

עצמאות בתי המשפט והביטחון הלאומי של ישראל

פנינה שרביט ברוך ובל יוסף | 1 בפברואר, 2023

על רקע ההצעות לשינויים בנוגע למערכת המשפטית וליחסים בינה לבין הממשלה והכנסת, מאמר זה מבקש להניח על סדר היום את הטיעון המרכזי והחשוב לפיו פגיעה בעצמאות שיפוטית ובפיקוח אפקטיבי על הממשלה – כפי שמסתמנת מהיוזמות הפוליטיות האחרונות – יש בה כדי להביא לפגיעה קשה בביטחון הלאומי של מדינת ישראל. לשם כך יבחן תחילה האם ועד כמה משפיעים עצמאות בתי המשפט והפיקוח שלהם על רשויות השלטון על הביטחון הלאומי של ישראל; לאחר מכן יסקרו העמדות השונות בשאלה האם בית המשפט הפר את האיזון הראוי בין רשויות השלטון; ובהמשך יבדקו ההצעות לשינויים במערכת המשפט, המועלות כעת, ביחס לשאלה האם הן הפתרון הנכון להפרת האיזון הנטענת, או שהן מהוות פגיעה מוגזמת בעצמאות בתי המשפט ובהיקף סמכותם.

המאמר מסוכם במסקנה כי השינויים במעמד בתי המשפט המוצעים כיום, מעבר לפגיעתם במהות הדמוקרטית של המדינה, עלולים להוביל לשסעים בלתי ניתנים לאיחוי ולפירוקה של החברה הישראלית ולערעור החוסן הלאומי. זכותה של הממשלה להציע רפורמות הנוגעות למערכת היחסים בין הרשויות ולבחון מחדש את האיזונים הקיימים, אך רפורמות יש לבצע באופן סדור ושקול, שמתקן חוסר איזון, ככל שהוא קיים, מבלי לייצר חוסר איזון חדש.

בהינתן הוויכוח הציבורי הסוער סביב ההצעות לשינויים בנוגע למערכת המשפטית וליחסים בינה לבין הממשלה והכנסת, מאמר זה מבקש להניח על סדר היום את הטיעון המרכזי והחשוב לפיו פגיעה בעצמאות שיפוטית ובפיקוח אפקטיבי על הממשלה – כפי שמסתמנת מהיוזמות הפוליטיות האחרונות – יש בה כדי להביא לפגיעה קשה בביטחון הלאומי של מדינת ישראל. זהו טיעון מרכזי ורב-חשיבות אשר ראוי להתחשב בו במסגרת הדיון בנושא.

מזה שנים רבות מתנהל ויכוח בישראל על אודות ההיקף הראוי לביקורת השיפוטית על מעשי השלטון. מהצד האחד, נטען כי בית המשפט העליון נטל לעצמו סמכויות מרחיקות לכת של התערבות בהחלטות של הממשלה ואף בחוקים של הכנסת, באופן שאינו מאפשר לממשלה ולכנסת למשול. נטען כי בכך מסוכל רצון הבוחרים על ידי שופטים שלא נבחרו על ידי הציבור.¹ כן נטען כי היועצים המשפטיים בממשלה קושרים את ידיה מלפעול בטיעונים משפטיים המתבססים על הפסיקות מרחיקות הלכת.² מהצד האחר, נטען שבית המשפט מפעיל את

הביקורת השיפוטית במשורה, ולא כפי שמוצג לציבור. כן נטען כי התערבותו נחוצה ואף הכרחית להמשך קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית שוחרת חוק.³

משטר דמוקרטי מתבסס על קיומה של מערכת איזונים ובלמים. במסגרתה של מערכת זו מתקיימת חלוקת תפקידים – תפקיד הממשלה לקבוע ולבצע את המדיניות, תוך התחשבות בחוקי הכנסת; תפקיד הכנסת לחוקק ולפקח על הממשלה; ותפקיד בית המשפט לפקח כי השלטון פועל בהתאם לחוק, תוך התייחסות גם למעמד המיוחד של הוראות בעלות מעמד חוקתי ולערכי היסוד של המדינה. כך, אסור לשלטון להציב את עצמו מעל החוק וגם הוא כפוף לחוק; אסור לו לפעול בשרירות ובחוסר הגינות כלפי האזרח; עליו להתנהל בהתאם לכללי המשחק הדמוקרטי שמציבים חוקי-היסוד; אסור לו לרמוס זכויות מיעוטים. ובמקביל, בית המשפט צריך לאפשר לממשלה ליישם את מדיניותה כל עוד היא מתבצעת בגדרי החוק, ולא להמיר את שיקול דעת הממשלה בשיקול דעת השופטים. במילים אחרות, תפקידו של בית המשפט במערכת דמוקרטית של הפרדת רשויות הוא להוות גורם מבקר, השומר כי הרשויות הפוליטיות לא יחרגו מסמכותן ויפעלו בהתאם לדין. כל עוד הרשויות הפוליטיות נוהגות בהתאם לדין, היכולת למשול שמורה להן, בהתאם למגבלות הפוליטיות שניצבות בפניהן.

עיקר הדיון הציבורי בנושא עוסק, מטבע הדברים, בשאלת המשמעות של עצמאות שיפוטית ופיקוח אפקטיבי על מעשי השלטון על המשטר הדמוקרטי בישראל.⁴ מאמר זה אינו מבקש להתייחס למכלול ההיבטים הללו, אלא מתמקד בבחינת היבט אחר המשמעויות לקיומם של בתי משפט עצמאיים ואפקטיביים ושל מערכת של איזונים ובלמים על הביטחון הלאומי של המדינה.

לשם כך ייבחנו תחילה האם ועד כמה עצמאות בתי המשפט והפיקוח שלהם על רשויות השלטון משפיעים על הביטחון הלאומי של ישראל; לאחר מכן ייסקרו העמדות השונות בשאלה האם בית המשפט הפר את האיזון הראוי בין רשויות השלטון; ובהמשך ייבדקו ההצעות המועלות כעת והאם הן הפתרון הנכון להפרת האיזון הנטענת, או שמא הן מהוות פגיעה מוגזמת בעצמאות בתי המשפט ובהיקף סמכותם. נסיים בסיכום והמלצות.

השלכות עצמאות בתי המשפט על הביטחון הלאומי

חלק זה של המאמר מתמקד בהשלכות קיומה של מערכת שיפוטית עצמאית, שמהווה גורם המפקח באופן אפקטיבי על רשויות השלטון, על הביטחון הלאומי של ישראל.

לצורך הדיון, המונח "בתי משפט עצמאיים" משמעו בתי משפט שאינם כפופים למרות פוליטית, שהשופטים בהם אינם נציגים מטעם גורמים שלטוניים או אחרים ואשר השופטים

היושבים בהם בדין חשים חופשיים לשפוט ללא התערבות חיצונית או חשש לפגיעה במעמדם עקב פסיקתם.

המונח "פיקוח אפקטיבי של בתי המשפט על רשויות השלטון" משמעו שפסיקותיהם של בתי המשפט מחייבות את רשויות השלטון ומכובדות על ידן וכי בית המשפט הוא בעל העמדה הקובעת לגבי פרשנות הדין ואופן יישומו. כן נכלל בגדר מונח זה קיומה של זכות גישה מלאה לערכאות והליכים תקינים שאינם מופרעים על ידי גורמי שלטון או גורמים אחרים.

על אף שאין הגדרה מפורשת למונח "ביטחון לאומי" בישראל, מקובל לכלול במסגרתו הגנה על היעדים הלאומיים של המדינה. יעדים אלה כוללים ארבעה רכיבים: הבטחת הקיום הפיסי של המדינה והגנה על שלמותה הטריטוריאלית ועל ביטחון אזרחיה ותושביה; שמירה על ערכי המדינה וצביונה כמדינה יהודית ודמוקרטית; הבטחת חוסנה הכלכלי והחברתי; וחזוקת מעמדה הבינלאומי והאזורי.⁵

ההשלכות מתייחסות הן למישור הפנימי והן למישור החיצוני.

המישור הפנימי:

בראש ובראשונה, הביטחון הלאומי כולל בהגדרתו גם את שימור מהותה של מדינת ישראל ולא רק את קיומה הפיסי. מהותה של המדינה, כפי שהיא מגולמת במגילת העצמאות, היא היותה מדינה יהודית ודמוקרטית. לכן, איום על אופייה היהודי של המדינה, למשל על ידי ביטול הסממנים היהודיים של המדינה, ייחשב איום על מהותה של המדינה ולכן פגיעה בביטחון הלאומי. בדומה, איום על אופייה הדמוקרטי המהותי של המדינה מהווה אף הוא פגיעה במהות המדינה. לכן פגיעה כזו נופלת בפני עצמה בגדר פגיעה בביטחון הלאומי.

משטר דמוקרטי מושתת, בין היתר, על קיום הליכי בחירות תקינים, שמירה על חופש הביטוי, הגנה על זכויות המיעוט, וכיבוד ערכים של שוויון וחירות. הפגיעה בשומרי הסף, ובראשם בבתי המשפט, עלולה להוליד מהלכים של פגיעה במהותה של הדמוקרטיה – והניסיון מראה כי מהלכים מעין אלה נוטים להתפשט באופן איטי אך שיטתי.⁶ שלטון המרכז בידיו כוח רב ומבקש עוד כוח, יכול לפגוע בזכויות האזרחים ללא בלמים. החלשה מהותית של בית המשפט העליון או פגיעה בעצמאותו – גם אם נועדו במקור להתמודד עם סוגיות מצומצמות – צפויה להוביל להחלשה שלו בהגנה שיטתית על זכויות האזרחיות והאזרחיות, ותאפשר לשלטון לפגוע בפרטים בחברה ולהטיל מגבלות באופן שרירותי. במילים אחרות, קיומם של איזונים ובלמים בין רשויות המדינה הוא כלי הכרחי לשימור המשטר הדמוקרטי לאורך זמן.

יתרה מזאת, מבחינת הביטחון האישי של כל אזרח ותושב במדינה נדרשת הגנה לא רק מפני אויבים חיצוניים אלא גם מפני שרירות השלטון. ביטחון לאומי מניח א-פרטיות כי תחומי הסמכות של רשויות הביטחון השונות (צבא, משטרה, שירות הביטחון הכללי ושירות בתי

הסוהר) הם מוגדרים ומתוחמים, וכי הם אכן כפופים לגדרי הסמכות. גופי ביטחון שאינם כפופים לשלטון החוק באופן ברור וניתן לאכיפה, וחורגים מתפקידם במסגרת הפרדת רשויות, אלו גופי ביטחון אשר יוכלו לפגוע בחייו של הפרט באופן אנוש - משימוש בנשק שלא בהתאם לכללים סדורים, בהירים וידועים מראש, מעקבים וחיפושים הפוגעים בפרטיות, ומעצרים הפוגעים בחירות ובכבוד. כאשר רשויות הביטחון כפופות לבית משפט בעל סמכות ציבורית, אשר בכוחו להורות לרשויות המדינה - ובהן רשויות הביטחון - להימנע ממעשים או לבצע מעשים, נשמרת תרבות שלטונית של פעולה ביטחונית מתוך צורך וסמכות ולא מתוך שרירות. יתרה מזאת, בהיעדר שלטון חוק אכיף על-ידי בתי משפט מול גורמי הביטחון, ניתן לחזות - וכך קרה במקומות שונים ברחבי העולם - אפילו בניסיונות הפיכה באמצעות הצבא או בהפיכתו לגורם פוליטי. כלומר, בהקשר הביטחון הלאומי, עצמאות שיפוטית וביקורת שיפוטית מסייעות לשמר את אופי הפעולה המדויק של גורמי הביטחון, כל אחד בהתאם לתפקידו ולסמכותו.

