

## בעקבות ספרו של פרופ' יניב רוזנאי Unconstitutional Constitutional

### Amendments<sup>1</sup> – מבט ביקורתי על פרקטיקת המשפט ההשוואתי

#### בניתוח דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי

מאת: מיכאל סיארה

מאמר זה מתפרסם במסגרת [תחרות כתיבה](#) בנושא "מבט ביקורתי על סוגיות במשפט הציבורי בישראל", שאירגן תא משפט וחירות בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בשנת תשפ"א. מאמר זה הוא הזוכה במקום השלישי (במשותף) בתחרות.

#### מבוא

בית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ דן לאחרונה בהרכב מורחב של 11 שופטים ב-15 עתירות שהוגשו נגד חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק יסוד: הלאום).<sup>2</sup> אחת השאלות שבהן התמקד הדיון הייתה שאלת סמכותו של בג"ץ להפעיל ביקורת חוקתית על חוק יסוד והשימוש בדוקטרינה המכונה "תיקון חוקתי בלתי חוקתי".<sup>3</sup> התייחסות מעניינת שעלתה בהקשר זה מצד שני הצדדים (העותרים והמשיבים) ומצד בית-המשפט עצמו הינה התייחסות השוואתית. דהיינו, שימוש בפרקטיקת המשפט ההשוואתי.<sup>4</sup> בין היתר, נעשתה הפניה פעמים רבות לספרו של יניב רוזנאי אשר סקר 742 חוקות של מדינות משנת 1789 ועד לשנת 2015.<sup>5</sup> מטרת המאמר הינה לעמוד על היבטים מרכזיים שיש לשקול בעת השימוש בפרקטיקת המשפט ההשוואתי.<sup>6</sup> הטיעון שאותו אבקש לקדם הינו שלמרות חשיבותה של פרקטיקת המשפט ההשוואתי היא מחייבת זהירות והפעלה במשורה. שכן, ללא הכרות טובה עם היבטים תרבותיים, מוסדיים ויישומיים של המדינות שאליהן נעשית השוואה קשה להפיק ממנה תועלת אמיתית.

<sup>1</sup> ROZNAI, YANIV UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017). המחבר הינו תלמיד תואר ראשון (שנה ג'). המאמר נכתב עבור תחרות הכתיבה של תא משפט וחירות באוניברסיטה העברית לשנת 2020 בנושא "מבט ביקורתי על סוגיות במשפט הציבורי בישראל". תודתי נתונה לתא ולשופטיו על שנתנו לי תמריץ להתעמק בסוגיה המעניינת הנ"ל ועל הערותיהם שבוודאי יהיו מועילות ומעשירות.

<sup>2</sup> הדיון המלא התקיים ב-22 בדצמבר 2020, ז' בטבת התשפ"א ושודר באתר של בית המשפט העליון כחלק מפיילוט השידורים של נשיאת בית-המשפט העליון, כבוד השופטת אסתר חיות. ניתן לצפות בהקלטת השידור כאן: <https://youtu.be/RFozxsh5uLE>

<sup>3</sup> לדיון על הדוקטרינה ראו ROZNAI, הי"ש 1 לעיל, 5-10, 138.

<sup>4</sup> ראו למשל את שאלותיו של כבוד המשנה לנשיאה, חנן מלצר, לממונה על ייצוג הכנסת בערכאות, עו"ד אביטל סומפולינסקי ואת דבריה של ב"כ העותרים בבג"ץ 6552/19, עו"ד צמח רווית. שימוש בפרקטיקת המשפט ההשוואתי נעשה גם בנוגע לחוק יסוד: הלאום עצמו. ראו: אלכס יעקובסון "חוק הלאום במבט השוואתי" **חוקתיות, כינון חוקה וריבונות מבט תיאורטי והשוואתי** 10 (אמל ג'מאל, נאוה זוננשיין ואמיר פאחור, 2020). אומנם מאמר זה אינו עוסק בכך אלא מתמקד בשימוש בפרקטיקה בקשר לדוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי, אך כפי שנאמר בפתח הדברים, המסקנה שלפיה יש לעשות בפרקטיקת המשפט ההשוואתי שימוש במשורה תקפה גם לעניינים אחרים.

<sup>5</sup> הי"ש 1 לעיל.

<sup>6</sup> המושג "פרקטיקה של משפט השוואתי" שאול כפי שיפורט להלן בהרחבה ממאמרה של כבוד השופטת דפנה ברק-ארז. ראו: דפנה ברק-ארז "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים" **דין ודברים** ד 81, 83 (תשס"ח) (להלן: ברק-ארז).

סדר הדברים: תחילה, אציג מהי דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי והעניין ההשוואתי שהיא מעוררת. לאחר מכן, אציג מהי פרקטיקת המשפט ההשוואתי וההיבטים שיש לתת עליהם את הדעת בהפעלתה. לבסוף, אדגים את טענתי ביחס להיבטים האמורים באמצעות שלושה היבטים (מוסדי, יישומי ותרבותי) שבהם שונה מדינת ישראל ממדינות העולם הקונטיננטלי מבחינה חוקתית. אין בכוונתי לנקוט עמדה במסגרת מאמר זה על סוגיית הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד. מטרתי היחידה הינה לתרום לשיח הקיים במסגרת זו ביחס לפרקטיקת המשפט ההשוואתי ולחדד את הצורך בהפעלתה בצורה שקולה וזהירה.

