

מאקטיביזם שיפוטי למהפכה

אקטיביזם שיפוטי הוא שם כולל לתופעות שיפוטיות רבות, שחלקן הכרחיות ואף מובנות בחקיקה. סקירה שיטתית של תופעה זו על איזוניה השונים מלמדת עד כמה מה שנעשה בישראל בשנים האחרונות הוא רדיקלי

אקטיביזם שיפוטי הוא מושג קשה להגדרה, אך התופעה עצמה קלה לזיהוי. השופט אהרן ברק הגדיר שופט אקטיבי כשופט המשנה את הדין הקיים.¹ הגדרה זו היא ניטרלית מבחינה ערכית: היא כוללת במושג האקטיביזם פסיקה המשנה את הדין (כלומר, חקיקה שיפוטית) בכיוון הליברלי, כשם שהיא כוללת בו פסיקה המשנה את הדין בכיוון השמרני. ניתן לקבל גישה זו; אולם אין פירוש הדבר שלא ניתן לתאר את המגמה של החקיקה השיפוטית או שלא ניתן לתאר את האקטיביזם מבחינת עוצמתו. אפשר גם להתייחס להיקף התופעה מבחינה כמותית, כלומר ריבוי המקרים שבהם משנה בית המשפט הלכות בתוך פרק זמן נתון, וכן לחשיבות הכללים שאותם הוא משנה. יש הבדל דרמטי בין שינוי הדין בעניין משני לבין שינוי של עקרון יסוד שהיה בבחינת מושכלות ראשונים. וברור שכלל שהיקף השינויים באמצעות הפסיקה גדול יותר, וככל שהוא מתייחס לעקרונות חשובים ויסודיים יותר, כך ניתן לומר שהוא בעל עוצמה חריפה יותר.

ברשימה זו אכנה חקיקה שיפוטית, שתוצאתה הרחבת תחומי פעילותו של בית המשפט והעצמת כוחו מול הרשויות האחרות – **אקטיביזם מרחיב**.² נכון שאפשר לגרוס שאקטיביזם שיפוטי קיים גם במקרה ההפוך, היינו כאשר בית המשפט משנה את הדין בכיוון של צמצום סמכותו או צמצום התחומים שבהם יעסוק. תופעה זו, שאותה אכנה **אקטיביזם מרסן**, היא לדעתי נדירה באופן יחסי, בוודאי בישראל, אף שהיא קיימת.

פרופ' דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר ואיש הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, הוא יו"ר הוועדה המייעצת של הפרוים הישראלי למשפט וחירות.

במסגרת הגדרות אלה ניתן להתייחס גם למצבים של הרחבת זכויות והרחבת אחריות, ולעומתם מצבים של צמצום אחריות וצמצום זכויות. כך, למשל, בעבר הייתה עוולת הרשלנות מוגבלת למקרים שבהם נגרם לתובע נזק פיזי. דין זה השתנה אצלנו בעקבות פסק הדין וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית בע"מ, שבו בית המשפט העליון פסק, בין היתר בהסתמך על פסיקה אמריקנית, שניתן במקרה המתאים להטיל אחריות לנזק פיננסי שנגרם עקב מצג שווא רשלני.³ הייתה זו פסיקה אקטיביסטית, ששינתה את הדין הקודם. אולם פסק הדין לא הרחיב את סמכויות בית המשפט; דיון בעוולת הרשלנות היה מאז ומתמיד בגדר סמכותו. תוצאת פסק הדין הייתה הרחבת האחריות במסגרת עוולה קיימת, לא הרחבת סמכות בית המשפט. לעומת זאת, כאשר בית המשפט פוסק שהוא יכול לדון בעניין שלא היה שפיט בעבר או שלא היה כלל בגדר סמכותו, הרי זו פסיקה המרחיבה את סמכותו. ההבדל בין השניים הוא אולי דק, ובכל זאת נראה שניתן לכלול בגדר אקטיביזם מרחיב גם שינוי דין הגורר הרחבת אחריות, אף אם איננו כרוך בהרחבת סמכות בית המשפט. דוגמאות נוספות לכך יובאו בהמשך.

לאקטיביזם המרחיב ולאקטיביזם המצמצם אבקש לצרף את מושג האקטיביזם הרדיקלי, המהווה סוג מיוחד של אקטיביזם (כרגיל אקטיביזם מרחיב), המשתקף בכך שבית המשפט נוהג כמחוקק ממש, מבלי שהוא מחיל על עצמו את המגבלות המקובלות על חקיקה שיפוטית. דוגמה לכך יכולה לשמש פסיקה הנאבקות בחקיקה של בית הנבחרים, ואיננה מוכנה להשלים עם עליונותו של בית המחוקקים או אף עם עליונות החוקה.

בישראל היווה האקטיביזם השיפוטי בישראל מרכיב מרכזי במהפכה המשפטית שהחלה בתחילת שנות ה-80 של המאה הקודמת. מהפכה זו, ששברה את המסורת שקדמה לה, התאפיינה בשתי תופעות בולטות. האחת, בעוצמתה: הייתה זו חקיקה שיפוטית, המושתתת על אקטיביזם מרחיב, שהביאה תוך זמן קצר לשינויים חסרי תקדים בהיקפם ובתוכנם של הכללים והעקרונות המשפטיים שנהגו בעבר, ובהם עקרונות יסוד, שנחשבו מושכלות ראשונים בתחומים רחבים של המשפט,⁴ ובעיקר במשפט הציבורי. השינויים כללו את ביטול זכות העמידה לצורך עתירה לבג"ץ, ואת מתן הסמכות לבית המשפט לפקח על החלטותיה של כל רשות שלטונית (כולל הכנסת) מטעמי חוסר סבירות.⁵ השינוי השני נוגע ליחס למחוקק ולחקיקה של הכנסת, והוא מספק דוגמאות לא מעטות לאקטיביזם רדיקלי. יחס הכבוד וההכרה בעליונות חקיקה זו, שנהג בעבר, התחלף בתקופת המהפכה ביחס מכבד פחות, פעמים על גבול הזלזול, ולא פעם נראה שבתי המשפט רואים את הערכים והעקרונות שנקבעו בפסיקה כעדיפים על אלה שבאו לביטוי בחקיקה. כפועל יוצא העניק בית המשפט לעצמו סמכות לבטל את חוקי הכנסת, סמכות שהלכה והתרחבה.

התוצאה הכוללת של האקטיביזם הזה היא מהפכה משפטית ששינתה את יחסי הכוחות בין הרשויות והובילה את בית המשפט מהתפקיד של הגנה על זכויות אדם



לכדי רשות שהפכה עצמה שותפה לניהול ענייני המדינה. אך בטרם אתייחס לנושא זה ביתר פירוט, אני מבקש להקדים הערה כללית בעניין חקיקה שיפוטית.

מפרשן למחוקק: ציר האקטיביזם

כידוע תיאוריית הפרדת הרשויות, כפי שנראתה בעיני מונטסקייה, גרסה שתפקיד השופט הוא אך ורק לגלות מהו החוק, כפי שנקבע על ידי המחוקק, וליישם אותו על המקרה שבפניו. השופט הוא "הפה המשמיע את דבר החוק" (Les juges de la nation ne sont... que la bouche qui prononce les paroles de la loi).⁶ כיום ברור שלא ניתן לקבל דעה זו. החוק איננו יכול להתייחס מראש לכל המקרים העלולים להתעורר. תפקיד השופט הוא לא רק ליישם את החוק אלא גם לפרשו ולהתאימו למקרה הקונקרטי שבו נתקל.

בפרשנות החוק, שהיא בגדר תפקידו של השופט, יש יסוד של חקיקה. במאמר מפורסם⁷ הציב פרופ' הל"א הארט (H.L.A. Hart) את הדוגמה הבאה: נניח שקיים כלל משפטי האוסר הכנסת כלי רכב (vehicle) לפארק ציבורי. ברור שהאיסור חל על הכנסת מכוניות לפארק. אך מה בדבר אופניים, גלגיליות (roller skates), מכוניות צעצוע או אפילו מטוסים? לעניין זה הבחין הארט בין הגרעין (core), המובן המוסכם והברור של המונח, לבין האזור האפלולי (penumbra), שעדיף אולי לכנותו אזור השוליים, שבו נכללים מצבים שיש להם דמיון חלקי בלבד לאלה הנמצאים בגרעין הברור. אנחנו נתקלנו בבעיות מסוג זה, למשל, בהקשר למונחים "תאונת דרכים" ו"רכב מזוועי" שבחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975. הפעם החוק עצמו מגדיר מושגים אלה, אך הגדרת החוק, ככל שהיא מסייעת, אין בכוחה לחול, כדבר המובן מאליו, על כל המצבים – וההחלטה במקרי השוליים או אלה הנמצאים באזור האפלולי תיחתך על ידי בית המשפט, שהוא המוסמך לפרש את החוק.