מעבר לכך, הביטחון הלאומי נגזר מקיומה של מערכת שלטונית המתפקדת באופן מקצועי וענייני. בתי המשפט ממלאים תפקיד חשוב בבלימת צעדים המתבססים על שיקולים זרים או הנגועים בשחיתות. שחיתות שלטונית עלולה להחליש את כלל מנגנוני השלטון, כולל מנגנוני הביטחון, אם החלטות לא יתקבלו על בסיס נימוקים ענייניים אלא על בסיס שיקולים זרים, כגון העדפת מקורבים. דוגמאות מן העולם לא חסרות, ובראשן כמובן הכישלונות של הצבא הרוסי במלחמה המתנהלת באוקראינה, שנבעו בין היתר מתרבות של שחיתות שהובילה למחסור בכוח אדם ובציוד ראוי.⁷

הביטחון הלאומי של ישראל נשען גם על עוצמתה הכלכלית. בימים האחרונים נטען על-ידי כלכלנים ואנשי עסקים מובילים כי הרפורמה המשפטית מסכנת את הישגי המשק הישראלי, ועלולה "להמיט מכה קשה על כלכלת ישראל ועל אזרחיה".⁸ פגיעה במעמד בתי המשפט ובעצמאותם יכולה לפגוע בכלכלה בהיבטים שונים: (1) כלכלה חזקה בנויה על קיומם של מוסדות המתנהלים באופן מקצועי וענייני וללא שיקולים זרים ושחיתויות. (2) קיומו של שלטון חוק ומערכת שיפוטית מתפקדת היא שיקול מרכזי בהחלטה של משקיעים זרים להשקיע במדינה. (3) פגיעה בעצמאות בתי המשפט עשויה לפגוע במיקומה של ישראל במדדים דמוקרטיים שונים הקיימים בעולם, אשר מעריכים מדי שנה את מידת הדמוקרטיה של המדינות השונות.⁹ מדדים דמוקרטיים אלה הם בעלי משקל ניכר על היחס לו ישראל תזכה בעולם. כך למשל, מעבר ממדינה המוגדרת Free למדינה המוגדרת כ-Partly free על פי מדד Freedomhouse¹⁰ עשוי לגרום לירידה בדירוג האשראי של ישראל, ולהשפעות שליליות על סחר, ייבוא וייצוא ישראלי (הן במובן הרחב והן בהקשר הביטחוני - על שיתופי פעולה ביטחוניים). (4) פגיעה באיזונים ובלמים שתוביל לכרסום בזכויות אדם ובשימור המהות הדמוקרטית של המדינה עלולה להוביל אוכלוסיות חזקות לעזוב אותה. התופעה של "בריחת מוחות" מאפיינת מדינות שאיבדו את אופיין הדמוקרטי או הליברלי (למשל הונג-קונג, טורקיה ועוד). מהלך כזה עלול להוליד פגיעה קשה, בין היתר בהייטק הישראלי וכפועל יוצא בכלכלה הישראלית המבוססת על מגזר זה במידה ניכרת.

שמירה על מערכת שלטונית מאוזנת ובתי משפט עצמאיים חשובה גם לשם שימור היציבות הביטחונית במדינה. השמירה על זכויות המיעוט, כולל זכות הגישה לערכאות להבטחת זכויות אלו, מאפשרות לנתב מחלוקות פנימיות לערוצים משפטיים ולהבטיח התנהלות על פי אמות מידה סדורות. אם לא יהיה מי שיאכוף את הכיבוד של זכויות המיעוט, צפויה לגבור התסיסה הפנימית, שעלולה אף להתבטא בגלישה ל אלימות בין קבוצות שונות בחברה. כמו כן, ככל שהחברה תהיה מפוצלת יותר בין גורמים הנתמכים על ידי השלטון לגורמים שחשים שזכויותיהם נרמסות, תחמיר הפגיעה בסולידריות החברתית, עד כדי סירוב להתגייס לצבא או למלא חובות אזרחיות אחרות. המשמעות תהיה פגיעה בחוסן הפנימי, שהוא רכיב חשוב בביטחון הלאומי ואחד מיסודות הכוח של חברה המתמודדת עם איומים חיצוניים.

המישור החיצוני:

ישראל היא חברה במועדון המדינות הדמוקרטיות ונהנית מיחסים טובים מאוד עם רוב מדינות המערב, ובכלל זה היא בעלת ברית אסטרטגית רבת חשיבות עם ארצות הברית ומעמד מיוחד מול האיחוד האירופי. שינוי מהותי באופייה הדמוקרטי של ישראל ובדימויה כמדינה שומרת חוק, שיש בה מערכת מתפקדת של איזונים ובלמים ובראשם מערכת משפטית עצמאית, מקצועית ואפקטיבית, עלול להיות בעל השלכות מזיקות ביותר בזירה הבינלאומית. ניתן לחלק את ההשלכות לשתי קבוצות – פגיעה ביחסי החוץ של ישראל ובמעמדה הבינלאומי; והצבת קשיים בפני ההתמודדות במערכה המשפטית והמדינית המתנהלת נגדה בזירה הבינלאומית.

פגיעה ביחסי החוץ

ראשית, נדבך מרכזי בתפיסת הביטחון של ישראל הוא קיומה של הברית האסטרטגית עם ארצות הברית, והיות ישראל מדינה המושתתת על ערכים דמוקרטיים וליברליים היא רכיב חשוב ביחסים הקרובים בין המדינות. הערכים המשותפים מוזכרים תדיר על ידי הממשל האמריקאי כאחת הסיבות לקשרים ההדוקים ולתמיכה החזקה בישראל, שמתבטאת בין היתר בחסימת החלטות נגד ישראל בזירת האו"ם ובסיוע אמריקאי בתחומים ביטחוניים ואזרחיים, שהוא חיוני לביטחון המדינה. די להזכיר את האיום האיראני והחשיבות של ארצות הברית מול איום זה. כמובן שמדיניותה של ארצות הברית מתבססת גם, ואולי בעיקר, על אינטרסים משותפים. עם זאת, ככל שאינטרסים אלה ישתנו, וככל שלארצות הברית יהיה פחות עניין באזור המזרח התיכון, וזאת המגמה המסתמנת היום, תעלה משמעותה של השותפות הערכית. יתרה מזאת, ניכרת מגמה של ארצות הברית להסיט את מדיניותה לעבר יצירת בריתות עם מדינות בעלות תפיסות עולם דומות לשלה, במסגרת התחרות הבין מעצמתית מול סין ורוסיה.

שנית, ועוד בהקשר היחסים עם ארצות הברית, אחד הרכיבים החשובים ביחס החם לו זוכה ישראל מצד הממשלים האמריקאיים לדורותיהם הוא הלובי היהודי החזק בארצות הברית. שחיקה בערכים דמוקרטיים וליברליים תוביל לפגיעה ביחסים בין ישראל לבין הקהילה היהודית, שהיא ליברלית במהותה, ולפיכך להיחלשות של הלובי התומך בישראל. לכך עשויות להיות

השלכות בעייתיות עבור ישראל מול ממשלים אמריקאיים עתידיים, ובפרט מן המחנה הדמוקרטי, שהולכים וגוברים בו בשנים האחרונות הקולות הביקורתיים כלפי ישראל.

שלישית, האופי הדמוקרטי של המדינה, הנשען בין היתר על קיומם של בתי משפט עצמאיים ואפקטיביים, הוא מרכיב חשוב ביחסי החוץ של המדינה. אמנם מדינות שוקלות, בראש ובראשונה, את האינטרסים שלהן ואמנם מדינות דמוקרטיות מקיימות קשרים הדוקים גם עם מדינות לא דמוקרטיות, למשל במזרח התיכון ובמזרח הרחוק, ואולם הבריתות ההדוקות ביותר מתקיימות בין מי שחולקות ערכים משותפים. לעניין זה חשובים הדברים שפרסם בדצמבר 2022 הקאנצלר הגרמני, אולף שולץ, בהם קרא לקידום בריתות בין מדינות דמוקרטיות ברחבי העולם, וזאת בתגובה לתוקפנות הרוסית.¹¹

רביעית, עניינה של ישראל עולה תדיר על שולחנם של הפורומים באו"ם. עצרת האו"ם ומועצת זכויות האדם של האו"ם הם גופים מוטים לרעת ישראל בכל מקרה, אך החלטותיהן אינן מחייבות את ישראל. לעומת זאת, למועצת הביטחון יש סמכות לקבל החלטות מחייבות, כולל להטיל סנקציות על מדינות. עד היום, מרבית הניסיונות לקבל החלטות נגד ישראל נבלמו על ידי בעלות בריתה, ובראשן ארצות הברית, שלה זכות וטו במועצה. לכן, כרסום במערכת היחסים עם ארצות הברית והתנהלות שתיתפס כבעייתית במישור הבינלאומי עלולים לחשוף את ישראל להחלטות אופרטיביות נגדה.

חמישית, בעת הנוכחית מתחלקת הזירה הבינלאומית מחדש לקבוצות ומתגבשות בריתות בין מדינות בעלות סולם ערכים דומה. אחד התחומים המרכזיים שבהם יש משמעות לבריתות אלו הוא התחום הטכנולוגי, כפי שאף עולה במפורש ממסמך האסטרטגיה הביטחונית של ארצות הברית שפורסם בחודש אוקטובר 2022. המשמעות היא, שאם ישראל תיתפס כמי שנחלשת מהותה הדמוקרטית והליברלית בשל שחיקת כוחם של שומרי הסף, היא עשויה למצוא את עצמה מחוץ ל"מועדון" וללא גישה לטכנולוגיות חדשניות חשובות, ובכלל זאת מחשבי הקוואנטום, שבבים מתקדמים ופיתוחים נוספים בתחום הבינה המלאכותית.

הכבדת ההתמודדות עם המערכה המדינית והמשפטית בזירה הבינלאומית

ישראל חשופה לאורך שנים למערכה מתמשכת בזירה הבינלאומית, שבמסגרתה היא סופגת ביקורת חסרת פרופורציה לשאר מדינות העולם, וזאת גם בקרב ארגונים בינלאומיים בעלי מעמד רשמי וגם בקרב ארגוני חברה אזרחית בינלאומיים, ביניהם אמנסטי ו-HRW. הביקורת נגד ישראל כוללת גם טענות מופרכות והיא בדרך כלל חד-צדדית ומגמתית. עם זאת, התנהלותה של ישראל היא בעלת משמעות בצמצום ההשלכות המעשיות של הביקורת האמורה. ניתן להצביע על כמה זירות מערכה מרכזיות.

ראשית, למעמדם של בתי המשפט השפעה ישירה על הפוטנציאל של אנשי צה"ל וגורמים אחרים הפועלים מטעמה של המדינה למצוא את עצמם כפופים להליכים פליליים בינלאומיים.

