

פסיקת בג"ץ בסוגיות של לאום אל מול סבירות - הבדלים ומבט לעתיד

רון אברהם ושחר ליפשיץ*

“וְאֵנִי הִנֵּה נִתְּתִיד הַיּוֹם לְעִיר מְבָצָר וְלְעַמּוּד בְּרָזָל וְלִחְמוֹת נְהַשָּׁת”
(ירמיהו א, יח)

בג"ץ חוק הלאום מיולי 2021 ובג"ץ הסבירות (תיקון לחוק-יסוד: השפיטה) מינואר 2024 חוללו תמורות משמעותיות בעולם החוקתי המשפטי, כמו גם בחברה הישראלית בכללותה. שאלות של שוויון, דמוקרטיה, שלטון חוק והפרדת רשויות עמדו למול השופטים, המחוקקים והעם בעת הדיון בחוקי יסוד אלה.

מאמר זה בוחן את הסיבות שבגינן בחר בג"ץ בפרשנות מקיימת בעניין חוק-יסוד: הלאום על אף ההשלכות הקשות שלו בהיבטי שוויון ודמוקרטיה, אך סירב לעשות זאת בעניין עילת הסבירות והכריז באופן חסר תקדים על ביטול של תיקון לחוק יסוד. נעמוד על ההצדקות המרכזיות שהובילו את הרוב לפסול את התיקון לחוק-יסוד: השפיטה ונשווה אותן לדעת המיעוט של השופט (בדימ') קרא, בעת שביקש להוציא צו על-תנאי כנגד חלק מההסדרים הקיימים בחוק הלאום. נצביע על כך שהטיעונים שהציג השופט קרא בבג"ץ חוק הלאום הם אותם הטיעונים שבהם השתמשו חלק משופטי הרוב בבג"ץ הסבירות. יתרה מכך, נמחיש כי הטיעונים שעליהם התבססו חלק משופטי הרוב בבג"ץ חוק הלאום שימשו בתורם את חלק משופטי המיעוט בבג"ץ הסבירות. לנוכח הדמיון בטיעונים וההבדל

* רונן אברהם הוא פרופ' מן המניין באוניברסיטת תל אביב ועומד בראש התוכנית הבינלאומית לתואר שני. שחר ליפשיץ הוא פרופ' מן המניין באוניברסיטת בר-אילן ועומד בראש מרכז מנומדין למשפט יהודי ודמוקרטי. תודה לאיתמר כהן על עזרתו הרבה בכתיבת המאמר. תודה גם לאורי אהרונסון, איתי בריסמן-טוב, ברק מדינה ומנחם מאוטנר על ההערות וההפניות. רונן אברהם מבקש להודות לפרופ' יפה זילברשץ שהייתה המורה הראשונה שלו למשפט חוקתי.

בהכרעה, המאמר מנתח את ההצדקות העובדתיות והנורמטיביות לשוני ביישום העקרונות הללו עד כדי פסילה חסרת תקדים של חוק יסוד. ההסבר "הפשוט" ביותר הוא ההסבר הדוקטרינרי, שלפיו אין מדובר כלל בשינוי גישה של שופטי הרוב אלא ביישום קונקרטי של עקרונות משפטיים זהים על מקרים שונים מבחינה עובדתית או משפטית. לדעתנו, הסבר זה אינו משכנע, לפחות לא לבדו, ועל כן נציע ארבעה הסברים חלופיים או מצטברים להסבר "הפשוט". ההסבר הראשון מכחיש את קיומו של מתח כלשהו בין שתי הפסיקות וטוען שהפער ביניהן נובע מהתפתחות דוקטרינרית הדרגתית, המאפיינת את התנהלותו של בית המשפט גם בסוגיות רבות אחרות. ההסבר השני, והביקורתי יותר, הוא שבג"ץ היה מוכן לעשות כברת דרך משמעותית ולבטל תיקון לחוק יסוד רק כי הוא איים לרסן את כוחו. על פי גרסה אזהדתית יותר של אפשרות זו, ראוי שבג"ץ ישמור בראש ובראשונה על כוחו שכן בלעדיו הוא לא יוכל לבצע את יתר תפקידיו ובכלל זה הגנה על זכויות מיעוטים. הסבר שלישי הוא שהשוני בין הפסיקות נעוץ בהבדלים בתפיסות העולם של השופטים לגבי שתי הסוגיות, ובעיקר מכך שגם שופטים המשתייכים לקבוצה היהודית-ליברלית מזדהים עם העקרונות הכלליים של חוק הלאום, על אף הקשיים הנקודתיים שהוא מעורר. ניתוח דומה שם את הדגש על התאמת הפסיקה לעמדות הציבור. על פי הסבר זה, ההתערבות בחוק הלאום הייתה ממקמת את בג"ץ מחוץ לקונצנזוס הציבורי וגוררת תגובת נגד רחבה. הסבר רביעי ואחרון - והראוי לטעמנו - הוא שבג"ץ הסבירות משקף שני מהלכים משלימים: האחד, הצבת קיר ברזל כנגד התנהלות כוחנית וקיצונית מצד הקואליציה בתחום החוקתי; השני, המתנהל במקביל, הוא הושטת יד לקואליציה ומתן לגיטימציה לתיקונים חוקתיים רכים, ובמיוחד כאלה הנערכים בהסכמה רחבה. במונח זה, הצופה פני עתיד, בג"ץ משפר את עמדת האופוזיציה (במקרה הזה הצד הליברלי) במשא ומתן עתידי על האיזונים בין הרשויות, למקרה שתשוב הקואליציה להתנהל בצורה כוחנית. זאת, לצד הבהרה כי אל לו לצד הליברלי להתבשם מניצחונו אלא לחתור להסכמות רחבות מעמדתו החדשה. מבלי להכריע בשאלה אם צדק בג"ץ בפסיקתו בעניין הסבירות, אנו סבורים שראוי שכל השחקנים בזירה יפעלו ברוח הסבר זה.

פתח דבר

השנים האחרונות במדינת ישראל התאפיינו בדיאלוג חוקתי תוסס בין הכנסת כרשות מכווננת ובין הרשות השופטת, דיאלוג שבא לידי ביטוי באמצעות חקיקה ותיקון של חוקי יסוד שונים ופסקי הדין שעסקו בהם.

ראשית נדרש בג"ץ לדיון בחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום),¹ וסירב לבטל את החוק או אף חלקים ממנו.² לאחר כינון

1 חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ס"ח התשע"ח 898 (להלן: חוק הלאום).

ממשלת החילופים, נדרש בג"ץ לעסוק בתיקונים שונים לחוק-יסוד: הממשלה שנדרשו לצורך כינון הממשלה.³ לאחר מכן דן בג"ץ בתיקונים נוספים לחוקי יסוד. הראשון היה התיקון לחוק-יסוד: הממשלה (להלן: חוק דרעי), אשר אפשר אישור מינוי שר גם כשהלה נידון לעונש מאסר על תנאי.⁴ השני היה התיקון לחוק-יסוד: השפיטה (להלן: עניין הסבירות), שאותו החליט בג"ץ, בהרכב ראשון מסוגו, לפסול.⁵ לבסוף, דן בג"ץ ב"חוק הנבצרות", שנגע לתנאים שלפיהם ייבצר מראש ממשלה לכהן בתפקידו,⁶ והכריע שהוא ייכנס לתוקף רק מהכנסת העוקבת.⁷ רבות כבר נכתב ונאמר, ובוודאי עוד ייאמר, על אודות פסקי הדין הללו.⁸ במאמר זה אנו מבקשים להפנות תחילה זרקור אל הדמיון בטיעונים ובנסיבות אל מול חילופי עמדות והבדלים בהכרעה בין פסיקת בג"ץ בעניין חוק הלאום לבין פסיקת בג"ץ בעניין ביטול עילת הסבירות. לאחר מכן, נבקש להציג הסברים אפשריים לפער בין עמדות הרוב בשני המקרים ולנכונותו של בג"ץ לפסוע את הצעד המשמעותי הנוסף בפרשת ביטול עילת הסבירות.

נפתח בדומה: בשני המקרים דובר על חוק יסוד שחקיקתו לוותה במחלוקת ציבורית. בשני המקרים מרבית שופטי בית המשפט העליון שדנו בנושא הסתייגו מן ההליך החקיקתי ומן הנוסח הסופי של החוק שהתקבל. לבסוף, בשני המקרים דעת הרוב סימנה מגבלות על סמכותה של הכנסת בכובעה כרשות המכוננת. ועדיין, במבחן התוצאה, השוואה של דעות הרוב והמיעוט בשני פסקי הדין מלמדת שבעניין חוק הלאום הפגינה דעת הרוב מדיניות זהירה ובחירה בפרשנות מקיימת על פני ביטול הוראות בחוק היסוד, לרבות הוראות שדעת הרוב בעצמה הסתייגה מהן ואף העמידה בספק את תוקפן החוקתי; ואילו בעניין הסבירות נכון היה בג"ץ לפרוץ דרכים ולקבוע תקדימים מרחיקי לכת, לא רק במישור התיאורטי (שבו 13 מתוך 15 שופטים סברו – מי יותר ומי פחות – שיש סמכות לבית המשפט לבטל חוקי יסוד) אלא גם במישור הסעד החוקתי (שבו רוב של שמונה משופטי בג"ץ הכריזו על בטלות התיקון לחוק היסוד).

יתרה מזו, לפחות בכמה מן המקרים, הטיעונים העקרוניים של חלק משופטי הרוב בעניין חוק הלאום אומצו על ידי חלק משופטי המיעוט בבג"ץ הסבירות. עם זאת, דווקא חלק משופטי הרוב בבג"ץ הסבירות, שחלקם נמנו גם עם שופטי הרוב

2 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו 8.7.2021) (להלן: בג"ץ חוק הלאום).

3 בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו 12.7.2021).

4 בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (נבו 18.1.2023).

5 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות).

6 חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12), ס"ח התשפ"ג 72.

7 בג"ץ 2412/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 3.1.2024).

8 ראו למשל ספר הפרשנות של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (יובל שני וידידיה צ' שטרן עורכים 2023); תרבות דמוקרטית 20 (2021); פסק דין הסבירות: עיונים ראשונים (סוזי נבות וענת טהון אשכנזי עורכות 2024). וראו גם את יתר המאמרים בכרך הנוכחי של מעשי משפט.

בעניין חוק הלאום, שינו את טעמם בבג"ץ הסבירות ואימצו קו חשיבה שונה ותקיף יותר, כזה שאפיין דווקא את עמדת המיעוט של השופט קרא שתמכה בהוצאת צו על תנאי נגד חלק מההסדרים שנקבעו בחוק הלאום. פער זה דורש הסבר גם מנקודת המבט החוקתית, שכן על פי עמדות מסוימות בתיאוריה החוקתית המקובלת, דווקא מקרים המערבים פגיעה בזכויות מיעוט, כמו בג"ץ חוק הלאום, אמורים להוביל לתגובה חריפה יותר מצד בית המשפט.⁹ הגם שניתן להציע הבדלים עובדתיים ומשפטיים מסוימים בין המקרים, אשר ייתכן שעשויים להצדיק מבחינה דוקטרינרית "טהורה" את ההכרעה השונה, אנו מתקשים להשתכנע שהבדלים אלה לבדם מצדיקים את היפוך העמדות שחל בהכרעתו הסופית של בג"ץ כמו גם בעמדה האישית של חלק מן השופטים שדנו בשני המקרים.

אנו מציעים ארבעה הסברים לשינוי בעמדות השופטים ולהבדל בין הפסיקות – הסברים אלה הם חלופיים או מצטברים, וכל אחד מהם משלים את השני, הגם שההסבר הרביעי הוא הראוי ביותר לטעמנו.

ההסבר הראשון הוא שבג"ץ הסבירות הוא אך שלב התפתחותי נוסף של דוקטרינה שנוצרה בבג"ץ חוק הלאום. על פי גישה זו, בדומה לתהליכים חוקתיים קודמים, שבהם בית המשפט נקט סעד מעשי רק לאחר שביסס את סמכותו העקרונית בפסיקות קודמות, גם במקרה הזה, הדין החוקתי מתפתח בהדרגה – בפסק הדין המוקדם שעסק בחוק הלאום הסתפק בית המשפט באזהרה ובהצבת העמדה העקרונית בדבר האפשרות לבטל חוק יסודי, ובשלב שני, בבג"ץ הסבירות, הוא בחר לממש את האפשרות העקרונית שהוצבה בפסיקה המוקדמת.

הסבר שני, ביקורתי יותר, הוא שבג"ץ נקט בצעד חריף יותר בבג"ץ הסבירות מאשר בבג"ץ חוק הלאום משום שרגישותו לפגיעה בכוחו הינה גבוהה מרגישותו לפגיעה במעמדם ובזכויותיהם של המיעוטים. על פי גרסה אוהדת יותר של הסבר זה, אכן ראוי שבג"ץ ישמור באופן נחוש על כוחו שכן בלעדיו לא יוכל לבצע את שאר תפקידיו, ובכלל זה הגנה על זכויות מיעוטים.

ההסבר השלישי מעוגן בהיבטים הסוציולוגיים ובשיקולים אסטרטגיים הקשורים בלגיטימציה חברתית ובחשש מפני תגובות נגד. לפי גישה זו, השופטים המשתייכים ברובם לקבוצה היהודית-ליברלית, מזדהים באופן עקרוני עם הערכים הציוניים שאותם ביקש חוק הלאום לקדם. בעיקר, עם היותה של ישראל מדינת הלאום של העם היהודי ועם הערך של קידום התיישבות של יהודים. על כן, חרף הסתייגותם ממרכיבים מסוימים בחוק הלאום, לא ראו בו שופטי בג"ץ איום על הדמוקרטיה הישראלית. לעומת זאת, הניסיון להחליש את הביקורת השיפוטית על פעילות הממשלה, וייתכן שגם המהלכים שהוסכמו בהסכמים הקואליציוניים שהממשלה ביקשה לקדם לאחר החלשת הביקורת השיפוטית, נתפסו בעיניהם כמהלך מסוכן

9 ראו למשל איתי בר-סימן טוב "גיון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התיאוריה החוקתית של אילי" דין ודברים ט 67, 72-74 (2015); ראו גם ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 48 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995).

עבור הדמוקרטיה. ניתוח דומה שם את הדגש, לא רק על תפיסות העולם הערכיות של השופטים, אלא גם על התאמת פסיקותיהם לעמדות הציבור. על פי הסבר זה, ההתערבות בחוק הלאום הייתה ממקמת את בג"ץ מחוץ לקונצנזוס הציבורי וגוררת תגובת נגד רחבה. לעומת זאת, התערבות בחוק לביטול הסבירות זוכה לאהדה רבה יותר בציבור הישראלי בכללותו ובוודאי בציבור היהודי-ליברלי, ששופטי הרוב חשים אליו קרבה רעיונית, ועל אחת כמה וכמה בתקופת השינויים המשטריים שיזמה הממשלה.

על פי ההסבר הרביעי והאחרון – והראוי לטעמנו משום שהוא משלב בין הסבר תיאורי להצדקה נורמטיבית למהלך הפסיקת¹⁰ – הפער בין שני הבג"צים הללו נובע מכך שקיימים הבדלים מהותיים בעיתוי בו נחקק כל אחד מן החוקים, בהתנהלות של הקואליציה בחקיקתם, ובמסר החברתי הגלום בכל אחד מהם. חוק הלאום נתפס כאירוע נקודתי, לפחות בעיני הרוב היהודי; הוא נחקק בהליך משפטי מקובל שאפשר השפעה ממשית על תוכן החוק מצד הייעוץ המשפטי, והיבטים שונים של החוק אכן עודנו במהלך הדיונים בכנסת. המסר המרכזי של החוק, שלפיו ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, אינו חורג מן הקונצנזוס החברתי הרחב בישראל בקרב הרוב היהודי, ומקובל גם על מרבית שופטי בית המשפט העליון. לעומת זאת, התיקון בעניין הסבירות היווה חלק ממערכה יזומה של רפורמות משפטיות, שיש שראו בהן הפיכה משטרית ואיום של ממש על משטרה הדמוקרטית והליברלי של ישראל. התיקון בעניין הסבירות נחקק בפרוצדורה חריגה, נוסח באופן קיצוני ולא מידתי, ללא כל ריכוך, מבלי להתחשב כלל בעמדות הייעוץ המשפטי ומבלי לנסות להגיע להסכמה רחבה. על-פי הסבר זה, בג"ץ הסבירות משקף שני מהלכים משלימים: האחד, הצבת קיר ברזל כנגד התנהלות חוקתית כוחנית וקיצונית מצד הקואליציה; השני, המתנהל במקביל, הוא הושטת יד לקואליציה ומתן לגיטימציה לתיקונים חוקתיים רכים, במיוחד כאלה הנערכים בהסכמה רחבה. במובן האחרון, הצופה פני עתיד, בג"ץ הסבירות משפר את עמדת האופוזיציה (במקרה הזה הצד הליברלי) במשא ומתן עתידי, למקרה שהקואליציה תשוב להתנהגותה הכוחנית, אך גם מבהיר לצד הליברלי, כי אל לו להתבסס מניצחוננו וכי מעמדה חדשה זו הוא נדרש לחתור להסכמות רחבות.

