

ארבעים שנה למשפט החוקתי התפתחויות בדיני חוקה – סוגיות נבחרות

מאת

שמעון שטרית*

א. מבוא. ב. התפתחויות במעמדה של המערכת השיפוטית בישראל ובהגנה החוקתית עליה; 1. אי תלות שיפוטית – הבהרות מושגיות; 2. מרכיבי ההגנה החוקתית על המערכת השיפוטית; 3. הרשות המבצעת והמערכת השיפוטית – עקרונות מנחים; (א) מינוי שופטים; (ב) משמעת שופטים; (ג) עניינים שיפוטיים; (ד) התקנת תקנות סדרידין; (ה) השתתפות המערכת השיפוטית באחריות על מנהל בתי-המשפט; (ו) סיכום; 4. האחריות על מנהל בתי-המשפט; (א) ניתוח הסוגיא; (ב) מודלים לאחריות על מנהל בתי-המשפט – סקירה השוואתית; (1) אחריות שיפוטית בלעדית כוללת; (2) אחריות שיפוטית בלעדית לערכאות עליונות בלבד; (3) אחריות בלעדית של הממשלה על מנהל בתי-המשפט; (4) אחריות משותפת על מנהל בתי-המשפט; (א) מנהל בתי-המשפט בישראל; (ד) מודל מוצע לארץ – אחריות משותפת על מנהל בתי-המשפט; (ה) אחריות שיפוטית בלעדית – הצעת לשכת עורכי-הדין והצעת החוקה של אוניברסיטת תל-אביב; 5. דרכי ההתארגנות הקיבוצית של השופטים לשמירת המערכת השיפוטית; (א) חוסר-אפקטיביות של המערכת השיפוטית במאבק להגנת מעמד השופטים; (ב) תפקידו של נשיא בית-המשפט העליון וחלקו בהגנה החוקתית על המערכת השיפוטית; 6. מעמד בית-המשפט העליון בחברה וההגנה החוקתית – יחסי-גומלין; (א) הרחבת תפקידו של בית-המשפט; (ב) עליות ומורדות – מגמת המתאם ההפוך; (ג) מתאם ההפוך. ג. התפתחויות בדיני חוקה בסוגיות נבחרות; 1. תרומתה של מגילת-העצמאות במישור המשפטי ובמישור החברתי; 2. מקומם של שיקולי ביטחון; 3. מלאכת השלמת החוקה למדינת ישראל. ד. סיכום.

א. מבוא

בארבעים השנים הראשונות למדינת ישראל חלו שינויים חשובים במעמדן היחסי של רשויות-הממשל. הרשות המבצעת היתה רשות חזקה למדי בעשורים הראשונים לקיומה

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

של המדינה. זאת בזכות מנהיגותו החזקה של ראש-הממשלה הראשון ומייסד המדינה — דוד בן-גוריון. בהתאם לכך, באותה תקופה מעמד בית-המשפט העליון היה חלש יחסית לעומת הממשלה. לאחר-מכן נחלשו מעמדה של הממשלה ומנגד התחזק המעמד של בית-המשפט העליון וכן של הרשויות המשפטיות. התחזקות מעמדם השתקפה בכך, שהם התבקשו להכריע במספר הולך וגדל של נושאים שקודם-לכן הממשלה הכריעה בהם. הרחבת היקף תפקידו של בית-המשפט העליון בחברה הישראלית והתחזקות מעמדו כלפי הרשות המבצעת לא מצאו את ביטויין ביחס של מתאם ישר על-ידי הגברת ההגנה החוקתית על המערכת השיפוטית. למעשה ניתן לומר, שבתחום זה חלה נסיגה מסוימת, ויש לקוות כי כאשר תושלם חוקה למדינת ישראל על-ידי חקיקת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, וחוק יסוד: החקיקה — תוענק לבתי-המשפט ההגנה החוקתית הנדרשת.

באשר ליחסי-הגומלין שבין הכנסת לממשלה — זו האחרונה נשארה הרשות הדומיננטית בין שתי הרשויות הפוליטיות הללו. הכנסת בישראל עדיין מתמודדת עם האתגר לעצב את מקומה הראוי לה במסגרת המשטר בישראל. הממשלה היא דומיננטית בשל חלוקת העבודה החוקתית בינה ובין הכנסת. לפי הדין החוקתי והפרקטיקה הפוליטית, הממשלה שולטת, אם רצונה בכך, על זמנה של הכנסת¹ והיא הספקית העיקרית של עבודת החקיקה. הממשלה שולטת על המידע המועבר לחברי-הכנסת, לוועדות הכנסת ולמליאתה, וחולשת על המנגנון הממשלתי ועל המערכת המקצועית. לעומת זאת, למרות שיפור ניכר שחל בשנים האחרונות, לכנסת אין עדיין מנגנון מקצועי בעל-משמעות, כנהוג בבתי-מחוקקים אחרים, ואין בידיה כלים להשגת מידע, למעט המלצה על הקמת ועדות-חקירה, כפי שנעשה בפרשת ויסות המניות הבנקאיות².

במשטר הפרלמנטרי הקיים בישראל³ הממשלה מורכבת ממנהיגי המפלגות, שבידם השליטה וההשפעה על הסיעות בכנסת. השליטה והפיקוח על ההצבעה של חברי-הכנסת מסיעות הקואליציה, שעליה מבוססת הממשלה, הדוקות במיוחד, ומבוססות על הסכם קואליציוני מפורט. המגביל באופן משמעותי את חופש-הפעולה הפרלמנטרי של חברי-הכנסת היחיד⁴. ההגבלות החמורות על חופש-הפעולה הפרלמנטרי של חברי-הכנסת הנובעות מההסכם הקואליציוני נאכפות בעיקר בתחומים רגישים מבחינה פוליטית, והן גם ממותנות על-ידי דפוסי-פעולה מגוונים של חברי-כנסת, המאפשרים להם לגלות מידה רבה של חופש-פעולה פרלמנטרי.

הדיון בנושא ההתפתחויות כדיני-החוקה יכול לשאת אופי כולל ולעסוק בסדרה ארוכה של נושאים, ואז מטבעו שיהיה פחות מעמיק ומפורט. אני בחרתי אפוא, להתמקד בדיון בכמה סוגיות נבחרות.

1 על-פי תקנון הכנסת, לממשלה נתונה עדיפות בקביעת סדר-היום של הכנסת, וגם לשר יש עדיפות בקבלת רשות-הדיבור ובאורך הזמן הניתן לו לנאום.
 2 ועדת-החקירה לבדיקת ויסות המניות הבנקאיות (השופט מ' בייסקי יו"ר, 1986).
 3 ק' קליין, "ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי בישראל" משפטים ה (תשל"ד), 308.
 4 כך, למשל, חברי-כנסת מן הקואליציה אינו רשאי להגיש הצעת חוק פרטית ללא אישור הנהלת הקואליציה ואינו רשאי להצביע בניגוד לעמדת הקואליציה. בהעדר עמדת קואליציה קבועה מראש, חברי-כנסת מן הקואליציה חייב להצביע בהתאם להצבעתו של השר המשיב כשם הממשלה על ההצעה במליאת הכנסת (ראה טעפיים 3.2 ב.ב ו-3.2 ג.ג להסכם הקואליציוני, "הארץ", 2.12.88).

עיקר המאמר יוקדש לדיון בהתפתחויות במעמדה של המערכת השיפוטית בישראל⁵. חלקים נוספים יתייחסו למקומם של שיקולי ביטחון במשפט הישראלי, לתרומתה של מגילת העצמאות במישור המשפטי ובמישור החברתי ולסוגיית השלמתה של חוקה למדינת ישראל.

הפרק הפותח של המאמר, והוא, כאמור, הנושא העיקרי בו, עוסק בהתפתחויות במעמדה של המערכת השיפוטית ובדרכי ההגנה החוקתית על השופטים ומערכת בתי המשפט.

ב. התפתחויות במעמדה של המערכת השיפוטית בישראל ובהגנה החוקתית עליה

המערכת השיפוטית היא רשות חוקתית בצד הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. לפיכך חיוני הדבר כי תוענק לה הגנה חוקתית, במיוחד לאור העובדה שהרשות השופטת היא החלשה מבין שלוש הרשויות.

מבחינת תוכנם, מנגנוני ההגנה על הרשות השופטת מבוססים על עקרון אי-התלות השיפוטית, אי-התלות של השופט היחיד, אי-התלות הקיבוצית (הקולקטיבית) של המערכת השיפוטית כגוף ואי-התלות של ההליך השיפוטי. אי-תלות של השופט היחיד כוללת אי-תלות אישית של השופט (כלפי הרשות המבצעת, ובמידה מסוימת – כלפי עמיתיו השופטים) וכן אי-תלות מהותית, דהיינו: במילוי תפקידו השיפוטי.

בפרק זה נדון בהגנה החוקתית על המערכת השיפוטית בהיבטים שונים. ראשית, יוצגו הבהרות מושגיות באשר לעקרון אי-התלות השיפוטית ותובהר מסגרת יחסי-הגומלין בין המערכת השיפוטית לשרי-המשפטים. כמו-כן יידונו סוגיית האחריות על מנהל בתי-המשפט, דרכי המאבק הקיבוצי של השופטים להגנה על מעמד המערכת השיפוטית, ולבסוף – יחסי-הגומלין שבין הרחבת התפקיד השיפוטי בחברה הישראלית ובין ההגנה החוקתית על המערכת השיפוטית. במהלך הדברים יוצעו רפורמות בכמה תחומים, כדי להבטיח הגנה חוקתית נאותה למערכת השיפוטית.

1. אי-תלות שיפוטית – הבהרות מושגיות

עקרון אי-התלות השיפוטית משמעו, שהשופט נהנה מאי-תלות אישית ומאי-תלות עניינית. אי-התלות האישית משמעה, שתנאי כהונתו של השופט מובטחים מפני התערבות מצד הרשות המבצעת, ובכלל זה תנאי שכרו, קביעת מקום כהונתו, הפסקת כהונתו ונקיטת אמצעי-משמעת כלפיו. אי-תלות עניינית פירושה, שבמילוי תפקידו לא חלה על השופט מרות, זולת מרותו של החוק וצו-מצפונ⁶. אלה הם המרכיבים של עקרון העצמאות השיפוטית כאשר הם מתייחסים לשופט היחיד. אולם עיקרון זה אינו מצמצם להבטחת אי-התלות של השופט היחיד; התפישה המודרנית של עיקרון זה,

5 הקטע העוסק במערכת השיפוטית מבוסס על המחקר על אי-תלות שיפוטית בישראל, הנערך על-ידי במסגרת מכון ירושלים לחקר ישראל, שחלקים ממנו כבר נתפרסמו.

6 ראה סעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד, מס' 1110, עמ' 78.

שכותב שורות אלה הציג בשנים האחרונות בכמה הזדמנויות⁷, מחייבת שגם אי-התלות השיפוטית הקיבוצית תוכטח כראוי. על-פי תפישה זו, הרשות השופטת כגוף חייבת ליהנות מעצמאות, ובכלל זה מן הדין שתועגק לה אוטונומיה מנהלית ושליטה בהנהלה המרכזית של בתי-המשפט.

רעיון העצמאות השיפוטית הקיבוצית מיוסד על המחשבה הרואה ברשות השופטת רשות חוקתית של המדינה, אשר בכל הקשור בהגשמת סמכויותיה ראויה למעמד שווה כלפי רשויות-המדינה האחרות — הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. רעיון זה גם מבוסס על ההנחה שהשופטים כיחידים לא יוכלו למלא את תפקידי השיפוט, אלא-אם-כן יובטח המעמד הקיבוצי של הרשות השופטת. העצמאות השיפוטית הקיבוצית מחייבת הסרת צורות שונות של כפיפות של הרשות השופטת לרשות המבצעת, לרבות ביטול השליטה על תקציבי הרשות השופטת ועל מצבת כוח-האדם השיפוטי והמנהלי. זאת, נוסף על הסרת צורות ישירות יותר של כפיפות, כגון סמכות להעביר שופט ממקום למקום או סמכות להשפיע על היבטים מנהליים או מהותיים של הליכי השפיטה. רעיון העצמאות השיפוטית הקיבוצית מחייב גם ריסון מצד הרשות המחוקקת כמה שנוגע לביטול רטרואקטיבי של פסק-דין ספציפי של בית-המשפט ושליטת פירות פסק-הדין מן הצד הזוכה על-ידי חקיקה רטרואקטיבית ספציפית. הרשות המחוקקת אינה מוגבלת בחקיקה רטרואקטיבית כללית המשנה את הדין הכללי בסוגיא מסוימת, אך תוצאותיו של פסק-דין ספציפי לגבי הצדדים לאותו משפט מן הדין שיישארו על כנן; שאם לא כן יהפך בית-המחוקקים לבית-משפט לערעורים המבטל את ההכרעה השיפוטית, ובכך ייפגע מעמדה הקיבוצי של הרשות השופטת.

עקרון אי-התלות הקיבוצית מסייג ואוסר התערבות הרשות המבצעת באי-תלותם של פסקי-הדין של בתי-המשפט לאחר נתינתם, כגון על-ידי הימנעות מהוצאה-לפועל של פסק-דין או, במקרה של פסקי-דין פליליים, הענקת חנינה מיד לאחר מתן פסקי-הדין על יסוד אותם נתונים שעמדו בפני בתי-המשפט.

רעיון העצמאות השיפוטית הקיבוצית זכה להכרה במסמכים בינלאומיים שנתקבלו בעת האחרונה בוועידות בינלאומיות של ארגונים בינלאומיים. רעיון זה אומץ ב"אמות-המידה המינימליות לאי-תלות שיפוטית", שאישרה האגודה הבינלאומית של עורכי-הדין בוועידתה ב-19 באוקטובר 1982⁸. סעיף 2 של "אמות-המידה" קובע, כי "הרשות כגוף תיהנה מאוטונומיה ומאי-תלות קיבוצית כלפי הרשות המבצעת". "אמות-המידה" מגבילות את היקף מעורבותה ושליטתה של הרשות המבצעת במערכת השיפוטית: במינוי שופטים (סעיף 3), במשמעת שיפוטית (סעיף 4), בהפעלת סמכות החנינה (סעיף 17), בהשמעת הצהרות ביקורת או בהפגלת לחץ על שופטים (סעיף 16). הוראות אחרות

7 S. Shetreet, "Judicial Independence: Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges", in: Shetreet, *Judicial Independence — The Contemporary Debate* (Dordrecht, 1985) 590

8 "International Bar Association Code of Minimum Standards of Judicial Independence", Approved in New Delhi at the 19th Biennial Convention of the International Bar Association. The text of the standards was developed at the IBA Jerusalem Dr. Conference, March 1982 (General Reporteur Shimon Shetreet). For the text of the IBA standards see International Bar News, April 1983. Also to be found in Shetreet *supra* note 7, pp. 388–392

של "אמות-המידה" שוללות לחלוטין כל שליטה של הרשות המבצעת באופן כללי בעניינים שיפוטיים (סעיף 5), ובאופן מיוחד הן שוללות את סמכות הרשות המבצעת לגבי העברת שופט ממקום למקום (סעיף 12), קביעת שכר השופטים (סעיף 14), התקנת תקנות סדר הדין (סעיף 6), סגירת בתי-המשפט (סעיף 16 (ב)) ועשיית מעשה או מחדל שיש בהם משום סיכול הכרעה שיפוטית מראש או כדיעבד.

על-פי "אמות-המידה" יוחדו נושאים אחדים לרשות השופטת: עניינים שיפוטיים, דהיינו: עניינים הנוגעים לשופטים ומתייחסים לשפיטה⁹ הן ברמה המקומית והן ברמה המרכזית (סעיף 8), העברת שופט ממקום למקום (סעיף 12) וחלוקת העבודה בבית-המשפט (סעיף 11). חלק מן העניינים נמסרו לרשות השופטת בשיתוף הרשויות האחרות. הסמכות להתקין תקנות סדר-הדין מסורה לרשות המחוקקת או לרשות השופטת בשיתוף עורכי-הדין, בכפיפות לאישור חקיקתי (סעיף 6). על-פי "אמות-המידה", האחריות המרכזית על מנהל בתי-המשפט צריכה להיות מופקדת בידי הרשות השופטת או במשותף בידי הרשות השופטת והרשות המבצעת (סעיף 9). "אמות-המידה" מטילות חובה על המדינה להעמיד תקציבים נאותים לרשות המערכת המשפטית. "אמות-המידה" גם אוסרות במפורש חקיקה רטרואקטיבית המבטלת פסק-דין ספציפי (סעיף 19) וכן פגיעות באי-תלות השופטים באמצעות חקיקה המרעה את תנאי כהונתם של שופטים שכבר מכהנים (סעיף 20).

רעיון העצמאות השיפוטית הקיבוצית נתקבל גם בוועידה העולמית הראשונה לאי-תלות המערכת המשפטית, שהתקיימה במונטריאל ביוני 1983¹⁰. בהצהרה האוניברסלית על אי-תלות מערכת-הצדק שהתקבלה בוועידה, אומץ רעיון העצמאות השיפוטית הקיבוצית בקווים שגובשו ב"אמות-המידה" של האגודה הבינלאומית של עורכי-הדין ותוך הדגשה יתירה של כמה מרכיבים. ההצהרה מתייחסת במפורש לאי-תלות האינדיבידואלית¹¹, האישית והעניינית¹² של השופט, מצד אחד, ולא-תלות הקיבוצית של הרשות השופטת, מצד שני¹³. ההצהרה קובעת, שהאחריות העיקרית על מנהל בתי-המשפט צריכה להיות מופקדת בידי הרשות השופטת עצמה¹⁴ ומבטיחה את מעורבותה הגבוהה של הרשות השופטת בקביעת תקציבי המערכת השיפוטית¹⁵. ההצהרה גם מגבילה את היקף מעורבותה של הרשות המבצעת בהיבטים שונים של המערכת השיפוטית¹⁶, שוללת לחלוטין כל סמכות או שליטה של הרשות המבצעת לגבי

- 9 S. Shetreet, "Judicial Responsibility", in: Goldstein, ed., *Israeli Report to the XI International Congress of Comparative Law*, (Jerusalem, 1982) 88. וראה להלן, ליד הערה 29.
- 10 "Universal Declaration on the Independence of Justice", (Montreal, June 1983). Unofficial text of the Declaration to be found in Institute of the Judicial Administration Report (Summer 1983). המחבר שימש ראש הצוות שניסח את פרק ב של ההצהרה האוניברסלית, אשר עסקה בשופטים לאומיים (יתר הפרקים עוסקים בשופטים בינלאומיים, עורכי-דין, חברי חבר-מושבעים ופוסקים הדיוטות (Assessors) וראה שטרית (לעיל, הערה 7), 395-402.
- 11 סעיף 2.02 להצהרה האוניברסלית על אי-תלות המערכת השיפוטית.
- 12 סעיף 2.02 להצהרה.
- 13 סעיף 2.04 להצהרה.
- 14 סעיף 2.40.
- 15 סעיף 2.41 ו-2.42.
- 16 ההצהרה מגבילה את היקף מעורבותה של הרשות המבצעת במינוי שופטים (סעיף 2.14) וכמשמעת שופטים (סעיף 2.33).

עניינים אחרים¹⁷ ומייחדת שורה של סמכויות לרשות השופטת בלבד¹⁸. עקרון אי-התלות השיפוטי משמעו לא רק עצמאותו של השופט כלפי הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת, אלא גם עצמאות השופט כלפי שופטים הנושאים במשרות בכירות, כגון ראשי בתי-המשפט (היבט זה של אי-תלות קרוי אי-תלות פנימית). במלאכת השפיטה המהותית השופט חייב להיות בלתי-תלוי בעמיתיו השופטים. אין זאת אומרת, שבענייני מנהל השופט אינו כפוף לראשי בתי-המשפט, אולם רק בענייני מנהל ורק במידה הדרושה לניהול תקין וסביר של המערכת השיפוטית. למשל: ראש בתי-המשפט, ויהא זה אפילו בעל המשרה השיפוטית הבכירה ביותר במדינה, אינו יכול להפנות לשופטים באופן מנהלי הנחיה העוסקת בשפיטה מהותית, ואם יעשה כן, תהא בכך משום חריגה מסמכות ופגיעה באי-התלות השיפוטית.

2. מרכיבי ההגנה החוקתית על המערכת השיפוטית

לשם הגנה חוקתית נאותה על המערכת השיפוטית נדרש, כי מערכת הנורמות המשפטיות הקובעות את תנאי כהונתם של השופטים ואת מסגרת סמכויות בתי-המשפט יהיו בדרג נורמטיבי גבוהה, דהיינו: בדרג חוקתית ולא רק בדרג החקיקה הרגילה. יעד זה טרם הושג במשפט הישראלי, שכן חוק יסודי: השפיטה, עדיין לא זכה למעמד נורמטיבי גבוה, ופרט להוראה בדבר חסינות מתקנות שעת חירום (סעיף 22 לחוק יסודי: השפיטה) מעמדו זהה לזה של חוק רגיל. משמעות הדבר היא, שהחוק רגיל יכול להכניס שינויים, אפילו מרחיקי-לכת, במעמד השופטים ובסמכויות בתי-המשפט¹⁹.

לבד משאלת הדרג הנורמטיבי של ההגנה על המערכת השיפוטית. הגנה נאותה על המערכת השיפוטית דורשת כי יתקיימו כמה עקרונות במערכת הנורמות המסדירות את המערכת השיפוטית²⁰.

העיקרון הראשון הוא איסור הקמת בתי-דין מיוחדים לעניין מסוים. עיקרון זה קיים בישראל בפועל ואושר בסעיף 1(ג) לחוק יסודי: השפיטה, הקובע כי "לא יוקם בית משפט או בית דין למקרה מיוחד". העיקרון השני, הבטחת אי-תלות פסקי-דין לאחר נתינתם. לפי עיקרון זה, יש להבטיח כי הרשות המבצעת לא תוכל לסכל את ביצועם של פסקי-דין על-ידי סירוב, הימנעות או השוהה בהוצאתם-לפועל או על-ידי מתן חנינה בלתי-ראויה; וכך יש להבטיח, כי הרשות המחוקקת לא תחוקק חוקים שמטרתם

17 סגירת בתי-המשפט (סעיף 2.07(ג)), סיגול הכרעה שיפוטית על-ידי מעשה או מחל מראש או בריעבד (סעיף 2.07(ד)) והתערבות בתהליכי השפיטה או בעניינים שיפוטיים (סעיף 2.07(א)), (ב).

