

## רוב מיוחס בנושאים חוקתיים — לא רק דרישה כלפי הכנסת אלא גם רעיון לגבי בית-המשפט

מאת

### ליאון שלף\*

בעת שבית-המשפט העליון קבע שיש לרשות השופטת סמכות לבטל חוק, הוקדש מקום נרחב למעמד המיוחד של חוקי-היסוד, והובעה דעה כי רצוי שחוקים אלה יהיו משוריינים וניתנים לשינוי רק על-ידי רוב מיוחד. מוצע במאמר כי גישה כזו תאומץ גם לגבי פעולת בית-המשפט בבטלו חוקים המנוגדים לתוכנם של חוקי-היסוד ולערכי-היסוד של החברה. הואיל וביטול חוק בשל התנגשותו עם חוקי-יסוד מהווה מעשה חריג בעל משמעות מרחיקת לכת מבחינת חלוקת הסמכויות והפרדת הרשויות, רצוי כי יידרש רוב מיוחס בטרם תתקבל החלטה לבטל חוק. מצב כזה קיים במספר מדינות: בגרמניה, למשל, הדרישה לרוב מיוחס היא תוצאת לוואי מן העובדה שבית-המשפט החוקתי יושב בהרכב זוגי של שופטים. כעבר הועלה רעיון לדרוש רוב משוריין גם בארצות-הברית, רעיון שלא זכה לתמיכה מספקת, לפיו כדי לבטל חוק יידרש רוב של שני-שלישים מן השופטים הנוטלים חלק בדיון ובהחלטה. כדרישה כזאת יהיה כדי להבטיח כי אכן מדובר בהפרת ערכי-היסוד של החברה. זאת, לעומת ביטול חוק על תודו של קול אחד, בו ספק אם הוכחה בעליל הפרה של ערכי יסוד על-ידי הגוף הריבוני במדינה — בית המחוקקים. בהקשר הזה, רצוי לזכור כי רוב החוקים שבוטלו בארצות-הברית לא היו חוקים פדרליים של הקונגרס, אלא של בתי מחוקקים של המדינות.

א. הרוב הדחוק בנושאים חוקתיים. ב. הכרעות במשפטים חוקתיים לביטול חוק. ג. דוגמאות לרוב משוריין. ד. הרהור אחרון — בין מהות העניין להיבט הנהלי.

בפסק-הדין התקדימי בעניין בנק המזרחי<sup>1</sup> הוקדש מקום נרחב ונכבד לדיון במעמדם של חוקי-היסוד, ובמיוחד נבחנה הנחיצות בכך שחוקי-יסוד יהיו "משוריינים" (entrenched)

\* פרופסור למשפטים ולסוציולוגיה, אוניברסיטת תל-אביב.  
1 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח'; רע"א 1908/94 גבעת יואב — מושב עובדים ואח' נ' שרות אשראי מסחרי ואח'; רע"א 3363/94 נחמיאס נ' כפר ביאליק — כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן — עניין חוק גל).

וגינתנים לשינוי רק בהליך מיוחד, היאה לחקיקה העוסקת בנושאים חוקתיים. בכך יבואו לידי ביטוי יחודיותם ועליונותם על-פני חוקים רגילים. ייתכן מאוד, שהיעדר סעיף שריון ברוב חוקי-היסוד היה לרועץ וגרם לפיחות במעמדם הן בעיני הציבור והן בעיני המתחוקק; שהרי חוקים אלה מתקבלים לרוב באותו האופן שבו נחקקים חוקים רגילים, והשוני בהליך קבלתם הוא נוהלי בלבד. בית-המתחוקקים, הכנסת, הופך באותו הרגע לגוף מכונן, והחוק עצמו מקבל תוספת בכותרתו — שם-התואר "יסוד". אולם כלפי חוץ ולגבי הציבור אין בעצם הבדלים מהותיים בין חוקי-היסוד לבין חקיקה רגילה של הכנסת, ולכן אין פלא שמושמעת לעתים קרובות דרישה שתכונן חוקה לישראל, על-אף העובדה כי בעצם יש לה למדינת ישראל מבנה חוקתי — אם כי מבנה ייחודי, בהיותו נבנה שלב-שלב, טיפין-טיפין ולא במעשה חד-פעמי. אין בדרך בנייתו ואף אין בהיעדר קיומה של מגילת זכויות-אדם כדי לגרוע מעצם קיומו ותוקפו.

אולם הבעיה קיימת גם כלפי פנים, בקרב חברי-הכנסת הנושאים בעול של מילוי תפקיד כפול — לא רק מחוקקים, אלא גם מכוננים. האמת המצערת היא, שהכנסת פועלת לפעמים בקלות-דעת כאשר היא עוסקת בחקיקת חוקי-יסוד. יעיד על כך, למשל, מספרם הקטן של חברי-הכנסת המשתתפים בדיונים ובהצבעות במסגרת זו. הביטוי הבולט (אולי הבוטה) ביותר בעניין זה היה בעת קבלתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ברוב של 32 מול 21. מיעוט המשתתפים אין בו להאדיר לא את חוקי-היסוד ולא את הכנסת עצמה, במיוחד בחוקי-היסוד שחולל את "המהפכה החוקתית", שהקנתה לבית-המשפט סמכות לפסול חוקים המנוגדים לחוקה (כפי שנקבע בפסיקה שעסקה בחוק גל, אם כי החוק הנדון עצמו הושאר על כנו). בהביעו תרעומת על מיעוט המשתתפים בהצבעה ובמתיתת ביקורת על רעיון המהפכה החוקתית, העיר הנשיא בדימוס משה לנדוי על הפגמים בהליך כולו: "הייתי מצפה שכאשר הכנסת חובשת את כובע הרשות המכוננת, היא תהיה מודעת שעכשיו היא מתחוקקת חוקה לדורות כרשות מכוננת"<sup>2</sup>.

דווקא באותו פסק-דין (בעניין חוק גל) בו נקבע כי ניתן לפסול חוקים המנוגדים לחוקי-יסוד, דן הנשיא שמגר בהרחבה בצורך בחקיקה שתסדיר את נושא מעמדם של חוקי-יסוד, ובדבריו הוא מתייחס לחוקי-יסוד עתידי. וכך כתב:

2 ראו דבריו של הנשיא בדימוס, משה לנדוי, כפי שהובאו בעיתון הארץ 27.1.95: "לא היתה מהפכה חוקתית — ראיון מיוחד עם השופט משה לנדוי". הראיון הופיע במלואו בכטאון לשכת עורכי הדין במחוז ירושלים, הלשכה, שם הוסיף הנשיא בדימוס:

עיינתי בדברי הכנסת, על הדיונים בשני חוקי היסוד האלה [הכוונה לחוקי יסוד משנת 1992 — כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק — ל"ש] ולא מצאתי שם זכר לדבר כזה... שני החוקים הללו אושרו בקריאה שניה ושלישית בהשתתפות פחות ממצצית חברי הכנסת: באישור החוקים תמכו 32, התנגדו 21 ואחד נמנע. בסך הכל: 54 חברי הכנסת.

הצעת חוק יסוד: החקיקה, על גילגוליה השונים מאז שפורסמה לראשונה ב-1971... נועדה לקבוע את כפיפות החקיקה הרגילה לחקיקת היסוד — אך ההצעה טרם בשלה לכדי חוק חרות...

בהמשך הדברים מצוטט סעיף 5(ד) להצעת חוק יסוד: החקיקה:

חוק לא יסתור חוק יסוד זולת אם התקבל במליאת הכנסת בקולות של שני שלישים מחברי הכנסת ונאמר בו במפורש שתוקפו הוא על אף האמור בחוק היסוד.<sup>3</sup>

כדי להטעים עוד יותר את אופיה המיוחד של חוקה מציין הנשיא את "נפוצותה של הוראת נוקשות בחוקות" על-ידי הדגמות מארצות-הברית, קנדה, אוסטרליה, גרמניה ואירלנד, ואף מוסיף כי "אילולא קצר המצע מהשתרע היה ניתן למנות מספר סעיפים מבין החוקות הקיימות — אחת לאחת — כדי להצביע על דרך נוקשותו, בין באמצעות שריון או בדרך אחרת"<sup>4</sup>.

