

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

חוקתיות סמי-ליברלית ואיזונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית

מאת
גילה שטופלר*

תקציר

המאמר בוחן את חוסנם של האיזונים והבלמים בישראל במבט רחב הקושר את מידת חוסנם עם אופי המשטר החוקתי בישראל מעת היווסדה, ועם השלכותיו של אופי זה על השינויים העכשוויים המתרחשים בחוקתיות הישראלית. בחלקו הראשון המאמר טוען שישראל היא מראשיתה מדינה בעלת חוקתיות סמי-ליברלית, המבטאת מחויבות נורמטיבית כפולה: לזכויות ליברליות מחד גיסא, ולעקרונות, ערכים ואינטרסים שאינם ליברליים מאידך גיסא. המחויבות לאחרונים מתבטאת בהטלת מגבלות קבועות ורבות משמעות על הראשונות, ובכך שהמחויבות הכפולה היא יסודית ומהווה מרכיב בסיסי של השיטה החוקתית. המאמר מתאר את היבטיה השונים של החוקתיות הסמי-ליברלית בישראל ואת מערכת הקשרים וההשפעה ההדדית בין החולשה של ההיבטים החוקתיים המוסדיים לחולשה של ההיבטים החוקתיים שעניינם הגנה על זכויות האדם, ומתמקד בפן הדתי והאתנו-לאומי. בחלקו השני המאמר טוען כי החל מהעשור השני של המאה ה-21, וביתר שאת מאמצעו, מתרחש בישראל תהליך של מעבר מחוקתיות סמי-ליברלית לחוקתיות סמכותנית ושבטית, תהליך המצוי עדיין בעיצומו, וכי התשתית החוקתית הסמי-ליברלית והשימוש בפופוליזם ימני מקילים על מעבר זה ומסייעים לרתום אליו את הציבור. טענה נוספת היא כי השימוש בפופוליזם ימני לאורך תקופה זו על ידי מפלגות השלטון נועד לקדם אידאולוגיה סמכותנית ושבטית. אידאולוגיה זו שמה במרכז מימוש מטרות לאומניות ודתיות המוצגות כחיוניות ל"עם היהודי", ובמקביל מקילה על קידום האינטרסים האישיים של השליט. כמסגרת תאורטית להבהרת אופן התפתחותו של התהליך, יעדו האפשרי והאיום שהוא מהווה על מערכת האיזונים והבלמים

* פרופסור חברה, דיקנית הפקולטה למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. ברצוני להודות לדורין לוסטיג ולחברות מערכת עיוני משפט, ובמיוחד לעורכת מעין ויסמן, על הערותיהן המצוינות ועל עבודת העריכה הקפדנית והמעולה שתורמו רבות לחידוד ולהבהרת הטענות במאמר, וכן לאמל ג'מאל על הערותיו החשובות ומעוררות המחשבה לגרסה מוקדמת של המאמר בוובינר "מבט משפטי על איזונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית" שנערך באוקטובר 2020 בחסות כתב העת.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

בדמוקרטיה הישראלית, המאמר עושה שימוש בתאוריה החוקתית של קרל שמיט, ומתמקד בביקורתו על החוקתיות הליברלית ובתפיסותיו בנוגע למהות הדמוקרטיה, הפרדת הרשויות, עקרון שלטון החוק ומרכזיות ההבחנה בין עמית לאויב.

2. מבוא.....
- א. חולשתה הטבועה של הדמוקרטיה הליברלית בישראל – ישראל כמדינה סמי-ליברלית.....10
1. מהי חוקתיות סמי-ליברלית?10
- (א) הפן הליברלי בחוקתיות הישראלית13
- (ב) הפן האנטי-ליברלי בחוקתיות הישראלית14
- (1) הפן האתני14
- (2) הפן התאוקרטי16
- (3) הכיבוש20
- (4) חקיקת החירום22
2. האם החוקתיות הסמי-ליברלית בישראל היא יציבה?24
- ב. מחוקתיות סמי-ליברלית לחוקתיות סמכותנית שבטית?25
1. פופולזם וחוקתיות סמכותנית26
2. התאוריה של קרל שמיט31
3. המצב בישראל33
- (א) מתקפות על הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק36
- (ב) מתקפות על זכויות האדם, החברה האזרחית וארגוני זכויות אדם40
- (ג) ההבחנה בין עמית לאויב ויצירת דה-לגיטימציה ציבורית ומשפטית למבקרי השלטון.....43
4. חוקתיות סמכותנית ומשבר הקורונה46
52. סיכום.....

מבוא

מטרתם של איזונים ובלמים בדמוקרטיה ליברלית היא לבור את הכוח השלטוני ולמנוע את ריכוזו בידי גורם שלטוני אחד, וכך להגן על חירותם ועל

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

זכויותיהם של האזרחים מפני עריצות השלטון.¹ האיזונים והבלמים מושגים על ידי חלוקת הכוח השלטוני בין שלוש רשויות השלטון השונות – הכנסת, הממשלה ובתי המשפט – ומתן סמכות לרשויות השונות לפקח על היבטים שונים בפעולתן של האחרות.² בנוסף לשלוש הרשויות הקלאסיות, חוקרים כגון Tushnet מדברים על רשות רביעית הכוללת את המוסדות המדינתיים שמטרתם להגן על הדמוקרטיה, כגון מבקר המדינה או ועדת הבחירות המרכזית. ייחודם של מוסדות אלה הוא שתפקידם לפקח על היבטים מסוימים בפעולותיהם של מוסדות המדינה האחרים כאשר האחרונים מצויים בניגוד עניינים מובנה, כגון בנוגע לאופן השימוש בכספי המדינה או לאופן ניהול הבחירות.³ רובד חיוני נוסף של האיזונים והבלמים בדמוקרטיה ליברלית הוא התקשורת וארגוני החברה האזרחית.

מערכת ראויה של איזונים ובלמים מבטיחה שמירה על ההליך הדמוקרטי, על שלטון החוק ועל זכויות הפרט, שהינם שלושת היסודות המרכיבים את הדמוקרטיה הליברלית. אולם החל מאמצע העשור השני של המאה ה-21 מתרחש במדינות רבות בעולם תהליך שחיקה של הדמוקרטיה הליברלית. תנועות פוליטיות מבססות את שליטתן במדינות הללו באמצעות שחיקה של עקרונות הפרדת הרשויות, הפרת האיזונים והבלמים בין הרשויות השונות וריכוז הכוח השלטוני בידיהן, בעיקר דרך הרשות המבצעת. בד בבד התנועות הללו מערערות את שלטון החוק, מצמצמות את זכויות הפרט, משתלטות על התקשורת, תוקפות את ארגוני החברה האזרחית, ומובילות

¹ איל בנבנישתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" **משפטים** לא 797, 798–800 (התשס"א). נימוקים נוספים שהוצעו לצורך בהפרדת רשויות הם התפקיד שהפרדת הרשויות ממלאת בעיגון ובמימוש חובת ההנמקה של הרשויות, ראו: JEREMY WALDRON, POLITICAL THEORY: ESSAYS ON INSTITUTIONS 49-54 (2016), וכן תפקידה של הפרדת הרשויות ביצירת פער זמנים חיוני ומועיל בין העלאת הדרישה על ידי הציבור לבין מימושה בפועל על ידי הרשויות לאחר הליך מסודר של ניתוח ועיבוד. Ming-Sung Kuo, *Against Instantaneous Democracy*, 17 ICON 554, 562–563 (2019).

² שם; Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 HARV. L. REV. 633 (2000).

³ Mark Tushnet, *Institutions Protecting Democracy: A Preliminary Inquiry*, 12 L. & Ethics of H.R. 181, 183 (2018).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

לשינויים בהליך הדמוקרטי. מטרתן של תנועות אלו לבסס בדרך זו את שליטתן הנמשכת ולמנוע את החלפתן בקלפי.⁴

נהוג לחשוב על סוגיית האיזונים והבלמים כעל סוגיה מוסדית בעיקרה, אך מטרתו במאמר זה היא לבחון את חוסנם של האיזונים והבלמים בישראל במבט רחב יותר הקושר את מידת חוסנם עם אופי המשטר החוקתי בישראל מעת היווסדה, ועם השלכותיו של אופי זה על השינויים העכשוויים. המאמר טוען שישראל הייתה מראשיתה בעלת מבנה חוקתי סמי-ליברלי, מאיר את מערכת הקשרים וההשפעה ההדדית בין חולשת ההיבטים המוסדיים החוקתיים וההיבטים החוקתיים שעניינם הגנה על זכויות אדם, ומתמקד בפן הדתי והאתנו-לאומי. כמו כן, המאמר מתאר תהליך של מעבר מחוקתיות סמי-ליברלית לחוקתיות סמכותנית ושבתית, תהליך המצוי בעיצומו, וטוען כי התשתית החוקתית הסמי-ליברלית והשימוש בפופוליזם ימני מקילים על מעבר זה ומסייעים לרתום אליו את הציבור. כמסגרת תאורטית להבהרת אופן התפתחותו של התהליך, יעדרו האפשרי והאיום שהוא מהווה על מערכת האיזונים והבלמים בדמוקרטיה הישראלית, המאמר עושה שימוש בתאוריה החוקתית של קרל שמיט, ומתמקד בביקורתו על החוקתיות הליברלית ובתפיסותיו בנוגע למהות הדמוקרטיה, הפרדת הרשויות, עקרון שלטון החוק ומרכזיות ההבחנה בין עמית לאויב.

בדמוקרטיה ליברליות בעולם קיימים מבנים ומנגנונים מוסדיים שונים ומגוונים שמטרתם היא יצירת מסגרת חוקתית דמוקרטית ליברלית שנותנת לשלטון כוח למלא את חובותיו השלטוניות, ועם זאת נותנת הגנה רחבה ואפקטיבית לאזרחים על זכויותיהם האינדיבידואליות, תוך הבטחת יכולתם להשתתף באופן אפקטיבי בהליך הדמוקרטי. בעוד שכל ההסדרים המוסדיים האלה נחשבים ללגיטימיים, על אף השוני הרב ביניהם, הרי שהחלפתם בהסדרים מוסדיים שמטרתם היא ריכוז הכוח בידי השלטון באופן שמאפשר פגיעה בזכויות האדם ובהליך הדמוקרטי, שרירות או שחיתות, תהיה פסולה. בשנים האחרונות תהליכים של שחיקה דמוקרטית מתרחשים במדינות כגון הונגריה, פולין, הודו, טורקיה, ארה"ב וגם בישראל, ומצויים במרכזו

Kim Lane Scheppele, *Autocracy under Cover of the Transnational Legal Order*, in CONSTITUTION-MAKING AND TRANSNATIONAL LEGAL ORDER 188, 190–192 (Tom Ginsburg, Terence C. Halliday & Gregory Shaffer eds., 2019).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

של המשבר הדמוקרטי העולמי.⁵ עם זאת, אף כי אפשר לזהות "תסריט", כהגדרתה של Scheppele, המשותף למנהיגים העושים בו שימוש כדי להחליש בהדרגה את המוסדות החינויים לדמוקרטיה ליברלית ועל ידי כך לבסס את שליטתם הבלעדית, לא כל מנהיג פרוטו-סמכותני מצליח להשיג את מטרתו, ומידת ההצלחה ביישומו של ה"תסריט" תלויה בהקשר הייחודי של כל מדינה ובנסיבותיה ההיסטוריות, המשטריות והחברתיות.⁶ לכן, לטענתי, על מנת לנתח נכוחה את התהליכים המתרחשים כיום בישראל, ולנסות להעריך את הסיכוי להצלחת יישומו של ה"תסריט" הסמכותני, יש לבחון את השינויים המתחוללים בחוקתיות הישראלית במבט על, ולאמוד אותם ואת הסכנה הטמונה בהם לאור המבנה והאופי הייחודיים של החוקתיות בישראל מראשיתה.

חוקתיות דמוקרטית ליברלית מאופיינת בדרך כלל בחוקה כתובה הכוללת הגנה על זכויות האדם, קיומה של ביקורת שיפוטית לשם הבטחת הגנה זו, מידה מסוימת של נוקשות של החוקה לעומת חקיקה רגילה, ומחויבות לבחירות דמוקרטיות תקופתיות, לעקרון שלטון החוק ולהפרדה בין הרשות המחוקקת, השופטת והמבצעת, והכול במטרה להציב מגבלות על כוח השלטון ולהגן על הדמוקרטיה.⁷ אף כי בעשורים האחרונים נתפסה החוקתיות הדמוקרטית-ליברלית כברירת המחדל, וגם מדינות שלא קיימו אותה הלכה למעשה סימנו אותה, לפחות מן הפה ולחוץ, כאידיאל שאליו יש לשאוף, דומה כי לא עוד. חוקרים מצביעים על המחצית השנייה של שנת 2016, עם תוצאות משאל העם בבריטניה על ההיפרדות מהאיחוד האירופי ועם ניצחונו של טראמפ בבחירות לנשיאות ארה"ב, כנקודת הזמן שבה החלה ההגמוניה של הדמוקרטיה הליברלית להיסדק וניתן האות לתהליך מואץ של שחיקה דמוקרטית

⁵ ישראל התדרדרה למקום ה-76 בעולם בממד החופש של ה-freedom house, מתחת לכל הדמוקרטיות הליברליות המערביות (יובהר כי ציונה של ישראל במדד הוא 76 וכאמור גם מיקומה הוא 76, אך הזהות במספרים היא מקרית. *Countries and Territories, FREEDOM*, freedomhouse.org/countries/freedom-house/world/scores?sort=asc&order=Total%20Score%20and%20Status

⁶ Kim Lane Scheppele, *Autocratic Legalism*, 85 U. CHI. L. REV. 545, 555–556 (2018).

⁷ Tom Ginsburg, Aziz Z. Huq & Mila Versteeg, *The Coming Demise of Liberal Constitutionalism?*, 85 U. CHI. L. REV. 239, 239–240 (2018).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

בעולם.⁸ תהליך זה לא פסח על ישראל, ואף השתלב היטב עם תהליכים פנימיים של אתגור ההיבטים הליברל-דמוקרטיים בחוקתיות הישראלית ושל פופוליזם, תהליכים שהחלו עוד לפני כן אך התגברו לאחר בחירות 2015, בתקופת כהונתן של הכנסת העשרים והממשלה השלושים וארבע בראשות בנימין נתניהו.

אחת השאלות המרכזיות הנשאלות על ידי חוקרים היא מה הם תנאי הרקע המשפיעים על הסיכוי שהכוחות הפועלים לערעור הדמוקרטיה הליברלית, להפרת האיזונים והבלמים המאפיינים אותה, ולהשתלטות על מוקדי הכוח יצליחו במשימתם.⁹ חוקרים מונים גורמים נסיבתיים שונים כגון אי-שוויון כלכלי,¹⁰ מלחמה בטרור¹¹ והתחזקות הדת¹² כגורמים התורמים לערעורן של דמוקרטיות ליברליות. כמו כן, מחקרים השוואתיים מהשנים האחרונות מצביעים על כך שאף כי איזונים ובלמים מוסדיים ותכנון חוקתי קפדני הם חשובים ומשמעותיים, אין הם כשלעצמם יכולים להבטיח את המשך קיומו של משטר דמוקרטי ליברלי.¹³ גם בחוקות מתוכננות בקפידה אפשר לשחוק את האלמנטים הליברל-דמוקרטיים באמצעות שינויים חוקתיים מצטברים הנעשים באופן לגיטימי לכאורה,¹⁴ ועל ידי כך לרוקן את הליבה הליברל-דמוקרטית מתוכן, תוך הותרת המעטפת החוקתית בעינה.¹⁵ הקפדה על הפרדת הרשויות ועל יצירת מערכת של איזונים ובלמים אינה יכולה כשלעצמה לספק בטוח

⁸ שם, בעמ' 240–241; "פופוליזם ימני באירופה ובישראל: אתגרים משותפים והצעות למדיניות" (יאן בוסה, רם קוורטג, רובי נתנון, וורנר פושרה ויאני ויס עורכים, 2017) s3-eu-central-1.amazonaws.com/fes-org-il-wp/he/wp-content/uploads/2018/01/23062327/Publication-IEPN-Europe-Hebrew.pdf.

⁹ STEVEN LEVITSKY & DANIEL ZIBLATT, *HOW DEMOCRACIES DIE* (2018); Aziz Huq & Tom Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65 U. CAL. L. REV. 78 (2018).

¹⁰ Rosalind Dixon & Julie Suk, *Liberal Constitutionalism and Economic Inequality*, 85 U. CHI. L. REV. 369 (2018).

¹¹ Aziz Z. Huq, *Terrorism and Democratic Recession*, 85 U. CHI. L. REV. 457 (2018).

¹² Ran Hirschl & Ayelet Shachar, *Competing Orders? The Challenge of Religion to Modern Constitutionalism*, 85 U. CHI. L. REV. 425 (2018).

¹³ Bojan Bugarič, *Central*; 253 בעמ' 7, Ginsburg, Huq & Versteeg, *Europe's Descent Into Autocracy: A Constitutional Analysis of Authoritarian Populism*, 17 ICON 597, 600 (2019).

¹⁴ David Landau, *Populist Constitutions*, 85 U. CHI. L. REV. 521 (2018).

¹⁵ Scheppele, לעיל ה"ש 6.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

הארוך ערובה חזקה להמשך קיומה של דמוקרטיה ליברלית;¹⁶ הגנה חוקתית על זכויות האדם אינה יכולה להבטיח כי הן לא תופרנה בפועל;¹⁷ ומחקרים אמפיריים מראים כי גם בתי משפט חזקים ועצמאיים אינם יכולים לעצור ממשלה הנחושה לפגוע בזכויות האזרחים.¹⁸

אחד המנבאים החזקים ליכולתן של דמוקרטיות לשרוד הוא מידת התמיכה בשיטת המשטר הליברל-דמוקרטית בקרב האוכלוסייה במדינה, ומידת נכונותה של האוכלוסייה להיאבק באמצעים דמוקרטיים על מנת להגן עליה מפני שחיקה והשחתה.¹⁹ אי-הפנמה של מהות הדמוקרטיה הליברלית בקרב האוכלוסייה היא מנבא טוב לחולשתה. כך למשל, בנוגע להונגריה ולפולין נטען כי סיבה מרכזית להידרדרותן לסמכותנות היא שהמוסדות הליברליים שהוקמו לאחר ירידת הקומוניזם לא שיקפו את התרבות הפוליטית ואת המציאות החברתית בהן, אלא את האילוצים שהוכתבו על ידי האיחוד האירופי.²⁰ לטענת דוסון והנלי, הדמוקרטיה הליברלית מעולם לא קיבלה מעמד של בכורה במדינות הפוסט-קומוניסטיות, וערכי השוויון הפוליטי, חירות הפרט, הסובלנות האזרחית ושלטון החוק, המהווים את ליבתה של הדמוקרטיה הליברלית, לא התקבלו אף פעם כערכים המשותפים במדינות אלה.²¹ הדמוקרטיה הליברלית נותרה כשליבתה חלולה ונמזגה עם נרטיבים אנטי-ליברליים כגון לאומנות אתנית ושמרנות, כדי ליצור מראית עין של דמוקרטיה ליברלית, שגם היא התפוררה כשאיבדה את נחיצותה עם קבלתן של מדינות אלה לאיחוד האירופי.²² דוסון והנלי מסכמים כי בעוד שעל מנת להתקיים דמוקרטיה ליברלית זקוקה לאזרחים בעלי זהות דמוקרטית ליברלית המוכנים להיאבק להגנתה, הרי שבמדינות רבות במרכז ובמזרח

¹⁶ Ginsburg, Huq & Versteeg, לעיל ה"ש 7, בעמ' 249, 253, Bugarič; לעיל ה"ש 13, בעמ' Aziz Huq & Tom Ginsburg; לעיל ה"ש 9.

¹⁷ Adam S. Chilton & Mila Versteeg, *Do Constitutional Rights Make a Difference?*, 60 AM. J. POL. SCI. 575, 586–587 (2016)

¹⁸ Adam S. Chilton & Mila Versteeg, *Courts' Limited Ability to Protect Constitutional Rights*, 85 U. CHI. L. REV 297 (2018)

¹⁹ Ginsburg, Huq & Versteeg, לעיל ה"ש 7, בעמ' 253, Bugarič; לעיל ה"ש 13, בעמ' 600, 610.

²⁰ שם, בעמ' 609.

²¹ James Dawson & Sean Hanley, *What's Wrong with East-Central Europe? The Fading Mirage of the "Liberal Consensus"*, 27 J. DEMOCRACY 20, 21 (2016).

²² שם, בעמ' 22.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

אירופה מקובלת התפיסה כי זכויות ליברליות צריכות להישמר רק כאשר אין הן מתנגשות בנורמה לאומנית או שמרנית כלשהי.²³

טענתי היא כי בדומה לנטען לגבי הונגריה ופולין, גם במדינת ישראל התבססה מיום הקמתה התפיסה הזכויות ליברליות צריכות להישמר רק כאשר אין הן מתנגשות עם נורמות דתיות ואינטרסים אתנו-לאומיים. תפיסה זו באה לידי ביטוי מובהק במבנה החוקתי שיצרה הכנסת מתחילת קיום המדינה ולאורך השנים בישראל, שהיבטיו הליברליים הם חלקיים בלבד. אפשר לשער שאחת מהתוצאות של תפיסה זו היא שהנורמות והזהות הליברל-דמוקרטיות הונחלו לציבור באופן חלקי ביותר וכפוף לסייגים. לכן, טענתי במאמר זה בנויה משני נדבכים. ראשית אטען כי בניגוד להנחות המקובלות ישראל איננה דמוקרטיה ליברלית חזקה, ותיקה ויציבה, אלא היא דמוקרטיה סמי-ליברלית בלבד. שנית, אטען כי בשל אופייה הסמי-ליברלי ישראל חשופה במיוחד לסכנה של אובדן האיזונים והבלמים ושל הצלחת תהליך השחיקה של ההיבטים הליברל-דמוקרטיים במבנה החוקתי שלה. כלומר, אף כי שחיקת סממני הדמוקרטיה הליברלית בישראל היא חלק ממגמה עולמית של שחיקה דמוקרטית, שהשפעותיה ניכרות בישראל כמו בדמוקרטיות רבות אחרות, הרי שהעובדה שישראל נכנסה לתהליך עולמי זה כשהמבנה החוקתי שלה מגלם מחויבות חלקית בלבד לדמוקרטיה ליברלית, הן מבחינה אידאולוגית והן מבחינה מבנית, מאיצה את התהליך ומקילה על מימושו.

