקפת מהן סכנה לבטחון המדינה כ"קלפי מיקוח" לאורך זמן).

דוגמאות לפסקי דין שניתנו בהרכבים של אחד עשר שופטים: א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1 (2003) (דין בפסלות מועמדים ורשימות

זיידמן, כי מאז ראשית שנות התשעים קיימת מגמה בבית המשפט העליון לדון לעתים תכופות יותר בהרכבים רחבים, ובמיוחד קיימת מגמה להגדיל את מספר השופטים בהרכב מורחב מחמישה (המספר שהיה מקובל לפני 1993) לשבעה, לתשעה, לאחד עשר ואפילו לשלושה עשר (לאחר 1993).⁹ אולם הנהוג הבסיסי – שלפיו בית המשפט דן בהרכבים חסרים, והרכבים אלו נקבעים על ידי נשיאת בית המשפט העליון – נשמר בכל התיקים, ובכלל זה בתיקים החוקתיים העקרוניים ביותר.¹⁰

לכנסת) (מתוך ההרכב היו שלושה שופטים בדימוס [השופטים ש' לוי, שטרסברג-כהן ואנגלרד] ומנגד, היו שישה שופטים שלא ישבו בהרכב [השופטים אור, חשין, גרוניס, נאור, חיות, וג'ובראן – השניים האחרונים היו באותה עת במינוי בפועל]); בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005) (ההתנתקות ופינוי התושבים היהודיים חוקיים, תוך שינוי הפיזיו שנקבע לתושבים) (השופטים מצא, טירקל, ג'ובראן ורובינשטיין לא השתתפו בהרכב); דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד נ(4) 661 (1996) (דיון בזכותה של אישה לביצוע שהופרו על ידי בעלה לשעבר) (השופטים ביניש, חשין, וש' לוי לא נטלו חלק בפסק דין זה); בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נ(4) 367 (1997) (פסילת הוראת המעבר בחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995, ס"ח 1539, בגין פגיעה לא-מידתית בחופש העיסוק) (השופטים בך, קדמי, טל ויוסף גולדברג [מינוי זמני] לא השתתפו בפסק דין זה); בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון** פ"ד נג(5) 241 (1999) (פסילת הוראת חוק אשר תיקנה את חוק השיפוט הצבאי וצמצמה את תקופת המעצר המקסימלית המותרת לקצין שיפוט שהוא שוטר צבאי. נקבע, כי גם התקופה המקוצרת ארוכה מידי וסותרת את עקרון החירות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, במידה העולה על הנדרש) (השופטים אנגלרד, אריאל, אילן, זועבי וריבלין [ארבעת האחרונים במינוי זמני] לא השתתפו במתן פסק הדין). פסק הדין היחיד שניתן בהרכב של שלושה עשר שופטים הוא בג"ץ 4562/92 **זנברג נ' רשות השידור ואח'**, פ"ד נ(2) 793 (1996). גם פסק דין זה לא נידון בהרכב מלא. השופטת דורית ביניש, שכינה באותה עת בבית המשפט, לא השתתפה בהרכב.

9 ראו זיידמן, מותבים מיוחדים, לעיל ה"ש 7. גולדשמידט מצביע על מגמות דומות בכל הנוגע למספר השופטים המשתתפים ב"דין נוסף". ראו – Chanan Goldschmidt, "Further Hearing – Theoretical and Empirical Aspects", 35 IS. L. REV. 320, 342 (2001) (להלן: גולדשמידט, דיון נוסף). זיידמן טוען (שם), כי עד לראשית שנות התשעים ישב בית המשפט העליון פעמיים בלבד במושב הגדול מחמישה – בעניין **שליט** (להלן ה"ש 10), שבו ישב בדין הרכב מלא של תשעה שופטים; ובבג"ץ **כהן נ' ביה"ד הרבני**, פ"ד לה(2) 8 (1980), שבו ישבו בדין שבעה שופטים. יצוין, כי הנשיא לנדוי כתב שם (בעמ' 10), כי "אחרי עיון בטענות המלאות...נוכח אני לדעת שהרחבת ההרכב לא היתה דרושה".

10 חריג חשוב הוא פסק הדין בעניין **שליט**, שניתן בהרכב מלא של תשעה שופטים. ראו בג"ץ 58/68 **בנימין שליט בשמו ובשם ילדיו נ' שר הפנים ופקיד הרישום חיפה**, פ"ד כג(2) 477 (1970) (להלן: עניין שליט) (רישום בן לאב יהודי ולאם שאינה יהודייה במרשם האוכלוסין כיהודי) – שני שופטים נוספים שכינהו בבית המשפט העליון באותה תקופה לא יכלו להשתתף בפסק הדין – השופט בנימין הלוי, משום שפרש בספטמבר 1969 מבית המשפט כדי להתמודד בבחירות לכנסת השביעית; והשופט יצחק כהן, שרק מונה באוקטובר 1970 לבית המשפט העליון (התיק נידון כמה פעמים בבית המשפט מראשית 1968 [דיון ראשון ב-25.02.68] ועד 207

לעתים נדמה, כי נוהג זה נתפס כמובן מאליהו בציבוריות הישראלית. כך, למשל, על שולחן הכנסת הקודמת הונחו הצעות חוקה אחדות. בין ההצעות הללו קיימים הבדלים של ממש, אולם הנוהג הבסיסי המתואר לעיל מקובל ככולן.¹¹ הוא הדין להצעות שונות של חוק יסוד: החקיקה. ההצעות של חוק יסוד זה, אשר עסקו במפורש בשאלת הביקורת השיפוטית בישראל, נקטו כולן עמדה דומה שלפיה ביקורת זו תהיה מיוחדת לבית המשפט העליון אשר ידון בעניין בהרכב שייקבע על ידי נשיא בית המשפט העליון.¹² גם תזכירים של הצעות חוק אשר פורסמו בזמן כהונתו של פרופסור דניאל

לראשית 1970 [דיון אחרון ב-23.01.70]. ודוק: פרשת שליט – שבה השופטים פנו לממשלה וביקשו ממנה להסיר את הסוגיה מסדר יומו של בית המשפט באמצעות מחיקת רישום הלאום (עניין שליט, שם, בעמ' 520) – מדגימה היטב את המגמה של בית המשפט בשנות הששים והשבעים להימנע מלהתערב בשאלות השנויות במחלוקת חברתית. מעניין, כי דווקא באותה תקופה של איפוק שיפוטי, כאשר שאלה עקרונית בעלת חשיבות חברתית הגיעה בכל זאת לפתחו של בית המשפט, הקפיד בית המשפט לדון ולהכריע בנושא בהרכב מלא.
¹¹ כך, למשל, הצעת חוקה בהסכמה של המכון הישראלי לדמוקרטיה קובעת בס' 157 (ג) (http://www.e-q-m.com/clients/Huka/huka_01.html): בבית המשפט העליון יהיו שופטים במספר שקבעה הכנסת בהחלטה, על פי המלצת הוועדה לבחירת שופטים, מספר אשר לא יפחת מ-9 ולא יעלה על 15.
 ולאחר מכן בס' 163 (א):

בית המשפט העליון, והוא לבדו, בהרכב שלא יפחת משני שלישים מחבר שופטיו שהם בעלי מינוי של קבע, רשאי לפסוק כי חוק אינו תקף בשל אי-חוקתיות.
 מכאן, כי מבחינה עקרונית די בהרכב של שישה שופטים להכרזה על בטלותו של חוק.
 גם מהצעת החוקה של המכון לאסטרטגיה ציונית משתמע, כי נשיא בית המשפט העליון הוא שיקבע את ההרכבים. הצעה זו קובעת (בס' 90):

לא יעמוד חוק בסתירה לחוקה. לא ייקבע כי חוק סותר את החוקה אלא אם כן יקבע בית המשפט העליון ביושבו בהרכב של תשעה שופטים לפחות שתכלית החוק בלתי ראויה בעליל או שהפגיעה שיש בו בעקרונות החוקה או בחירויות היסוד שבה עולה על הנדרש לשם הגשמת תכליתו במידה בלתי סבירה בעליל (<http://izs.org.il>).
 כמו כן הצעת החוקה בהסכמה רחבה של ועדת החוקה – חוק ומשפט (בראשות חבר הכנסת מיכאל איתן) קובעת בסעיף 13 (ראו <http://www.huka.gov.uk>):
 לא תקבע רשות שיפוטית כי חוק אינו תקף, זולת בית המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים לפחות.

דומה, שאת כל ההצעות הללו יש לקרוא על רקע הנוהג הקיים, המעוגן בס' 27 לחוק בתי המשפט (לעיל ה"ש 1), ולפיו ההרכבים בבית המשפט העליון נקבעים על ידי נשיא בית המשפט. מכאן עולה, כי ההרכבים שידונו – לפי כל ההצעות הללו – בשאלות חוקתיות, ייקבעו על ידי נשיא בית המשפט העליון.

¹² ראו אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" משפט וממשל ח 13, 15–18 (2005). כך, למשל, הצעת חוק יסוד: החקיקה, התשל"ו-1975, ה"ח התשל"ו 135, קובעת בס' 12: (ג) בערר על תוקפו של חוק לא

פרידמן כשר המשפטים – תזכירים שנועדו בין השאר לעצב מחדש את מנגנון הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת – מותירים את הביקורת הזו בידי הרכב שייקבע על ידי נשיא בית המשפט העליון.¹³

ברשימה הבאה אראה, כי נוהג זה – ביקורת שיפוטית בהרכב חסר הנקבע על ידי נשיא בית המשפט העליון – איננו מקובל ברחבי העולם הדמוקרטי ואיננו ראוי. ודוק: כוונתי איננה חלילה להטיל דופי בתום הלב של נשיא בית המשפט העליון או נשיאתו. גם כאשר ההרכבים נקבעים בהגדרה או כשנשיא בית המשפט קובע את ההרכבים בתום לב, דיון בהרכב חסר איננו מקובל ואיננו ראוי. מבחינת הנורמה המקובלת, סקירה משווה מראה, כי דיון חוקתי העשוי להביא לבטלותה של חקיקה ראשית נעשה בערכאה העליונה המפרשת את החוקה בהרכב מלא שבו משתתפים כל החברים.¹⁴ נורמה מקובלת זו – פרשנות בהרכב מלא – מבטאת תפיסה ראויה הן של החוקה כמסמך יסוד הן של הפרשנות החוקתית כתפקיד שלטוני יוצא דופן בחשיבותו הן של הפרשן החוקתי כמוסד שלטוני שלו מאפיינים ייחודיים. ביתר פירוט, בכל הנוגע לחוקה, הרי שהיא מעוררת שאלות מורכבות של המשמעות הקונקרטית של מושגי יסוד ושל איזון ראוי ומידתי בין ערכי יסוד. הניסיון ההיסטורי מלמד, כי לפרשנות של הטקסט החוקתי השלכות חברתיות רחבות, ארוכות טווח ולעתים בלתי-הפיכות. בכל הנוגע לפרשן החוקתי, שאלת המפתח היא, מהם הגורמים המעניקים למוסד זה את הסמכות לקבוע את הפרשנות המחייבת של החוקה? מבחינה עקרונית ניתן לדבר על שתי קבוצות של גורמים: קבוצה אחת כוללת גורמים שיש (או העשויים להיות) לכל

כריע אלא בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה, בהרכב של שבעה שופטים או בהרכב לא זוגי גדול יותר, כפי שיורה נשיא בית המשפט העליון. בהצעת חוק יסוד: החקיקה, מ-1978 (הצעת חוק יסוד: החקיקה, ה"ח תשל"ח, 326) נקבע בס' 13: (ב) בית המשפט לחוקה יהיה בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לחוקה בתשעה שופטים או במספר בלתי זוגי גדול יותר, כפי שהורה נשיא בית המשפט העליון. הצעה דומה הועלתה גם בהצעת חוק יסוד: החקיקה, מ-1992 (ראו הצעת חוק יסוד: החקיקה, ה"ח תשנ"ב, 149).

13 ראו, למשל, את תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים) מ-15 במארס 2007 המאוזכר באתר משרד המשפטים. התזכיר מציע לרכז את הביקורת השיפוטית בידי בית המשפט העליון בלבד, אשר יוכל לפסול חקיקה ראשית בהרכב של תשעה שופטים לכל הפחות וברוב של שני שלישים מחברי ההרכב לכל הפחות. יחד עם זאת, נשמר הנוהל שלפיו ההרכב איננו מלא וזהות השופטים אשר ישתתפו בהרכב נקבעת על ידי נשיא בית המשפט העליון או נשיאתו. ראו גם את תזכיר חוק בתי המשפט (תיקון – דרכי בחירה ומינוי לנשיא ולסגן נשיא וביטול מינוי לכהונה בפועל), התשס"ח-2008, מ-2 בינואר 2008, המאוזכר אף הוא באתר משרד המשפטים והמציין במבוא: "נשיאים וסגני נשיא בבתי משפט ממלאים תפקיד ניהולי רב חשיבות... שיבוץ שופטים לדיון בתיקים, קביעת הרכבים ועוד..." ראו גם ראו גם זיידמן, מותבים מורחבים, לעיל ה"ש 7, בעמ' 158-165.

14 הוא הדין בכל הנוגע לפסילת מפלגות. ראו להלן בחלק ד.

אדם יחיד. אפשר, למשל, לומר כי הסמכות של הפרשן נובעת מן המאמץ שהוא – יחיד מומחה ומנוסה – משקיע בניסיון לתת לחוקה פירוש אובייקטיבי המבוסס על עקרונות היסוד של החברה. לפי תפיסה זו, מבחינה עקרונית, יכול גם דן יחיד להעניק לחוקה פרשנות סופית ומוסמכת (להלן גם: "תזת הפרשן היחיד"). הקבוצה השנייה כוללת גורמים הקיימים רק בגוף רב-משתתפים (ריבוי פרספקטיבות, שיקוף ועוד). לפי תפיסה זו, דן יחיד – היא אשר היא – איננו מוסמך ואיננו יכול להעניק פרשנות מחייבת לחוקה. רק פאנל רב משתתפים שלו מאפיינים ייחודיים רשאי לעשות כן (להלן גם: "תזת הפרשן הקולגיאלי"). כפי שנראה להלן, הסמכות של הפרשן החוקתי נובעת ביסודו של דבר מהקבוצה השנייה של הגורמים, מן האופי של המוסד הפרשני כגוף רב-משתתפים עם מאפיינים ייחודיים. כדי לשמר את המאפיינים הללו על הפרשנות החוקתית להיעשות בהרכב מלא דווקא.

את הדיון אפתח, בחלק הראשון של המאמר, בסקירת פרשני החוקה בעולם הדמוקרטי. משפטנים ישראלים סבורים לעתים, כי הפרשן המוסמך של החוקה בכל משטר דמוקרטי הוא בית המשפט העליון של מערכת המשפט הרגילה. אולם לאמיתו של דבר, התמונה מורכבת יותר. כפי שנראה, הפרשנות המוסמכת של החוקה מסורה לשורה ארוכה של מוסדות – מועצה חוקתית, בית משפט לחוקה, בית משפט עליון של מערכת המשפט הרגילה, מליאת הפרלמנט וועדה פרלמנטרית (בהבדלים שבין המוסדות השונים אעסוק להלן בחלק הראשון בהרחבה). לצורך מאמר זה – העוסק בשאלת המותב המלא – חשובה במיוחד ההבחנה שבין פרשני חוקה פנים-פרלמנטריים (מליאת הפרלמנט או ועדה פרלמנטרית) ובין פרשני חוקה חוץ-פרלמנטריים (בית המשפט העליון, מועצה חוקתית או בית משפט לחוקה). כפי שנראה בחלק הראשון של המאמר, בכל הנוגע לפרשנות חוקתית המתקיימת בין כותלי הפרלמנט ברי, כי על הדיון להתקיים במותב מלא דווקא. לאחר מכן, בחלקים הבאים של המאמר, אעבור להתמקד בפרשנות חוקתית המתקיימת מחוץ לכותלי הפרלמנט.

בחלק השני של המאמר אדון בהרחבה בשאלת הגורמים המעניקים לפרשני חוקה חוץ-פרלמנטריים סמכות מוסדית לקבוע את הפרשנות המחייבת של החוקה. תחילה אסקור שורה של מלומדים בארה"ב ובישראל, המאמצים את תזת הפרשן היחיד. לאחר מכן אראה, כי בניגוד למלומדים הללו, התפיסה המקובלת בארה"ב, בישראל ובמשטרים דמוקרטיים אחרים היא דווקא תזת הפרשן הקולגיאלי. הסמכות של הפרשן החוקתי נובעת ביסודו של דבר – ועל כל פנים במידה רבה – מן האופי של המוסד הפרשני כגוף רב-משתתפים שלו מאפיינים ייחודיים. במסגרת זו נראה, כי בערכאה העליונה הפרשנות החוקתית לעולם איננה מתבצעת בידי יחידים – מומחים ומנוסים ככל שיהיו. הנורמה המקובלת היא, שפרשנות חוקתית מתבצעת בהרכבים המונים על פי רוב בין תשעה לחמישה עשר חברים, ובמותב מלא דווקא.

בחלק השלישי של המאמר אעבור לבחון מקרוב את המאפיינים הייחודיים של גופים קולגיאליים באופן כללי, ובתחום פרשנות החוקה בפרט. במסגרת זו נצביע על שלושה מודלים המסבירים את היתרון של גופים רבי-משתתפים על פני גופים מצומצמים יותר. המודל הראשון הוא המפגש שבין פרספקטיבות שונות – מפגש היכול להתקיים רק בגוף קולגיאלי (להלן גם מודל אסיפת המומחים). המודל השני הוא השיקוף של מבנה שלטוני (להלן גם מודל הסנאט) והמודל השלישי הוא השיקוף של קשת העמדות בחברה, משמאל לימין (להלן גם מודל הועדה הפרלמנטרית). גם השיקוף על שני סוגיו יכול להתקיים רק בגוף רב-משתתפים.¹⁵ כפי שנראה, כל הנקודות הללו נכונות באופן מיוחד בתחום הפרשנות החוקתית. בחינה קרובה של פרשני החוקה בעולם הדמוקרטי מראה, כי קיים ניסיון מודע להפגיש מומחים בעלי רקע שונה בהליך הפרשנות. במקביל גם קיים ניסיון מודע לעצב את פרשן החוקה כגוף המשקף הן את המבנה המשטרי הן את קשת הדעות בחברה. במסגרת זו גם נראה, כי מושקע מאמץ מיוחד כדי למנוע מצב שבו מפלגה אחת או קבוצה בעלת עמדות הומוגניות תוכל למנות מספר גדול של חברים בפרשן החוקתי בתוך זמן קצר בדרך העשויה לפגום באופי השיקופי של המוסד הפרשני.

לאורך הדיון אני מניח במשתמע, כי לפרשני חוקה חוץ-פרלמנטריים (מועצה חוקתית, בית משפט לחוקה ובית משפט עליון של מערכת המשפט הרגילה) יש **מכנה משותף**. הנחה זו איננה מובנת מאליה, ובמהלך החלק השלישי אדון בספרות המשווה בנקודה הזו ואבסס את ההנחה הזו. לקראת סוף החלק השלישי אשוב לדון בשאלת ההרכב המלא. אראה, כי אותם שיקולים המורים שהפרשן המוסמך של החוקה צריך שיהיה גוף קולגיאלי עם מאפיינים ייחודיים, גם מורים כי ההרכב הנותן לחוקה את הפרשנות המחייבת שלה צריך שיהיה **מותב מלא** דווקא.

בחלק הרביעי אדון בשלוש שאלות יסודיות: האחת, מה הצורך בגוף שיקופי נוסף בתחום הפרשנות החוקתית? אם הכרעות חוקתיות צריכות להתקבל בגופים שיקופיים, האם לא עדיף להותיר אותן בידי הפרלמנט, שהוא הרשות השיקופית ביותר? השנייה, האם אין זה תפקידה של הביקורת השיפוטית להציב חסם אנטי-רובי בפני הפרלמנט? האם אין זה תפקידה של הביקורת השיפוטית להציב דווקא מוסד בלתי-דמוקרטי ובלתי-שיקופי במבנהו כבקרה על החלטות הרוב במוסדות הדמוקרטיים וכמגן על זכויות המיעוט? השלישית, מדוע יש צורך בהרכב מלא דווקא בהכרעות חוקתיות? ומה לגבי סמכויות ציבוריות חשובות אחרות שבית המשפט העליון ממלא?

¹⁵ את ההבחנה בין שני סוגי השיקוף הנזכרים בטקסט, את ההבחנה הנוספת בין שיקוף של **זהויות** לשיקוף של **עמדות** ואת המושגים **ייצוג**, **הסמכה** ו**שיקוף** אסביר להלן, בחלק הראשון ובחלק השלישי בהרחבה.

לפני סיום אעיר כי במהלך הדיון תתעוררנה שאלות נוספות הנושקות לשאלות המרכזיות שהזכרתי. כך, למשל, הדיון בחלק השני יעורר שאלות מעניינות – תיאורטיות ומעשיות – לגבי המעמד של התקדים המחייב. גם הדיון בחלק הרביעי יעורר שורה של שאלות תיאורטיות ומעשיות לגבי מבנים שלטוניים ולגבי הזיקה שבין תפקיד למבנה. כל השאלות הללו חשובות ומעניינות, אך הן קובעות ברכה לעצמן וטעונות מאמר נפרד.

א. בין פרשנות פרלמנטרית לפרשנות חוץ-פרלמנטרית

כל רשות שלטונית מפרשת את החוקה ופועלת לפי הוראותיה במהלך הניהול השוטף של ענייניה.¹⁶ רשויות השלטון כולן עוסקות אפוא בפרשנות חוקתית. אולם, אין זה סוד כי החוקה פתוחה לשורה של פירושים הרחוקים למדי זה מזה.¹⁷ כיצד יש ליישב מחלוקות פרשניות? האם יש להכיר ברשות שלטונית אחת כרשות המעניקה לחוקה פרשנות מוסמכת? היו מן האבות המייסדים של החוקות האמריקאיות הראשונות, דוגמת תומס ג'פרסון, אשר גרסו כי אין להעניק לרשות שלטונית כלשהי את זכות

¹⁶ בעניין זה מצויה ספרות מקיפה. ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי: **פרשנות חוקתית** 99–100 והמקורות המופיעים שם בה"ש 9 (1994); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון: **תורת הפרשנות הכללית** 159 (1992); – LARRY KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES – POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* (2004) והאסמכתאות הרבות המופיעות שם; וכן את הפרקים השישי והשביעי בספרו של פרופסור סאגר LAWRENCE G. SAGER, *JUSTICE IN PLAINCLOTHES* (2004). ראו גם *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 529 (1997).

¹⁷ העמימות החוקתית נובעת לא רק מן העמימות הטבעית של כללים משפטיים, אלא גם, ובמיוחד, מן הנטייה לנסח את החוקה לפי עקרונות עמומים (או "מושגי שסתום", "הוראות פתוחות" ו"הכללות מלאכותיות" – בלשונו של השופט ברק). ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי: **פרשנות חוקתית** 125–127 (1994); אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 439 (2003) וההפניות המופיעות שם. הניסוח העמום מקל על גיבוש הסכמה רחבה לחוקה. ראו (2001) 50 CASS SUNSTIEN, *DESIGNING DEMOCRACY – WHAT CONSTITUTIONS DO?* הניסוח העמום גם מאפשר לחוקה לקבוע את ערכי היסוד של החברה ולשמש מסגרת ארוכת טווח לחברה ולמדינה אשר תוכל להתקיים בנסיבות משתנות (ראו ברק, לעיל). בצד היתרונות הללו, לעמימות הזו גם מחיר לא מבוטל. היא מאפשרת לקרוא את החוקה במגוון דרכים, כשלקע ולהשקפת העולם של הפרשן השפעה של ממש על התוצאה. מן המפורסמות, כי המובן הקונקרטי של החוקה האמריקאית פשט צורה ולבש צורה כמה פעמים מאז כינונה בסוף המאה ה-18, גם כאשר הטקסט החוקתי לא שונה כלל ועיקר. ראו TERRI J. PERETTI, *A POLITICAL COURT* 80–132 (1999) (להלן: פְּרֵטִי) והערה 131 להלן.

המילה האחרונה בפרשנות חוקתית.¹⁸ כאשר מתעוררת מחלוקת פרשנית, טען ג'פרסון, יש להפנות את השאלה לרשות המכוננת, יוצרת החוקה. ג'יימס מדיסון, עמיתו של ג'פרסון, הסביר, כי הענקת הפרשנות החוקתית המוסמכת לרשות שלטונית אחת עשויה להביא בסופו של דבר להפרת האיזון החוקתי העדין שבין הרשויות. במהלך ההיסטוריה המשפטית האמריקאית היו, ועדיין ישנם, שותפים רבים לדעה זו.¹⁹ אולם הגישה המקובלת, הן על רבים בארה"ב הן, במיוחד, מחוץ לארה"ב, היא כי יש להסמיך רשות שלטונית אחת כפרשן המוסמך של הטקסט החוקתי.²⁰ מכאן ואילך

¹⁸ ראו את הצעת החוקה שתומס ג'פרסון צירף לחיבורו – THOMAS JEFFERSON, NOTES ON THE [STATE OF VIRGINIA, Appendix II, 217, 229 (Frank Shuffelton ed., 1999)]1785 ג'פרסון הציע:

... whenever any two of the three branches of government shall concur in opinion, each by the voices of two thirds of their whole number, that a convention is necessary for altering the constitution, or CORRECTING BREACHES OF IT, a convention shall be called for the purpose.