#### **א. דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי והעניין ההשוואתי**

מטבעם של נושאים חדשים לעורר עניין השוואתי. נושא מסוג זה הינו הנושא שבו עוסק יניב רוזנאי בספרו אודות דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי.<sup>7</sup> דוקטרינה זו גורסת כי יתכן מצב שבו תיקון חוקתי, גם כזה שיעבור לפי הפרוצדורה הקבועה בחוקה לתיקונה, יהא בלתי-חוקתי מחמת תוכנו. לפי הדוקטרינה, תיקון חוקתי הפוגע במבנה הבסיסי של החוקה אינו חוקתי. ההתייחסות הראשונה לדוקטרינה זו במשפט הישראלי נעשתה במאמר של כבוד נשיא בית-המשפט העליון לשעבר אהרון ברק.<sup>8</sup> מאז, עלתה הסוגייה בהקשרים שונים אך נכון למועד כתיבת שורות אלו טרם נעשה שימוש בדוקטרינה.<sup>9</sup> העניין ההשוואתי באשר ליישומה של הדוקטרינה אינו נחלתו של רוזנאי בלבד וגם שופטי בג"ץ הראו עניין בפרקטיקה במהלך הדיון בחוק יסוד: הלאום.<sup>10</sup>

#### **ב. פרקטיקת המשפט ההשוואתי – על שום מה?**

פרופ' מרדכי ראבילו ופרופ' פבלו לרנר, מגדולי המשפטנים בתחום של המשפט ההשוואתי, ציינו כי "מאז החל האדם מתעניין בתופעה המשפטית, הוא החל מתעניין במידה זו או אחרת, גם במשפטם של האחרים".<sup>11</sup> ההשוואה המשפטית היא גם אחד ממדעי המשפט.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> ראו: ROZNAI, ה"ש 1 לעיל. יצוין כי כפי שטען בצדק עמיחי כהן "ספרו של רוזנאי עוסק מעט מאוד במצב הישראלי" משתי סיבות עיקריות: ראשית, מעמדם של חוקי-היסוד כ"חוקה" בישראל שנוי במחלוקת. שנית, העיסוק בתחום בישראל עובר לספרו של רוזנאי היה מועט. ראו: עמיחי כהן – 'תיקון חוקתי לא-חוקתי בעידן של פוליטיקה פופוליסטית - בעקבות ספרו של יניב רוזנאי 'Unconstitutional Constitutional Amendments' **משפט וממשל כא** (ספטמבר 2020), 335.

<sup>8</sup> אהרון ברק 'תיקון של חוקה שאינו חוקתי' **ספר גבריאל בך** 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011).  
<sup>9</sup> השופטת בייניש ציטטה את ברק בעניין **בר-און נ' כנסת ישראל** (בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד (סד)275(3) (2011)) אולם כפי שמציין עמיחי כהן (ה"ש 15, לעיל) התפיסה המקובלת בישראל הייתה שאין מגבלות באשר לכוחה של הכנסת לתקן את חוקי-היסוד. מצב זה השתנה לאחר ספרו של רוזנאי. בית-המשפט העליון דן פעמיים בתיקונים לחוקי-היסוד שנטען לגביהם כי הם אינם חוקתיים: פעם אחת בבג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 6.9.2017) (להלן: **פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים**) ופעם בעניין **חוק ההדחה** (ראו בג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת** (פורסם בנבו 27.5.2018) (להלן: **עניין חוק ההדחה**). **בפרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים** בית-המשפט הדגיש כי ההחלטה אינה מבוססת על דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי אלא על דוקטרינה מצומצמת יותר של "שימוש לרה בסמכות המכוננת" אולם ניתן לראות בכך כפי שרואה בכך עמיחי כהן (ה"ש 15 לעיל) כאימוץ גרסה מצומצמת של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי.

<sup>10</sup> ה"ש 4 לעיל.

<sup>11</sup> מרדכי א' ראבילו ופבלו לרנר "על מקומו של המשפט ההשוואתי בישראל" **מחקרי משפט כא**, 89 (תשס"ד – 2004).

<sup>12</sup> על המשפט המשווה כמדע ראו: R. Sacco "one Hundred Years of Comparative Law" 75 *Tutlane Law Review* (2000), 1159, 1162.