לעצם העניין, אין הנשיא רואה בהיעדר שריון ברוב חוקי-היסוד הישראליים (ככל שהיה רצוי שיהיה שריון) פגיעה במעמד הנורמטיבי המיוחד של חוקי-יסוד ועליונותם על חוקים רגילים. אליבא דנשיא, עצם העדרה של פיסקת עליונות ברורה אינו מחייב את המסקנה כי מעמדו של חוקי-היסוד זהה לזה של חוק רגיל<sup>5</sup>. זאת ועוד: אותם סעיפים הקובעים צורך ברוב מיוחס בחלק מחוקי-היסוד ושעד כה הופעלו רק בהקשרם הצורני (למשל בפרשת ברגמן<sup>6</sup>) יש בהם משום תרומה לתשתית של בחינה מהותית של חוקים (כפי שנעשה לראשונה בפרשת חוק גל).

אם כן, על-אף הסתייגותו מהיעדר שריון בחוקי-היסוד ("התוצאה הפרשנית לפיה לפנינו חוקה אשר ניתנת לשינוי בכל רוב היא מאכזבת"<sup>7</sup> — הדגש במקור) קובע הנשיא שמגד נחרצות כי לחוקי-יסוד מעמד מיוחד ומיוחס.

יוצא אפוא, כי במדינת ישראל יש מעמד חוקתי מיוחד במינו, השונה מזה המוכר ברוב מדינות העולם אשר בחרו בדרך של חוקה חרותה המנוסחת כמעמד מיוחד ותד-פעמי — מעמד הנקרא בדרך-כלל Constitutional Convention (עם אפשרות של תיקונים

3 לעיל הערה 1, בעמ' 301.

4 שם, בעמ' 302.

5 שם, בעמ' 299.

6 בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693.

7 לעיל הערה 1, בעמ' 304.

על-פי שיטה מתוארת, הכוללת בדרך-כלל גם שריון<sup>8</sup> — וגם שונה ממדינות ללא חוקה מסוג ה-Common Law (במיוחד אנגליה וניו-זילנד, שלשתיהן, אגב, חוקים רגילים המגנים על זכויות אדם<sup>9</sup>, שההתייחסות כלפיהם מיוחדת ומכובדת, אך אין להם מעמד עליון, ועד כה לא שימשו בסיס לביטול חוק).

עד כה גישתה של ישראל היתה קרובה יותר לזו של אנגליה, שבה ריבונות הפרלמנט מנעה ביטול חוקים על-ידי הזרוע השופטת. אולם למצב זה היו חריגים בשתי המדינות: בישראל הוכרה הסמכות השיפוטית לבחון את ההיבט הצורני של החוק (כפי שנעשה בפרשת ברגמן), בשל שריונו של סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת<sup>10</sup>, בעוד שבאנגליה ריבונות הפרלמנט הבריטי המסורתית והמפורסמת נפגעה בעצם הצטרפותה של בריטניה לאיחוד האירופאי ועקב המעמד המועדף במצבים מסוימים למשפט האיחוד האירופאי על-פני המשפט האנגלי<sup>11</sup>. תמורה זו בשיטת-המשפט האנגלית היא מרחיקת-לכת, אם כי מיעוט לרון בה בספרות המשפטית האנגלית<sup>12</sup>. אין זאת אומרת שלמסמכי-היסוד של הקהילה (כגון אמנות רומא ומסמכי-כ"ט<sup>13</sup>) מעמד חוקתי עליון, אלא שאפילו באנגליה ניתן היום לערוך מעין "דירוג" של חוקים, על-יף היעדרם של חוקה וחוקי-יסוד. מבחינה זאת,

8 לריון כללי על חוקות ראו: K.C. Wheare *Modern Constitutions* (London, 1958) especially Chp. 6: "How Constitutions Change — Formal Amendment", p. 121.

9 ראו, למשל, I. Elkind "Interpreting the Bill of Rights" *New Zealand Law Journal* (1991) 15; J. Jaconelli *Enacting a Bill of Rights — The Legal Problems* (Oxford, 1980).

10 השריון נעשה בסעיף 46 לחוק יסוד: הכנסת, ס"ח 244, בתוספת שהתקבלה ב-1959 ס"ח 291 (תיקון מס' 3). בסעיף 46 נאמר:

הרוב הדרוש לפי חוק זה לשינוי הסעיפים 4, 44 או 45 יהא דרוש להחלטות מליאת הכנסת בכל שלב משלבי החקיקה, למעט הדיון בהצעה לסדר יומה של הכנסת. לענין סעיף זה, "שינוי" — בין מפורש ובין משחמע.

11 ראו, למשל, D. Leonard *Guide to the European Union* (London, 1994) 59.

When a case comes before a national court involving community law, which takes precedence over national laws, if there is any question as to the effect of the community law with regard to that case it should be referred to the Court of Justice for a preliminary ruling, which the judges in the national court must then apply in giving their own judgments.

12 כדוגמא להתייחסות מסוימת ראו L.N. Brown & F.G. Jacobs *The Court of Justice of the European Communities* (London, 1989).

13 ראו במיוחד D. Wyatt & A. Dashwood *European Community Law* (London, 3rd ed., 1993) chp. 1: "From the Founding Treaties to the Treaty on European Union", p. 3; and chp. 23: "The Treaty on European Union", p. 653.

ובשל ההשפעה של המבנה המשפטי האנגלי על שיטת המשפט הישראלית, דברי הנשיא שמגר מקבלים משנה-תוקף.

מאז חקיקת שני חוקי-היסוד של שנת 1992 (כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק), ובאופן מפורש מאז הפסיקה בפרשת חוק גל, מעמדה של ישראל מתקרב לזה של מדינות שלהן חוקות חרותות המכירות בסמכות בית-המשפט לבטל חוקים. עם זאת, ברבות מאותן מדינות נקבעה באופן מפורש הסמכות לביטול חוקים ובמספר מדינות, במיוחד ביבשת אירופה, הוקמו בתי-משפט מיוחדים לענייני חוקה, ערכאה שרק בה ניתן לבחון את חוקתיותם של חוקים, לבטלם או לאשרם, דבר הנעשה תוך הליך החקיקה עצמו כמו בצרפת<sup>14</sup>, או במסגרת שאלה המוצגת לבית-המשפט החוקתי במהלך דיון בבית-משפט רגיל, כפי שנהוג בגרמניה<sup>15</sup>. בנושא זה המצב בישראל קרוב במיוחד לזה שבארצות-הברית, בה על-אף קיומה של חוקה משוריינת והחלתה של מגילת זכויות-האדם, לא נקבעה באופן מפורש סמכותו של בית-המשפט לבטל חוקים, ובית-המשפט העליון, אשר הוקם בעיקר כדי לשמש ערכאת-ערעור רגילה ולא בית-משפט חוקתי, אימץ את הסמכות הזאת במשפט המפורסם *Marbury v. Madison*<sup>16</sup>, בו בוטל חוק שנתקבל על-ידי הקונגרס. בעניין זה פסק בית-המשפט, כי בהיותו בית-משפט לערעורים, על-פי סעיף 3 לחוקה<sup>17</sup>, אין ביכולתו לטפל בפנייתו הישירה של העותר, מרבוי, ובית-המשפט העליון ביטל אפוא את החוק שעליו הסתמך העותר בהגישו את העתירה.

מעניין לציין כי בפסק-דין זה, שנחשב מרכזי ותקדימי בעיצוב כוחו וסמכותו של בית-המשפט העליון, התוצאה הישירה והמיידית היתה דווקא צמצום יכולתו של בית-המשפט העליון לפעול למען שמירת זכויות; שהרי זה קבע, כי אין הוא מסוגל לדון לגופו של עניין בעתירה שהוגשה לו ישירות (כערכאה ראשונה), משום שלפי הבנתו הופקדו בידו בעיקר סמכויות ערעור. ישנם הסוברים, כי בהחליטו כך טעה בית-המשפט בפרשנות המצב המשפטי<sup>18</sup>, אך מכל-מקום, התוצאה היתה שבית-המשפט השמיט

A. Stone *The Birth of Judicial Politics in France — The Constitutional Council in Comparative Perspective* (New York, 1992)

D. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham, 1989)

*Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cr.) 137 (1803)

17 לפי סעיף 3 לחוקה, היו רק שני מקרים בהם יכול בית-המשפט לפעול כערכאה ראשונה, אולם יצוין שבית-המשפט התעלם מן הסיפא של הסעיף, בה נאמר:

with such exceptions and under such regulations as the Congress shall make.

