

המהפכה המשפטית, האומנם רק משל הייתה?

מאמר תגובה על ספרו של עמיחי כהן "מלחמות הבג"ץ – המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד"

מאת

דניאל פרידמן*

מבוא

ספרו של עמיחי כהן **מלחמות הבג"ץ**¹ הוא ספר קריא ומעניין הכולל דיון במגוון נושאים הנוגעים לדמוקרטיה ובהם הבעיה של זיהוי דעת הרוב, משאל עם בנושאים מורכבים, ובעיית הפיצול בין כמה עמדות שאף אחת מהן איננה נהנית מרוב. לאלה מצטרף דיון בפופוליזם, ובסוגיות דוגמת כוחן של קבוצות אינטרס והשפעתן במסגרת ההליך הפוליטי.

הספר כולל רקע היסטורי של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומצביע על נקודה חשובה: הקשר בין חוק זה לחוק בעניין בחירה ישירה לראשות הממשלה,² קשר שבדרך כלל נוטים להתעלם ממנו.³ לפי ההסבר המוצע על ידי המחבר, חוק הבחירה הישירה נועד לחזק את הממשלה ואילו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נועד לאזן חיזוק זה באמצעות ביקורת שיפוטית על החקיקה.

מבלי לגרוע מחשיבות הספר אבקש להתייחס לנקודות אחדות שהוא מעורר ובהן שאלת קיומה של המהפכה המשפטית, בעיית ביזור הכוח במבנה השלטון בישראל, השלכות המהפכה המשפטית על זכויות האדם בישראל, ושאלת ההגנה על מיעוטים.

המהפכה המשפטית

ראשית אתייחס לנרטיב בעניין המהפכה המשפטית, שעיקרו הוא שבעצם לא הייתה שום מהפכה, שכן "מאז פסק דין ברגמן ופסקי הדין שאחריו... יש לבית המשפט סמכות לדון בתוקפו של חוק, ובמקרה הצורך לבטלו"⁴ (כך!). ובכלל כל הוויכוח סביב

* פרופסור (אמריטוס) הפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל אביב, שר המשפטים לשעבר.
1 עמיחי כהן **מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד** (2020).
2 שם, בעמ' 116–117.
3 שם, הערה 7, בעמ' 130–131.
4 שם, בעמ' 99.

השאלה האם הייתה מהפכה חוקתית נראה למחבר מיותר, ו"ייתכן שהשימוש במונח 'מהפכה משפטית' אינו מוצלח".⁵

אולם דומה שכיום לא ניתן להכחיש שמהפכה כזו אכן התחוללה. השופט אהרן ברק הכריז עליה בגלוי, אף שביקש לייחס אותה לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק.⁶ קיים אומנם ויכוח בשאלות מתי החלה המהפכה המשפטית ומה היו סיבותיה,⁷ אך נראה שעל עצם קיומה אין מחלוקת.

נראה שהניסיון שנעשה במלחמות הבג"ץ להתנער מ"המהפכה המשפטית" נועד להתמודד עם הטיעון המקובל כיום בחוגים רחבים שבית המשפט הוא שחולל מהפכה זו, שהינה מהפכה משפטית-שלטונית,⁸ וכי מעשיו של בית המשפט בעניין זה חורגים מתחום הלגיטימיות. ריצ'רד פוזנר דיבר על פירטיות משפטית;⁹ רובי ריבלין, כיום נשיא המדינה, שטבע את הביטוי "כנופיית שלטון החוק", דיבר על כך ש"המהפכה החוקתית אשר הוכרזה ע"י כבוד נשיא בית המשפט העליון... היתה בפועל... להפיכה שלטונית המסכנת כיום לדעתי את יסודותיה המקודשים ביותר של הדמוקרטיה הישראלית".¹⁰ הנשיא (בדימוס) לנדוי, בריאיון בעיתון "הארץ", התבטא בחריפות על בית המשפט שגולש לתחומים לא לו, ובהקשר אחר ציין כי חוקה "אינה יכולה להתקבל

5 שם, בעמ' 100.

6 אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** 9 (1992).
7 רון חריס "העבר המדומיין של בית המשפט העליון: שימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט" **עיוני משפט** מא (2021).

8 מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו** (2019) 34–42; דניאל פרידמן **קץ התמימות: משפט ושלטון בישראל** (2019) 461–466. השוו גם רון חריס **המשפט הישראלי: השנים המעצבות: 1948–1977** (2014) 223–201, המקדים את התהליך המהפכני לתקופה שהחלה בשנת 1967 לערך.

9 ראו את ביקורתו של פוזנר על ספרו של אהרן ברק ב-AHARON BARAK, THE JUDGE IN A DEMOCRACY [2006] שפורסמה ב-The New Republic ב-23.4.2007 ונשאה את הכותרת "Enlightened Despot, ובה תואר ברק כ-"legal buccaneer" (Richard A. Posner *The Enlightened Despot*, THE NEW REPUBLIC [Apr. 4, 2007] <https://newrepublic.com/article/60919/enlightened-despot>). ראו גם פרידמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 767–768.

10 הדברים נאמרו על ידי ראובן ריבלין ב-22.5.2003, בימים שבהם היה יו"ר הכנסת, בכנס במכון לדמוקרטיה, וצוטטו ברשימתם של הדס מגן ואיתמר לויין "ריבלין: 'המהפכה המשפטית' של אהרן ברק היתה להפיכה שלטונית", שפורסמה בעיתון "גלובס" בתאריך זה (הדס מגן, איתמר לויין "ריבלין: המהפכה המשפטית של אהרן ברק הייתה להפיכה שלטונית") **גלובס** [22.5.2003]

(<https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=690837>).