ישראל נתונה מאז מארס 2021 תחת חקירה של בית הדין הפלילי הבינלאומי העוסקת בטענות לביצוע פשעים בשטחי יהודה ושומרון, מזרח ירושלים ורצועת עזה החל מ-13 ביוני 2014, על ידי כלל הצדדים לעימות. החקירה מתייחסת בין היתר לטענות לפשעי מלחמה שבוצעו על ידי כוחות צה"ל אגב מבצע "צוק איתן" בקיץ 2014. החקירה יכולה להתייחס לכל פשע שבוצע החל מתאריך זה, ללא מועד סיום מוגדר. בשלב זה החקירה אינה זוכה לתעדוף מיוחד על ידי תובע בית הדין, אם כי יתכן שהיא תצבור תאוצה בהמשך. אחד העקרונות המרכזיים של בית הדין הוא "עקרון המשלימות", שלפיו סמכות בית הדין היא משלימה לסמכות המדינות, ולפיכך עליו לעסוק רק במקרים שאינם מטופלים על ידי המדינה הנוגעת בדבר. מכוח עיקרון זה, ככל שניתן יהיה להצביע על חקירות ותחקירים כנים ורציניים הנערכים בישראל ביחס למקרה שבהקשרו יש האשמות נגד כוחות צה"ל, בית הדין אמור להימנע מעיסוק בו. ההכרעה האם אכן המערכת חוקרת את עצמה באופן זה תלויה באופן ישיר בשאלה האם מערכת בתי המשפט נתפסת כמקצועית ועצמאית, שכן זו המערכת שמולה יישפט מי שיוחלט להעמידו לדין. מעבר לכך, לא פעם יש עתירות על החלטות שלא להעמיד לדין או שלא לפתוח חקירה. פסקי הדין של בית המשפט העליון שמאשרים החלטות אלו מהווים אסמכתה שעליה ניתן להתבסס בזירה הבינלאומית לכך שההחלטות התקבלו כדין ואינן מצביעות על ניסיון לטיח את המקרים. דוגמה מפורסמת לכך היא החלטת בית המשפט בספרד להורות על סגירת חקירה כנגד שורת בכירים בישראל בגין חשדות לביצוע פשעים אגב התקפה שכוונה נגד סלאח שחאדה, מפקד גדודי עז א-דין אל-קסאם, ביולי 2002, שבמהלכה נהרגו 14 אזרחים. בית המשפט בספרד קבע כי ישראל נקטה פעולות חקירה כנות, הן מצד הממשלה, כולל הקמת ועדה מיוחדת לבחינת האירוע, והן מצד מערכת המשפט, כדי לבחון אם בוצעו פשעים.¹²

שנית, אחד המהלכים מן העת האחרונה הוא החלטת עצרת האו"ם מיום 30 בדצמבר 2022 לבקש מבית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) בהאג (ICJ) חוות דעת מייעצת על אי חוקיות הכיבוש המתמשך של ישראל בשטחי יהודה ושומרון, מזרח ירושלים ורצועת עזה. ב-2004 כבר ניתנה חוות דעת ביקורתית נגד ישראל על הקמת גדר הביטחון ("חומת הפרדה" ככינויה על ידי בית הדין). חוות הדעת משמשת כמובן את מבקריה של ישראל, אך לא הובילה לצעדים מעשיים נגד ישראל. אחד הגורמים לכך שהשפעתה המזיקה של חוות הדעת נבלמה היא העובדה שגדר הביטחון הוקמה תוך ביקורת מתמדת של בית המשפט העליון. בפרט ראוי לציון החלטת בית המשפט העליון בעניין מראעבה, שניתנה כשנה לאחר פרסום חוות הדעת והתייחסה אליה. בג"ץ דחה את קביעתו של בית הדין הבינלאומי, תוך התייחסות לכך שהוא התעלם מהמציאות בשטח, ואישר את חוקיות גדר הביטחון לפי המשפט הבינלאומי.¹³

חוות הדעת החדשה שהתבקשה כעת צפויה להיות אף היא ביקורתית ביותר. ישראל תצטרך להתגונן מפניה בזירות שונות. יש להניח שגם הפעם ישראל תסתמך, בין היתר, על פסיקות בית המשפט העליון שקבע כי פעולות שונות שיוקפו בחוות הדעת, כגון שימוש באדמות מדינה לצרכי ההתיישבות, עומדות במבחן המשפטי.

שלישית, ישראל נמצאת תחת מתקפה החותרת תחת הלגיטימציה שלה על ידי גורמים שונים, ובראשם ארגוני ה-BDS, שמבקשים להוביל לסנקציות, חרמות ושליטת השקעות בישראל. אמנם הטענות עצמן מופצות ללא תלות בהתנהלותה של ישראל, וגבולות לא פעם בעלילות דם חסרות בסיס, ואמנם קיים קושי להתמודד איתן כבר כיום, בעיקר על רקע המשך השליטה בפלסטינים, אולם ישראל מצליחה לאורך שנים לחסום את רוב הצעדים הקונקרטיים נגדה. ככל שישראל נתפסת כמדינה דמוקרטית המכבדת את שלטון החוק, הדבר מקל על ההתמודדות עם המערכה הבינלאומית המתנהלת נגדה. טיעון מרכזי שמשמש את ישראל אל מול המהלכים הללו היא היותה מדינה דמוקרטית שיש לה מערכת שיפוטית עצמאית אשר יש אליה גישה לכל מי שנפגעות זכויותיו, כולל הפלסטינים, ואשר נותנת מענה מספק. ואולם, ככל שהמערכת השיפוטית תיחלש ותיתפס כבלתי רלוונטית להגנה על זכויות אלו, הרי שיהיה קשה יותר לבלום מהלכים נגד ישראל בזירה הבינלאומית, הן מול ארגונים ומדינות והן מול גורמי החברה האזרחית. כך, למשל, פרופ' אלן דרשוביץ, שהוא אחד הבולטים במגיניה של ישראל, ציין כי הרפורמה תקשה להגן על ישראל מול מבקריה.¹⁴

רביעית, יש לתת את הדעת גם למגמה מתחזקת של אחריות חברתית של תאגידים. היבט זה בא לידי ביטוי בתופעה של ESG investments – העדפה של יזמים וקרנות הון להשקיע על-בסיס ממדים של סביבה (Environment), חברה (Society) וממשל תקין (Government). כיום עוד ועוד משקיעים בוחנים את יעדי ההשקעה שלהם בהתאם לממדים אלה, ובעולם אף קיימים ממדים לדירוג חברות בהתאם לכך.¹⁵ בהיבט זה, מהלכים שייתפסו כפגיעה בממשל התקין במדינה עשויים להיות בעלי השפעה ישירה על היכולת של חברות ישראליות לגייס השקעות, לצד פגיעה בדירוג האשראי הבינלאומי. יתרה מכך, בשנים האחרונות ניתן גם לזהות כי חברות גלובליות מחליטות על בסיס שיקולים שונים למשוך את פעילותן ממדינות הנתפסות כ-"בעייתיות" מבחינה ערכית ודמוקרטית. כך, למשל, בסמוך ולאחר פלישת רוסיה לאוקראינה, מעל ל-1000 חברות, ובהן גוגל, אמזון ומיקרוסופט, הודיעו כי הן השעו או צמצמו את פעילותיהן במדינה.¹⁶ כמובן שמהלכים כאלה נגד ישראל יהיו אסון לכלכלתה ולביטחון הלאומי שלה. אין צפי לצעדים כאלה בעתיד הנראה לעין, אולם אם ישראל תיתפס כמדינה הפוגעת בזכויות, ללא מערכת של בלמים על השלטון, גם סיכון זה צריך להילקח בחשבון.

לסיכום, למרות המערכה המשפטית המתנהלת נגד מדינת ישראל, היא מצליחה לאורך השנים למנוע מעבר מהצהרות ואמירות אנטי-ישראליות לכלל צעדים קונקרטיים נגדה. אחד הטיעונים המרכזיים של ישראל במערכה זו הוא שהיא מדינה דמוקרטית מתוקנת, המכבדת את שלטון החוק ואשר יש בה מערכת משפטית הנהנית מיוקרה בינלאומית ומעוצמה מול השלטון במדינה.

המצב הנוכחי - היקף ההתערבות של בתי המשפט בהחלטות שלטוניות

כפי שכבר נאמר, שימור מערכת שיפוטית עצמאית ומקצועית אין משמעו שבית המשפט העליון או מערכת בתי המשפט בכללותה אמורים להיות הפוסקים האחרונים בכל נושא ולהתערב

בהחלטות מדיניות אשר נתונות לסמכות הממשלה והכנסת, אלא כי מתקיים איזון ראוי בין הרשויות.

בהתאם, נדרש לבחון האם, כפי שנטען, בית המשפט חצה את הסף ומונע מהממשלה מלמשול ומהכנסת לחוקק? בלי להיכנס לעומק הבחינה ההיסטורית ולניתוחים משפטיים, אנו סבורות כי אף שניתן לבקר את בית המשפט על שנקט במקרים מסוימים מדיניות מרחיבה מדי של התערבות במעשי השלטון, ובפרט ניתן לבקר את הרטוריקה המרחיבה של בית המשפט, בפועל ההתערבות של בית המשפט בחקיקה של הכנסת היא מצומצמת בהיקפה ואין בסיס לטענה כי בית המשפט מונע מהממשלה לממש את מדיניותה. יתרה מזאת, בחינת עומק של פסיקת בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בעשור האחרון מעלה כי מאז שנת 2015 לערך, בעקבות שורה של תהליכים, המדיניות השיפוטית מרוסנת יותר מאשר בעבר.

ניכר שבשנות התשעים, ואף בתחילת שנות האלפיים, רווחה מגמה ליברלית יותר, בארץ ובעולם. עמדה זו באה לידי ביטוי בעמדה השיפוטית, אך גם בעמדת המחוקקים, ובעמדה שנציגי ונציגות המדינה הציגו בפני בית המשפט. גישה ליברלית זו אפשרה לבית המשפט להציב יותר מחסומים בפני הרשויות הפוליטיות. פרופ' ברי פרידמן, חוקר בולט באקדמיה האמריקאית, המשיל את הסוגייה לקפיצה בכבל בנג'י: בתי משפט עליונים תחומים בכבל בנג'י, המאפשר להם טווח פעולה רחב. אך ככל שגייעו לקצה סמכותם, כוחות פוליטיים וציבוריים יתחמו את פעולתם. כמו כבל הבנג'י אשר כוחות פיזיקליים מחזירים למקום לאחר שנמתח, כך גם בתי המשפט.¹⁷

דוגמה לאירוע שבו נמתחו הגבולות התרחש סביב בג"ץ **מחויבות**¹⁸ בתחילת שנות האלפיים. באותו מקרה, שעסק בקיצוצים בתקציב הרווחה כחלק מההליך השיפוט, הוציא בג"ץ צו על תנאי, בשאלה שחרגה מן הסעדים שהתבקשו בעתירה, הדורש מהממשלה להסביר "מדוע לא יקבעו סטנדרט לקיום אנושי בכבוד כמתחייב מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".¹⁹ הצו עורר תרעומת פוליטית קשה, כולל במסגרת ישיבה מיוחדת שהתקיימה בכנסת בנושא זה.²⁰ בהינתן חומרת התגובה הפוליטית, בית המשפט, בהרכב חדש, ריכך את נוסח הצו, כך שהממשלה נדרשה להתייחס רק לשאלה ממוקדת אשר עסקה בקיצוץ בקצבאות שנדון באותו עניין.²¹ העתירה נדחתה לבסוף, לגופו של עניין, כשנקבע כי אין פגם חוקתי בקיצוץ והוא בסמכות הממשלה.

ואכן, כבל הבנג'י של בית המשפט העליון הישראלי התקצר בשנים האחרונות, ניתן להצביע על מגמה שמרנית המשקפת יותר ויותר את הלך הרוח הפוליטי והציבורי גם יחד. נדגיש כי לבית המשפט עדיין שמורה סמכות שיפוטית רחבה המעוגנת בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, במסגרתה הוא פועל. כך, בית המשפט לא נמנע מלבחון עניינים סוגיות שנמצאות בליבת הדיון הציבורי, את הליך החקיקה, שאלות ביטחוניות ואף את השאלה האם חוק-היסוד עצמם הם תקפים. עם זאת, נכון להפריד בין עצם הנכונות לבין התוצאה, המשקפת ודאי צמצום התערבות שיפוטית.

