

וולדרון בירושלים

מאת

יניב רוזנאי*

מוקדש לזכרה של ענקית המשפט פרופ' רות גביון

תקציר

פרופ' ג'רמי וולדרון, מחשובי התאורטיקנים המשפטיים בעולם, הציג את אחת התאוריות העכשוויות החשובות ביותר המתנגדות לביקורת שיפוטית. בבסיס התנגדותו של וולדרון עומדת התפיסה כי מחלוקות באשר להיקף זכויות ועוצמתן צריכות להיות מוכרעות על ידי הציבור או נציגיו בהליך דמוקרטי, מכוח ההכרה בזכות היסודית של כל אדם להשתתף באופן שווה בהליך קבלת ההחלטות בדבר היקפן ועוצמתן של זכויות יסוד, ומיית ההגנה עליהן, בנסיבות נתונות. עמדתו התאורטית של וולדרון ביחס לביקורת שיפוטית חוקתית משקפת תפיסה של חוקתנות השתתפותית ופוליטית, ועמדות של רבים ממתנגדי הביקורת השיפוטית בישראל נוטות לאמץ טיעונים הדומים או זהים לעמדתו. עם זאת, כפי שהמאמר מבקש להראות, יישום התאוריה של וולדרון למציאות הישראלית אינו מניב את הטענה שאין הצדקה לביקורת שיפוטית, שכן חלק מהנחות היסוד המהוות בסיס לתאוריה של פרופ' וולדרון אינן מתקיימות במציאות הישראלית.

ברקע לעמדתו, פרופ' וולדרון מניח שוויון מוסרי בין אזרחים החולקים מסגרת פוליטית, ומכאן נובע שהמערכות הייצוגיות הן אלו שאמורות ליישב מחלוקות פוליטיות לגבי זכויות. עם זאת, כדי שהמערכות הייצוגיות תוכלנה ליישב מחלוקות פוליטיות בצורה דמוקרטית ושוויונית ותוך ליבון אמיתי של ההגנה על זכויות, פרופ' וולדרון מונה הנחות יסוד שרק לאורך ניתן יהיה להניח שמערכת מסוימת היא דמוקרטית וייצוגית מספיק כדי לומר שביקורת שיפוטית אינה מוצדקת. אלו הם ארבעת תנאי הסף המוכרים שלו לשלילת הביקורת השיפוטית: 1. יש בחברה הנתונה מוסדות דמוקרטיים הפועלים בצורה הולמת, לרבות מחוקק נבחר וייצוגי על בסיס בחירות כלליות ושוויוניות; 2. קיימת מערכת של מוסדות שיפוטיים הפועלים בצורה הולמת, המוקמים על בסיס שאינו ייצוגי לשמוע עתירות של יחידים, ליישב סכסוכים ולאכוף

* פרופסור חבר, בית הספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. רשימה זו היא חלק ממחקר רחב יותר, בנושא "ביקורת חוקתית: התפתחות, מודלים והצעה לעיצוב מוסדי של הביקורת השיפוטית בישראל", שנכתב עבור המכון הישראלי לדמוקרטיה. אני מבקש להודות מעומק ליבי לאורי אהרונסון, עמרי בן-צבי, תמר הוסטובסקי ברנדס, איתי בר-סימן-טוב, מתן גוטמן, אלון הראל, מאיר ירום, עמיחי כהן, ברק מדינה, נדיב מרדכי, סוזי נבות, הלל סומר, עידו פורת, מיטל פינטו, שוקי שגב, יובל שני ואדם שנער על הערות מועילות מאוד לרשימה זו. תודה מיוחדת לעורכות כתב העת "עיוני משפט" ולחברי המערכת על הערותיהם המצוינות. האחריות לדברים, כמובן, מוטלת עלי באופן בלעדי.

את שלטון החוק; 3. קיימת מחויבות מצד חלק הארי של החברה ופקידיה לרעיונות של זכויות אדם וזכויות מיעוט; 4. מתקיימת מחלוקת עקיבה, סבירה, משמעותית ואמיתית לגבי זכויות בין האזרחים המחויבים לרעיון הזכויות. לטענת וולדרון, בחברה שמתקיימות בה ארבע הנחות יסוד אלו, הטיעון לביקורת שיפוטית לשם יישוב מחלוקת באשר לזכויות הוא חלש.

במאמר אבקש לטעון שהנחות מס' 1 ו-3 אינן מתקיימות בישראל באופן ראוי. לגבי הנחה מס' 1, השיטה הפרלמנטרית הישראלית יוצרת פתולוגיות חקיקתיות שונות, לרבות מערכות איזונים ובלמים חלשות בהליך החקיקה. הנחות המוצא של וולדרון לגבי מוסדות דמוקרטיים, הבאות לידי ביטוי בהתדיינות (דליברציה) רבת-שכבות אצל המחוקקים, מצויות בשחיקה בשל מעבר מכוון והדרגתי של כוח מהמחוקק לרשות המבצעת ובצירוף היעדר בית שני, גודל פרלמנט שאינו מייצג את גודלה של האוכלוסייה, דחיפות בחקיקה, היעדר קוורום ושימוש במשמעת קואליציונית. כל אלו מפריכים את הנחת המוצא של וולדרון ובמידה רבה מצדיקים ביקורת שיפוטית המוסיפה שכבה נוספת של ביקורת על חקיקה. עוד וולדרון מניח שהמוסדות הדמוקרטיים והליכי החקיקה נבחנים בכל עת לאור שוויון פוליטי. ספק גדול אם בחברה שבה המחוקק מסרב באופן עקיב לעגן את הזכות לשוויון באופן חוקתי, וכאשר ההתייחסות אל המיעוט הערבי אינה כאל שותף פוליטי מלא, הנחות הבסיס של פרופ' וולדרון מתקיימות. לבסוף, יש להוסיף להפרכה זו היעדר מחויבות עמוקה ורחבה בחברה לזכויות אדם ולזכויות מיעוט ואי-אימוץ מגילת זכויות אדם, שמפריכים את הנחה מס' 3.

היות שליבת הטיעון של פרופ' וולדרון נגד ביקורת שיפוטית אינה מחזיקה אם אחת מהנחות היסוד שלו אינה מתקיימת, יישום התאוריה של פרופ' וולדרון למקרה הישראלי מראה שישאל מהוה *מקרה חלש* להתנגדות לביקורת שיפוטית. משכך, הרי שאימוץ הטיעון של פרופ' וולדרון אינו מוביל לדחייתה של הביקורת השיפוטית בישראל.

מבוא

- א. ליבת הטיעון של וולדרון נגד ביקורת שיפוטית
- ב. ההנחה הראשונה
- ג. ההנחה השלישית
- ד. על אוטופיה של דמוקרטיה ועל פופוליזם

סיכום

מבוא

מאז חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם¹ ומתן פסק הדין בעניין בנק המזרחי² – מהלך המכונה "מהפכה חוקתית" – הפכה שאלת מעמדם החוקתי של חוקי היסוד ואכיפתם באמצעות ביקורת שיפוטית לשאלה המרכזית במשפט הישראלי ולמוקד של דיון ציבורי, אקדמי ופוליטי. על המהפכה החוקתית נכתב רבות.³ דיון זה, בנושא הביקורת השיפוטית, אינו ייחודי לישראל.⁴ יחס של חשדנות כלפי ביטול

1 הכוונה היא כמוכּן לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150, וחוק-יסוד: חופש העיסוק, שפורסם בס"ח התשנ"ב 114 והוחלף בגרסה חדשה שפורסמה בס"ח התשנ"ד 90.

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

3 הכתיבה על המהפכה החוקתית היא רבה מאוד. ראו למשל, אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** ג 453 (1996); יוסף מ' אדרעי "מהפכה חוקתית: האומנם?" **משפט וממשל** ג 453 (1996); גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" **משפט וממשל** יא 571 (2008); זאב סגל "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים" **המשפט** ה 249 (2000); יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? –

הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית' " **משפטים** כח 149 (1997); אור בסוק "עשור למהפכה החוקתית" – בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית-השוואתית" **משפט וממשל** ו 451 (2003); יהושע (שוקי) שגב "העצמת שיח הזכויות החוקתיות בעקבות המהפכה החוקתית: האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?" **משפט ועסקים** טז 235 (2013) (להלן: שגב "העצמת שיח הזכויות החוקתיות"); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3 (2004); הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **משפט ועסקים** א 59 (2004); משה לנדוי "מחשבות על המהפכה החוקתית" **משפטים** כו 419 (1996); רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21 (1997); גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" **עיוני משפט** כב 129 (1999); איתי בר-סימן-טוב "מהפכה או המשכיות? מקומו של פסק-דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** יט 271 (2018); אסף ברם "ביקורת שיפוטית על חוקים – נחוץ סיפור משכנע" **המשפט** ה 149 (2000); יאיר שגיא "פסק-הדין שעשה היסטוריה: עיון היסטוריוגרפי בפסק-הדין בפרשת בנק המזרחי" **משפט וממשל** יט 325 (2018); יוסף ויילר ודורין לוסיטיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** לח 419 (2016); ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" **עיוני משפט** מ 595 (2017); גילה שטופלר "עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי" **משפט וממשל** יט 187 (2018); Gary Jeffrey Jacobsohn, *After the Revolution*, 34 ISR. L. REV. 139 (2000);

GARY JEFFREY JACOBSON & YANIV ROZNAI, *CONSTITUTIONAL REVOLUTION* (2020).

4 הדיון המחקרי בשאלת הביקורת השיפוטית עוסק בדרך כלל ברציות של ביקורת שיפוטית באופן תיאורטי, גם כאשר העם בוחר לאמץ מנגנון זה. בישראל המצב מורכב, משום שחלק מהטענות של המתנגדים לביקורת שיפוטית אינו עוסק בשאלה האם ביקורת שיפוטית היא רצויה אם לאו, אלא בכך שבית המשפט לכאורה נטל לעצמו סמכויות שלא

החלטות דמוקרטיות של נציגי העם, הוא טבעי. רבים מאמינים כי קיים מתח אינהרנטי בין הכרעות רוב דמוקרטיות לבין עקרונות וכללים חוקתיים המגבילים את ההכרעות האלו.⁵ מתח זה מתעצם כאשר הגוף האוכף את ההגבלות החוקתיות הוא בית המשפט, שכן מצב זה יוצר את הקושי ה"אנטי-רובני" הידוע (counter-majoritarian difficulty),⁶ במיוחד במקומות שבהם בית המשפט החוקתי אינו מוסד פוליטי (בשונה מחלק ממדינות אירופה שבהן הוא מוסד פוליטי).⁷ ואכן, ההתנגדות הקלסית לביקורת

ניתנו לו. בחלק מהביקורות שהופנו כלפי חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם נטען, שחברי הכנסת לא הבינו כלל את משמעות חוקי היסוד, ולא הבינו את כוחם להעניק לבית המשפט סמכות ביקורת שיפוטית על חוקיה של הכנסת, ומשכך, מאחר שבית המשפט לא הוסמך לכך מפורשות, נזקיו של מהלך כזה עולים על תועלתו. ראו גביוזן, שם; ספיר, שם. יש להניח כי לפחות חלק מהמתנגדים כיום היו מתרצים אילו הייתה הכנסת מעניקה במפורש לבית המשפט סמכות לבטל חוקים. רוצה לומר, ההתנגדות של חלק מהאנשים בישראל לביקורת שיפוטית אינה לעצם קיומה של ביקורת שיפוטית – כשם שוולדרון מתנגד לה – אלא לאופן שבו אומצה בישראל. מנגד, נטען כי בחינה מעמיקה ורחבה של הליך החקיקה והקשרו החברתי מראה כי חוקי היסוד התקבלו בכנסת לאחר דיונים רבים ומפורטים, ולאחר שחברי הכנסת הבינו הבנה מלאה את משמעות הביקורת השיפוטית ואת השפעתה העתידית. ראו אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי היסוד" **משפט ועסקים** יא 79 (2012). מכל מקום, אחרי המהפכה החוקתית, התייחסה הכנסת עצמה להגבלות החוקתיות על כוחה כהגבלות מחייבות. ראו אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה 339 (1999); יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" **משפט ועסקים** יד 199 (2012). עוד ניתן לטעון שהביקורת השיפוטית בישראל אינה תוצאה של חקיקה מתוכננת, ולכן לא נעשתה חשיבה מסודרת, הליכית ומוסדית באשר למנגנון הביקורת השיפוטית ולמעבר מביקורת מנהלית לביקורת חוקתית. ראו עידו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" **עיוני משפט** לו 713 (2016). גם לדעתי, ראוי כי מנגנון הביקורת השיפוטית יוסדר מפורשות בחוק יסוד. למעשה, אחת ממטרות המחקר הרחב המוזכר בהערה שבראש מאמר זה, היא בדיוק להציע עיגון כאמור.

5 ראו למשל, (Jon Elster & Rune Slagstad eds., 1988); Walter F. Murphy, *Constitutions, Constitutionalism and Democracy*, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: TRANSITIONS IN THE CONTEMPORARY WORLD 3 (Douglas Greenberg, Stanley Katz, Melanie Beth Oliviero and Steven C. Wheatley eds., 1993); Jeremy Waldron, *Precommitment and Disagreement*, in CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 271 (Lawrence Alexander ed., 2001).

6 ראו: ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 16–17 (2nd ed. 1986): "Judicial review is a counter-majoritarian force in our system. [...] When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act [...] it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now [...]."

7 על ההבחנה בין תפיסות קונטיננטליות של ביקורת שיפוטית לבין אלו של המשפט המקובל, ראו למשל, Alec Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review – and Why it May Not Matter*, 101 Mich. L. Rev. 2744 (2003); Michel Rosenfeld,

שיפוטית היא ארוכת שנים. עוד בשנת 1893 טען ג'יימס ת'איייר (Thayer) שתפקידו של בית המשפט צריך להיות מוגבל ל'שיטור' הגבולות שהחוקה קבעה ולא להתערב בשיקול דעת הרשות המבצעת או המחוקקת.⁸ בשנת 1921, פרסם אדוארד למבר את ספרו *Le Gouvernement des Juges* ("ממשלת השופטים"),⁹ שבו ביקר את הביקורת השיפוטית בארצות הברית בטענה שאינה דמוקרטית ושהיא מעדיפה אינדיבידואליזם על פני ערכים חברתיים. כפי שכתב קלוד קליין, "מסתבר שפרלמנטים לא אוהבים (בלשון המעטה) את הביקורת של הרשות השופטת. ביקורת זאת היא חלק אינטגרלי של הדמוקרטיה המודרנית, ואין בלתה."¹⁰

בשני העשורים האחרונים, ביקרו חוקרים מובילים, בהם מארק טושנט, לארי קרמר וריצ'רד בלמי, את מוסד הביקורת השיפוטית ואת רעיון ה"עליונות השיפוטית" (judicial supremacy), שלפיו בית המשפט הוא הפוסק האחרון בשאלות חוקתיות, שכן לטענתם, יש בכך כדי להביא להיחלשות הדמוקרטיה ולהקטנת המעורבות הציבורית בשאלות החברתיות הבווערות.¹¹ ג'רמי וולדרון, מחשובי התיאורטיקנים המשפטיים בעולם, הציג את אחת התיאוריות העכשוויות החשובות ביותר בעניין ההתנגדות

Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts,
2 INT'L J. CONST. L. 633 (2004)

ראו: James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional* 8
Law, 7 Harv. L. Rev. 129 (1893) והוסיף שם, בעמ' 156, כי אל לכוחו של בית המשפט להרחיק עד כדי הגנה על העם מהרס וכי ההגנה העיקרית מצויה במוסדות אחרים ("Under no system can the power of courts go far to save a people from ruin; our chief protection lies elsewhere").

