

משפט חוקתי של פשרה

מאת

סוזי נבות*

החלק השלישי בספרו של עמיחי כהן "מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד"¹ מוקדש לתופעת הפופוליזם והשלכותיה על המשפט הישראלי.² אף על פי שלשיתו של כהן קשה לשים את האצבע על נקודת זמן מסוימת שבה נחתה התנועה הפופוליסטית, נדמה שאין ספק שהיא כאן, עימנו.³ המאבק בגופי ביקורת עצמאיים כגון התקשורת, ארגוני זכויות האדם, המאבק בבתי המשפט והחלשת שומרי הסף, התנגדות לכל סוג של הגבלת כוח שלטוני, חקיקה פופוליסטית ובמסגרתה חוקי "השתקה" (כגון חוק הנכבה וחוק החרם), דה-לגיטימציה של דעות ושל אנשים, ארגונים וקבוצות – כל אלה מאפיינים את ישראל של השנים האחרונות. הסובלנות כלפי ביקורת ודעות שונות הצטמצמה מאוד, ארגוני זכויות האדם הפכו – לפחות חלקם – ל"אויבי העם", והדה-לגיטימציה שנעשת לכל מה שנתפס כ"ממלכתי" או כשייך ל"אליטות הישנות" היא עניין כמעט יומיומי.⁴ במהלך התמודדות עם מגפת הקורונה, בחודש ספטמבר 2020, הוגבלו בצורה דרסטית גם ההפגנות. החלטה זו הייתה חוליה נוספת בשרשרת לא קצרה של צמצום חופש הביטוי בשנים האחרונות, וחלק חשוב מאותו תהליך גדול יותר שעיקרו סימון אידאולוגי של אויבים ויריבים פוליטיים אשר

* פרופסור מן המניין, בית הספר ע"ש שטריקס למשפטים, המכללה למינהל. תודה לעדי חורמרו ויהודה אייזנברג על עזרתם המצוינת במחקר. תודה מיוחדת לחברי מערכת "עיוני משפט" על הערותיהם החשובות והמעשירות לטיטת המאמר.

¹ עמיחי כהן **מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד** 274–245 (2020).

² הדיון בפופוליזם בכלל, ובישראל בפרט, חורג ממסגרתה של רשימה זו.

³ עמיחי כהן מזכיר בספרו, בעמוד 248, את הבדיקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה בכנסת ה'20 (2015–2019) שבמסגרתה עלו כ־60 הצעות חוק בעלות מאפיינים פופוליסטיים.

⁴ האליטות הן קבוצות בעלות השקפת עולם אחידה התומכת ברעיונות ליברליים אוניברסליים. ראו כהן **מלחמות הבג"ץ**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 228. ב"אליטות ישנות" כוונתי לאליטה החילונית, האשכנזית והוותיקה, שאיבדה את כוחה עקב המהפך הפוליטי של שנת 1977, ושאליה, כביכול, משתייכים שופטי בית המשפט העליון ש"אחראים" למהפכה החוקתית. ראו למשל את ספרם של שגיא אלבו וניוה גולדנדר **אליטות אסטרטגיות בישראל: חלוקת הכוח בחברה הישראלית** (2018). כן ראו מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** (2008). בספרו זה מאוטנר מכנה את האליטה הזו בשמות: ותיקים; בורגנים אשכנזים אמידים; תנועת העבודה; הגמונים לשעבר.

מרגע זיהוים ככאלה מוצדק לנקוט נגדם צעדים לא דמוקרטיים.⁵ מסתבר שכמעט כל המאפיינים של פופוליזם המזכירים בספרו של כהן מצויים בישראל של סוף 2020.

במאמרם של יניב רוזנאי ועמיחי כהן על פופוליזם, דמוקרטיה והחוקה המוסדית הישראלית,⁶ המחברים טוענים כי מבנה רשויות השלטון בישראל חושף את ישראל לסכנות הפופוליזם עוד יותר מאשר במדינות דמוקרטיות אחרות.⁷ לשיטתם, מבנה חלוקת הכוח הפוליטי בישראל, כמו גם החולשה המובנית של "החוקה" החלקית, מהווים כר נוח להתפתחות הפופוליזם, מכיוון שהטענות המרכזיות של הפופוליזם "מתלבשות" במיוחד על החולשות של המערכת הפוליטית הישראלית.⁸ מבנה רשויות השלטון בישראל חושף את ישראל לסכנות הפופוליזם עוד יותר מאשר במדינות דמוקרטיות אחרות. במדינות שונות, כל אחת לפי אופי משטרה ומסורתה החוקתית, ישנם מנגנונים המבזרים את הכוח הפוליטי, כגון פיצול הרשות המחוקקת לשני בתים, שיטות שבהן הנשיא עומד בראש הרשות המבצעת, מבנה פדרלי, שיטת בחירות אזורית, ולעיתים אף קיומם של ארגונים ובתי משפט בינלאומיים. כל אלה אינם קיימים בישראל. ישראל ייחודית בכך שהכנסת היא המוסד היחיד בעל הכוח לקבל החלטות, כאשר הקואליציה (הממשלה) בפועל שולטת בכנסת באמצעות המשמעת הקואליציונית. בנוסף, המבנה החוקתי של ישראל הוא ייחודי. קיים הליך חוקתי גמיש למדי שבו רוב רגיל של הכנסת יכול לחוקק ולתקן כל חוק יסודי. הדומיננטיות של הרשות המבצעת בהליך החקיקה וחולשתה של הכנסת מאפשרים לממשלה השלטת לפעול כמעט ללא כל מגבלה, בהתאם לאינטרסים פוליטיים קצרי טווח ובלא כל איוונים ובלמים אחרים.

במאמר קצר זה אבחן, ראשית, את המאפיינים של פסיקות בית המשפט העליון בתקופה האחרונה המבטאים "משפט חוקתי של פשרה". מערכת משפטית עצמאית, מקצועית ואובייקטיבית מהווה איום ממשי על הפופוליזם.⁹ הטענה הפופוליסטית

⁵ אדם שנער "ההפגנות הן רק חוליה בשרשרת" הארץ (4.10.2020) <https://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.9207394>

⁶ עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם, דמוקרטיה והחוקה המוסדית הישראלית" עיוני משפט מד (צפוי להתפרסם ב-2021).

⁷ ראו על כך: עמיחי כהן פסקת ההתגברות: איוונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2018); על ההיבט של מבנה ביקורתי כמנגנון מרסן ראו: איתי ברסימן טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לז 645 (התשע"ו); וכן: PATRICE GELARD, EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION): REPORT ON SECOND CHAMBERS IN EUROPE (2006)

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL\(2006\)059-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL(2006)059-e)

⁸ כהן ורוזנאי "פופוליזם, דמוקרטיה והחוקה המוסדית הישראלית", לעיל ה"ש" 6.

⁹ ראו, למשל, Mark Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, 100 CORNELL L. REV. 391 (2015); Aziz Huq & Tom Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65 UCLA L. REV. 78 (2018); SAMUEL ISSACHAROFF, *FRAGILE DEMOCRACIES*:

העקרונית כנגד בתי המשפט היא כי הם מוסדות לא-נבחרים ועל כן אינם מייצגים את העם, את רצון הרוב, אלא משמרים ערכים שהציבור אינו תומך בהם.¹⁰

לבית המשפט העליון הישראלי היסטוריה מפוארת של שמירה והגנה על ערכים דמוקרטיים-ליברליים ובבסיסם ההכרה, ההגנה והפיתוח של זכויות האדם. אלא שבימים אלה, כפי שמראה עמיחי כהן בספרו, התפיסה של דמוקרטיה ליברלית מותקפת בשם גרסה פרוצדורלית או רובנית של הדמוקרטיה, שלפיה הרוב מייצג את הריבון, והריבון הוא בעצם כל יכול.¹¹

כיצד אמורה מערכת משפט לנהוג עם עלייתו של פופוליזם פוליטי? עמיחי כהן טוען בספרו כי בתי המשפט העומדים בפני פופוליזם נוטים באופן טבעי להירתע מעימות.¹² כל פסיקה משמעותית מעוררת עליו את זעם הפוליטיקאים, על כן בית המשפט נמנע מהכרעה. זאת, משום שעימות של בית המשפט עם כוח פוליטי פופוליסטי עלול לגבות ממנו מחיר מוסדי כבד. בכל העולם המערבי – כותב עמיחי כהן – כולל ישראל, בתי המשפט מאמצים מגוון שיטות כדי להימנע מעימות כזה. כהן מציין שתיים מתוכן: הראשונה – שימת דגש על האלמנט הלאומי של המשפט החוקתי (במקביל להיחלשותו של המשפט הבינלאומי),¹³ והשנייה – משפט חוקתי של פשרה, קרי דחינות שיפוטית (באמצעות טענה כמו בשלות, למשל) ויותר על קבלת הכרעות חוקתיות משמעותיות.¹⁴ בהתאם, נבחן בחלקו הראשון של המאמר את המאפיינים בפסיקת בית המשפט העליון המבטאים, לשיטתי, "משפט חוקתי של פשרה".

CONTESTED POWER IN THE ERA OF CONSTITUTIONAL COURTS (2015). לגישה שונה,

שלפיה דווקא החוקתיות הגלובלית שבה נקטו השופטים תרמה לעליית הפופוליזם בעיקר באירופה, ראו: Andrea Pin, *The Transnational Drivers of Populist Backlash in Europe: The Role of Courts*, 20 GERMAN L. J. 225 (2019) וכן ראו: Mark Tushnet & Bojan Bugaric, *Populism and Constitutionalism: An Essay on Definitions and Their Implications* (Harv. Pub. L. Working Paper No. 17–20 2020) הטוענים כי המתח שבין חוקתיות ותופעות פופוליסטיות הוא קטן מזה שמקובל לחשוב, והדיון סביב הליך בחירת השופטים בישראל הוא אחת הדוגמאות לכך.

כהן ורוזנאי "פופוליזם, דמוקרטיה והחוקה המוסדית הישראלית", לעיל ה"ש 6; כן ראו Nadiv Mordechai & Yaniv Roznai, *A Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel*, 77 MD. L. REV. 244, 244–246 (2017).

ראו גם Yaniv Roznai, *Israel: A Crisis of Liberal Democracy?*, in CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN CRISIS? 355, 358 (Mark A. Graber et al. eds., 2018).

כהן **מלחמות הבג"ץ**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 264.

לגישה שונה שלפיה משטרים אוטוריטריים עושים שימוש במשפט הבינלאומי לפי צורכיהם, ראו: Tom Ginsburg, *How Authoritarians Use International Law*, 31 J. DEMOCRACY 44 (2020).