בעת שבוחנים עד כמה בית המשפט מתערב במדיניות ראוי לשים לב להיבטים הבאים:

האחד, התערבות בחסות המדינה. במקרים רבים, המדינה אינה חולקת על עצם קיומה של החובה המשפטית לפעול בדרך מסוימת, כאשר המעורבות השיפוטית מסייעת למעשה ליישם את החובה האמורה, במקרים בהם המדינה אינה מממשת את החובה בעצמה. דוגמא לכך היא מקרים בהם הממשלה אינה מתקינה תקנות שהיא אמורה להתקין כדי לאפשר ליישם חוק של הכנסת. כך, למשל, בבג"ץ נגישות ישראל, המתמשך מזה שנים רבות, המדינה אינה חולקת על החובה להתקין תקנות כדי לאפשר נגישות לאנשים עם מוגבלות והמעורבות השיפוטית היא בשאלת קשיי היישום.²²

השני, בסוגיות בעלות הקשר מדיני וביטחוני, בייחוד כאלה המעלות רגישות ציבורית ניכרת, ההתערבות השיפוטית היא מצומצמת. דוגמאות בולטות הן הקביעה העקרונית – אליה בית המשפט העליון נצמד במידה רבה עד היום – כי שאלת חוקיות ההתנחלויות אינה שאלה שפיטה אשר מהווה עניין להחלטה שיפוטית.²³ כך גם בעניין היעדר ההתערבות בהחלטה העקרונית בעניין ההתנתקות מרצועת עזה, שהוגדרה כשאלת מדיניות.²⁴ אשר למקרים שבהם הורה בית המשפט לפנות התנחלויות שהוקמו על קרקע פרטית של פלסטינים או ללא היתרי בניה, ראוי לציין כי לא דובר בדחיית העמדה של המדינה, מאחר שלא היה ויכוח עקרוני על עצם אי החוקיות, אלא הדיון נסב בדרך כלל סביב השאלה כיצד יש לבצע את הפינוי ומתי.²⁵ גם במקרים אלה, לא פעם נעתר בית המשפט לעמדת המדינה והתיר פרקי זמן משמעותיים לביצוע.²⁶

השלישי, בית המשפט מציב כיום חסמים רבים יותר בפני עותרים המתדפקים על דלתו ביחס לעבר ומשתמש יותר בעילות הסף, המאפשרות לדחות את העתירה בלי לדון בה באופן ענייני, על מנת להימנע מדיון באותן עתירות. בשנים האחרונות אף נוצרו שלוש עילות סף חדשות במשפט הציבורי. האחת, דחיית עתירות על הסף בשל קיומן של יוזמות חקיקה בנושא,²⁷ בעוד שבעבר קיומה של יוזמת חקיקה בנושא העתירה היה מוביל להשעיית הדיונים תוך המתנה לסיום התהליך החקיקתי. השנייה, פיתוח עילת "מיצוי הליכים חוקתי", אשר דורשת כי גם בעתירות המופנות כנגד חוקתיות חקיקה, העותרים יפנו קודם לרשויות המוסמכות וישמיעו את קולם, בטרם יפנו לבית המשפט. במספר מקרים בית המשפט דחה עתירות על הסף בשל היעדר מיצוי הליכים בעתירות חוקתיות.²⁸ בשנתיים האחרונות ניתנו מספר פסקי דין אשר פיתחו עילת דחייה על-הסף נוספת, שלפיה אם קיימת עתירה תלויה ועומדת בסוגיה מסוימת, עותר חדש נדרש להגיש בקשה להצטרף לעתירה הקיימת, ולא קנויה לו זכות לעתור.²⁹ עילה זו גם מצמצמת את זכות העמידה הרחבה שהייתה נהוגה עד כה, אשר אפשרה לכמעט כל אדם – בין אם נפגע ממעשה הממשל ובין לא – לעתור לבג"ץ ולהוביל לביקורת שיפוטית באותה סוגיה.³⁰

הרביעי, כאשר בית המשפט מוצא כי בהחלטה, חוק או הליך מסוים נפל פגם, במקרים רבים הוא נמנע מביטולו אלא מסתפק ב"התראת בטלות". זוהי התראה שעליה מצהיר בית המשפט,

לפיה על הממשלה להימנע מלנהוג כך בעתיד, בשל הפגם החוקתי שבכך, וכי במקרה הבא ייתכן כי הוראה מעין זו תיפסל.³¹

החמישי, בחינה פנימית של נתוני תיקים בבית המשפט העליון מגלה כי מידת ההתערבות בפועל פחותה בהרבה ממה שנטען. על-בסיס מאגר המידע של בית המשפט העליון שפותח על ידי פרופ' קרן וינשל, פרופ' לי אפשטיין ואנדי וורמס,³² כפי שניתחה אותו פרופ' וינשל, כ-88 אחוזים מהעיתירות לבג"ץ נדחות באופן מלא. ב-12 אחוזים מהעיתירות התקבלה עמדת העותרים, אם כי ברובם חלקית בלבד. יתרה מכך, במרבית המקרים שבהם המדינה הפסידה, ההפסד נעשה בהסכמת המדינה להתפשר או לשנות את עמדתה בסוגיה, כך שההכרעה השיפוטית לא נכפתה עליה.³³

אמנם עצם קיומה של האפשרות שבג"ץ ידון בסוגיה מסוימת היא בעלת אפקט מצנן על מקבלי ההחלטות. עם זאת, ככל שהתערבות בתי המשפט מרוסנת יותר, כפי שצוין לעיל, אזי אפקט מצנן זה מתרחש רק במקרים הקיצוניים יותר, כשיש חשש ממשי להתערבות שיפוטית. בשאר המקרים, וכך עולה מהפרקטיקה של קביעת המדיניות בממשל, אפקט מצנן זה אינו בולם יישום מדיניות שעשויה להיות שנויה במחלוקת, אך אינה מציגה בעייתיות משפטית מובהקת.³⁴

בנוסף יצוין כי במקרים שבהם בית המשפט התערב, ההתערבות לא הייתה בהכרח מוטה א-פרוירית לצד כזה או אחר, לא מבחינת המפה הפוליטית ולא מבחינת אידאולוגיה או סט הערכים. דוגמא מן העת האחרונה היא ביטול החלטת שר האוצר ליברמן לבטל מיידית סבסוד למעונות יום, החלטה שפגעה בראש ובראשונה במשפחות חרדיות.³⁵

חיוני גם לזכור כי ניתן בהחלט לבקר עניינית את פסיקות בית המשפט העליון במקרים שמבקרים מחזיקים בעמדה כי התערבותו הייתה שגויה – בין אם שגויה מטעמים משפטיים ובין אם התערב בשאלה שאינה מתפקידו של בית המשפט. דוגמה בולטת היא ההתערבות השיפוטית המוגברת בעניין הסדר הגיוס לחרדים. שאלה זו מצויה בליבה של מחלוקת ציבורית וחברתית רחבת היקף. שאלות מעין אלה, בהינתן מערכת דמוקרטית נבחרת ומתפקדת, ובהינתן שהמדינה לא חרגה מסמכותה,³⁶ צריכות, לעמדתנו, להתברר בזירה הציבורית ולא השיפוטית.

וניתן לא רק לבקר, אלא אף להגיב. במבנה המשטרי הישראלי – הכולל פסקת הגבלה המגנה על זכויות אך גם קובעת מה התנאים שבהם ניתן לפגוע בהן, ומבנה חקיקתי שמאפשר לממשלה ולכנסת לחוקק בקלות – ניתן להגיב לפסקי דין באמצעות החוק. ואכן, ברוב המקרים שבהם בית המשפט קבע הסדרים שלא נשאו חן בעיני הרשויות הפוליטיות, הן הגיבו לגופו של עניין בתגובה חקיקתית שנועדה לשנות את ההסדר שקבע בית המשפט.³⁷ מקרים אלה לא היו "חוק עוקף בג"ץ", כפי שממהרים לכנות זאת בזירה הפוליטית ובתקשורת, אלא התמודדות עניינית עם פסק הדין כחלק מדיאלוג דמוקרטי בין רשויות השלטון. דוגמא לכך היא חקיקת חוק הלוחמים הבלתי חוקיים בשנת 2002, לאחר שבית המשפט קבע כי אין בסיס חוקי

להחזקת אנשי חיזבאללה שלא נבעה מהם מסוכנות אישית מכוח חוק המעצרים המנהליים. חוקתיותו של חוק זה אושרה בהמשך על ידי בית המשפט העליון.³⁸

טענות נוספות הן שבתי משפט ברחבי העולם פועלים באופן מרוסן יותר לעומת בית המשפט בישראל. טענה זו אינה מתיישבת עם המציאות.

ראשית, בתי המשפט של מדינות דמוקרטיות ברחבי העולם מקיימים ביקורת שיפוטית מתמדת על מעשי השלטון ופוסלים מעשים שאינם עומדים בדרישות החוק באותן מדינות. רוב המדינות באירופה אף כפופות לפסיקות המחייבות של בית הדין לזכויות אדם האירופי, שהוא בית משפט אקטיביסטי, שבמקרים רבים אינו מהסס להתערב בהחלטות המדינות שכפופות לו.³⁹ כך למשל נפסק כי הפרלמנט היווני נדרש להסיר חסינות של שר על מנת שיהיה ניתן להגיש נגדו כתב תביעה בגין פגיעה בשם הטוב;⁴⁰ כי אסור לבתי ספר במקדוניה להפלות ילדים על-בסיס מוצאם,⁴¹ כי קיומו של נוהל לא ברור לשינוי מין בגיאורגיה שקול להפרה של הזכות לחיים פרטיים;⁴² וכי קיומו של הליך בחירות נפרד למיעוטים לאומיים בהונגריה פוגע בזכותם לשוויון ובזכותם לבחור.⁴³

בכל הנוגע לפסילת חקיקה, מחקר של המכון הישראלי לדמוקרטיה משנת 2018, שבדק פסילת חוקים בבתי משפט עליונים בטווחי זמן דומים (לרוב מאז שנות ה-90), מראה כי בית המשפט העליון נמצא במידת ההתערבות הנמוכה ביותר לעומת בתי המשפט שנבחנו.⁴⁴ כך, בעוד שבבית המשפט העליון נפסלו בממוצע 0.72 חוקים בשנה, ובסך הכול 18 חוקים בתקופה שבין 1992 עד 2017; בבית המשפט העליון בארצות הברית נפסלו בתקופה המקבילה שני חוקים פדרליים בשנה (וזאת מלבד חוקים מדינתיים), ובסך הכל 50 חוקים; בבית המשפט החוקתי בגרמניה נפסלו בממוצע 8.24 דברי חקיקה פדרלית בשנה, ובסך הכל 206 חוקים בתקופה הנבדקת; ובקנדה נפסלו בממוצע 1.6 חוקים בשנה, ובסך הכל 45 חוקים בתקופה הרלוונטית.⁴⁵

טענה נוספת בהקשר ההתערבות בחקיקה, היא שבית המשפט בישראל ייחודי בכך שהסיק את קיומה של סמכותו להתערב בחקיקה של הכנסת ללא הסמכה מפורשת לכך בחוקה. הטענה שבית המשפט "המציא" לעצמו את הסמכות היא טענה חלשה. סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, אשר נחקק בשנת 1984, מעניק לבית המשפט העליון סמכות לתת צווים לרשויות המדינה, וקובע גם סמכות בג"צית ייחודית: "(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר". הסעיף נועד לעגן בחוק יסוד את המצב שהיה קיים ערב חוק היסוד, ובאותה עת כבר ניתנו פסיקות בהן נפסלו חוקים.⁴⁶ יתרה מזאת, עמדה זו נתמכת על-ידי המחוקקים עצמם, ובראשם פרופ' אמנון רובינשטיין, שהיה מבין יוזמי ומנסחי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והוביל לצד גורמים בולטים אחרים כדן מרידור ואוריאל לין את המהלך הפוליטי של כינון חוק-היסוד. לפיהם, מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו קיימת פסקת הגבלה המכפיפה חקיקה רגילה לתנאים שבהם יש לעמוד כדי לפגוע בזכויות

הקיימות בחוק-היסוד,⁴⁷ היה ברור כי המשמעות של חקיקת חוק-היסוד היא הענקת סמכות לביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון על חקיקה של הכנסת. מסקירה רחבה של הליך החקיקה של חוק-היסוד זה, על הפרוטוקולים ששיקפו אותו והשחקנים השונים שלקחו בו חלק, עולה כי הדבר היה ברור וידוע לחברי הכנסת בעת הליך החקיקה, ומתוך ידיעה זו חוק-היסוד אושר ועבר.⁴⁸

מעבר לכך, אף אם נסבור שהביקורת השיפוטית על החקיקה לא עוגנה במפורש בחוקי היסוד, אזי ראוי לציין שגם במדינות בהן לא עוגנה סמכות זו בחוקה, בתי המשפט הם הגורם המוסמך לפרש את החוקה ולפסול מעשים העומדים בניגוד לה. הדוגמה הבולטת היא ארצות הברית. בארצות הברית, שבה אתוס חוקתי חזק, אין עיגון מפורש לביקורת השיפוטית החוקתית, והיא נובעת מעליונות הוראות החוקה. כך נקבע בפסק דין מרברי נ' מדיסון המפורסם משנת 1803.⁴⁹ כמובן, בארצות הברית קיים גם שיח ביקורתי ביחס לבית המשפט העליון ונשמעים במסגרתו טיעונים חשובים. אך הטיעונים קשורים לרוב לאופן הפעלת הסמכות השיפוטית, או לשאלת העליונות השיפוטית של בית המשפט העליון אל מול בתי המשפט של המדינות, ואינם מערערים על עצם קיומה של ביקורת שיפוטית.