בחלקו הראשון של המאמר אטען כי שבריריותה של הדמוקרטיה הישראלית נובעת במידה רבה מכך שמיום הקמתה לא הייתה ישראל דמוקרטיה ליברלית אלא סמי-ליברלית בלבד, וכי התפיסה שלפיה זכויות ליברליות צריכות להישמר רק כאשר אין הן מתנגשות באינטרס לאומי כלשהו מושרשת במשפט הישראלי. במובן זה אפשר לראות בישראל כבר מתחילתה מדינה דואלית, בעלת חוקתיות סמי-ליברלית, שמתקיימים בה במקביל היבטים של מערכת חוקתית ליברלית לצד היבטים של מערכת חוקתית שאינה ליברלית ואשר מבוססת על ערכים דתיים ואתניים.²⁴ כלומר, בתחומים מסוימים המשפט הישראלי מחויב לתפיסה ליברלית שמגינה על זכויות הפרט ורואה בכלל אזרחיה אנשים שווים וחופשיים, אך בתחומים אחרים המשפט

²³ שם, בעמ' 31.

²⁴ המונח "מדינה דואלית" נטבע על ידי ארנסט פרנקל, המדינה הדו ערכית: תרומה לתיאוריה של הרודנות (עורד פלג מתרגם, 2018).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

הישראלי נותן קדימות ברורה ומכוונת לאופי היהודי של המדינה על חשבון זכויות הפרט, ועל חשבון המבנה המוסדי והחוקתי הנדרש בדמוקרטיה ליברלית.²⁵

בחלק השני אטען כי בשנים האחרונות, עקב צירוף נסיבות הכולל את (1) ירידת קרנה של הדמוקרטיה הליברלית בעולם, ובעיקר בחירתו של הנשיא טראמפ לנשיאות ארה"ב ותמיכתו בסיפוח, ולו חלקי, של השטחים; (2) העלייה בכוחו הפוליטי של הימין הלאומני, הדתי והפופוליסטי בישראל, שגם העצימה מאוד את יכולתו לקדם את חזון ארץ ישראל השלמה; ו- (3) הגשת כתבי האישום נגד נתניהו, הגיע דו-הקיום המאולץ בין שני חלקי החוקתיות הישראלית – החלק הליברלי והחלק האתנו-דתי והסמכותני – לנקודת שבר. בעת הזו החלה שחיקה בהיבטים הליברליים של החוקתיות הישראלית, וזו הואצה על ידי שימוש גובר של השלטון בפופוליזם ימני לשם הצדקת הכרסום בהפרדת הרשויות וריכוז הכוח בידיו. השחיקה התבטאה בשורה ארוכה של פעולות מצד השלטון שמטרתן מעבר הדרגתי למה שאכנה "חוקתיות סמכותנית שבטית". חוקתיות סמכותנית שבטית, שאותה אגדיר ביתר פירוט בחלק השני, היא חוקתיות שבה החוקה אינה משמשת כמכשיר להגבלת כוחו של השלטון ולהבטחת ההגנה על זכויות האדם הליברליות, אלא משמשת דווקא כמכשיר להענקת כוח ריכוזי רב לשלטון, להטלת מגבלות על זכויות אדם, ולמתן אמצעים לשלטון על מנת למנוע את החלפתו ועל מנת לסייע לו להגשים את האידאולוגיה השבטית העומדת בבסיסו.²⁶ במקרה של ישראל, אטען, מטרתה של האידאולוגיה השבטית היא להבטיח את עליונות הרוב היהודי בישראל, ולקדם אינטרסים לאומניים ודתיים של "העם היהודי". מהותם של אינטרסים אלה, כמו גם גבולותיו של "העם" – השבט – נקבעים על ידי השלטון, והוא גם זה שאמון על סימון אויביו של השבט ונקיטת כל האמצעים הדרושים לשם הכנעתם.²⁷ אתאר את מהלכי החקיקה שהוביל השלטון בעשור האחרון, וביתר שאת מאז הכנסת העשרים, מהלכים שהגיעו לשיאם עם חקיקת חוק יסוד:

²⁵ Gila Stopler, *Semi-Liberal Constitutionalism*, 8 GLOB. CONST. 94 (2019)

²⁶ Turkuler Isiksel, *Between Text and Context: Turkey's Tradition of Authoritarian Constitutionalism*, 11 ICON 702, 708–710 (2013)

²⁷ Amy Chua, ראו בפרט, ובראה"ב בפרט, כלל, ובארה"ב בפרט, ראו Amy Chua, *Tribal World: Group Identity Is All*, 97 FOREIGN AFF. 25, 30 (2018) (“[T]he rise of ethnonationalist movements, eroding trust in institutions and electoral outcomes, hate-mongering demagoguery, a popular backlash against both 'the establishment' and outsider minorities, and, above all, the transformation of democracy into an engine of zero-sum political tribalism.”)

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן – חוק יסוד הלאום), והכוונה לחוקק פסקת התגברות מורחבת לקראת כינונה של הכנסת ה-21.²⁸ אטען כי השלמת שני מהלכים חוקתיים אלה תהווה צעד מרכזי בכיוון של מעבר מלא לחוקתיות סמכותנית שבטית, שכן היא תיצור את המסגרת החוקתית שתאפשר את תהליך ההתנתקות מההיבטים הליברליים של החוקתיות שעדיין נטועים במערכת המשפט והשלטון בישראל. אטען כי התאוריה המשפטית והפוליטית של המשפטן והפילוסוף הגרמני קרל שמיט, ובעיקר ביקורתו על החוקתיות הליברלית וההצדקות שהוא מציע לסמכותנות שבטית, מהווה מסגרת תאורטית טובה להבנת כיוונו של התהליך האמור, היעד שהוא מסמן, והשפעתו הנוכחית והעתידית (אם אכן ימשיך) על האיזונים והבלמים בחברה הישראלית.²⁹

**א. חולשתה הטבועה של הדמוקרטיה הליברלית בישראל
– ישראל כמדינה סמי-ליברלית**

1. מהי חוקתיות סמי-ליברלית?

ישראל איננה דמוקרטיה ליברלית מלאה, ומעולם לא הייתה כזו. לטענתי הגדרה מדויקת יותר של ישראל תהיה כמדינה שהיא בעלת מבנה חוקתי סמי-ליברלי, שמשלב בין ליברליזם לבין שבטיות דתית ולאומית. מהי חוקתיות סמי-ליברלית? מפתה לחשוב על חוקתיות ליברלית ועל משטרים שאינם ליברליים כמייצגים שני קטבים מנוגדים של חוקתיות. על פי אופן מחשבה זה, בעוד שמשטר חוקתי ליברלי מחויב לגמרי להגנה על זכויות האדם הליברליות ועל שלטון החוק, משטר שאינו ליברלי הוא משטר שמחויב כולו לחיזוק כוחה של המדינה וכוחם של שליטיה על חשבון זכויות האדם של אזרחיה, ולרתימת כוחה של המדינה ומשאביה לשם מימוש

²⁸ בפסקת התגברות מורחבת הכוונה היא לפסקת התגברות שתבטל את הביקורת השיפוטית לא רק על חקיקה אלא גם על החלטות הכנסת וועדותיה, והממשלה ושריה. הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), התשע"ז-2017, פ/4005/20, של חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ' ואחרים; הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – הפרדת רשויות), התשע"ו-2016, פ/2863/20, של חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ' וחמישה עשר חברי כנסת אחרים. כפי שיובהר בהמשך, חקיקה של פסקת התגברות מורחבת הייתה אחד מרכיבי ההסכם הקואליציוני להקמת הממשלה בכנסת העשרים ואחת.

²⁹ CARL SCHMITT, THE CONCEPT OF THE POLITICAL (U. Chi. Pres. ed., 1996); CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY (U. Chi. Pres. ed., 2005); CARL SCHMITT, CONSTITUTIONAL THEORY (Duke U. Pres. ed., 2008).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

האידיאולוגיה והאינטרסים של הקבוצה השלטת, ושלה בלבד.³⁰ בפועל, המשטר החוקתי במדינות רבות בעולם אינו מצוי באחד מהקטבים המנוגדים האמורים אלא בנקודה כלשהי על הציר שבין הקוטב הליברלי לקוטב הסמכותני.³¹ גם בתוך הקטבים עצמם קיימות וריאציות רבות. כפי שכבר צוין, חוקתיות דמוקרטית ליברלית מאופיינת בדרך כלל בחוקה כתובה הכוללת הגנה על זכויות האדם, קיומה של ביקורת שיפוטית לשם הבטחת הגנה זו, מידה מסוימת של נוקשות של החוקה לעומת חקיקה רגילה, ומחויבות לבחירות דמוקרטיות תקופתיות, לעקרון שלטון החוק ולהפרדה בין הרשות המחוקקת, השופטת והמבצעת, והכול במטרה להציב מגבלות על כוח השלטון ולהגן על הדמוקרטיה.³² עם זאת, Tushnet מצביע על כך שגם בין המדינות הנחשבות ליברליות יש הבדלים משמעותיים, והוא מייחס אותם לשלושה מקורות: מחלוקת סבירות בנוגע למושגים ליברליים מקובלים, כגון היקפה הרצוי של הזכות לחופש הביטוי; התפתחות היסטורית שונה בכל מדינה שהביאה ליישום שונה של תפיסות ליברליות בהתאם לנסיבות ההיסטוריות; וחסרים אמיתיים במימוש של מחויבויות ליברליות. Tushnet מגדיר חסרים כאלה ככישלון, שאינו זמני בלבד, של משטר שהוא חוקתי ליברלי במהותו, לממש חלק מהמחויבויות הנורמטיביות של חוקתיות ליברלית. הוא מוסיף ומזהיר כי החסרים האמורים עלולים להתייצב ולהתקבע כחלק מהשיטה החוקתית במדינה מסוימת באופן שיגרום לכך שלא יהיה אפשר עוד לאפיין אותה כליברלית, אך באותה עת לא יהיה אפשר עדיין להגדירה כבלתי ליברלית או סמכותנית.³³ בכך Tushnet מצביע על תהליך אפשרי שבו חסרים בתוך שיטה ליברלית יהפכו למקובעים ומשמעותיים כל כך עד שהשיטה תשתנה מליברלית להיברידיית. לטענתי גם החוקתיות בישראל היא אחת מצורות החוקתיות ההיברידייות,

Mark Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, 100 CORNELL L. REV. 391, ³⁰ 394 (2015).

Mark Tushnet, *Varieties of Constitutionalism*, 14 ICON 1 (2016); Graham Walker, *The New Mixed Constitution: A Response to Liberal Debility & Constitutional Deadlock in Eastern Europe*, 26 POLITY 503 (1994); Graham Walker, *The Mixed Constitution After Liberalism*, 4 CARDOZO J. INT'L & COMPAR. L. 311 (1996); Graham Walker, *The Idea of Nonliberal Constitutionalism*, 39 NOMOS 154 (1997).

³² Ginsburg, Huq & Versteeg, לעיל ה"ש 7, בעמ' 239–240.

³³ Tushnet, לעיל ה"ש 31, בעמ' 2.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

אולם החוקתיות הישראלית מעולם לא הייתה ליברלית במלואה אלא הייתה מלכתחילה, ובמכוון, חוקתיות סמי-ליברלית.³⁴

על פי ההגדרה שאני מציעה, שיטה חוקתית היא סמי-ליברלית אם היא מקיימת שני תנאים: התנאי הראשון הוא שהיא מאופיינת על ידי מחויבות נורמטיבית כפולה, לזכויות ליברליות מחד גיסא ולעקרונות, ערכים ואינטרסים שאינם ליברליים מאידך גיסא, כך שהמחויבות לאחרונים מתבטאת בהטלת מגבלות קבועות ומשמעותיות על הראשונות. התנאי השני הוא שהמחויבות הכפולה האמורה היא יסודית ומהווה אחד מהמרכיבים הבסיסיים של השיטה החוקתית, ואינה מחויבות נקודתית בלבד או משתנה.³⁵

חוקתיות סמי-ליברלית היא חוקתיות שמקיימת באופן חלקי ביותר את עקרונות הליברליזם הפוליטי של רולס. שניים מעקרונותיו הבסיסיים של הליברליזם הפוליטי הם, ראשית, שכל האזרחים הם שווים וחופשיים והשיטה החוקתית כולה מחויבת לנהוג בהם ככאלה, ושנית, שיש לתת עדיפות לשמירה על זכויות האדם על פני אכיפת טוב משותף כלשהו.³⁶ בשיטה חוקתית ליברלית כל המוסדות המשפטיים מחויבים לעקרונות אלה באופן מלא, ואילו בשיטה חוקתית סמי-ליברלית יש מחויבות חלקית בלבד לעקרונות אלה, ומוסדות מרכזיים של המדינה כופרים במחויבות זו במוצהר ובמכוון. כך בישראל, בתחומים מסוימים המשפט הישראלי מחויב לתפיסה ליברלית שמגינה על זכויות הפרט ורואה בכלל אזרחיה אנשים שווים וחופשיים, אבל בתחומים אחרים המשפט הישראלי נותן קדימות ברורה ומכוונת לאופי היהודי של המדינה על חשבון זכויות הפרט ועל חשבון המבנה המוסדי והחוקתי הנדרש בדמוקרטיה ליברלית.³⁷

³⁴ כפי שיפורט להלן (טקסט צמוד לה"ש 44 להלן) ניתן לטעון שבשנותיה הראשונות של המדינה לא היה בתפיסה החוקתית שלה כל היבט ליברלי והיא הייתה קולקטיביסטית במלואה – קולקטיביזם אתני וסוציאליסטי. רק בשלב מאוחר יותר, שמועדו המדויק נתון לוויכוח, החלו לחדור תפיסות ליברליות אל תוך החוקתיות הישראלית. עם זאת, שאלת מועד ומידת החדירה של היבטים ליברליים לתוך החוקתיות הישראלית בשנותיה הראשונות של המדינה אינה משנה את מהותה הסמי-ליברלית של החוקתיות הישראלית בעשורים האחרונים.

³⁵ מערכות שבהן מתקיימת חוקתיות ליברלית עם סטיות נקודתיות מכוונות על ידי טשנט "מערכות חוקתיות ליברליות עם חסרים", "shortfalls", Tushnet, לעיל ה"ש 31, בעמ' 2.

³⁶ JOHN RAWLS, JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT 18–26 (Erin Kelly ed., 2001); JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 174–176 (3rd ed. 2005).

³⁷ Stopler, לעיל ה"ש 25.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

במובן זה אפשר לראות במערכת החוקתית הישראלית מערכת שמעת הקמתה הייתה דו-ערכית, שכן התקיימו בה במקביל חוקתיות ליברלית וחוקתיות דתית, אתנית וסמכותנית.³⁸ דו-הערכיות מתבטא בישראל לא רק בקיומה של חוקתיות ליברלית לצד חוקתיות שאינה ליברלית, אלא גם בקיומו של שלטון החוק לצד השימוש בהכרעה (decisionism) בהקשרים מסוימים.³⁹ כפי שאפרט להלן, לדו-הערכיות, על שני היבטיה, השפעה רבה לא רק על ההגנה על זכויות האדם בישראל, אלא גם על מידת קיומם של איזונים ובלמים במערכות השונות המרכיבות את המשפט הישראלי. זאת כיוון שחוקתיות סמכותנית מבוססת על ריכוז הכוח בידי רשות שלטת אחת הפועלת בתחומים מסוימים בכפוף לחוק שאותו היא עצמה מכתיבה, ואילו בתחומים אחרים, אלה המבוססים על הכרעה, היא אינה כפופה לשום חוק וכוחה הוא שרירותי ואד הוקי.

(א) הפן הליברלי בחוקתיות הישראלית

כיצד בא לידי ביטוי האופי הסמי-ליברלי של החוקתיות בישראל? חוקי היסוד בדבר זכויות האדם – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק – הם גולת הכותרת של הפן הליברלי בחוקתיות הישראלית.⁴⁰ עם זאת, המשפט הישראלי

³⁸ פרנקל, לעיל ה"ש 24, בעמ' 101–103. ארנסט פרנקל, שטבע את מונח "המדינה הדו-ערכית", התייחס לקיומן בתוך אותה מדינה של שתי מערכות, האחת מבוססת על שלטון החוק, והאחרת מבוססת על הכרעה (decisionism). משמעות מושג ההכרעה היא כי הנורמה אינה נקבעת באמצעות החוק אלא באה לידי ביטוי בהחלטות שרירותיות של בעלי הכוח הפוליטי שמטרתן להבטיח את שימור כוחם ותועלתם הפוליטית. אף כי מושג המדינה הדו-ערכית נטבע על ידי פרנקל ביחס לגרמניה הנאצית, הרי שמאז שימש מונח זה כותבים נוספים לתאר מדינות נוספות כגון דרום אפריקה בתקופת האפרטהייד, הונג קונג תחת שליטתה של סין, וסינגפור. JENS MEIERHENRICH, *THE LEGACIES OF LAW: LONG-RUN CONSEQUENCES OF LEGAL DEVELOPMENT IN SOUTH AFRICA, 1652–2000*, 62–79 (2008); Cora Chan, *Thirty years from Tiananmen: China, Hong Kong, and the Ongoing Experiment to Preserve Liberal Values in An Authoritarian State*, 17 *ICON* (2019) *Authoritarian Constitutionalism*, Tushnet; 439, 439–452, 446 (2019) ה"ש 30, בעמ' 438–440.

³⁹ לטענה בדבר השימוש בהכרעה תוך שהיית שלטון החוק לשם דחיית תביעות של ערבים אזרחי ישראל בסוגיית הקרקעות ראו: Hassan Jabareen, *Can the Court Normalize the Exception in Non-Emergency Cases? Palestinian Cases Before The Israeli Supreme Court*, 18 *ICON* 788 (2020). בדיונו חסן ג'בארין מתייחס לפסקי דין כגון בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(4) 803 (2003), ורע"א 3094/11 אבו אל קיעאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.5.2015).

⁴⁰ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק יסוד: חופש העיסוק.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

הכיל אלמנטים ליברליים כבר בנוסחה של הכרזת העצמאות הקובעת, בין השאר, כי "מדינת ישראל תקיים שוויון זכויות אזרחי ומדיני גמור לכל תושביה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות".⁴¹ אלמנטים אלה הורחבו והועמקו כבר בשנות החמישים באמצעות פסיקות ליברליות של בית המשפט, כגון בז'רנו וקול העם,⁴² ואף עוגנו בהמשך בחקיקת הכנסת בחוקים כגון חוק שיווי זכויות האשה, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, חוק איסור הפליה במצרכים ובשירותים, חוק חופש המידע, חוק הגנת הפרטיות ועוד.⁴³ יצוין כי אף על פי שאפשר לכאורה להצביע על מופעים ליברליים בשיטת המשפט הישראלית מראשיתה, קיימת מחלוקת בין החוקרים האם אכן אפשר לייחס מופעים אלה, ככל שהם מתרחשים בעשורים הראשונים לקיום המדינה, לתפיסות ליברליות, או שמא העשורים הראשונים לקיומה של המדינה מאופיינים בתפיסה קולקטיביסטית אחידה. המחלוקת נסבה בעיקר סביב משנתו של בית המשפט העליון. מוסכם על כולם כי בית המשפט העליון הוא הסמן הימני של קידום הליברליזם במשפט הישראלי, אולם אין הסכמה בנוגע לתקופה שבה החל לפעול לקידום ערכים ליברליים. מאוטנר סבור כי בית המשפט פעל להנחיל בישראל את ערכי הליברליזם כבר משנות החמישים, תוך שהוא מסווה את מטרתו בהנמקות פורמליסטיות, ואילו חריס גורס כי אי אפשר לפרש את פסיקת בית המשפט בשנות החמישים כליברלית, אלא לכל היותר במובן הצר והפורמלי של יישום פוזיטיביסטי של עקרונות שלטון החוק, וכי עליית הליברליזם בבית המשפט העליון אירעה רק בשנות השמונים והתשעים.⁴⁴

(ב) הפן האנטי-ליברלי בחוקתיות הישראלית

(1) הפן האנטי

לצד הפן הליברלי בחוקתיות הישראלית, שהתחזק והתרחב עם השנים, מתקיים פן אנטי, דתי וסמכותני המוטבע במבנה החוקתי של המדינה כבר מעת

⁴¹ הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1.

⁴² בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953); בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949).