ומדיסון הסביר:

The several departments being perfectly co-ordinate by the terms of their common commission, none of them, it is evident, can pretend to an exclusive or superior right of settling the boundaries between their respective powers... (The Federalist No. 49, at 339 (J. Madison) (J. Cooke ed. 1961)).

¹⁹ החוקה הפדרלית האמריקאית איננה נדרשת כלל לשאלת הפרשנות של החוקה. גם רוב החוקות המדינתיות בארה"ב התעלמו בעבר, וממשיכות להתעלם כיום, מן השאלה הזו (ראו ה"ש 22 להלן). עקב כך רבו הקולות במהלך ההיסטוריה המשפטית האמריקאית אשר טענו, שאין להכיר ברשות אחת כבעלת מונופול פרשני וכי יש לקיים דו שיח מתמשך בין הרשויות השונות בכל הנוגע למובן הקונקרטי של הטקסט החוקתי. היבט אחד של הוויכוח נוגע לסמכות הפרשנית של המדינות. לפי החלטות קנטקי והחלטת וירג'יניה משלהי המאה ה-18, אשר נוסחו על ידי ג'פרסון ומדיסון, מוסמכות המדינות השונות להעניק לחוקה פרשנות מוסמכת גם בניגוד לעמדת הממשל הפדרלי. עם חיזוק הממשל הפדרלי במהלך המאה הי"ט, ובמיוחד במהלך שנות השלושים של המאה העשרים, איבדו המדינות בהדרגה את מעמדן כפרשנים מוסמכים של החוקה הפדרלית. ראו בהרחבה Barry Freidman, *The History of The Counter-majoritarian Difficulty: Part One: the Road to Judicial Supremacy*, 73 N.Y.U.L. Rev. 333 (1998) (להלן: פרידמן, ההיסטוריה של הכשל האנטי-רובי, חלק א). היבט שני של הוויכוח עניינו היחס שבין הזרועות השונות המרכיבות את הממשל הפדרלי. עד היום סבורים רבים, כי אין להכיר בזרוע פדרלית יחידה כפרשן המוסמך. ראו, למשל, LAWRENCE H. TRIBE, 1 AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 254–267 (3d ed., 2000); Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 Geo. L. J. 217 (1994); Attorney General Edwin Meese III, *The Law of the Constitution*, 61 Tul. L. Rev. 979, 983–986 (1987); Sanford Levinson, *Could Meese Be Right This Time?* 61 Tul. L. Rev. 1071, 1076 (1987) ²⁰ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18 (1958); ראו

213

אתמקד בפרשנות המוסמכת, המחייבת את רשויות השלטון כולן, וכאשר אשתמש בביטוי "פרשנות חוקתית" (או "הפרשן החוקתי") כוונתי דווקא לפרשנות המוסמכת המביאה לבטלותה של חקיקה ראשית (או לפרשן המוסמך לקבוע פרשנות שכזו ולבטל חקיקה ראשית).²¹ מיהו אפוא, הפרשן המוסמך? את הדיון אפתח בארצות הברית. החשיבות המיוחדת של הדוגמה האמריקאית נובעת מכך, שהביקורת השיפוטית הורתה ולידתה במשפט ובמשטר האמריקאיים. יתר על כן: במשך תקופה של כ-150 שנה, מראשית המאה ה-19 ועד לאחר מלחמת העולם השנייה, נחשבה ביקורת חיצונית על חקיקת הפרלמנט כא-נומליה אמריקאית בנוף המשטרים הדמוקרטיים. רק לאחר מלחמת העולם הראשונה אומצה ביקורת חיצונית על חקיקת הפרלמנט לראשונה, ובצורה מוגבלת למדי, באירופה, ורק לאחר מלחמת העולם השנייה הפכה ביקורת זו למקובלת באירופה ובמשטרים דמוקרטיים נוספים. ארצות הברית היא אפוא לא רק אִמה-הורתה של מוסד הביקורת השיפוטית, אלא גם המדינה בעלת הניסיון הארוך ביותר עם מוסד זה.

1.א פרשנות חוקתית בארה"ב

מיהו אפוא הפרשן המוסמך של החוקה הפדרלית של ארצות הברית? הטקסט החוקתי איננו כולל כל הוראה בעניין, והנושא גם לא נידון באורח חזיתי בוועידה הפדרלית שניסחה את החוקה.²² משום כך קיימת אי-בהירות מתמשכת בנקודה זו. שניים מבין האבות המכוננים של חוקת ארצות הברית, אלכסנדר המילטון וג'יימס אירדל, גרסו, כי

City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507, 529 (1997); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 703–704 (1974); Larry Alexander & Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 Harv. L. Rev. 1359 (1997); Larry Alexander & Frederick Schauer, *Defending Judicial Supremacy: A Reply*, 17 Const. Commentary 455 (2000). במשטרים דמוקרטיים אחרים מסמיכה החוקה על פי רוב במפורש את אחת הזרועות השלטוניות כפרשן המוסמך של החוקה (ראו להלן בפסקה 2.א).

²¹ ודוק: חלק מן הדיון שלהלן רלבנטי גם לפרשנות חוקתית שלא בהקשר של ביקורת שיפוטית, ועל כך להלן בחלק ד. הבחנה נוספת היא בין חוקה לאומית ובין החוקות של יחידות קטנות יותר המרכיבות את הלאום. כך, למשל, פרופ' טאר מציין, כי זהות הפרשן של החוקות המדינתיות בארה"ב איננה מעוררת עניין כמו זו של הפרשן הפדרלי. ראו G. ALAN TARR, *UNDERSTANDING STATE CONSTITUTIONS* 173–175 (1998) (להלן: טאר). ברשימה הבאה אתמקד בפרשנות של חוקות לאומיות, הגם שחלק נרחב מן הדיון רלבנטי גם לפרשנות של חוקות מדינתיות.

²² יחד עם זאת, הנושא נזכר כמה פעמים בדרך אגב. ראו MAX FARRAND, *THE FRAMING OF THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES* 156–157 (1913). גם רוב החוקות המדינתיות בארה"ב מתעלמות מן הנקודה הזו. ראו טאר, שם, בעמ' 175.

את הפרשנות המוסמכת של החוקה יש להפקיד בידי מערכת המשפט. אחרי הכול, הדגיש המילטון, החוקה היא מסמך משפטי מחייב, וככזו, מסורה הפרשנות המוסמכת שלה לבית המשפט.²³ לעומתם סברו אחרים, דוגמת ברוטוס, המבקר הנודע של החוקה הפדרלית, כי פרשנות חוקתית במשטר דמוקרטי צריכה להיעשות על ידי הקונגרס, אשר חבריו עומדים לדין הבוחר מעת לעת.²⁴ הדובר המפורסם ביותר של עמדה זו היה הנשיא לינקולן אשר טען – כשבעים שנה לאחר ברוטוס – כי הכרעה שיפוטית בשאלות עקרוניות של פרשנות חוקתית מעבירה את השלטון מידי העם ונציגיו הנבחרים בקונגרס לידי רשות שיפוטית עצמאית ורבת-עוצמה. כל זאת, בניגוד לעיקרון הדמוקרטי הבסיסי של שלטון העם.²⁵

ודוק: בנקודה זו ישנה חשיבות להבחנה בין כללים ברורים (דוגמת ההוראה החוקתית הקובעת, כי על נשיא ארה"ב להיות בן 35 לפחות) ובין עקרונות עמומים

²³ המילטון היה שותף פעיל לניסוח החוקה בוועידה החוקתית שהתקיימה בפילדלפיה בקיץ 1787. לעומת זאת, אירדל לא השתתף בוועידה אך אפשר בהחלט למנותו כאחד האבות המכוננים, הן משום שהוא פעל במרץ לאשרור החוקה המוצעת בצפון קרוליינה הן משום שרעיונותיו ועמדותיו היו ידועים לנציגים שנאספו בפילדלפיה והשפיעו עליהם (ראו, למשל, את ההתכתבות שלו עם אחד מנציגי צפון-קרוליינה בוועידה, ריצרד ספאייט, בעניין הביקורת השיפוטית, מצוטטת בהרחבה אצל ווד, להלן). לגבי עמדתו של המילטון ראו The Federalist No. 78, at 524–528 (A. Hamilton) (J. Cooke ed. 1961) בעניין קלדר (Iredell J. Calder v. Bull, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 398–399 (1798) (dissenting); ואת ההתכתבות שלו עם ריצרד ספאייט בעקבות פסק הדין בעניין Bayard v. Singleton, 1 Martin (N. Car.) 42 (1787). ההתכתבות מצוטטת אצל GORDON S. WOOD, THE CREATION OF THE AMERICAN REPUBLIC 455 (1997) (להלן: ווד, הרפובליקה האמריקאית).

²⁴ ראו Brutus, *Essays XV (Mar. 20, 1788) & XVI (Apr. 10, 1788)*, in: 2 The Complete Anti-Federalist 437–443 (Herbert J. Storing ed., 1981).

²⁵ ראו Abraham Lincoln, *First Inaugural Address (March 4, 1861)*, in: 4 The Collected Works of Abraham Lincoln 262, 268 (Roy P. Basler ed., 1953) (noting that “I do not forget the position assumed by some that constitutional questions are to be decided by the Supreme Court... At the same time, the candid citizen must confess that if the policy of the Government upon vital questions affecting the whole people is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court, the instant they are made in ordinary litigation between parties in personal actions, the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their Government into the hands of that eminent tribunal”).

לתמיכה מאוחרת יותר בעמדתו זו של הנשיא לינקולן ראו, למשל, JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 15 (1999) (להלן: וולדרון, *משפט ואי-הסכמה*), ו Core Case against Judicial Review, 115 YALE L.J 1346 (2006) (להלן: וולדרון, הטיעון התמציתי). ראו גם את ההפניות לכתיבה של השופט לרנד הנד ופרופ' אילי, להלן בהערה 158.

דוגמת ההוראות העוסקות בזכות לשוויון, לחירות, לקניין ולחיים).²⁶ החוקה האמריקאית נוסחה במקור בעיקרה בכללים תוך שימוש מועט בעקרונות.²⁷ החוקה שהמילטון ואירדל הפקידו את פרשנותה בידי בית המשפט היתה בעיקרה אפוא אוסף של כללים ברורים. ההנחה שעמדה ברקע הדברים היתה, כי הסתירות שעלולות היו להתגלות בין החוקה ובין החוק תהיינה ברורות למדי וכי הפרשנות החוקתית והביקורת על חוקים תהיינה הליכים פשוטים יחסית שבהם יצביע הפרשן על סתירה ברורה בין חוק ובין הוראה חוקתית.²⁸ ואכן, במקרים פשוטים שכאלה הדעה הרווחת

26 על ההבחנה שבין כללים ברורים לעקרונות עמומים ועל השימוש התכוף בחוקה בעקרונות עמומים, ראו לעיל, ה"ש 17 וההפניות המופיעות שם.

27 המילטון עצמו התנגד להכללת מגילת זכויות בחוקה, בין השאר משום שהוא התנגד לניסוח החוקה בעקרונות עמומים. עקרונות אלו, טען המילטון, מתאימים יותר לחיבור העוסק בתורת המוסר, ולא לחוקה של ממשלה. ראו A. Hamilton, *The Federalist No. 84 at 575, 579–580* (J. Cooke ed. 1961).

28 גם ג'יימס אירדל התיר לבית המשפט לפסול חוק של הפרלמנט רק במקרים שבהם הסתירה ברורה על פניה:

If any act of Congress, or of the Legislature of a state, violates those constitutional provisions, it is unquestionably void; though, I admit, that as the authority to declare it void is of a delicate and awful nature, the Court will never resort to that authority, but in a clear and urgent case. (*Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 398–399 (1798) (Iredell J., dissenting)).

בכתיבה מאוחרת יותר רווח המינוח של סתירה "מעבר לכל ספק סביר". ראו למשל את פסק דינו של השופט וושינגטון:

But if I could rest my opinion in favor of the constitutionality of the law on which the question arises, on no other ground than this doubt so felt and acknowledged, that alone would, in my estimation, be a satisfactory vindication of it. It is but a decent respect due to the... legislative body, by which any law is passed, to presume in favor of its validity, until its violation of the constitution is proved beyond all reasonable doubt. This has always been the language of this Court, when that subject has called for its decision; and I know that it expresses the honest sentiments of each and every member of this bench. (*Ogden v. Saunders*, 12 Wheat. 213, 270 (1827) (Washington J.)).

ראו גם את דבריו של השופט וייט:

This declaration [that a statute is unconstitutional] should never be made except in a clear case. Every possible presumption is in favor of the validity of a statute, and this continues until the contrary is shown beyond a rational doubt. One branch of the government cannot encroach on the domain of another without danger. The safety of our institutions depends in no small degree on a strict observance of this salutary rule. *Sinking-Fund Cases*, 99 U.S. 700, 718 (1878) (Waite J.).

היא, שהפרשן (המיישם...) המתאים של הטקסט החוקתי הוא מערכת המשפט.²⁹ אולם בסופו של דבר הוספה לחוקה האמריקאית במהלך הכינון גם מגילת זכויות ובה שורה של עקרונות עמומים. במהלך השנים גם הסתבר, כי כמה פסקאות שנתפסו תחילה ככללים פשוטים הפכו בהדרגה גם הם למושגים עמומים למדי. האם גם את הפרשנות של עקרונות עמומים יש להפקיד בידי בית המשפט? שאלה זו היא אחת מנקודות המחלוקת המרכזיות במשפט ובפוליטיקה האמריקאית מזה למעלה ממאתיים שנה.³⁰ בפסיקת בית המשפט העליון עצמו אפשר למצוא עמדות שונות. השופט מרשל, אשר טבע חותם ארוך-טווח על המשפט האמריקאי, גרס בפסק הדין המפורסם בעניין *Marbury v. Madison*, כי הפרשנות המוסמכת של החוקה כולה, בלא הבחנה בין כללים לעקרונות, מסורה בידי בית המשפט.³¹ לעומת זאת, השופט הולמס, אשר

ראו גם את המאמר המפורסם של ג'יימס ברדלי ת'אייר, דיקן בית הספר למשפטים באוניברסיטת הרווארד בתחילת המאה העשרים, אשר השתמש אף הוא באמת המידה של "מעבר לכל ספק סביר": James B. Thayer, *American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, 138–142 (1893). הלכה למעשה ישנן פסיקות לא מעטות, במיוחד אלו הניתנות ברוב של חמישה מול ארבעה, אשר קשה ליישכן עם אמת המידה של "מעבר לכל ספק סביר" (ראו ליאון שלף "רוב מיוחס בנושאים חוקתיים – לא רק דרישה כלפי הכנסת אלא גם רעיון לגבי בית המשפט" **משפטים** כח 357 (1997) [להלן: שלף, רוב מיוחס]).

29 ודוק: הנשיא לינקולן (לעיל) לא עסק בהבחנה בין כללים לעקרונות, אולם ההקשר ההיסטורי היה פסק הדין בעניין דרד סקוט, אשר התבסס על עקרון חוקתי (זכות הקניין). באותו פסק דין קבע בית המשפט העליון, כי חקיקה פרליתית המגבילה את העבדות פוגעת בעקרון הקניין הקבוע בחוקה ולכן היא בטלה. ראו *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). (על פסק הדין והתגובה לפסק הדין בצפון ראו פרידמן, ההסטוריה של הכשל האנטי-רובי, חלק א, לעיל ה"ש 19, בעמ' 430–413). מנגד, ראו ברוטס, לעיל, ה"ש 24; וולדרון, משפט ואי-הסכמה, לעיל הערה 25; וולדרון, הטיעון התמציתי, לעיל ה"ש 25.

30 השו, למשל, בין ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW (1997) ולבין RONALD DWORIN, LAWS'S EMPIRE (1986) (להלן: דבורקין).

31 ראו *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Crunch) 137, 177–178 (1803) (Marshall C.J.). It is emphatically the province and duty of the judicial department [the judicial branch] to say what the law is... So if a law [e.g., a statute or treaty] be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

יחד עם זאת, בפסק הדין בעניין **דרת'מות קולג'** הצטרף השופט מרשל לאלו אשר צמצמו את הביקורת השיפוטית למקרים ברורים שאינם מעוררים ספק של ממש:

On more than one occasion, this Court has expressed the cautious circumspection with which it approaches the consideration of such questions; and has declared,

השפעתו על המשפט האמריקאי לא נפלה מזו של מרשל, הדגיש כי עקרונות אינם נותנים תשובה ברורה לשאלות קונקרטיים, והחלטה על בסיס עקרונות תלויה במידה רבה בעמדה סובייקטיבית של הפרשן. הולמס הסיק אפוא, כי יש להותיר את הפרשנות של עקרונות עמומים, אשר המובן הקונקרטי שלהם שנוי במחלוקת חברתית, בידי בתי הקונגרס.³² גם בפסק הדין בעניין Carolene Products משנת 1938, שבו ניסו שופטי בית המשפט העליון לתחום את גבולות התפקיד השיפוטי בפרשנות החוקה, צוינה ההבחנה שבין כללים ברורים (המתאימים לפרשנות וליישום שיפוטי) ובין עקרונות עמומים (שאת הפרשנות שלהם יש להותיר בידי בתי הקונגרס).³³ מבחינה מעשית ניתן לסכם ולומר, כי הפרשנות החוקתית בארה"ב נחלקת בין בתי הקונגרס (המכריעים בשאלות המוגדרות כפוליטיות) ובין בית המשפט (המכריע בשאלות המוגדרות משפטיות), כשקו הגבול בין שאלות פוליטיות לאלו השיפטיות איננו ברור כלל ועיקר. גם בכל הנוגע לשאלות משפטיות קיימת אי-בהירות – ומחלוקת מתמשכת בין המשפטנים – בשאלות הבאות: באיזו מידה נתונה הסמכות הפרשנית באופן בלעדי בידי הרשות השופטת? באילו מקרים רשאית מערכת המשפט ליצוק תוכן קונקרטי למושגים חוקתיים עמומים? ואיזה משקל יש לתת לפרשנות של בתי הקונגרס הן ברמה הפדרלית הן בזו המדינתית.

א.2 מודלים נוספים של פרשנות חוקתית

סקירה משווה של משטרים דמוקרטיים נוספים מגלה ארבעה מודלים בסיסיים של פרשנות חוקתית – המודל השיפוטי, המודל הפרלמנטרי, מודל בית המשפט לחוקה (או המועצה החוקתית) והמודל המעורב.

המודל השיפוטי. במדינות מספר מסורה הפרשנות המוסמכת של החוקה – באורח דומה למודל האמריקאי נוסח השופט מרשל – בידי מערכת המשפט. אוסטרליה ויפן הן דוגמאות טובות לכך. בחלק מן המדינות הללו, דוגמת יפן, מסורה הפרשנות החוקתית בידי מערכת המשפט כולה, בעוד שבאחרות, דוגמת אוסטרליה, מסורה הפרשנות החוקתית בידי בית המשפט העליון דווקא, כשרק ערכאה זו מוסמכת

that, in no doubtful case, would it pronounce a legislative act to be contrary to the constitution *Dartmouth College v. Woodward*, 4 Wheat. 518, 625 (Marshall C.J.).

³² ראו *Lochner v. New York* 198 U.S. 45, 75–76 (1905) (Holmes J. dissenting)

General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise...

³³ ראו את ה"ש 4 לפסק הדין בעניין *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 (1938) באותה הערת שוליים צוינו הבחנות נוספות, שבהן אעסוק להלן בחלק ד.

להכריז על בטלותו של חוק.³⁴

המודל הפרלמנטרי. במדינות מספר הפרשן המוסמך של החוקה הוא הפרלמנט עצמו או אחת מוועדותיו. דוגמאות טובות הן הולנד, שוויצריה (בכל הנוגע לחקיקה פדרלית), שוודיה, פינדלנד וניו-זילנד.³⁵ במהלך החקיקה הפרלמנט אמור לבחון האם הצעת חוק תואמת את החוקה. לאחר שנתקבל חוק, אין רשות חוץ פרלמנטרית רשאית להכריז על בטלות החוק או להתעלם ממנו.³⁶ ברוב המדינות השייכות לקבוצה

³⁴ על הביקורת השיפוטית ביפן ראו הערות 65 ו 96 להלן. על הביקורת השיפוטית באוסטרליה ראו את אתר האינטרנט הרשמי של בית המשפט העליון: http://www.hcourt.gov.au/about_03.html.

³⁵ כך, למשל, סעיף 4 למגילת הזכויות בניו זילנד קובע:

No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights),

- (a) Hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or
- (b) Decline to apply any provision of this enactment by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.

עם זאת, למגילה יש תפקיד פרשני (כמו תפקיד שנועד למגילת הזכויות הבלתי-כתובה במשפט הישראלי במשך עשרות בשנים). בסעיף 6 למגילה נאמר:

Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.

ראו www.servat.unibe.ch/icl/nz01000_.html

החוקה השבדית קובעת, כי בית המשפט רשאי לפסול חוק של הפרלמנט רק כאשר הסתירה בין החוק ובין החוקה היא ברורה בעליל (apparent). עד היום נדחו הטענות לפסלות חוק בבית המשפט בטענה, כי הסתירה איננה ברורה וכי מדובר בשאלה של פרשנות. ראו ALLAN R. BREWER-CARIAS, *JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW* 172–174 ((1989) (hereinafter: Brewer-Carias); (פסקה זו מבוססת בחלקה על שיחה שהתקיימה בפברואר 2004 עם היועץ המשפטי של המשלחת השוודית לאו"ם). לגבי פינדלנד ראו את הערת השוליים הבאה. החוקה ההולנדית קובעת בסעיף 120, כי החוקתיות של חוקי הפרלמנט או של הסכמים לא תיבחן על ידי בתי המשפט (ראו www.servat.unibe.ch/icl/nl00000_.html). לגבי שווייץ ראו J. F. Aubert & E. Grisel, *The Swiss Federal Constitution*, in Introduction to Swiss Law 15, 22 (F. Dessemontet & T. Ansay eds., 3d ed. Kluwer Law International 1995); R. C. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law* 243 (Cambridge University Press 1995).

³⁶ בקבוצה זו גם נכללים משטרים, דוגמת דנמרק, שבהם מוסמך בית המשפט לבקר את החוקתיות של חקיקת הפרלמנט, אך הוא נמנע מלעשות כן. הימנעות כזו, הנמשכת לאורך זמן, נראית כקונוונציה בלתי-כתובה. ראו Torben Melchior, *The Danish Judiciary*, in DANISH LAW IN EUROPEAN PERSPECTIVE 99, 100 (Borge Dahl, Torben Melchior, Lars Adam & Ditlev Tamm eds., 1996) (המציין כי למרות שדה-יורה עומדת לבתי המשפט הדנים הסמכות 219

זו מסורה הפרשנות החוקתית בידי מליאת הפרלמנט, ואולם ישנן כאלו, דוגמת פינלנד, שבהן מסורה הפרשנות החוקתית בידי ועדה פרלמנטרית (הוועדה החוקתית בפרלמנט – ה-*Perustuslakivaliokunta*).³⁷

מודל המועצה החוקתית ובית המשפט לחוקה.³⁸ ברוב המשטרים הדמוקרטיים,

להכריז על בטלותה של חקיקה ראשית, הרי שמאז 1920, השנה שבה הוכרה הסמכות הזו, בתי המשפט הדניים מעולם לא יישמוה).