לא ברור אם יש לתאר הבהרה כזאת של הדין כאקטיביסטית (מדובר כאמור בהבהרה, להבדיל ממצב שבו היה הדין הקודם ברור וכעת שונה על ידי הפסיקה), אבל אפשר אולי לנסות למקם פסיקה כזו על ציר אקטיביזם שיפוטי – ריסון שיפוטי, באופן שייאמר שככל שהפסיקה מרחיבה בפרשנותה את תחולת החוק, על ידי כך שהיא כוללת במסגרתו יותר מצבים מאלה הנמצאים באזור האפלולי, וככל שמצבים אלה רחוקים מהגרעין של החוק – כך הפרשנות היא יותר אקטיביסטית. מכל מקום אם לאחר שהתגבשה פרשנות מסוימת לחוק בוחר בית המשפט לבחון את הנושא מחדש ולשנות את פסיקתו הקודמת, ניתן לגרוס ששינויים כאלה הם בגדר אקטיביזם שיפוטי.

דוגמה נוספת השייכת לקטגוריה זו יוכל לשמש פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים,⁸ שבו התעוררה השאלה אם יש לרשום את ילדיו של בנימין שליט, שנולדו לו מאשתו שהייתה לא-יהודייה, כבני הלאום היהודי. הנושא

עורר בשעתו סערה גדולה שכן השאלה "מיהו יהודי" הייתה כרוכה במאבק אידאולוגי חריף בחברה הישראלית. אולם באופן טכני הייתה זו שאלה של פרשנות שעלתה במסגרת הנושא של רישום לפי חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965. בית המשפט פסק ברוב של חמישה נגד ארבעה שיש לקבל את העתירה ולרשום את הילדים כבני הלאום היהודי אף שאינם יהודים לפי ההלכה (שכן אימם אינה יהודית). האם זה פסק דין אקטיביסטי? במובן אחד ניתן להשיב על כך בשלילה. הייתה זו שאלה של פרשנות חוק מרשם האוכלוסין, תפקידו של בית המשפט לפרש את החוק, ובמקרה הזה לא הייתה פסיקה קודמת או הוראת חוק שקבעה שהמונח "יהודי" יפורש לפי ההלכה. זו הייתה אפוא שאלה פתוחה שהציבה בפני בית המשפט בחירה בין כמה אפשרויות פרשניות, והוא בחר באחת מהן, שהייתה בהחלט סבירה ואפשרית. מה שבית המשפט עשה הוא הבהרת הדין והפיקתו ממצב שאיננו ברור למצב ברור. מבחינה זו יש בכך היבט חקיקתי; אולם חקיקה כזו מתחייבת מתפקידו של בית המשפט כפרשן של החוק. הנושא כולו מקבל צביון שונה כאשר הפירוש לא רק שאיננו מתחייב מהאמור בחוק, אלא הוא ממש מנוגד לאמור בו ולכוונת המחוקק. פירוש כזה, שאיננו ראוי, הוא כאמור בגדר אקטיביזם רדיקלי.

יש והפרשנות נדרשת לחרוג ממסגרת זו של הבהרת הדין. השופט זוסמן ציין בשעתו כי "פעמים יש והמחוקק מניח בידועין את קביעת הדין בידי השופט ומסמיך אותו לחקיקה". את האפשרות הזאת המחיש באמצעות ההוראה שבסעיף 37 לחוק הגנת הדייר.⁹ ההוראה מצויה כיום בסעיף 132(א) לנוסח המשולב של אותו חוק, ובניסוחה הנוכחי נאמר: "על אף קיומה של עילת פינוי רשאי בית המשפט לסרב לתת פסק דין של פינוי אם שוכנע שבנסיבות העניין לא יהיה זה צודק לתת". כיום ניתן למצוא בחקיקה הישראלית דוגמאות רבות נוספות למקרים שבהם קובע המחוקק כלל, אך במקביל מסמיך את בית המשפט שלא ליישם את הכלל (או ליישם אותו באופן חלקי בלבד), משיקולי צדק.¹⁰ אפשר שיישום חד-פעמי של סמכות כזו, בוודאי על ידי ערכאה שפסיקתה איננה מהווה תקדים מחייב, איננו בגדר חקיקה שיפוטית, אך בכל מקרה שבו נעשה הדבר, ברור שהשופט מפעיל ערכים שלא נקבעו על ידי המחוקק, ואשר לגביהם ניתן לו חופש פעולה, שהוא, במילים אחרות, חופש לנהוג כמחוקק הקובע את הדין, לפחות לגבי המקרה שבפניו.¹¹ למעשה, גם כשהשופט נמנע מלהפעיל את שיקול הדעת שנמסר לו והוא מחיל את הכלל החוקי כמו שהוא, הרי הוא מפעיל שיקול דעת שיפוטי.

ברור שלא ניתן לומר על בית משפט שעצם העובדה שהוא מפעיל שיקול דעת כזה, שניתן לו בחקיקה, מצביעה על כך שהוא אקטיביסטי, אף על פי שהפעלת שיקול הדעת גוררת בהכרח שינוי הדין, בוודאי ביחס למקרה הספציפי. יתר על כן, אם בית המשפט קובע הלכה כללית באשר לאופן הפעלת שיקול הדעת, עשוי הדבר להוות חקיקה שיפוטית בעלת השלכות כלליות לעתיד. אולם, כאמור, העובדה כשלעצמה

שבית המשפט נוהג כך איננה מצביעה על אקטיביזם שיפוטי, שכן בית המשפט רק ממלא בכך אחר הוראת המחוקק.

אולם ייתכן שניתן לאפיין את השימוש בשיקול דעת כזה לאורך הציר אקטיביזם – ריסון שיפוטי, ולומר כי שימוש נרחב בשיקול הדעת, הגורם לצמצום תחולתו של הכלל החוקי, מצביע על נטייה אקטיביסטית (שאותה ניתן לכנות אקטיביזם ביישום), שכן הוא מלמד על נטייה של השופט לשלוט בחוק ולקבוע את תחומו; ואילו נטייה הפוכה, להימנע משימוש בשיקול הדעת שהעניק המחוקק לבית המשפט, או לעשות בו שימוש מצומצם ולהחיל את הכלל המשפטי כמו שהוא, מצביעה על ריסון שיפוטי, שניתן אולי לכנותו כנטייה שמרנית (בדוגמת הדייר, החלטה על פינוי מכוח עילת הפינוי והימנעות מתן סעד מן הצדק). אבל עניין זה תלוי בנסיבות, ובאופיו של הכלל החקיקתי, שאותו סייג המחוקק באמצעות שיקול הדעת שהעניק לשופט.

שאלות של חקיקה שיפוטית מתעוררות גם לגבי מושגים כלליים ומעורפלים (שיש המכנים אותם "מושגי מסגרת" או "מושגי סתום") שהמחוקק משתמש בהם, דוגמת תום לב. חוק החוזים (חלק כללי) קובע כי "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב" (סעיף 12 לחוק), וכמו כן נקבע כי "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה" (סעיף 39 לחוק). מושגים אלה מעצם מהותם מעניקים לבית המשפט שיקול דעת רחב בהפעלתם, ובמשך הזמן – בקביעת כללים באשר לדרך שבה ייעשה הדבר.

דרישת תום הלב, שהפכה לדרישה כללית בשיטתנו, עשויה להרחיב את אחריותו של אדם בהשוואה למצב שהיה קיים אלמלא דרישה זו (למשל, לחייב אותו בתשלום פיצויים על מעשה שעשה במהלך משא ומתן, ואשר בית המשפט קבע שהוא מהווה הפרה של חובת תום הלב). ובמקרים אחרים היא עשויה להביא לשלילת זכות, העומדת לכאורה ולפי לשון החוק לזכותו, אם לדעת בית המשפט הוא מבקש לעשות בה שימוש שלא בתום לב. ושוב, התוצאה של יציקת תוכן למושג הרחב והמעורפל של תום לב היא שבית המשפט מחוקק לעצמו את הדין שאותו הוא מחיל על העניין שבפניו.¹²

גם במקרה זה ניתן לבחון את פיתוח הדין הנוגע למושגי מסגרת כאלה על הציר אקטיביזם – ריסון שיפוטי, ואפשר לגרוס שככל שהשימוש במושג תום הלב הוא רחב ומקיף יותר, כך השימוש בו נוטה לצד האקטיביזם.

מובן גם שלאחר שהתגבשו הכללים הנוגעים להפעלת מושג מסגרת דוגמת תום לב, וכעבור זמן משנה אותם בית המשפט באמצעות פסיקתו, ניתן לראות בשינוי כזה מהלך אקטיביסטי. ושוב מהלך כזה יכול להיות בגדר אקטיביזם המרחיב את תחום שיקול הדעת של בית המשפט ואפשרויותיו "להתגבר" על ההוראה החוקית או שהוא יכול להיות בכיוון המצמצם את מידת השימוש במושג המסגרת של תום לב.