⁴³ ראו לדוגמה חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ה-1988; חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000; חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998; חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

⁴⁴ מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 122-127 (1993). רון חריס "העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט" עיוני משפט מד (צפוי להתפרסם ב-2021).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

היווסדה, וניכר בכמה מישורים. מישור אחד שהפך אתני בא בו לירי ביטוי הוא היבטים מסוימים ביחסה של ישראל לאזרחים הערבים, כשנושא הקרקעות הוא מרכזי בהם. עד שנת 1966 היו האזרחים הערבים בישראל נתונים לפיקוחו של ממשל צבאי, אך הפיקוח הנרחב עליהם והפקעת הקרקעות המשיכו לפחות עד אמצע שנות השבעים.⁴⁵ אף כי הפקעת הקרקעות הצטמצמה לאחר מכן, הרי שגם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהעלה את הזכות לקניין לדרגת זכות חוקתית, לא סייעה לבעלי קרקעות אלה לקבלן חזרה, אפילו כאשר לא שימשה הקרקע בפועל לייעוד המקורי שלשמו הופקעה.⁴⁶ חסן ג'ברין טוען כי בכל הנוגע לסוגיית הקרקעות השלטון הישראלי, ובכללו בית המשפט העליון, משתמש בהכרעה (decisionism), תוך שהיית שלטון החוק, לשם דחיית תביעות של ערבים אזרחי ישראל להשבת קרקעות מופקעות שעל פי הדין הקיים כיום היו זכאים להשבתן.⁴⁷ בדיונו ג'ברין מתייחס, בין השאר, לפסקי דין כגון **סבית**, שבו דחה בית המשפט העליון עתירה של ערבים אזרחי ישראל, עקרוי הכפר איקריית, לשוב לכפרם, **ואבו אל קיעאן**, שבו נדחה ערעורם של תושבי הכפר הבדואי אום אל חיראן על ההחלטה לפנות את כפרם על מנת להקים במקומו את היישוב היהודי חירן.⁴⁸ אם נקבל את טיעונו של ג'ברין הרי שהסטייה מהוראות חוק, תוך שימוש בהכרעה (decisionism) על מנת להגיע לתוצאה המשרתת אינטרסים שלטוניים במקרים אלה, מהווה תקדים בעייתי בהקשר של שמירה על מערכת האזיונים והבלמים של השיטה, כיוון שבמקרה זה בית המשפט נמנע מלשמש ככלם מפני שרירות שלטונית ואף מגבה אותה. תקדים זה מעביר מסר הן לזרועות השלטון השונות והן לאזרחים כי השלטון רשאי "לכופף את החוק" לשם שימור יחס שונה על בסיס אתני במקרים מסוימים, וכי ראוי שבית המשפט יסייע לו בכך.

יצוין כי הקושי ליישב בין עקרונות דמוקרטיים ליברליים לבין יחסה של ישראל לאזרחים הערבים בהקשרים מסוימים לא נעלם מעיני חוקרים. כך למשל הביא קושי זה את סמוחה לטעון שהדמוקרטיה השוררת בישראל אינה דמוקרטיה רגילה כי אם דמוקרטיה אתנית. סמוחה מגדיר דמוקרטיה אתנית ככזו הממוקמת בחלק

⁴⁵ אילן סבן "המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח" **מחקרי משפט** כד 565, 570–571 (2008).

⁴⁶ בג"ץ 3421/05 **מחיל נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 18.6.2009).

⁴⁷ Jabareen, לעיל ה"ש 39.

⁴⁸ עניין **סבית** ועניין **אבו אל קיעאן**, לעיל ה"ש 39; להקשרים נוספים שבית המשפט העליון משתמש בהם בהכרעה כדי להימנע מלהחיל את החוק ולפסוק לטובת עותרים ערבים ראו אורן ברכה "ספק מסכנים, ספק מסוכנים: המסתננים, החוק ובית-המשפט העליון 1948–1954" **עיני משפט** כא 364–362, 333 (1998).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

הדמוקרטי של הרצף שבין מדינות דמוקרטיות למדינות שאינן דמוקרטיות, ומשלבת מתן זכויות אזרחיות ופוליטיות שוות ליחידים וזכויות קיבוציות מסוימות למיעוטים עם מיסוד השליטה של קבוצת הרוב האתנית במדינה.⁴⁹ בדמוקרטיה אתנית, כהגדרתו של סמוחה, המדינה אינה מזוהה עם אזרחיה אלא עם קבוצה אתנית בלבד, והיא מונעת על ידי לאומיות אתנית שמטרתה ליצור אומה-מדינה הומוגנית של הקבוצה האתנית השלטת, ועבורה.⁵⁰ סמוחה מגדיר את ישראל כדמוקרטיה אתנית, שכן אף כי היא מעניקה לכאורה זכויות שוות לערבים החיים בה ואף זכויות קיבוציות מסוימות למיעוט הערבי, כגון חינוך נפרד ומעמד רשמי לשפה הערבית, הרי שכמדינה היא מזוהה עם הרוב היהודי החי בה ושואפת ליצור מדינה של היהודים, ועבורם. זו הסיבה לכך שישראל פועלת כדי לקדם את השפה העברית, את התרבות היהודית, את הרוב היהודי ואת המצב הכלכלי והאינטרסים הפוליטיים של היהודים, ואילו הערבים מקבלים לטענת סמוחה יחס של אזרחים מדרגה שנייה, נתפסים כאיום, מורחקים ממוקדי הכוח ונתונים תחת מעקב ושליטה.⁵¹ כפי שאפשר לראות, ניתוחו של סמוחה בנוגע למעמדם של אזרחי ישראל הערבים תואם במידה רבה את הטענה המוצגת כאן שלפיה החוקתיות הישראלית משלבת זכויות ליברליות בתחומים מסוימים עם הסדרים לא ליברליים בתחומים אחרים שבהם ניתנת קדימות ברורה לאופייה היהודי של המדינה.

(2) הפן התאוקרטי

המישור השני שבו ניתנת קדימות ברורה לאופייה היהודי-תאוקרטי של המדינה על חשבון זכויות הפרט הליברליות בא לידי ביטוי בהיבטים שונים של מיסוד הדת במדינה בישראל. מיסודה החלקי של הדת במדינה והענקת כוח שלטוני לדת בהקשרים מסוימים, ובעיקר לדת היהודית בנוסחה האורתודוקסית, נקבעו בדברי חקיקה

Sammy Smoocha, *Ethnic Democracy: Israel as an Archetype*, 2 ISR. STUD. 49
198, 199 (1997).

50 שם, בעמ' 199–200.

51 שם, בעמ' 205–206, 216–227. יש אף הטוענים כי בשל יחסה לאזרחים הערבים ישראל אינה דמוקרטיה כלל: As'ad Ghanem, Nadim Rouhana & Oren Yiftachel, *Questioning "Ethnic Democracy": A Response to Sammy Smoocha*, 3 ISR. STUD. 253 (1998).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

שונים החל משנותיה הראשונות של המדינה.⁵² מבין ההסדרים החקיקתיים הללו, ההסדר הנוגד בצורה הישירה והעמוקה ביותר עקרונות ליברליים, ולכן מהווה לטענתי נדבך חשוב בהגדרתה של ישראל כמדינה סמי-ליברלית, הוא כפיית נישואים וגירושים דתיים על כל האזרחים בהתאם להשתייכות דתית הנקבעת על ידי הקהילה והמדינה, והעדר אפשרות לנישואים אזרחיים.⁵³ הסדר זה מהווה הפרה של חופש הדת והמצפון של אזרחי המדינה, והפרה של זכותן של נשים לשוויון, שכן הוא מכפיף את כלל הנשים במדינה לדיני המעמד האישי הפטריארכליים והמפלים של הקהילות הדתיות השונות המוכרות על ידי המדינה. אפשר לחלוק על טענתי שהכפפת אזרחי המדינה לדיני נישואין וגירושין דתיים מסכלת בהכרח את האפשרות שישראל תוגדר כדמוקרטיה ליברלית; המחלוקת תיסוב סביב השאלה האם אפשר לראות דינים אלה בגדר חסר בלבד בשיטה שהיא בכללותה ליברלית, בדומה לחסרים אחרים העשויים להתקיים בשיטות ליברליות על פי הגדרתו של Tushnet, אשר אינם משנים בהכרח את אופייה הליברלי.⁵⁴ אולם טענתי היא כי בניגוד להסדרים אחרים בישראל הנוגעים לדת ומדינה, כגון קיומה של רבנות ראשית במימון המדינה, או אכיפת דיני הכשרות על ידי גורם ממשלתי, שאכן יכולים להיחשב כחסרים בלבד שבקיומם אין כדי למנוע מהשיטה להיחשב ליברלית, כפיית דיני הנישואין והגירושין הדתיים על כלל האזרחים בישראל מסכלת את האפשרות לראות בשיטה המשפטית בישראל שיטה ליברלית גם לפי ההגדרה הסלחנית והרחבה ביותר.

כדי לבחון האם הסדר משפטי סותר תפיסות ליברליות בחריפות כה רבה עד שקיומו מונע מהשיטה המשפטית שבה הוא מתקיים להיחשב ליברלית יש לבחון את הכוונה שמאחורי חקיקת ההסדר, קרי עד כמה התכוון המחוקק ליצור הסדר משפטי הנוגד עקרונות ליברליים, וכן את המבנה המשפטי של ההסדר ועד כמה הוא נוגד בפועל עקרונות ליברליים. בכל הנוגע לדיני הנישואין והגירושין בישראל, הן כוונת המחוקק בחקיקת ההסדר והן המבנה המשפטי שיצר מצביעים בבירור על סטייה עמוקה, מכוונת וקבועה מעקרונות ליברליים. כך, לא זו בלבד שדיני הנישואין והגירושין הם דתיים, אלא שבישראל, בניגוד למדינות אחרות בעולם המשתמשות בדין הדתי בענייני מעמד אישי ושבהן נערכה קודיפיקציה של הדין הדתי לתוך החוק האזרחי, דיני הנישואין והגירושין לא נחקקו לתוך החוק האזרחי, ושיקול הדעת בכל

⁵² ראו לדוגמה חוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם-1980; חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971; חוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג-1983.

⁵³ חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953; סימן 52, 54 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947, חא"י ג 2738; חוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, התשכ"ג-1962.

⁵⁴ Tushnet, לעיל ה"ש 31, בעמ' 2.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

הנוגע לתוכנם הושאר כולו בידי הדיינים המיישמים ואוכפים אותם. כך, לדוגמה, בכל הנוגע לתוכן הדין הדתי החל על נישואין וגירושין של יהודים בישראל, האזכור היחיד בחוק הישראלי מופיע בסעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים הקובע כי "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה".⁵⁵ כתוצאה מכך, תוכן הדין הדתי המחייב בענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל נתון לשיקול דעתם הבלעדי של הדיינים המופקדים על זיהוי דין התורה הרלוונטי ויישמומו לפי הבנתם, ובלעדיות זו יוצרת מצב שבו החלטות של בתי הדין הרבניים הן לעיתים שרירותיות ומבוססות הכרעה (decisionism).⁵⁶ העדר הקודיפיקציה של דינים דתיים גם מונע מהמדינה את האפשרות לבצע רפורמות בליבת דיני הנישואין והגירושין, ומותיר את פרשנותם בידי דיינים דתיים שמרניים הנותנים עדיפות ברורה לתפיסות דתיות פטריארכליות על פני תפיסות ליברליות שווינויות.⁵⁷ כך, ההסמכה הנרחבת של דיינים דתיים לקבוע דינים מחייבים במשפט הישראלי, שאינם כתובים בספר החוקים, פוגעת קשות בזכויות המתדיינים, ובעיקר המתדיינות. פגיעה זו מתעצמת אף יותר נוכח זאת שבבתי הדין הרבניים לא מתקיים כלל התקדים המחייב, ושרוב פסקי הדין הניתנים על ידם אינם מתפרסמים.⁵⁸ יתרה מזו, גם פנייה לבג"צ למתן סעד מן הצדק נגד פסיקות של בית הדין הרבני הגדול אינה מסייעת במקרים רבים, שכן בג"צ אינו רואה עצמו מוסמך להתערב בפסיקות של בתי הדין הדתיים המצויות בתוך תחומי סמכותם. כפי שפסק השופט חיים כהן בד"נ בורונובסקי:

הלכה פסוקה היא ונוהג קבוע הוא בבית־משפט זה מימים ימימה, שאין אנחנו יושבים בערעור על בתידין דתיים: כל אשר פוסקים הם, הרי הוא הדין הדתי שלהם, ואין לו לבית־משפט אזרחי להרהר אחר מידותיהם לענין מהותו וטיבו של דין דתי זה... וכבר מצוים אנו ועומדים מקדמת דנא, שהדיינים, "אשר יהיו בימים ההם, אפילו מראין בעיניך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, שמע להם" (ספרי, דברים י"ז, י"א).⁵⁹

⁵⁵ חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953.
⁵⁶ העדר הקודיפיקציה של הדין הדתי והותרת שיקול הדעת הבלעדי בידי הדיינים עצמם הינה מאפיין של תאוקרטיות כגון סעודיה. Gila Stopler, *Religion-State Relations and Their Effects on Human Rights: Nationalization, Authorization, and Privatization*, 6 Oxford J.L. & RELIG. 474, 483-484 (2017).
⁵⁷ שם, בעמ' 480.
⁵⁸ ס' 1א(ב) לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ז-1956.
⁵⁹ ד"נ 10/69 בורונובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד כה(1) 7, 14 (1971).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

חריגה חמורה נוספת מעקרונות ליברליים הנוגעת לבתי הדין הרבניים היא העובדה שעל פי חוק אין הם מאפשרים כהונת נשים כדיינות.⁶⁰ כל אחת מהפגיעות הללו כשלעצמה נוגדת את עקרון שלטון החוק במובנו הליברלי ומביאה לפגיעה נרחבת בזכויות של אזרחי המדינה, וודאי שכך במצטבר.

יתרה מזו, למצב דברים זה השלכות נרחבות גם על האיזונים והבלמים במשפט הישראלי ותפיסת נחיצותם על ידי חלקים מהציבור. מערכת הדינים שבתי הדין הרבניים פוסקים על פיה אינה מצויה בנוסח החוק הישראלי עצמו ואינה נגישה לאזרחים. מערכת זו אינה כוללת תקדים מחייב ופסקי הדין שהיא נותנת מתפרסמים רק בחלקם, ובנוסף בית המשפט העליון נמנע מלבקר את תוכנם. הצטברות נסיבות זו מביאה לכך שלדין הדתי כפרשנותו על ידי הדיינים היושבים בדין נוצר מעמד על, דבר הפותח פתח לשרירות ולהכרעה (decisionism) בהחלטות בתי הדין. אמירתו של השופט חיים כהן שבג"צ לא יהרהר אחר החלטות שבית הדין הרבני נותן במסגרת סמכותו, והוראתו לעצמו ולחבריו שופטי בג"צ שלפיה "אפילו מראין בעיניך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, שמע להם", מבהירה עד כמה בתי הדין הדתיים אינם כפופים לאיזונים ולבלמים הנדרשים בדמוקרטיה ליברלית בעת שהם מחילים דינים דתיים על אזרחי המדינה ואוכפים אותם באמצעות כוחה הכופה של המדינה.⁶¹

זאת ועוד; מצב דברים זה שבו שיטת המשפט מציבה את עקרונות הדת בהקשרים מסוימים באופן מובהק מעל למשפט האזרחי ומעל לערכי היסוד של שוויון וחירות, והמדינה מעניקה לדת עיגון מוסדי, תקציבי וערכי רחב, מביא לכך שרבים ממנהיגי הממסד הדתי, הנושאים תפקידים רשמיים מטעם המדינה ועומדים בראש מערכות שלטוניות עתירות תקציבים, רואים עצמם משוחררים מהמגבלות המוטלות על רשויות שלטון אחרות. דוגמה לכך היא הרב הראשי לישראל, הרב יצחק יוסף, שמשמש גם כדיין, ואשר נציב תלונות הציבור על שופטים החליט כי יש לשקול את המשך כהונתו כדיין בגין התבטאויות קשות שהתבטא נגד מערכת המשפט, ונגד בית המשפט העליון בפרט, ונגד התנועה הרפורמית, עולים מחבר המדינות ונשים.⁶² אף כי הרב ננוף פעמים מספר בעבר על ניצול מעמדו לשם תקיפת מערכת המשפט וציבורים רחבים בחברה הישראלית, הוא התעלם מההחלטות נגדו והוסיף לטעון כי תפקידו כרב ראשי מאפשר לו, ואף מחייב אותו, להביע את דעתו ההלכתית בפני צאן מרעיתו, ואף

⁶⁰ ס' 7 (ג) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951.

⁶¹ עניין **בורנובסקי**, לעיל ה"ש 59, שם.

⁶² החלטה 20/445/רבני של נציבות תלונות הציבור על שופטים "על אמירות חוזרות ונשנות של דיין, שהוא גם רב ראשי, בעניינים השנויים במחלוקת ציבורית ונגד פסיקות בג"ץ" (25.10.2020).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

סירב לחזור בו מדבריו.⁶³ לא זו אף זו, אלא שהחלטתו של נציב תלונות הציבור על שופטים זכתה לביקורת נרחבת בחוגים הדתיים על כך שמערכת השלטון האזרחית מתיימרת למנוע מהרב הראשי להביע את עמדתו ההלכתית, היא תוכנה אשר יהא.⁶⁴ מקרה זה הינו דוגמה אחת בלבד לכך שציבורים נרחבים במדינה סבורים כי המנהיגות הדתית אינה צריכה להיות כפופה למגבלות החלות על רשויות השלטון האזרחיות – אף כי היא מהווה אורגן של המדינה וממומנת על ידה – שכן לדידם היא מייצגת ערכים חשובים יותר מערכיה של הדמוקרטיה הליברלית. אף כי בבחינת תופעה זו נהוג להתמקד רק בביקורת שהיא מבטאת על זכויות האדם הליברליות, חשוב לשים לב כי היא מבטאת בד בבד דחייה ברורה של התפיסה המוסדית הליברלית המחייבת קיומם של איזונים ובלמים הכובלים את רשויות השלטון עצמן ואשר מחייבים אותן לפעול במסגרת החוק. דחייה זו מבטאת תפיסה שלפיה במקום שמעורבים ערכים העולים בחשיבותם על ערכי שלטון החוק וזכויות האדם יש להסיר מעל רשויות השלטון את הבלמים שנועדו לחייב את הרשויות לכבד את שלטון החוק ולשמור על זכויות האדם. דוגמה זו מאירה היטב את מערכת הקשרים וההשפעה ההדדית בין ההיבטים החוקתיים הפוגעים בזכויות האדם לבין חולשת ההיבטים המוסדיים החוקתיים בישראל.

(3) הכיבוש

המישור השלישי, שהינו סמכותני במובהק, וקיימת בו סתירה ברורה בין עקרונות החוקתיות הליברליות לבין המצב הישראלי, הוא הכיבוש המתמשך של שטחי יהודה ושומרון. הפלסטינים תושבי השטחים חיים תחת משטר צבאי, ללא אזרחות או זכויות אזרחיות, זה למעלה מחמישים שנה.⁶⁵ לאורך השנים הייתה עמדתה הרשמית

⁶³ שם, בפס' 15.

⁶⁴ "שר הדתות במכתב נוקב לאורי שוהם: לא יעלה על הדעת למנוע ממרן הראש"ל לומר את דעת התורה" **מורשת מרן** (26.10.2020) (מכתב מהרב יעקב אביטן, השר לשירותי דת, לשופט [ברימוס] אורי שם, נציב תלונות הציבור על השופטים [26.10.2020]) <https://moreshet-marfan.com/marfan.com/מרן-הרב-יצחק-יוסף/שר-הדתות-במכתב-נוקב-לאורי-שוהם-לא-יעלה/>; מאיר גפני "מאות רבנים במחאה חריפה על ההמלצה להדחת הראש"ל" **בימה** 28.10.2020 www.bimmae.com/main/post/ff5f8aad-bb59-4929-9206-697b266b480f

⁶⁵ ראו לדוגמה ORNA BEN-NAFTALI ET AL., THE ABC OF THE OTP: A LEGAL LEXICON OF THE ISRAELI CONTROL OVER THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY (2018); AYEAL GROSS, THE WRITING ON THE WALL: RETHINKING THE LAW OF OCCUPATION (2017)

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

של ישראל כי שליטתה בשטחים הינה מצב זמני שיש להסדירו באמצעות משא ומתן, והקהילה הבינלאומית קיבלה עמדה זו.⁶⁶ כל עוד הכיבוש הינו מצב זמני אזי לכאורה, למרות התמשכותו, אפשר לטעון כי הוא אינו משפיע בצורה ישירה על המבנה החוקתי של ישראל. עם זאת, בשנים האחרונות כוחות פוליטיים חזקים דוחפים לסיפוחם של השטחים הכבושים, וממשלת ישראל אף החלה לנקוט צעדים ממשיים בכיוון זה.⁶⁷ סיפוחם של השטחים ושל התושבים המתגוררים בהם יצריך שינוי יסודי במבנה החוקתי הישראלי, וכפי שאטען הכיוון הסמכותני-שבטי שאליו נעה החוקתיות הישראלית, שחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי הוא גולת הכותרת החוקתית שלו, נובע במידה רבה מהרצון להכשיר את הקרקע להחלתה של ריבונות ישראלית בשטחים הכבושים תוך הבטחת השמירה על כוחה של קבוצת הרוב היהודית, גם אם זו תחדל להיות רוב מספרי במדינה. על אף הניתוק הלכאורי בין המשפט החל בשטחים למשפט החוקתי הישראלי אבקש לטעון כי החלטת בית המשפט העליון להעביר את מעשי המנהל בשטחים תחת שבט הביקורת השיפוטית, שנועדה לכאורה לחזק את עקרון שלטון החוק, את האיזונים והבלמים ואת זכויות האדם בשטחים, תרמה בפועל להחלשתם בתחומי ישראל.⁶⁸ בעוד שהביקורת השיפוטית של בית המשפט על הנעשה בשטחים מאפשרת את המשך הלגיטימיות היחסית של השליטה הישראלית בשטחים, הרי שבפועל בית המשפט נמנע לרוב מהתערבות בפעולות המפקד הצבאי ובכך מכשיר את קיומן של הפרות זכויות אדם מתמשכות.⁶⁹ הפרות זכויות אלה מוצאות את ביטוין גם בתוך ישראל, למשל באינטנסיביות העולה של אלימות המשטרה, ביצירת תרבות של פליליות נורמטיבית, ובחלחול התופעה של אי-ציות של רשויות השלטון לפסקי דין מתחומי השטחים לתוך

ISRAEL MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS, DISPUTED TERRITORIES: 66
FORGOTTEN FACTS ABOUT THE WEST BANK AND GAZA STRIP (2003),
<https://mfa.gov.il/MFA/MFA-Archive/2003/Pages/DISPUTED%20TERRITORIES-%20Forgotten%20Facts%20About%20the%20We.aspx>

אריק בנדר וגרעון קרן פריז "למרות הבטחות נתניהו – החלת הריבונות בשטחים נתקלת בקשיים" 67
www.maariv.co.il/news/politics/Article-774688 1.7.2020

מעריב – פוליטי מדיני 11.7.2017 68
ארנה בן-נפתלי "משל אורייה" ICON-S-IL Blog
<https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2017/07/11-בן-נפתלי/#more-662>

Ronen Shamir, "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: 69
The Case of Israel's High Court of Justice, 24 L. & Soc'y REV. 781 (1990)

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

תחומי הקו הירוק.⁷⁰ תופעות אלה מערערות את עקרון שלטון החוק בישראל ומחלישות את האיזונים והבלמים על רשויות השלטון.

