

הרפורמה במערכת המשפט: כתב הגנה

שיח הגון ומדויק על הרפורמה במערכת המשפט דורש ראייה נכוחה של כשלי המצב הקיים, והכרה בתשתית התאורטית, המוסרית והעובדתית הענפה העומדת בבסיס השינויים המוצעים

בשיח הגועש המתנהל סביב הרפורמה המשפטית שמובילה הממשלה, נשמעה עד כה בעיקר דעה אקדמית אחת. השאלות שעוררה הרפורמה אינן חדשות; הן נידונות בספרות המשפטית ובדעת הקהל מזה עשורים רבים, עם כתיבה ענפה משני צידי הוויכוח. ובכל זאת, כאשר הבשילו הדברים לידי מעשה, התיישרה האקדמיה המשפטית (לפחות למראית עין) מאחורי התנגדות גורפת. חיבורים מצומצמים הנוגעים לנקודות כאלה ואחרות ברפורמה אומנם נכתבו, אך לא נעשתה סקירה מסודרת, המבקשת להציג את העמדה שבבסיס הרפורמה באופן שלם ונרחב.¹ זוהי אפוא מטרתו של מאמר זה. בעמודים הבאים אבקש להזכיר את מושכלות היסוד של התשתית התאורטית הענפה העומדת בבסיס הרפורמה, ולמלא, ולו במעט, את הקול החסר בקשת הדעות האקדמית, שאינו מוצג כיום לציבור הרחב ולמקבלי ההחלטות באופן מאוזן. נכון לכתיבת שורות אלה, ישנה אי ודאות גדולה ביחס לרפורמה. ייתכנו בה שינויים וריכוכים, וייתכן אף ויתור על חלק מרכיביה אם לא על כולה. עובדה זו אינה משנה לענייננו, שכן מאמר זה – כשמו כן הוא – מבקש להוות כתב הגנה לרפורמה המקורית, אפילו תתקבל ככתבה וכלשוונה.

סדר הדברים יהיה כדלהלן: בפרק א אציג את הבעייתיות הקיימת, לשיטת תומכי הרפורמה, במצב הקיים. בפרק ב אבקש לערער על תוקפה של אחת מהנחות היסוד

יחיאל אורן-הרוש הוא מתמחה לשעבר בלשכת השופט סולברג בבית המשפט העליון, העובד כיום במשרד עורכי הדין ש' הורוביץ ושות'. הכותב מבקש להודות לפרופ' נטע ברק-קורן, עו"ד ענבר אסרף, עו"ד ישראל רוזנברג, דפנה אורן-הרוש, עמרי גולדווין וחני קוט על קריאת הטיוטה וההערות המחכימות.

המרכזיות העומדות בבסיס ההתנגדות לרפורמה: ההנחה שביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת מהווה תנאי הכרחי בדמוקרטיה, או למצער בדמוקרטיה הישראלית. לדידי, הנחה זו שנויה במחלוקת נורמטיבית, ומעולם לא התקבלה בישראל כמובנת מאליה. בפרק ג אבקש לעמוד על עיקרון הפרדת הרשויות, העומד בבסיס חלק נכבד מהביקורת על הרפורמה. אטען כי במצב הנוכחי הרשות השופטת היא שפוגעת באופן הקשה ביותר בעיקרון הפרדת הרשויות; בהתאם, ובניגוד לטענות המתנגדים, הרפורמה לא תחריף את הפגיעה בעיקרון זה, אלא להפך: תאפשר איזון ראוי יותר בין רשויות השלטון. בפרקים ד-ז אסקור את רכיבי הרפורמה השונים: השינויים בהרכב הוועדה לבחירת שופטים, הגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת, שלילת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד וצמצום עילת הסבירות. בכל הנושאים הללו אתמודד עם הטענות המרכזיות הנשמעות, ואציע שינויים מסוימים על מנת לטייב את הרפורמה. בפרק ח אבקש לרכז את האמור, תוך סקירת האיזונים והבלמים כנגד "עריצות הממשלה", שיוותרו גם לאחר הרפורמה. בפרק הסיכום אבקש להתייחס לקריאה לריכוך הרפורמה, ולהציע שינויים מסוימים שיסייעו במיתון ההתנגדות לה.

אקדים ואומר: רבות מהנחות המוצא העומדות בבסיס ההתנגדות לרפורמה מצויות הלכה למעשה במחלוקת ערכית-תאורטית ענפה וארוכת שנים. לא ניתן לבקר את הרפורמה על בסיס הנחות מוצא תאורטיות, מבלי ראשית לעמוד על כך שתומכיה אוחזים בעמדה אחרת, שאף היא מבוססת ובעלת יסודות איתנים. הרפורמה המשפטית העומדת על הפרק איננה מושלמת; ודאי שנדרש להעמיק עוד בחלק מרכיביה ולחדד את המנגנונים השונים. פעולה זו נעשית בימים אלה במסדרונות הכנסת ובדיונים בוועדה ובמליאה, ובמסגרת המאמר ביקשתי גם אני לתרום לחידוד הדברים. גם בין תומכיה ומוביליה של הרפורמה אין תמימות דעים ביחס לכל רכיב ורכיב. ואף על פי כן, הרפורמה, גם במתכונתה הנוכחית, היא דמוקרטית, הכרחית, דחופה – ועדיפה לאין ערוך על פני המצב הקיים.

א. לא הכול בשורה

בשנים הספורות שבהן לקחתי חלק בעולם המשפט, ובפרט בשנה שבה שימשתי מתמחה בבית המשפט העליון, נחשפתי למוסד מפואר. לא לשווא מהווה בית המשפט העליון אחד מאבני הראשה של המדינה; סמל ומופת לשלטון החוק. בבית המשפט העליון ישבו תמיד, ועודם יושבים, שופטים הגונים, ישרים ואנשי מעלה; ענקי משפט שהביאו בשורה אמיתית לכל ענפי המשפט השונים. גם בכובעו השני, כבית המשפט הגבוה לצדק, נהנה בית המשפט מהיסטוריה מפוארת: שנים היווה את קולם של אלה שלא ניתן להם פה; שנים הגן ללא מורא על האזרח הקטן מפני דריסת המערכת הממשלתית. דווקא כמי שמוסד זה יקר לליבו, אני סבור שאין מנוס מלהכיר בפגמים מקום שישנם. להבדיל מבית המשפט העליון, בג"ץ שינה את פניו; לעמדת

– שלא לטובה. הרפורמה המשפטית המוצעת איננה מבקשת להחליש את בג"ץ. מטרתה לחזק אותו; לסייע לו לשוב לתפקיד שנועד לו, בעזרת הכלים הנכונים לו. בכך יש לקוות שניתן יהיה לשקם את אמון העם, המהווה את הנכס העיקרי של בית המשפט, מקור כוחו היחיד שאין בלתו.²

בשיח הציבורי, מתנגדי הרפורמה נוטים להתעלם מהביקורת שמשמיעים יוזמיה ביחס למצב הקיים, או למצער, להבליט ביקורות מסוימות, תוך יצירת 'איש קש' המאפשר להתעלם מהביקורות השורשיות יותר. כך למשל מופנית תשומת לב חריגה לטענות על ה"מחטף" שהיה או לא היה בעת חקיקת חוקי היסוד; או לביקורת מימין על התנהלות בית המשפט סביב תוכנית ההתנתקות.³ ביקורות אלו אכן חשובות, אך התמקדות בהן מגמדת את עומק התפיסה העומדת בבסיס הרפורמה. כפי שכתב זה לא כבר פרופ' ברכיהו ליפשיץ:

כדי להבין את מהות הדברים מוכרחים לרדת לפרטים. כמובן, הדבר מייגע, ונוח להתחמק מכך ולדבוק בטענות כלליות וסיסמאות. גם מי שמודים באי שלמותה של מערכת המשפט אינם מדגישים מהי אי שלמות זו (מלבד הצורך בהוספת שופטים למערכת), ומיד תוקפים את הצעת הרפורמה ומציעים הצעות משלהם. אך ההגינות והיושר דורשים ירידה לפרטים כדי לבחון במדויק את הפגמים ולהגדירם, כי בנפשנו הוא. יש לקרוא את הדברים לאט ובתשומת לב, לעכל את העובדות ואת הציטוטים, ורק אחר כך לשפוט ביושר ובלי עיקום הכתובים. אין די בקריאות כלליות ובהפחדות על העתיד הצפוי לנו. אלו חזיונות שווים ומדוחים, שנועדו לשמר את המצב הקיים.⁴

ובמילים אחרות, כאשר אנו מבקשים לבחון האם הרפורמה תביא לשיפור או להידרדרות לעומת המצב הקיים, יש להציג את תמונת המציאות הנוכחית במלואה; מבלי לייפות או להסתפק בטענות חלקיות.

בטרם אעמוד על הבעיות החריפות שבמצב הקיים, חשוב להבהיר דבר אשר נדמה שאינו מקבל מקום מספק במסגרת הוויכוח הציבורי. בשורש הרפורמה עומדות לא רק טענות עובדתיות או היסטוריות, אלא בעיקר עמדה נורמטיבית, ערכית, המטילה ספק ברבות מהנחות המוצא שעליהן מתבססים מתנגדי הרפורמה. כך, התומכים אווזים בדעות אחרות בעצם השאלה מה צריכה להיות חלוקת סמכויות נכונה במדינה דמוקרטית, והאם ראוי להעניק לבית המשפט תפקיד כמפעיל ביקורת שיפוטית 'חזקה' על חקיקת הכנסת (ביקורת הכוללת פסילת חוקים, להבדיל מביקורת 'חלשה' או דגמי ביניים אחרים – ועל כך אעמוד בהמשך). באופן ספציפי יותר, המחלוקת הליבתית היא בשאלה מי מבין רשויות השלטון אמורה להחזיק 'במילה האחרונה' במדינה דמוקרטית.

קיימת גישה תאורטית ענפה ומפורטת, שזוכה לתמיכה מהוגים חשובים ברחבי העולם, הגורסת כי במדינה דמוקרטית, ביקורת שיפוטית 'חזקה' על הרשות המחוקקת איננה ראויה – ואיננה נצרכת. אחד מנושאי הדגל של הגישה הזו הוא ההוגה ג'רמי וולדרון.⁵

טענתו המרכזית היא שבמדינה שבה ישנם מוסדות דמוקרטיים המתפקדים באופן סביר, ומחויבות מצד מרבית החברה לרעיון של הגנה על זכויות אדם וזכויות מיעוטים, אין כל הצדקה בביקורת שיפוטית 'חזקה' על חוקי הרשות המחוקקת. הטעם המרכזי שבבסיס העמדה הזו מסתמך על הימצאות הרשות השופטת בגירעון דמוקרטי ניכר לעומת הרשויות המחוקקת והמבצעת (בהיותה רשות לא-נבחרת), ועל הבנה שלפיה ביקורת שיפוטית כמעט אף פעם איננה נוגעת לשאלה אם ראוי להגן על זכויות אדם או לא; לרוב מדובר במחלוקת לגיטימית בנוגע לפרשנותן והיקף תכולתן של זכויות האדם המוגנות, ובנוגע לדרך האיזון הראויה בין ערכים מתנגשים במקרה קונקרטי. מכיוון ששאלות אלו לרוב אינן משפטיות, אלא ערכיות, אין לבית המשפט כל יתרון יחסי בהן; הכרעתן צריכה להיות בידי הרשות המחוקקת, שהיא הרשות הנבחרת שמטרתה להכריע במחלוקת הערכיות בעם.

אומנם, עלתה כבר טענה שלפיה ישראל איננה מקיימת את הנחות המוצא שבבסיס התאוריה, שכן המוסדות הדמוקרטיים בה אינם עומדים ברף סביר, וכך גם המחויבות לזכויות האדם בחברה.⁶ אך הטענות הללו נשענות על פרשנות מצמצמת ודוקנית מאוד לדבריו של וולדרון – פרשנות שנדחתה במפורש על ידי וולדרון עצמו. בנוסף, הטענות בדבר מחויבות נמוכה לזכויות האדם בחברה הישראלית נשענות על הצגה מגמתית וחלקית של נתונים, ועל בלבול מושגי בין חוסר מחויבות לזכויות אדם לבין מחלוקת סבירה ואמיתית לגבי תוכן של אותן זכויות.⁷

משעה שאנחנו מכירים בקיומה של גישה נורמטיבית-פילוסופית שונה ביחס למקומו הראוי של בית המשפט במדינה דמוקרטית, הרי שרבות מטענות הנגד הנשמעות ביחס לרפורמה נשענות על הנחות מוצא שמקדמי הרפורמה כלל אינם מסכימים איתן. ניתן, כמובן, להחזיק בעמדה אחרת מזו של מנסחי הרפורמה, אבל חשוב להבין כי לא מדובר בוויכוח בין תומכי הדמוקרטיה למתנגדיה, אלא בוויכוח לגיטימי בין שתי קבוצות בשאלה מה נכון בדמוקרטיה.