18 הצבת שופטים וחלוקת העבודה ביניהם (סעיף 2.16 ו-2.43) והעברת שופט ממקום למקום (סעיף 2.16 ו-2.18).

19 ק' קליין, "הרשות המכוננת בישראל" משפטים ב (תש"ל) 51; א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה שלישית מורחבת, 1980) 279-282; C. Klein, "A New Era in Israel's Constitutional Law" 6 *Isr. L. Rev.*, (1971) 376; E. Likhovski, "Can the Knesset Adopt a Constitution Which Will Be the Supreme Law of the Land" 4 *Isr. L. Rev.* (1969) 61; R. Gavison, "The Controversy Over Israel's Bill of Rights" 15 *Israel Yearbook of Human Rights* (1985) 113; בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693; בג"צ 141/82 רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לז(3) 141; בג"צ 246/81 אגודת-דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4); וראה לאחרונה בג"צ 761/86 מיעזרי ואח' נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מב(4) 868.

20 ראה שטרית (לעיל, הערה 7), 610-622.

העיקרית או הבלעדית היא ביטול התוצאה הספציפית של פסק-הדין. למרבה הצער, עיקרון זה לא כובד בישראל; היו מקרים של סיכול ביצוע פסקי-דין וסיכול הליכים משפטיים על-ידי פעולות פיזיות ומשפטיות (גירוש מן הארץ בטרם הכרעה שיפוטית, סירוב להוציא לפועל צווי הריסת מבנים בלתי-חוקיים וחקיקה רטרואקטיבית שהכשירה מעשים שלטוניים שנפסלו על-ידי בתי-המשפט).

העיקרון השלישי הוא הפרדה בין מנגנון שירות-המדינה ובין המערכת השיפוטית. השופט אינו עובד-מדינה ואינו חלק מן המנהל הציבורי, אלא הוא נושא משרה על-פי חוק ברשות השופטת. התפישה העיונית הזו מקובלת בישראל, וכך נקבע במפורש בדו"ח ועדת-לנדוי על האתיקה השיפוטית²¹. אולם בפועל היו מקרים שבהם ניכר טשטוש בסוגיא זו, והשופטים מוינו שלא בצדק כמשתייכים למנגנון שירות-המדינה. העיקרון הרביעי הוא איסור פגיעה בתנאי כהונתם של השופטים המכהנים באותו זמן. אין איסור על שינויים בתנאי כהונתם של השופטים. אולם אין להחיל כל שינוי לרעה בתנאי הכהונה, כגון בגובה השכר, על השופטים המכהנים אותה שעה, אלא יש להחילו על שופטים עתידיים. בשאלה זו נקבעה הוראה בחוק יסוד: השפיטה (סעיף 10(ב)), המתירה הפחתת שכרם של שופטים, ובלבד שההפחתה לא תתייחס לשופטים בלבד. זהו ניסוח אומלל של רעיון המצדיק הכללת שופטים בהפחתת שכר כאשר ההפחתה היא צעד כללי המופעל כלפי כל מגזרי המשק. בניסוח הקיים ניתן להפחית את שכרם של השופטים, ובלבד שמצרפים להם קבוצה נוספת אחת.

העיקרון החמישי הוא "עקרון השופט הטבעי", המקובל בארצות יבשת-אירופה, אך אינו מקובל באנגליה ובמסורת המשפט האנגלו-אמריקני. עקרון השופט הטבעי (בניסוחו הצרפתי) או עקרון השופט החוקי (Gesetzlicher Richter, בניסוחו הגרמני) מחייב כי מותב השופטים או השופט היחיד שידון בעניין פלוני ייקבעו (על-פי כללים פנימיים של הקצאת תיקים וחלוקת עניינים) מראש, לפני שהעניין מוגש לבית-המשפט. במשפט המקובל לא מקובל עיקרון חיובי המחייב ששופט או שופטים מסוימים ידונו בתיק על-פי קביעה מראש; אבל מקובל, כמוכן (כמו גם בארצות יבשת-אירופה), העיקרון של פסילת שופט מלשבת בעניין פלוני במקרה של חשש למשוא-פנים באותו מקרה.

כאן ראוי להבהיר מבחינה מושגית, כי עקרון השופט הטבעי נפרד לחלוטין מעקרון פסילת שופט מלדון במקרה של חשש למשוא-פנים. לפי עקרון השופט הטבעי, קובעים בתוכנית מוגדרת מראש את דפוסי חלוקת העבודה בין השופטים והרכב המותבים שידונו בתיקים שיוכאו להכרעת בית-המשפט. קביעה זו היא קביעה חיובית, השואפת להבטיח מראש מקריות או ניטרליות מוחלטת בשאלת מיהות השופט או המותב שדן בתיק, תוך הבטחת ניתוק בין מיהות הדיין ובין תוכן התיק וזהות הצדדים בתיק. זאת תוך צמצום מירבי של יכולת התערבות אנושית אד-הוק. עקרון השופט הטבעי נפרד לחלוטין מעקרון איסור הישיבה בדין במקרה של חשש למשוא-פנים. עיקרון זה הוא כלל שלילי, האוסר מעורבות של דיין בתיק כאשר הדיין קשור עם מסכת העובדות הצריכות הכרעה בתיק או קשור בקשר עם בעלי-הדין במידה כזו היוצרת חשש למשוא-פנים.

21 ועדה לבחינת נושא האתיקה המקצועית של השופטים, עלון מערכת השיפוט מס' 6, ספטמבר 1985 (להלן: דו"ח ועדת לנדוי).

3. הרשות המבצעת והמערכת השיפוטית – עקרונות מנחים

אני מציע כמה עקרונות מנחים, אשר לאורם יש להגדיר את תפקידה של הרשות המבצעת במערכת השיפוטית. העקרונות המנחים מיוסדים על התפישה של עקרון אי-התלות השיפוטית, כפי שהוצגה לעיל.

(א) מינוי שופטים

העיקרון הראשון הוא, שמבחינת אי-תלות השופטים אין פגם בהשתתפות הרשות המבצעת בתהליך מינוים, אולם אי-תלות זו עשויה להיפגע כאשר מעניקים לרשות המבצעת שליטה מלאה ובלעדית בתהליך מינוי השופטים. פגיעה זו עלולה לצמוח מבחירת שופטים בידי הרשות המבצעת על-פי אמות-מידה שיהיו נוחות לרשות המבצעת מבחינת שייכותם הפוליטית, השקפותיהם האידיאולוגיות והחברתיות, נטיותיהם האישיות והמקצועיות, מידת הזדהותם עם הרשות המבצעת ותמיכתם באישים המכהנים בה. במקום שבו קיימת מסורת רבת-שנים של מניעת פגיעה זו, אף כשסמכות למינוי השופטים מסורה באופן בלעדי לרשות המבצעת, ניתן להשלים עם הסדר כזה, אך מבחינת ההסדר הרצוי ביותר להגנה נאותה על אי-תלות שופטים ומבחינת התורה העיונית של אי-תלות השופטים יש לשלול הסדר כזה.

כדי להגן על אי-התלות השיפוטית, לצמצם את השיקולים הפוליטיים-מפלגתיים במינוי השופטים וכדי להבטיח רמה מקצועית נאותה של המועמדים לכהן בשפיטה, משתתפים שופטים ועורכי-דין בתהליך המינוי. כמשפט הישראלי מקובל העיקרון המנחה הראשון. לשרי-המשפטים יש עדיפות-מה בהצעת מועמדים²² ובשליטה פרוצדורלית על ועדת-המינויים בתוקף כהונתו כיושב-ראש הוועדה²³.

מבחינת הרכב ועדת-המינויים יש לרשות המבצעת שני קולות מתוך תשעה בוועדת-המינויים שבה מיוצגים בית-המשפט העליון, הכנסת, הממשלה ועורכי-הדין. מבחינה מספרית הוועדה למינוי שופטים בישראל מורכבת משני שרים, שני חברי-כנסת, שלושה שופטי בית-המשפט העליון ושני עורכי-דין. בזמנו סברתי, שמן הראוי לצמצם את משקלו של הגורם הפוליטי בוועדת-המינויים²⁴. היום אני נוטה לדעה התומכת בשמירת

22 כעוד שהשר (וכן נשיא בית-המשפט העליון) רשאי להציע מועמד לוועדה, רק שלושה חברים ביחד רשאים אף הם להציע מועמד: סעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] תשמ"ד-1984, ס"ח תשמ"ד, מס' 1123, עמ' 198.

23 בעבר, כהונתו של שר-המשפטים כיו"ר הוועדה לא עוררה קשיים, אולם בשנת 1986 השתמש השר שריר בסמכותו כיו"ר הוועדה שלא כדין והקפיא את עבודת הוועדה. זאת עשה על רקע מחלוקת בינו ובין נשיא בית-המשפט העליון בעניין כללים לסדרי עבודת הוועדה. לעניות דעתי, מכיוון שזהו אירוע חריג, אין לקבוע על-פיו שינוי מבני בהסדר הקיים, דהיינו: מסירת ראשות-הוועדה לידי נשיא בית-המשפט העליון. אולם אם יסתבר, כי אלו המכהנים כשרי-משפטים אינם מכבדים את המסורות שהתפתחו במשך השנים באשר לדרכי עבודתה של ועדת-המינויים והריסון הראוי בהפעלת סמכות היו"ר, ייתכן שהדבר יחייב שינוי בתפישה והעברת ראשות-הוועדה לידי נשיא בית-המשפט העליון.

24 ש' שטרית, "חיוזק הרשות השופטת וצמצום סמכותו של שר המשפטים" משפטים ו (תשל"ה) 174, 177. למעשה, מתוך תשעה חברי הוועדה, שלושה הם שופטים, ואילו שני שרים ושני ח"כים מייצגים את הרשויות הפוליטיות – הממשלה והכנסת. שני עורכי-הדין נבחרים בבחירה

כוחו של הגורם הפוליטי בהרכב הקיים. תהליך בחירת השופטים חייב להבטיח איזון חברתי ואיזון דעות, כך שהרשות השופטת תשקף נאמנה את החברה, על-פי העיקרון של רשות שופטת משקפת (Reflective Judiciary). עיקרון זה שהצגתי בשנים האחרונות בהזדמנויות שונות²⁵ נתקבל בהצהרה האוניברסלית על איתלות המערכת המשפטית²⁶. סעיף 2.13 להצהרה קובע, כי "ההליך והסטנדרטים לבחירת שופטים יעניקו משקל ראוי לצורך להבטיח רשות שופטת המשקפת באופן הוגן את החברה על כל היבטיה". השתתפותם של שרים וחברי-כנסת דרושה להגשמת צורך חשוב זה של הבטחת רשות שופטת משקפת. הגורם הציבורי-פוליטי רגיש יותר לשיקולים אלו מהגורמים המקצועיים. יש לזכור, שלעתים קרובות בתי-המשפט מכריעים בשאלות חברתיות חשובות ובשאלות שנויות במחלוקת, ועל-כן אין להקל ראש בשיקול זה. שיקול זה גם יקבל משנה-תוקף כאשר תינתן לבית-המשפט העליון סמכות מפורשת לביקורת שיפוטית על חוקים הסותרים תוקף-יסוד, כמוצע בהצעת חוק יסוד: החקיקה²⁷.

(ב) משמעת שופטים

העיקרון המנחה השני הוא, שהרשות המבצעת יכולה להשתתף בהליכי משמעת נגד שופטים, אולם רק בהפניית תלונות נגד שופטים לגוף המוסמך לרונן בהן או בפתיחת הליכים משמעתיים נגד שופטים, ולא בהכרעה באותן תלונות. הסמכות לנקוט צעדים משמעתיים נגד שופטים או להסירם מכהונתם חייבת להיות בידי גוף בלתי-תלוי ברשות המבצעת. עיקרון זה אינו מקובל אצלנו. השר קובל בפני בית-דין משמעתי, המורכב בעיקרו משופטי בית-המשפט העליון, וזה מחליט בקובלנה. אולם לפי ההסדר הקיים, רק שרי-המשפטים מוסמך לפתוח בהליכים משמעתיים נגד שופט בפני בית-הדין המשמעתי. בזמנו הוצע בהצעת חוק יסוד: השפיטה, שגם נשיא בית-המשפט העליון יהיה מוסמך לפתוח בהליכים משמעתיים (סעיף 14)²⁸, אולם הצעה זו לא נתקבלה לבסוף.

(ג) עניינים שיפוטיים

העיקרון המנחה השלישי הוא, שאין לתת לרשות המבצעת שליטה על עניינים שיפוטיים

מקצועית של לשכת עורכי-הדין ואמורים לשקף שיקולים מקצועיים. מכאן ששלושה שופטים ושני עורכי-דין מהווים רוב מקצועי לעומת ארבעה נציגים הנבחרים על בסיס פוליטי. אולם יש הממיינים את עורכי-הדין כבעלי זיקה פוליטית מסוימת עקב השקפה אישית שלהם. זיקה פוליטית מסוימת כזו אין בה כדי לשנות מעמדתי כדבר הצורך לשמור על משקלם של הנציגים של הכנסת והממשלה בהרכב ועדת-המינויים לשופטים, מהשיקולים המפורטים בגוף המאמר.

25 ראה S. Shetreet, "On Assessing the Role of Courts in Society" 10 *Manitoba L.J.* (1980) 357, 398-405.

26 ראה לעיל, הערה 10.

27 בסעיפים 13-14 להצעת חוק יסוד: השפיטה, ה"ח תשל"ח 328, מוצע להוסיף לוועדה שני חברים שייבחרו על-ידי סגל הפקולטאות למשפטים במוסדות להשכלה גבוהה. אולם ניתן לחשוב על תוספת של אנשי-מקצוע אחרים, כגון עורך-דין נוסף או שופט נוסף.

28 נוסח דומה היה בסעיף 14 להצעת חוק יסוד: בתי המשפט, ה"ח תשל"ח 237. השווה סעיף 4 לאמות-המידה המינימליות לאיתלות שיפוטית, של האגודה הבינלאומית של עורכי-הדין (לעיל, הערה 8).

או עניינים הנוגעים לשופטים, כגון הקצאת תיקים לשופטים, קביעת מועדי המשפטים, שעות שמיעת המשפטים או חופשות שופטים. שליטה כזו עלולה לגרום התערבות באי התלות האישית והעניינית של השופטים²⁹. הדין בישראל מעניק לשר המשפטים סמכות להעביר שופט ממקום למקום, ובמסגרת האחריות על סדרי המנהל נתונה לו הסמכות לקבוע ימים לפתיחת בתי המשפט ושעות לשמיעת המשפטים³⁰.

(ד) התקנת תקנות סדר הדין

העיקרון המנחה הרביעי הוא, שסמכות התקנת תקנות סדר הדין צריכה להיות בידי הרשות השופטת וכי אין למסור את העניין הזה לסמכותה של הרשות המבצעת³¹. בנקודה זו ההסדר אצלנו, המוסר לשר המשפטים את הסמכות הבלעדית להתקין תקנות סדר הדין, יש בו פגם, וראוי לתקנו.

למעשה, זה היה המצב המשפטי בתקופת המנדט, כאשר סמכות התקנת תקנות סדר הדין היתה מסורה לזקן השופטים³². לפי גישתי, יש למסור התקנת תקנות סדר הדין לידי מועצת שופטים בראשות נשיא בית המשפט העליון, והתקנות יהיו כפופות לאישור פרלמנטרי (ועדת החוקה, חוק ומשפט). מבחינה מושגית זהו ביטוי לעקרון העצמאות הקולקטיבית של הרשות השופטת ולהסרת החשש שתקנות סדר הדין ישמשו כלי בידי הרשות המבצעת להתערבות בלתי-ראויה באי-תלות השופטים. יש הטוענים, כי אין לחשוש מהתערבות באי-תלות שיפוטית כתוצאה ממסירת הסמכות לשר המשפטים להתקין תקנות סדר הדין. זאת בהתבסס על בדיקת העצמאות בפועל בישראל. כמו-כן הם גורסים, כי אין לשחרר את השופטים מפיקוח של הרשות המבצעת במה שנוגע להיבטים המנהליים (אדמיניסטרטיביים) ודיוניים (פרוצדורליים)³³. עם כל הכבוד, איני שותף לעמדה זו. ראשית, העובדה שבעבר שרי המשפטים לא עשו שימוש בלתי-ראוי בסמכות אינה ערובה לכך שמוקרים כאלו לא יתרחשו בעתיד. שנית, הגישה המחייבת פיקוח ממשלתי על השופטים משקפת הנחה בלתי-מוצדקת שהרשות השופטת עצמה, אם תהא הסמכות הזו מסורה בידה, לא תוכל להבטיח פעילות מנהלית ודיונית תקינה. יש בכך יחס בלתי-שווה וחשדני כלפי הרשות השופטת. הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת קובעות לעצמן את סדרי הפעלת סמכויותיהן. כפי שיבואר בהמשך, עמדתו היא שתקנות סדר הדין צריכות להיות בידי מועצת-שופטים בראשות נשיא בית המשפט העליון ובאישור הכנסת.

בהקשר זה יש לציין, כי במשפט הישראלי קיימת אי-התאמה בין ההסדר הנהוג לגבי

- 29 השווה סעיף 5 לאמות-המידה המינימליות לאי-תלות שיפוטית, של האגודה הבינלאומית של עורכי-הדין (לעיל, הערה 8).
- 30 לניתוח סמכויות שר המשפטים ראה ש' שטרית (לעיל, הערה 24).
- 31 אמות-המידה לאי-תלות השיפוטית (סעיף 6) קובעות, שהסמכות להתקין תקנות סדר הדין צריכה להימסר לסמכותה הבלעדית של הרשות השופטת בכפיפות לאישור פרלמנטרי, אלא-אם-כן סדרי הדין בבתי המשפט נקבעים בחקיקה. השווה הצעת לשכת עורכי-הדין, שעל-פיה סמכות להתקנת תקנות סדר הדין תימסר לנשיא בית המשפט העליון (ראה נוסח סעיף 19 להצעת חוק יסוד: השפיטה, לפי הצעת לשכת עורכי-הדין). הצעות אלו נדחו לבסוף.
- 32 פקודת בתי-המשפט, 1940. 143. p. 1 of 31 (no. 1 of 1940), Palestine Gazette, Supplement no. 1.
- 33 ראה פרופ' גביון, הערות למאמר זה, להלן.

סדר-הדין האזרחי (המותקן על-ידי שר-המשפטים) ובין תקנות סדר-הדין הפלילי באשר להיקף העניינים המוסדרים בתקנות סדר-הדין. חוק סדר הדין הפלילי, תשמ"ב-1982, מסדיר עניינים רבים, ותקנות סדר הדין הפלילי עוסקות במסגרת מצומצמת יותר של סדרי-הדין. תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, מסדירות את כל ענייני סדר-הדין האזרחי, ועדיין לא נחקק חוק סדר-הדין האזרחי שיקבע בתחום האזרחי מסגרת דומה לזו הקבועה בחוק סדר הדין הפלילי. ההבדל בין התחום האזרחי ובין התחום הפלילי נעוץ כנראה בהתייחסות המחמירה יותר של המחוקק לחירות האדם ולעניינים שבדיני-נפשות. אולם אין בהתייחסות זו כדי להצדיק את היעדרו של חוק סדר-דין אזרחי הקובע מסגרת. בכפיפות להערה זו, כמוצע בהמשך, תקנות סדר-הדין האזרחי והפלילי צריכות להיקבע בידי הרשות השופטת, בכפיפות לאישור חקיקתי.

(ה) השתתפות המערכת השיפוטית באחריות על מנהל בתי-המשפט

העיקרון המנחה החמישי הוא, שיש לשתף את הרשות השופטת באחריות המרכזית על מנהל בתי-המשפט, ובכלל זה בתהליך קביעת תקציב בתי-המשפט, דהיינו: בקביעת צורכי בתי-המשפט, בכוח אדם שיפוטי, בעובדי-מנהל, במבנים ובציוד. גם בתחום הזה ההסדר הנהוג בישראל אינו תואם את דרישות העיקרון הזה. על יסוד העקרונות המנחים שמנתי נראה לי, שדרושה רפורמה בהסדר הקיים אצלנו באשר לאחריות על מנהל בתי-המשפט³³ ובהסדרים אחרים שאזכיר להלן, וזאת במגמה לצמצם את שליטת שר-המשפטים במערכת השיפוטית.

(ו) סיכום

מנינו לעיל שורה של מרכיבים של עקרון אי-התלות השיפוטית. מתעוררת השאלה אילו מהם צריכים להיות מובטחים באופן מפורש בחוקה, בחוק-יסוד או בחקיקה, ואילו מהם צריך להשאיר לנוהג חוקתי. בדיקות שאלה זו בפרקטיקה של מדינות שונות מלמדת שהגיוון בסוגיא זו הוא רב. עמדתי היא, שאם אנו שואפים להגן באופן מלא ורחב על עצמאות השופטים, מן הראוי לעגן בחקיקה את כל יסודות אי-התלות השיפוטית. באשר לדרגה הנורמטיבית של החקיקה לעיגון יסודות העצמאות השיפוטית נראה, כי איסור בית-דין מיוחד, איסור פגיעה בתנאי כהונתם של השופטים המכהנים אותה שעה ואיסור הפגיעה בפסקי-הדין של בתי-המשפט מן הדין שיעוגנו בחקיקת-יסוד. עקרון השופט הטבעי, אם יאומץ בארצנו, והבהרת מעמדם הנפרד של השופטים מהמנהל הממשלתי ניתן לעגן בחקיקה רגילה.

לגבי חלק מהעמדות שהוצגו לעיל, נטענת לעיתים הטענה כי אין צורך בשינויי סמכות מהרשות המבצעת לרשות השופטת, משום שבפועל לא נפגע מעמדם של השופטים מהמצב המשפטי הקיים. נראה לי שהתייחסות זו מקורה בחוסר מודעות מלאה למידת הטשטוש הקיימת בסוגיות הקשורות לרשות השופטת. כך למשל, בתקנות לשעת החירום שפורסמו ביולי 1985³⁴, הקפיאו גם את שכרם של השופטים במסגרת

³³ סעיפים 108-109 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.
³⁴ תקנות שעת חירום (הסדרים לשעת חירום במשק המדינה), התשמ"ה-1985, ק"ת 4830 (1.7.85) 1612.