(4) חקיקת החירום

תמונת ההיבטים האנטי-ליברליים של החוקתיות הישראלית, והאיזונים והבלמים המצויים בה, לא תהיה שלמה ללא אזכור העובדה שישראל נתונה במצב חירום מעת היווסדה, ושהתמשכות מצב החירום מהווה אף היא מאפיין של משטר סמכותני.⁷¹ ההכרזה על מצב החירום מאפשרת לממשלה להתקין תקנות לשעת חירום שבכוחן להפקיע זמנית, לשנות או לקבוע תנאים בכל חוק, וכך להטיל מגבלות זמניות חמורות על זכויות האדם.⁷² לאורך השנים עשתה הממשלה שימוש בקיומה של שעת חירום גם על מנת להסדיר נושאים שאינם קשורים ישירות למצב החירום, אף כי הדבר נוגד את מטרת ההכרזה על מצב חירום ופוגע במעמדה של הכנסת, בעקרון הפרדת הרשויות, בזכויות האדם ובעקרון שלטון החוק.⁷³ כך למשל, תחולתו של חוק הפיקוח על המצרכים והשירותים, המהווה הסדר משפטי מרכזי בכל הנוגע לפיקוח על המסחר והשירותים במשק ונותן לממשלה סמכויות מרחיקות לכת לאסדרת המסחר והשירותים, מעוגנת בקיומו של מצב החירום.⁷⁴ בשנת 1992 נקבע בחוק יסוד הממשלה כי על הכנסת לשקול האם לאשר את המשך קיומו של מצב החירום כל שנה מחדש, אך בפועל הכנסת מוסיפה לאשר את הארכת מצב החירום בכל שנה.⁷⁵ לאור

⁷⁰ אמיר פז-פוקס "המסע אל הכיבוש – בעקבות אסופת המאמרים The Power of Inclusive Exclusion בעריכת עדי אופיר, מיכל גבעוני וסרי חנפיי" **משפט וממשל** יג 7, 46–47 (2010). כך למשל ארנה בן-נפתלי טוענת כי משפט אזריה הוא דוגמה ליצירת תרבות של פליליות נורמטיבית בישראל שבה מעשים פליליים, אפילו כאלה העולים כדי פשעי מלחמה, נתפסים על ידי המבצעים ועל ידי חלק ניכר מהציבור כמובנים מאליהם, חוקיים ומוסריים. ראו: בן-נפתלי, לעיל ה"ש 68.

⁷¹ מאז 1996 הכנסת מאריכה את ההכרזה מדי שנה בהתאם לסמכותה על פי ס' 38 לחוק יסוד: הממשלה. על היבטיו הסמכותניים של מצב החירום ראו אסף שגיב, "מצב החירום ומצב החירות" **תכלת** 27, 41 (2007).

⁷² ס' 39 לחוק יסוד: הממשלה.

⁷³ ניר קוסטי "תקנות שעת חירום: מבט עכשווי והיסטורי" **ICON-S-IL Blog** 7.7.2020 <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2020/07/07-מבט-עכשווי-והיסטורי-נ/>.

⁷⁴ ס' 2 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957.

⁷⁵ ס' 38 לחוק יסוד: הממשלה; הצוות המשפטי לוועדת החוץ והביטחון "הכרזה על מצב חירום" (הלשכה המשפטית של הכנסת, 2019) <https://m.knesset.gov.il/Activity/committees/ForeignAffairs/LegislationD.ocs/emg-6-19.pdf>.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

זאת הגישה האגודה לזכויות האזרח בשנת 1999 עתירה המבקשת מבית המשפט להכריז כי מצב החירום הקבוע בישראל נתונה בו נוגד את עקרון שלטון החוק ופוגע בזכויות האדם.⁷⁶ בתשובה לעתירה טענה המדינה כי המצב הביטחוני מצריך את המשך קיומו של מצב החירום על מנת להקנות לממשלה כלים אפקטיביים להתמודדות עם האתגרים הביטחוניים, וכי במקביל משרדי הממשלה פועלים לצמצום ההסתמכות על מצב החירום בדברי חקיקה שונים שאינם נוגעים למצב הביטחוני.⁷⁷ לטענת המדינה המשך קיומו של מצב החירום אינו מהווה פגיעה בזכויות האדם או בעקרון שלטון החוק. העתירה הוסיפה להתנהל עד שנמחקה בשנת 2012 מבלי שיוסר מצב החירום, תוך שבית המשפט מצייץ כי העתירה עזרה להניע תהליך של ניתוק חלק מדברי החקיקה ממצב החירום, וקורא לממשלה להמשיך בתהליך.⁷⁸ כפי שציינה הנשיאה (בדימוס) בייניש בפסק הדין, בישראל קיים "שובל ארוך" של חקיקה בענייני כלכלה, צרכנות וביטחון שקיומה נסמך על קיומו של מצב החירום, אף על פי שהקשר בינה לבין שעת חירום הוא רופף.⁷⁹ חקיקה זו מעניקה לרשויות המדינה סמכויות נרחבות שבהיעדר הכרזה על מצב חירום ספק אם היו נחשבות ראויות במשטר דמוקרטי. על אף קריאתו של בית המשפט, תהליך ניתוק החקיקה הרלוונטית ממצב החירום לא הושלם עד היום, וישראל מוסיפה להיות המדינה היחידה בעולם המערבי המצויה במצב חירום מעת הקמתה, ומשתמשת בקיומו ככלי להסדרה חוקתית שגרתית של פעולות שלטוניות המגבילות זכויות אדם. גרמולו של מצב החירום התמידי, והעדרה של כל התנגדות מוסדית ממשית לקיומו, מהווים פן חשוב שבו המבנה החוקתי הישראלי, על האיזונים והבלמים החלקיים הקיימים בו, סוטה מהנורמה הליברלית. השימוש הנרחב ביותר, והשנוי ביותר במחלוקת, בתקנות שעת חירום נעשה בין מרץ ליוני 2020 בעת משבר הקורונה, ובמהלכו נחשף האופן שבו כוחה הרב של הממשלה, ואפילו של ממשלת מעבר, להתקיץ תקנות לשעת חירום, עשוי להציב איום מוחשי על יכולתן של הרשויות האחרות לאזן ולבלום את כוחה של הממשלה.⁸⁰

⁷⁶ בג"ץ 3091/199 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 8.5.2012).

⁷⁷ שם, בפס' ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁷⁸ שם, בפס' יח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁷⁹ שם, פסק דינה של הנשיאה (בדימוס) בייניש.

⁸⁰ קוסטי, לעיל ה"ש 73. במהלך משבר הקורונה ניצלה ממשלת המעבר בראשות בנימין נתניהו את הגבלות התנועה וההתקהלות החמורות שהטילה מכוח חקיקת החירום על מנת להטיל מגבלות חמורות על פעילות בתי המשפט, ואף לשבש את פעילות הכנסת. גור מגידו "מהלכי החירום עשויים להתברר כנסיון למוטט את שיטת המשטר הישראלית" דה מרקר – משפט 16.3.2020. www.themarket.com/law/premium-1.8677467

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

2. האם החוקתיות הסמי-ליברלית בישראל היא יציבה?

יודגש כי חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק – והמהפכה החוקתית שהביאו, לא שינו את האופי הסמי-ליברלי של החוקתיות הישראלית. אף כי המהפכה החוקתית העניקה לראשונה לבית המשפט העליון את האפשרות, הקיימת כמעט בכל הדמוקרטיות המתוקנות, לפסול חוק של הכנסת הפוגע בהיבטים של זכויות היסוד המעוגנים בחוקי היסוד, ובכך חיזקה זכויות כגון חופש הביטוי והזכות לשוויון בהקשרים מסוימים, לא הייתה לה כמעט כל השפעה על החלקים הלא-ליברליים של החוקתיות הישראלית. זאת הן בשל מנגנונים חוקתיים כגון סעיף שמירת הדינים, המגינים על דברי חקיקה כגון חוק שיפוט בתי דין רבניים ועל כוחם של דיני המעמד האישי הדתיים במדינה, והן בשל פסיקות של בית המשפט העליון, כגון הפסיקות שנדונו לעיל, המסרבות לראות בהפקעות אדמות פרטיות של האוכלוסייה הערבית עם קום המדינה פגיעה הנוגדת את פסקת ההגבלה, אף היכן שלא נעשה כל שימוש בקרקע האמורה עד היום.⁸¹ אף כי האופי החלקי של הדמוקרטיה הליברלית הישראלית נותר כזה גם לאחר חקיקת חוקי היסוד, חקיקתם ואופן יישומם על ידי בית המשפט החריפו את החיכוך בין החוקתיות הליברלית לבין החוקתיות האתנית, הדתית והסמכותנית בישראל, עד שבשנים האחרונות עלה דו-הקיום האמור על מסלול של התנגשות. זו הואצה אף יותר בשל צירוף של כמה נסיבות ובהן עליית כוחו הפוליטי של הימין בישראל; התעצמות המשבר הדמוקרטי העולמי עם בחירתו של טראמפ לנשיאות בארה"ב ויחסו האוהד לשאיפות הסיפוח של הימין; ההתפתחויות סביב תיקי הפליליים של ראש הממשלה נתניהו; ולאחר מכן גם על ידי משבר הקורונה.

דומה כי המצב בישראל בשנים האחרונות מחזק את תהייתו של Tushnet האם מערכת חוקתית מעורבת יכולה להישאר יציבה לאורך זמן, או שמא סופה להתכנס לאחד הצדדים ולהפוך במלואה לליברל דמוקרטית או במלואה לסמכותנית.⁸² אף כי אי אפשר להתנבא ולתת תשובה לשאלה זו, בחלקו הבא של המאמר אטען כי ההתפתחויות המשפטיות והציבוריות בעשור האחרון הן חלק מתהליך של שינוי

⁸¹ ס' 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ר' למשל עניין סבית, לעיל ה"ש 39, בו נדחתה עתירה של ערבים אזרחי ישראל, עקורי הכפר איקרית, לשוב לכפרם. לפסקי דין נוספים ראו דין ב-Jabareen, לעיל ה"ש 39.

⁸² *Authoritarian Constitutionalism*, Tushnet, לעיל ה"ש 30, בעמ' 454–456.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

הדרגתי בחוקתיות הישראלית שהחל בתחילת העשור הקודם ושיאו בחקיקת חוק הלאום, ובכוונה לחוקק פסקת התגברות מורחבת. הצירוף של חקיקת חוק הלאום ופסקת התגברות מורחבת, אם תחוקק, יהווה צעד מרכזי בכיוון של מעבר מלא לחוקתיות סמכותנית שבטית, שכן הוא ייצור את המסגרת החוקתית שתאפשר את תהליך ההתנתקות מההיבטים הליברליים של החוקתיות בישראל שהוביל השלטון בעשור האחרון, וביתר שאת מהכנסת העשרים ואילך.

טענתי היא כי אף אם תהליך זה הוא עדיין חלקי בלבד ואי אפשר לדעת כיצד הוא יתפתח, הרי שעל מנת להבין את כיוונו ואת יעדו האפשרי יש לבחון אותו לאור ביקורתו של המשפטן והתאורטיקן הגרמני קרל שמיט על החוקתיות הליברלית, ולאור האלטרנטיבה החוקתית שהוא מציע. אף אם מובילי תהליך השחיקה הדמוקרטית בישראל אינם מכירים את ביקורתו של שמיט ואינם מודרכים ישירות על ידה, הרי שהגיונה הפנימי של ביקורת זו מסביר ותואם במידה רבה את פעולותיהם, ולכן הכרת טיעונו ומסקנותיו של שמיט יכולה לספק תובנות חשובות לגבי כיוון התפתחותו האפשרי של המשבר הדמוקרטי בישראל ולגבי האיום האפשרי על האיזונים והבלמים כשיטתנו החוקתית.

ב. מחוקתיות סמי-ליברלית לחוקתיות סמכותנית שבטית?

עד עתה הצגתי וביססתי את טענתי כי החוקתיות בישראל אינה ליברלית אלא סמי-ליברלית בלבד. עתה אבקש לבסס את טענתי השנייה והיא כי החל מהעשור השני של המאה ה-21, ובעיקר מאמצעיתו, מתרחש בישראל תהליך של מעבר מחוקתיות סמי-ליברלית לחוקתיות סמכותנית ושבטית, המצוי עדיין בעיצומו, וכי התשתית החוקתית הסמי-ליברלית והשימוש בפופוליזם ימני מקילים על מעבר זה ומסייעים לרתום את הציבור אליו. לאחר הצגת הפופוליזם הימני בעולם ובארץ והאופן שמנהיגים סמכותניים ופרוטו-סמכותניים עושים בו שימוש לשם צבירת כוח, אטען כי השימוש שנעשה בפופוליזם ימני בישראל מטרתו לקדם אידאולוגיה סמכותנית ושבטית השמה במרכז קידום מטרות לאומניות ודתיות המוצגות כחיוניות "לעם היהודי", ובמקביל מקילה על קידום אינטרסים אישיים של השליט. על מנת להבהיר את אופן התפתחותו של התהליך, את יעדו האפשרי ואת האיום שהוא מהווה על מערכת האיזונים והבלמים בדמוקרטיה הישראלית, אעשה שימוש בתאוריה החוקתית של קרל שמיט ובביקורתו על החוקתיות הליברלית.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

כאמור, מחויבותה של מדינת ישראל לשמירה על מערכת האזוונים והבלמים המקובלת בדמוקרטיה ליברלית, שהייתה מלכתחילה חלקית בלבד, התערעה אף יותר בשנים האחרונות. תהליכים מקבילים של התגברות השסע הפוליטי, עליית הפופוליזם הימני וירידת קרנה של הדמוקרטיה הליברלית בארץ ובעולם הביאו לכך שדו-הקיום המתוח בין שני חלקי החוקתיות הישראלית הגיע לנקודת שבר, והחלה שחיקה מואצת בהיבטים הליברליים של החוקתיות הישראלית. חוקרים מצביעים על המחצית השנייה של שנת 2016, עם תוצאות משאל העם בבריטניה על ההיפרדות מהאיחוד האירופי ועם ניצחונו של טראמפ בבחירות לנשיאות ארה"ב, כנקודת הזמן שבה החלה ההגמוניה של הדמוקרטיה הליברלית להיסדק וניתן האות לתהליך מואץ של שחיקה דמוקרטית בעולם.⁸³ תהליך זה השתלב היטב עם תהליכים ישראליים פנימיים של אתגור ההיבטים הליברל-דמוקרטיים בחוקתיות הישראלית ושל פופוליזם, שהחלו בתחילת העשור הקודם אך התגברו לאחר בחירות 2015, מעת כינון של הכנסת העשרים והממשלה השלושים וארבע בראשות בנימין נתניהו.

1. פופוליזם וחוקתיות סמכותנית

חוקרי דמוקרטיה מצביעים על כך שבמדינות רבות בעולם קם בשנים האחרונות איום פנימי על הדמוקרטיה הליברלית בדמותם של פופוליסטים המבקשים לנתק את הדמוקרטיה מהליברליזם. טענת הפופוליסטים היא כי דבקות בערכים ובמדיניות ליברליים מחלישה את הדמוקרטיה ומזיקה לאזרחים, וכי יש לזנוח עקרונות יסוד ליברליים, כגון הפרדת רשויות, חופש עיתונות וזכויות מיעוטים, המונעים מהעם לפעול באופן דמוקרטי לשם הבטחת האינטרסים של בניו.⁸⁴ גם בישראל אנו רואים שימוש נרחב ברטוריקה ובפעולה פופוליסטית במתקפות על מעמד בית המשפט, ארגוני זכויות האדם, התקשורת וקבוצות מיעוט כגון אזרחי ישראל הערבים או מבקשי מקלט, וחוקרי פופוליזם מזהים את בנימין נתניהו כמנהיג פופוליסט ואת מפלגת

⁸³ Ginsburg, Huq & Versteeg, לעיל ה"ש 7, בעמ' 240–241; "פופוליוס ימני באירופה ובישראל: אתגרים משותפים והצעות למדיניות", לעיל ה"ש 8, שם.

⁸⁴ William A. Galston, *The Populist Challenge to Liberal Democracy*, 29 J. DEMOCRACY 5, 5, 9–10 (2018). לביקורת על ההנדה הכוללת בין פופוליזם לחוקתיות ראו Mark Tushnet & Bojan Bugarič, *Populism and Constitutionalism: An Essay on Definitions and Their Implications* (Harv. Pub. L. Working Paper No. 2020) 20–17, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3581660

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

הליכוד כמפלגה פופוליסטית.⁸⁵ כאמור, טענתי היא כי בישראל הערעור על עליונות הדמוקרטיה הליברלית מתרחש על מצע בעייתי במיוחד של מבנה חוקתי סמי-ליברלי שמראשיתו דחה חלקית את עליונותן של מושכלות היסוד הליברליות, ונבנה על בסיס של מחויבות חלקית בלבד לאיזונים ולבלמים המקובלים בדמוקרטיה ליברליות. בד בבד, התגברות השסע הפוליטי בשנים האחרונות ועליית כוחו של הימין הלאומני והדתי, העושה שימוש יעיל ברטוריקה ובפעולות פופוליסטיות על מנת להעצים את כוחו, האיצה מאוד את תהליך השחיקה הדמוקרטית במדינה.⁸⁶

היותן של מדינות מונהגות על ידי שלטון פופוליסטי מהווה מנבא שלילי חשוב ליכולתן לשרוד כדמוקרטיה ליברליות. אפשר להגדיר מנהיגים פופוליסטיים ככאלה שהאידאולוגיה והרטוריקה שהם משתמשים בה כדי לגייס את תמיכת הציבור מבוססת על שתי טענות יסוד: האחת היא כי האליטות ו"האחרים" פועלים נגד האינטרסים של "העם האמיתי", והאחרת היא כי הם, המנהיגים הפופוליסטיים, הם קולו של "העם האמיתי" ויש להסיר כל מכשול מפניהם בדרכם למימוש רצונו של העם. לכן הפופוליזם הוא ביסודו אנטי-אליטיסטי ואנטי-ממסדי, וקורא לפירוקם של המוסדות הפוליטיים והאזרחיים על מנת לממש באופן ישיר לכאורה את רצון העם.⁸⁷

אף על פי שלמפלגות ולמנהיגים פופוליסטיים מאפיינים משותפים, הרי שאפשר להבחין בין סוגים שונים של פופוליזם. חלוקות מרכזיות בין סוגי פופוליזם הן בין פופוליזם ימני לפופוליזם שמאלי, ובין פופוליזם אוטוריטרי לזוה שהוא בעל מחויבות רבה יותר לדמוקרטיה עממית.⁸⁸ לכן, ניתוח מדויק של מאפייני הפופוליזם

⁸⁵ "פופוליזם ימני באירופה ובישראל: אתגרים משותפים והצעות למדיניות", לעיל ה"ש 8, בעמ' 1–2. דניאל פילק "פופוליזם" **מפתח** 13, 143, 154–155 (2018). פילק מזהה גם את ש"ס וישראל ביתנו כתנועות פופוליסטיות; LIMOR GULTCHIN & JORDAN KYLE, POPULISTS IN POWER AROUND THE WORLD 17 (Tony Blair Institute for Global Change, 2018).

⁸⁶ על ההבחנה בין רטוריקה פופוליסטית לפעולות פופוליסטיות ראו Théo Fournier, *From Rhetoric to Action, A Constitutional Analysis of Populism* 20 GER. L. J. 362 (2019).

⁸⁷ JORDAN KYLE & YASCHA MOUNK, THE POPULIST HARM TO DEMOCRACY: AN EMPIRICAL ASSESSMENT, 8 (Tony Blair Institute for Global Change, 2018).

⁸⁸ Mark Tushnet, *Varieties of Populism*, 20 GER. L. J. 382, 387–389 (2019); Gábor Halmai, *Populism, Authoritarianism and Constitutionalism*, 20 GER. L. J. 296 (2019).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

בכל מדינה צריך להיעשות בהקשר הנתון, תוך הבחנה בין פופוליזם כדרך פעולה שמטרתה צבירת כוח פוליטי לבין פופוליזם כמדיניות מהותית.⁸⁹ כך למשל, בנתחה את שלטונו של ויקטור אורבן בהונגריה ואת האידיאולוגיה המנחה אותו, Scheppele טוענת כי הפופוליזם של אורבן הוא אפורטוניסטי בלבד, ורצון העם שאותו הוא לכאורה משרת מהווה רק כסות המאפשרת לו צבירת כוח בלתי מוגבל, באמצעים דמוקרטיים לכאורה, כדי לסלול את דרכו לשלטון סמכותני.⁹⁰ טענה דומה נטענת לגבי מפלגת החוק והצדק בפולין.⁹¹ למעשה מנהיגים פופוליסטיים רבים, ובעיקר פופוליסטים ימניים, משתמשים בפופוליזם רק ככלי לצבירת כוח שיאפשר להם ליישם אידיאולוגיה סמכותנית כזו או אחרת לאחר שיתפסו את השלטון. Fournier מבחין בין שלושה מנהיגים פופוליסטיים ימניים באירופה – סלביני באיטליה, לה פן בצרפת ואורבן בהונגריה – המקדמים או מבקשים לקדם כל אחד אידיאולוגיה פסולה אחרת תחת הכסות של פופוליזם המסור למימוש רצון העם: הראשון פשיזם, השנייה גזענות ואנטישמיות, והשלישי נפוטזם.⁹²

מחקר אמפירי שנערך על ידי קייל ומונק מצביע על כך שלשלטון פופוליסטי יש השפעה שלילית חזקה על מערכות פוליטיות, והוא יוצר סכנה משמעותית של שחיקה דמוקרטית.⁹³ על פי המחקר, אחוז המנהיגים הפופוליסטיים שעלו לשלטון באופן דמוקרטי אך תוצאת שלטונם היא שחיקה דמוקרטית משמעותית הוא פי ארבעה מאחוז המנהיגים שאינם פופוליסטיים אשר נבחרו באופן דמוקרטי.⁹⁴ המחקר האמור מבוסס על מאגר נתונים עולמי של הנהגות פופוליסטיות שנוצר במחקר קודם ושזיהה את כל המנהיגים הפופוליסטיים ששלטו במדינות העולם בין השנים 1990–2018. המחקר, המזהה את ראש הממשלה בנימין נתניהו כמנהיג פופוליסטי, מגדיר את סוג הפופוליזם שלו כפופוליזם תרבותי השם דגש על אתניות, דת וזהות כקו המפריד בין

⁸⁹ Tushnet, לעיל ה"ש 88, בעמ' 389.