היחסים בין הרשויות בישראל והאופן שבו התעצבו מלמדים על מספר בעיות חריפות. כפי שמתארים ליפשיץ ואחרים,⁸ הבעיה החלה בשנות השמונים, כאשר החל בית המשפט, תוך שחיקת מנגנוני הסף המסורתיים שהגבילו את כוחו (שפיטות, זכות עמידה, ועוד) ותוך המצאה מחדש של עילת הסבירות, לפלוש אל תחומי הזירה הפוליטית והמקצועית באופן שאין לו אחר ורע בשום שיטה משפטית אחרת, תוך הפיכת בג"ץ "למוסד שיפוטי חריג בכל קנה מידה".⁹ אט אט החל בית המשפט להעמיד את מרכז הכובד של הבחינה השיפוטית בנושאים מנהליים, על הכרעות ערכיות; לא משפטיות. מציאות זו בעייתית בשל העובדה שלבית המשפט אין לגיטימציה ציבורית להתערב בנושאים כאלה – וגם לא מומחיות מיוחדת.

בשנות התשעים הצטרפה אל המהפכה המנהלית האמורה אחותה הגדולה: המהפכה החוקתית. ישנו, כידוע, ויכוח סוער מסביב לפרשת בנק המזרחי,¹⁰ שבמסגרתה הכריז

בית המשפט העליון על כך שקיימת חוקה בישראל, ושבסמכותו לפסול את חוקי הכנסת מכוחה.¹¹ במאמר זה לא אידרש למחלוקת זו, ואניח (הנחה שאינה מובנת מאליה כלל), שבבנק המזרחי פעל בית המשפט מכוח סמכות שהעניקה לו הכנסת. ובכל זאת, קשה להתעלם מהאופן שבו הפעיל בית המשפט סמכות זו, ו"פירש" אותה כך שתאפשר לו לפסול חוקים גם אם אינם סותרים זכויות שנכללו במפורש בחוקי היסוד – ואפילו זכויות שהושמטו מהם במכוון.¹²

ובכן, בעיות אלו מהוות את קצה הקרחון. המשותף לכולן הוא הצורה שבה קיבלה מערכת המשפט את כוחה וסמכויותיה, תוך גלישה מהירה במדרון חלקלק אל תחום רשותן של הרשויות האחרות. אופן קבלת הסמכויות ממחיש את הבעיה החמורה מכול: לרשות השופטת בישראל כוח מוחלט, וגבולות כוחה נתונים באופן בלעדי בידיה-היא. הרשות השופטת, הנהנית מחובת ציות מוחלטת של כל רשויות המדינה, למעשה איננה מוגבלת כלל עת שהיא מפעילה את כוח הפסיקה שלה. משמעות הדבר היא שלא רק שלרשות השופטת נתונה הסמכות לקבוע את מגבלותיה שלה; בידיה סמכות בלתי-מוגבלת לשנות ולעצב את כללי המשחק בישראל כראות עיניה. קשה להפריז בדרמטיות שבכך. יתר רשויות השלטון, המייצגות באופן ישיר יותר את רצון העם, נותרות במשחק שכלליו אינם ידועים להן, ומשונים תדיר על ידי הרשות הסובלת מהגירעון הדמוקרטי החמור ביותר. לטעמי, בעיה זו היא מחולל הנזק הגדול ביותר במצב הקיים, והיא שמחייבת רפורמה מיידית ושורשית ביחסים שבין הרשויות.

עד כה הזכרנו את המהפכה המנהלית של שנות השמונים, שפתחה את שערי בית המשפט העליון לכל אחד – בכל נושא; הזכרנו גם את המהפכה החוקתית של שנות התשעים, שהביאה להכפפת הרשות המחוקקת למרותו של בית המשפט; בימים אלה אנו רואים את הבשלתה של המהפכה העל-חוקתית של שנות האלפיים. אף שלא הצהיר על כך במפורש, במבחן התוצאה שינה בית המשפט, פעם נוספת, את הגדרת התפקיד שלו-עצמו: מרשות מקבילה לרשויות המחוקקת והמבצעת, לרשות עליונה על פניהן מכוחה של הרשות המכוננת, וכעת – לרשות עליונה אף על פני הרשות המכוננת עצמה.

מהו טיבה של אותה מהפכה על-חוקתית? בפרשת בנק המזרחי קבע בית המשפט כי חוקי היסוד הם שמסמיכים אותו לפסול את חוקי הכנסת. קביעה זו נסמכה בעיקר על שני אדנים: הראשון הוא הקביעה¹³ כי לכנסת סמכות בלתי-מוגבלת לקבוע חוקי יסוד, שהם עליונים מבחינה נורמטיבית על כל פעולות הרשויות האחרות, ובכלל זה גם על הרשות השופטת וגם על הכנסת בעת שהיא מחוקקת חוקים רגילים. האדן השני הוא הקביעה כי בשל נסיבותיו הייחודיות של מפעל החוקה הישראלי, חוקי היסוד עליונים על פני חוקים רגילים – אפילו שאין בנמצא הליך מיוחד לכינונם, אין להם שריון מיוחד, ואין דבר המייחד אותם זולת הכותרת "חוק יסוד" והיעדר שנת חקיקה. כלומר, המבחן היחיד לזיהוי חקיקת יסוד הוא "המבחן הצורני", המתבסס על מאפייניו הפורמליים של חוק היסוד; לא על תכנו. כדברי אהרן ברק:

כיצד היא עושה זאת? מתי גורמה הנוצרת על ידיה היא בעלת מעמד חוקתי, ומתי נאמר כי הגורמה היא חוק 'רגיל'? לדעתי, התשובה הינה, כי הכנסת משתמשת בסמכותה המכוונת [...] כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הגורמה ורואה בו 'חוק-יסוד' (ללא ציון שנת החקיקה) [...] לחקיקה החוקתית שלנו יש עיגון צורני. מבחן צורני זה – השימוש בדיבור 'חוק-יסוד' – הוא פשוט להפעלה. הוא מעניק בטחון וודאות.¹⁴

אולם כאשר הכנסת הפנימה את האמור וביקשה להתנהל בהתאם לכללים שלימד אותה בית המשפט, מצאה לפתע שכללים אלו השתנו: כיום קבע בית המשפט כי עומדת לו הסמכות לבקר גם את תוקפם של חוקי יסוד, תוך כפירה בעליונותה המוחלטת של הכנסת בכובעה המכוון ותוך כפירה גם במבחן הזיהוי הצורני. בשורה של עתירות, העלה בית המשפט על סדר היום שתי דוקטרינות המאפשרות התערבות שכוז: החריפה מביניהן, דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", המאפשרת לקבוע שתוכנו של חוק יסוד אינו חוקתי, טרם אומצה בישראל באופן רשמי (אף שהיא נושפת בעורפינו בימים אלה). במקום זאת אימץ בית המשפט דוקטרינה שנייה, דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות החוקתית", המאפשרת לבטל חוקי יסוד שבית המשפט קבע כי אינם למעשה חוקי יסוד, אלא רק "התחפשו" לכאלה. כיצד קובע בית המשפט דבר שכזה? בהרצאה שנשא לפני כמה חודשים, הדגים¹⁵ השופט סולברג כיצד הלך בית המשפט והרחיב את הדוקטרינה ממקרה למקרה: בתחילה הוסבר שמדובר בעילה כמעט-טכנית, המאפשרת לבית המשפט להתערב בסעיפים – בעיקר סעיפים זמניים בחוקי היסוד ("הוראות שעה") – שמעצם טיבם ברור שאינם מתאימים להיכלל בחוקה, חרף עמידתם במבחן הצורני. בהמשך הוסיף בית המשפט אפשרות לפסול חוקי יסוד בשל פגם בכוונתם של חברי הכנסת שחוקקו את החוק. לבסוף, ביטל בית המשפט כליל את המבחן הצורני שנקבע בפרשת בנק המזרחי, והחליף אותו במבחן זיהוי חדש הכולל שלושה מבחני עזר ("מבחן הציבות", "מבחן הכלליות", ו"מבחן ההתאמה למארג החוקתי הכולל"), אשר אי-עמידה בהם משמעה שהחוק כלל אינו חוק יסוד – אף שהוא קרוי "חוק יסוד" ונעדר שנת חקיקה.¹⁶

קשה להפריז בבעייתיות של מהלך זה. כאשר הרשויות המחוקקות והמבצעות מבקשות לפעול בהתאם לכללי המשחק המוכרים להן, הן עלולות למצוא כי אלה השתנו שוב ושוב. לרשות השופטת נתונה סמכות בלעדית לשנות את כללי המשחק כראות עיניה – והיא אכן עושה זאת. אומנם, המשפט המקובל אמור להתפתח כל הזמן. זה טיבו. המשפט המנהלי כולו נבנה באנגליה תקדים-אחרת-קדים במשך מאות רבות של שנים. אך המשפט המקובל גם הוא חייב להתפתח בתוך כללי משחק קבועים וקשיחים, שנקבעו בחוקה או במוסכמה חברתית רחבה. רבות נשמעת הטענה על הבעייתיות הטמונה בכך שחוקי היסוד נילושים 'כמו פלסטלינה' על ידי הכנסת על מנת להתאים לאילוצי הממשלות השונות; ובכן, בית המשפט משנה תוך כדי תנועה, פעם אחר פעם, את עצם עקרונות היסוד המשטריים ואת מארג היחסים בין הרשויות; על מנת להתמודד עם קושי שהתעורר במקרה כזה או אחר. המארג החוקתי צריך

להתקבל, תוך שאיפה ל"מסך בערות", על ידי גורם הנהנה מהסמכה ישירה ככל הניתן של העם. ואומנם, לעיתים, בשעת הדחק, הכנסת איננה עומדת במבחנים הללו. כידוע, "hard cases make bad law"¹⁷, אך גם אם נסכים שקיימת בעייתיות מסוימת בכך שהכנסת משנה לעיתים את כללי המשחק כדי להתאים למקרה כזה או אחר שמתעורר, הרי שבעייתיות זאת מתעוררת תמיד כאשר בית המשפט הוא שקובע את ההסדרים החוקתיים-משטריים: בית המשפט איננו מסוגל שלא להתאים את הכרעתו לשאלה קונקרטית המתגלגלת לפתחו – זאת שיטת הפעולה האפשרית היחידה העומדת לרשותו. כמובן, כאשר עסקינן בעתירות הנוגעות לתוקפו של חוק או חוק יסוד, לרוב השיקולים הנשקלים בבית המשפט הם שיקולי רוחב, ולא פגיעה פרטנית באדם כזה או אחר. כוונתי, עם זאת, היא שהקביעות העקרוניות בדבר גבולות הסמכות של בית המשפט, גם הן נקבעות במסגרת ניסיון להתמודד עם מקרה 'קשה' של חוק ספציפי שהגיע לפתחו של בית המשפט; לא במסגרת דיון חוקתי עקרוני ושקוף, כפי שמתבצע כאשר הכנסת היא שדנה בשאלות משטריות שכאלה (דוגמה חיה אנו רואים בימים אלה).

ניתן בוודאי להחזיק בעמדה שלפיה ראוי להעניק לבית המשפט את הסמכות לפסול חוקי יסוד; הבעיה איננה התוצאה הספציפית, אלא ההתנהלות. סוגיה זו נוגעת (כדברי הנשיא ברק) "לשורשי היחסים שבין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט)".¹⁸ בעצומה שפרסמו 18 שופטי עליון בדימוס¹⁹ נטען כי

השינויים המוצעים בתוכנית [...] מחייבים בדיקה מוקדמת, רשמית וגלויה, שתברר באופן יסודי את המצב הקיים ואת הצורך בשינוי המצב [...] אנו מציעים לממשלה שתיתן יד להקמת ועדה ציבורית בהרכב הולם של אנשי ציבור ומומחים לדבר כדי שתקיים בדיקה יסודית ושקופה של המצב הקיים: תאסוף נתונים ותזמין חוות דעת; תאפשר לציבור הרחב להביע דעה ולהעלות הצעות; ותשקול את ההשלכות הצפויות של כל הצעה.