כהן **מלחמות הבג"ץ**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 265. יודגש כי תופעת ה"דחינות" איננה חדשה, וקיימות דוגמאות מן העבר שבהן בית המשפט מהכרעה תוך דחייה חוזרת ונשנית של המקרה. פרשת חוק טל וגיוס בחורי הישיבות היא דוגמה טובה לכך, כמו גם הדיון על "שמרטפות שיפוטית" או הליכים מתגלגלים. טכניקה זו מאפשרת לבית המשפט

בחלקו השני של המאמר אבקש להסתייג מן האופן שבו בחר בית המשפט העליון להגיב לחלק מתופעות הפופולזיס, ובעיקר מן הגישה העולה מן הפסיקה המבטאת "הימנעות מהכרעה". אטען כי גישה זו טומנת בחובה סיכון, וכי נדרשת התערבות מצידו של בית המשפט על מנת לבלום הליכים לא-דמוקרטיים ולהציב בפני הגופים הפוליטיים את הגבולות הליברליים הבסיסיים.

המאפיינים בפסיקת בית המשפט העליון המבטאים "משפט חוקתי של פשרה"

הימנעות מהכרעה בסוגיות חוקתיות מוסדיות

המהפכה החוקתית אפשרה בישראל את מהפכת זכויות האדם, ואת ההכרה בהדרגתית במעמד החוקתי של זכויות לא מנויות. אולם מסתבר שהשלמת החוקה על דרך פרשנית – כפי שנעשה לגבי זכויות האדם – קשה הרבה יותר כשמדובר בהיבטים המוסדיים שלה. במקום אחר כתבתי כי אף על פי שנעשו על ידי בית המשפט "מיני מהפכות" מוסדיות, עיקרן היה סביב שאלת הביקורת השיפוטית על חוקים.¹⁵ כך היה בפרשת מיטראל,¹⁶ שהכירה באפשרות העתידית לתקוף חוק "חורג"; באפשרות ל"נדידת פסקת ההגבלה" אל עבר זכויות המצויות בחוקי היסוד המוסדיים כדי להביא לכיטולו של חוק¹⁷ (פרשות מופז,¹⁸ הופנונג¹⁹ וגוטמן²⁰). כך היה בארגון מגדלי העופות ובפרשת ליצמן – פסקי דין שפיתחו את האפשרות לבטל חוק בשל פגם

העליון שלא לפסוק בהליך של חוקתיות חוק, ובמקום זאת להעיר לרשויות ולהפנות את תשומת ליבן לשינויים רצויים, ולהעניק זמן לתיקון המצב. ראו: אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" *משפט וממשל* יד 377, 379–389 (2012), המציג דוגמאות רבות ל"הליכים מתגלגלים", כגון בג"ץ 4124/00 *יקותיאלי נ' שר הדתות* (נבו 14.6.2010). אלא שהטענה כאן היא כי מה שנתפס בעבר כ"חריג" הפך היום ל"כלל".

¹⁵ סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו שיח בכלים מוסדיים" *משפטים על אתר* יב 99 (תשע"ח).
¹⁶ בג"ץ 4676/94 *מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל*, פ"ד נ(5) 15 (1996).

¹⁷ אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" *משפט וממשל* ו 305, 306 (תשס"ג); אהרן ברק *מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה* (2010); אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" *ספר אליהו מצא* 77 (אהרן ברק ואח' עורכים 2015); לדיין בייבוא פסקת הגבלה גם במצב של פגיעה בעקרונות חוקתיים ראו: בג"ץ 2605/05 *המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר*, פ"ד סג(2) 545 (2009). כן ראו: Suzie Navot, *The Migration of Proportionality: From Human Rights to the Principle of Equality in Electoral Rights – The Case of Israel*, in HUMAN RIGHTS IN CONTEMPORARY WORLD – ESSAYS IN HONOUR OF PROFESSOR LESZEK GARLICKI (Marek Zubik Wydawnictwo Sejmowe Warszawa ed., 2017).

¹⁸ ע"ב 92/03 *מופז נ' יושבראש ועדת הבחירות המרכזית*, פ"ד נ(3) 793 (2003).

¹⁹ בג"ץ 3434/96 *הופנונג נ' יושבראש הכנסת*, פ"ד נ(3) 57 (1996).

²⁰ בג"ץ 3166/14 *גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה* (נבו 12.3.2015).

בהליך,²¹ ויישומו בפרשת קוונטינסקי.²² כך היה גם בפרשת בר-און,²³ ובפרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, שפתחו פתח לביקורת שיפוטית על חוק יסוד.²⁴

אלא שפרשנות יצירתית, פיתוחן של עילות חדשות, הרחבת הטקסט של חוקי היסוד בעניין זכויות האדם תוך התעלמות מן העובדה כי המחוקק בחר, במודע, להשמיט ולא לכלול זכויות אחדות במסגרת חוקי היסוד – כולם מהלכים פרשניים שבית המשפט העליון היה מוכן לעשות בנוגע לזכויות האדם – היו כלא היו בבואם של השופטים לנתח ולפרש את חוקי היסוד המוסדיים. מסתבר שבאתגרים הנוכחיים, הנוגעים ל"דיני הדמוקרטיה" ולסוגיות חוקתיות-משטריות שונות, בית המשפט העליון נוקט ריסון שיפוטי עודף,²⁵ או אף סוג של "מינימליזם שיפוטי".²⁶

לפני למעלה מעשרים שנה כתבה רות גביון כי הלגיטימיות החזקה ביותר לפעלתנות שיפוטית היא בתחום ההגנה על זכויות האדם,²⁷ משום שזה התחום שבו אין לנפגע כתובת אחרת (טענה זו תכונה להלן רעיון ה"לגיטימיות").²⁸ גביון יצרה הבחנה בין זכויות אדם – נושא שבו ראויה התערבות שיפוטית – לבין נושאים כמו קידום שלטון החוק הקשורים למאבקים של כוחות פוליטיים והראויים להגבלה מבחינתה של "הפעלתנות השיפוטית". ההבחנה של גביון מבוססת בעיקרה הן על

²¹ בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושברדאש הכנסת, פ"ד נט(1) 577 (2004); בג"ץ 4885/03 ארנון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

²² בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו) 6.8.2017.

²³ בג"ץ 4908/10 בראון נ' כנסת ישראל (נבו) 7.4.2011.

²⁴ בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (נבו) 6.9.2017.

²⁵ כהן ורונאי "פופוליוזם, דמוקרטיה והחוקה המוסדית הישראלית", לעיל ה"ש 6.

²⁶ Minimalism is the policy of judges "saying no more than necessary to justify an outcome and leaving as much as possible undecided" R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT 3-4 (1999). הדיון בדוקטרינה של המינימליזם השיפוטי, כפי שהועלה על ידי ביקל ופרופ' סאנסטיין, חורג ממסגרת הרשימה. אגב, ככל שבית המשפט נמנע מהכרעות מוסדיות כך בולט הפער שבין שני התחומים, המשפט המוסדי ודיני זכויות האדם, מבחינת מידת התערבותו של בית המשפט. ככל שהדבר נוגע לפגיעה בזכויות האדם, בית המשפט ממשיך את גישתו משנות ה-90. ראו למשל את כל פרשות המסתננים, ופסק הדין האחרון בנושא חוק הפיקדון: בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (נבו) 16.9.2013; בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (נבו) 22.9.2014; בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (נבו) 11.8.2015; בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת (נבו) 23.4.2020.

²⁷ רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (2000).

²⁸ שם, בעמ' 103.

רעיון ה"לגיטימיות" והן על החסרונות המובהקים של ניצחונות שיפוטיים במקום שראוי להגיע להסדרים של פשרה.²⁹

שאלה היא האם רעיון ה"לגיטימיות" מהווה בסיס תאורטי מספיק להבחנה במידת ההתערבות של בג"ץ, בין דיני זכויות האדם לבין המשפט החוקתי המוסדי. אינני בטוחה בכך. לבית המשפט תפקיד חיוני בהגנה על ערכים דמוקרטיים ועל כללי המשחק, גם אם אלה באים לידי ביטוי במסגרתם של חוקי היסוד המוסדיים.³⁰

ההבחנה בין שתי הקטריות, במיוחד בכל הנוגע לאפשרויות הפיתוח הפרשני של כל אחת מהן, עלתה, בצורה עקיפה, סביב העיסוק בפסקת ההגבלה השיפוטית ונדידתה להסדרים שבחוקי היסוד המוסדיים. בפרשת המרכז האקדמי לעסקים נטען כי התיקון לפקודת בתי הסוהר פוגע בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה שלפיו "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". דעת הרוב השאירה שאלה זו בצריך עיון, אולם שופט המיעוט השופט לוי סבר כי יש מקום להחיל את פסקת ההגבלה גם לעניין הסדרים הקובעים סדרי שלטון ושאיין עניינם זכויות אדם. כך כותב השופט לוי:

לא ראיתי מקום לעריכתה של אבחנה בין ערכים הקשורים בזכויות אדם לבין ערכי-מהות אחרים. מוכן הייתי להניח כי פסקת הגבלה, כדמותה השגורה במשפטנו החוקתי, כוחה יהא יפה בהתווית גבולותיה של ההגנה על כל אותם ערכים חוקתיים, לאמור – גם על ערכים חוקתיים המבטאים אינטרס ציבורי חשוב שאין ענינו בזכויות.³¹

פרופ' אהרן ברק כותב, בהקשר זה, כי:

בהגיענו להסדרים מוסדיים או משטריים, השאלה שעלינו להשיב עליה היא אם הסדרים אלה, כדי למלא את ייעודם, צריכים להיות הסדרים מוחלטים... או הסדרים יחסיים... התשובה לשאלה זו היא פרשנית, והיא עשויה להשתנות מהסדר מוסדי או משטרי אחד למשנהו... הנה כי כן, יש לבחון כל הסדר משטרי או מוסדי לגופו.³²

²⁹ שם, בעמ' 114–115.

³⁰ השור: David Prendergast, *The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism*, 20 GERMAN L. J. 245, 261 (2019): "Courts can help halt or at least slow down populist-led erosion of democracy. For this, courts need to be empowered to review and assess legislative and constitutional changes".

³¹ עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 17, בפס' 16 לפסק הדין של השופט לוי.

³² ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)", לעיל ה"ש 17, בעמ' 96–97.

גישה זו, שלפיה "כל הסדר לגופו", היא לדעתי הגישה הפרשנית הראויה, בין אם מדובר בהסדר מוסדי ובין אם בדיני זכויות האדם. פרשנות חוקתית, איזונים שבין תכליות שונות ופיתוח המשפט החוקתי – כל אלה נדרשים ומתבקשים לא רק במסגרתן של זכויות אדם.³³

בפרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים כתבה הנשיאה ביניש כי אף על פי שמדובר בסעיף הצהרתי הרי ש"אנו נוטים לפרש את הוראת סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה באופן המעגן ברמה החוקתית את קיומו של 'גרעין קשה' של סמכויות שלטוניות, אותן הממשלה חייבת לבצע בעצמה ואסור לה להעבירן או להאצילן לידי גורמים פרטיים".³⁴ גישה עקרונית זו, גם אם לא הופעלה בפסק הדין, מוכנה לקרוא אל תוך סעיף הצהרתי של הסדר מוסדי הן ערכים, הן עקרונות ואף מעגלי סמכויות, הכול במסגרתה של פרשנות חוקתית.