אולם, התיבה "פרקטיקת המשפט ההשוואתי" כפי שאעשה בה שימוש במאמר זה מתייחסת למושג מצומצם יותר השאול ממאמר של כבוד השופט דפנה ברק-ארז הן במשפט ההשוואתי כפרקטיקה.<sup>13</sup> השופטת טוענת במאמרה כי "לא המשפט ההשוואתי מצוי במשבר אלא רק תפיסה מסוימת שלו – זו הרואה בהשוואה מדעית בין שיטות משפט תכלית העומדת בפני עצמה. לעומת זאת, מהיבטה של התפיסה לפיה מטרתו של המשפט ההשוואתי היא לימוד משיטות משפט אחרות לשם פיתוח המשפט המקומי ולצורך הבנה טובה יותר שלו, ניתן לומר כי המשפט ההשוואתי דווקא יודע כיום פריחה".<sup>14</sup>

עוד טוענת ברק-ארז כי בית-המשפט העליון של ישראל נוהג לעשות שימוש בפניה למשפט ההשוואתי. כמו כן, פרקטיקה זו מקרינה אל הקהילה המשפטית כולה, בכך שהיא מעודדת טיעונים משפטיים המבוססים של עיון משווה ומחזקת את הלגיטימציה של השימוש בטיעונים השווואתיים. אמנם מחקר כמותי שעסק בנוהגי ההסתמכות של בית-המשפט העליון בישראל הצביע על מגמה של ירידה במידת ההפניה לאזכורים זרים וגידול הדרגתי בהסתמכות על תקדימים מקומיים. אולם, דומה שמגמה זו משקפת את השגרה של העבודה השיפוטית. בנוסף, ביצירת התקדימים העקרוניים יש משקל חשוב לשימוש במשפט השוואתי לדעת ברק-ארז.<sup>15</sup> דוגמא לכך הינן היוזמות לניסוח חוקה לישראל, שבהן נעשה שימוש רב בפניה ללימוד משיטות אחרות (למשל בכל הנוגע למודל הרצוי של ביקורת שיפוטית על חוקה).<sup>16</sup>

עם זאת, השימוש במשפט השוואתי אינו נטול מקשיים וברק-ארז מצביעה על שלושה היבטים מרכזיים שיש לתת עליהם את הדעת בעת השימוש בפרקטיקת המשפט ההשוואתי:

**ההיבט הראשון הינו ההיבט המוסדי.** לצורך כך נודעת לדידה חשיבות להבחנה בין השחקנים השונים, בפרקטיקה ההשוואתית: שופטים ועורכי דין, מחוקקים, אנשי מינהל וקבוצות אינטרס.<sup>17</sup> היא מסבירה כי בתי המשפט יכולים לעשות שימוש אפקטיבי במשפטן של מדינות אחרות, רק כאשר קיימת הנחה בסיסית בדבר דמיון בהסדרים המשפטיים בין ישראל למדינה שאליה פונים, או לפחות בתפיסות היסוד המונחות בבסיסים.<sup>18</sup>

**ההיבט השני הינו ההיבט התרבותי.** ההשראה משיטות משפט אחרות היא אפשרית לדידה רק כאשר קיימת קרבה מספקת בין ישראל לבין המדינה המשמשת כמקור השראה מבחינת הערכים החברתיים ותנאים סביבתיים אחרים.<sup>19</sup> בהקשר זה היא מציינת שבישראל ההשוואה העיקרית היא למשפט האנגלו-אמריקני בשל הקשר ההיסטורי ובשל מחסום השפה של ישראלים רבים. עם זאת, "לא כל החוכמה מרוכזת בעולם המשפט האנגלו-אמריקני ומכול מקום, השוני בין ישראל לבין חלק מן המדינות המשמשות מודל להשוואה עשוי להפוך את הפניה אליהן לבעייתית". בהקשר החוקתי טוענת ברק-ארז כי המבנה הפדרלי של השלטון האמריקאי, המשפיע על החלטות חוקתיות מרכזיות, אינו רלוונטי להקשר הישראלי והעיקרון של

<sup>13</sup> ברק-ארז, 83, ה"ש 4 לעיל.

<sup>14</sup> שם.

<sup>15</sup> ברק-ארז, ה"ש 4 לעיל, ה"ש 17 בעמ' 85. ראו גם: יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס, "נוהגי ההסתמכות של בית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", **משפטים** כז (תשנ"ו) 119, 184-162.

<sup>16</sup> ברק-ארז, ה"ש 4 לעיל, בעמ' 86 היא מציינת (בה"ש 19) כי חוקי היסוד בנושא זכויות האדם – חוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 1454 וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 1391 – התבססו בכמה היבטים מרכזיים על הצירטר הקנדי בנושא זכויות וחירויות.

<sup>17</sup> ברק-ארז, ה"ש 4 לעיל, 86.

<sup>18</sup> שם, 87.

<sup>19</sup> שם 88.

הפרדה בין דת למדינה על פי התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית "הופך את ההיזקקות למשפט האמריקני בתחום זה לבלתי אפשרית". לכן, היא ממליצה להרחיב את נקודת המבט למדינות אחרות.<sup>20</sup>

**ההיבט השלישי הינו ההיבט היישומי.** בהקשר זה טוענת ברק-ארז כי הקושי המעשי ביישומו של המשפט ההשוואתי נובע מכך שלימוד ממשפטה של מדינה אחרת מחייב בחירה מודעת ומשכלת של תחום ההשוואה והבנה טובה של ההקשר.<sup>21</sup> כמו כן, המשפט ההשוואתי המסורתי התמקד בהשוואת המשפט של ספרי החוק כלומר בדוקטרינה. מיקוד זה אינו מתיישב לדידה עם התובנה כי חשוב אף יותר לבחון את המשפט בפעולה.