טענה נוספת מן המישור המשפטי המועלית נגד התערבות בית המשפט הינה שבניגוד למדינות אחרות, במדינת ישראל אין חוקה מפורשת ומשוריית ולפיכך אין בסיס לפעולתו של בית המשפט מול שאר זרועות השלטון. ואולם למיטב ידיעתנו, בקרב המדינות הדמוקרטיות – ודאי אלו שמשתייכות לעולם המערבי אשר מכבד עקרונות יסוד כשלטון החוק, הפרדת רשויות וזכויות אדם – רק לישראל, בריטניה וניו-זילנד אין חוקה פורמלית, מעוגנת ומשוריית. ועם זאת, גם בבריטניה ובניו-זילנד, לא רק בישראל, בתי המשפט מפעילים את הסמכות החוקתית שלהם. התפיסה היסודית היא כי בתי המשפט מחויבים לעקרונות חוקתיים גם כשאלה אינם מעוגנים עלי ספר.

כך למשל, בבריטניה ניתן בשנת 2019 פסק דין של בית המשפט העליון שקבע כי עצת ראש הממשלה למלכה להוציא את הפרלמנט לפגרה בשבועות הקריטיים של עזיבת האיחוד האירופי, במטרה למנוע פיקוח וחקיקה בתחום זה, הייתה בלתי-חוקית. גם בהיעדר חוקה כתובה ופורמלית, בית המשפט פסק כי הדבר סותר את עקרונות היסוד החוקתיים של הממשל והמשטר הבריטי.⁵⁰ בית המשפט העליון הבריטי מפעיל את סמכותו גם בתחום זכויות האדם: גם בהיעדר סמכות לפסול חקיקה בשל פגיעתה בזכויות האדם, בית המשפט העליון בבריטניה הצהיר עשרות פעמים כי חקיקה אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק זכויות האדם.⁵¹ הצהרה זו אינה מחייבת שום מהלך פוליטי או משפטי, אך גם ללא יכולת לחייב את הפרלמנט להגיב, לכל הצהרה מעין זו יש משקל פוליטי ותרבותי ניכר, בין היתר על בסיס הגישה הבריטית המוטמעת שיש כללי משחק שיש חובה לכבדם. הפרלמנט שוקל בכובד רוב את הסוגיות וברבות מהן בוחר להגיב ולתקן בחקיקה את הפגיעה בזכות. בחלק מהמקרים הפגיעה בזכויות נפתרת באמצעות הרשות המבצעת גם ללא התערבות בחקיקה. ממחקר שבדק את 43

הצהרות אי-ההתאמה שניתנו עד שנת 2020 נמצא כי באף אחד מהמקרים הממשלה לא התעלמה או ניסתה להתגבר על פסק הדין.⁵²

בניו זילנד קיימת מגילת זכויות, New Zealand Bill of Rights Act, אשר אינה בעלת מעמד חוקתי. מגילת הזכויות נוקבת בזכויות, אך אינה קובעת עליונות של הזכויות על פני חקיקה רגילה, אלא אך מסמיכה את בתי המשפט לפרש את החקיקה בהתאם לזכויות. בשונה מבריטניה, מגילת הזכויות בניו זילנד אינה מסמיכה מפורשות את בתי המשפט להצהיר על אי-התאמה של חוק לזכויות שבמגילה⁵³ ועם זאת, בפסק דין מרכזי משנת 2016, קבע בית המשפט הגבוה בניו זילנד כי זוהי סמכות אינהרנטית לסמכות שבמגילה.⁵⁴

במילים אחרות, הסמכות החוקתית טבועה באופן פעילותם של בתי משפט בעלי פונקציה חוקתית, בין אם הם פועלים מכוחה של חוקה פורמלית, מעוגנת ומפורשת, ובין אם מכוחם של עקרונות היסוד של שיטת המשפט והממשל.

לסיכום חלק זה, נראה שהביקורת על בית המשפט מרחיקת לכת מדי ואינה תואמת את התנהלותו, ובפרט בשנים האחרונות, וזאת מעבר לאופן הבוטה של העלאת הביקורת, החורג מדיון ענייני וגולש אל עבר השמצות והאשמות חסרות בסיס. בהקשר זה, אף קשה לבסס מסקנות על ממצאים המעידים על חוסר האמון של הציבור בבתי המשפט, שנובע, במידה רבה, מן המערכה המכוונת והממוקדת שמתנהלת מזה תקופה ממושכת נגד מערכת המשפט.

השינויים המוצעים על-ידי הממשלה

הגישה שלפיה חשוב לשמר את עצמאות מערכת בתי המשפט ואת הפיקוח האפקטיבי של בתי המשפט על רשויות השלטון היא חוצת מפלגות. ראוי לציין, כי גם מי שמבקשים לערוך שינויים באופן פעולתו של בית המשפט טוענים, לפחות במוצהר, כי אין הם מבקשים לפגוע בעקרונות יסוד אלו של שיטת המשטר, אלא לתקן עיוותים שקיימים, לעמדתם, במצב הקיים.

בהתאם לכך, לאחר הקמת הממשלה הנוכחית, אחד הצעדים הראשונים שהוצגו על ידה היה תוכנית לשינויים משמעותיים בנוגע למערכת בתי המשפט והייעוץ המשפטי. שר המשפטים, יריב לוין, הציג תכנית המתבססת, בשלב ראשון, על ארבעה רכיבים: (1) שינוי שיטת בחירת השופטים, כך שהרכב הוועדה החדש יבטיח רוב לפוליטיקאים (שלושה שרים, שני חברי כנסת מהקואליציה, חבר כנסת אחד מהאופוזיציה, שני נציגי ציבור שימונו על-ידי השר, ושלושה שופטים) ותבוטל הדרישה לרוב של שבעה חברי ועדה לשם מינוי שופטים לעליון; (2) הסדרה של פסילת חוקים וחקיקת פסקת התגברות – קביעה כי פסילת חוקים בבית המשפט העליון תתאפשר רק בהרכב מלא וברוב מיוחד וכי תחוקק פסקת התגברות ברוב של שישים ואחד חברי כנסת שתאפשר לחוקק מחדש חוק שנפסל, אלא אם נפסל פה אחד; (3) ביטול עילת הסבירות - בג"ץ לא יוכל לבטל החלטות ממשלתיות בעילה של חוסר סבירות; (4) ייעוץ משפטי כמשרות אמון - השרים ישלטו על זהות היועץ המשפטי במשרדם ויכלולו לפטרם. כן הובהר גם

כי ייתכנו צעדים נוספים והטלת מגבלות נוספות.⁵⁵ הצעות ברוח דומה הועלו גם על ידי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, חבר הכנסת שמחה רוטמן.

המשמעות המצטברת של צעדים אלה היא פגיעה קשה בעצמאות בתי המשפט ויכולת ההתערבות שלהם בהחלטות שלטוניות. לטענת תומכי היוזמה, בכך ייווצר איזון ראוי בין הרשויות ויתאפשר לממשלה לממש את המדיניות שרוב העם בחר בה תוך יישום העיקרון הדמוקרטי של שלטון הרוב; בעוד שמתנגדיה טוענים, כי בכך תיגרם פגיעה אנושה במערכת האיזונים והבלמים המהווה יסוד חיוני של המשטר הדמוקרטי במדינה.

הצעדים המוצעים על ידי הממשלה מתחלקים לשני סוגים – האחד, הגברת ההשפעה של הפוליטיקאים על המינוי של שופטים ויועצים משפטיים; השני, הגבלת היקף ההתערבות של בית המשפט בהחלטות שלטוניות ובחקיקה. שני סוגי הצעדים, כל אחד לבדו אך ודאי בשילובם, מעוררים חשש לפגיעה באיזון הרשויות.

מעורבות פוליטית במינוי השופטים והיועצים המשפטיים

אשר למינוי השופטים, כבר כיום ישנה מעורבות של גורמים פוליטיים ולמעשה המינויים הם תוצר של דיאלוג בין גורמים מטעם הממשלה והכנסת לבין נציגי השופטים ולשכת עורכי הדין. בשנים האחרונות התמנו מספר שופטים הנחשבים שמרנים, לצד שופטים הנחשבים ליברלים, במסגרת שיח זה. מבנה הוועדה, ההידברות והפשרות הנדרשות במסגרתה הובילו לכך שכלל השופטים שמונו מחזיקים בעמדות מתונות וענייניות ופועלים על-בסיס מקצועי. כך, השופטים שמונו עד היום אכן זוכים להערכה מקצועית רבה. כמו כן, לא היו לאורך השנים כמעט מקרים של שופטים שנחשדו בשחיתות ובהטיית דין מטעמים זרים, וודאי לא בערכאות הנבואות. מתן משקל מכריע לפוליטיקאים, כפי שמוצע, משמעו שהשופטים שימונו עלולים להיות כולם בעלי גוון אחיד. ובמבנה הפוליטי בישראל, כשלמפלגות הקצה כוח רב במיוחד בתוך הקואליציה, הם אף עלולים לדרוש, ולקבל, מינוי שופטים בעלי עמדות קיצוניות. אם נטען בעבר כי השופטים היו כולם דומים זה לזה שכן מינו את חבריהם, מסתמן שהפתרון המוצע עלול להסיט את המחוג אל הקצה הנגדי ולמינוי שופטים הדומים זה לזה כי כולם מאותן מפלגות. מעבר לכך, פתרון כזה מעורר חשש ניכר לשחיתות, בפרט בהיעדר מגבלות של טוהר מידות כתנאי להיבחרות לכנסת ולממשלה.

בשיח נטען שוב ושוב כי במדינות רבות אחרות המינויים נשלטים בידיים פוליטיות. ואכן כך, אך במקרים אלה יש מנגנונים אחרים המאפשרים לבזר את הכוח ולמנוע מצב שבו השליטה בכלל רשויות השלטון מצויה בידי הממשלה. כך, בארצות הברית נדרשת הסכמה למינויים בין הנשיא לסנאט, אשר פעמים רבות הם לעומתיים זה לזה בניגוד למצב בישראל שבו הממשלה שולטת למעשה בכנסת.⁵⁶ גם בצרפת המינוי הוא פוליטי, אך המועצה החוקתית, שהיא הערכאה השיפוטית החוקתית, אינה עומדת בראש מערכת המשפט; כל מערכת השיפוט בנויה על תפיסה שלפיה השפיטה היא קריירה אשר מתחילה כבר מתום לימודי המשפטים; והביקורת

השיפוטית נשענת על מודל שונה הכולל ביקורת שיפוטית חוקתית על הצעות חוק.⁵⁷ במערכת ממשל אחרות, הדומות יותר לישראל, כגון בריטניה, אוסטרליה וניו זילנד, המינוי עודנו בעל אופי מקצועי חזק מאוד. כך למשל, בבריטניה שר המשפטים יכול להטיל וטו על מינויים, אך רק במסגרת עילות תחומות ומוגדרות המצמצמות את ההשפעה הפוליטית.⁵⁸ מעבר לכך, בפועל, לא מקובל (it is not done) ששר המשפטים יתערב במינויים באופן מעשי.