לאחרונה התייחסה הנשיאה חיות במפורש לדרך הראויה לפרשנות נורמות חוקתיות מוסדיות:

ככל שהדבר נוגע לפירושה של הוראה חוקתית-מוסדית, קרי הוראה בחוק יסוד הנוגע למבנה רשויות השלטון, יש לפרשה בהתחשב באופיו של המוסד השלטוני והשיטה המשטרית כולה. עמד על כך הנשיא אגרנט... בציינו: "אשר הענין נוגע במסמך הקובע את מסגרת השלטון במדינה, על בית המשפט להשקיף מתוך 'מבט רחב' על הסמכויות האמורות בו".... מבט רחב אין משמעותו פרשנות מרחיבה או פרשנות המבוססת על הבנתם של יוצרי הטקסט את שיצרו, אלא גישה פרשנית שאינה טכנית, החותרת לאחדות חוקתית... נקודת המוצא לפרשנות הוראה חוקתית-מוסדית היא כמובן הלשון, ואולם מביין האפשרויות שיש להן עיגון לשוני, על הפרשן ליתן לטקסט החוקתי משמעות המשקפת איזון בין ההיסטוריה של

³³ הדבר נעשה, למשל, בכל הנוגע לתכליות של חוק יסוד: מקרקעי ישראל במסגרת פסק הדין בענין קעדאן: בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989).

³⁴ עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 17, בפס' 63 לפסק הדין של השופטת ביניש.

התפתחותו, תכליתו האובייקטיבית של הטקסט
החוקתי ועקרונות היסוד של השיטה.³⁵

גישה זו של הנשיאה חיות – כמו גם עמדתם של פרופ' ברק והשופט לוי – היא, כאמור, הגישה הראויה והרצויה באשר לפרשנות של נורמות מוסדיות. אולם נראה כי גישה זו אינה מבטאת, הלכה למעשה, את הפסיקה החוקתית של התקופה האחרונה. מפסק הדין בפרשת הרכבת ממשלה על ידי נאשם בפלילים (להלן: פרשת נתניהו)³⁶ – על הנמקתו הפורמליסטית – נדמה שעולה רוח אחרת, אולי רוח התקופה. ספק אם ננקטה בו "גישה פרשנית שאינה טכנית, החותרת לאחדות חוקתית". לא בטוח שפסק דין זה היה מוכרע כפי שהוכרע, על אופי ההנמקה ובהחלטה פה אחד, בתקופה אחרת.

רוב השופטים בפרשת נתניהו סבורים כי ניתוח הוראות חוק יסוד: הממשלה וחוק יסוד: הכנסת מוביל למסקנה כי אין בנמצא נורמה חוקתית האוסרת על נאשם בפלילים להרכיב ממשלה. הנשיאה חיות כותבת בתמצית הנימוקים כי "חוק יסוד: הכנסת... אינו מגביל את מי שהוגש נגדו כתב אישום מלכהן כחבר כנסת או כראש ממשלה... לא מצאנו כי קיימת עילה משפטית למנוע את הטלת הרכבת הממשלה על ח"כ נתניהו"³⁷. השופט פוגלמן בפסקה 5 לפסק דינו כותב: "אין עילה בדין המאפשרת להתערב בהחלטת רוב חברי הכנסת בעניינינו להטיל את הרכבת הממשלה על חבר כנסת המואשם בפלילים, על אף השלכותיה". השופט הנדל בפסקה 2 לפסק דינו: "אין בחוקים השונים התייחסות למצב של חבר כנסת ששואף לכהן כראש ממשלה והוגש נגדו כתב אישום אך הוא לא הורשע".

אלא שפסקי הדין של שנות ה-90, דרעי, פנחסי ואייזנברג,³⁸ נפתחים שלושתם במילים דומות, ואף זהות, לאלה של בית המשפט בפרשת נתניהו, והערת זו מתייחסת בעיקר לשפת ההנמקה. השופט ברק בפרשת פנחסי: "חוק-יסוד: הממשלה אינו מסדיר את נושאי השעיתם של שרים וסגני שרים או את העברתם מתפקידם עקב חשדות, חקירות או הרשעות פליליות"³⁹. השופט ברק בפרשת אייזנברג: "חוק זה אינו כולל הוראות באשר למינוי עובד בעל עבר פלילי. אין בו הוראה המסייגת את כוח המינוי

³⁵ בג"ץ 7510/19 אורהכהן נ' ראש הממשלה, פס' 11 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו) 9.1.2020. פסק הדין עסק בסמכות הממשלה למנות שרים ללא אישור הכנסת בתקופת ממשלת מעבר.

³⁶ בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 6.5.2020; בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 27.5.2020 (להלן: פרשת נתניהו).

³⁷ שם, בפס' 8 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

³⁸ בג"ץ 3094/93 איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993); בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר השיכון והבינוי, פ"ד מז(2) 229 (1993).

³⁹ עניין אמיתי, שם, בעמ' 458.

של הממשלה או הפוסלת אדם מלהתמנות כעובד מדינה אם הוא בעל עבר פלילי".⁴⁰ הנשיא שמגר בפרשת דרעי: "...כאמור, לפי הטענה אין בנושא שלפנינו נורמה שבדין",⁴¹ ועם זאת, אף על פי שהחוק לא כלל עילה שאפשרה את פסילת המינוי, מצא בית המשפט של שנות ה-90 דרך להתערב בכל אחד משלושת המקרים באמצעות ערכים, עקרונות וכללי שיקול הדעת.⁴²

ראויה לדיון למשל גישתו של השופט מזוז בפרשת הרכבת הממשלה על ידי נתניהו, שנראית הפוכה מזו של הנשיאה חיות כפי שצוטטה לעיל. כך כותב השופט מזוז בפרשת נתניהו:

מדובר בהסדר חוקתי-מוסדי קונקרטי, הקבוע בחוקי היסוד, ולא בענין הנתון לשיקול דעת בית המשפט. כאשר מדובר בהוראה חוקתית-מוסדית, מתחייבת פרשנות דווקנית של לשון החוק, ואין מקום לחרוג מההסדר שנקבע על ידי פרשנות מרחיבה, או לעריכת איזונים, כפי הנעשה בנוגע להוראות בחוקה שעניינן זכויות אדם, המנוסחות מטבע הדברים באופן כללי ומופשט.⁴³

קביעה זו מעוררת קשיים לא מבוטלים. בשל קוצר היריעה של רשימה זו אתייחס רק לחלק מן השאלות שהיא מעוררת: מהי הוראה חוקתית מוסדית? האם זו תיקבע לפי מבחן "טכני" (עצם הימצאותה של ההוראה בחוק יסוד מוסדי) או "מהותי"?⁴⁴ מהו, כאמור, הבסיס התאורטי להבחנה בין העיסוק בזכויות אדם לבין העיסוק במוסדות השלטון המחייבת "פרשנות דווקנית" של החוק? האם הוראה בחוק יסוד מוסדי שמבססת ערך, או עיקרון,⁴⁵ לא תאפשר "פרשנות מרחיבה או איזונים"? האם

⁴⁰ עניין אייזנברג, לעיל ה"ש 38, בפס' 37 לפסק הדין של השופט ברק.

⁴¹ עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 38, בפס' 5 לפסק הדין של הנשיא שמגר.

⁴² אגב, "ניצנים" לגישה של בית המשפט העליון בפרשת נתניהו ניתן היה לראות כבר

בפרשות דרעי בשנים 2015–2016, בכל הנוגע לשאלה האם מורשע בפלילים בעבירות

שוחד יכול לשוב ולכהן כשר: בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל

(נבו 8.5.2016). ניתן לבסס הבחנה בין פרשות דרעי, פנחסי ואייזנברג לבין פרשת נתניהו. רוב השופטים בפרשת נתניהו עשו זאת. אופי ההנמקה

היוצרת את ההבחנה בין דרעי, פנחסי ואייזנברג לבין פרשת נתניהו, וכן פסק דין ראשי

הרשויות: בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית

רמת השרון, פ"ד סו(3) 135 (2013), חורג ממסגרת הרשימה ומחייב דיון נפרד.

התייחסותי כאן הייתה לנקודת המוצא ולפרשנות החוקתית של המסגרת הנורמטיבית.

פרשת נתניהו, לעיל ה"ש 36, בפס' 4 לפסק הדין של השופט מזוז. ההדגשה אינה במקור.

⁴³ השו: המבחן לזיהויו של חוקי-יסוד: עניין בראון, לעיל ה"ש 23; עניין המרכיב האקדמי

⁴⁴ למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 24.

⁴⁵ למשל הקביעה בס' 2 לחוקי-יסוד: השפיטה ס"ח התשס"ב 598 שעל פיה "אין על שופט

מרות זולת מרותו של הדין". קביעה זו מבטאת עקרון יסוד בדבר עצמאותה של השפיטה,

אין מקום להגביל קביעה זו, למשל, לסעיפים בחוקי היסוד המוסדיים הקובעים הליך, מועד, דרישת רוב ואף הסדרי כשירות פורמלית אבל לא על הסדרים אחרים? כיצד קביעה זו מתיישבת עם שורה של פסקי דין המפרשים ומאזנים הוראות חוקתיות-מוסדיות? כיצד היא מתיישבת, למשל, עם הלכת "דרעי-פנחסי", שם נקבע במפורש כי הסעיף בחוק יסוד: הממשלה שעל פיו ראש הממשלה "רשאי" להעביר שר מכהונתו – שאין חולק שהוא בגדר "הוראה חוקתית מוסדית" – מאפשר פרשנות שלפיה "סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה, כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי-הפעלתה של הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין"⁴⁶?

מכל מקום, ייתכן שקביעתו של השופט מזוז היא המבטאת את רציונל ההימנעות מהכרעה בשאלות מוסדיות חוקתיות של בית המשפט העליון, במיוחד בשנים האחרונות, ובמיוחד בנושאים מוסדיים בעלי משמעות פוליטית. כך, בית המשפט נמנע מלהתערב בעניין הרכבת הממשלה על ידי נאשם בפלילים, ובהסכם הקואליציוני⁴⁷ במינוי של שר ביטחון במהלך ממשלת מעבר,⁴⁸ בהרכב הוועדה לבחירת שופטים,⁴⁹ ובשאלת החסינות הדיונית של ח"כ חיים כץ.⁵⁰

הנה כי כן, כפי שכותב עמיחי כהן בספרו, בפסיקה החוקתית של בית המשפט בשנים האחרונות ניכרים ניסיונות התחמקות מהכרעה. כפי שנראה להלן, ביטוי נוסף למגמה זו של "התפשרות" בית המשפט ניתן למצוא הן ברטוריקה של פסקי הדין והן בסעד.

אחד מערכיה המרכזיים של הדמוקרטיה הישראלית. הסעיפים המקבילים בחוקי היסוד המוסדיים, המצהירים על עקרונות הפעולה של רשויות השלטון האחרות, כגון "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה", "הממשלה היא הרשות המבצעת" ועוד, אינם בהכרח הצהרתיים וטכניים. ראו דבריה של הנשיאה ביניש שצוטטו לעיל.