9 EDUARD LAMBERT, *LE GOUVERNEMENT DES JUGES ET LA LUTE CONTRE LA*
Michael LEGISATION SOCIALE AUX ETAS-UNIS (1921). לניתוח בראייה היסטורית ראו
H. Davis, *A Government of Judges: An Historical Re-view*, 35 AM. J. COMPR. L. 559
(1987). בארצות הברית, היה זה ראול ברגר שהשתמש במונח "ממשל של שופטים" כדי לבקר את פעולת בית המשפט האמריקאי, שלדעתו משנה את החוקה בכסות של פרשנות חוקתית. ראו RAOUL BERGER, *GOVERNMENT BY JUDICIARY: THE TRANSFORMATION OF THE FOURTEENTH AMENDMENT* (1977)

10 קלוד קליין "איך כל זה התחיל: פסק-דין ברגמן – התגובות הראשונות" **עלי משפט** ג
391, 404 (2003).

11 ראו למשל חיבורים אלו של מארק טושנט ולארי קרמר האמריקנים, הקוראים לחוקתיות עממית: מארק טושנט "נגד ביקורת שיפוטית" **מאזני משפט** ז 9 (תש"ע); MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (1999); LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* (2004); MARK TUSHNET, *TAKING BACK THE CONSTITUTION – ACTIVIST JUDGES AND THE NEXT AGE OF AMERICAN LAW* (2020). ריצ'רד בלמי האנגלי, המחזיק בעמדה רפובליקנית, קורא להעדפת "חוקתיות פוליטית" (political constitutionalism) על פני "חוקתיות משפטית" (legal constitutionalism): RICHARD BELLAMY, *POLITICAL CONSTITUTIONALISM: A REPUBLICAN DEFENCE OF THE CONSTITUTIONALITY OF DEMOCRACY* (2007). לגישה המבקשת לבחון התאמתה של חוקתנות עממית לשיטה הישראלית, ראו גדעון ספיר ושאול שארף "חוקתנות עממית" **מחקרי משפט** ל 161 (2015).

לביקורת שיפוטית. לטענתו, מחלוקות באשר להיקפן של זכויות ולעוצמתן צריכות להיות מוכרעות על ידי הציבור (או על ידי נציגיו) בהליך דמוקרטי, זאת מכוח ההכרה בזכותו היסודית של כל אדם להשתתף באופן שווה בהליך קבלת ההחלטות הנוגעות להיקפן ולעוצמתן של זכויות יסוד, כמו גם למידת ההגנה עליהן, בנסיבות נתונות. עמדתו התיאורטית של וולדרון ביחס לביקורת שיפוטית חוקתית משקפת תפיסה של חוקתנות השתתפותית ופוליטית. עמדות של רבים ממתנגדי הביקורת השיפוטית בישראל באקדמיה נוטות לאמץ טיעונים דומים או זהים לעמדתו.¹² וכך גם בשיח

12 ראו למשל את דברי גביון, בתוך רות גביון, מרדכי קרמיניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 93–94 (התש"ס): "למרות שביקורת שיפוטית היא כלי חשוב לריסון השלטון, חשוב להודות כי יש בעיה, מבחינת העקרונות הדמוקרטיים, בקביעה של נורמות ציבוריות על ידי בית משפט. דמוקרטיה מבוססת על הסכמת הנשלטים ועל אחריות – accountability – של המחוקקים והמבצעים בפני הבורחים. [...] הבעיה הדמוקרטית קיימת בעיקר כאשר הביקורת השיפוטית מכוונת לסכל קווי מדיניות אשר הרשויות הפוליטיות מאמצות לאחר שיקול דעת ענייני של האינטרסים הציבוריים לפי תפיסתן [...]". הבעיה הדמוקרטית מחריפה עוד יותר כאשר ישנן מחלוקות עמוקות בציבור בקשר למהות "התשובות הנכונות", וכאשר חלקים שונים בציבור "מושכים" כל אחד לכיוונו. עובדת קיומן של מחלוקות רלוונטיות הן מבחינת הליכי קבלת ההחלטות, הן מבחינת זהות המחליט והן מבחינת החשיבות של ביזור הכוח; "כן ראו שם, בעמ' 104–105: "בחברה מורכבת ופלוורליסטית כמו זו בישראל ישנו מאבק לא רק על כוח ועל משאבים [...] אלא גם על תפיסות של החיים הטובים ושל אופיו של המקום הציבורי. אלה יכולות להיות מחלוקות ערכיות עמוקות. לא ברור מדוע בג"ץ הוא הגוף המתאים לפסוק במחלוקות ערכיות ומוסריות המפלגות את החברה הישראלית. להפך: הרכבו של בג"ץ, אופן המינוי אליו, וההכשרה הטיפוסית של חבריו מרמזים שבג"ץ אינו הגוף המתאים להכרעה בסוג כזה של נושאים, הן מבחינת המוסר הפוליטי והן מבחינת החברה הפוליטית. מוסר פוליטי – שכן בדמוקרטיה הציבור כולו, על כל שכבותיו ועל כל גישותיו ותפיסותיו הערכיות, אמור להחליט יחד על אופי החברה שבה יחיה." נדמה שזו גם עמדתו של יהושע (שוקי) שגב, שכתב כי "בעקבות המלומד Jeremy Waldron, אשר הפנה את תשומת-ליבה של האקדמיה העולמית למחלוקות חוקתיות לגבי זכויות, אני כופר בנקודת המוצא של רוב המאמרים הישראליים בנושא, המאמצים תפיסה מסוימת (קונספציה) של זכויות ובוחנים את המהפכה החוקתית לאור התפיסה המסוימת שאימצו". ראו שגב "העצמת שיח הזכויות החוקתיות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 244, 246, 266–267. ההנחה בדבר חילוקי דעות אלה ה"משקפים חוסר הסכמה מוסרי ופוליטי באשר לעברה, להווייתה ולעתידה של החברה הישראלית" (שם, בעמ' 246), משמשת את שגב כדי להפריך את ההיגד כי המהפכה החוקתית תרמה להגנה על זכויות האדם בישראל. כלומר, את טענתו כי "מבחינת תוצאה כבסיס להיגד מכליל בדבר תרומתה של המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם הוא מפקפק". נימק בין השאר בכך ש"אזרחים בישראל, כמו בדמוקרטיות אחרות בעולם, אינם מסכימים על זכויות-היסוד וערכי-היסוד הראויים להגנה ועל הדרך ועל המהפכה החוקתית" (שם, בעמ' 266–267). לכן, מבקש שגב לכפור בהיגד המשמש לדעתו כלי רטורי להצדקת ביקורת שיפוטית חזקה ולהגדלת כוחו של בית המשפט. גדעון ספיר כתב בספרו כי "ג'רמי וולדרון סבור שכל עוד נותרו את זכות המילה האחרונה לבית המשפט, הסיכוי לדיאלוג

הציבורי¹³ עם זאת, כפי שאבקש להראות, יישום התיאוריה של וולדרון במציאות הישראלית, אינו מניב את המסקנה שיש הצדקה להתנגדות לביקורת שיפוטית בישראל. אבקש להראות כי את טיעונו של וולדרון נגד ביקורת שיפוטית לא ניתן לאמץ בישראל בצורה פשטנית, וייתכן אף שלא ניתן לאמץ אותו כלל, שכן בחינה מעמיקה של עמדתו של וולדרון מעלה, כי הנחות היסוד שעליהן היא מתבססת אינן מתקיימות

אמיתי בין המחוקק לבית המשפט יוותר קלוש ביותר, גם אם תינתן למחוקק אפשרות להשתתף בשיח החוקתי [...] אני סבור שהחשש שוולדרון מבטא הוא חשש ממשי גם בהקשר הישראלי. לכן אני סבור שיש לעמוד על כך שזכות המילה האחרונה בשאלת פרשנות החוקה תישאר בידי המחוקק. " גדעון ספיר **המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד** 259–260 (2010).

13 כך למשל, שרת המשפטים לשעבר, איילת שקד, בנאומה בכנס העמותה למשפט ציבורי בישראל (דצמבר 2017), ציינה כי "עקרונ הרוב וכיבוד הכרעת המחוקק הוא עניין שקדושתו בוודאי לא פחותה בעיניי מדאגה כנה לזכויות הפרט. כיבוד הרשות המחוקקת הוא אבן הראשה של השיטה הדמוקרטית שלנו. ההתייחסות להכרעת הרוב כאל עניין הליכי בלבד, כקליפת הדמוקרטיה, היא זלזול בציבור וזלזול במוסד הדמוקרטי היחיד שהציבור בוחר בו באופן ישיר". היא ביקרה את בית המשפט על כך שהוא "בורח מהעם", על שהפך את ה"דמוס לדמון", וציינה שבדמוקרטיה הישראלית, בשל מעורבות היתר של בית המשפט, "העם, לשיטה זו רשאי אומנם להכריע, באמצעות נציגיו בכנסת ובממשלה, בסוגיות חוקיות מסוימות, אבל לא בסוגיות השלטוניות החשובות ביותר [...] שבהן "נבחר הציבור אינם מכריעים עוד כפוסקים אחרונים". ראו איילת שקד "הדמוס והקרטוס" (נאום בכנס העמותה למשפט ציבורי בישראל, זכרון יעקב, 21.12.2017). בנאום אחר שלה, בפורום 'קהלת' (אוקטובר 2018), ציינה שקד כי "איני מקבלת את ההנחה המובלעת [...] כאילו בית המשפט מחזיק בעדיפות מוחלטת על הפרלמנט בתחום ההגנה על זכויות האדם. כאילו הפרלמנט הוא זה שתולה את הגי'נג'ים על עמודי חשמל ובית המשפט עובר עמוד עמוד ומוריד אותם ממנו". ראו איילת שקד "פסילת חוקי יסוד" (נאום בפורום קהלת, מרכז בגין בירושלים, 9.10.2018). גדי טאוב, מבקר אחר של הביקורת השיפוטית בישראל, תיאר זאת כך: "דמוקרטיה היא שיטת משטר שבה הריבונות נתונה בידי האזרחים. זה לא אומר שהיא 'שלטון הרוב', אבל זה כן אומר שהיא בוודאי לא שלטון המיעוט (גם אם זה מיעוט 'נאור' בעיני עצמו). אפשר לתאר בכל מיני אופנים את הניסיון להשליט את מרותו של מיעוט נאור על רוב שאולי הוא נאור פחות, אבל את העובדות שמאחורי היצירתיות הסמנטית של מהפכת ברק קשה להסתיר: ברק ביקש להפוך קבוצה לא נבחרת, מסדר של משפטנים 'נאורים', השולטים פחות או יותר בתהליך מינוי חבריהם, לפוסקים האחרונים בכל עניין. אין שום היגיון לכנות זאת 'דמוקרטיה' ואין שום דמוקרטיה שבה זה המצב. [...] טוב תעשה ישראל לפיכך אם, לכל הפחות, תסדיר סופסוף את היחסים בין הרשויות בחוק יסוד, שיעסוק במפורש, ולא במשתמע, במעמדה של ביקורת שיפוטית, וגם יחזיר את הסמכות העליונה, באמצעות פסקת התגברות – מידתית וסבירה, כמוכן – לידי המוסדות הנבחרים. [...] הפרט אינו חופשי באמת תחת ממשל ליברלי שאינו דמוקרטי, מפני שאז אין לו אפשרות לקחת חלק בהחלטות המעצבות את גורלו. שום קונסטלציה שבה מישוה אחר, נאור ככל שיהיה, נוטל מן האזרחים את זכות ההכרעה הערכית והפוליטית, אינה יכולה להיחשב למצב של חירות בעיני דמוקרטים." ראו גדי טאוב "האוליגרכיה הליברלית של אהרן ברק" **הארץ** www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.5844592 22.2.2018

במלואן במציאות הישראלית. למעשה, החלת התיאוריה של וולדרון על "המקרה הישראלי" מראה שישראל היא משענת חלשה לטענת ההתנגדות לביקורת שיפוטית. לגבי דידי, המשמעות היא, כי בתנאים הייחודיים של מדינת ישראל, התיאוריה של וולדרון עצמה דווקא מחזקת את ההצדקה לקיומה של ביקורת שיפוטית בישראל.

א. ליבת הטיעון של וולדרון נגד ביקורת שיפוטית

במאמר חשוב, שהוא אחד המצוטטים ביותר בכל הזמנים,¹⁴ העמיד וולדרון את ההתנגדות העמוקה ביותר לביקורת שיפוטית על שני טעמים עיקריים: הטעם הראשון הוא, שכאשר קיימות מחלוקות בעניין זכויות, אין הביקורת השיפוטית מספקת לחברה דרך נאותה להתמקד באופן ברור בנושאים המוסריים-הפוליטיים החשובים העומדים לדיון, שכן היא מסיטה את הדיון לנושאי אגב משפטיים כגון תקדימים, טקסט, ופרשנות החוקה. הטעם השני הוא, שביקורת שיפוטית אינה לגיטימית מבחינה פוליטית בכל הנוגע לערכים דמוקרטיים, שכן היא מעדיפה הכרעת רוב בקרב מספר מצומצם של שופטים שאינם נבחרים והם נעדרי אחריות, ופוגעת באזרחים הרגילים בכך שהיא נוטשת ערכי ייצוג ושוויון פוליטי בכל הנושא של יישוב מחלוקות בעניין זכויות.¹⁵ שני הטעמים קשורים אפוא לשאלת אופן ההכרעה במחלוקות לגבי זכויות. כאמור, לדעת וולדרון, ביקורת שיפוטית פוגעת בזכות ההשתתפות הפוליטית, הכוללת את הזכות להשתתף בקביעת תוכן והיקפן של זכויות אדם.¹⁶

ברקע לעמדתו מניח וולדרון שקיים שוויון מוסרי בין אזרחים החולקים מסגרת פוליטית, ומכאן נובע שהמערכות הייצוגיות הן האמורות ליישב מחלוקות פוליטיות בעניין זכויות. עם זאת, כדי שהמערכות הייצוגיות יוכלו ליישב מחלוקות פוליטיות באופן דמוקרטי ושוויוני, תוך ליבון אמיתי של ההגנה על זכויות, מונה וולדרון הנחות יסוד אחדות, שלאורן – ורק לאורן – ניתן יהיה להניח שמערכת מסוימת היא דמוקרטית וייצוגית דיה כדי לומר שביקורת שיפוטית אינה מוצדקת. אלו הם תנאי הסף המוכרים

14 ראו: Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L. J. 1346, 1353 (2006) (להלן: *Waldron, The Core of the Case*). ראו & Fred R. Shapiro & Michelle Pearce, *The Most-Cited Law Review Articles of All Time*, 110 MICH. L. REV. 1483, 1496 (2012).