הסכנות הטמונות באבדן עצמאות בתי המשפט מומחשות בתהליכים שאירעו בשתי מדינות דמוקרטיות באירופה בעשור האחרון, אשר עברו מהפך משטרי שהפגיעה בעצמאות השיפוטית הייתה חלק מרכזי ממנו - הונגריה ופולין.

בשתי המדינות ננקטו צעדים שונים שנועדו לפגוע בעצמאות השיפוטית של בתי המשפט החוקתיים שלהן. בפולין סירב הנשיא להשביע מספר שופטים שנבחרו לערכאה החוקתית העליונה ומונו שופטים אחרים תחתיהם, וכן נערכה רפורמה פרוצדורלית לכאורה, אשר הנמיכה את גיל הפרישה של השופטים בבתי המשפט הרגילים במדינה, כולל בית המשפט העליון, באופן שכפה פרישה על מספר שופטים אשר במקרים רבים פסקו נגד השלטון, ובהמשך לכך בוצעה רפורמה בדרך מינוי השופטים והוקם מותב משמעותי שדן בתיקי משמעת של שופטים שלא יישרו קו. בית הדין האירופי לזכויות אדם שב וקבע שפעולות אלו היוו הפרה של התחייבויות פולין לכבד את זכויות האדם במדינה.⁵⁹

בהונגריה מונו שופטים מטעמה של מפלגת השלטון.⁶⁰ פגיעה זו הייתה חלק ממאמץ שיטתי לצבירת סמכויות על ידי השלטון ולהפיכת הרשות המבצעת לכל-יכולה.⁶¹ אין זה מפתיע כי לצד מהלך זה הוחלשה גם האופוזיציה על מנת לרסן את התנגדותה ואת יכולתה להשפיע על סדר היום הציבורי, והרשות המבצעת לקחה לעצמה שליטה גם במרבית גופי התקשורת.

המציאות באותן מדינות מראה שבעקבות צעדים אלו החלה פגיעה שראשיתה בקבוצות מיעוט (מהגרים כדוגמה בולטת) ובמתנגדים למשטר, אך עד מהרה כולם נפגעו: ארגוני העובדים נפגעו; זכויות נשים צומצמו וכך גם זכויות הקהילה הגאה; מוסדות לימוד נסגרו והחופש האקדמי במחקר נפגע. בנוסף, החופש להפגין, להתבטא בחופשיות ולבקר את המשטר נפגע. הרשות המנהלית הפכה שרירותית יותר ולא נדרשה לאחריות ציבורית, בגיבוי השלטון.⁶² בהיעדר בית משפט עצמאי ומנותק מהשלטון לא היה מי שיגן על זכויות אלו. לאור זאת, לאחרונה קבע הפרלמנט האירופי כי הונגריה אינה יכולה להיחשב עוד דמוקרטיה מלאה וכי המצב במדינה עבר להיות משטר היברידי של "אוטוקרטיה בחירות".⁶³

ומן הצד השני, בברזיל מילא לאחרונה בית המשפט תפקיד חשוב בהבטחת מימוש תוצאות הבחירות, לאחר ניסיונות של הנשיא המכהן שהפסיד ותומכיו למנוע את החלפת השלטון.⁶⁴

מעבר לסוגיית מינוי השופטים, שר המשפטים לזין מציע לשנות את אופן המינוי של היועצים המשפטיים של משרדי הממשלה ולקבוע כי הם יתמנו על ידי הפוליטיקאים כמשרות אמון. זאת

בניגוד למצב הקיים, בו היועצים המשפטיים הם פקידי מדינה שכפופים מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה וממונים בהליך מקצועי המבוסס על מכרז. כמו לגבי בית המשפט, ניתן לבקר את עודף "המשפטיזציה" של תהליך קבלת ההחלטות. ניתן אף להציע הצעות קונקרטיות כיצד לעשות כן.⁶⁵ עם זאת, הצעד המתוכנן של הממשלה חורג הרבה מעבר לתיקונים עניינים שנועדו לשפר את המצב. ההצעה משקפת שינוי מהותי בתפיסת מקומו של המשפט כמכוון התנהגות בתהליך קבלת ההחלטות השלטוניות. התפיסה הקיימת היא, שהשרים ואנשיהם חייבים לפעול בגדרי החוק ותפקידו של הייעוץ המשפטי להבטיח את כיבוד שלטון החוק ולא את האינטרסים של השר. אם תתקבל ההצעה, היועצים המשפטיים יהיו למעשה עורכי הדין של השר, שתפקידם למצוא את הדרך לקדם את רצונותיו - גם בדרך של כיפוף הדין לצורך זה. השילוב של יועצים משפטיים שהם עורכי דין מטעם לצד שופטים שממונים על ידי בעלי השררה מייצר חשש משמעותי לשימור שלטון החוק ולכיבוד כללי המנהל התקין, ועלול לפתוח פתח לשחיתות שלטונית חסרת מענה.

תפיסה זו של אי-כיבוד החוק והאופן בו הוא מסדיר ומגביל את המותר והאסור עשויה לזלוג גם למישור האזרחי. קיים חשש רב מכך שנראה יותר ויותר מקרים של אי-ציות אזרחי ותקודם תרבות שבה ציות לחוק הופך וולונטרי בלבד. יתרה מכך, מחקרים אמפיריים הראו כי במדינות דמוקרטיות שאינן כופות ציות באמצעים אלימים, ציות נקשר לכך שהפרטים בחברה תופסים את השלטון כניטרלי, הגון ואובייקטיבי.⁶⁶ תפיסות שלפיהן הייעוץ המשפטי מוטה והשירות הציבורי שינה עורו ממשרת הציבור ל"עושה דברו של השר", עשויות לפגוע אנושות גם באופן ובמידת הציות לשלטון.

צמצום היקף הביקורת השיפוטית

הסוג השני של השינויים שכלולים בהצעות הממשלה נוגעים להיקף הביקורת השיפוטית וזאת בשני היבטים: (1) היקף הביקורת השיפוטית על חקיקה והיכולת של הכנסת להתגבר על ביקורת שיפוטית באמצעות פסקת ההתגברות; (2) הגבלת השימוש בעילת הסבירות לביטול החלטות שלטוניות.

פסקת ההתגברות היא מנגנון הקיים בחוק-היסוד אשר נועד להסמיך את הכנסת להתגבר – בחוק רגיל – על פסק דין של בית המשפט העליון.⁶⁷ בשנים האחרונות היא עלתה מספר פעמים כחלק מפשרה פוליטית שתתלווה לחוק-יסוד החקיקה, שהוצע לחוקקו, ותכלול גם עיגון מפורש של הליך חקיקת חוקי-יסוד ועיגון הביקורת השיפוטית. עם זאת, כעת היא מוצעת ללא בלמים חוקתיים מולה. יתרה מכך, יש דרכים שונות לעצב את פסקת ההתגברות ובכך להקל או להקשות את השימוש בה. הגרסאות המרכזיות המצויות כיום על סדר היום הפוליטי מציעות גרסה רזה במיוחד, שתוכל "לחסן" מראש חקיקה, כלומר לקבוע שבית המשפט כלל לא יוכל לדון בשאלה האם היא סותרת חוק-יסוד; מסתפקות ברוב קואליציוני פשוט של 61 חברי כנסת; אינן דורשות מעורבות של האופוזיציה; ואף אינן תוחמות את משך הזמן של ההוראה

המתגברת. חקיקה זו מקנה למדינה "צ'ק פתוח" לפגיעה בזכויות, ומומחים מעריכים כי ייראה שימוש נרחב בה על ידי השלטון.⁶⁸

אשר לעילת הסבירות, כאן המצב מורכב יותר. עצמאות שיפוטית, לצד עצמאות הייעוץ המשפטי, הן מוסכמות יסוד; גם הצורך לקיים הידברות ולהגיע לפשרה פוליטית או ציבורית – הן אשר למינוי שופטים והן אשר לתגובה בחקיקה לפסיקות בית המשפט – מהווה יסוד ומסד בשיטה הפוליטית בישראל; אין כך באשר לסבירות.⁶⁹ עילת הסבירות היא אמנם עילה חשובה, המקנה לבית המשפט יכולת למנוע שרירות שלטונית ומונעת פגיעה שלטונית בפרט. עם זאת, עילת הסבירות מקנה לבתי המשפט אשר עוסקים בשאלות מנהליות וציבוריות שיקול דעת רחב, והפכה לאחת מהעילות המרכזיות במשפט הציבורי הישראלי. הפעלתה התכופה יוצרת פגיעה בוודאות המשפטית ועשויה גם להיתפס בידי הציבור כתלויה בעמדותיהם האישיות של השופטים והשופטות. בד בבד, לשיטתנו אין הצדקה להורות באופן חד-צדדי וגורף על הפסקת השימוש בה. שינויים חדים אינם רצויים ועשויים לפגוע בוודאות המשפטית גם הם. עם זאת ניתן להציע דרכים כיצד להגביל את השימוש בעילה זו ולהבטיח כי לא תשמש להחלפת שיקול דעת הממשלה בשיקול דעת השופטים.

אם נסכם, הצעדים המוצעים על ידי הממשלה צפויים לשנות באופן דרמטי את מערכת האיזונים והבלמים במדינה. בחינה של צעדים אלה מעלה חשש ממשי כי ההצעות אינן מיועדות לתקן את חוסר האיזון הקיים "לטובת" בית המשפט על מנת להגיע לשיווי המשקל הראוי, אלא הן מבקשות לבטל את עצמאות מערכת בתי המשפט וכן את היקף הסמכות השיפוטית על פעולות השלטון. המשמעות תהיה יצירת חוסר איזון לכיוון השני, של מתן כוח מוגזם לממשלה ולקואליציה השולטת בכנסת, תוך הסרת פיקוח וחסימים על הפעלת כוחם. אין מדובר בהחזרת נקודת שיווי המשקל למקום הראוי, כדי למנוע התערבות יתר של בית המשפט בהחלטות שלטוניות וחקיקה, אלא למעשה בהעברת כל כובד המשקל לידי הממשלה והרוב הקואליציוני בכנסת, תוך הסרת מנגנוני פיקוח ובקרה משפטיים ושיפוטניים.

מסקנה זו נובעת בפרט מהצטברות הצעדים המוצעים ומאופיים הגורף. גם אם כל צעד כשלעצמו יכול להיות לגיטימי בהקשר המתאים ומתוך התדיינות, שילוב הצעדים והחיפזון החקיקתי מעלים חששות רציניים של העברת סמכות כמעט גורפת לממשלה לפעול כראות עיניה, באופן שיאפשר פגיעה באזרחים, שרירות שלטונית ורמיסת כללי המשחק הדמוקרטי. יתרה מזאת, יש סימנים לכך שמדובר רק בחלק ממהלכים מתוכננים וכי קיימת גם כוונה להוסיף עוד צעדים שיסירו מגבלות נוספות על פעולתה של הממשלה.