על רקע היבטים אלה, מצויד בעצותיה של ברק-ארז, אעמוד עתה על שלושה היבטים: מוסדיים, תרבותיים ויישומיים שבהם נבדלת שיטת המשפט הישראלית משיטות המשפט הקונטיננטליות.<sup>22</sup> ההתמקדות בשיטות המשפט הקונטיננטליות נובעת משלוש סיבות. ראשית, בשל הערתה לעיל של ברק-ארז על הצורך להרחיב את נקודת המבט. שנית, בשל השוני הרב יותר הקיים בינן לבין שיטת המשפט הישראלית. שלישית, משום שלמרות שוני זה בדיון על חוק יסוד: הלאום השוותה ישראל דווקא למדינות אלו.<sup>23</sup>

### **1. היבט מוסדי – מינוי שופטים, קיומה של חוקה וקיומו של בית משפט לחוקה**

במדינת ישראל, בניגוד לרוב מדינות הקונטיננטל ולרוב המדינות בעולם, מפעל החוקה טרם הושלם.<sup>24</sup> החוקה של ישראל, "נמצאת במידה רבה בתהליך התגבשות".<sup>25</sup>

עובדה זו הייתה בלב ליבה של המחלוקת אודות הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד ועל חוקים בכלל ומשמש לעיתים את המתנגדים לה. כך למשל עו"ד שמעון נטף טוען שבכל מקרה בעולם בו נפסל תיקון לחוקה "הסתמכו בתי המשפט על החוקה השלמה".<sup>26</sup> המצדדים בביקורת השיפוטית על חוקי היסוד לעומת זאת וביניהם פרופ' רוזנאי עצמו, מזכירים שכבר "אין היום כמעט מדינות בלי חוקה" וניו זילנד ובריטניה – שתי מדינות שניעדר מהן מסמך חוקתי פורמלי – הן חריג עולמי. לכן, "ברור שבכל מדינה אחרת בעולם בו בית-המשפט ידרש לשאלת הביקורת השיפוטית על תיקונים לחוקה יהיה זה במסגרת חוקה שלמה".<sup>27</sup>

כמו כן, רוזנאי מאמין שבשביל לענות על שאלת הסמכות, דהיינו, האם סמכותה של הכנסת לכוון או לתקן חוקי יסוד מוגבלת באופן כלשהו לא נדרשת חוקה פורמאלית כתובה.<sup>28</sup> קטונתי מהכרעה בסוגיה

<sup>20</sup> שם, 89.

<sup>21</sup> ברק-ארז, ה"ש 4 לעיל, 90.

<sup>22</sup> הרשימה להלן הינה כמובן רשימה שאינה ממצה אך די בה לדידי כדי להצדיק שימוש זהיר בפרקטיקת המשפט ההשוואתי והרי זהו הטיעון שבליבת המאמר.

<sup>23</sup> ה"ש 4 לעיל.

<sup>24</sup> לדיון בבדיקת מהותן של חוקות, תפקידיהן הפוליטיים, תנאים לנחיצותן ודרכים ראויות לאימוצן ראו בין היתר: רות גביזון "המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כ"ח 21, 34-72 (2018).

<sup>25</sup> פרשת **המרכוז האקדמי למשפט ולעסקים**, לעיל ה"ש **Error! Bookmark not defined.**, פס' 15 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

<sup>26</sup> שמעון נטף "התערבות בג"ץ בחוקי היסוד תהווה תקדים עולמי" **גלובס-דעות** 29.10.2020.

<sup>27</sup> ניב רוזנאי "פיקוח שיפוטי על חוקי היסוד – הגיוני ונדרש" **גלובס – דעות** 04.11.1010.

<sup>28</sup> שם. רוזנאי מבסס את טענתו על טענה נוספת שלפיה "גם אצלנו מוכרים עקרונות יסוד – המדינה כיהודית ודמוקרטית" בחוקי היסוד. בנוסף, הוא משתמש בפרקטיקה השוואתית בצייטוט דבריהם של מלומדים רבים וביניהם הלורד ססין בפסק-דין בעניין גיקסון, סר רובין קוק, נשיא בית-המשפט לערעורים והמשפטן הצרפתי מוריס אוריו. ראו גם: סוזי נבות וניב רוזנאי "על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד" **ICON-S-IL Blog** (4.11.2018).