15 *Waldron, The Core of the Case*, לעיל ה"ש 14, שם.

16 JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* 15 (1999): "When citizens or their representatives disagree about what rights we have or what those rights entail, it seems something of an insult to say that this is not something they are to be permitted to sort out by majoritarian process, but that the issue is to be assigned instead for final determination to a small group of judges. It is particularly insulting when they discover that the judges disagree among themselves along exactly the same lines as the citizens and representatives do, and that the judges make their decisions, too, on the courtroom by majority-voting. The citizens may well feel that if disagreements on these matters are to be settled by counting heads, then it is their heads or those of their accountable representatives that should be counted".

שלו לשלילת הביקורת השיפוטית. במילים אחרות, הטיעון של וולדרון נגד ביקורת שיפוטית הוא טיעון מותנה (conditional), ואינו מתקיים אם אחד מהתנאים או אחת מהנחות היסוד שלו אינם מתקיימים.¹⁷ וולדרון מבסס אפוא את ליבת הטיעון שלו נגד ביקורת שיפוטית על ארבע הנחות יסוד מהותיות:

1. בחברה הנתונה קיימים מוסדות דמוקרטיים הפועלים באופן הולם, לרבות מחוקק ייצוגי שנבחר בבחירות כלליות ושוויוניות;
2. קיימת בה מערכת של מוסדות משפטיים, הפועלים באופן הולם, המוקמים על בסיס שאינו ייצוגי על מנת לדון בעתירות של יחידים, ליישב סכסוכים ולאכוף את שלטון החוק;
3. קיימת מחויבות מצד חלק הארי של החברה, על אזרחיה ופקידיה, לרעיונות של זכויות אדם וזכויות מיעוט;
4. בקרב האזרחים המחויבים לרעיון הזכויות מתקיימת מחלוקת עקיבה, סבירה (reasonable disagreement), משמעותית ואמיתית לגבי זכויות.

לטענת וולדרון, בחברה שבה מתקיימות ארבע הנחות יסוד אלו, נחלש הטיעון שלפיו נדרשת ביקורת שיפוטית לשם יישוב מחלוקת בעניין זכויות.¹⁸ התיאוריה של וולדרון זכתה לתגובות ולביקורות רבות.¹⁹ אין בכוונתי לדון בתיאוריה עצמה לגופה

17 Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1360.

18 שם.

19 ראו למשל, Richard H. Fallon, Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HAR. L. REV. 1693 (2008). פאלון טוען שהשאלה המרכזית איננה האם בתי משפט או מחוקקים יכולים לטעות פחות בהגדרת זכויות, אלא מאילו סוגי טעויות רצוי להימנע – אלו שתוצאתן יגנת יתר על זכויות או אלו שתוצאתן פגיעה בזכויות. אם ניתן לעצב ביקורת שיפוטית רק בנוגע לכישלונות להגן על זכויות באופן ראוי, אזי ביקורת שיפוטית היא ראויה, גם אם יכולת בתי המשפט לזהות זכויות אינה טובה יותר מזו של המחוקקים. כמו כן, בניגוד לוולדרון, פאלון טוען כי ביקורת שיפוטית יכולה דווקא לתרום ללגיטימיות הפוליטית של השיטה הדמוקרטית כולה, אם ביקורת זו תפחית את ההסתברות שזכויות חשובות ייפגעו. ואכן, בניגוד לוולדרון, פאלון יוצא מנקודת הנחה שפעולת חקיקה עלולה להביא לידי הפרה של זכויות יותר מאשר אי-חקיקה. ראו Mark Tushnet, *How Different are Waldron's and Fallon's Core Cases For and Against Judicial Review?*, 30(1) O.J.L.S. 49 (2010). אלון הראל טען, למשל, שהטיעון בעד ביקורת שיפוטית, אינו זה האינסטרומנטלי - לפיו בתי משפט יכולים להגן על זכויות טוב יותר ממחוקקים, אלא נועד לתת לפרט את הזכות להישמע. ראו Yuval Eylon & Alon Harel, *The Right to Judicial Review*, 92 VA. L. REV. 991 (2006); Alon Harel & Tsvi Kahana, *The Easy Core Case for Judicial Review*, 2 J. LEGAL ANALYSIS 227 (2010); Alon Harel & Adam Shinar, *Between Judicial and Legislative Supremacy: A Cautious Defense of Constrained Judicial Review*, 10 INT'L J. CONST. L. 950 (2012). דימיטריוס קיריטסיס מבקר את הטיעון של וולדרון (וגם של בלמי), שלפיו ביקורת חוקתית אינה

מקום שמתקיימות הנחות יסוד אלה, אלא אני מבקש לטעון שההנחה הראשונה וההנחה השלישית אינן מתקיימות בישראל במידה מספקת, כפי שארחיב להלן. אם טענותי מתקבלות, הרי שאימוץ הטיעון של וולדרון אינו מוביל לדחייתה של הביקורת השיפוטית בישראל.²⁰

ב. ההנחה הראשונה

ההנחה הראשונה של וולדרון מתמקדת בקיומם של מוסדות דמוקרטיים. וולדרון מניח כי מדובר בחברה דמוקרטית מודרנית, שבה חוקים ומדיניות ציבורית נקבעים על ידי העם ונציגיו באמצעות מוסדות נבחרים;²¹ החברה מקיימת מערכת דמוקרטית נרחבת, ויש בה בחירות כלליות ומחוקק מייצג שנבחר בבחירות באופן רגיל והוגן. עד כאן, נראה כי הנחת היסוד הראשונה מתקיימת בישראל.²² ואולם, לפי וולדרון,

מוצדקת שכן היא מפירה את השוויון הפוליטי ומקנה לעמדות של מיעוט פקידותי שאינו נבחר עדיפות על פני עמדותיהם של האזרחים הרגילים: לטענת קיריטיסי, טיעון זה שלהם אינו מדויק, שהרי ייצוג פוליטי, כפי שהוא מוכר מהפרקטיקה הפוליטית, כרוך במתן כוח דומה לנציגים נבחרים. הביקורת של וולדרון לוקה אפוא לדעתו בהפרזה יתרה (overkill), משום שהיא מקנה סיבה דומה להתנגד לדמוקרטיה ייצוגית כמו לביקורת חוקתית. ראו Dimitrios Kyritsis, *Where Our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review* ch. 4 (2017); Dimitrios Kyritsis, *Justifying Constitutional Review in the Legitimacy Register: A Reply to Bello Hutt, Harel and Klatt*, REVUS (2020), <http://journals.openedition.org/revus/5706>

20 לטיעון דומה לגבי קולומביה, ראו Jorge Ernesto Roa Roa, *Judicial review, deliberation and democracy in Colombia: Jeremy Waldron Hesitates in Bogota*, 44 REV. DERECHO DEL ESTADO 57 (2019).

21 איתי בר-סימן-טוב מעיר כי וולדרון הוא המייצג הבולט של הגישה הרואה בהליך החקיקה עצמו תכלית חשובה, שכן מטרתו להבטיח שחקיקה תתקבל בהליך דמוקרטי, לגיטימי והוגן: "הליך החקיקה הוא הביטוי המובהק ביותר של הדמוקרטיה הייצוגית. זוהי הזירה המרכזית שבה אמור להתממש הרעיון הבסיסי שלפיו בדמוקרטיה הייצוגית ההכרעות מתקבלות על-ידי העם באמצעות נציגיו הנבחרים. זוהי גם הזירה המרכזית (יחד עם הבחירות לפרלמנט) שבה אמור להתממש מנגנון ההכרעה הבסיסי המאפיין את הדמוקרטיה: הכרעת רוב, המתקבלת לאחר מתן זכות השתתפות שווה על בסיס 'קול אחד לכל אחד'. לפיכך יש לעצב את הליך החקיקה באופן שיבטיח את מימושם של העקרונות הבסיסיים של הדמוקרטיה הייצוגית ושל מנגנון ההכרעה הדמוקרטי." ראו איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" **עיוני משפט** לז 645, 672 (2016). בר-סימן-טוב, מפנה שם, בה"ש 133, ל: WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT: לעיל ה"ש 16, בעמ' 118–88; 72 FORDHAM L. REV. 373 (2003); Jeremy Waldron, *Principles of Legislation, in THE LEAST EXAMINED BRANCH: THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE* 15 (Richard W. Bauman & Tsvi Kahana eds., 2006).

22 גם קיום זה אינו קיום מלא, שכן תפיסה לוחמתית ממושכת של עם אחר החי בשטחים ובטריטוריה שגבולותיה למעשה אינם קבועים ובורורים, משפיעה על אופייה הדמוקרטי

המחוקק הוא גוף דליברטיבי גדול, הרגיל לדון בנושאים מורכבים. המחוקק דן ומחליט בנושאים ציבוריים, והליכי החקיקה הם מפורטים, אחראיים, וכוללים מגבלות שונות, דוגמת שני בתי מחוקקים, בחינה מדוקדקת בוועדות, ושלבים שונים של דיון, שיח והצבעה.²³ חלק מהנחות אלו מתקיימות בישראל בעצמות נמוכה. הסיבה לכך היא שהליכי החקיקה בישראל אינם נוקשים, ואין בהם מערכות מספקות דיין של איזון ובלימה.²⁴ בראש ובראשונה, אין בישראל שני בתי מחוקקים, שלאחד מהם זכות וטו או השעיה של חקיקה, אלא רק בית אחד.²⁵ אין מגבלות טמפורליות בהליך החקיקה, וניתן לחוקק חוקים – ואף חקיקת יסוד – בפרק זמן של שעות.²⁶ עבודת ההכנה על החקיקה בוועדות היא לעיתים נמרצת מדי ואינה מוקפדת,

של המדינה. ראו סמי סמוחה "מדינה יהודית ודמוקרטיה יהודית" **משפט וממשל** י 13, 23 (2006).

23 אצל וולדרון, ראו גם Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1361. על החשיבות של בית שני JEREMY WALDRON, POLITICAL POLITICAL THEORY ch. 4 (2016).

24 בהקשר זה, ראוי להקדים ולהעיר, שבישראל, הליכי החקיקה אינם מעוגנים ברמה החוקתית אלא מוסדרים בתקנון הכנסת, בנוהג ובתקדימים פרלמנטריים. ראו ס' 19 ו-25 לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69, וכן צבי ענבר "הליכי החקיקה בכנסת" **המשפט** 91, 91–92 (1993).

25 הטיעונים בעד ביקמריזם (שני בתי פרלמנט) נשענו באופן היסטורי על שלושה עקרונות: איזון של כוחות; שיפור איכות החקיקה, והגנה על החוקה ועל זכויות יסוד. למחקר עדכני ומקיף על ביקמריזם ראו CONSTITUTIONAL REFORM OF NATIONAL LEGISLATURES: BICAMERALISM UNDER PRESSURE (Richard Albert, Antonia Baraggia, Cristina Fasone eds., 2019). מחקר של המכון הישראלי לדמוקרטיה מצא כי ביקמריזם קיים ברוב המדינות בעלות מבנה פדרלי; לעומת זאת, בכשליש מהמדינות האוניטריות (כלומר, שאינן בעלות מבנה פדרלי) יש שני בתיים. במובן זה, ישראל, כמדינה אוניטרית, אינה מהווה חריג בנוף העולמי. ראו אשר אריאן, דנה בלאנדר ועופר קניג אית מחוקקים נוסף לישראל" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 13.3.2002. www.idi.org.il/articles/16367.

26 ראו אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" **משפט וממשל** ב 443, 444–447 (1994). העברת חקיקה בזמן קצר במיוחד היא דבר נדיר, אך קיים. ראו למשל, בעניין תיקון מס' 5 לחוק-יסוד: הממשלה, שעסק בסגן שר, את עמיר פוקס "רק בישראל משנים חוקה באופן הזוי" **הארץ** 17.1.2018. www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.5744040. "נסו לספר לאזרח של דמוקרטיה חוקתית על תיקון חוקתי שכלל קריאה ראשונה ביום שני בבוקר לאחר דיון ורזי בשמונה בבוקר בוועדת חוקה, חוק ומשפט (שנבקע בהחלטה יום קודם לכן), וקריאה שנייה ושלישית למחרת אחר הצהריים. בית המחוקקים (ובכובעו זה הרשות המכוננת) תיקן את החוקה אך ורק בשל צורך פוליטי פרסונלי, בתוך יום וחצי כמעט ללא דיון רציני בכנסת לא כל שכן דיון ציבורי. כל עוד לא תהיה בישראל חוקה, שכל תיקון שלה יצריך הליך מיוחד עם פרקי זמן ארוכים בין הקריאות ורוב משמעותי בכנסת (כיום די ברוב של 61 ח"כים כדי לשנות את חוק יסוד: הממשלה), יימשך חוסר היציבות הממשלי בישראל. חוקי יסוד יתוקנו, יתווספו או יתבטלו בהתאם לצורך הפוליטי הרגעי, אפילו בתוך יום אחד. אפילו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוא כמעט המגן היחיד על זכויות האדם בישראל, לא משוריין ברוב מיוחד ולמעשה ניתן

במיוחד כשמדובר בחוקים המצויים בחוקי ההסדרים,²⁷ ואין הסדרה מפורטת ומסודרת של ביקורת חוקתית פרלמנטרית בהליך החקיקה.²⁸ אמנם יש שלבים שונים של דיון, ויש התדיינות בעצימות משתנה, אך ההליכים הם פעמים רבות חפוזים.²⁹ כפי שציין ברוס אקרמן, מהמשפטים המובילים בעולם, בדיוני המועצה הציבורית של המכון הישראלי לדמוקרטיה בעניין ביקורת שיפוטית:

אני חושב שדווקא בשיטה פרלמנטרית המושתתת על בית נבחרים אחד, חובה ליזום סוג של פורום בלתי-תלוי יחסית, שיהווה מוקד לדיון הקונסטיטוציוני. אף שהשפעתה של הממשלה בתוך בית מחוקקים יחיד, דוגמת הכנסת, בוודאי אינה אחידה, עם זאת קל לתאר מצבים שבהם יאושרו בזריזות ובאין מפריע החלטות

בלטלו על חודו של קול ובהליך מזורז. פירמידה חוקתית שלמה נשענת על כרעי תרנגולת."