46

פרשת נתניהו, לעיל ה"ש 36.

47

עניין אורהכהן, לעיל ה"ש 35.

48

בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (נבו 1.2.2017).

49

בג"ץ 1273/20 משמר הדמוקרטיה הישראלית נ' הכנסת ה-22 (נבו 9.9.2020).

50

הרטוריקה והסעד: "לא ראוי" – אך לא נוכל להתערב

החל משנות ה-80 גדל משקלן של ההנמקות הערכיות בפסקי הדין.⁵¹ גם היום מצויות בפסיקה החוקתית הנמקות ערכיות, אלא שרבות מתוצאות פסק הדין שונות מבעבר. גם אם החלטת הרשות השלטונית לא ראויה, בית המשפט אינו מתערב. תופעה זו עלולה לאפשר המשך והעמקת הכרסום בערכים דמוקרטיים.

רוזנאי וכהן כותבים כי אמירות של שופטים מן העת האחרונה, ובמיוחד של המשנה לנשיאה מלצר, מגלות דווקא הבנה לחשש מפני שחיקה דמוקרטית. כך, למשל, בפסק הדין בעניין הטלת הרכבת הממשלה על נתניהו ציין השופט מלצר (בדעת יחיד) לעניין הוראות ההסכם הקואליציוני כי חלוקת התפקידים של ראשי הוועדות בכנסת שלפיה יינתן לאופוזיציה קו"ר אחד של ועדה מוועדות הכנסת גורעת ממעמדה של האופוזיציה, שהיא "נדבך חשוב במשטר הדמוקרטי שלנו", ומכרסמת בזכויות הפרלמנטריות של האופוזיציה. לפי השופט מלצר "כרסום זה עלול לפגוע במקום החיים הדמוקרטי ולכן הוא אסור, ולפיכך יש להוציא גם לגבינו... מעין התראת בטלות".⁵² אלא שעל אף אמירה ברורה זו של השופט מלצר, העתירה נדחתה הן בעניין הרכבת הממשלה על ידי נאשם בפלילים והן בכל הנוגע לעצם ההסכם הקואליציוני. גם המקרה של מינויו של שר ביטחון ללא אישור הכנסת בתקופת ממשלת מעבר זכתה לביקורת של בית המשפט, ואף שפסק הדין כולל הערה על התראת בטלות, המינוי שנעשה במקרה הקונקרטי הזה לא בוטל.⁵³

משהגיעה לדיון ההחלטה באשר להרכבה של הוועדה לבחירת שופטים,⁵⁴ על אף קיומה של מה שניתן היה להבין כ"התראת בטלות" קודמת,⁵⁵ ועל אף הפגיעה בייצוגה של הכנסת כמוסד, העתירה נדחתה, פה אחד. השופט עמית דוחה את הטענה שבפסק הדין הקודם נקבעה "התראת בטלות", קובע שלא הוכח קיומו של "מנהג חוקתי" שעל פיו נקבע ייצוג לאופוזיציה, ומסכם: "הגענו למסקנה שהדין המצוי אינו מחייב

⁵¹ מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993); מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 4, בפרק 6.

⁵² כהן ורוזנאי "פופוליזם, דמוקרטיה והחוקה המוסדית הישראלית", לעיל ה"ש 6; פרשת נתניהו, לעיל ה"ש 36, בפס' 15 לפסק הדין של השופט מלצר.

⁵³ עניין **אורהכהן**, לעיל ה"ש 35. בפס' 7 לפסק הדין של הנשיאה חיות נכתב כי "מינויו של חבר הכנסת בנט כשר ביטחון נעשה בתקופה שלאחר סבב הבחירות השני ותוך כדי הניסיונות להרכבת ממשלה. עיתוי זה מעורר לכאורה קושי רב משום שתוצאות הבחירות כבר ידועות ומימה של הממשלה היוצאת צפויים להיות ספורים".

⁵⁴ בג"ץ 4956/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (נבו 20.8.2020).

⁵⁵ עניין **אבירם**, לעיל ה"ש 49. במקרה זה נדחתה עתירה כנגד בחירתם של שני נציגי אופוזיציה מטעם הכנסת לוועדה לבחירת שופטים. העתירה נדחתה תוך שהשופט הנדל סוקר, בלא להכריע בדבר, את התנאים לקיומו של מנהג חוקתי. בסיום פסק הדין כותב השופט הנדל כי ככל שבעתיד לא ימונה נציג מהאופוזיציה – תעמוד בפני הכנסת "משוכה משפטית רצינית".

שלפחות אחד משני נציגי הכנסת לוועדה ישתייך לאופוזיציה, אך יודגש כי זהו הדין הרצוי. העצמאות השיפוטית ואי תלות השופטים הן היכין והבועז של כל מדינה דמוקרטית מתוקנת".⁵⁶

בפרשה זו מעניינת במיוחד לענייננו הערתה של השופטת ברק-ארז. לשיטתה, "שאלת האכיפה לא זכתה להתייחסות מספקת בטיעוניהם של העותרים. זאת, הגם שלאמיתו שלדבר היא-היא השאלה העיקרית שהעיתרות מעוררות... הכרה משפטית ואכיפה לא הולכות בהכרח יד ביד".⁵⁷

שאלת האכיפה (הסעד) עלתה בעקיפין גם בפרשת נתניהו. בפסק הדין התבקש בית המשפט לאמץ פרשנות לחוק יסוד: הממשלה ולחוק יסוד: הכנסת שעל פיה אין לאפשר לח"כ נאשם בפלילים להרכיב ממשלה. מקריאת פסק הדין הדוחה את העתירה פה אחד, בהרכב 11 שופטים, עולה כי אף שישנה התייחסות להיבט הערכי בדבריהם של שופטים מספר, ⁵⁸ הרי שרטוריקה לחוד והתערבות שיפוטית לחוד. הנמקת פסק הדין סומכת על שני אדנים: הראשון – "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד", והשני – התערבות בשיקול הדעת של מי שאמור להצביע עבור אותו נאשם כדי שירכיב ממשלה. השאלה השנייה היא בעצם שאלת ההתערבות, הסעד, שאלת האכיפה: מהי הבקשה מבית המשפט; היינו: אם בית המשפט יקבל את העתירה – מה יהיה הסעד במסגרתה. השאלה האם בית משפט יכול לקבוע שאף לא אחד מחברי הכנסת ראוי לחתום בעד מי שנאשם בפלילים להרכבת ממשלה (בפרשת נתניהו) דומה מאוד לשאלה האם בית משפט יכול לבטל את הצבעת חברי הכנסת (בהצבעה חשאית) כדי לאפשר בחירה של נציג "אופוזיציה" (בפרשת הוועדה לבחירת שופטים).

נראה ששאלת האכיפה, הסעד, הפכה מרכזית בימים אלה. פסק הדין בענייניו של נתניהו הוא מסמך משפטי מרתק המחייב התייחסות נפרדת. אבל בשני פסקי הדין יחד,

⁵⁶ עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 54, בפס' 27 לפסק הדין של השופט עמית. גם השופטת ברק-ארז מתייחסת לכך, בפסקה 19 לפסק דינה: "ראוי ורצוי שאחד מנציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים יהיה חבר כנסת מן האופוזיציה, ואף ראוי ורצוי שנציג זה ייבחר על-ידי האופוזיציה במישרין".

⁵⁷ שם, בפס' 14 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

⁵⁸ כמו למשל דבריו של השופט עמית: "דומה כי גם המשיבים מסכימים כי מבחינה ציבורית אין זה ראוי ואין זה רצוי כי מעל ראשו של ראש ממשלה מכהן יהיה תלוי הליך פלילי". פרשת נתניהו, לעיל ה"ש 36, בפס' 11 לפסק הדין של השופט עמית. מעניין לציין כי השופט עמית מפנה בפסקה זו לכב' השופט רובינשטיין בפרשת ראשי הרשויות (עניין אומ"ץ, לעיל ה"ש 42): "וגם השופט רובינשטיין כמו זעק בדבריו בפרשת ראשי הערים (שם, בעמ' 221): 'האם יתכן שראש רשות שעל ראשו עננה קודרת בדמות כתב אישום חמור, אם בעבירות הקשורות לתפקידו כמו שוחד ואם בעבירות חמורות מאוד אחרות, ימשיך כאילו עולם כמנהגו?'. אלא שהשופט רובינשטיין – שלא כמו השופט עמית – היה בדעת הרוב שהחליטה כן לקבל את העתירה בפרשת ראשי הרשויות וכן למנוע מראש עיר, שנבחר בבחירות ישירות, לכהן תחת כתב אישום."

פרשת נתניהו והוועדה לבחירת שופטים, מהדהדת בחלל השאלה שהשופטים מפנים בעצם אל הציבור: "מה אנחנו יכולים לעשות, להתערב בשיקול הדעת של חברי הכנסת?" מקרים אלה מבליטים את הפער שבין הנמקותיו הערכיות של בית המשפט בפסקי דין חוקתיים לבין קבלתו את העתירות תוך אכיפת סעד רלוונטי. גישת ההימנעות של בית המשפט בפסק הדין בעניין הרכבת הממשלה על ידי נתניהו בולטת במיוחד לאור פרשת ראשי הערים, שבה הורה בית המשפט על העברה מכהונה של ראש רשות מקומית שהוגש נגדו כתב אישום, תוך יישום והרחבה של הלכות דרעי-פנחסי. זאת אף על פי שראש רשות מקומית נבחר באופן אישי ומועצת הרשות המקומית מכהנת כמו "רשות מחוקקת זוטא".⁵⁹

