

על שופטים, מהפכות ואמון

אחרית דבר לסימפוזיון על הספר "מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד"

מאת

עמיחי כהן*

הספר מלחמות הבג"ץ¹ עוסק בסוגיה שבשנים האחרונות היא השנויה ביותר במחלוקת בדמוקרטיה הישראלית. אני מודה למשתתפי הסימפוזיון שערך פורום "עיוני משפט", ולכותבי המאמרים.

בספר מלחמות הבג"ץ ניסיתי לטעון שלוש טענות נפרדות לגבי השיח הציבורי בישראל ביחס למעמדו של בית המשפט העליון. הטענה הראשונה היא כי את תפקידו של בית המשפט העליון יש להבין על רקע המבנה הייחודי של הדמוקרטיה הישראלית. הטענה השנייה נוגעת לדינמיקה ההרסנית שהתפתחה בין מתנגדי בית המשפט העליון לתומכיו, ולצורך ברפורמה בכלל זרועות השלטון בישראל בעקבות עליית האידאולוגיה הפופוליסטית. הטענה השלישית נוגעת לתפקיד בית המשפט העליון ביחס לאידאולוגיות פופוליסטיות. להלן אפרט מעט לגבי שלוש הטענות, במיוחד בהקשר שבו הן נדונו בתגובות השונות לספר בסימפוזיון זה.

א. בית המשפט והמבנה המוסדי של הפוליטיקה

הטענה הראשונה שביקשתי לטעון היא שעל מנת להבין את מעמדו של בית המשפט בכלל, ובדמוקרטיה הישראלית בפרט, יש צורך להבין את מבנה היחסים בין המוסדות הפוליטיים, ובמיוחד את הדינמיקה המוסדית הייחודית של הדמוקרטיה הישראלית. כאשר בתי משפט עוסקים בביקורת על רשויות השלטון האחרות, חלק ניכר מתפקידם הוא להתמודד עם כשלים הקיימים בכללי המשחק הדמוקרטיים – בעצם הרעיון של הכרעת הרוב, במערכת הבחירות, ובדמוקרטיה הייצוגית. במערכת הדמוקרטית הישראלית קשיים אלו מובהקים במיוחד, שכן בישראל כמעט לא קיימת כלל הפרדה בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת.

* חבר סגל הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו; עמית בכיר, המכון הישראלי לדמוקרטיה. אני מבקש להודות לפרופ' יניב רוזנאי, לד"ר דורין לוסטיג ולאלאא חאג' יחיא על ארגון הסימפוזיון, למשתתפי הסימפוזיון על הערותיהם המעמיקות ומאירות העיניים, ולמערכת פורום עיוני משפט על הערות לגרסה קודמת של רשימה זו.

¹ עמיחי כהן מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד (2020).

נכונה בעיני הערתה של ד"ר ברק-קורן בסימפוזיון זה² שחלוקת הכוח המדויקת בין הרשויות הפוליטיות השונות חשובה פחות. הנקודה החשובה היא זאת: בדמוקרטיה הישראלית, קבוצה קטנה מאוד של אנשים – ראשי המפלגות המרכיבות את הקואליציה – הם בעלי כוח פוליטי כמעט בלתי מוגבל. אם הם אינם מסתדרים ביניהם, כפי שצפינו ב"ממשלת החילופין" שהקימו הליכוד וכחול לבן בכנסת ה-23, כי אז תפקוד המערכת הפוליטית כולה חורק. אם הם מצליחים להגיע ביניהם להסכמות, אין שום מגבלה מבנית על כוחם הפוליטי.

הכשלים בדמוקרטיה בכלל, והייחודיות של הדמוקרטיה הישראלית בפרט, מסייעים להבין את המעמד של בית המשפט בדמוקרטיה הישראלית, ושורה ארוכה של פסיקות שפסק בית המשפט לאורך השנים. אל מול הכוח הפוליטי המרוכז בידי קבוצה קטנה מאוד של אנשים התפתחו מגבלות "שיפוטיות" על הכוח הפוליטי המבקשות להגביל אותו במקום שהמערכת הפוליטית עצמה לוקה בכשלים. כך, כמובן, בפסק הדין בעניין פסילת חוק מיסוי דירה שלישי³, שבו נדרסה הכנסת תחת הכרעות הממשלה; כך בנושא פסילת הרשימות, שבו מפלגות בכנסת עושות שימוש בכוחן להגביל את התחרות הפוליטית⁴; כך בנושא ההגנה על מיעוטים "מודרים"⁵, ובנושאים נוספים.