27 לדיון ביקורתי בחוק ההסדרים ובכך ש"הליך חקיקתו של חוק ההסדרים מפקיע את הסמכות לחוקק חוקים מחברי הכנסת, ומעביר אותה לקבוצה שלא נבחרה עלידי הבוחר הישראלי, ואשר פועלת ללא שום פיקוח וביקורת תוך יצירת "גירעון דמוקרטי" בדמוקרטיה הישראלית", ראו טל גולן "הגירעון הדמוקרטי של חוק ההסדרים ושחיקתה של מדינת-הרווחה הישראלית" **משפט וממשל** 246, 243 (2007). ראו גם דוד נחמיאס וערן קליין **חוק ההסדרים: בין כלכלה לפוליטיקה** 19–21 (נייר עמדה, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999).

28 ראו בר-סימן-טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 21, בעמ' 697: "התוצאה היא שבכנסת עוברים חוקים רבים יחסית, אך הכמות והמהירות באות לעיתים קרובות על-חשבון האיכות – אפילו כאשר מדובר בחקיקתם (או בתיקונם) של חוקים חשובים, כגון חוקי-יסוד."

29 ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' **ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14 (2004), הדן ברפורמות מבניות מרחיקות לכת במועצות החקלאיות, רפורמות שעברו במסגרת חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003 בהליך חקיקה מזורז ביותר. בפסק דין זה, פירט בג"ץ את עקרונות היסוד של החקיקה בישראל: הכרעת הרוב, שוויון בהליך החקיקה, פומביות והשתתפות. דוגמה נוספת ניתן לראות בבג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 6.8.2017) (להלן: עניין **קוונטינסקי**), שם בוטל החוק בעניין מס דירה שלישית בשל פגם בהליך חקיקתו. להרחבה ראו איתי בר-סימן-טוב "בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או "סטייה רבתי" בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה?" **מחקרי משפט** לב 889 (2020). מעניין לציין שבפרשה זו, הזכיר השופט הנדל עצמו את אחד מכתביו של וולדרון, כרקע לעמדתו בנוגע לצורך לפסול חיקוק בשל הליך החקיקה. ראו פסקאות 4 ו-6 לפסק דינו של השופט הנדל. איתי בר-סימן-טוב טען שטיעונו של וולדרון עצמו מביאים לתמיכה בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה. ראו Ittai Bar- Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*, 91 B.U. L. REV. 1915, 1962–1969 (2011).

חד-צדדיות של המפלגה השלטת. עיקר חשיבותו של רעיון החוקה הוא התקיימותו של דיון ענייני, מתמשך ורציני, שמתנהל במנותק מהפוליטיקה הרגילה, סביב ערכים קונסטיטוציוניים בסיסיים. אינני חושב שניתן לקיים דיון כזה לאורך זמן ללא מוסד בלתי-תלוי יחסית שיטפח דיאלוג כזה.³⁰

עוד ראוי להתייחס לגודלו היחסי של בית המחוקקים הישראלי (היינו למספר חברי הכנסת ביחס לאוכלוסייה), שאינו מהגדולים בעולם.³¹ ההחלטה ההיסטורית להעמיד

30 ברוס אקרמן "מאפייני הביקורת השיפוטית" דגמים של ביקורת שיפוטית 82 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2002).

31 ראו עופר קניג "יום הולדת לכנסת" המכון הישראלי לדמוקרטיה 10.2.2017 www.idi.org.il/articles/12571 : גודלם של בתי מחוקקים, כלומר מספר חברי הפרלמנט, משתנה ממדינה למדינה בהתאם למספר גורמים: שטח, אוכלוסייה, מבנה שלטוני ריכוזי או ביזורי ועוד. מחקר השוואתי של שני מדעני מדינה (Taagepera and Shugart) בחן את הסוגייה ומצא כי הגודל של פרלמנטים צפוי להיות השורש השלישי של מספר התושבים במדינה. כך, למשל, במדינה עם מיליון תושבים נצפה לראות פרלמנט עם 100 חברים, בעוד במדינה עם 125 מיליון תושבים נצפה לראות פרלמנט עם 500 חברים. על-פי ההיגיון הזה, גודלם של פרלמנטים לא יהיה קבוע אלא ישתנה מפעם לפעם בהתאם לשינויים דמוגרפיים. [...] המספר של חברי כנסת – 120 – לא השתנה במהלך קיומה של מדינת ישראל, זאת על אף שהאוכלוסייה גדלה פי 13. לפי הנוסחה של טאגאפריה ושוגארט, כשקמה מדינת ישראל מספר חברי הכנסת היה גדול מהמצופה: השורש השלישי של 600,000 – מספר התושבים המוערך בקום המדינה – הוא 84. כיום, כאשר מספר התושבים הוא כ-8 מיליון מספר חברי הכנסת קטן בהרבה מהמצופה: השורש השלישי של 8 מיליון הוא 200. האמנם המספר של חברי הכנסת נמוך? מבט על מדינות בעלות סדר גודל של אוכלוסייה הדומה למדינת ישראל מעיד שאכן כך הדבר. כאשר משווים את ישראל ל-17 דמוקרטיות עם אוכלוסייה של בין 4 ל-12 מיליון נפש אפשר לראות שהיא היא המדינה הרחוקה ביותר מהקו המשקף את הממוצע. בניו זילנד, למשל, בה מספר התושבים הוא מחצית ממספר התושבים בישראל, יש פרלמנט הזהה בגודלו לפנסת – 120 חברים. לכל שאר המדינות שאוכלוסייתן קטנה מזו של ישראל יש פרלמנט עם מספר חברים גדול יותר מזה של הכנסת". ראו גם חן פרידברג **איך משפרים את עבודת הכנסת כגוף מחוקק ומפקח?** 14 (מהדורה מעודכנת, 2018) www.idi.org.il/media/10123/how-to-improve-the-knesset-as-a-legislative-and-oversight-body-key-recommendations.pdf שכתבה: "הכנסת היא אחד הפרלמנטים החדרביתיים הקטנים בעולם"; שירית אביטן כהן "מחקר: הכנסת קטנה, חלשה ונטולת ידע מחקר" **מקור ראשון** 5.5.2019 www.makorishon.co.il/news/136675 "עומדת [...] ברף העליון של מספר מבתי הפרלמנט הקטנים ביותר בעולם המערבי" וגם "עומדת [...] ברף העליון של מספר הוועדות, שבע בין 10 ל-20 בפרלמנטים בעולם, וזאת אף בלי להביא בחשבון את העובדה שהכנסת היא הפרלמנט המצומצם ביותר בפרלמנטים שנסקרו, ויש בה בית אחד בלבד בניגוד לפרלמנטים בעלי בית עליון ובית תחתון. לאחר קיזוז מספר חברי הממשלה ויז"ר הכנסת, נותר מספר חברי הכנסת הזמינים להשתתף במלאכת הפיקוח על הממשלה 93,

את מספר חברי הכנסת על 120 חברים מזה זמן רב אינה משקפת את הצרכים הייצוגיים של המדינה.³² לגודל בית המחוקקים יש חשיבות מכמה היבטים. גודלו של הגוף המחוקק במליאתו ובדיוני הוועדות הוא רכיב הקשור באופן הדוק להתדיינות, לסבירות ולנכונות ההחלטה, כידוע לפי "תיאורמת המושבעים" של קונדרסה.³³ לכן יש להוסיף את העובדה שבין 20 ל-25 אחוזים מחברי הכנסת הם שרים או סגני שרים, לכן אינם פועלים למעשה כחברי הכנסת, ואינם פנויים לעבודה הפרלמנטרית של ייצוג הבוחרים, פיקוח על הרשות המבצעת וטיוב עבודת החקיקה. השיבוך של חברי הכנסת במספר ועדות פרלמנטריות גם אינו מאפשר התמקצעות בתחומי הוועדות, ומביא לכן שדיונים רבים, לרבות דיוני חקיקה, נערכים בנוכחות פרלמנטרית דלילה.³⁴

והם מאיישים את 240 המקומות בוועדות השונות, כך שלמעשה כל ח"כ חבר ב-43 ועדות – יחס מהגבוהים בעולם."

32 רויטל עמירן "זה לא מייצג: יש להגדיל את מספר חברי הכנסת בישראל" **מעריב** 19.6.2017 www.maariv.co.il/journalists/Article-588524 : "עם קום המדינה מנתה אוכלוסיית ישראל כ-806 אלף אזרחים. 69 שנים מאוחר יותר ישראל מונה 8.5 מיליון נפש. מספר חברי הכנסת - 120 - נותר על כנו. אם בעבר חבר כנסת אחת שירת כ-6,617 איש, הרי שכיום, בחיתוך גס, יש לנו חבר כנסת אחד על כל 70 אלף איש. אם נתבונן במדינות בעלות משטר פרלמנטרי, נבחין כי ישראל בדרך כלל יוצאת דופן לרעה במידת הייצוגיות בבית המחוקקים. לצורך ההשוואה, באנגליה אפשר למצוא חבר פרלמנט אחד לכל 12 אלף אזרחים, בגרמניה - אחד ל-11,571, בבלגיה - אחד לכ-55 אלף, באיטליה - אחד ל-65,608, בשוודיה - אחד ל-29 אלף וביוון אפשר למצוא חבר פרלמנט אחד לכל 36,666 אזרחים. בתקופת קום המדינה היה היגיון רב במספר 120. לקראת היווסדה של המועצה המכוננת נוהלו ויכוחים על מספר הנציגים הרצוי בה. ד"ר זרח ורהפטיג, יו"ר ועדת החוקה במועצת המדינה הזמנית, הציע בסופו של דבר את המספר 120, שהיה לא רחוק מהמספר שדובר עליו ואף היווה סממן למורשת ולרציפות היסטוריות."

33 JEREMY WALDRON, THE DIGNITY OF LEGISLATION 31–32 (1999). שאול שארף סיכם והסביר, כי לפי תיאורמה זו, "ההסתברות שהרוב בקבוצה יבחר באפשרות הראויה גבוהה יותר מההסתברות שהמיעוט יבחר באפשרות זו. התנאי המרכזי ליישום התיאורמה הוא היותם של מקבלי ההחלטות בעלי 'כישורי החלטה גבוהים', כלומר ההסתברות שכל פרט יבחר באפשרות הנכונה תהיה גדולה מחמישים אחוזים. על פי התיאורמה, כאשר קבלת ההחלטות מאפשרת לכל הפרטים לקבל החלטה בחופשיות ובהנחה כי ההסתברות שכל פרט צודק גדולה מחמישים אחוזים, ההסתברות כי קבוצת הפרטים תקבל את ההחלטה הנכונה גבוהה מן ההסתברות כי הפרט המומחה יקבל החלטה שכוו. במקרה כזה ככל שמספר מקבלי החלטה גדל כך גדלה ההסתברות שתתקבל החלטה ראויה." שאול שארף "זכות הבחירה לפרלמנט במדינה דמוקרטית או בשבח הכרעת הרוב" **על הבחירה – חופש ואילוך בהחלטות אישיות וחברתיות** 201, 203 (יובל אלבשן ואלעד אורג עורכים, 2020). לתיאורמה, ראו MARQUIS DE CONDORCET, ESSAI SUR L'APPLICATION DE L'ANALYSE À LA PROBABILITÉ DES DÉCISIONS RENDUES À LA PLURALITÉ DES VOIX (1785) (Cambridge Univ. Press 2014).

34 קניג "יום הולדת לכנסת", לעיל ה"ש 31. על "הגירעון הדמוקרטי" כתוצאה מכנסת קטנה בצירוף ממשלה גדולה ראו גם צאלה קוטלר הדרי "פרופיל 34: המחיר האמיתי של

אם לוקחים בחשבון את המציאות הזו, כמו גם את העובדה שאין דרישת קוורום,³⁵ ושמרבית החוקים נחקקים ברוב של עשרות ספורות של חברי כנסת – לעיתים פחות מכך – ותחת חרב המשמעת הקואליציונית כפי שארחיב להלן, יש להטיל ספק גם בהתקיימות הדרישה של "גוף דליברטיבי גדול", הקשורה בטבורה לנכונות אפיסטמית סנטטיבית של הכרעות רובניות של גופים גדולים כאלו.

הבעיה מתחדדת על רקע המציאות השלטונית הישראלית, שבה הרשות המבצעת שולטת הלכה למעשה ברשות המחוקקת. שליטה זו נעשית, בין היתר, באמצעות הסכמים קואליציוניים הנאכפים במשמעת קואליציונית קפדנית ובאמצעות ועדת השרים לענייני חקיקה (שדיוניה חסויים). אלו הופכים את הכנסת למעין חותמת גומי של הממשלה (גם אם לא בכל המקרים) ומגבילים באופן ניכר את עצמאות פעולתו של חבר הכנסת,³⁶ כפי שתיאר בהרחבה מתן גוטמן בעבודת הדוקטור שלו.³⁷ כמציאות זו, ביקורת שיפוטית לשם הגנה על זכויות נראית הכרחית. זאת ועוד, ביקורת שיפוטית שנועדה להקפיד על טיב מינימלי של הליך החקיקה נראית רצויה אף היא כדי להגן על הרשות המחוקקת עצמה מפני דורסנותה של הרשות המבצעת.³⁸ גוטמן דן בהרחבה גם

הממשלה המנופחת" **שומרים – המרכז לתקשורת ודמוקרטיה** 26.5.2020
www.hashomrim.org/p32

35 ראו בר-סימן טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 21, בעמ' 691: "הפרלמנט הישראלי יוצא-דופן לעומת רבים מהפרלמנטים בעולם בכך שאין בו כל דרישת קוורום, כך שבישראל חוקים יכולים להתקבל 'פה אחד' פשוטו כמשמעו, כאשר רק חבר-כנסת אחד נוכח ומצביע (וכבר היו דברים מעולם)".

36 גילה שטופלר "בית המשפט העליון ככלם מפני השתלטות עוינת של הממשלה על סמכויות הכנסת" **ICON-S-IL Blog** 25.3.2018 bit.ly/3hadh4U

37 מתן גוטמן **יחסי הגומלין בין הכנסת לממשלה והחוקה המינהלית המוסדית** 119–122, 143–148 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 2019).