בדרך של מחטף חקיקתי¹¹ וכי זו "החוקה היחידה בעולם שנוצרה באמרי פיו של בית המשפט".¹²

המחבר גם אינו רואה קושי בכך שהכנסת מחוקקת חוקה או חוקים שבהם היא מגבילה את עצמה באופן שבהמשך יהיה בית המשפט חופשי לבטל חקיקה של הכנסת על בסיס אותה חוקה או חוקים שבהם היא הגבילה את עצמה. בעניין זה המחבר אומר שהוא "לא לחלוטין מבין איך אפשר להגיד שהכנסת חופשייה לחוקק כרצונה, כלומר כול יכולה, ובאותה העת לקבוע שאינה יכולה לחוקק חוקי יסוד המגבילים את חקיקתה".¹³ אבל, אם הכנסת הייתה יכולה להגביל את חקיקתה הרי שלאחר ההגבלה היא (והכנסת שאחריה) תחדל להיות כול יכולה, ובקיצור: הפה שאסר – הפה שהתיר.¹⁴ כמו כן, אם רוב של 61 קובע שאת החקיקה שלו ניתן לשנות רק ברוב של 80, פירוש הדבר שרוב נוכחי מבקש להמשיך לשלוט, באמצעות אותה חקיקה, גם כאשר יהיה מיעוט של 50 (הבעיה קיימת גם אם הרוב הנוכחי שקבע זאת הוא של 80), ובכלל, היש גבול להגבלה? הגבלה לרוב של 61 היא בעלת אופי שונה. היא אינה מעניקה וטו למיעוט.¹⁵ זו הגבלה פרוצדורלית גרידא, והדברים הוסברו על ידי השופט חשין בעניין **בנק המזרחי**.¹⁶

תיקון מס' 8 לחוק יסוד: הממשלה, שזיכה אותנו בהמצאה המוזרה של ממשלת חילופים, בת שני ראשי ממשלה, רגיל וחילופי, ממחיש את הבעיה. התיקון הזה נעוץ בחוסר האמון של בנימין גנץ ומפלגתו, שהתברר כמוצדק, בכך שההסכם הקואליציוני בדבר רוטציה יקום. להבטחת הרוטציה אומצה החקיקה המשתקפת בתיקון מס' 8 הנ"ל. חוסר האמון היה כה חריף עד שנדרשה הוראה מיוחדת, המופיעה בס' 7 לתיקון זה, הנושא כותרת "נוקשות סעיפים", ובו נאמר שאין לשנות את ההוראות של סעיפים מרכזיים בתיקון בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23 "אלא ברוב של 70 חברי הכנסת".

¹¹ משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" **משפט וממשל** ג 697, 702 (תשנ"ו).

¹² "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים" **המשפט** ה 249, 254 (1998).

¹³ עמיחי כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 100.

¹⁴ והרי שתי דוגמאות: פלוני כתב צוואה ובה כלל סעיף שהוא מתחייב שלא לשנותה. האם הוא חופשי לבטל את הסעיף ולכתוב צוואה חדשה? ראובן הלווה כסף לשמעון ובחווה נכתב שהחווה איננו ניתן לשינוי. למוחרת ביקש שמעון מראובן לשנות את מועד החזרת ההלוואה וראובן הסכים. היש תוקף לשינוי החווה?

¹⁵ לאמיתו של דבר, עמדת המחבר בסוגיה זו איננה ברורה לחלוטין. בקטע שצוטט נאמר שהכנסת יכולה להגביל את חקיקתה מבלי שהמחבר מצביע על גבול כלשהו ליכולת הגבלה זו, אבל בפסקה הבאה הוא אומר: "אין שום מניעה עקרונית לכך שהכנסת תגביל את החקיקה של עצמה כל עוד אפשר לשנות את החוקים הללו ברוב של 61...". בחלק אחר של הספר הוא מציע אפשרות הגבלה ל-70 חברי כנסת, מבלי לציין כיצד ייעשה הדבר.

¹⁶ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 534–547 (1995).

כל זה היה כידוע ללא הועיל, והרוטציה כנראה לא תתקיים. ביחס לחקיקה זו ניתן צו על תנאי שדרש בין השאר לנמק "מדוע לא יקבע כי ההוראות המגבילות את סמכותה של הכנסת לשנות את חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8) ומתנות כוח זה רק בהשגת רוב של 70 מחברי הכנסת – בטלות".¹⁷ זו כמובן בדיוק השאלה – האם ממשלה הנהנית כרגע מרוב, נניח של 61 או 70 חברי כנסת, יכולה להבטיח באמצעות חקיקה כזו את המשך שלטונה לאחר שתאבד את הרוב ויהיו כעת 69 חברי כנסת המבקשים להחליפה. לא ברור אם הצו על תנאי הנ"ל יתברר, מכיוון שנראה לכאורה שהנושא חדל להיות אקטואלי בעקבות קריסת הממשלה והבחירות לכנסת שהתקיימו בחודש מרץ 2021. אולם ברור שהשאלה העקרונית בדבר יכולת הכנסת להגביל את עצמה, והאם היא יכולה לבטל הגבלה זו ברוב של 61, עומדת בעינה.

ביזור הכוח השלטוני

תזה מרכזית בספר עוסקת בצורך החיוני לבזר את הכוח השלטוני.¹⁸ המחבר מונה חמש מגבלות המשמשות להשגת מטרה זו: פיצול הרשות המחוקקת לשני בתים, נשיא, פיצול בין ממשל פדרלי למדינתי, שיטת בחירות אזוריות,¹⁹ והגבלה בידי גופים חיצוניים (אמנות והסכמים בינלאומיים). אף אחת ממגבלות אלה איננה קיימת בישראל. כמו כן "אין בישראל כנסת עצמאית. היא נשלטת על ידי הממשלה",²⁰ המרכזת בידיה כוח מופרז ומסוכן. לפיכך חיוני להעמיד כנגדה בית משפט בעל סמכויות רחבות, ובהן הסמכות לפסול חוקים.²¹

באורח פרדוקסלי, דווקא במועד פרסום הספר הסתבר שהממשלה מתקשה לשלוט בכנסת. היא ביקשה להעביר תקנות בוועדת הקורונה בכנסת, אך יו"ר הוועדה, ח"כ יפעת שאשא-ביטון, נקטה עמדה עצמאית וסירבה לפעול לפי ההוראות הנשלחות אליה. יו"ר סיעת הליכוד הכריז על פיטוריה, אך התברר שגם לו וגם לראש הממשלה אין כוח פוליטי לבצע זאת.

¹⁷ בג"ץ 2905/20 התנועה לאיכות השלטון נ' כנסת ישראל (נבו 12.11.2020).

¹⁸ עמיחי כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 66–107.

¹⁹ אני מטיל ספק אם שיטה זו מביאה לביזור כוח. אומנם היא יוצרת תלות מסוימת של הנבחרים בתושבי האזור שבחר בהם, לעומת זאת היא מגדילה במידה דרמטית את סיכוייה של אחת המפלגות לזכות ברוב מוחלט בפרלמנט ולהשתחרר מהצורך בקואליציה.