18 ראו דיון בספרי מרות המשפט ומהות המשטר — על שלטון החוק, שיטת הממשל ומורשת ישראל (1996), במיוחד בעמ' 131, 139.

מידיו סמכות (של טיפול ישיר בעתירות נגד השלטונות) אשר היתה יכולה להפוך לסמכות דומה לזו המצויה בידי בג"צ בישראל<sup>19</sup>.  
 זאת ועוד: עוד בטרם התקבלה החלטה זו, היתה מקובלת הסברה שאכן בידי בית המשפט סמכות כזאת. למשל: בפסק-דין שניתן כשבע שנים קודם-לכן (בפרשת *Hylton*<sup>20</sup>), דן בית-המשפט בסוגייה זו, כאשר הועלתה טענה לפיה חוק מסוים בנושא מסים מנוגד לחוקה. לעצם העניין נדחתה הטענה ולכן בית-המשפט לא דן מפורשות בשאלת החוקתיות (בניגוד לחוק שנדון בעניין חוק גל, שגם הוא לא בוטל, אך בית-המשפט נדרש, כאמור, בהרחבה לסוגייה). למעשה, ייתכן שבית-המשפט האמריקני לא טרח להתמודד עם השאלה, משום שפעל תחת הרושם כי אכן סמכות כזאת קיימת; שאם לא כן נראה שהיה נמנע מלבחון את החוק וממילא היה מעדיף שלא להתמודד מפורשות עם הסוגייה בטרם עת. כך מסביר פון-מוסזיסקר (Robert von Moschzisker) את הפרשה<sup>21</sup>:

[T]he Supreme Court in bench had occasion to consider its power of review, when, in *Hylton v. United States*, an act of Congress taxing carriages was attacked as unconstitutional. Inasmuch as the statute was held to be a valid exercise of the taxing power, Justice Chase did not think it necessary to decide, at the time, whether the court possessed the power, under the Constitution, to declare an act of Congress void. He did say, however, that if such power existed he would exercise it only in very clear cases...

ובהמשך הוא מביא דוגמא נוספת להתייחסות-אגב של השופט צ'ייס (Chase) לסוגייה<sup>22</sup>:

Several years later, in *Cooper v. Telfair*, Justice Chase summed up the current attitude of his bench by stating it was the general opinion

19 כיום הכעיה בארצות-הברית לגבי הנגישות לבית-המשפט העליון אינה רק שהוא אינו מטפל ישירות בעתירות, דבר שניתן להבין על רקע שטחה רחב-הידיים של המדינה, אלא שמתקבלות לדיון רק כ-10% מכל העתירות המוגשות לו, כאשר השאר נדחות על הסף במסגרת הבקשה של *Writ of Certiorari* — המסגרת שבה גבורים המקרים שיוזבו בדיון יסודי, ראו *H. Perry Deciding to Decide — Agenda Setting in the United States Supreme Court* (Cambridge, Mass., 1991).  
 20 *Hylton v. U.S.* 3 U.S. 171 (1796).  
 21 *R. von Moschzisker Judicial Review of Legislation* (New York, 1971) 69. ספר זה, שנכתב על-ידי השופט הראשי של מדינת פנסילבניה, יצא לאור לראשונה בשנת 1923.  
 22 *Ibid.* 70

frequently expressed by all the bar, and even by some of the judges upon circuit, that the Supreme Court could declare void an act of Congress which plainly conflicts with the Constitution; yet he added that in the absence of a formal adjudication of the point by the tribunal itself, it must remain an open question.

עם זאת, אירעו גם מקרים בהם סירבו שופטים לעסוק בנושאים שהקונגרס קבע שהטיפול בהם הוא במסגרת תפקידם, בסוברים שבית-המתוקקים חרג מטמכותו. וכאן מסביר שוב פון-מוסיסקר<sup>23</sup>:

In 1792, the national legislature passed an act directing the circuit courts to hear petitions of applicants for pensions, their findings to be subject to review by the secretary of war and by congress. When this statute came before James Wilson (a Supreme Court Justice — *L.S.*) and his associates on the Pennsylvania circuit, the court refused to proceed upon the petition presented. The "reasons for [their] conduct", and its importance are shown by a letter which the judges addressed to the President protesting that the Pension Act directed them to issue decrees upon matters of a nonjudicial nature, and subjected their findings to legislative and executive revision. "Such...control", they said, "we deemed radically inconsistent with the independence of that judicial power which is vested in the courts"; and they went on to state their unpleasant feelings at finding it necessary to act contrary to the express directions of Congress. This...case...is generally conceded to be the initial decision of the federal courts holding unconstitutional an act of the national legislature.

אני מביא את המקרים הללו (וישנן גם דוגמאות נוספות, כולל ביטול חוקים של המדינות) כדי להדגיש, כי פרשת *Marbury v. Madison* לא היה בה משום פריצת-דרך של ממש בקביעת מצב משפטי חדש, ומבחינה זאת המהפכה החוקתית בישראל משמעותית הרבה יותר. כמו-כן, אין להתעלם מהבעייתיות שבפרשת מרבורי (הרקע הפוליטי השקוף, המעורבות האישית של מרשל בנושא הדין והטעויות המשפטיות

הרבות שכפרשנות)<sup>24</sup>, הגוברת לאין ערוך על החדשנות שבה והמספקת חומר רב למחשבה על הכדאיות שבסמכות כה כבדה אשר נקבעה לא על-ידי חקיקה, אלא על-ידי פרשנות שיפוטית. עם זאת, בעוד שבארצות-הברית התחושה הכללית היתה כי אכן רצוי שתהיה סמכות כזאת, גם בקרב מנסחי החוקה<sup>25</sup>, ספק רב אם בישראל חלקם הגדול של חברי-הכנסת המעטים שנטלו חלק בהצבעות, בהן נתקבלו חוקי-היסוד נתנו את דעתם ל"מהפכה החוקתית" שחוללו כביכול במר-ידיהם.

זאת ועוד: בכל שנות קיומה של חוקת ארצות-הברית נפסלו רק שלושה חוקים של הקונגרס בשל פגיעה בזכויות-יסוד<sup>26</sup>. עם זאת, הבעיה בארצות-הברית של שמירה על זכויות-יסוד במישור הפדרלי קשורה הרבה יותר בפעולות אדמיניסטרטיביות ואקסקוטיביות וכאן, על-אף הסמכות שניתנה בידי לבטל חוקים, פָּשַׁל בית-המשפט פעמים רבות בבואו להגן על שמירת זכויותיהם של שחורים<sup>27</sup> וילידים<sup>28</sup> בתקופות-חירום, כגון בפרשת ההעברה של יפנים במלחמת העולם השנייה<sup>29</sup> ובתקופה הקשה של המקרתים<sup>30</sup>.

24 לביקורת על פסק-הדין ראו F. Rodell *Nine Men — A Political History of the Supreme Court from 1790-1955* (New York, 1955) chp. 3: "Government by John Marshall — The Chief Justice", p. 73; R. Clinton *"Marbury vs. Madison" and Judicial Review* (Lawrence, 1989) וראו גם שלף, לעיל הערה 18, פרק 5: "זכויות אדם במבחן המציאות", במיוחד בעמ' 131, 139-140.  
25 C. H. Pritchett *The American Constitution* (New York, 1959) 136-138 (sub-headings ראו "The Prehistory of Judicial Review", "Judicial Review in the Convention" and "The Establishment of Judicial Review". יצוין, כי היו גם מקרים שבהם בוטלו חוקים של המדינות. הוא כותב:

[T]here were some nine cases decided in eight states between 1776 and 1789 which purported to declare state legislative acts unconstitutional (p. 137).

26 J. Frank "Review and Basic Liberties" *Supreme Court and Supreme Law* (Bloomington, E. Cohen ed., 1954) המחבר טוען, כי היו רק שלוש החלטות של בית-המשפט העליון לבטל חוקים של הקונגרס שעסקו בזכויות האדם. פסקי-הדין הם *Ex Parte Garland* 71 U.S. 333 (1866); *Wong Wing v. U.S.* 163 U.S. 228 (1896); *U.S. v. Lavett* 328 U.S. 303 (1946).

27 ראו *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896).

28 R. Williams, Jr. *The American Indian in Western Legal Thought — Discourses of Conquest* (New York, 1990).

29 E.V. Rostow "The Japanese American Cases — A Disaster" 54 *Yale Law Journal* ראו 533 (1945); P. Irons *Justice at War* (Berkeley, 1993).