כאן ראוי שאותם שופטי עליון יישירו מבט וישיבו: האם בשבתם בבית המשפט, קיימו דיון ציבורי כלשהו לפני שקבעו את המציאות שאותה מבקשת הרפורמה להשיב לקדמותה? לפני שקבעו שסמכותם משתרעת, הלכה למעשה, גם מעל לזו של הרשות המכוננת? האם לכל הפחות התבסס הדבר על תשתית משפטית מבוססת ומוסכמת?

התשובה לשאלה הראשונה שלילית. כדברי השופט חשין: "והעם היכן הוא? וכי לא ראוי שנשאל את דעתו? אדרבא: נקרא לעם ונשאלה את פיו [...] אם כך ברבקה – לא כך יהא בעם ישראל כולו?".²⁰ ובכן, גם בשאלת הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד, בשאלת הלכת הסבירות ובהרחבת סמכויות היועמ"ש – איש לא שאל לפי העם. הכרעות שכאלה, המשנות את עצם המבנה ההיררכי הנורמטיבי שבבסיס שיטת המשטר, אינן יכולות להתקבל במסגרת פסק דין העוסק בתיקון כזה או אחר לחוק

יסוד, מבלי שיתקיים דיון ציבורי במוסד המתאים לדיון שכזה – הכנסת עצמה. כפי שכתבו השופטים – לא כך ראוי לקבל החלטות שכאלה.²¹

התשובה לשאלה השנייה שלילית אף היא. המשפט החוקתי בישראל של ימינו מורכב ממגדלים פורחים באוויר. כפי שציינתי, פסילת החוקים בישראל נשענה תחילה על הנחות אחדות: שחוקי היסוד נבחנים במבחן צורני דוקני ושהם בעלי מעמד נורמטיבי עליון, בלי קשר לקלות שבכינונם. ובכן, הנחות הכרחיות אלה נשמטו כולן זה מכבר לצד הדרך. אגב בניית הקומה השנייה בבניין החוקתי ההולך ונבנה, נטלו השופטים את היסודות שהחזיקו את הקומה שמתחת. הדבר נעשה חרף התרעות רמות מצד חלק משופטי הבית: בפרשת שפיר,²² שבמסגרתה סטה בית המשפט לראשונה ממבחן הזיהוי הצורני, כתבו זאת שופטי המיעוט השמרני במפורש, בזעקה רמה. כך למשל כתב השופט מינץ:

השאלה הבסיסית, מהיכן נתונה לנו הרשות והסמכות לבקר חוקי יסוד, מתעצמת עוד יותר בענייננו. שכן על הפרק עומדת הוספת מבחן מהותי לזיהוי חוקי יסוד, באופן המשמיט לכאורה את הקרקע מתחת להכרה בעליונותם. כפי שנאמר כבר לפני שנים, "הדוגל בסמכות מכוונת כמקור סמכות לחקיקתם של חוקי-יסוד חייב גם לדגול בגישה פורמלית או פורמליסטית לגבי אמצעי הזיהוי של הנורמות הנהנות מעליונות נורמטיבית" [...] על פי היסודות שנקבעו בעניין בנק המזרחי, ההכרה בקיומה של סמכות מכוונת (ובסמכות הנתונה לרשות זו להגביל את כוחה של הרשות המחוקקת) מכוח הסכמה חברתית רחבה ועל פי רצון העם משמעה מיניה וביה הכרה בכוח הכמעט בלתי-מוגבל הנתון בידי הרשות המכוונת [...]. הזיהוי של כוח זה חייב להיות ברור. בהיעדר הבחנה פשוטה וברורה בין דבר חקיקה לדבר חוקה, נשמטת ההצדקה הבסיסית להכרה בכך שנורמות שיצאו תחת ידי הרשות המכוונת עשויות להגביל את הרשות המחוקקת.²³

דא עקא, קריאה זו לא נענתה בהנמקה מלומדת ומשכנעת מטעם שופטי הרוב, המיישבת את הבעייתיות; גם לא בהנמקה בלתי משכנעת: שופטי הרוב התעלמו כליל מהביקורת, בשתיקה מהדהדת.

בניגוד לרושם שעשוי היה להתעורר מקריאת דבריי, אינני מתכחש לכך שבית המשפט העליון מנמק תמיד את החלטותיו, לרוב באריכות רבה. אך משעה שתוקפו של פסק הדין איננו תלוי בטיב הנמקותיו, הרי שבמובן מסוים, ההנמקה איננה משנה. בית המשפט, במתכונתו הנוכחית, יכול לכתוב למעשה ככל העולה על רוחו: שופטי הרוב אינם נדרשים להתייחס לטענותיהם של שופטי המיעוט – ופעמים רבות אינם עושים זאת; כמו כן, פעמים רבות שופטי הרוב חלוקים ביניהם על המבנה המשפטי המבסס את התוצאה, ורבים הם פסקי הדין העקרוניים (בנק המזרחי, חסון ושפיר הם דוגמאות בולטות מני רבות) שבהם קבעו השופטים קביעות משטריות דרמטיות ביותר, כל אחד לשיטתו, מבלי שתתקבל הנמקה קוהרנטית ואחודה העומדת בבסיס הדבר. יתרה מזאת, אין כל תוחלת בטענה, לאחר מעשה, כי נפלה שגיאה בהנמקת

בית המשפט; בשוגג או במזיד. ההחלטה איננה ניתנת לערעור או בחינה מחדש אלא על ידי בית המשפט עצמו, אם ירצה בכך. בעניין אמיתי²⁴ קבע השופט ברק כי כאשר ישנה חוסר הסכמה בין הממשלה ליועמ"ש, המלצתו היא שמחייבת את הממשלה, והיא היחידה שתוצג בבית המשפט. השופט ביסס קביעה דרמטית זו (אשר גם היא עומדת לדיון במסגרת הרפורמה) תוך הישענות על דו"ח ועדת אגרנט. לאחר מעשה, כאשר עומת השופט ברק עם העובדה שבדו"ח האמור נכתב בדיוק ההפך, הודה: "אני מסכים שזאת יצירה ישראלית. יש הרבה יצירות ישראליות שאין להן אסמכתאות. לכן מיהרתי לכתוב את מה שאמרתי לכם בפסק הדין. אם אתה שואל אותי מה האסמכתא [...] התשובה היא שהאסמכתא היא פסק הדין של בית המשפט העליון".²⁵ כמו הברון מינכהאוזן בשעתו, בית המשפט מרים עצמו בעזרת קווצות שיערו; הערות חסרות ביסוס של פסק דין אחד, הן כבר הדין המחייב של מחר. עמדתה של הנשיאה חיות בפרשת חוק הלאום (בג"ץ חסון),²⁶ שלא נקבעה כהלכה מחייבת, ושלפיה כל חקיקת יסוד מחויבת להלום (לשיטתה) את ישראל כיהודית ודמוקרטית, כבר עומדת²⁷ בבסיס חוות הדעת שהגישה היועצת המשפטית לממשלה ביחס לרפורמה, כדי להצדיק את פסילתה העתידית.

בהיעדר כללי משחק, ובהתחשב בכך שהמגבלה היחידה העומדת לכוחו של שופט בית המשפט העליון בישראל היא גבולות היצירתיות המשפטית שלו – מדובר בפוטנציאל סכנה ממשי לדמוקרטיה הישראלית. בשנים האחרונות הספיק בית המשפט לבחון את האפשרות לסלק ראש ממשלה מכהן מכיסאו ללא הסכמה מפורשת בחוק, או את האפשרות להגביל את שיקול דעתו של הנשיא בבואו להטיל מנדט. בבית המשפט כבר נשמעה דעה הקובעת שיש לפסול חוק יסוד מהותי (חוק הלאום) בטענה שתוכנו הופך אותו ל"תיקון חוקתי שאינו חוקתי", ועוד. בימים אלה התבשרנו שבית המשפט החליט לדון, מבלי לדחות על הסף, בעתירה המבקשת להורות ליועצת המשפטית לממשלה להכריז על נבצרותו של ראש הממשלה, אף שהוא בריא וצלול בדעתו. כל אלה נושאים העומדים בלב עקרונות היסוד של המשטר הישראלי. כמובן שבית המשפט איננו בוחר את הנושאים המתגלגלים לפתחו;²⁸ אך הוא בהחלט בוחר אם לקיים בהם דיון או לדחותם על הסף (כפי שניתן היה לצפות כאשר מדובר בנושאים כאלה). לא תמיד היה זה המצב. במשך עשורים רבים התפתח המשפט החוקתי בישראל אט אט, ואמת: התפתח. ובכל זאת, כללי המשחק נותרו כשהיו. היחסים בין הרשויות נותרו כשהיו.

בטרם סיום, לא אוכל להתעלם מהטענה העולה תדיר, שלפיה גם הכנסת והממשלה שינו את פניהן בעשורים שחלפו. על פי הנטען, האופן שבו בחרה הכנסת להפעיל את סמכויותיה כרשות מחוקקת ומכוננת, ויחסי הכוחות בינה לבין הממשלה, הם ש'הזמינו' (או שמא חייבו) את בית המשפט להגביר את מעורבותו. הדברים נטענים ביתר שאת ביחס ל'הזולת' השימוש בכלי החוקתי, תוך שינוי תדיר של חוקי היסוד למען צורכיה

המשתנים של הממשלה. ובכן, טענה זו מעוררת ספק רב ברמה העובדתית.

מאז ומעולם נהגה בישראל מדיניות 'מקלה' ביחס לתיקון חוקי יסוד – בהשוואה למדינות אחרות. מיום כינון חוקי זכויות האדם הלכה מגמה זו והתחזקה; מראשית שנות התשעים, לא חלפה שנה שלא תוקן בה לפחות תיקון אחד לחוקי היסוד – פעמים רבות תוקנו רבים.²⁹ אומנם, ניתן להצביע על עלייה נוספת בשנים האחרונות, אך יש לזכור שהדבר נעשה במקביל לטלטלה פוליטית חסרת תקדים, לאי-יציבות שלטונית ולחמש מערכות בחירות בפחות משלוש שנים. גם לא ניתן לטעון שאופי התיקונים הלך ונעשה אינטרסנטי יותר במרוצת השנים: עוד קודם לבנק המזרחי הוסיפה הכנסת את פסקת ההתגברות לחוק יסוד: חופש העיסוק, כתיקון 'פרסונלי' שנועד לאפשר את חקיקתו של חוק ספציפי (העוסק בייבוא בשר לא-כשר) – שימוש יחיד עד היום. שנה לאחר מכן, ב-1995, תיקנה הכנסת את חוק יסוד: הכנסת על מנת לאפשר את פיצולה של מפלגת צומת ובכך להביא לרוב מספק לתמיכה בהסכמי אוסלו; בשנת 1996, תיקנה הכנסת את סעיף שמירת הדינים שבחוק היסוד (סעיף 10) שעמד לפוג, והאריכה את תוקפו בשנתיים נוספות; בשנת 1998, כאשר עמד לפוג תוקפו של החוק שחוקק בעזרת פסקת ההתגברות (שהרי פסקת ההתגברות שבחוק יסוד חופש העיסוק מגבילה את תוקפם של חוקים חורגים לארבע שנים בלבד), הוסיפה הכנסת סעיף ייעודי (סעיף 8(ב)), שהפקיע את החוק הנ"ל, ואותו בלבד, מההוראה על זמניות ההתגברות. באותה תקופה ביצעה הכנסת שינויים דרמטיים בחוקי היסוד במסגרת מהפכת הבחירה הישירה – שינויים שבוטלו באופן גורף בשנת 2001. נדמה אפוא כי נכונותה של הכנסת לבצע תיקונים לחוקי היסוד על מנת להתמודד עם אילוצים פוליטיים משתנים, אינה בגדר חידוש או "הידרדרות".