²⁰ עמיחי כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 200.

²¹ ראו גם: עמיר פוקס, מרדכי קרמניצר ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות – על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון (מחקר מדיניות 133 המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019). בתגובה למחקר זה ראו דניאל פרידמן "ריכוז סמכויות במערכת השלטון בישראל" (16.6.2020 ICON-S-IL Blog shorturl.at/fDSZ5).

אכן, לממשלה יש השפעה עצומה על הכנסת, אבל יש תנודות. ההשפעה בכל עוצמתה מורגשת כאשר הממשלה חזקה ויציבה. היא יורדת כאשר מעמד הממשלה מתערער. בכל מקרה יש לחברי הכנסת כוח שלא ניתן לבטלו. הדבר משתקף, למשל, בחוקים העוברים ביוזמת חברי כנסת מהאופוזיציה ומהקואליציה,²² ובכך שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק הבחירה הישירה עברו ביוזמת הכנסת – לא הממשלה.

במסגרת הדיון ב**מלחמות הבג"ץ** הצביע הנשיא (בדימוס) של בית המשפט העליון, השופט גרוניס, על פסק דינו של בית המשפט העליון באנגליה, שפסל את השעיית הפרלמנט על ידי ראש הממשלה בוריס ג'ונסון.²³ השופט גרוניס התייחס לפסק הדין כהוכחה לכך שתפקידו של בית המשפט להגן על הפרלמנט מפני הממשלה. מובן שההשערה בדבר קיומו של צורך כזה מניחה שהממשלה אינה שולטת בפרלמנט²⁴

²² בכנסת ה-20 התקבלו לא פחות מ-246 חוקים "פרטיים", מהם 90 ביוזמת חברי כנסת מהאופוזיציה (יתר החוקים "הפרטיים", 156 במספר, היו פרי יוזמת חברי כנסת מהקואליציה). ראו היועץ המשפטי לכנסת **חקיקה בכנסת העשרים: בראי שבעים שנות חקיקה במדינת ישראל** 29 (2019) <https://m.knesset.gov.il/Activity/Legislation/documents/Kn20Legislation17.pdf>. הדבר מלמד לא מעט על כוחם של חברי כנסת שאינם חברי ממשלה. יתר על כן, גם כאשר החקיקה היא פרי יוזמת הממשלה היא עוברת במקרים רבים שינויים בכנסת, עובדה המלמדת שחברי הכנסת אינם בהכרח "חותמת גומי" והם בעלי השפעה ניכרת, גם אם אינם חברי ממשלה.

²³ R (on the application of Miller) v. The Prime Minister [2019] UKSC 41; Cherry and others v. Advocate General for Scotland [2019] UKSC 41 (Scot.)

²⁴ נקודה מעניינת נוספת העולה מפרשה זו היא המחשת עוצמתן של הממשלה והפרלמנט באנגליה ביחסן לבית המשפט, בהשוואה למצב בישראל. המעורבות של בית המשפט באנגליה בנושא הנחשב פוליטי (הפרשה קשורה למה שקרוי ברקזיט – כלומר פרישת אנגליה מהאיחוד האירופי) לא נשארה ללא תגובה. סעיף 38 ל-European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 (Eng.), הנושא כותרת Parliamentary sovereignty, הצהיר שהפרלמנט של הממלכה המאוחדת (בריטניה) הוא ריבוני, ובממשלה הבריטית התגלתה אף נטייה לנקוט צעדים חריפים שיגבילו את תחומי פעילותו של בית המשפט: Yvonne Tew *Dicey After Brexit: Mini-Maximalism at the United Kingdom Supreme Court* INT'L J. CONST. L. BLOG (Dec. 9 2020)

<http://www.icconnectblog.com/2020/12/dicey-after-brexit-mini-maximalism-at-the-united-kingdom-supreme-court/>. היועצת המשפטית של ממשלת בריטניה, סואלה ברורמן (Suella Braverman), הכריזה שהפוליטיקאים צריכים להחזיר לעצמם את השליטה ולקחתה משופטים שלא נבחרו ואינם חייבים דין וחשבון, הנוהגים כפוליטיקאים בעלי סמכויות החלטה. (Politicians must take back control from unelected, unaccountable judges who are acting like political decision-makers) <https://www.lawgazette.co.uk/news/new-attorney-general-criticised-unelected-unaccountable-judges/5103089.article>

ואכן נאום מלכת אנגליה מחודש מאי 2021, המפרט את תוכניות החקיקה של הממשלה, כולל בהן חקיקה שתשלול סמכות ביקורת שיפוטית (statutory ouster clauses), ותבהיר שהחלטות מסוימות והפעלת כוחות שלטוניים מסוימים אינם שפויים, כלומר אינם כפופים לביקורת שיפוטית. ראו: <https://lordslibrary.parliament.uk/queens-speech->

(ואצלנו אינה שולטת בכנסת), שכן אם מניחים שהממשלה שולטת בכנסת, וזו מהווה רק חותמת גומי, אין טעם להיאבק על העברת נושאים מהממשלה לדיון בכנסת, כאשר לפי ההנחה הכנסת ממילא תקבל את עמדת הממשלה. להמחשת נקודה זו אזכיר את פסק דינו של בג"ץ בעניין קוונטינסקי נ' כנסת ישראל.²⁵ המדובר במקרה זה היה בתיקוני חקיקה שנעשו בשנת 2016 לקראת שנות התקציב 2017 ו-2018, וביניהן הוראות מס ריבוי דירות (שכונה בלשון עממית "מס דירה שלישית"). החוק הטיל מס כבד על כל אדם שבבעלותו 249% דירות (שתי דירות ועוד קרוב למחצית דירה) או יותר מזה. הכוונה הייתה ללחוץ בדרך זו על הבעלים של כמה דירות למכור חלק מהן (וכך להביא להגדלת היצע הדירות למכירה ולהורדת מחירן), וכבוננו אגבי להניב הכנסות מס לאוצר. בג"ץ בהרכב של חמישה שופטים החליט ברוב דעות כי נפל פגם מהותי בהליך החקיקה, הנעוץ בדוחק הזמן שניתן לחברי ועדת הכספים לבחון את החוק המורכב ולדון בו. פגם זה, כך נקבע, יורד לשורש ההליך, ולפיכך יש לבטל את החוק כאשר לכנסת ניתנה אפשרות לחוקק מחדש החל מהשלב שאליה הגיע עד לרגע שבו נוצר הפגם בהליך. במסגרת הנוכחית לא אתייחס לשאלה העקרונית אם אכן יש מקום לכך שבית המשפט יבטל חוק בטענה שלא ניתן לחברי הכנסת זמן מספיק כדי לדון בו. לעניינינו ברור שהנחת בית המשפט הייתה שיש משמעות לדיון כזה, כי חברי הכנסת אינם "חותמת גומי", וכי יש סיכוי שדיון כזה יביא הלכה למעשה לשינוי הצעת החוק הממשלתית.