הגדרת עובדי ציבור, למרות הוראת סעיף 22 לחוק יסוד: השפיטה. ובחוות דעת שניתנה בעניין פעילות פוליטית של הדיין הרב עובדיה יוסף, הסתמך היועץ המשפטי לממשלה, (פרופ' יצחק זמיר)³⁵ על חוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית) כדי לתמוך מסקנותיו בעניין איסור פעילות מפלגתיות של דיין, בעוד שדיין כמו שופט אינו בגדר עובד המדינה. דוגמאות אלה מן השנים האחרונות, ותופעות של חוקי תשריר וסיכול אכיפת פסקי-דין על-ידי מעשים פיסיים (כגון הריסת הכפר רבאסייה או גירוש לפני ביקורת שיפוטית) מלמדות שההערכה שיש עמה דאגה, שהובעה על-ידי לגבי מעמדה של הרשות השופטת הן במישור הנורמטיבי והן במישור המעשי, יותר קרובה למציאות מן ההערכה היותר אופטימית שהובעה על-ידי פרופ' רות גביון³⁶.

4. האחריות על מנהל בתי-המשפט

(א) ניתוח הסוגיא

סוגיית האחריות על מנהל בתי-המשפט עמדה לדיון מחדש במסגרת הדיונים בהצעת חוק יסוד: השפיטה, שקדמה לה הצעת חוק יסוד: בתי-המשפט, בגלגוליה השונים³⁷. הדיון הציבורי בה החל בחוגי המשפטנים בארץ בראשית שנות השבעים³⁸. סוגיא זו קשורה לאחד העקרונות המרכזיים שעליו מיוסדת המערכת השיפוטית כולה, הוא העיקרון של איתלות השופטים³⁹. מתכונת האחריות והשליטה על מנהל בתי-המשפט עלולה לעמוד בסתירה לאיתלות השופטים, אם היא מוסרת לרשות המבצעת שליטה על מרכיבים מסוימים במנהל בתי-המשפט הנוגעים לשופטים ולהליך השיפוט. שליטה כזו עשויה לפגוע באי-התלות של השופט היחיד, לפגוע במעמדה הקיבוצי של הרשות השופטת ולעתים אף לפתוח פתח להתערבות הרשות המבצעת בשפיטה.

ההסדר הקיים בארץ בסוגיית האחריות על מנהל בתי-המשפט עוצב בראשית שנות החמישים. מלכתחילה היו בו מרכיבים מעשיים שזכרם לא בא בחוק ואשר נבעו מהיבט עקרוני עיוני. סעיף 14 לחוק השופטים⁴⁰ קבע, כי שר-המשפטים אחראי על סדרי המנהל בבתי-המשפט וכי ביצוע סדרי המנהל יופקד בידי שופט שימונה בידי שר-המשפטים ויהיה אחראי בפניו. על-סמך תזכיר שהכין נשיא בית-המשפט העליון דאז, יצחק

35 ראה דו"ח ועדת לנדוי לעיל, הערה 3-4.

36 גביון, להלן.

37 לעיל, הערה 29.

38 ראה תזכיר הצעת חוק יסוד: בתי המשפט, הפרקליט כז (תשל"א) 136.

39 לדיון בעקרונות-היסוד העומדים ביסוד המערכת השיפוטית שהם איתלות שיפוטית, צדק והגינות, יעילות ההליך השיפוטי והמערכת השיפוטית, נגישות המערכת השיפוטית ואמון הציבור בבתי-המשפט, ראה שטרית, "כעיות ערכיות ומעשיות במנהל המערכת השיפוטית" קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים (1977, ש' שטרית עורך) ב 80 (להלן "כעיות ערכיות"). ראה גם S. Shetreet, Administration of Justice, Practical Problems, Value Conflicts and Changing "Administration of Justice" Concepts" 13 *University of British Columbia Law Review* (1979) 52 (להלן "Concepts"); S. Shetreet, *The Limits of Expeditious Justice* (Canadian Institute of Justice) 11 (להלן "Limits").

40 ס"ח תשי"ג, עמ' 149.

אולשן⁴¹, נקבעה פרקטיקה שמשרדי מנהל בתי-המשפט, הוא השופט הנושא בכהונה של ביצוע סדרי המנהל בבתי-המשפט, ימוקמו מחוץ למשרד-המשפטים ובקרבה פיזית למשרדו של בית-המשפט העליון; וכך היה. המיקום הגיאוגרפי אמור לסמל את הריחוק הגיאוגרפי היחסי של הנהלת בתי-המשפט ממשרד-המשפטים ואת שייכותה לרשות השופטת. הקרבה הגיאוגרפית היתה אמורה להעניק כנראה לבית-המשפט העליון, ובעיקר לנשיאו, השפעת-מה על הנהלת בתי-המשפט.

בפועל התפתחה פרקטיקה של יחסים מקבילים של מנהל בתי-המשפט עם שר-המשפטים, כמי שנושא באחריות המשפטית להנהלת בתי-המשפט ואשר בפניו מנהל בתי-המשפט אתראי, וכן עם נשיא בית-המשפט העליון, נושא המשרה הרמה ביותר במערכת השיפוטית. כמו-כן נהגו שרי-המשפטים להתייעץ עם נשיא בתי-המשפט העליון בקבלת החלטות חשובות בנוגע למנהל המערכת השיפוטית.

בראשית שנות השבעים היתה נטייה מצד שר-המשפטים להסכים לריפורמה בהסדר הקיים לגבי האחריות על מנהל בתי-המשפט ולעבור ממתכונת אחריות בלעדית של השר, המלווה בנוהג של התייעצות עם נשיא בית-המשפט ובקרבה פיזית של משרדי הנהלת בתי-המשפט למשכנו של בית-המשפט העליון, להסדר חדש של אחריות משותפת של שר-המשפטים ונשיא בית-המשפט העליון. אולם עקב חילופי-גברי במשרד-המשפטים לא באה נטייה זו לידי הגשמה⁴². בנוסחים אחדים של הצעת חוק יסוד: בתי המשפט, ובנוסח האחרון של הצעת חוק יסוד: השפיטה, היתה מצויה מגמה של שינוי לגבי ההסדר במשפט הישראלי בכיוון הרהבת תפקידו של נשיא בית-המשפט העליון במנהל המערכת השיפוטית. מגמת שינוי זו נדחתה בסופו של דבר, אף שהשינוי שהוצע בהצעת חוק יסוד: השפיטה, בנוסחה האחרון לא ביטא מפנה משמעותי בתפישה העקרונית של הסוגיא, אלא התכוון לעגן בחוק את הנוהג הקיים כבר של התייעצות השר עם נשיא בית-המשפט העליון בעניינים מרכזיים הנוגעים למנהל בתי-המשפט, כגון מינוי מנהל בתי-המשפט, הקמת בתי-משפט וכיוצא בזה⁴³.

התפישה העקרונית, המיוסדת על מסירת האחריות המרכזית והבלעדית לשר-המשפטים, נותרה על כנה והיא אשר הביאה לא רק לדחיית שינויים קלים, כאמור, אלא כמוכן לדחיית ההצעה היותר קיצונית של לשכת עורכי-הדין, שהיתה מביאה מפנה חשוב בסוגיא זו. על-פי הצעה זו, האחריות המרכזית על מנהל בתי-המשפט וכן על

41 לא פורסם. עותק מצוי בידי המחבר. ראה אזכורו בספרו של יצחק אולשן, דין ודברים (שוקן, תשל"ח) 225.

42 ראינות של המחבר עם אישים הקשורים לנושא.

43 בין ההצעות שנדחו בסופו של דבר היו מתן זכות לנשיא בית-המשפט העליון להגיש קובלנה (סעיף 14 להצעת חוק יסוד: בתי המשפט, שהופיעה גם בסעיף 14 להצעת חוק יסוד: השפיטה, אך לבסוף לא נתקבלה); קביעת חובת התייעצות עם נשיא בית-המשפט העליון בעניין הקמת בתי-משפט מחוזיים ובתי-משפט שלום (סעיף 17 להצעת חוק יסוד: בתי המשפט, וכן סעיף 17 להצעת חוק יסוד: השפיטה); קביעת מספר השופטים בבתי-משפט אלה (סעיף 18 של הצעת החוק); וקביעת סדרי מינהל (סעיף 24 להצעת החוק). כל ההצעות האלו ירדו מן הפרק. גם ההצעה לחייב את שר-המשפטים לקבל את הסכמת נשיא בית-המשפט העליון במינוי מנהל בתי-המשפט (סעיף 24 להצעת חוק יסוד: בתי המשפט) לא נתקבלה לבסוף. לעומת זאת, נתקבלו הצעות אחרות הקובעות חובת התייעצות של שר-המשפטים עם נשיא בית-המשפט העליון. למשל: במינוי נשיא וסגן-נשיא לבתי-משפט מחוזיים ושלום (סעיף 9 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984).

התקנת תקנות סדרי-הדין היתה אמורה להימסר בידי נשיא בית-המשפט העליון, ואף הוצע כי הוא ימנה לבדו את מנהל בתי-המשפט.⁴⁴

בחירת המתכונת של האחריות על מנהל בתי-המשפט כרוכה בהכרעה בין עקרונות מתחרים ומחייבת בדיקת הסוגיא מהיבטים מגוונים, הן עיוניים והן מעשיים. בעיצוב המודל לאחריות שיפוטית מתחרים שני עקרונות מרכזיים: האחד, עקרון אי-התלות השיפוטית; והשני עקרון האחריות הפרלמנטרית. העיקרון הראשון מחייב הענקת האחריות על מנהל בתי-המשפט לרשות השופטת תוך יצירת כלים מתאימים במערכת השיפוטית להגשמת אחריות זו. העיקרון השני מחייב מעורבות של הרשות המבצעת באחריות על מנהל בתי-המשפט על יסוד העיקרון, שעל-פיו הממשלה, באמצעות אחד השרים, אחראית בפני הכנסת על כל פעולה המבוצעת על-ידי רשות-המדינה.⁴⁵

נוסף על השיקול העקרוני, קיימים שיקולים במישור המעשי שמן הדין לשקול אותם בכובד-ראש בבחירת המודל לאחריות על מנהל בתי-המשפט. במשטר דימוקרטי, חלוקת המשאבים וכן ההגנה על מעמדם של רשויות, מוסדות, וממלאי-תפקידים תלויה במאבקי-כוחות שהאלמנטים הפוליטיים בממשל ממלאים בהם תפקיד מרכזי. מאחר שהרשות השופטת מנותקת על-פי המסורת ממעגל המאבקים הפוליטיים, יקשה עליה לברר לפעול באופן יעיל ותקיף במסגרת מאבקי-הכוח הללו להבטחת חלקה בחלוקת המשאבים ולהגנה על מעמדה. מכאן הצורך שלא להוציא לחלוטין את הרשות המבצעת מן האחריות והמעורבות במנהל המרכזי של בתי-המשפט. מתוך ההנחה שהשר שיש לו חלק באחריות על מנהל בתי-המשפט יאבק למען הקצאת משאבים ראויים לבתי-המשפט.

על-פי השקפתי, המודל של האחריות על מנהל בתי-המשפט המתאים והרצוי לשיטת המשפט והממשל הנהוגה בישראל הוא המודל של האחריות המשותפת של שר-המשפטים ונשיא בית-המשפט העליון. לפי תפישתי, לאור עקרון העצמאות השיפוטית, מן הדין לצמצם את שליטת הרשות המבצעת רק לאותם התחומים המינימליים המתחייבים על-פי עקרון האחריות הפרלמנטרית.

להלן אני מתכוון לדרון בקצרה בסוגיית האחריות על מנהל בתי-המשפט, לסקור את המודלים של האחריות על מנהל בתי-המשפט על יסוד ניתוח משווה ולנתח את ההסדר בארץ והדרכים לשינויו על-פי השקפתי. בפתח הדיון נסקור את המודלים לאחריות על מנהל בתי-המשפט.

44 ראה נוסח סעיפים 19 ו-20 להצעת חוק יסוד: השפיטה, כמוצע על-ידי לשכת עורכי-הדין. הלשכה גם הציעה בסעיף 12 שעובדי מערכת-השפיטה יהיו נתונים למרות נשיא בית-המשפט העליון או מנהל בתי-המשפט.

45 עקרון האחריות הפרלמנטרית מתייחס לניהול בתי-המשפט, לתקציבם, להפעלה יעילה של המערכות המנהליות שלהם ולאיכות השירותים הניתנים על-ידיהם לבאים בשעריהם: בעל-דין, עדים ופרקליטים. לגבי נושאים אלו קיימת אחריות פרלמנטרית שיש עמה גם אחריות מהותית ששר-המשפטים יוכל לפעול לשיפור המנהל. זאת בניגוד לעניינים שיפוטיים ועניינים פרוצדורליים או לעניין פסיקה מהותית, שלגביהם האחריות הפרלמנטרית היא לדיווח בלבד; שהרי הרשות המבצעת מסויגת מלהתערב בהם. בעניין זה ניתן להזכיר גם את היועץ המשפטי לממשלה. האחריות הפרלמנטרית של הממשלה אינה מתייחסת להכרעותיו המהותיות, שהן בשיקול-דעתו הבלתי-יחלוי, בתחום דיני-העונשין; בהעמדה לדין או בעיכוב הליכים, ואולם קיימת אחריות פרלמנטרית בשאלת המשך כהונתו משום שזה מצוי בסמכות הממשלה, וקיימת אחריות פרלמנטרית מהותית בשאלת מדיניות החקיקה. שאף היא בסמכות שר-המשפטים.

(ב) מודלים לאחריות על מנהל בתי-המשפט – סקירה השוואתית

ניתן למנות ארבעה מודלים ראשיים לעיצוב הפוסי האחריות על מנהל בתי-המשפט: אחריות שיפוטית בלעדית כוללת, אחריות שיפוטית בלעדית על ערכאות גבוהות, אחריות בלעדית של הממשלה ואחריות משותפת. נסקור את המודלים ואת הווריאנטים של המודלים הללו אחד לאחד.

(1) אחריות שיפוטית בלעדית כוללת

האחריות על מנהל בתי-המשפט לפי מודל זה מסורה לרשות השופטת ללא מעורבותה של הרשות המבצעת. התקציב מוגש לאישור הרשות המחוקקת ללא צורך באישור הרשות המבצעת, ולרשות השופטת מסורה אחריות על ניהול ענייני בתי-המשפט. מודל האחריות השיפוטית הבלעדית קיים בארצות-הברית במישור הפדרלי, שם הונהג בשנת 1940. הניהול נעשה באמצעות משרד למנהל בתי-המשפט ("המשרד המנהלי של בתי-המשפט הפדרליים")⁴⁶.

במסגרת המודל של אחריות שיפוטית בלעדית על מנהל בתי-המשפט קיימות אפשרויות מספר באשר לנושאי האחריות. אפשרות אחת היא, שהאחריות המשפטית מופקדת בידי נשיא בית-המשפט העליון במדינה. זהו המצב בניו-יורק, שבה האחריות המשפטית למנהל בתי-המשפט מסורה בידי נשיא בית-המשפט לערעורים, שהוא בית-המשפט העליון של המדינה. הנשיא כפוף לחובת התייעצות עם המועצה המנהלית⁴⁷. הניהול המעשי מסור בידי מנהל בתי-המשפט, הממונה על-ידי נשיא בית-המשפט לערעורים ופועל בהשראתו⁴⁸.

המודל האחר הוא של אחריות שיפוטית קיבוצית. לפי מודל זה, האחריות מופקדת בידי גוף המורכב מכמה שופטים בראשות ראש המערכת השיפוטית⁴⁹. גם ביפן נהוג מודל האחריות השיפוטית הבלעדית הקיבוצית. האחריות על מנהל בתי-המשפט מסורה למועצה שיפוטית בראשות נשיא בית-המשפט העליון⁵⁰.

46 ראה Friesen et al., *Managing the Courts* (Indianapolis 1971) 28 U.S.C. Section 605, 87–88.

47 ראה N.Y. Judiciary Law Section 211, McKinney's Consolidated Laws of New York, book 29.

29 בשני עניינים פעולות נשיא בית-המשפט לערעורים טענות אישור של המועצה המנהלית: מינוי מנהל בתי-המשפט ואישור סדר-המנהל המתקנים על-ידי מנהל בתי-המשפט. שם, סעיף 213.

48 שם, סעיף 212.

49 זהו המודל הנהוג במישור הפדרלי בארצות-הברית. האחריות על מנהל בתי-המשפט הפדרליים מסורה בידי מועצה שיפוטית ארצית בראשות נשיא בית-המשפט העליון. הניהול המעשי נעשה בידי המשרד המנהלי של בתי-המשפט הפדרליים. נוסף על המועצה השיפוטית הארצית קיימות גם מועצות-שיפוט אזוריות האחראיות לאזורים השיפוטיים השונים בארצות-הברית, שגבולותיהם זהים לגבולות הסמכות המקומית של בתי-המשפט הפדרליים לערעורים (Circuit Courts). לפני שנים מספר נחקק חוק שהקים מערך מנהלי העומד לרשות המועצות השיפוטיות האזוריות בראשות מנהלנים שיפוטיים אזוריים, וכך שיפר את עבודתן. על המועצות השיפוטיות האזוריות, סמכויותיהן ועבודתן ראה, R.B. McKay "Use of Judicial Councils and Judicial Conferences", in: F. Klein (ed.) *The Improvement of the Administration of Justice* (Sixth ed., 1981) 113; S.

Flanders & J.T. McDermott, *Operation of the Federal Judicial Councils* (1978).

50 ראה Y. Taniguchi, in: "Japan", Shetreet, *supra* note 7, at pp. 205–208; N. Kumamoto, "Judicial Independence in Japan", *ibid.* 219–225.

ההגנה על אי-התלות השיפוטית הפנימית, דהיינו: הגנת אי-תלותו של השופט כלפי עמיתיו השופטים, והשופטים הממונים עליו מבחינת מנהלית, מחייבת העדפת מודל האחריות השיפוטית הקיבוצית על-פני מודל האחריות השיפוטית האינדיבידואלית.

(2) אחריות שיפוטית בלעדית לערכאות עליונות בלבד מודל אחר של אחריות המנהל השיפוטי קיים בכמה מדינות, ועל-פיו מסורה אחריות שיפוטית בלעדית למנהל בתי-משפט מטוימים. בדרך-כלל בתי-משפט גבוהים. כך הוא המצב במערב-גרמניה, באוסטרליה ובקנדה.⁵¹ ההנמקה העניינית האפשרית להסדר במודל זה הוא, שהעצמאות המנהלית של בתי-המשפט הגבוהים מבטיחה את עצמאותם מפני הרשויות האחרות ומבטיחה גם את העצמאות המהותית של הערכאות הנמוכות יותר. אולם נראה שהסבר המעשי להסדר זה הוא, שבהעדר יכולת להשיג ריפורמה כזאת בכל דרגות המערכת השיפוטית או בשלב ראשון להרחבת הריפורמה הזו גם לדרגות אחרות, הוענקה אוטונומיה מנהלית לדרגה השיפוטית הגבוהה ביותר.

(3) אחריות בלעדית של הממשלה על מנהל בתי-המשפט מודל נפוץ בארצות רבות בעולם הוא זה המעניק לרשות המבצעת אחריות מלאה על מנהל בתי-המשפט ללא שיתוף פורמלי של הרשות השופטת. גם במודל זה ייתכן, שהשר הממונה ישתף את הרשות השופטת באופן בלתי-פורמלי בתהליך קבלת ההחלטות.

לעתים מודל זה ממותן במידה מסוימת בעזרת קיומו של מוסד מתווך בין השר הממונה ובין השופטים. כך הוא המצב בישראל, שבה ממונה שופט לכהונת מנהל בתי-המשפט. המנהל אחראי בפני שר-המשפטים במילוי תפקידו, אולם יש בכך משום חציצה בין הרשות המבצעת ובין השופטים.⁵²

(4) אחריות משותפת על מנהל בתי-המשפט מודל האחריות המשותפת על מנהל בתי-המשפט יכול להיות מבוסס על אחריות של הרשות המבצעת בכפיפות לחובת הווייעצות פורמלית של השר הממונה עם ראש המערכת השיפוטית. חובת ההתייעצות היא דרגה נמוכה של שיתוף הרשות השופטת באחריות.⁵³ דרגת השיתוף יכולה להיות גבוהה יותר בצורת אחריות משותפת שווה של ראש המערכת השיפוטית ושר-המשפטים. אחריות משותפת יכולה לבוא לידי ביטוי בהקמת מועצה שכתוכה מיוצגים הרשות המבצעת והרשות השופטת. הצעה כזו הועלתה במדינת אונטריו שבקנדה. בשנים האחרונות ניכרת מגמה ברורה בארצות רבות בעולם, לרבות ארצות בעלות משטר פרלמנטרי, להעניק יתר עצמאות למערכת השיפוטית בענייני מנהל בתי-המשפט ולצמצם את תפקידה של הרשות המבצעת במנהל

51 כך הוא המצב באוסטרליה לגבי בתי-המשפט העליון האוסטרלי, ובגרמניה המערבית — לגבי בתי-המשפט החוקתי הפדרלי הגבוה. מצב דימה קיים גם בקנדה, שם מסורה אוטונומיה מנהלית רחבה יותר לבית-המשפט העליון מזו הנתונה לבתי-המשפט האחרים, ראה ש' שטרית (לעיל, הערה 7), 646–649.

52 סעיף 82 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984.

53 זהו המודל שהוצע בסעיף 24(א) להצעת חוק יסוד: בתי המשפט, שקבע כי סדר-המנהל ייקבעו בידי שר-המשפטים בהתייעצות עם נשיא בית-המשפט העליון.

המערכת השיפוטית. מגמה זו שלטת כיום בקנדה. בשנת 1977 ניתנו לנשיא בית המשפט העליון הקנדי סמכויות בנושאי מנהל שיפוטי של בתי-המשפט, ריפורמה דומה נתקבלה בחבל קולומביה הבריטית שבקנדה⁵⁴. בארצות-הברית התרחשו שינויים מפליגים באמצע המאה הזו בתחום זה בכיוון של הענקת יתר עצמאות קיבוצית לרשות השופטת. האחריות למנהל בתי-המשפט נמסרה כאופן בלעדי לרשות השופטת עצמה, על-פי אחד הווריאנטים שנסקרו לעיל, דהיינו: אחריות שיפוטית קיבוצית.