גם לו היינו מקבלים את הטענה כנכונה עובדתית, הרי שיש הבדל ניכר בין השינוי שהתחולל בכנסת לבין השינוי שהתחולל בבית המשפט. כפי שאראה להלן, כבר בעת שהכריז בית המשפט על מעמדם העליון של חוקי היסוד, הדבר נעשה על אף שהכנסת יכולה ועלולה לשנות את החוקים ברוב רגיל ובקלות רבה. כפי שהצגתי כעת, הדבר נעשה גם לאחר שהכנסת כבר ביצעה שימוש בסמכויות אלה לא פעם, על מנת להגן על 'אינטרס צר' שהתעורר. מכל מקום, מובן שאין דמיון בין טענה לשימוש מופרז בסמכות שניתנה לרשות, לבין טענה לחריגה מהסמכויות שניתנו לה. במילים אחרות, בעוד הביקורת על הכנסת והממשלה נוגעת לאופן שבו הן מבצעות שימוש בכלים הנתונים להן, הרי זו המופנית כלפי בית המשפט מייחסת לו חריגה הולכת וגוברת מסמכותו, תוך שינוי מתמשך של הכללים עצמם.

לסיכום האמור, הטענה שהרפורמה המוצעת תביא להחמרת המצב הקיים מחייבת הערכה מלאה של חומרתו של מצב זה. דומני כי הבעיות שעליהן הצבעתי, שטרם הוצגו במלואן בשיח האקדמי סביב הרפורמה, שוללות את תוקפה של טענה זו ומעמידות באור אחר לגמרי את המוטיבציה להעברת הרפורמה בדחיפות. כפי שאראה בהמשך דבריי, הרפורמה המוצעת מתקנת רבים מהפגמים שעליהם הצבעתי,

באופן ששייב את האיזון בין הרשויות.

ב. בית המשפט כגורם מפיקח על הכנסת – האומנם?

בשורש ההתנגדות לרפורמה עומדת הנחת מוצא שלפיה "בכל דמוקרטיה יציבה בית הנבחרים מצוי תחת פיקוח ואילו צים שונים, שמטרתם למנוע שימוש לרעה בכוחו [...] בית משפט עליון הוא תמיד חלק ממנגנוני הפיקוח, ואינו יכול להימנע כליל מדיון בסוגיות עם ממדים ערכיים".³⁰ הנחה זו היא שעומדת בבסיס התייחסותם הביקורתית של מתנגדי הרפורמה לחלקי הרפורמה הנוגעים בעיקר לביקורת שיפוטית על חוקים וחוקי יסוד.

אקדים ואומר כי ישנם סוגים שונים של ביקורת שיפוטית על חקיקת הרשות המחוקקת. אכן, ביקורת שיפוטית מסוימת מהווה כיום סטנדרט במרבית הדמוקרטיות בעולם; אך בכמה וכמה דמוקרטיות מכובדות לא קיים מנגנון של ביקורת שיפוטית 'חזקה' הכולל פסילת חוקים.³¹ אינני מבקש להשוות בין ישראל למדינות אחרות; יש לומר כי חלק גדול מדי בשיח סביב הרפורמה עוסק בהשוואות כאלה, כשכל צד מדגיש רכיבים המתאימים לשיטתו.³² ובכל זאת, כפי שציניתי, ההנחה הנורמטיבית שלפיה בדמוקרטיה ראוי שלבית המשפט תינתן סמכות לפסול את חוקי הכנסת, איננה מקובלת בכל מקום כמובנת מאליה, ונמצאת במרכזה של מחלוקת משפטית תאורתית עזה. ישנו עיקרון משטרי הרווח במדינות דמוקרטיות רבות – עיקרון "עליונות המחוקק" (Parliamentary sovereignty).³³ עיקרון זה – המצוי במתח מסוים עם עיקרון הפרדת הרשויות – מיושם בכל מדינה באופן אחר, אך מניח שככלל, הרשות המחוקקת עליונה על הרשויות האחרות, ואמורה, באופן עקרוני, להחזיק במילה האחרונה במסגרת האיזונים והבלמים שמטילות הרשויות אחת על רעותה.

ישראל אף היא החזיקה בעבר בעמדה זו, ובאופן רשמי מעולם לא חדלה מכך. למעשה, בישראל שקדמה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עיקרון זה אומץ באופן מוחלט במסגרת תפיסה שלפיה הכנסת היא כול יכולה, ורשאית להשתמש בכוחה אפילו על מנת לפגוע בזכויות אדם – מבלי שלבית המשפט תהיה הסמכות להתערב.³⁴ הנשיא ברק תיאר זאת במפורש בראשית חוות דעתו בפרשת בנק המזרחי (עמ' 354–355):

כדבר הזה לא היה בעבר. עד כה שררה בישראל ההשקפה כי "רשאי המחוקק הכול-יכול להתיר את הפגיעה באזרח ללא דין וללא דין... [...]; 'אזירת המחוקק היא, ואם היא גורמת להפליית, הרי הפליות חקוקות ועל-כן כשרות ולא פסולות הן' [...]. סיכם זאת השופט ברנזון, בקובעו: "...נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת

שנעשה כדין על יסוד נימוק זה או אחר...” [...] . בהשקפה חוקתית זו חל שינוי. הכנסת, בהפעילה את סמכויות החקיקה שלה, שוב אינה כול יכולה. על כוח החקיקה שלה בתחום זכויות האדם הוטלו מגבלות על-ידי הכנסת, תוך שזו עשתה שם כך שימוש בסמכויותיה המכוננות. זהו השינוי החוקתי הבסיסי.

הדברים נכונים על אחת כמה וכמה ביחס לעמדתו של הנשיא שמגר, שביסס את גישתו החוקתית כולה על עמדה הידועה בשם “כנסת כול-יכולה”, המוגבלת רק במגבלות שהיא מאמצת לעצמה. כך כתב הנשיא שמגר (שם, עמ' 285-284):

תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת מעוגנת בתפיסה שלפיה הכנסת היא הרשות המחוקקת העליונה והיא בלתי מוגבלת בסמכותה, פרט לאותן הגבלות שקבעה לעצמה אין גוף מחוקק מעליה, והיא מוסמכת לחוקק כל חוק, חוקתי או רגיל. לתוך סמכויותיה נספגו והשתלבו גם כל סמכויות החקיקה החוקתית שלא באו למיצוי מאז קום המדינה ואחרי הבחירות לאסיפה המכוננת [...] כל אקט חקיקתי נעשה על-ידי הכנסת בתור שכזאת. היא הרשות המחוקקת העליונה והכול יכולה של המדינה. זוהי אפוא תפיסה מוניסטיית של סמכויותיה של הכנסת, כגוף מונוליטי, אשר בכוחו לבצע סוגי פונקציות שונים שאותם [ם] הוא מפעיל לפי שיקולו. הכנסת אינה קטועת סמכויות ואינה מנותקת מן ההתפתחויות החוקתיות, אלא מייצגת ומשקפת אותן נאמנה, לאורך כל הדרך. כוחה הרב והרב-גוני בא לה כיוון שהיא מאחדת בתוכה את מכלול הכוחות שבאו לה במהלך ההיסטוריה החוקתית שלנו. היא אינה חייבת להתפצל ולשנות דמות, צורה ומעמד משפטי, כדי להפעיל את סמכויותיה הרחבות.³⁵

הנשיא ברק הבהיר בדבריו בבנק המזרחי, כי השינוי המבוצע במסגרתו איננו בלתי-הפיך (שם, עמ' 392):

לכנסת שלנו סמכות מכוננת, ובאמצעותה ניתן להגיע להסדרים חוקתיים שהאנגלים מתקשים להגיע אליהם. קובע אני זאת לא משום ששש אני אלי חוקה [...] קובע אני זאת כי אלה הם – לפי מיטב הכרתי המקצועית ועל בסיס מיטב ניסיוני להיות אובייקטיבי – המבנה החוקתי וההבנה החוקתית שלנו כיום. [...] כל עוד הכנסת לא החליטה להפסיק את מפעל החוקה, על בית המשפט ליתן תוקף חוקתי למפעל זה, תהינה דעותיו של השופט אשר תהינה.

ובכן, הטענה שלפיה ביקורת שיפוטית על פעולות הכנסת מהווה תנאי סף הכרחי למדינה דמוקרטית, משמעה שישראל לא שימשה כדמוקרטיה מתפקדת עד לחקיקת חוקי זכויות האדם בראשית שנות התשעים. בהתאם, אלה הלומדים על עקרונות היסוד של ישראל כיהודית ודמוקרטית מכוח מגילת העצמאות, אינם יכולים לטעון ששלילת סמכותו של בית המשפט לבקר את הכנסת ואת חוקיה, מפרה את אותם עקרונות היסוד. נקודה זו נושאת בחובה חשיבות רבה, בעיקר משום שהיא משליכה במישורין על מסוגלותו של בית המשפט (לשיטתו שלו) לבטל את הרפורמה אם תחוקק. בעת כתיבת שורות אלו, חשש זה נדמה כממשי. אין

צורך להדגיש כי מעשה שכזה, אם חלילה יקרה, יביא לשבר חסר תקדים ביחסים בין הרשויות, אשר קשה לדמיין כמותו במדינה דמוקרטית – זאת אף מבלי להידרש לשאלת תוקפו של פסק דין שכזה. אם יבחרו שופטי בית המשפט העליון לעשות זאת, פירוש הדבר הוא שבית המשפט התיימר לעשות עצמו עליון אף על עצם חוק היסוד שמכוחו הוא מתקיים, חוק יסוד: השפיטה. קשה לדמיין ניגוד עניינים גדול מזה; קשה גם להצדיק אותו.

פסילה שכזו, אם חלילה תתרגש עלינו, תסתמך על הטענה שמדובר ב"תיקון חוקתי שאינו חוקתי". כאמור, דוקטרינה זו החלה כבר לגבש צורה בפסיקת בית המשפט; הנשיאה חיות קבעה שלא ניתן לחוקק חוקי יסוד השוללים את זהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.³⁶ טענה זו נשמעת בימים אלה בדברי היועמ"ש ונציגיה בדיוני ועדת חוקה. כפי שהצגתי, בכל הנוגע לאפשרות לבטל חוקים, אין ספק שמבחינה היסטורית טענה זו משוללת יסוד. הדברים נכונים גם ביחס ליתר רכיבי הרפורמה: כאשר הוקמה המדינה, בעקבות מגילת העצמאות, לא הייתה לבית המשפט סמכות לפסול חוקים – ודאי שלא חוקי יסוד;³⁷ לא התקיימה עילת הסבירות במתכונתה הנוכחית; אפילו לא הוקמה הוועדה לבחירת שופטים.³⁸ הרפורמה איננה מביאה לפגיעה 'חדשה' בהפרדת הרשויות, יתר על המצב שהיה בקום המדינה.³⁹ על כורחנו, התפיסה שלפיה הרפורמה נוגדת את עקרונות היסוד של השיטה, מניחה כי עקרונות אלו השתנו והתפתחו במרוצת השנים; מה שנחשב דמוקרטי בקום המדינה, איננו דמוקרטי עוד.

דומני כי בכך, לראשונה ובמובהק, הגיעה לישראל המחלוקת האמריקנית בין גישות ה"מקורנות" (Originalism) ו"החוקה החיה" (Living Constitution).⁴⁰ מחלוקת זו נוגעת לאופן שבו יש לפרש את מילות החוקה: על פי המשמעות שיוחס להן בעת כינונה, או על פי המשמעות המיוחסת להן כיום. האימוץ הישראלי לגישת "החוקה החיה" בעייתי פי כמה: הוא איננו מתמקד בפרשנות מילות החוקה, אלא בוחן את תוכנם של "עקרונות היסוד של השיטה", אשר אינם מעוגנים באף מילה כתובה ולא בכל מקור פוזיטיבי אחר.⁴¹ בעיניי, טענה רדיקלית זו צריכה להידחות בכל פה. לא ניתן לטעון כי מארג היחסים הנוכחי בין הרשויות מתחייב מעקרונות היסוד שעליהם הושתתה מדינת ישראל; גם לא ניתן לטעון שהיחסים שיווצרו בעקבות הרפורמה, יחרגו מעקרונות אלה; מבחינה היסטורית אין בכך כל אמת.