אני מסכים עם הרעיון הבסיסי של המחבר בדבר הצורך בכיזור כוח, אבל השאלה היא היכן בישראל קיים ריכוז כוח שלטוני מופרז. לדעת המחבר: בממשלה השולטת בכנסת.²⁶ בעיניי תשובה זו מנותקת מהמציאות הישראלית, שבה קיימים גורמים המחלישים מאוד את הממשלה, וכוחה נופל בהרבה מזה של הרשות המבצעת ברבות ממדינות העולם הדמוקרטי. כל ממשלות ישראל הן ממשלות קואליציה, ובהן יש בדרך כלל למפלגות המיעוט שבקואליציה וטו בשורה של נושאים. המחבר מכיר בכך שהקואליציה מגבילה את יכולת הפעולה של הממשלה, אך הוא קובע, בעיניי ללא בסיס, כי המנגנון הזה (יחד עם מנגנונים אחרים שהוא מונה) התפרק בראשית שנות התשעים.²⁷ אולם במציאות שיטת הקואליציה פועלת עד היום – גם בממשלה הנוכחית. די להתבונן בקושי שיש לממשלה לחוקק חוק הנוגע לגיוס חרדים, שעה שמפלגות חרדיות נמצאות בקואליציה המתקיימת בזכותן. יתר על כן, שיטת הממשלה בעלת שני ראשים, שהונהגה לאחרונה, מחלקת את הממשלה ל"שתי קבוצות" המונהגות האחת

<https://www.justice.gov.il/2021-justice/> מנגד, ראוי להצביע על עמדתו של ג'ונתן סמפסון, שהיה שופט בית המשפט העליון באנגליה, בסוגיה זו. לורד סמפסון מתנגד עקרונית לכך שבית המשפט יעסוק בנושאים פוליטיים. למרות זאת הוא סבור שבמקרה זה של השעיית הפרלמנט הייתה הצדקה להתערבות: JONATHAN SUMPTION, LAW IN TIMES OF CRISIS 186–205 (2021).

²⁵ בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2017).

²⁶ לעיל ה"ש 20, וטקסט להערה זו.

²⁷ עמיחי כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 80.

על ידי ראש הממשלה והאחרת על ידי ראש הממשלה החליפי, כאשר לכל "קבוצה" יש למעשה זכות וטו על כל החלטה האמורה להתקבל. התפתחות זו היא חלק משיטת הקואליציה הנוהגת אצלנו, והריסון המוטל בדרך זו על פעילות הממשלה הוא מרכיב מרכזי בשיטה זו.

המגבלה החמורה האחרת על הממשלה נעוצה בפיצול הרשות המבצעת באופן שחלק מרכזי מכוחה נתון בידי גורמים עצמאיים, שלממשלה אין למעשה שליטה עליהם. המינויים בשירות הציבורי נתונים ברובם המכריע בידי המנגנון הבירוקרטי, כלומר בידי הפקידות הבכירה, ולא בידי הממשלה. כמו כן קיימת אצלנו תופעה יוצאת דופן בדמות יועץ משפטי עצמאי לחלוטין, השולט בכל מערך הייעוץ וגם עומד בראש התביעה. זאת בניגוד למצב במדינות דוגמת אנגליה, קנדה וארה"ב שבהן מוקנות סמכויות אלה לאישיות פוליטית, כלומר לשר שהוא חבר ממשלה. ריכוז הכוח הגדול ביותר במדינה מצוי בידי היועץ המשפטי, כפי שציין פרופ' שלמה אבינרי במאמרו "די לריכוזיות"²⁸. לדבריו: "אחת מהנחות היסוד של הדמוקרטיה היא קיומם של איזונים ובלמים, המכוונים למנוע ריכוז סמכויות", אבל בישראל "מרכז בידי היועץ המשפטי סמכויות שאין דומה להן בשום מדינה דמוקרטית. העובדה שמדובר באישיות ממונה ולא נבחרת, רק מעצימה את הפגיעה בדמוקרטיה".

לכך מצטרפת הסמביוזה בין בתי המשפט, ובעיקר בית המשפט העליון, עם מוסד היועץ המשפטי,²⁹ היוצרת מערך משפטי אדיר כוח המאפיל בכוחו על הממשלה. מערך זה, שבו מצוי ריכוז הכוח השלטוני הגדול ביותר בישראל, איננו כפוף לשום בקרה אפקטיבית. הוא נמצא מחוץ למערכת הדמוקרטית, ואינו חייב דין וחשבון לאיש, ואילו כוחה של הממשלה רחוק ממה שהמחבר מייחס לה. בג"ץ מצידו תרם תרומה נכבדה להחלשתה ולהגברת ריכוז הכוח המופרז שבידי היועץ המשפטי כאשר פסק, ללא שום בסיס ובניגוד לכל מה שהיה מקובל בעבר, שחוות דעתו של היועץ המשפטי מחייבת את הממשלה, וכי היועץ המשפטי מוסמך למנוע מראש הממשלה ומהממשלה כולה ייצוג בבית המשפט.³⁰ היש עוד ממשלה בעולם הזקוקה לאישורו של פקיד בכיר על מנת שיהיה לה ייצוג בבית המשפט? הלזו ממשלה חזקה ייקרא?