במודל האחריות המשותפת או במודל האחריות השיפוטית הקולקטיבית אין כדי להכביד בהכרח על הניהול השוטף; שכן זה יהיה בידי מנהל בתי-המשפט והלה יפעל על-סמך קווי מדיניות ופעולה שיוגדרו. במודל האחריות המשותפת הן יוגדרו במשותף על-ידי שר-המשפטים ונציגות הרשות השופטת; ובמודל האחריות השיפוטית הקולקטיבית יוגדרו קווי-מדיניות על-ידי הגוף הקולקטיבי השיפוטי שייקבע.

(ג) מנהל בתי-המשפט בישראל

כיום מסורות לשר-המשפטים סמכויות נרחבות. כידו מסורה האחריות על מנהל בתי-המשפט והסמכות להקים בתי-משפט, לקבוע הוראות סדרי-מנהל ולהחקיין תקנות סדרי-דין. הוא מכהן כיושב-ראש ועדת-המינויים לשופטים. הוא ממנה, בהתייעצות עם נשיא בית-המשפט העליון, שופטים לכהונת שופטים בדרגות גבוהות יותר ונמוכות יותר והוא ממנה גם את נשיאי בתי-המשפט המחוזיים ובתי-משפט השלום. הוא גם מוסמך להעביר שופט מבית-משפט אחד לבית-משפט אחר כתנאים מסוימים והוא בעל הסמכות הבלעדית לפתוח בהליכים משמעתיים נגד שופטים⁵⁵. לשר-המשפטים מסורה שליטה בהיבטים אלה ואחרים של המערכת השיפוטית ועלינו לקבוע האם שליטה זו במהותה ובהיקפה עולה בקנה אחד עם עקרון אי-תלותה של המערכת השיפוטית. מחד גיסא נראה, ששליטה זו סותרת את עקרון אי-תלותה של הרשות השופטת. מאידך גיסא, במשטר פרלמנטרי, עקרון האחריות הפרלמנטרית מחייב מסירת אחריות על פעולות רשויות-המדינה השונות לנציג הממשלה, האחראית לפעולות רשויות-המדינה בפני הכנסת. על-כן, בקביעת עמדתנו בנושא זה עלינו לתת את דעתנו הן על עצמאות המערכת השיפוטית והן על עקרון האחריות הפרלמנטרית. דעתי היא, שעלינו לשאוף לחזק במידה מירבית את עצמאותה של הרשות השופטת ולצמצם את השליטה של הרשות המבצעת במנהל המערכת השיפוטית לאותם עניינים שבהם שליטה כזו מחויבות על-פי עקרון האחריות הפרלמנטרית של הממשלה⁵⁶.

כאופן כללי מוצדק לתת לרשות המבצעת תפקיד רחב יותר באחריות על מנהל בתי-המשפט במישור המרכזי, אולם אי-התלות העניינית והאישית של השופטים שולל כל מעורבות ושליטה של הרשות המבצעת על ניהול בתי-המשפט ברמה המקומית. הטעם לכך הוא, כי מתן שליטה לרשות המבצעת בענייני מנהל בתי-המשפט במישור המרכזי אין עמה מתן שליטה ישירה על הליכי השפיטה בבתי-המשפט, אשר על-כן יש עמה סכנה פחותה להתערבות בלתי-ראויה מצד הרשות המבצעת בעצמאות השופטים

54 "Administration of Justice", *supra* note 39, at pp. 57-60.

55 ש' שטרית (לעיל, הערה 24).

56 ראה 60-62, *supra* note 39, "Administration of Justice"; "כעיות ערכיות" (לעיל, הערה

39), 19-39.

ובעצמאות הליכי השפיטה. לא כן הדובר באשר למתן אחריות ושליטה על מנהל בית המשפט ברמה המקומית. שליטה כזו יוצרת קשר ישיר יותר של כפיפות בין הרשות המבצעת ובין השופטים והליכי השפיטה, ופותחת פתח להתערבות של הרשות המבצעת בהליכי השפיטה ובעצמאות השופטים. זאת ועוד: עקרון האחריות הפרלמנטרית, בהקשר של המערכת השיפוטית, יכול להתגשם באופן משיביע רצון כאשר האחריות של הרשות המבצעת מוגבלת למישור המרכזי. אין צורך בשליטה של הממשלה ברמה המקומית להגשים את עקרון האחריות הפרלמנטרית. לגבי עניינים אחרים אין נפקא מינה להבחנה בין הרמה המקומית ובין הרמה המרכזית במנהל בתי המשפט. כך אין למסור לרשות המבצעת אחריות לעניינים שיפוטיים ולעניינים הנוגעים לשופטים (מגון להעברת שופט מבית משפט למשנהו, קביעת שעות שמיעת משפטים וכיוצא באלו), בין שמדובר במישור המרכזי ובין שעסקינן במישור המקומי.

(ד) מודל מוצע לארץ – אחריות מושהתפת על מנהל בתי המשפט

לגבי האחריות על מנהל בתי המשפט אני מציע לשנות את ההסדר הקיים לפי הקווים האלה: האחריות המרכזית על מנהל בתי המשפט והסמכות לקביעת סדרי מנהל תימסר במשותף לידי נשיא בית המשפט העליון ושר המשפטים. כיום, על-פי החוק, האחריות על מנהל בתי המשפט מסורה, כאמור, לשר המשפטים. השר ממנה את מנהל בתי המשפט, וזה כפוף לו. אולם על-פי הנוהג, שר המשפטים מתייעץ בנשיא בית המשפט העליון בקבלת החלטות והפעלת סמכויותיו. הצעתי, על-כן, אינה כה מהפכנית, אלא במידה רבה תגבש באופן פורמלי וברור את הנוהג במציאות. המודל המוצע של אחריות משותפת מתיישב עם עקרון האחריות הפרלמנטרית של שר המשפטים על בתי המשפט ומגביר את חלקה של הרשות השופטת במנהל המערכת השיפוטית, כמתחייב מעקרון אי-תלותה של הרשות השופטת על-פי העקרונות המנחים שהתוויתי.

יש לציין, שגם כיום האחריות הפרלמנטרית של שר המשפטים מצטמצמת לחובת דיווח לכנסת על פעולות בתי המשפט, כך שההסדר המוצע לא ישנה בהרבה את המצב למעשה. לעומת זאת, יש – לדעתי – פגם חמור במצב הנוכחי, שבו שר המשפטים אחראי בעת ובעונה אחת על מערכת התביעה המייצגת את המדינה כבעלת-דין בפני בתי המשפט וגם על בתי המשפט עצמם, אשר צריכים לפסוק בסכסוכים בין המדינה ובין בעלי-הדין האחרים.⁵⁷

לפי הצעתי, ימנו את מנהל בתי המשפט שר המשפטים ונשיא בית המשפט העליון יחדיו (בהצעת חוק יסוד: בתי המשפט, הועלתה ההצעה כי מינוי מנהל בתי המשפט ייעשה בידי השר בהסכמת הנשיא⁵⁸ אך הצעה זו נדחתה לבסוף). הצעתי באה לקבוע אחריות משותפת על מנהל בתי המשפט. אני מציע, שתקציב בתי המשפט יוכן במשותף בידי שר המשפטים ונשיא בתי המשפט העליון, יופרד מתקציב משרד המשפטים ויוגש בנפרד ובמישרין לוועדת-הכספים של הכנסת, כמקובל לגבי תקציב

57 השווה Canadian Minister of Justice, in Canadian Parliamentary Deb. C., Vol. V, 1977, p. 5318.

58 סעיף 24(ב) להצעת חוק יסוד: בתי המשפט. בהצעת חוק יסוד השפיטה, אין התייחסות לנושא זה, וההנחה היא שהכוונה היא להשאיר את המצב על כנו, ללא כל מעורבות פורמלית של הנשיא.

הכנסת ותקציב משרד מבקר המדינה⁵⁹. כמו־כן, למען חיזוק עצמאות הרשות השופטת יש לנתק את עובדי בתי־המשפט מנציבות שירות־המדינה ולקבוע שיהיו כפופים למנהל בתי־המשפט — גם זאת כנהוג לגבי עובדי משרד מבקר המדינה⁶⁰. הענקת אוטונומיה מנהלית לבתי־המשפט בנושא תקציב ובנושא עובדי בתי־המשפט מתחייבת מהבחינה החוקתית מקל־וחומר: שהרי בעוד שמבקר המדינה כותב דו"חות־ביקורת על הממשלה ותאגידיה ורשויות שלטון אחרות, ודו"חות אלה חסרי כוח מחייב אופרטיבי, הרי בתי־המשפט מכריעים בסכסוכים שהמדינה צד להם ומסכמים את הכרעתם בצווים מחייבים בני אכיפה מיידית; ואם הוענקה אוטונומיה מנהלית למשרד מבקר המדינה, ובדין הוענקה, על־אחת־כמה־וכמה שבתי־המשפט צריכים לזכות במידה גדולה יותר של עצמאות מנהלית כפי שבואר. גם בסמכות להתקנת תקנות יש לערוך שינוי. סמכות זו מן הדין שתהיה בידי מועצה שיפוטית ברשות נשיא בית־המשפט העליון, והתקנות שיוקנו על־ידיה יהיו כפופות לאישור פרלמנטרי. ניתן גם לחשוב על מסירת סמכות זו במשותף לנשיא בית־המשפט העליון ושר־המשפטים שיוציאו את התקנות על־פי המלצתה של ועדה שתוקם בחוק, ולא כפי שנהוג כיום, שהתקנות מותקנות בידי שר־המשפטים על־פי המלצות של ועדה פנימית בלתי־פורמלית⁶¹. ראוי להזכיר כאן, שבתקופת־המנדט הסמכות להתקנת תקנות בית־דין היתה מסורה לזקן־השופטים בהסכמת הנציב העליון⁶².

ראוי להדגיש, שבעוד שבמתכונת הנוכחית של האחריות על מנהל בתי־המשפט, המוסרת לשר־המשפטים אחריות בלעדית, מתעורר במלוא היקפו ותרופותו ניגוד בין תפקיד שר־המשפטים כאחראי באופן ישיר על הפרקליטות המייצגת את המדינה בבתי־המשפט, מצד אחד, ובין תפקידו כאחראי על מנהל בתי־המשפט ובעל סמכויות על שופטים, מצד שני. לעומת זאת, במתכונת המוצעת של אחריות משותפת, תוך הפרדת התקציב של בתי־המשפט מתקציב משרד־המשפטים והפרדת עובדי בתי־המשפט מהמסגרת של עובדי־מדינה ועובדי משרד־המשפטים, הניגוד מוקהה מאוד או נעלם כליל; שהרי האחריות על מנהל בתי־המשפט אינה בלעדית, וענייני בתי־המשפט הוצאו מן המסגרת המשותפת של משרד־המשפטים והרשות המבצעת.

בעוד שהאחריות המרכזית על מנהל בתי־המשפט תהיה משותפת לשר־המשפטים ולנשיא בית־המשפט העליון, בעניינים שיפוטיים ובעניינים הנוגעים לשופטים תימסר האחריות לנשיא בית־המשפט העליון בלבד. כך, למשל, העברת שופט ממקום למקום,

59 סעיף 24 לתקנון הכנסת; סעיף 24 לחוק מבקר המדינה (נוסח משולב), תשי"ח–1958. ס"ח תשי"ח, עמ' 92 (להלן: חוק מבקר המדינה). השווה הצעת לשכת עורכי־הדין להצעת חוק יסוד השפיטה (סעיף 14). שעל־פיה יאושר תקציב בתי־המשפט על־ידי ועדה משותפת לוועדת־הכספים ולוועדת החוקה — חוק ומשפט על־פי הצעת נשיא בית־המשפט העליון. השווה "כעיות ערכיות" (לעיל, הערה 39), 91–93.

60 סעיף 2 לחוק מבקר המדינה. השווה "כעיות ערכיות", שם.

61 השווה "כעיות ערכיות" (לעיל, הערה 39), 91–93.

62 סעיף 22 לפקודת בתי המשפט, 1940. ראה גם סמכויות אחרות, שהיו נתונות לזקן־השופטים, למשל: מינוי שופטים לכהונה בפועל (סעיף 14(2) לפקודה). סמכויות זקן־השופטים להתקין חקנות המתייחסות להנהלה האדמיניסטרטיבית של בתי־המשפט הועברו לשר־המשפטים על־פי סעיף 10 לפקודת בתי המשפט (הוראות מעבר), תשי"ח–1948, ע"ר מס' 7, תוספת א, עמ' 17. על־פי הצעת לשכת עורכי־הדין (סעיף 19 להצעת חוק יסוד: השפיטה), סמכות התקנת תקנות סדר־הדין היתה אמורה להימסר לנשיא בית־המשפט העליון, אך ההצעה הזו כידוע לא נתקבלה.

מינוי שופט לכהונה בפועל בבית-משפט אחר⁶³, פיקוח על מלאכת השופטים או קביעת שעות עבודה או שמיעה של שופטים תהיה בסמכות נשיא בית-המשפט העליון בלבד. בביצוע סמכויותיו הוא ייעזר בהנהלת בתי-המשפט או משרד מנהלי מיוחד שיוקם לשם כך בלשכתו, וייוועץ במועצת-שופטים בראשותו, שתורכב מנציגי בית-המשפט העליון, מנציגי השופטים בבתי-המשפט האחרים וממנהל בתי-המשפט. בעניינים אחרים תימסר הסמכות למועצה עצמה, בעיקר בקביעת הסדרים כלליים.

יש לציין, שבהצעת חוק יסוד: בתי המשפט, ניכרה מגמה לחזק את מעורבותו ותפקידו של נשיא בית-המשפט העליון. בעניינים אחרים הוטלה על שרי-המשפטים חובת התייעצות עמו במקום שלא היתה קיימת לפני-כן. בעניינים אחרים קבעו, שדרושה הסכמת הנשיא ולא התייעצות גורדא⁶⁴. אולם ההצעות הללו לא התקבלו לבסוף ולא חוקקו בחוק יסוד: השפיטה. יש להצטרף על ההחמצה להנהיג ולו אותם שינויים שהועלו בהצעת חוק יסוד: בתי-המשפט. יש להמשיך ולחתור לריפורמה ברורה ויסודית בנושא האחריות על מנהל בתי-המשפט לפי הקווים שהצעתו.

יש לציין, שבפועל, הגם שקיימת בידו סמכות מן החוק, שרי-המשפטים נמנע מלהפגין מעורבות בענייני סדרי מנהל בתי-המשפט, מחשש שיואשם בהתערבות בעצמאות השיפוטית, וכן משום שבאותם מקרים ששרי-המשפטים הפעילו את סמכותם הלכה למעשה עורר הדבר מורת-רוח בקרב השופטים⁶⁵. על רקע זה יש להעדיף את מסירת האחריות על עניינים שיפוטיים ועניינים הנוגעים לשופטים במפורש לנשיא בית-המשפט העליון תוך התייעצות עם המועצה השיפוטית או באישורה⁶⁶. במקרה כזה אין ספק, שאיש מן השופטים לא יוכל להונגד להוראות סדרי-מנהל שיוציא נשיא בית-המשפט העליון באישור מועצת-השופטים. אם אכן תוטל אחריות זו במפורש על הנשיא (או על מועצה שיפוטית בראשותו), יש להניח שהוא ימלא כראוי את החובה החוקית והציבורית להגשמת אחריותו. אף ללא קביעה חוקית פורמלית, כפי שיוכרה להלן, כהונת הנשיא אינה מצטמצמת לתפקיד של נשיא בית-המשפט הגבוה במדינה. נשיא בית-המשפט העליון הוא ראש המערכת השיפוטית ומנהיגה המוסרי של הרשות השופטת⁶⁷.

עניין אחר הנוגע לשופטים אשר מן הדין שהטיפול בו יימסר לידי הרשות השופטת הוא כללי האתיקה לשופטים. כיום נקבעים כללי האתיקה לשופטים בצורה קזואיסטית מכוח ההסדר הקיים בחוק יסוד: השפיטה. על-פי הסדר זה, שופט המבקש לעסוק בכל עיסוק מחוץ לתפקידו צריך לבקש היתר לכך מאת שרי-המשפטים. המשתף את נשיא בית-המשפט העליון בתהליך קבלת ההחלטה (סעיף 11 לחוק יסוד: השפיטה). מן

63 בלי קשר לשאלת מיהות בעל-הסמכות אני חוזר על הצעתי לבטל כליל את ההסדר של כהונה בפועל בבית-המשפט העליון. השווה S. Shetreet, "The Overburdening of the Supreme Court of Israel — The Problems, The Effects and The Remedies", *Israeli Reports to the Tenth S. of Israel* — *The Problems, The Effects and The Remedies*, *Israeli Reports to the Tenth S. of Israel* (Jerusalem, S. Goldstein ed.) 183; וכן S. Shetreet, "The Overburdening of the Supreme Court" in: *Israeli Reports to the Tenth International Congress of Comparative Law* (S. Goldstein ed., 1978) 56, 112.

64 על פירוט ההצעות שנדחו בסופו של דבר ראה לעיל, הערה 43.

65 כך קרה כאשר השר צדוק הוציא בשנת 1974 הוראות סדרי-מנהל שקבעו שעות שמיעת משפטים. השווה הצעת לשכת עורכי-הדין לנוסח סעיף 19 להצעת חוק יסוד: השפיטה.

67 לניחוח מעמדו של נשיא בית-המשפט העליון בישראל ראה S. Shetreet, *supra*, note 9, at pp. 115-116.

הראוי למסור את הסמכות לקבוע כללי אתיקה באופן מסודר ומקיף לידי המועצה השיפוטית שכבר הוזכרה, בראשות נשיא בית-המשפט העליון ובהרכב נציגי בית-המשפט העליון ונציגי השופטים בבתי-המשפט האחרים, באופן פרופורציונלי לגודלם של בתי-המשפט. לאור התופעה המדאיגה של חשדות פליליים ומשמעתיים נגד שופטים, קיים צורך דחוף להתקין כללי אתיקה.

(ה) אחריות שיפוטית בלעדית – הצעת לשכת עורכי-הדין והצעת החוקה של אוניברסיטת תל-אביב

במהלך הדיונים על הצעת חוק יסוד: השפיטה, הגישה לשכת עורכי-הדין הצעות מספר שמגמתן להנהיג בישראל את מודל האחריות השיפוטית הבלעדית על מנהל בתי-המשפט. על-פי הצעת הלשכה (סעיפים 19–20), ששיקפה את עמדת השופטים, תימסר האחריות המרכזית על סדרי-המנהל בבתי-המשפט ועל התקנת תקנות סדרי-הדין לנשיא בית-המשפט העליון. כמו-כן הוצע, שהנשיא יוסמך למנות את מנהל בתי-המשפט. על-פי הצעת לשכת עורכי-הדין, תקציב בית-המשפט צריך להיקבע על-ידי ועדה משותפת של ועדת חוקה, חוק ומשפט וועדת-הכספים של הכנסת. ההצעה קבעה כי עובדי בתי-המשפט יהיו כפופים לנשיא בית-המשפט העליון ושכרם ייקבע כדרך שנקבע שכר השופטים – על-ידי ועדה של הכנסת (סעיף 12). כל ההצעות הללו נדחו בסופו של דבר. הדים להצעות אלו ולהצעות אחרות ניתן למצוא בהצעת החוקה של הפרופסורים למשפטים מאוניברסיטת תל-אביב. בסעיף 152 מוצע, כי "הנהלת בתי-המשפט תהיה באחריותו של נשיא בית-המשפט העליון"; ובסעיף 147 מוצע, כי הנשיא יהיה יושב-ראש הוועדה למינוי שופטים.

הצעתה של לשכת עורכי-הדין מבוססת על המודל של אחריות שיפוטית בלעדית על מנהל בתי-המשפט. מבחינה עניינית ומעשית כאחד נראה לי, שהמודל של אחריות משותפת של הרשות השיפוטית והרשות המבצעת מתאים יותר לישראל. במישור העיוני, עקרון האחריות הפרלמנטרית מחייב שלרשות המבצעת תהיה מעורבות באחריות על מנהל בתי-המשפט. במישור המעשי, מעורבותו של שר בממשלה דרושה כדי להבטיח שיהיה גורם בעל כוח פוליטי אשר עניינם של בתי-המשפט יהיה בתחום אחריותו והתעניינותו ואשר יסייע מהצד הפוליטי להבטחת חלק נאות לרשות השופטת במסגרת חלוקת המשאבים בין רשויות-המדינה השונות. המערכת השיפוטית בישראל מופרדת ומנותקת מן המערכת הפוליטית ודומה שיכולתם של השופטים כגוף להפעיל השפעה אפקטיבית בנושא הבטחת משאבים סובלת ממגבלה רצינית. על-כן נראה לי, שבהקשר הישראלי מודל האחריות המשותפת עדיף על מודל האחריות השיפוטית הבלעדית על מנהל בתי-המשפט.

מעבר לסוגיית הבחירה בין מודל האחריות המשותפת למודל האחריות השיפוטית הבלעדית מתעוררת שאלת הווריאנט הרצוי במסגרת המודל של האחריות השיפוטית הבלעדית. הצעתה של לשכת עורכי-הדין מבוססת על מודל האחריות השיפוטית האינדיבידואלית, המוסר את האחריות על מנהל בתי-המשפט בידי נשיא בית-המשפט העליון אישית, להבדיל ממודל האחריות השיפוטית הקיבוצית, המפקיד את האחריות בידי מועצת-שופטים. אני נוטה להעדיף את המודל של אחריות שיפוטית קיבוצית או מודל הקובע חלוקת נושאים, ומוסר חלק מן הנושאים לאחריותה של מועצת-שופטים.

בכל מקרה רצוי שתוטל על נשיא בית-המשפט העליון לפחות חובת התייעצות כמועצת-השופטים, שתורכב מנשיא בית-המשפט העליון, משני שופטים נוספים של בית-המשפט העליון, מנשיאי בתי-המשפט המחוזיים ומנציג אחד של בתי-משפט השלום.

במדינת ניו-יורק, שבה נהוג המודל המוסר את האחריות על מנהל בתי-המשפט לנשיא בית-המשפט לערעורים אישית, והפתחה מתיחות בינו ובין השופטים. מקור המתיחות הוא הדגשת-יתר של שיקולי יעילות מצד הנשיא, הנושא אישית באחריות על מנהל בתי-המשפט (בכפיפות לחובת התייעצות כמועצת-שופטים מצומצמת), ואי-מתן תשומת-לב מספקת לשיקולים אחרים במערכת-הצדק, כגון אי-תלות השופטים, איכות הדיון המשפטי ועשיית צדק⁶⁸. לעומת זאת, במישור הפדרלי, לא נוצרו קשיים מסוג זה⁶⁹.