⁵⁹ עניין **אומ"ץ**, לעיל ה"ש 42; בפרשת נתניהו, לעיל ה"ש 36, בפס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל, השופט מתייחס לפרשת ראשי הרשויות, וכותב כי "ביחס למקרים אלו נקבע כי בנסיבותיהם, הגשת כתבי האישום החמורים נגד ראשי העיריות מחייבת את מועצות הרשויות המקומיות להפעיל את סמכותן הקבועה בסעיף 22(א) לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם) ולהעבירם מתפקידם. בפסק דינו עמד בית המשפט על כך שאמנם מועצת הרשות המקומית מכהנת לעניין חקיקת משנה כמו 'רשות מחוקקת זוטא', אולם תפקידה העיקרי הוא כשל רשות מבצעת ... על כן, אין מקום להפעיל את היסוד הרב שיש לנקוט כלפי החלטותיה של הכנסת גם על החלטותיה של מועצת הרשות המקומית, אלא יש להחיל את אמות המידה לביקורת שיפוטית שהוחלו בעניין דרעי ובעניין פנחסי גם על נבחר ציבור ברשויות מקומיות...". בהקשר זה של מתן סעד חוקתי אפקטיבי בעתירות חוקתיות מוסדיות ראוי להזכיר גם את עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 22, שבמסגרתו בוטל חוק בשל פגם בהליך החקיקה, ואת עניין **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**, לעיל ה"ש 24, שבמסגרתו הוצאה התראת בטלות לחקיקתו, פעם נוספת, של חוקי־סוד הקובע תקציב דרשני בהוראת שעה. שני המקרים האחרונים שונים, לדעתי, מהמקרה של ראש ערים, בכך שהם עוסקים בביקורת שיפוטית על חקיקה (חקיקה רגילה וחוקי יסוד). לשניהם קדמה פסיקה ש"הכינה את הקרקע" להתערבות של בית המשפט בכל הנוגע לסעד: עניין **ארגון מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 21; עניין **ליצמן**, לעיל ה"ש 21; עניין **בראון**, לעיל ה"ש 23; עניין **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**, לעיל ה"ש 24. על כן, לכאורה, התערבות מעין זו "קלה" יותר מבחינתו של בית המשפט מאשר ההתערבות במקרה של הרכבת הממשלה על ידי נתניהו. נותר כמובן לראות את ההתייחסות של בית המשפט העליון לעתירות התלויות ועומדות כעת בפניו, המבקשות לבטל תיקונים שנעשו לחוקי יסוד ואף סעיפים בחוק-יסוד חדש: עתירה כנגד חוקי־סוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי – בג"ץ 8349/20 **הס נ' כנסת ישראל** (נבו 30.11.2020); עתירה כנגד התיקון לחוקי־סוד: הממשלה שהוסיף את הפרק של ממשלת החילופין – בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (נבו 12.11.2020); ועתירה כנגד התיקון לחוקי־סוד: הכנסת וחוק יסוד: משק המדינה שנועד לדחות את מועד העברת התקציב – בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' כנסת ישראל**. בחלק מתיקונים אלה נדרש בית המשפט לבחון את תורת "השימוש לרעה" בחוקי היסוד, במובן של התחקות אחר המניע של החקיקה, הנסיבות סביב התיקון, משך הליך החקיקה, עומק הדיון בו ואופיו של התיקון (כמו למשל האם מדובר בשינוי של כללי המשחק "תוך כדי המשחק"). כל אלה הן סוגיות המתייחסות לאופן הפעולה של הרשות המכוננת, וטומנות סיכון של עימות ממשי של בית המשפט עם כוח פוליטי פופוליסטי. לאחר סיום כתיבת שורות אלה, ביום 23.5.2021, פורסם פסק דינו של בית

ועל אף כל זאת, ראוי לציין את פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת אדלשטיין,⁶⁰ דווקא בהקשר של הרטוריקה והסעדר. זהו פסק דין יוצא דופן, שאף זכה לביקורת באקדמיה.⁶¹ אינני שותפה לביקורת זו. נהפוך הוא. בפרשה זו סירב יו"ר הכנסת לקיים צו של בית המשפט העליון שחייב אותו להעלות על סדר יומה של הכנסת את החלפתו של יו"ר הכנסת, לאור בקשתם של 61 חברי כנסת. בפרשת אדלשטיין הראשונה קבעה הנשיאה חיות כך:

סיכומם של דברים – הסירוב הנמשך לאפשר הצבעה במליאת הכנסת על בחירתו של יו"ר קבוע לכנסת, חותר תחת יסודות התהליך הדמוקרטי. הוא פוגע במובהק במעמדה של הכנסת כרשות עצמאית וכן בתהליך המעבר השלטוני, וככל שנוקפים הימים מאז השבעת הכנסת ה-23, מקבלים הדברים משנה תוקף. על כן, אין מנוס מן המסקנה כי בנסיבות שנוצרו מדובר באחד מאותם מקרים חריגים שבהם נדרשת התערבותו של בית משפט זה על מנת למנוע פגיעה בשיטת המשטר הפרלמנטרית שלנו. אשר על כן, אציע

המשפט העליון בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' כנסת ישראל. בהחלטה בדעת רוב של שישה שופטים כנגד דעתם החולקת של שלושה, הוציא בית המשפט העליון התראת בטלות להסדר שנקבע במסגרת פרשת האזור-הנדל. פסק הדין, החורג ממסגרתה של הרשימה, כולל פיתוח של תורת "השימוש לרעה" בסמכות המכוננת ומבחינים חדשים להפעלתה. שאלת הסעדר בפסק דין זה מעניינת, וראוי לציין כי התיקון לחוק יסוד: הכנסת לא בוטל במסגרת פסק הדין. כך קובעת הנשיאה חיות בפסקה 67 לפסק הדין: "בשים לב לכך ששנת הכספים 2020 הסתיימה זה מכבר; כי נציג משרד האוצר טען בדיון ביום 2.2.2021 שהרוב המוחלט של התוספת הכספית חולק; כי הכנסת ה-23 התפזרה והכנסת ה-24 אך הושבעה; וכי מקבלי המקדמות בהתאם להוראת השעה לא צורפו כמשיבים ולא קיבלו הזדמנות לטעון בפנינו לעניין השבתן, אני סבורה כי מבלי למעט מחומרת השימוש לרעה בסמכות המכוננת במקרה דנן, יש להסתפק ב'התראת בטלות', ולקבוע כי לא ניתן לתקן את חוק יסוד: משק המדינה כך שתוגדל תקרת התקציב ההמשכי לצורך מימון מטרות שאינן עולות בקנה אחד עם תכליתו של מנגנון זה וללא צידוק מספק, וכי ככל שכך ייעשה בעתיד – צפוי התיקון להתבטל על פי ההתראה הנוכחית".

בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (נבו) 23.3.2020; בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (נבו) 25.3.2020. (להלן: פרשת אדלשטיין).

רבקה ווייל "הלכת יולי אדלשטיין וכתובות ביניים" יחסי הכוחות בין כנסת לממשלה בישראל" עיוני משפט (צפוי להתפרסם ב-2021); רבקה ווייל "קאנוניזציה של הלכת יולי אדלשטיין ופיקוח שיפוטי על הליכים פנים-פרלמנטריים" ICON-S-IL Blog (12.4.2021) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2021/04/12>

יונתן גרין "לקראת בג"ץ יריב לויין – על התערבות שיפוטית בשיקול דעת יו"ר הכנסת" ICON-S-IL Blog (21.4.2021)

<https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2021/04/21>

לחבריי כי נעשה צו מוחלט המורה שעל יו"ר הכנסת
לכנס את מליאת הכנסת בהקדם האפשרי לצורך בחירת
יו"ר קבוע לכנסת ה-23, ולא יאוחר מיום
רביעי 25.3.2020.

יו"ר הכנסת הפר את הצו המוחלט כאמור בפסק הדין, והתפטר מתפקידו. אך יש עוד פרט עובדתי בסיפור שכדאי להזכיר: יו"ר הכנסת לא "רק" התפטר מתפקידו ובכך לא קיים את הצו של בג"ץ; הוא גם נעל את הישיבה של הכנסת ובכך מנע בפועל מן הכנסת לקיים את פסק הדין. בדרך כלל, כשיו"ר הכנסת נועל את הישיבה, כל אחד מסגניו מוסמך לפתוח אותה, אבל לא היו לאדלשטיין סגנים כי הם עדיין לא נבחרו, על כן לא יכול היה משהו אחר לקיים את הצו של בית המשפט. זהו שיקול לחומרא בכל הנוגע לסעד יוצא הדופן של פסק הדין. לא זו בלבד שאדלשטיין סירב לקיים את הצו משום שמצפוננו לא אפשר זאת, אלא שהוא "נעל את הישיבה" כך שלא התאפשר לאיש לפתוח אותה. לכן, בגלל הנסיבות החריגות האלה, צדקה לדעתי הנשיאה חיות בקובעה כי "מקום שבו מדובר בפגיעה חסרת תקדים בשלטון החוק, נדרשים סעדים חסרי תקדים".⁶²

זהו פסק דין חוקתי-מוסדי יוצא דופן המתמודד במהירות, ביעילות ובבהירות בתופעה הקשה של הפרת צו שיפוטי – בריש גלי – על ידי מוסד שלטוני. אלא שנדמה שהוא בבחינת חריג המלמד על הכלל. המקרה הוא מקרה שדגל שחור מתנוסס עליו. תגובתו של בית המשפט העליון הייתה בהתאם.

בחלק הבא נבחן כיצד ובאילו אמצעים השופטים מנמקים את הימנעותם מהכרעה.

⁶² החלטת ביזיון בית המשפט בפרשת אדלשטיין, לעיל ה"ש 60, בפס' 5 לפסק הדין של הנשיאה חיות. אין חולק על כך כי הסעד במקרה זה הוא מידי וייחודי. כך קבעה הנשיאה חיות: "זהו מצב דברים שאין להשלים עמו ובמקום שבו מדובר בפגיעה חסרת תקדים בשלטון החוק, נדרשים סעדים חסרי תקדים. במהלך הדין שהתקיים בפנינו היום ציין היועץ המשפטי לכנסת כי המחוקק וכן מתקיני תקנון הכנסת לא חזו ולא צפו מצב דברים כגון זה שנוצר בעקבות התפטרותו של המשיב 1, בייחוד בהיעדר סגן שימלא את מקומו. הוא הציג מתווה אפשרי ולפיו הלאקונה הקיימת בהקשר זה בסעיף 20א(ג) לחוק יסוד: הכנסת וכן בתקנון הכנסת תושלם באופן שבית משפט זה יעשה שימוש בסמכות הנתונה לו בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה ויורה כי על מנת להבטיח את קיום פסק הדין מיום 23.3.2020, תוקנה לוותיק חברי הכנסת סמכות תחומה ומוגדרת כדלקמן: (1) לפנות לוועדה המסדרת לפי סעיף 19 לתקנון הכנסת על מנת לכנס את מליאת הכנסת מחר, יום ה' 26.3.2020, שיום זה איננו נמנה עם הימים שבהם היא מתכנסת על פי התקנון; (2) לקבוע את סדר היום של אותה ישיבה לפי סעיף 25 לתקנון הכנסת ולכלול בו את ההצעה לבחירת יו"ר קבוע לכנסת; (3) לנהל את אותה הישיבה".

האמצעים להימנעות מהכרעה

חזרתן של עילות הסף: ⁶³ מעמד, בשלות ואי מיצוי הליכים קודמים

אחד המאפיינים הבולטים של הפסיקה החל משנות ה-80 הוא הוויתור על עילות הסף שאפיינו את התקופה ה"פורמליסטית" של בית המשפט העליון. ⁶⁴ המדובר בעילות סף שבית המשפט עושה בהן שימוש לשם הכרעה בשאלה האם יש לדחות עתירה על הסף או שיש מקום לבררה לגופה. הן אינן קבועות בחוק, אלא הן יצירה שיפוטית המבוססות על הסמכות של בית המשפט הגבוה לצדק. בשנים האחרונות ישנה "עדנה" לעילות הסף. ניכרת התייחסות לשאלת מעמדו של העותר, ⁶⁵ במיוחד בולט השימוש בעילת הבשלות ולאחרונה בעילה של אי מיצוי הליכים קודמים. ⁶⁶ כל אלה משמשות את בית המשפט כאמצעי ל"הימנעות מהכרעה" בסוגיות חוקתיות, מוסדיות ופוליטיות.