30 S. Kutler *The American Inquisition: Justice and Injustice in the Cold War* (New York, 1982).



יצוין גם, כי לקביעה של בית-המשפט שבסמכותו לבטל חוקים של הקונגרס לא היה שום המשך מייד. יובל שנים עבר עד לפעם הבאה בה בוטל חוק של הקונגרס, וזאת באחת ההחלטות השיפוטיות האומללות ביותר שהתקבלו אי-פעם בארצות-הברית (פסק-הדין נגד עבד בפרשת *Dred Scott*<sup>31</sup>), אשר יש הסוברים כי היתה אתה הסיבות שהובילו למלחמת-האזרחים<sup>32</sup>. רק כעבור כמאה שנים לאחר פרשת מרכודי החל בית-המשפט להפעיל באופן תדיר יותר את סמכותו לבטל חוקים של הקונגרס<sup>33</sup> (ובד-כבד המשיך להפעיל את סמכותו לבטל חוקים של המדינות).

### א. הרוב הדחוק בנושאים חוקתיים

כאשר בוחנים את המקרים שבהם בוטלו חוקים, הן של הקונגרס והן של המדינות, מתברר כי אחוז מסוים של ההחלטות התקבלו ברוב דחוק – חמישה שופטים מול ארבעה. למיטב ידיעתי, מעולם לא נעשה שום מחקר בארצות-הברית בנושא זה, אך אין ספק כי חלק מפקי-הדין החשובים ביותר התקבלו ברוב זעום זה. כך, רק בשנים האחרונות ניתן לציין החלטות שיש בהן חשיבות ממדרגה ראשונה לגבי עונש-מוות<sup>34</sup>,

31 דאו *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. 393 (1856).

32 דאו D.E. Fehrenbacher *The Dred Scott Case – Its Significance in American Law and Politics* (New York, 1979).

33 יש לציין בהקשר זה, כי רוב המקרים של ביטול חוק שאירעו כתחילת המאה הזאת לא נעשו למען קידום זכויות האדם, אלא דווקא למען קיום אינטרסים של קבוצות בכירות בעם, תוך העדפתם של בעלי-הון ומעבידים על-פני פועלים, של גברים על-פני נשים ושל לבנים על-פני שחורים. ראו, למשל, *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905); *Hammer v. Daggenshart* 247 U.S. 251 (1918) הפעלתנות של בית-המשפט החלה לאחר התיקונים לחוקה שהתקבלו בעקבות מלחמת-האזרחים (תיקונים 13, 14 ו-15), אולם לרוב פסקי-הדין לא כווננו לטובת השחורים למענם התקבלו התיקונים.

דאו במיוחד H. Smith *Economic History of the United States* (New York, 1955).  
סמיט טוען, כי התיקון הארבעה-עשר שנתקבל לאחר המלחמה נוסח לא רק כדי להיטיב עם השחורים (העברים לשעבר), אלא הונחה בו גם התשתית להטבות עם תאגידים גדולים. הוא כותב:

When it is recalled that the amendment was presented as a "package" to be accepted or rejected as a whole, the intent of the procedure becomes... suspect. The attention of everyone was to be centered on the problem of the poor unfortunate Negro while at the same time a special protection for the vigorous, and not at all unfortunate, corporation was to be given constitutional sanction (p. 301).

34 *Furman v. Georgia* 408 U.S. 238 (1972)

הפלות<sup>35</sup>, חופש הדת של מיעוטים<sup>36</sup> (כולל יהודים<sup>37</sup>) ואפליה מתקנת<sup>38</sup>, שהוכרעו ברוב של חמישה שופטים מול ארבעה. בחלק מן המקרים גם לא שררה תמימות־דעים בקרב השופטים שהצביעו יחד, וכל אחד כתב חוות־דעת משלו שטשטשה את המסר של ההחלטה. כך, למשל, לאחר הקביעה שעונש־מוות מנוגד לחוקה, ישבו מומחים ופוליטיקאים על המדוכה כדי להבין את משמעות פסק־הדין, וזאת על מנת להשיב את העונש על כנו (כפי שעשו בהמשך<sup>39</sup>) תוך תמרון סביב חוות־הדעת השונות. במקרה של אפליה מתקנת (בפרשת *Bakke*) יצא שהדעה הקובעת בין תשעה פסקי־הדין היתה זו של השופט Powell, אשר היה מבודד לחלוטין בעמדתו; אלא שבכל סוגייה שעמדה להכרעה צירף את קולו לאחד משני המתנות (שבכל אחד מהם ארבעה שופטים). בכל עניין, הקבוצה שאליה הצטרף זכתה, וכך הפכה חוות־דעתו, כדעת־יחיד, לדעה הקובעת<sup>40</sup>. ברור כי מצב כזה מעלה הרבה סימני־שאלה באשר לתפקודו של בית־המשפט. עם זאת, אין לשכוח כי בפרשת *Bakke* לא היה מיובר בביטול חוק של הגוף הריבוני במדינה, אלא בעיקר במדיניות הקבלה של סטודנטים לאוניברסיטה<sup>41</sup>, כך שככל שעניין האפליה המתקנת חשוב בפני עצמו, פסק־הדין לא נגע בחוק ולכן הינו (נוסף על היותו בין החשובים בשנים האחרונות) שונה מבחינה חוקתית מסוג ההחלטות בפרשת חוק גל.

זאת ועוד: על רקע פוליטיזציה של הדרג השיפוטי בארצות־הברית<sup>42</sup>, וחלוקת השופטים לשני מחנות המאופיינים על־ידי תפישות אידיאולוגיות מובהקות וידועות (ליברל מול שמרן), החלטות שהתקבלו על חודו של קול הופכות להיות גם ביטוי למצב יחסי־הכוחות בין המחנות. מצב זה מעורר לעתים מבוכה מסוימת ומעודד כתיבת חוות־דעות חלוקות (*dissenting opinions*) אשר לעתים הן ארוכות יותר ומפורטות יותר מחוות־הדעת של הרוב, וזאת במטרה לשמש תשתית להמשך המאבקים המשפטיים

35. *Webster v. Reproductive Health Services* 492 U.S. 490 (1989).

36. *Employment Division v. Smith* 494 U.S. 872 (1990).

37. *Goldman v. Weinberger, Secretary of Defense* 475 U.S. 503 (1986).

38. *Regents of the University of California v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978).

39. *Gregg v. Georgia* 428 U.S. 153 (1976).

יצוין, כי ההנהגה־מחדש של עונש־המוות כעונש חוקתי התקבלה ברוב של שבעה שופטים מול שניים.

40. לניתוח של פסק־דין זה ראו T. O'Neill *Bakke & the Politics of Equality: Friends & Foes in the Classroom of Litigation* (Middletown, Conn., 1985).

41. העתירה הוגשה על־ידי אדם לבן, שבקשתו להתקבל כסטודנט בקולטה לרפואה נדחתה, על־אף שציוניו היו טובים יותר מאשר סטודנטים שחורים שהתקבלו.

42. ראו *Rodell Nine Men, supra* note 24, ch. 1: "Powerful, Irresponsible and Human".

במקרים דומים בעתיד<sup>43</sup>. כאשר מגמה כזאת קיימת בנושאים משפטיים אחרים, ניתן לקבל זאת כביטוי סביר (שאף יוביל בהמשך להלכות טובות יותר). אולם כאשר מדובר במצב של ביטול חוק בנושא שיש לו משמעות פוליטית מובהקת, התוצאה היא לפעמים עירוב בית-המשפט במאבקים פוליטיים בהמשך.

בעניין זה בולט פסק-דין הנחשב חריג בארצות-הברית — פסק-הדין בפרשת *Brown v. Board of Education*, שחרם לביטול האפליה הגזעית<sup>44</sup>. השופט הראשי וורן (Warren) עמד על כך, כי ההחלטה תינתן פה אחד ואף ללא שום דעה תומכת (concurring opinion), כדי להבטיח כי פסק-הדין שיש בו ביקורת מרחיקת-לכת על החברה האמריקנית יתקבל בהבנה וכחיוב על-ידי העם כולו, במיוחד במדינות הדרום. תקוותו לא התגשמה במלואה, משום שאנשי השלטון במדינות הדרום עשו מאמצים נואשים למנוע את הגזירה. אלה גררו אחריהם התדיינות נוספת<sup>45</sup>, אולם כוונותיו של וורן היו ברורות, ודומני כי כדאי לבחון את משמעותן והשלכותיהן של החלטות דחוקות בנושאים כבדים ומכובדים (כולל כמובן ביטול חוק) מול החלטות המתקבלות ברוב ברור או פה אחד. אולם בעוד שבארצות-הברית העריכו מאוד את חוכמתו הפוליטית של וורן, לא נתנו שם את הדעת להיכט החוקתי, שלפיו בדרך-כלל רצוי עד מאוד שהחלטות בנושאים חוקתיים חשובים, כולל ביטול חוקים, תתקבלנה על דעת רוב ברור של השופטים.