פרקים א' ו-ב' של המאמר יעסקו בפסקי דין הסבירות וחוק הלאום ובהשוואה ביניהם. פרק ג' יציג את ארבעת ההסברים לשוני בהכרעה, תוך מתן פירוט נרחב על ההסבר המועדף על ידנו בהיבט הנורמטיבי, באופן המשלב בין ניתוח העבר לניתוח צופה פני העתיד. בפרק הסיום של המאמר, נבקש לתמוך באימוץ הרכיב צופה פני העתיד ומעודד ההסכמות של בג"ץ הסבירות על ידי החברה הישראלית ביום שאחרי פסק הדין. זאת, הן מסיבות ענייניות עקרוניות המתחזקות לנוכח השבר הפנימי

10 להרחבה על יחסי הגומלין שבין העקרונות הכלליים והיישומיים הקונקרטיים בעיצוב תיאוריה מוסרית ומשפטית ראו RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 164-258 (1986); JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 56-61 (1971).

שחוותה החברה הישראלית בשנה האחרונה, והן לנוכח האיום החיצוני שעמו היא מתמודדת בימים אלה.

א. סקירה תיאורית

1. בג"ץ חוק הלאום

חוק הלאום אושר בכנסת ב-19 ביולי 2018, ברוב של 62 בעד, 55 נגד ושני נמנעים.¹¹ כ-15 עתירות הוגשו בנושא, והדיון עצמו נסב, באופן מעשי, על תוקפם של סעיפים 1(ג) ("סעיף ההגדרה העצמית הלאומית"), סעיף 4 ("סעיף השפה") וסעיף 7 ("סעיף ההתיישבות"),¹² זאת לצד כמה סעדים אחרים שביקשו העותרים ושגם בהם עסק בית המשפט (לדוגמה הוספת עקרון השוויון לחוק).¹³ בית המשפט העליון פסק, ברוב של 10:1 שיש לדחות את כל העתירות. השופט קרא, השופט הערבי היחידי שישב בדיון, נותר בדעת מיעוט, והיה השופט היחיד שביקש להוציא צו על-תנאי ולהורות למשיבים (הכנסת, ממשלת ישראל והיועמ"ש) לנמק מדוע אין לבטל את הסעיפים האלה.

דעת הרוב התבססה על הניתוח של הנשיאה חיות, ולפיו "בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימת מגבלה אחת, צרה ביותר, החלה על הכנסת בכובעה כרשות מכווננת והיא כי אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית".¹⁴ הנשיאה הותירה בצריך עיון את השאלה אם במקרה שהכנסת חרגה מסמכותה רשאי בית המשפט העליון להתערב בתוכן של חוק היסוד.¹⁵ לדעתה, בעניין חוק הלאום לא היה צורך להכריע בכך,¹⁶ שכן חרף הקשיים החוקתיים הקיימים בחוק, ניתן לאמץ פרשנות מקיימת לחוק.¹⁷ הנימוק העיקרי של הנשיאה נגע לכך שהחוק לא העניק זכויות אישיות ולא הטיל חובות אופרטיביות על המדינה, ומשום כך לא שינה את המצב המשפטי הממשי.¹⁸ לשיטתה, נימוק זה חל הן על סעיף ההגדרה העצמית הלאומית,¹⁹ והן על סעיף השפה וסעיף ההתיישבות.²⁰

הנשיאה חיות הציעה לפרש את חוקי היסוד באופן הרמוני, אשר מתיישב עם המארג החוקתי הקיים, שכולל כבר עקרונות חוקתיים, לרבות ובעיקר עקרון

11 מורן אזולאי "אושר חוק הלאום: בקואליציה מחאו כפיים, באופוזיציה קראו 'אפרטהייד'" Ynet (19.7.2018) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5312599,00.html>.

12 ראו בהתאמה ס' 1(ג), 4(א), 4(ב), 4(ג) ו-7 לחוק הלאום, לעיל ה"ש 1.

13 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 4 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

14 שם, בפס' 16 לפסק דינה של הנשיאה חיות. ראו ביתר הרחבה שם, בפס' 17-30 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

15 שם, בפס' 31-35 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

16 שם, בפס' 16 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

17 שם, בפס' 10 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

18 שם, בפס' 47-48 ו-55 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

19 שם, בפס' 62 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

20 שם, בפס' 84 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

השוויון. בכך, ביקשה הנשיאה חיות לפתור את הקשיים שעליהם הצביעו העותרים, בעיקר הפגיעה האפשרית בשוויון כלפי המיעוטים בישראל.²¹ בהקשר לסעיף ההגדרה העצמית הלאומית, קיבלה הנשיאה את עמדת המשיבים כי הסעיף אינו גורע מחובת המדינה לנהוג בשוויון.²² באשר לסעיף השפה ציינה כי "ניתן וראוי" לפרשו כך שלשפה העברית ולשפה הערבית יש מעמד רשמי, וזאת על אף שהחוק נטל מהשפה הערבית את מעמדה הרשמי הקודם תוך שהקנה לה "מעמד מיוחד" בלבד.²³ באשר לסעיף ההתיישבות ציינה הנשיאה, בין השאר, כי הוא מנוסח בלשון כללית וכי לא נקבעו בו הסדרים מפורטים²⁴ – זאת אף שהיא עצמה מכירה בכך שהמילה "תפעל", הכתובה בסעיף במטרה לעודד מדיניות התומכת בהתיישבות, היא על פניה בעלת משמעות אופרטיבית.²⁵

ראוי לציין כי הנשיאה חיות, בפסק דינה, התמקדה פעמים רבות בהליך החקיקתי שקדם להצעה, תוך שהיא שמה דגש על הערות חברי הכנסת ועל מסמכים שהובאו בפניהם: הנשיאה ציינה כי החשיבות המעשית של החוק הלכה ופחתה ככל שהתקדמה החקיקה ועודכנו הנוסחים;²⁶ הדגישה את מסמך ההכנה לוועדה הרלוונטית, אשר בו הובהר כי החוק מבקש לשקף "את המצב הקיים, ואף הרצוי לדעת המציעים, של שתי השפות כיום במדינת ישראל", והשתמשה בכך כאחד מהצידוקים להותרת סעיף השפה על כנו;²⁷ ועמדה על כך שסעיף ההתיישבות שונה מנוסח קודם בעייתי יותר, כחלק מהבחירה שלא לאמץ מתן זכויות אישיות להתיישבויות נפרדות.²⁸

שופטי הרוב האחרים הסכימו עם הנשיאה חיות. השופט עמית כינה את הפרשנות המקיימת "מפייסת-מגשרת-מרככת"²⁹ ועמד על כך שהחוק לא מהווה מקור לדאגה, שכן גם לאחר חקיקתו "ארצנו לא שינתה את פניה".³⁰ ממלא מקום הנשיאה פוגלמן הבהיר כי נכונה המסקנה שלשתי השפות יש מעמד רשמי, וכי סעיף ההתיישבות לא מונע איזון קונקרטי בכל מקרה ומקרה.³¹ השופטת ברק-ארז המשיגה את הפגיעה כציבורית ולא כמשפטית;³² היא גם הדגישה בשנית כי החוק

21 שם, בפס' 59 ו-87 לפסק דינה של הנשיאה חיות.
 22 שם, בפס' 9, 45 ו-91 לפסק דינה של הנשיאה חיות.
 23 ס' 4(ב) לחוק הלאום, לעיל ה"ש 1; בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 80 לפסק דינה של הנשיאה חיות.
 24 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 88 לפסק דינה של הנשיאה חיות.
 25 שם, בפס' 86 לפסק דינה של הנשיאה חיות; ס' 7 לחוק הלאום, לעיל ה"ש 1.
 26 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 39 לפסק דינה עומדת הנשיאה חיות על כך שבדיונים הראשונים של הוועדה המשותפת שעסקה בהליך החקיקה, הוצג חוק הלאום כמעין מבוא לחוקה העתידית וכ"תעודת הזהות" של המדינה, באופן שמגדיר את ערכי הליבה שלה.
 27 שם, בפס' 75-76 לפסק דינה של הנשיאה חיות.
 28 שם, בפס' 83-84 לפסק דינה של הנשיאה חיות.
 29 שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט עמית.
 30 שם, בפס' 5 לפסק דינו של השופט עמית.
 31 שם, בפס' 8-9 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיאה פוגלמן.
 32 שם, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

לא מוסיף או גורע זכויות משפטיות ולא פוגע בהן, אף שהודתה גם היא שהמילה "תפעל", בסעיף ההתיישבות, אכן נוקטת לשון אופרטיבית.³³ השופטת ברוך ביקשה להשקיף על החוק כעל פרק בהתהוות החוקה ולא כחוק יסוד רגיל, והסכימה כי על בית המשפט "לבכר פרשנות מקיימת של דבר חקיקה, שלפיה הוא אינו פוגע במארג החוקתי הקיים".³⁴ גם שופטים שלא הצטרפו לאחר מכן לדעת הרוב בעניין הסבירות – בין כי ביקשו להעניק פרשנות מקיימת, בין כי האמינו שלבית המשפט אין סמכות לבטל חוק יסוד, ובין כי בינתיים פרשו מכס השיפוט – הסכימו עם דברי הנשיאה.³⁵ השופט קרא, מנגד, האמין שהסעיפים הנידונים שוללים את ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה ומזעזעים את המבנה החוקתי שלה.³⁶ ראשית, השופט קרא עמד על כך שהליך החקיקה התנהל בצורה רעה, ושהחוק נחקק באופן מחטפי וללא הסכמה רחבה – גם השינויים בלשון החוק, שעליהם עמדה דעת הרוב, נעשו לדבריו אך ורק בשל לחץ של הייעוץ המשפטי.³⁷ הוא הבהיר שסעיף השפה טרח לאזכר את השפה הערבית אך ורק כדי לפגוע במעמדה, "לטובת הנמכת קומתה ולהשפלת דובריה".³⁸ דברים דומים אמר באשר להיעדר עקרון השוויון מהחוק, דבר שהוביל, לדבריו, להפרת "האיזון" החוקתי לכאורי מול חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁹ בעומדו על היסטוריית החקיקה של סעיף ההתיישבות, ציטט השופט קרא את יו"ר הוועדה המשותפת, שהוקמה במיוחד לצורך חקיקת חוק הלאום, אשר אמר כי "מטרת הסעיף היא לתת מענה לפסק דין קעדאן".⁴⁰ הוא דחה את תכלית החוק המוצהרת, השבת הסימטריה החוקתית בין הזהות היהודית לזהות הדמוקרטית של המדינה, וטען שהתכלית היא למעשה הכפפת הזהות הדמוקרטית של המדינה לזהות היהודית, באופן שמפלה אזרחים לא־יהודים.⁴¹ השופט קרא התנגד להשקפת הרוב ולפיה מדובר בחוק דקלרטיבי בלבד, וציין כי סעיף ההתיישבות –

33 שם, בפס' 22 ו-32 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

34 שם, בפס' 4-5 לפסק דינה של השופטת ברוך.

35 שם, בפס' 16 לפסק דינו של השופט מינץ, בפס' 6, 8 ו-22 לפסק דינו של השופט הנדל, בפס' 14 לפסק דינו של השופט (בדימ') מזוז ובפס' 10, 24 ו-32 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

36 שם, בפס' 12.

37 שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט קרא. ראו גם שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט עמית, מסכים גם השופט עמית שהתקבלותו של חוק היסוד ברוב של 62 חברי כנסת בלבד מהווה "החמצה היסטורית של אחדות דעים ולבבות".

38 שם, בפס' 29, 36 ו-38 לפסק דינו של השופט קרא.

39 שם, בפס' 54 לפסק דינו של השופט קרא. כוונתו של השופט קרא היא שהשריון הקבוע בחוק הלאום, לעומת אי־שריון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מוביל להגנה חזקה יותר על הערכים היהודיים מאשר על הערכים הדמוקרטיים בעת התנגשות ביניהם.

40 שם, בפס' 44 ו-46 לפסק דינו של השופט קרא; בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן: פרשת קעדאן). בפרשת קעדאן נקבע כי מדיניות החכרת קרקעות ליהודים בלבד מהווה אפליה אסורה, אך לא נשללה הצדקה אפשרית לאפליה כזו במקרה שמדובר בקבוצות מיעוט המעוניינות לשמור על אורח חייהן ותרבותן, דוגמת הקמת עיר חרדית.

41 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 22 לפסק דינו של השופט קרא.

כמו גם החוק כולו – לא נועד להיות הצהרתי גרידא, ואף ציטט את היועמ"ש שהודה כי הסעיף הצהרתי "ברובו"⁴² לבסוף, השופט קרא שלל את התזה של עמדת הרוב לפיה ניתן לאמץ פרשנות מקיימת, שכן היא דורשת הנחות והסתייגויות "חיצוניות" לחוק הלאום, אשר אינן כלולות בו"⁴³. לסיכום, שופטי הרוב והשופט קרא נחלקו בבג"ץ חוק הלאום בכמה שאלות רלוונטיות לענייננו: ראשית, באשר לדקלרטיביות החוק; שנית, באשר לאופי הפגיעה הקיים או לא קיים בחלק מסעיפיו; ושלישית, באשר ליכולת לאמץ פרשנות מקיימת המתיישבת באופן הרמוני עם חוקי היסוד האחרים.

2. בג"ץ הסבירות

התיקון לחוק-יסוד: השפיטה אושר בכנסת ב-24 ביולי 2023, ברוב של 64 בעד וללא מתנגדים, זאת לאחר שהאופוזיציה החרימה את ההצבעה.⁴⁴ תיקון זה קודם במסגרת "הרפורמה המשפטית" שהציג השר לוי, אשר כוונה, לדבריו, לחיזוק הדמוקרטיה וכללה שלבים רבים, ביניהם חיקוק חוק-יסוד: החקיקה הכולל פסקת התגברות, שינוי הרכב הוועדה למינוי שופטים, ביטול עילת הסבירות והפיכת תפקידי הייעוץ המשפטי למשרות אמן.⁴⁵ התוכנית ספגה ביקורת רבה, כולל בנאום מכונן שנשא הנשיאה חיות,⁴⁶ וכונתה על ידי מתנגדיה של התוכנית הפיכה משטרית של ממש, אשר מאיימת על יסודותיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל.⁴⁷ בעניין הסבירות עסק בית המשפט בשתי שאלות: האחת, האפשרות העקרונית של בית המשפט העליון להתערב בתכנים של חקיקת יסוד. השנייה, היישומית, נוגעת קונקרטיה להתערבות בתיקון לחוק-יסוד: השפיטה המבטל את עילת הסבירות. בשאלה הראשונה, העקרונית, לא נעסוק במסגרת הנוכחית. נסתפק בכך שנאמר שבית המשפט העליון בהרכב מיוחד וברוב מכריע של 13 שופטים ושופטות, ושני מתנגדים (השופטים סולברג ומיניץ) פסק שיש לו סמכות עקרונית לבקר את הכנסת בכובעה כרשות מכוננת ולהתערב בתוכניהם של חוקי היסוד. עם זאת, פסק הדין לא גיבש תיאוריה סדורה ומוסכמת לגבי התיאוריה החוקתית המאפשרת את ההתערבות השיפוטית, ובנושא זה התגלו הבדלים משמעותיים בעמדות

42 שם, בפס' 48 ו-55 לפסק דינו של השופט קרא.

43 שם, בפס' 53 לפסק דינו של השופט קרא.

44 מורן אזולאי וסיון חילאי "האופוזיציה החרימה את ההצבעה: עילת הסבירות בוטלה, ברוב של 64 מול אפס" ynet (24.7.2023) <https://www.ynet.co.il/news/article/skd4x0iq3>

45 לפריסת תוכניתו המלאה של שר המשפטים, ראו ערוץ כנסת "רפורמת המשפט של שר המשפטים יריב לוי" YouTube (5.1.2023) <https://www.nevo.co.il/shorturl/FDA68495-> 808.