לגבי פינלנד ראו אצל ברור-קאריאס, לעיל; וכן Martin Scheinin, *Constitutional Law and Human Rights*, in: AN INTRODUCTION TO FINNISH LAW 27, 44–45 (Juha Poyho ed., 1993); Jaakko Uotila, *Fundamental Rights of the Citizens*, in: THE FINISH LEGAL SYSTEM 60, 60–63 (Jaakko Uotila, ed., 1985) *גם*; Jaakko Nousiainen, *The Role of the Finnish Supreme Court in the Legislative Process*, 23 SCANDINAVIAN STUDIES IN LAW 131, 138–139 (1979). שינויים בחוקה החל ב-1995 (ראו סעיף 106) עשויה להרחיב את התפקיד השיפוטי, אך הדבר טרם התרחש, ופרשנים מטילים ספק באפשרות שתהליך כזה יתרחש בעתיד. ראו את הפסקה הרביעית למאמרו של האוטאמאקי, Veli-Pekka Hautamäki, *Authoritative Interpretation of the Constitution: A Comparison of Argumentation in Finland and Norway*, 6.3 EJCL (October 2002) <http://www.ejcl.org/63/art63-1.html>

הספרות העוסקת בבתי המשפט החוקתיים ובמועצות החוקתיות רבה. ראו, למשל, ברואר-קאריאס, לעיל ה"ש 35, בעמ' 182 ואילך. ראו גם ALEX STONE SWEET, *GOVERNING WITH JUDGES* (2000) (hereinafter: Stone Sweet); MARTIN SHAPIRO & ALEC STONE SWEET, *ON LAW, POLITICS AND JUDICIALIZATION* (2002) (hereinafter: Shapiro and Stone Sweet); ALEC STONE SWEET, *THE BIRTH OF JUDICIAL POLITICS IN FRANCE* (1992); (להלן: *הולדת הפוליטיקה השיפוטית בצרפת*) Alexander Von Brunneck, *Constitutional Review and Legislation in Western Democracies*, in: CONSTITUTIONAL REVIEW AND LEGISLATION 219 (Christine Lanfried ed., 1988) (hereinafter: Von Brunneck); LOUIS FAVOREU, *CONSTITUTIONAL COURTS* (A. A. Levasseur & R. K. Ward trans., 2001) (להלן: *פאוורא, המועצה החוקתית*); EDWARD McWHINNEY, *SUPREME COURTS AND JUDICIAL LAWMAKING: CONSTITUTIONAL TRIBUNALS AND CONSTITUTIONAL REVIEW* (1986) (hereinafter: McWhinney); MAURO CAPPELLETTI, *JUDICIAL REVIEW IN THE CONTEMPORARY WORLD* (1971) (hereinafter: Cappelletti); SUPRA-NATIONAL AND CONSTITUTIONAL COURTS IN EUROPE (I.I. KAVASS ed., 1992) (hereinafter: Kavass); DONALD P. KOMMERS, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* (2d. ed. rev. 1997) (hereinafter: Kommers); Louis Favoreu, *The Constitutional Council and Parliament in France*, in: CONSTITUTIONAL REVIEW AND LEGISLATION, *supra*, at 81 (hereinafter: Favoreu, *The Constitutional Council*); Manfred Welan, *Constitutional Review and Legislation in Austria*, *supra*, at 63 (hereinafter: Welan); Francisco Rubio Llorente, *Constitutional Review and Legislation in Spain*, *supra*, at 127 (hereinafter: Rubio Llorente); R.B.Canals & J.N. Munoz, *Constitutional Justice in Spain*, in: SUPRA-NATIONAL AND CONSTITUTIONAL

במיוחד באירופה, מסורה פרשנות החוקה לגוף מיוחד – בית משפט לחוקה או מועצה חוקתית – המוצב מעל לשלוש רשויות השלטון – הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת – ומפקח שפעולותיהן תעלנה בקנה עם הוראות החוקה.³⁹ בית המשפט החוקתי או המועצה החוקתית, מתמקדים בשאלות חוקתיות בלבד ואינם עוסקים בשאלות משפטיות אחרות. מבנה המועצה או בית המשפט החוקתי במדינות הללו שונה, כפי שנראה להלן, מזה של בית המשפט העליון במערכות המשפטיות הרגילות.⁴⁰

המודל המעורב. מעבר לכך, ישנם משטרים המשלבים בין פרשנות פרלמנטרית לפרשנות שיפוטית. כפי שציינתי, ארה"ב היא דוגמה טובה לחלוקת הפרשנות החוקתית בין מערכת המשפט ובין בתי הקונגרס. גם באנגליה מסורה הפרשנות של מגילת הזכויות האירופית לפרלמנט ולמערכת המשפט במקביל, כשזכות המילה האחרונה מסורה לפרלמנט.⁴¹ בקנדה מסורה הפרשנות החוקתית למערכת המשפט, הרשאית

THE GLOBAL COURTS IN EUROPE, *supra*, at 351 (hereinafter: Canals & Munoz). EXPANSION OF JUDICIAL POWER (C. Neal Tate & Torbjorn Valinder eds., 1995); DAVID M. BEATTY, HUMAN RIGHTS AND JUDICIAL REVIEW (1994); CONSTITUTIONAL JUSTICE, EAST AND WEST (Wojciech Sadurski ed., 2002)

³⁹ בעוד שהמבנה השלטוני הבסיסי בארצות המשפט המקובל הוא משולש, המבנה המקובל כיום באירופה הוא מרובע. כך, למשל, מערכת השלטון המרכזית בצרפת נראית בקווים כלליים כך (פרשן החוקה מודגש):

מועצה חוקתית

רשות מחוקקת, רשות מבצעת ורשות שופטת

ובצורה מפורטת יותר:

מועצה חוקתית

הרשות המחוקקת	הרשות המבצעת	הרשות השופטת
הסנאט (בית עליון בפרלמנט)	נשיאות	מערכת משפט
האסיפה הלאומית (בית תחתון בפרלמנט)	ממשלה	מערכת משפט
		אדמיניסטרטיבית (שלוש ערכאות)

⁴⁰ כפי שנראה להלן, בחלק ב, פסקה 2, במועצה החוקתית או בבית המשפט העליון מכהנים – במושב המכריע – מספר גדול יותר של חברים מאשר בערכאת שיפוט עליונה רגילה. בצרפת החברים במועצה החוקתית גם אינם זקוקים להכשרה משפטית. מעבר לכך, "...בית משפט חוקתי...פועל מחוץ למסגרת הרגילה של בתי המשפט. שופטיו נבחרים בדרך שונה מהאופן שבו נבחרים השופטים הרגילים ויש בה לרוב השפעה פוליטית רבה. הם מכהנים תקופה מוגבלת ואין לרוב אפשרות לשוב ולמנותם" (אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 332–333 (2004)).

⁴¹ חוק זכויות האדם משנת 1998 (The Human Rights Act of 1998) קלט את הקונוונציה האירופית של זכויות האדם אל תוככי החוק האנגלי. בתי המשפט באנגליה מוסמכים להכריז, כי

להכריז על בטלות של חוק, אך הפרלמנט (הן הפדרלי הן המדינתית) רשאי להוציא חוק מתחולת סעיפים רבים במגילת הזכויות (הצ'רטר הקנדי) בדרך המונעת את בטלות החוק (פסקת האף על פי). הלכה למעשה, נמנעים בדרך כלל הפרלמנטים בקנדה (להוציא את הפרלמנט של קוויבק) משימוש בסמכות זו, בדרך ההופכת בהדרגה את פסקת האף על פי לדין כתוב שאינו נוהג.⁴² אפשר לסכם, כי בעוד שמבחינה תיאורטית,

חוק איננו עולה בקנה אחד עם הוראות הקונוונציה, אולם סעיף 4 (6) לפרק 42 לחוק קובע כי פסיקה שכזו איננה משפיעה בכל דרך על התוקף, המעמד והאכיפה של החוק העומד לדין. הסמכות לפסול או לשנות חוק מסורה אפוא באופן אקסקלוסיבי לפרלמנט הבריטי. יחד עם זאת, הכרזה שיפוטית כי חוק איננו עולה בקנה אחד עם הוראות הקונוונציה פותחת בפני שרים מסלול של חקיקה מזורזת בפרלמנט (מסלול שאיננו קיים בלא הכרזה שיפוטית שכזו) (לעיל, סעיף 4 (10)). ראו www.statutelaw.gov.uk.

ראו PETER HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA Vol. 2 Sec. 39.8 (5th ed. supp. 42 Jeffrey Goldsworthy, *Judicial Review, Legislative Overwrite, And Democracy*, 38 WAKE FOREST L. REV. 451 (2003). 2009 Release 1, Thomson & Carswell 2009). ראו גם

להלן – לשם הבהרה – כמה מבנים שלטוניים (פרשן החוקה המוסמך מודגש):
המבנה של המשטר הפדרלי בגרמניה נראה בקווים כלליים כך:
בית המשפט החוקתי

הרשות המבצעת	הרשות השופטת	הרשות המחוקקת
הממשלה	מערכת מערכת מערכת	בונדסראט (בית עליון)
אזרחית	פלילית אדמיניסטרטיבית	בונדסטאג (בית תחתון)

קיימות מערכות משפטיות נוספות שאינן מסומנות)

הרשות המחוקקת	הרשות המבצעת	הרשות השופטת
סנאט (בית עליון)	ממשלה	בית משפט פדרלי עליון
בית הנציגים (בית תחתון)		בתי משפט פדרליים
הרשות המחוקקת	הרשות המבצעת	הרשות השופטת
סנט (בית עליון)	נשיאות	בית משפט פדרלי עליון
בית הנציגים (בית תחתון)		בתי משפט פדרליים

ההכרעה הסופית בסוגיות חוקתיות רבות מסורה בידי הפרלמנטים הקנדיים, מבחינה **מעשית**, מסורה הפרשנות של החוקה כולה בידי בית המשפט הקנדי העליון. את פרשני החוקה שנסקרו עד כה אפשר לחלק לשתי קבוצות: פרשני חוקה **פרלמנטריים** (או פנים-פרלמנטריים) ופרשני חוקה **חוץ-פרלמנטריים**.⁴³ בכל הנוגע לפרשנות חוקתית המתבצעת בפרלמנט ברי, כי על ההחלטות להתקבל בהרכב מלא דווקא. מובן מאליו, כי יו"ר הפרלמנט או יו"ר ועדה בפרלמנט, איננו רשאי לקבוע מי מן החברים ישתתף בהצבעה. מעורבות כזו של היו"ר תפגע בעקרון הייצוג הדמוקרטי המשמש בסיס לסמכות של הפרלמנט ושל ועדותיו.⁴⁴ ודוק: בספרה הקלסי מחדדת חנה פיטקין את ההבחנה שבין שני מובנים של המושג ייצוג:⁴⁵ האחד, **ייצוג כהסמכה** (כל רשות הנבחרת במישרין או בעקיפין על ידי העם יכולה לטעון לסמכות כזו, ואפילו אדם יחיד כמו נשיא ארה"ב); והשני, **ייצוג כשקוף** בקנה מידה קטן של קשת הדעות בחברה (רק רשות מרובת חברים, דוגמת הפרלמנט, המשקפת את העם על שלל דעותיו יכולה לייצג במובן זה). אם יו"ר הפרלמנט או יו"ר ועדה בפרלמנט יקבעו הרכבים חלקיים לצורך הצבעות מסוימות, יפגע עקרון הייצוג **על שני מובניו**. ראשית, יפגע עקרון ההסמכה, משום שהגוף המחליט איננו זהה לגוף שהוסמך ונבחר. שנית, יפגע עקרון השקוף משום שבהרכב חסר, הן מליאת הפרלמנט הן הוועדות, אינן משקפות עוד את קשת הדעות בחברה אל-נכון.⁴⁶ לפיכך לא אעסוק ברשימה הבאה בפרשנות חוקתית המתבצעת בפרלמנט פנימה ומכאן ואילך, כאשר אדון בפרשנות חוקתית, אידרש לפרשנות חוץ-פרלמנטרית דווקא, המתבצעת, כאמור, במועצות חוקתיות, בבתי משפט לחוקה ובבתי המשפט העליונים של מערכות המשפט.

	ולבסוף, מערכת המשטר בפנילנד נראית בקווים כלליים כך:	
הרשות השופטת	הרשות המבצעת	הרשות המחוקקת
	נשיאות	פרלמנט
	ממשלה	ועדת החוקה

⁴³ הקבוצה הראשונה – של הפרשן הפרלמנטרי – כוללת הן את המשטרים שבהן הפרשנות המוסמכת של החוקה מסורה באופן בלעדי לפרלמנט הן – באופן חלקי – את המשטרים המחלקים את הפרשנות המוסמכת בין הפרלמנט ובין מערכת המשפט.

⁴⁴ עקרון הייצוג הדמוקרטי מוסבר ביתר אריכות להלן, בחלק ג.

⁴⁵ Hannah Pitkin, *The Concept of Representation* 38–91 (1967) (להלן: פיטקין, **מושג הייצוג**). פיטקין מזכירה מובנים נוספים של המושג ייצוג, שלהם חשיבות מועטה בהקשר של מאמר זה.

⁴⁶ ראו והשוו את פסק דינו של השופט מישאל חשין בעניין **בנק מזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 471 ואילך. ראו גם את דברי השופט דורנר בבג"ץ 7367/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועמ"מ ואח'**, פ"ד נב(4) 558, 547 (1997).

ב. ההיבט הקבוצתי של הפרשנות החוקתית

1.1 תזת הפרשן החוקתי היחיד

מהם הגורמים המעניקים לפרשני חוקה חוץ-פרלמנטריים את הסמכות לקבוע את המובן המחייב של החוקה ולהכריז על בטלותם של חוקים העומדים בסתירה למובן זה? כמה משפטנים אמריקאים מניחים, במפורש או במשתמע, כי **למספר המשפטנים** המשתתפים בהליך הפרשנות החוקתית אין משמעות רבה. לשיטתם, באופן עקרוני לפרשנות חוקתית של שופט יחיד אותו משקל כמו לפרשנות של פאנל שופטים רב-משתתפים. ההקדמה של פרופסור פיס לכתב העת המשפטי של אוניברסיטת הארוורד משנת 1979 היא דוגמה טובה להלך המחשבה הזה.⁴⁷ סמכותה של הפרשנות השיפוטית של חוקת ארה"ב, טוען פיס, נובעת מעצמאות שיפוטית, מהעובדה שהשופט מנהל דו-שיח עם הצדדים המתדיינים ומהחובה לנמק את פסק הדין בשיקולים עקרוניים וערכיים. אלו הן אכן סגולות חשובות, אך לענייננו החשוב הוא שסגולות אלו עשויות להימצא בכל ערכאה שיפוטית, גם זו שמכהן בה שופט יחיד בלבד. מכאן ולהבא אכנה את התפיסה הזו **תזת הפרשן היחיד**.⁴⁸ לעמדתו זו של פיס שותפים רבים, גם אלו החולקים עליו בשורה של שאלות יסוד אחרות בתחום המשפט החוקתי.⁴⁹

⁴⁷ ראו Owen Fiss, *The Supreme Court 1978 Term: Forward: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1, 12–17 (1979) (להלן: פיס, בית המשפט העליון, שנת 1978).

⁴⁸ נדמה, כי הפופולריות של עמדה זו נובעת משורה של גורמים: גורם אחד הוא השכיחות של מותבי דן יחיד במשפט האמריקאי. גורם שני הוא הרצון של משפטנים מסוימים לשמר אלמנטים מסוימים של הפורמליזם המשפטי. בסופו של דבר, לשופט יחיד כל הכישורים למלא את התפקיד המוגבל של "השפיטה המכנית" (ראו Thomas C. Grey, *Langdell's Orthodoxy*, 45 U. OF PITTS. L. REV. 1 (1983); Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 COLUM. L. REV. 605 (1908)). תזת הפרשן היחיד היא גם חלק מן המסורת של "בית הספר של ההליך המשפטי", כפי שמסורת זו נוסחה על ידי הנרי הארט, הרברט וקסלר ואלברט סאקס. המלומדים הללו הסבירו את סמכות ההכרעה השיפוטית בסגולות שיש לכל בית משפט, ובכלל זה לדן יחיד – עצמאות, הנמקה עקרונית ומבוססת (Reasoned Elaboration) והיעדר משוא פנים. ראו, למשל, Herbert Wechsler, *Towards Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959) H. HART & A. SACKS, *THE LEGAL PROCESS – TENTATIVE EDITION* 143–158 (W. Eskridge & P. Frickey eds., Foundation Press 1994) (להלן: הארט וסאקס, **ההליך המשפטי**).

⁴⁹ ראו, למשל, ALEXANDER BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* 23–28 (1962) (להלן: ביקל, **הרשות הפחות מסוכנת**).

עמדתם של שניים – פרופסור דבורקין והשופט ברק – חשובה במיוחד בכל הנוגע למשפטן הישראלי. דבורקין – אשר השפעתו על הכתיבה של השופט ברק, ולפיכך על המשפט הישראלי בשלושים השנים האחרונות, רבה היא – מרבה לעסוק בספריו בפרשנות משפטית, בכלל, ובפרשנות חוקתית, בפרט.⁵⁰ הפורום המתאים לפי דבורקין להכרעות חוקתיות הוא בית המשפט. אולם, דבורקין ממעט לעסוק בהיבטים הקולגיאליים של ההליך השיפוטי, בכלל, ושל הפרשנות החוקתית, בפרט. לשוא יחפש הקורא בכתביו תשובות לשאלות יסוד דוגמת מהו המספר המינימלי של שופטים הדרוש להכרעה חוקתית? כיצד יש למנות את השופטים הללו? באיזה רוב יש לקבל הכרעות כאלו? וכדומה. התמונה של הפרשן החוקתי המצטייר בכתביו של דבורקין היא – בדימוי של דבורקין עצמו – של "הרקולס", דהיינו: שופט יחיד רב-כשרון אשר אחריות כבדה מוטלת על כתפיו.⁵¹

גם בכתיבה של השופט ברק באה "תזת הפרשן היחיד" לידי ביטוי בכמה הקשרים. דוגמה טובה היא הטיעונים אשר מעלה השופט ברק בעד ריכוז הביקורת השיפוטית בידי בית המשפט העליון דווקא (השיטה הריכוזית או הצנטרליסטית, ובניגוד לשיטה הדה-צנטרליסטית או המבוזרת). ב"יסודותיה של הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת" הציע ברק כבר ב-1976 לאמץ בישראל ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת ולייחד סמכות זו לבית המשפט העליון בלבד. הנימוקים שברק הביא בעד השיטה הריכוזית ראויים לתשומת לב:

על ידי כך מובטח כי השאלה החוקתית תתברר, כי היא תתברר על ידי האורגן העליון, כי לא יהיו שום החלטות סותרות של בתי משפט נמוכים, וכי יחסך הזמן השיפוטי של בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי.⁵²

בהרצאה שנשא ברק כעשרים ושבע שנים לאחר מכן הוא הציג רשימה מפורטת יותר של נימוקים בעד השיטה הצנטרליסטית:

⁵⁰ על התרומה אשר "המחשבה הפוריה של פרופ' דבורקין" תרמה לפרשנות התכליתית של השופט ברק ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון: **תורת הפרשנות הכללית** 404–416 (1992); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי: **פרשנות חוקתית** 97–98 (1994).

⁵¹ על הרקולס ראו דבורקין, לעיל ה"ש 30. עיסוק מועט ועקיף בשאלות שהזכרתי אפשר למצוא בפרק הראשון של RONALD DWORKIN, *FREEDOM'S LAW* (1996).

⁵² ראו אהרן ברק "יסודותיה של בקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת" אהרן ברק **מבחר כתבים** כרך א 309, 316 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000) (להלן: ברק, יסודותיה של בקורת שיפוטית).

השיקול הראשון הינו שיקול של יעילות...חבל על זמן שיפוטי ועל זמנם של הצדדים שיחויבו להמתין להכרעה [חוקתית], תוך מעבר מערכאה נמוכה יותר לערכאה גבוהה יותר. השיקול השני הינו שיקול של ודאות ובטחון...השיקול השלישי הוא שיקול של מקצועיות והתמחות. חוקה היא עניין מורכב. משפט חוקתי הוא תחום סבוך...ראוי הוא להפקיד עניין זה בידי הערכאה השיפוטית העליונה בלבד, אשר בידיה הכלים המוסדיים להתמחות והתמקצעות בתחום חשוב זה...השיקול הרביעי קשור למסורת המשפטית שהתגבשה בישראל...במרבית המקרים ההכרזה הראשונית על בטלות הוראת חוק הנוגדת חוק-יסוד נעשתה על ידי בית המשפט העליון...יש שיקול נוסף לטובת המודל הצנטרליסטי...יהא זה מעבר חד מדי מדמוקרטיה פרלמנטרית גרידא לדמוקרטיה פרלמנטרית-חוקתית, אם כל בית משפט וכל בית דין יוסמך להכריז על בטלות החוק.⁵³

לעניינינו, הדבר הבולט בשתי רשימות הנימוקים הללו הם דווקא הנימוקים החסרים. ברק איננו מציין שבבית המשפט העליון, ורק בו – יכולות ההכרעות החוקתיות להתקבל בפאנל מלא רב-משתתפים עם מאפיינים ייחודיים. מבחינת מספר הפרשנים משתמע, כי ברק היה נכון מבחינה עקרונית להעניק את הביקורת השיפוטית לכל בית משפט, בכל מספר של שופטים, אפילו לשופט יחיד, שהרי, כפי שברק מציין, "יש לנו אמון מלא בכל השופטים".⁵⁴

גם בסדרת הכרכים של השופט ברק על פרשנות במשפט ובספר על פרשנות תכליתית במשפט באה תזת הפרשן היחיד לידי ביטוי. ברק מרבה לדבר על הפרשן בלשון יחיד – "הפרשן", "השופט" ו"השופט-פרשן".⁵⁵ השימוש במטבע לשון זו

⁵³ ראו אהרן ברק "בקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת) משפט וממשל ח 13, 20–22 (2005).

⁵⁴ ראו ברק, יסודותיה של בקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 52, בעמ' 315.

⁵⁵ ראו, למשל, אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 443, 448 (תשס"ג 2003) ("מהיכן למד הפרשן על תכליתה הסובייקטיבית של החוקה?") ("מקור חיצוני חשוב שממנו למד השופט-פרשן על תכליתו האובייקטיבית של הטקסט החוקתי הוא ההלכה הפסוקה"); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 112 (1994) ("במתן תוכן להכללות המלכותיות אין השופט נותן ביטוי לתפיסותיו הסובייקטיביות באשר לחברה הטובה. במתן מובן למונחים הערכיים, על השופט לשקף את ערכיה של החברה בה הוא חי"). גם כאשר השופט ברק מדבר על שופטים, הוא מדבר על אוסף של יחידים ולא על מותב רב-משתתפים בעל מאפיינים ייחודיים. ראו, למשל, שם, בעמ' 113 ("האם אין זה פוגע בדמוקרטיה אם מעניקים לשופטים...את הסמכות לקבוע את תוכנם של ערכי היסוד החוקתיים?").

מבטא יפה כשלעצמו את תזת הפרשן היחיד. גם כאשר ברק מדבר על בית המשפט העליון כפרשן המוסמך של החוקה, הוא איננו מדבר על בית המשפט העליון כגוף קולגיאלי שלו מאפיינים יחודיים, אלא כערכאה השיפוטית העליונה אשר תקדימיה מחייבים – יהיה מספר השופטים במותב אשר יהיה. כך, למשל, שואל השופט ברק:

אם כל אחד עוסק בפרשנות, משמע שהפרשנות אינה מיוחדת לשפיטה. במה מתייחדת, אפוא, פרשנותה של השפיטה?

והוא משיב:

הייחוד בפרשנות השיפוטית הוא, שהיא אוטוריטיבית. היא מחייבת את הצדדים, ואם היא פרשנות שניתנת על ידי ערכאה שתקדימיה מחייבים, היא מחייבת את כלל הציבור.... נמצא שבעוד כל פרשן קובע מהו הפירוש הנראה לו כראוי, הרי **השופט כפרשן**, תוך שהוא קובע מה הפירוש הנראה לו כראוי, קובע גם את הפירוש המחייב (ההדגשות שלי – י"ה).⁵⁶

תזת הפרשן היחיד באה לידי ביטוי גם בנושאי המחקר. לשוא יחפש הקורא בין 936 (!) העמודים של הכרך המוקדש לפרשנות חוקתית – עיסוק חזיתי ומקיף במותב המפרש את החוקה ובשאלות היסוד העולות מאליהן בהקשר זה: מהו מספר המשתפים המתאים לפרשנות חוקתית? האם יש לדון בשאלות חוקתיות בהרכב מלא? מהו הרוב הנחוץ לפסילת חוק בתוך המותב המפרש את החוקה? מה מקובל ברחבי העולם הדמוקרטי? וכדומה.⁵⁷ ודוק: שאלות אלו אינן נידונות גם בפרקים המעוררים באופן טבעי את שאלת הפורום המתאים לפרשנות חוקתית, כמו, למשל, הפרק המוקדש ל"ייחודה של הפרשנות החוקתית".⁵⁸

⁵⁶ ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון: **תורת הפרשנות הכללית** 161 (1992).

⁵⁷ אמנם, במהלך הסדרה השופט ברק עושה כמה פעמים סקירות משוות, וכחלק מהסקירה המשווה נידונות לעתים גם שאלות של פורום. אולם הסקירות המשוות הללו נעשות על פי רוב כחלק מדיון רחב יותר בשאלה ממוקדת. סקירה משווה אחת נעשית כחלק מהדיון בקידום המשפט בניגוד לחוק. (ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון: **תורת הפרשנות הכללית** 617–621 (1992)). סקירה נוספת מובאת בהקשר של תחולת המשפט הציבורי במשפט הפרטי (ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי: **פרשנות חוקתית** 667–678 (1994)). סקירה נוספת נעשית בכל הנוגע לשאלת התרופות (שם, בעמ' 701–776). בכל מקרה לא מצאתי בסדרת הספרים על הפרשנות סקירה משווה ומקיפה המתמקדת בשאלה, מהו הפורום המקובל בעולם הדמוקרטי כפורום המתאים לפרשנות חוקתית מוסמכת ומהם הכללים החלים על פורום זה.

⁵⁸ ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי: **פרשנות חוקתית** 79–88 (1994); אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 435–439 (2003).