החקיקה השיפוטית היא אפוא בעלת תחולה רחבה מאוד, וראוי להציג שאלה בדבר מגבלותיה. בכך חוזרים אנו לנקודת המוצא. ביסודו של דבר מסור תפקיד החקיקה במדינה דמוקרטית, בעידן המודרני, לבית המחוקקים שנבחר על ידי הציבור ועומד כל פעם לבחירה מחדש. חקיקה שיפוטית "פולשת" לתחום המוקצה לגוף אחר שהוסמך לכך. חקיקה שיפוטית מחייבת אפוא זהירות, ענווה והימנעות ככל האפשר מגלישה לתחום החורג מתפקידי שפיטה. נקודה חשובה נוספת היא שחקיקה שיפוטית נעשית ללא דיון ציבורי, ללא ייצוג של כלל הגופים והאינטרסים שעליהם היא עשויה להשפיע, ובמקרים רבים מבלי שהשופטים ערים לכל השלכותיה. שיקולים אלה גרמו לקביעת כללי ריסון והגבלת תחולה של חקיקה זו, ובראשם העיקרון שלפיו ההלכה המחייבת בפסק דין מוגבלת לבסיס ההכרעה (ratio decidendi) להבדיל מאמרות אגב (obiter dictum). כך, למשל, נניח שנדונה בפני שופט עסקה שבה ערכו הצדדים מסמך וחתמו עליו. השופט קובע שהמסמך עומד בדרישת החוק, ומוסיף כי אילו לא היה המסמך חתום, הוא לא היה עומד בדרישות או אף שהוא אומר את ההפך, היינו שגם אם לא היה המסמך חתום, היה עומד בדרישות החוק. בשני המקרים התוספת הזו לא הייתה דרושה לצורך ההכרעה במשפט, ועל כן היא רק אמרת-אגב, "אוביטר", שאינו מחייב.¹³

במשפט האנגלי מילאה החקיקה השיפוטית תפקיד מרכזי בהתהוות המשפט שזכה לכינוי "המשפט המקובל" (common law), אבל הדבר נעשה בהתאם למסורת הבריטית, בדרך איטית, זהירה והדרגתית שתוארה לא פעם כ"גילוי הדין" (להבדיל מיצירת הדין) על ידי השופט. כמו כן הייתה ההלכה שנקבעה מצומצמת למה שמכונה "טעם ההלכה" (ratio decidendi) ולא התיימרה לקבוע עקרונות כלליים המשתרעים על תחום רחב. לאחר קום המדינה המשיך בית המשפט העליון בישראל במסורת זו, שנקלטה בארץ בזמן המנדט הבריטי, לאורך למעלה מ-30 שנה. גם אם ניתן לתאר התפתחות זו כאקטיביסטית, היא לא חרגה ממה שמקובל במדינות שקלטו את שיטת המשפט האנגלית.

כוונת המחוקק

בעיית מושגי המסגרת מחריפה כאשר אנו עוברים מתחום המשפט הפרטי לתחום המשפט הציבורי. דוגמה לכך, שאליה אתייחס ביתר פירוט בהמשך, היא ההוראה בדבר הזכות להליך הוגן שבתיקון ה-14 לחוקת ארה"ב. הוראה כללית זו שימשה לבית המשפט אמצעי להכרה בזכות חוקתית לחופש החוזה (הכרה שבוטלה לאחר מכן) וכן להכרה בזכות לשימוש באמצעי מניעה ובזכות האישה על גופה. שימוש נרחב כזה במונחים כלליים נחשב מטבע הדברים אקטיביסטי, וגרר בארה"ב ויכוח מתמשך בין חסידי האקטיביזם השיפוטי לבין מתנגדיו. אחד הטענות המרכזיים של מתנגדי האקטיביזם מושתת על רעיון "הכוונה המקורית" (original intent), שלפיו

בפרשנות החוקה יש לנסות לברר מה הייתה הכוונה המקורית של מנסחי החוקה כאשר השתמשו במונח שאותו מבקשים כיום לפרש. גישה קרובה, המקובלת כיום, מדברת לא על כוונת מנסחי החוקה אלא על המשמעות המקובלת בציבור של הדברים הנאמרים בחוקה, בימים שבהם נכתבו דברים אלה. טיעון זה, על פי חסידי, מושגת על שלטון החוק, שלפיו תפקידו של השופט ליישם את כוונת המחוקק ולא להפוך למחוקק עצמאי מכוח עצמו. הטיעון הנגדי הוא שהכוונה המקורית הייתה לאפשר התפתחות המשפט בהתאם לשינויים החברתיים והתרבותיים (אולם אפילו כך הדבר, יש לתהות אם הכוונה הייתה שהתאמת המשפט תיעשה על ידי בית המשפט באמצעות פסיקה חוקתית, שתוקפה עולה על התוקף של חקיקה הנעשית בבית המחוקקים). טיעון נגדי נוסף, ואף חריף יותר, הוא שהכוונה המקורית איננה חשובה כלל, וכי יש לפסוק על פי המטרה האובייקטיבית של החוק, שאותה קובע השופט, על בסיס גישה נאורה או כזאת התואמת את ערכיה הראויים של החברה.¹⁴

דיון זה מוביל אותנו לסוגיה המתעוררת אצלנו בהקשר למונחים "פתוחים" המצויים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהבולט בהם הוא "כבוד האדם" עצמו. מונח זה מופיע הן בכותרת החוק, הן בסעיף 2 שבו המורה כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". מה כולל מושג זה? אהרן ברק חיבר ספר מרשים, בן שני כרכים, המוקדש כולו ל"כבוד האדם – הזכות החוקתית ובוותיה". הוא כולל ב"כבוד האדם" שורה ארוכה של זכויות ובהן זכות לקיום אנושי בכבוד, זכות לשם טוב, זכות לחיי משפחה, זכות לשוויון, זכות לחופש המצפון והדת, זכות לחינוך, זכות לעבודה, זכות להליך הוגן ועוד. השאלה המתעוררת מקבילה במידה רבה לזו שהתעוררה בדיון האמריקני, אף שאצלנו פער הזמנים בין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין ימינו אלה מצומצם בהרבה מפער הזמנים הקיים בין החוקה האמריקנית מיום שנחקקה ועד לימינו שבהם עולה הסוגייה בבית המשפט.

גישה אקטיביסטית תראה במונחים רחבים כאלה, שאין להם שיעור או מגבלה, "כרטיס פתוח" (carte blanche) לחקיקה שיפוטית. גישה הגורסת ריסון שיפוטי תבחן, למשל, את הזכויות הללו לאור העובדה שהמחוקק נמנע ובמקרים אחדים בכוונה ברורה מלכלול אותן במפורש בחוק (הדבר ברור ביחס לזכות לשוויון וכן ביחס לזכות לחיי משפחה) וכן תשקול מהם הנושאים שראוי להשאיר למחוקק – במקום לקבוע עולם ומלואו באמצעות פסיקה – או לפחות תכיר בכך שהמחוקק חופשי גם בנושאים אלה להתגבר על פרשנותו של בית המשפט.

אקטיביזם מרחיב ואקטיביזם מרסן

בפתח הדברים אציין שההבחנה בין אקטיביזם מרחיב לאקטיביזם מרסן איננה כרוכה בהבחנה בין אקטיביזם המקדם ערכים שמרניים לבין אקטיביזם המקדם ערכים ליברליים. היא מדגישה את ההבחנה בין אקטיביזם הפועל להעצמת כוחו של בית

המשפט, בהשוואה לרשויות אחרות, ולהרחבת תחומי פעילותו, לבין אקטיביזם הפועל בכיוון ההפוך, שהוא אגב נדיר באופן יחסי בשיטתנו.

אמחיש את הדברים באמצעות מספר דוגמאות. בפסק הדין הידוע כ'לונר נגד מדינת ניו יורק' (Lochner v. New York)¹⁵ פסק בין המשפט העליון בארה"ב, ברוב דעות, שחקיקה סוציאלית של מדינת ניו-יורק, שהגבילה את שעות העבודה של עובדי מאפיות ל-10 שעות עבודה ביום או 60 שעות בשבוע, מנוגדת לעקרון חופש החוזים המוגן בתיקון ה-14 של החוקה האמריקנית, ולפיכך היא בטלה. התיקון ה-14 קבע, בין השאר, ששום מדינה "לא תשלול מאף אדם את החיים, החופש או הקניין ללא הליך משפטי נאות (due process of law)". התיקון איננו מדבר מפורשות על חופש החוזים, אך הוא פורש על ידי הרוב ככולל בחובו את המושג הזה. זהו אפוא פסק דין אקטיביסטי הן לפי הגדרתו של השופט ברק הן לגישתי, שכן הוא משנה את הדין הקיים ומרחיב את כוחו של בית המשפט וסמכותו לפסול חקיקה מדינתית. במקרה הנוכחי פעל האקטיביזם לכיוון הקפיטליסטי, התומך בגישה של חופש החוזים כמובנו הקיצוני, מה שכונה לסה-פר (laissez faire). גישה זו קרובה למה שמכונה "גישה שמרנית", אף שאין זהות בינה לבין הגישה הדוגלת בצמצום ההתערבות של המדינה במשק, רעיון העומד במרכזו של פסק דין לונר.

פסק דין זה הטביע את חותמו על תקופה שלמה שזכתה לכינוי "עידן לונר". עידן זה הגיע לקיצו עם מתן פסק הדין "ווסט קוסט הוטל נגד פאריש" (West Coast Hotel Co. v. Parrish)¹⁶, שבו הכיר בית המשפט בתוקפו של חוק של מחוז וושינגטון, שקבע שכר מינימום לנשים. מאז נקט בית המשפט העליון האמריקני גישה מרוסנת הרבה יותר בנושאים כלכליים וסוציאליים.