⁹⁰ Kim Lane Scheppele, *The Opportunism of Populists and The Defense of Constitutional Liberalism*, 20 GER. L. J. 314, 321–329 (2019).

⁹¹ Aleksandra Kustra-Rogatka, *Populist but not Popular: The Abortion Judgment of the Polish Constitutional Tribunal*, VERFBLOG (Nov. 3, 2020), <https://verfassungsblog.de/populist-but-not-popular/>.

⁹² Fournier, לעיל ה"ש 86, בעמ' 381.

⁹³ KYLE & MOUNK, לעיל ה"ש 87 בעמ' 3–4.

⁹⁴ שם, בעמ' 4. על פי המחקר אחוז המנהיגים שאינם פופוליסטיים שנבחרו באופן דמוקרטי אך גרמו לשחיקה דמוקרטית משמעותית עומד על שישה אחוזים, בעוד שאחוז המנהיגים הפופוליסטיים שעלו לשלטון באמצעים דמוקרטיים אך גרמו לשחיקה דמוקרטית משמעותית עומד על 23 אחוזים.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

"העם האמיתי" לבין "האחרים".⁹⁵ טענתי היא שבדומה למנהיגים שצוינו לעיל, גם השימוש שבנימין נתניהו עושה בפופוליזם הוא אופורטוניסטי, וכי האידאולוגיה שהבלוק הלאומני-דתי שהוא מוביל מבקש לקדם, תוך שימוש נרחב ברטוריקה ובפעולות פופוליסטיות, אינה אידאולוגיה פופוליסטית השמה את רצון האזרחים מעל הכול, אלא אידאולוגיה שמכותנית ושבתית שמטרתה לרכז את הכוח בידי השלטון לשם קידום מטרות לאומניות ודתיות שהשלטון מגדיר כחיוניות "לעם היהודי", וכן אינטרסים אישיים של השליט.

בהתאם לכך, טענתי היא כי צעדים שננקטו בשנים האחרונות על ידי הממשלה ועל ידי הכנסת – המצויה בשנים האחרונות בשליטתה האפקטיבית של הממשלה והעומד בראשה, באמצעות הפיקוח ההדוק המופעל על חברי הכנסת של הקואליציה – מהווים צעדים משמעותיים בכיוון של מעבר לחוקתיות סמכותנית שבתית.⁹⁶ לפי Tushnet, ההבדל המרכזי בין משטר סמכותני למשטר חוקתי סמכותני הוא שבמשטר סמכותני כל ההחלטות נעשות על ידי שליט שאינו כפוף פורמלית או מעשית לחוק כלשהו, ופעולותיו כפופות רק למאבקי כוח ככל שישנם, ואילו השלטון בחוקתיות סמכותנית כפוף לחוקה ולשלטון החוק וצריך לציית להם, אך בד בבד הוא גם בעל הכוח לעצב את תוכנם בהתאם לרצונו.⁹⁷ בהתבססו על מקרה המבחן של סינגפור, Tushnet מונה מאפיינים של חוקתיות סמכותנית: (1) השלטון, הנתון בדרך כלל בידי מפלגה דומיננטית אחת, הוא המחליט את כל ההחלטות המדיניות ואין כל בסיס בחוק לערער על החלטותיו; (2) השלטון אינו נוהג לאסור את מתנגדיו הפוליטיים באופן שרירותי כעניין שבשגרה, אך הוא כן משתמש במגוון אמצעים אחרים על מנת להרתיע אותם מהתנגדות, כגון תביעות דיבה העשויות להביאם לכדי פשיטת רגל; (3) השלטון מאפשר למבקריו להמשיך להפיץ את ביקורתם, בד בבד עם נקיטת האמצעים העונשניים נגדם; (4) השלטון מאפשר קיום בחירות שהן הוגנות וחופשיות למראית עין, אך זאת תוך שימוש באמצעים חוקיים לכאורה שמטרתם להבטיח במידה גדולה של ודאות את ניצחונו בהפרש גדול, כגון קביעת אזורי הבחירה או רשימות

⁹⁵ KYLE & GULTCHIN, לעיל ה"ש 85, בעמ' 22, 29.

⁹⁶ תהליך זה הואט עם כינונה של הכנסת ה-23 כיוון שמפלגת כחול לבן, ששמה לה למטרה למנוע את העמקת הפגיעה בשלטון החוק, הינה מרכיב מרכזי בקואליציה. עם זאת הכנסת ה-23 לא האריכה ימים, והליכוד ומפלגות הימין האחרות הצהירו על כך שבכוונתן להמשיך את התהליך לכשיתאפשר להן להקים מחדש קואליציית ימין מלאה.

⁹⁷ Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 448; Isiksel, לעיל ה"ש 26, בעמ' 710. יצוין כי יש מחלוקת בין משפטנים חוקתיים בנוגע למונח "חוקתיות סמכותנית", שכן יש הטוענים כי משטר סמכותני בהכרח אינו מקיים את תנאי המינימום של החוקתיות. ראו למשל Halmai, לעיל ה"ש 88.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

המועמדים, ויצירת לחץ על האופוזיציה או על אזורים שבהם מרוכזים תומכי אופוזיציה, וזאת ככל האפשר מבלי להיזקק לאמצעים אלימים כדי להביס את מתנגדיו; (5) השלטון רגיש לביקורת ציבורית ומשנה לעיתים את מדיניותו בהתאם לביקורת על מנת להבטיח את המשך התמיכה בו; (6) השלטון מפעיל מנגנונים שמטרתם להבטיח שרמת ההתנגדות אליו לא תעלה אל מעל לרמה הנחשבת בטוחה בעיניו, תוך שימוש באמצעים כגון קואופטציה; (7) בתי המשפט הם עצמאיים למדי ואוכפים את שלטון החוק באופן סביר, אך בשל אופן הכשרת השופטים ודרכי מינוים וקידומם הם רגישים לרצונותיו של השלטון, ולכן השלטון אינו צריך לתת להם הנחיות ישירות. הביקורת החוקתית היא ביקורת חלשה (weak form judicial review) המאפשרת לשלטון לדחות את מסקנותיה כל עוד הוא עושה זאת מפורשות.⁹⁸ Tushnet מוסיף כי על מנת להצדיק את הכוח הכמעט בלתי מוגבל הנתון לו, על השלטון להציג אידאולוגיה כוללת היכולה להסביר את הצורך בהפקדת כוח כה רב בידיו. בכל מדינה אידאולוגיה זו עשויה להיות שונה בהתאם לנסיבותיה, כך שבעוד שבמדינות מסוימות מתקיימת חוקתיות סמכותנית תאוקרטית השואבת את הצדקתה מעליונות האל והדת במדינה, במדינות אחרות, כגון סינגפור, ההצדקה לחוקתיות הסמכותנית היא, לפחות לגרסת השלטון, הצורך להבטיח הרמוניה דתית ואתנית במדינה רב-תרבותית ולאפשר צמיחה כלכלית מהירה, לטובת החברה והמדינה.⁹⁹ טענתי היא כי האידאולוגיה המשמשת בסיס להצדקת המעבר לסמכותנות בישראל היא האידאולוגיה השבטית, שבבסיסה הרצון להבטיח את עליונות הרוב היהודי בישראל, ולקדם אינטרסים לאומניים ודתיים שהשלטון מגדירם כחיוניים לקבוצה המוגדרת על ידו כ"העם היהודי". על פי אידאולוגיה זו, מתפקידו של השלטון לקבוע את מהות האינטרסים הלאומיים והדתיים של העם – השבט – כמו גם את גבולותיו. בנוסף, השלטון הוא גם זה האמון על סימון אויביו של השבט ועל נקיטת כל האמצעים הדרושים לשם הכנתם.

עד כה הצגתי וביססתי בפרק א את טענתי כי החוקתיות בישראל אינה ליברלית אלא היא סמי-ליברלית בלבד, וכי הדבר מתבטא בהגנה חלקית בלבד על זכויות האדם ומלווה בכשלים במבנה המוסדי ובמערכות האיוונים והבלמים. בחלקו הראשון של פרק ב טענתי כי באמצעות ניצול חולשותיה של התשתית החוקתית הסמי-ליברלית, ותוך שימוש גובר בפופוליזם ימני לשם צבירת כוח, השלטון בישראל מקדם בעשור

⁹⁸ Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 448–451; Halmai, לעיל ה"ש 88, בעמ' 312–313.

⁹⁹ Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 451–453.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

האחרון מעבר לאידאולוגיה שמכותנית ושבטית. ייעודה הוא קידום מטרות לאומניות ודתיות המוגדרות על ידו כחיוניות "לעם היהודי", ובמקביל היא מקילה על קידום אינטרסים אישיים של השליט. כן טענתי כי התשתית החוקתית הסמי-ליברלית והשימוש בפופוליזם ימני מקילים על המעבר לחוקתיות שמכותנית וסמייצעים לרתום את הציבור למעבר. יודגש כי טענתי אינה כי המעבר לחוקתיות שמכותנית שבטית כבר הושלם; היבטים ליברליים רבים בחוקתיות הישראלית עדיין קיימים ומתפקדים ברמות תפקוד שונות. אך אנו מצויים בעיצומו של תהליך מכונן של צמצום ההיבטים הללו לשם החלפתם בחוקתיות שמכותנית שבטית, אף כי מוקדם מדי לדעת האם התהליך יושלם בהצלחה.

בחלק הבא אשתמש בתאוריה המשפטית והפוליטית של המשפטן והפילוסוף הגרמני קרל שמיט כמסגרת תאורטית להבנת התמורה המתרחשת בחוקתיות הישראלית, וזו שתוסיף להתרחש ככל שהמעבר מחוקתיות סמי-ליברלית לחוקתיות שמכותנית שבטית יוסיף להתקדם. התאוריה של שמיט מספקת הצדקות לכאורה הן לפן הסמכותני והן לפן השבטי של החוקתיות הסמכותנית-שבטית, והצגת התאוריה שלו נועדה להבהיר כי הצעדים המשפטיים והציבוריים הננקטים במסגרת התהליך האמור אינם מקריים או מנותקים זה מזה. בבסיסם מצויה תפיסה חוקתית סדורה המבקשת להוות תחליף מלא לחוקתיות דמוקרטית ליברלית, אף אם לא כל השותפים לתהליך בישראל מודעים לכלל מרכיביה.

2. התאוריה של קרל שמיט

התאוריה המשפטית והפוליטית של המשפטן והפילוסוף הגרמני קרל שמיט משמשת חוקרים ברחבי העולם כמסגרת תאורטית להבנה של האידאולוגיה וקווי הפעולה של מנהיגים שמכותניים וביקורתם על הדמוקרטיה הליברלית.¹⁰⁰ לטענתי התאוריה של שמיט, ובעיקר ביקורתו על החוקתיות הליברלית ותפיסותיו בנוגע למהות הדמוקרטיה, הפרדת הרשויות, עקרון שלטון החוק ומרכזיות ההבחנה בין עמית לאויב, עוזרות להבין גם את המצב בישראל ואת הסכנה הקיימת להיבטים הליברליים של החוקתיות הישראלית, ובכלל זה למערכת האיוונים והבלמים שבה.

Paul Blokker, *Populism as a Constitutional Project*, 17 *ICON* 535, 547, ¹⁰⁰
Ginsburg, Huq & Versteeg; 549, 551 (2019), לעיל ה"ש 7, בעמ' 241.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

הביקורת על הניטרליות ועל האוניברסליות של החוקתיות הליברלית היא בלב טיעונו של שמיט.¹⁰¹ לטענתו, כיוון שהתפיסה הליברלית מבקשת להיות ניטרלית בין תפיסות שונות של הטוב, ואוניברסלית בתחולתה על בני האדם, הדמוקרטיה הליברלית היא חסרת תוכן מהותי, חסרת מחויבות מוסרית ופוליטית, וחסרת יכולת עמידה והישרדות.¹⁰² יתרה מזו, לפי שמיט קיימת סתירה עמוקה ובלתי ניתנת ליישוב בין חוקתיות ליברלית מכילה וניטרלית לבין עצם קיומה של דמוקרטיה. דמוקרטיה שמיטיאנית יכולה להתקיים רק בקרב קבוצה חברתית שמאופיינת בהומוגניות ובמכנה משותף משמעותי שבאמצעותו חברי הקבוצה, או העם, יכולים להבחין בינם לבין מי שאינם חברי הקבוצה, ולהתאחד סביב זהות ייחודית הנגזרת מתרבות, דת, מוצא אתני, טריטוריה, שפה או אידאולוגיה משותפים. לדעתו, רק במקום שבו חברי קבוצה תרבותית הומוגנית שכזו הם בעלי סמכות ריבונית לנהל את חייהם ולבטא את זהותם הקולקטיבית כראות עיניהם וללא כל מגבלה מתקיים מצב אמיתי של דמוקרטיה.¹⁰³

לכן, לפי שמיט, חוקתיות ליברלית שמגינה על זכויות אדם ומחייבת הפרדת רשויות בין הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת, מטילה מגבלות חסרות הצדקה על מהות הדמוקרטיה – שהיא כאמור המימוש החופשי של זהותו הקולקטיבית של העם. לפי שמיט, בעוד דמוקרטיה היא אחת הדרכים שבהן הריבון יכול לממש את ריבונותו הפוליטית, כבילתה של הדמוקרטיה בכבלי החוקתיות הליברלית מחבלת במימושה ואף מונעת אותו לגמרי בשל המגבלות הפרוצדורליות, המבניות והמהותיות שהחוקתיות מטילה על יכולתו של הריבון לממש באופן ישיר את ריבונותו הפוליטית. לכן, לטענתו, דמוקרטיה ליברלית מכילה בתוכה סתירה פנימית בלתי ניתנת ליישוב, והפתרון לה הוא נטישת החוקתיות הליברלית, ובעיקר נטישת ההגנה על זכויות האדם האוניברסליות וביטול הפרדת הרשויות, ואימוץ מלא של דמוקרטיה שמיטיאנית הנותנת חופש מוחלט לעם לפעול באמצעות בעלי השררה כדי לממש את זהותו הקולקטיבית.¹⁰⁴

Heiner Bielefeldt, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Systematic Reconstruction and Countercriticism*, in *LAW AS POLITICS: CARL SCHMITT'S CRITIQUE OF LIBERALISM* 23, 24–25 (David Dyzenhaus ed., 1998).

¹⁰² שם.

¹⁰³ שם.

¹⁰⁴ שם, בעמ' 26–27.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

לפי שמיט, לא רק החוקתיות הליברלית היא מכשול מיותר לשלטונו של הריבון, אלא גם עקרון שלטון החוק. עקרון שלטון החוק כעיקרון נורמטיבי אוניברסלי עליון שכולם כפופים לו הוא, לדבריו, עיקרון מדומה וצבוע. לגישתו, מאחר שהחוק מיושם תמיד על ידי בעלי השררה, ועל בסיס החלטותיהם, אזי בפועל כוח השררה גובר תמיד על כוח החוק. יתרה מזו, לטענתו, כיוון שהריבון הוא זה אשר מחליט על מצב החירום ("sovereign is he who decides on the exception"), כוחו של הריבון גובר על כוחו של שלטון החוק.¹⁰⁵ לפי שמיט, במצב החירום (of exception), שהוא מצב קיצון שתמיד מגיע, וכל חברה חייבת להיות מוכנה לו בכל עת, עקרון שלטון החוק מתמוטט ומוחלף בכוח ההחלטה הבלתי מוגבל של בעלי השררה, ובסמכותם לקבוע מי עמית ומי אויב ולפעול כדי להכריע את האחרון.¹⁰⁶ מבחינת שמיט, ההבחנה בין עמית לאויב היא העומדת בליבו של הפוליטי, וההישרדות של חברה ברגעי משבר תלויה בהתנערות מהניטרליות והאוניברסליות הליברליות ובהחלפתן הקבועה בהבחנה ברורה וחדה בין עמית לאויב.¹⁰⁷

3. המצב בישראל

לא קשה למצוא את קווי הדמיון בין תפיסתו של קרל שמיט לתפיסות המנחות מנהיגים אוטוריטריים ופופוליסטיים בעולם, ולטענתי מנחות גם רבים ממתנגדיה העכשוויים של הדמוקרטיה הליברלית בישראל. כאמור, ישראל לא הייתה מעולם דמוקרטיה ליברלית במלוא מובן המילה, ולכן טענתי כי תפיסות ליברליות אינן מושרשות עמוק בשיטת המשפט בישראל, והנכונות להסיג חלקית עקרונות ליברליים בפני ערכים לאומיים, אתניים ודתיים הייתה מגולמת בחוקתיות הישראלית הסמי-ליברלית מראשיתה. עם זאת, ובהתאמה לתאוריה של שמיט, הפופוליזם התרבותי שנתניהו מוביל בעשור האחרון, וביתר שאת משנת 2015, כולל מתקפה נרחבת ושיטתית הרבה יותר על ההיבטים בחוקתיות הישראלית המבוססים על העקרונות הליברליים של זכויות אדם אוניברסליות, הפרדת רשויות ושלטון החוק, תוך העצמת כוחה של הרשות המבצעת והעומד בראשה והדגשת זכותו של "העם" הריבון לממש את רצונותיו באופן ישיר דרך השליט. במקביל, וגם זאת בהתאמה לתאוריה של שמיט, הוא כולל הרחבה ניכרת והטמעה בחקיקה, ואף בחקיקת יסוד, של הבחנה ברורה וחדה

¹⁰⁵ CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY, לעיל ה"ש 29, בעמ' 5.

¹⁰⁶ CARL SCHMITT, THE CONCEPT OF THE POLITICAL, לעיל ה"ש 29, בעמ' 45–47.

¹⁰⁷ שם, בעמ' 34–35.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

בין עמית לאויב, שקווי המתאר שלה בנויים על מאפיינים ברורים של אתניות, דת וזהות אידאולוגית ומשמשים לשם הבחנה בין ה"עם" – ה"אנחנו", לבין ה"אחרים" – ה"הם", ולשם סימונם של האחרונים כאויבים, הוקעתם, והוצאת פעולותיהם ותפיסותיהם מחוץ לחוק. מימוש מלא של יעדים אלה יוביל להחלפתה של החוקתיות הסמי-ליברלית הישראלית בחוקתיות סמכותנית שבטית.

להלן אביא פירוט חלקי של כמה מהמהלכים שנגקטו בעשור השני של המאה ה-21, וביתר שאת החל מהכנסת העשרים, תחת שלטון נתניהו, לשם קעקוע העקרונות הליברליים של זכויות אדם אוניברסליות, הפרדת רשויות ושלטון החוק בחוקתיות הישראלית, ולשם ביסוס, העמקה והרחבה של ההבחנה בין עמית לאויב, תוך ביצוע דה-לגיטימציה ציבורית ומשפטית לאלה המבקרים את צעדי השלטון ומבקשים לאתגר את התפיסה האידאולוגית, המשפטית והחוקתית המוכתבת על ידו. כפי שכבר צוין, מהלכים אלה משתלבים עם ירידת קרנה של הדמוקרטיה הליברלית ברחבי העולם, ונגרמים בשל העלייה בכוחו הפוליטי של הימין הלאומני, הדתי והפופוליסטי בישראל, אשר דוגל בצמצום ההיבטים הליברליים בשיטת המשפט והמשטר הישראלית.¹⁰⁸ בנוסף, למהלכים אלה שני מניעים מרכזיים, שאין קשר הכרחי ביניהם, אך בפועל קיומם והתפתחותם המקבילים על ציר הזמן ובתוך אותו מחנה אידאולוגי האיצו באופן ניכר את שחיקת ההיבטים הדמוקרטיים-ליברליים של החוקתיות הישראלית. מניעים אלה הינם שאיפתו של הימין האידאולוגי לספח את השטחים הכבושים למדינת ישראל תוך שמירה על עליונות יהודית בתחומי ארץ ישראל השלמה מזה, ומאבקו של ראש הממשלה נתניהו נגד החקירות הפליליות וכתבי האישום שהוגשו נגדו בפרשיות שחיתות שונות מזה. אף שכאמור אין קשר הכרחי בין שני המניעים הללו, מעניין לציין כי על פי ממצאי המחקר האמפירי על שליטים פופוליסטיים בעולם, ארבעים אחוז מהשליטים הפופוליסטיים ששלטו בין השנים 1990–2014 הועמדו לדין בהאשמות של שחיתות.¹⁰⁹ החוקרים מציינים כי הערכה זו של מידת הקשר בין פופוליזם לשחיתות הינה קרוב לוודאי הערכת חסר, שכן היא אינה כוללת את מעשי השחיתות של מנהיגים פופוליסטיים שהנזק שהסבו למערכות אכיפת החוק במדינותיהם הוא כה חמור עד שאלה כבר אינן מתפקדות במידה המאפשרת להעמידם לדין בגין מעשיהם.¹¹⁰ כך, אף כי אין קשר הכרחי בין המאבק של הימין האידאולוגי לסיפוח השטחים לבין פרשיות השחיתות שנתניהו מעורב בהן, הרי

¹⁰⁸ ראו למשל ה"ש 144 ו-145 והטקסט הנלווה להן; כן ראו למשל ניר עברון "ליברליזם שבטי" מפתח 75, 57, 13 (2018).