תזת הפרשן היחיד באה לידי ביטוי בספרים נוספים מפרי עטו הפורה של השופט ברק. כותרתו של אחד הספרים היא **שופט בחברה דמוקרטית**, ובמהלך הספר ההתייחסות החוזרת ונשנית לשופט היא בגוף יחיד, גם כאשר מדובר בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק.⁵⁹ זאת ועוד: בספר מוקדש פרק שלם לתנאים המוקדמים הדרושים להגשמת התפקיד השיפוטי. זהו המקום הטבעי לעסוק בשאלת המבנה הרצוי של בית המשפט, בכלל, ובתחום הביקורת החוקתית, בפרט. ואולם, ברק מתעלם משאלות אלו ומצטמצם בעיסוק באובייקטיביות השיפוטית, באמון הציבור בשפיטה ובפעילות שיפוטית בגבולות ההסכמה החברתית. לשוא יחפש הקורא עיסוק בשאלות של מבנה, מספר חברים, הרכב, מינוי, רוב דרוש לפסילת חוק וכדומה.⁶⁰ גם **בשיקול דעת שיפוטי**, שהתפרסם כמעט עשרים שנה קודם לכן, באה תזת הפרשן היחיד לידי ביטוי בשורה של הקשרים.⁶¹

2. תזת הפרשן החוקתי הקולגיאלי (ודחיית תזת הפרשן היחיד)

אולם כאשר אנו בוחנים מקרוב את החוקה ואת משמעותה, את ההרכב של פרשני החוקה ברחבי העולם הדמוקרטי, את הדרך שבה התייחס בית המשפט העליון בארה"ב, במהלך ההיסטוריה, לתקדימים החוקתיים שלו עצמו ואת השיח המשפטי-ציבורי במדינת ישראל – מתבהר, כי תזת הפרשן היחיד איננה עומדת במבחן הביקורת.⁶²

⁵⁹ ראו אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 40 (2004) (המדבר על "שיקול דעתו של השופט"); וכן "מחויבותו של השופט היא לערכים המעוגנים בחוקה (שם, בעמ' 329); "בביקורת השיפוטית על השופט לשקף את תפיסות העומק של החברה ולא את השקפותיו שלו" (שם, בעמ' 324) וכן הלאה.

⁶⁰ שם, בעמ' 40.

⁶¹ בין השאר כתב שם השופט ברק:

בדיון עד כה נקודת המוקד היתה השופט היחיד...כאשר ההכרעה נעשית על ידי ערכאת השיפוט העליונה, היא נעשית לרוב על ידי הרכב של מספר שופטים. האם מציאות זו צריכה לשנות את הפעלתו של שיקול הדעת השיפוטי? לכאורה, התשובה היא בשלילה. (אהרן ברק **שיקול דעת שיפוטי** 259 (1987)).

גם בספר זה מדבר השופט ברק על הפרשן החוקתי בלשון יחיד: "על השופט להיות מודע לכך כי הטקסט [החוקתי] שבפניו הוא פרי של פשרה" (שם, בעמ' 325); "על השופט לגשת לפירושה של הוראה חוקתית מתוך מבט רחב" (שם, בעמ' 326) וכן הלאה.

⁶² כפי שציינתי לעיל, בראשית חלק א, אפשר למצוא במשפט האמריקאי היסטוריה ארוכה ועשירה של ביקורת שיפוטית שאיננה קיימת בהיקף זהה או דומה במשטרים דמוקרטיים אחרים. מסיבה זו, ומסיבות נוספות הנזכרות לעיל, אעסוק בפסקה זו בהרחבה בפסיקת בית המשפט העליון בארה"ב.

אפתח בחוקה ובמשמעותה. השופט ברק מתאר את החוקה במילים הבאות:

חוקה היא טקסט משפטי מיוחד במינו... היא עומדת בראש הפירמידה הנורמטיבית. היא מעצבת את דמותה של החברה ואת שאיפותיה במהלך ההסטוריה. היא קובעת את תפיסותיה הפוליטיות הבסיסיות של המדינה. היא מניחה את היסוד לערכיה החברתיים. היא קובעת את שאיפתה מחויבותה ומגמותיה. היא נועדה לכוון את ההתנהגות האנושית לתקופה ארוכה. היא קובעת את המסגרות שבגדרן יחוקקו החוקים וינהל הממשל הלאומי. היא משקפת את אירועי העבר. היא מניחה את היסוד להווה. היא קובעת את פני העתיד. היא פילוסופיה, פוליטיקה, חברה ומשפט גם יחד. כל אלה מחייבים גישה פרשנית מיוחדת אל הטקסט החוקתי.⁶³

מילים אלה מעוררות מיד את השאלה, האם כל אלה אינם מחייבים גם פורום פרשני מיוחד להכרעה בשאלות חוקתיות? האם אפשר ורצוי להפקיד את "קביעת פני העתיד" ו"ההתנהגות האנושית לתקופה ארוכה" בידי אדם יחיד? האם אין הבדל בין פרשנות חוקה ובין, למשל, הכרעה בסכסוך חוזי בין שתי חברות עסקיות? האם שתי השאלות המשפטיות הללו יכולות להיות מוכרעות מבחינה עקרונית בידי אותו פורום – דן יחיד?

ואכן סקירה משווה מלמדת, כי מערכות משפט ברחבי העולם מבחינות יפה בין הכרעה בשאלות חוקתיות ובין הכרעה בשאלות משפטיות אחרות. להלן דוגמאות מספר: יותר ממאה שנה – בסוף המאה ה-18 ובמהלך המאה ה-19 – הכריע בית המשפט העליון בארה"ב שאלות משפטיות שונות בהרכבים חסרים. לעומת זאת, שאלות חוקתיות היו בבחינת יוצא מן הכלל. קונוונציה לא כתובה בין השופטים קבעה, כי שאלות אלו תוכרענה בהרכב מלא בלבד.⁶⁴ כמו כן, בתי המשפט העליונים ביפן, בקנדה ובאוסטרליה מכריעים עד היום שאלות משפטיות רבות בהרכבים חסרים. די בחמישה שופטים בקנדה וביפן או בשני שופטים באוסטרליה כדי לתת פסק דין סופי. לעומת זאת, שאלות חוקתיות מוכרעות אך ורק על ידי הרכב מלא של בית המשפט.⁶⁵ מדינות אירופאיות אשר הקימו בתי משפט חוקתיים או מועצות חוקתיות

⁶³ ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 435 (2003).

⁶⁴ ראו *Knox v. Lee*, 79 U.S. 457, 553–554 (1871) (Strong J., concurring).

⁶⁵ ראו הוג, לעיל ה"ש 41, כרך 1, בפס' 8.3; HIROSHI ITOH & LAWRENCE WARD BEER, THE CONSTITUTIONAL CASE LAW OF JAPAN 10 (1978) וכן http://www.hcourt.gov.au/about_03.html. בעניין זה עסקו בקצרה גם בארץ. ראו, למשל, מיגל דויטש "מומנט ההנהגה בתפקוד השיפוט הקולגיאלי של בית המשפט העליון" עיוני משפט טו 167, בה"ש 105 (1990) (להלן: דויטש, מומנט ההנהגה).

– המתמקדים בשאלות חוקתיות בלבד – הבחינו גם הן בין שאלות חוקתיות לשאלות משפטיות אחרות. ככל המשטרים הללו מוכרעות שאלות משפטיות מתחומי המשפט האזרחי, הפלילי והאדמיניסטרטיבי, בהרכבים קטנים של שלושה או חמישה, גם בערכאה האחרונה – בבית המשפט העליון.⁶⁶ לעומת זאת, בבית המשפט לחוקה או במועצה החוקתית, שבה דנים בפרשנות המוסמכת של החוקה, ההרכב מורחב – תשעה בצרפת וברומניה; עשרה בסלובקיה; אחד עשר בהונגריה (וברום-אפריקה); שנים עשר בספרד, בבולגריה ובבלגיה; שלושה עשר בפורטוגל; ארבעה עשר באוסטריה; חמישה עשר באיטליה, בפולין ובצ'כיה; שישה עשר בגרמניה; ותשעה עשר ברוסיה.⁶⁷ ודוק: בתי המשפט החוקתיים והמועצות החוקתיות הללו דנים בשאלות חוקתיות בהרכב מלא דווקא.⁶⁸

התמונה המתקבלת ברורה למדי: הפרשנות החוקתית המוסמכת נמסרת לפאנלים הגדולים באורח בולט – פי שניים, פי ארבעה, ולעתים אף פי חמישה – מן הפאנלים המכריעים בערכאה העליונה בשאלות משפטיות לבר-חוקתיות. יתירה מזו: בעוד שאלות משפטיות בתחומי המשפט המסחרי, הפלילי ואף האדמיניסטרטיבי מוכרעות בהרכבים חלקיים, שאלות חוקתיות מוכרעות אך ורק בהרכב מלא, שבו משתתפים כל חברי בית המשפט החוקתי, כל חברי המועצה החוקתית או כל שופטי בית המשפט העליון בלא יוצא מן הכלל.⁶⁹ ודוק: ההבחנה בין שאלות משפטיות רגילות ובין שאלות

⁶⁶ ראו JUDICIAL ORGANIZATION IN EUROPE (Council of Europe 2000).

⁶⁷ ראו את הטבלאות אצל סטון סויט, לעיל ה"ש 38, בעמ' 49; סטון סויט, **הולדת הפוליטיקה השיפוטית בצרפת**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 232; קאוואס, לעיל ה"ש 38, בעמ' 10; פווארוו, **בתי משפט חוקתיים**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 18. ראו גם <http://www.concourt.gov.za/about.html>.

⁶⁸ ראו את ההפניות בהערה הקודמת. בית המשפט לחוקה בגרמניה נחלק לשני פאנלים (סנאטים), אך הדבר איננו בגדר חריג לכלל האמור. ראשית, כל אחד מן הסנאטים מונה באופן קבע שמונה שופטים, והחלטה על פסילת חקיקה ראשית עשויה להתקבל רק בהרכב מלא של אחד מהסנאטים. שנית, במקרה של מחלוקת בין הסנאטים מובא העניין למליאת בית המשפט החוקתי ומוכרע בהרכב של שישה עשר חברים. ראו קומרס, לעיל ה"ש 38, בעמ' 16–20.

⁶⁹ ליתר דיוק, שתי הבחנות חשובות בהקשר הזה. ההבחנה הראשונה, שצוינה בטקסט בקצרה, היא בין פרשנות בשלבים המקדמיים, הנעשית במדינות רבות על ידי הרכבים מצומצמים וחלקיים (למשל: ארה"ב וקנדה) ובין פרשנות מוסמכת וסופית המתבצעת אך ורק על ידי הרכבים מורחבים ומלאים. הבחנה נוספת היא בין פרשנות חוקתית, העשויה להביא לבטלותה של חקיקה ראשית (להלן: פרשנות חוקתית ראשית), ובין פרשנות חוקתית שאיננה עשויה להביא לפסילת חוק (להלן: פרשנות חוקתית משנית). בכל הנוגע לפרשנות חוקתית משנית – למשל: ההחלטה שלא לדון בחוקתיותו של חוק (החלטה המותירה את החוק בתוקף), וכן הביקורת על החלטות מנהליות או על חקיקת משנה – פרשנות חוקתית בהקשרים הללו מתבצעת לעתים בהרכבים חסרים של שלושה או חמישה. ראו קומרס, לעיל ה"ש 38, בעמ' 18–20, 50–52; כאנאלס ומונוס, לעיל ה"ש 38, בעמ' 361; רוביו לורנטה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 136; וכן את אתר

חוקתיות נקבעה על ידי דמויות משפטיות ופוליטיות אשר חיו בתקופות שונות, מילאם תפקידים שונים והונעו על ידי מטרות שונות לחלוטין.⁷⁰ נדמה אפוא, כי לעולם הדמוקרטי יש "אינסטינקט חוקתי" למסור את ההכרעה בשאלות חוקתיות להרכבים מלאים ומורחבים.⁷¹ נקודה זו מערערת למדי את תזת הפרשן היחיד.

בחינה קרובה של הדרך שבה בית המשפט העליון בארה"ב מעניק משקל לתקדימים חוקתיים מראה אף היא, כי תזת הפרשן היחיד איננה עומדת במבחן הפרקטיקה המשפטית. שלוש דוגמאות מפורסמות מן ההיסטוריה המשפטית האמריקאית ממחישות נקודה זו באופן מיוחד: הדוגמה הראשונה היא פסקי הדין שניתנו בשנת 1871 בסוגיית ההילך חוקי. בפרשת *Hepburn v. Griswold*, אשר הוכרעה בפברואר 1871, פסל בית המשפט העליון את שטרות הכסף שהודפסו בצפון בזמן מלחמת האזרחים, ברוב של ארבעה מול שלושה.⁷² לאחר שבועות אחדים ולאחר שהנשיא גרנט (הצפוני) מינה שני שופטים נוספים לבית המשפט העליון – את השופטים סטרונג וברדלי – הפך בית המשפט את התקדים הקודם והחליט ברוב של חמישה מול ארבעה כי ההילך החוקי הוא חוקתי. בהסבירו את ההחלטה לסטות מתקדים קודם (בארה"ב תקדימי העליון מחייבים את כל הערכאות, כולל את בית המשפט העליון עצמו), כתב השופט סטרונג:⁷³

We overrule so much of what was decided in *Hepburn v. Griswold*... That case was decided by a divided court, and by a court having a less number of judges than the law then in existence provided this court shall have.

האינטרנט הרשמי של בית המשפט החוקתי בהונגריה. אולם פרשנות חוקתית ראשית בערכאה העליונה מתבצעת ככלל בהרכבים מורחבים ומלאים המונים תשעה חברים לפחות. אוסטרליה, שבה מכהנים בבית המשפט העליון שבעה שופטים, היא חריג חלקי לכלל זה, אך גם שם ישנה הקפדה לדון בשאלות חוקתיות בהרכב מלא. חריג חלקי נוסף היא אירלנד. ראו http://www.courts.ie/courts.ie/library3.nsf/WebPage;www.hcourt.gov.au/about_03.html;CurrentWeb/2D2779D5D7A9FEAB8025.6D8700504F7B?OpenDocument&l=en.

70 אני מניח בפסקה זו – בניגוד לדעה המקובלת – כי יש מנחה משותפת לפרשני חוקה חוץ-פרלמנטריים בעולם הדמוקרטי. אני מבסס את ההנחה הזו, להלן, בחלק ג פסקה 5.

71 על "אינסטינקטים חוקתיים" ראו וולדרון, **משפט ואי-הסכמה**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 51.

72 ראו *Hepburn v. Griswold*, 75 U.S. (8 Wall) 603 (1869).

73 ראו *Knox v. Lee* 79 U.S. (12 Wall) 457, 553–554 (1871) (Strong J., concurring); *Supra*, at 569–570 (Bradley J., concurring) (noting that "Where the decision is recent, and is only made by a bare majority of the court, and during a time of public excitement on the subject ... I consider it our right and duty to subject it to a further examination).

במילים אחרות: התקדימים הניתנים על ידי הרכב חסר או על ידי בית משפט חצוי אינם מחייבים באותה מידה כמו תקדימים הניתנים בהרכב מלא פה אחד. הדוגמה השנייה היא פסק הדין המנחה בעניין Casey אשר עסק בסוגיות ההפלות. באותו מקרה נתבקש בית המשפט לחזור ולבחון את ההלכה המנחה הקודמת שנקבעה בעניין Roe.⁷⁴ שלושת השופטים אשר היו לשון המאזניים בבית המשפט העליון – השופטים קנדי, או'קונור וסוטר – החליטו להמשיך ולאמץ, ולו באופן חלקי, את הלכת Roe.⁷⁵ הגם ששלושת השופטים הללו הסתייגו בשנים שקדמו לעניין Casey מן התקדים שנקבע בעניין Roe, הם החליטו להמשיך ולאמץ את הלכת Roe מתוך כבוד לתקדים שכבר נקבע. בהנמקתם כתבו השופטים:⁷⁶

The original holding [in *Roe*] resting on the concurrence of seven Members of the Court in 1973 was expressly affirmed by a majority of six in 1983, (*Akron I*), and by a majority of five in 1986, (*Thornburgh v. American College*).

השופטים מצאו אפוא לנכון להדגיש הן את מספר הפעמים בעבר שבהן בית המשפט אימץ את הלכת Roe הן את המספר המדויק של השופטים שתמכו בהחלטה זו בכל אחת מן הפעמים הללו.

הדוגמה השלישית נוגעת להפרדה בין שחורים ללבנים בדרום ארה"ב. מן המפורסמות, כי בשנות החמישים של המאה שעברה מילא בית המשפט העליון בארה"ב תפקיד חברתי חשוב בפוסלו, בשורה של פסקי דין, את ההפרדה הגזעית שנהגה בדרום.⁷⁷ כל פסקי הדין ניתנו פה אחד ולא במקרה. האקדמיה האמריקאית, והציבור בכללותו, שיבחו את אחדות הדעים בין השופטים כ"שנייה בחשיבותה" רק לפסקי הדין עצמם.⁷⁸

⁷⁴ בעניין Roe נפסק, כי אסור למדינות השונות להגביל את חירותן של נשים הרות לבצע הפלה הן בטרימסטר הראשון הן, במידה רבה בטרימסטר השני. ראו *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁷⁵ ראו *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) (Joint opinion by O'Connor, Kennedy, and Souter, JJ.) (להלן: עניין קייסי).

⁷⁶ בעניין קייסי, שם, בעמ' 857–858.

⁷⁷ ראו, למשל, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 483 (1954); *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

⁷⁸ ראו *Dennis Hutchinson, Unanimity and Desegregation: Decision-making in the Supreme Court, 1948–1958*, 68 GEO. L. J. 1 (1979–1980).

שלוש הדוגמאות הללו מבטאות מגמה רחבה בתרבות המשפטית בארצות הברית, המעניקה משקל רב הן למספר השופטים היושבים בהרכב הקובע פרשנות חוקתית הן למספר השופטים – בתוך הרכב נתון – התומכים בתקדים מסוים, אל מול מספר השופטים המסתייגים.

ודוק: הקטעים שציטטנו מפסקי הדין בעניין ההילך החוקי ובעניין קייסי מלמדים, כי לא רק שלמספר השופטים התומכים בתקדים בזמן נתון נודעת חשיבות, אלא גם לאורך החיים של התקדים ולמידת השתרשותו במשפט ובחברה. השופט בראדלי טרח להדגיש, כי התקדים שבית המשפט החליט להפוך לגבי ההילך החוקי ניתן "רק לאחרונה".⁷⁹ כמו כן שופטי קייסי הקפידו למנות את מספר הפעמים שבהם הלכת רוו אושרה על ידי בית המשפט, כנימוק להמשיך ולאמץ את התקדים הזה.⁸⁰ אותה תפיסה – המעניקה חשיבות למימד הזמן – באה לידי ביטוי גם בהקשר של הלכת *Miranda* המפורסמת, המחייבת את המשטרה להזהיר עצורים ולהודיע להם את זכויותיהם קודם לחקירתם. למרות הביקורת שנמתחה על הלכה זו במהלך השנים, כאשר נתבקש בית המשפט העליון בפרשת *Dikerson* לבחון את השאלה מחדש, חזר ואימץ בית המשפט את הלכת *Miranda*. בהנמקתו ציין השופט רינקוויסט:⁸¹

Miranda has become embedded in routine police practice to the point where the warnings have become part of our national culture.

התמונה המתקבלת שונה למדי מזו של שופט יחיד, המכריע בשאלה חוקתית תוך הסתמכות על סגולות ההליך השיפוטי. מסתבר, שיש הבדל בין פאנל מורחב (למשל: תשעה או חמישה עשר חברים), הדן בהרכב מלא והמתאים להכרעה בשאלות חוקתיות, ובין פאנל חלקי ומצומצם (של שלושה או חמישה), המתאים לשמש בית משפט של ערכאה אחרונה בכל שאלה משפטית, אך לא בשאלות חוקתיות.⁸² יש גם הבדל, מבחינת הסמכות של בית המשפט, בין בית משפט מלא לבית משפט חסר, בין החלטה שעליה גובשה הסכמה פה אחד ובין החלטה שעליה נחלקו הדעות, ובין החלטה שהתקבלה ברוב דחוק להחלטה שנתקבלה ברוב שאיננו דחוק. הזמן משמש גורם נוסף המשפיע על הסמכות והמעמד של תקדימים חוקתיים. להחלטה אשר הפכה להיות חלק מן התרבות הלאומית מעמד מיוחד ומעבר לכך יש הבדל בין החלטה אשר

79 ראו לעיל, ה"ש 73.

80 ראו לעיל, ה"ש 76.

81 ראו *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428, 444 (2000) (Rehnquist C.J., concurring).

82 הכוונה, כאמור לעיל, היא רק להכרעה בשאלות חוקתיות ראשוניות בערכאה העליונה.

אושרה שוב ושוב בערכאות שונות ובין החלטה חד-פעמית שניתנה "רק לאחרונה" ושמעולם לא אושרה. כל זה שונה למדי מן התמונה הפשטנית שתזת הפרשן היחיד מציעה. מסתבר, כי הסמכות של הפרשנות החוקתית איננה נובעת רק מסגולות שיש לכל פרשן יחיד, במידה רבה נובעת סמכות זו מהאופי הקולגיאלי של הפרשן. התמיכה אשר הפרשנות החוקתית זוכה לה בקרב הפרשן – גוף רב-משתתפים – היא היא המעניקה לפרשנות מעמד מיוחד; ותמיכה החוזרת על עצמה לאורך זמן בקרב שורה של גופים רבי-משתתפים רק מחזקת את המעמד של התקדים החוקתי. מה נותן אפוא לגוף קולגיאלי יתרון בפרשנות החוקה על פני מותבים מצומצמים יותר? מדוע ישנה חשיבות למימד הזמן? בניתוח הנקודות הללו אעסוק בחלק הבא.

לפני סיום פרק זה רצוני להעיר שתי הערות: ראשית, הדיון שקיימנו מעורר שורה של שאלות מעניינות – מהו בדיוק המשקל של תקדים שניתן בהרכב חסר? מהו ההבדל בין תקדים שניתן ברוב דחוק לתקדים שניתן ברוב גדול או פה אחד? כיצד בדיוק משפיע מימד הזמן על משקלם של תקדימים? באילו מקרים לתקדימים ישנים משקל רב יותר ובאילו מקרים משקלם מועט יותר? שאלות אלו ואחרות נושקות לשאלת המותב המלא ולשאלת מקור הסמכות המוסדית של פרשני החוקה – שאלות העומדות במרכז דיוננו. יחד עם זאת, במסגרת דיון זה לא אוכל להרחיב בשאלות הללו, הקובעות ברכה לעצמן.