לפי הגדרתו של ברק גם פסק דין לונר וגם פסק דין ווסט קואסט הוטל הם אקטיביסטיים, משום ששניהם שינו את המצב המשפטי שהיה קיים קודם שניתנו. לגישתי לונר משקף גישה אקטיביסטית מרחיבה ואילו ווסט קואסט הוטל מבטא אקטיביזם מרסן, בכך שהוא מצמצם את כוח ההתערבות של בית המשפט בחקיקה.

בהמשך הדרך פיתח בית המשפט העליון בארה"ב, תוך הסתמכות על הזכות להליך משפטי נאות (due process of law) שבתיקון ה-14 לחוקה האמריקנית, את הזכות לפרטיות. היה זה מהלך אקטיביסטי מובהק, שכן אין בתיקון ה-14 שום אזכור של זכות לפרטיות, ובית המשפט אף לא טען כי מדובר ב"הרחבה" של הזכות לחירות, אלא טען כי הזכות ל"הליך נאות מהותי" טומן בתוכו גם זכות לפרטיות. במסגרת זו הכיר בית המשפט בזכות לשימוש באמצעי מניעה¹⁷ ובזכות האישה על גופה שגררה הכרה בזכותה לבצע הפלה, לפחות בשלבים הראשונים של ההיריון.¹⁸ פסקי דין אלה גררו לא מעט מחלוקות, שהדיון בהן חורג מענייננו. די לציין שהם זכו, בצד הביקורת, לתמיכה לא מעטה. זאת בניגוד לעניין לונר, שדעת הרוב שבו נחשפה לגינוי כללי.¹⁹

בולט הדבר שהביקורת על לוכנר מצד אחד, והתמיכה בפסיקה בסוגיית הפרטיות והנגזרות ממנה מנגד, ממחישות את האופי החקיקתי-פוליטי של ההחלטות הללו המבוססות על אותו מונח כללי שבחוקה ("הליך משפטי נאות"). הפסיקה בנושא נדחתה או נתמכה בהתאם להתאמתה לאג'נדה ליברלית, כלומר לא על בסיס טיעון משפטי משכנע אלא על בסיס אידאולוגי בדבר ההסדר הראוי, עניין המצביע על כך שמדובר בחקיקה על בסיס ערכים שבית המשפט מאמין בהם.

ראוי גם להצביע על כך שפסיקה זו מהווה אקטיביזם מרחיב לא רק במובן זה שהיא משנה את הדין ויוצרת זכויות חדשות, שלא הוכרו בעבר, אלא גם בכך שהיא מבליטה את כוח החקיקה של בית המשפט, ומבססת את כוחו ליצור מערכת דינים חדשה, העולה בכוחה על מערכת הדינים שמקורה בבית המחוקקים. זאת משום שחקיקה שיפוטית זו מושתתת על פירוש החוקה, ובתור שכזו היא מהווה יצירה חוקתית שהמחוקק איננו יכול "להתגבר" עליה באמצעות חקיקה רגילה. ניתן אומנם להתגבר על חקיקה שיפוטית כזו באמצעות תיקון החוקה, אולם בארה"ב זהו הליך קשה ומסובך. מבחינה מעשית, הדרך לתיקון חקיקה כזו או לשינויה היא באמצעות פסיקה של בית המשפט העליון עצמו, שאיננו קשור על ידי תקדימו. אולם לשם כך נדרשת נכונות של בית המשפט לעשות זאת, נכונות שבמישור הפוליטי מנסים להשיגה על ידי מינוי שופטים בעלי השקפת עולם שתגרום להם לשנות את הדין בהליך של "אקטיביזם מרסן".

מכאן לבחינת דוגמאות אחדות מהפסיקה הישראלית. בעניין ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית,²⁰ שנפסק בשנת 1965, החליטה ועדת הבחירות לכנסת השישית שלא לאשר את "רשימת הסוציאליסטים", שרוב חבריה השתייכו לקבוצת "אל-ארד", בנימוק שהרשימה היא בלתי-חוקית שכן יוזמיה שוללים את שלמותה של מדינת ישראל ואת עצם קיומה. באותם ימים לא הייתה הוראה בחוק המסמיכה את ועדת הבחירות או את בית המשפט לשלול מאזרחים ישראלים את הזכות להתמודד לבחירות לכנסת. השאלה הייתה האם בית המשפט יכול באמצעות חקיקה שיפוטית ליצור סמכות כזו כאשר הדבר דרוש לצורך הגנה על המדינה או על המשטר הדמוקרטי שבה. השופט חיים כהן, בדעת מיעוט, השיב על כך בשלילה. בית המשפט העליון אישר ברוב דעות של השופטים אגרנט וזוסמן את החלטתה של ועדת הבחירות, והשופט זוסמן הסביר: "כדרך שאין אדם חייב להסכים לכך שיהרגוהו, כך גם מדינה איננה חייבת להסכים שיחסלוה וימחקוה מן המפה". זוהי בלי ספק פסיקה אקטיביסטית מרחיבה. בית המשפט יצר, באמצעות חקיקה שיפוטית, דין המאפשר פסילה של רשימות ומועמדים ויצר תחום שבו הפך בית המשפט להיות מעורב ופוסק אחרון.

כעשרים שנה לאחר מכן, בשנת 1984, שבה השאלה והתעוררה בעניין נימון נגד יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה.²¹ המדובר היה בערעור על החלטתה

של ועדת הבחירות לפסול את רשימת "כך" ואת "הרשימה המתקדמת לשלום". הנימוקים לפסילת "כך" היו שעקרונותיה הם גזעניים ואנטי-דמוקרטיים, ושהיא תומכת במעשי טרור ומנסה ללבות שנאה בין חלקים שונים באוכלוסייה. הרשימה השנייה הייתה רשימה ערבית-יהודית, שתמכה בעמדה הלאומית הפלשתינית בנוגע לזכות ההגדרה העצמית של הפלשתינים, והיא נפסלה כיוון שהרוב בוועדת הבחירות סבר כי "ברשימה זו אכן קיימים יסודות ומגמות חתרניים, ואנשים מרכזיים ברשימה פועלים בדרך של הזדהות עם אויבי המדינה". בין מועמדיה של רשימה זו היה מוחמד מיעארי, פעיל בעבר בתנועת "אל-ארד". מיעארי הופיע ברשימת המועמדים לכנסת מטעם "הרשימה הסוציאליסטית", שנפסלה ב-1965 על ידי בית המשפט העליון בפסק דין ירדור.

ועדת הבחירות המרכזית ביססה את הפסילות על הלכת ירדור, אך הערעור על החלטתה התברר לפני בית המשפט החדש, והמגמה השתנתה לחלוטין. הרכב של חמישה שופטים (שמגר, בן-פורת, אלון, ברק ובייסקי) הדגיש כי הזכות לבחור והזכות להיבחר הן זכויות יסוד, פסל את הפסילה, ביטל את הלכת ירדור, ואישר לשתי הרשימות להשתתף בבחירות.

פסק דין ניימן, בדומה לפסק דין ירדור, הוא אקטיביסטי. הוא משנה את המצב המשפטי הקודם (פרי הלכת ירדור). אולם בעוד ירדור מבטא אקטיביזם מרחיב, עניין ניימן משקף גישה הפוכה של אקטיביזם מרסן, שכן הוא מצמצם את כוחו של בית המשפט להסדיר את הנושא של פסילת מועמדים ומותיר אותו בידי המחוקק.²² במובן זה משקף פסק דין ניימן את היוצא מהכלל בפסיקה הישראלית, שמאז המהפכה המשפטית שוררת בה מגמה ברורה של אקטיביזם מרחיב. אולם אם אנחנו כוללים במסגרת האקטיביזם המרחיב גם מקרים של הרחבת זכויות, הרי שיש בפסק דין ניימן גם היבט מרחיב, במובן זה שאישים ורשימות, שלפי הלכת ירדור לא היו זכאים להתמודד לכנסת, רכשו זכות כזו על פי ההלכה החדשה.

אקטיביזם רדיקלי

בעקבות פסק הדין בעניין ניימן חוקקה הכנסת את ס' 7א לחוק יסוד: הכנסת העוסק בפסילת מועמדים ורשימות. הסעיף, כפי שתוקן בשנת 2002, קבע, בין היתר, כי "רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי העניין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה: (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית... (3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל..."

על סמך הוראה זו החליטה ועדת הבחירות המרכזית לפסול את עזמי בשארה ואת תנועת בל"ד ("ברית לאומית דמוקרטית") שהוקמה על ידו, מלהתמודד בבחירות

לכנסת השש-עשרה, שהתקיימו בשנת 2003. הנושא הגיע לבית המשפט העליון ונדון בפני הרכב של 11 שופטים שהכריע בעניין ברוב של שבעה שופטים (הנשיא ברק, והשופטים מצא, דורנר, ביניש, אנגלרד, ריבלין ופרוקצ'יה) נגד ארבעה (המשנה לנשיא ש' לויין והשופטים שטרסברג-כהן, טירקל ואדמונד לוי).²³ בעיניי לפחות לא קל להבין את דעת הרוב, שאישרה את זכותם של בשארה ומפלגתו להתמודד בבחירות, לנוכח דברים שנאמרו בדעת הרוב של הנשיא ברק:

ייאמר מיד: מקובל עלינו כי המעשים המיוחסים לח"כ בשארה לעניין שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ולעניין תמיכה במאבק מזוין נגדה מונחים במרכז מטרותיו ופעולותיו של ח"כ בשארה, והם מהווים יעד שליט של ח"כ בשארה. זאת ועוד: מעשים אלה אינם רעיון תיאורטי, אלא פוטנציאל פוליטי שח"כ בשארה הוציא אותו מהכוח אל הפועל, בפעילות חוזרת ונשנית, ומתוך עוצמה רבה.