⁶³ מדובר בעילות סף שבית המשפט עושה בהן שימוש לשם הכרעה בשאלה האם יש לדחות עתירה על הסף או שיש מקום לבררה לגופה. הן אינן קבועות בחוק, אלא הן יצירה שיפוטית המבוססות על הסמכות של בית המשפט הגבוה לצדק, לפי הוראת סעיפים 15(ג) (רד) לחוק לחוקיסוד: השפיטה, לדון בעניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט אחר. נדגיש כי בית המשפט עושה שימוש בעילות הסף גם לדחיית סוגיות חוקתיות הנוגעות לזכויות אדם.

⁶⁴ מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, לעיל ה"ש 51.

⁶⁵ ראו למשל בבג"ץ 4244/17 הרשמש נ' מנהל רשות המיסים (נבו 12.4.2018), שבו כותב השופט סולברג כי מוטב שלא נחרוג מן "הכלל שלפיו לא ייעתר בית המשפט בדרך-כלל לעתירה ציבורית, מקום שברקע העניין מצוי נפגע פרטי אשר אינו פונה לבית המשפט בבקשת סעד על פגיעתו (בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(2) 62, 68 (2003)", ומוסיף: "עמדתם בעבר על הצורך למנוע מעותר להתערב על ריב לא לו, ולהקפיד בכגון דא על זכות העמידה, על מנת להבטיח דיון שיפוטי יעיל והוגן". כמו כן, בית המשפט מדגיש שוב ושוב כי ככלל לא ייעתר בית המשפט לעתירות ציבוריות במקום שקיים נפגע ישיר וקונקרטי, וזאת אף אם האחרון נמנע מהגשת בקשה לסעד לבית המשפט. ראו גם בג"ץ 3304/20 רוזנשטיין נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל (נבו 31.5.2020); בג"ץ 5528/20 בוזגלו נ' מפקד כוחות ירושלים במשטרה (נבו 19.8.2020).

⁶⁶ ראו למשל: בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 38 (2006); בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (נבו 18.1.2006); בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר (נבו 22.3.2009); בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (נבו 5.1.2012); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (נבו 5.2.2012); בג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל (נבו 7.6.2012); בג"ץ 2311/11 סבה נ' הכנסת (נבו 17.9.2014); בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 12.3.2015); בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (נבו 15.4.2015); כן ראו: ילנה צ'צ'יקו "על בשלות וחוקתיות" משפטים מג 419 (2012); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לו 45 (2014); אריאל בנדור "בשלות ועוד" משפטים על אתר ח 33 (תשע"ו).

דוקטרינת הבשלות אומנם קנתה לה אחיזה בשורה ארוכה של פסקי דין (למשל בפרשת "חוק ועדות קבלה", "חוק הנכבה", "חוק החרם", פרשת אחוז החסימה ועוד), אך ספק בעיניי אם יש לה מקום במשפט החוקתי הישראלי.⁶⁷ אם עד לפני שנים בודדות שימשה הדוקטרינה בעיקר כלי מוסדי שנועד להפחית ביקורת שיפוטית על חוקים ובכך לצמצם את החיכוך בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, הרי שבתקופה האחרונה נראה שהיא משמשת מחסום גם מפני עתירות אחרות העוסקות בסוגיות מוסדיות ופוליטיות.⁶⁸

הדוגמה שהיא אולי הבולטת ביותר מתייחסת לעתירות נגד הרכבת ממשלה על ידי נאשם בפלילים שהוגשו במהלך שנת 2019–2020. לפחות שש עתירות הוגשו בעניין זה, במועדים שונים,⁶⁹ כולן נדחו בעיקר בשל היותן לא בשלות, אף על פי שהשאלה

⁶⁷ לביקורת על הדוקטרינה ראו נבות "הדיאלוג החוקתי", לעיל ה"ש 15.
⁶⁸ ראו למשל: בג"ץ 1884/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הוועדה למתן היתרים** (נבו 23.4.2020). העתירה בבקשת העותרת להורות לוועדה למתן היתרים לבטל את החלטתה לרון בבקשת המשיב, ראש הממשלה בנימין נתניהו, למתן היתר למימון הוצאותיו המשפטיות. נטען כי הוועדה מנועה ונעדרת סמכות לרון בבקשתו הנוכחית של ראש הממשלה, עקב סופיות החלטותיה בכלל ובפרט לאור החלטותיה הקודמות בנושא. ראו גם: בג"ץ 2009/19 **לשם נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21** (נבו 2.4.2019).

⁶⁹ (1) בג"ץ 7928/19 **רפול נ' ראש ממשלת ישראל** (נבו 12.12.2019). העותרים ביקשו להורות למשיב נתניהו להתפטר מתפקידו כראש ממשלת ישראל, או אחילופים להודיע על נבצרותו הזמנית. בית המשפט קבע: "דין העתירות להידחות על הסף, הן בשל אי-מיצוי הליכים כנדרש, הן בשל כך שעניינן בסוגיות שאינן מצריכות הכרעה שיפוטית לעת הזו"; (2) בג"ץ 8145/19 **ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 2.1.2020). השאלה שעולה בפסק הדין היא האם הדין מאפשר להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת שהוחלט להגיש נגדו כתב אישום בעבירות שיש עימן קלון. בית המשפט קבע כי במקרה שלפנינו העובדות שיש להציב "במשוואה" על מנת לגזור מתוכן את הדין בשאלה שהועלתה בעתירה אינן ידועות כולן לעת הזו. המאורע שלגביו ניצב סימן השאלה הגדול ביותר הוא הבחירות הקרבות. איש אינו יודע מה תהיינה תוצאות הבחירות לכנסת ה-23..."; (3) בג"ץ 1648/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 4.3.2020). העתירה מבקשת להורות ליועץ המשפטי לממשלה לפרסם חוות דעת המפרטת את התבחינים הקובעים מהם הכישורים והכשירויות הנדרשים מחבר כנסת כדי שניתן יהיה להמליץ עליו כמועמד להרכבת הממשלה. בית המשפט קבע כי "דין העתירה סילוק על הסף ולו בהיותה עתירה מוקדמת משהתוצאות הסופיות של הבחירות טרם פורסמו... התוצאות הסופיות של הבחירות לכנסת ה-23 תפורסמנה ברשומות עד ליום 10.3.2020..."; (4) בג"ץ 1853/20 **התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 10.3.2020). בעתירה העותרת שבה ומעלה את השאלה האם קיימת מניעה משפטית להטלת הרכבת הממשלה על ח"כ בנימין נתניהו, נוכח כתב האישום שהוגש נגדו בגין עבירות פליליות חמורות. בית המשפט קבע: "אך לפני פחות משבוע, ביום 4.3.2020, נדחתה על הסף עתירה קודמת שהגישה העותרת באותו ענין, בהיותה **עתירה מוקדמת**. העתירה שהוגשה אינה כוללת כל הסבר מדוע הוגשה כעת עתירה וזה בעיקרה מבלי שחל שינוי במצב העובדתי-

האם חבר כנסת נאשם בפלילים "כשיר" להרכיב ממשלה, היא – על פניה – שאלה חוקתית-מוסדית ועקרונית.

לא ניתן להתעלם מן התחושה שכאשר בית המשפט החליט לדון בשאלה זו – קרי לאחר שהוסכם על הקמת ממשלת הרוטציה – זה היה כבר "מאוחר מדי" וקשה היה למצוא עילה להתערבות בשיקול הדעת של חברי הכנסת. השופט מינץ, למשל, כותב בפסק דינו כי "במצב דברים זה, יש ליתן משקל כבד להסתמכות של חלק נכבד מציבור הבוחרים על כך שלאחר הבחירות לא תוטל כל מגבלה על יכולתו של חבר הכנסת נתניהו להרכיב ממשלה"⁷⁰. אם יש לתת משקל רב להסתמכות, השאלה היא מדוע לא עסק בית המשפט בשאלה זו מוקדם יותר. מדוע נדחו כל העתירות הקודמות שעסקו בסוגיה זו, בטענה כי הן אינן בשלות? נראה שבהתחלה זה פשוט היה "מוקדם מדי", וכיום, לאחר ההחלטה על הקמת ממשלה פריטטית בראשות נתניהו, זה כנראה כבר מאוחר מדי. אני סבורה כי העתירות שהוגשו מבעוד מועד והציפו את השאלה העקרונית האם נאשם בפלילים יכול להרכיב ממשלה היו בשלות עוד טרם הבחירות,

משפטי, ובטרם התקיימו התנאים שנמנו בפסק הדין כמפורט לעיל... משטרם פורסמו תוצאות הבחירות, ומשטרם החלו ההתייעצויות של נשיא המדינה עם הסיעות, וממילא גם טרם הוחלט על מי תוטל מלאכת הרכבת הממשלה, השאלות המועלות בעתירה הן **מוקדמות ותאורטיות** לעת הזאת. בכך אין כדי למצות את הקשיים שמעלה העתירה, אך די באלה כדי להוביל לדחייתה על הסף"; (5) בג"ץ 2033/20 **ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 16.3.2020). עתירה למתן צו על תנאי המורה למשיבים להסביר מדוע לא יצהיר בית המשפט כי בהתאם לדין אין להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על ח"כ בנימין נתניהו. בית המשפט קבע כי "קראנו את דברי עתירתם שהוגשה אמש, עיינו בנספחיה, אך לא ראינו הצדקה לבוא מן הפרוזודור אל הטורקלין, להידרש לגופו של עניין, מכיוון שנשיא המדינה, מתוקף סמכותו שלפי **סעיף 7(א) לחוק יסוד: הממשלה**, החליט היום להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על ח"כ בני גנץ"; (6) בג"ץ 2487/20 **ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 12.4.2020). השאלה שהעותרת מעלה, בהמשך לשתי עתירות קודמות, היא האם חבר כנסת שהואשם בפלילים כשיר לכהונה כראש ממשלת ישראל. בית המשפט קובע כי: "העתירה הראשונה שהגישו העותרים נדחתה על הסף בהיותה תאורטית ומוקדמת – זאת, מאחר שנשיא המדינה לא הטיל את מלאכת ההרכבה של הממשלה על חבר כנסת שהועמד לדין פלילי בגין עבירה בת-קלון. העתירה השנייה שהגישו העותרים נדחתה לאחר שהתייתרה – זאת, מאחר שנשיא המדינה החליט להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על ח"כ בני גנץ, שכנגדו לא תלוי ועומד כתב אישום... במה השתנתה עתירה זו משתי קודמותיה? העותרים סבורים, כי עתירתם הנוכחית שונה מוקדמותיה בשל התרחיש שבו הנשיא יטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על ח"כ בנימין נתניהו, שנגדו הוגש כתב אישום בגין עבירות שיש עמן קלון... דא עקא, שהנשיא לא קיבל החלטה להפקיד את מלאכת הרכבת הממשלה על ח"כ נתניהו. בנסיבות אלו, אין מנוס מן המסקנה כי עתירתם הנוכחית של העותרים השתנתה אמנם מעתירתם השנייה, אך איננה שונה במהותה מעתירתם הראשונה בהיותה גם כעת עתירה מוקדמת, אשר איננה נכנסת לאחד החריגים המצדיקים ומאפשרים את שמיעתן של עתירות כאלה... השאלה העיקרית איננה בשלה לדיון ועודנה מוקדמת".