38 על ההבחנה בין ביקורת שיפוטית חוקתית לבין ביקורת שיפוטית פרוצדורלית על הליך החקיקה, ועל השילוב של שני סוגי הביקורת הללו במודל שאותו הוא מכנה הביקורת השיפוטית הסמי-פרוצדורלית, ראו איתי בר-סימן טוב "ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית הליכית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדורלי בישראל" **ספר דורית ביניש** 299 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018). לטיעון ברוח זו ראו Yaniv Roznai, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset*, 51 VERFASSUNG UND RECHT IN ÜBERSEE (2018) 415. מובן שבהיעדר חוקה, הקובעת חלוקת תפקידים ומסמיכה את בית המשפט לאכוף אותה, יש להארות מקור סמכות לבית המשפט להגן על הרשות המחוקקת מפני הרשות המבצעת. אם בית המשפט פסק, שלא על פי הסמכה ועקרונות ברורים, שיש לו סמכות לקבוע מי צריך הגנה ומפני מה ולכפות זאת על הכנסת עצמה, כי אז יש שיטענו שיהיה צורך להגן על הרשות המחוקקת גם מפני בית המשפט. לדעתי, העיקרון החוקתי שיהיה מוגן במקרה זה הוא עקרון הפרדת הרשויות. כפי שציין השופט סולברג בפסק הדין בעניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 29, בפס' 109: "הביקורת השיפוטית דכאן אינה קלוטה מן האוויר [...]". את הביקורת השיפוטית עשינו על סמך עקרון יסוד מובהק של שיטת משפטנו: הפרדת הרשויות; ממנו משתלשלת זכות ההשתתפות, אשר באה לידי

בעניין הכשל הדמוקרטי הממשי שיוצרת שיטת הבחירות הייחודית בישראל. ודוק, לא זו בלבד שקיימת בישראל בעיה בהליכים הפנימיים בכנסת, אלא גם יש בישראל שיטת בחירות קיצונית ונדירה, שבה אין בחירות אזוריות במחוזות בחירה, ופתק ההצבעה הוא קשיח וסגור. שיטה זו יוצרת מעין "נתק אלקטורלי" ממשי בין הבוחר לנבחר.³⁹ נתק זה מוביל בפועל לנאמנות מפלגתית ולמשמעת קואליציונית קיצונית, ובשיטה הקואליציונית הישראלית ל"שלטון של מיעוטים", שבו סיעות קטנות מכתיבות את קבלת ההחלטות בקואליציה ובממשלה.⁴⁰ נדמה שקשה להתהדר בייצוגיות, בשיטה

ביטוי באופן מעשי במתן האפשרות לכנסת לנהל הליכי חקיקה בהתאם לשיקול דעתה, ובחובתה של הרשות השופטת לפקח על כך שאפשרות זו אכן עמדה לה, לכנסת, ולא סופלה. והשוו, למשל, לפסק הדין של בית המשפט העליון באנגליה לעניין השעיית הפרלמנט, שבו נקבע כי עצת ראש הממשלה למלכה להשעות את הפרלמנט הייתה בלתי חוקתית. באשר להפרדת הרשויות, ציין בית המשפט: "Indeed, by ensuring that the Government does not use the power of prorogation unlawfully with the effect of preventing Parliament from carrying out its proper functions, the court will be giving effect to the separation of powers." R. (on the application of Miller) v Prime Minister, [2019] 3 W.L.R. 589, 603 (U.K.S.C.)

39 גוטמן, לעיל ה"ש 37, בעמ' 97–98. ראו גם מתי ס' שוגרט "רפורמה פוליטית-מוסדית בישראל: מבט השוואתי" **תיקון שיטת הממשל בישראל**, 678, 679–689 (גדעון רהט, שלומית ברנע, חן פרידברג ועופר קניג עורכים, 2013). הנתק אינו בא לידי ביטוי בהיעדר נגישות לחברי הכנסת. דווקא בעידן האינטרנט והרשתות החברתיות קל מאוד להגיע לחברי הכנסת. הבעיה היא בהיעדר האחידות של נבחרי הציבור כלפי ציבור הבוחרים. כך למשל, אזורי בחירה מעודדים קשר קרוב בין הבוחר לנבחר ומשיגים מרב אחידות, מחויבות ונאמנות של הנבחר כלפי בוחריו. ראו ניר אטמור "בחירות אזוריות: בעד ונגד" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 3.12.2008. www.idi.org.il/articles/7875. מעניין לציין כי וולדרון מניח שהשייכות המפלגתית של המחוקקים חשובה לצורך נקיטת עמדות נרחבות יותר מאשר האינטרסים הצרים של הבוחרים הישירים שלהם. ראו Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1361. בישראל המצב הפוך; השייכות המפלגתית המלווה לנאמנות ובמשמעת היא העיקרית והגוררת – בהיעדר בחירות אזוריות ומאחר שההצבעה היא בפתק סגור – נתק דווקא בין הבוחר לנבחר. כפי שגוטמן מתאר זאת: "חבר פרלמנט בכל העולם מצוי בצבת משולשת של נאמנויות: (א) נאמנות לציבור בוחרים פרטני (לרוב באזור בחירה מוגדר של עשרות עד כמה מאות אלפי בוחרים); (ב) נאמנות לציבור הכללי; (ג) נאמנות למפלגה ולמוסדותיה ולסיעה בפרלמנט. חבר פרלמנט מאזן כל העת בין החובות הללו – לעיתים הוא יעדיף אינטרס כללי רחב של הציבור על פני אינטרס צר של בוחריו במחוז, לעיתים יהיה זה ההפך, ולעיתים יעדיף לפעול לפי אינטרס צר של סיעתו, ובניגוד לאינטרסים של בוחריו או הציבור הכללי [...] בשיטת הבחירות הישראלית אין מרכיב של נאמנות הח"כ לציבור בוחרים פרטני ומוגדר. השיטה הישראלית שוברת את משולש האמון של חבר הכנסת ונותרת רק צלע אחת ממנו – נאמנות למפלגה או למנהיג המפלגה, ומתוקף כך – נאמנות לקואליציה ולממשלה." מתן גוטמן "כך הוכפפה הכנסת לממשלה" **ישראל היום** 9.6.2020. www.israelhayom.co.il/opinion/769363

40 מצב זה כונה על ידי אמנון רובינשטיין ואדם וולפסון "שלטון המיעוט", שבו מצליחות מפלגות קטנות לכפות את עמדתן בנושאים מהותיים, חרף התנגדותם של רוב חברי

שבה יש קשר כה רופף בין יחידי הגוף הנבחר לבין הבוחרים, וכך מתחזק הטיעון שלפיו הנחת היסוד בעניין "מחוקק ייצוגי" אינה מתקיימת בישראל. טענות כאלה הועלו גם בהקשר שאינו מקומי. כך, וולדרון עצמו שאל בהקשר של מולדתו, ניו זילנד, את השאלות הללו:

We are asking: does Parliament take its legislative responsibilities seriously enough to make it inappropriate for Judges to undertake the sort of close scrutiny of statutes that gets attacked as 'judicial activism'. A deserted chamber, Bills rushed through under urgency, members subservient to the executive, constant closure motions, no second chamber, no checks and balances – is that the sort of process that can reassure us that judicial scrutiny is not necessary?⁴¹

לפי וולדרון, גם השיטה הפרלמנטרית בניו זילנד יוצרת פתולוגיות חקיקתיות שונות, לרבות היעדר תשומת לב ראויה לאינטרסים של מיעוטים, ולרבות מערכות איזונים ובלמים חלשות בהליך החקיקה, עד כדי מצב שבו הפרלמנט מאבד את יעילותו בבחינת חקיקה מוצעת, ומשמש אך כמקדם סדר היום (האג'נדה) של הרשות המבצעת.⁴² הנחות היסוד של וולדרון בעניין קיום מוסדות דמוקרטיים, הכוללות קיום התדיינות (דליברציה) רבת שכבות בקרב המחוקקים, וסבבים שונים של הצבעה על חקיקה, מצויות בשחיקה בניו זילנד בשל מעבר מכוון והדרגתי של כוח מהמחוקק לרשות המבצעת. לתמיכה בטענתו, תיאר שם וולדרון מצב של היעדר בית מחוקקים שני, דחיפות בחקיקה, היעדר דרישת קוורום ושימוש במשמעת מפלגתית.⁴³ לאור

הכנסת. ראו אמנון רובינשטיין ואדם וולפסון באין ממשלה: איך לתקן את קלקולי המשטר 31, 39–40 (2012).

Jeremy Waldron, *Compared to What? Judicial Activism and New Zealand's* 41

Parliament, 2005 N.Z. L. J. 441, 443. ראו גם James Allan & Andrew Geddis, *Waldron and Opposing Judicial Review – Except, Sort of*, in *New Zealand*, 2006 N.Z. L. J. 94

מאוחר יותר הרחיב וולדרון בתיאור כשלים אלו, ראו 42

Jeremy Waldron, *Parliamentary Recklessness*, 2008 N.Z. L. J. 417; Jeremy Waldron, *Parliamentary Recklessness – II*, 2008 N.Z. L. J. 458. לניתוח הליך החקיקה בניו זילנד לאור טענותיו של וולדרון, ראו Hamish McQueen, *Parliamentary Business: A Critical Review of Parliament's Role in New Zealand's Law-Making Process*, 16 AUCKLAND U. L. REV. 1 (2010); Claire Charters, *Responding to Waldron's Defence of Legislatures: Why New Zealand's Parliament Does Not Protect Rights in Hard Cases*, 2006 N.Z. L. REV. 621

ראו גם: 43 Jeremy Waldron, *Legislation and the Rule of Law*, 1 LEGISPRUDENCE 91, 108 (2007): "legislation in that system is commonly enacted in a rush, in a mostly empty

חולשת הרשות המחוקקת בניו זילנד, אפילו המשפטן הבולט בעולם בהתנגדותו לביקורת שיפוטית טוען כי הנחות המוצא שלו במידה רבה אינן מתקיימות שם, וכי ביקורת שיפוטית עשויה להיות מוצדקת שכן היא מוסיפה שכבה נוספת של ביקורת על החקיקה.⁴⁴ טעמים מוסדיים אלו שהעלה וולדרון בעניין ניו זילנד יפים לישראל או חלים בה מכוח קל וחומר.⁴⁵

התנאים המוסדיים של וולדרון הם מכשירים המבקשים למעשה למתן את הסכנה שבעריצות הרוב, אותו רוב שהוא הכרחי כל כך לקבלת החלטות דמוקרטיות. בהקשר

for careful deliberation and debate; the chamber, without any proper provision legislative process is wholly dominated by the executive and subject only to norms of efficiency and executive convenience; it is often enacted under conditions of urgency, with a parliamentary majority controlled by the executive used to force closure motions in debate after debate. The result is exactly the sort of thing that critics of legislation complain about: ill-considered measures being put into effect simply because the executive wants them 'on the books' and parliamentary process being used or abused simply as an instrument of political power. This is legislation in opposition to the rule of law; it flouts the notion of legislative due process; it sits unsatisfactorily with the separation of powers [...] and it really does elide the idea of the rule of law and rule by the state".

44 ראו Waldron, *Compared to What*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 442: "[...] legislative procedures have become so impoverished that another layer of review is necessary. And if the Courts do not provide it, at least in extreme cases, who will? חשוב להבין ששאלות בנושאים כגון דומיננטיות הרשות המבצעת או משמעת מפלגתית אינן אך טעונים אקדמיים או פילוסופיים בדבר חולשת המחוקק, אלא מדובר בבטח מוסדיות שמקשות על מחוקקים – כך גם לפי עדותם – לבחון באופן רציני את ההיבטים של זכויות בחקיקה מוצעת. כך למשל, חוקרים שקיימו ראיונות עם חברי פרלמנט אוסטרלים ויהו מגבלות אחדות שמקשות על יכולתם של חברי הפרלמנט להגן על זכויות בהליך החקיקה: מחסור בזמן, במשאבים ובמומחיות; השפעתה של המשמעת המפלגתית, ודומיננטיות של הרשות המבצעת. Carolyn Evans & Simon Evans, *Messages from the Front Line: Parliamentarians' Perspectives on Rights Protection*, in THE LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: SCEPTICAL ESSAYS 329, 341 (Tom Campbell, K. D. Ewing & Adam Tomkins eds., 2011)

45 על ההשוואה בין ניו זילנד לישראל כתב בנימין אקצין עוד בשנת 1967 כך: Benjamin Akzin, *The Place of the Constitution in the Modern State*, 2(1) ISR. L. REV. 1, 8 (1967): "Among the countries which have whole-heartedly endeavoured to conform to the pattern of constitutionalism, there are two that have hitherto adhered to the British system and have not introduced a formal Constitution in the full sense of the word-New Zealand and Israel, though in the latter country the debate is still continuing. Possibly the British solution may suit New Zealand. For Israel, with its rather supercharged political climate, this writer would certainly recommend the added restraint of a formal Constitution." אקצין כתב כמובן על חוקתיות במובן הרחב, ולא התמקד בביקורת שיפוטית ובשאלה מודל בריטי הנעדר חוקה עשוי להתאים לנו זילנד אך לא לאקלים הפוליטי הישראלי, אולם הרעיון זהה; מודל חוקתי – שכיום מלווה בביקורת שיפוטית – מטיל מגבלות ובלמים חיצוניים על הכוח הפוליטי. לא כל מה שמתאים לנו זילנד (הנעדרת ביקורת שיפוטית חזקה), לבעיותיה ולתרבות הפוליטית שלה – מתאים לישראל.