עובדה יוצאת דופן נוספת היא שבעשרים וחמש השנים האחרונות התנהלו חקירות פליליות נגד כל ראשי הממשלה בישראל, ושניים מהם אף הועמדו לדין פלילי. לכך מצטרף מספר עצום של חקירות פליליות נגד שרי ממשלה, שהסתיימו לפחות בחלקן בהעמדה לדין. אם כוחה של הממשלה הוא כה אדיר, כיצד אפשרה הממשלה לתהליך כזה להתנהל? ואיך לא קרה כדבר הזה (ואף לא שום דבר המתקרב לכך) באף לא אחת

²⁸ שלמה אבינרי "די לריכוזיות" הארץ (25.10.2010)

<https://www.haaretz.co.il/opinions/1.1289053>

²⁹ פרידמן, לעיל ה"ש 8, עמ' 653-654.

³⁰ בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר מידות נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 441, 473 (1993). לביקורת ראו פרידמן, לעיל הערה 8, 629-638, שבו הפניות נוספות לביקורת על הלכה זו.

מהדמוקרטיה האחרת? האומנם רמת העבריינות אצלנו כה גבוהה בהשוואה לשאר מדינות העולם? ואפילו כך (ובעניי ספק רב אם זה המצב), עדיין ניצבת השאלה האם ממשלה שחברה וראשיה חשופים להליכים פליליים בממדים סיטונאיים היא אכן בעלת עוצמה.

מעבר לכך ציין שדרך מרכזית למניעת שימוש לרעה בכוח היא הגבלת תקופת כהונה. דרך זו נבחרה בשיטת הבחירה הישירה להגבלת כוחו של ראש הממשלה – סעיף 8(ב) לחוק יסוד: הממשלה משנת 1992. חוק זה בוטל, ולמרבית הצער בוטלה גם הוראה זו ולא נכללה בחוק יסוד: הממשלה החדש מ-2001.

הגנה על זכויות אדם – או פגיעה בהן

המטרה המרכזית של המהפכה המשפטית הייתה הבטחת זכויות האדם, ולכן השאלה היא האם הביאה השיפור במצב זכויות האדם בישראל. המחבר מתייחס לנושא בהקשר של זכויות מיעוטים, ומשיב על כך בחיוב. לזכויות מיעוטים אתיחס בנפרד. אולם השאלה היא רחבה יותר. אתיחס לשני נושאים. האחד, ביקורת שיפוטית על מינויים של נבחרי ציבור ועובדי ציבור בנימוק שיש במינוי דופי מוסרי. כאן התשובה ברורה. זכויות האדם בתחום זה נפגעו קשות. יואב דותן הצביע על כך במאמר חשוב שבו גם ציין שלשיטת הדחה זו שהנהיג בית המשפט העליון אין אחר ורע בעולם.³¹ המאמר נדון בספר,³² והמחבר מותח ביקורת על הרעיון להעביר את הבקרה לכנסת. אולם אין בפיו תשובה לפגיעה הקשה בזכויות האדם הכרוכה בהליך. בעיקרו של דבר מדובר בפגיעה בזכות יסוד, זכותו של אדם לעבוד, זכות המוגנת כיום בחוק יסוד: חופש העיסוק. ס' 4 לחוק זה פותח במילים: "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל...". אולם בג"ץ רואה עצמו חופשי לשלול את חופש העיסוק של עובדים או מועמדים לעבודה בשירות הציבורי ללא כל בסיס בחקיקה, אך ורק על יסוד שיקולים מוסריים הנראים בעיני בית המשפט, שבהם "הכול פתוח". כך, למשל, אם אדם ביצע שנים אחדות קודם לכן עבירה כלשהי, בית המשפט יכול להטיל עליו עונש נוסף על זה שנקבע בהליך שהתנהל נגדו, ולפסול אותו משיקולים מוסריים, שאינם מוגדרים מראש, לתקופה שתיראה לבית המשפט, ולתפקידים שבית המשפט סבור שאין זה ראוי שאדם דוגמתו ימלא בתקופה זו.³³ הטלת עונש נוסף כזה מעבר לעונש שהוטל על המועמד נעשית אף על פי שבג"ץ לא הוסמך לדון כערכאת ערעור על ההליך הפלילי, ואף שמדובר בעונש שלא נקבע בחוק. בספר

31 Yoav Dotan, Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances, 19 THEORETICAL INQUIRIES L. 705, 726–739 (2018).

32 עמיחי כהן, לעיל ה"ש 1, עמ' 199–201.

33 ראו למשל בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נגד (2) 62 (1999), ופרידמן, לעיל ה"ש 8, עמ' 547–548. לדיון כללי בהתערבות בענייני מינויים ראו שם עמ' 544–554.

מלחמות הבג"ץ אין גם תשובה לשאלה נוספת: האם בסך הכול הביאה הביקורת הזו על המינויים בשירות הציבורי לשיפור המנהל הציבורי? בעיני לפחות התשובה שלילית.

לכל אלה יש להוסיף כלל נוסף שקבע בית המשפט העליון הפוגע פגיעה קשה בזכויות אדם. עיקרו הוא שמבחינת המשפט המנהלי דינו של כתב אישום הוא כדין הרשעה.³⁴ במילים אחרות, עם הגשת כתב אישום נמחקת חזקת חפות, לצורך המשפט המנהלי, ועובד הציבור הנאשם יפוט מתפקידו והוא עלול להישאר מחוסר עבודה במשך כל התקופה שבה יתנהל המשפט, והוא עלול להימשך שנים ארוכות.

הנושא השני שבו התרחשה פגיעה קשה בזכויות אדם הוא המשפט הפלילי. זהו התחום החשוב ביותר לזכויות אדם בכלל, ולכבוד האדם בפרט. ושוב, בישראל אין לממשלה נגיעה בתחום זה (למעט האפשרות לזיזום חקיקה) אלא הוא נתון כולו בידי המערכת המשפטית והמשטרתית, ודווקא בו אנו עדים להתדרדרות חמורה בזכויות האדם שאירעה במהלך המהפכה המשפטית.³⁵