פרשת נתניהו, לעיל ה"ש 36, בפס' 17 לפסק הדין של השופט מינץ.

70

והיה ראוי לדון בהן ולהכריע בהן טרם בחירות. משלא עשה זאת בית המשפט אז, לא היה מנוס מדחיית העתירה לאחר ההחלטה על הקמת ממשלה, כפי שאכן נעשה.

לאחרונה עולה גם טענת אי מיצוי ההליכים כמנגנון לדחייתן של עתירות חוקתיות, ולאחר שהחוק או התקנה נחקקו.⁷¹ אדם שנער כותב בהקשר זה כי מדובר בשימוש לא נכון של עילת הסף, אשר יישומה השגוי עלול למנוע מעתירות להתברר בבג"ץ. חיוב העותר במיצוי הליכים בעתירות חוקתיות – להבדיל ממיצוי הליכים במקרים של החלטות של רשויות המנהל – מנוגד להיגיון העומד ביסודה של חובת מיצוי ההליכים, עלול להעצים את הפגיעה בזכויות אדם, ובניגוד לעילות סף אחרות אינו תורם ומועיל לביורר העתירה לגופה.⁷² מעניין כי דווקא המדינה היא המבקשת מבג"ץ לדחות עתירות חוקתיות על הסף בשל כך שהעותר לא מיצה הליכים.

לאחרונה נדחתה בעילה זו העתירה כנגד "חוק איכוני השב"כ",⁷³ שבה כותב השופט מינץ: "אין להלום אפוא הגשת עתירה נגד החוק, ימים ספורים בלבד לאחר קבלת הנוסח הסופי והמתוקן שלו בכנסת, בלא שקדמה לעתירה פניה כלשהי למשיבים. לא למותר לציין כי אין בעצם הנוכחות בשייכות של ועדות הכנסת במסגרת הליכי החקיקה כדי להוות מיצוי הליכים".⁷⁴ נדגיש כי המשיבים בתיק זה היו הכנסת, הממשלה והיועמ"ש, כאשר הממשלה והיועמ"ש הם שטענו לאי מיצוי הליכים מולם, ולא הכנסת.

דוגמה נוספת היא העתירה בעניין ישראיר,⁷⁵ שם דחה בית המשפט את העתירה על הסף.⁷⁶ השופט הנדל כותב כי "ככל שניתן לשפוט מן התיאור המופיע בעתירה, מנכ"ל ישראיר 'ביקש' לפעול לשינוי תקנה 2, אך אין כל אינדיקציה לכך ששטח בפני

⁷¹ אדם שנער "על חוסר הגיונה של הדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות" – ICON-S- IL Blog (24.8.2020) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2020/08/24/>; כן ראו בג"ץ 6804/20 ישראיר נ' ממשלת ישראל (נבו) 1.10.2020.

⁷² שנער "על חוסר הגיונה של הדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות", לעיל ה"ש 71.
⁷³ חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש וקידום השימוש בטכנולוגיה אזרחית לאיתור מי שהיו במגע קרוב עם חולים (הוראת שעה), התש"ף-2020 ס"ח 234; בג"ץ 5261/20 בךמאיר נ' הכנסת (נבו) 20.8.2020.

⁷⁴ שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט מינץ.

⁷⁵ עניין ישראיר, לעיל ה"ש 71, שבו תקפו העותרים תקנה 2(א)(16)(א)(2) לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת השהייה במרחב הציבורי והגבלת פעילות), התש"ף-2020, המתירה יציאה ממקום המגורים לצורך "טיסה משדה תעופה", רק אם "הנוסע רכש כרטיס טיסה עד יום ז' בתשרי התשפ"א (25 בספטמבר 2020) ויש לו אישור בכתב על רכישת כרטיס הטיסה במועד כאמור". העותרים טענו כי התקנה פוגעת, שלא דין, בזכותו החוקתית של אדם "לצאת מישראל" (ס' 6(א) לחוקיסוד: כבוד האדם וחירותו), והן בזכויות ישראיר לקניין ולחופש העיסוק.

⁷⁶ העתירה הוגשה שוב ביום 8.10.2020.

הרשות המוסמכת את טענותיה המשפטיות של החברה, באופן שאפשר לרשות לנהל עמה שיח אמיתי, תוך צמצום וחיידוד נקודות המחלוקת.⁷⁷

גישה זו, כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקה האחרונה, בעייתית בעיניי. הפנייה למיצוי הליכים בעתירה חוקתית נראית מיותרת, שכן אין גורם בממשלה שמוסמך לבטל חוק או להימנע מלאכוף אותו. קשה לראות כיצד ההיגיון העומד ביסודו של כלל מיצוי ההליכים חל על חקיקה של הכנסת שכבר פורסמה. הדבר נכון גם באשר לתקנות: במקום שהממשלה מתקינה תקנות בן לילה (ובפועל – בלילה), בהליך של "סבב טלפוני" – שספק אם עולה בקנה אחד עם דרישות החוק – הנכנסות לתוקף באופן מיידי ופוגעות לכאורה בזכויות יסוד, ניתן היה לצפות מבית המשפט לדיון ממשי בעתירה התוקפת תקנות אלה, בלא שיצטרך העותר לפנות לרשות שהתקינה את התקנות בבקשה לשכנעה בצדקת טענותיו.

"דחינות שיפוטיות"? לא רק

לא רק עילות הסף משמשות כלי לדחיית עתירות. לצד עילות הסף בג"ץ משתמש בטכניקה נוספת, והיא הימנעות מהכרעה בתיקים בעלי משמעות ציבורית רחבה באמצעות דחייה חוזרת ונשנית של הדיונים בעתירות. כך נוהג בג"ץ גם לגבי תיקונים לחוקי היסוד המוסדיים, דוגמת העתירה כנגד חוק יסוד: הלאום,⁷⁸ והעתירה כנגד תיקון 8 לחוק יסוד: הממשלה, הקובע את המסגרות לממשלת החילופין.⁷⁹

ה"דחינות השיפוטיות" (כדבריו של עמיחי כהן בספרו) מלווה גם בדחינות בכל הנוגע לסדרי העבודה של נושאים בעלי משמעות ציבורית, פוליטית וחוקתית, בלשכתו של היועץ המשפטי לממשלה. ההארכות החוזרות ונשנות שבית המשפט מאשר ליועמ"ש משרתות את הרציונל שלו בדחיית עתירות. כך, למשל, החלטות על העמדה לדין פלילי של אישי ציבורי נגרות על פני שנים,⁸⁰ ובקשות לדחיית מועדי הגשה של תגובת המדינה בתיקים בעלי משמעות פוליטיות הפכו עניין שגרתי למדי.⁸¹ בית

⁷⁷ עניין **ישראיר**, לעיל ה"ש 71, בפס' 2 לפסק הדין של השופט הנדל.

⁷⁸ עד כה הוגשו לפחות 15 עתירות כנגד חוק היסוד, ראו למשל: עניין **הס**, לעיל ה"ש 59.

⁷⁹ עניין **התנועה למען איכות השלטון**, לעיל ה"ש 59.

⁸⁰ משך הזמן בקבלת ההחלטות בכל תיקי נתניהו הוא רק דוגמה אחת מני רבות. ההחלטה בעניין העמדתו לדין של השר אריה דרעי וההחלטה על העמדתו לדין של השר (לשעבר) ח"כ ליצמן טרם התקבלו נכון למועד כתיבת שורות אלה (מאי 2021). סיכום הראיות בעניינו של השר ליצמן הועבר לפרקליטות בחודש אוגוסט 2009, ובעניינו של השר דרעי הועבר בחודש נובמבר 2018.

⁸¹ למשל העתירה שהוגשה על ידי התנועה לאיכות השלטון וביקשה להעמיד לדין את ראש הממשלה בפרשה המכונה "פרשת המניות ופרשת הצוללות": בג"ץ 3921/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**. העתירה הוגשה בתאריך 16.6.2020. בית המשפט ביקש מן המדינה להגיב עד ה-6.8.2020, אלא שכמה ימים לפני

המשפט דוחה עתירות המופנות כנגד היועץ המשפטי לממשלה המתייחסות למשך הזמן של קבלת החלטות, תוך שהוא מציין למשל כי "בית המשפט אינו 'סדרן העבודה' בלשכת היועמ"ש, החלטות בעניין העמדה לדין צריכות להתקבל ביישוב הדעת. כל עוד ההליכים לא מתמשכים מעבר לזמן סביר יש לאפשר למשיבות לקבל החלטה בהתאם ללוח הזמנים שקבעו לעצמם".⁸²

התופעה של דחיית כל העתירות המופנות כנגד היועמ"ש במקרים של התמשכות הליכים בתיקים בעלי משמעות ציבורית ופוליטית, בצד הענקת ארכות כעניין שגרתית למתן תגובת היועמ"ש לעתירות אלה – בעייתית בעיניי, ובעלת אפקט תורם ואף מעורר לתופעת הדחייה כולה. על פניה, גישה זו מקטינה באופן זמני את מידת החיכוך והמתח בין בית המשפט לבין הרשויות הפוליטיות, שכן פחות פסיקה פירושה "פחות התקפות עליו", כדבריו של עמיחי כהן בספרו.⁸³ אולם, בסופו של דבר, הדחייה מוחלישה עוד את מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כשומר שלטון החוק, ושוחקת את יכולתו של בית המשפט העליון להתמודד עם חקיקה פופוליסטית ולבלום את עלייתה של תופעה זו.

סיכום – "יום הבוחר, ולא יום העותר"⁸⁴

נראה שגישת ה"הימנעות מהכרעה" בסוגיות חוקתיות מוסדיות מאפיינת את הפסיקה בתקופה של עליית הפופוליזם. הדוקטרינה של "הימנעות חוקתית" או "הימנעות מהכרעה", שנידונה בעיקר בארצות הברית, קשורה לתפיסה פרשנית הדומה למינימליזם שיפוטי, אינה קשורה בהכרח לעליית הפופוליזם ואינה ייחודית לישראל.⁸⁵

מתן תגובת המדינה התבקש בית המשפט על ידי היועמ"ש לדחות שוב את מועד מתן התשובה ובית המשפט נתן ארכה נוספת עד לתאריך 15.10.2020 (ארבעה חודשים לאחר הגשת העתירה). כמו כן העתירה שהוגשה כנגד התיקון לחוק יסוד המדינה המאפשר דחיית מועד העברת תקציב – לאחר שניתנו למדינה כחודש וחצי להכנת תגובתה, ניתנה ארכה נוספת לתאריך 22.10.2020. בעתירה זו, אגב, הכנסת מבקשת "להצטרף לעמדת משיבי הממשלה לפיה **אי מצוי ההליכים** שבו לוקות כל העתירות מצדיק את דחייתן על הסף".