בהקשר זה, חשוב גם להדגיש מה לא עשה בית המשפט העליון, וכיצד תפסו שופטי בית המשפט העליון את גבולות תפקידם. כפי שמציינת בצדק ד"ר מנאר מחמוד⁶, בית המשפט העליון לא חרג בפסיקותיו מגבולות הקונצנזוס הציוני. הדיון בבית המשפט העליון בזכויותיו של המיעוט הערבי התמקד בעיקר בנושא השוויון בזכויות הפרט.⁷ בית המשפט גם לא אתגר את התפיסות הבסיסיות בישראל ביחס לשליטה ב"שטחים"⁸. כמובן זה, לפחות, נקט בית המשפט העליון עמדה שמרנית ולא אקטיביסטית ביחס לעמדות המקובלות בקרב הרוב הפוליטי בישראל.

אני מתרשם ממאמרי הביקורת בסימפוזיון זה, ומתגובות אחרות שקיבלתי, שקיימת הסכמה כי יש להבין את תפקידו של בית המשפט העליון על רקע היחסים בין המוסדות

² נטע ברק-קורן "על הקוקטייל הרעיל של הדמוקרטיה הישראלית ובעיית הקצה של מלחמות הבג"ץ: מאמר תגובה על ספרו של עמיחי כהן "מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד" פורום עיוני משפט מה 1 (2021).

³ בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו) 06.08.2017.

⁴ ראו כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 49–65.

⁵ בג"ץ 8300/02 גדבאן נסר נ' ממשלת ישראל (נבו) 22.05.2012.

⁶ מנאר מחמוד "מההפכה החוקתית ומהפכת הנגד בראי זכויותיו של המיעוט הפלסטיני בישראל: מאמר תגובה על ספרו של עמיחי כהן "מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד" פורום עיוני משפט מה 1 (2021).

⁷ ייתכן שחריג מסוים, ומוגבל, לכך היה בדיון שהתנהל בבית המשפט ביחס לזכויות השפה של המיעוט הערבי. ראו מיטל פינטו "שפה שסועה: בין מעמד רשמי למעמד מיוחד של השפה הערבית בישראל" תרבות דמוקרטית 20 (2020).

⁸ כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 206–220.

הפוליטיים בישראל. הסכמה זו חשובה בעיניי. אחת הבעיות המרכזיות בדיון במעמדו של בית המשפט העליון בישראל היא ניתוח של הפסיקות בהתעלם מההקשר המוסדי שבו הן ניתנות. בדברים שאמר בעל פה נשיא בית המשפט העליון לשעבר אשר גרוניס בערב שערך כתב העת "עיוני משפט" לרגל צאת הספר "מלחמות הבג"ץ" הוא ציין במפורש כי בשבתו על כס המשפט לא השקיע די מחשבה בהיבטים המוסדיים ובאיוון הכוחות בין רשויות השלטון בישראל. בהכרה זו כשלעצמה אני רואה הישג, ובפרפרזה אומר: אם קיימת הסכמה לגבי שאלה זו – דיינו.

ב. בית המשפט והדינמיקה של הפופוליזם

הטענה השנייה שביקשתי לטעון היא שההסדר שהתפתח, שבו בית המשפט מאזן את הכוח הפוליטי העודף, הוא הסדר שהיה מקובל יחסית על כוחות רחבים בדמוקרטיה הישראלית בראשית שנות התשעים.⁹ בניגוד לעמדותיהם של רן הירשל,¹⁰ מני מאוטנר¹¹ ועוד, אינני חושב שבית המשפט התיימר לשמור על כוחה של קבוצה הגמונית – פוליטית או תרבותית.¹² לטענתי, איוון הכוח הפוליטי והתערבות במקרה של כשלים במערכת ההפעלה הדמוקרטית אלו מטרות שהיו מקובלות על קבוצות רחבות יחסית בפוליטיקה הישראלית. הדמוקרטיה הפלורליסטית הישראלית הייתה בנויה מראשיתה על מחלוקת יסודית ביחס לשורה של שאלות יסוד. הכוחות הפוליטיים השונים קיבלו את ההנחה שמגבלות מסוימות על כוחו של הרוב נדרשות. דווקא בשל המחלוקות הערכיות היסודיות התקבעה ההנחה שאין זה ראוי שרוב מקרי יקבל כוח בלתי מוגבל.