הכנסת, המכהנת בשם העם כרשות מכוננת, העניקה מרצונה את סמכות הביקורת השיפוטית לבית המשפט העליון. כפי שלימדנו ברק, "הפה שאסר הוא הפה שהתיר", והיא רשאית לחזור בה; וכפי שנחקק באותיות זהב על קיר היכל בית המשפט העליון בארה"ב: "העם יצר את החוקה, ובכוחו של העם לבטל אותה. היא יצר רצונו, ורק מרצונו עומדים לה חייה".⁴²

ובכן, הכנסת סבורה כעת (בשם העם) כי בית המשפט מעל בפיקדון שניתן לו. הדים לעמדה זו נשמעו גם מצד שופטי העליון עצמם: השופט סולברג כבר הביע את עמדתו ביחס לחלק מהצעדים שהזכרתי, המהווים לדבריו "שימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית"⁴³. בא בעל הפיקדון וביקש ליטול את שלו – וגם זאת באיחור של שני עשורים ומחצה, ובאופן חלקי בלבד.

דומני שהכרה בכך שפיקוח על הכנסת איננו בהכרח חלק מתפקידו של בית משפט בחברה דמוקרטית, משנה באופן ניכר את ההתייחסות אל הרפורמה כולה. כמובן שאין די בכך כדי לקבוע כי לא ראוי שתיתן לבית המשפט הסמכות הזו; הראיתי כי ישנה מחלוקת בשאלה זו, ועוד ארחיב על כך בהמשך דבריי.

ג. על איזונים, בלמים והפרדת רשויות

עיקרון הפרדת הרשויות הוא עיקרון ארכימדי, שאותו בהחלט ניתן להגדיר כ"עיקרון יסוד של השיטה" הישראלית ושל תפיסה דמוקרטית בכלל. אולם כאשר נושאים את שמו חשוב להבין מה הוא נועד להשיג ואת מי הוא מעוניין להגביל. כפי שכתבה פרופ' נטע ברק-קורן בנייר העמדה שלה על הרפורמה המוצעת, עיקרון הפרדת הרשויות מטרתו לבצר את כוחו של העם כריבון:

פיצול הכוח השלטוני בין גופים שונים, מקטיץ את יכולתו של השלטון לפעול נגד העם ו/או לבצר את שלטונו בצורה שתיטול את הכוח למשול מהעם. הפרדת הרשויות היא לקח היסטורי מניסיון ארוך שנים של חברות אנושיות, שתמציתו היא שריכוז הכוח השלטוני מביא לעריצות שלטונית ולשלילת חירות האזרחים. ההפרדה נועדה לייצר שלוש רשויות עצמאיות וחזקות, כל אחת בתחומה, שיגבילו זו את זו ויפקחו זו על זו. המרוויחים – הן כתוצאה מהפיצול, הן כתוצאה מהפיקוח ההדדי של הרשויות זו על זו – הם האזרחים.⁴⁴

במילים אחרות, מטרת הפרדת הרשויות, והאיזונים והבלמים הכלולים בה, היא למנוע מצב שבו נציגי העם במוסדות השלטון יחרגו מהמנדט שניתן להם ויבצרו את כוחם כך שיאפשר להם לפעול באופן שאיננו משקף את רצון בוחריהם – ואף עלול לפגוע בהם ובחירותם. אמור מעתה: איזונים ובלמים לנציגי העם, לא לעם.

אמת זו נכונה עם כוכבית אחת מצומצמת, שכן ישנו נושא אחד שעשוי לספק הצדקה מסוימת ומתוחמת היטב לריסון כוחו של העם: החשש מפני "עריצות הרוב". למושג זה יש משמעות רבה בשיח סביב הרפורמה, ועוד נשוב אליו בהמשך.

על כל פנים, הבנת עיקרון הפרדת הרשויות באופן הזה גוזרת מסקנה מתבקשת: ככל שרשות פועלת באופן ישיר יותר מכוח רצון העם, ועומדת באופן ישיר ותכוף יותר לביקורתו הבלתי-אמצעית, הרי שהיא נצרכת למגבלות מעטות יותר – ולהפך. בישראל המצב הפוך לחלוטין. הרשות השופטת מתנהלת באופן אוטונומי שאיננו תלוי באופן ישיר ברצון העם: השופטים אינם נבחרים אלא ממונים (בהליך שיש בו

משקל מוגבל בלבד לגורמים הנבחרים), והחלטותיהם אינן עומדות לביקורת העם. משעה שנבחר שופט הוא ממשיך את כהונתו עד הגיעו לגיל פרישה, מבלי לשאת באחריות (accountability) לעמדת הציבור על הכרעותיו; אם מדובר בשופט עליון – גם מבלי שתינתן לאיש במדינה זכות ערעור על החלטותיו. מציאות זו איננה מקרית, אלא מכוונת: עצמאות הרשות השופטת היא חיונית במדינה דמוקרטית. היא חיונית, בין השאר, על מנת שיוכל בית המשפט לבצע את תפקידו מבלי להיות מושפע מלחצי דעת הקהל – בפרט בנושאים אזרחיים ופליליים.⁴⁵ ברם, ככל שגוברת עצמאותה של רשות שלטונית ונחלשת תלותה ברצונו המפורש של העם, כך עיקרון הפרדת הרשויות מחייב שגבולות הגזרה שלה יהיו קשיחים יותר.

כאן הדברים מתקשרים לבעיה שבה פתחת: בית המשפט העליון, אשר פעל בצורה מתוחמת היטב בעשורים הראשונים למדינה, פועל כיום ללא שום איזונים ובלמים חיצוניים. הוא קובע את גבולות הגזרה של עצמו, וכבר הרחיב אותם לבלי הכר במרוצת השנים. בהשאלה מדברי הנשיא שמגר (שנאמרו במקור על הכנסת הכול-יכולה): הסייגים היחידים לרשות השופטת קמים וצומחים מתוכה ובה, עקב החלטתה החופשית בעת פסיקתה. ובכן, האמת צריכה להיאמר: בית המשפט לא הקפיד די הצורך להצמיח לעצמו סייגים אפקטיביים.⁴⁶ נהפוך הוא: גם במקרים שבהם מביעים שופטיו עמדה שלפיה ראוי לנהוג בריסון, נדיר שיחרצו שהדבר נובע מהיעדר סמכות; ברוב המקרים יסתפקו השופטים בקביעה שקיומה של סמכות בעניין צריכה עיון – דבר שמיתרגם לעיתים קרובות להרחבה נוספת בעתיד.⁴⁷ כיום בית המשפט מיצב עצמו, במבחן התוצאה, כרשות עליונה על הרשות המכוונת; נתונה אך ורק למרותן של "עקרונות היסוד של השיטה", שגם את טיבן הוא קובע בכוחות עצמו. כפי שכתב ליפשיץ:

ההתנהלות שתוארה עד כה מטילה ספק רב בנכונותו של בית המשפט לרסן את עצמו. הוא מתחיל בפריצות קטנות, וכשהפרצה מתרחבת והשביל שנגזל כבר נדרך ברגלי הרבים המהלכים בו – אפשר להרחיב עוד יותר את הפרצה, כי הרי "כך כבר נפסק", והרי זו הלכה שאין מערערין עליה עוד ואין מהרהרין אחריה כלל: שתקו! כך עלה במחשבה לפנינו. אבל יש מקום להרהר ולערער ולא לשתוק. הרי אנו רואים לנגד עינינו כיצד בית המשפט פוסל את 'חוקיותם' (לשיטתו, כשהיא נוחה לו) של חוקי היסוד החוקתיים בנימוקים המתבססים על 'עקרונות על-חוקתיים', שהוא עצמו קובע אותם. מעולם לא שמענו על בית משפט בעולם המוסמך לפסול חוקה כתובה. אך יגענו ולא מצאנו – אל תאמינו: כאן מצאנו. ולא להאמין.⁴⁸

חרף האמור, מתנגדי הרפורמה מתארים את המצב הקיים כתקין – לכל היותר, כדרוש תיקון מסוים; לדבריהם, ייתכן שבית המשפט "גולש לא אחת לתחומן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת".⁴⁹ בהנגדה זו עקת, מתוארת הרפורמה כעתידה להביא "לקריסת הפרדת הרשויות בישראל".⁵⁰ ההפך הוא הנכון.

מתנגדי הרפורמה מנופפים בטענתו המפורסמת של הפדרליסט,⁵¹ שלפיה לרשות השופטת "אין ארנק ואין לה חרב"; משמע, מדובר ברשות שבאופן אינהרנטי איננה 'מוסכנת' לריבונות העם. בכל הכבוד, גישה זו (אשר זכתה כבר בעת לידתה לביקורת עזה)⁵² איננה משכנעת במקרה הישראלי. בית המשפט פועל תחת אקסיומה מוחלטת, שלפיה יש חובה חלוטה לציית לפסקיו. עד היום, האקסיומה הזו ממשיכה להתקיים.⁵³ בית המשפט הפגין לא אחת כי הוא איננו נרתע מלהורות לרשויות האחרות כיצד לפעול; לרשות המחוקקת כיצד להשתמש בארנק, ולרשות המבצעת כיצד להשתמש בחרב.⁵⁴

ובכן, ניתן בהחלט להעלות חששות להשפעת הרפורמה על הפרדת הרשויות. אולם הבנת התכלית של עיקרון זה מלמדת כי המצב הנוכחי גרוע לאין ערוך: הרשות שסובלת מהגירעון הדמוקרטי הגדול ביותר (וממילא זו שעיקרון האיזונים והבלמים חיוני ביותר בעבורה) – פועלת כיום ללא שום איזונים ושום בלמים, למעט נטייתו הטבעית של כל שופט ושופט בנוגע למידת הריסון שהוא סבור שיש לנהוג בה. קשה אפוא לקבל את הנחת המוצא של המתנגדים לרפורמה, שלפיה מובן מאליו שמציאות זו עדיפה על פני זו שתושג על ידי הרפורמה.

אך לא נסתפק בכך. עדיין יש לבחון האם – כדברי המתנגדים – עלולה הרפורמה להפוך את הקערה על פיה ולפגוע פגיעה חריפה אף יותר בהפרדת הרשויות.

נתחיל מהכנסת. האקסיומה שלפיה חובה להטיל מגבלות משמעותיות על הרשות המחוקקת – איננה מובנת מאליה. כפי שציינתי, הגישה בישראל בעבר, כפי שמשקפת גם בבנק המזרחי, הייתה ברורה כשמש: הכנסת (ולמצער הכנסת 'בכובעה' כרשות המכוננת) איננה מוגבלת על ידי שום גורם חיצוני, אלא רק על ידי המגבלות שהיא מקבלת על עצמה (בדומה לבית המשפט היום). יש בכך היגיון רב: הכנסת מעצם טיבה כבר עומדת בפני המגבלה הדמוקרטית האולטימטיבית – הצורך להיבחר על ידי הציבור באופן תדיר. זו מגבלה שמספקת הגנה ישירה מאין כמותה מפני החשש שתשתמש בכוחה הבלתי-מוגבל על מנת לסטות מייצוג העם.

המתנגדים טוענים שמדובר במנגנון לא יעיל מספיק: טיעון ממצה אפשר למצוא בדבריה של ברק-קורן, הטוענת כי הבחירות

מתרחשות בתדירות נמוכה מדי, ובאופן כוללני מדי [...] מכדי לאפשר בקרה שוטפת של העם על המגוון הרחב, המסועף והסבוך של מנגנוני הפעלת הכוח המדינתיים. כתוצאה מכך, אי אפשר להסתפק בבחירות כאמצעי להבטיח שלטון 'של העם, למען העם' ויש צורך במנגנוני בקרת כוח נוספים, הפועלים ברזולוציה גבוהה יותר, בתדירות תכופה יותר, ועם יכולת תגובה מהירה לפעולה המסכנת את העם או את המשטר הדמוקרטי (ובחירות, המתקיימות בתאריך קבוע מידי ארבע שנים, שאינו בשליטת הציבור, לא יכולות לספק מנגנון מיידי כזה).⁵⁵

אני גורס אחרת. הגישה הרואה חשיבות עזה בהגבלת סמכויות הרשות המחוקקת נשענת לרוב על עמדתו של מדיסון בפדרליסט,⁵⁶ המתייחסת אל הרשות המחוקקת כאל ה'חשודה' הגדולה ביותר לפגיעה בריבונות העם (בהנגדה כאמור לרשות השופטת הנתפסת כחלשה ביותר), בשל הכוח הרב הנתון לה. ניתן אולי להצדיק זאת ביחס לקונגרס האמריקני, אך הדברים שונים לגמרי כשמדובר בכנסת ישראל.