אין להוציא מכלל אפשרות מצב שבו וניוצר בישראל מתיחות מחמת סיבות אלה או אחרות בין הנשיא ליתר השופטים, ועל-כן עדיף לאמץ את המודל המוסר את האחריות השיפוטית בידי גוף של שופטים בראשות נשיא בית-המשפט העליון, ולא בידי הנשיא אישית. לחלופין – כמוצע לעיל – ניתן לחלק את הנושאים: חלקם למסור לאחריותו של הנשיא, כגון החלטות אינדיבידואליות בעניין העברת שופט מבית-משפט לבית-משפט; וחלקם למסור למועצה השיפוטית, כגון קביעת הסדרים כללים והתקנת סדרי-מנהל בבתי-המשפט.

נטיית-שלי להעדיף מודל של אחריות שיפוטית קיבוצית (דהיינו: אחריות בידי גוף שופטים) על-פני אחריות שיפוטית אינדיבידואלית (בידי נשיא או ראש המערכת השיפוטית) נתמכת בטעמים עיוניים עקרוניים. עצמאות שיפוטית אינה מצומצמת לעצמאות היצוגית, היינו: אי-תלות השופט כלפי הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. היא חייבת לכלול גם עצמאות שיפוטית כלפי שופטים גבוהים יותר בתוך המערכת השיפוטית. הענקת האחריות המשפטית לגוף קיבוצי מחלישה את הסכנה של פגיעה באי-תלות השופטים בתוך המערכת השיפוטית עצמה, על-ידי יצירת הפוסי-היררכיה המגבילים את עצמאות השופט בתוך המערכת השיפוטית; וזאת, גם אם בסופו של דבר, בשל דרכי הניהול היומיומי, מוקד האחריות מועבר לראש הגוף. שהוא בדרך-כלל ראש המערכת השיפוטית⁷⁰.

68 בין השאר הוצאה הוראת סדרי-מנהל, אשר קבעה כי דחייה של משפט לא תינתן על-ידי השופט השומע את המשפט, אלא באישור השופט המנהלי (השופט העומד בראש היחידה השיפוטית שאליה השופט משתייך) והופעלה הסמכות להעברת שופטים ממקום למקום לשם הגברת היעילות. השופטים לא קיבלו את הגישה זו, והדבר בא לידי ביטוי גם בפסיקה שהעמידה במבחן את חוקם המשפטי של הצעדים ולעתים הטילה בהם ספק. ראה, למשל, *Morganthau v. Cooke*, 56 N.Y. 2d 24 (1982); *Barker Trust v. Braten*, 101 Misc. 2d 227 (1979); *Marthon v. Evans*, 83 A.D. 2d 415. וראה גם דיווחים מקצועיים: "Chief Judge Defends Programs, Says Critics are Misguided" *New York Journal* (March 22 1982).

69 אמנם, נשמעים קולות ביקורת על פעולתן של המועצות השיפוטיות, כמובן זה שהן מצרות את העצמאות השיפוטית, אך אלה הם קולות-מיעוט: *Flanders & McDermott supra*, note 49, at p. 47.

70 בארצות-הברית עבר המוקד במישור הפדרלי מהמועצה השיפוטית הארצית אל נשיא בית-המשפט העליון בשל התחזקות הביורוקרטיה בתוך המערך המנהלי של הרשות השופטת. ראה, *C. Baar*, "Federal Justice Administration political Strategies and Organizational Change" in:

הניסיון במדינת ניו-יורק שהוזכר לעיל, וכן הניסיון ביפן, שם נוצרו חיכוכים על רקע כמה אירועים של פגיעה באי-תלות השופטים מצד השופטים הגבוהים מהם במעמד ובדרגה, מלמדים שאין להקל ראש בבחירת המודל לאחריות שיפוטית. החיכוכים אינם נובעים רק מדפוסי האחריות על מנהל בתי-המשפט. למתכונת האחריות יש השפעה על יצירת קרקע לחיכוכים כאלה, או, מנגד – לצמצום האפשרות לחיכוכים אלה או להגבלת היקפם. התופעות של דפוסי-היררכיה בתוך המערכת השיפוטית מגלות באור חיובי ומהיבט נוסף את המודל של אחריות משותפת של הרשות השופטת והרשות המבצעת. אחריות משותפת ממתנת את דפוסי-היררכיה בתוך המערכת השיפוטית על-ידי פיזור מוקדי האחריות המרכזית על מנהל בתי-המשפט בין שתי הרשויות. במובן זה, מודל האחריות המשותפת תורם במידת-מה להגדלת אי-התלות השיפוטית הפנימית.

5. דרכי ההתארגנות הקיבוצית של השופטים לשמירת המערכת השיפוטית (א) חוסר-אפקטיביות של המערכת השיפוטית במאבק להגנת מעמד השופטים

העדר מעורבות מספקת של השופטים בישראל בהליכי החקיקה של חוק יסוד: השפיטה, גרם לכך שלא נתקבלו כמה שינויים חשובים, הנחוצים להגנה חוקתית נאותה למערכת השיפוטית או שינויים שהוצעו על-ידי המערכת השיפוטית. לעומת זאת, נתקבלו שינויים מספר הפוגעים באי-תלות המערכת השיפוטית או מכבדים עליה. כך, למשל, לא התקבלו השינויים במודל האחריות המנהלית על בתי-המשפט ושינויים נוספים שהוצעו על-ידי לשכת עורכי-הדין ששיקפו את עמדת השופטים; לעומת זאת, הורד הדרג הנורמטיבי הדרוש להסדרת סדרי-המנהל בבתי-המשפט על-פי חוק יסוד: השפיטה, לדרג של הוראות-מנהל⁷¹ והוכנס הסעיף המתיר הפחתת שכרם של שופטים (ובלבד שהפחתה אינה של שכר השופטים בלבד)⁷².

חולשת ההתארגנות הקולקטיבית של השופטים במשטר בישראל באה לידי ביטוי בהקצאת המשאבים הבלתי-מספקת למערכת השיפוטית, המביאה לידי מחסור בכוח-אדם שיפוטי, חוסר במשאבים פיזיים ובתקציב שוטף, ברמה נמוכה של הסגל המנהלי וברמה ירודה של ציוד ושיטות-מנהל. חולשת ההתארגנות הקולקטיבית נובעת ממסורות שיפוטיות הגוזרות על השופטים הימנעות ממחאות או הפעלת דפוסי מאבק בתוך המערכת הפוליטית.

ניכרת מגמה מסוימת של שינוי בדפוסי המאבק השיפוטי בשנים האחרונות. הדבר ניכר בתגובת המערכת השיפוטית כלפי מה שנראה בעיניה כפגיעה במעמדה (כגון בפרשת סניורה, שבה הוענקה חנינה לנאשם זמן קצר לאחר שבית-המשפט העליון החמיר בעונשו בערעור שהוגש על-ידי המדינה). הדבר מצא ביטוי מוסדי יותר קבוע

.Wheeler and Whitcomb (eds.), *Judicial Administration — text and Reading* (1977) 97–98
ביפן האצילה המועצה השיפוטית מסמכויותיה לנשיא בית-המשפט העליון. ראה טניגושי (לעיל, הערה 50).

71 כך עולה מסעיף 24(1) לחוק יסוד: השפיטה.

72 סעיף 10 לחוק יסוד: השפיטה.

בהקמת מועצת-השופטים כגוף וולונטרי, במתכונת מועצות-השופטים הקיימות בארצות-הברית כגופים על-פי חוק.

מבדיקה השוואתית של הסוגיא עולה, כי ריפורמות משמעותיות בקשר למערכת השיפוטית הונהגו בארצות שבהן כיהנו כנשיאי בתי-המשפט מי שמילאו בעבר תפקידים פוליטיים מרכזיים, והיה ביכולתם להפעיל את המערכות הפוליטיות לטובת המערכת השיפוטית. כך היה בקולומביה הבריטית שבקנדה, שבה הצליח השופט נמץ להנהיג תיקון בחקיקה (1977)⁷³, שהעניק מעמד חשוב לשופטים בקביעת תקציב המערכת השיפוטית, וגייס סכום גדול מאוד לבניית בניין חדש לבתי-המשפט (1980). כך היה גם באוסטרליה, כאשר נשיא בית-המשפט העליון של אוסטרליה, השופט גרפילד כרוויק (לשעבר שר-המשפטים בממשלת אוסטרליה) הצליח להנהיג ריפורמה מרחיקת-לכת למתן אוטונומיה מנהלית לבית-המשפט העליון האוסטרלי (1979) ולבניית בניין חדש למשכנו של בית-המשפט העליון בעלות של למעלה ממאה מיליון דולר.

לעומתם מעניין לציין את חוסר-האפקטיביות של השופט בורה לסקין, נשיא בית-המשפט העליון הקנדי, בעת חקיקת החוקה וזקנדית ב-1981, ושל נשיאי בית-המשפט העליון בישראל שביהנו בתקופה שבה נעשתה מלאכת חקיקת חוק יסוד: השפיטה (תקופה זו חופפת את כהונתם של כמה נשיאים). הנשיא בורה לסקין לא השכיל להבטיח, שחוקת קנדה תכלול הוראות מפורשות בדבר אי-תלות השופטים בקנדה ולא הצליח לפעול למען ריפורמות יסודיות בקשר לאחריות למנהל בתי-המשפט; והוא-הדין בישראל: המערכת השיפוטית לא השכילה לנצל את ההזדמנות להנהיג שינויים בנושאים שונים הנוגעים להגנה חוקתית של המערכת השיפוטית במהלך חקיקת חוק יסוד: השפיטה.

ב) תפקידו של נשיא בית-המשפט העליון וחלקו בהגנה החוקתית על המערכת השיפוטית

מעמדו של נשיא בית-המשפט העליון שונה מזה של נשיאי בתי-המשפט המחוזי והשלום. הוא ומשנהו מתמנים על-ידי ועדת הבחירה לשופטים, בעוד האחרים מתמנים על-ידי שר-המשפטים, בהתייעצות עם נשיא בית-המשפט העליון. מעמדו של נשיא בית-המשפט העליון שונה מזה של עמיתיו בבית-המשפט המחוזי והשלום גם בהיקף הסמכויות המוענקות לו על-פי חוק. סמכויותיו של נשיא בית-המשפט העליון רחבות יותר משלהם במובן זה שהן חלות על המערכת השיפוטית כולה, ואילו הסמכויות של נשיאי בתי-המשפט המחוזי והשלום נוגעות לניהול בית-המשפט שלהם או לאיזור שיפוט.

סמכויותיו של נשיא בית-המשפט העליון החלות על כלל השופטים נוגעות בתחום מינוי שופטים ורשמים (הוא חבר קבוע בוועדה לבחירת שופטים; נתונה לו לבדו הזכות להציע מועמדים; באישור שר-המשפטים הוא מוסמך למנות רשמים; והשר זקוק להסכמתו במינוי שופטים לכהונה בפועל וחיוב להתייעץ עמו במינוי נשיאים וסגנים לבתי-המשפט המחוזי והשלום). סמכויותיו מתייחסות גם למשמעת שופטים (הוא מוסמך, למשל, להשעות שופט שהוגשה נגדו קובלנה משמעתית או אישום פלילי); הוא ממנה, על-פי המלצת חבר שופטי בית-המשפט העליון, את חברי בית-הדין המשמעתי

⁷³ "Administration of Justice" (לעיל, הערה 39).

לשופטים וקובע את גודלו והרכבו. כמרכזן סמכויותיו של נשיא בית-המשפט העליון נוגעות גם למנהל המערכת השיפוטית בכללותה (כך, למשל, הסכמתו דרושה לשר-המשפטים להעברת דרך קבע של שופט מקום למקום באותה ערכאה, ולמתן היתר לשופט לעסוק בעיסוק נוסף או למלא תפקיד ציבורי; השר מתייעץ עמו כאשר הוא משנה את תקרת סמכותו הכספית של בית-משפט השלום, ומשהופעלה סמכות לענוש מפריע בבית-המשפט, חובה למסור לו הודעה על כך)⁷⁴. מעבר לסמכויותיו על-פי חוק של נשיא בית-המשפט העליון, כמי שנושא במשרה השיפוטית הבכירה ביותר, הוא המנהיג המוסרי של המערכת השיפוטית. עוד מראשית ימיה של מדינת ישראל ראה נשיא בית-המשפט העליון את עצמו כנושא באחריות הכוללת על מה שמתרחש בכל המערכת. מכוח אחריות כוללת זו ראה הנשיא את עצמו מחויב להגן על עצמאותה ומעמדה של המערכת השיפוטית בפני הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. הנשיא גם ראה את עצמו מחויב להתייחס לאירועים בחוץ המערכת השיפוטית פנימה.

על יסוד השקפה זו פעלו נשיאים של בית-המשפט העליון במקרים פרטיים של חריגה של שופטים מההתנהגות המקובלת, ועל יסודה גם פעלו במקרים שהיה נראה להם שפעולות קיבוציות של שופטים לא עלו בקנה אחד עם סטנדרטים ראויים של התנהגות שיפוטית. פעילות הנשיאים במקרים פרטיים מטבעה, עקב עדינותה ורגישותה, נעשית בצנעה ומאחורי הקלעים⁷⁵. לעומתה, ניתן למצוא דוגמאות פומביות להפעלת השפעתו של נשיא בית-המשפט העליון לשם שמירה על כללי התנהגות ראויים במקרה של פעילות קיבוצית של שופטים. בתחילת 1978 התכוונו השופטים לצאת "לחופשת מחאה קולקטיבית" במסגרת מאבק על תנאי כהונתם, אולם הכוונה לא יצאה לפועל, בין השאר, בשל התערבותם של הנשיא זוסמן וממלא-מקומו הקבוע (כתוארו אז), השופט לנדוי⁷⁶.

מעמדו של נשיא בית-המשפט העליון כמנהיגה של המערכת השיפוטית משתקף גם בכך שהוא מדבר בשמה של הרשות השופטת, כאשר הוא חש כי רשויות-ממשל אחרות פגעו במעמדה או בעצמאותה, בין על-ידי הצהרות ובין על-ידי מעשים. בהיסטוריה המשפטית של מדינת ישראל נרשמו לא מעט דוגמאות מסוג זה. חלק מהפעילות נערכה מאחורי הקלעים, כפי שהנשיא אולשן מדווח על כך⁷⁷. אולם היו גם מקרים שבהם נדרשה התייחסות פומבית של נשיא בית-המשפט העליון לדברים או למעשים של רשויות-ממשל אחרות. דוגמא ידועה היא מכתבו ליו"ר הכנסת של נשיא בית-המשפט העליון, ד"ר משה זמורה, בעניין סגנון התבטאותו החריף של השר דב יוסף כלפי השופטים, במהלך דיון בכנסת. המכתב, שנוסח ונשלח על דעת חבר שופטי בית-המשפט העליון, קבע את הנורמה שעל-פיה נשיא בית-המשפט העליון משמש דובריה של הרשות השופטת כלפי רשויות אחרות בעניינים הנוגעים להגנה על מעמדה ואי-תלותה⁷⁸.

74 לדיון מפורט על סמכויות נשיא בית-המשפט העליון ראה שטרית, "נשיאות בתי המשפט" עלון מערכת השיפוט 10 (פברואר 1987) 11.
75 ראה אולשן (לעיל, הערה 41), 247-252.
76 הארץ, 5.3.78.
77 בספרו של יצחק אולשן (לעיל, הערה 41), 239-245, 300-305.
78 ראה על כך א' צידון, בית הנבחרים אחיאסף, מהדורה 5, 1969, 345 ואילך. ראה ד"כ, כרך 11 (תשי"ב), עמ' 1116, 1461, 1719, וראה גם אולשן, שם, עמ' 243-244.

בשנת 1977, שנים רבות לאחר פרשת זמורה-דב יוסף, מתח הנשיא זוסמן ביקורת על מתן חנינה ליהושע בן-ציון, אשר הורשע באשמת לקיחת עשרות מיליוני דולרים בעת שכיחן כמנהל-בנק. הנשיא זוסמן הביע את הדעה, כי החנינה לבן-ציון שהוענקה זמן קצר לאחר שتم הדיון בעניינו בבית-המשפט, ובעת שבקשתו לשחרור היתה תלויה ועומדת בפני ועדת-השחרור שבראשה עומד שופט, היוותה פגיעה בלתי-ראויה על-ידי הרשות המבצעת ברשות השופטת.⁷⁹

באותה שנה יצא הנשיא זוסמן להגנה פומבית על המערכת השיפוטית, כאשר מפכ"ל המשטרה תקף את השופטים והאשימם בעליית שיעור הפשיעה, אשר — לדעת המפכ"ל — נגרם, בין השאר, על-ידי שחרור בערכות של נאשמים בזמן שמשפטם תלוי ועומד, וכן על-ידי עונשים קלים.⁸⁰

בתקופת-כהונתו פעל הנשיא לנדוי בנושא תנאי כהונתם של שופטי בית-המשפט השלום בעקבות העלאת שכרם של דייגים. הנשיא שמגר פעל בעניין ביטול הביטוח הרפואי של השופטים (דצמבר 1985). בראשית אותה שנה הגיב הנשיא שמגר בחומרה על חנינת נאשם חודש אחד בלבד לאחר שעונשו הוחמר בערעור של המדינה על קולת העונש (פרשת סניורה, ע"פ 857/84). הנשיא החליט להשהות את שמיעת תיקי המדינה בערעורים על קולת העונש. קודם-לכן, בספטמבר 1984, הגיש הנשיא שמגר תזכיר מפורט לנשיא-המדינה ולשרי-המשפטם בדבר הפעלת סמכויות חנינה.

מחאה נמרצת הושמעה על-ידי נשיא בית-המשפט העליון כאשר שרי-המשפטם, אברהם שריר, התיימר להקפיא את עבודת ועדת המינויים לשופטים בשל מחלוקת בעניין סדרי עבודת הוועדה שהשר ביקש להנהיג. לאחר שנשיא בית-המשפט העליון, מאיר שמגר, הגיש תזכיר מחאה לשר, הזר בו השר מצעדר.

הנה כי כן, נשיא בית-המשפט העליון פועל כראש המערכת השיפוטית הן כלפי פנים והן כלפי חוץ. השקפה זו עוברת כחוט השני על-פני כל השנים שבהן כיהנו במשרת נשיא בית-המשפט העליון אישים שונים. הקמת מועצת-השופטים בראשות נשיא בית-המשפט העליון היא נדבך נוסף לאחריות הכוללת שיש לנשיא על המערכת השיפוטית, אף כי עבודתה של מועצת-השופטים נקלעה למשבר עקב מחלוקת בעניין הריפורמה במבנה בתי-המשפט, שהתגלעה בשלהי 1988 בין נשיא בית-המשפט העליון ובין שופטי בתי-המשפט המחוזיים.

6. מעמד בית-המשפט העליון בחברה וההגנה החוקתית — יחסי-גומלין

המעין היטב בהתפתחויות שהתרחשו בשנים האחרונות בקשר למקומה של המערכת השיפוטית, יגלה, למרבה ההפתעה, שתי מגמות נוגדות: ראשית, הוא יגלה כי חלה התרחבות בהיקף תפקידם של בתי-המשפט, בכלל, ושל בית-המשפט העליון, בפרט. מכאן היה צריך לנבוע שתהיה מגמה תואמת של התחזקות המעמד המוסדי והאישי של השופטים, ולא היא.

למעשה התרחש כרסום מסוים במעמד המוסדי והאישי של השופטים במערכת החוקתית. להלן אני מבקש להציג את המגמות האלה אחת לאחת.

79 הארץ, 29.8.77; מעריב, 28.9.77.

80 הארץ, 28.8.77.

(א) הרחבת תפקידו של בית-המשפט

בחינת ההתפתחויות החוקתיות בישראל בשאלת מקומן היחסי של רשויות-המדינה בישראל מגלה מגמה ברורה של התרחבות היקף תפקידו של בית-המשפט העליון, מצד אחד, וירידה בכוחה של הרשות המבצעת, מצד שני. סוגיות אשר בעבר לא הובאו להכרעה שיפוטית, מובאות כיום ובשנים האחרונות להכרעה לפני בית-המשפט, ובמיוחד לפני בג"צ.

ניתן להבחין בכמה תהליכים עיקריים אשר הביאו להרחבת תפקידה של המערכת השיפוטית בחברה הישראלית. האחד — כשלון הגופים הפוליטיים בפתרון בעיות; השני — התחמקותם המכוונת מהכרעה בבעיות מסוימות. נבאר את דברנו: באשר לתהליך הראשון, הציבור נוכח לדעת שהגופים הפוליטיים והרשויות המנהליות — דהיינו: הכנסת, הממשלה והמנהל הממשלתי — לא פתרו את הבעיות שניצבו לפניהם. על רקע כישלון זה, הציבור נזקק לבתי-המשפט לשם הכרעה באותן בעיות שהושארו ללא פתרון על-ידי הרשויות הפוליטיות במדינה, בעיקר הממשלה. לעתים נכנס בית-המשפט לעובי הקורה; לעתים נמנע בית-המשפט מלהכריע לגופו של עניין. כך הגיעו לבית-המשפט, לעתים יותר מפעם אחת, סוגיות כגון הפעלת שעון-קיץ, גיוס בחורי-ישיבה, חוקתיות של חלוקת זמני-שידורים בבחירות, הגדלה רטרואקטיבית של מימון בחירות למפלגות, חסינות ח"כים, זכויות של סיעת-יחיד בכנסת, פרשת השב"כ, פרשת נקש, מועד העמדה להצבעה על-ידי יושב-ראש הכנסת של הצעת אי-אמון או הקצבות לישיבות.⁸¹

תהליך אחר שהתרחש, אף הוא הגדיל את ההיזקקות לבתי-המשפט: הרשות המבצעת, העבירה לעתים במכוון את מוקד ההכרעה ממנה אל המערכת השיפוטית; בדרך זו הועברו להכרעה שיפוטית שאלות שהיו לפי מהותן פוליטיות או כלכליות. הממשלה עושה כן כאשר היא אינה רוצה לשלם את המחיר הפוליטי הכרוך בקבלת הכרעה בעצמה, ועל-כן היא מעדיפה שהעניין יוכרע בבית-המשפט ולא בהחלטה ממשלתית. על-ידי הימנעות מהכרעה באותם נושאים, הממשלה גורמת להבאתם להכרעה בבתי-המשפט על-ידי צדדים מעוניינים. בכך גרמה הממשלה להגברת ה"משפטיזציה" של החברה. מגמת ה"משפטיזציה" משתקפת בפניות הרבות לחוות-דעת ליועץ המשפטי לממשלה בשאלות רבות אשר על-פי טיבן הן כלכליות או פוליטיות.