46 כאמור, תגובות לתוכנית זו לא איחרו לבוא, ראו למשל אסתר חיות "התוכנית הרעה הזו תשנה את זהות המדינה לבלי הכר" | הנאום המלא של נשיאת העליון אסתר חיות" הארץ (12.1.2023) <https://www.haaretz.co.il/news/law/2023-01-12/ty-article/premium/00000185-a70d-d2ca-afe5-ff0f4ab20000>

47 השוו ל"חיות דעת בעניין הצעת חוק יסוד השפיטה (תיקון – עילת הסבירות)" (חוות דעת של המכון הישראלי לדמוקרטיה 10.7.2023).

השופטים.⁴⁸ אף בין השופטים שהכירו עקרונית באפשרות להתערבות בחוקי היסוד התגלעה מחלוקת לגבי יישומה במקרה הספציפי.

דעת הרוב, גם הפעם מפי הנשיאה חיות, פסקה שהתיקון "מתנגש חזיתית בליבת שניים ממאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית – הפרדת הרשויות ושלטון החוק".⁴⁹ הנשיאה המשיכה ותיארה הליך חקיקה פגום שבו גורמי הייעוץ המשפטי הזהירו מלשון החוק הגורפת, אשר תמנע כל ביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות.⁵⁰ כמו כן, הנשיאה שמה דגש על העובדה שהוועדה דחתה חלופות רכות יותר, ולא נתנה ביטוי להצעות אחרות,⁵¹ אשר היו יכולות בתורן לאפשר אימוץ מנגנוני פיצוי שונים בתגובה לפגיעה המדוברת בסמכותו של בית המשפט להעניק סעד במקרים הנדרשים.⁵² היא ביקרה את היעדר ההסכמה הרחבה⁵³ והביעה דאגתה מכך שבשנים האחרונות שינוי וחיקוק חוקי היסוד נעשים באמצעות רוב מזדמן.⁵⁴

שלא כמו בעניין חוק הלאום, בעניין הסבירות הנשיאה חיות שללה את האפשרות לאמץ פרשנות מקיימת לתיקון, בטענה שהוא נעדר אחיזה בלשון התיקון והוא נוגד את ההיסטוריה החקיקתית שלו ואת תכליתו הסובייקטיבית; כל זאת על אף הכלל הפרשני המקובל, שאותו היא מזכירה, לפיו חזקה על המחוקק שלא ביקש לפגוע בסמכויות בית המשפט, תוך שהיא מסתמכת, בין השאר, על הבהרות חוזרות ונשנות מצד הייעוץ המשפטי במהלך הליך החקיקה.⁵⁵

פעם נוספת הסכימו שופטי הרוב האחרים עם הנשיאה. השופטות רונן וברון והשופטים גרוסקופף ועמית עמדו על חשיבות ההסכמה הרחבה, תוך שהשופט עמית הביע את התנגדותו לשינויים חוקתיים מהותיים ללא הסכמה רחבה.⁵⁶ כמו כן, הוא ביקר את עבודת הוועדה, אשר בוצעה לדבריו "כלאחר יד".⁵⁷ ממלא מקום הנשיאה פוגלמן הסכים כי לא ניתן לבחור בדרך של פרשנות מקיימת, שכן כוונת

48 ראו למשל את הטבלה המסכמת בפסק דין הסבירות: עיונים ראשונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 21-8, שעסקה בין היתר בנושא זה. דיון בכך חורג ממטרתו של המאמר הנוכחי.

49 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 176 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.

50 שם, בפס' 129-131 ו-139 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.

51 שם, שם.

52 שם, בפס' 178 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.

53 שם, בפס' 95, 202 ו-209 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות. ראוי לציין כי חלק מהביקורת היא בשל השימוש בסעיף 80 לתקנון הכנסת בעבודת הוועדה המאפשר את עקיפת הגורמים המקצועיים. עם זאת, המסר המרכזי בדברים שלה נותר הצורך בהסכמה רחבה. להרחבה נוספת, ראו רונן אברהם ושחר ליפשיץ "כמיהתם של שופטי בית המשפט העליון לפשרה ולהסכמות רחבות" פסק דין הסבירות: עיונים ראשונים 227 (סווי נבות וענת טהון אשכנזי עורכות 2024) (להלן: אברהם וליפשיץ "כמיהתם של שופטי בית המשפט העליון").

54 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 82 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.

55 שם, בפס' 121, 124 ו-129-134 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.

56 שם, בפס' 29-30 לפסק דינה של השופטת רונן, בפס' 18 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ברון, בפס' 77 ו-85 לפסק דינו של השופט גרוסקופף ובפס' 22 ו-25 לפסק דינו של השופט עמית.

57 שם, בפס' 95 לפסק דינו של השופט עמית.

המכונן "מצאה ביטוי בלשון חדה וברורה".⁵⁸ השופטת ברק-ארז הצטרפה לביקורת על כך שהחוק לא אימץ מנגנון חלופי לביקורת שיפוטית על פעולות הרשות המבצעת, והקבילה זאת למצב שבו "לא רק נשמטה רגל של השולחן, אלא שגם לא הוספה לו כל תמיכה אחרת".⁵⁹

מעניין לציין כי כמה מהשופטים התייחסו ישירות להבדלים בין בג"ץ הסבירות ובג"ץ חוק הלאום: השופט עמית כתב כי שופטי הרוב ניסו לאמץ פרשנות מקיימת, כפי שנהג בית המשפט בפעם הקודמת, בעניין חוק הלאום, אך לשון התיקון לחוק יסוד: השפיטה ותכליתו אינם מאפשרים זאת.⁶⁰ השופט גרוסקופף ציין גם הוא שבשנים האחרונות התקבלו כמה חוקי יסוד ללא הסכמה רחבה, דוגמת חוק הלאום, אך הסביר שהיה ניתן לפרשו באופן שלא פוגע במאפיינים הדמוקרטיים הגרעיניים של המדינה.⁶¹ השופטת ברק-ארז הבהירה כי עניין הסבירות שונה משום שחוק הלאום היה חוק כללי שתוכנו "אכן היה פתוח לפרשנויות בכיוונים שונים", וכי אופיו ההצהרתי, בניגוד לאופיו האופרטיבי של ביטול עילת הסבירות, אפשר קריאה הרמונית שלו.⁶²

שלושה משופטי המיעוט בבג"ץ הסבירות (השופטים וילנר, שטיין וכנפי-שטייניץ), אשר קראו לאימוץ של פרשנות מקיימת, ראו את המצב באופן שונה. דעת המיעוט המרכזית, מפי השופטת וילנר, עמדה על חשיבות הפרשנות החקיקתית ההרמונית.⁶³ היא ציינה כי המושג "עניין הסבירות", המופיע בתיקון, הוא עמום ופתוח לפרשנות וכי ניתן וראוי לפרשו כנוגע לביטול "הסבירות האיונית" בלבד, כך שתימשך הביקורת השיפוטית על הרשות באשר להחלטות "מופרכות" שלה, דבר המצמצם את היקף הביקורת השיפוטית, אך לא מבטלה לחלוטין.⁶⁴ השופטת וילנר התמקדה בהליך החקיקה, לרבות דברי ההסבר⁶⁵ והפרוטוקולים,⁶⁶ ולאחר שביכרה פרשנות מקיימת לתיקון – פסקה כי הוא אינו גורע מחובת הממשלה והשרים לפעול

58 שם, בפס' 20 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיאה פוגלמן.

59 שם, בפס' 112 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

60 שם, בפס' 120 לפסק דינו של השופט עמית.

61 שם, בפס' 44 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

62 שם, בפס' 61 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

63 שם, בפס' 42 ו-63 לפסק דינה של השופטת וילנר.

64 שם, בפס' 46-48 לפסק דינה של השופטת וילנר. המונח "סבירות איונית" משמש כדי לתאר את הנוסחה שהתפתחה בבג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה (1) 421 (1980), נוסחה הברחנת את סבירות ההחלטה שהתקבלה על ידי הרשות המנהלית בהתבסס על הערכה מהותית של בית המשפט את האופן שבו הרשות המנהלית איזנה בין השיקולים השונים שהיא בחנה. משום כך, ובלית אינדיקציה אחרת, השופטת מאמינה שניתן לפרש את ביטול עילת הסבירות כביטול הנוסחה האיונית. להרחבה נוספת, ראו שם.

65 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 50 לפסק דינה של השופטת וילנר.

66 שם, בפס' 56-61 ו-96-98 לפסק דינה של השופטת וילנר. ראוי לציין כי התבטאויות של חלק מחברי הכנסת במהלך הליך החקיקה הקשו על השופטת וילנר להגיע למסקנה זו, ועל כן היא בחרה להעדיף את "כוונת המחוקק" כפי שהיא ניכרה מדברי ההסבר ומעמדת הממשלה בתצהיר התשובה מטעמה (ולא את עמדת הממשלה בדיון עצמו).

בהתאם לחוק.⁶⁷ היא אף לא שללה את האפשרות כי בעתיד יינתנו פתרונות משפטיים אחרים ויפותחו, ממקרה למקרה, עילות אחרות לביקורת שיפוטית, על מנת להבטיח את תקינות החלטות הרשות המבצעת.⁶⁸ השופט שטיין הסכים עם דבריה של השופטת וילנר, זאת גם אם ההוראה הייתה יכולה לדבריו "להיות מנוסחת טוב יותר מכפי שנוסחה".⁶⁹ השופטת כנפי-שטייניץ, בתורה, ציינה כי התיקון מוביל להשלכות מצומצמות,⁷⁰ ומעגן למעשה את העמדה כי חובת הסבירות האיזונית המוטלת על הממשלה היא חובה "ציבורית".⁷¹ היא סיכמה בכך שהמחלוקת עצמה ראויה, "וסופה להתקיים".⁷²

לסיכום, שופטי הרוב בבג"ץ הסבירות ושלושת שופטי המיעוט הנזכרים לעיל נחלקו בכמה שאלות רלוונטיות לענייננו. הם נחלקו על משמעותו הפרשנית והאופרטיבית של התיקון, על עוצמת הפגיעה במאפייניה הדמוקרטית של המדינה, ובעיקר על היכולת לאמץ פרשנות מקיימת המתיישבת עם ערכי השיטה הקיימים.

ב. חוק הלאום והחוק לביטול עילת הסבירות – מבט משווה

מהניתוח התיאורי לעיל, עולות כמה נקודות ברורות המקשרות בין השאלות והעמדות שהושמעו, הן בעניין חוק הלאום והן בעניין עילת הסבירות. כך, הרוב הגדול של השופטים בשני המקרים השמיע ביקורת נוקבת על הליכי החקיקה, על התכנים של החוקים ועל הדברים שנעדרו מהם. נוסף על כך, קיים דמיון בידינאמיקה של המחלוקת בין עמדות הרוב והמיעוט בשני המקרים. עם זאת, דווקא בהקשר האחרון חל, לכאורה לפחות, היפוך תפקידים: חלק משופטי הרוב בעניין הסבירות אימצו את גישתו של שופט המיעוט בעניין חוק הלאום, ואילו שופטי המיעוט בעניין הסבירות אימצו את העמדות של חלק משופטי הרוב בעניין חוק הלאום. בפרק זה נעמוד על עניינים אלה.

1. הדמיון בביקורת השופטים על ההליך החקיקתי ועל התכנים של שני חוקי היסוד

השופט קרא בבג"ץ חוק הלאום ושופטי הרוב בבג"ץ הסבירות ביקרו את התוצר החוקתי שעמד בפניהם בדרך דומה מאוד. הם תקפו, בין השאר, את היעדר ההסכמה הרחבה ואת חוסר המוכנות להגיע לפשרות. בעוד השופט קרא כינה את חוק הלאום "חוק סקטוריאלי ולעומתי", שהגיע לאחר שלא היה כל שיתוף פעולה בין הקואליציה לאופוזיציה,⁷³ בבג"ץ הסבירות השופט עמית הבהיר ברוח דומה כי מדובר בכפיית שינויים מהותיים בכוח.⁷⁴ השופט קרא הלן כי חוק הלאום הוא

67 שם, בפס' 80-81 לפסק דינה של השופטת וילנר.

68 שם, בפס' 79 לפסק דינה של השופטת וילנר.

69 שם, בפס' 113 לפסק דינו של השופט שטיין.

70 שם, בפס' 42 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ.

71 שם, בפס' 52 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ.

72 שם, בפס' 55 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ.

73 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 6 לפסק דינו של השופט קרא.

74 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 22 לפסק דינו של השופט עמית.

"מחטפי",⁷⁵ והנשיאה חיות לא חסכה ביקורת מהליך החקיקה בעניין הסבירות, תוך שעמדה על המגמה הרווחת בישראל של ניצול רוב מזדמן לעריכת שינויים חוקתיים מהותיים. השופט עמית ציין שהוועדה עשתה את עבודתה "כלאחר יד".⁷⁶

לצד הביקורת הדומה על הליך החקיקה, בשני המקרים נמתחה גם ביקורת מהותית על התוצר הסופי מצד הרוב המכריע של השופטים. כך, בפסק הדין בעניין חוק הלאום, לא רק שופט המיעוט קרא ביקר הוראות ספציפיות בחוק שהתקבל, אלא גם רבים משופטי הרוב ביקרו את ההוראות הללו;⁷⁷ בתוך כך, המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר הודה שחוות דעת המיעוט נכתבה "מדם ליבו" של קרא.⁷⁸ לפחות חלק משופטי הרוב אף הכיר בכך שחלק מהוראותיו של החוק מעוררות ספקות לגבי חוקיותן, לרבות הקושי שמעוררת ההשמטה "[ה]צורמת ו[ה]מקוממת"⁷⁹ של עקרון השוויון בחוק – מהלך שזכה לביקורת רחבה ונוקבת משופטי הרוב.⁸⁰ בדומה לכך, במקרה של עניין הסבירות, רבים משופטי בית המשפט העליון, לרבות אלה שהחליטו שלא להתערב בסופו של דבר בתוכן החוק,⁸¹ ביקרו את הוראותיו המהותיות, כדוגמת השופט סולברג שסבר כי "חסרונותיו עולים על מעלותיו".⁸²

דמיון נוסף בביקורת השיפוטית על שני החוקים נמצא, לא רק בביקורת השיפוטית על התוכן הקיים בשניהם, אלא גם בביקורת על מה שאין בהם ושהיה יכול לאזן את הקיים. כך, דעת הרוב בבג"ץ הסבירות הצביעה על פגמים בחוק הנובעים מאי-אימוץ מנגנונים תחיקתיים אחרים אשר יפצו על הפגיעה ביכולתו של בית המשפט לבקר את מעשי הרשות המבצעת.⁸³ גם דברים אלה ניתן להקביל לדברי

75 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 6 לפסק דינו של השופט קרא.

76 שם, בפס' 95 לפסק דינו של השופט עמית. להרחבה נוספת באשר לביקורת השופטים כנגד החוסר בהסכמה רחבה, ראו אברהם וליפשיץ "כמיהתם של שופטי בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 53.

77 ראו, למשל, בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 44 לפסק דינה של הנשיאה חיות, שם הנשיאה דנה בנוסח של ס' 7 לחוק הלאום העוסק בהתיישבות יהודית. ראו גם שם, בפס' 5 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיאה פוגלמן.

78 שם, בפס' 33 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

79 שם, בפס' 14 לפסק דינו של השופט (בדימ') מזוז.

80 ראו למשל שם, בפס' 35 לפסק דינה של הנשיאה חיות. כן ראו שם, בפס' 44 לפסק דינה של הנשיאה חיות, את ביקורתה לגבי אי-שילובו של עקרון השוויון בחוק; שם, בפס' 93 לפסק דינה של הנשיאה חיות, את ביקורתה על כך שהחוק לא כלל התייחסות להיותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. לביקורות נוספות על היעדר הכללת עקרון השוויון ראו גם שם, בפס' 5 לפסק דינו של השופט עמית, בפס' 6 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיאה פוגלמן, בפס' 26 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז ובפס' 4 לפסק דינה של השופטת ברון.

81 לביקורת נוקבת שהוטחה בחוק מצד שופטי המיעוט ראו למשל בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 8 לפסק דינה של השופטת וילנר, בפס' 28 לפסק דינו של השופט אלרון, בפס' 39-40 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ ובפס' 53 לפסק דינו של השופט כשר. לביקורת זו שותפים גם השופטים שסברו כי לבית המשפט אין סמכות להתערב בחוקי היסוד, ראו שם, בפס' 183 לפסק דינו של השופט סולברג.

82 שם, בפס' 183 לפסק דינו של השופט סולברג.