שיטת המשטר בישראל איננה מן המשופרות (בלשון המעטה).⁵⁷ ואולם, לצד הביקורות כולן, דבר אחד ניתן לומר על כנסת ישראל: היא משקפת באופן ישיר למדי את רצון העם – הרבה יותר ממקבילתה האמריקנית. בניגוד לישראל, הרשות המחוקקת בארה"ב (על שני בתיה) אכן מקיימת בחירות במועדים קבועים וקשיחים; בעוד שבִּישראל הבחירות מהוות מעין משאל-עם תקופתי וכולל, בארה"ב בכל פעם עומדים לבחירה שליש מהמושבים בלבד, כך שרצון העם איננו יכול לעולם לשנות את אופי הקונגרס מן הקצה אל הקצה; והחשוב מכול: בעוד שבִּישראל נהוגה שיטה יחסית-ארצית כמעט-מושלמת (למעט אחוז חסימה מסוים), שבה הרכב הכנסת משקף באופן יחסי את התפלגות הקבוצות השונות במדינה – בארה"ב כל אחד מהמושבים בשני בתי הנבחרים, נבחר באופן רובני-אזורי. כשאזרח יוצא לבחור, הוא איננו מצביע למפלגה מסוימת, אלא לנציג בית נבחרים/סנאט אחד בלבד (לרוב בבחירה בין 2-3 מועמדים בלבד), מבלי שיש לו כל השפעה על זהות מאות הנבחרים האחרים.⁵⁸ אם כך, חרף פגמיה הרבים, כנסת ישראל מייצגת באופן ישיר פי כמה וכמה ממקבילתה האמריקנית את התפלגות הדעות השונות בציבור, ואת 'רצון העם' כפי שהוא ברגע בחירת הכנסת.

הבחירות בישראל אינן מתקיימות "בתאריך קבוע מידי ארבע שנים". למרבה הצער, הן נערכות בתדירות גבוהה בהרבה – גבוהה מדי. נדיר שהכנסות בישראל ממלאות את ימיהן. עובדה מצערת זו תורמת גם היא את חלקה להגברת האחיזה של הציבור בכנסת: ההיסטוריה מלמדת שכאשר הכנסת סוטה מתפקידה כמייצגת העם – הדבר מהווה מתכון בטוח לנפילתה הקרבה. מדובר אומנם בטענה שאיננה קלה להוכחה, וייתכן שהיא דורשת בחינה אמפירית מסודרת. אף על פי כן, ניתן להבחין כי בעשורים האחרונים, כמעט בכל פעם שהתחולל אירוע דרמטי שהביא לשינוי בעמדת העם ביחס לכנסת המכהנת, והעלה טענות שהכנסת סתה מרצון נבחריה – התוצאה הייתה חוסר יציבות דרמטי בתפקוד הכנסת, שהתבטא בפיזור ובשינוי דרמטי במפת המפלגות: כך היה מייד לאחר תוכנית ההתנתקות (שהביאה לעליית מפלגת 'קדימה' לשלטון, על חשבון הליכוד); כך היה בעקבות מלחמת לבנון השנייה (שהביאה למפלגת 'קדימה' ולהשבת הליכוד לשלטון); כך היה לאחר הקמת ממשלת האחדות ליכוד-כחול לבן (בניגוד לרצון חלק ניכר מבוחרי כחול לבן); וכך גם היה, כמובן, לאחר הקמת 'ממשלת השינוי'.

אומנם, לעיתים הסתייה האמורה מביאה לתוצאה בלתי הפיכה, כך שקיומן של הבחירות איננו מאיין את הפגיעה שכבר נגרמה. אכן, כל מודל של דמוקרטיה

עקיפה כרוך בסיכון מסוים שרשויות השלטון יבצעו פעולות הנוגדות בפועל את רצון העם. ובכל זאת, התועלת שבבחירות נותרת כפולה: ראשית, הן מונעות אפשרות שסטיית השלטון מרצון העם תימשך זמן רב; שנית, ידיעת הנבחרים על כך שבבוא היום הם יאלצו לתת דין וחשבון על מעשיהם, גם היא כשלעצמה אמורה לצמצם את המקרים הללו.

עוד יש להבהיר כי ההצדקה לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת איננה מסתמכת על הנחה שבחקיקת החוקים המדוברים סתתה הכנסת מרצון העם; למעשה, לרוב ההפך הוא הנכון: בית המשפט מצדיק את פסילת החוקים ככלי המגביל את רצון העם, שמטרתו למנוע את "עריצות הרוב". אם כך, הרי שביקורת שיפוטית שכזו – אשר לה הצדקות אחרות – איננה יכולה להתקבל כמפקחת על הכנסת מכוח עיקרון הפרדת הרשויות.

אם כן, הרשות המחוקקת בישראל איננה נדרשת למגבלה חיצונית כה נוקשה על פעילותה, בדמות ביקורת שיפוטית "חזקה" הכוללת ביטול של חקיקה ראשית.⁵⁹ כמובן שאין פסול ביצירת מגבלות מאוזנות; ואני סבור שהרפורמה מותרת על כנן מגבלות חיצוניות משמעותיות, דוגמת האפשרות שבית המשפט ידון בחוקתיות חוקים – אף אם יתקשה לבטלם בסופו של יום.

1.1. טענת "הקוקטייל הרעיל"

אבקש לסטות לרגע מעיסוקנו המרכזי כדי להבהיר נקודה רלוונטית במיוחד לענייננו בחלק זה. ברי כי הצבעתו של האזרח בבחירות דמוקרטיות איננה מתיישבת לחלוטין עם עמדותיו בכל נושא ונושא, אולם עובדה זו אינה מפחיתה כהוא זה מישרות הייצוג של עמדת הבוחר או מעוצמת בחירתו במפלגה פלונית. הבחירה הניתנת לנו כאזרחים היא מבין רשימה של 'עסקאות חבילה'; זוהי דרכה של דמוקרטיה עקיפה. כך למשל, אזרח בעל דעות ימין בנושאי ביטחון וכלכלה, שבמקביל גם מאמין בהפרדת דת ומדינה, תומך בזכויות להט"בים ובשוויון בנטל – עשוי להצביע למפלגת ימין דתית, תוך מודעות מוחלטת לעובדה שיש בכך ויתור על חלק מעמדותיו. לעיתים אדם עשוי להצביע למפלגה המשקפת באופן מדויק ביותר את ערכיו, אך תוך ידיעה ברורה, והסכמה, שהיא תשב בקואליציה שלא תאפשר לה לקדם חלק מהנושאים הקרובים לליבו. הבחירה להציב סדר עדיפויות ולבכר יעדים מסוימים על פני אחרים היא בחירה מודעת. פוליטיקה היא אומנות האפשר, הוויתור והפשרה. בהתאם, קואליציית ימין-חרדים משקפת באופן ישיר גם את עמדתו של מצביע ימין חילוני, שבחר במודע לתעדף ערכים מסוימים על פני אחרים. הוזה אומר, 'רצון הבוחר', כאשר הוא תוצר של שיקול פוליטי, איננו רצון פחות 'אותנטי'.

וכעת הגענו אל "הקוקטייל הרעיל" – מונח שטבעה ברק-קורן,⁶⁰ המתייחס לשתי הטענות המקובלות בדבר חולשותיהן של הכנסת והממשלה בישראל. על פי גישה

זו, חולשתה של הכנסת מתבטאת בכך שהממשלה למעשה שולטת בה בעזרת רוב אוטומטי; חולשתה של הממשלה מתבטאת בהיעדר יציבות כרוני שמגביר את כוחם היחסי ויכולת הסחטנות של כל מפלגה או חבר בקואליציה. חידושה של ברק-קורן הוא בטענתה ששתי החולשות הללו מגבירות זו את זו במעין "קוקטייל רעיל"; כוח הסחטנות שיש לחברי הממשלה מביא לכך שזו תשליט את עמדתם של בודדים מחבריה, על הכנסת כולה.

חלקו הראשון של הקוקטייל עוסק בטענה שהממשלה שולטת בכנסת בשל העובדה שהיא נתמכת תמיד על ידי רוב הכנסת. טענה זו אומנם ידועה, אך כלל לא מובנת מאליה; למען האמת, ניתן להציג את הדברים בצורה הפוכה לגמרי: הכנסת היא ששולטת בממשלה, שכן כל קיומה של הממשלה תלוי בכך שרוב מחברי הכנסת יביעו בה אמון. בדיוק כפי שבבית המשפט רוב שופטי ההרכב הוא שקובע את התוצאה, כך גם בכנסת, הרוב הנתון מקרב חברי הכנסת הוא שקובע איזו ממשלה תכהן. למעשה, די ברצונם הרגעי של רוב חברי הכנסת כדי להפיל את הממשלה ולהחליפה בממשלה אחרת – אף מבלי ללכת לבחירות.⁶¹ מכל מקום, אף אם נקבל את האקסיומה הידועה שלפיה הממשלה היא ששולטת בכנסת, אפשר לטעון כי למעט מקרים חריגים,⁶² אין בכך גירעון דמוקרטי או פגיעה של ממש בעיקרון הפרדת הרשויות.

אסביר. שליטת הממשלה בכנסת איננה נעשית בעזרת זכות וטו סטטוטורית (כמו זו הנתונה לנשיא בארצות הברית), אלא מעצם העובדה שהממשלה זוכה לאמון רוב חברי הכנסת. מובן שאם ישנה ממשלה הומוגנית, המשקפת תמימות דעים מלאה של 61 חברי כנסת, אין כל בעיה. במקרה כזה, כאשר הכנסת מצביעה בהתאם לרצון הממשלה, היא מצביעה גם בהתאם לרצון רוב חבריה. הקושי מתעורר כאשר הממשלה מורכבת מקואליציה הטרוגנית, שחבריה נתונים במחלוקת בנושאים מהותיים. במקרה כזה, גורסת התזה, עלול להיווצר מצב שבו פלח מסוים בממשלה יקבע את עמדת הממשלה כולה, וזו תשליט את עמדתה על הכנסת בעזרת הרוב הקואליציוני.

כאן מתחברים הדברים אל הנקודה שבה נפתח חלק זה. המשמעת הקואליציונית מתבססת על מערך הסכמים בין המפלגות השונות המרכיבות את הממשלה. הסכמים אלה מבטאים את הכרעת המפלגות השונות בשאלת תעודף הערכים השונים שבגינן נבחרו. כאמור, כל בוחר נותן אמונו במפלגה מתוך הבנה שהיא לא תעניק לו את מלוא תאוותו בכל נושא – מתוך הבנה וציפייה שתתעדף יעדים מסוימים על פני אחרים. ההסכמים הקואליציוניים והמשמעת בהצבעות הנלווית אליהם, מייצגים תעודף זה, שאינו חותר תחת רצון הבוחר – אלא מסייע בהגשמתו.⁶³

הממשלה הקודמת – ממשלת בנט-לפיד – היוותה דוגמה מאלפת לעניין זה. ממשלה זו, ההטרוגנית ביותר שידעה המדינה, הורכבה ממפלגות שנדמה היה שמוכנות לבלוע צפרדע אחר צפרדע ולו רק כדי למנוע את התפרקות הקואליציה. הממשלה גם ביצעה שימוש נרחב וחסר תקדים בחוק הנורווגי.⁶⁴ כל המפלגות החברות בקואליציה הסכימו

לוותר על רובן המוחלט של שאיפותיהן ולשבת עם מפלגות המחזיקות בעמדות קוטביות, פשוט משום שהחלופה נתפסה כגרועה יותר. נדמה אף שמהלך זה זכה לתמיכה רחבה מצד קהל הבוחרים של רוב המפלגות האמורות.⁶⁵ האם אפשר לטעון שהמפלגות הללו, בהסכמתם לויתורים כאלה, מעלו ב'רצון הבוחר'?