מי מהם צודק. עם זאת, נראה שראוי לזכור את השוני המהותי הנזכר לעיל בין מדינות הקונטיננט לישראל. שכן, שוני זה עשוי להשפיע גם על הלגיטימציה הציבורית ועל אמון הציבור בבית המשפט.<sup>29</sup> מה גם שבג"ץ עצמו מייחס לשוני זה חשיבות.<sup>30</sup>

בנוסף, במדינת ישראל, בניגוד למרבית מדינות הקונטיננט, אין בית-משפט לחוקה.<sup>31</sup> ביקורת שיפוטית נעשית במסגרת מערכת בתי המשפט ובעיקר כשבת-המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, פוסל חוקים או סעיפי חוקים שחוקקה הכנסת כאשר הוא פוסק שהם סותרים חוקי יסוד.<sup>32</sup> לבסוף, מבחינה מוסדית ראוי להזכיר ולו בקצרה את סוגיית מינוי השופטים. בניגוד להליכי המינוי של שופטים רגילים, שהם בירוקרטים מקצועיים, הליכי המינוי של שופטי בתי-המשפט החוקתיים בשיטות האירופיות הם הליכים פוליטיים מובהקים.<sup>33</sup> מטרתם הינה להבטיח את האחריותיות הדמוקרטית של חברי מוסדות אלה ומינויים הוא לתקופה קצובה.<sup>34</sup> למעשה, מבין 36 מדינות ה-OECD רק ישראל ו-4 מדינות נוספות מעניקות בידי גורמים שאינם נבחרים הציבור את האפשרות להכריע את זהות כל או רוב שופטי הערכאה החוקתית.<sup>35</sup> הבחנות אלה, כמו גם ההבחנה בדבר השלמת מפעל החוקה, עשויות כאמור להשפיע על הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד ועל אמון הציבור בבית-המשפט.<sup>36</sup>

## 2. היבט תרבותי – הומוגניות לעומת הטרוגניות

היבט נוסף שבו ישנו שוני מהותי בין ישראל למדינות הקונטיננט הינו ההיבט החברתי-תרבותי. בעוד שמדינות הקונטיננט מתאפיינות ברובן בחברה הומוגנית, החברה הישראלית הינה חברה הטרוגנית ורב-

<sup>29</sup> בעניין זה ראו: Sadurski, Wojciech, ed. *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*. Vol. 62. Springer Science & Business Media, 2002.

<sup>30</sup> ראו: **חוק ההדחה**, לעיל ה"ש 17, פס' 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "נראה כי לעת הזו, ובהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה, ובפרט משלא נקבעו עד כה ההליכים לכינון ולתיקון של חוקי-יסוד, יש בעיתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה...". נכון לכתבת שורות אלו תלויות ועומדות העתירות נגד חוק: יסוד הלאום ויתכן והכרעת בית-המשפט בעניין זה תשתנה.

<sup>31</sup> חריגים באירופה בעניין זה הינם שוויץ ומדינות סקנדינביה שבהן אין בית משפט לחוקה (אהרן ברק "בית-המשפט העליון כבית-משפט לחוקה" **משפט וממשל** ו (תשס"ג) בעמ' 319).

<sup>32</sup> פעמים אחדות עלו הצעות להקמת בית משפט לחוקה שידון אך ורק בשאלת ביטולם של חוקים ויהיה בעל הסמכות הבלעדית בתחם זה. בכנסת ה-13 הגיש הצעה זו חבר הכנסת יגאל ביבי ובהמשך הוגשו הצעות דומות על ידי חברי כנסת נוספים. הצעות אלה לא מומשו. לדיון בנושא זה השוו: קלוד קליין "בית-דין לחוקה: שלא כצעתה!": **מחקר משפט** יט(2) 497 (2003); עם אהרן ברק "בית-המשפט העליון כבית-משפט לחוקה" **משפט וממשל** ו 315 (תשס"ג).

<sup>33</sup> יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה" שאלת האחריות – מבט השוואתי" **משפט וממשל** י 489, 503 (התשס"ז).

<sup>34</sup> שם, 503. דותן מציין שחברי בית-המשפט החוקתי בגרמניה למשל נבחרים על ידי בית הנבחרים (מחציתם על-ידי הבית העליון ומחציתם על ידי הבית התחתון). בצרפת שלושה מבין תשעת חברי המועצה החוקתיים נבחרים על ידי נשיא הרפובליקה, שלושה נבחרים על ידי יושב ראש האסיפה הלאומית ושלושה – על ידי יושב ראש הסנט. באיטליה, חמישה מבין חמישה-עשר חברי הטריבונל החוקתי נבחרים על-ידי נשיא הרפובליקה, חמישה על ידי שני בתי הפרלמנט, וחמישה נבחרים במשותף על ידי בית-המשפט העליון האזרחי וחברי בית-המשפט העליון המנהלי.

<sup>35</sup> מדינות אלו הן בריטניה, לוקסמבורג, טורקיה ויוון. ראו: "בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים – מחקר השוואתי" **פורום קהלת** (נייר מדיניות מס' 55), 91 (2019).

<sup>36</sup> רשימה זו כפי שנאמר בפתח הדברים אינה רשימה ממצה ונהוג להצביע בהקשר ההשוואתי גם על שוני בין המדינות מבחינת מערכת האיזונים והבלמים (Checks and Balances). להרחבה ראו: Aalt Willem Heringa, *Constitutions Compared An Introduction to Comparative Constitutional Law* (2019).