¹⁰⁹ KYLE & MOUNK, לעיל ה"ש 87, בעמ' 19.

¹¹⁰ שם.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

שהשימוש שנתניהו והימין האידאולוגי עושים בפופוליזם תרבותי לשם מעבר לחוקתיות סמכותנית שבטית משרת את שתי המטרות הללו. קעקוע העקרונות הליברליים של זכויות אדם אוניברסליות, הפרדת רשויות ושלטון החוק, תוך העמקה והרחבת ההבחנה בין עמית לאויב, ויצירת דה-לגיטימציה ציבורית ומשפטית לאלה המבקרים את צעדי השלטון ומבקשים לאתגר את התפיסה האידאולוגית, המשפטית והחוקתית המוכתבת על ידו, חיונית לשם השגת כל אחת מהמטרות האמורות. זו היא סיבה מרכזית לכך שסיפוח השטחים הכבושים והמאבק בכתבי האישום של נתניהו הפכו שניהם לנושאי הדגל של קואליציית הימין ותומכיה, החל מהכנסת העשרים, והם משמשים ביחד ולחוד ככוח מניע וכהצדקה אידאולוגית להכנסת שינויים מרחיקי לכת במבנה החוקתי הישראלי.

אחד המאפיינים הבולטים של תהליך השחיקה הדמוקרטית העובר בשנים האחרונות על מדינות רבות, ובהן ישראל, הוא ההדרגתיות שבו היא מתקדמת. אף אחד מהצעדים הננקטים להשגתה אינו מאופיין כשלעצמו באי-חוקתיות זועקת, חלקם אף היו עשויים להיחשב כלגיטימיים לו היו עומדים בפני עצמם, והתהליך כולו ממושך יחסית ומתנהל בהדרגה, כאשר הצעדים הראשונים מכשירים את הקרקע, הן חוקתית והן ציבורית, לצעדים הבאים, והתהליך כולו מלווה ברטוריקה פופוליסטית ובמתקפות על האליטות ועל מיעוטים "חשודים".¹¹¹ ההדרגתיות של ההליך היא אחת הסיבות שבשלן חשוב להתבונן בו בכללותו, על פני ציר הזמן, ותוך שימוש בכלים תאורטיים, על מנת לזהות את יעדו.

להלן יובא פירוט חלקי של החוקים, הצעות החוק, המעשים וההתבטאויות ככנסת, בממשלה ובגורמי שלטון אחרים המהווים חלק מתהליך השחיקה של ההיבטים הדמוקרטיים-ליברליים בישראל מתחילת העשור השני של המאה ה-21 והגלישה אל עבר חוקתיות סמכותנית שבטית. הפירוט יחולק למתקפות על הפרדת הרשויות ושלטון החוק בדמות מתקפות על שומרי הסף, תוך דגש על החלשת כוחם של הכנסת ובתי המשפט; מתקפות על זכויות האדם האוניברסליות והחברה האזרחית ובהן הפגיעות בזכויות המיעוטים, חופש הביטוי וארגוני זכויות האדם; ומתקפות שמטרתן להעמיק ולהרחיב את ההבחנה בין עמית לאויב, וליצור דה-לגיטימציה ציבורית ומשפטית למבקרי השלטון והתפיסה האידאולוגית המוכתבת על ידו. מכיוון

¹¹¹ Huq & Ginsburg, לעיל ה"ש 9, בעמ' 83-84; גילה שטופלר "השתלטות חוקתית בישראל" 8.6.2017 **ICON-S-IL Blog**
<https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2017/06/08-בישראל-גילה-שטופלר/>

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

שהחלוקה האמורה נעשית בהתאם לרכיבי התאוריה של שמיט על מנת להבהיר את התאמת המצב בישראל לתאוריה, יש חפיפה חלקית בצעדים שיפורטו, ובעיקר בצעדים שיפורטו בחלק ב.3. (ב), הן במתקפות על זכויות האדם, החברה האזרחית וארגוני זכויות אדם, ויוזכרו שוב בהקשר הרלוונטי לחלק ב.3. (ג), הן בהבחנה בין עמית לאויב וביצירת דה-לגיטימציה ציבורית ומשפטית למבקרי השלטון.

(א) מתקפות על הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק

לפי שמיט, חוקתיות ליברלית המחייבת הפרדת רשויות בין הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת ומכפיפה את בעלי השררה לעקרון שלטון החוק מטילה מגבלות חסרות הצדקה על מהות הדמוקרטיה. זאת כיוון שלפי הגדרתו של שמיט דמוקרטיה משמעה מתן יד חופשית למנהיג לממש את זהותו הקולקטיבית של העם, ללא כל מגבלות. בהתאמה לכך, במהלך העשור האחרון אפשר למנות מספר רב של הצעות חוק ומהלכים פוליטיים שנועדו לצמצם את הפרדת הרשויות, לרכז את הכוח בידי הממשלה והעומד בראשה, ולערער את יכולתם של שומרי הסף לחייב את הממשלה לפעול במסגרת שלטון החוק. מהלכים אלה גברו והתרחבו במהלך כהונתה של הכנסת העשירי. כך למשל, בעת כהונתה עלו הצעות לצמצום כוחו של הדרג המקצועי ברשויות הציבוריות, כולל היועץ המשפטי לממשלה, ועברה בקריאה ראשונה הצעת חוק המבקשת לשנות את אופן מינוי היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה, ממינוי באמצעות מכרז למינוי המתבצע על ידי השר הממונה על פי הצעה של ועדת איתור ופתוח לשיקולים פוליטיים.¹¹² מטרת ההצעה היא להגביר את יכולתם של שרים להשפיע פוליטית על היועצים המשפטיים במשרדיהם וכך להשפיע על חוות דעתם המקצועית, והיא ספגה ביקורת רבה מגורמים משפטיים כגון היועץ המשפטי לממשלה, שסבר כי היא מהווה פגיעה בשלטון החוק.¹¹³ כמו כן, הוגשה הצעת חוק להגבלת כוחו של מבקר המדינה שלפיה יוכל לעסוק רק בעניינים שכבר הסתיימו ולא בנושאים שעל סדר היום.¹¹⁴ הצעה זו, אף כי טרם התקדמה, התייתרה במידה רבה לאור

¹¹² הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 20) (מינוי היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה), התשע"ח-2017, ה"ח הממשלה 164.

¹¹³ "חוק היועמ"שים: בכירי מערכת המשפט ועשרות ח"כים בדיון ראשון סוער בוועדת החוקה" **ועדת החוקה חוק ומשפט – חדשות הוועדה** 25.6.2018 <https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Huka/News/press/25618a.aspx>

¹¹⁴ הצעת חוק מבקר המדינה (תיקון – דיווח על תיקון ליקויים), התשע"ז-2017, פ/4167/20, של חבר הכנסת בצלאל סמוריקין.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

מינויו של מבקר המדינה הנוכחי, מתניהו אנגלמן, שכן עם כניסתו למשרד הכריז על "רפורמה לביקורת בונה"; מטרתה, לגישתו, להפוך את ביקורתו של משרד מבקר המדינה ל"בונה, אובייקטיבית ומכבדת", אך על ידי מבקריו הרבים היא נתפסת ככזו שנועדה לרוקן מתוכן את תפקידו של מוסד מבקר המדינה כשומר סף אפקטיבי.¹¹⁵

נדבך מרכזי נוסף בריכוז הכוח בידי הרשות המבצעת, כנהוג במשטר סמכותני, הוא הפיכתה של הכנסת לחותמת גומי להחלטות הממשלה.¹¹⁶ הפיכת מערך הכוחות הנהוג בדמוקרטיה ליברלית והכפפת סמכות החקיקה של הכנסת להחלטות הממשלה הושגה באמצעות שילוב בין ההסכמים הקואליציוניים הנוהגים בישראל לבין אופן פעולתה של ועדת השרים לענייני חקיקה. על פי מערך ההסכמים הקואליציוניים הנוהג בכנסות האחרונות, שליטתה של הממשלה בכנסת היא כה מוחלטת שכמעט שום חוק אינו יכול לעבור בכנסת אם לא אושר קודם לכן על ידי ועדת השרים לענייני חקיקה.¹¹⁷ זאת כיוון שההסכמים הקואליציוניים מחייבים את כל חברי הכנסת של סיעות הקואליציה להצביע שלא לפי צו מצפונם או שיקול דעתם העצמאי אלא אך ורק על פי החלטת ועדת השרים, ואף מטילים סנקציות על חברי כנסת המפרים את החובה האמורה.¹¹⁸ יתרה מזאת, הן דיוניה של ועדת השרים לענייני חקיקה והן הצבעותיה הם

¹¹⁵ מתניהו אנגלמן "מדיניות מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור: 'ביקורת בונה, רלוונטית ואפקטיבית' " **Blog** **ICON-S-IL** 17.11.2019 <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2019/11/17/> מדיניות-מבקר- המדינה-ונציב-תלונות-הציבור; / שחר אילן "על אנגלמן לחזור להיות מבקר ולא מלטף המדינה" **כלכליסט** 29.7.2019 <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3767225,00.html>

¹¹⁶ גילה שטופלר "בית המשפט העליון כבלם מפני השתלטות עוינת של הממשלה על סמכויות הכנסת" **Blog** **ICON-S-IL** 25.3.2018 <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2018/03/25/> העליון-כבלם-מפני-השתלטות-עוי/.

¹¹⁷ חברי הכנסת יכולים לבצע שינויים מסוימים בסעיפי החוק במהלך הדיונים, אך תמיכתם/התנגדותם לחוק עצמו מוכתבת על ידי עמדת הממשלה. על פי דוח של עמותת המשמר החברתי, 12 הצעות חוק בלבד מתוך מאות שהוגשו בכנסת ה-19 זכו לכך שגורלן נקבע בכנסת ולא בוועדת השרים לענייני חקיקה. 11 מהן בנושאים פרוצדורליים הנוגעים לפעילות הכנסת, שלגביהם באופן מסורתי לא נקבעת עמדת ממשלה, ורק באחת, הצעת החוק בנוגע ל"ישראל היום", ניתן לחברי הקואליציה חופש הצבעה (מערכת המשמר החברתי "הכנסת היוצאת השאירה אותנו עם שאלה אחת: מי מחוקק את חוקי המדינה?" **המשמר החברתי** 3.3.2015 hamishmar.org.il/2015/03/03/19th-knesset-summary-report-coalition-discipline).

¹¹⁸ ס' 2 לנספח להסכם הקואליציוני לכינון הממשלה ה-34 של מדינת ישראל מ' 2 לנספח להסכם הקואליציוני לכינון הממשלה ה-35 של מדינת ישראל m.knesset.gov.il/mk/government/documents/kaveiyesod2015.pdf; ס' 2 לנספח להסכם הקואליציוני לכינון הממשלה ה-35 של מדינת ישראל m.knesset.gov.il/mk/government/Documents/CA35-Likud-BW-200420.pdf

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

חסויים, כך שהשרים, האחראים כיום בפועל על החקיקה וחקיקת היסוד בישראל, אף אינם חשופים לביקורת ציבורית על עמדותיהם, ואלה נותרות עלומות. עתירה נגד החיסיון האמור נדחתה, למרות הנזק החמור שהוא גורם לדמוקרטיה הישראלית ולזכותו של הציבור לדעת כיצד מתקבלות ההחלטות המכתיבות הלכה למעשה את חקיקת הכנסת.¹¹⁹ שליטתה של הממשלה בהליכי החקיקה של הכנסת לא נעלמה מעיניו של בית המשפט העליון, ושופטיו התבטאו בכמה הזדמנויות בנוגע לצורך של בית המשפט להתערב בפעולתה של הכנסת על מנת למנוע מצב שבו, כמאמר השופט סולברג בבג"צ קוונטינסקי, "תהיה הכנסת כאסקופה הנדרסת בגלגלי הממשלה".¹²⁰

המאבק המקיף והמתקשר ביותר שניהלו הממשלה והקואליציה בעשור האחרון, וביתר שאת החל מהכנסת העשרים, נוגע לניסיונות להגביל את כוחו של בית המשפט העליון ולרסן את פסיקתו. אי אפשר להפריז בחשיבותו של המאבק האמור, שכן בשיטת המשטר הישראלית בית המשפט העליון הוא הלכה למעשה הבלם היחיד מפני כוחה של הממשלה, מצב שיש הטוענים כי הוא ללא אחריות בדמוקרטיה בעולם.¹²¹ בין הניסיונות להגביל את כוחו של בית המשפט אפשר למנות, בין השאר, ניסיונות של פוליטיקאים, ובראשם שרת המשפטים לשעבר איילת שקד, להביא לשינוי באופן ההצבעה על מינוי שופטים על מנת לדלל את כוחם של השופטים בוועדה למינוי שופטים, וכן לבטל את שיטת הסניוריטי כדי לחסום את מינויה של השופטת אסתר חיות – הנחשבת לשופטת ליברלית – לנשיאת בית המשפט העליון.¹²² בנוסף, חברי כנסת ממפלגות הימין הגישו הצעות לתיקון חוק יסוד השפיטה לשם צמצום זכות העמידה בבג"צ על מנת למנוע מארגוני זכויות אדם וארגוני חברה אזרחית לעתור לבג"צ כמייצגי האינטרס הציבורי, תוך הגבלת זכות העמידה רק לעותרים שיכולים להוכיח פגיעה באינטרס אישי ישיר.¹²³ פסגת הניסיונות לצמצם את כוחו של בית המשפט העליון הייתה לאורך השנים הגשת הצעות החוזרות לחוקק פסקת התגברות,

¹¹⁹ בג"ץ 2555/17 אביטל נ' ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 18.12.2017).

¹²⁰ בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פס' 34 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 6.8.2017).

¹²¹ עמיהי כהן פסקת ההתגברות: איוונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט 25 (הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018).

¹²² שרון פולבר "שקד מאיימת לשלול משופטי העליון את זכות הווטו על מינוי שופטים" הארץ – משפט ופליים www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.310849631.10.2016; שרון פולבר "שקד מעכבת את מינוי נשיאת העליון כדי לבחון מחדש את שיטת הסניוריטי" הארץ – משפט ופליים www.haaretz.co.il/news/law/1.3952689.26.3.2017. לעניין זה ראו גם הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – בחירת נשיא בית המשפט העליון בידי הכנסת), התשע"ז-2017, פ/4529/20, של חברי הכנסת יואב קיש ואמיר אוחנה.

¹²³ הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – הגבלת זכות העמידה), התשע"ז-2017, פ/4123/20.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

שהפכו לכלי הניגוח הפוליטי העיקרי נגד בית המשפט העליון.¹²⁴ הצעות כאלה הוגשו פעמים מספר במהלך השנים, אך לא צלחו.¹²⁵ אף על פי כן, בכנסת העשרים, במסגרת חרפת המתקפה על האלמנטים הליברליים של החוקתיות הישראלית, הוגשו הצעות רחבות יותר שזכו במשולב לכינוי "התגברות מורחבת".¹²⁶ כך, בנוסף להצעה למתן אפשרות לכנסת להתגבר ברוב רגיל על החלטת בית המשפט העליון לפסול חוק שאינו חוקתי, הוגשה הצעת חוק שמטרתה לבטל את עילת הסבירות ולמנוע מבית המשפט את היכולת לבצע ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות של נשיא המדינה, של הכנסת או ועדה מוועדותיה, ושל הממשלה, ראש הממשלה או שר משרי הממשלה.¹²⁷ אף כי הצעות אלה לא התקדמו בכנסת העשרים, הרי שעל פי פרסומים הן שימשו בסיס למשא ומתן הקואליציוני לשם הקמת הממשלה לאחר הבחירות לכנסת העשרים ואחת במאי 2019, ואף הוסכמו על מרכיבי הקואליציה העתידית, אך זו לא הוקמה לבסוף כיוון שהכנסת העשרים ואחת התפזרה בסוף אותו חודש ובחירות חדשות הוכרזו.¹²⁸ על פי אותם פרסומים, עילה מרכזית לכך שהקואליציה המיועדת דנה בהסדרים הללו, בנוסף לרצון הכללי לצמצם מאוד את כוחו של בית המשפט, הייתה הניסיון למנוע ביקורת שיפוטית על החלטה אפשרית של הכנסת להעניק לבנימין נתניהו חסינות בפני העמדה לדין בכתבי האישום נגדו.¹²⁹

שאלת חוקתיותה של הענקת חסינות לנתניהו לא הגיעה לבסוף לדין בכנסת בשל ההתפתחויות הפוליטיות, אולם בהקשר זה ראוי לציין כי הטיעונים שראש הממשלה משמיע נגד רשויות החוק בגין כתבי האישום שהוגשו נגדו, וניסיונו לקעקע את סמכותן של הרשויות לפעול נגדו ולהכריע בגורלו המשפטי, נראים כלקוחים מכתביו של שמיט. בדומה לשמיט, נתניהו ותומכיו טוענים בהקשר של משפטו כי העם, שהוא הריבון בדמוקרטיה, יכול לחדור דרך כל המערכות החוקתיות והמשפטיות

¹²⁴ הלל סומר "תרופת פלא או גולת רעל? עיון חוזר במנגנון ההתגברות" **חוקים** יב, 55, 70 (2018).
¹²⁵ הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – ביקורת שיפוטית), התשס"ד-2004, פ/1630/16, של חבר הכנסת יצחק כהן; הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), התשע"ז-2019, פ/18/1891, של חברי הכנסת משה גפני ואורי מקלב; הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), התשע"ג-2013, פ/19/1944, של חברת הכנסת איילת שקד ואחרים.

¹²⁶ חיים לוינסון "נתניהו מגבש חוק שימנע מבג"צ להתערב בהחלטות של השרים והכנסת" **הארץ – פוליטי** 13.5.2019, www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.7225826.

¹²⁷ הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), התשע"ז-2017, פ/20/4005, של חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ' ואחרים; הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – הפרדת רשויות), התשע"ו-2016, פ/20/2863, של חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ' וחמישה עשר חברי כנסת אחרים.

¹²⁸ חוק התפודות הכנסת העשרים ואחת, התשע"ט-2019; לוינסון, לעיל ה"ש 126.
¹²⁹ שם.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

על מנת לחרוץ את דינו של ראש הממשלה במשפט ולזכותו מכל עבירה, כיוון שמכוח ריבונותו העם הוא גם השופט העליון וגם המחוקק העליון. כדברי שמיט:

In a democracy the people is the sovereign; it can break through the entire system of constitutional norms and decide a court case, like the prince in an absolute monarchy could decide cases. It is supreme judge as well as supreme legislator.¹³⁰

(ב) מתקפות על זכויות האדם, החברה האזרחית וארגוני זכויות האדם

פן חשוב במשטר סמכותני שבטי, הבא לידי ביטוי בתאוריה של שמיט, הוא נטישת ההגנה על זכויות האדם האוניברסליות, המוענקות לכול, כגון שוויון וחופש הביטוי, בנימוק שהגנה כזו מסכלת את מימושה החופשי של זהותו הקולקטיבית של העם כקבוצה תרבותית הומוגנית. בשירות מטרה זו נעשו בשנים האחרונות צעדי חקיקה ומהלכים פוליטיים רבים לצמצום זכותם של מיעוטים, ובעיקר המיעוט הערבי בישראל, לשוויון, וכן לפגיעה בחופש הביטוי וביכולת הפעולה של ארגוני זכויות האדם, התרבות והתקשורת. בכל הנוגע לזכויות המיעוט הערבי, שינוי חקיקתי יסודי שהתקבל היה התיקון לחוק יסוד: הכנסת, הידוע בכינוי "חוק ההדחה", המאפשר ל-70 חברי כנסת מכהנים לפתוח בהליך הדחה של חבר או חברת כנסת אם הם סוברים כי הוא או היא מעודדים טרור או הסתה לאלימות. על פי התיקון, על מנת להדיח חבר כנסת מכהונתו יש צורך ברוב של תשעים חברי כנסת, והוא יוכל לערער לבית המשפט העליון על החלטת הכנסת.¹³¹ חוק זה מפקיד לראשונה בידיהם של חברי כנסת מכהנים את האפשרות להדיח את יריביהם הפוליטיים מהכנסת, ומעלה חשש כבד לעריצות הרוב ולשימוש פסול בכוח פוליטי על מנת לפגוע בחברי הכנסת מהמיעוט, ובעיקר מהמיעוט הערבי. אף על פי כן נמנע בית המשפט העליון מלפסול את החוק תוך שהוא קובע כי מנגנוני ההגנה הכלולים בתיקון מונעים ממנו לעלות כדי פגיעה לא חוקתית בזכות לבחור ולהיבחר.¹³² תיקון חוקתי נוסף שנועד להגביר את הדה-לגיטימציה של מועמדים / חברי כנסת המייצגים את המיעוט הערבי הוא תיקון סעיף 7א לחוק יסוד

¹³⁰ Bielefeldt, לעיל ה"ש 101, בעמ' 118, ה"ש 16.

¹³¹ חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44), התשע"ו-2016, ס"ח 1086.

¹³² בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (פורסם בבנו, 27.5.2018).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

הכנסת שנועד לכלול בסעיף את המילה "התבטאויותיו", כך שיובהר שהאיסור על השתתפות של מועמד בבחירות לכנסת באם הוא תומך בשלילת קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מסית לגזענות או תומך במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור נגד מדינת ישראל, חל לא רק על מעשיו אלא גם על התבטאויותיו.¹³³ כיוון שפרשנות זו הייתה מקובלת על בית המשפט עוד טרם התיקון נראה כי מטרתו העיקרית של התיקון הייתה לשמש במה להגברת הדה-לגיטימציה כנגד חברי הכנסת הערבים והחלשת האופוזיציה והשתקתה על ידי תיוג כל פעילות אופוזיציונית כאנטי-פטריוטית.