81 שעון הקיץ: בג"צ 217/82 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429; בג"צ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז(2) 29. גיוס בחורי ישיבה: בג"צ 448/81 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 81; ד"נ 2/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 708; בג"צ 179/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(4) 421; בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441. זמני שידורי הבחירות בטלביזיה: בג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4). הגדלה למפרע של מימון בחירות: בג"צ 141/82 רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 122. חסינות חברי-הכנסת: בג"צ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169. זכויות סיעת יחיד: בג"צ 77/85 סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141. פרשת השב"כ: בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505. פרשת נקש: בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1. מועד להצבעת אי-אמון בכנסת: בג"צ 652/81 שריר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197. הקצבות ייחודיות: בג"צ 780/83 ישיבת תומכי תמימים נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 273.

להרחבת תפקידם של בתי-המשפט בחברה, ובמיוחד בית-המשפט הגבוה לצדק, גרמה גם תודעת זכויות גבוהה בקרב אזרחי הארץ, הממשים את זכות הגישה לבתי-המשפט ומבקשים סעד מבתי-המשפט לאכיפת זכויותיהם המנהליות והתוקניות בתחומים שונים. מנגד, תרמה להרחבת היקף תפקיד בתי-המשפט בחברה גישתם של שופטי בית-המשפט העליון והשופטים בכלל, שראו בעין אזהרת את צורכי החברה ופיתחו בהתאם להם את הדין בגישה בלתי-נוקשה ומשוחזרת מצמידות יתירה לתקדימים, לדפוס-יחסיבה ולתיאוריות משפטיות קודמות. נוסף על כך, גילה בית-המשפט העליון, בשבתו בבג"צ, נכונות להרחבת הביקורת השיפוטית על החלטות המגהל גופן, להבדיל מביקורת שיפוטית בעילות של פגמים דיוניים, פגמים שבסמכות או פגמים אתרים שאינם נוגעים לגופן של ההחלטות.

מגמה זו של הרחבת הביקורת השיפוטית על ההחלטות המהותיות של הרשויות מוצאת את ביטוייה בפסיקה העוסקת בהחלטות של הרשויות בענייני ביטחון (כגון פרשת אלון מורה⁸²). לאחר-מכן חל גם תהליך של ליברליזציה רחבה בשאלת זכות העמידה בפני בג"צ ובשאלת השיפוטיות⁸³.

התפקיד החשוב של בתי-המשפט והשופטים בחברה הישראלית משתקף היטב בשימוש התדיר בשופטים כיושבי-ראש של ועדות-חקירה, לחקירת פרשיות ציבוריות חיוניות השנויות במחלוקת⁸⁴.

לגבי הערכת השפיטה המהותית של בתי-המשפט הדעה המקובלת היא, כי השופטים ראויים לשבח על מלאכת השפיטה שלהם ועל הפסיקה היוצאת מלפניהם. הדברים אמורים הן מבחינת תוכן הפסיקה והן מבחינת דרכי פסיקת-הדין⁸⁵.

(ב) עליות ומורדות – פנגמה המתאם ההפוך

מעמדו ומקומו של בית-המשפט בחברה אינו סטטי: הוא נתון בתהליך מתמיד של שינוי. בתהליך דינמי זה היו מעלות ומורדות במעמדו של בית-המשפט בישראל. בשנים הראשונות של המדינה בתקופת-כהונתה של ממשלה תזקה, מעמדו של בית-המשפט היה חלש יותר. הדבר ניכר בריבוי חקיקת-תשריר, שביטלה למעשה את תוצאות פסקי-הדין של בית-המשפט העליון⁸⁶; חוקים-למפרע נחקקו לאישור מינויו של הרב אסף כשופט בית-משפט עליון, לאחר שנתגלה כי לא היה כשיר להתמנות לכהונה⁸⁷; ולאישור בחירתו של הרב הראשי, יצחק נסים, לאחר שבחירתו נפסלה על-ידי בית-המשפט העליון⁸⁸. חוקי-תשריר נחקקו לאשר למפרע מסים (מס-גולגולת) ותשלומי-

82 בג"צ 390/79 דוויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1.

83 פרשת נקש (לעיל, הערה 81); בג"צ 910/86 ולעיל, הערה 81.

84 S. Shetreet, "Judicial Independence and Accountability" 33. *International and Comp.*

L. Q. (1984) 979, 983-987

85 ראה שם, עמ' 990-988; וראה שטרית (לעיל, הערה 9), 129-158.

86 לפירוט חקיקת-התשריר ראה י' פרוידנהיים, "חוקי התשריר ושלטון החוק" הפרקליט כג (תשכ"ז)

387; וכן ראה הדגמות נוספות לתגובה חקיקתית על פסיקה בתי-המשפט: ה' קלינגהופר, "תגובות

המתחוק לפסיקת הרשות השופטת", יום העיון של האגודה הפרלמנטריום (1986) 3.

87 חוק לאישור מינוי שופטים של בית המשפט העליון, תש"י-1950.

88 בג"צ 291/55 דיון נ' שר הדתות, פ"ד ט 997; חוק מועצת הרבנות הראשית (הוראות שונות),

תשט"ו-1955.

חובה (תשלומים מיוחדים על התקנת טלפון) שנפסלו על-ידי בית-המשפט העליון⁸⁹. בנושא דת ומדינה נחקקו חוקי-תשריר שאישרו למפרע חוקי-עזר של רשויות מקומיות בנושא גידול חזיר, שנפסלו על-ידי בג"צ, וחוקים שאישרו למפרע פעולות של המועצות הדתיות ושירותי-דת, שהבסיס החוקי שלהן נשמט בעקבות פסק-דין של בית-המשפט העליון⁹⁰. לאחר פסק-הדין ברגמן⁹¹, שפסל את חוק מימון מפלגות ב-1969, נחקק, מצד אחד, תיקון לחוק מימון מפלגות שהעניק מימון בחירות גם לרשימות חדשות לכנסת, אולם מצד שני, נחקק חוק שאישר למפרע את הוראת חוקי הבחירות לכנסת כדי למנוע ערעור עליהן מכוח עיקרון שנקבע בפסק-הדין ברגמן⁹². מקרה אחר הוא פרשת התיקון לחוק למפרע⁹³, שהכשיר את חלוקת זמני שידורי-הבחירות בעקבות פסילת מתכונת חלוקת התשדירים בפסק-דין אגודת דרך ארץ⁹⁴.

לרשימה הזאת ניתן לצרף מקרה נוסף של ביטול תוצאות פסק-דין של בית-המשפט העליון על-ידי הרשות המבצעת. למרכה התמיהה, נעשה הדבר בהמלצת בית-המשפט העליון ובאישורו כדיעבד של בג"צ. כוונתי לצורה-הפקעה שהוצא על-ידי שר-האוצר להפקעת מגרש ובית של מר שוורץ, שזכה בצור-מניעה בבית-המשפט העליון נגד בית-חרושת "אתא" בשל הרעש מן המפעל. בג"צ אישר את חוקיותו של צורה-הפקעה⁹⁵. לעתים נעשתה חקיקת-התשריר באמצעות תקנות לשעת-חירום שנחקקו על-ידי הממשלה, ולא על-ידי הכנסת⁹⁶. יש להזכיר דפוס אחר של התערבות בפסק-דין והוא סיכול ביצועם על-ידי מעשים פיזיים של הרשות המבצעת (פרשת רבאסייה)⁹⁷ או במניעת הכרעה משפטית על-ידי פעולה מוקדמת (פרשת גירוש סובלן לפני דיון משפטי)⁹⁸. בתקופות מאוחרות יותר, כמו באמצע שנות השבעים ובסופן, אירועים כאלה נתקלו בביקורת חמורה מצד בית-המשפט העליון בפרשת אלנטשה⁹⁹ ובפרשת אל לאקיה¹⁰⁰. בשנים האחרונות המוטלת נעה לכיוון ההפוך, וכמה פרשיות מלמדות על נסיגה מסוימת במעמדה של הרשות השופטת בחברה: פרשת סניורה, שבה ניתנה חנינה לנאשם בסמיכות לפסק-דין בערעור שהחמיר בעונשו של אותו נאשם, היא דוגמא אחת. פרשה אולי חמורה ממנה היא, זו של עיכוב ביצוע צווי-הריסה שיפוטיים על-ידי הרשות המבצעת במגזר הערבי באיזור הצפון. פרשה נוספת: פרשת נקש¹⁰¹. תחילתה בהחלטה

- 89 ראה פרוידנהיים (לעיל, הערה 86) 281-282, 284.
- 90 ראה פרוידנהיים, 383-384.
- 91 בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693.
- 92 חוק הבחירות (אישור תוקפם של חוקים), תשכ"ט 1969.
- 93 חוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 7), תשמ"א-1981.
- 94 בג"צ 246/81 (לעיל, הערה 81).
- 95 בג"צ 114/77 שוורץ נ' שר האוצר, פ"ד לא(2) 800.
- 96 פרוידנהיים (לעיל, הערה 86), 382; תקנות שעת חירום (קיום תוקפן של הוראות), תשי"ב-1951, ק.ת. 226 (10.12.1951), 286. התקנות הוצאו בעקבות פסק-הדין בבג"צ 120/51, אסלאן נ' המושל הצבאי, פ"ד ה 1480.
- 97 ראה פרשת רבאסייה, המוזכרת כבג"צ 220/51 (שס); וראה א' רובינשטיין (לעיל, הערה 19), 216.
- 98 ראה פרשת סובלן, המוזכרת כבג"צ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113.
- 99 ראה פרשת אלנטשה (בג"צ 159/76), המוזכרת כבג"צ 320/80 (לעיל, הערה 98), 119.
- 100 בג"צ 179/79 אבו קארן סולימן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לד(4) 567 (פרשת אל לקיה); בג"צ 86/77 שחאדה נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לא(2) 475 (ניסיון להשיג פסילת רשיון-נהיגה בדרך מנהלית, אחרי שהפרקליטות ביטלה ערעור על פסק-דין שעסק בפסילת הרשיון).
- 101 בג"צ 852/86 (לעיל, הערה 81).

חסרת-יסוד של שר-המשפטים שלא להסגיר, וסופה בהחלטה של בית-דין התימתעלמות מפסיקה חד-משמעית של בית-המשפט הגבוה לצדק. במקביל להתפתחויות אלו במישור המהותי, חלה הרעה רצינית בהתייחסות לתנאי כהונתו של השופט היחיד וכן לאמצעים המנהליים ולמשאבים החומריים המועמדים לרשות המערכת השיפוטית, כגוף¹⁰².

השחיקה החמורה במשאבים וההתעלמות ממעמדם החוקתי המיוחד של השופטים ומהוראות סעיף 10 וסעיף 22 לחוק יסוד: השפיטה, במסגרת התקנות לשעת-חירום ליציבות המשק, היא דוגמא לנסיגת מעמד השופטים¹⁰³. דוגמא נוספת היא הניסיון לביטול ביטוח-כריאות ממלכתי לשופטים, שבאופן היסטורי נבע מן הצורך לנתק אותם מקשר עם קופות-חולים אשר היו בעלות צביון מפלגתי מובהק.

(ג) מתאם הפוך

נראה אפוא, כי התרחש תהליך פרדוקסלי בחברה הישראלית של מתאם הפוך בין הרחבת תפקידו של בית-המשפט ובין ההגנה החוקתית על השופטים. באופן מהותי, היקף התפקיד השיפוטי התרחב, אולם נמקביל חל כרסום במעמד השופטים מבחינת הפגיעה בכיצוע נאמן של פסקי-דינם ומבחינת השחיקה כתנאי כהונתם ובאמצעים ובמשאבים המועמדים לרשות המערכת השיפוטית. תופעה נוספת המגלה מגמה שלילית היא רמה גבוהה של לחץ פוליטי או ציבורי על בתי-המשפט בעניינים השנויים במחלוקת ציבורית, כמו, למשל, בפרשת משפטי אבו-חצירא ובפרשת משפט המחותר היהודית.

נוסף על כל אלה יש להזכיר כאן שוב, כי הציפיות של השופטים לא התממשו כאשר חוק יסוד: השפיטה לא הביא כל שינוי חשוב במה שנוגע לחיזוק אי-התלות הקיבוצית של המערכת השיפוטית, במובן זה שלא גדל חלקם באחריות על מנהל בתי-המשפט.

ג. התפתחויות מדיניות חוקתית בסוגיות נבחרות

1. תרומתה של מגילת-העצמאות במישור המשפטי ובמישור התברתי

בחלקה השלישי של מגילת-העצמאות הציגו האבות המייסדים של המדינה את ה"אני מאמין" שלהם — את הקווים האידיאולוגיים והעקרוניים שעליהם מיוסדת המדינה החדשה שזה עתה הוקמה.

כידוע, מילאה הכרזת-העצמאות, ובמיוחד החלק השלישי שלה, תפקיד חשוב בחיזוק ההגנה על זכויות-האזרח על-ידי בתי-המשפט, ושימשה לבתי-המשפט כלי-עזר ביצירת הנחות בסיסיות בדבר האופי הדימוקרטי של המדינה והאופי היהודי של המדינה. לעומת זאת, למעט אזכורים פה-ושם, המגילה לא מילאה תפקיד חשוב במישור הפוליטי, החברתי והחינוכי.

102 שיפור בהעמדת תקציבים ומשאבים ניכר לקראת סוף 1989 וכאשר הוספו 21 תקנים שיפוטיים וכמה תקנים מנהליים. כל זאת לאחר שהמערכת גילתה סימנים שהיא עומדת לכרוע תחת נטל הסכנת הפיגורים וחוסר-היעילות.

103 תקנות שעת חירום (הסדרים לשעת חירום במשק המדינה), תשמ"ה-1985, ק"ת 4830 (1.7.85), 1612.

בשל חשיבותו של הנוסח המקורי של המגילה, אולי כדאי שכפתח דברינו נביא את הדברים כלשונם.

מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות חרות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות.

לאחר קטע פרוגרמטי זה המגילה מציינת את נכונותה של מדינת ישראל לשיתוף פעולה עם האו"ם כביצוע החלטת האו"ם מיום 29 בנובמבר 1947, ואחר-כך באה סדרה של קריאות לגורמים שונים: לאו"ם, לבני העם הערבי, למדינות השכנות ולעם היהודי. האו"ם נקרא לקבל אותנו למשפחת העמים ולתת לנו יד בבניין המדינה; בני העם הערבי נקראו לשמור על השלום וליטול חלק בבניין המדינה "על יסוד אזרחות מלאה ושווה"; המדינות השכנות ועמיהן נקראו לשיתוף פעולה ולשלום; והעם היהודי נקרא להתלכד סביב המדינה בבניין ובעלייה.

באשר למעמדה המשפטי של המגילה, זו אינה חוקה העומדת מעל החוקים של הכנסת. מגילת העצמאות גם איננה חוק: מגילת העצמאות במישורין ובאופן עצמאי אפילו אינה מעניקה זכות לאזרח ואינה מטילה חובה על השלטון; ואף על-פי-כן נודע למגילה ערך משפטי. המגילה מהווה כלי-עזר לפרשנות משפטית: כאשר יש שני פירושים של החוק, האחד מתיישב עם המגילה והשני איננו מתיישב, יעדיף בית המשפט אותו פירוש המתיישב עם המגילה, דהיינו: זה המעניק הגנה יותר רחבה על זכויות האזרח. בית המשפט העליון אימץ גישה זו, ועל-כן למד מהמגילה על אופיה הדימוקרטי של המדינה ועל התשתית האידיאולוגית של המדינה בדבר שוויון, חירות ודימוקרטיה. לאחר שקבע הנחת יסוד זו מכוח המגילה, השתמש בית המשפט בקריאת המוצא הדימוקרטי הזה הן לשם פרשנות חוקים והן לשם קביעת הלכות משפטיות המעניקות הגנה לזכויות האזרח, כגון חופש הביטוי, חופש התנועה והזכות לשוויון¹⁰³.

לראשונה עשה בית המשפט העליון שימוש במגילת העצמאות בפסק-דין משנת 1953 בפרשת קול העם. בית המשפט עסק באותו עניין בסגירת עיתון על-ידי שר הפנים בשל פרסום מאמר בעניין מלחמת קוריאה. השר עשה זאת על יסוד פקודת העיתונות המנדטורית, שעדיין קיימת, למרבה הצער, גם כיום. פקודת העיתונות הסמיכה את השר לסגור עיתון, אם פרסם דבר העלול — לדעתו של שר הפנים — לסכן את שלום הציבור. בית המשפט העליון, מפי השופט אגרנט, קבע כי כדי שהשר יוכל לסגור עיתון, הוא צריך הראות שקיימת ודאות קרובה לסכנה לשלום הציבור. נטייה לסכנה לא די בה. כדי לבסס את המסקנה הזו מסתמך השופט אגרנט על מגילת העצמאות, על אותה חלק שציטטנו בתחילת דברנו.

*103 להנחיות רקע חוקתיות הנלמדות על-ידי בית המשפט ראה בוק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז) 300 ואילך. כמו כן ראה Barak, "Constitutional Law Without a Constitution The Role of the Judiciary", in: Shetreet, *The Role of Courts in Society* (Martinus Nijhoff, 1988)

דבריו המהדהדים בקול גדול עד היום ראויים לציטוט כלשונם:

...מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה המוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו במגילת העצמאות – ובפרט בדבר השתתת המדינה "על יסודות החרות" והבטחת חופש המצפון – פירושו, כי ישראל היא מדינה השוחרת תופש. (אמנם ההכרזה, "אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או בכללם" (בג"צ 10/48) אך במידה שהיא "מבטאה את חזון העם ואת האני מאמין שלו" (שם) מחובתנו לשים ליבנו לדברים שהוצהרו בה, נשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על ידי המדינה, לאחר הקמתה, דרך הצינון של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו¹⁰⁴.

בתי-המשפט השתמשו בהרבה הזהמנויות במגילת-העצמאות לעיצוב זכויות-האזרח; ואמנם, מגילת-העצמאות היתה לכלי פרשנות משפטית חשוב. בתי-המשפט גם השתמשו במגילה כדי לקבוע הנחת-יסוד חשובה, שמדינת ישראל היא מדינה יהודית. למרבה הצער, אי-אפשר לומר, כי לצד התפקיד החשוב שמילאה המגילה במשפט, מגילת-העצמאות היתה גם לכלי חינוכי ולמסמך מנחה גם בתחום חיי היומיום ובחיים המדיניים והחברתיים. במלים אחרות: הפוליטיקאים ואנשי-המדינה לא העלו את מגילת-העצמאות לאותו מעמד שהשופטים השכילו להעלותה. יתירה מזאת: גם הציבור לא השתמש במגילה לביסוס טענותיו. תנועות-המחאה החברתיות והפוליטיות לא הסתמכו במידה מודגשת על ההצהרות האידיאולוגיות והעקרונות המצויות במגילה. במחאות החברתיות של ואדי סאליב (1959) או הפנתרים השחורים (1970) לא הניפו כרזות ובהן "תביעה לשוויון חברתי גמור על-פי מגילת-העצמאות". התנועות נגד כפייה דתית לא זעקו בכרזות, שמוכסח חופש-הדת והמצפון במגילת-העצמאות. אפשר להביא עוד הרבה דוגמאות. ייתכן שהדבר נובע מהתופעה המצערת, שלא השכלנו לחנך לאור המגילה את האזרחים בהיותם תלמידים ולהפוך אותה לכלי חינוכי חשוב. כתוצאה מכך, המגילה היתה לכלי חשוב בעיצוב המשפט במדינת ישראל ובחזוק ההגנה על זכויות-האזרח. לעומת זאת, חשיבותה של המגילה היתה קטנה במישור החברתי, המדיני והחינוכי. צריך להוסיף, שלו הקנו הציבור והמנהיגות הפוליטית והחברתית למגילת-העצמאות מעמד חשוב יותר במישור המדיני והחברתי, ייתכן שבתי-המשפט היו מצדם מקנים למגילת-העצמאות מעמד משפטי גבוה יותר, ולא רק מעמד של כלי-עזר פרשני, וכן מעמד של מסמך שממנו למזוי הנחות-רקע ליצירת הלכות משפטיות. במבט של כארבעים שנה לאחור ברור וגלוי לעין, שהמגילה איננה רק מסמך בעל חשיבות היסטורית, אלא עד היום זהו מסמך-יסוד היכול להנחות אותנו כאשר לאידיאולוגיה הבסיסית של מדינת ישראל.

אין ספק, שהאבות המייסדים של המדינה נתבו דף מרשים בהיסטוריה שלנו, כאשר עלה בידם להוציא מתחת ידם מסמך חתום על-ידי מגוון רחב של כל חלקי היישוב

104 בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884.

היהודי (ביניהם דוד בן-גוריון, הרב קלמן כהנא, מאיר וילנר, פרץ ברנשטיין, מרדכי בנטוב, הרב פישמן-מיון ובכור שטרית). ספק אם היו חותמים היום על המגילה נציגיהם של כל חלקי הציבור שחתמו עליה ב-1948.

מטבע הדברים, וכך דרכו של כל מסמך פוליטי, שהמגילה מהווה פשרה בין כל הגורמים שפעלו ביישוב היהודי. הפשרה שגובשה כמגילת-העצמאות משקפת איזון נכון בכל התחומים.

המגילה קובעת באופן חד-משמעי, שזו מדינה יהודים, ומבססת באופן משכנע את הזכות ההיסטורית הטבעית והמשפטית שלנו על הארץ. מאידך גיסא, המגילה מבטיחה חופש-מצפון-ודת לכול: ליהודים שומרי מצוות, ליהודים שאינם שומרי מצוות וללא-יהודים. זוהי מדינה יהודית, אבל מובטח בה על-פי המגילה שוויון-זכויות חברתי ומדיני לערבים תושבי הארץ. זוהי מדינה יהודית – קבעו חותמי המגילה – אך הם גם הדגישו ב"אני מאמין" שלהם כמגילה, בחזון המגילה, שזוהי מדינה דימוקרטית המושתתת על ערכים של חירות, צדק, שלום ושוויון.