תרבותית מאוד.<sup>37</sup> הטיב לתאר זאת פרופ' רון חריס אשר טען כי במובנים רבים, החברה הישראלית מצויה במפגש בין מזרח למערב.<sup>38</sup> שוני זה עשוי להיות משמעותי במיוחד בהקשר לשאלת הביקורת השיפוטית החוקתית על חוק יסוד: הלאום.

שכן, מטרתו של חוק יסוד: הלאום הינה לעגן בחקיקת יסוד את זהותה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי ולהוסיף למערך החוקתי סדרת הוראות העוסקות במאפייניה היסודיים של המדינה כמדינה יהודית.<sup>39</sup> בין עקרונות אלו ניתן למנות את השבת, יישוב הארץ, השפה העברית וחוק השבות. רבים מעקרונות אלה אינם מקובלים על המיעוטים הלא יהודיים בישראל ובעיקר על המיעוט הערבי. חוסר הסכמה זה הוא הרקע שבו בית משפט נדרש לדוקטרינה. אומנם חוסר הסכמה יכול להתקיים באירופה בהקשרים אחרים, אך קשה להקבילו למדינות המשפט הקונטיננטלי שהן, כאמור, הומוגניות ברובן.

### **3. היבט יישומי – סעדים חוקתיים והשימוש בהם**

לבסוף, היבט חשוב שיש לתת עליו את הדעת הוא, כאמור, ההיבט היישומי. דהיינו, השימוש שבתי המשפט עושים בדוקטרינה. אולם, קשה לבחון היבט זה מהסיבה הפשוטה שבישראל טרם נעשה שימוש בדוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי.<sup>40</sup> לכן, אבקש להתמקד בהיבט יישומי אחר והוא היבט הסעד של חוק רגיל הפוגע בזכות חוקתית. אם ניוכח שישנו שוני בסעדים החוקתיים בביקורת שיפוטית על הפרלמנט בכובעו כרשות מחוקקת, ניתן יהיה לטעון 'מקל וחומר' שראוי שיהיה שוני בסעדים החוקתיים בביקורת שיפוטית על הפרלמנט בכובעו כרשות מכוננת.<sup>41</sup> אמנם הבחינה הדוקטרינרית נעשית לפני הדיון בסעד,<sup>42</sup> אולם נדמה ששופט שנדרש להפעלתה של דוקטרינה יתחשב ברוב המקרים גם בסעד.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> על הומוגניות חברתית ברוב מדינות אירופה ראו: Alesina, Alberto F. and Easterly, William and Devleeschauwer, Arnaut and Kurlat, Sergio and Wacziarg, Romain T., *Fractionalization*, Harvard University (CEPR) 1 (June 2002).

<sup>38</sup> רון חריס, "מדוע וכיצד ללמוד משפט השוואתי בישראל?" **דין ודברים** כה 443, 457 (תשס"ב). שם (בעמ' 457) משתמש חריס בעובדת היותה של מדינת ישראל בעלת חברה הטרוגנית כאחת הסיבות לעיסוק במשפט השוואתי. בלשונו: "רצוי שמשפטה של חברה זו - לנוכח מאפייני החברה הרב-תרבותיים - ייחשף גם הוא להשפעות תרבותיות שונות. יהיה פתוח להשפעות, של התרבויות המשפטיות הקונטיננטליות השונות, ולא רק לתרבות המשפטית האנגלו-אמריקאית".

<sup>39</sup> דברי ההסבר להצעת חוק: יסוד הלאום, הצעת חוק הכנסת – 768, כ"ו באדר התש"ח, 13.3.2018, עמ' 134.

<sup>40</sup> ראו פרק א' לעיל.

<sup>41</sup> ראו: אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" **משפט ועסקים** כ, 301 (תשע"ח-2017) (להלן: 'ברק על הסעדים'). בעמ' 345 שופט בית-המשפט העליון בדימוס פרופק אהרן ברק מצטט בעניין זה את השופט בישופ הטוען שרשימת הסעדים אינה רשימה סגורה ושעל בית-המשפט לחשוב מחוץ לקופסא ("Courts must think outside the box") אולם הערה זו אינה משנה את הלוגיקה שבטיעון שכן ההיבט היישומי בוחן את השימוש שנעשה עד כה ולא את השימוש שבו ניתן לעשות בעתיד.

<sup>42</sup> ברק על הסעדים, ה"ש 41 לעיל, 304.

<sup>43</sup> הנחה זו דומה להנחה של המצודדים בגישת הריאליזם המשפטי שלפיה השופט מתאים את האמצעים למטרה אך ניתן למצוא לה סימוכין במידה כזו או אחרת גם בדבריהם של חלק משופטי בית-המשפט העליון לשעבר. דוגמא לכך הינו השופט טירקל: "מי כמונו השופטים אמור לדעת שאפשר למצוא דרכים". טירקל מביא אף את הדוגמה של תלמיד חכם שבפלפולו יודע להכשיר אפילו שרץ. ראו: אליחי שילה, יאיר טייטלבוים, שירי ליברמן שלו, נפתלי פורת, שירה זלכה, אביחי יהוסף, שלומרי שורץ ויובל תמיר **ללא גלימה שיחות עם שופטי בית-המשפט העליון** 250 (2017).