חשוב להדגיש: הסכמים קואליציוניים אינם חובקי כול. בכל ממשלה שהתקיימה בישראל, ותהיה ההומוגנית ביותר, היו נושאים שעמדו במחלוקת בין הסיעות השונות ולא הוכרעו בקווי היסוד לכאן או לכאן; כלומר – נושאים שהמפלגות השונות החליטו לעמוד עליהם, ולא לתעדף אחרים על פניהם. במקרים כאלה, השלטת עמדתו של פלג מסוים בממשלה על שאר חבריה ועל הכנסת כולה, אכן מהווה בעיה דמוקרטית של ממש. אולם קשה למצוא דוגמאות להתרחשות בפועל של הבעייתיות הזו. במרבית המקרים שבהם מתעוררים חילוקי דעות עזים בממשלה בנושאי ליבה, שלא הוסכם בעניינם במסגרת התן-וקח של ההסכמים הקואליציוניים, מונצח הסטטוס קוו, בבחינת "כל המשנה – ידו על התחתונה", אפילו אם ראש הממשלה בכבודו ובעצמו הוא שמעוניין בשינוי. במקרים אחרים מצליחה הקואליציה, גם באמצע הקדנציה, להגיע להסכמות חדשות בנושאים שבמחלוקת, אף אם לא עוגנו במסגרת ההסכמים הקואליציוניים הראשוניים.

דוגמה בולטת ומתבקשת לכך נוגעת לעצם הרפורמה שבה אנו עוסקים. הדברים 'נמצאים על השולחן' מזה כשני עשורים. יותר מראש ממשלה אחד הביע את רצונו לבצע רפורמות מרחיבות במערכת המשפט, וביטא זאת בעזרת מינוי שר משפטים 'לעומתי' למערכת: ניתן למנות את חיים רמון, דניאל פרידמן, יעקב נאמן, איילת שקד, אמיר אוחנה ועוד. ובכל זאת, חרף רצונם המובהק של אותם שרי משפטים (ולעיתים גם של ראשי הממשלה שמינו אותם), וחרף תמיכה הולכת וגוברת בממשלות השונות – אף ממשלה לא הצליחה 'לאכוף' את השינויים העומדים בלב הרפורמה על כל חבריה בעזרת שימוש במשמעת הקואליציונית.

משמעת קואליציונית אין משמעה שחברי כנסת מצביעים נגד עמדתם בהתאם להוראה מוכתבת מלמעלה; משמעת קואליציונית משמעה שחברי הכנסת מצביעים לעיתים באופן שלא תואם את השקפתם האידיאלית, מתוך ויתור מודע ורצוני שמטרתו להשיג יעדים אחרים. קשה עד בלתי אפשרי למצוא מקרים שבהם מפלגות החברות בקואליציה הצביעו באונס על נושא המנוגד להשקפתן רק בשל חרב המשמעת הקואליציונית, מבלי שהדבר נעשה במסגרת בחירה מודעת ו'כדאית' שביטאה סדר עדיפויות. כאשר העמדה הקואליציונית נעשית בלתי-כדאית למפלגה מסוימת משום שמדובר בויתור גדול מדי על ערכיה, המשמעת הקואליציונית לא תועיל, ואומנם, 'משברים קואליציוניים' שכאלה הם עניין נפוץ למדי.⁶⁶

לסיכום, הטענות על שליטת הממשלה בכנסת נשענות לטעמי על תפיסה חד-ממדית של המושג 'רצון'. אמת, לעיתים 61 חברי כנסת מצביעים בעד נושא המשקף את

משאת נפשם של עשרה חברי כנסת בלבד. אולם אותם 51 אינם נסחטים, ואינם 'פראירים'; הם עושים זאת משום שבמסגרת יחסי התן וקח ההכרחיים בפוליטיקה, אותו נושא נהפך גם לאינטרס שלהם. תעדוף זה הוא לגיטימי. הבוחר מקבל אותו ואף מניח את קיומו.

כעת נידרש לחציו השני של "הקוקטייל הרעיל", שעל פיו הממשלות חלשות גם הן בשל כוחן הסחטני של המפלגות החברות בהן (ואף של ח"כים בודדים בקואליציה). גם טענה זו, כשלעצמה, איננה חדשנית ואינה שנויה במחלוקת;⁶⁷ החידוש הוא בטענה שחולשת הממשלה מצטרפת ומגבירה את חולשת הכנסת מול הממשלה, שכן כל חלק קטן מהקואליציה (מפלגה או מספר ח"כים בודדים) עלול להשליט את עמדתו על יתר הממשלה (תחת איום בהפלתה) – ובכך להשליט את מרותו על הכנסת כולה. כאמור, אני סבור שגם כאן החשש גדול מהמציאות. אומנם בממשלות שבריריות ניתן כוח יחסי רב למפלגות קטנות או לח"כים בודדים, אולם 'סחטנות' זו מחזיקה מעמד רק מקום שבו משתלם למפלגות האחרות, במסגרת מערך השיקולים הלגיטימי שלהן, להיענות לה על מנת לשמור על אחדות הממשלה ולקדם את המדיניות החשובה להן. חשוב להבהיר: הוויתורים עשויים להיות מפליגים, אך אין פירוש הדבר שאינם תואמים את רצון הבוחר, שמעוניין בקיומה של אותה ממשלה – גם במחיר הוויתורים הכואבים. עוד יש לציין שריבוי מפלגות קטנות עשוי דווקא להפחית, במצבם הרגיל של דברים, את הסחטנות של כל אחת, שכן יותר מפלגות משמען יותר אלטרנטיבות לשותפות קואליציוניות במקרה שמפלגה אחת תנסה לנקוט בסחטנות. לרוב מפת הגושים בישראל גמישה למדי, כך שהחלפות כאלה עשויות להתרחש – ואף התרחשו בעבר.⁶⁸

נשוב ל'ממשלת השינוי'. לכאורה זהו מקרה בוחן מושלם לשאלת החשש מסחטנות. מדובר בתקופה שבה מפת הגושים נעשתה קשיחה מאי-פעם; בממשלה צרה המורכבת ממפלגות קטנות רבות, ללא כל שותפות פוטנציאליות אפשריות באופוזיציה, כאשר לכל מפלגות הקואליציה השתלם להחזיק את הממשלה בשלמותה ולא להביא לבחירות. בפועל, סחטנות כזו, שאכן צצה ועלתה בכל מה שקשור לחלוקת התפקידים בממשלה פנימה, לא השפיעה באופן 'בעייתי' על החקיקה שהובילה הממשלה בשם הכנסת: במרבית הנושאים השנויים במחלוקת דגלה הממשלה בשמירה על הסטטוס קוו ונמנעה ככל הניתן מלבצע שימוש במשמעת הקואליציונית על מנת לאכוף דרישות שלא הוסכמו בקווי היסוד של הממשלה. על אף שהחלופה הייתה כזו שאמורה לעודד סחטנות, ברגע שבו צצו פערים בלתי ניתנים לגישור, התוצאה לא הייתה סחטנות והכפפה, אלא פירוק הממשלה תוך חודשים ספורים.

אם כן, אף שאין מחלוקת בדבר חולשתה של הממשלה במבנה המשטרי הנוכחי ועל הבעייתיות שבכך (כפי שנוכחנו כולנו בשנים האחרונות), הרי שלא מצאתי במציאות כל סימוכין לטענה החדשנית, שלפיה חולשה זו 'מגבירה' את אחיזתה הפסולה של הממשלה בכנסת. בהתאם, למיטב ידיעתי, המציאות שבה הרוב הקואליציוני 'הכופה'

איננו משקף רוב אמיתי בכנסת (גם אם רוב זה נובע משיקולי ריאלי-פוליטיק) – נדירה עד לא-קיימת. אני סבור אפוא, שגם הדיבור על הכפפת הכנסת לממשלה יצא מפרופורציה. הממשלה משקפת את רצונם המוסכם של רוב חברי הכנסת, ואת מערך הויתורים שהם מוכנים – בגיבוי בוחריהם – לבצע.

חשוב להבהיר דבר מה נוסף ביחס להפרדת רשויות. העובדה שלממשלה דריסת רגל משמעותית בחקיקה, אינה מהווה כשלעצמה הפרה של עיקרון הפרדת הרשויות. כפי שהבהיר הפדרליסט,⁶⁹ מונטסקייה (שטבע את העיקרון)

לא התכוון לומר בכך כי אסור שתהיה למחלקות האלה כל שותפות חלקית זו במעשי זו, וכל שליטה זו על מעשיה של זו. כפי שמשמע מלשונו [...] אין הוא יכול להתכוון אלא לכך שבמקום שכל הסמכות של מחלקה אחת מופעלת על ידי אותן ידיים אשר מחזיקות בכל הסמכות של מחלקה אחרת, מתערערים עקרונות היסוד של חוקה חופשית.

אני סבור כי קשה לטעון שהיחסים בין הכנסת לממשלה, (אף אם אינם מיטיביים) – עולים כדי מצב זה: חקיקה פרטית קיימת גם קיימת,⁷⁰ והצעות ממשלתיות אינן זוכות לתמיכה אוטומטית בכל מצב.

במנותק מהרפורמה העומדת על הפרק, כמובן שאני מצטרף לכך שראוי למצוא פתרונות לשיפור היחסים בין הכנסת לממשלה בישראל. מדובר בתיקון חינוי וקריטי, וכולי תקווה שלא ירחק היום שבו הוא יעבור. לא מן הנמנע שהתעצמות כוחה והישג ידה של מערכת המשפט מהווים בלם בפני ניסיונות אפשריים לשינוי מאזן הכוחות בין הרשויות הללו, שכן כל אחת מהן חוששת לבצע שינויים במצב הקיים, בנוכחותה של שחקנית שלישית רבת עוצמה ובלתי צפויה.⁷¹ ייתכן שהסרת חשש זה תפתח פתח לטיוב השיטה.

2.ג. טענת עריצות הרוב

כפי שהזכרתי, האיזונים והבלמים המצויים בדמוקרטיה אינם אמורים להוות בלם לעם, אלא לנציגיו. לקביעה זו חריג בולט אחד: עריצות הרוב. ואומנם, בנקודה זו מתמקד חלק ניכר מהביקורת שמשמיעים מתנגדי הרפורמה. אין זה מפתיע, כפי שכתב וולדרון:

הדאגה שבאה לידי ביטוי יותר מכל בנוגע לעבודתו של מחוקק דמוקרטי היא שבגין הבסיס הרובני שלו, הליכי חקיקה עלולים לבטא 'עריצות של הרוב'. החשש הזה כל כך רווח, כל כך מוכר בתרבות הפוליטית שלנו, והביטוי 'עריצות הרוב' מתגלגל על לשוננו בקלות רבה כל כך, עד שהצורך בהגבלות באמצעות פיקוח שיפוטי על החלטות חקיקה הפך לפחות או יותר אקסיומטי. איזו בטוחה אחרת יש למיעוטים מפני עריצות הרוב?⁷²

וולדרון טוען כי "הטיעון הרווח הזה מבולבל מאד". במאמרו ממשיך וולדרון ומפרט טיעון לוגי מורכב, המצמצם את החשש מפני עריצות הרוב לקשת מקרים מצומצמת בלבד. אומנם אין תחליף לקריאת הדברים במקורם, אך אסכם את הדברים כך: עריצות הרוב מתרחשת רק במקרים שבהם קיימת זהות בין המיעוט ה'החלטי', לבין המיעוט ה'תוכני'. דהיינו, כשהקבוצה שזכויותיה נפגעות בשל ההחלטה מהווה, באופן כרוני, מיעוט בקרב הגורם המקבל את ההחלטות. זהות זו מתרחשת רק במקרים שבהם קבוצת הרוב באוכלוסייה נעשית אדישה לזכויותיו של אותו מיעוט. לטענתו, אין כל סיבה להניח, כעניין שבשגרה, שהרשות המחוקקת (או העם בכללותו) מועדים להשחתה שכוזו יותר מאשר שופטי בית המשפט. נהפוך הוא:

האם העריצות של הכרעה פוליטית חמורה יותר מפני שהיא מונהגת באמצעות רוב? [...]. האם עריצות של רוב פופולרי (כלומר, רוב של נציגים נבחרים, לשכלל אחד מהם תמיכה של רוב מצביעיו) היא ביטוי חמור יותר של עריצות? אינני מצליח לראות כיצד זה ייתכן. או שנאמר שעריצות היא עריצות ללא קשר לשאלה איך (או על ידי מי) התקבלה ההחלטה, או שנאמר – זוהי דעתי – שההיבט הרובני דווקא מרכז את ביטוי העריצות, שכן זה מציין על מאפיין אחד לפחות שאינו רודני בהחלטה: היא לא התקבלה בהליך שהדיר אזרחים מסוימים מהשתתפות בו כשוויים.⁷³