זה, ראוי להזכיר גם שמבנה הדמוקרטיה הישראלית, כפי שהרחיב על כך עמיחי כהן, מעניק כוח רב מאוד למחוקק. מדינות דמוקרטיות שונות, הוא מראה, אימצו מגוון של פתרונות להגבלת כוחו של השלטון: חלוקה לשני בתי פרלמנט, כך שעל מנת לחוקק חוק יש להשיג רוב בשני מוסדות נבחרים שכל אחד מהם נבחר בשיטה אחרת; חלוקת כוח בין נשיא בעל סמכות לבין בית המחוקקים; חלוקת המדינה למחוזות פדרליים שלכל אחד מהם סמכות חקיקה עצמאית; הצטרפות לאמנות בינלאומיות המכפיפות את השלטון לביקורת חיצונית של בית משפט, או של בית מחוקקים חיצוני; וגם שיטת בחירות אוזרית המחייבת כל נציג נבחר לפעול לטובת אזור הבחירה שלו. אין דמוקרטיה בעולם שבה הרוב הנבחר יכול להחליט ללא כל ביקורת פוליטית, חיצונית או פנימית. לעומת זאת, מבנה הדמוקרטיה הישראלית מעניק כוח רב מאוד לכנסת. הבחירות הכלליות היחידות הנערכות בישראל הן לכנסת (שהיא כאמור בית מחוקקים אחד). התוצאה היא שהכנסת היא המוסד היחיד שיש לו לגיטימציה של הכרעת רוב מבחינת הליך הבחירה אליו. מבחינת הפרדת רשויות אנכית, ישראל איננה מדינה פדרלית, והרשויות המקומיות בישראל חלשות במיוחד, כך שכוחה של הכנסת הוא בלתי מוגבל כלפי גופים ומוסדות הכפופים לה ברמה הת-מדינתית. בה בעת, בכל הנוגע לרמה העל-מדינתית, ישראל איננה חברה בשום מוסד בין-לאומי שיש לו סמכות "על-מדינתית" דוגמת האיחוד האירופי, ואיננה כפופה לכל בית דין בין-לאומי שיש חובה להישפט בפניו (למשל בית הדין האירופי לזכויות אדם שאליו כפופות 47 מדינות אירופיות החברות במועצת אירופה).⁴⁶

חשוב להבהיר, שעל אף המתח לכאורה ביניהן, אין סתירה בין טענה זו, בדבר חוזקת המחוקק הישראלי, לבין הטענה שנטענה קודם לכן בדבר חולשת הכנסת. הכנסת, כגוף המחוקק, חזקה במובן זה שאין מופעלים עליה בלמים חיצוניים, והיא חלשה במובן זה שהממשלה שולטת בה. לכן, אין מספיק בלמים ואיזונים (פנימיים או חיצוניים) על הגוף המחוקק למעט בית המשפט. במילים אחרות, לא רק שאין סתירה בין הטיעונים, אלא ששילובם הוא שהופך את המצב בישראל לבעייתי, שכן הממשלה היא המחוקקת, לפרלמנט אין כוח אמיתי למנוע חקיקה של קואליציה נחושה, ומרגע שהממשלה פעלה באמצעות חקיקה – אין עליה מגבלות חיצוניות לבד מביקורת שיפוטית. כל אלו מחזקים את הצורך בקיומה של "שכבת ביקורת" נוספת בצורת ביקורת שיפוטית.

בהיעדר מערכת נוקשה של איזונים ובלמים, אם פנימיים, בתוך המערכת הפוליטית, ואם חיצוניים, מהמשפט העל-מדינתי, נדרש מנגנון שיפוטי חזק ועצמאי. לאור כל אלה, יש להכיר בחשיבותה של מערכת המשפט, הדואגת, בין היתר, לאכוף את קיומן

46 עמיחי כהן פסקת ההתגברות – איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט

(המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018) [www.idi.org.il/media/10495/override-clause-\(2018\).pdf](http://www.idi.org.il/media/10495/override-clause-(2018).pdf).
 לטעון דומה בשאלה מדוע יש צורך בהכרה בביקורת שיפוטית גם על חוקי יסוד לאור היעדר איזונים ובלמים, ראו From Supra- Suzie Navot & Yaniv Roznai, *Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, 21 EUR. J. L. REFORM 403, 421–422 (2019).

של מגבלות חוקתיות המוטלות על סמכות הגוף המחוקק. מגבלות אלו נועדו להגן על קיומה של מערכת בחירות חופשית, להגן על המיעוט מפני עריצות הרוב אך גם להגן על הרוב מפני שימוש לרעה בכוח על ידי הנציגים שלו עצמו. ביקורת שיפוטית נשענת על העיקרון של ממשל מוגבל (limited government), שלפיו מוטלות מגבלות על הרשויות הפוליטיות החזקות ועל סמכויות החקיקה שלהן. בהינתן החולשות המוסדיות שעליהן הרחבתי לעיל, חשש זה מפני סמכויות חקיקה בלתי מוגבלות גובר, ומחליש את הטענות בעד עליונות חקיקתית.⁴⁷

כאמור, וולדרון מניח שבבסיס מוסדות דמוקרטיים אלו קיימת תרבות דמוקרטית המעריכה התדיינות אחראית ושוויון פוליטי. השוויון הפוליטי חשוב במיוחד, שכן וולדרון מתייחס לבית המחוקקים כאל פורום שבו נציגי החברה כולה, נבחרים על בסיס שוויוני ומצביעים באופן שווה (representatives of the whole society, elected on a basis that treats all individuals in the society as equals, vote as equals [...]).⁴⁸ הוא מניח שהמוסדות הדמוקרטיים והליכי החקיקה נבחנים בכל עת לאור שוויון פוליטי, באופן שאם קיים אי-שוויון של ייצוג, הפוגע באופן משמעותי באידיאל של שוויון פוליטי, כל החברים בקהילה מבינים שמצב זה אינו תקין ושעל המחוקק ועל המערכת הפוליטית לפעול לשינוי המצב ולתיקון הפגם. עוד הוא מניח שהמחוקק מסוגל ליצור שינוי כאמור.⁴⁹

הגם שעקרון השוויון מהווה עקרון יסוד של המשפט הישראלי מקדמת דנא,⁵⁰ מסופקני אם חברה שבה המחוקק מסרב באופן עקיב לעגן את הזכות לשוויון באופן חוקתי פורמלי – למשל בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם או בחוק-יסוד: הלאום – עונה באופן מספק על הנחות אלו.⁵¹ בהקשר זה, ואפילו בהתקיים עיגון חוקתי וחוקי מסוים לזכות לשוויון, לא ניתן להתעלם מכך שברמת השוויון הפוליטי, הייצוג של המיעוט הערבי בישראל הוא פגום. בראש ובראשונה, המשפט החוקתי-הפרלמנטרי

CHRISTOPHER WOLFE, THE RISE OF MODERN JUDICIAL REVIEW: FROM CONSTITUTIONAL INTERPRETATION TO JUDGE-MADE LAW 97 (1994) 47

.Jeremy Waldron, *Judges as Moral Reasoners*, 7 INT'L J. CONST. L. 2, 20 (2009) 48

Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1362. 49

ראו למשל, יצחק זמיר "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל" **משפט וממשל** ט 11 (2006), העומד שם על הפער בין השוויון שהמשפט בישראל מצווה לנקוט כלפי ערבים, לבין המציאות, שבה אין שוויון לערבים בישראל. 50

עקרון השוויון מעוגן כיום, ברמה החוקתית, רק מכוח פסיקת בית המשפט העליון ופרשנותו את הזכות לכבוד האדם. עם זאת, פסיקה עתידית יכולה לסטות מהלכה זו. בכל מקרה, בהתאם למודל הביניים של בית המשפט העליון, רק אותם היבטים של השוויון הקשורים ב"קשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית" – זוכים להגנה חוקתית. הזכות לשוויון לא הוכרה כזכות עצמאית העומדת על רגליה שלה. ראו בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פ"ד סא(1) 619 פסקה 38 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006). כן ראו אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** ב 688–690 (2014). 51

כולל מנגנוני פסילת מפלגות, איסור רישום מפלגות והגבלות על הנחת הצעות חוק בעלות תוכן מסוים, המכוונים בעיקר, אך לא רק, כלפי המיעוט הערבי.⁵² כתימוכין לייצוג הפוליטי הפגום ראוי להזכיר את הפסילה העקיבה והחוזרת של מועמדים ערביים ורשימות ערביות על ידי ועדת הבחירות המרכזית לכנסת – שהיא כידוע ועדה פוליטית – מהתמודדות בבחירות, פסילות המבוטלות לרוב על ידי בית המשפט.⁵³ כמו כן, הייצוג של המיעוט הערבי פגום בשל העובדה שמבחינה היסטורית, חלק זה של האוכלוסייה ונציגיו אינו משתתף באופן פעיל כשותף פוליטי בממשלה.⁵⁴ כאשר ההתייחסות אל המיעוט הערבי אינה כאל שותף פוליטי מלא,⁵⁵ הנחות היסוד של וולדרון רחוקות מלהתקיים.⁵⁶ וולדרון עצמו מציין שטיעונו אינו מתקיים במקרה של

52 אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" **עיוני משפט** כו 241, 245–246, 306–307 (2002). לניתוח כללי ראו MAZEN MASRI, *THE DYNAMICS OF EXCLUSIONARY CONSTITUTIONALISM: ISRAEL AS A JEWISH AND DEMOCRATIC STATE* (2017).

53 על הפער בין החלטות ועדת הבחירות לכנסת לבין החלטות בית המשפט בעניין פסילת רשימות ערביות, ראו למשל, מיכל שמיר וקרן מרגל "תפיסות איום ופסילת רשימות ומועמדים לכנסת – מירדור ועד בחירות 2003" **משפט וממשל** ח 119, 133–137 (2005).

54 לדיון כללי ראו למשל, אמל ג'מאל "תת-ייצוג והשתתפות פוליטית לא אפקטיבית של האזרחים הערבים בישראל" **חסימים בפני שוויון הערבים בישראל** 125 (שלמה חסון ומיכאל קרייני עורכים, 2006). יש שיטענו כי מכך שחברי הכנסת הערבים בוחרים שלא להשתתף בממשלה, לא ניתן להסיק שיש בעיה בייצוג שלהם. יכולה הייתה להיות בעיה אילו היו *מנועים* מלהשתתף בממשלה, אך זו הבחירה שלהם. מכל מקום, גם אם מדובר בבחירה שלהם, יש להכיר בחוסר המוכנות הפוליטית להכניס אותם כשותפים בממשלה. ראו גילה שטופלר "המיעוט הערבי, המיעוט החרדי והתאוריה הרב-תרבותית במדינה יהודית ודמוקרטית" **משפט, מיעוט וסכסוך לאומי** 11, 33–34 (2017): "אף אם בוטלו רוב הפסילות והסרות החסינות על ידי בית המשפט, אין בכך כדי למנוע את הדהד לגיטימציה שהן גרמו וגורמות למפלגות הערביות ולחברי הכנסת הערבים בעיני הרוב היהודי. למעשה, פסילות אלה משמשות הצדקה להמשך הטאבו הלא פורמלי מאז קום המדינה על שיתופן של מפלגות ערביות בקואליציה, טאבו שתוצאתו היא נטרול כוחן הפוליטי של המפלגות הערביות. כך, אף שהמיעוט הערבי אינו מנוע על פי דין מלהתמודד בבחירות לכנסת ומלהתאגד במפלגות פוליטיות, בפועל כוחו הפוליטי מוגבל מאוד בשל הסירוב של המפלגות היהודיות לשתף את המפלגות הערביות בקואליציה."

55 למען שלמות התמונה אציין כי ב-15 הממשלות הראשונות, היו מפלגות ערביות (מפלגות לוויין של מפא"י) שהיו חברות בקואליציה, אך לא היו להן נציגים בממשלה. ראו עמיחי אתאלי "היו בקואליציה, נותרו מחוץ לממשלה" **ידיעות אחרונות** 21.8.2019. www.yediot.co.il/articles/0,7340,L-5573331,00.html

56 ברוס אקרמן הדגיש, שבהינתן בית מחוקקים יחיד, סוגיית הביקורת השיפוטית "רלוונטית שבעתים במקום שקיים מיעוט קבוע, כמו הערבים הישראלים, שקולם בכנסת נבלע בהמון. הם אמנם מצביעים בחלקם בבחירות, וכמובן שיושבים נציגים מטעמן בכנסת, אך התפקיד שהם ממלאים בכנסת והשפעתם הפוליטית מוטלים בספק, ומעמדם כאזרחים שווי-זכויות הוא נושא לבירור מתמשך ולחשיבה מחודשת. במיוחד בהקשר הזה, ניסוח אמנה הצהרתית לזכויות אדם במערכת של בית נבחרים יחיד, הוא כמו לומר

מיעוטים המודרים ונבדלים בשל דעות קדומות.⁵⁷ במילים אחרות, גם וולדרון מכיר בכך שכאשר מדובר בקיפוח מיעוטים מודרים ונבדלים, ליבת הטיעון נגד ביקורת שיפוטית אינו מתקיים.⁵⁸

שהמיעוט הקבוע לא ייחשב כשותף אמתי ומלא בדיאלוג הקונסטיטיווני המתמשך".
ראו אקמן, **דגמים של ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 82–83.

57 "I want to end by : Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1403–1404 : discussing one well-known way in which my first assumption might be thought to fail. I have in mind Justice Stone's suggestion in the famous *Carolene Products* footnote four: '[P]rejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities [...]. This it seems to me is an excellent way of characterizing the sort of non-core case in which the argument for judicial review of legislative decisions has some plausibility. Minorities in this situation may need special care that only non-elective institutions can provide-special care to protect their rights and special care (as John Hart Ely points out) to repair the political system and facilitate their representation. [...] if taken seriously, 'discrete' and 'insular' are useful adjectives, for they convey not just the idea of a minority that exists apart from political decision-making – in other words a topical minority – but also a minority whose members are isolated from the rest of the community in the sense that they do not share many interests with nonmembers that would enable them to build a series of coalitions to promote their interests. The alignment of decisional and topical minorities [...] is a good example of 'insularity' in this sense. And it is a cause for concern. [...] Pervasive prejudice is certainly incompatible with my third and fourth assumptions; it connotes indifference or hostility to the rights of the group's members, and it may lead members of the majority to differ unreasonably from the minority members' estimation of their own rights. [...] In such cases, the core argument against judicial review that I have outlined cannot be sustained". וולדרון מפנה שם לג'ון הארט אילי, JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 135–179 (1980). לפי אילי, תפקידו של בית המשפט הוא להגן על הדמוקרטיה הייצוגית, על ההליך הדמוקרטי ועל האפשרות של כל האזרחים להשתתף בהליך זה. לדעתו, ביקורת שיפוטית מוצדקת רק כאשר יש כשלים בהליך הדמוקרטי, כשלים כגון חסמים בהליך הדמוקרטי, כאשר השלטון חוסם את הדרך לשינוי פוליטי או כאשר הרוב מפלה מיעוט מתוך עוינות או דעות קדומות. בישראל, מבטא מובהק של גישה זו הוא נשיא בית המשפט העליון בדימוס אשר גרוניס. ראו איתי בר-סימן-טוב "ג'ון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התיאוריה החוקתית של אילי" **דין ודברים** ט 67, 87–97 (2015). לתיאוריה הליכית המצדיקה ומחייבת ביקורת שיפוטית תקיפה במקרים של עושק המיעוט ראו משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכית של פסקת ההגבלה" **משפט וממשל** י 521, 530, 556–559 (2007).

58 ניתן כמובן לטעון שאם הטיעון של וולדרון מתמצה במיעוט "שהוא מנותק מתהליך קבלת ההחלטות הפוליטי, וגם [...] מנותק מבחינה תרבותית וקהלית כך שאין לו אינטרסים משותפים עם קבוצות אחרות, מה שמונע אותו מליטול חלק בקואליציה כלשהי כדי לקדם את ענייניו" אזי מדובר בטיעון "צר למדי", כפי שהעירה בל יוסף. ראו בל יוסף "גבולות הדיאלוג החוקתי" **משפט וממשל** כא 189, 204 (תש"ף), המציינת שם כי "[...] לנוכח מיעוט החסמים המוחלים על החקיקה בישראל, אין כמעט הגנה על מיעוטים כחלק מהליך החקיקה בישראל."