המחבר עוסק במשפט הפלילי בקצרה.³⁶ לדבריו: "חשוב לשים לב להיבט השוויוניות של בית המשפט: בדיון בפניו האזרח והשליט שווים. לשניהם יש עורכי דין, ושניהם יכולים להעלות את טיעוניהם בפני גורם ניטרלי – השופט". כדיון תאורטי זה טוב ויפה, אך ככל שהדבר נוגע למשפט הפלילי בישראל – הדברים מנותקים מהמציאות.³⁷ בהקשר הנוכחי לא אוכל לדון בפירוט בהידרדרות שחלה במצב זכויות האדם במשפט הפלילי; אסתפק בכך שאצביע על שתי התפתחויות. האחת, קידום העבירה של "הפרת אמונים", הרחבת השימוש בה והאופן שבו תפסה עבירה זו את מרכז הבמה בכל הנוגע להעמדת עובדי ציבור ואישי ציבור לדין. עבירה זו נקבעה בסעיף 284 לחוק העונשין שלפיו: "עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו – מאסר שלוש שנים". הגדרה רחבה זו של "מעשה... הפרת אמונים הפוגע בציבור" עומדת בניגוד לעקרון החוקיות, מותרת בערפל מוחלט את תחומיה של

³⁴ בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אורחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, יצחק רוכברגר, פ"ד סו(3) 135 (2013), שבו ציינה השופטת נאור כי "הגשת כתב אישום מהווה ראיה מינהלית למעשים הפליליים המיוחסים לראש העירייה" (פסקה 38 לפסק דינה).

³⁵ פרידמן, לעיל ה"ש 8, עמ' 664–672, שבו מפורטות התנכלויות לשורה של אישים ובהם ראובן ריבלין, יעקב נאמן, והפרשה המזעזעת של נשיא לשכת עורכי הדין, דרור חוטר ישי.

³⁶ עמיחי כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 138–140.

³⁷ דן שינמן הסנגור (2016) 227–231; בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם (2014); פרידמן, לעיל ה"ש 8, הפרק "אשם עד שלא הוכחה חפותו" בעמ' 674–684.

העבירה ומקנה לתביעה שיקול דעת עצום בכל הנוגע לחקירה ולהעמדה לדין בשל מעשים הנראים לה בלתי ראויים.

באחד ממאמריו ציין אהרן ברק כי "חוק פלילי 'סתום' (vague)" לא היה עומד בדרישות "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".³⁸ הוא התייחס ספציפית לסעיף 198 לחוק העונשין, הקובע סנקציה פלילית בשל "מעשה העלול להביא תקלה ציבורית". ואכן בית המשפט העליון, בתקופה שקדמה למהפכה המשפטית, ובימים שעדיין שררה בו רוח ליברלית בכל הנוגע למשפט הפלילי, מתח ביקורת קטלנית על הוראה זו, שנכללה בעבר בס' 105 לפקודת החוק הפלילי ואשר דיבר על "היזק ציבורי".³⁹ בלשונו של השופט ש"ז חשין:

דומה כאילו הופקד בית המשפט על ידי המחוקק לקבוע ולהחליט בכל מקרה ומקרה אם מעשים מסוימים מהווים – או שאינם מהווים – עבירה בתחומי הבלתי מוגבלים של הסעיף... נמצא, לכאורה, בני אדם נענשים על מעשים שהוגדרו כעבירות לאחר עשייתם, בחינת "עונשים ואין מזהירים". נוהג זה – כך אפשר לטעון ולקבול – עשוי לקעקע את עצם היסודות אשר עליהם מושתתים העקרונות של שלטון החוק וחופש פעולותיו של הפרט במדינה, והוא היפוכו הגמור של הכלל המקודש במשפט הפלילי "אין עונשין אלא אם כן מזהירים".⁴⁰

אולם העמדה שספגה ביקורת קטלנית בימי הליברליזם בבית המשפט העליון, עברה תפנית של מאה ושמונים מעלות כאשר בית המשפט העליון, בעידן המהפכה המשפטית, הפך בפסק דין מנחה את העבירה המעורפלת של הפרת אמונים לספינת הדגל של התביעה הפלילית ושל הגישה המרשיעה.⁴¹ להשלמת התמונה אציין כי עבירה מעורפלת נחשבת בארצות הברית כמנוגדת להוראות החוקה בעניין הליך הוגן (due process), ואכן בית המשפט העליון בארה"ב נקט ביחס לעבירה שניתן לראותה

³⁸ אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 18 (1996).

³⁹ הסעיף הזה חוקק בזמן המנדט הבריטי, והפך לאחר מכן לסעיף 198 לחוק העונשין התשל"ז-1977 (כאשר המונח "היזק ציבורי" הומר ל"תקלה ציבורית").

⁴⁰ ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 785, 791 (1954). בתפקידי כשר משפטים תמכתי בהצעת החוק הפרטית שהגיש בנושא זה ח"כ יואל חסון, לביטולם של סעיף 198 והוראת ה"תקלה ציבורית". הכנסת אכן ביטלה את הסעיף.

⁴¹ דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385 (2004); פרידמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 681–684.

כמקבילה להפרת אמונים עמדה הפוכה מזו של בית המשפט העליון בישראל.⁴² אין צריך לומר כי גישת בית המשפט העליון האמריקאי עדיפה ותואמת את עקרונות החוקיות.

ההתפתחות המדאיגה הנוספת בתחום המשפט הפלילי נוגעת לגידול העצום באחוזי הרשעת נאשמים. הסטטיסטיקה הממשלתית מצביעה על כך שבשנת 1961 (כלומר לפני המהפכה המשפטית) הגיעו אחוזי ההרשעה במשפטים פליליים ל-77.8%. אחוזים אלה צמחו והגיעו בתקופה שלאחר המהפכה המשפטית ל-95.4% ב-1990 ול-99.9% בשנת 2005.⁴³ נטען אומנם שנתונים אלה אינם משקפים את המצב שכן אין הם מביאים בחשבון מצבים שבהם התביעה חוזרת בה מהאישום, וכמו כן לפעמים מוגש כתב אישום אחד נגד נאשמים מספר; אם חלקם מזוכה אך אחרים מורשעים התיק מופיע בסטטיסטיקה כהרשעה. כמו כן, קיימים מקרים רבים שבהם אדם מואשם בכמה עבירות; די בכך שיורשע באחת מהן כדי שהתיק יופיע בסטטיסטיקה כהרשעה, גם אם בפועל זיכה הנאשם מרוב העבירות.