83 שם, בפס' 166 ו-178 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות ובפס' 112 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

השופט קרא, שהצביע על הקושי הנובע מכך שחוק הלאום לא אימץ את עקרון השוויון. חוסר זה, בתוספת שריון חוק הלאום, הפר לדבריו את האיזון החוקתי מול חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ייתכן שאם המחוקק היה בוחר להכניס את עקרון השוויון אל החוק, היה מוצא בכך השופט קרא פיצוי נאה המצדיק את הותרת החוק על כנו. בהקשר זה, השופט קרא אינו בדעת יחיד וניכר כי גם השופט עמית חושב כך, וטוען כי אילו נכללה המילה שוויון בחוק היסוד, הוא היה "מתקבל ברוב עצום של חברי כנסת, בהסכמה רחבה מקיר אל קיר"⁸⁴.

2. הדמיון במחלוקות המשפטיות והיפוך העמדות

(א) המחלוקת על היחכנותה של פרשנות מקיימת בראי תורת הפרשנות של המשפט הישראלי

בעניין חוק הלאום, השופט קרא הסביר שלא ניתן לאמץ פרשנות מקיימת של חוק הלאום כיוון שמדובר בהכפפת החוק להנחות וסייגים חיצוניים שאינם קיימים בו, ונענה על ידי הנשיאה חיות כי ניתן וראוי לקיים פרשנות הרמונית ולפיה חוק היסוד מתכתב עם ערכי השיטה.⁸⁵ לעומת זאת, בבג"ץ הסבירות היו אלה שלושת שופטי המיעוט שהתעקשו כי ניתן לפרש את התיקון לחוק היסוד באופן הרמוני, אשר מתכתב עם ערכי השיטה, וזאת באמצעות הגבלתו לביטולה של הסבירות האיזונית בלבד.⁸⁶ ניתן לטעון כי גם הם הציעו, כדברי השופט עמית בבג"ץ הלאום, פרשנות "מפייסת-מגשרת-מרככת".⁸⁷ לפרשנות זאת ערך רב משל עצמה, לאור המחלוקת הציבורית העזה שהובילה לחקיקת ביטול עילת הסבירות כשארית ממאמצי חקיקה נרחבים הרבה יותר.

שופטי הרוב בבג"ץ הסבירות, בתורם, ובפרט הנשיאה חיות, ממלא מקום הנשיאה פוגלמן, השופטת רונן והשופטים עמית וכבוב, דחו את הטענה בדבר הפרשנות המקיימת והדהדו את ליבת טיעונו של השופט קרא בבג"ץ חוק הלאום.⁸⁸ לשיטתם, ניכר כי לשון ותכלית התיקון לחוק היסוד ברורות, ולכן פרשנות אחרת תתעלם מהן – ובמידה מסוימת תהיה שקולה לחקיקה מחדש של התיקון. בהקשר זה יש לציין כי לשופטי הרוב דווקא לא היה קושי להתעלם מלשון החוק (ואולי אף מתכליתו הסובייקטיבית) בעניין חוק הלאום: פעם ראשונה כשהמשיך בית המשפט לסווג את השפה הערבית כבעלת מעמד רשמי, אף שבסעיף השפה נכתב במפורש שהיא בעלת "מעמד מיוחד" בלבד בעוד שלגבי העברית נכתב שהיא "שפת

84 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 2 לפסק דינו של השופט עמית.

85 שם, בפס' 59-60, 63, 87-88, 90-91 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

86 ראו, לדוגמה, לעיל ה"ש 63.

87 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 3 לפסק דינו של השופט עמית.

88 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 120 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות, בפס' 20 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיאה פוגלמן, בפס' 120 לפסק דינו של השופט עמית, בפס' 13 לפסק דינה של השופטת רונן ובפס' 86 לפסק דינו של השופט כבוב.

המדינה⁸⁹; ופעם שנייה כשהתעקש בית המשפט שהחוק דקלרטיבי גרידא, וזאת על אף לשונו האופרטיבית של סעיף ההתיישבות.⁹⁰ המחלוקת בנוגע להיתכנות הפרשנות המקיימת משקפת גם היפוך עמדות ברור בין שני פסקי הדין בהקשר למתודת הפרשנות שנקט בית המשפט: בבג"ץ חוק הלאום הצהיר השופט קרא כי התכלית הסובייקטיבית להצעת החוק מפלה.⁹¹ דעת הרוב דחתה את עמדתו והעדיפה להתמקד בתכלית האובייקטיבית וברצון להתכתב באופן הרמוני עם ערכי השיטה.⁹² מנגד, בבג"ץ הסבירות, אותם השופטים שדבקו בגישת התכלית האובייקטיבית בפרשת חוק הלאום, העניקו משקל מכריע לתכלית הסובייקטיבית של המחוקק, ולפיה ביקורת שיפוטית לא תאפשר גם במצבים של "מופרכות".⁹³ ברוח זו, טענו שופטי הרוב כי הם אינם יכולים לאמץ פרשנות מקיימת המנוגדת ללשון המפורשת של החוק, ולכוונה הסובייקטיבית של יוצריו. זאת, תוך שהם מייחסים חשיבות רבה להתבטאויות של חבר הכנסת רוטמן בדיון בפניהם,⁹⁴ כמו גם להודעה שהתקבלה על ידי ב"כ הממשלה ולפיה הממשלה דוחה את הפרשנות המצמצמת של החוק.⁹⁵

בה בעת, שופטי המיעוט בעניין הסבירות, שהציעו פרשנות מקיימת, יישמו את הגישה של חלק משופטי הרוב בפרשת חוק הלאום, ובהתאם העדיפו להתמקד בתכלית האובייקטיבית ובשאיפה להתאים את הפרשנות של חוק היסוד למארג החוקתי הקיים.⁹⁶ בהקשר זה קשה להתעלם מן התחושה שעמדתם של שופטי המיעוט בעניין הסבירות תואמת יותר את מתודת הפרשנות הרווחת בקרב קבוצת השופטים המזוהה לעיתים כ"קבוצת השופטים האקטיביסטית", ושרבים משופטי הרוב דווקא משתייכים אליה. ואכן, השופטת וילנר אף ציטטה את דברי הנשיא (בדימ') ברק כמקור המאפשר סטייה מהתכלית הסובייקטיבית במקרה של התנגשות חזיתית עם התכלית האובייקטיבית, וציינה כי בהתאם לכך, גם אם בית המשפט לא שוכנע בדבר התכלית הסובייקטיבית, עדיין ניתן לבחור בפרשנות מקיימת.⁹⁷

89 ס' 4 לחוק הלאום, לעיל ה"ש 1.

90 ס' 7 לחוק הלאום, לעיל ה"ש 1; בבג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 84 לפסק דינה של הנשיאה חיות, שם מביעה הנשיאה חיות את דעתה על סעיף 7 לחוק הלאום.

91 שם, בפס' 22, 30 ו-46 לפסק דינו של השופט קרא ("לנגד עיניהם של מנסחי חוק הלאום עמדה המטרה המוצהרת של ביטולו דה-פקטו של המצב המשפטי ששרר לאחר הלכת קעדאן וחוק ועדות קבלה").

92 שם, בפס' 76 לפסק דינה של הנשיאה חיות ובפס' 4 לפסק דינו של השופט עמית.

93 ראו למשל בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 134 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.

94 שם, בפס' 130 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות; ראו גם שם, בפס' 101 לפסק דינו של השופט שטיין ובפס' 14 לפסק דינה של השופטת רונן. הדבר אף זכה לביקורת מצד חלק משופטי המיעוט, וראו למשל שם, בפס' 96 לפסק דינה של השופטת וילנר.

95 ראו למשל שם, בפס' 3 ו-120 לפסק דינו של השופט עמית.

96 ראו למשל שם, בפס' 93-94 לפסק דינה של השופטת וילנר.

97 שם, בפס' 97 לפסק דינה של השופטת וילנר. עוד על היפוך העמדות בהקשר זה ראו רבקה וייל "המחלוקת על ההיסטוריה של התפתחות עילת הסבירות ואסטרטגיה שיפוטית" פורום עיוני

משפט (תגוביות משפט) מח (30.5.2024) <https://www.nevo.co.il/shorturl/3CF7ABB2-943>

ברוח דבריה של השופטת וילנר, אנו סבורים שקיימים תקדימים משפטיים נוספים שבהם בית המשפט העליון אימץ פרשנות תכליתית "אובייקטיבית" המנוגדת לחלוטין ללשונו של החוק ולכוונה המפורשת של יוצריו – זאת, לעיתים גם בהרכבים ששופטי הרוב בעניין הסבירות היו שותפים להם או הובילו אותם.⁹⁸ משכך, קשה להתעלם מן המתח שבין הגישה הפרשנית המצמצמת של שופטי הרוב "האקטיביסטי" בבג"ץ הסבירות (אם תרצו – "הגישה הפסיבית") לבין הגישה הפרשנית היותר "אקטיביסטית", הלא היא תורת הפרשנות התכליתית המקובלת בישראל, שהופגנה על ידי אותם שופטי הרוב ה"אקטיביסטיים" בבג"ץ חוק הלאום. בעוד הגישה המצמצמת שמה דגש על לשון החוק והתכלית הסובייקטיבית שלו, הגישה "האקטיביסטית" שמה דגש על התכלית האובייקטיבית, דהיינו זו שבית המשפט העליון מוצא כנונה וראויה.

(ב) המחלוקת על המשמעויות המעשיות של הותרת חוקי היסוד על כנם

דעת הרוב בעניין חוק הלאום מתעקשת שנוסחו כללי ושהוא אינו מכיל הוראות שישנו את המצב המשפטי הנתון – השופטת ברק-ארז אף מציינת שמדובר בחוק המבקש להנציח אתום לאומי.⁹⁹ במובן זה ניתן לטעון כי קיים הבדל משמעותי בין חוק הלאום לבין עניין הסבירות, המבקש להשיג תוצאה מעשית השוללת לחלוטין מבית המשפט העליון את האפשרות לבקר את סבירותן של החלטות הרשות המבצעת. ברם, מבט מעמיק יותר יגלה שההבדל בין החוקים בהקשר זה דק יותר משנראה במבט ראשון.

כך, בעניין חוק הלאום השופט קרא חולק על הטענה בדבר הצהרתיות החוק ואף מצטט כאמור מעמדת היועמ"ש, ולפיה סעיף ההתיישבות הצהרתי רק "ברובו". ואכן, הספרות המשפטית עומדת על הקשיים הבלתי מבוטלים בקריאתו של חוק

⁹⁸ דומה כי מגמה זו של אימוץ פרשנות תכליתית הנסמכת על ערכים אובייקטיביים, ותפיסה קוהרנטית של דברי החקיקה והעדפתם על פני לשון החוק וכוונת יוצריו, בולטת במיוחד במקרים שבהם בית המשפט העליון ביקש להימנע מסעד חוקתי של ביטול חקיקה, או לחלופין כאשר חוק היסוד כלל פסקת שימור הדינים השוללת סעד של ביטול חקיקה שנחקקה עובר לחוק היסוד. ראו כדוגמאות מייצגות בלבד: בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון (נבו 22.11.2004), שבו דחה בג"ץ את האפשרות להשעות הטבות שניתנו בחוק באופן רטרואקטיבי, וזאת למרות לשונו המפורשת של החוק (השוו לשם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט (בדימו') ריבלין); עוד ראו לאחרונה בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (נבו 26.10.2023), שם פורש חוק הרשויות המקומיות (בחירות) (תיקון מס' 53), התשפ"ג–2023, ס"ח 516 כך שיחול רק מהבחירות המקומיות הבאות. זאת על אף שביית המשפט הודה שהכוונה הסובייקטיבית של המחוקקים, שאף עלתה מלשון החוק, הייתה להחלה מיידית של התיקון. לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא הצטרפו יתר השופטים באותו מקרה ובכללם רבים משופטי הרוב בבג"ץ הסבירות. נזכיר בקצרה גם את בג"ץ 5158/21 גורטלר נ' שר הרווחה (נבו 28.12.2023), שבו נקבע, לדעתנו בצדק רב, כי חרף לשונו המפורשת, ראוי לפרש את הסעיף בחוק האימוץ הקובע כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד", כמאפשר אימוץ גם על ידי בני זוג שאינם נשואים ואף על ידי בני זוג מאותו המין.

⁹⁹ בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

הלאום כחוק דקלרטיבי.¹⁰⁰ הנשיאה חיות אף הודתה בכך שלשון סעיף ההתיישבות היא אופרטיבית,¹⁰¹ ובספרות נשמעה הדעה ולפיה ניכר כי בג"ץ עשה כל שביכולתו לבטל את השפעותיו הלכה למעשה, באופן אשר שלל את משמעותו המעשית-נורמטיבית.¹⁰² ניכר כי שופטי הרוב בבג"ץ הלאום ממש "מזיעים" כדי לשכנע שיש מקום לפרשנות ההרמונית, באופן אשר ינטרל את הסעיפים הקשים יותר בחוק הלאום. למעשה, בג"ץ הוא-הוא זה שהפך את חוק הלאום לדקלרטיבי, אף על פי שכלל לא נראה שהגיע כך מבית היוצר של הכנסת כרשות מכוונת.

השופט קרא הוטרד מכך שחוק הלאום קובע הסדר משפטי המשפיע על זכויות אזרחי המדינה, ועל כך שכבר "הספיק לייצר תקלות חמורות ו'תאונות' משפטיות" בערכאות נמוכות.¹⁰³ בתגובה נענה כי "ארצנו לא שינתה את פניה" ושסעיף ההתיישבות לא מונע איזון אינטרסים בכל מקרה קונקרטי.¹⁰⁴ במילים אחרות, דעת הרוב בעניין חוק הלאום עמדה על כך שגם אם חלק מהוראותיו הן אופרטיביות (דוגמת סעיף 7), הותרת החוק לא תוביל לשינויים מעשיים, שכן לבית המשפט תינתן "הזדמנות שנייה" לפעול כנגד ההשלכות הבעייתיות של הסעיף, וזאת באמצעות איזונו למול עקרונות וערכים מתחרים הקיימים בדין הישראלי. דיון דומה, בהיפוך תפקידים, חזר על עצמו בבג"ץ הסבירות: בעוד ששופטי הרוב עמדו על סכנות התיקון והשפעותיו בשטח תוך שימוש בשפה קשה,¹⁰⁵ הם נענו על ידי שופטי המיעוט כי גם אם יוחלט על ביטול עילת הסבירות, נותרים בסל של בית המשפט

100 ראו למשל אורי אהרונוסון "חוקה ליום סגריר: חוק הלאום והרוב היהודי" **תרבות דמוקרטית** 20, 9, 15-17 (2021) (להלן: אהרונוסון "חוקה ליום סגריר"); אורי אהרונוסון "חוק הלאום בראי חוקי היסוד האחרים" **ספר הפרשנות של חוק-יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי** 79, 86-87 (יובל שני וידידיה צ' שטרן עורכים 2023), (להלן: אהרונוסון "חוק הלאום"). אהרונוסון עומד על שלושה קשיים מרכזיים: לשון משפטית המכוונת לאכיפה שלטונית, האופן האופרטיבי שבו פורשו חוקי היסוד האחרים בדין הישראלי והמסורת המשפטית הישראלית, ולפיה מוקנה יחס אופרטיבי מובהק גם להיגדים בעלי נופך סימבולי. ראו גם אביעד בקשי "האם חוק הלאום שולל את הזכות לשוויון?" **ICON-S-IL Blog** (21.10.2018). <https://www.nevo.co.il/shorturl/6FD31A3A-9E5>

101 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 86 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

102 אהרונוסון "חוק הלאום", לעיל ה"ש 100 בעמ' 83-85 מצביע על כך שגם לפני הכרעת בית המשפט העליון שהחוק דקלרטיבי, הוא בחר להתעלם לחלוטין ממשמעותו האופרטיבית פעמים אחדות. גם במקרים המועטים שבהם הזכיר את חוק הלאום, נמנע בית המשפט העליון מהקניית משקל נורמטיבי להוראותיו.

103 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 55 לפסק דינו מתייחס השופט קרא לפסק הדין בעניין ת"א (ירושלים) 036844-03-13 **פלונית נ' הרשות הפלסטינאית** (נבו 16.1.2019) של השופט דרורי כדוגמה. עם זאת, איננו מכירים דוגמאות נוספות ועל כן למרות חששו של השופט קרא, דומה כי אין מדובר בתופעה נרחבת.

104 שם, בפס' 5 לפסק דינו של השופט עמית.