המגילה מקפלת בתוכה לא רק קווים מנחים לבניין חברה דימוקרטית ושוויונית, המכבדת את זכויותיהם של בני-המיעוט: המגילה מציגה גם עמדה של שלום ושיתוף-פעולה בתוך האיזור עם המדינות השכנות, ומציגה עמדה של שיתוף-פעולה עם הקהילה הבינלאומית.

להבטחת המסגרת הנאותה של המשטר קבעו חותמי המגילה, שיש לכונן חוקה למדינה, ואפילו נקבע תאריך: 1 באוקטובר 1948. שנתיים לאחר-מכן החליטה הכנסת שהחוקה תחוקק לא בבת-אחת, אלא פרקים-פרקים. את הציווי הקונסטיטוציוני הזה להשלים את החוקה העבירו כמעין לפיד חוקתי מכנסת לכנסת. כל אחת תרמה את תרומתה, וכיום, לאחר חקיקת תשעה חוקי-יסוד במשך כארבעים שנה, נותרו שני חוקים מרכזיים – חוק יסוד: זכויות האדם, וחוק יסוד: החקיקה. יש לקוות שלא ירחק היום, שתחזינה עינינו בהשלמת החוקה על-ידי כך שנחוקק את שני החוקים האלה, ואז תקיים מצוות המגילה ותוגשם סוף-סוף החלטת הכנסת משנת 1950 בדבר חקיקת החוקה פרקים פרקים¹⁰⁵ (יוזם ההחלטה היה חבר הכנסת דאז, יזהר הררי המנוח).

במבט לאחור, האם הצלחנו להגשים את החזון של מייסדי המדינה כפי שהובע במגילת-העצמאות? ניתן לומר, שעדיין לא הגענו לשלב שבו מדינת ישראל הגשימה את החזון של מייסדיה. החזון הזה עומד במבחן מדי שנה בשנה: הוא עומד במבחן בטחוני ומדיני, משום שחלק ממדינות-האיזור עדיין לא ויתרו על האופציה הצבאית, אם כי חלקן, ובראשן מצרים, עלו יחד עמנו על דרך השלום. החזון של מייסדי המדינה עומד גם במבחן השלום: בימים אלה ובשעות אלה ממש נמצא חזון השלום של מייסדי המדינה במבחן גורלי וחשוב.

חזונם של מייסדי המדינה, כפי שהובע במגילת-העצמאות, להשתית את המדינה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל, עומד במבחנים קשים מדי פרק-זמן בכמה חזיתות: בחזית החברתית חזון המגילה עומד במבחן הגשמת הצדק והשוויון החברתי בתוכנו פנימה, ועדיין ארוכה הדרך להשגת מטרה זו.

חזון המגילה עומד במבחן הגשמת הצדק והמוסר המדיני כלפי יריבינו ומשנאינו בשטחים המוחזקים. חזון המגילה עומד במבחן קשה בחזית השגת האיוון בין השמירה

105 החלטת הררי, דברי הכנסת, כרך 5 (תשי"ן) 1743.

על זכויות האדם והאזרח ובין ההגנה על בטחון המדינה, במיוחד במה שנוגע לזכויות הערבים תושבי הארץ. חזון המגילה עומד במבחן כחזית הסבוכה של השגת איזון האינטרסים בין הדתיים לחילוניים.

כפי שאמרתי לעיל, יש במגילה אידאולוגיה בסיסית שממנה ניתן לגזור פתרונות לבעיות אקטואליות שעמן עלינו להתמודד גם היום. חבל שמגילת העצמאות לא שימשה כלי חינוכי¹⁰⁶ ולא מילאה תפקיד מרכזי במישור החברתי והפוליטי כפי שמילאה במישור המשפטי.

2. מקומם של שיקולי ביטחון

משקלם של שיקולי הביטחון בפסיקת בית המשפט פחת במשך השנים, ובמיוחד מאז שלהי שנות השבעים. לעומת זאת, עלה משקלם של שיקולי החוק וההתחשבות בזכויות האזרח. הדבר התבטא ביחס הביקורתי יותר מצד בתי המשפט להחלטות המבוססות על טעמי ביטחון.

שינויים כאלה אינם יכולים להתרחש ללא שינוי חברתי ותמיכה חברתית. השינוי החברתי התרחש בשל התחזקותה של ישראל מבחינה מדינית וצבאית, אולם הוא התרחש בעיקר אחרי משכו האמון במערכת הביטחון ובצה"ל בעקבות הכשלונות במלחמת יום הכיפורים שתועדו בוועדת אגרנט. מאז חדלה החברה הישראלית לרחוש אמון בלתי מעורער למערכת הביטחון. מלחמת לבנון ואירועי סברה ושתילה חיזקו את המגמה הביקורתית כלפי המוסדות הבטיחניים על ניהול ענייני ביטחון. המגמה הביקורתית המשיכה להתחזק בשל פרשת פולארד ובשל פרשת השב"כ.

מאז ומתמיד בתי המשפט היו מבצרו של האזרח. בשנים הראשונות של המדינה לא נרתע בית המשפט מלבטל החלטות בענייני ביטחון, כמו צווי מעצר וגירוש, כאשר מצא בהן פגמים חוקיים. בשנים הראשונות למדינה ביטל בית המשפט העליון צו-מעצר מנהלי משום שלא הוקמה ועדה מיעצת כפי שמחייבת הוראת החוק שחלה באותו עניין¹⁰⁷; ביטל צו סגירה של איזור בשל אי-פירסומו¹⁰⁸; ביטל צו מעצר מנהלי בשל כך שלא צוין בו מקום המעצר¹⁰⁹; וביטל צו-גירוש בשל כך שניתן על-ידי אלוף-הפיקוד במקום שר הביטחון, שהיה צריך לחתום עליו¹¹⁰.

יש הנוהגים להזכיר פסקי-דין אלה ולהשוותם עם פסקי-דין יותר מאוחרים, שבהם סירב בית המשפט לבטל החלטות בענייני ביטחון. על יסוד ההשוואה הזאת יש הטוענים, כי דווקא בשנים הראשונות של המדינה גילה בג"צ נכונות גדולה יותר להתערב בהחלטות בענייני ביטחון.

דעתי היא, שזוהי פרשנות מוטעית של פסיקתו של בית המשפט העליון. האמת היא,

106 אמנם, בשנת תשמ"ח הכריז משרד החינוך והתרבות על אותה שנה (היא שנת הארבעים למדינה) כשנה שבה ילמדו את מגילת העצמאות כבתי-הכפר. אולי מגילת העצמאות היתה צריכה להילמד שנה שנה ולא רק לרגל שנת הארבעים. נודמן לי באותה שנה להופיע פעמים רבות בפני תלמידים ומורים כדי להרצות בפניהם על מגילת העצמאות. הרצון היה רב. אבל הידע היה מועט.

107 בג"צ 7/48 אלכרבוטלי נ' שר הביטחון, פ"ד ב 5.

108 בג"צ 220/51 (לעיל, הערה 96).

109 בג"צ 95/49 אלבורי נ' הרמטכ"ל, פ"ד ד 34.

110 בג"צ 240/51 אלרחמן נ' שר הפנים, פ"ד ו 364.

שבשנים הראשונות למדינה ביטל בית-המשפט העליון החלטות בטחוניות כאשר הוכח כי לנושא המשרה הציבורית לא היתה סמכות לעשות את הפעולה או שהוא לא קיים את הדרישות הדיוניות שהחוק קבע. כך היה בכל המקרים שהזכרתי לעיל, שבהם בוטלו החלטות בענייני ביטחון בראשית ימי המדינה. ביטול הפעולות השלטוניות היה עקב העדר ועדה מייצעת, אי-פרסום או חוסר-סמכות. לעומת זאת, עד סוף שנות השבעים (שאז התרחש השינוי, כפי שנסביר בהמשך הדברים), סירב בית-המשפט להתערב כאשר הועלתה הטענה לא נגד חוסר-סמכות או נגד הפרה דיונית, אלא נגד ההחלטה עצמה. אם טענו ששיקולי ביטחון לא מצדיקים את ההחלטה, דחה בית-המשפט את הטענה, ובלבד שהשר או המפקד הצבאי הוכיח שני תנאים: שהוא פעל בסמכות ובתום-לב. אם הצליח להוכיח את שני התנאים האלה, לא התערב בית-המשפט¹¹¹. היו מצבים, שבית-המשפט התערב כאשר פירש את החוק באופן כזה שאינו מאפשר לשר לפעול מטעמים בטחוניים כפי שפעל. למשל: בית-המשפט העליון ביטל את פיטוריו של ד"ר ישראל אלדד-שייב מתפקידו כמורה, כאשר הפיטורין נעשו מטעמי ביטחון¹¹².

השינוי התרחש בסוף שנות השבעים. נקודת-התפנית המרכזית והכוללת היתה בפרשת אלון מורה¹¹³, באותו מקרה נתפשה קרקע פרטית להקמת התחלות. בדיון בעתירה שהוגשה לא הסתפק בית-המשפט בבדיקת התנאים שהממשלה פעלה בסמכות ובתום-לב. בית-המשפט ערך בדיקה אינטנסיבית של השיקולים שהניעו את הממשלה, ולבסוף החליט שהיא פעלה ממניעים מדיניים-בטחוניים כלליים ולא כדי לשרת את צורכי הצבא, כפי שהמשפט הבינלאומי מחייב. מאז פסק-הדין בעניין אלון מורה נבדקים לגופם גם שיקולי ביטחון¹¹⁴.

ראוי להזכיר, כי בניגוד לעמדה שהועלתה כאילו פסק-הדין אלון מורה הוא מיוחד במינו¹¹⁵, דעתי היא כי הוא משקף הלכה מבוססת. בפרשת סמאר¹¹⁶ ביטל בג"צ החלטה לסרב לאיחוד משפחות מטעמי ביטחון. כמו-כן ביטל בג"צ את תפישת נכסיה של חברת החשמל למזרח-ירושלים בשטחי יהודה ושומרון¹¹⁷. פסק-הדין בפרשת שניצר¹¹⁸, שביטל את החלטת הצנזור הצבאי למנוע פרסום חלקים מכתבה על המוסד בעיתון "העיר", מבסס באופן חריג-משמעי את התיזה שהציע כותב שורות אלו עוד בשלהי 1987, כי הלכת אלון מורה שינתה את גישת הבג"צ להיקף הביקורת השיפוטית על החלטות בענייני ביטחון. וכך השופט ברק אומר בפסק-דין שניצר¹¹⁹:

- 111 בג"צ 302/72 אבו חילו נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 169. וראה כ"גבע, "לשאלת האיזון בין שיקולי ביטחון והגנת זכויות האדם והאזרח" משפטים ה (תשל"ג-תשל"ד) 685. ראה גם בג"צ 89/71 אלסמר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד כה(2) 197, 199.
- 112 בג"צ 155/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399.
- 113 בג"צ 390/79 (לעיל, הערה 82). ראה גם בג"צ 802/79 סמרה נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פד"י לד(4) 1.
- 114 להצגה מורחבת של עמדה זו ראה S. Shetreet, "The Scope of Judicial Review of National Security Consideration" (to be published in *Israel Yearbook of Human Rights* [1989]).
- 115 נטען, למשל, שהוא מיוחד בכך שבכניבות המקרה השרים נחלקו ביניהם בשיקולי הביטחון. ראה גביון, להלן.
- 116 בג"צ 812/79 (לעיל, הערה 113).
- 117 בג"צ 351/80 חברת החשמל מחוז ירושלים נ' שר האנרגיה ומפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לה(2) 673.
- 118 בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617.
- 119 שם, עמ' 639-640.

האופי הביטחוני של שיקול הדעת המינהלי הרתיע בעבר מפני ביקורת שיפוטית. שופטים אינם אנשי ביטחון, ואל להם להתערב בשיקולי ביטחון. במשך השנים הובהר כי אין כל ייחוד בשיקולי הביטחון לעניין ההתערבות השיפוטית. שופטים אינם אנשי מינהל, אך עקרון הפרדת הרשויות מחייב אותם לפקח על חוקיות החלטותיהם של אנשי מינהל. לענין זה אין מעמד מיוחד לשיקולי הביטחון. גם אלה חייבים להיות מופעלים על פי החוק וגם על אלה צריכה להיות ביקורת שיפוטית. כשם שהשופטים מסוגלים וחייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת המקצועי ככל תחום ותחום, כך הם מסוגלים וחייבים לבדוק את הסבירות של שיקול הדעת הביטחוני. מכאן הגישה כי אין מיגבלות מיוחדות על היקף הביקורת השיפוטית על שיקול דעת מינהלי שעניינו ביטחון המדינה.

ההשקפה הביקורתית כלפי החלטות בענייני ביטחון היא שעמדה ביסוד פסק-דינו של בית-המשפט. בעתירת האגודה לזכויות-האזרח בעניין זכות השמיעה לפני הריסת בתים על-פי תקנות ההגנה, הבג"צ פסק כי יש לפרש את תקנות ההגנה כמחייבות קיום זכות השמיעה לפני הריסת בתים¹²⁰. באשר להתייחסות בית-המשפט העליון לסמכויות ביטחון יש להעיר, כי לעתים בית-המשפט מדגיש שדווקא האופי המרחיק-לכת של סמכויות הביטחון מחייב כי בית-המשפט יבדוק "בקפידה ראויה" את החלטותיהן של רשויות-הביטחון¹²¹. לא רק בביקורת על גופן של החלטות הביטחון בית-המשפט נוהג הקפדה עם הרשויות. בפסקי-דין אחדים ניכרת מגמה של צמצום מרחב-הפעולה של רשויות-השלטון גם בהיבטים נוספים של שימוש בטעמי ביטחון. כך, למשל, פסק בית-המשפט העליון, כי במקום שרשות שלטונית אינה מחויבת לנמק את סירובה, והיא בכל-זאת בוחרת לנמק, הרי נימוקה כפופים לביקורת הבג"צ. הוא-הדין במקום שהרשות רשאית לסרב לגלות את נימוקה, והיא בוחרת, למרות זאת, להגיש תעודת-חיסיון. במקרה כזה נפסק, כי הבג"צ יבחן את ההצדקה שבטענת החיסיון, לפי שיקול המיוסד על צרכי ביטחון, מחד גיסא, וניהול משפט-צדק, מאידך גיסא¹²³.

אין לבחון את ההשפעה של הרחבת הביקורת השיפוטית גם על גופן של החלטות בענייני ביטחון רק על-ידי ספירת מספר פסקי-הדין שבהם התערב בית-המשפט בהחלטה כזו. הבדיקה צריכה להיעשות גם לאור ההשפעה שיש לפסיקת בית-המשפט על חיי המעשה בדרך של "צל המשפט". החלטות בית-המשפט משנות את הפרקטיקה. כך, למשל, פסקי-דין אלון מורה גרם לכך, שקרקעות פרטיות לא נתפשו עוד כאתרים להתנחלויות. במקרים אחרים פסיקת הבג"צ גרמה לכך, שהפרקליטות הנחתה את הרשויות לפעול לפי הפסיקה ללא צורך בדיון משפטי שיכפה על המדינה לפעול בהתאם לפסיקה.

בהקשר זה צריך להדגיש עוד היבט חשוב: בכמה מקרים הגיע בית-המשפט למסקנה, כי מבחינת הדין החל אין מקום להיענות לעתירה, ואולם, למרות זאת, הוא

120 בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529.
 121 ראה בג"צ 554/81 בראנסה נ' אלוף הפיקוד פ"ד לו(4) 247, 251 (השופט שמגר); בג"צ 680/88 (לעיל, הערה 118) 641 (השופט ברק).
 122 בג"צ 2/79 אלאסעד נ' שר הפנים, פ"ד לד(1) 515; בג"צ 541/83 עסלי נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לו(4) 837.
 123 בג"צ 322/81 מחול נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לו(1) 790.

המליץ בפני הרשויות לנהוג בהתאם למבוקש לעתירה. כך היה, למשל, בפרשת גירוש תושבי השטחים ללא שמיעתם מראש בפני הוועדה המייעצת¹²⁴ וכך היה בפרשת ההמלצה להנהיג ערכאות-ערעור בשטחים¹²⁵. הרשות המבצעת נענתה להמלצות שנתן בית-המשפט תוך שימוש במעמדו המוסרי והציבורי למיתון השימוש בסמכויות ביטחון, אף שמבחינה משפטית דחה בית-המשפט את העתירות.

היחס הביקורתי של בית-המשפט העליון לפעילות שלטונית פסולה בענייני ביטחון מצא את ביטורו גם בפסק-הדין בפרשת נאפסו, שבה כוטלה הרשעתו של נאפסו בגין מעשה-בגידה, לאחר שהתברר כי חוקרי השב"כ הטעו את התביעה והעידו עדות-שקר בבית-המשפט¹²⁶.

הפרשנות הנכונה, אם כן, של המגמות בבית-המשפט העליון היא, שבמשך השנים בית-המשפט העליון, בשכתו כבג"צ, דווקא הרחיב ולא צמצם את הביקורת השיפוטית על שיקולי ביטחון כדי להגן על זכויות-האזרח. יש המותחים ביקורת על בית-המשפט שלא עשה די להגנה על זכויות-האזרח מפני שיקולי ביטחון ומפני הפעלת סמכויות-החירום הנרחבות המסורות בידי השלטון. הגם שיש לי ביקורת על פסק-דין זה או אחר, אין חלקי עם המבקרים האלה. לדעתי עשה בית-המשפט העליון מלאכה חשובה ונאמנה להגנת האזרח מפני סמכויות ביטחון. זאת הוא עשה למרות חקיקה שהעניקה שיקול-דעת רחב או מוחלט וסמכויות רחבות לשלטון, למרות המשך קיומן של סמכויות-חירום לפי תקנות ההגנה וחרף העובדה שעדיין, לצערנו, אין לנו חוקה ולא נחקקה עדיין מגילת זכויות-יסוד.

בהקשר זה מן הראוי להזכיר במיוחד את פסיקתו של בית-המשפט העליון בשנות החמישים שבדקה את טענת השלטון כי חומר מסוים חסוי מטעמי ביטחון. בית-המשפט קבע, שטענת חיסיון כפופה לביקורת של בית-המשפט¹²⁷. בכך בית-המשפט בישראל היה חלוץ לפני המחנה והקדים מדינות נאורות רבות בעולם¹²⁸.

גישה דומה של ביקורת על המדינה בענייני בטחון המדינה גילה בית-המשפט העליון בפסיקה דיני-עונשין בנושא עבירות על בטחון המדינה. בית-המשפט מתח ביקורת על הוראות סעיף 23(א) ו-24(2) לחוק לתיקון דיני העונשין (ביטחון המדינה), תשי"ז-1957. מכוח הוראות אלו בית-המשפט חייב להרשיע במסירת ידיעה סודית אם אך הוכח לו קיום המגע עם הסוכן הזר ללא הסבר, ומשדחה את ההסבר שוב אין הוא רשאי להגות את הנאשם משום ספק נוסף. אם בית-המשפט דוחה את הסבר הנאשם לקיום המגע, הוא חייב להרשיעו במסירת ידיעה סודית למרות היותו משוכנע שלמעשה לא נמסרה ידיעה כזאת. על כך אמר בית-המשפט, כי תוצאה זו שהחוק כופה אין הדעת סובלתה, ואף הדאגה לבטחון המדינה אינה יכולה להצדיק שיבוש כזה של דרכי ההוכחה המקובלות בהליכים הפליליים¹²⁸.

124 בג"צ 320/80 (לעיל, הערה 96) 136 (פסקה 7). באותה פרשה ראה גם בג"צ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617.

125 בג"צ 87/85 ארגיוב נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מב(1) 353, 378, 380.

126 ע"פ 124/87 נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא(2) 631.

127 ע"א 65/57 העצני נ' בן גוריון, פ"ד יא 403.

128 ראה *Conway vs. Rimmer* (1968) AC 910, שבו נפסקה הלכה דומה אחת-עשרה שנה אחרי העצני (לעיל, הערה 127).

*128 ע"פ 23/62 כהן נ' היוע"מ, פ"ד טז 2257.

הערכתי החיובית על תרומת בית המשפט העליון להגנה על זכויות האזרח מפני סמכויות ביטחון אינה מביאה אותי בהכרח לידי שביעות רצון מהמצב המשפטי הכללי בארץ בנושא פגיעה בזכויות האזרח משיקולי ביטחון. תקנות ההגנה היו צריכות להתבטל זה מכבר, ובמקומן היינו צריכים לקבל חקיקה מודרנית המתחשבת יותר בזכויות האזרח, כשם שעשינו בחקיקה בנושא מעצרים מנהליים¹²⁹ ובנושא האזנת סתר¹³⁰. מצב החירום הקבוע הקיים מאז 1948 היה צריך להסתיים והיינו צריכים להנהיג הסדר אחר, המבחין בין מצב חירום מיוחד במצב של פעולות איבה ומלתמה, לעומת מצב חירום כללי המאפשר הפעלת סמכויות מוגבלות בלבד. השימוש בתקנות לשעת חירום על ידי הממשלה בנושאים רגילים מאוד שלא קשורים בביטחון — כמו אספקת לחם, צבעי מאכל והפריה מלאכותית — היא הוכחה לכך שחייבים לעשות ריפורמה בנושא זה, ויפה שעה אחת קודם. כל זאת כדי להגן על סדרי החיים הנורמליים, תוך הקפדה על ההגנה על זכויות האזרח מפני סמכויות הביטחון¹³¹.

מעניין לציין, כי במגילת העצמאות בולט באופן מילולי דווקא יסוד השאיפה לשלום, ולא דווקא יסוד הביטחון¹³². הומצב הבטחוני הקשה מקבל ביטוי במגילה באזכור התקפת הדמים הנערכת על היישוב היהודי זה תודשיים. מעניין לציין שהמלה "ביטחון" נזכרת במגילה, אבל לא בהקשר הזה. המקום היחיד שבו עושים שימוש במלה "ביטחון" הוא בסיום המגילה. המייסדים חתמו על המגילה "מתוך ביטחון בצור ישראל".