השינוי המרכזי בשנים האחרונות בעוצמת הביקורת על בית המשפט אינו נובע משינוי בדרכי הפעולה של בית המשפט, אלא דווקא משינוי רדיקלי בעמדתן של קבוצות שהפסיקו להכיר בלגיטימיות של מגבלות על כוחן.¹³ טעם אחד לכך הוא שחלק מקבוצות אלו סבורות שהן אינן צפויות להפוך למיעוט, וממילא אין הן זקוקות להגנת בית המשפט.¹⁴ טעם מרכזי נוסף הוא האידאולוגיה הפופוליסטית שבבסיסה עומדת התפיסה שהדמוקרטיה מתמצית בהכרעת הרוב, ושליטת הלגיטימיות של כל מוסד שאינו נבחר. שילובן של שתי התפתחויות אלו הביא ללחצים ניכרים על חוסנה

⁹ ראו כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 110–132.

¹⁰ RAN HIRSCHL, TOWARD JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM 50–65 (2007).

¹¹ למשל, מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו(2) 645 (2002).

¹² בעניין זה נראה כי גם מנאר מחמוד סבורה כי אכן זה היה טעם מרכזי ל"מהפכה החוקתית". מחמוד, לעיל בה"ש 6, בעמ' 6.

¹³ ראו כהן, לעיל ה"ש 1, פרק יג: מבוא לפופוליזם.

¹⁴ עמיחי כהן "על ממשלות וכוחן – על משמעותו של הוויכוח על פסקת ההתגברות" (17.10.2018) ICON-S-IL Blog.

של הדמוקרטיה הישראלית. כפי שצינתי בחלק א של רשימה זו, המבנה המוסדי של הדמוקרטיה הישראלית מעניק ממילא כוח רב מאוד, אולי רב מדי, לממשלה. עלייתה לשלטון של קבוצה שאינה מכירה במגבלות על כוח הרוב, במבנה מוסדי שבו ממילא הרוב חזק מאוד, יוצרת סכנה אמיתית לחוסנה של הדמוקרטיה הישראלית.

אני מציע שתי דרכים להתמודדות עם בעיות אלו. הדרך האחת נוגעת להטלת מגבלות על הרוב, והאחרת לביזור הכוח בדמוקרטיה הישראלית.

הדרך הראשונה המוצעת היא קיבוע של "כללי המשחק" ומעמדו של בית המשפט העליון, באופן שיהיה קשה יותר לשנותם. אני חושב, למשל, ששילוב של עיגון חוקי היסוד בצירוף לפסקת התגברות הדורשת רוב גדול יותר מהרוב הקואליציוני יכול, בתנאים מסוימים, להוות פתרון מוסכם.

בהקשר זה סבור פרופ' פרידמן, במאמרו בסימפוזיון זה, כי עצם הדרישה לרוב גדול מרוב של 61 חברי כנסת, בין אם לשינוי חוקי היסוד ובין אם להתגברות על החלטות בית המשפט העליון, היא דרישה בעייתית.¹⁵ עוד הוא מבקר את העובדה שאינני נוקט עמדה בשאלת הרוב שבו ניתן יהיה להפעיל את פסקת ההתגברות.

יש טעמים חזקים התומכים בעמדתו של פרופ' פרידמן. אכן, לאורך שנות דור נמנעה הכנסת משינוי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, או מהעברת פסקת ההתגברות, גם במקרים שבהם היה נראה שהכרעותיו של בית המשפט מנוגדות לעמדת הרוב בכנסת. לכאורה, המסורת החוקתית של ישראל כפי שהתפתחה מאז 1992 מגינה על חוקי היסוד של זכויות האדם מפני שינויים דרמטיים. במצב דברים רגיל ייתכן שראוי היה להימנע מעיגון חוקי היסוד ברוב מיוחד, מכוחה של עמדה שמרנית התומכת בהישענות על מסורות והתנהגויות בפועל, גם כאשר אלו לא קובעו במפורש.¹⁶

אלא שהמצב איננו מצב רגיל. עלייתה של האידאולוגיה הפופוליסטית מחייבת חשיבה מחדש על מסורות חוקתיות. אכן, התעלמות ממסורות חוקתיות היא אחד המאפיינים הרדיקליים, והבעייתיים ביותר, של תנועות פופוליסטיות.¹⁷ בשל כך, ההסתמכות על מסורות אלו בעייתית במיוחד. החשש מהפגיעה במעמדו של בית

¹⁵ דניאל פרידמן "המהפכה המשפטית, האומנם רק משל הייתה? – הערות על ספרו על עמיחי כהן 'מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד' " פורום עיוני משפט מה 1 (2021).