105 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 140 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות, בפס' 116 לפסק דינו של השופט עמית, בפס' 1 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ברוך ובפס' 17 ו-20 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

כלים רבים אחרים המאפשרים לו לפקח על הרשות המבצעת.¹⁰⁶ לכן, ברגע האמת, כאשר תבקש הממשלה לפעול באופן לא סביר, תינתן לבית המשפט "הזדמנות שנייה" לתקן את הנזק באמצעות הרחבה ופיתוח של העילות הקיימות.

הקבלה מעניינת נוספת, הממחישה אף היא את היפוך התפקידים, ניתן לראות באופן שבו השופטת ברק-ארז הציגה את הפגיעה של חוק הלאום כפגיעה ציבורית, פגיעה שאינה מתאימה לדיון משפטי.¹⁰⁷ ברוח זו, השופטת כנפי-שטייניץ שהייתה בדעת המיעוט בעניין הסבירות השתמשה בשפה זהה, ולפיה ניכר כי החובה המשפטית לפעול בסבירות איזונית עברה כעת, בהחלטת המחוקק, לכדי חובה ציבורית.¹⁰⁸ בהקשר דומה, בעניין חוק הלאום הדגישה דעת הרוב, כחלק מההצדקה לפרשנות המקיימת, כי החוק לא גורע מחובת המדינה לנהוג בשוויון.¹⁰⁹ באופן מקביל, בעניין הסבירות ציינו חלק משופטי המיעוט כי התיקון לא גורע מחובת הממשלה והחברים בה לפעול בהתאם לחוק.¹¹⁰

לסיכום, בחלקו הראשון של פרק זה עמדנו על הביקורת הרחבה שהטיחו השופטים השונים הן בהוראות שונות בחוק הלאום והן בעניין הסבירות. עוד עמדנו על ויכוחים דומים שהתנהלו בשתי הפרשיות לגבי היתכנותה של פרשנות מקיימת, לגבי המשמעויות המעשיות של החוק שהתקבל ולגבי האפשרות לתקן "בסיבוב שני" באמצעים שונים. עם זאת, בהקשר האחרון ניתן לראות כי היוצרות התהפכו בין בג"ץ חוק הלאום ובג"ץ הסבירות. בהינתן שהאפשרויות לפרשנות מקיימת או לתיקון מאוחר של הנזק באמצעים אלטרנטיביים עמדו בפני שופטי הרוב גם בבג"ץ הסבירות, ובהתחשב בסטנדרט המחמיר להתערבות שנקבע בבג"ץ חוק הלאום על אף נזקיו הקשים לקבוצות מיעוט רבות בחברה, ניכר כי נדרש הסבר לכך ששופטי הרוב בבג"ץ הסבירות בחרו שלא לאמץ פרשנות מקיימת לתיקון חוק היסוד וחלף זאת נקטו בצעד קיצוני של ביטול חוק יסוד, גם במחיר של הכרעה משפטית ברוב דחוק. בחלקו הבא של המאמר נציג את ארבעת ההסברים המרכזיים לקושייה זו, ונזהה את הראויה ביותר מהן לטעמנו.

106 שם, בפס' 8, 78 ו-80 לפסק דינה של השופטת וילנר, בפס' 104 לפסק דינו של השופט שטיין, בפס' 45 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ, בפס' 35 לפסק דינו של השופט כשר, בפס' 81 לפסק דינו של השופט מינץ, בפס' 20 לפסק דינו של השופט אלרון אשר לדעתו הביקורת השיפוטית נותרה איתנה ובפס' 179 לפסק דינו של השופט סולברג, אשר הטעים כי עילת הסבירות "בלעה" את העילות המינהליות האחרות ברבות השנים.

107 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

108 ראו בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 55 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ.

109 שם, בפס' 9, 45 ו-91 לפסק דינה של הנשיאה חיות. השופט הנדל שם, בפס' 22 לפסק דינו, הצטרף גם הוא במפורש לדבריה של הנשיאה חיות.

110 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 80-81 לפסק דינה של השופטת וילנר. שופטי המיעוט האחרים שתמכו בפרשנות מקיימת ציינו כי אימצו את חוות דעתה של השופטת וילנר (תוך מתן תוספות שלהם), לרבות טיעון זה. עם זאת יש להודות כי יש משהו מתעתע בהקבלה זו. בבג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, הבהירו השופטים שהחובה לנהוג בשוויון היא עדיין חובה משפטית אכיפה כפי שהייתה לפני שהוא נחקק. בבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, נאמר שהחובה לנהוג בסבירות היא עדיין חובה משפטית, אך כזו שאינה אכיפה יותר בידי ביהמ"ש, בשונה מהמצב שקדם לחקיקה.

ג. מדוע הכריז בג"ץ על בטלות התיקון לחוק-יסוד: השפיטה והותיר את סעיפיו המפלים של חוק הלאום על כנם?

כיצד ניתן להסביר את השינוי בגישה הפרשנית ובהכרעת שופטי הרוב בבג"ץ הסבירות אל מול העמדה המתונה יותר שנקטו קודם לכן בבג"ץ חוק הלאום? ההסבר "הפשוט" ביותר הוא ההסבר הדוקטרינרי, שלפיו אין מדובר כלל בשינוי בגישה של שופטי הרוב אלא ביישום קונקרטי שונה של עקרונות משפטיים זהים על מקרים שונים מבחינה עובדתית או משפטית. על פי הסבר זה, הפגיעה של עניין הסבירות בדמוקרטיה גדולה יותר מזו של חוק הלאום, ועל כן קיימת הצדקה משפטית לביטולו של התיקון לחוק היסוד, אך לא לביטולו של חוק הלאום.¹¹¹ הסבר זה, המעוגן בלוגיקה הפנימית של המשפט המינהלי והחוקתי, מייתר לכאורה את הצורך בהסברים נוספים, עליהם נעמוד בהמשך, המאמצים גם נקודת מבט חיצונית על המשפט. כפי שראינו, ההסבר הדוקטרינרי אף מובא בבג"ץ הסבירות על ידי חלק משופטי הרוב, העומדים על ההשלכות המעשיות של עניין הסבירות, לעומת אופיו ההצהרתי של חוק הלאום, כמו גם על השוני בהליכי החקיקה. ואכן אימוץ הפרשנות המקיימת לחוק לביטול הסבירות, היה גורם לבג"ץ לאבד את האפשרות לבקר החלטות מינהליות בעילת הסבירות האיונית ומחזיר אותו לגרסה המצומצמת של הסבירות, זו המפרשת אי-סבירות כמופרכות. שופטי הרוב סברו שצמצום זה של עילת הסבירות היה מחליש משמעותית את ביקורתו השיפוטית של בית המשפט, בפרט לאור הפיכתה של הסבירות האיונית ברבות השנים למכשיר המשפטי המרכזי בהקשר זה.¹¹² ואכן, יש להודות שאילו הייתה מתקבלת הפרשנות המקיימת שהציעו שופטי המיעוט בעניין הסבירות, ברור שהדבר היה מוביל לשינויים מסוימים בהלכות הקיימות המבוססות על סוג זה של סבירות. כך למשל, ניתן להניח שהלכות קודמות של בית המשפט העליון, העוסקות באי-סבירות של החלטות מינהליות על המשך כהונתו של שר שהוגש נגדו כתב אישום,¹¹³ היו נדרשות לעמוד במבחן מחודש אם הייתה מאומצת הפרשנות המקיימת, המבטלת את הלכת הסבירות האיונית. ואכן, ניתן לשער שהרצון להפוך הלכות אלה, כמו גם לאפשר פעולות מעשיות נוספות שנחסמו עד היום באמצעות עילת הסבירות המורחבת, הוא שעמד ביסוד חקיקת התיקון לחוק היסוד בעניין הסבירות.

111 סעיף עליונות פרשנית, שקבע כי היותה של מדינת ישראל מדינת הלאום של העם היהודי גוברת על כל חוק יסוד אחר, הוסר בהליכי ההכנה לקריאה ראשונה. ראו בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 39 לפסק דינה של הנשיאה חיות, אשר מצטטת ישירות מדברי יו"ר הוועדה המשותפת שעסקה בניסוח חוק הלאום.

112 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 45 ו-78 לפסק דינה של השופטת וילנר. על הקושי בהותרת מבחן וודנסברי בלבד ראו שם, בפס' 66 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. ראו גם שם, בפס' 162 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.

113 ראו למשל בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993).

לכך יש להוסיף, שכפי שראינו לעיל, הליך החקיקה של שני החוקים היה שונה. אומנם, בניגוד למה שהיה מקובל בחקיקת חוקי יסוד קודמים, שני חוקי היסוד (לאום וסבירות) חוקקו בתמיכת הקואליציה בלבד, אלא שחוק הלאום נחקק לאחר דיון ארוך ומפורט בוועדת הכנסת, תוך התייחסות לעמדות שונות ושינוי נוסח החוק בהתאם, ובתמיכה של הייעוץ המשפטי לממשלה. לעומת זאת, עניין הסבירות נדון במהירות הבזק, ללא פשרה וללא דיאלוג ממשי בין גורמים שונים, ובניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה.

על אף האמור לעיל, אנו סבורים שההסבר "הפשוט" אינו משכנע, לפחות לא לבדו. ראשית, כפי שהראינו בפרקים הקודמים, הדמיון בין ההיבטים השונים של חוק הלאום ועניין הסבירות ובה בעת הפער בין המתודולוגיות השונות שנקטו, רב מדי מכדי שניתן יהיה להסביר את ההבדל בפסיקת שופטי הרוב רק בכך שמדובר בנסיבות קונקרטיות כה שונות המצדיקות פעולה שיפוטית כה נבדלת מצידם. שנית, כפי שניתחנו בהרחבה, עצם הסיווג של חוק הלאום כחוק הצהרתי גרידא אינו מובן מאליו, סותר היבטים שונים בלשון החוקים המפורשת ודורש כשלעצמו פרשנות מקיימת. כך למשל, בדומה לחשש שלפיו ביטול עילת הסבירות עלול להוביל לביטול הלכות קיימות של בית המשפט העליון, ניתן לטעון שאף סעיף ההתיישבות בחוק הלאום נועד, לפחות בעיני חלק מיוצרי, להביא להחלשת הלכת קעדאן ולמניעת ביקורת שיפוטית על חוקים ופעולות שמטרתם עידוד ההתיישבות יהודית.¹¹⁴ שלישיית, כמו שופטי המיעוט, איננו משוכנעים שהפגיעה בעילת הסבירות כשלעצמה, ללא ההקשר הרחב שעליו נעמוד בהמשך, אכן מזעזעת או פוגעת באופן משמעותי ביכולתו של בית המשפט העליון להגן על זכויות האדם ועל הדמוקרטיה. זאת, במיוחד, בהינתן שלל הכלים המינהליים שנתרו באמתחתו של בית המשפט, כמו גם אלה אשר יוכלו להיות מפותחים בעתיד, כגון חוסר תום לב.¹¹⁵ בכלל זה, אנו מבקשים להדגיש את העיקרון המינהלי הוותיק, שלפיו כל רשות מינהלית חייבת לפעול לפי חוק, ואת עקרונות היסוד במשפטנו החוקתי שלפיהם פגיעה בזכויות המנויות בחוקי היסוד, המפורשות בהרחבה על ידי בית המשפט העליון, חייבת להיות מכוח סמכות מפורשת בחוק ובהתאם לכללים האמורים בחוקי היסוד. בהתאם, גם אם שופטי הרוב בבג"ץ הצליחו בכישרון משפטי לא מבוטל להצביע על חללים משפטיים שונים שביטול עילת הסבירות הותיר,¹¹⁶ לא השתכנעו שבמישור המשפטי-פוזיטיבי מדובר בחללים כה משמעותיים המאיימים באופן עמוק על אופייה הדמוקרטי של ישראל, בדרך שמצדיקה ביטול חוק יסוד, וזאת אף שאנו מכירים בזילות שנהגה הכנסת בחוקי

114 פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 40.

115 דעת הרוב, כמובן, התנגדה לכך. ראו, למשל, בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 147-152 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות, בפס' 62 ו-77-78 לפסק דינו של השופט עמית, בפס' 23 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ברוך ובפס' 21 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

116 שם, בפס' 148-153 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות, בפס' 67-68 לפסק דינו של השופט עמית, בפס' 21-27 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן, בפס' 23-24 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ברוך ובפס' 76-82 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

היסוד ומצרים על כך. לבסוף, כפי שניתן ללמוד מהתגובה הציבורית הקשה שחולל חוק הלאום, בעיקר בקרב המיעוט הערבי אך לא רק בו, דווקא היבטים שונים בחוק הלאום פגעו פגיעה קשה, ולו ברמה ההצהרתית, במיעוטים הלא-יהודיים בישראל; ופגיעה זו לא זכתה למענה, גם אם פסיקת בג"ץ ביקשה לרכז אותה בהבטחה המרומזת שלחוק לא תהיה השפעה אופרטיבית.

לנוכח המקובץ ראוי, לדעתנו, לשים לב להסברים אחרים, או לפחות נוספים, להסבר הדוקטרינרי הפשוט שהוצג לעיל. להלן נציג שלושה הסברים מוסדיים אפשריים לשינוי בגישת בית המשפט. עם זאת, הסברים היסטוריים מוסדיים הם תמיד רבי-שכבות; בהתאם, אנו סבורים כי כל אחד מהם מבטא אמת מסוימת, גם אם חלקית.¹¹⁷ לבסוף נבקש להציג הסבר רביעי חדש, והוא הנכון ביותר לטעמנו.

1. הסבר ראשון: ההתפתחות החוקתית

ההסבר הראשון שנציע הוא שהפער בין הכרעות בג"ץ בפרשות חוק הלאום והסבירות אינו משקף שינוי מגמה אלא התפתחות טבעית הדרגתית של הדין. בבג"ץ הלאום הבהירו כמה שופטים כי יש לבית המשפט סמכות לבטל חוק יסוד, ולא רק חוק רגיל, ואף איימו כי אם תהיה פגיעה חמורה בדמוקרטיה הם יעשו זאת; ובבג"ץ הסבירות הם מימשו את האיום.

אכן, במקרים רבים, מהלכים חוקתיים מתפתחים לאורך זמן, כאשר בשלב ראשון משרטט בית המשפט העליון את המתווה העקרוני, משגר אזהרות והתרעות, בבחינת "אין עונשין אלא אם כן מזהירין", ורק בשלב מאוחר יותר מחליט לבצע, וגם אז יהיה זה ביטול של סעיף בודד, ולא של חוק שלם.¹¹⁸ דינאמיקה דומה לזו שאפיינה את המהלך, שבדיעבד נקרא "המהפכה החוקתית", וכיום לאחר ההכרעה בבג"ץ הסבירות מכונה "המהפכה החוקתית הראשונה", שבו בית המשפט קבע שיש לו סמכות לבטל חוק רגיל. כזכור, בפסק הדין בעניין בנק המזרחי שבו הוצבה התשתית העיונית להתערבות שיפוטית בדבר חקיקה מכוח חוקי היסוד, לא השתמש בית המשפט העליון בתשתית שהוצבה, ובפועל לא בוטל דבר החקיקה הרלוונטי.¹¹⁹ רק

¹¹⁷ על המורכבות והקושי שבמשימה לספק הסברים להתנהגות מוסדית של בית המשפט ראו אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קו כקושי אנטי-רובני" עיוני משפט 509, 532-558 (2016) (להלן: אהרונסון "הסטטוס-קו כקושי"). אהרונסון מציג חמישה הסברים אפשריים להתנהגות הכנסת, ומסכם בכך שכל אחד מהם מחזיק ב"כוח הסברי מסוים", וששילוב שלהם יקלע למציאות יותר מהסבר דווקני ספציפי.

¹¹⁸ ראו סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו-שיח בכליים מוסדיים" משפטים על אתר יב 99 (התשע"ח). למעשה הפעם הראשונה בה הוצגה משנת הסבירות "החדשה" הייתה על ידי השופט ברק בפרשת מרכז הקבלנים (בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729 (1980)). עם זאת, שם נותר השופט ברק בדעת יחיד. רק בהמשך, בפרשת דפי זהב, אומצה לראשונה הגרסה האיזונית של עילת הסבירות. להרחבה ראו דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב 729-731 (2010).

¹¹⁹ לביקורת של אתי בר-סימן-טוב על מדיניות הריסון השיפוטי בפסק הדין, ראו אתי בר-סימן-טוב "מהפכה או המשכיות? מקומו של פסק-דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל יט 271 (2018).