במבט רחב יותר, המהלכים המתוכננים הם ביטוי לתופעה שהחלה כבר לפני שנים, ואשר צברה תאוצה, של שחיקה מהותית בתפיסה הציבורית את מהותה של הדמוקרטיה, את עקרונות הפרדת הרשויות ואת חשיבות שלטון חוק. גם בעבר נשמעה ביקורת על התערבותם של בית המשפט, יועצים משפטיים, גורמי אכיפת החוק ומבקרים בפעילות השלטונית. ההבדל הוא שהדיון עבר כיום מדיון לגיטימי על אודות תוכן הביקורת ועל היקף הביקורת – במלים אחרות,

היכן מציבים את הגבול – לדיון עקרוני, שעניינו האם כלל צריך גבולות. הדיון מתרכז סביב הסיסמה של הצורך במשילות, קרי לאפשר לממשלה למשול. למעשה, תחת כותרת זו ניכרת מגמה של שלילת הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית ושל שומרי הסף. מגמה זו חמורה ביותר במציאות הישראלית, שקיימים בה אך מעט מנגנוני פיקוח על הממשלה (כך למשל אין בית מחוקקים כפול, וטו נשיאותי או הכפפה לבית דין בינלאומי, הקיימים במדינות אחרות).⁷⁰

מעבר לכך, חשוב לציין כי ההצעות המועלות לשינויים הנוגעים למערכת המשפטית במדינה ולהחלשת גורמי הסף והבלמים על כוחה של הממשלה, אינם עומדים בפני עצמם, אלא מלווים בצעדים ובאמירות שמהם עולה כי הם חלק מתוכנית רחבה יותר שעלולה להוביל לשינוי במהותה של המדינה ובהמשך קיומה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

סיכום והמלצות

זכותה של הממשלה להציע רפורמות הנוגעות למערכת היחסים בין הרשויות ובהחלט יש תחומים בהם יש מקום לבחון מחדש את האיזונים הקיימים. כך למשל ניתן להצביע על הקמת מערך ביקורת על הפרקליטות, על יצירת תקנים נוספים לערכאות הדיוניות כדי להקל על העומס והתמשכות ההליכים המשפטיים, על העברת הסמכות להגיש כתבי האישום כנגד הממשלה וחבריה מידי היועצת המשפטית לממשלה לפרקליט המדינה או לוועדה בלתי-תלויה, על כינון חוק-יסוד: החקיקה תוך הסדרה וקיבוע של כללי המשחק החוקתיים ובפרט הסדרת השאלות כיצד מחוקקים חוקי-יסוד ובאילו תנאים תיערך הביקורת השיפוטית ועל צמצום השימוש בעילת הסבירות ביחס להחלטות ממשלה. עם זאת, רפורמות יש לבצע באופן שמתקן חוסר איזון, ככל שהוא קיים, מבלי לייצר חוסר איזון חדש.

מתן כוח בלתי מוגבל לממשלה ופגיעה בעצמאות בתי המשפט ובמקצועיותם יערערו את המשטר הדמוקרטי במדינה, ובכך ייפגע הביטחון הלאומי של המדינה. זאת הן במישור הפנימי והן בהיבט החיצוני. במישור הפנימי, בשל השפעות שליליות אפשריות על מהותה של המדינה, על תפקוד כוחות הביטחון כלפי פנים וכלפי חוץ, על כלכלת המדינה ויציבותה ועל תחושת הסולידריות והחוסן הלאומי. במישור החיצוני, בשל ההשפעות השליליות האפשריות על יחסי החוץ של המדינה, ובפרט מול ארצות הברית, בעלת בריתה החשובה, ועל מעמדה בזירה הבינלאומית וכן בשל החשש לאובדן יתרון חשוב, הגלום בקיומה של מערכת משפטית הנהנית מיוקרה בינלאומית ומעוצמה מול השלטון במדינה, המשמש את ישראל במערכה המשפטית והמדינית המתנהלת נגדה בזירה הבינלאומית.

מעבר לכך, יש להיזהר זהירות יתרה מהפרת האיזון העדין בין הרכיב היהודי-לאומי לרכיב הדמוקרטי-ליברלי במהותה של מדינת ישראל, כפי שעוגן במגילת העצמאות. שימור איזון זה הוא בסיס חיוני לשימור הסולידריות החברתית, שהיא מרכיב חיוני בחוסן הלאומי. מראשית קיומה של המדינה היא מתמודדת עם הצורך לאזן בין ערכים אלה, ובמסגרת זו התפתחו הסדרים אשר מבקשים לתת מענה לערכים משני הכיוונים. כך, יש היבטים דתיים הנכפים גם

על מי שאינו דתי, למשל בתחומי הנישואין והגירושין וההגבלות הקיימות ביום השבת במרחב הציבורי, והיבטים דמוקרטיים-ליברליים שאינם מקובלים על חלק ניכר מהציבור הדתי-אורתודוקסי, כגון זכויות לקהילת הלהט"ב. החשש הוא שהסרת הרסנים עלולה להוביל לערעור קיצוני באיזון תוך מתן משקל יתר לערכים הלאומיים-דתיים על חשבון הערכים הדמוקרטיים-ליברליים. תוצאה כזו תהווה סטייה מהעקרונות שהונחו במגילת העצמאות אשר יצרו נוסחה שהשכיחה לאחד בין ציבורים בעלי תפיסות עולם שונות, ולעיתים מנוגדות, לכדי עם אחד. מהלך כזה עלול להוביל במורד הדרך לשסעים בלתי ניתנים לאיחוי, לפירוקה של החברה הישראלית, לערעור החוסן הלאומי, ובסופו של דבר לגניזתו של החזון הציפוני.

יש לקוות ולהניח שמי שאוחז במושכות השלטון במדינה, המדינה וביטחונה יקרים לליבו. עדיין לא מאוחר לעבור למסלול של הידברות מקצועיות ומכבדת ולאמץ את הרפורמות הרצויות בדרך זהירה ואחראית המתייחסת ברצינות לשבריריות של המשטר הדמוקרטי.

¹ אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" **משפטים** מ 239, 246–248 (2018). ראו גם שמעון כהן "ח"כ שלמה קרעי לערוץ 7: 'להחליף את בג"ץ בבית משפט נבחר' ערוץ 7 (3.10.2021) <https://www.inn.co.il/news/527133>; ניסים סופר "הגישה הדמוקרטית – בחירת שופטים לבית המשפט העליון על ידי נבחר ציבור" **דיומא** (22.6.2022) <https://dyoma.co.il/law/1286>. אהרן גרבר "שלטון היועצים: כדי שהממשלה תממש את מדיניותה יש להסיר את חסם היועצים" **מעריב** (28.4.2015) <https://www.maariv.co.il/journalists/journalists/Article-472985>. עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** מד 87, 152–154 (2021). ראו גם גברילה פיסמן וארנון סופר "ביקורת שיפוטית" המכון הישראלי לדמוקרטיה (29.2.2000) <https://www.idi.org.il/articles/16342>; נדיב מרדכי ויניב רוזנאי "שעתו של בג"ץ כמגן הדמוקרטיה" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (23.3.2020) <https://www.idi.org.il/articles/3108>; דינה זילבר "אם לא נשמור על עצמאות בית המשפט, לא יהיה מי שישמור עלינו" **הארץ** (19.9.2022) <https://www.haaretz.co.il/opinions/2022-09-19/ty-article-opinion/.premium/00000183-514b-d6c6-afe7-f7eb588c0000>.

⁴ עמיר פוקס "לשמור על עצמאות השופטים" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (17.9.2015) <https://www.idi.org.il/articles/2923>; פנינה שרביט ברוך "היזמות לשינויים בפקודת השופטים על רשויות השלטון – צעד מוצדק או מיטוט הדמוקרטיה?" **מבט על** (16.5.2019) <https://www.inss.org.il/he/publication/the-proposed-changes-to-judicial-oversight-of-government-powers-justified-measures-or-an-erosion-of-democracy>. ⁵ אודי דקל ועומר עינב, תפיסת ביטחון לאומי מעודכנת לישראל, מזכר מיוחד, המכון למחקרי ביטחון לאומי (2017) https://www.inss.org.il/he/wp-content/uploads/sites/2/2017/03/memo_SpecialFeb2017.pdf.

⁶ Tom Gerald Daly, *Democratic Decay: Conceptualizing an Emerging Research Field*, 11 HAGUE JOURNAL ON THE RULE OF LAW 9, 17 (2019); ראו גם דרמר ושרנסקי, יתרון הדמוקרטיה: על כוחו של חופש לגבור על הרודנות והטרור (2005), עמ' 81: "...הבחירות לעולם אינן תחילתו של התהליך הדמוקרטי. רק כשיש מעמד איתן למוסדות היסוד המגנים על חברה חופשית - כמו עיתונות חופשית, שלטון החוק, בתי משפט עצמאיים, מפלגות פוליטיות - רק אז אפשר לערוך בחירות חופשיות".

⁷ Paul D. Shinkman, How Russian Corruption Is Foiling Putin's Army in Ukraine, U.S. News, (Aug. 31, 2022) <https://www.usnews.com/news/world-report/articles/2022-08-31/how-russian-corruption-is-foiling-putins-army-in-ukraine>.

⁸ איתמר אייכנר "מנכ"ל בנקים קראו לנתניהו לעצור: 'מזהים משיכה מפקדונות, אי אפשר להתעלם מהאזהרות'" **YNET** (27.1.2023) <https://www.ynet.co.il/news/article/rk11gkpwno#autoplay>.

⁹ הבולטים הם FreedomHouse, הוותיק ביותר, שפועל ומוודד נתונים החל משנת 1972; Polity V אשר בוחן את הסוגיה החל משנת 1997; וכן V-Dem שהחל לפעול רק בשנת 2014 אך רכש לו במהרה שם כמדד מבוסס. מדדים אלה נשענים על מתודולוגיות בחינה שונות האחד מהשני.

¹⁰ <https://freedomhouse.org/>

¹¹ Olaf Scholz, The Global Zeitenwende, How to Avoid a New Cold War in a Multipolar Era. Foreign Affairs (Jan. 2023) <https://www.foreignaffairs.com/germany/olaf-scholz-global-zeitenwende-how-avoid-new-cold-war>.