שנית, גם השיח המשפטי-ציבורי בארץ דוחה לעתים קרובות, במפורש או במשתמע, את תזת הפרשן היחיד. האקדמיה הישראלית, לפחות החל בשנות התשעים של המאה הקודמת ואילך, ערה ורגישה למספר השופטים המשתתפים בהרכבי בית המשפט העליון, לזהות השופטים בכל הרכב, לדינמיקה הקבוצתית ביניהם ולמשמעות של פסיקה בהרכבים מצומצמים או מורחבים, ברוב דעות או פה אחד, בקול אחד או בכמה קולות.⁸³ אפילו שאלת החתימה על פסקי דין – האם פסק דין נתן במשותף על

⁸³ כך, למשל, יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס ניתחו בשורה של מחקרים היבטים כמותיים בעבודת בית המשפט העליון. מחקר אחד הוקדש לשאלת השיבוץ של מותבי בית המשפט העליון (ראו מירון גרוס ויורם שחר "לשאלת השיבוץ של מותבי בית המשפט העליון" משפטים כט 567 (1998)) (בין השאר הסיקו הכותבים [שם, בעמ' 584], כי "מהצד האחד אין שיבוצם של מותבי השלושה של בית המשפט העליון נעשה באופן אקראי, ומצד שני נשאר חלק ניכר מהגיון השיבוץ סמוי מן העין..."). מחקר אחר הוקדש לאנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון (ראו יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון – נתוחים כמותיים" עיוני משפט כ 749 (1997)) (להלן: שחר, גרוס וחריס, שיח ומחלוקת) (בין השאר הסיקו הכותבים [שם, בעמ' 756–757], כי שיעור המחלוקת בהכרעות העליון זעום ו"אין דרך להסביר את היעלמותם של חילוקי הדעות מן ההכרעה הסופית אלא על סמך הנחה נוספת בדבר קיומו של מנגנון כלשהוא הממתן את רוב המחלוקות ומשתיק אותן במהלך שלבי ההכרעה"). מחקר נוסף בחן את מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון (ראו

ידי המותב כולו או שפסק הדין נחתם על ידי כל שופט בנפרד? – זוכה לתשומת לב לא מבוטלת.⁸⁴ ודוק: החשיבות הניתנת לכל השאלות המבניות הללו איננה מצומצמת

יורם שחר, מירון גרוס וחנון גודלשמידט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון – ניתוח כמותי" **משפט וממשל** ז 243 (2004). בין השאר נבחן מספר השופטים שהשתתפו בהרכבים אשר קבעו את התקדימים המובילים הללו. כן נבחנה שכיחותה של מחלוקת בין חברי ההרכב תוך כדי קביעת התקדימים הללו. עוד מחקר הוקדש לקבלתן ולדחייתן של פניות לבית המשפט, ובמסגרתו הצביעו החוקרים על הבדלים של ממש בין שופטים ספיציפיים בכל הנוגע לסיכויי הרשות (היועץ המשפטי לממשלה, שרי הממשלה ומשרדיהם, תאגידים סטטוטוריים וכן הלאה) לזכות בדין (ראו יורם שחר ומירון גרוס "קבלתן ודחייתן של פניות לבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **מחקרי משפט** ג 329 (1996)). כמו כן, מיכאל דן בירנהק ודוד גוסרסקי כתבו על כסאות ייחודיים, דעות מיעוט ופולורליזם שיפוטי (ראו מיכאל דן בירנהק ודוד גוסרסקי "כסאות ייחודיים, דעות מיעוט ופולורליזם שיפוטי" **עיוני משפט** כב 499 (1999) (להלן: בירנהק וגוסרסקי, כסאות ייחודיים)). דרורה קרוטקין בחנה את ההשפעה של גודל ההרכב על נכונות פסקי הדין (דרורה קרוטקין "ההשפעה של גודל ההרכב על נכונות פסקי הדין" **מחקרי משפט** י 243 (1993)). קרוטקין מסיקה, כי בפסקי דין פלייליים הניתנים על ידי שופט יחיד ישנן טעויות רבות יותר מאשר בפסקי דין שניתנו במותב תלתא). חנון גודלשמידט הקדיש מחקר מקיף למוסד הדיון הנוסף. בין השאר הוא הראה, כי יש הבדל של ממש בין הלכה שנקבעה פה אחד ובין זו שנקבעה ברוב דעות וכי לזו האחרונה סיכוי גבוה יותר להיחפך בדיון נוסף (ראו גודלשמידט, דיון נוסף, לעיל ה"ש 9, בעמ' 342 ואילך). מיגל דויטש הקדיש מאמר למומנט ההנהגה בתפקוד השיפוטי הקולגיאלי של בית המשפט העליון; וזאב למפ טען, כי קביעת "הלכה על פי מיעוט" איננה תופעה שולית אלא מציאות קבועה בבית המשפט העליון בארץ (ראו זאב למפ "הלכה על פי מיעוט" **הפרקליט** מ 507 (92/1991); ומיגל דויטש, מומנט ההנהגה, לעיל ה"ש 65). גם שמעון שטרית הקדיש כתיבה רבה לניתוח המבנה וההליכים הפנימיים במערכת המשפט הישראלית, כולל ההיבטים הקולגיאליים של ההכרעה השיפוטית (ראו SHIMON SHETREET JUSTICE IN ISRAEL: A STUDY OF THE ISRAELI JUDICIARY 247 (1994)). וכל אלו הן רק דוגמאות פזורות של מגמה רחבה (לציטוטים של פסיקה ישראלית ה"סופרת ראשים" ראו זיידמן, מותבים מורחבים, לעיל ה"ש 7, בה"ש 287–289).

84

במחקר של יורם שחר, מירון גרוס ורון הריס, לדוגמה, הם ניתחו בהרחבה את השימוש של בית המשפט העליון ב"פסקי דין משותפים" מול השימוש בפסקי דין "שמיים". פסקים משותפים ניתנים "בדרך כלל על אתר לאחר תום טענות הצדדים באולם או זמן מה לאחר מכן. הם קצרים מאוד, דלים באסמכתאות ותכליתיים בסגנונם" (ראו שחר, גרוס וחרים, שיח ומחלוקת, לעיל ה"ש 83, בעמ' 753–756). אולם, כפי שגיא זיידמן מדגיש, ישנם גם פסקים משותפים שאינם פשוטים כלל ועיקר ואשר האנונימיות שלהם נועדה לקדם מטרות מוסדיות דווקא. לפי זיידמן, הדרך האפקטיבית ביותר להעביר מסר של תמיכת בית המשפט כולו בפסק דין שנוי במחלוקת היא "החלטה פה אחד, מפי דובר יחיד אליו מצטרפים כל השופטים, לעיתים בהחלטה שאינה חתומה" (ראו זיידמן, מותבים מורחבים, לעיל ה"ש 7, בעמ' 182). דוגמה טובה לכך היא פסק הדין בעניין המגורשים אשר ניתן פה אחד כפסק משותף ואנונימי (בג"ץ 5793/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון**, פ"ד מז(1) 267 (1992)). שורה ארוכה של כותבים – כולל אייל בנבנישתי, גד ברזילי, אפרים יער-יוכטמן, זאב סגל וחיים כהן – נדרשו, חלקם בהרחבה, לאחידות ולאנונימיות של פסק הדין (אייל בנבנישתי "נגרש ונשמע" **משפט וממשל** א

לאקדמיה המשפטית. התקשורת הישראלית נדרשת, כדבר שבשגרה, גם לשאלות המבניות הללו.⁸⁵

אמת, הכתיבה האקדמית הזו איננה מתמקדת רק בשאלות חוקתיות, אלא עוסקת בהיבטים קולגיאליים של עבודת בית המשפט באופן כללי. גם היחס התקשורתי איננו ייחודי לשאלות חוקתיות. יחד עם זאת, אפשר למצוא התייחסות לא מבוטלת להיבטים קולגיאליים בעבודת בית המשפט העליון, תוך ציון העובדה שהם **ייחודיים להכרעות חוקתיות**. כך, למשל, גיא זיידמן פרסם מאמר מקיף העוסק בהרכבים מורחבים בבית המשפט העליון. בין השאר הוא מציין, כי "ניתן להצביע על מגמה מובהקת לדון במותבים רחבים בשאלות חוקתיות שהחלה בשנים שלאחר כינון חוקי היסוד בשנות התשעים".⁸⁶ זיידמן אף מסיק, כי השימוש התכוף בהרכבים מורחבים שהחל בראשית שנות התשעים – והגדלת מספר השופטים בהרכבים הללו באותה תקופה – יש בו משום "רפורמה מסוימת בדרכי פעולתו של בית המשפט העליון... ויש בה פוטנציאל להשפעות מהותיות".⁸⁷ גם בדברי השופט ברק אפשר למצוא כמה התבטאויות שאינן עולות בקנה עם תזת הפרשן החוקתי היחיד. בכנס שהתקיים באוניברסיטת חיפה, שהוקדש לשאלת הפרשן החוקתי במדינת ישראל, ציין השופט ברק, כי "בית המשפט העליון אינו גוף ייצוגי, אך הוא גוף משקף, ושופטיו צריכים לשקף את המורכבות של החברה הישראלית, את הפלורליזם שלה".⁸⁸ ובהרצאה אחרת שנישאה באוניברסיטת בר אילן, ציין השופט ברק שהרכבים רחבים נקבעים באחד משני מצבים: "או שהבעייה היא קשה, מעין דיון נוסף... או כאשר יש בעייה חוקתית, חוקתיות החוק". את פסק הדין בהרכב המורחב תיאר השופט ברק כמשקף "את מלוא ההשקפות של בית המשפט", ואת השיקולים בקביעת ההרכב –

441, 444–445 (1993); חיים ה' כהן "גירוש כהלכה" **משפט וממשל** א 471 (1993); גר ברזילי, אפרים יער-יוכטמן וזאב סגל "עתירת המגורשים: השלטון ושלטון החוק" **פלילים** ד 9, 10 (1994).

⁸⁵ מה מספר השופטים אשר השתתפו בהכרעה שיפוטית, המעוררת עניין חדשותי? האם פסק הדין ניתן פה אחד או שהדעות היו חלוקות? אם אכן היתה מחלוקת, מה מספר השופטים שתמכו בכל אחת מן הדעות? מה היתה הזוהות של השופטים בכל אחת מן הקבוצות? וכן הלאה. ראו, למשל, את ספרה של נעמי לויצקי **כבודו – אהרן ברק – ביוגרפיה**, למשל: בעמ' 179 (מהדורה שנייה, 2001).

⁸⁶ ראו זיידמן, מותבים מורחבים, לעיל ה"ש 7, בעמ' 190. זיידמן אף מראה, כי לשימוש בהרכב מורחב הן היבטים מקצועיים משפטיים המשפרים את פסק הדין הן השלכות מערכתיות, פנימיות וחיצוניות. ראו שם, בעמ' 179–181.

⁸⁷ ראו שם, בעמ' 193.

⁸⁸ ראו אהרן ברק "בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה" **משפט וממשל** ו 315, 325 (תשס"ג–2003).

כ"שיקולים ענייניים של שיקוף". ברק גם ציין, כי לפסקי דין שניתנו בהרכב רחב עדיפות, "אני לא אומר מחייב, אבל משקל כבד יותר לפסק דין שניתן על ידי הרכב מורחב".⁸⁹ כל ההתבטאויות הללו רק מוסיפות ומערערות את תזת הפרשן היחיד בכל הנוגע לפרשנות החוקתית.

ג. הפרשן הקולגיאלי

כפי שראינו בחלק הקודם, ברובד העליון, בערכאה שבה מוכרעות שאלות חוקתיות, חברים בדרך כלל בין תשעה לחמישה עשר חברים הדנים ומכריעים בהרכבים מלאים בלבד. מהי המשמעות של המספר הזה ומדוע ההכרעה חייבת להתבצע בהרכב מלא דווקא? הרכבים של תשעה עד חמישה עשר חברים מוכרים לנו בשורה של הקשרים. ישנה גם ספרות עניפה – הן בתחום מדע המדינה הן במשפטים – העוסקת ביתרונות של גופים קולגיאליים. על סמך ספרות זו אפשר להציע כמה דרכים (ולשרטט כמה מודלים) להבנת היתרונות של גוף רב-משתתפים בפרשנות החוקה.⁹⁰

ג.1 מודל אסיפת המומחים

פילוסופים העלו כבר בעת העתיקה את הטענה, כי גופים קולגיאליים מתאימים יותר לקבלת החלטות ציבוריות. כל חבר, כך נטען, מביא עמו פרספקטיבה שונה המעשירה את השיח הקבוצתי ואת הכשרון הקולקטיבי. ניסוח קלסי של טענה זו מופיע אצל אריסטו אשר כתב:⁹¹

For where there are many people, each has some share of goodness and intelligence, and when these are brought together, they become

⁸⁹ הקטעים מבוססים על תמליל ההרצאה המצוטט אצל זיידמן, מותבים מורחבים, לעיל ה"ש 7, בעמ' 192–193. ביטוי נוסף, וחרף, לתפיסה הקולגיאלית של הפרשנות החוקתית מצויה אצל שלף, רוב מיוחס, לעיל ה"ש 28, ועל כך להלן בחלק ד ובסיכום.

⁹⁰ מעבר למודלים המצוינים בטקסט יש מודל נוסף המסביר את יתרונות הקולגיאליות – מודל הקבינט – המבוסס על חלוקת עומס בקרב קבוצת אנשים המתמחים כל אחד בנושא מסוים. בהקשרים מסוימים אפשר לזהות את המודל הזה גם במסגרות של פרשנות חוקתית. ראו, לדוגמה, קומרס, לעיל ה"ש 38, בעמ' 16–18. עם זאת, לא התמקדתי במודל זה, משום שספק אם הוא מסביר את החשיבות של דיון בהרכב מלא.

⁹¹ ראו Aristotle, The Politics, Bk. III, Ch. 11, 123 (T. A. Sinclair ed., 1969). למעלה מאלפיים שנה לאחר מכן חזר המרקוז דה קונדורסה על אותה טענה כשהוא יוצק לה נוסחה מתמטית. ראו וולדרון, משפט ואי-הסכמה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 135.

as it were one multiple man with pairs of feet and hands and many minds. So too in regard to character and powers of perception.

ביטוי נאה למודל הזה במשפט הישראלי אפשר למצוא בדבריו של השופט מנחם אלון, עם פרישתו מכס השיפוט:

לדעתי תנאי חיוני למען פסיקת בית המשפט...שעל שופטיו ימנו בעלי גישות משפטיות שונות ותפיסות עולם ערכיות שונות...ומתוך חילוקי הדעות והפלורליזם האינטלקטואלי תצא האמת לאמיתה.⁹²

את המודל הזה אפשר למצוא בשורה של הקשרים בתחום פרשנות החוקה. הוא בולט במיוחד במאמץ הנעשה בכמה משטרים להפגיש אנשים בעלי רקע מקצועי שונה בהליך הפרשנות החוקתית. בבלגיה, למשל, על מחצית מן החברים בבית המשפט לחוקה להיות חברי פרלמנט לשעבר, ואילו המחצית האחרת – שופטים בדימוס או פרופסורים למשפטים.⁹³ בגרמניה על שלושה מתוך שמונת החברים בכל אחד משני הסנאטים בבית המשפט לחוקה להיות שופטים מקצועיים, בעוד חמשת האחרים הם משפטנים שאינם באים בהכרח משורות השיפוט המקצועי.⁹⁴ באורח דומה, שמונה מתוך ארבעה עשר החברים בבית המשפט החוקתי באוסטריה באים משורות השיפוט המקצועי או מן האקדמיה המשפטית, בעוד ששת החברים הנוותרים הם מומחים למדע המדינה או עורכי דין.⁹⁵ גם ביפן ישנה מגמה ברורה להפגיש אנשי מקצוע מרקע שונה בבית המשפט העליון, כשהקונוונציה הנוהגת כיום היא כי מתוך חמש עשרה החברים, שישה הם שופטים מקצועיים, ארבעה או חמישה עורכי דין, שניים משורות הביורוקרטיה, כשאחד דיפלומט בדימוס ושניים או שלושה – משורות התביעה

⁹² ראו מנחם אלון "בית המשפט העליון ופלורליזם שיפוטי" המשפט ב 219, 220 (1994). ראו גם אהרון ברק "בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה" משפט וממשל ו 315, 325 (2003). לפירוט ראו בירנהק וגוסרסקי, כסאות ייחודיים, לעיל ה"ש 83, בעמ' 537 ואילך. יודגש, כי אפשר למצוא את המודל הזה בשורה של חיקוקים המסדירים שפיטה "רגילה" לא-חוקתית. דוגמאות טובות הן בתי הדין לעבודה, בתי דין משמעתיים של שופטים ובתי דין צבאיים. דוגמה נוספת עשויה להיות שפיטה שעונשה מוות לפי חוק בתי המשפט (עבירות שענשן מוות), התשכ"א-1961. על כל הנ"ל ראו בהרחבה אצל זיידמן, מותבים מורחבים, לעיל ה"ש 7, בעמ' 160–161, והאסמכתאות המופיעות שם.

⁹³ ראו ברור-קאריאס, לעיל ה"ש 35, בעמ' 261. ראו גם את האתר הרשמי של בית המשפט הבלגי www.const-court.be/en/common/home.html.

⁹⁴ ראו קומרס, לעיל ה"ש 38, בעמ' 20–21.

⁹⁵ ראו סטון סויט, הולדת הפוליטיקה השיפוטית בצרפת, לעיל ה"ש 38, בעמ' 232.

הכללית והאקדמיה המשפטית.⁹⁶ בספרד על כל החברים בטריבונל החוקתי להיות משפטנים מקצועיים ומנוסים, אך הרקע המקצועי הספציפי שלהם יכול להיות מגוון – באקדמיה, בשירות הציבורי, בשיפוט או בעריכת דין.⁹⁷ אפילו בארה"ב (שבה הכול מניחים, כי רק בוגר תואר משפטי אקדמי יכול להתמנות לכהונת שיפוט) היו משפטנים בולטים, דוגמת הוגו בלאק, אשר קראו לכלול אנשי מקצוע מתחומים נוספים מלבד משפטים בבית המשפט העליון, ואלו רק דוגמאות פזורות בלבד.⁹⁸ מעבר לכך, גם במשטרים שבהם אין ניסיון גלוי להפגיש אנשי מקצוע בעלי רקע שונה במסגרת הפרשנות החוקתית ברי, כי העובדה כשלעצמה שפרשן החוקה הוא גוף קולגיאלי עשויה לגוון את הפרספקטיבות הבאות לידי ביטוי בהליך הפרשנות.

ג.2 ייצוג, הסמכה ושיקוף

מקובל לומר, כי הלגיטימיות של מוסדות שלטוניים במשטרים דמוקרטיים נובעת מכך שמוסדות אלו מייצגים את העם. אך מהו בדיוק המובן של ייצוג העם? בספרה הקלסי מחדדת חנה פיטקין את ההבחנה בין שני מובנים שונים של המושג ייצוג:⁹⁹ המובן הראשון (שפיטקין מכנה "ייצוג פורמלי") הוא הסמכות לפעול בשם אדם אחר. סמכות זו נרכשת על פי רוב מכוח מינוי. כך, למשל, עו"ד מייצג את לקוחו מכוח ההסמכה (יפויי הכוח) שניתן לו. בהקשר המשטרי, המנהיגות – נשיא, חבר פרלמנט וכדו' – מקבלת מן העם ביום הבחירות את הסמכות לפעול בשמו ועבורו. כל רשות, ואפילו רשות המונהגת על ידי אדם יחיד – דוגמת הרשות המבצעת בארה"ב – עשויה לייצג במובן זה של הסמכה, ובלבד שהיא נבחרה כדן על ידי העם כולו במישרין או בעקיפין.¹⁰⁰ המובן השני של ייצוג (שפיטקין מכנה "ייצוג תיאורי") הוא מצב של דמיון ושיקוף. דבר אחד, "ב", דומה בקנה מידה קטן לדבר אחר, "א" (למשל: מפה דומה

⁹⁶ ראו David S. Law, *The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan*, 87 TEX. L. REV. 1545, 1569 (2009) (להלן: לאו, האנטומיה של בית משפט קונסרבטיבי).

⁹⁷ ראו סטון סויט, *הולדת הפוליטיקה השיפוטית בצרפת*, לעיל ה"ש 38, בעמ' 232.

⁹⁸ בניגוד לדעה המקובלת, אין כל דרישה סטטורית להשכלה משפטית פורמלית כתנאי למינוי למערכת הפדרלית, אך ברי כי ישנה קונוונציה בלתי-כתובה שכזו. על כך ועל הצעתו של השופט בלאק ראו HENRY ABRAHAM, *THE JUDICIARY* 55–60 (9th ed., 1994) (להלן: אברהם, *מערכת המשפט*).

⁹⁹ ראו פיטקין, *מושג הייצוג*, לעיל ה"ש 45.

¹⁰⁰ להדגשת החשיבות של ייצוג במובן של הסמכה ראו, למשל, The Federalist No. 39, at 250 (J. Madison) (J. Cooke ed., 1961). להדגשת החשיבות של ייצוג כשיקוף ראו, למשל, 1 RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION 132 (June 6, 1787) (Max Farrand ed., 1966) (James Wilson noting that "The Legislature ought to be the most exact transcript of the whole Society")

לשטח, תמונה דומה לאדם וכן הלאה) ומכוח הדמיון הזה "ב" נחשב למייצג את "א". בהקשר המשטרי ישנם גופים שלטוניים המשקפים את החברה כולה על שלל דעותיה בקנה מידה קטן, ומכוח הדמיון הזה הם מוסמכים לפעול בשמו של העם.¹⁰¹ ודוק: בניגוד להסמכה, הרי שבכל הנוגע לשיקוף רק רשות רבת-משתתפים יכולה לשקף את מגוון הדעות בחברה ואת יחסי הכוחות שבין הדעות הללו. יתירה מזו: ככל שרשות שלטונית גדולה יותר, היא עשויה לשקף בצורה טובה יותר.¹⁰² מכאן, שהרשות המשקפת את העם בצורה הטובה ביותר היא הפרלמנט. שאר הרשויות – כגון הממשלה, הקבינט או הנשיאות – מקבלים החלטות בהרכבים קטנים שאינם משקפים את כלל הדעות באוכלוסייה. נקודה זו מסבירה יפה את המעמד המיוחד של הפרלמנט במשטר הדמוקרטי. בידי הפרלמנט מונופול על החקיקה הראשית, הפרלמנט מסמיך את פעולות המנהל הציבורי (עקרון החוקיות) וברוב המשטרים הפרלמנט (או האסיפה המכוננת דמוית הפרלמנט, או כמה פרלמנטים גם יחד) מכונן ומתקן את החוקה ברוב מיוחד. יתירה מזו: בחלק מן המודלים של המשטר הדמוקרטי – למשל: במודל האנגלי – נתפס הפרלמנט כמגלם את העם, ולפיכך – כריבון.¹⁰³

אולם חשוב להדגיש, כי הפרלמנט עשוי לשקף שני דברים שונים: האחד (בנקודה זו דנה פיטקין בהרחבה), בכל משטר דמוקרטי מתוקן משקף הפרלמנט את החברה כולה, על שלל דעותיה, כפי שהסברנו. נוסף על כך, בחלק מן המדינות הפרלמנט – במבנה הפנימי שלו – גם משקף את המבנה המשטרי בקווים כלליים. כפי שנראה, פרשני החוקה מעוצבים כגופים קולגיאליים הן כדי לשקף מבנים משטריים (אדון בכך בפסקה שכותרתה "מודל הסנאט") הן כדי לשקף את החברה, על שלל דעותיה, בקנה מידה קטן (אדון בכך בפסקה שכותרתה "מודל הוועדה הפרלמנטרית").

3.ג מודל הסנאט – שיקוף המבנה המשטרי

בסנאט, הבית העליון בקונגרס האמריקאי, יש לכל מדינה החברה בארצות הברית שני נציגים בלא קשר למספר התושבים במדינה, לשטחה או לכלכלתה. הסנאט אינו משקף אפוא את החברה האמריקאית כאומה מאוחדת, אלא חמישים מדינות המוכרות למטרות מסוימות כעצמאיות וכבעלות מעמד ריבוני שווה. בה בעת, הסנאט במבנהו

¹⁰¹ כשמדברים על ייצוג כדמיון, כשיקוף, אפשר לדבר על שיקוף זהויות (מגדר, שייכות אתנית, שיוך מקומי, זהות דתית וכו') וכן על שיקוף של מגוון הדעות באוכלוסייה ושל יחסי הכוחות ביניהם, ועל כך להלן בפסקה 4.ג.

¹⁰² הכול כמובן בגבולות היכולת המעשית לקבל החלטות אופרטיביות.

¹⁰³ על ההבדל בין המודל המשטרי האנגלי לזה האמריקאי ראו את ספרו המקיף של ווד, לעיל ה"ש 23, ובקצרה GORDON WOOD, THE AMERICAN REVOLUTION (2002) (להלן: ווד, המהפכה האמריקאית). לפירוט ראו להלן בחלק ד.

גם משמר את הריבונות ואת העצמאות של המדינות הללו לאורך זמן. במילים אחרות: הסנאט איננו משקף אומה, אלא מבנה משטרי. סוג זה של שיקוף פוליטי שכיח ביותר בגופים רב-לאומיים. בעצרת האו"ם, למשל, יש נציג אחד לכל מדינה, בלא כל קשר לגודל אוכלוסייתה, לשטחה ולכלכלתה.

פרשני החוקה במדינות רבות מעוצבים אף הם כרשויות המשקפות – במבנה שלהם – את המבנה הכללי של המשטר. כך, למשל, בכמה משטרים פדרליים יש ניסיון לשמר את האיזון בין המשטר המרכזי ובין הפרובינציות המרכיבות את הפדרציה במבנה של פרשן החוקה. בית המשפט לחוקה בגרמניה הוא דוגמה טובה – מחצית מן החברים בו מתמנים על ידי הבונדסטאג, (המקביל לבית התחתון בקונגרס האמריקאי ומייצג את העם הגרמני כולו כאומה מאוחדת), בעוד המחצית השנייה מתמנית על ידי הבונדסראט (המקביל לסנאט האמריקאי והמייצג את שש עשרה המדינות המרכיבות את הפדרציה הגרמנית).¹⁰⁴ במשטרים רבים, פדרליים ויוניטריים כאחד, יש ניסיון לשמר את האיזון שבין רשויות השלטון השונות במבנה של פרשן החוקה. דוגמה מובהקת היא המועצה החוקתית בצרפת. מחוקקי החוקה הנוכחית (החוקה של הרפובליקה החמישית מ-1958) השקיעו מחשבה רבה במציאת האיזון הראוי שבין הרשות המחוקקת ובין הרשות המבצעת.¹⁰⁵ כדי לשמור על האיזון הזה הוקמה מועצה חוקתית בעלת סמכות ייחודית לפרש את החוקה. במבנה שלה המועצה משקפת הן את האיזון העדין שבין שתי הרשויות הן את האיזון שבין שני הבתים בפרלמנט. מינוי חברים חדשים למועצה, לדוגמה, נחלק בין הנשיא, הממנה שלושה מתוך תשעה חברים; יו"ר הבית העליון בפרלמנט, הממנה שלושה נוספים; ויו"ר הבית התחתון, הממנה את שלושת הנותרים. נוסף על כך נשיאי הרפובליקה בדימוס רשאים מתוקף תפקידם להצטרף למועצה בדרך המחזקת את הייצוג של הרשות המבצעת במועצה.¹⁰⁶ גם לבית המשפט לחוקה ברומניה מבנה דומה.¹⁰⁷

ודוק: גרמניה וצרפת הן דוגמאות למגמה רווחת. פרשני החוקה מעוצבים לעתים קרובות כמוסדות המשקפים במבנה שלהם את המבנה המשטרי הכללי. שופטי בית

¹⁰⁴ ראו קומרס, לעיל ה"ש 38, בעמ' 21–22. גם בבלגיה מתמנה בית המשפט החוקתי על ידי שני הבתים של הפרלמנט. ראו ברוריר-קאריאס, לעיל ה"ש 35, בעמ' 261.