¹⁶ השופט האמריקאי הידוע פליקס פרנקפורטר סיכם זאת בצורה הקלסית הבאה: "Deeply embedded traditional ways of conducting government cannot supplant the Constitution or legislation, but they give meaning to the words of a text or supply them. It is an inadmissibly narrow conception of American constitutional law to confine it to the words of the Constitution and to disregard the gloss which life has written upon them". *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 610 (1952) (Frankfurter J. Concurring).

¹⁷ Samuel Issacharoff & Trevor Morrison, *Constitution by Convention*, 108 CAL. L. REV. 1913 (2020).

המשפט העליון והגבלת סמכויותיו היא משמעותית. לכן יש צורך לעגן את חוקי היסוד. עם זאת, ומכוח העיקרון שלפיו יש לגשת לשינויים במעמד חוקי היסוד בזהירות רבה, אני נמנע במכוון מהתמקדות ברוב הדרוש לפסקת ההתגברות. בספר אני מציע מגוון של דרכים שבהן ניתן יהיה להגביל את הכנסת בהפעלת פסקת ההתגברות, גם מבלי לדרוש דווקא רוב גדול במיוחד.¹⁸

הדרך השנייה שאני מציע היא שינויים במוסדות פוליטיים בישראל. אני סבור שחיזוק משמעותי של הרשויות המקומיות, למשל, יכול להוסיף שכבה שלטונית שיש לה לגיטימציה דמוקרטית. רשויות מקומיות עצמאיות, כך אני מציע, יכולות להוות משקל נגד בעל לגיטימציה דמוקרטית לרוב השולט בכנסת.

ד"ר ברק קורן סבורה כי אני ממהר לוותר על עצמאות הכנסת כגוף מפקח על עבודת הממשלה, וכגוף היכול להוות לה משקל נגד.¹⁹ אינני מתנגד, כמובן, לחיזוק מעמד הכנסת. השאלה היא של "מאגר הכוח לרפורמה". במילים אחרות: בהנחה שמבחינה פוליטית אפשר בישראל להעביר רק מספר קטן של רפורמות בכל זמן נתון, האם כדאי להשקיע את המאמץ ברפורמות בכנסת, מסלול אשר נוסה בעבר, ולא הצליח.²⁰ לדעתי, עדיף בהרבה לנסות להשקיע ברעיונות חדשים שטרם נוסו. על כך יש להוסיף כי היחלשות המפלגות כגורם המגביל את פעולת הרשות המבצעת היא תופעה עולמית, ויש לה מגוון של סיבות. ההנחה שדווקא בישראל נצליח לחדש את ימי המפלגות בכנסת נראית לי בעייתית.

ד"ר ברק קורן סבורה כי בהצעת רפורמות יש להתייחס לאפשרויות האידאוליות, ולא דווקא לסיכויי המעבר. בשאלה זו, נראה לי, נישאר חלוקים. לדעתי, העיסוק הנדרש הוא בפתרונות מעשיים, ולא בכאלו אידאליים שלא נוכל להשיג.

פרופ' פרידמן מעיר הערה מבנית אחרת.²¹ לדעתו יש לבחון גם את כוחו של היועץ המשפטי לממשלה כגורם המגביל את פעולת הממשלה, והוא מבקר אותי על שלא עסקתי בספר בנושא זה. אכן, בספר "מלחמות הבג"ץ" לא עסקתי בנושא, אך במקום אחר כתבתי במפורש שדעתי היא כדעתו של פרופ' פרידמן: במסגרת רפורמה כללית שתעגן את מעמד בית המשפט, ותבזר מעט את הכוח הפוליטי, אני סבור שבהחלט יש

¹⁸ ראו כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 290–293, וראו גם הלל סומר "תרופת פלא או גלולת רעל? עיון חוזר במנגנון ההתגברות" **חוקים יב** 55 (2018).

¹⁹ נטע ברק-קורן, לעיל בה"ש 2, בעמ' 7.

²⁰ כך למשל, בשנת 2014 הועלה אחוז החסימה בבחירות לכנסת לשלושה אחוזים ורבע [חוק הבחירות לכנסת (תיקון 62) ס"ח 2440 התשע"ד-2014]. שינוי החוק לא תרם תרומה משמעותית ליציבות הכנסת או לחיזוק המפלגות בה.