⁸² בג"ץ 3193/20 לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 19.5.2020); ראו גם עניין לשם, לעיל ה"ש 68, בפס' 7 לפסק הדין של השופט מוזו "אין לומר כי חלף פרק זמן בלתי סביר לבחינת הפניה על ידי היועץ המשפטי לממשלה ולמענה לעותר. ובנסיבות אלה יש אפוא לראות בעתירת העותר כעתירה מוקדמת שהוגשה בטרם מיצוי הליכים נאות".

⁸³ כהן **מלחמות הבג"ץ**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 266.

⁸⁴ מתוך המשפט האחרון של פסק דינו של השופט שטיין בבג"ץ 5004/14 ג'קלין נ' משרד החינוך (נבו 7.8.2019): "הקביעה כיצד איוון זה ייעשה צריכה להיעשות ביום הבוחר, ולא ביום העותר".

⁸⁵ ראו: Eric S. Fish, *Constitutional Avoidance as Interpretation and as Remedy*, 114 MICH. L. REV. 1275 (2016); כמו כן ראו: ANDREW NOLAN, *THE DOCTRINE OF*

עם זאת יש לזכור כי דווקא המשפט החוקתי המוסדי הוא אחד האמצעים העיקריים שנעשה בהם שימוש כדי להחליש מנגנונים דמוקרטיים.⁸⁶

ראויים לציון פסקי הדין שבהם מצא בית המשפט לנכון להתערב, בעיקר כדי להגן על עקרון הפרדת הרשויות. כך למשל פרשת קוונטינסקי,⁸⁷ ופרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים.⁸⁸ אף על פי שניתן לראות את בית המשפט כמגן הפרדת הרשויות וכמגן הכנסת,⁸⁹ ניב רוזנאי ועמיחי כהן כותבים שייתכן שהתערבות זו של בית המשפט העליון הייתה מעטה מדי ומאוחרת מדי.⁹⁰

פרשת אדלשטיין - יו"ר הכנסת,⁹¹ שבמסגרתה חייב בית המשפט את כינוס מליאת הכנסת לשם בחירת יו"ר, בולטת במיוחד, אף על פי שגם במקרה זה לא נמצאה בדיוק "נורמה שבדין". נשוב לקביעתה החשובה של הנשיאה חיות שלפיה "...במקום שבו מדובר בפגיעה חסרת תקדים בשלטון החוק, נדרשים סעדים חסרי תקדים".⁹² פסק דין

CONSTITUTIONAL AVOIDANCE: A LEGAL OVERVIEW (Congressional Research Service, 2014); Michelle R. Slack, *Avoiding Avoidance: Why Use of the Constitutional Avoidance Canon Undermines Judicial Independence – A Response to Lisa Kloppenberg*, 56 CASE W. RES. L. REV. 1057 (2006); Lisa A. Kloppenberg, *Does Avoiding Constitutional Questions Promote Judicial Independence*, 56 CASE W. RES. L. REV. 1031, 1031 (2006); על הימנעות מהכרעה בתקופה של שחיקה דמוקרטית, ראו למשל Ozan O. Varol, *Stealth Authoritarianism*, 100 IOWA L. REV. 1673, 1689 (2015), "Judges are strategic actors. They do not operate in a vacuum. The judiciary is influenced by the political environment in which it operates, and judges are unlikely to engage in a sustained resistance effort against powerful incumbents" Roberto Gargarella, *La Corte y los riesgos de auto restringirse, con la excusa de no ocupar el espacio de la politica*, LA NACION (Sept. 28, 2020), <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-corte-y-los-riesgos-de-autorestringirse-con-ba-ma-mr-la-excusa-de-no-ocupar-el-espacio-de-la-politica-nid2462093>. פרופ' גרגרלה כותב במאמר לעיתון על הסכנות של ריסון עצמי שיפוטי בטענה כי הנושא הוא פוליטי.

תופעה הזוכה בין היתר לשם abusive constitutionalism. כדברי דייוויד לנדאו במאמרו בנושא: "abusive constitutionalism", 47 UCDC REV. 189, 195 (2013): "abusive constitutionalism" as the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before". ביחס למצב הישראלי ראו: Mordechai & Roznai, לעיל ה"ש 10.

⁸⁶ עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 22.

⁸⁷ עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 17.

⁸⁸ Yaniv Roznai, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Public Interest*, 51 WORLD COMPAR. L. 415 (2018); גילה שטופלר "בית המשפט העליון כבלם מפני השתלטות עוינת של הממשלה על סמכויות הכנסת" ICON-S-IL Blog (25.3.2018), <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2018/03/25/>.

⁸⁹ כהן ורוזנאי "פורפוליוזם, דמוקרטיה והחוקה המוסדית הישראלית", לעיל ה"ש 6.

⁹⁰ פרשת אדלשטיין, לעיל ה"ש 60.

⁹¹ שם, בפס' 5 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

זה מהווה דוגמה בולטת וייחודית במיוחד לאור שאלת הסעד, שכן במקרה זה בית המשפט הורה, כאמור לעיל, על סעד יוצא דופן שנדמה שאין לו תקדים.⁹³ דוגמה זו היא אחת ויחידה בתקופה האחרונה, והיא בעיניי החריג המעיד על הכלל.

גישה של "הימנעות מהכרעה" מצידו של בית המשפט העליון בעידן של פופוליזם טומנת בחובה סיכון. ייתכן שהנסיגה החוקתית תהא כה חדה עד שכאשר בית המשפט יבקש לבלום מהלכים מסוימים יהא זה כבר מאוחר מדי, והפגיעה במוסדות הדמוקרטיים תהא כה עמוקה עד שלא ניתן יהיה לתקנה.⁹⁴ גם מאוטר כותב כי בישראל, כמו במדינות ליברליות אחרות בעולם, הממשלה והכנסת עוסקות במהלכים שיטתיים שעשויים לעמוד בסתירה לערכים הליברליים של המשטר, ונדרשת אפוא פעולתו של מוסד מדינה אחר שיציב בפני פעולות הממשלה ובית הנבחרים את הגבולות הליברליים, ובכך יגן על אופיו הליברלי של המשטר. מוסד המדינה הזה הוא בית המשפט העליון.⁹⁵

אצטרף גם אני לקוראים לבית המשפט העליון לעשות מעשה, לבלום הליכים לא דמוקרטיים, להגן על החוקה המוסדית של ישראל ולמנוע פגיעה בכללי המשחק הדמוקרטיים הבסיסיים. דמוקרטיה זקוקה להגנה, ועל השופטים להגן עליה.⁹⁶ בישראל, סמכות הבלוימה היחידה לכוחו של הרוב נתונה לבית המשפט העליון.⁹⁷ כדברי עמיחי כהן בספרו: "...השופטים בהחלט יכולים להשפיע על תהליכים פופוליסטיים. אם ברצונם למנוע את התפתחות הפופוליזם, עליהם לשאת בעול, כאשר הדין מאפשר ומחייב זאת."⁹⁸

93 שם. "שבית משפט זה יעשה שימוש בסמכות הנתונה לו בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה ויורה כי על מנת להבטיח את קיום פסק הדין מיום 23.3.2020 תוקנה לווחיק חברי הכנסת סמכות תחומה ומוגדרת כדלקמן: (1) לפנות לוועדה המסדרת לפי סעיף 19 לתקנון הכנסת על מנת לכנס את מליאת הכנסת מחר, יום ה, 26.3.2020 אף שיום זה איננו נמנה עם הימים שבהם היא מתכנסת על פי התקנון; (2) לקבוע את סדר היום של אותה ישיבה לפי סעיף 25 לתקנון הכנסת ולכלול בו את ההצעה לבחירת יו"ר קבוע לכנסת; (3) לנהל את אותה הישיבה".

94 Yaniv Roznai, *Who will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy*, 29 WILL. & MAR. B. RTS. J. 327 (2020)

95 מנחם מאוטר "בדרך למהפכת נגד תורת המשפטית אנטי-ליברלית של השופט שטיין?" **ICON-S-IL Blog**, (3.9.2019)

<https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2019/09/03>

96 David Prendergast, לעיל ה"ש 30, בעמ' 252; כן ראו את עמדתו העקרונית של SAMUEL ISSACHAROFF, לעיל ה"ש 9, על כך שבית המשפט החוקתיים חייבים לפעול באגרסיביות מול איומים על הדמוקרטיה, משום במקרים רבים הם השחקן היחיד שיכול לעשות זאת.

97 Suzie Navot & Yaniv Roznai, *From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, 21 Eur. J. L. Reform. 403 (2019)

98 כהן **מלחמות הבג"ץ**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 266.

אם נחזור לספרו של עמיחי כהן, אין ספק שיש לספר תרומה חשובה לא רק במישור האקדמי אלא גם לשיח החוקתי בישראל. הוא מספק לידינו ידע שבלעדיו שיח דמוקרטי אינו יכול להתקיים.⁹⁹ מעבר לכך, בדרכו הייחודית, עמיחי כהן משקיף על התפתחויות, אירועים ותופעות שכדאי להתעכב עליהם ומאיר את שאלת מיקומם של אנשי האקדמיה בעידן של פופוליזם עולה.¹⁰⁰

באשר לתפקידו של בית המשפט בימים אלה אחתום, תרתי משמע, על ובדברים שכתב השופט חשין לפני כ-15 שנה. גם היום לא נס ליחם, ואין מתאימים מהם לסיומה של רשימה זו.

אין ריק בעולם המשפט. אין ריק במערכות השלטון. בהיווצר ריק במערכות השלטון, ולו לחלקיק שנייה, להרף-עין, יימלא החלל כמו-מעצמו ברשות זו או אחרת ובנורמות שאותה רשות תשליט באותה שדה. וכך, בהיסוג המשפט אחר ייתפש מקומו לאלתר בידי נורמות אחרות, אפשר נורמות שאינן ראויות. הימנעותנו מהתערב באשר נעשה בענייננו – ובאשר לא נעשה – פוגעת לדעתי בעליונותו של המשפט, שמא נאמר: פוגעת היא ברוחו הטובה של המשפט, באותם עיקרי-תשתית המזינים את המשפט ואין משפט בלעדיהם. הותרת ענייננו אך לרשות המבצעת, לממשלה, מביאה לדעתי להזערתם ולהנמכת קומתם של אותם עיקרי-יסוד שהם כה חשובים לאיכות חיינו כחברה שטוב וראוי לחיות בה. משלמדנו כי תרבות ה"לא ייעשה כן במקומנו" נחלשה, ואנו דלוננו עד-מאוד, האם לא ראוי היה כי המשפט ישמיע את קולו ברמה? כי קולו לא יהא אך כקולו של הפיקולו, "וך וטהור אך נבלע בהמולה"¹⁰¹?

⁹⁹ Vicki C. Jackson, *Knowledge Institutions in Constitutional Democracies: of Objectivity and Decentralization*, HARV. L. REV. BLOG (Aug. 29, 2019), <https://blog.harvardlawreview.org/knowledge-institutions-in-constitutional-democracies-of-objectivity-and-decentralization/>

¹⁰⁰ Liora Lazarus, *Constitutional Scholars as Constitutional Actors*, 48 FEDERAL L. REV. 483 (2020).

¹⁰¹ בג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נ"ט (3) 177, 145 (2004).