¹⁰⁵ ראו פאוארוו, **המועצה החוקתית**, לעיל הערה 38, בעמ' 81; Cynthia Vroom, *Constitutional Protection of Individual Liberties in France: The Conseil Constitutionnel Since 1971*, 63 TUL. L. REV. 265, 269 (1988).

¹⁰⁶ לו הצטרפו כל הנשיאים הפורשים למועצה – כפי שתכננו מעצבי החוקה – היה מספר הנשיאים והנציגים שמונו על ידי הנשיאות שקול פחות או יותר למספר החברים שמונו על ידי הפרלמנט. עם זאת, בפועל, רק שני נשיאים בדימוס – רנה קוטי ווינסט ארואל – הצטרפו למועצה לאחר סיום כהונתם כנשיאים. ראו מקויני, לעיל ה"ש 38, בעמ' 55.

¹⁰⁷ ראו פאוארוו, **בתי משפט חוקתיים**, לעיל ה"ש 38, בפרק התשיעי.

המשפט העליון בארה"ב מתמנים על ידי הנשיא, באישור הסנאט. בכך משקף בית המשפט – במבנה שלו – הן את האיזון שבין הממשל הפדרלי (נשיא) ובין המדינות (המיוצגות באופן שווה בסנאט) הן את האיזון שבין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.¹⁰⁸ באוסטריה ממנה הממשלה שמונה מתוך ארבע עשרה החברים בטריבונל החוקתי, כולל נשיא הטריבונל וסגנו. ששת החברים הנותרים מתמנים על ידי נשיא המדינה על בסיס רשימות של מועמדים מומלצים (שלושה לכל עמדה פנויה). הבית העליון בפרלמנט ממליץ על מועמדים לשלושה מקומות פנויים, והבית התחתון – על שלושת המקומות הנותרים, כשהנשיא בוחר על פי רוב את השם המופיע ראשון ברשימה.¹⁰⁹ הליך המינוי המורכב הזה משקף שלושה איזונים חוקתיים: בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת, בין שני הבתים של הרשות המחוקקת ובין שני הרבדים של הרשות המבצעת (הממשלה והנשיאות). גם בספרד ובאיטליה משקף מבנה בית המשפט לחוקה את האיזון החוקתי שבין שלוש הרשויות הקלסיות – המחוקקת, המבצעת והשופטת, כשכל אחת ממנה כמה חברים לבית המשפט לחוקה.¹¹⁰ ואלו הן, כאמור, רק דוגמאות ספורות המשקפות מגמה רחבה.¹¹¹

¹⁰⁸ ודוק: האיזון שבין הרשויות השונות בתחום פרשנות החוקה נשמר בארה"ב בדרכים נוספות. אחת החשובות שבהן היא פיצול הפרשנות החוקתית בין זרועות שלטוניות שונות ועל כך לעיל, בפסקה א.1.

¹⁰⁹ ראו וולאן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 64 ואילך; סטון סויט, **הולדת הפולטיקה השיפוטית בצרפת**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 232.

¹¹⁰ בספרד ממנה כל אחד מן הבתים בפרלמנט ארבעה חברים (מתוך שנים עשר); שני חברים מתמנים על ידי הרשות המבצעת ושני חברים על ידי המועצה הכללית של מערכת המשפט הספרדית. ראו פאוראו, **בתי משפט חוקתיים**, לעיל ה"ש 38, בפרק התשיעי; ואת האתר הרשמי של בית המשפט לחוקה בספרד. באיטליה ממנים שני הבתים בפרלמנט (בישיבה משותפת) חמישה חברים בבית המשפט החוקתי מתוך חמישה עשר, הנשיא ממנה חמישה נוספים ושופטי בתי המשפט העליונים של מערכות המשפט השונות ממנים חמישה נוספים (שלושה מתמנים על ידי מערכת המשפט הכללית ושניים על ידי מערכות משפט ספציפיות) (ראו פאוראו, לעיל, ובאתר הרשמי של בית המשפט לחוקה באיטליה). בפסקה הבאה אראה, כי פרשני החוקה ברחבי העולם הדמוקרטי משקפים את קשת הדעות בחברה, כמו וועדה פרלמנטרית. דומה, שהמינוי של חלק מן החברים בספרד ובאיטליה על ידי גופים שיפוטיים אינו פוגע פגיעה של ממש בעיקרון השקוף, בשל כמה סיבות. כך, למשל, המועצה הכללית של מערכת המשפט הספרדית מתמנה על ידי הפרלמנט ובכך היא עצמה ייצוגית ומשקפת.

¹¹¹ לדיון בנקודה הזו בהקשר הקנדי ראו הוג, לעיל ה"ש 42, כרך 1, בפס' 8.8.

4.ג מודל הוועדה הפרלמנטרית – שיקוף החברה על שלל דעותיה

מספר החברים בוועדות הכנסת נע כל פי רוב בין שלוש עשרה לעשרים ותשעה חברים.¹¹² בוועדות הקונגרס האמריקאי ישנם בדרך כלל בין שלוש עשרה לעשרים וחמישה חברים.¹¹³ מספר זה אופייני לוועדות פרלמנטריות גם במשטרים דמוקרטיים אחרים. הרכבן של הוועדות הללו נקבע כדבר שבשגרה לפי יחסי הכוחות במליאת הפרלמנט. ועדה פרלמנטרית היא אפוא מראה המשקפת בקנה מידה קטן את מליאת הפרלמנט כולו ואת החברה כולה על שלל דעותיה. ועדות פרלמנטריות הן אפוא הגוף הקטן ביותר במערכת השלטון, המשקף את החברה כולה על גווניה והשקפותיה. בלשונו של ג'יימס וילסון, הן "טרנסקריפט" של האוכלוסייה כולה בקנה מידה קטן.¹¹⁴ סקירה של פרשני החוקה ברחבי העולם הדמוקרטי מלמדת, כי רשויות אלו מעוצבות אף הן כגופים המשקפים את מגוון הדעות בחברה בקנה מידה קטן. השיקוף הזה נובע משני גורמים: הגורם האחד, **משני בחשיבותו**, הוא הסדרים מיוחדים הבאים להבטיח ייצוג **טריטוריאלי** או **אתני** בתוך פרשן החוקה. לעתים ההסדרים הללו חרותים בחוק או בחוקה. בקנדה, למשל, קובע החוק כי לפחות שלושה מתוך תשעת חברי בית המשפט העליון יהיו תושבי קוויבק, המחוז ה"צרפתי".¹¹⁵ באורח דומה, בבית המשפט לחוקה בבלגיה, (The Belgium Court of Arbitration), מספר שווה של חברים פלמים ווולונים. כל אחת מן הקבוצות האתניות בבית המשפט החוקתי בוחרת את הנשיא שלה, ושני הנשיאים מכהנים בראש בית המשפט ברוטציה לפרקי זמן של שנה.¹¹⁶ ולבסוף, גם בארה"ב היו בעבר קריאות חוזרות ונשנות לאמץ בחוק פדרלי שיטת ייצוג טריטוריאלי שבה יהיה בבית המשפט העליון ייצוג הולם לאזורים השונים.¹¹⁷ מעבר להוראות החרותות הללו ישנן גם קונוונציות לא כתובות הבאות להבטיח ייצוג גיאוגרפי, מגזרי או אתני. ארה"ב היא דוגמא טובה לקונוונציות אלו. זהות אתנית, מגדרית, דתית ומדינתית ממלאת תפקיד חשוב בהחלטת הנשיא על מינוי שופטים למערכת המשפט הפדרלית, בכלל ולבית המשפט העליון, בפרט.¹¹⁸

¹¹² ראו את אתר הכנסת (<http://www.knesset.gov.il>).

¹¹³ ראו, למשל, הארט וסאקס, ההליך המשפטי, לעיל ה"ש 48, בעמ' 708 (המציינים כי גודל הוועדות בקונגרס של ארה"ב נע בין תשעה לעשרים ושלושה בסנאט, ובין תשעה לחמישים בבית התחתון. ברוב הוועדות בסנאט חברים בין שלושה עשר לחמישה עשר חברים. ברוב הוועדות בבית מכהנים כעשרים וחמישה חברים).

¹¹⁴ ראו את הציטוט מדבריו של וילסון בוועידה הפדרלית, לעיל ה"ש 100.

¹¹⁵ ראו הוג, לעיל ה"ש 42, כרך 1, בפס' 8.3.

¹¹⁶ ראו פאוארוו, **בתי משפט חוקתיים**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 109.

¹¹⁷ ראו פרידמן, ההיסטוריה של הכשל האנטי-רובי, חלק א, לעיל ה"ש 19, בעמ' 430.

¹¹⁸ ראו אברהם, **מערכת המשפט**, לעיל ה"ש 98, בעמ' 55–60.

בקנדה, מעבר להוראה החוקית לגבי קוויבק שצוינה לעיל, קיימת קונוונציה לא כתובה הנשמרת בקפידה מאז אמצע המאה העשרים. לפי קונוונציה זו, נוסף על שלושת השופטים מקוויבק, ישנם שלושה שופטים מאונטריו, שני שופטים מהפרובינציות המערביות ושופט אחד מן הפרובינציות האטלנטיות.¹¹⁹

ודוק: יש להבחין בין שיקוף של זהויות (למשל: כמה דוברי צרפתית מכהנים בבית המשפט הקנדי העליון? כמה פלמים מכהנים בבית המשפט הבלגי לחוקה? וכן הלאה) ובין שיקוף של עמדות (למשל: כמה שופטים מבטאים את העמדות הרווחות בקוויבק בבית המשפט הקנדי העליון? כמה שופטים מבטאים את העמדות הרווחות בקרב הצבור הפלמי בבית המשפט הבלגי לחוקה? וכן הלאה). בכל הנוגע לגופים בעלי יכולת הכרעה והשפעה – פרלמנט, פרשן חוקתי וכן הלאה – קיימת חשיבות מכרעת לשיקוף של עמדות, בעוד ששיקוף זהויות, חשוב ככל שיהיה, הוא משני בחשיבותו. כל ההסדרים הללו שצינתי – הן החרותים הן הקונוונציונליים – יפים הם כדי להבטיח שיקוף מסוים של זהויות בהרכב של הפרשן החוקתי, אך לא די בהם כדי להבטיח שיקוף הולם לקשת העמדות באוכלוסייה. כך, למשל, הקביעה כי על שלישי משופטי בית המשפט העליון בקנדה להיות תושבי קוויבק כלל איננה מבטיחה שעמדות הציבור בקוויבק תבואנה לידי ביטוי בין שופטי בית המשפט העליון. בקרב המשפטנים בקוויבק, כמו בכל מקום, יש ריבוי דעות. השאלה המרכזית היא אפוא, מי ממנה אותם שלושת שופטים?¹²⁰ הגורם הממנה יכול לבחור לו שלושה שופטים שחרף היותם תושבי קוויבק אינם מייצגים את העמדות המקובלות בקוויבק כלל ועיקר. מנגד, הגורם הממנה עשוי לבחור שלושה שופטים המייצגים היטב את מגוון העמדות של הציבור בקוויבק. שאלות הבחירה והמינוי הן הן אפוא שאלות המפתח. ואכן, הגורם השני, החשוב יותר, המביא לכך שפרשני החוקה ברחבי העולם הדמוקרטי משקפים את מגוון הדעות בחברה בקנה מידה קטן, הוא הליך המינוי המסור לנבחר הציבור. את הנקודה הזו אבחן בפסקאות הבאות, אך תחילה אבחן שאלה מקדמית: האומנם יש מכנה משותף לפרשני החוקה בעולם הדמוקרטי (כפי שאני מניח לאורך רשימה זו)? לאחר מכן אחזור לדון בשאלת השיקוף.

5.3 שאלת המכנה המשותף

מחקרים משווים של פרשני החוקה בעולם הדמוקרטי (ודוק: הכול, כאמור לעיל, נוגע לפרשנות חוץ-פרלמנטרית) מרבים להדגיש את ההבדל בין שני מודלים בסיסיים של פרשני חוקה – המודל האמריקאי, הנוהג בכמה מדינות כגון יפן וקנדה, אל מול המודל

¹¹⁹ ראו הוג, לעיל ה"ש 42, כרך 1, בפס' 8.3.

¹²⁰ לפירוט הטענה הזו בהקשר הקנדי ראו הוג, לעיל ה"ש 42, בפס' 8.8.

האוסטרי, שאומץ על ידי הרוב המכריע של מדינות אירופה ועל ידי משטרים דמוקרטיים נוספים.¹²¹ ישנם כמה הבדלים בין שני המודלים. במסגרת זו אתמקד בשלושה הבדלים הקשורים זה לזה:

ראשית, פרשנות חוקתית חוץ-פרלמנטרית מתבצעת במודל האמריקאי על ידי מערכת המשפט הרגילה, דהיינו: על ידי אחת משלוש רשויות השלטון הקלסיות (ומכאן הכינוי **ביקורת שיפוטית**). לעומת זאת, במודל האוסטרי הפרשנות החוקתית מתבצעת על ידי גוף הנמצא מחוץ לשלוש הרשויות הללו ומעליהן: מועצה חוקתית או בית משפט לחוקה (ומכאן הכינוי **ביקורת חוקתית**), המתמקד בשאלות חוקתיות ואינו עוסק בשאלות משפטיות אחרות. כך, בעוד שפרשן החוקה במודל האמריקאי הוא מערכת מסועפת רבת-שלבים (קרי: מערכת המשפט האמריקאית כולה, ומכאן הכינוי של המודל הזה כ"מודל הדפוזי" או "המבוזר"), הרי שבמודל האוסטרי פרשן החוקה הוא מוסד יחיד חד-שלבי, דוגמת בית המשפט לחוקה בגרמניה, המועצה החוקתית בצרפת או הטריבונל האוסטרי החוקתי ("המודל הריכוזי").

ההבדל שני בין המודלים הוא, שפרשנות חוקתית במודל האמריקאי מתנהלת באווירה שיפוטית מובהקת, בעוד שבמודל האוסטרי הפרשנות החוקתית מתנהלת בסביבה בעלת כמה מאפיינים חקיקתיים-פוליטיים בולטים. ההבדל באווירה ובסביבה בא לידי ביטוי לא רק ב**מוסד השלטוני**, שבו מתקיימת הפרשנות החוקתית (בית המשפט העליון של מערכת המשפט הרגילה מול ערכאה הניצבת מחוץ ומעל לכל מערכות השלטון), אלא גם ב**הצדקה לביקורת השיפוטית**. המודל האמריקאי, כפי שהוא נוסח על ידי כמה משפטנים אמריקאים מובילים בסוף המאה ה-18, מתבסס על ההנחה שבית המשפט יפסול חוק בטענת חוסר-חוקתיות רק במקרים "ברורים ומידיים".¹²² ההנחה היא אפוא, שפסילת החוק היא פעולה פשוטה יחסית, שבה בית המשפט אוסף ומיישם נורמות חוקתיות ברורות. משום כך נתפסת הפרשנות החוקתית כאקט **שיפוטי-דקלרטיבי** שלו השלכות **רטוראקטיביות**. בית המשפט קבע כי חוק סותר את החוקה, בטל החוק למפרע. לעומת זאת, המודל האוסטרי, כפי שעוצב על ידי הנס קלזון, מבוסס על הסתכלות ריאליסטית על החוקה כטקסט הפתוח לכמה

¹²¹ ניתוח ההבדלים בין שני המודלים מבוסס על סטון-סוויט, לעיל ה"ש 38, בפרק השני; שפירא וסטון-סוויט, לעיל ה"ש 38, בעמ' 343-346; ברזיר-קאריאס, לעיל ה"ש 35, עמ' 125 ואילך; קאפאלאטי, לעיל ה"ש 38; אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 330-333 (2004); ברק, יסודותיה של בקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 52, בעמ' 314-317.

¹²² ראו The Federalist No. 78 521, at 524-528 (A. Hamilton) (J. Cooke ed., 1961); *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 398-399 (Iredell J., concurring). על כל הנ"ל ראו בהרחבה לעיל בפסקה א.1.

פרשנויות לגיטימיות. הפרשנות החוקתית נתפסת אפוא כאקט חקיקתי-קונסטיטוטיובי (חקיקה נגטיבית, בלשונו של קלזון) עם השלכות פרוספקטיביות.¹²³ בית משפט לחוקה קבע כי חוק סותר את החוקה, בטל החוק מרגע הקביעה ולהבא. **ההבדל השלישי** בין שני המודלים הוא, כי רוב בתי המשפט לחוקה שעוצבו לפי המודל האוסטרי מוסמכים לעתים קרובות לדון בשאלות החוקתיות של החוק גם באופן אבסטרקטי לפני שהחוק יושם בפועל. גם בכך יש להבליט את האופי החקיקתי-קונסטיטוטיובי של הביקורת החוקתית במודל האוסטרי. לעומת זאת, בית המשפט העליון של ארה"ב נמנע כבר בשנת 1793 מלהביע את דעתו בשאלה אבסטרקטית ונימק זאת בשיקולים עקרוניים.¹²⁴ גם בכך יש כדי להבליט את האופי השיפוטי-דקלרטיבי של הביקורת השיפוטית במודל האמריקאי. ואולם, חרף כל ההבדלים האלו, אפשר לזהות מנחה משותף לפרשני החוקה ברחבי העולם הדמוקרטי.¹²⁵ יש הבדל ניכר במודל האמריקאי, הדפוזי, בין התפקיד החוקתי שממלאים שופטי הערכאות הנמוכות ובין התפקיד שממלאים שופטי הערכאה העליונה. מרכז הסמכות במשפט האמריקאי, כפי שציינה חנה ארנדט, נמצא דווקא בידי בית המשפט העליון, המעניק לחוקה את הפרשנות המוסמכת שלה.¹²⁶ כשאנו מתמקדים בפרשן המוסמך של החוקה בארצות השונות: בית המשפט העליון של ארה"ב, בית המשפט העליון של אוסטרליה, בית המשפט החוקתי בגרמניה, המועצה החוקתית בצרפת וכן הלאה – אפשר לזהות מנחה משותף לכל המוסדות הללו. ראשית, החברים במוסדות המפרשים את החוקה הם בעלי השכלה משפטית (לרוב

¹²³ על ההבדל שבין הפרוספקטיבית של הביקורת האירופאית ובין הרטרופקטיביות של הביקורת האמריקאית ראו קאפאלאטי, לעיל ה"ש 38, בפרק החמישי, עמ' 88 ואילך; וכן ברק, יסודותיה של ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 52, בעמ' 314–317. יחד עם זאת קאפאלאטי מצייין, כי מסיבות פרקטיות קיימת התכנסות הדרגתית של שני המודלים אל עבר דרך ביניים.

¹²⁴ עקרון הפרדת הרשויות וההגדרה של התפקיד השיפוטי, הסבירו השופטים, מלמדים ששופט רשאי לפרש וליישם את החוקה רק במסגרת של "מקרה ומחלוקת" קונקרטיים (Cases and Controversies). ראו את מכתבם של שופטי בית המשפט העליון לנשיא וושינגטון מ-8 באוגוסט 1793, המצוטט אצל HENRY HART & HERBERT WECHSLER, FEDERAL COURTS (1973) 66–64. ראו גם את ספרו המעניין של STEWART JAY, MOST HUMBLE SERVANTS: THE ADVISORY ROLE OF EARLY JUDGES (1997). על הביקורת האבסטרקטית באירופה ראו בהרחבה אצל ברורר-קריאס, לעיל ה"ש 35.

¹²⁵ ברוב הנקודות במנחה המשותף המתואר להלן דן פרופ' איזגורבר ראו CHRISTOPHER L. EISGRUBER, CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT 74–77 (2001) (להלן: איזגורבר). יודגש, כי שבע הנקודות המצוינות להלן המשותפות לפרשני חוקה אינן בהכרח ממצות. כך, למשל, מקויני טוען כי משך כהונה של 7–12 שנים הוא מנחה משותף נוסף לפרשני חוקה הן באירופה הן במדינות המשפט המקובל (למעט ארה"ב) (לעיל ה"ש 38, בעמ' 57).

¹²⁶ ראו HANNAH ARENDT, ON REVOLUTION 200 (1977).

כדרישה חוקית פורמלית, ולעתים כקונוונציה בלתי-כתובה או כנוהג בלתי-מחייב).¹²⁷ **שנית**, במהלך כהונתם נהנים החברים מעצמאות אישית ומוסדית.¹²⁸ **שלישית**, נבחרי הציבור ברשות המחוקקת או המבצעת (או שתיהן גם יחד) הם המוסמכים למנות את פרשני החוקה.¹²⁹ **רביעית**, הליך המינוי שיקופי במובן זה, שהנציגים הממנים משקיעים מאמץ בניסיון לקבוע פרשני חוקה השותפים להשקפת העולם המשפטית, הערכית והחברתית שלהם.¹³⁰ **חמישית**, הפרשנות החוקתית של החברים השונים

¹²⁷ ראו סטון סוויט, לעיל ה"ש 38, בעמ' 48. חריג בולט הוא צרפת, שבה אין חובה על החברים במועצה החוקתית להיות בעלי השכלה משפטית. עם זאת, בפועל חברים רבים במועצה הם אכן בעלי השכלה משפטית פורמלית (לעיל).

¹²⁸ במסגרת זו שכיחות הוראות האוסרות על הפחתת שכר המכוונת דווקא לשופטים או לחברים בבית המשפט החוקתי. במסגרת זו ברוב המדינות גם נאסר על חברים בבתי משפט חוקתיים שכהונתם הסתיימה להתמנות או להיבחר לכהונה נוספת. ראו וואן ברונק, לעיל ה"ש 38, בעמ' 226 (סקירה משווה); קומרס, לעיל ה"ש 38, בעמ' 20–21 (האיסור על מינוי לכהונה נוספת בגרמניה); והטבלאות אצל פאוארוו, **בתי משפט חוקתיים**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 18 ו-116 (סקירה משווה). עם זאת, ישנם יוצאי דופן בנקודה הזו, כמו הונגריה ופורטוגל, המתירות לשופט בית משפט לחוקה שתקופת כהונתו תמה להתמנות לתקופה נוספת (ראו, למשל, את הטבלה אצל קאוואס, לעיל ה"ש 38, בעמ' 10–11). חריג בולט נוסף הוא יפן. ראו מקויני, לעיל ה"ש 38, עמ' 57 ואילך; לאו, האנטומיה של בית משפט קונסרבטיבי, לעיל ה"ש 96.

¹²⁹ ראו מקויני, לעיל ה"ש 38, בפרק השלישי, בעמ' 45 ואילך, ובפרט בעמ' 45–51, 54–55 (סקירה של הליכי המינוי בכמה פרשני חוקה במשטרים דמוקרטיים); סטון סוויט, לעיל ה"ש 38, בעמ' 45–49 והטבלה בעמ' 49 (סקירה משווה של הליכי המינוי של פרשני החוקה באירופה); סטון סוויט, **הולדת הפוליטיקה השיפוטית בצרפת**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 225 והטבלה בעמ' 232 (כנ"ל); הוג, לעיל ה"ש 42, כך 1, בפס' 8.4 (הליכי המינוי בקנדה); קומרס, לעיל ה"ש 38, בעמ' 21–22 (הליכי המינוי בגרמניה); ואן-ברונק, לעיל ה"ש 38, בעמ' 232 (סקירה משווה של הליכי המינוי של פרשני החוקה בעולם הדמוקרטי); וולאן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 64–65 (הליכי המינוי באוסטריה); רוביור-לורנטה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 127 (הליכי המינוי בספרד).