לדברים קשים אלה מצרף הנשיא ברק הסתייגות שלפיה:

גדר הספיקות הניצב בפנינו הינו, אם הראיות עליהן מתבססת התשובה החיובית לשתי השאלות שהעלינו הן 'משכנעות, ברורות וחד משמעיות'... רק רמה גבוהה זו של ראיות יש בכוחה לפתור את הפאראדוקס הדמוקרטי ולשלול את אחת מהזכויות המרכזיות של הדמוקרטיה – הזכות לבחור ולהיבחר.

קשה לראות כיצד דברים אלה מתיישבים עם מה שנאמר בפסקה הקודמת. נדמה שהמשמעות של הפסקה האחרונה היא שבית המשפט יציב רף ראיות כזה שלא יאפשר פסילת מועמד גם במקרים חמורים ביותר. למעשה היה שפע של ראיות שהצדיק פסילת מועמדותו של בשארה. הדברים הבאים מפי המשנה לנשיא, השופט שלמה לויין, מדברים בעד עצמם:

נראה כי פסילתם של ח"כ בשארה ובל"ד מהתמודדות בבחירות לכנסת מתחייבת גם בשל תמיכתם במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל, כאמור בסעיף 7א(3) לחוק יסוד: הכנסת. לדידי הראיות בענין זה הן חד-משמעיות. יש להזכיר בענין זה, גם בין השאר, את נאומו של ח"כ בשארה ביוני 2001 בעיר קרדתה שבסוריה, באירוע שבו נכחו מנהיגים ואישים ערביים ובהם מזכ"ל החיזבאללה וסגן נשיא איראן, שבו קרא ח"כ בשארה לקדם את דרך המאבק המזוין ('ההתנגדות') לישראל. האם אין בהופעה פומבית זו במדינת אויב, כשהיא לעצמה, מבלי להתחשב בנאומו הפומביים האחרים של ח"כ בשארה כדי לשמש תמיכה במדינת אויב או בארגון טרור? דומה הדבר בעיני למקרה שבו היה לורד הו-הו, מבקש על יסוד חוק מקביל לחוק יסוד: הכנסת להצביע בבחירות (הכוונה כנראה: להיבחר בבחירות – ד"פ) לפרלמנט הבריטי.²⁴

הרושם המתקבל הוא ששופטי הרוב לא היו מוכנים להשלים עם הראיות החזק משמעות שלפיהן הוכחו היסודות הפוסלים, לפי חוק היסוד, את השתתפות בל"ד ועומי בשארה בבחירות, ולפיכך קבעו שיסודות אלה לא הוכחו. אפשר לראות בכך

פגיעה בשלטון החוק, המשתקפת באי קיום חקיקה מחייבת של הכנסת. למרות זאת יהיו בוודאי כאלה שייראו את התוצאה בחיוב, כשם שיש מי שיראה בחיוב סירוב של שופט ליישם הוראת חוק המטילה עונש מוות בשל עבירה כלשהי.

פסק הדין בעניינם של עזמי בשארה ותנועת בל"ד, בדומה לפסק דין ניימן, הוא פסק דין אקטיביסטי, שמצד אחד מצמצם את סמכות הפסילה של מועמדים אך במקביל מרחיב את האפשרות של אזרחים (ורשימות מועמדים) להציג את מועמדותם לבחירות. הוא משנה את הדין, כפי שניתן להבינו מלשונו של החוק. והפעם צורך אליו מרכיב נוסף: הוא מנוגד ללשון הברורה של החוק. מבחינה זו הוא נכלל בקטגוריה שכונתה על ידי אקטיביזם רדיקלי.

תופעה זו של אקטיביזם רדיקלי ניכרת בפסקי דין נוספים שניתנו מאז תחילת המהפכה המשפטית. דוגמה בולטת היא הפסיקה שעסקה בביקורת שיפוטית על הרמה המוסרית של המינויים בשירות הציבורי. במשך כ-45 השנים שחלפו מאז הקמת המדינה ועד לשנת 1993 לא עסק בג"ץ בנושא זה. במסגרת המהפכה המשפטית, שבה גלשה המשפטיות לתחומים חדשים, הגיע בג"ץ גם לנושא המינויים. השאלה נדונה לראשונה בבג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון,²⁵ שבו נפסל מינויו של יוסף גנוסר לתפקיד מנכ"ל משרד הבינוי והשיכון עקב מעורבותו בעבר בעבירות פליליות שבוצעו במסגרת עבודתו בשב"כ.

כשנתיים לאחר עניין אייזנברג, התרחב הנושא לתחום המינויים הפוליטיים. בבג"ץ 4267/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל,²⁶ ובבג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל²⁷ נדונו כתבי אישום נפרדים שהוגשו נגד אריה דרעי, אשר כיהן כשר בממשלת רבין, ונגד רפאל פנחסי, אשר כיהן כסגן שר באותה ממשלה. העתירות שהוגשו לבג"ץ להפסקת כהונתם בממשלה נדונו בפני הרכבים זהים של חמישה שופטים, ובעניינם של השניים ניתנו באותו יום (8.9.1993) פסקי דין נפרדים, שתוצאתם דומה. בית המשפט הצהיר שעל ראש הממשלה להפעיל את סמכותו ולהעבירם מכהונתם.²⁸ ההלכה שנקבע בפסקי דין אלה זכתה לכינוי "הלכת דרעי-פנחסי".

הלכות אלה היו כמובן דרמטיות מן הבחינה של עוצמת האקטיביזם. עד אז לא העלה איש על הדעת שבית המשפט יכול לפסול משיקולים משפטיים מינוי שיש בו – לדעת בית המשפט – דופי מוסרי. דוגמה בולטת יכול לשמש עניינו של השר אהרן אבוחצירא, שכיהן כשר הדתות בממשלה החל משנת 1977. בשנת 1980 הוגש נגדו כתב אישום שבו הואשם בשוחד, אך הוא המשיך לכהן בממשלה. באותה עת היה יצחק זמיר היועץ המשפטי לממשלה. איש לא העלה על הדעת, גם לא זמיר, ששר הדתות חייב להתפטר. אבוחצירא זוכה מאשמה זו, אך מיד לאחר מכן הוגש נגדו כתב אישום חדש, וגם הפעם הוא המשיך בתפקידו כשר; הוא פרש רק לאחר שהורשע על פי כתב האישום השני. זה היה המצב המשפטי במשך כ-45 שנים

(משנת 1948 ועד 1993). יתר על כן, בולט הדבר שלפסיקה זו לא ניתן למצוא תמיכה בפסיקה של מדינות דוגמת אנגליה או ארה"ב וכל בסיסה הוא ברעיונות של השופטים הישראלים.²⁹

לעוצמה של האקטיביזם הזה מצטרף גם אופיו המרחיב, המתבטא לא רק בכך שהוא גרר את בית המשפט לעסוק בתחום חדש, שהפך את בית המשפט לגורם מרכזי במינויים בשירות הציבורי והפוליטי,³⁰ אלא גם בכך שהוא שינה את יחסי הכוחות בין הרשות השופטת לרשות המבצעת והמחוקקת. בעוד שבעבר היה בידן של רשויות אלה למנות מועמדים לתפקידים השונים, שעמדו בתנאי הכשירות שנדרשו בחוק לתפקידים אלה, ללא הגבלה, כעת הוגבל כוחן, והן הוכפפו לכך שהמועמד נראה, בעיני הרשות השופטת, ראוי לתפקידו.

לא חלף זמן רב, והאקטיביזם המרחיב קיבל צביון רדיקלי. בשנת 2001, כשמונה שנים לאחר פסקי הדין שקבעו את הלכת דרעי-פנחסי, נחקק מחדש חוק יסוד: הממשלה. סעיף 23(ב) לחוק זה קובע כי "בית המשפט שהרשיע שר בעבירה, יקבע בפסק דינו אם יש באותה עבירה משום קלון; קבע בית המשפט כאמור, תיפסק כהונתו של השר ביום מתן פסק הדין". המשמעות הברורה של הוראה זו היא ביטול הלכת דרעי-פנחסי. החוק החדש מבהיר שהשר יסיים את תפקידו רק עם מתן פסק דין המרשיע אותו בעבירה שיש עימה קלון (ולא עם הגשת כתב האישום). למרות זאת מצא בית המשפט דרך פרשנית לעקוף את סעיף 23 לחוק היסוד, ולקבוע שעם הגשת כתב אישום יש בידו להורות לראש הממשלה לפטר שר שהוגש נגדו כתב אישום. זהו אפוא האקטיביזם הרדיקלי, שאיננו משלים עם חקיקה של הכנסת, ופוסק בהתאם להשקפתו של השופט, אף שזו מנוגדת לחקיקה מחייבת. הבהרתי במקום אחר שפרשנותו של בית המשפט היא שגויה,³¹ אך כאמור העמדה נותרה כשהייתה.