### ב. הכרעות במשפטים חוקתיים לביטול חוק

על רקע מאמציו של השופט וורן להגיע להכרעה ברורה ואחידה, ברצוני להציע, כי מן הראוי שאימוץ סמכותו של בית-המשפט לבטל חוקים ילווה סייגים מסוימים, ובהם שהחלטה מעין זו (בהסתמכות על חוקי-יסוד) לא תתקבל אלא על-ידי רוב מיוחס. אפשר להציע רוב של שני שלישים של השופטים בהרכב שגם הוא מוגבר (לפחות שבעה שופטים, ובמקרה הזה יידרש כמובן רוב של חמישה שופטים נגד שניים). לצורך הדיון

43 ראו, למשל, *D. Lively Foreshadows of the Law — Supreme Court Dissents and Constitutional Development* (Westport, 1992); *A. Barth Prophets With Honor: Great Dissents and Great Dissenters in the Supreme Court* (New York, 1975).

44 *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954). בפסק-דין זה בוטלה ההלכה בפרשת פלטי (לעיל הערה 27).

45 ראו, למשל, *J. Bass Unlikely Heroes — The Dramatic Story of the Southern Judges of the Fifth Circuit Who Translated the Supreme Court's "Brown Decision" into a Revolution for Equality* (New York, 1981).

אני גם יוצא מתוך ההנחה, כי הסמכות לביטול חוקים תוגבל לדרג של בית-המשפט העליון<sup>46</sup> על-ידי חקיקה מפורשת או על-ידי ריסון עצמי של שופטים בדרגים נמוכים יותר.

הכוונה בהצעה זו היא להבטיח כי כל החלטה לבטל חוק תבטא מצב שבו השופטים — כגוף ולא כחידים — איתנים ונחרצים בעמדתם; שהרי אין ספק כי הפקדת הסמכות לביטול חוקים בידי שופטים מעלה שאלות נוקבות באשר למשמעותה של הדמוקרטיה, כאשר קבוצה קטנה של אנשים — אמנם מאוד מכובדים — שמה לאל את רצונם של נבחריו העם. ההצדקה לכך היא העובדה הפשוטה, שחקיקתם של האחרונים מפרה את ערכי-היסוד של החברה. ואכן, אם בערכי-היסוד של החברה עסקינן, רצוי שהדברים יהיו כה ברורים עד כי רוב בולט ומוחץ של השופטים יגיע למסקנה שהמחוקקים אכן טעו במעשיהם, אולי משום שפעלו בהיסח-הדעת או שבעת הדיון לא היו ערים לכל ההשלכות שהתבררו רק בעת שמיעת הדיון המשפטי. רוב של ארבעה שופטים נגד שלושה או חמישה נגד ארבעה אינו מצביע על חריגה כה בולטת, שאם לא כן, כיצד זה ששופטי המיעוט מבין שופטי בית-המשפט, המגיעים במספרם כמעט לרוב, לא שוכנעו מעמדת עמיתיהם?

אימוץ הסמכות לביטול חוק לא נעשה בקלות-דעת, והראיה לכך היא דווקא תזוהת-הדעת המפורטות והיסודיות שניתנו על-ידי רוב השופטים שישבו בהרכב בפרשת חוק גל. עם זאת ניתן לציין, עם כל הכבוד, שבכל-זאת לא מוצתה בהן ההתייחסות לדיון המעמיק והנוקב המתנהל בארצות-הברית על משמעותה של סמכות כזאת מבחינת ההיבט הדמוקרטי או להסתייגויות שהושמעו לאחרונה בקנדה בעקבות קבלת האמנה לזכויות האדם במדינה זו<sup>47</sup>. במדינות אלה ישנם מלומדים רבים המתריעים מפני הסכנות הטמונות לדמוקרטיה מעצם קיומה של סמכות לביטול חוקים<sup>48</sup>. הדבר בולט במיוחד

46 דוות, כי במפגש בין הנשיא ברק ובין חברי הוועדה לחוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שהתקיים בסוף דצמבר 1995, הציע השופט ברק כי ביטול של חוק ייעשה רק בבית-משפט העליון. יצוין, כי אף לא אחד מן השופטים שישבו בפרשת חוק גל, למעט התייחסות מזערית של השופט חשין, ציין כי רצוי ששופט בערכאה המצויה מתחת לבית-המשפט העליון לא יבטל חוק. ייתכן, כי לאחר המפגש הזה ידאגו המחוקקים לקבוע זאת מפורשות, אולי כחלק מחוק יסוד: החקיקה המוצע. ראו גם מאמרו של ד' סגל בנושא בגיליון זה של משפטים: "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים — הסמכות להכריז על אי-חוקתיות חקיקה — למי?"

47 ראו עבודותיו של המשפטן הקנדי מנדל M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada* (Toronto, 1989); "The Rule of Law and the Legalization of Politics in Canada" 43 *International Journal of the Sociology of Law*, (1985) 27.

48 ראו, למשל, W. Gangi *Saving the Constitution from the Courts* (Norman, Okla., 1995).

בארצות-הברית עקב הפוליטיזציה של השיפוט הבאה לידי ביטוי הן בהליך המינוי והן בהשקפתם האידיאולוגית של השופטים כפי שמובעת בחוות-הדעתם. אין למעט מערכת ומחשיבותם של טיעונים אלה, אולם בשל כך אין לבטל לחלוטין את הרעיון של ביקורת שיפוטית במובן של סמכות לביטול חוק, כי הרי ברעיון זה טמונה הפקדת השמירה על ערכי-יסוד כירי גורם בכיר, מכובד ונערץ במדינה<sup>49</sup>.

דומני, כי הדרך הטובה ביותר למנוע ערוביה בין שיפוט ובין שיקולים השקפתיים צרים בנושא כה חשוב כמו ביטול חוק, היא להבטיח כי הפעלתה של הסמכות תיעשה על-ידי רוב ברור, קרי: רוב מיוחס. מצב כזה יבטיח, כי קשת רחבה של השקפות תמצא את ביטויה בהחלטה ובכך תהיה ערוכה כי אכן מרובה בחוק המפר את ערכי-היסוד של החברה. בתנאים כאלה ניתן יהיה לראות בבית-המשפט שומר אמין של ערכי-היסוד של החברה ולא במה להמשכם של מאבקים פוליטיים צרים ופולמוסים אידיאולוגיים קשים, כפי שקורה לעתים קרובות בארצות-הברית, שם נגזרת הזרוע השיפוטית לכולמוס הוויכוח הפוליטי ואף המפלגתי.

הואיל וארצות-הברית משמשת דגם (ואף במידה מסוימת מקור השראה) לגבי רבים בישראל, יש להזכיר גם כי אין בית-המשפט העליון האמריקני ממהר לבטל חוקים של הקונגרס (מה שאין כן לגבי החוקים של המדינות). מכיוון שהכנסת היא הגוף המקביל לקונגרס, ולה אפילו מעמד בכיר יותר מבחינת דיבונותה בהשוואה לקונגרס האמריקני בשל המבנה הפדרלי והנשיאותי בארצות-הברית (למשל: גם לנשיא סמכות לבטל חוקים<sup>50</sup>), מן הראוי שבית-המשפט יפעל בזהירות מרובה ביישומה של סמכות הביטול. רוב מיוחד ומיוחס בעניינים אלה יתרום להשגתה של מטרה זו.

J. Arthur *Words that* הגישות השונות לביקורת שיפוטית, ראו *Bind: Judicial Review and the Grounds of Modern Constitutional Theory* (Boulder, Colo., 1995). הוא פותח את ספרו בהצהרה:

One of the interesting aspects of American political and intellectual history is the bitter disagreement that often surrounds the U.S. Constitution (p. 1).