חוקים אלה הצטרפו לשורה של חוקים שנחקקו בכנסות קודמות במטרה להגביל את חופש הביטוי של המבקשים לערער על מדיניותה של הממשלה ועל הנרטיב היהודי-לאומי שהיא מקדמת, כגון חוק החרם, שנועד למנוע ביקורת בכל הנוגע למעמדם של השטחים הכבושים, וחוק הנכבה, שנועד למנוע מגוף המקבל תקציבי מדינה לציין את "יום הנכבה".¹³⁴ במהלך הכנסת העשרים הוצעו יוזמות חקיקה נוספות המחריפות את הסנקציות המוטלות בחוקים אלה, כגון הצעת חוק המונעת ממי שתומך בחרם על מדינת ישראל או על ההתנחלויות להיכנס לישראל ולשטחים הכבושים, שעברה בקריאה שנייה ושלישית במרץ 2017, והצעת חוק אשר הובאה להכנה לקריאה ראשונה בוועדת החוקה, למרות התנגדות היועץ המשפטי לממשלה, אשר קובעת כי על מי שקורא לחרם באופן שיטתי, כגון מי שקורא בשיטתיות להחרמת מוצרים המיוצרים בהתנחלויות, אפשר יהיה להטיל פיצוי של עד מאה אלף ש"ח ללא הוכחת נזק.¹³⁵ לשם הרחבת הסמכויות הקבועות בחוק הנכבה קידמה שרת התרבות, השרה מירי רגב, תזכיר חוק הידוע בכינויו "חוק הנאמנות בתרבות", שמטרתו להעניק למשרד התרבות סמכות למנוע תקציבים ממוסדות תרבות השוללים את קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מבזים את סמלי המדינה, מציינים את יום הנכבה ועוד. תזכיר זה הוגש כהצעת חוק ממשלתית, ואף הונח על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ושלישית, אך הכנסת העשרים התפזרה טרם נערך הדיון בו.¹³⁶ במקביל לניסיונות לחקיקת החוק ניסתה השרה להטיל מגבלות וצנזורה על

¹³³ חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 46), התשע"ז-2017, ס"ח 516.
¹³⁴ חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011; חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011, ס"ח 2286. לביקורת על דברי חקיקה אלה כנדרבך בהרחבה יתרה של עקרון הדמוקרטיה המתגוננת, שאינה עולה בקנה אחד עם עקרונות הדמוקרטיה, ראו רבקה וייל "עיון מחודש בתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל" **דין ודברים** י 345 (2017).
¹³⁵ חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 28), התשע"ז-2017, ס"ח 458; הצעת חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם (תיקון – פיצויים ללא הוכחת נזק), התשע"ז-2017, פ/4555/20.
¹³⁶ הצעת חוק התרבות והאמנות (תיקון מס' 2), התשע"ט-2018, ה"ח הממשלה 66.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

מופעי תרבות ועל מוסדות תרבות שביטאו עמדות שנויות במחלוקת, כגון ניסיון להגביל את פסטיבל סרטי הנכבה בסינמטק תל אביב, ניסיון לצנזר את המחזה "פלסטין שנת אפס" שיועד להיות מוצג בפסטיבל עכו, ניסיון לשכנע ראשי רשויות מקומיות למנוע אירועים בעלי תוכן שאינו מקובל על השרה, כגון אירוע בחיפה עם "שוברים שתיקה", ועוד.¹³⁷ באותו זמן נקט שר החינוך יוזמות להגבלת חופש הביטוי באקדמיה ובמערכת החינוך, ואילו ראש הממשלה נקט פעולות להגבלת התקשורת, ששיאן במשבר התאגיד.¹³⁸

לרשימה חלקית זו יש להוסיף את החקיקה ואת הפעולות להגבלת ארגוני זכויות האדם, כגון חוק העמותות, המחייב ארגונים אזרחיים המקבלים את עיקר מימונם מִיְשׁוֹת מדינית זרה להצהיר על כך בפרסומים שונים.¹³⁹ נוסח החוק שהתקבל מרוכך יחסית להצעת החוק המקורית, שבה נדרשו ארגונים אלה גם לשאת תג זיהוי בבואם לכנסת ולהצהיר על כך בעל פה בעת השתתפותם בדיונים שונים.¹⁴⁰ דוגמה נוספת היא החוק שנועד למנוע מארגון "שוברים שתיקה" כניסה לבתי ספר על מנת להרצות בפני תלמידים, המעניק לשר החינוך סמכות למנוע כניסה לבתי ספר מיחידים ומארגונים שפעילותם עומדת לפי שיקול דעתו בסתירה חמורה למטרות החינוך הממלכתי, או שפועלים לנקיטת הליכים משפטיים או מדיניים נגד חיילי צה"ל מחוץ לישראל בגין פעולות שביצעו בתפקידם הצבאי.¹⁴¹

¹³⁷ פרטים על הניסיונות האמורים ועל התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה ניתן למצוא באתר האגודה לזכויות האזרח. על פסטיבל סרטי הנכבה: "היועץ" ש: לשרה רגב אין סמכות להתערב בפסטיבל סרטי הנכבה" 3.12.2015 <https://law.acri.org.il/he/36251>; על "פלסטין שנת אפס": "ניסיונות משרד התרבות להטיל צנזורה על מחזות 15.5.2017 <https://law.acri.org.il/he/38802>; על האירוע עם שוברים שתיקה: "שרת התרבות פוגעת בחופש היצירה האמנותי ובערכי יסוד דמוקרטיים" 27.4.2017 <https://law.acri.org.il/he/40062>.

¹³⁸ האגודה לזכויות האזרח בישראל **צמצום המרחב הדמוקרטי בישראל – הכנסת ה-20: תמונת מצב** (2018)

http://docs.wixstatic.com/ugd/01368b_0b4cd2fcc2944416a588f3a0e9ad4149.pdf. לפירוט פעולות ראש הממשלה נגד התקשורת ראו עמ' 7–8. לפירוט פעולות שר החינוך להגבלת חופש הביטוי במערכת החינוך ובאקדמיה ראו עמ' 22. משבר התאגיד הוא המשבר שפרץ סביב ניסיונותיו של ראש הממשלה בנימין נתניהו לסכל את יישום החוק להקמת תאגיד השידור הציבורי ואת תחילת פעולתו כשהסתבר לו כי לא תהיה לממשלה שליטה על התאגיד ועל תוכני השידורים בו. ראו שם בעמ' 8.

¹³⁹ חוק חובת גילוי לגבי מי שנתמך על ידי ישות מדינית זרה (תיקון), התשע"ו-2016, ס"ח 1054.
¹⁴⁰ על נוסחו הקודם של החוק ראו "חוק הסימון / חוק העמותות" האגודה לזכויות האזרח בישראל law.acri.org.il/he/36195 13.7.2016.

¹⁴¹ חוק חינוך ממלכתי (תיקון מס' 17), התשע"ח-2018, ס"ח 828.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

**(ג) ההבחנה בין עמית לאויב ויצירת דה-לגיטימציה ציבורית ומשפטית
למבקרי השלטון**

על פי התאוריה של שמיט, ההבחנה בין עמית לאויב היא העומדת בליבו של הפוליטי, ועל כל חברה החפצה לשרוד להתנער מהניטרליות והאוניברסליות הליברליות ולהחליפן בהבחנה ברורה וחדה בין עמית לאויב, המאפשרת את הוקעתו והכרעתו של האויב ואת הישרדותה של החברה. מאפיין בולט של המהלכים החקיקתיים והציבוריים שנקטו הממשלה והקואליציה בעשור האחרון, וביתר שאת החל מהכנסת העשרים, ושחלקם תוארו לעיל, הוא שמטרה מרכזית שלהם היא הנכחת ההבחנה בין עמית לאויב, הרחבתה והעמקתה. לטענתי, מרכזיותה הגדלה והולכת של ההבחנה בין עמית לאויב בציבוריות ובמשפט הישראלי מהווה מאפיין חשוב של המעבר ההדרגתי מחוקתיות סמי-ליברלית לחוקתיות סמכותנית שבטית. רבים ממהלכי החקיקה שתוארו לעיל, כגון הצעת חוק הנאמנות בתרבות של השרה רגב, מניעת הכניסה לישראל מאנשים המתנגדים לכיבוש, כולל יהודים אזרחי ישראל המתגוררים בחו"ל, מסע הדה-לגיטימציה הנרחב נגד "שוברים שתיקה" ו"בצלם", חוק החרם, חוק הנכבה וחוק העמותות, משמשים כולם לסימון אויבים.¹⁴² מאפיין חשוב נוסף של רבים ממהלכים הללו, המבטא גם הוא שלב חשוב במעבר לחוקתיות סמכותנית שבטית, הוא הרחבת מושג האויב מהפלסטינים בשטחים לערבים בישראל, ומהם ליהודים ליברלים הסבורים שעל ישראל לשאוף להיות דמוקרטיה ליברלית וחולקים על החזון הכמו-שמיטאיני של (פסידו) דמוקרטיה יהודית סמכותנית בארץ ישראל השלמה.

גולת הכותרת בתהליך זה, שנועדה להעבירו מהמישור החקיקתי למישור החוקתי, ועל ידי כך לשנות את ההיגיון המארגן של החוקתיות הישראלית לכיוון של חוקתיות סמכותנית שבטית, היא חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי.¹⁴³ מנקודת המבט של רבים בקואליציות הימין בהובלת בנימין נתניהו, ששלטו בישראל בעשור השני של המאה ה-21, ובדומה לתפיסתו של שמיט, המאפיינים הליברליים

¹⁴² הצעת חוק התרבות והאמנות (תיקון מס' 2); חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם; חוק חובת גילוי לגבי מי שנתמך על ידי ישות מדינית זרה (תיקון), וכן ראו פירוט בחלק ב.3. (ב) לעיל.

¹⁴³ חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן – "חוק יסוד הלאום"). שינוי חוקתי חשוב נוסף הוא התיקון לחוק יסוד: הכנסת, הידוע כ"חוק ההדחה". ראו לעיל ה"ש 131 והטקסט המלווה.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

החלקיים של החוקתיות הישראלית מהווים סכנה ליהודיותה של המדינה ואפילו לעצם קיומה, ולכן יש לצמצמם ככל האפשר. זו היא לטענתי מטרתו של חוק יסוד הלאום. כך למשל הצהירה לא אחת שרת המשפטים לשעבר, שקד, שמטרתו של חוק הלאום היא לשנות את נקודת האזיון בין "יהודית" ל"דמוקרטית", כיוון שלטעמה בית המשפט הגן על אופייה הדמוקרטי-ליברלי של ישראל יותר מדי, על חשבון אופייה היהודי.¹⁴⁴ אמירות דומות נשמעו מבכירים בליכוד, כגון יו"ר הכנסת יריב לוין.¹⁴⁵ הרצון לצמצם את משקלם של עקרונות ליברליים דמוקרטיים בחוקתיות הישראלית הוא הסיבה שבשלה אין חוק יסוד הלאום כולל כל התייחסות לאופייה הדמוקרטי של ישראל, לזכות לשוויון או לזכויות המיעוטים שחיים במדינה. העדיפות הברורה שחוק היסוד נותן ליהודיותה של המדינה על פני אופייה הדמוקרטי גלומה בין השאר בקביעה שהעם היהודי מממש את זכותו הדתית להגדרה עצמית במדינת ישראל שהוקמה בארץ ישראל, בקביעת ההתיישבות היהודית כערך חוקתי שיש לעודדו ולבססו, ובביטול המעמד של השפה הערבית כשפה רשמית.¹⁴⁶ שתי הקביעות הראשונות נועדו לייצר בסיס חוקתי לסיפוח השטחים הכבושים לישראל, ואילו האחרונה נועדה לערער על התפיסה של המיעוט הערבי כעמית שווה זכויות במדינה.¹⁴⁷

לכן יש לראות בחקיקת חוק יסוד הלאום נקודת מפנה בנכונותו של השלטון בישראל לשנות את מבנה המערכת החוקתית הישראלית ממערכת המשקפת אתוס

¹⁴⁴ יהונתן ליס "שקד: חוק הלאום נועד לחזק את הערכים היהודיים בפסיקות בתי המשפט" **הארץ – פוליטי** 10.5.2017 <https://www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.4086108>

¹⁴⁵ מורן אזולאי, אטילה שומפלבי ואלכסנדרה לוקש "השר לוין: חוק הלאום יחזיר את הרוב היהודי לגליל" **Ynet – פוליטי מדיני** 16.7.2018 <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5310882,00.html>

¹⁴⁶ סעיפים 1, 4, 7 לחוק יסוד הלאום, בהתאמה.

¹⁴⁷ אם כי כמובן גם שתי הקביעות הראשונות חותרות תחת זכותו של המיעוט הערבי לשוויון אזרחי. כך למשל עולה מפסק דינו של רשם בית משפט השלום בקריות שבו הוא קובע כי סעיף 7 לחוק יסוד הלאום מצדיק את מדיניותה של עיריית כרמיאל המסרבת להקים בעיר בית ספר בשפה הערבית, ואף מסרבת לממן הסעות לתלמידים ערבים תושבי העיר לבתי ספר ביישובים סמוכים. זאת לדידו כיוון שהקמת בית ספר בשפה הערבית או מימון הסעות לילדים ערבים תושבי כרמיאל יעודדו מגורים של ערבים בכרמיאל, בניגוד לכאורה להוראת חוק יסוד הלאום הדרושת לעודד התיישבות יהודית. תא"מ 18-06-12092 **בכרי נ' עיריית כרמיאל**, פס"ז (פורסם בנבו, 24.10.2020). יצוין כי השאלה האם ניתן יהיה להשתמש בחוק הלאום כבסיס לסיפוח טרם הוכרעה, והיא נתונה לפרשנות. עם זאת יש לשים לב שכבר עתה יש שופטים הנותנים פרשנויות רחבות מאוד לסעיפי חוק היסוד, כמו בדוגמה לעיל. עוד יצוין כי הטענה כי חוק יסוד הלאום מכשיר את חוק ההסדרה מאחר שהוא שינה את האזיון בין ההגנה על זכויות האדם לקידום ההתיישבות כבר נטענה בבג"צ חוק ההסדרה על ידי עו"ד ארנון, שייצג את הממשלה. בית המשפט קיבל את העתירה נגד החוק, אך נמנע מלהתייחס לטענה. בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 9.6.2020).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

ליברלי, גם אם חלקי בלבד, למערכת סמכותנית שבטית המבוססת כולה על ההבחנה בין עמית לאויב. אף כי אפשר לטעון כי מטרתו של חוק יסוד הלאום היא מטרה משפטית מצומצמת שתאפשר לחוקים שייגזרו מההסדרים הקבועים בו לעמוד בביקורת שיפטית כתואמים את המסגרת החוקתית, גם אם ייתנו למשל העדפה להתיישבות יהודית או לשפה העברית, הרי שלטענתי המטרה העקרונית והערכית שלו רחבה הרבה יותר. בלשונו של שמיט, המטרה היא להגדיר מיהו העמית – העם-השבט-ה"אנחנו" – וכפועל יוצא גם מיהו האויב. העמיתים הם חברי הקולקטיב היהודי, אבל רק אלה המזדהים הזדהות מלאה עם השבט. המילים "דמוקרטיה" ו"שוויון" אינן מופיעות בחוק יסוד הלאום, והעדרן הוא השמטה מכוונת. שמיט מבהיר לנו את החשיבות התאורטית של השמטה מעין זו, שכן לדידו מתן שוויון אוניברסלי לכלל אזרחי המדינה הוא רעיון ליברלי המנוגד להבחנה בין עמית לאויב, ובכך הוא מחליש ומסכן את הקיום הקולקטיבי של העם. כך, מהלכי החקיקה שנמנו לעיל, שחוק יסוד הלאום הוא גולת הכותרת החוקתית שלהם, מהווים על פי התאוריה החוקתית של שמיט צעד חשוב בכיוון של הכרעה הכרחית בין חוקתיות ליברלית לחוקתיות סמכותנית שבטית, לטובת האחרונה.

עם זאת, אף כי חוק הלאום מהווה מסד חוקתי הכרחי, אין הוא מספיק, ואליו חייבת להצטרף פסקת התגברות מורחבת.¹⁴⁸ פסקה זו הכרחית על מנת להגשים את שתי המטרות של המעבר לחוקתיות סמכותנית שבטית שזוהו לעיל. ראשית, היא חיונית על מנת למנוע את המשך ההליך המשפטי נגד בנימין נתניהו בגין כתיב האישום שהוגשו נגדו. שנית, היא חיונית על מנת לאפשר את קידום שאיפותיו של הימין האידאולוגי בכל הנוגע לסמכויות המדינה בשטחים, שכן לפחות לעת הזו בית המשפט העליון ממשיך לשמור (באופן חלקי) על זכויות הקניין של התושבים הפלסטינים בשטחים ומסרב להכשיר בדיעבד תפיסת קרקעות פרטיות של פלסטינים לשם הקמת יישובים יהודיים בשטחים. כך עולה מפסקי הדין בעניין חוק ההסדרה ובעניין מצפה כרמים, שבהם ביטל בית המשפט את חוק ההסדרה והורה על פיניויו של המאחז הבלתי חוקי מצפה כרמים, בהתאמה.¹⁴⁹ צירוף של שני הכלים החוקתיים הללו – חוק הלאום ופסקת התגברות מורחבת – יהווה צעד מרכזי בכיוון של מעבר מלא לחוקתיות שבטית וסמכותנית, שכן הוא ייצור מסגרת חוקתית ואידאולוגית שתאפשר את ההתנתקות

¹⁴⁸ ראו לעיל ה"ש 126 ו-127.

¹⁴⁹ עניין עיריית סלואד, לעיל ה"ש 147; בג"ץ 953/11 סאלחה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 27.8.2020).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

מההיבטים הליברליים של החוקתיות בישראל, ובכלל זה מהאיזונים והבלמים
המאפיינים אותה.¹⁵⁰

4. חוקתיות סמכותנית ומשבר הקורונה

במרץ 2020, בעקבות התפשטות המגפה הנגרמת מנגיף הקורונה בארץ ובעולם, נכנסה מדינת ישראל, כמו מדינות רבות אחרות בעולם, למשבר בריאותי וכלכלי שבעת כתיבת שורות אלה נמשך כבר קרוב לשנה. הגלישה לעבר חוקתיות סמכותנית והניסיון לקעקע את עקרון הפרדת הרשויות הגיעו לשיאים חדשים בתחילת משבר הקורונה, במה שנראה כניסיון של ממשלת המעבר שכינה בפרוץ המשבר בראשות בנימין נתניהו לנצל את מצב החירום הרפואי על מנת לבסס לעצמה שליטה כמעט מוחלטת בנעשה במדינה, ובכלל זה שליטה על משפטו של נתניהו שעמד להיפתח. יצוין כי במדינות רבות בעולם שינה משבר הקורונה את מערכת היחסים בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת. מחקרים מצביעים על כך שהסכנה ליציבות הדמוקרטיה התגלתה כגבוהה במיוחד במדינות בעלות משטר דמוקרטי חלש, שבהן ניסו מנהיגים לנצל את המשבר על מנת לקנות אחיזה רחבה יותר בשלטון.¹⁵¹ גם בישראל, שלטענתי הינה בעלת מבנה חוקתי סמי-ליברלי בלבד, שיקף אופן פעולת הממשלה, הכנסת ורשויות השלטון האחרות לאורך משבר הקורונה את מרכזיותם של הסדרי שעת חירום אנטי-ליברליים במבנה החוקתי הישראלי מתחילתו.¹⁵² מבנה זה הקל מאוד על הממשלה לתת מרכזיות חסרת תקדים להסדרי שעת חירום במהלך המשבר, ובכך להתקדם צעד משמעותי נוסף בדחיקתם של ההיבטים הליברליים בדמוקרטיה הישראלית לטובת ההסדרים הסמכותניים. בניגוד לחוק הלאום שמטרתו, לטענתי, לבסס את הפן השבטי בחוקתיות הסמכותנית-שבטית, המהלכים שביצעה

¹⁵⁰ בפסקת התגברות מורחבת הכוונה לפסקת התגברות שתבטל את הביקורת השיפוטית לא רק על חקיקה אלא גם על החלטות הכנסת וועדותיה, והממשלה ושריה. הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), התשע"ז-2017, פ/4005/20, של חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ' ואחרים; הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – הפרדת רשויות), התשע"ו-2016, פ/2863/20, של חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ' וחמישה עשר חברי כנסת אחרים.

¹⁵¹ Ittai Bar-Siman-Tov, *Covid-19 Meets Politics: The Novel Coronavirus as a Novel Challenge for Legislatures*, 8 THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION 11, 11–48 (2020), in pp. 25–29.

¹⁵² לפירוט המאבק בין הרשויות בישראל ראו שם, בעמ' 30–43.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

הממשלה, ובעיקר ממשלת המעבר, במהלך משבר הקורונה נועדו לחזק את הפן הסמכותני על ידי שחיקה עד דק של עקרון הפרדת הרשויות.¹⁵³

בחודשים הראשונים של משבר הקורונה הותקנו יותר תקנות לשעת חירום מאשר בכל זמן אחר בהיסטוריה של ישראל, ובהן תקנות אשר הטילו מגבלות חמורות על זכויות בסיסיות, כגון חופש התנועה והזכות לפרטיות.¹⁵⁴ אף על פי כן, דינוי להלן יתמקד בעיקר בשני הצעדים המשמעותיים ביותר שניסתה ממשלת המעבר לנקוט בחסות משבר הקורונה, ושלטענתי לא היו קשורים כלל לטיפול במשבר הקורונה אלא לניסיון של ממשלת המעבר לנצל את המשבר כדי למנוע את פתיחת משפטו הפלילי של ראש הממשלה, וכדי לבצר את שליטתה. הצעד הראשון הוא ניסיון לסגור את בתי המשפט על מנת להביא לדחייה בפתיחת משפטו של ראש הממשלה שעמד להתחיל בסמוך לתחילת המשבר, והצעד השני הוא ניסיון להימנע מכינוס הכנסת החדשה שזה עתה נבחרה ולמנוע את תחילת פעולת הוועדות לאחר כינוסה.