כמה שנים מאוחר יותר בבג"ץ לשכת מנהלי ההשקעות ביטל לראשונה בית המשפט העליון סעיף שולי יחסית בחוק.¹²⁰ דינאמיקה דומה, של האצה הדרגתית ברמת ההתערבות של בג"ץ, התרחשה גם בהקשר של ביקורת שיפוטית של בג"ץ בשל הליכי חקיקה פגומים, למשל, בהקשר של חוק ההסדרים,¹²¹ כמו גם בסוגיות נוספות.¹²²

על פי הסבר זה, עוברת כחוט השני בין שני פסקי הדין ההכרה החזקה בדבר הנוסחה של "מדינה יהודית ודמוקרטית", והשיח על אודות זהותה של המדינה.¹²³ על פי הסבר זה בבג"ץ הסבירות רק יושם העיקרון, שנקבע במקור בבג"ץ הלאום, כי קיימות מגבלות צרות שמונעות מהכנסת לשלול את מאפייני הזהות הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

כמו כן, על פי הסבר זה, ועל פיו בלבד, אילו התהפך הסדר וקודם הייתה הכנסת מכוננת את התיקון לחוק יסוד: השפיטה בעניין הסבירות, ולאחר מכן את חוק הלאום, בהחלט יתכן שגם החלטות בג"ץ היו מתהפכות. במיוחד נכון הדבר אילו בין שתי חקיקות אלה הייתה הכנסת נוהגת בתפקידה המכונן באותו זלזול שאפיין אותה בפועל, כאשר ביצעה בחוקי היסוד שינויים תכופים, ובכך יצרה זילות בכוחה המכונן.¹²⁴

עם זאת, דומה כי גם התומכים בהסבר הדרגתי זה יודו, שיחסית למקרים אחרים שצוינו, המעבר בין בג"ץ חוק הלאום ובג"ץ הסבירות אינו מובן מאליו. קרי, המעבר מהכרה בקיום מגבלות צרות על הרשות המכוננת ונכונות עקרונית להשתמש בנשק יום הדין של ביטול חוק יסוד, לביטול בפועל של סעיף שכזה, בנושא טעון ציבורית וברוב דחוק. נראה שהדבר חורג ממתחם המהלכים ההדרגתיים המתונים שנקט בדרך כלל בית המשפט – בוודאי בנושאים כה שנויים במחלוקת.

לא דומה ביטולו של סעיף שולי בחוק לא מרכזי, כפי שהיה בבג"ץ לשכת מנהלי ההשקעות, לביטולו של סעיף השנוי במחלוקת ציבורית מהגדולות שחוותה מדינת ישראל, ועוד בחוק מרכזי ביותר לדמוקרטיה, הלא הוא חוק יסוד: השפיטה. במובן

120 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).

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

122 ראו ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית-המשפט העליון" עיוני משפט לד 437 (2011).

123 ראו לדוגמה בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 19-23 ו-28-31 לפסק דינה של הנשיאה חיות, בפס' 1 לפסק דינו של השופט עמית ובפס' 3-7 לפסק דינו של השופט מינץ; בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 83 ו-206 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות ובפס' 6 לפסק דינו של השופט שטיין.

124 שם, בפס' 82-83 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות, בפס' 35 לפסק דינו של השופט עמית ("הקלות הבלתי נסבלת של מנגנון התיקון החוקתי בישראל, הביאה לזילות של חוקי היסוד, שחברי הקואליציה לשים אותם כפלטלינה לצרכיהם בתקיפות גוברת והולכת") ובפס' 5 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיאה פוגלמן ("ייחודיות זו [של המפעל החוקתי הישראלי] הובילה בשנים האחרונות לזילות של חוקי היסוד ושל המפעל החוקתי הישראלי, כך שכל רוב קואליציוני משתמש בחוקי היסוד כלוח מחיק, ובאבחה חטופה מוחק, משנה ומוסיף הוראות חוקתיות למימוש צרכיו הנקודתיים. כך באו לעולם תיקונים חוקתיים שבינם לבין תכנון חוקתי ארוך טווח וצופה פני עתיד – אין ולא כלום").

זה נראה שגם תומכי ההסבר הראשון יסכימו שנדרש "דבר מה" נוסף, ואולי יותר מאחד, כדי להסביר את המהלך המשפטי שנעשה בעניין הסבירות, אשר זכה לכינוי "המהפכה החוקתית השנייה"¹²⁵. הסבר נוקדני עשוי להימצא בנסיבות הספציפיות שקדמו להכרעה בעניין הסבירות ובראשן הצורך בהכרעה מהירה לנוכח פרישתן הצפויה של הנשיאה חיות והשופטת ברוך, והשינוי המסתמן בהרכב בית המשפט העליון.¹²⁶ באנלוגיה למטאפורה מעולם הביולוגיה, ניתן לגרוס שמדובר ב"מוטציות" שהאיצו את התהליך האבולוציוני ההדרגתי "הטבעי" והסיטו אותו ממסלולו הרגיל. בחלקים הבאים נבקש להציע הסברים נוספים למהלך, הסברים רחבים יותר מן הנסיבות האישיות והמוסדיות.

2. הסבר שני: בג"ץ מגן על "המבצר"?

בעוד שההסבר הראשון – המתאר את בג"ץ הלאום ובג"ץ הסבירות כשני שלבים במהלך אבולוציוני אחד – כופר למעשה בכך שיש מתח בין ההכרעות, ההסבר השני מכיר במתח ומבקש להסבירו לנוכח ההבדל בנושאים בהם דן כל אחד מן החוקים. על פי הסבר זה, ההחלטה של שופטי הרוכב בבג"ץ הסבירות לנקוט צעד חוקתי קיצוני, של הכרזה על בטלות התיקון לחוק היסוד, ולא להסתפק בפרשנות המקיימת, קשורה בכך שהחקיקה שבה עסק בג"ץ הסבירות דנה בסמכותו שלו, בעוד שבג"ץ חוק הלאום עסק בזכויות של קבוצות מיעוט באוכלוסייה אך אינו מגביל את כוחו וסמכותו של בית המשפט העליון.

הסבר זה משקף מסרים ביקורתיים כלפי בית המשפט העליון, בין כי הוא מצוי לכאורה בניגוד עניינים כשהוא מכריע בשאלה שנוגעת בסמכויותיו, ובין כי הוא לכאורה מעדיף את ההגנה על סמכויותיו על פני הגנה על זכויות מיעוטים. עם זאת, ניתן להצדיק את גישת בית המשפט ולטעון כי "הגנה על בית המשפט" אינה בהכרח אינטרס מוסדי אנוכי, ברוח הביטוי "אדם קרוב אצל עצמו", אלא מהלך חיוני לשמירת "מבצר" הדמוקרטיה בכלל, ובמצבים של איום עליה בפרט. על פי הסבר זה, בית המשפט חזק הנו חיוני הן להגנת זכויות המיעוטים והן להגנה על מוסדות דמוקרטיים נוספים. ברוח זו הסבירו לאחרונה תמר הוסטובסקי ברנדס ויניב רוזנאי ש"על בתי המשפט לעשות שימוש ברעיון הדמוקרטיה המתגוננת כדי לאפשר לבתי המשפט החוקתיים עצמם לנקוט צעדים של הגנה עצמית דמוקרטית"¹²⁷. ואכן, בית

¹²⁵ ראו למשל, כדוגמה למחלוקת הציבורית העזה בנושא, שלמה פיוטרקובסקי "מבחן הענייניות של אסתר חיות: האם הדיון בבג"ץ הסבירות יידחה?" **מקור ראשון** (20.8.2023) <https://www.makorrishon.co.il/opinion/656101>.

¹²⁶ ראו למשל עידו באום "הנשיאה אסתר חיות פורשת בלי מחליף – ובית המשפט העליון מאבד איזון" **TheMarker** (15.10.2023) <https://www.themarker.com/law/2023-10-15/ty-article/premium/0000018b-22f8-d53b-af8b-73fc92f70000>; חן מענית "פרישת חיות וברוך יצרה בפעם הראשונה רוב שמרני בעליון. לא תמיד יש לחלוקה חשיבות" **הארץ** (17.1.2024) <https://www.haaretz.co.il/news/law/2024-01-17/ty-article-magazine/0000018d-11fc-dac4-a9cf-53ff98ec0000>.

¹²⁷ ראו תמר הוסטובסקי ברנדס ויניב רוזנאי "ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד: עד כמה ה'הקשר' רלוונטי?" **פסק דין הסבירות: עיונים ראשונים** 137 (סווי נבות וענת טהון אשכנזי עורכות

משפט חזק חיוני להגשמה של עקרון הפרדת הרשויות כמו גם להגשמתה של זכות הפנייה לערכאות¹²⁸ ומנגד מצב של "דין ללא דיין" (חובה ציבורית לנהוג בסבירות ללא בית משפט שיכול לאכוף חובה זו) עלול לפגוע בסופו של דבר בעצם קיומו של הדין.¹²⁹ וזוהי הסיבה, על פי הסבר זה, שבגינה נזעקה דעת הרוב בבג"ץ הסבירות להגן על בית המשפט והייתה נכונה לשם כך לנקוט צעדים שלא נקטה במקרים אחרים ובכללם בבג"ץ חוק הלאום.

3. הסבר שלישי: בג"ץ בתוך "עמו" הוא גר

ההסבר השלישי מעוגן בתפיסות המשפטיות והערכיות של שופטי הרוב ובלגיטימיות הציבורית של הכרעת בית המשפט. מכיוון שקשה מאוד, מן הבחינה האמפירית, לדעת מהו המינון המדויק הכורך את קבלתו של חוק הלאום וביטולו של התיקון לחוק יסוד: השפיטה ב"תפיסות המשפטיות והערכיות של השופטים" לעומת זה הכורך אותו ב"לגיטימציה הציבורית", נדון בשני ההסברים הללו ביחד. על פי סברת "התפיסות המשפטיות והערכיות של השופטים", ברמה המהותית, הפער בין העמדות של השופטים, שמצד אחד הכריזו על בטלות חוק היסוד בעניין הסבירות, ומצד שני נמנעו מביטול חוק יסוד: הלאום, נובע מעמדתם הערכית השונה כלפי כל אחד מדברי החקיקה הללו – לתפיסתם המשפטית, תיקון חוק היסוד בעניין הסבירות מסכן את הדמוקרטיה הישראלית ועל כן הם התנגדו לו; והם נמנעו מפסילת חוק יסוד הלאום משום שהם הזדהו, או לפחות לא התנגדו, למסר המרכזי העולה מחוק הלאום, שלפיו ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, וזאת למרות מגרעותיו וחסרונותיו בעיניהם.¹³⁰ במקביל, ובהיבט זה ההסבר השלישי ממשיך את קו החשיבה של ההסבר השני, לפיו שופטי הרוב מהווים את אנשי "שלטון החוק" (במובנו הקלאסי) הסבורים שהחלשת סמכות בית המשפט בדרך של ביטול עילת הסבירות היא פגיעה אנושה בדמוקרטיה.

2024 (להלן: הוסטובסקי, ברנדס ורוזנאי "ביקורת שיפוטית"); ראו בנוסף Pablo José Castillo Ortiz & Yaniv Roznai, *The Democratic Self-Defence of Constitutional Courts*, 18 ICLJ. 1 (2024).

128 ראו בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 78 לפסק דינו של השופט עמית; ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, פס' 31 לפסק דינו של השופט חשין; יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה 217 (2000).

129 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 73 לפסק דינו של השופט גרוסקופף ("כפי שציינה חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, נפקות הדבר היא כי לגבי החלטות הדרג הממשלתי, בסוגיית הסבירות, יש דין (חובת סבירות) אך אין דיין (ביקורת שיפוטית)").

130 על הקרבה בין שופטי בית המשפט העליון לקבוצה החברתית הליברלית בישראל ראו מנחם מאוטנר "ידידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 574-575 (1993). להרחבה כללית נוספת ראו מנחם מאוטנר הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו (2019); ברוך קימרלינג קץ שלטון האחוסלים (2001); רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" ישראל: מחברה מגויסת לחברה אזרחית? 281 (יואב פלד ועדי אופיר עורכים 2001).

הסבר זה, המבוסס על "התפיסות המשפטיות והערכיות של השופטים", מתחזק בהסבר נוסף, החורג מן התפיסה החוקתית המהותית שבה עסק ההסבר הקודם, הקשור ב"לגיטימציה הציבורית" של בית המשפט. מן המוסכמות הוא שיכולתו של בית המשפט לפעול כנגד רשויות שלטוניות אחרות מותנית בתמיכה הציבורית שלו,¹³¹ שהרי אין לו, כמאמרו המפורסם של אלכסנדר המילטון, לא ארנק ולא חרב.¹³² בישראל, באופן מסורתי, התערבויות של בית המשפט בנושאים של שחיתות שלטונית ויחסי דת ומדינה זכו לתמיכה רחבה יותר, בוודאי בקרב הקבוצה היהודית-ליברלית ששופטי הרוב הם חלק אינטגרלי ממנה, וזאת לעומת פסיקות בנושאים לאומיים וביטחוניים,¹³³ דוגמת סרבנות מצפון סלקטיבית (כזו הקוראת לסרב לשרת בשטחים), שבהם יש לבית המשפט פחות לגיטימיות ציבורית לפעול.¹³⁴ בשל כך, ביטול של סעיפים הנתפסים כלאומיים בחוק הלאום עשוי היה לקומם ציבורים רחבים כנגד בית המשפט ולהוביל לתגובת נגד חריפה.¹³⁵ לעומת זאת, באווירה הציבורית ששררה בישראל בתקופת המחאה כנגד "הרפורמות המשפטיות" בכלל וכנגד החוק לביטול עילת הסבירות בפרט, הרגישו שופטי הרוב, כי יש להם רוח גבית ציבורית מהקבוצה היהודית-ליברלית להתערבות בחוק היסוד. בקצרה, שופטי הרוב, אף אם שקלו להצטרף לשופט קרא בבג"ץ חוק הלאום ולבטל סעיפים מסוימים בו, חששו לעשות זאת מפאת תגובת הנגד הציבורית, אולם בשבתם בבג"ץ הסבירות, לאור ההתנגדות הגורפת לתיקון, ידעו "שהפעם זה יצליח להם" ועל כן פסלו אותו.¹³⁶

131 בנושא זה קיימת כתיבה ענפה. ראו למשל את החיבור המפורסם, ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (1986) וכן ראו Richard H. Pildes, *Is the Supreme Court a "Majoritarian" Institution?*, 2010 SUP. CT. REV. 103 (2011).

132 אלכסנדר המילטון, גיימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט 388 (יעל חזוני עורכת, אהרן אמיר מתרגם 2001).

133 לניתוח דומה, המדרג את רמת התעוזה של בית המשפט העליון בהקשרים השונים, ראו אהרונסון "הסטטוס-קוו כקושי", לעיל ה"ש 117. לביקורת על הפסיביות של בית המשפט העליון בנושאים אלה ראו חסן ג'בארין "ישראליות 'הצופה פני העתיד' של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" **משפט וממשל** ו 53 (התשס"א). ראו גם אריאל בנזור "אוירת צבא בביקורת שיפוטית – בין שפיטות לפופולריות" **פלילים** ט 413, 440-435 (2000).

134 השוו להסברו של מנחם מאוטנר **למות ולהרוג בשביל מדינה (רב-תרבותיות)** 366-368 ו-394 (אבי שגיא עורך 2023), שלפיו ביהמ"ש מתקשה להגן על זכויות אדם כשהדבר מתנגש עם פרויקט הלאומיות היהודית.

135 לשיקולים אסטרטגיים בפסיקת בתי משפט חוקתיים ראו אהרונסון "הסטטוס-קוו כקושי", לעיל ה"ש 117; עמרי ידלין "שיקול דעת שיפוטי" ו'אקטיביזם שיפוטי' כמשחק אסטרטגי" **מחקרי משפט** יט 665 (2003); וכן BARRY FRIEDMAN, *THE WILL OF THE PEOPLE: HOW PUBLIC OPINION HAS INFLUENCED THE SUPREME COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION* (2009).