הדיון שנערך עד כה בעניין ההנחה הראשונה, די בו כדי לחזק את הטענה כי הטיעון נגד ביקורת שיפוטית חלש בהקשר הישראלי. ואולם, ראוי לציין כי ספק אם גם ההנחה השלישית של וולדרון מתקיימת בישראל באופן ראוי.

ג. ההנחה השלישית

ההנחה השלישית של וולדרון היא, שקיימת מחויבות חזקה מצד חלק הארי של החברה לרעיון של זכויות פרט וזכויות מיעוט. גם אם הציבור בכללותו מאמין בתפיסה תועלתנית (יוטיליטריאנית) של טוב כללי, ואף על פי שחברי הציבור מאמינים בהכרעת הרוב כעיקרון כללי בפוליטיקה, הם מקבלים את הרעיון שליחידים יש אינטרסים מסוימים, וכי הם זכאים לחירויות מסוימות שאין לשלול אותן רק משום שיהיה זה נוח יותר למרבית הציבור. הם מאמינים שמיעוטים זכאים למידה של תמיכה והכרה שאינה מובטחת בהכרח בשל מספרם או כוחם הפוליטי.⁵⁹ וולדרון מניח שהמחויבות החברתית הרחבה לזכויות מערבת מודעות לקונצנזוס העולמי בדבר זכויות אדם ולהיסטוריה של החשיבה בדבר זכויות. הוא מניח גם שמחויבות זו היא "קונצנזוס חיי", המתפתח במקביל לכך שמגניי זכויות דנים זה עם זה בדבר משמעותן של זכויות. הוא מניח שהמחויבות לזכויות אינה רק מס שפתיים וכי החברים בקבוצה מתייחסים לזכויות לגבי זכויות; אכפת להם מזכויות, הם דואגים שהשקפותיהם והשקפותיהם של אחרים לגבי זכויות יהיו מצויות בדיון מתמיד, והם מודעים לנושא הזכויות ביחס להחלטות חברתיות שבהן הם דנים. גם אם יש מי שהם ספקניים לגבי זכויות – וכאלו יש בכל חברה – וולדרון מניח שגישה זו היא חריג קיצוני (outlier). הוא מניח שבחברה קיים כיבוד כללי של זכויות פרט וזכויות מיעוט, ושזהו מרכיב משמעותי בקונצנזוס רחב בחברה, מרכיב מרכזי בעמדה הפוליטית השלטת, ובוודאי מרכיב מרכזי באידאולוגיה הרשמית.⁶⁰

ספק אם הנחה בסיסית זו מתקיימת בהקשר הישראלי באופן הרצוי. סקרים מראים היעדר מחויבות עמוקה ורחבה בחברה הישראלית, לזכויות אדם. כך למשל, במחקר שנערך לאחרונה, שבדק עמדות של צעירים בישראל כלפי ערכים דמוקרטיים, נמצא כי רק 37% מהצעירים היהודים בישראל סבורים שהגנה על זכויות מיעוטים היא ערך בעל חשיבות עליונה. בסקר אחר שביקש לבדוק את דעתם של צעירים יהודים בנוגע לשוויון זכויות פוליטיות נמצאה ירידה: בשנת 1998 כ-86.2% מהצעירים היהודים ראו ערך זה כערך חשוב או חשוב מאוד; בשנת 2010 ירד שיעור זה ל-81.6%, ובשנת 2016 עמד על 63.1% בלבד.⁶¹ סקר אחר משנת 2013 הראה ש-49% מהציבור היהודי סבורים

59 Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1364.

60 שם, בעמ' 1365.

61 ראו שירה קדרי-עובדיה "37% מהצעירים היהודים רואים בזכויות המיעוטים ערך עליון – פחות מהממוצע בעולם הערבי" **הארץ** 24.12.2019 www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.8315479. למחקר המקורי שעליו מבוססת כתבה זו ראו רובי נתנון, דליה שיינדלין וינאי ויס דור ה-Z **במזרח התיכון ובצפון אפריקה** (2019) bit.ly/39BNaRV.

שליהודים מגיעות זכויות רבות יותר מאשר ללא יהודים.⁶² קיים גם ממצא עקיב בסקרים, שלפיו רוב מבין הציבור היהודי סבור שהחלטת פוליטיות חשובות בנושאי שלום וביטחון וגם בנושאי ממשל וכלכלה צריכות להתקבל ברוב יהודי בלבד.⁶³ למען שלמות התמונה אציין כי במגוון נושאים מפגין הציבור הישראלי דווקא תפיסות מתקדמות למדי. כך למשל, לפי סקר של האגודה לזכויות האזרח משנת 2016, 80% סבורים שיש להעניק זכויות שוות לבני זוג מאותו המין ו-79% מתנגדים לצמצום הנוכחות של נשים באירועים ציבוריים. אולם בקרב אוכלוסיות מסוימות עמדות אלו הפוכות. כך למשל, בעוד ש-30% מהציבור תומכים בהפרדה בין יהודים לבין ערבים במקומות ציבוריים, בקרב מצביעי ימין קיים רוב של 52% להפרדה כאמור, בקרב דתיים-לאומיים היחס הוא 2/3 ובקרב החרדים כמעט 80%.⁶⁴ בהינתן הכוח הפוליטי הרב של קבוצות אלו, יש לעמדות אלו חשיבות רבה במישור הפוליטי הישראלי. היעדר המחויבות לזכויות בא גם לידי ביטוי באופן הפשוט ביותר: הניסיונות לחוקק מגילת זכויות מלאה כשלו,⁶⁵ וכדי לחוקק את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם נדרשו פשרות רבות (כגון הוספת סעיף של "שמירת דת" של חוקים ישנים [המגינה עליהם מפני בטלות גם אם הם סותרים את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם], ואי-הכללת זכויות בסיסיות כגון שוויון, חופש דת וחופש ביטוי) שהובילו בסופו של דבר לחקיקה של מגילת זכויות רזה ביותר⁶⁶ בהשוואה לקטלוג הזכויות המקובל בחוקות מודרניות.⁶⁷ אי-אימוץ מגילת זכויות מאז קום המדינה הוא קריטי לניתוחו של וולדרון, שכן כדי להפוך את ההנחה השלישית בדבר מחויבות חזקה לזכויות אדם למוחשית יותר, הוא

- 62 דנה בלאנדר "דמוקרטיה ליהודים בלבד: משאל העם כמשל" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 10.10.2013. www.idi.org.il/articles/7697.
- 63 לסקרים בשאלה זו, משנת 2003 ועד 2017, ראו תמר הרמן ואח' **שותפות בעירבון מוגבל: יהודים וערבים – ישראל 2017** 75–76 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2017) www.idi.org.il/media/9512/limited-partnership-jews-and-arabs.pdf.
- 64 האגודה לזכויות האזרח **הציבור בישראל וזכויות האדם 2016: איזמים והזדמנויות – סקר האגודה לזכויות האזרח** (2016) 2016. bit.ly/2OJA8YV.
- 65 על הכישלון בהסדרת הגנה חוקתית לזכויות האזרח ולחירויותיו ראו יצחק ה' קלינגהופר "מגילת זכויות האדם – הקפאון בחקיקה" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 137, 137–138 (יצחק זמיר עורך, 1993); יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט' " **מאזני משפט** 125, 148–152 (2006).
- 66 ראו רובינשטיין "סיפורם של חוקי היסוד", לעיל ה"ש 4, בעמ' 87–88, 108. ראו גם שגב "העצמת שיח הזכויות החוקתיות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 245: "בתנאי-הרקע של מדינת-ישראל שוכנים גם חילוקי-דעות לגבי זכויות. חילוקי-דעות אלה הם שמנעו, בין היתר, קבלת חוקה ומגילת זכויות עם קום המדינה; הם שעכבו במשך יותר מארבעה עשורים קבלת חוק-יסוד שיסדיר את זכויותיו וחירויותיו של האזרח ויגן עליהן חוקתית; והם שהובילו לאטומיזציה של מגילת זכויות האדם, כך שרק זכויות שזכו בהסכמה רחבה עוגנו בחוקי-היסוד, בעוד שזכויות חשובות אחרות אך שנויות במחלוקת נותרו ללא עיגון חוקתי מפורש."
- 67 מגילות זכויות האדם החוקתיות בעולם הן מקיפות וכוללות מספר רב יחסית של זכויות, כ-35 זכויות. ראו David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CAL. L. REV. 1163, 1194–1199 (2011).

מציין מפורשות שאימוץ מגילת זכויות אדם מהסוג המוכר (אין חובה שמגילת הזכויות תהא משורינית או חלק מחוקה כתובה)⁶⁸ הוא פרמטר לכך שהחברה מקדשת זכויות אדם. כלומר, וולדרון מניח שמגילת הזכויות התקבלה כדי לשקף את מחויבות החברה לזכויות.⁶⁹

בישראל, כאמור, לא רק שלא אומצה מגילת זכויות מלאה אלא שחוקי היסוד בדבר זכויות, שכן נחקקו, עומדים, מאז חקיקתם, במוקד מחלוקת ציבורית. "מחלוקת לגבי זכויות", כשלעצמה, היא בוודאי רצויה בדמוקרטיה ליברלית ופלורליסטית. אכן, אחת מההנחות של וולדרון (ההנחה הרביעית) היא ש"מתקיימת מחלוקת עקיבה, סבירה, משמעותית ואמיתית לגבי זכויות". ניתן כמובן לשאול האם עצם הדיון בשאלת העיגון החוקתי של זכויות, בהן זכויות כגון שוויון, חופש ביטוי או חופש דת – בניגוד לדיון בשאלה מהו היקפן של זכויות אלו – הוא בגדר "מחלוקת סבירה". אך גם אם מניחים שאכן מדובר במחלוקת סבירה, לדעת וולדרון, מחלוקת סבירה זו צריכה להיות בין האזרחים המחויבים לרעיון הזכויות, זאת כאמור, בהתבסס על ההנחה הקודמת (ההנחה השלישית), כי חלק הארי של החברה מחויב לרעיון של זכויות פרט וזכויות מיעוט. ואולם נדמה לי כי לאור האמור לעיל, ניתן להטיל ספק בהנחה כי מתקיימים בחברה הישראלית באופן הראוי, "קונצנזוס רחב" ו"מחויבות חזקה" לזכויות הפרט ולזכויות המיעוט. הציבור, ככלל, אינו רואה בעיה חמורה בשלילת זכויות פוליטיות מן הציבור הערבי, והשילוב של דיני המשפחה, דיני ההגירה ודיני ההתפיסה הלוחמתית המפלים יוצר קושי רב בהחלת הפרדיגמה של וולדרון על המציאות הישראלית.⁷⁰

68 אפילו בניו זילנד יש מגילת זכויות אדם מכוח חוק זכויות האדם. אמנם חוק זה אינו מקנה לבית המשפט סמכות לבטל חקיקה הסותרת אותו, אך אף על פי כן הוא תרם להתפתחות תרבות בריאה בנושא זכויות אדם. ראו Janet McLean, *Legislative Invalidation, Homan Rights Protection and s 4 of the New Zealand Bill of Rights Act*, in *BILLS OF RIGHTS 28* (Mark Tushnet ed., 2007).

69 Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1365. ראוי להצביע כאן על היחס בין טענה זו לבין הטענה כי הכנסת אינה ייצוגית באופן ראוי. התבססות על חקיקה שהועברה או לא הועברה כמדד להלכי הרוח בחברה היא בעייתית כאשר הפרלמנט אינו מייצג באופן ראוי את רצון העם. כך למשל, ניתן לטעון שהסיבה שמגילת זכויות אדם לא נחקקה אינה נובעת מ"היעדר מחויבות בחברה לזכויות אדם" אלא מכשל במערכת הפוליטית, המקנה למפלגות קטנות – שאצלן מחויבות כאמור אינה קיימת – כוח פוליטי רב יותר מאשר כוחן באוכלוסייה. לענייננו, בין אם היעדר המחויבות נובע מהחברה ובין אם הוא נובע מכשלים פוליטיים, הנחות היסוד של וולדרון (או למצער אחת מהן) אינן מתקיימות באופן ראוי.

70 בדומה לטיעון זה, ובתגובה להצעות ליישם בישראל מודל של דיאלוג שבו לכנסת תהא המילה האחרונה בדבר שאלות ערכיות שיש לגביהן מחלוקת לגיטימית, טען אורי אהרונסון כי "הקושי הוא, שמודל דיאלוגי שמוחל באופן כללי [...] אינו מאפשר להבחין בין מחלוקות ערכיות על המובן של זכויות או ערכים מצד אחד (מחלוקות לגיטימיות), ומחלוקות ערכיות על עצם ההצדקה של זכויות או ערכים מצד שני (מחלוקות לא לגיטימיות). מודלים דיאלוגיים ברי-הצדקה מניחים שותפות ערכית בסיסית בין בית המחוקקים ובית המשפט, במובן של מחויבות חופפת של שני המוסדות – כמוסדות, כלומר ללא תלות בזוהות האנשים המכהנים ביניהם – לקטגוריות חוקתיות בסיסיות כמו שוויון, כבוד וחירות. בישראל, לפחות בתקופות מסוימות, שולטות בכנסת קואליציות

לצד חוסר היכולת להסכים על מגילת זכויות נדמה אפוא כי בשנים האחרונות העמיקה ההתנגדות לזכויות האדם בחברה הישראלית, ולצד, הפכה גם מוסכמת יותר מבעבר. מבלי להיכנס לטענות סוציולוגיות רחבות על החברה הישראלית, נראה שאפשר לומר שמחויבות לזכויות אדם חוקתיות אינו בדיק רעיון שאומץ על ידי הקונצנזוס הישראלי מאז המהפכה החוקתית.⁷¹ לכל היותר, אפשר להצביע על כך שבשנים האחרונות, רעיון זה מייצר נגדנות (אנטגוניזם) בקרב ציבורים רחבים בישראל.⁷² מאחר שהטעון של וולדרון נגד ביקורת שיפוטית נשען על מחויבות חזקה ונרחבת לזכויות,⁷³ נראה שאפשר לומר שהמצב בישראל בהקשר זה איננו משענת חזקה לטעון נגד ביקורת שיפוטית (a non-core cases society).

כפי שצינתי לעיל, הנחת היסוד הראשונה של וולדרון אינה מתקיימת, ודי בכך כדי להחליש את הטעון נגד ביקורת שיפוטית בישראל, זאת אף בקרב מי שסבור ששאר ההנחות (ובמיוחד ההנחה השלישית) מתקיימות בישראל, וכי יש בה מורשת ארוכה של כיבוד זכויות. ואולם, כאשר מצרפים להפרכת ההנחה הראשונה את היעדר הקונצנזוס לגבי זכויות, שלו טענתי לעיל, טענתו של וולדרון נגד ביקורת שיפוטית נחלשת עוד יותר לגבי ישראל.