מחקר שביצעו אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל מטעם מחלקת המידע והמחקר בבית המשפט העליון, והתפרסם במאי 2012, מצביע על אחוזי הרשעה נמוכים יותר. המחקר, המבוסס על מדגם של תיקים פליליים שהתבררו בבתי משפט השלום והמחוזי בין מאי 2010 למאי 2011, מצא כי בחלק מהמקרים התביעה חוזרת בה מהאישום (כ-15% מהתיקים בערכאת השלום), יש מקרים שבהם בית המשפט נמנע מלהרשיע נאשם שהודה (יותר מ-5%), ולא פעם הנאשם מורשע רק בחלק מהאישומים או באשמה פחות חמורה. לדעת החוקרים, התיאור של יותר מ-99% הרשעה הוא מטעה, אך הם מכירים בכך שכאשר תיק מתנהל עד תום, "אחוזי הזיכוי המלאים הם אמנם נמוכים מאוד (פחות מאחוז)!"

אציין שכל ההסתייגויות הללו היו נכונות גם בעבר, לכן אין הן מסבירות את העלייה בשיעור ההרשעות שתוארה לעיל.

תוצאות אלה מסבירות את האחוז הגבוה של הסדרי טיעון. הסכוי להרשעה הוא גבוה מאוד, ולכן מצטרף המחיר האישי והכלכלי הכבד של ניהול משפט. ברגע שמוגש כתב אישום בעבירה משמעותית חיי הנאשם משתבשים לחלוטין, ואם הוא איש ציבור או עובד ציבור תחול לגביו ההלכה שקבע בית המשפט העליון ולפיה לצרכים מנהליים כתב אישום כמורה כהרשעה. הוא יושעה מעבודתו, ואולי יפוטר או יידרש להתפטר. המשפט עלול להימשך שנים, וכיצד יממן את הגנתו וממה יתפרנס ויפרנס את משפחתו בתקופה זו? במילים אחרות, ההליך צפוי להורסו, אפילו יזוכה בסופו של דבר, וכידוע הסיכוי לכך קלוש. בנסיבות אלה מוצגת לו האפשרות להגיע להסדר טיעון באשמה

⁴² Skilling v. U.S. 561 U.S. 358 (2010). ראו גם פרידמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 682-683.

⁴³ ביחס לנתונים אלה, וכן לחומר בנושא זה המובא בהמשך, ראו פרידמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 677-680.

פחותה, לקבל עונש קל יחסית ולסיים את העניין בתוך חודשים ספורים. מבחינה מעשית, זהו במקרים רבים הפתרון העדיף.⁴⁴

מיעוטים

המחבר מדגיש, ובצדק, את חשיבות ההגנה שבית המשפט מעניק למיעוטים, ובעיקר למה שהוא מכנה "מיעוטים מודרים". המחבר כולל בהם הן את הפליטים, שלגביהם הצדק איתו, אך גם את הערבים. וכאן הנושא בעייתי יותר. מדובר במיעוטים בעלי אופי שונה, המעוררים שאלות שונות. רות גביון ציינה ש"יהודים הם אמנם רוב בישראל, אך הם מיעוט קטן באזור עוין".⁴⁵ לכך ניתן להוסיף שמדינת ישראל היא היחידה בעולם שגורמים בעלי עוצמה מאיימים על עצם קיומה, ואשר רבים במיעוט הערבי שבתוכה רואים עצמם קשורים לאומה הנמצאת מחוץ למדינה ושחלק רחב ממנה ממש עוין אותה (בבחירות האחרונות לרשות המחוקקת הפלשתינית, שהתקיימו ב-2006, זכה החמאס, שעמדותיו העוינות לישראל ידועות היטב, ברוב).

דיון במיעוט כזה מחייב השוואה למה שאירע למיעוט הגרמני לאחר מלחמת העולם השנייה במדינות כמו צ'כיה ופולניה. הוא מחייב להבחין בין סוגיות אי שוויון "רגילות" לסוגיות הכרוכות בקשר אפשרי בין המיעוט הערבי (או חלקים בתוכו) לציבור הפלשתיני שמחוץ למדינה. לא נראה שהמחבר ער די הצורך לבעיה זו.⁴⁶ הוא אף מתנגד לחקיקה שהחריפה את המגבלות שבס' 7 לחוק יסוד הכנסת, כחוק ש"עוצב במיוחד על מנת לפגוע במיעוט הערבי".⁴⁷ בעיניי החרפת הניסוחים נובעת מכך שבית המשפט הכשיל ניסוחים קודמים, ובפסק דין – בעיניי שעוריייתי במיוחד – אפשר את כניסת עזמי בשארה ומפלגתו בל"ד לכנסת בניגוד להוראות חוק היסוד.⁴⁸

לסיכום נקודה זו: אכן, ראוי להתייחס לחוק הלאום. המחבר מבקר אותו, וגם אני ביקרתי אותו בעבר. אבל צריך להבין שהחוק הוא תגובה למהפכה המשפטית, ולפסיקה קיצונית דוגמת זו שאפשרה את בחירתו של עזמי בשארה לכנסת.⁴⁹

44 נתונים אחדים ביחס להיקף הסדרי הטיועון מובאים אצל פרידמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 679.

45 רות גביון "ליהודים זכות ליישובים משלהם" הארץ 17.7.2002 עודכן 17.8.2011.

46 השוו לציטטה ממאמרה של רות גביון, לעיל ה"ש 45, וטקסט להערה זו.

47 עמיחי כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 60–63.

48 א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003). ראו גם את ההתייחסות לעזמי בשארה ותנועתו בדו"ח ועדת החקירה (ועדת אור) שמונתה לבחון את האירועים שפרצו במגזר הערבי עם פרוץ האינתיפאדה השנייה, שבמהלך דיכויין על ידי המשטרה נהרגו 13 אזרחים ערבים (ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הבטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 דו"ח הוועדה [אוגוסט 2003]).

49 השוו לדברי ראובן ריבלין (כיום נשיא המדינה) שהתייחס ל"גל חקיקה עכור" (אומנם לא בהקשר של חוק הלאום) ול"אצבע המאיימת המונפת היום מהכנסת לעבר בית

סיכום

הקו הכללי של הספר הוא תמיכה נמרצת בבג"ץ ובמה שנראה בעיני רבים כאקטיביזם שיפוטי מרחיק לכת. ביקורת, במידה שישנה, היא בעיקר על כך שהאקטיביזם לא היה חריף דיו.⁵⁰

יש בספר נקודות איזון אחדות. כך, למשל, יש לשבח את המחבר על כך שהוא דוחה את "נימת הגנאי המצורפת לביטוי 'חוק עוקף בג"ץ'", ועל כך שהוא מסכים שהכנסת חופשית לשנות הלכות שנקבעו בבית המשפט. בעיניי הביטוי "חוק עוקף בג"ץ" הוא אוקסימורון המלמד שהמשתמשים בו רואים בבית המשפט מחוקק-על, שהחוקים שהוא מחוקק עומדים מעל חוקי הכנסת.