דוגמה נוספת לאקטיביזם רדיקלי תוכל לשמש ההתפתחות שאירעה בעניין דיון נוסף בבית המשפט העליון. סעיף 30 לחוק בתי המשפט מסמיך את העליון לקיים דיון נוסף ב"עניין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה". במשך עשרות שנים הובנה הוראה ברורה זו כפשוטה, וכך ציין גם השופט זוסמן בספרו על סדרי הדין האזרחי, שהיה האורים ותומים בתחום זה: "היה מספר השופטים גדול משלושה, אין דיון נוסף. והוא הדין כאשר בית המשפט העליון דן באחד, כגון בבקשת רשות ערעור".

דברים אלה עדיין מופיעים במהדורה האחרונה של הספר, בעריכת השופט שלמה לוי, שיצאה לאור ב-1995. על בסיס ההוראה הזו נהגו בישראל במשך עשרות שנים, והנה הגיעה ב-1993 לבית המשפט העליון פרשת "נחמני נגד נחמני".³² בני הזוג נחמני ניסו להביא ילדים לעולם על ידי הפריה חוץ-גופית של ביציות האישה והשתלתן ברחמה של פונדקאית, אך כעבור זמן הם נפרדו. הבעל עבר לגור עם אישה אחרת והיא ילדה לו בת, וגברת נחמני ביקשה מבית החולים שאצלו הופקדו הביציות המופרות לשחררן לצורך ביצוע פונדקאות בארה"ב. בעלה לשעבר התנגד לכך.

בית המשפט העליון, בהרכב של חמישה שופטים, פסק ברוב דעות לטובת הבעל, וקבע שאין לכפות עליו הורות בניגוד לרצונו. כיוון שמדובר בשאלה סבוכה, ההרכב שנקבע לתיק הזה היה מראש הרכב מורחב ולא הרכב של שלושה. כך היה נהוג מאז ומתמיד: כאשר היה ידוע שתתעורר שאלה קשה, נקבע מלכתחילה הרכב רחב, במגמה שיכריע בעניין בלי שיהיה צורך בדיון נוסף. זו גם הייתה כוונת המחוקק, שתחם את הגבולות וקבע כי דיון נוסף ייערך רק על פסק דין שנתן הרכב של שלושה. למרות זאת נעתר שמגר לבקשת האישה לקיים דיון נוסף. ההחלטה הזו עצמה שימשה עילה להתדיינות עצמאית של 11 שופטים, הפעם בראשותו של הנשיא החדש, ברק, וברוב דעות (שמונה נגד שלושה) אושרה החלטתו של שמגר, שלפיה ניתן לקיים דיון נוסף גם בפסק דין שניתן על ידי הרכב של חמישה שופטים.³³

פסק הדין ממחיש את האקטיביזם הרדיקלי. בית המשפט מבקש להרחיב את סמכותו ולאפשר דיון נוסף גם על פסק דין בהרכב של יותר משלושה שופטים, ובמסגרת זו הוא מחליט שלשון החוק לא תעמוד לו למכשול. הכוונה של המחוקק הייתה ברורה, אך היא לא נראתה לבית המשפט, ואז הוא הרשה לעצמו לתקן את החוק.

דוגמה נוספת לאקטיביזם מרחיב שהתגלגל תוך שנים אחדות לאקטיביזם רדיקלי תוכל לשמש פרשת גיוסם של תלמידי הישיבות. ההתדיינות בנושא נפתחה בעתירות נגד שר הביטחון במגמה למנוע ממנו להשתמש בסמכותו לדחות את שירותם של תלמידי הישיבות. העתירות נדחו תחילה על בסיס חוסר זכות עמידה של העותר, ³⁴ ולאחר מכן בנימוק שהנושא אינו שפיט. בלשונו של השופט יצחק כהן "השאלה אם יש או אין לגייס תלמידי ישיבות היא שאלה, שלגביה אין בידי בית המשפט קני מידה משפטיים, שניתן לבסס עליהם הכרעה בבית משפט".³⁵ עם פרוץ המהפכה המשפטית חל כרסום בהלכות אלה לאחר שבג"ץ ויתר על הדרישה בדבר זכות עמידה, ולאחר שהשופט ברק הכיר עקרונית בכך שהנושא שפיט. למרות התפתחויות אלה דחה בג"ץ בשנת 1988 את העתירה נגד שר הביטחון בקבעו שהפטור שהוא נותן לתלמידי ישיבה איננו חורג ממתחם הסבירות.³⁶ שנים אחדות לאחר מכן שינה בג"ץ את עמדתו ופסק ששר הביטחון איננו מוסמך לדחות את השירות של תלמידי ישיבות וזאת על סמך עיקרון חדש שפיתח, שלפיו כאשר מדובר בעיקרון כללי, המבוסס על מדיניות עקרונית, צריך ההסדר להיקבע בחקיקה ראשית. בג"ץ גם קבע שהחלטתו המבטלת את מדיניות שר הביטחון תיכנס לתוקפה כעבור שנה, שבמהלכה תוכל הכנסת לחוקק.³⁷

בשלב זה היו ההלכות של בג"ץ עדיין בשלב האקטיביזם המרחיב, אך מכאן ואילך החל להתגלגל השלב הבא של אקטיביזם רדיקלי, היינו, מעבר מהשלב של התערבות בהחלטות שר הביטחון להתערבות בחקיקה של הכנסת, חקיקה שנעשתה על רקע פסיקת בית המשפט שחייב להסדיר את הנושא בחקיקה. שלב זה הפך לסאגה שאיננה נגמרת. הוא מורכב מאורכות הניתנות מידי פעם לחקיקה של הכנסת, ולאחר מכן התמודדות עם החקיקה עצמה, המבוטלת בסופו של כל שלב על ידי בג"ץ ובהמתנה

לחקיקה חדשה בנושא. הבסיס, הרעוע, לביטול החקיקה בנושא הוא פגיעה בעקרונות השוויון. אולם שוויון זה לא נקבע כלל בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. וספק אם הפטור לתלמידי ישיבות פוגע בכבוד האדם של המשרתים בצה"ל, מה גם שהגיוס כולו איננו מושתת על שוויון. נשים דתיות אינן חייבות בגיוס בעוד נשים חילוניות חייבות בכך. מרבית בני המיעוטים (וכל הנשים בקרב המיעוטים) פטורים מגיוס. אולם העדר בסיס של ממש לביטול החקיקה בנושא וחוסר התכליתיות בכל מה שנעשה עד כה, לא היה בהם כדי לבלום את האקטיביזם הרדיקלי בתחום זה.³⁸ בהקשר זה ראוי לציין לטובה את דברי הנשיא גרוניס בדעת המיעוט שלו בבג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל**,³⁹ ולפיהם "זו אשליה לצפות שהחלטות שיפוטיות יביאו לגיוסם של חרדים לצה"ל".

כוחות על לבית המשפט

דוגמה משמעותית נוספת לאקטיביזם רדיקלי תוכל לשמש הפסיקה שהעניקה כוחות על ליועץ המשפטי לממשלה. בעתירה לבג"ץ, שנוכרה לעיל, ואשר בה התבקש בית המשפט להביא לסיום כהונתו של סגן השר פנחסי, תמך היועץ המשפטי בעמדת העותרת, בניגוד לעמדתו של ראש הממשלה יצחק רבין. השופט ברק פסק שחוות דעת היועץ המשפטי מחייבת את הממשלה, אפילו אם היא שגויה, וכמו כן שלראש הממשלה אין בכלל זכות ייצוג בפני בית המשפט. מי שמשמיע את עמדת ראש הממשלה הוא היועץ המשפטי, והוא רשאי להשמיע עמדה הפוכה מזו של ראש הממשלה המכהן. לראש הממשלה אין זכות להשמיע את דברו בבית המשפט, אלא אם היועץ המשפטי מרשה לו ברוב טובו לעשות כן. ובלשונו של השופט ברק: "אין לומר כלל שפרקליטת המדינה טענה לפנינו בשם של שני לקוחות שענייניהם סותרים. היא טענה לפנינו בשמה של רשות מוסמכת אחת ויחידה – היא ראש הממשלה. אמת, דעתו של מר יצחק רבין, ראש הממשלה, הנה שונה. היועץ המשפטי לממשלה הסכים להביאה לידיעתנו. זאת סמכותו. אך לא עמדה זו היא שיוצגה לפנינו".⁴⁰