136 ראו למשל בר פלג ונעה שפיגל "מארגני המחאה מקדמים שביתה לקראת ההצבעה על ביטול עילת הסבירות" **הארץ** (16.7.2023) <https://www.haaretz.co.il/news/politi/2023-07-16/ty-16.7.2023>; **ליאור אל-חי ואח' "הפנינו**

4. הסבר רביעי: "מעיר מבצר ועמוד ברזל" לזרז לבניית הסכמות חוקתיות רחבות

כאמור, איננו שוללים את הטענה, כי קיימים הבדלים קונקרטיים מהותיים בין שני החוקים, המסבירים, באופן "פשוט" את הפער בין התוצאות של שני פסקי הדין. עם זאת, במבט צופה פני העתיד ראוי להעריך את ההסברים הקודמים, לא רק בהתאם לנכונותם ההיסטורית, אלא גם מנקודת המבט הנורמטיבית.¹³⁷ אנו מקבלים את הטענה שהתפתחויות חוקתיות מאופיינות בהתפתחות הדרגתית, אך דווקא בשל כך מתקשים לקבל את הקפיצה הנחשונת והיפוך העמדות בסוגיות משמעותיות שאירעו בין בג"ץ הלאום לבג"ץ הסבירות, ככאלו המשקפים בהכרח תהליך טבעי והדרגתי. ההיבט הפרסונאלי, התולה את השינוי בפרישה של הנשיאה חיות והשופטת ברון ובחשש מפני השינוי בהרכבו של בית המשפט העליון אל עבר עמדות פחות מתערבות, יכול אולי לספק הסבר חלקי לקפיצה. עם זאת, היבטים פרסונאליים מבטאים בדרך כלל רק חלק מן התמונה ההיסטורית התיאורית ובוודאי אינם מספקים מן הבחינה הנורמטיבית. הסבר השמירה על ה"מבצר" מוסיף נדבך חשוב לתמונה התיאורית ובגרסתו החיובית, זו הממוקדת בצורך לשמור על הבית כדי להגן על הדמוקרטיה, הוא אף ראוי נורמטיבית.

אף הטיעון המעוגן בתפיסות המשפטיות והערכיות של השופטים מוסיף שכבה חשובה להבנת המוטיבציה של בית המשפט העליון – בוודאי כאשר מתווסף להם הניתוח האסטרטגי העוסק באופן ההתנהלות של בג"ץ אל מול הרשויות האחרות. ועדיין ברמה הנורמטיבית מדובר בהסבר בעייתי, המתאר וממצב את שופטי בג"ץ כמי שמממשים את תפיסותיהם הערכיות האישיות בסוגיות הרות גורל, או כמי שמתאימים את עצמם לעמדות הרוב (היהודי) הישראלי, ומשום כך מתקשים לבצע את מטרתו המרכזית של בית המשפט כמגן על זכויות האדם והמיעוטים. מעבר לכך, להערכתנו, גם ברמה התיאורית, שיקולי לגיטימציה לבדם אינם יכולים לשאת על גבם את הפער בין פסקי הדין ואת הקפיצה הנחשונת שנעשתה בבג"ץ הסבירות. לא למותר לציין בהקשר זה שדעת הרוב, בהנהגת הנשיאה, העדיפה הכרעה ברוב דחוק וזמני חלף הכרעה אפשרית אחרת ברוב מוחץ. הכרעה כזו הייתה מתקבלת לו היה בית המשפט העליון בוחר לבצר את סמכותו לבקר את חוקי היסוד, אך נמנע מלממשה במקרה הנוכחי על ידי אימוץ של פרשנות מקיימת. ההעדפה של רוב דחוק וזמני אינה מתיישבת בקלות עם שיקולי לגיטימציה ושאיפה להשגת הסכמה

נגד המהפכה המשפטית, לקראת שבוע גורלי: 'עד שלא ננצח – לא נירגע' Ynet (16.7.2023) <https://www.ynet.co.il/news/article/s1yv3r152>; טל שלו ואח' "הערב שאחרי ביטול עילת הסבירות: חסימות, הפגנות ועימותים ברחבי הארץ" וואלה (25.7.2023) <https://news.walla.co.il/item/3596399>; ניצן שפיר, אורן דורי וסתיו ליבנה "אושר החוק לביטול עילת הסבירות; הפגנות, חסימות כבישים ועימותים עם המשטרה ברחבי הארץ" גלובס (24.7.2023) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001453113>.
 137 על הקשרים המורכבים שבין ההיבט התיאורי והנורמטיבי שבתיאוריה משפטית ראו RAWLS ו-DWORKIN, לעיל ה"ש 10.

ציבורית רחבה, בפרט על רקע המחלוקת העזה בקרב החברה הישראלית באשר לתוצאות הפסיקה.

על רקע האמור לעיל נבקש עתה להציע הסבר רביעי, שיש לו עיגון משמעותי בדברי השופטים עצמם, ולפיו, לאור התנהלותה הכוחנית של הקואליציה, ביקש בג"ץ להציב קיר ברזל המבהיר שלא ייתן ידו לתיקונים חוקתיים משמעותיים, חפוזים, ואשר אינם זוכים לתמיכה רחבה. לדעתנו, במהלך צופה פני עתיד זה, בג"ץ ביקש לשפר במשא ומתן עתידי את עמדת האופוזיציה, ובמיוחד לאור היותה הצד הליברלי שעם ערכיו כפי שראינו בית המשפט מזדהה, אך זאת לצד הבהרה, ואולי אף אזהרה, כי אל לו לצד הליברלי להתבשם מניצחוננו אלא עליו לחתור, מתוך עמדה משופרת זו, להסכמות רחבות. כפי שנראה בהמשך, למהלך זה השלכות רחבות עוד יותר.

(א) בג"ץ הסבירות כתגובת נגד למהפכה המשפטית ולכוחנות שאפיינה את התיקון לחוק-יסוד: השפיטה

בשיח המשפטי הובעה בכמה הזדמנויות העמדה ולפיה אין לבודד את עילת הסבירות מן "המהפכה המשפטית" בכללותה לרבות מהצעות חוק שבצנרת.¹³⁸ אכן, חוקי "הרפורמה השיפוטית של לוי", כפי שכונתה על ידי תומכיה, לא עמדו בפני עצמם אלא הצטרפו לסדרה של הצעות חוק בהקשרים נוספים המאיימים על הזהות הליברלית של המדינה, ושהחלשת המערכת המשפטית היותה תנאי הכרחי למימושם.¹³⁹ בבית המשפט העליון עמדה זו, שלפיה יש לבחון את עילת הסבירות על רקע שינויים משטריים נוספים שטרם התקבלו, נדחתה באופן מפורש על ידי רבים משופטי המיעוט שטענו, שמנקודת המבט של הביקורת החוקתית, יש להתמקד בהצעה הקונקרטית שעל הפרק.¹⁴⁰ לעומת זאת חלק משופטי הרוב, בעיקר השופטים עמית¹⁴¹ וחיות,¹⁴² התייחסו באופן אוהד יותר לטיעון הנשען על ה"חקיקה שבצנרת", אף כי בסופו של דבר הותירו את השאלה בצריך עיון. עדיין, קשה לנתק את נכונותו של בית המשפט העליון לחצות את הרוביקון ולהפעיל את "נשק יום הדין" מן

138 לתמיכה בעמדה כזו ראו הוסטובסקי, ברנדס ורוזנאי "ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 127. להבחנה בין טיעון המדרון החלקלק לבין טיעון הסלמי ראו דוד אנוך "על מדרונות חלקלקים ונקיטי סלמי: מספר נקודות על היחס בין פעולות ספציפיות לבין מהלכים כלליים יותר, בענייני המהפכה המשטרית, ובכלל" **Blog ICON-S-IL** (27.8.2023) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2023/08/27/270823>

139 על היבט זה ראו טליה איינהורן "הרפורמה של השר יריב לוי במערכת המשפט: 'ציון בְּמִשְׁפָּט תְּפֹדָה'" **14 עכשיו** (30.1.2023) <https://www.now14.co.il/article/747433>; מני מאוטנר "השלב הבא במחאה – לאן הולכים מכאן?" **הארץ** (25.7.2023) <https://www.haaretz.co.il/opinions/2023-07-25/ty-article-opinion/premium/00000189-8cfb-dfbd-aded-ffff146e0000>

140 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 36-38 לפסק דינו של השופט כשר ובפס' 86 לפסק דינה של השופטת וילנר.

141 שם, בפס' 109 לפסק דינו של השופט עמית.

142 שם, בפס' 109 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.

המכלול הרחב של המהפכה ומן התחושה שמדובר באיום גדול וכולל על הדמוקרטיה הישראלית.¹⁴³ דברי הפתיחה הלא שגרתיים של השופטת (בדימ') ברון לפסק דינה, המשווים בין האיום החיצוני על מדינת ישראל מצד אויביה לבין האיום הפנימי על הדמוקרטיה, ממחישים את עוצמתה של תחושה זו.¹⁴⁴

במובן זה, חרף הדמיון המסוים הקיים בין השאלות המשפטיות הקונקרטיות שהתעוררו בענייני הלאום והסבירות, אין להתעלם מן ההבדל בהקשר הרחב. עניין חוק הלאום נתפס, בוודאי על ידי רוב הציבור היהודי בישראל, כאירוע נקודתי, אולי מצער בחלקו, אך לא כזה שיגרום לארץ לשנות את פניה – בפרט כשכית המשפט הדגיש שהוא יפורש בהרמוניה עם עקרונות יסוד של השיטה, ובכללם עקרון השוויון. לעומת זאת, פרשת ביטול עילת הסבירות נתפסה כחלק מאיום כולל ודורסני על אופייה של מדינת ישראל כדמוקרטיה ליברלית.

אולם, גם אם נתמקד בעילת הסבירות כשלעצמה ובמנותק מההקשר הרחב, שופטי הרוב, ובהקשרים שונים גם שופטי המיעוט, הדגישו שוב ושוב את ההיבט הדורסני של הליך החקיקה ושל התוכן הקיצוני שהתקבל – היבטים אלה מבדילים בין עניין הסבירות לעניין חוק הלאום, אף ששניהם התקבלו בתמיכת הקואליציה בלבד.

ראשית, בעוד שחוק הלאום הונח על שולחן הכנסת כהצעת חוק ממשלתית, כפי שהיה מקובל בכל חוקי היסוד עד אותו זמן, בעניין הסבירות יוזמת החקיקה הייתה, באופן מאד יוצא דופן, של וועדת החוקה, חוק ומשפט, וזאת בכוונת מכוון כדי לנטרל את כוחו של הייעוץ המשפטי לממשלה להשפיע על תוכן החוק.¹⁴⁵ נזכיר כי הנוסח הסופי שהוגש היה חריף יותר מהנוסח המקורי, ואף ממתווה סולברג שעליו הוא נשען לכאורה.¹⁴⁶ יפים לעניין זה דבריו של השופט עמית, אשר הבהיר כי התיקון "נחקק בהליך חריג ביותר של הצעה מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט [...] תוך פרק זמן קצר, תוך התעלמות מעמדת הייעוץ המשפטי של הכנסת, תוך התעלמות מעמדת הייעוץ המשפטי של הממשלה, ותוך התעלמות מכל העצות, ההתרעות והאזהרות של משפטנים, כלכלנים, אנשי ביטחון, פקידים בכירים בשירות הציבורי, גורמי חברה אזרחית ועוד".¹⁴⁷ שופטי הרוב התייחסו להליך זה, ובמיוחד

143 שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט עמית.

144 שם, בפס' 1 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ברון.

145 בנוסף לקושי בעקיפת היעוץ המשפטי אחת הסיבות הנוספות לביקורת השיפוטית המוגברת נגעה להפעלת סעיף 80 לתקנון הכנסת, המאפשר לוועדת החוקה להניח על שולחן הכנסת הצעת חוק מטעמה, וזאת אף שלא גובשה הסכמה רחבה בוועדה. בנושא זה ראו גם אורי אהרונסון ואח' "נורמות הליכיות בחקיקת חוקי יסוד וחקיקה במסלול ועדה" **עיוני משפט** מח(1), (2024).

146 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 139 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות ובפס' 183 לפסק דינו של השופט סולברג.

147 שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט עמית.

לנטרול המוחלט של הייעוץ המשפטי, כאחד מן הפגמים המשמעותיים בחקיקת החוק,¹⁴⁸ פגם שלא אפיין את חקיקת חוק הלאום. שנית, בעניין חוק הלאום ציינו השופטים כי בסופו של דבר הנוסח הסופי של החוק שהתקבל, גם אם אינו מושלם, עבר ריכוך יחסית לגרסאות קיצוניות יותר, בין היתר לנוכח הערות מן הייעוץ המשפטי לממשלה, מגורמי אופוזיציה ומגורמים נוספים.¹⁴⁹ לעומת זאת, בעניין הסבירות הדגישו השופטים, שוב ושוב, עד כמה קיצוני הנוסח שהתקבל,¹⁵⁰ כמו גם את העובדה שמקדמי החוק התעקשו על הנוסח הקיצוני וסירבו להצעות מתונות יותר שהונחו בפניהם.¹⁵¹ בנושא זה, גם פסק דינה של השופטת ברון מדגים את הכעס של שופטי הרוב על התנהלותם של חברי הקואליציה, כשהיא מציינת כי "השלמת חקיקתו של התיקון לחוק היסוד נחגגה על ידי חברי הקואליציה בתמונת 'סלפי' שצילמו במליאה – שנחרטה בתודעה הציבורית כתמונת ניצחון של תומכי הרפורמה בגוברם על מתנגדיה".¹⁵² לבסוף, לדעת שופטי הרוב, השילוב של הבליון החקיקתי וההתבססות על רוב צר הפכו את הפרויקט החוקתי מפרויקט ממלכתי ייחודי להליך קואליציוני הנשען על רוב מזדמן, ללא הסכמה רחבה.¹⁵³ בהתאם, הדגישו שופטי הרוב עד כמה חשובה הסכמה רחבה לצורך גיבוש שינויים חקיקתיים. כך, השופט עמית הזהיר מפני כפיית שינויים חוקתיים ללא הסכמה שכזו,¹⁵⁴ אשר עלולה להוביל להיפרדות העם,¹⁵⁵ או כפי שכינתה זו השופטת ברון: זריעת "קרע ופילוג חסרי תקדים בחברה".¹⁵⁶ השופטת רונן ציינה בתורה כי בשל "ניגוד העניינים המוסדי" של הכנסת (הנשלטת על ידי הקואליציה), ישנה חשיבות מיוחדת להסכמה שכזו,¹⁵⁷ ואילו השופט

148 לביקורת על ההתעלמות מחוות דעת הייעוץ המשפטי לממשלה כלפי הנוסח הגורף ראו, למשל, שם, בפס' 129-130 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.

149 ראו למשל בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 2, בפס' 39 לפסק דינה של הנשיאה חיות, שבה היא עוסקת בחשיבות החוק בהקשר החוקה העתידית והיחס שבין רכיבי המדינה היהודית והמדינה הדמוקרטית. ראו גם שם, בפס' 75 לפסק דינה באשר להפחתת מעמד השפה הערבית ובפס' 83-84 לפסק דינה, שם היא מתייחסת לריכוך של סעיפי ההתיישבות שנבע מהתערבות נשיא המדינה והייעוץ המשפטי. ראו בהקשר שני הרכיבים האחרונים שם, בפס' 28 ו-30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר; אורי אהרונוסון "חוקה ליום סגריר", לעיל ה"ש 100, בעמ' 18-19; רונית לויין-שנור ואדם שנער "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקת?" **תרבות דמוקרטית** 20, 127, 130-135 (2021).

150 ראו למשל בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 140 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות, בפס' 26 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ברון ובפס' 20 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, אשר מתארת את התיקון כ"שבירת כלים".

151 שם, בפס' 131 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.

152 שם, בפס' 17 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ברון.

153 להרחבה נוספת ראו אברהם וליפשיץ "כמיהתם של שופטי בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 53.

154 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 22 לפסק דינו של השופט עמית.

155 שם, בפס' 25 לפסק דינו של השופט עמית.

156 שם, בפס' 18 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ברון.

157 שם, בפס' 29-30 לפסק דינה של השופטת רונן.

גרוסקופף ציין כי סטייה ניכרת מ"הנתונים החוקתיים" שכבר הוטבעו ב"חוקה בהתהוות" חייבת להתבצע בהסכמה רחבה.¹⁵⁸ מן המקובץ עולה, כי שופטי הרוב חצו את הרוביקון ופסלו לראשונה חוק יסוד, הן בשל תוכנו והן מתוך רצון להציב קיר ברזל אל מול מה שהם תפסו כהתנהלות כוחנית ולא ראוייה של הקואליציה, באופן שבו חוקקה חוק יסוד, אשר מסורתית לפחות, נהוג היה לחוקק בהסכמה רחבה או לפחות מתוך נכונות של ממש לפשרות ואיזונים.