אמנם, במגילה יש רק אזכור ישיר אחד למצב הבטחוני הקשה, אולם גם ללא אזכורים במגילה, המצב בפועל היה קשה וכבד. מלחמת העצמאות שפרצה מיד, ולאחריה המתיחות בגבולות, גרמה לכך ששיקולי ביטחון מילאו תפקיד חשוב בעיצוב החיים במדינה החדשה. ואמנם, במדינת ישראל נתונות לשלטונות עד היום סמכויות נרחבות בענייני ביטחון.

במציאות העובדתית נמצא מצב החירום כעליות וכירידות. תקופות של פעולות איבה בפועל ותקופות של מלחמות סמוך להן או סמוך לאחריהן אינן דומות לתקופות אחרות שבהן היו פעולות תגמול או אירועים של פיגועי טירור לסירוגין ברווחי זמן גדולים. במציאות המשפטית מצב החירום קיים ברציפות מאז קום המדינה. בלי כל קשר לרגיעה היחסית בין המלחמות, המתה הבטחוני והסכנות החיצוניות והפנימיות לבטחון המדינה הביאו את הכנסת ואת הממשלה להמשיך ולקיים את מצב החירום המשפטי ברציפות.

129 חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979.

130 חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979.

131 לניתוח נושא זה ראה S. Shetreet, "A Contemporary Model of Emergency Detention Law: An Assessment of the Israeli Law" 14 *Israel Yearbook on Human Rights* (1984) 182, 193-194.

132 האבות המייסדים של המדינה קבעו כחלק מה"אני מאמין" שלהם את העיקרון, שהמדינה "תהא מושתתת על יסודות החרות, הצדק והשלום לאור הזוונם של נביאי ישראל". בהמשך המגילה, בחלק הכולל קריאות לגורמים שונים לשיוזוף פעולה, המייסדים מושיטים יד שלום ושכנות טובה לכל המדינות השכנות ועמיהן, וקוראים לערכים תושבי המדינה "לשמור על השלום וליטול חלק בבנין המדינה". המגילה מקרינה מסר עמוק וחזק של הצורך במדינה לעם היהודי והצורך במולדת משלו שבה ימצא ביטחון שחסר לו מאז גלה מארצו.

מצב-חירום כזה מאפשר את תחולתם של חוקים המעניקים סמכויות נרחבות בתחום המעצרים, החיפוש והנהגת הסדרים כלליים בדרך של צווים מנהליים על-פי חוקי-מסגרת כלליים. כמרכז מצב-החירום מאפשר התקנת תקנות שעת-חירום שתוקפן ל-90 יום – אלא-אם-כן הוארכו על-ידי הכנסת – ואשר בכוחן לשנות או לבטל חוקים רגילים של הכנסת¹³³. תקנות ההגנה המנדטוריות המעניקות סמכויות נרחבות בתחום הגבלת חירויות-האזרח, ממשיות להיות תקפות (פרט להוראות בנושא המעצרים המנהליים שהוחלפו בחקיקה ישראלית חדשה, ליברלית יותר). תקנות אלה מאפשרות התערבות בתחומים רבים של זכויות-האזרח, לרבות צנזורה, הגבלת התאגדות פוליטית והגבלת חופש-התנועה, והן חלות ללא קשר להכרזה פורמלית על מצב-חירום¹³⁴. הדימוקרטיה הישראלית מהססת מאוד להיפרד מן המנגנונים המשפטיים הבאים לשמור על בטחון המדינה. גם הממשל הצבאי בישראל שהונהג מאז קום המדינה בוטל רק לאחר תקופה ארוכה באמצע שנות השישים. אולם ניתן לומר, כי משקלם של שיקולי הביטחון הולך ויורד בהדרגה, ומנגד מקומם של שיקולי שלטון החוק הולך ומתחזק. אם כי המסגרת המשפטית הפורמלית השתנתה אך מעט, הרי השתנו דרכי השימוש בסמכויות המשפטיות לאור התחזקותה של המדינה והתעצמות כוחה הבטחוני. גם הפיקוח השיפוטי על פעולות הרשות המבצעת הנוגעות לתחום הבטחוני נעשה אינטנסיבי יותר, ובית-המשפט העליון גילה נכונות לבדוק את שיקול-דעתם של השרים גם בנושאים שיש להם נגיעה לבטחון המדינה. פרשת אלון מורה יכולה להדגים גישה זו.

מן הראוי להדגיש, כי סדרי השלטון הדימוקרטי מעולם לא נפגעו או שובשו בשל מצב-חירום. מעמדה של הכנסת לא נפגע כתוצאה מהמתח הבטחוני, וטעמי ביטחון לא שימשו עילה להפסיק את עבודתה או לדחות בחירות לכנסת (למעט דחיית הבחירות לאחר מלחמת יום-הכיפורים בנסיבות אובייקטיביות מוצדקות).

נראה, כי מן הדין לבדוק מחדש את המצב המשפטי המאפשר מצב-חירום קבוע. המוצא מן המצב הנוכחי הוא בהנהגת הכחנה בין מצב-חירום כללי לבין מצב-חירום מיוחד שיוכרוז על-ידי הכנסת רק בשעת פעולות-איבה בפועל. רק המצב השני יצדיק סמכויות-חירום, כגון קבלתן של תקנות לשעת-חירום. במצב החירום הכללי יהיה ניתן להפעיל סמכויות-חירום שיפורטו, אולם אלו תהיינה מוגבלות ומצומצמות הרבה יותר. השימוש-לרעה בתקנות לשעת-חירום, גם להסדרת עניינים שוטפים ורגילים שאין להם דבר עם בטחון המדינה, מחייב נקיטת צעדים דחופים ללימוד הנושא לקראת ריפורמה של החוקים בנושא זה.

ולא פחות חשוב: צריך לקוות, כי יקום שר-המשפטים במדינת ישראל וימשיך את המפעל שהתחיל בו שר-המשפטים שמואל תמיר ז"ל, לביטול תקנות ההגנה המנדטוריות ולחקיקת חוקים חדשים במקומם, אשר מתחשבים יותר בזכויות-האזרח.

133 סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. ראה בעניין זה ה"י קלינגהופר, "על תקנות שעת חירום בישראל" ספר היובל לפנחס רוזן (ירושלים, 1962) 86; ב' ברכה, "הסדר החקיקה לשעת חירום לפי הצעת חוק יסוד: החקיקה" הפרקליט לא (תשל"ז-תשל"ח) 490; B. Bracha, "Restriction of Personal Freedom without Due Process of Law According to the Defence (Emergency) Regulations, 1945" 8 *Israel Yearbook on Human Rights* (1978) 296; S. Shetreet, "A Contemporary Model of Emergency Detention Law — An Assessment of the Israeli Law" 14 *Israel Yearbook on Human Rights* (1984) 182.

134 לדיון בחקנות ההגנה (שעת חירום) 1941 ראה ברכה (לעיל, הערה 77).

3. מלאכת השלמת החוקה לנדינת ישראל

בחלקה השני של מגילת-העצמאות נקבע, כי צריכים לקום "השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על ידי האסיפה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948". על-פי המגילה, עד לאותו מועד. מועצת-המדינה הזמנית היתה בית-הנבחרים, הפרלמנט של המדינה, והממשלה הזמנית היתה הרשות המבצעת של המדינה החדשה.

ניתן לראות בתאריך 1 באוקטובר תאריך-יעד שעליו התחייבו חותמי המגילה לחקיקת חוקה למדינה, אם כי התאריך מתייחס גם לבחירות לאסיפה המכוננת. המגילה נחתמה במחצית מאי מכאן שחותמי המגילה הקציבו כחמישה חודשים להכנת החוקה. אלמלא המצב הבטחוני ואירועי-הרמים, תקופה של חמישה חודשים להכנת חוקה למדינה לא היתה בגדר תקופה בלתי-סבירה, שהרי את החוקה האמריקנית כתבו לפני 200 שנה במשך שלושה חודשים.

החוקה לא נכתבה עד 1 באוקטובר 1948 וגם לא לאחר-מכן. גם לאחר שנסתיימה מלחמת-העצמאות, לא נתפנו נבחרים-העם לחקיקת חוקה. האסיפה המכוננת נבחרה ב-25 בינואר 1949, אבל הטיפול בעניין החוקה התמשך. היו דיונים והתלבטויות שנמשכו עד יוני 1950. במהלך תקופה זו התקיימו דיונים בוועדת-החוקה שמונתה על-ידי מועצת-המדינה הזמנית, ואחר-כך – במליאת הכנסת.

בסופו של דבר, הגם שבועדת-החוקה רוב החברים היו בדעה שיש להוציא מגילת-חוקה, גברה ידם של המתנגדים לחקיקת חוקה כמסמך אחד ובבת-אחת ושל התומכים בחקיקת חוקה פרקים-פרקים. ואמנם, ביוני 1950 התקבלה הצעת החלטה, המכונה החלטת הררי, שעל-פיה הטילה הכנסת הראשונה על ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת להכין הצעת חוקה למדינה. ההצעה תהיה בנויה פרקים-פרקים, באופן שכל פרק ייקרא חוק-יסוד בפני עצמו. מכאן המינוח חוק-יסוד. אם הוועדה תסיים את עבודתה, תובא ההצעה בפני הכנסת, ולאחר החלטתה יתאגדו כל הפרקים יחד לחוקה אחת.

מאז 1950 נחקקו תשעה חוקי-יסוד: ראשון החוקים היה חוק יסוד: הכנסת (1958); אחר-כך חוקקו את חוק יסוד: מקרקעי ישראל 1960; ארבע שנים לאחר-מכן חוקק חוק יסוד: נשיא המדינה (1964); ולאחר מכן – חוק יסוד: הממשלה (1968); שבע שנים תמימות עברו עד חקיקת חוק יסוד: משק המדינה (1975); ושנה לאחר-מכן נחקק חוק יסוד: הצבא (1976); אחרי הפסקה של זרבע שנים נחקק חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל (1980); ואחרי עוד ארבע שנים נחקק חוק יסוד: השפיטה (1984); אחרון החוקים שנחקק לא מכבר הוא חוק יסוד: מבקר המדינה (פברואר 1988).

על הפרק נותרו שני פרקים חשובים: חוק יסוד: החקיקה, הקובע מעמד עדיף לחוקי-יסוד על-פני חוקים רגילים ומעניק לבית-המשפט העליון סמכות מפורשת לבקר את התאמתם של חוקים רגילים לחוקי יסוד; וחוק יסוד: זכויות האדם, המפרט את מגילת זכויות-היסוד של האדם. כמו-כן נותר פרק מבוא כללי.

אם נחשב את התפוקה של הכנסת בחקיקת חוקי-היסוד במשך כארבעים שנה, נגלה שבממוצע הוקצו כחמש שנים לחקיקת כל חוקי-יסוד. נשאלת השאלה, כיצד קרה שעם חכם ונבון לא הצליח במשך תקופה כה ארוכה לחוקק חוקה, כאשר אותו עם הצליח במשך ארבעים שנה עם כל הביקורות וההסתייגויות, להגיע להישגים גדולים, ובין השאר עלה בידו להקים משק כלכלי, צבא מפורא, מוסדות-חינוך-והשכלה מרשימים

ומוסדות-תרבות; לקבץ גלויות; לקלוט עלייה המונית פי שישה מהאוכלוסייה היהודית של מדינת ישראל בשנת 1948; ועוד כהנה וכהנה הישגים. ברור שעצלות וחוסר-יכולת לא היו הסיבות לאי-חקיקת חוקה. מדינת ישראל התברכה במשפטים מעולים ובעלי שיעור-קומה. היו לכך נימוקים בכל מיני מישורים. הושמעו הרבה נימוקים המושמעים גם היום; לא נעסוק כאן בדיון היסטורי. נסתפק בהערות אחדות כאשר לטענות האקטואליות בעניין חקיקת חוקה למדינה. המתנגדים מעלים כמה טענות: ראשית, הם טוענים שאין צורך בחוקה, שכן גם בלעדית נשמרות זכויות-האזרח. שנית, הם מביאים כדוגמא את אנגליה הקיימת הרבה שנים ללא חוקה. שלישית, ענייני ביטחון – לטענתם – מחייבים שמירת גמישות ומניעת נוקשות הכרוכה בחוקה. רביעית, ענייני דת ומדינה מסובכים ואינם מאפשרים פתרון. ולבסוף הם טוענים, שחוקה תביא לפוליטיזציה של בתי-המשפט¹³⁵. ישנם מתנגדים מן העבר השני השייכים לשוחרי זכויות-האזרח, הטוענים שברוב הפוליטי הנוכחי, אם תחקק חוקה היום, בתוכנה היא לא תהיה ליברלית דייה לטעמם. לפיכך עדיף – לדעתם – להשאיר על כנו את המצב הנוכחי, אשר בו בית-המשפט העליון פועל כמגן זכויות-האזרח¹³⁶.

אין חלקי לא עם הראשונים ולא עם האחרונים. לדעתי, אנגליה אינה משמשת דוגמא נאותה. ראשית, באנגליה, המסורת הפרלמנטרית המודרנית היא ותיקה, בת אלף שנה כמעט. לאנגלים יש מגנה-קרטה מן המאה ה-13, מגילת-זכויות מן המאה ה-17, ועוד מסמכים חוקתיים המעגנים את המסורת הדימוקרטיות. שנית, גם שם יש ויכוח על חקיקת מגילת-זכויות. שלישית, אנגליה כפופה לאמנה האירופאית לזכויות-האדם, ופסקי-דין בריטיים ניתנים לביטול על-ידי בית-הדין האירופי לזכויות-האדם בשטרסבורג. במובן זה אנגליה כפופה למגילת-זכויות. ענייני ביטחון ניתנים להסדרה בצורה שתביא לאיזון אינטרסים נכון בין זכויות-האדם ובין צורכי הביטחון, והוא הדין לגבי נושאי דת ומדינה: גם כאן ניתן למצוא איזון בין הצרכים השונים והנוגדים. טענת הפוליטיזציה של השפיטה איננה שקולה כנגד התועלת שבחקיקת חוקה. יתירה מזאת: גם היום אנו מעבירים להכרעה שיפוטית שאלות שבמהותן הן פוליטיות וכלכליות משום שאין מוסד אחר שיכריע בהן. ואם היום אנו חיים טוב עם מידה מסוימת של פוליטיזציה של בתי-המשפט, אין סיבה שלא נחוקק חוקה רק בשל דבר הקיים בלאו הכי. ובאשר לטענה של שוחרי זכויות-האזרח, כי אין השעה כשרה לחקיקת זכויות-אזרח בשל הרוב הפוליטי הבלתי-נוח: מי לידם יתקע שהרוב הפוליטי בעתיד יהיה נוח יותר; ושנית, הטענה שכל עוד הרוב הפוליטי אינו נוח לנו נסמוך על בית-המשפט העליון שאיננו נבחר, אלא גוף ממונה, אשר יעשה את המלאכה, איננה מתיישבת עם רעיון המשטר הדימוקרטי. ושלישית, אינו דומה בית-משפט ליברלי (ואני מקווה שהוא ימשיך להיות כך להרבה דורות) כשהוא פועל בלי חוקה, לבית-משפט הפועל עם חוקה ומכוח חוקה; ברור שעם חוקה הוא ייטיב להגן על זכויות-האזרח ועל השיטה הדימוקרטית. סיכומו של דבר: צריך להשלים את החוקה, ויפה שעה אחת קודם. אין צורך להציע הסדרים חדשניים באותם נושאים המוסדרים כבר בחוקי-יסוד קיימים, משום שפתיחת חזיתות חדשות תכביד על השגת היעד של השלמת החוקה.

135 מ' לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5.

136 כר, למשל, טענה פרופ' גביוון בבטאון לשכת עורכי הדין, הלשכה (ביולי 1988), 12-13.

לעומת זאת, צריך לגייס את כל התמיכה הציבורית הדרושה כדי לדחוף את השלמת חוקי-היסוד התלויים ועומדים בפני הכנסת: חוק יסוד: זכויות האדם, וחוק יסוד: החקיקה.

כמורכב צריך — לדעתי — להפריד בין המאבק להשלמת החוקה ובין המאבק לשינוי שיטת-הבחירות. שני הנושאים הללו ניתנים להפרדה ואינם כרוכים בהכרח זה בזה. צריך להעיר, שגם חוקה ניתנת לתיקונים בדרכים שייקבעו (רוב של שני שלישים). גם לאחר השלמת החוקה על-ידי חקיקת חוק יסוד: החקיקה, יהיה ניתן להציע תיקונים כגון שינוי שיטת-הבחירות, שהוא דבר חיובי וחשוב כשלעצמו, וראוי למלא את התמיכה והדחיפה. אבל זאת עדיף לעשות במסגרת נפרדת.

ד. סיכום

כאמור, בחברה הישראלית מתפתחת מגמה פרדוקסלית. מצד אחד, ניכרת הרחבה מתמדת בתפקידו של בית-המשפט העליון. נושאים רבים שקודם-לכן לא נדונו על-ידי בית-המשפט מובאים כיום להכרעתו. זהו תהליך הקרוי "משפטזציה". במיוחד אמורים הדברים לגבי נושאים מרכזיים בעלי השלכות ציבוריות, ואפילו פוליטיות. כנגד מגמה קבועה זו של הרחבת תפקידו של בית-המשפט בחברה הישראלית אנו עדים למגמה של נסיגה או כרסום במעמד המוסדי של המערכת השיפוטית ובמעמד האישי של השופטים. ההחמצה בהשגת הישגים בתחום זה במסגרת חוק יסוד: השפיטה, היא דוגמא למגמה זו.

דווקא הרחבת תפקידה של המערכת השיפוטית בחברה הישראלית והתפקיד החשוב שהיא ממלאת בתחומים מרכזיים של חיינו הציבוריים מחייבים שיהיה מתאם ישר, ולא הפוך, למידת ההגנה החוקתית המוענקת למערכת השיפוטית כגוף, ולשופטים — כיחידים.

ניתוח ההגנה החוקתית של המערכת השיפוטית בישראל מעלה, כי בתחומים אחדים דרושה ריפורמה. בין השאר דרושה ריפורמה להעלאת הדרג הנורמטיבי של החקיקה המסדירה את תנאי כהונתם של השופטים וסמכויות בתי-המשפט להגברת חלקם של השופטים במנהל בתי-המשפט, לפי מודל של אחריות משותפת, ולהגברת מעורבות מוסדית של השופטים בהליכי-חקיקה הקשורים לשופטים. במסגרת זו, עיגון בחקיקה של מועצת-השופטים יחזק את יכולתם של השופטים להגן ביתר אפקטיביות על המערכת השיפוטית. כמורכב נדרש שינוי יסודי במסורות השיפוטיות לגבי המעורבות הציבורית וההתארגנות הקולקטיבית של השופטים לשמירה על מעמדם, לרבות השימוש בעיתונות ככלי להצגת עמדותיה של המערכת השיפוטית בפני הציבור.

נושא העלאת הדרג הנורמטיבי של ההגנה החוקתית של המערכת השיפוטית קשור קשר הדוק לשאלת השלמת חוקה למדינת ישראל. כידוע, תלויה ועומדת הצעת חוק יסוד: החקיקה, זה כמה שנים. אם תקבל הצעה זו, אזי יוקנה לכל חוק-יסוד מעמד עדיף על-פני חוקים רגילים, ושינוים יחייב רוב מיוחד. בשנת הארבעים למדינה מן הראוי שנגיע לקבלת חוק זה, וכן חוק יסוד: זכויות האדם. בכך תוענק אז הגנה חוקתית נאותה לזכות להישפט בפני בתי-המשפט הנהנים מאי-תלות המוגנת בהוראות חוקתיות בעלות עדיפות. לדעתנו, אין לקבל עוד את השליטה האקזקטיבית הבלעדית בהנהלת המערכת השיפוטית באיצטלה שיפוטית בדמותו של מנהל בתי-המשפט הכפוף לרשות

המבצעת. המודל של שליטה שיפוטית בלעדית, כהצעת לשכת עורכי-הדין, או מודל השליטה המשותפת של הרשות השופטת והמבצעת, המוצע בזה, צריכים להישקל בכובד-ראש לקראת אימוצם בחקיקת-היסוד בנושא זה. בתקופה זו של השלמת ההסדרים החוקתיים הבסיסיים לקראת עיצוב יסודות המשטר בישראל, מן הדין שנימנע מגישה של דבקות בקיים וניגש לסוגיא מתוך נכונות להנהגת ריפורמה.

בתי-המשפט בישראל ממלאים תפקיד מכריע בחברה ובמשל, ויש להבטיח שתפקיד זה יקבל ביטוי גם מבחינת חיזוק אי-התלות הקיבוצית של המערכת השיפוטית לפי הקווים שהועלו כאן. הגברת חלקה של הרשות השופטת בניהול בתי-המשפט או מסירת אחריות מלאה לשופטים על מנהל בתי-המשפט תתרום להבטחת מעמדה החוקתי המרכזי של המערכת השיפוטית במערכת-המשל בישראל.

בתחומים אחרים ראינו, כי מגילת-העצמאות מילאה תפקיד חשוב במישור המשפטי בהגנה על זכויות-האזרח וכמקור לעקרונות-יסוד במשטר דימוקרטי, אולם לא מילאה תפקיד חשוב במישור החברתי והפוליטי. לא השכלנו להפוך את המגילה לכלי חינוכי ממדרגה ראשונה ובהוויה החברתית-פוליטית של המדינה בדיקת ההתפתחויות בנושא משקלם של שיקולי הביטחון מראה, שהן במישור החברתי והן במישור המשפטי פחתה עוצמתם של שיקולים אלו. היקף הביקורת השיפוטית על החלטות בענייני ביטחון התרחב והיא מתפשטת גם על השיקולים לגוף העניין, ולא רק על פגמים דיוניים או חריגה מסמכות. התחלנו בעריכת ריפורמה בחקיקת הביטחון, על-ידי חקיקת החוק בנושא המעצרים המנהליים, אולם עוד רבה המלאכה לפנינו לרביזיה של חלקים נוספים בתקנות-ההגנה. כמו-כן המשך תוקפה של ההכרזה על מצב-החירום מחייב גם הוא התמודדות אמיצה במגמה להנהיג ריפורמה כפי שהוצע.

ולבסוף, המשימה החשובה של השלמת חוקה למדינת ישראל עוד לפנינו. ראוי שנעשה כל מאמץ כדי להבטיח את השלמת מלאכת החקיקה של שני חוקי-היסוד העומדים על הפרק חוק יסוד: זכויות האדם, וחוק יסוד: החקיקה. אני מקווה שהכנסת השתים-עשרה תזכה להשלים את החוקה למדינת ישראל.