והוא מסיים באומר:

*Constitutional interpretation...is inevitably a political act and is therefore always open to challenge and debate...conscientious judges must confront the political and moral questions embedded in constitutional interpretation (p. 189).*

49 ראו ג' ברזילי, א' יערי-וכטמן וד' סגל בית-המשפט העליון בעין החברה הישראלית (תשנ"ד).  
50 בידי הנשיא הברירות לאשר חוק, להימנע מאישור ולבטל חוק. במקרה האחרון הקונגרס יכול לחוקק את החוק מחדש, אך במקרה זה ההחלטה חייבת להתקבל ברוב משוריין של שני שלישים; וכך נכתב על ההליך הנדרש לאחר שהצעת חוק אושרה בשני בחייה המחוקקים:

לעניות דעתי, יש להתייחס אפוא לעצם הסמכות לבטל חוקים וכן לדרך שבה מופעלת הסמכות באותה גישה ובאותה יראת כבוד שבית-המשפט עצמו התייחס למעמד ולמהותם של חוקי-היסוד וצורת קבלתם: יש לאמץ את רעיון השריון (Entrenchment), ובמקביל — את הצורך ברוב מיוחס.

אם חשוב הדבר שהוקי-היסוד עצמם יהיו משוריינים ותיקונים ייעשה אך ורק ברוב מיוחס של חברי-הכנסת, וכל זאת בשל מעמדם המיוחד וחשיבותם הערכית, מדוע לא לדרוש גם רוב מיוחס כדי לבטל חוק, וכל זאת במגמה להבטיח שהתלטת בית-המשפט תשקף עמדה ברורה: שההפרה של הכנסת היא הפרה בעליל, שיש בה הן פגיעה בערכי-יסוד והן מידה לא-מבוטלת של אטימות ושרירותיות?

נכון שאין דרישה כזו בארצות-הברית, שם המצב קרוב ביותר לזה שלנו, מפני שהסמכות שם נתונה בידי בית-משפט רגיל ולא בידי מסגרת חוקתית מיוחדת, וכן משום שקבלת הסמכות נעשתה, כאמור, על-ידי פסיקה של בית-המשפט עצמו. אולם מאוד ייתכן שהמצב בארצות-הברית אינו רצוי כשלעצמו וכי ממילא ישנם הבדלים של ממש במבנה החוקתי של שתי המדינות. לכן יש לזכור, כי

(א) בארצות-הברית ההרכב בבית-המשפט העליון הוא הרכב קבוע של כל השופטים ולכן לא תיתכן מקריות בהרכב השופטים.

(ב) ארצות-הברית היא מדינה פדרלית, ורוב-רובם של החוקים המתבטלים על-ידי בית-המשפט אינם חוקי הקונגרס, אלא חוקי המדינות המרכיבות אותה<sup>51</sup>, היינו: חקיקה שאינה של הגוף המחוקק הבכיר במדינה.

(ג) בעבר פרצו בארצות-הברית משברים קשים, במיוחד בשנות השלושים, כאשר מדיניות ממשלתית הועמדה בסכנה בשל ביטול חוקי הקונגרס, עד כדי איום של הנשיא רחובלט לעבות את בית-המשפט ולהוסיף שישה שופטים נוספים לבית-המשפט העליון (ועשרות לדרגים נמוכים יותר) כדי להבטיח כי רוב השופטים יתמכו בתוכניתו<sup>52</sup>. משבר

Every bill... shall... be presented to the president... if he approves it he shall sign it, but if not he shall return it with his objections to that house in which it shall have originated, who shall enter the objections at large on their journal, and proceed to reconsider it.

51 יצוין גם, כי חשיבותו של המבנה הפדרלי מתבטאת בכך, שבמשך שנים רבות אף לא הוחלה מגילת זכויות האדם על המדינות. המגילה עצמה פותחת במילים: "Congress shall make no law..."

52 J. Brigham *The Cult of the Court* (Philadelphia, 1987) 200 כותב:

Roosevelt's Court packing plan confronted the authority of the modern institution, and although much commentary has described a victory for the Court, shortly after the plan was announced the Court began to uphold the president's programs.

ראו גם H. Pritchett *The Roosevelt Court* (Chicago, 1948).

זה היה נמנע בזמנו לו הופעל אז רעיון השריון. עובדה היא כי רוב החלטות בית-המשפט העליון בדבר ביטולם של חוקים נתקבלו אז על חודו של קול אחד בלבד. זאת ועוד: הרעיון של רוב משוריין עלה על סדר-היום האמריקני כמה פעמים בעבר, אם כי רוב-רובם של הפרשנים והמלומדים בתחום המשפט החוקתי מתעלמים לחלוטין מן הסוגייה<sup>53</sup>. עם זאת, באחד הספרים הדן במורכבותן של ביקורת שיפוטית וסמכות לבטל חוקים מתאר קאר (Robert Carr) כמה נסיונות שנעשו בעבר כדי להבטיח רוב משוריין, כאשר חלק מן הביקורת מתבסס על שהתקבלו על חודו של קול אחד<sup>54</sup>. בתת-פרק שכותרתו "The Attack Upon Five-to-Four Decisions" הוא כותב<sup>55</sup>:

It has been suggested that in the case of the Supreme Court a two thirds vote, or even seven out of nine, be necessary to declare a congressional statute void. Several attempts have been made to secure the adoption of some such plan by act of Congress, by constitutional amendment, or by persuading the Supreme Court itself voluntarily to alter its majority rule in this respect. As early as 1823 a resolution was introduced in Congress to require the agreement of at least seven judges before legislation could be invalidated. Many similar proposals were made in subsequent years but none was successful. In the present century Senator Borah and former Supreme Court Justice Clarke advocated this type of reform. In 1937, at the time of the controversy over the Roosevelt plan to reorganize the Court, Senator O'Mahoney proposed a constitutional amendment prohibiting the invalidation of federal or state laws by any inferior court, and requiring the concurrence of two thirds of the justices of the Supreme Court in a decision invalidating such legislation. Such suggestions certainly have some merit and are particularly relevant in the light of the Court's own insistence that statutes be upheld unless they are unconstitutional beyond a reasonable doubt.

53 ראו, למשל, M. Silverstein *Judicious Choices — The New Politics of Supreme Court Confirmations* (New York, 1994). סילברסטיין מציין, כי מדי פעם הושמעו קולות בארצות-הברית בזכות מספר משוריין של שופטים כטרם יחלט על ביטול חוק, אך ההצעה לא זכתה בתמיכה (עמ' 40).

54 R.K. Carr *The Supreme Court and Judicial Review* (New York, 1942) 55.  
 55 *Ibid.* 266-267

השימוש של קאר במלים "beyond a reasonable doubt" נבחר כנראה בקפידה, שכן מיד לאחר-מכן הוא מביא דוגמא של הרוב המיוחד הנדרש במשפט בפני חבר-מושבעים בדיון פלילי<sup>56</sup>. עם זאת, הוא עָר לסיכוכים המשפטיים העלולים להתעורר עקב גישה זו של רוב משוריין, ובעיקר לגורלו של חוק שרוב השופטים סבורים שהוא מנוגד לחוקה, אלא שעדיין אין זה הרוב הדרוש כדי לבטלו. וכך הוא מסביר<sup>57</sup>:

[S]uch a change might have unfortunate results in some cases. It might even prove difficult if not impossible to continue the enforcement of a statute where only a minority of the justices have approved it.

אולם דומני שניתן למצוא מספר פתרונות אפשריים למצב זה, כגון: החלטתו של בית-המשפט במקרה כזה תובא באופן רשמי בפני הגוף המחוקק אשר יתבקש לקיים דיון מחודש בנושא תוך התחשבות בדעותיהם של השופטים, ותוך פרק-זמן מסוים (נניח, שנה) יהיה חייב להכריע שנית לגבי חקיקה זאת, כאשר הוא לוקח בחשבון את כל אותם הסייגים שהועלו על-ידי השופטים. למעשה, כלל כזה יכול לחול גם במקרים בהם הרוב מצדד בקיומו של החוק, אך המיעוט הדוגל בביטולו גדול במיוחד (שלושה מתוך שבעה או חמישה מתוך אחד-עשר). הפעלת הכלל של דיון מחודש בשני המקרים תסייע לרכך את המתחים בין שתי הזרועות ותאפשר דיון ענייני בלי לחצים מיותרים. הצעה זו מניחה, כמובן, קיומו של בית-מחוקקים בו יושבים פוליטיקאים המגלים כבוד לבית-המשפט וקשובים לעמדתו.