מהם אפוא הסעדים החוקתיים? כבוד השופט אהרון ברק טוען כי "המשפט המשווה מכיר בכמה סעדים חוקתיים, חלקם הוכרו בישראל, וחלקם טרם נידונו בארץ".<sup>44</sup> רשימת הסעדים לפי ברק הנכללת תחת הכותרת "סעד של הכרזה על אי חוקתיות של הנורמה הפוגעת" כוללת: "הכרזה על בטלותה של הנורמה הפוגעת"; "הכרזה על אי חוקתיות של הנורמה הפוגעת שאין עימה בטלות"; "התראת בטלות"; "הפרדה בין החלק הבלתי חוקתי לבין החלק החוקתי"; "קריאה לתוך החוק"; "השעיית הכרזת הבטלות".<sup>45</sup> אולם, עיון בשיטות המשפט הקונטיננטליות מגלה כי קיימים בהן גם סעדים אחרים. כך למשל בשיטת המשפט האיטלקית, כאשר ישנם מספר פרושים אפשריים להוראה חוקתית, בית-המשפט העליון האיטלקי לחוקה שולל את הפרשנות שהינה לדידו לא חוקתית.<sup>46</sup> סעד זה שונה מהסעד הפרשני הרגיל הנהוג בישראל מפני שבסעד הפרשני בית-המשפט מצביע על הפרשנות הנכונה לדעתו. בסעד זה לעומת זאת, בית-המשפט אינו בוחר בפרשנות מסוימת, אלא רק שולל את אחת הפרשנויות שהינה להכרעתו לא חוקתית. כמו כן בית-המשפט משאיר את הטקסט כפי שהוא.<sup>47</sup> דוגמה נוספת הינה הסעד הצרפתי של *réserve d'interprétation* המאפשר לבית-המשפט לשלול פרשנות מסוימת ובמקביל להוסיף מילים לחוק.<sup>48</sup> לפי השופט הצרפתי בדימוס Olivier Dutheillet סעד חוקתי זה שכיח באחד מתוך ארבעה פסקי הדין של בית-המשפט הצרפתי לחוקה.<sup>49</sup> סעד זה מזכיר את סעד הקריאה לתוך החוק (reading in), אולם גם השימוש בזה האחרון נעשה בישראל לעיתים נדירות.<sup>50</sup> נראה אפוא שגם בהיבט היישומי ישנן נקודות שוני בין שיטות המשפט הקונטיננטליות לשיטת המשפט הישראלית שיש לתת עליהן את הדעת לפני השימוש בפרקטיקת המשפט ההשוואתי.

### ג. במקום סיכום, מבט לעתיד

במאמר זה הצגתי מספר הבחנות חוקתיות-מערכתיות בין שיטות המשפט הקונטיננטליות לשיטת המשפט הישראלית על בסיס ההיבטים שיש להתמקד בהם כשנערך דיון השוואתי לפי השופטת ברק-ארז.<sup>51</sup> כך, קידמתי את הרעיון שיש לעשות שימוש בפרקטיקת המשפט ההשוואתי במשורה. בשולי הדברים, אבקש לשלול הנחה לא נכונה שעלולה להשתמע מהמאמר. הטיעון שלפיו יש להשתמש במשפט השוואתי במשורה

<sup>44</sup> ברק על הסעדים, ה"ש 41 לעיל, 344. לא ברור מה הכוונה של כבוד השופט ברק ב"משפט משווה" אולם מקריאת מאמרו נראה כי מדובר בעיקר בשיטות משפט שהן חלק מן המשפט המקובל ושיטת המשפט הגרמנית. שיטות משפט אחרות מופיעות במאמרו של ברק אבל בתמציתיות.

<sup>45</sup> ברק על הסעדים, ה"ש 41 לעיל. הקבוצה השנייה של הסעדים שעליהם דן ברק היא סעדים בגין פגיעה פרטנית או נקודתית בזכות החוקתית (פיצויים, הצהרה וציווי). אולם, מעייננו הוא כרגע בקבוצה הראשונה.

<sup>46</sup> השוו לדוקטרינה הגרמנית של 'פיתוח משפטי של החוק בתוך הטקסט' (בגרמנית: *gesetzesimmanente rechtsfortbildung*).

<sup>47</sup> בהכרעות מסג זה בית-המשפט כותב בדרך כלל (תרגום חופשי של המחבר מאיטלקית): 'החוק אינו חוקתי אם הוא מפורש בצורה X'. ראו: Antonio Rugeri & Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale* (Giappichelli 2014) 163.

<sup>48</sup> דוגמה מובהקת לכך היא התוספת לאיחוד הזוגי (Pacs) של הדרישה לחיי זוגיות (בצרפתית: *une vie de couple*) למרות שדרישה זו אינה אחת מדרישות המחוקק הצרפתי. ראו: Conseil Constitutionnel 99-419 DC, 9 November 1999.

<sup>49</sup> ראו: <https://www.vie-publique.fr/fiches/19561-les-reserves-dinterpretation-du-conseil-constitutionnel>.