¹³⁰ ראו מקויני, לעיל ה"ש 38, בפרק השלישי, עמ' 45 ואילך, ובפרט בעמ' 48–49, 52 (סקירה משווה של הליכי המינוי בכמה משטרים); קומרס, לעיל ה"ש 38, בעמ' 21–22 (הליכי המינוי בגרמניה); סטון סוויט, לעיל ה"ש 38, בעמ' 46–49 (סקירה משווה באירופה); הוג, לעיל ה"ש 42, כך 1, פסקאות 8.4 ו 8.8 (הליכי המינוי בקנדה); אברהם, **מערכת המשפט**, לעיל ה"ש 98 (הליכי המינוי בארה"ב); ופרטי, לעיל ה"ש 17, בפרק הרביעי, עמ' 80 ואילך (הליכי המינוי בארה"ב). ראו גם Michael J. Gerhardt, *Judicial Selection as War*, 36 U. C. DAVIS L. REV. 667 (2003); Sheldon Goldman, *Judicial Confirmation Wars: Ideology and the Battle for the Federal Courts*, 39 UNIV. OF RICH. L. REV. 871 (2005) (הליכי המינוי בארה"ב). לסיכום המחקרים בנקודה זו ראו פרטי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 113: "the evidence... rather clearly and consistently supports the conclusion that there is a strong and direct relationship between presidential expectations and judicial decision-making. According to the consensus among scholars, presidents historically and on average have enjoyed a 75% 'success rate'. In other words, most presidents most of the time

מבטאת בין השאר עמדות משפטיות, ערכיות וחברתיות, הבאות לעתים קרובות לידי ביטוי עקיב במהלך כהונתם.¹³¹ **שישית**, כפי שהוסבר לעיל, הפרשנות החוקתית מתבצעת במותבים רחבים הגדולים פי שניים, ארבעה וחמישה מערכאות הערעור הדנות בשאלות משפטיות שאינן חוקתיות. הרכבים מורחבים אלו דנים בשאלות חוקתיות במותבים מלאים דווקא.¹³² ולבסוף, **שביעית**, המדינות השונות אימצו הסדרים שונים שמטרתם להבטיח כי קבוצה אחת בחברה (או מפלגה אחת) לא תוכל למנות חברים רבים בפרשן החוקה בדרך שתערער את האופי השיקופי של מוסד זה. במסגרת זו אציין בקצרה שני מנגנונים שכיחים:

א. **מינוי מדורג**. במשטרים רבים מינוי פרשני החוקה הוא מדורג. במדינות המשפט המקובל ובאוסטרליה הפרשנים מתמנים לחיים (בדרך כלל עד לגיל פרישה סטטוטורית), והמינוי המדורג הוא תוצאה טבעית של הפרישה המדורגת של שופטים. אולם גם כאשר המינוי של הפרשנים הוא לתקופה קצובה וקבועה (תקופת הכהונה נעה בין שש לשנים עשר שנים, כשתשע שנים הן תקופת כהונה קלסית), המינוי של פרשני החוקה במשטרים רבים הוא מדורג כדי למנוע ריכוז של מינויים בידי מספר מצומצם של מנהיגים שאינם מייצגים את כלל החברה. כך, למשל, הן במועצה החוקתית בצרפת הן בבתי המשפט לחוקה בספרד, בבולגריה וברומניה, הקדנציה של חבר בבית המשפט לחוקה קצובה לתשע שנים. אולם, כדי לשמר את עקרון המינוי המדורג נקבע באופן מלאכותי, כי שליש מן החברים פורשים כל

succeed in predicting the future ideological course pursued by their Supreme Court appointees”

ראו מקויני, לעיל ה"ש 38, בפרק השלישי, בעמ' 45 ואילך; ופרטי, לעיל ה"ש 17, בפרק הרביעי, ¹³¹ עמ' 80 ואילך. ראו גם JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL (1993); JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED (2002); HAROLD J. SPAETH & JEFFREY A. SEGAL, MAJORITY RULE OR MINORITY WILL – ADHERENCE TO Donald R. Songer and Stefanie PRECEDENT ON THE U.S. SUPREME COURT (1999) וכן A. Lindquist, *Not the Whole Story: The Impact of Justices' Values on Supreme Court Decision Making*, 40 AM. J. OF POLITICAL SCIENCE 1049 (1996) חשיבותם של הפקטורים המשפטיים בהליך המשפטי ויחד עם זאת מציינים, כי “A half-century of empirical scholarship has now firmly established that the ideological values and the policy preferences of Supreme Court Justices have a profound impact on their decisions in many cases” (ראו גם את המחקרים המצוטטים אצל סטון סוויט, לעיל ה"ש 38, בעמ' 145 (המצביעים על כך, שקבוצות של שופטים בגרמניה ובספרד נוטות להצביע יחד).

¹³² ראו לעיל בפס' ב.2.

שלוש שנים, כך שתחלופה מלאה של כל החברים אורכת תשע שנים.¹³³ בדרך זו מובטח, כי גם אם מפלגה אחת שולטת בנקודת זמן נתונה בכמה רשויות שלטוניות, היא תוכל למנות לכל היותר שלישי מן החברים בבית המשפט לחוקה. לאורך זמן משקף אפוא הפרשן החוקתי את קשת הדעות בחברה.

ב. **רוב מיוחס בפרלמנט.** בשורה ארוכה של משטרים אירופאיים מינוי החברים בפרשן החוקתי, חלקם או כולם, מתבצע על ידי הפרלמנט. כך, למשל, הפרלמנט בגרמניה, בבלגיה ובהונגריה ממנה את כל חברי בית המשפט לחוקה. הפרלמנט בספרד ובפורטוגל ממנה כשני שלישים מן החברים בבית המשפט לחוקה, והפרלמנט האיטלקי ממנה שלישי.¹³⁴ אולם הפרלמנט רשאי למנות חברים חדשים רק ברוב מיוחד, דבר המאלץ את מפלגות הקואליציה להגיע להסכמה עם מפלגות האופוזיציה לפני ביצוע מינויים חדשים.¹³⁵ מעניין לציין, כי גם באוסטריה, שבה אין חובה לגבש רוב מיוחד לצורך מינוי חברים חדשים, נוהגות מפלגות הקואליציה לשתף את האופוזיציה בהליכי המינוי.¹³⁶ בכל מקרה, מינוי חברים חדשים רק לאחר שגובשה תמיכה רחבה בפרלמנט תורם לאופי השיקופי של הפרשן החוקתי.¹³⁷

¹³³ ראו את הטבלאות אצל פאוורו, **בתי משפט חוקתיים**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 18 ו-116 (סקירה משווה). ראו גם מקויני, לעיל ה"ש 38, בעמ' 55 (המינוי המדורג בצרפת). בכל המדינות הללו שלישי מן החברים שהתמנו בסבב הראשון כיהנו שלוש שנים בלבד, ושלישי – תקופה של שש שנים. בהונגריה מונו כל החברים בסבב הראשון לכהונה מלאה של תשע שנים. עקרון המינוי המדורג נשמר על ידי מינוי הסבב הראשון עצמו בצורה מדורגת וקיום בחירות בין השלבים השונים. מובן, שהסתמכות על מינוי מדורג, כאמצעי המרכזי להבטיח ייצוגיות, מעוררת בעיות מיוחדות בכל הנוגע למינוי המותב הראשון, שהרי מותב זה מתמנה באופן טבעי בבת אחת. להתמודדות עם בעיות אלו בניו-זילנד ראו http://www.fact-index.com/s/su/supreme_court_of_new_zealand.html.

ההתמודדות עם הבעיות הללו ביפן ראו מקויני, לעיל ה"ש 38, בעמ' 47. שאלת המותב הראשון עמדה גם ברקע המאבק בין הרפובליקנים לדמוקרטים בשנים הראשונות של ארצות הברית. ראו פרידמן, ההיסטוריה של הכשל האנטי-רובי, חלק א, לעיל ה"ש 19, בעמ' 356–380. ליתר דיוק: הפרלמנט הספרדי ממנה שמונה מתוך שנים עשר החברים בבית המשפט לחוקה, בעוד הפרלמנט הפורטוגלי ממנה עשרה מתוך שלוש עשרה חברים.

¹³⁴ הרוב הדרוש בכל המדינות הללו הוא שני שלישים. חריגים הם ספרד (שלוש חמישיות) ואיטליה (שני שלישים בשלוש ההצבעות הראשונות ושלוש חמישיות מכאן ואילך). על הצורך ברוב מיוחס ראו סטון סויט, לעיל ה"ש 38, בעמ' 46–48; ואן ברונק, לעיל ה"ש 38, בעמ' 225. ראו ואן ברונק, לעיל.

¹³⁵ ראו סטון סויט, לעיל ה"ש 38, בעמ' 46–48; ואן ברונק, לעיל ה"ש 38, בעמ' 225. שני הכותבים מדגישים, כי שיתוף המיעוט בהליך המינוי משפר את האופי השיקופי של המוסד הפרשני.

ג.6 פרשני החוקה כגופים ייצוגיים, מוסמכים ושיקופיים

כשאנו מצרפים את כל הנקודות הללו מתבהר, כי פרשני החוקה הם מוסדות ייצוגיים בשני המובנים של ייצוג שתיארנו לעיל. ראשית, הם ייצוגיים במובן זה שהם מוסמכים לפרש את החוקה מכוח המינוי שלהם על ידי נציגי העם. דן בכך פרופ' ואן ברונק בכותבו:¹³⁸

The method of selecting constitutional judges [by parliaments and governments] is essential in order to provide [constitutional interpreters] with the necessary democratic legitimacy that makes it possible for them to play an active role in the political process....The influence of political parties, observable in a variety of forms, on the selection of constitutional judges [throughout Western democracies] appears indispensable in insuring the democratic legitimacy of the selection. Since in most Western democracies the political activities of the people predominantly find expression today in the activities of political parties, the latter must necessarily play a decisive role in decisions so politically important as the selection of constitutional judges.

וכשהוא עוסק במכנה המשותף לפרשני החוקה בעולם הדמוקרטי, פרופ' ואן-ברונק מוסיף:¹³⁹

Judges with constitutional review duties have a large degree of democratic legitimacy, because they are exclusively or quite predominantly appointed by constitutional institutions directly elected by the people, namely the parliament or....the president.....[T]he influence of political parties is to be observed in almost all countries. Since constitutional judges have emerged relatively directly from the democratic political process, they have both the authority and the legitimacy to play an active role in the political process.

¹³⁸ ראו ואן ברונק, לעיל ה"ש 38, בעמ' 224–226.

¹³⁹ שם, בעמ' 232.

עמד על כך גם פרופסור איזגרובר, בצינו:¹⁴⁰

[In the United States] judges owe their positions to electoral choices. One can, after all, imagine other ways to choose judges...The United States government, however, rightly aspires to be democratic. In light of the power exercised by American judges, it is crucial that the Constitution gives them a democratic pedigree.

ובאורח דומה ציינה פרופסור פרטי (בהקשר האמריקאי):¹⁴¹

Justices decide in accordance with their political views, which have been consciously and deliberately sanctioned by elected officials competing for political control of the Court through the selection process. Rather than acting arbitrarily, the justices are merely carrying out the "policy premises" of their appointments. Although not enforced via direct election, the link between the value premises of a justice's selection and the value premises of her subsequent decisions is significant and consequential and constitutes an indirect form of political representation.

מעבר לכך פרשני החוקה הם ייצוגיים גם במונח זה, שההרכב הפנימי שלהם משקף את קשת הדעות בציבור. כמו ועדה פרלמנטרית, פרשן החוקה כגוף קולגיאלי משקף בקנה מידה קטן ובקווים כלליים את מגוון הדעות בחברה ואת יחסי הכוחות שבין העמדות השונות.¹⁴² עסק בכך פרופ' סטון-סוויט בהרחבה, כשהוא משווה את פרשני החוקה באירופה, מבחינת ההרכב ואופי הפעילות, לוועדות חקיקה פרלמנטריות.¹⁴³ בהקשר האמריקאי, פרופ' צ'מרנסקי מדגיש כי בית המשפט העליון של ארה"ב משקף קשת רחבה של דעות בחברה האמריקאית.¹⁴⁴ למסקנה דומה מגיע גם פרופ' מקוויני בסקירה המשווה שלו, כשהוא חוזר ומציין את האופי הייצוגי והשיקופי של כמה פרשני חוקה

¹⁴⁰ ראו איזגרובר, לעיל ה"ש 125, בעמ' 64–66.

¹⁴¹ ראו פרטי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 84.

¹⁴² ראו אצל מקוויני, לעיל ה"ש 38, בפרק השלישי, בעמ' 45 ואילך, ובפרט בעמ' 49–51.

¹⁴³ ראו סטון סוויט, לעיל ה"ש 38, בעמ' 46–48, ובעמ' 61 ואילך; וכן סטון סוויט, הולדת הפוליטיקה

השיפוטית בצרפת, לעיל ה"ש 38, בעמ' 209 ואילך.

¹⁴⁴ ראו ERWIN CHEREMINSKY, INTERPRETING THE CONSTITUTION 86 (1998).

בעולם הדמוקרטי.¹⁴⁵ גם בספרות המשפטית בישראל אפשר למצוא כותבים אחדים אשר נדרשו לנקודות הללו. כך, למשל, פרופ' רות גביון העירה כי פרשנות חוקתית מסורה במשטרים דמוקרטיים דווקא לגופים המייצגים את החברה כולה, על שלל דעותיה.¹⁴⁶ נשיא בית המשפט העליון לשעבר, משה לנדוי, חזר והדגיש כי פרשני החוקה ברחבי העולם הדמוקרטי מעוצבים כ"כנסת זוטא" וכי אימוץ בישראל של מגילת זכויות כחוק עליון יחייב אימוץ מקביל של מוסדות פרשניים משקפים במתכונת דומה.¹⁴⁷ ובהקשר קרוב ציין גם גיא זיידמן:

הרחבת מספר החברים במושב משנה את אופיו המהותי של הטריבוטל: מגוף שיפוטי בעל מספר חברים מצומצם ופונקציונלי, הופך בית המשפט לגוף דיוני רחב היקף, דמוי ועדה שיפוטית, קרוב יותר, אולי, דוקא לצורת עבודתו של מחוקק. גוף כזה נראה יותר כגורם דיוני המיועד לשמוע מגוון רחב של דעות ולייצג מגזרים שונים של האוכלוסיה. שימוש במושב רחב משרת אפוא את הטיעון לפיו הרכב בית המשפט העליון צריך לשקף את המבנה החברתי של המדינה...גוף בן תשע או אחת עשרה חברים אינו מורכב משיקולי יעילות הדיון, והוא יכול לכלול ואולי אף ראוי שיכלול מגוון דעות רחב ביותר.¹⁴⁸

לסיום אעיר, כי בנקודה זו מתבהרת החשיבות של המספר המקובל של חברים בפרשן החוקתי – תשעה עד חמישה עשר. זהו מספר מינימלי בפורום האמור לשקף קשת של דעות בחברה, כמו ועדה פרלמנטאית. אין זה מקרה אפוא, כי מספר החברים בוועדות פרלמנטריות ובפרשני החוקה דומה. בנקודה זו גם מתבהרת התפיסה שהוזכרה לעיל, בחלק השני, ולפיה יש חשיבות למספר המדויק של הפרשנים שתמכו בתקדים חוקתי (אל מול המתנגדים לה) ולמימד הזמן (האם התקדים החוקתי התקבל והתבסס לאורך השנים?). ברגע שאנו מבינים, כי המעמד של הפרשנות החוקתית נובע, במידה משמעותית בגורמים המעניקים לתקדים מעמד מחייב, מן האופי השיקופי של המוסד הפרשני, ברור גם שלהיקף התמיכה בעמדה פרשנית מסוימת יש משקל. האם רק רוב דחוק של פרשנים (המשקפים רוב דחוק בצבור) תמכו בה? האם במהלך ההיסטוריה עמדה פרשנית זו זכתה לתמיכה חוזרת ונשנית (מה שמבטא עמדה מבוססת בציבור לאורך זמן)? וכן הלאה.¹⁴⁹

¹⁴⁵ ראו מקויני, לעיל ה"ש 38, בעמ' 45 ואילך.

¹⁴⁶ ראו ארי שביט "דבר ראש האופוזיציה – ראיון עם פרופ' רות גביון" מוסף הארץ (12.11.1999).

¹⁴⁷ משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" הפרקליט כז 30, 39 (תשל"א).

¹⁴⁸ ראו זיידמן, מותבים מורחבים, לעיל ה"ש 7, בעמ' 227.

¹⁴⁹ כפי שצינתי לעיל בחלק השני, לא אוכל במסגרת זו להרחיב, וכל הנקודות הללו מזיקות מאמר נפרד אשר יתמקד במעמד של התקדים המחייב בהקשרים שונים.

ג.7 פרשנות חוקתית במותב מלא

בנקודה זו מתבהרת החשיבות של דיון במותבים מלאים. הצבענו לעיל על שלושה מודלים להבנת היתרונות שיש לפרשן חוקה קולגיאלי. כל שלושת המודלים מסבירים יפה את החשיבות של דיון במותב מלא דווקא. מודל אסיפת המומחים מניח, כי כל חבר בפרשן החוקתי מביא עמו פרספקטיבה שונה המעשירה את הדיון. רק דיון בהרכב מלא מאפשר לכל החברים להביא את התרומה הסגולית שלהם לשיח הפרשני הקולקטיבי. מודל הסנאט – הפרשן החוקתי כמשקף את המבנה המשטרי – מניח, כי כל חבר בפרשן החוקתי מייצג היבט אחר של המבנה המשטרי הכללי. כל חבר מונה על ידי זרוע שלטונית אחרת, והפרשן כגוף קולקטיבי משקף ומשמר את האיזון החוקתי העדין של המשטר בכללותו. רק דיון בהרכב מלא משמר את האופי של הפרשן כגוף המשקף בהרכבו איזון משטרי. ולבסוף, מודל הוועדה הפרלמנטרית – הפרשן החוקתי כגוף ייצוגי המשקף את כלל הדעות בחברה – מסביר אף הוא את החשיבות של דיון במותב מלא. כשם שיו"ר ועדה פרלמנטרית אינו רשאי לקבוע מי מן החברים ישתתף בדיונים – שהרי הדבר יפגע באופי הייצוגי של הוועדה, כך נשיא או יו"ר הפרשן החוקתי אינו ראשי לקבוע מי מן החברים ישתתף בדיון בנוגע לפרשנות המוסמכת של החוקה. כדי לשמר את פרשן החוקה כמוסד ייצוגי, הן במונח של הסמכה הן במונח של שיקוף, על החברים במוסד הפרשני לדון בשאלות של פרשנות חוקתית בהרכב מלא דווקא. צדק אפוא פרופ' קלווד קליין בהעירו לפני כמה שנים:

נקודת המוצא היא כי בקורת שיפוטית על חוקים שונה במהותה מכל סמכות אחרת המוטלת על בתי המשפט... כדי למנוע מקריות הכרוכה בהרכב זה או אחר יש לדרוש הרכב מלא, או כמעט מלא, של בית המשפט בבואו לבדוק חוקתיותו של חוק.¹⁵⁰

ד. הרכב הפרשן החוקתי וההצדקה לביקורת החוקתית

ישאל השואל: האם ממצאים אלו אינם חותרים תחת עצם קיומו של מוסד הביקורת השיפוטית? ראשית, אם הטעם הניצב מאחורי ההרכב המלא של פרשני חוקה ברחבי העולם הדמוקרטי הוא טעם של ייצוג, הסמכה ושיקוף, הרי לכאורה אין כל סיבה לאמץ ביקורת חוקתית חוץ-פרלמנטרית דווקא, אלא יש להותיר את פרשנות החוקה בידי הפרלמנט (שהוא תמיד, או לפחות לרוב) ייצוגי יותר מאשר מערכת המשפט

¹⁵⁰ ראו קלווד קליין "על ההצעה להקים בית משפט לחוקה – עמדה" משפט וממשל ו 349 (2003).
253

הרגילה ואפילו יותר מאשר בית משפט לחוקה או מועצה חוקתית. שנית, האם אין תפקיד הביקורת השיפוטית להציב חסם אנטי-רובי בפני הפרלמנט? האם אין תפקיד הביקורת השיפוטית להציב דווקא מוסד לא-דמוקרטי ולא-שיקופי במבנהו כבקרה על החלטות הרוב במוסדות הדמוקרטיים וכדי להגן על זכויות המיעוט? השאלות הללו מבוססות בין השאר על התפיסה, שלפיה אחד התפקידים המרכזיים של החוקה הוא לבטא, בלשונם של רובינשטיין ומדינה,

עקרונות יסוד מהותיים, המגבילים את תוכן ההכרעות שרשאי לקבל בית המחוקקים... המדובר בעיקר במחויבות לאיזון ראוי בין האינטרס הצבורי לבין כבוד האדם וחירותו, ובערכים שעניינם אופיה הציבורי של החברה.¹⁵¹

שאלות אלו מבוססות גם על ההנחה, שלפיה כדי לשמור על העקרונות הללו יש צורך

[ב]מנגנון בקורת עצמאי, בלתי דמוקרטי מבחינת הפרוצדורה בה הוא מופעל, על תוצר ההכרעה של הרוב.¹⁵²

במילים אחרות: ההנחה מאחורי השאלות הללו היא, שעל הפרשן החוקתי למלא תפקיד **לעומתי** של הגנה על מיעוטים ושמירה על זכויות אדם וערכי יסוד **אל מול** הרוב ברשויות הנבחרות. תיאור הפרשן כגוף ייצוגי, מוסמך ושיקופי – העולה מן הסקירה המשווה שעשינו בפרקים הקודמים – מקהה את הלעומתיות שלו אל מול הרשויות הנבחרות ומעורר את השאלה, לשם מה יש צורך מלכתחילה בגוף ייצוגי נוסף?

שאלות אלו מרכזיות לדיוננו, והתשובות להן מורכבות.

תחילה ראוי לציין, כי כלל לא ברור שהגבלה **מהותית** של תוכן החקיקה הראשית היא אכן אחד התפקידים של החוקה ושל הפרשן החוקתי החוץ-פרלמנטרי. הבחנה יסודית החוזרת על עצמה בספרות החוקתית בישראל ובחו"ל היא זו שבין הגבלות **צורניות** על חקיקת הפרלמנט (בית המשפט מתערב בחקיקת הפרלמנט כדי להבטיח שהפרלמנט פועל לפי מנגנון דמוקרטי תקין),¹⁵³ ובין הגבלות **מהותיות** (בית המשפט מתערב ופוסל החלטה שהתקבלה בהליך דמוקרטי תקין בטענה, שהפרלמנט לא איזן

¹⁵¹ ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד** 56 (2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה).

¹⁵² שם, בעמ' 56–57.

¹⁵³ למשל: בית המשפט איננו מאפשר לכנסת להאריך את כהונתה בעשר שנים כדי להימנע מבחירות. ראו פיס, בית המשפט העליון, שנת 1978, לעיל ה"ש 47; ופסק הדין של השופט חשין בעניין **בנק מזרחי**, לעיל ה"ש 2.

כראוי בין ערכי יסוד).¹⁵⁴ כפי שרובינשטיין ומדינה מציינים, ביקורת חוץ-פרלמנטרית המבקרת את התוכן המהותי של חקיקת בית נבחרים שנבחר בהליך דמוקרטי תקין היא "בעייתית[ת] ביותר". ישנם הסבורים, כי ההגבלות על החקיקה במשטר דמוקרטי צריכות להצטמצם רק להגבלות צורניות ש"תכליתן החלה תקינה של הליך ההכרעה הדמוקרטי עצמו".¹⁵⁵ ואכן, כמה חוקות מתמקדות – או לפחות התמקדו בעבר – דווקא בשאלות צורניות של ההליך הדמוקרטי ושל חלוקת הסמכויות בין זרועות השלטון. במסגרת זו יש למנות את החוקה הצרפתית והאוסטרלית (העוסקות בשאלות פרוצדורליות גרידא) וכן את החוקה של ארה"ב, שבמקורה התמקדה בעיקרה בשאלות פרוצדורליות.¹⁵⁶ גם הנס קלזן, שהשפעתו על המשפט החוקתי האירופאי היתה רבה, התנגד להכללתה של מגילת זכויות מהותיות בטקסט החוקתי. מעבר לכך, גם כאשר החוקה עוסקת בשאלות מהותיות, כפי שמקובל כיום ברוב החוקות, קיימת אסכולה הגורסת כי יש לקבוע **פרשן שונה לכל אחד מן הנושאים**. לפי גישה זו, בכל הנוגע לשאלות צורניות יש למסור את ההכרעות הפרשניות לפרשן חוקתי חוץ-פרלמנטרי. לעומת זאת, בכל הנוגע לשאלות מהותיות יש למסור את ההכרעות הפרשניות לפרלמנט ואין למתוח ביקורת חיצונית על תוכן חוקיו. ההבחנה שבין צורה למהות הודגשה כבר בפסק הדין בעניין *Carolene Products* משנת 1938, שבו ניסו שופטי בית המשפט העליון בארה"ב לתחום את גבולות התפקיד השיפוטי בפרשנות החוקה.¹⁵⁷ השופטים הזכירו, כי שאלות צורניות מתאימות להכרעה שיפוטית בעוד בשאלת האיזון הראוי שבין ערכים מהותיים יש להעניק להחלטות הקונגרס חזקה של חוקתיות. תפיסה זו קודמה ופותחה על ידי השופט לרנד הנד ולאחר מכן על ידי פרופסור אילי.¹⁵⁸ בארץ ידוע השופט משה לנדוי, נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), כמי שאימץ גישה זו.¹⁵⁹ כפי שכמה פרשנים ציינו, עמדתו זו של

¹⁵⁴ למשל: בית המשפט קובע חוקי הפלות השונים מאלו שנקבעו בפרלמנט.

¹⁵⁵ וכן לאלו ש"נועדו לעגן את תוכנה של הפרוצדורה המוסכמת לקבלת החלטות שהיא, כאמור, אבן היסוד של "דמוקרטיה"..."ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 151, בעמ' 56.