מלחמות הבג"ץ מזכיר גם את ההצעות להפחתת כוח הייעוץ המשפטי.⁵¹ לא ברור אם הוא תומך בהן, אבל חסרה התייחסות לבעיה המרכזית – החיבור בין כוח הייעוץ לכוח התביעה וריכוז הכוח הכרוך בכך, שאליו מצטרפת הסימביוזה בין היועץ המשפטי לבית המשפט העליון. ריכוז הכוח האדיר הזה, שהצטבר במערך המשפטי הכולל, הביא לפגיעה החמורה ביותר בדמוקרטיה, בשוויון בפני החוק, ובזכויות אדם בתחום החשוב ביותר בנושא זה – המשפט הפלילי. זאת בצד הפגיעה בחופש העיסוק בעקבות הסמכות שבית המשפט נטל לעצמו לפסול מועמדים מלכהן בתפקידים מסוימים, משיקולים מוסריים כפי שהם נראית לבית המשפט או ליועץ המשפטי.

המחבר מוכן לפסקת התגברות, אבל רק ברוב של 70 חברי כנסת. אבל מדוע בכלל לאפשר התגברות? הנימוק האחד המובא הוא שהריבון הוא העם,⁵² אבל קיימת סכנה שהכנסת תשתמש לרעה בכוחה.⁵³ דומה שהמחבר אינו רואה שום סכנה בפסיקה. בעיניו בג"ץ עושה רק את "הטוב" המשתקף בכך שהוא בולם את "הרע" הנעשה על ידי הרשות המבצעת או המחוקקת. הביקורת כלפי בית המשפט, במידה שישנה, היא שלא עשה די מ"הטוב", כלומר לא בלם די הצורך. אבל קיימת התעלמות מוחלטת מהסכנה של פסיקה שגויה, ובעיקר של חקיקה שיפוטית העשויה להיות הרסנית.

המשפט העליון", וציין שזו "תגובה רעה של המוטלת ההיסטורית למהפכה החוקתית" שביצע בית המשפט: "פרי הבאושים של המהפכה המשפטית" ynet: (1.1.2012). <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4169377,00.html> השוו גם למאמרה של רות גביוון, לעיל ה"ש 45.

⁵⁰ עמיחי כהן, לעיל ה"ש 1, עמ' 58–63 (עניין מאיר כהנא ואי פסילת מפלגתו), עמ' 248–250 (אי פסילת "חוק הנכבה"), עמ' 250–252 (אי פסילת "חוק החרם"). יוצאת מכלל זה היא הביקורת על פסילת החוק שהקנה מעמד חוקי לערוץ 7 (עמ' 177–179).

⁵¹ עמיחי כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 278.

⁵² עמיחי כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 286.

⁵³ עמיחי כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 287.

בית המשפט הוא ענף מענפי השלטון. מנסחי החוקה האמריקאית היו ערים לכך שבכל שלטון טמונה סכנה. אלכסנדר המילטון סבר אומנם שבית המשפט הוא הפחות מסוכן והשתמש בביטוי שהפך קלישאה: The least dangerous branch, אבל כיום יש הגורסים שהפך The most dangerous branch.⁵⁴ בהקשר הנוכחי אין צורך לפרט פסיקות הרסניות שניתנו בארה"ב. די לומר שסכנה קיימת מכל ענפי השלטון, כולל בית המשפט, וצריך להימנע מהעמדת קשיים מופרזים בפני ביטול הלכות שנוקן רב על תועלתן. בדיון דלעיל ביקשתי להמחיש את אחת הסכנות שבכוח המופרז הנתון בידי התביעה הכללית ובתי המשפט; סכנה שהתממשה והומחשה בישראל בכל הנוגע להתדרדרות החמורה בזכויות נאשמים ובדורסנות הקשה של המשפט הפלילי כפי שהוא מופעל במדינתנו.

המחבר גם מספר על חוויות מניסיונו האישי להתמחות בבית המשפט העליון וכיצד כעבור זמן נחשף ל"עובדה המדהימה שאפילו השופטים בבית המשפט העליון הם בני אדם. הם נוטים לקדם את בני משפחתם..." אבל הבעיה איננה רק התמחות או מינויים. היא נעוצה בטבע האדם ובסכנה של שימוש בכוח שלטוני, ברשות המחוקקת, ברשות המבצעת, ברשות השופטת, ביעוץ המשפטי ובתביעה. מתן הכוח הכרחי אך צפונה בו סכנה, וככל שהוא מרוכז ואדיר יותר, והפיקוח עליו רופף או שאיננו קיים – הוא מסוכן יותר. לא רק בממשלה. וכאן ניתן להוסיף שאחרי הכול הכנסת והממשלה כפופות לביקורת הטבועה בהליך הדמוקרטי – עליהן להתייצב בפני הבוחר בהתאם לקבוע בחוק. מנגנוני התביעה המפעילים את ההליך הפלילי ובתי המשפט פטורים מהליך זה, וביקורת משמעותית אחרת – אין.

עם זאת, **מלחמות הבג"ץ** הוא ספר חשוב המבטא את הגישה המצדיקה את המגמות המרכזיות בפסיקת בית המשפט העליון, מציעה להן בסיס רעיוני ובמידה מסוימת מבקשת גם לתחום להן גבולות. הספר מכיל חומר מעניין בנושאי דמוקרטיה, בחירות, ומדגיש את הצורך בביזור סמכויות, שהוא תנאי הכרחי למשטר מאוזן ולשמירה על זכויות אדם.

54 DAVID A. KAPLAN, THE MOST DANGEROUS BRANCH: INSIDE THE SUPREME COURT'S ASSAULT ON THE CONSTITUTION 21 (2018), המציין שהספר בא להסביר כיצד הפך מוסד המורכב מתשעה אישים, בעלי תקציב צנוע (יחסית לתקציב הפדרלי) לענף הממשל המסוכן ביותר.