### ג. דוגמאות לרוב משוריין

הרעיון של החלטה משורינת קיים במספר מדינות, שהבולטות בהן איטליה וגרמניה<sup>58</sup>. בחוק האיטלקי שלפיו הוקם בית-המשפט החוקתי ב-1953, נקבע כי החלטותיו של בית-המשפט תתקבלנה ברוב של שני-שלישים. הואיל ובתחילה מונו חמישה שופטים בלבד,

*Ibid.* 267 שם הוא כותב:

[T]he analogy of the jury system wherein an unusual majority for conviction is required before a presumption of innocence can be overcome has much significance.

*Ibid.* 267 57

58 לדיון כללי לגבי המבנה החוקתי של שתי המדינות הללו ראו D. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (*supra*, note 15); A. Cassese "Italian Law" in *Sovereignty Within the Law* A. Lawson & C. Jenks eds. (New York, 1965)



היה למעשה הרוב הדרוש רוב של 80%. יצוין, כי חלק גדול מן החוקים שבוטלו באיטליה נחקקו בתקופה הטרום-מלחמתית במהלכה שלטו הפשיסטים. וולקנסק (Mary Volcansek) כותבת, כי<sup>59</sup>

Much of the positive reputation of the Court for aggressive protection of the Italian Constitution results more from its rulings on laws persisting from the fascist era and less for its confrontations with Parliament, the Council of Ministers, and the ordinary judiciary. The court has, indeed, been reticent to interfere in the affairs of the three branches of government because of its rather stringent interpretation of the separation of powers. Both the Chamber of Deputies and the Senate have established procedures to examine and, if necessary, redraft legislation that has been invalidated by the Court. The Court, however, has repeatedly asserted its authority to review replacement or remedial legislation that results as a consequence of its earlier invalidation of a law.

וולקנסק מוסיפה גם הערת הבהרה<sup>60</sup>:

Some of the Court's most controversial decisions have been those made in *support* of the power of Parliament, rather than in opposition to it.

הרכב השופטים בבית-המשפט החוקתי בגרמניה הוא זוגי, דבר המבטיח אוטומטית רוב של יותר מ-60% (חמישה מתוך הרכב של שמונה)<sup>61</sup>. דווקא הרכב זוגי של שופטים במקרים שבהם מתקיים דיון על ביטול חוק, היה מספק, תיאורטית, פתרון קל. אם, למשל, ניתן למנות שישה שופטים, אזי שום ביטול חוק לא היה מתאפשר בלי רוב של שני שלישים (ארבעה מול שניים). אולם המצב המשפטי הנוכחי בישראל מחייב הרכבים

M. Volcansek "Judicial Review and Public Policy in Italy — American Roots and the Italian Hybrid" *Comparative Judicial Review and Public Policy* (Westport, Conn., D. Jackson & C. Teate eds., 1992) 95-96.

*Ibid.* 96

61 לבית-המשפט החוקתי בגרמניה יש בסך הכול 16 שופטים, המתחלקים לשני הרכבים קבועים של שמונה שופטים בכל אחד: האחד עוסק בעיקר בשאלות של חלוקת תפקידים וסמכויותיהן של הרשויות, והאחר — בעיקר בשאלות של זכויות חוקתיות.

בלתי-זוגיים<sup>62</sup> ולכן הפתרון יכול לבוא רק במסגרת חקיקה שבה ייקבע כי כל ביטול של חוק הנעשה בבית-המשפט חייב להתקבל ברוב מוחלט, ובעניין זה הייתי מציע רוב של לפחות שני שלישים.

למעשה, שאלת מספר השופטים הנושאים באחריות להחלטת הביטול אכן מעסיקה את הדרג השיפוטי ולכן בבידורים הראשונים שנעשו בעניין זה בבית-המשפט העליון הוקמו הרכבים מורחבים: בפרשת חוק גל – הרכב של תשעה שופטים; ובכג"צ הראשון<sup>63</sup> שבו נדונה חוקתיותו של חוק (בניגוד לעניין חוק גל, שנדון בערכאת-ערעור) הורכב מותב של 7 שופטים. אין ספק, כי יש צורך במספר מורחב של שופטים, כאשר עומדת על הפרק סוגייה של ביטול חוק, ולכן בתקופה האחרונה אנו עדים לתופעה של ריבוי הרכבים מורחבים הדנים בנושאים חשובים, גם כאשר אין ביטול חוק עומד על הפרק.

אולם סבורני שלא מספר השופטים בהרכב קובע (כאשר מחפשים מסגרות ייחודיות בשל חשיבותו היתרה של הנושא), אלא סוג הרוב, או בניסוח אחר: מספר השופטים שקבעו את ההחלטה הגורלית לבטל חוק כנגד מספר השופטים שלא מצאו פגם בחקיקה. בעניין הקשור בערכי-יסוד של החברה רצוי שלא תהיה מחלוקת, גם לא כזו שתוכרע רק ברוב דחוק, דבר המצביע על כך שכנראה אין מדובר בפגיעה בערכי-יסוד, גם אם הרוב סבור כך. למעשה, ככל שההרכב גדול יותר, הופך רוב דחוק להיות בעייתי יותר, כי במקביל לגודל ההרכב עולה גם מספר שופטי-המיעוט – למשל: בהרכב של 11 שופטים, כאשר חמישה שופטים נמצאים ברעת-המיעוט – כפי שאכן אירע כשהורכב לראשונה מותב של 11 שופטים בדיון בסוגיית ה"עז השותק"<sup>64</sup>.

תיאורטית, הפתרון הטוב ביותר שיבטיח כי הדרג השיפוטי אכן צודק בקביעתו שהיתה הפרה ממשית של ערכי-היסוד של החברה, הוא הדרישה לפיה יש להגיע להחלטה פה אחד, שהרי אם כל השופטים תמימי-דעים יש בכך כדי לתזק את ההחלטה והנימוקים העומדים מאחוריה. אולם אני נמנע בכוונה מלהציע הצעה כזאת, כי יש להחלטה פה אחד בעייתיות משלה: כיצד בנושא כה מורכב ומסובך ישכילו כל המכובדים שעסקו בו להגיע לאותה מסקנה?

62 סעיף 26 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 ס"ח 1123. יצוין, כי בבית-המשפט העליון בארצות-הברית פועלים הרכבים זוגיים של שמונה שופטים כאשר חסר שופט אחד בשל מחלה, בשל מעורבותו של אחד השופטים בנושא הדיון (למשל: אם ישב קודם-לכן בערכאה הנמוכה יותר ולכן פוסל את עצמו) או כאשר טרם הספיקו למנות שופט לאחר פטירתו או פרישתו של אחד השופטים.

63 הוגשו שתי עתירות שעניינן תשלום אגרת רריו במכונת, גם כאשר אין בה רדיו.

64 דנ"פ 4390/91 מ"י נ' חאגי' יחיא, פ"ד (מז) 661.

המשפט העברי מתריע בפני מצב כזה וקובע שהסנהדרין, בדונה במשפט פלילי, אל-לה להרשיע נאשם על-פי החלטה פה אחד נגדו<sup>65</sup> והדרישה היא כי יהיה לפחות מיעוט קטן (אפילו של אחד) כדי להבטיח כי אכן התנהל דיון ענייני והושמעו במהלכו דעות שונות וכדי למנוע הסדרים שייעשו כדי להגיע לאותה החלטה אחידה. דווקא בארצות-הברית ישנה דרישה כי תתקבל החלטה פה אחד במשפט המתנהל בפני חבר-מושבעים, כדי להבטיח כי עקרון ההוכחה מעל לכל ספק סביר אכן יקום. אך לאחרונה חלה התרככות בעמדה נוקשה זו, ומספר הולך וגדל של מדינות מתירות הרשעה גם כאשר יש מיעוט של אחד או שניים<sup>66</sup> בחבר-המושבעים. ניתן לציין, כי בישראל המצב הפוך: במשפטים פליליים שבהם מותב של שלושה שופטים ניתן להרשיע גם כאשר שופט אחד נשאר במיעוט, כאשר ניתן לטעון כי ההרכב כולו, בתור הרכב, לא השתכנע מעל לכל ספק סביר. כעת מונחים בפני בית-המשפט העליון כמה תיקים הנוגעים לנושא זה: משפטו של הנאשם אל-עביד בפרשת רצה הנערה חנית קיקוס, שהוכרע פעמיים ברוב

65 ראו רמב"ם, סנהדרין, פרק תשיעי.