דברים מדהימים אלה מנוגדים למסורת המשפטית ששררה בישראל עד למתן פסק דין זה, ולפיה חוות דעת היועץ המשפטי איננה מחייבת את הממשלה. הם מדהימים גם משום שלסתימת פיות כזו של ראש הממשלה ושריה, על ידי היועץ המשפטי שלה, אין אח ורע בעולם. נוסף לכל אלה מנוגדת סתימת פיות זו לחוק יסוד: הממשלה הקובע בסעיף 1 ש"הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". מכאן שמי שמדבר בשם הרשות המבצעת, בבית המשפט כמו גם בכל מקום אחר, היא הממשלה. לא היועץ המשפטי שלה, שבית המשפט הפך אותו, בניגוד לחוק היסוד, למי שקובע את עמדת הרשות המבצעת ומי שמדבר בשמה, גם בניגוד לדעתה.⁴¹ מזה פרק זמן נראה היה שגם בבית המשפט העליון יש החשים אי נחת מהלכה מופרכת זו. ברוח זו התבטא השופט אלכס שטיין, כאשר השר אופיר אקוניס ייצג את עצמו בעתירה

נגד החלטתו שלא למנות את פרופסור יעל אמיתי לוועדת קרן המדע ישראל-גרמניה. אולם לאחרונה חזר בית המשפט העליון על הלכה מופרכת זו ושלל מהשר אוחנה את זכות הטיעון בעתירה שהוגשה נגדו, לאחר שהיועץ המשפטי לא אישר לו להשמיע את דבריו.⁴²

*

פתחתי בהצגה עקרונית של מושג האקטיביזם השיפוטי, והחקיקה השיפוטי; מניתי את המצבים שבהם בתי המשפט נדרשים לאקטיביזם כזה, לעתים על ידי המחוקק ולעיתים על ידי המציאות. אחרי כל אלה ראינו כיצד האקטיביזם לובש לעיתים פנים חדשות, מרחיבות ורדיקליות, המערערות את מבנה הסמכויות הדמוקרטיות וכופות עקרונות מוסריים או חוקתיים בניגוד למוסדות המוסמכים לכאורה לעשות כך.

אבל ייתכן ששיאו של האקטיביזם הרדיקלי עדיין לפנינו. במסגרת האקטיביזם השיפוטי פסק בית המשפט העליון שחוקי היסוד הם בגדר "חוקה" ולפיכך הוא מוסמך לבטל חקיקה רגילה של הכנסת, אם לדעתו היא איננה עולה בקנה אחד עם חוק יסוד.⁴³ על פי ההיגיון שבפסיקה זו נמצאים חוקי היסוד עצמם, המהווים כביכול "חוקה", מחוץ לסמכות הביטול של בית המשפט.

אולם משהתרגל בית המשפט לסמכותו לפסול חוקים, מתחילים להישמע קולות שלפיהם אין מעצור בפני סמכות זו, ומן הראוי שגם חוקי היסוד יהיו כפופים לביקורת שיפוטית, כאשר בית המשפט ממציא לעצמו את הבסיס לביטול כזה. במילים אחרות, בית המשפט אמור להסמיך את עצמו לחוקק עקרונות יסוד, שתוכנם ייקבע על ידו, ואשר תוקפם עולה על התוקף של כל חקיקה של הכנסת, לרבות חוקי יסוד שנחקקו על ידה. כך זכינו כבר להתראת בטלות בהקשר לחוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה), בנימוק שחקיקת חוק יסוד זמני מהווה שימוש לרעה בחקיקה, ואיננו תואם את הרעיון, פרי המצאתו של בית המשפט, שחוקי היסוד הם "חוקה".⁴⁴ על רעיון זה חזר בית המשפט העליון בצו על תנאי, שניתן ב-15.12.2020, בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' כנסת ישראל ואשר בו נדרשו המשיבים לנמק מדוע לא ייקבע כי התיקון לחוק היסוד הידוע כ"פשרת האזור" [חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה)] "כולו או סעיפים מתוכו – בטל מכיוון שנתקבל תוך שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת". בהזדמנות זו הכתיר בג"ץ את הכנסת כבעלת סמכות מכוננת מבלי שהכנסת ביקשה זאת מידי ובשעה שקשה להאמין שאזרחי ישראל, כאשר הצביעו לבחירות לכנסת, העלו בכלל על דעתם שהם בוחרים לאספה מכוננת.

וכעת גם תלויה ועומדת עתירה בבג"ץ כנגד חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, כאשר באוויר מרחפות תיאוריות בדבר "תיקון חוקתי לא חוקתי"

התומכות באקטיביזם רדיקלי גם ביחס לחוקי היסוד, שמהם לכאורה שואב בית המשפט את סמכות הביקורת שלו על חקיקה רגילה של הכנסת.

אפשר שבית המשפט העליון שלנו ניצב כעת בפני פרשת דרכים. לאחרונה דחה בג"ץ עתירה נגד הרכבת ממשלה על ידי בנימין נתניהו, חרף כתבי האישום שהוגשו נגדו. חוק יסוד: הממשלה בנושא זה ברור, והפעם לא היה בית המשפט מוכן לפסוק בניגוד לחוק וברוח הילכת דרעי-פנחסי.⁴⁵ אפשר שההסבר לכך הוא שבית המשפט העליון פועל כגוף פוליטי, השוקל שיקולים פוליטיים. כאשר התעוררה שאלה זו, הייתה בציבור ובכנסת תמיכה עצומה בהקמת הממשלה המדוברת, שהייתה הממשלה האפשרית היחידה. אם העליון היה מונע זאת, היה הדבר גורר את המדינה לבחירות רביעיות בתוך תקופה קצרה. ההתנגדות הציבורית לבחירות באותם ימים הייתה גורמת לכך שהזעם הציבורי היה מופנה נגד בית המשפט, ותוצאת הבחירות הייתה גוררת קיצוץ בכוחו.

כעת השתנתה התמונה הפוליטית. ממשלת שני הראשים, הנושכים זה את זה, איבדה חלק נכבד מכוחה ומהתמיכה הציבורית. חלקים נרחבים בציבור ובכנסת מוכנים כיום לבחירות חדשות. ובעת כתיבת שורות אלה מתנהל דיון בכנסת בדבר מועדן של בחירות אלו שיביאו לשיתוק הממשלה והכנסת לפחות לפרק זמן. ייתכן מאוד שבית המשפט חש שזה הרגע הנכון בעבורו לכבוש טריטוריה חדשה ולבסס לעצמו עליות לביטול חוקי יסוד. כעת ניצבת בפניו עתירה נוספת לפסול את התיקון לחוק יסוד: הממשלה שהביא להקמת המוסד של ראש ממשלה חליפי. והפעם הוציא בג"ץ לגביה צו על תנאי, אומנם מוגבל בתחולתו, ועם זאת הוא מעלה סוגיה כללית בדורשו מן המשיבים לנמק מדוע לא ייקבע שמערכת ההסדרים בדבר ממשלת חילופים, כולה או חלקה, תחול רק מהכנסת הבאה (הכנסת ה-24).⁴⁶ ההיגיון שמאחורי צו על תנאי זה הוא שהציבור צריך להיות מודע, לפני הבחירות, לאפשרות של שינוי כה משמעותי הצפוי במבנה השלטון. בית המשפט לא טרח כמובן להציג לעצמו את השאלה אם הציבור לא צריך היה לדעת מראש שבית המשפט עומד להפוך את הכנסת לאספה מכוננת.

דומה שבבית המשפט אין עדיין קו אחיד, ותחומי האקטיביזם הרדיקלי אינם מגובשים, ואף שנראה שעדיין אין חזרה מפסיקה רדיקלית שניתנה בעבר, קיים היסוס מפני הרחבתה. אולם כאמור השיתוק הקיים מזה פרק זמן בממשלה, והאפשרות של שיתוק במשך פרק זמן נוסף במערכת הפוליטית, מגבירים את הסיכוי שהכוחות הרדיקליים בעליון יבקשו לנצל את ההזדמנות להגביר את כוחם ולהשתלט על התחום של חוקי היסוד. בנושא מרכזי זה נשמעים לא מעט דברי ביקורת – הן באקדמיה, הן בקרב פוליטיקאים. הסמכות שנוטל לעצמו בית המשפט הפכה, גם אם באיחור רב, למושא של שיח ציבורי וביקורתי – גם אם רפה למדיי ביחס לעוצמת המהפכה השיפוטית. כך או כך, הכנסת, שממנה ניתן היה לצפות שתאמר את דברה בחקיקה – דוממת.