¹⁵⁶ על ההתנגדות של מנסחי החוקה האמריקאית להכללה של מגילת זכויות שבה עקרונות עמומים ראו את הפרדליסט מס' 84, לעיל ה"ש 27.

¹⁵⁷ ראו ה"ש 4 לפסק הדין בעניין *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 (1938) באותה ה"ש צוינו הבחנות נוספות, שבאחת מהן (בין כללים לעקרונות) דנתי לעיל בחלק א. הבחנה נוספת קשורה למיעוטים "מבודדים" שהמערכת הפוליטית "הרגילה" איננה מספקת להם הגנה. לפי ה"ש 4, מיעוטים אלו עשויים להיות זכאים להגנה שיפוטית יתירה על דרך של פרשנות החוקה.

¹⁵⁸ ראו *LEARNED HAND, THE BILL OF RIGHTS* 73 (1959); *JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980).

¹⁵⁹ ראו משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" **הפרקליט** כז 30 (1971); משה לנדוי "מתן 255

השופט לנדוי שיקפה במידה לא-מבוטלת הלך רוח שרווח בבית המשפט העליון בשלושים השנים הראשונות של המשפט הישראלי. פסיקת בית המשפט בשנים הללו התאפיינה לעתים קרובות בנכונות להתערב בשאלות צורניות, תוך נטייה להימנע במקרים רבים מהתערבות בשאלות של איזון מהותי בין ערכי יסוד.¹⁶⁰

אולם נניח לעת עתה, כי החוקה כוללת הגבלות צורניות ומהותיות על סמכות החקיקה; וכן, כי תפקידו של הפרשן החוקתי החוץ-פרלמנטרי הוא לפקח על החקיקה ולהגבילה הן בסוגיות צורניות הן בסוגיות מהותיות. גם על בסיס הנחות אלו נדמה, כי השאלות שהצגנו בראשית דברינו אינן מבוססות כל צרכן.

ראשית, ההנחה מאחרי השאלות הללו היא שאם הפרשן הוא מייצג ומשקף, הרי שאין כל הבדל בין המבנה שלו ושיקול דעתו ובין המבנה ושיקול הדעת של הרשויות הפוליטיות. כלומר: אם הפרשן הוא מוסד שיקופי, תפקידו "מיותר". זוהי הנחה שמן הראוי להרהר אחריה. די אם אזכיר במסגרת זו כי הפרשן החוקתי, ככלל, הוא גוף עצמאי שחבריו – ברוב המכריע של המקרים – אינם עומדים למינוי חוזר.¹⁶¹ כבר בכך יש כדי להבדיל אותו בצורה משמעותית מהרשויות הפוליטיות הן מבחינת המבנה המוסדי הן מבחינת אופיו וטיבו של שיקול הדעת. ובמילים אחרות: התמונה המצטיירת מן הסקירה המשווה שערכנו היא כי מבחינת המבנה הכללי, הפרשן החוקתי שייך למשפחת המוסדות הדמוקרטיים, המייצגים והמשקפים, אך בתוך משפחה רחבה זו יש לפרשן מאפיינים מבניים ייחודיים המשפרים את יכולתו לפעול כגוף ביקורת אפקטיבי.

שנית, דומה כי רובינשטיין ומדינה מבצעים "קפיצה מחשבתית" מטיעון אחד למשנהו בלא ביסוס ראוי. הטיעון הראשון הוא, כי יש צורך ב"עקרונות יסוד מהותיים" אשר יגבילו את "תוכן ההכרעות שרשאי לקבל בית המחוקקים".¹⁶² הטיעון השני הוא, שכדי להגן על העקרונות הללו יש צורך דווקא ב"מנגנון ביקורת עצמאי, בלתי-דמוקרטי מבחינת הפרוצדורה בה הוא מופעל, על תוצר ההכרעה של הרוב".¹⁶³ כל מנגנון ביקורת אחר יהיה מיותר או בלתי-אפקטיבי. בעוד הטיעון

חוקה לישראל בדרך פסיקת בתי המשפט "משפט וממשל" ג 697 (1996). וראו והשוו משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי" עיוני משפט יד 5 (1989).

¹⁶⁰ ראו, למשל, בכל הנוגע למשפט החוקתי, רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 151, בעמ' 62–64 וההפניות המופיעות שם, ובאופן כללי, מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (1992).

¹⁶¹ נקודה זו הודגשה כבר על ידי השופט ברק. ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 332–333 (2004). לפירוט, ראו שם, בפס' ג.5.

¹⁶² ראו את ההפניות בהערות 151–152 לעיל.

¹⁶³ שם.

הראשון מבוסס יפה במשפט המשווה, הרי הטיעון השני איננו מבוסס כלל ועיקר. אסביר את דברי.

כפי ששורה של מלומדים בתחומי ההיסטוריה ומדע המדינה מציינים, קיים הבדל מהותי בין הדמוקרטיה החוקתית האנגלית לזו האמריקאית, כך שאפשר לתאר את שני המשטרים כאבי-טיפוס לשני מודלים שונים של משטר דמוקרטי.¹⁶⁴ המודל האנגלי הוא "רובני" (Majoritarian), דהיינו: הוא איננו מטיל הגבלות פורמליות על תוכן החקיקה של הרוב בפרלמנט. החוקה איננה מגבילה את סמכות החקיקה של הפרלמנט, אין מערכת של איזונים ובלמים, וההגנה על המיעוטים במודל זה נובעת מאלמנטים לא-פורמליים כמו התרבות הפוליטית והאווירה הציבורית. לעומת זאת, המודל האמריקאי הוא "הסכמתי" (Consensual) וכולל שורה ארוכה של מחסומים פורמליים המגבילים את סמכות החקיקה של הרוב בפרלמנט והמחייבים את הרוב לנסות ולגייס את תמיכת המיעוט, ומכאן תוארו – "הסכמתי". מטרתם של המחסומים הללו היא להגן על המיעוט, לכבד כמה ערכי יסוד ולשפר את שיקול הדעת השלטוני. המודל האמריקאי התגבש זמן קצר לאחר הכרזת העצמאות וכינון שלוש עשרה החוקות הדמוקרטיות בצפון-אמריקה. האכזבה מחקיקה בלתי-אחראית של הקונגרסים שנבחרו במדינות אחדות הביאה שורה של משפטנים אמריקאים לחפש – במסגרת המשטר הדמוקרטי הייצוגי – מנגנונים שיעניקו הגנה למיעוטים ויבטיחו בקרה על החקיקה. נכון הוא, כי לאחר מלחמת העולם השנייה הפך המודל האמריקאי למקובל ברחבי העולם הדמוקרטי באופן מלא או חלקי.¹⁶⁵ גם נכון הוא, כי במסגרת זו אומצו במשטרים רבים מסמכים הכוללים זכויות יסוד וערכי יסוד, ופרשן חוקתי חוץ-פרלמנטרי הוסמך להעביר את חקיקת הפרלמנט תחת שבט ביקורתו כדי לוודא כי היא עולה בקנה עם עקרונות יסוד אלו.¹⁶⁶

אולם אין בכל זאת כדי לתמוך בטיעון השני של רובינשטיין ומדינה, שלפיו הביקורת צריכה להיעשות דווקא על ידי "מנגנון ביקורת עצמאי, בלתי-דמוקרטי מבחינת הפרוצדורה שבה הוא מופעל", משום שהמחסומים במודל האמריקאי אינם "בלתי-דמוקרטיים מבחינת הפרוצדורה שבה הם מופעלים" כלל ועיקר. נהפוך הוא: לכל אחד מן המחסומים הללו – הסנאט (שבלעדיו אי-אפשר לחוקק חקיקה תקפה), הנשיא (שבידיו הווטו הנשיאותי) ובית המשפט העליון (שבידיו סמכות הביקורת השיפוטית בשאלות "שפוטות") – ישנם מאפיינים דמוקרטיים רבי-חשיבות והדבר

¹⁶⁴ ראו ווד, הרפובליקה האמריקאית, לעיל ה"ש 23; ובקצה ווד, המהפכה האמריקאית, לעיל ה"ש 103. ראו גם AREND LIJPHART, DEMOCRACIES: PATTERNS OF MAJORITY & CONSENSUS GOVERNMENT IN TWENTY-ONE COUNTRIES (1984).

¹⁶⁵ ראו את הסקירה אצל ליפרט, שם.

¹⁶⁶ ראו את המקורות בה"ש 38, לעיל.

איננו מפריע להם למלא תפקיד חשוב בהליך הביקורת. האם הסנאט מיותר משום שהוא משקף את המבנה המשטרי הכללי? האם הנשיא מיותר משום שהוא מוסמך לייצג? האם בית המשפט האמריקאי העליון מיותר משום שהוא משקף את קשת הדעות באוכלוסייה בקנה מידה קטן? מובן שלא. הן הסנאט, הן הנשיא הן בית המשפט העליון נתפסים כמוסדות חשובים להגנה על זכויות המיעוט, על ערכי יסוד ועל שיקול הדעת השלטוני. השיקוף והייצוג איננו פוגע בהם וביכולתם למלא את תפקידם. אדרבה: הוא מחזק את מעמדם ומעניק להם לגיטימציה מבנית, שהיא חשובה כדי למלא תפקיד מרכזי במשטר דמוקרטי.

הדברים נכונים גם לגבי משטרים אחרים שאימצו את המודל האמריקאי. חלק מהם אימצו את הווסו הנשיאותי בצורה זו או אחרת. רבים אימצו את רעיון הבית העליון ואת הביקורת החוקתית החיצונית על תוכן החקיקה. אך כמו במודל האמריקאי המקורי, כל המחסומים שאומצו הם מחסומים "דמוקרטיים מבחינת הפרוצדורה בה הם מופעלים". כפי שראינו בחלקים הקודמים בהרחבה, הפרשן החוקתי החוץ-פרלמנטרי בעולם הדמוקרטי הוא ככלל מוסד מייצג, מוסמך ומשקף ומכאן, שבעוד הטיעון הראשון של רובינשטיין ומדינה מבוסס יפה במשפט המשווה, הטיעון השני אינו מבוסס כל צרכו.

שלישית, ההנחה מאחורי השאלה היא, שיש זכויות "ברורות" וערכי יסוד "ברורים" שיש לאוכפם על הרשויות הנבחרות באמצעות פרשן חוקתי חוץ-פרלמנטרי. זוהי תפיסה חלקית למדי הן של זכויות וערכים הן של תפקיד הפרשן החוקתי. בכל הנוגע לזכויות ולערכים, הרי שהם בלשונו של גלי, *essentially contested concepts* – דהיינו: מושגים שחלק מההבנה הבסיסית שלהם היא ההבנה שיש לגביהם מחלוקת חברתית בלתי-פוסקת.¹⁶⁷ בכל חברה דמוקרטית בריאה ישנה מחלוקת ערה וחיונית הן לגבי המובן הקונקרטי של זכויות יסוד וערכי יסוד הן לגבי האיזון הראוי שבין זכויות וערכים המתנגשים אלו באלו. לב הוויכוח בין ימין, מרכז ושמאל בכל חברה דמוקרטית – ותהיה זו ארה"ב, בריטניה, גרמניה או מדינת ישראל – איננו מוגבל לשאלות "פוליטיות", בעוד שלגבי "ערכי יסוד וזכויות יסוד" קיימת הסכמה רחבה. וויכוחים חריפים בכל חברה דמוקרטית ניטשים גם לגבי שאלות כמו מהו האיזון הראוי בין זכות הקניין לזכות לשוויון (למשל: בהקשר של מיסוי) ובין ערך החיים לערך החירות (למשל: בהקשר של הפלות)? מהי המשמעות של ערך ה"שוויון" (למשל: בהקשר של אפליה מתקנת) ושל המושג "מדינה יהודית" (למשל: בהקשר של אכיפת האיסור על מכירת חמץ בפסח ברשות הרבים)? וכן הלאה. בנסיבות אלו כל הטוען, דוגמת השופט

¹⁶⁷ W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, 56 PROCEEDING OF THE ARISTOTELIAN SOCIETY 167 (1955–1956).

ברק, כי על פרשן החוקה ללכת לפי ערכי העומק של החברה ולאכוף ערכים אלו על הפרלמנט, מעורר את הטענה הנגדית של השופט לנדוי, שלפיה,

לנשיא ברק יש תפישה משלו בנוגע למה שהוא מכנה ערכי העומק של החברה הישראלית. אבל התפישה הזאת של ערכי העומק של החברה הישראלית היא בעצם מה שאהרן ברק מאמין בו ברגע מסוים. ובעוד שנה זה בכלל יכול להשתנות. ומה שחמור לא פחות הוא שערכי העומק שבהם מדובר הם בעצם ערכי העומק של מגזר מסוים בציבוריות שלנו.¹⁶⁸

בנסיבות אלו דומה, כי מן ההכרח ששיח הערכים והזכויות יתקיים בפורומים ייצוגיים ושיקופיים כדי שמגוון הדעות בחברה בשאלות היסוד הללו יבוא לידי ביטוי הולם. יתירה מזו: אין הסכמה על כך שתפקיד הפרשן החוקתי הוא להגן על זכויות דווקא. ישנם הרואים את תפקידו של פרשן החוקה דווקא כמי שמגן על הקונסנזוס החברתי המינימלי נוכח נסיונות בלתי-אחראיים לכרסם בו.¹⁶⁹ בניסוח שונה במעט, ישנם הרואים את תפקידו של הפרשן כמי שמגן על ערכי העומק של החברה ועל המחויבויות הבסיסיות שלה – ויהיו אלו זכויות או ערכים אחרים – אל מול חקיקה מהירה ולא שקולה.¹⁷⁰ אם רואים את תפקידו של הפרשן בפרזימה הזו, שאלת ההרכב של הפרשן מקבלת מימד חדש. לכאורה כדי לבטא את ערכי העומק של החברה ואת הקונסנזוס החברתי המינימלי מן ההכרח שהפרשן יהיה גוף שיקופי, ויתירה מזו: יש טעם רב בטענה שלפיה על הפרשנות להתקבל בתוך הפרשן – כגוף קולגיאלי ושיקופי – ברוב מיוחד בין החברים.¹⁷¹ יתר על כן: אם בערכי עומק עסקינן, יש מקום רב לטענה שלפיה יש לתת משקל לפרשנות החוקתית כפי שהתגבשה במהלך הדורות ואין להסתפק בבחינת הפרשנות בהווה.¹⁷² מכאן, שיש היגיון רב בתפיסה – שתיארנו לעיל בחלק ב בהרחבה – אשר לפיה, למימד הזמן נודעת חשיבות, ומימד זה משפיע על המשקל הניתן לתקדימים מן העבר. כלומר: בניגוד לתפיסה של רובינשטיין ומדינה, לפיה התפקיד המיוחד של הפרשן מורה כי הפרוצדורה שהוא פועל לפיה אמורה להיות דווקא בלתי-דמוקרטית, הרי שבחינה זהירה יותר של התפקידים השונים אשר על פרשן החוקה למלא דווקא מובילה למסקנה ההפוכה. ישנה חשיבות רבה הן למבנה

¹⁶⁸ ראו ארי שביט "מדינה על הטיטאניק, ראיון עם השופט משה לנדוי" **מוסף הארץ**, (6.10.2000).

¹⁶⁹ ראו, למשל, Harry Wellington, *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*, 83 YALE L. J.221, 311(1973).

¹⁷⁰ ראו, למשל, ביקל, **הרשות הפחות מסוכנת**, לעיל ה"ש 49. טיעון זה גם מוזכר לעתים קרובות בכתיבתו של השופט ברק ראו, למשל, אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 324 (2004).

¹⁷¹ ראו שלף, רוב מיוחס, לעיל ה"ש 28.

¹⁷² על מימד הזמן ראו לעיל בחלק השני, פסקה שנייה; ובחלק השלישי, בסוף הפסקה השישית.

של הפרשן כמוסד מוסמך ושיקופי, הן להיקף התמיכה שפרשנות חוקתית נתונה מקבלת כמוסד הפרשני בזמן נתון הן לתמיכה שהיא מקבלת כמוסד הזה לאורך זמן. אני ער לכך, כי הדיון שקיימנו מעורר שורה של שאלות יסוד: מהו היחס שבין ייצוג כהסמכה לייצוג כשיקוף? מהו הקשר שבין מבנה לאיכות ההחלטות? מהו הקשר שבין מבנה ללגיטימציה מוסדית? וכן הלאה. כל השאלות הללו חשובות ומעניינות, והדיון שקיימנו משיק להם, אך הן קובעות ברכה לעצמן ולא אוכל להרחיב בהן במסגרת מאמר זה.

ואשר לשיטה אחרונה, ישאל השואל, מה לגבי סמכויות ציבוריות נוספות שממלאים המערכת השיפוטית, בכלל, ובית המשפט העליון, בפרט? בסופו של דבר, יוסיף השואל וישאל: הרי המהפכה החוקתית לא היתה אלא השלב האחרון בתהליך ממושך של הרחבה הדרגתית של סמכויות בית המשפט העליון – תהליך שראשיתו בשלהי שנות השבעים.¹⁷³ התהליכים הללו הביאו לכך, שבית המשפט עוסק – גם שלא במסגרת הביקורת השיפוטית – במגוון של שאלות ציבוריות רבות-חשיבות. האם אין מקום לומר כי בכל המקרים הללו יש צורך בפורום מיוחד – רב-משתתפים, הודן בהרכב מלא – כדי להכריע? בהקשר זה ראוי לציין, כי הפעם היחידה שבה בית המשפט העליון דן בהרכב מלא היה בעניין שליט, שבו עסק בית המשפט בפרשנות חוק גרידא. ובכל זאת, ומתוך הבנה של המשמעות הרחבה של פסק הדין, הכריע בית המשפט בעניין דווקא בהרכב מלא של תשעה שופטים.¹⁷⁴

שאלה זו חורגת ממסגרת דיוננו. ייתכן בהחלט שישנם מקרים נוספים – מעבר לביקורת השיפוטית – שבהם יש לקבוע הרכב מיוחד ומלא במתכונת זו או אחרת, אולם שאלה זו קובעת ברכה לעצמה וטעונה דיון מקיף ונפרד. בשלב הזה הייתי מסתפק בציון העובדה כי הביקורת השיפוטית היא סמכות יוצאת דופן בנוף הסמכויות השיפוטיות. ובלשונו של זאב סגל: "הביקורת השיפוטית החוקתית ראויה במידה רבה לכינוי "נשק יום הדין". היא נותנת בידי בית המשפט את הסמכות להכריז על בטלות חוק של הרשות המחוקקת. לא הרי החלטה כזו כהרי כל החלטה שיפוטית אחרת..."¹⁷⁵ ובלשונו של השופט ברק, הביקורת השיפוטית היא "נשק בלתי-קונוונציונלי", בעוד הסמכויות השיפוטיות האחרות הן "נשק קונוונציונלי".¹⁷⁶

¹⁷³ ראו, למשל, דוד קרצ'מר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט 551 (תשמ"ט); מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" משפטים כח 217 (1997).

¹⁷⁴ עניין שליט, לעיל ה"ש 10.

¹⁷⁵ ראו לעיל ה"ש 4 וההפניות שם.

¹⁷⁶ ראו לעיל ה"ש 3 וההפניות שם.

כמה גורמים הופכים את הביקורת השיפוטית לייחודית. ראשית, כפי שצינו לעיל, הטקסט החוקתי מנוסח לעתים קרובות במונחים עמומים (הכללות מלכותיות, מושגי ססתום), המעניקים לפרשן, בלשונו של אלכסנדר המילטון, מרחב שיקול דעת מקסימלי.¹⁷⁷ הפרשן יוצק תוכן למושגים כמו שויון, תכלית ראויה, יהודית ודמוקרטית וכדו', תוך קביעת האיזון הראוי והמידתי בין ערכי יסוד. שנית, החוקה נמצאת בצומת הדרכים שבין המשפט ובין החברה וערכיה, ובין העבר, ההווה והעתיד. התוכן הקונקרטי שהפרשן נותן לחוקה הופך להיות הדין העליון במדינה, העשוי במקרים מסוימים לשנות את פני החברה, לטוב ולרע. שלישית, הפרשנות החוקתית היא לעתים קרובות סוף פסוק בשאלות חברתיות העומדות על הפרק. הדרך היחידה להגיב על פרשנות חוקתית מוטעית היא באמצעות תיקון של הטקסט החוקתי, אולם, כדבר שבשגרה, אין מתקנים טקסטיים חוקתיים מסיבות שונות. הרשות המכוננת, בדימויו של דייסי, היא ענק ישן המתעורר לעתים רחוקות. ברוב המקרים ההכרעות של הפרשן החוקתי הן אפוא סוף פסוק בשאלה החברתית העומדת על הפרק. מכאן ייחודה של הפרשנות החוקתית ושל הביקורת השיפוטית. הסמכות היחידה שאפשר – באופן א-פריורי – להשוות לביקורת השיפוטית היא פסילתם של מפלגות ומועמדים. פסילה שכזו שקולה למצער לביקורת שיפוטית מבחינת ההשלכות המשפטיות והחברתיות שלה. ואכן, את המסקנות שהגעתי אליהן במחקרי זה אפשר להחיל מקל וחומר גם לגבי פסילת מפלגות. הדין בסמכויות אחרות מצריך, כאמור, דיון נפרד.

סיכום

מהן המסקנות העולות מן הדיון שקיימנו? לפי התפיסה שחוקי היסוד הם אכן חוקה עליונה – ברוח פסק דינו של השופט ברק בעניין **בנק מזרחי** – יש לעצב את פרשן החוקה במדינת ישראל לפי הנורמות המקובלות בעולם המערבי. שלוש הן המסקנות האופרטיביות המתבקשות:

ראשית, ככל שהפרשן הוא חוץ פרלמנטרי – כדוגמת בית המשפט העליון – על מספר החברים בערכאה העליונה המעניקה לחוקה פרשנות מוסמכת לנוע בין **תשעה לחמישה עשר**, ועליהם לדון בשאלות חוקתיות – על כל פנים באלו העשויות להביא לבטלותה של חקיקה ראשית – **בהרכב מלא דווקא**.¹⁷⁸ שנית, ההליכים הפנימיים בתוך פרשן החוקה צריך שיתאימו לתפקידים המיוחדים

¹⁷⁷ ראו The Federalist No. 84 at 580 (A. Hamilton) (J. Cooke ed., 1961).

¹⁷⁸ מובן מאליו, כי גם אם ייקבע פרשן פרלמנטרי, על הדיון בשאלות חוקתיות להתנהל במותב מלא דווקא. ראו לעיל בשלהי חלק א.

של החוקה. במסגרת זו מסכים אני עם ליאון שלף, כי על פרשן החוקה לפסול חוק רק כאשר רוב מיוחס של החברים בפרשן – כגוף קולגיאלי – יקבע שהחוק עומד בסתירה ברורה לחוקה.¹⁷⁹ יתירה מזו: כמו גיא זיידמן, הייתי מציע גם לשקול בזהירות את הגישה שלפיה פסילת חוק עשויה להיעשות רק פה אחד, כמו הרשעה בחבר מושבעים במשפט פלילי שנעשת פה אחד ו"מעבר לכל ספק סביר".¹⁸⁰

שלישית, ובנקודה זו לא אוכל להאריך במאמר זה, ראוי לחשוב מחדש על הליך המינוי של פרשני החוקה בישראל. כפי שראינו, הליך המינוי צריך שיבטיח כי הפרשן יהיה גוף שיקופי הן במובן של שיקוף המבנה המשטרי הן במובן של שיקוף קשת הדעות בחברה, מימין לשמאל, בקנה מידה קטן. יחד עם זאת, יש להעניק לפרשני החוקה עצמאות אישית ומוסדית במהלך כהונתם. הסקירה המשווה שקיימנו מלמדת, כי ישנם מודלים רבים המבטיחים שיקוף בצד עצמאות – מודלים שאפשר לבחור ביניהם. לחוששים מפוליטיזציה, הרי בחלק מן המודלים שראינו הליך המינוי עצמו הוא א-פוליטי. כך הדבר, למשל, במשטרים שבהם על כל חבר חדש בפרשן החוקתי לזכות בתמיכה רחבה בפרלמנט. חשוב להקפיד, כפי שהדגשנו לעיל, כי השיקוף יהיה לא רק שיקוף של זהויות (שהוא חשוב, אך משני בחשיבותו), אלא גם שיקוף של דעות ועמדות.

עלינו לזכור תמיד, כי הכבוד לדעות אחרות – הן במסגרת הפוליטית הן במסגרת פרשנות החוקה ושיח זכויות היסוד – עומד במרכזו של המשטר הדמוקרטי. כבוד זה הוא נשמת אפה של החברה הדמוקרטית.

¹⁷⁹ ראו שלף, רוב מיוחס, לעיל ה"ש 28. גם גיא זיידמן מגלה אהדה לעמדה זו (ראו זיידמן, הרכבים מורחבים, לעיל ה"ש 7, בעמ' 229).

¹⁸⁰ ראו זיידמן, לעיל, הכותב: "אולי יש בקיומה של דעת מיעוט בהכרעה עקרונית כדי לפגוע בחזקה של ההכרעה".