אפקטיביות אשר אינן שותפות לאידיאל השוויון שעומד ביסוד האופי הליברלי של פסיקת בית המשפט העליון מאז קום המדינה. הן במישור של יהודים ולא-יהודים (פלסטינים ומהגרים) והן במישור של גברים ונשים, קיים חשש שמנגנון דיאלוגי ישמש לא ליישום של גישה פרשנית אלטרנטיבית לזכויות, אלא לשלילה מודעת ומכוונת של זכויות, בשם מערכות ערכים חלופיות. "אורי אהרונוסון" איזהו משבר? תגובה לגדעון ספיר " [bit.ly/2CqevlC](https://www.bit.ly/2CqevlC) 3.10.2019 ICON-S-IL Blog

71 ראוי להעיר שיש כאן מעין בעיה של "ביצה ותרנגולת". ההתנגדות הפוליטית של המפלגות החרדיות מבוססת בחלקה (לפחות בתקופה שאחרי המהפכה החוקתית), על מה שנתפס בעיניהן כאקטיביזם שיפוטי מופרז וכפרשנות חוקתית רחבה – למשל הכללת השוויון כחלק מכבוד האדם – בניגוד מפורש לכוונת מכונני חוקי היסוד. מפורסמת הכרזתו של ח"כ אריה דרעי בשנת 1996 כי: "אני כבר הפסקתי להאמין בנושא חוקי-יסוד [...] גם אם היית מביא את עשרת הדיברות כחוק-יסוד של ועדת החוקה, הייתי מצביע נגד. אני לא מאמין בזה. אני לא יודע מה הכוונת שלכם בפנים. אני לא יודע מה אתם זוממים ביחד עם שופטי בית-המשפט העליון לעשות לנו [...] אין לי ספק שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו תואם עם בית-המשפט העליון [...] והם דרך פתח המחט הזה הכניסו את כל מה שהם רוצים". ראו דבריו בפרוטוקול ישיבה מס' 423 של הכנסת ה-13, 161 (19.2.1996). בישיבה עמדו לדין הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט; הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, והצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות (קריאה ראשונה). מובן שהטעון שלפיו ההתנגדות לחקיקת זכויות נובעת מהאקטיביזם השיפוטי אין בו כדי להסביר את היעדר היכולת לחוקק מגילת זכויות בפקק הזמן שמאז קום המדינה ועד המהפכה החוקתית.

72 על ההתנגדות של ציבורים דתיים ולאומנים למיזם הליברלי של המהפכה החוקתית, ראו Menachem Mautner, *Protection of Liberal Rights Amidst a "War of Cultures" (Kulturkampf) Between Secular and Religious Groups*, 48 *ISR. Y.B. HUM. RTS.* 125 (2018); לדין כללי על ההתנגדות למיזם הליברלי בישראל, ראו מנחם מאוטנר *הליברליזם בישראל – תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו* (2019).

73 Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1364, 1366.

ד. על אוטופיה של דמוקרטיה ועל פופוליזם

ראוי לציין כי השאלה האם ביקורת שיפוטית מוצדקת מבחינה מוסרית בהתקיים הנחות יסוד מסוימות, פשוט אינה שאלה שמרבית החברות, ובמיוחד אלו החוות שחיקה של הדמוקרטיה, שואלות עצמן. עמד על כך תאודור רוקס, שטען כי וולדרון יצר תנאי יסוד ששוללים את רוב הדמוקרטיה הליברליות המערביות (אם לא כמעט את כולן), ובוודאי את הרוב המוחלט של החברות האחרות.⁷⁴ כפי שטען לאחרונה סם אייזקרוף, בתגובה לתיאוריות כגון אלו של וולדרון:

The critical inquiry is not an idealized world of healthy parliamentary exchange but the current disabilities of democratic governance in nearly all states ruled by popular sovereignty. Were we to live among the angels, as Madison once noted, institutional constraints would be unnecessary. In the second best domain of real world conflict and uncertainty, the discussion should move beyond Platonic ideals. Rather than assuming the operation of a healthy democracy running on all of its institutional gears, I begin with the real world observation that all is not well in the house of democratic governance. In not accepting either the health of democracy or the centrality of rights concerns as the analytic point of departure, it is my aim to take the debate over judicial review off of its customary theoretical mooring and ground it in the messy reality of lived experience.⁷⁵

כלומר, ייתכן שהתנאים שוולדרון מניח כהנחות יסוד הם בכלל תנאים אידיאליים. ואולם, יש לבחון התאמת מנגנונים פוליטיים ומשפטיים בראייה מפוכחת ומציאותית לפי ניסיון החיים, ולא בראייה אידיאלית של ריבונות פרלמנטרית. ראייה מציאותית זו

74 ראו Theunis Roux, *In Defence of Empirical Entanglement: The Methodological Flaw in Waldron's Case Against Judicial Review*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF DELIBERATIVE CONSTITUTIONALISM 203, 207–211 (Ron Levy et al. eds., 2018). בדומה כותב גם גונזלס ברטומו (Bertomeu) כי קשה להתעלם מהמסקנה שהתיאור האידיאלי של וולדרון אינו מתאים לשיקוף של עולם שאינו אידיאלי. ראו Juan F. Gonzalez Bertomeu, *Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review*, 17 LEGAL THEORY 81, 85 (2011). וולדרון סבור, שהמוסדות שאת קיומם הוא מניח אינם מוסדות אוטופיים מושלמים. Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1402.

75 Samuel Issacharoff, *Judicial Review in Troubled Times: Stabilizing Democracy in a Second-Best World*, 98 N.C.L. REV. 1, 5–6 (2019).

מלמדת שבמיוחד נוכח האתגרים הפופוליסטיים העומדים בפני המוסדות הפוליטיים והדמוקרטיים, תפקידם של בתי המשפט מקבל חשיבות יתרה.⁷⁶ אכן, הנחות היסוד של וולדרון מקבלות חשיבות יתרה בעידן המגמה הגלובלית של שחיקה דמוקרטית.⁷⁷ הניסיון בעולם מלמד שעם היחלשות הרשות המחוקקת ועליית הרשות המבצעת, הופכים מנגנוני האיזון והבלימה הפוליטיים לפגיעים, בעיקר בשל פוליטיקה פופוליסטית המבקשת להסיר מגבלות על כוח הרוב, שאותו היא רואה כמייצג הבלעדי של הריבון.⁷⁸ בנסיבות אלו יש אפוא למצוא מכניזם אחר (וחיצוני למחוקק) שיבצע את התפקיד ה"מצנן", המאזן והבולם של דיון חקיקתי.⁷⁹ בכך מתחזקים תפקידו של בית המשפט ותפקיד הביקורת השיפוטית. כלומר, גם אם מכירים ביכולתו המוסדית של המחוקק להגן על זכויות אדם ולקדם בחקיקה,⁸⁰ במציאות של שחיקה דמוקרטית, לא ניתן להסתמך על המחוקק באופן בלעדי בתחומי ההגנה על זכויות אדם.⁸¹ וולדרון מכיר בכך שיתכן שהמוסדות הדמוקרטיים אינם מושלמים וניתן לשפרם, אך מבחינתו, די בכך שהמוסדות הדמוקרטיים יהיו מצויים במצב טוב יחסית (reasonably good order). הבעיה היא, שבעידן של שחיקה דמוקרטית – בין אם היא קיימת בישראל ובין אם לאו – גם אם הנחות היסוד של וולדרון מתקיימות בנקודת זמן נתונה, אין ערובה לכך שהמחוקק יישאר "במצב טוב יחסית" כדברי וולדרון. יש לבחון מחדש בכל עת את התקיימותן של הנחות היסוד, לאור תנאי הסביבה המשתנים.⁸²

-
- 76 ש.ם.
- 77 להרחבה על מגמה זו ועל ניצניה בישראל ראו, Nadiv Mordechay & Yaniv Roznai, *Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel*, 77 MD. L. REV. 244 (2017); Yaniv Roznai, *Israel – A Crisis of Liberal Democracy?*, in (CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN CRISIS? 355 (Mark A. Graber et al. eds., 2018).
- 78 בשנים האחרונות נכתב על כך רבות. ראו למשל JAN WERNER MÜLLER, WHAT IS POPULISM (2016); TOM GINSBURG & AZIZ Z. HUQ, HOW TO SAVE A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (2018); STEVEN LEVITSKY & DANIEL ZIBLATT, HOW DEMOCRACIES DIE (2018); AMITAI ETZIONI, LAW AND SOCIETY IN A POPULIST AGE: BALANCING INDIVIDUAL RIGHTS AND THE COMMON GOOD (2019); David Landau, *Populist Constitutions*, 85 U. CHI. L. REV. 521 (2018); Kim Lane Scheppele, *Autocratic Legalism*, 85 U. CHI. L. REV. 545, 545–549 (2018); Paul Blokker, *Populism as a Constitutional Project*, 17 INT'L J. CONST. L. 535 (2019).
- 79 Samuel Issacharoff, *Democracy's Deficits*, 85 U. CHI. L. REV. 485, 499 (2018).
- 80 GRÉGOIRE WEBBER, PAUL YOWELL, RICHARD EKINS, MARIS KÖPCKE, BRADLEY W. MILLER & FRANCISCO J. URBINA, LEGISLATED RIGHTS: SECURING HUMAN RIGHTS THROUGH LEGISLATION (2018).
- 81 Yaniv Roznai, *Legislated Rights, Democratic Erosion and the Rise of Executive Power*, 21(1) JERUSALEM REV. LEGAL STUD. 129 (2020).
- 82 David Prendergast, *The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism*, 20 GER. L. J. 245, 252 (2019).

סיכום

המסקנה מדיון זה היא כפולה: ראשית, ברמה התיאורטית, הדיון בעד ונגד ביקורת שיפוטית צריך להיות קשוב ורגיש לא רק להיגדים נורמטיביים מופשטים אלא גם לעובדות בשטח. עובדות אלה מכתובות פעמים רבות את התשובה לשאלה מהו המצב הנורמטיבי הראוי בישראל, והאם תיאוריה מסוימת חלה או אינה חלה על מצב הדברים הנתון. כך, יש להיזהר מ"ייבוא" תיאוריות שנראות מושכות במבט ראשון אך הן מתבססות על הנחות יסוד בדבר קיומו של מסד עובדתי שאינו קיים במדינה "הקולטת" את התיאוריות הללו. שנית, בייבוא תיאוריות, יש לייבאן במלואן. כך, וולדרון אמנם מוכר כמתנגד המפורסם ביותר לביקורת שיפוטית, אולם כפי שביקשתי להראות, ייבוא התיאוריה שלו ויישומה בישראל (ואולי במדינות דמוקרטיות רבות אחרות) אינו מוביל לשלילת הביקורת השיפוטית.

עם זאת, גם אם הנחות היסוד של וולדרון אינן מתקיימות, אין משמעות הדבר בהכרח שקיימת הצדקה חזקה לקיומה של ביקורת שיפוטית. הסיבה לכך, כפי שציין, היא, כי גם אם ההנחה הראשונה או ההנחה השלישית אינן מתקיימות, אין כל ודאות שהקניית "המילה האחרונה" לבתי המשפט תגרום למחוקקים להתייחס ברצינות פחותה להשפעות של מעשי החקיקה שלהם על זכויות אדם רק בשל הידיעה שהאחריותות תיפול לפתחם של בתי המשפט. כמו כן, אין כל ודאות שביקורת שיפוטית תפצה על הליקויים של המוסדות הפוליטיים.⁸³

לכן חשוב להבהיר: במאמר זה ביקשתי לטעון כי לפי התיאוריה המובילה בספרות, ישראל היא משענת חלשה לעמדה המתנגדת לביקורת שיפוטית. אין בכך כדי לטעון שבאופן מוחלט תמיד יהיו בתי המשפט טובים יותר מגופים אחרים בהגנה על זכויות. מחוקקים יכולים לעיתים להגן בצורה טובה יותר על זכויות אדם באמצעות חקיקה; בתי משפט היו שותפים בעבר למיזמים אנטי-ליברליים,⁸⁴ ובתי משפט – בוודאי כאלה הנשלטים על ידי גופים פוליטיים – יכולים גם הם לגרום לשחיקה דמוקרטית.⁸⁵ עם זאת, לבתי המשפט תפקיד חשוב בהגנה על זכויות אדם ובשמירה על הדמוקרטיה.⁸⁶

83 Waldron, *The Core of the Case*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1403–1405. במקום אחר טענתי כי לרשות המחוקקת יש הן הלגיטימיות המוסדית והן היכולת המעשית לבחון סוגיות של זכויות אדם. הצעתי שם לאמץ מנגנון של ביקורת חוקתית פרלמנטרית שיוכל להגביר את האחראיות של חברי הכנסת ולחזק את ההגנה על זכויות אדם גם מחוץ לכותלי בית המשפט, בממלכה הפוליטית-הדמוקרטית. ראו רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם", לעיל ה"ש 4.

84 בהקשר האמריקני אפשר כמובן להזכיר את פסקי הדין *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 375 (1856) וכן *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). ראו *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), *Shahruh Khan, The Supreme Court's Illiberal Legacy*, WASH. POST (Aug. 6, 2019), <https://www.washingtonpost.com/outlook/2019/08/06/supreme-courts-illiberal-legacy/>.

85 David Landau & Rosalind Dixon, *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*, 53 U.C. DAVIS L. REV. 1313 (2020).

86 Yaniv Roznai, *Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy*, 29 WILLIAM & MARY BILL RTS. J. (forthcoming 2020).

אני סבור שבמיוחד בתנאים של מדינת ישראל, קיימת חשיבות מיוחדת לביקורת שיפוטית. מדינת ישראל מתמודדת עם סוגיות מורכבות ביותר הנוגעות לזכויות אדם: מצב חירום מתמשך, לחימה בטרור, תפיסה לוחמתית, יחסי דת ומדינה, מיעוט לאומי ועוד. יש בוודאי מקום לדיון בנושא אופן הביקורת השיפוטית הראויה בישראל ובהיקפה. אולם היעדרם של חוקה קשיחה הכוללת מגילת זכויות מקיפה, מערכת נוקשה של איזונים ובלמים מוסדיים או קונצנזוס חברתי בדבר חשיבותן של זכויות יסוד המלווה במסורת דמוקרטית ארוכת שנים, מצדיק חיזוק של מנגנוני ההגנה על זכויות האדם ולא החלשתם. בנסיבות אלו, סבורני כי השיקולים בעד ביקורת שיפוטית חזקים ביותר.