הנה כי כן, ברמה הדוקטרינרית, מוקדש עיקרו של בג"ץ הסבירות לביסוס המגבלות המוטלות על הכנסת בכובעה כרשות מכוננת ועל סמכותו של בית המשפט להתערב בחוקי היסוד, ובמקרה של שופטי הרוב – להסבר מדוע ביטול עילת הסבירות מצדיק את השימוש בסמכות זו. ועדיין, לצד הניתוח הדוקטרינרי, התבטאויות השופטים, כפי שנותחו בחלק זה, חושפות, אולי בלי משים, את אותו דבר מה נוסף הקשור, לא רק לתוכן הספציפי של החוק לביטול עילת הסבירות, אלא גם למהלך הכולל שגרם לחקיקת החוק ואשר הוביל את שופטי הרוב לפסיקתם. השערותנו, ולפיה ההליך החוקתי, ולא רק התוכן הספציפי של עילת הסבירות, הוא שהנחה את פסיקת בג"ץ, מקבלת תמיכה נוספת מהיבט נעלם נוסף של פסק הדין, העוסק לא רק "בסור מרע" אלא גם "בעשה טוב". על כך נרחיב בחלק הבא.

(ב) מסור מרע לעשה טוב – בג"ץ מושיט יד לשלום ותומך בכינון הסכמות ואפילו בריסון עצמי

עד כה תיארונו את המהלך שנערך בבג"ץ הסבירות ואת היפוך העמדות, לפחות לכאורה, שהתחולל בדעת הרוב יחסית לחוק הלאום, כביטוי לרצון לגבש עיר מבצר וקיר ברזל למול שינויים חוקתיים קיצוניים הנערכים בהליך לא ראוי וללא הסכמה רחבה. אולם לשיטתנו, ישנו היבט מרכזי נוסף בפסיקת רובם של השופטים, אשר נעלם מעיני הציבור. לדעתנו, למרות פסילתו של התיקון, מביטים השופטים קדימה אל האופן שבו בכל זאת ניתן יהיה לגישתם להגביל בעתיד את עילת הסבירות, באופן אשר יעבור את המסננת של בג"ץ. אכן, כפי שכתבו השופטים רונן וגרוסקופף, הסיפור לא תם והכנסת רשאית לשוב ולחוקק תיקון מצומצם יותר לעילת הסבירות.¹⁵⁹ קריאה דומה מגיעה גם מכיוונם של השופטים עמית וכבוב. השופט עמית הבהיר כי לא רק ש"לא היינו מגיעים עד הלום" לולא התיקון היה כה קיצוני, אלא גם כי הוא אינו שולל קבלת תיקון רך יותר.¹⁶⁰ השופט כבוב ציין כי אילו יכול היה לפרש את התיקון כמו חלק משופטי המיעוט, כנראה לא היה מתנגד לו, ובכך גילה דעתו שיתמוך בתיקון עתידי המצמצם, אך לא כזה המבטל, את עילת הסבירות.¹⁶¹ אף השופטת ברק-ארז, שביקרה בחריפות את התיקון לחוק היסוד,

158 שם, בפס' 77 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

159 שם, בפס' 50 לפסק דינה של השופטת רונן ובפס' 71 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

160 שם, בפס' 3 ו-122 לפסק דינו של השופט עמית.

161 שם, בפס' 76 לפסק דינו של השופט כבוב.

הדגישה כי ישנן אפשרויות של הגבלת הביקורת השיפוטית שניתן היה לקבל,¹⁶² וניכר שגם לשופט סולברג היה חשוב לציין שאפשר היה להגיע להסדר אחר, מתון יותר, שהיה צולח את הביקורת השיפוטית גם בקרב שופטי הרוב.¹⁶³ חלק מן השופטים קוראים במפורש להידברות מחודשת. השופט סולברג מקווה שהפסיקה תאפשר לצדדים "להנמיך את הטונים ולחזור לאותו שיח סולידי שאפיין את הדיון הציבורי בעבר";¹⁶⁴ השופטת כנפי-שטייניץ מדגישה שהמחלוקת על עילת הסבירות ראויה ושסופה להתקיים;¹⁶⁵ הנשיאה חיות והשופטת ברק-ארוז ציינו שחקיקתם של מנגנוני פיקוח אחרים, שמפצים על ההסרה הגורפת של עילת הסבירות כאמצעי לפיקוח על הממשלה ושריה, הייתה יכולה אולי למנוע את ביטולו של התיקון.¹⁶⁶ בכך, מסמנים השופטים פעם נוספת לפוליטיקאים, משני הצדדים, את רצונם או לפחות את נכונותם של השופטים לכבד פשרה בהסכמה רחבה. יתרה מכך, חלק מהשופטים מקווים שהסכמה זו תצא מהגדרות של עילת הסבירות ותפרוס עצמה גם על עניינים גדולים בהרבה, דוגמת חוק-יסוד: החקיקה. הנשיאה חיות והשופט עמית מדגישים כי בהחלט ייתכן שההלכה המאפשרת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד תשתנה אם יחוקק חוק-יסוד: החקיקה,¹⁶⁷ ומביעים את רצונם המובהק בחקיקתו.¹⁶⁸ השופט שטיין מצטט את הנשיא ברק ומכנה את אי-כינון החוק "תקלה",¹⁶⁹ והשופטת כנפי-שטייניץ מזמינה ישירות את המחוקק לעשות זאת.¹⁷⁰ ניתן במשתמע להבין מדעת השופט סולברג כי כינון מוסכם של חוק-יסוד: החקיקה יכול לשמש בסיס למימוש דרישת ההסכמה הרחבה באשר לסמכויות בית המשפט לביקורת חוקתית.¹⁷¹ השופט גרוסקופף אף מציין כי ישנה הסכמה כללית בקרב השופטים על אודות הצורך בדבר חיקוק חוק יסוד זה, אמירה שעליה איש מהם לא חולק.¹⁷²

מעבר לנכונות של כל שופטי הרוב (אולי למעט ממלא מקום הנשיאה פוגלמן) לשקול בחיוב מתווה רך יותר לעילת הסבירות – נכונות שסקרנו לעיל – חלק מהשופטים, לא רק מבקשים פשרות פרגמטיות מהפוליטיקאים, אלא מדגימים זאת

162 שם, בפס' 91 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.
 163 שם, בפס' 245 לפסק דינו של השופט סולברג.
 164 שם, בפס' 216 לפסק דינו של השופט סולברג.
 165 שם, בפס' 55 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ.
 166 שם, בפס' 178 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות ובפס' 112 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.
 167 שם, בפס' 95 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות ובפס' 125 לפסק דינו של השופט עמית.
 168 שם, בפס' 75 ו-208 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות ובפס' 29 ו-31 לפסק דינו של השופט עמית.
 169 שם, בפס' 82 לפסק דינו של השופט שטיין.
 170 שם, בפס' 63 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ.
 171 שם, בפס' 129 לפסק דינו של השופט סולברג. בדבריו אמנם לא מוזכר ישירות חוק-יסוד: החקיקה, כי אם "הסכמה של כל חלקי העם", אשר אותה ניתן לקרוא לשיטתנו – באופן מעשי – כהסכמה רחבה בכנסת.
 172 שם, בפס' 26 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

בעצמם. כך, השופט כבוב מאמץ את הביקורת ארוכת השנים כלפי השימוש הנרחב של בית המשפט העליון בעילת הסבירות, ומבקש להטות לה אוזן קשבת בפסיקות בית המשפט מכאן והלאה.¹⁷³ הנשיאה חיות מסתייגת אומנם מן ההצהרות על נכונות חד-צדדית מצד בית המשפט למתן את השימוש בעילת הסבירות, אך מבהירה שהיא מסכימה עם השופט מינץ על כך שעצם הגבלת הביקורת השיפוטית במישור המינהלי אינה מהווה, באופן עקרוני, חציית גבול מצד המחוקק או המכונן.¹⁷⁴ השופט מינץ מצידו ציין כי אם הדבר היה משנה את התוצאה המספרית, היה מוכן להצטרף לחוות דעתם של שלושת שופטי המיעוט שקראו לאימוץ של פרשנות מקיימת, וזאת אף שאינו חושב כך.¹⁷⁵ נראה, אם כן, שהשופטים עצמם ביטאו את נכונותם להתגמש על מנת שתתגשם פשרה כלשהי – הן באשר להיקפה של עילת הסבירות והן באשר לחקיקת חוק יסוד.

לסיכום, לטעמנו, בג"ץ הסבירות משקף שני מהלכים משלימים – הראשון, הגנה על האופוזיציה מהתנהלות קואליציונית כוחנית תוך ניסיון להביא את הצדדים להסכמה רחבה ואחראית כלפי החברה הישראלית. השנייה, צופה פני עתיד, משפרת את עמדת המיעוט, במקרה הזה – הצד הליברלי, במשא ומתן עתידי, אך תוך הצבת גבול ברור שיתמרץ אותו להגיע בנפש חפצה לשולחן הדיונים. יתרה מכך, מהתבטאויות של חלק מן השופטים בבג"ץ הסבירות מסתמנת נכונות חד-צדדית לריסון שיפוטי עצמי מצד בית המשפט גם במצב הקיים, בטרם יתרחשו שינויים חוקתיים נוספים. זאת ועוד, שני פסקי דין של בית המשפט העליון שניתנו לאחר בג"ץ הסבירות עשויים אף הם לשקף מגמה של ריסון עצמי. בראשון, סירב בית המשפט העליון להתערב בנוהלי הכשרות הנהוגים בצה"ל בהקשר להכנסת חמץ לבסיסים לקראת פסח.¹⁷⁶ פסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ נוקט, בכמה הקשרים, רטוריקה של ריסון עצמי על ידי בית המשפט,¹⁷⁷ בין היתר בשל הרצון שלא להצית מחלוקת. במקרה השני, שעסק באופן ישיר בעילת הסבירות, סירב בית המשפט העליון להתערב במינויו של השר בן גביר לשר לביטחון פנים או בהחלטת ראש הממשלה שלא לפטרו, וזאת אף שניכר שהשופטים שעסקו במקרה חשים אי-נחת מן המינוי. אף בפסק דין זה ניכרת מגמה של ריסון שיפוטי בקרב כל השופטים, וזאת למרות היותם בעלי גישות משפטיות שונות.¹⁷⁸

173 שם, בפס' 100 לפסק דינו של השופט כבוב.

174 שם, בפס' 210 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.

175 שם, בפס' 86 לפסק דינו של השופט מינץ.

176 בג"ץ 8420/21 הנביא אלנקווה נ' צבא ההגנה לישראל (נבו 11.2.2024).

177 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 64 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ.

178 בג"ץ 8910/22 פטרושקה נ' נתניהו (נבו 21.2.2024), פס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג

ופס' 32 לפסק דינו של השופט עמית.

דברי סיום

בשיח הציבורי הרווח בישראל, במיוחד בקרב המחנה הליברלי, מתגבשת התחושה שהמהפכה המשפטית הוקפאה בשל אירועי שבעה באוקטובר 2023, אך גם גובר החשש שהיא לא נגנזה כליל.¹⁷⁹ על רקע חשש זה, הציפייה מבג"ץ ומן הייעוץ המשפטי היא שהם יוסיפו לעמוד כחומה בצורה כנגד כל ניסיון לחדש את ההפיכה המשפטית. ייתכן שבשל כך, לצד שבחים שמורעפים על הכרעת הרוב בבג"ץ הסבירות, מוטחת מן הצד הליברלי גם ביקורת על פסק הדין בשל אותן התבטאויות על הצורך בפשרות. אלא שדווקא התבטאויות אלה, על פי ניתוחנו, משקפות הושטת יד לשלום מצד בג"ץ והבעת נכונות לאמץ בעתיד תיקונים רכים לעילת הסבירות, ואת נכונותו לרסן את כוח הפיקוח שלו על רשויות השלטון.¹⁸⁰ ברוח זו, הוטחה גם ביקורת נוקבת בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת בן גביר, פסק דין המסמן, לדעת המבקרים, חולשה מצד השופטים, אשר סירבו לפסול את מינויו בשל היותו בלתי סביר באופן קיצוני.¹⁸¹

אכן, בעוד שסירובה של הקואליציה להתגמש ולקבל חלק מדרישות האופוזיציה באשר לחוקי "ההפיכה" זכור לכול, אולי פחות זכור כי עמדה רווחת במחנה הליברלי בתקופת הרפורמה/הפיכה משטרית והמחאה כנגדה, התנגדה למהלכים של בניית הסכמות וסברה כי ראוי להתמקד במדיניות של "עיר מבצר, קיר ברזל וחומות נחושת".¹⁸² עמדתנו שונה. עוד בתקופה שקדמה לשבעה באוקטובר סברנו שלצד מאבק נחוש בגרסאות הקיצוניות שהוצעו על ידי הקואליציה יש לשאוף להגיע להסדרים מוסכמים שאינם חותרים תחת הצביון הדמוקרטי-ליברלי של ישראל ואולי אפילו מחזקים אותו.¹⁸³ עמדתנו זו התחזקה לנוכח אירועי השבעה באוקטובר

179 חן מענית ואח' "ההפיכה הוקפאה בגלל המלחמה, אבל הפגיעה בדמוקרטיה רק התגברה" **הארץ** (8.1.2024) <https://www.haaretz.co.il/news/politi/2024-01-08/ty-article-0000018c-e3a6-de22-abbe-e3ee5ec70000>; עידו באום "ההפיכה המשטרית לא באמת נעצרה. בזו אחר זו, רוב המטרות שלה כבר הושגו" **TheMarker** (28.2.2024) <https://www.themarker.com/law/2024-02-28/ty-article-magazine/highlight/0000018d-e454-d47b-a1af-fe767eaa0000>

180 ראו מדרכי קרמניצר "האם שלום לעילת חוסר הסבירות הקיצוני?" **פסק דין הסבירות: עיונים ראשונים** 31 (סוזי נבות וענת טהון אשכנזי עורכות) (2024).

181 מדרכי קרמניצר "לבג"ץ היתה הזדמנות להושיע את המדינה, אך הוא שוב כשל" **הארץ** (21.2.2024) <https://www.haaretz.co.il/news/law/2024-02-21/ty-article/premium/>; משה גורלי "ההפיכה חוזרת, ובג"ץ מסייע לה בהכשרת בן גביר" **כלכליסט** (22.2.2024) <https://www.nevo.co.il/shorturl/205CBEA0-463>

182 ראו, כדוגמה בלבד, משה בן עטר "ציר נתניהו-לויין-רוטמן יקרוס מעצמו. אסור להתפשר איתם" **הארץ** (8.3.2023) <https://www.haaretz.co.il/opinions/2023-03-08/ty-article-00000186-c16f-d247-a5ff-cb6f447f0000>; עידו באום "התפשרנו מספיק, אסור להתפשר ב'רפורמת המשפט'" **TheMarker** (26.1.2023) <https://www.nevo.co.il/shorturl/F3782AC7-B17>

183 רונן אברהם ושחר ליפשיץ "תפסתם מרובה, לא תפסתם: הרמו של השופטים שתמכו בביטול חוק היסוד ללויין ורוטמן" **מעריב** (2.1.2024) <https://www.nevo.co.il/shorturl/FB444212-672>. ואכן, ברמה האישית, כותבי מאמר זה, לצד השתתפותם במחאה כנגד התכנים הספציפיים של

המלמדים, בין היתר, על סכנותיו של הפילוג הפנימי. אנו קוראים לכל הצדדים בחברה הישראלית להכות בברזל בעודו קר ולא לחכות להתלהטות מחודשת של הקיטוב הפנימי, אלא להיכנס בתום-לב למשא ומתן הגון, אשר בסופו יעמוד תוצר חוקתי שיצליח לאחד את חלקיה הרבים של החברה הישראלית. תוצר זה ישקף ביקורת עניינית על עילת הסבירות ועל כוחו של בג"ץ ואת הצורך בריסון שיפוטי לעיתים, וזאת במקביל לשמירה על זכויות האדם וערכי היסוד הדמוקרטיים המעוגנים בליבתה של מדינת ישראל. בג"ץ הסבירות, המלמד על נכונותו של בית המשפט העליון לפסול הסדרים חוקתיים כוחניים, מעניק בעת הזו למחנה הליברלי נשק משמעותי במשא ומתן העתידי על סוגיית הפרדת הרשויות. על המחנה הליברלי להשתמש בנשק זה בתבונה ובהגינות, ולא לשחזר את טעותה של הקואליציה שביקשה לכפות הסדרים חוקתיים באמצעים כוחניים. בהקשר רחב יותר, ייתכן שבג"ץ הבהיר לשני הצדדים כי שינויים משמעותיים עתידיים, העוסקים בזהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ואפילו כאלה המכוונים לטובת המחנה הליברלי, צריכים יהיו להיעשות בצורה מדודה ובהסכמה רחבה.¹⁸⁴

המהפכה המשפטית, היו שותפים לניסיונות שונים לבניית הסכמות שיובילו להפחתת אש המחלוקת שפשטה בחברה הישראלית.
 184 השוו לאורי אהרונסון "יהודית ודמוקרטית" בעקבות בג"ץ הסבירות" (לא פורסם).