66 ראו J. Abramson *We, the Jury — The Jury System and the Ideal of Democracy* (New York, 1979) ch. 5: "The Unanimous Verdicts" 179 שם הוא כותב:

For over six hundred years, the unanimous verdict has stood as a distinctive and defining feature of criminal trials.

והוא מוסיף:

[U]nquestioned acceptance of the concept of unanimous verdict abruptly came to an end for the criminal jury in the late 1960s and early 1970s (p. 180).

ראו *Apodaca v. Oregon* 406 U.S. 404 (1972); *Johnson v. Louisiana* 406 U.S. 356 (1972) על גישות שונות בארצות-הברית ובאנגליה ראו D. Karlen *Anglo American Criminal Justice* (Oxford, 1967). הוא כותב:

The basic common-law rule still generally operative in both England and the United States, requires a unanimous verdict of twelve jurors.

והוא מוסיף:

In a few states majority verdicts of nine or ten out of twelve jurors are allowed in certain cases (p. 192).

על הגישה בצרפת ראו A. West *The French Legal System* (London, 1992) 234-235 בספר ישנו דיון בנושא הדרישה לשריין ולרוב מוחלט של הדיוטות (שהם תשעה מול שלושה שופטים מקצועיים, המחליטים יחד). וכך כותב:

In an attempt to prevent undue influence being exercised by the judges, it is provided that any decisions which are unfavourable to the accused (such as a finding of guilt, or rejection of extenuating circumstances) must be made by at least eight of the twelve members of the court.

דעות; ותיק בג"צ באשר לקיצור עונשו של אסיר, כאשר בין השיקולים לחונן אותו היתה העובדה כי הוא הורשע בשתי ערכאות ברוב דעות של השופטים<sup>67</sup>. אין זה המקום להידרש לסוגייה זו שהובאה על-ידי כדי להעיד, אולי, על הצורך בדיון מקיף ומעמיק בסוגיית הרוב הנדרש בהחלטות שיפוטיות. מכל-מקום, רצוי כי סמכותו של בית-המשפט לבטל חוקים של הגוף הריבוני במדינה (הכנסת) תוגבל למקרים בהם הרוב בקרב השופטים יהיה ברור ומיוחס. דין הרוב המיוחס אשר השופטים סבורים שיש להחילו על חקיקה בעניין חוקי-היסוד רצוי שיחול גם לגבי ההחלטות של בית-המשפט עצמו. ייתכן אף שמן הראוי, כי כל שופט התומך בביטול חוק יידרש לתת הנמקה משלו לשיקוליו, כדי למנוע את האמירה הסתמית "אני מסכים" בנושא כה משמעותי. אימוץ הצעה זו עלול, כמובן, להביא לטשטוש המסר (סכנה שהשופט וזרן ניסה למנוע בדרישתו בפרשת בראון שתהיה רק חוות-דעת אחת), אולם "סכנה" זאת עדיפה על גישה סבילה לחלוטין של שופטים בסוגייה הנדונה ועל הבעייתיות בהצטרפותם לחוות-הדעת של חבריהם ללא הנמקה משלהם<sup>68</sup>.

#### ד. הרהור אחרון — בין מהות העניין להיבט הנוהלי

בחוות-דעתו של השופט גולדברג בפרשת חוק גל, מתייחס השופט לשאלת נטל ההוכחות<sup>69</sup>, ויש בדבריו כדי לחזק את ההצעה להתנות ביטול חוק בהשגת רוב משוריין. הוא כותב:

על מי שטוען נגד תוקפו של החוק נטל השכנוע כי החוק בלתי חוקתי. גם כמובן זה כי הפגיעה חורגת באופן מפליג ממתחם הפגיעה הסביר להגשמת התכלית הראויה לא על מי שמגן על החוק להראות כי ישנן חלופות אחרות שפוגעות יותר וכי נבחרה החלופה הפוגעת פחות, אלא על מי שטוען נגד תוקפו של החוק להראות כי קיימת חלופה מסויימת

67 מדובר בפרשת חנית קיקוס, שבה הואשם אל-עביד ברציחתה. בית-המשפט העליון ביטל את ההרשעה, אך בלי לזכות את המערער, והחזיר את התיק להמשך הבירור לאותו ההרכב שישב בדיון המקורי, שם הורשע הנאשם מחדש, שוב ברוב דעות. על כך הוגש שוב ערעור לבית-המשפט. כמרכן מדובר בחנינה שניתנה לעורא שני ובעתירה שהוגשה בשנת 1993 על-ידי בתו של הקורבן. עד כה התקיימו כמה ישיבות בעניין, אך טרם ניתנה החלטה.

68 לדברים מעניינים בסוגייה דומה ראו מאמרם של י' שחר, מ' גרוס ור' חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית-המשפט העליון — נתחים כמותיים", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 749.

69 לעיל הערה 1, בעמ' 577.

וברורה המגשימה את התכלית הראויה אך פגיעתה בזכות המוגנת פחותה במידה ניכרת מן הפגיעה שבחוק (הדגש במקור — ל"ש).

דומני, כי הדרך הטובה ביותר להגיע למטרה זו — של נשיאה בנטל ההוכחות באופן ברור — היא בהשגת רוב משוריין של שופטים. בהתחשב בכך שארצות-הברית משמשת מעין דגם להתפתחויות אצלנו, רצוי לזכור כי על-אף היעדר דרישה לרוב מיוחס בארצות-הברית, בהחלט ניתן להצביע על הנחיות לגבי הצורך בריסון ובאיפוק וכן באשר לצורך בזהירות בטרם תופעל סמכות הביטול. לאחרונה דנה המשפטנית ליסה קלופנברג<sup>70</sup> בחשיבות העיקרון של "כלו כל הקצין" ("the last resort rule") כאשר בית-המשפט דן בסוגייה חוקתית של ביטול חוק. היא מסבירה<sup>71</sup>:

The "last resort rule" dictates that a federal court should refuse to rule on a constitutional issue if the case can be resolved on a nonconstitutional basis.

אולם חשוב שבית-המשפט יפרט את מלוא שיקוליו שלא להתערב בביטול חוק כדי שרשויות אחרות יתנו את דעתן לשינוי המצב המשפטי. וכך היא מסיימת את מאמרה<sup>72</sup>:

If a court relies on the last resort rule to avoid a constitutional issue, it should do so expressly and explain its decision. This will signal to other federal branches, the states and the public that, although the court has the power to decide this issue, it has declined to do so for prudential reasons. If a court reaches a constitutional issue when nonconstitutional grounds remain, it should similarly explain why that action was appropriate. The court should clarify that, for example ... (it) needed to find legislation unconstitutional in order to protect minority rights. This should serve to invite others to explore opportunities for responding to the decision and encourage them to partake in the constitutional conversation.

L. Kloppenberg "Avoiding Constitutional Questions" 35 *Boston College Law Review* 70 (1994) 1003.

*Ibid.* 1003 71

*Ibid.* 72

במאמרה מסתמכת קלופנברג רבות על גישתו של השופט ברנדייס, שהיה ידוע כשופט אקטיבי מאוד, אך הקפיד לפעול בנושאים חוקתיים (ביטול חוק, למשל) רק כאשר לא נותרה בידו ברירה. וכך היא מסבירה<sup>73</sup>:

Brandeis characterized judicial review of the constitutionality of legislative acts as a grave and delicate power for use by fallible human judges only when its use cannot conscientiously be avoided.

רצוי להתחשב בדבריה של קלופנברג, ועוד יותר — בגישתו של השופט ברנדייס<sup>74</sup>. אולם בעוד שהם ואחרים בארצות-הברית דנים במהות הנושא, ניסיתי אני במאמרי זה להציע פתרון צורת-נוהלי, מכשיר טכני אשר יסייע ביישום כלליו של ברנדייס, קרי: השגת המידה הדרושה של ריסון, איפוק וזהירות.

*Ibid.* 1015 73

74 דבריו של השופט ברנדייס מצאו את ביטויים הכרוז ביותר בפרשת אושוונדר. ראו *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* 297 U.S. 288 (1936). בפסק-דין זה קבע השופט ברנדייס את הכללים, שלפיהם רצוי לפעול כאשר מתעוררת שאלה חוקתית.