- ¹² Dan Izenberg, Universal jurisdiction victory in Spain but battle goes on, Jpost (19 Apr. 2010) <https://www.jpost.com/international/universal-jurisdiction-victory-in-spain-but-battle-goes-on>.
בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005).
- ¹⁴ Michael Starr, Dershowitz: High Court an 'Iron Dome' that protects IDF soldiers from ICC, Jpost (Jan. 12, 2023) <https://www.jpost.com/israel-news/article-728277>.
למדדים הבולטים ראו: MarketPlace, S&P Global ESG Scores, [https://www.marketplace.spglobal.com/en/datasets/s-p-global-esg-scores-\(171\)?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=DMS_Marketplace_Search_Google&utm_term=&utm_content=586436401424&bt=586436401424&bk=&bm=&bn=g&bg=133704002389&gclid=CjwKCAiAol6eBhA3EiwAXDom5tXisMiQZL2jUb-36lrcBXvbyZk2vSdDWNGeCqOaPQUFHWFZChtUxoC2OEQAvD_BwE](https://www.marketplace.spglobal.com/en/datasets/s-p-global-esg-scores-(171)?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=DMS_Marketplace_Search_Google&utm_term=&utm_content=586436401424&bt=586436401424&bk=&bm=&bn=g&bg=133704002389&gclid=CjwKCAiAol6eBhA3EiwAXDom5tXisMiQZL2jUb-36lrcBXvbyZk2vSdDWNGeCqOaPQUFHWFZChtUxoC2OEQAvD_BwE).
- ¹⁶ Chief Executive Leadership Institute, Over 1,000 Companies Have Curtailed Operations in Russia—But Some Remain, Yale (Jan. 24, 2023) <https://som.yale.edu/story/2022/over-1000-companies-have-curtailed-operations-russia-some-remain>.
- ¹⁷ Barry Friedman, *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*, 72 U. CIN. L. REV. 1257, 1279–1280 (2004).
בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005).
בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר (צו על תנאי מיום 5.1.2004, פורסם באר"ש).
²⁰ דברי הכנסת 13.1.2004, עמ' 94–16; וראו ניתוח המקרה בטל רוזנר "השופט ברק על מערכת היחסים עם הכנסת: הכלים נשברים" YNET (13.1.2004).
²¹ בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר (החלטה מיום 16.3.2004, פורסמה באר"ש).
²² בג"ץ 5833/08 עמותת נגישות ישראל נ' שר התחבורה ואח'.
²³ בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979).
²⁴ בג"ץ 1661/05 מועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).
²⁵ ראו, למשל, גלעד מורג, אלישע בן קימון, "המדינה לא נקבה במועד לפינוי חומש, אבל הבהירה: 'דין המאחז להיות מפונה'" YNET (29.5.2022) <https://www.ynet.co.il/news/article/ryu905npq>.
²⁶ בג"ץ 8887/06 אל נאבות ואח' נ' שר הביטחון (החלטה מיום 29.8.2012, פורסמה באר"ש) – לגבי המאחז מגרון.
²⁷ בג"ץ 7805/16 החברה להגנת הטבע נ' השר להגנת הסביבה (אר"ש 22.4.2018); בג"ץ 7189/17 החברה להגנת הטבע נ' הממונה על ענייני הנפט (אר"ש 3.7.2018).
²⁸ בג"ץ 4762/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (אר"ש 28.7.2020); בג"ץ 4819/20 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת (אר"ש 4.8.2020); בג"ץ 5261/20 בן מאיר נ' הכנסת (אר"ש 20.8.2020).
²⁹ בג"ץ 5322/21 כספי נ' ממשלת ישראל (נבו 14.9.2021); בג"ץ 4218/22 אמת ליעקב בע"מ נ' ועדת המחירים (נבו 30.6.2022); בג"ץ 5278/22 סלע בינוי והשקעות מקבוצת אמנון מסילות בע"מ נ' כנסת ישראל (22.1.2023).
³⁰ להרחבה על זכות העמידה ראו יניב רוזנאי ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל 194–201 (מחקר מדיניות 154, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2021).
³¹ בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (אר"ש 23.5.2021).
³² מאגר המידע פתוח וזמין לכל כאן: <http://iscdbstaging.wustl.edu>.
³³ קרן וינשל "Big Data" והחלטות בית המשפט העליון" ICON-S-IL Blog (23.1.2019) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2019/01/23/big-data-%D7%95%D7%94%D7%97%D7%9C%D7%98%D7%95%D7%AA-%D7%99%D7%AA-%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98-%D7%91%D7%99%D7%AA-%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98-%D7%94%D7%A2%D7%9C%D7%99%D7%95%D7%9F-%D7%A7%D7%A8%D7%9F-%D7%95%D7%99%D7%A0%D7%A9%D7%9C>.
- ³⁴ על הטענה כי האקטיביזם השיפוטי הוא במידה רבה מיתוס, שכן בית המשפט אינו ממחר להתערב בעניינים שונים, ראו בהרחבה זאב סגל וילך ליטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי: במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה (2008). ראו גם מחקר בולט, ישן יותר, המשקף מידת התערבות מצומצמת יחסית: גד ברזילי, אפרים יוכטמן-יער וזאב סגל בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית (1994).
³⁵ בג"ץ 5800/21 אמת ליעקב נ' שר האוצר (אר"ש 10.1.2022).
³⁶ בהקשר זה ראו את ההבדל בביקורת על בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נה(2) 255 (1998) שם בית המשפט לא אסר את תוכן ההסדר, אלא קבע כי יש לקבוע אותו בכנסת, כחלק מדיון ציבורי, פומבי ושקוף, לבין בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012), שם התערב בית המשפט בגופו של ההסדר וביטל אותו.
³⁷ להרחבה על האופן בו הכנסת הגיבה בחקיקה רגילה לפסיקה ראו בל יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט" משפט ועסקים כב 327 (2019).

- ³⁸פנינה שרביט ברוך, חוק הלוחמים הבלתי חוקיים – מרעיון למציאות, בספר מנחם פינקלשטיין – משפט, ביטחון וספר, עמ' 351-378 (2020).
- ³⁹לניתוח נרחב בנושא זה ראו: Mark Dawson, Bruno De Witte, and Elise Muir ed., 2013) JUDICIAL ACTIVISM AT THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE.
- ⁴⁰Bakoyanni v. Greece, App. No. 31012/19 (20.12.2022) <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-221836%22%22%7D>
- ⁴¹Elmazova v. North Macedonia, App. No.11811/20 (13.12.2022) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-221503%22%22%5D%7D>
- ⁴²A.D. v. Georgia, App. No. 5786/17 (1.12.2022) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-221237%22%22%7D>
- ⁴³Bakirdzi v. Hungary, App. No.49636/14 (10.11.2022) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-220672%22%22%7D>
- ⁴⁴גיא לוריא "כמה חוקים פוסלים בעולם?" המכון הישראלי לדמוקרטיה (22.4.2018) <https://www.idi.org.il/articles/23326>
- ⁴⁵נתונים מעודכנים ל-2022 מצויים בפרסום של גיא לוריא ויובל שני, תדירות פסילת הוראות חוק על ידי בית המשפט העליון המכון הישראלי לדמוקרטיה (8.11.2022) <https://www.idi.org.il/articles/29514> עולה מהם כי לא חל שינוי מהותי בנתונים ההשוואתיים. ביחס להשוואה לפסקת ההתגברות בקנדה, יש לציין כי קיימים הבדלים משמעותיים בנוגע להיקף הביקורת השיפוטית ולאופן הפעולה, ראו: Michael Starr, Israel copying Canada's override clause? 'Misleading' says Irwin Cotler, Jpost (Jan. 24, 2023) <https://www.jpost.com/israel-news/politics-and-diplomacy/article-729482>
- ⁴⁶כדוגמת בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969).
- ⁴⁷פסקת ההגבלה כוללת את הדרישות כי הפגיעה בזכות תהא בחוק, הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.
- ⁴⁸אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ועסקים יד 79, 102-98 (2012).
- ⁴⁹Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
- ⁵⁰R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland ([2019] UKSC 41).
- ⁵¹Ministry of Justice, Responding to Human Rights Judgments 30 (2020) (UK) https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/944858/responding-to-human-rights-judgments-2020-print.pdf
- ⁵²כך, המחקר מתאר כי מקרב 43 הצהרות אי-ההתאמה שהוצאו על-ידי בית המשפט עד שנת 2020, 9 נהפכו בפסיקה, ונקבע כי אין מדובר באי-התאמה בין הוראת החוק לבין הזכויות המוגנות; 5 תוקנו בחקיקה עוד לפני שניתן פסק הדין; 8 הצהרות נענו בצו נקודתי אשר נתן סעד לקבוצה הנפגעת; 15 תיקוני חקיקה נערכו בעקבות הצהרת אי-ההתאמה, בחקיקה ראשית או בתקנות; 4 עברו הליך מקיף של שקילה; 1 ממתין בערעור ו-1 זכה לשילוב של פתרונות. ראו שם, בעמ' 30.
- ⁵³באנגליה קיימת בחוק זכויות האדם (UK Human Rights Act, 1998) הן הסמכות לפרש חקיקה בהתאם לזכויות והן הסמכות להצהיר על-התאמה בין החוק שנבחן לבין הזכויות. ראו שם, בסעיפים 3 ו-4 לחוק.
- ⁵⁴Taylor v Attorney-General [2015] NZHC 1706.
- ⁵⁵אמיר אטינגר "המהפכה המשפטית של יריב לוין: פסקת התגברות וביטול עילת הסבירות" ישראל היום (4.1.2023) <https://www.israelhayom.co.il/news/politics/article/13538511>
- ⁵⁶US Constitution, art. V.
- ⁵⁷להרחבה אודות המודל האירופאי של ביקורת שיפוטית ראו ALEC STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE (2000).
- ⁵⁸The Supreme Court (Judicial Appointments) Regulations 2013, art. 20-21.
- ⁵⁹Tomasz Tadeusz Konieczny, *Constitutional Capture in Poland 2016 and Beyond: What is Next?* VERFASSUNGSBLOG (Dec 19, 2016).
- ⁶⁰Renata Uitz, *Can You Tell When an Illiberal Democracy is in the Making? An Appeal to Comparative Constitutional Scholarship from Hungary*, 13 INT'L J. CONST. L. 279, 284-290 (2015).
- ⁶¹Bojan Bugarić, *Central Europe's descent into autocracy: A constitutional analysis of authoritarian populism*, 17 INT'L J. CONST. L. 597 (2019).
- ⁶²ראו למשל ביחס לקהילת הלהט"ב בהונגריה: Eszter Zalan, Budapest ruling seen as normalising anti-LGBTI sentiment, EUobserver (3 Feb. 2022) מהונגריה כבר בשנת 2018: Sean Coughlan, University 'forced out' from Budapest, BBC (3 Dec. 2018); ואת הפגיעה הנמשכת בחופש העיתונות בפולין: Poland's proposed media rules threaten press freedom, The Economist (14 Aug 2021).
- ⁶³European Parliament, MEPs: Hungary can no longer be considered a full democracy (Sep. 15, 2022) <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220909IPR40137/meps-hungary-can-no-longer-be-considered-a-full-democracy>

⁶⁴ שחר ברדיצ'בסקי "לאחר ההפסד בבחירות: תומכיו של בולסונרו מצדיעים במועל יד ברחובות ברזיל" **מעריב** (3.11.2022) <https://www.maariv.co.il/news/world/Article-955865>; "מהומות בברזיל: תומכי בולסונרו פרצו לקונגרס ולארמון הנשיאות – ופנו לאחר כמה שעות" **כלכליסט** (9.1.2023) https://www.calcalist.co.il/world_news/article/bj116505i.

⁶⁵ ראוי, למשל, הצעותיו של רז נזרי: רז נזרי "הגיע זמן פשרה: עו"ד רז נזרי משרטט מתווה לרפורמה במערכת המשפט שבה כל הצדדים מוותרים" **גלובס** (20.1.2023) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001436016>.

⁶⁶ עבודתו של פרופ' טום טיילר היא נרחבת ביותר בתחום זה. ראו למשל: TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW 26 (1990); Tom R Tyler, *What is Procedural Justice? Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures*, 22 L. & Soc. REV. 301 (1988); Tom R. Tyler, *Governing Amid Diversity: The Effects of Fair Decision Making Procedures on the Legitimacy of Government*, 28 L. & Soc. REV. 809 (1994); Tom R. Tyler, *Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law*, 30 CRIME & JUST. 283 (2003).

⁶⁷ כבר כיום קיימת פסקת התגברות בסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, אם כי לא נעשה בה כמעט שימוש כיוון שכמעט ולא נערכת ביקורת שיפוטית על-בסיס חוק-יסוד זה. השימוש היחיד שנעשה בה הוא בחוק בשר ומוצריו, התשנ"ד-1994.

⁶⁸ ראו למשל אצל פרופ' ווייל: "חוששני שאם נאמץ פסקת התגברות מפורשת, הכנסת תרבה לעשות בה שימוש." רבקה ווייל "על נרטיב וחוקה: איך מפרקים את 'המוקש' של פסקת ההתגברות?" **ICON-S-IL Blog** (10.5.2021).

⁶⁹ לביקורת בולטת על עילת הסבירות ראו יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" **משפטים** נא 673 (2020).

⁷⁰ עמיחי כהן ויניב רוזנאי "מדוע הדמוקרטיה החוקתית בישראל חשופה במיוחד להשפעות התנועה הפופוליסטית?" **ICON-S-IL Blog** (31.10.2021).