²¹ דניאל פרידמן, לעיל בה"ש 15, בעמ' 7.

מקום גם למהלך של פיצול תפקיד היועץ המשפטי לממשלה לשני תפקידים נפרדים: זה של היועץ המשפטי לממשלה וזה של ראש התביעה הכללית.²²

ג. בית המשפט העליון ואידאולוגיה פופוליסטית

פרופ' סוזי נבות מסכימה עם עיקרי הטענות בספרי, ועוסקת בהרחבה במאמרה בסימפוזיון זה בטענה השלישית שטענתי בספר שדווקא בעידן של פופוליזם יש מקרים שבהם בית המשפט העליון נדרש דווקא לאקטיביזם יותר מכפי שהוא נדרש בתקופות קודמות.²³ הטענה הזו נראית על פניה מוקשית, ולכאורה מנוגדת לאינטואיציה השיפוטית. הרי דווקא במקום שבו יש מתקפה על בית המשפט העליון, לכאורה נדרש בית המשפט העליון להרכיב את ראשו ולהמתין עד יעבור זעם.

התשובה לתהייה זו, שאני עוסק בה בהרחבה בספר, טמונה בדרך הפעולה של התנועה הפופוליסטית, החותרת, בין השאר, לנגיסה בכוחו של בית המשפט העליון. כוחה של התנועה הפופוליסטית מתעצם ככל שהיא מצליחה לסמן את מתנגדיה כאויבי "העם". חלק גדול מהפרויקט החקיקתי של התנועה הפופוליסטית עוסק בסימון של "הרעים". סימון כזה מגדיל, בתורו, את כוחה של התנועה הפופוליסטית, המתיימרת לייצג את העם אל מול אויבו. כך למשל החוק הדורש סימון של ארגוני זכויות אדם,²⁴ כך חוקי החרם²⁵ והנכבה²⁶ הקובעים את גבולות השיח המותר, ועוד. התערבות שיפוטית תקיפה, הפוסלת חוקים אלו, או לכל הפחות מצמצמת מאוד את השפעתם, יכולה דווקא לקטוע את ההתעצמות של התנועה הפופוליסטית.

אם כן, כל עוד לא מתבצעות רפורמות פוליטיות משמעותיות המציבות מגבלות מוסדיות על כוחה של התנועה הפופוליסטית, אין לבית המשפט ברירה אלא להגביל את המערכת הפוליטית ביכולתה לחוקק חוקים פופוליסטיים. דווקא בקשר לחוקים אלו, חשובה מאוד יכולת ההתערבות של בית המשפט העליון.

²² עמיחי כהן, "על סוגיות הקשורות לתפקידו של היועץ המשפטי לממשלה" **דיומא** (25.10.2020),

<https://tinyurl.com/532c4z9y>

²³ סוזי נבות "משפט חוקתי של פשרה" **פורום עיוני משפט** מה 1 (2020).

²⁴ סעיף 5 לחוק חובת גילוי לגבי מי שנתמך על ידי ישות מדינית זרה, התשע"א-2011, ס"ח 362.

²⁵ חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, ס"ח 972.

²⁶ חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011, ס"ח 686.

סיכום

אסיים הערה קצרה זו בציטוט של דברים שכתבתי בסיכום הספר:

לא כל צמצום בתפקידיו של בית המשפט הוא "הרס הדמוקרטיה". שינוי של הסדרים מסוימים בעקבות דיון מעמיק במוסדות הנבחרים אינו מסוכן בהכרח. דיון ותחרות בין רעיונות הם חלק מהותי מהדמוקרטיה. יתרה מכך, אם כל ניסיון של המערכת הפוליטית לצמצם מעט את סמכויותיו של בית המשפט או לשנות הסדר כלשהו שנקבע על ידיו, ייחשב פגיעה בדמוקרטיה, יהיה קשה שלא לתהות אם השופטים מחויבים בכלל לקיום העיקרון של שלטון העם. לכן לא צריך לדחות כל הצעה לשינוי. לעיתים הביקורת על בית המשפט הגיונית, וקבלת חלק מההצעות אף עשויה לחזק את מעמדו.

...

המעמד של בית המשפט לפי הסדר כזה אולי לא יהיה זהה בדיוק למעמדו כיום, אך קיומו ככלי ביקורת מרכזי על הממשלה ועל הכנסת, וממילא גם יציבותה של הדמוקרטיה הישראלית, יובטחו לדור הבא.²⁷

²⁷ כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 322.