הניסיון למנוע את פעולת בתי המשפט החל בכך שביום 15.3.20 הכריז שר המשפטים באותה עת, השר אמיר אוחנה, על מצב חירום מיוחד במערכת המשפט, אשר כמעט שיתק לחלוטין את פעולת בתי המשפט.¹⁵⁵ השר השתמש בסמכות לכאורה מכוח תקנות בתי המשפט ולשכות ההוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד) משנות התשעים, שאותן תיקן שלושה ימים לפני כן כך שתכלולנה הכרזה על מצב חירום גם "מחמת חשש ממשי לפגיעה חמורה בבריאות הציבור או מחמת פגע

¹⁵³ צעדים מרכזיים נוספים שננקטו ושמבטאים את הגלישה לעבר חוקתיות סמכותנית הם העמקת אמצעי המעקב אחר האזרחים והטלת מגבלות חריפות על זכות המחאה. תמר מגידו "אקטיביזם מקוון, שליטה דיגיטלית ושלטון הטרול" **ICON-S-IL Blog** 28.6.2020 [https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2020/06/28-aktyvizm-makvun-](https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2020/06/28-aktyvizm-makvun-shlita-dejitalit-ushlton-htrol/)

שליטה-דיגיטלית-ושלטון/; Tamar Hostovsky Brandes, *An Emergency within an Emergency: Israel's "Special Emergency Coronavirus Situation" and Freedom of Assembly*, VERFBLOG (Oct. 14, 2020), <https://verfassungsblog.de/an-emergency-within-an-emergency-within-an-emergency/>.

¹⁵⁴ קוסטי, לעיל ה"ש 73.

¹⁵⁵ "דוברות הרשות השופטת: הודעות לתקשורת אודות פעילות בתי המשפט במצב חירום מיוחד" אתר הרשות השופטת 15.3.2020 www.gov.il/he/departments/news/spokemanmessage150320.

יצוין כי נראה כי הסגירה תואמה עם הנהלת בתי המשפט רק לאחר שכבר הוכנו מטעם סגן מנהל בתי המשפט (לענייני מנהל) הנחיות שמאפשרות את המשך פעולת בתי המשפט תוך שמירה על ריחוק חברתי. הנחיית הנהלת בתי המשפט – סגן מנהל בתי המשפט (לענייני מנהל) "הנחיות אופרטיביות לוויסות כוח אדם ואולמות הדיונים בבתי המשפט" (14.3.2020).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

טבע¹⁵⁶. על פניהן, תקנות בתי המשפט, כמו גם השימוש שעשה בהן השר אוחנה על מנת לשתק כמעט כליל את פעילות מערכת בתי המשפט, לראשונה מאז הותקנו, ולוקות בחוסר סמכות, שכן חוק בתי המשפט שמכוחו הותקנו התקנות אינו מכיל כל הסמכה מפורשת לשר המשפטים להשבית את מערכת המשפט ולמנוע פנייה לערכאות במצב חירום.¹⁵⁷ גם סעיף 39 לחוק יסוד הממשלה, המסמיך את הממשלה כולה (בשונה משר המשפטים לבדו) להתקין תקנות לשעת חירום, בהתקיים מצב חירום המצדיק זאת, קובע מפורשות כי סמכות זו אינה כוללת את הסמכות למנוע פנייה לערכאות.¹⁵⁸ מקל וחומר שחוק בתי המשפט, שאינו מסמיך כלל את שר המשפטים להתקין תקנות לשעת חירום לבתי המשפט, אינו יכול להסמיך את השר לשתק את פעולתם בשל מצב חירום זה או אחר, כפי שבחר לעשות השר אוחנה. בעקבות עתירה לבג"צ שהוגשה נגד השר, ולאחר שפקעו הצווים שהוציא השר מכוח התקנות ושעמדו בתוקף בשבוע שבין ה- 15.3.20 ל-22.3.20, התקבל בהסכמת הצדדים פסק דין הקובע כי המשיבים יבחנו את האפשרות לקבוע בחקיקה ראשית סמכות להתקין תקנות מעין אלה.¹⁵⁹ אף כי צווי השר אוחנה עמדו בתוקף שבוע בלבד, הרי שעקב הוצאתם החליטו השופטים במשפטו הפלילי של ראש הממשלה נתניהו, שהדיון הראשון בו היה קבוע לאותו שבוע (17.3.20), לדחות את הדיון בחודשיים, וכתוצאה מכך נפתח המשפט רק ביום 160,24.5.20

במקביל, כאמור, נעשה ניסיון לשתק את פעולת הכנסת. ניסיון זה הוסבר בצורך למנוע מרוב לעומתי של חברי הכנסת החדשה להעביר חקיקה ולבצע פעולות הנוגדות את עמדת ממשלת המעבר, בשל מצב החירום. הסבר זה פסול מיסודו, שכן הוא מכפיף את פעולת הכנסת לעמדת הממשלה, בניגוד גמור לעקרון עליונות הכנסת.¹⁶¹ כך, באותו שבוע סירב יו"ר הכנסת הזמני, ח"כ יולי אדלשטיין מהליכוד, לקדם את בחירתו של יו"ר קבוע לכנסת לאחר השבעתה, בניגוד לדרישתם של רוב חברי הכנסת, וכן סירב לקדם מינוי ועדה מסדרת שתוכל לבחור ועדות זמניות ולהניע

¹⁵⁶ תקנות בתי המשפט ולשכות ההוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד) (תיקון), התש"ף-2020.

¹⁵⁷ ס' 106, 108 ו-109 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, שמכוחם לכאורה הותקנו התקנות, אינם כוללים כל הסמכה מפורשת או משתמעת להשבחת בתי המשפט ומניעת פנייה לערכאות.

¹⁵⁸ ס' 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה.

¹⁵⁹ בג"ץ 2130/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 2.4.2020).

¹⁶⁰ טובה צימוקי "השר אוחנה: לא אני החלטתי על דחיית תחילת משפט נתניהו" – **משפט ופילילים** 15.3.20 <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5695286,00.html>

¹⁶¹ ר' ס' 3-4 לחוק יסוד: הממשלה.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

את פעולת הכנסת.¹⁶² סירובו של ח"כ אדלשטיין נבע מכך שלטענתו "צו השעה עבור מדינת ישראל היא ממשלת אחדות רחבה" וש"מהלכים פוליטיים חפוזים, כמו בחירת יו"ר כנסת קבוע והעברת חקיקה שנויה במחלוקת, מטרתם לסתום את הגולל על האפשרות לאחדות שאותה העם רוצה".¹⁶³ רק לאחר שני פסקי דין של בג"צ, שהשני מביניהם ניתן לאחר שהיו"ר הזמני אדלשטיין התפטר מתפקידו והפר במכוון, וכלשון בית המשפט "בריש גלי ובהתרסה", את הצו המוחלט שניתן בפסק הדין החלקי הראשון, מונה לכנסת יו"ר זמני אחר, בהוראת בית המשפט, אשר הביא לחידוש פעילותה.¹⁶⁴ יצוין כי בהחלטתו של אדלשטיין להפר את החלטת בג"צ תמכו רבים משרי הליכוד, בהם שר המשפטים באותה עת, אמיר אוחנה, ושר התיירות, יריב לוין, אשר תוך שימוש ברטוריקה פופוליסטית ובמתקפה חריפה על הלגיטימיות של בית המשפט העליון צוטט כאומר "אם הנשיאה אסתר חיות רוצה לשים עצמה מעל הכנסת, היא מוזמנת להגיע לבניין עם משמר בתי המשפט ולפתוח את ישיבת המליאה בעצמה. כך יהיה ברור שמדובר בהפיכה שלטונית של קומץ שופטים הבוחרים את עצמם בחדרי-חדרים".¹⁶⁵ בחלוף כמה שבועות, עם הקמת הממשלה החדשה, השלושים וחמש, מונה יולי אדלשטיין לשר הבריאות, ואילו יריב לוין מונה לתפקיד יו"ר הכנסת.¹⁶⁶

באותו זמן, בעוד הכנסת אינה מתפקדת בשל המשבר שתואר לעיל, הוסיפה ממשלת המעבר בראשותו של ראש ממשלת המעבר בנימין נתניהו, אף שהמפלגות שהרכיבו אותה לא זכו לרוב בכנסת שזה עתה נבחרה, להשתמש בסמכות הקבועה בחוק יסוד הממשלה להתקין תקנות לשעת חירום עקב משבר הקורונה, תוך הטלת מגבלות חמורות ביותר על זכויות אזרחי המדינה, כולל הגבלות תנועה, סגירת עסקים

¹⁶² בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (פורסם בנבו, 23.3.2020).

¹⁶³ שם, בפס' 2 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁶⁴ בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (פורסם בנבו, 25.3.2020). על הרקע לפסקי הדין ועל משמעותם המשפטית ראו: רבקה ווייל "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגיה יחסי הכוחות בין כנסת לממשלה בישראל" עיוני משפט מד (צפוי להתפרסם ב-2021).

¹⁶⁵ טל שניידר, "שרים בכירים ליו"ר הכנסת אדלשטיין: הפר את הנחיית בג"ץ" גלובס 23.3.2020. <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001322995>.

¹⁶⁶ יהונתן לים "איש סודו של נתניהו מונה ליו"ר הכנסת. האם יפעל להשיב לה את כוחה או להחלישה?" הארץ – פוליטי 18.5.2020. <https://www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.8852420>; חיים לוינסון ויהונתן לים "אדלשטיין קיבל את הצעת נתניהו לכהן כשר הבריאות; ימינה: טריקת דלת בפנינו" הארץ – חדשות 12.5.2020. <https://www.haaretz.co.il/news/politi/1.8840977>.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

ואישור מעקבי שב"כ אחרי אזרחי המדינה, והכול ללא פיקוח הכנסת ותוך ניסיון למנוע ייסוד של פיקוח כזה.¹⁶⁷

גם לאחר שהכנסת החדשה נכנסה לפעולה הוסיפה הממשלה להתקין תקנות לשעת חירום, עד כי התמשכות השימוש בתקנות שעת חירום הביאה את היועץ המשפטי לממשלה ואת בג"צ לקרוא להחלפתן בחקיקה ראשית. אולם, גם החקיקה הראשית שנחקקה כתחליף לתקנות שעת החירום מותירה בידי הממשלה סמכויות רחבות של פגיעה בזכויות האדם, חלף הפקדת סמכויות אלה בידי הכנסת, ואף אינה מבטיחה פיקוח מספיק מצידה של הכנסת על הסמכויות האמורות.¹⁶⁸ כך, לא זו בלבד שהחוק מאפשר לממשלה להכריז על מצב חירום קורונה ולהניח את ההכרזה על שולחן הכנסת רק בדיעבד, אלא שאף כי החוק נותן לכאורה לוועדה של הכנסת 24 שעות (בלבד) למנוע כניסתן לתוקף של תקנות החירום שהממשלה מתקינה מכוח החוק, הרי שבד בבד הוא מאפשר לממשלה לקבוע לגבי תקנות מסוימות, לפי שיקול דעתה, כי מתקיימת דחיפות המחייבת את כניסתן המיידית לתוקף, ולכן פיקוח הכנסת על תוכנן יתבצע רק בדיעבד.¹⁶⁹ לאורך כל תקופת הדיונים בחוק התבטאו ראש הממשלה נתניהו ושריו נגד ניסיונותיה של הכנסת לפקח על מהלכי הממשלה בנושאים הנוגעים למשבר הקורונה, ויו"ר הקואליציה, ח"כ מיקי זוהר, אף איים להדיח מתפקידה את יו"ר ועדת הקורונה ממפלגת הליכוד, חה"כ יפעת שאשא ביטון, כיוון שהוועדה בראשותה הראתה עצמאות גדולה מדי לדעתו וסירבה לשמש חותמת גומי להחלטות הממשלה על הטלת מגבלות על הציבור.¹⁷⁰

משבר הקורונה וההתפתחויות במהלכו חידדו ביתר שאת את הסכנה הברורה למאפיינים הליברליים של הדמוקרטיה בישראל ולחוסנה של מערכת האיזונים

¹⁶⁷ מכתב מעו"ד דבי גילד-חיו, מנהלת קידום מדיניות וחקיקה באגודה לזכויות האזרח בישראל, לח"כ יולי אדלשטיין, יו"ר הכנסת (19.3.2020) - https://01368b10-57e4-4138-acc3-01373134d221.usrfiles.com/ugd/01368b_e9ad8c9c23d1454ab1f3f5e36e4d04a.pdf.

¹⁶⁸ עמיר פוקס "חוק הקורונה – מופע של התבטלות הכנסת בפני הממשלה" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 29.6.2020 www.idi.org.il/articles/31906; חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020.

¹⁶⁹ ס' 2 ו-4 לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש.

¹⁷⁰ יהונתן ליס, נועה לנדאו ובר פלג "הכנסת אישרה: הממשלה תוכל לעקוף אותה ביישום ההגבלות במאבק בקורונה" **הארץ** 6.7.2020 <https://www.haaretz.co.il/health/corona/premium-1.8973972>; צבי זרחיה "מיקי זוהר הודיע ליפעת שאשא ביטון: את מודחת מתפקידך כיו"ר ועדת הקורונה" **כלכליסט** 28.7.2020 <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3842305,00.html>.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

הבלמים שלה.¹⁷¹ עם זאת, אין לראות בהתפתחויות הללו חריגה זמנית הנובעת ממצב החירום. מהעובדות שתוארו לעיל עולה כי הניסיונות לסגור את בתי המשפט ולשתק את פעולת הכנסת לא נבעו מצורך בריאותי אלא נעשו על מנת לשרת אינטרסים פוליטיים של ממשלת המעבר, השרים וחברי הכנסת מטעמה, אשר ניסו לנצל את קיומו של משבר בריאותי על מנת לשמר את כוחם ולהבטיח את המשך שלטונם למרות אובדן הרוב הפרלמנטרי. מטרת צעדים אלה תואמת בכך את מכלול הצעדים שנקטו עוד טרם משבר הקורונה, ואשר תוארו לעיל, שכן מטרת כלל הצעדים היא הגברת כוחה של הממשלה על ידי החלשת כוחם והכפפתם של הכנסת, בית המשפט והשירות הציבורי לתכתיביה, והחלשה והשתקה של מנגנוני הביקורת האזרחיים על הממשלה – התקשורת, התרבות וארגוני זכויות האדם – על מנת לשחוק עד דק את הבלמים על כוחה של הממשלה המכהנת ולבצר את שלטונה ההגמוני.¹⁷² יתרה מזו, בחוק הקורונה ניתנה לרשות המבצעת, לראשונה בחוק בלבד, הסמכה רחבה, כללית, ולתקופה ממושכת יחסית, להכריז על מצב חירום ולפגוע פגיעה קשה ומתמשכת בקשת רחבה ביותר של זכויות אדם על בסיס ההכרזה, וזאת ללא דרישה מספקת לראיות ברורות וחד-משמעיות לנחיצות הפגיעה בזכויות, וללא פיקוח קפדני, ולעיתים אף ללא אישור מראש, של הכנסת.¹⁷³ בכך החוק מצמצם את המגבלות החיוניות המוטלות על הרשות המבצעת בחוק יסוד הממשלה, ועל פי כלל ההסדרים הראשוניים סולל את הדרך להרחבת סמכויות הממשלה לפגוע בזכויות האדם ללא פיקוח של הכנסת, ומהווה פגיעה חמורה בהפרדת הרשויות ובזכויות האדם.¹⁷⁴ לא זאת אף זאת, בנוסף על כך שמשבר הקורונה חידד את שברירותם של האיוונים והבלמים בשיטה החוקתית הישראלית, ואת הקלות המפתיעה של גלישה לעבר חוקתיות סמכותנית שבטית, הוא אף הקצין את נכונותם של גורמים שלטוניים לעשות שימוש ברטוריקה ובמעשים פופוליסטיים לשם השגת מטרותיהם, ונזקיו יותירו את חותמם על השיטה גם לאחר

¹⁷¹ תופעה של מנהיגים לא-ליברליים המבקשים לנצל את המגפה לצורך אגירת עוד כוח וסמכויות התרחשה במדינות נוספות כגון הונגריה, טורקיה, הודו, סין וכר'. ראו: *Would-be Autocrats Are Using Covid-19 as an Excuse to Grab More Power*, ECONOMIST (Apr. 23, 2020), <https://www.economist.com/international/2020/04/23/would-be-autocrats-are-using-covid-19-as-an-excuse-to-grab-more-power>.

¹⁷² שטופלר, לעיל ה"ש 111.

¹⁷³ פרק ב לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש.

¹⁷⁴ ראו נימוקי העתירה נגד החוק בבג"ץ 6312/20 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת https://01368b10-57e4-4138-acc3-01373134d221.usrfiles.com/ugd/01368b_1ec1ac7ea97e4c1a99e6902098aa7c0d.p df.

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

סיומו. התפיסה שלפיה תפקידה של הכנסת הוא לשמש כ"להקת המעורדות של הממשלה", שקודמה על ידי הממשלה טרם המשבר וביתר שאת במהלכו, הולכת ומעמיקה את אחיזתה בקרב הציבור הרחב, והדבר יוסיף להשפיע על עמדות הציבור בנוגע ליחסי הגומלין בין הממשלה לשאר הרשויות גם לאחר סיום המשבר, ולהקל על ההידרדרות לחוקתיות סמכותנית שבטית.¹⁷⁵

סיכום

מוקדם מכדי לדעת האם השחיקה הדמוקרטית שישראל חווה בשנים האחרונות תוביל לכך שהחוקתיות הישראלית תהפוך לחוקתיות סמכותנית שבטית. במאמר זה טענתי כי בניגוד להנחות המקובלות ישראל איננה דמוקרטיה ליברלית חזקה, ותיקה ויציבה, אלא היא דמוקרטיה סמי-ליברלית בלבד, שהתפיסה המגולמת במבנה המשפטי שלה מראשיתה היא שזכויות ליברליות ראוי שתשמרנה רק כאשר אין הן מתנגשות עם נורמות דתיות ואינטרסים אתנו-לאומיים חשובים. כך, מעת היוסדה הייתה ישראל מדינה דו-ערכית מבחינת המבנה החוקתי שלה, אשר שילב היבטים ליברליים עם היבטים סמכותניים, ובמקרים מסוימים עם היבטים של הכרעה. כן טענתי כי בשל אופייה הסמי-ליברלי ישראל חשופה במיוחד לסכנה של אובדן האיזונים והבלמים, ושל הצלחת תהליך השחיקה של ההיבטים הליברל-דמוקרטיים במבנה החוקתי שלה.

טענתי כי מתחילת העשור השני של המאה ה-21, וביתר שאת החל מחציו השני, הביאה פעילות מכוונת של השלטון, העושה שימוש מושכל בפופוליזם ימני, הן בפעולותיו והן ברטוריקה שלו, לשחיקה משמעותית בהיבטים הליברליים של החוקתיות הישראלית, תוך הרחבת ההיבטים הסמכותניים בה והתקדמות לעבר חוקתיות סמכותנית שבטית. במקביל חל שינוי תואם באידאולוגיה, והיא קוראת (ופועלת) לצמצום המרחב הדמוקרטי תוך הדגשת ההבחנה בין עמית לאויב והרחבת הגדרת האויב כך שתכלול את כל מי שמסומן על ידי השלטון כמתנגד לקולקטיב היהודי, כולל יהודים ליברלים, תוך סימון גבולות השבט כמכיל רק את היהודים שאינם מגלים התנגדות אקטיבית לאידאולוגיה הלאומנית-דתית המקודמת על ידי השלטון. אף כי שחיקת סממני הדמוקרטיה הליברלית בישראל בתקופה זו היא חלק ממגמה

¹⁷⁵ האמירה שלפיה אין זה מתפקידה של הכנסת לשמש "להקת המעורדות של הממשלה" נאמרה בבג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, בפס' קמב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 27.3.2016).

**מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.**

עולמית של שחיקה דמוקרטית, שהשפעותיה ניכרות בישראל כמו בדמוקרטיה רבות אחרות, הרי שהעובדה שישראל נכנסה לתהליך עולמי זה עם מבנה חוקתי המגלם מחויבות חלקית בלבד לדמוקרטיה ליברלית, הן מבחינה אידאולוגית והן מבחינה מבנית, מאיצה את התהליך ומקילה על מימושו. התפתחויות אלה קשורות במידה רבה למאבק על סיפוח השטחים והשלכותיו החוקתיות, אך המתקפה הישירה על מערכות החוק והמשפט, על מנת לשנות את האיזונים והבלמים ולחזק את כוחה של הרשות המבצעת, קשורה במידה רבה גם לכתבי האישום נגד ראש הממשלה בנימין נתניהו ומאבקו נגדם. אם אכן, כפי שחוקרים טוענים, מידת נכונותה של האוכלוסייה להיאבק באמצעים דמוקרטיים על מנת להגן עליה מפני שחיקה והשחתה היא מנבא חזק ליכולתן של דמוקרטיה ליברליות לשרוד,¹⁷⁶ הרי שלהפגנות נגד השחיקה הדמוקרטית, שהחלו עם פרוץ משבר הקורונה, עשוי להיות תפקיד חשוב בעצירתה.¹⁷⁷ עם זאת, נותר לראות האם החוקתיות הסמי-ליברלית הישראלית, על חולשותיה הרבות, תוכל לעמוד בפרץ אל מול שחיקה דמוקרטית הנובעת מהשילוב הנפיץ של לאומנות, שחיתות, והמשבר הכלכלי והבריאותי שגרמה מגפת הקורונה.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Ginsburg, Huq & Versteeg, לעיל ה"ש 7, בעמ' 253; Bugarič, לעיל ה"ש 13, בעמ' 600, 610.

¹⁷⁷ על ההפגנות ראו יובל שני "הפגנות בצל הקורונה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (27.7.2020). <https://www.idi.org.il/articles/32084>.

¹⁷⁸ על המשבר הכלכלי והבריאותי עקב משבר הקורונה ראו המכון לחקר הגליל, האקדמיית גליל מערבי דו"ח קורונה יולי 2020 – ניתוח כלכלי ובריאותי של משבר הקורונה (2020) https://www.wgalil.ac.il/files/Research/researchcenters/hagalil/corona_do.j2020.pdf.