<sup>50</sup> ראו: ברק על הסעדים, לעיל ה"ש 41. בעמ' 354 ברק מביע את עמדתו שלפיה יש לעשות בסעד הקריאה לתוך החוק שימוש במשורה משום שמרחפת בו "חציית הגבול שבין המחוקק לשופט". ראו גם: בג"ץ 3734/11 דוריאן נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 65 (2012), 302 פס' 59 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור ("הסעדים שמבקש העותק הם סעדים חוקתיים כבדי משקל, שביט המשפט משתמש בהם במקרים נדירים ובוזירות המתחייבת").

<sup>51</sup> ברק-ארז לעיל ה"ש 4.

עלול לרמוז לטיעון נוסף שלפיו ללימוד משפט השוואתי חשיבות פחותה על פני תחומי משפט אחרים. לדידי, ההפך הוא הנכון. פרקטיקת המשפט השוואתי עודנה פרקטיקה חשובה במחקר המשפטי ולא בכדי נדרש אליה המחוקק והשופט פעמים רבות לצורך הדיון באימוצן של דוקטרינות משפטיות חדשות. אולם, שימוש זה אינו יכול להיעשות בחלל ריק.

לצורך דיון מושכל בדוקטרינות משפטיות חדשות ממבט ההשוואתי יש צורך לזכור וליישם את ההיבטים המוסדיים, התרבותיים והיישומיים שעליהם עמדו כבוד השופטת דפנה ברק-ארז ומלומדים נוספים.<sup>52</sup> ספרו של רוזנאי מהווה אפוא חלון חשוב מאין כמותו אל עבר יישומה בעולם של דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי בפרט וקיומה של ביקורת שיפוטית חוקתית בכלל. אין פלא כי הספר זכה בפרס האגודה הבין-לאומית למשפט חוקתי לספר הטוב ביותר לשנת 2017. אולם, כדי להשכיל ולראות אל מבעד לחלונו של רוזנאי עלינו להצטייד במשקפיים הנכונים. משקפיים אלו ניתנו לנו בין היתר על ידי כבוד השופטת ברק-ארז. טוב נעשה אם נשכיל להשתמש בהם וטוב יעשו גם מוסדות הלימוד אם יציידו אותנו התלמידים במשקפים הנכונים.

ציטוט מוצע: מיכאל סיארה "מבט ביקורתי על פרקטיקת המשפט השוואתי בניתוח דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי" **בלוג רשות הרבים** (24.5.21)

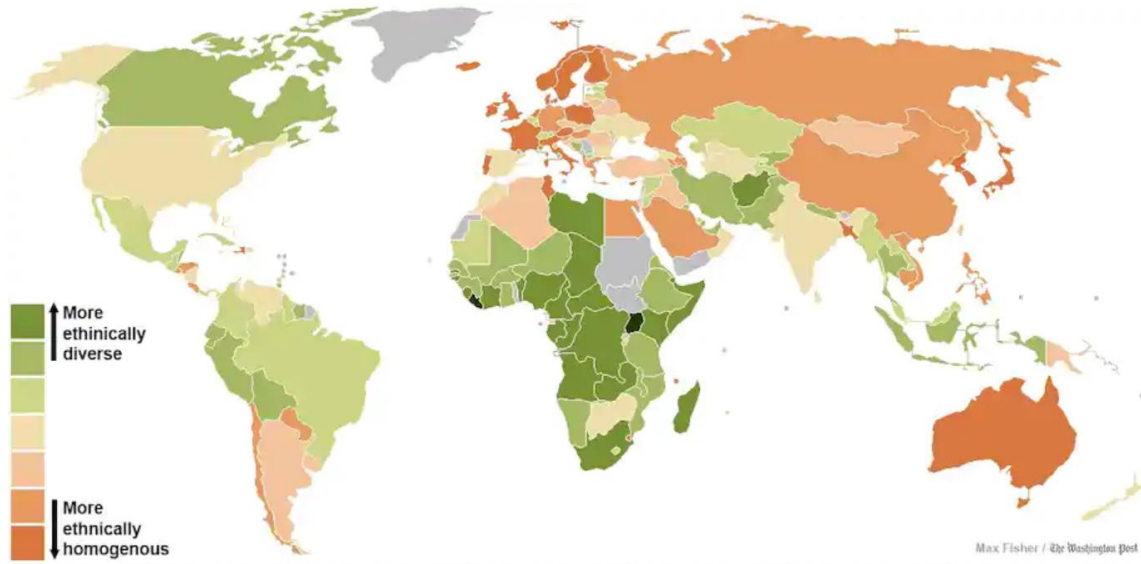
---

<sup>52</sup> שם.





נספח 1 – מדינות העולם לפי רמת ההומוגניות של האוכלוסייה שלהן<sup>53</sup>



<sup>53</sup> מקור: Harvard Institute for Economic Research. אוצר מתוך אתר Washington Post הזמין בכתובת: <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2013/05/16/a-revealing-map-of-the-worlds-most-and-least-ethnically-diverse-countries/> (אוצר לאחרונה ב-25/03/2021).