1. אהרן ברק, **שיקול דעת שיפוטי** 213 (1987). ראו גם את תדפיס ערב העיון בספר זה, שהתקיים ב-13.3.88, ואשר הוצא על ידי ועד מחוז תל-אביב-יפו (בדין) השתתפו אהרן ברק, יעקב נאמן, משה בן-זאב, יצחק זמיר ומנחם מאוטנר).
2. ראו ברוח זו Richard A. Posner, "The Meaning of Judicial Self-Restraint" פוזנר מתאר שם כמה מובנים של ריסון עצמי שיפוטי, שאחד מהם (החמישי במספר) הוא הרצון לצמצם את כוחם של בתי המשפט יחסית לזה של שאר ענפי הממשל. מובן שהאקטיביזם השיפוטי הוא היפוכו של הריסון השיפוטי. פוזנר גם מצייין (עמ' 18 שם) שריסון שיפוטי מסוג זה (דהיינו הימנעות מפלישה לתחומם של ענפי השלטון האחרים) אפיין את השופטים הולמס, ברנדייס ופרנקפורטר.
3. המר' 106/54, פס"ד ח 1317 (השופט אגרנט). כעבור שנים אחדות אימצה גם הפסיקה האנגלית גישה דומה.
4. מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת**, תל-אביב: עם עובד, 2008, עמ' 14. בסוגיית האקטיביזם השיפוטי ראו גם רות גביון, מרדכי קרמניצ'ר ויואב דותן, **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד**, ירושלים: מאגנס, תש"ס-2000.
5. בית המשפט יכול ליישם סמכות פיקוח זו במקרים קונקרטיים רבים, תוך התערבות רבה בשיקול דעת הרשות (אקטיביזם ביישום) או שהוא יכול לעשות זאת ביתר זהירות תוך שמירה על ריסון ביישום.
6. מונטסקיה, רוח החוקים, ספר 11 פרק 6. ראו גם יואל זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", בתוך חיים כהן (עורך), **ספר יובל לפנחס רוזן**, ירושלים: מפעל השכפול, 1962, עמ' 147, 153.
7. H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Harv. L. Rev. 71, 593, 607-615. ראו גם אהרן ברק, **פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית**, ירושלים: נבו, תשנ"ד-תשס"ד, 246-242.
8. פ"ד כג(7) 477 (1970). לדין בפרשה זו, בהשתלשלות בעקבותיה ובסוגיית מיהו יהודי, ראו דניאל פרידמן, קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל, תל-אביב: משכל, 2019, עמ' 293-302.
9. יואל זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", עמ' 147, 156.
10. ראו למשל סעיפים 14(ב) ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס' 4(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979.
11. ניתן גם להניח שברבות השנים יפתחו בתי המשפט
12. כללים בעניין שימוש בשיקול הדעת שניתן להם. כללים אלה הם בגדר חקיקה שיפוטית.
13. השימוש במושג זה עשוי לשמש גם לריכוך דרישות פורמליות המצויות בחוק. דרישות כאלו מצויות, למשל, ביחס לעסקאות במקרקעין וכן ביחס לצוואות, ובהקשר לכך עשויה להתעורר שאלת הנסיבות שבהן יוכר, מכוח עקרון תום הלב או עיקרון כללי אחר, תוקפה של עסקה במקרקעין או של צוואה שלא התקיימו לגביה הדרישות הפורמליות שקובע החוק או שתישלל מכוח עקרונות אלה זכות שלכאורה התמלאו לגביה התנאים הקבועים בחוק. בנושא זה השווה נילי כהן, "חוק, מוסר ואין חוטא נשכר", בתוך אהרן ברק, רון סיקול ועודד שחם, **ספר אור: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** (2013), עמ' 259. בחינת הסוגיה על הציר פרוצדורה – מהות חורגת מהמסגרת הנוכחית.
14. למגבלה זו ולמגבלות נוספות ראו פרידמן, **משפט ושלטון בישראל**, עמ' 579-581.
15. זוהי גישת ה"פרשנות התכליתית האובייקטיבית" של אהרן ברק. ראו לדוגמה, ע"א 2112/95 אגף המכס ומע"מ נ' אלקה אחזקות בע"מ, פ"ד נג(5) 769 (1999).
16. U.S. 45 (1905) 198.
17. Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).
18. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
19. David A. Strauss, *Why was Lochner Wrong?*, 70 U. Chi. L. Rev. 373 (2003) המציין גם שפסק הדין בעניין לוכנר הוא פסק הדין המושמץ ביותר במאה השנים האחרונות.
20. ע"ב 1/65, פ"ד יט(3) 365 (1965).
21. ע"ב 2/84, פ"ד לט(2) 225 (החלטה מיום 27.6.84, הנימוקים ניתנו במאי 1985).
22. בעניין נימון הנ"ל ניתן למצוא, אצל אחדים מהשופטים, אמרות אגב המבקשות להותיר משהו מהלכת ירדור ומאפשרות פסילת רשימה השוללת את קיום המדינה על בסיס עקרונות כלליים, שלא ניתן להם ביטוי בחקיקה. אולם בפועל, כאשר בוחנים את האופן שבו יישם בית המשפט את הדין ואישר את שתי הרשימות, לרבות רשימת כן, נראה שמהלכת ירדור לא נותר דבר, ומסקנה זו עולה אף ביתר חדות מפסק הדין במובא להלן בהערה 22 ובטקסט להערה זו.
23. א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נו(4) 1 (2003).
24. שם, בעמ' 82. לדין בנושא ובהמשך ההשתלשלות

36. בג"ץ 910/96 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 464 (1988). השופטים האחרים באותו עניין (שמגר וכן פורת) חלקו על עמדתו הכללית של ברק בסוגיית השפיטות, אך לפחות בסוגיית גיוס תלמידי ישיבות ברור כיום שעמדת בית המשפט היא שהנושא שפיט.
37. בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).
38. לסקירת הפסיקה ראו פרידמן, משפט ושלטון בישראל, עמ' 478-483.
39. פ"ד סה(1, 3) 160-161 (2012).
40. עמ' 473 לפסק הדין.
41. לתופעה זו של יועץ משפטי, המרכז בידי סמכויות בהיקף החורג מכל מה שיכול להתקבל על הדעת, ראו פרידמן, משפט ושלטון בישראל, 628-654.
42. ראו גם בג"ץ 5124/18 תנובה מרכז שיתופי לשיוק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 4.3.2019), שבו חזר השופט שטיין על עמדתו ואילו השופט מזוז, בדומה ליועצים משפטיים קודמים שהגיעו לבית המשפט העליון, המשיך לדגול בעמדה שלפיה מוסמך היועץ המשפטי לסתום את פיות כל גוף ברשות המבצעת לרבות הממשלה ושריה. עמדה זו התקבלה בבג"ץ 8451/18 האקדה על שולחן המטבח – אשה לאשה מרכז פמיניסטי חי נ' השר לביטחון פנים (החלטה מיום 18.10.2018, השופטים פוגלמן, מזוז וסולברג) וזכות הטיעון נשללה מהשר לביטחון פנים, אמיר אוחנה. גבל שהשופט סולברג לא ראה לנכון להסתייג מתוצאה אומללה זו.
43. ע"א 6281/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), שעסק בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם בהמשך הדרך הוענק מעמד על גם לשאר חוקי היסוד. ראו פרידמן, קץ התמימות, עמ' 587-605.
44. בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, (פורסם בנבו 6.9.2017). השוו גם רבקה ווייל, "על שימוש לרעה בסמכות מכוננת ותיקון חוקתי שאינו חוקתי", ICON-S-IL Blog, 6.10.2019.
45. בג"ץ 2592/20 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פסק דין מיום 6.5.2020 ו-27.5.2020). לדין ראו פרידמן, "הלכת דרעי-פנחס ופקרונות יסוד בידי פרשנות".
46. בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון נ' כנסת ישראל (צו על תנאי מיום 12.11.2020).
- ראו פרידמן, משפט ושלטון בישראל, 470-477.
25. בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינו והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993).
26. בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993).
27. בג"ץ 93/4267 אמית – אורחים למען מינהל תקן וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993).
28. לתיאור פרשות אלה והרקע הפוליטי שלהן ראו פרידמן, משפט ושלטון בישראל, עמ' 504-509. להסתככות שאירעה בהקשר של חסינות של פנחסי, ראו שם, בעמ' 566-567.
29. לביקורת חריפה ביותר על פסיקה זו, שבבסיסה הדחת עובדי ציבור ונבחרי ציבור באמצעות ביקורת שיפוטית, ראו Yoav Dotan, "Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances", *Theoretical Inquiries L.* 705, 726-739 (2018). פרופ' דותן מצביע על כך ששיטת הדחה זו עומדת על בסיס נורמטיבי רעוע (shaky), כי היא פוגעת בזכויות אדם והינה מנוגדת לעקרונות חוקתיים. היא גם מנוגדת להוראות החוק הרלבנטיות ("stands in contrast to the statutory law that does cover the field"). עוד מציין פרופ' דותן כי שיטה זו היא מיוחדת לישראל ואין לה אחר בעולם.
30. פרידמן, משפט ושלטון בישראל, עמ' 544-554. ביחס להיקף השימוש בביקורת שיפוטית זו ניתן לדבר על דרגת האקטיביזם ביישום. ככול שהיא נפוצה ועמוקה יותר, כך האקטיביזם ביישום הוא חריף יותר.
31. דניאל פרידמן, "הלכת דרעי-פנחסי ועקרונות יסוד בידי פרשנות", פורום עיוני משפט (2020).
32. ע"א 5587/93 פ"ד מט(1) 485 (1995).
33. בש"א 1481/96 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5) 598 (1996). ד"ר 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996); גילי כהן, "חווים בין הבית ובין השוק – סיפורן של רותי נחמני וזהבה כנען כמקרי מבחן", בתוך אהרן ברק ואח' (עורכים), ספר שטרסברג-כהן, ירושלים: נבו, 2017, עמ' 419-464.
34. בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הביטחון, פ"ד כד(1) 238 (1970).
35. בג"ץ 448/81 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 81, 88 (1981). בקשה לדין נוסף נדחתה בבג"ץ 2/81, פ"ד לו(1) 708 (1982).