לדבריו, החשש מעריצות הרוב מצדיק ביקורת שיפוטית רק במקרים שבהם יש "דעה קדומה נגד מיעוט מובחן ומבודד" וחשש ממשי שהדבר יביא לפגיעת הרוב בזכויותיו. בישראל, למשל, עשוי להימצא מקום לחשש מפני עריצות כלפי המיעוט החרדי, המיעוט הערבי, או קבוצות מוחלשות אחרות כגון אלה. אולם לא סביר שחשש זה אכן יתגשם. כפי שכבר ציינתי, רוב הציבור הישראלי חרד לזכויות אדם; של עצמו, וגם של השונים ממנו. בכנסת ישנו ייצוג עקבי ולא-זניח למפלגות ערביות וחרדיות. אומנם, המפלגות הערביות מצויות לרוב באופוזיציה,⁷⁴ אבל קשה לטעון שהדבר מביא לכך שקולם של האזרחים הערבים אינו נשמע. חברי כנסת ערבים משתלבים גם במפלגות 'יהודיות', משתתפים באופן פעיל בוועדות הכנסת ובפעילות פרלמנטרית, ועוד. גם בקרב חברי הכנסת היהודים, מימין ומשמאל, ישנם רבים המעוניינים להיטיב עם החברה הערבית.⁷⁵ אין בכוונתי לטעון שהחברה הערבית (או החרדית) זוכה ליחס הראוי לה בקבלת ההחלטות בישראל; עם זאת, אינני סבור כי ההיסטוריה מלמדת על ניסיון שיטתי מצד חברי הכנסת היהודים לפגוע במיעוט הערבי, או על אדישות לזכויותיו. לא יפלא אפוא לגלות, שמבין 22 החוקים שנפסלו בשל פגיעה בזכויות אדם,⁷⁶ מיעוט זעיר בלבד נוגע כהוא-זה ליחסי יהודים-ערבים בישראל.⁷⁷

למעשה, נדמה כי אם יש חשש כלשהו לעריצות הרוב, הוא מופנה דווקא כלפי החברה החרדית. אומנם, כיום החרדים הם שותפים כמעט קבועים בקבלת ההחלטות במדינה, וכוחם היחסי אפילו גדול לעיתים מחלקם באוכלוסייה. אולם קיימות מספר מפלגות שחרטו על דגלן שאיפה לשנות את המצב הזה ולהדיר את החברה החרדית

מקבלת ההחלטות, תוך קריאה ל"ממשלת אחדות-חילונית". בשני המקרים בעשור האחרון שבהם החרדים לא לקחו חלק בממשלה, הדבר שימש באופן מובהק על מנת לבצע צעדים שמצטיירים (לפחות בעיני החרדים עצמם) כרומסים את זכויותיהם התרבותיות ואת אורח חייהם.

ובכל זאת, במבחן החוקים שנפסלו בשל פגיעתם בחברה החרדית, התמונה עגומה. למעשה, נפסלו כמה וכמה חוקים הנוגעים לחברה החרדית – כולם חוקים המיטיבים עימה. אפשר כמובן לטעון ששליטת ההטבות הללו (למשל ביטול חוק הגיוס) אינה פוגעת בזכויותיה של החברה החרדית; אך זהו קושי שעולה במקרים רבים שבהם נטען לפגיעה בזכות, וזו בדיוק הנקודה: לרוב, גם כאשר ניתן להעלות טענה לעריצות הרוב, מדובר למעשה בשאלה ערכית שבבסיסה מחלוקת אמיתית ולגיטימית על עצם הגדרת הזכויות המוגנות – מחלוקת שצריכה להיות מוכרעת על ידי נציגי העם.

לסיום אבקש להדגיש את העובדה כי עריצות הרוב (להבדיל מעריצות השלטון) מניחה למעשה את השחתת הרוב. החשש ממנה הוא החשש שיום יבוא ובמדינת ישראל ייווצר רוב אדיש לזכויות אדם, רוב שאיננו מעוניין להגן על השונים ממנו. חלילה לנו מלהניח דבר כזה. ובכל זאת, אם יום זה בוא יבוא, תהא זו תמימות של ממש להניח ש-15 האזרחים המכהנים בבית המשפט יוותרו 'נקיים' מאותה שחיתות שפשתה בקרב אחיהם. בנוסף, כפי שלמדה ארה"ב על בשרה כאשר נהפך פסק הדין האוסר על הגבלת הפלות, הניסיון 'להנחית' ערכים כאלה ואחרים על הציבור בעזרת בית המשפט, אינו ברי-קיימא. בבית המשפט יושבים אנשים, אשר עשויים להתחלף באחרים בעלי דעות אחרות. זכויות שניתנו על ידי שופטים, עשויות להילקח על ידם בקלות רבה בהרבה מאשר אילו היו ניתנות על ידי חקיקה. תמימות גדולה מזו היא להניח שבחברה כזו, אשר רובה זנח את הרצון לחיות במדינה ליברלית ודמוקרטית, יהיה ערך כלשהו לפסיקות בית המשפט הנוגדות את רצון הציבור. במדינה שבה כל אמות המידה הליברליות קרסו, מדוע שימשיך להתקיים עיקרון הציות לבית המשפט?

התנאי הראשון לקיומה של דמוקרטיה הוא שלטון המבטא אמנה חברתית; שלטון השואב את כוחו מהעם שלמטה, ולא משליט את מרותו מלמעלה. שלטון שאינו מקיים את התנאי הזה איננו דמוקרטי; לכל היותר מדובר בדיקטטורה נאורה. טיעון עריצות הרוב איננו יכול להרחיק לכת עד כדי הפקעת הכוח מידי העם. ואכן, למרבה הצער, מציאות שבה רוב העם איננו מעוניין להגן על זכויות אדם היא מציאות שבה רוב העם איננו מעוניין בשלטון דמוקרטי, או לפחות לא בדמוקרטיה ליברלית. מציאות עגומה זו רחוקה מרחק שמיים וארץ מהמציאות הישראלית. אך אם חלילה תבוא לעולם מציאות שכזו, אם רוב העם ימאס בדמוקרטיה – לא תהיה דמוקרטיה. דמוקרטיה לא ניתנת לקיים בכוח; רק ברצון. כך נוכחו המעצמות שביקשו להשליט דמוקרטיה בעיראק, אפגניסטן, וייטנאם ועוד מדינות רבות מספור, ונאלצו לצפות בקריסתה ברגע שהכוחות המערביים נסוגו מהשטח.

כעת נפנה אל הרפורמה עצמה. אקדים ואומר כי אין בכוונתי להתייחס לכל פרט ופרט של ההסדרים השונים; מה גם שחלק מההסדרים (כמו ההרכב המדויק המוצע לוועדה לבחירת שופטים) טרם גובשו עד תום, וסביר להניח שיתחוללו עוד שינויים לפני קו הסיום. מטרתי אפוא היא להתייחס לעקרונות הכלליים, ולהידרש לפרטים המדויקים רק היכן שטמונה בהם משמעות נורמטיבית עקרונית. עוד אציין כי אינני נדרש לרפורמה בנוגע למערך הייעוץ המשפטי. זהו נושא נרחב, שמרבית פרטיו עדיין נידונים וחלקם נוגעים לשינויים שעשויים להתבצע בעתיד (כגון פיצול מוסד היועץ המשפטי לממשלה). די לי אם אציין כי אני סבור שיש לכרסם במעמדם הבלעדי של היועצים כמחייבים בהחלטותיהם את הממשלה, ולאפשר לממשלה ולשריה להציג את עמדתם בבית המשפט במקרה של חוסר הסכמה מהותי בינם לבין הייעוץ המשפטי. רבות כבר נכתב על הנושא, ואידך זיל גמור.⁷⁸

ד. הוועדה לבחירת שופטים

כאמור, מנסחי הרפורמה טרם עמדו על מודל מדויק ו'סופי' להרכב הוועדה. כמותם, גם אני איני מחזיק בדעה מגובשת ונחרצת בשאלת האיזון המיטבי בין מכלול הערכים הרלוונטיים. עם זאת, אבהיר כי לשיטתי אין כל פסול דמוקרטי במודלים המוצעים. למעשה, לא היה פסול דמוקרטי גם במודלים מרחיקי לכת אף יותר, המותירים את מינוי השופטים בשליטתם הישירה של שר המשפטים או הממשלה. לדידי יש יתרון בהענקת משקל לאופוזיציה ולגורמי מקצוע במסגרת הוועדה, ונוסף על כך מוטב לגבש כללי הכרעה שיחייבו הידברות בין הגורמים השונים בוועדה. אלו עקרונות חשובים שיסייעו ליצור בית משפט מאוזן – תוך הותרת ההכרעה הסופית בידי הקואליציה, המייצגת את הרוב בעם.

הביקורת המרכזית על השינויים המוצעים היא כי הם יביאו לפוליטיזציה של בחירת השופטים. השופטים – כך נטען – ממנים שופטים משיקולים מקצועיים, ואילו הפוליטיקאים ממנים שופטים 'מטעם'. הנחה זו מוליכה לשתי טענות. הראשונה, והרדיקלית יותר לענייננו, גורסת כי מינוי השופטים על ידי הממשלה יוביל להכפפת הרשות השופטת לרשות המבצעת. אם מקבלים בנוסף את הטענה, שהזכרה לעיל, הגורסת כי כבר היום משליטה הרשות המבצעת את מרותה על הרשות המחוקקת – התוצאה, לכאורה, היא קריסת הפרדת הרשויות בישראל.⁷⁹

אולם טענה זו משוללת יסוד, שכן מינוי אין פירושו שליטה. ישנם גורמים רבים הממונים על ידי הממשלה (ובכלל זה פרקליט המדינה, היועמ"ש, מפכ"ל המשטרה, הרמטכ"ל, ועוד); איש מהם איננו נחשב ל'נשלט' על ידה. הנחת העבודה היא שמרגע ששופטים ממנים למערכת המשפט – ודאי לבית המשפט העליון – הם אינם נתונים להשפעה חיצונית עד הגעתם לגיל פרישה. לא מדובר בעניין של מה בכך: הפדרליסט⁸⁰ שגם הוא עמד בתוקף על החשיבות הרבה שבעצמאות מערכת

המשפט, תולה עצמאות זו לא בשיטת המינוי אלא במשך כהונה ידוע מראש, בלתי ניתן להארכה או לקיצור (למעט במקרים קיצוניים ומוגדרים היטב), ובמשכורת מכובדת וקבועה.⁸¹ העובדה שניתנה לממשלה הסמכות למנות את שופטי בתי המשפט, ובפרט את שופטי בית המשפט העליון, איננה פוגעת כשלעצמה בעצמאות השופטים, ודאי שאיננה מובילה למסקנה שהרשות השופטת תיעשה כפופה לרשות המבצעת או "תקרוס לתוכה".⁸² אוסיף ואבהיר כי בישראל, כמו גם בארצות הברית, שופטים אינם בהכרח מכריעים באופן שניתן היה לצפות בשעת מינויים. בארה"ב, שם המינוי הינו פוליטי במובהק, ניתן להצביע על שופטים 'רפובליקנים', שבבית המשפט פסקו באופן אקטיביסטי וליברלי למדי;⁸³ כך גם בישראל.⁸⁴ כמו כן ברור כי שופטים אינם פוסקים בהכרח לטובת הפוליטיקאים שמינו אותם. כך למשל, השופטים שמינה טראמפ בארה"ב דחו פה אחד את טענותיו בנוגע לפגמים בבחירות 2020; גם בישראל, השופטים שטיין, וילנר, ומינץ, שלושתם מינויים 'שמרניים' מתקופה שבה פוליטיקאים מהימין הצליחו 'להשתלט' על הוועדה – הצביעו נגד עמדת ממשלת הימין בענייניו של ח"כ אריה דרעי. אם כך, ודאי שלא ניתן להניח, כעניין שבעובדה, ששליטה במינוי השופטים תביא להכפפת המערכת השיפוטית לרשות המבצעת.

זאת ועוד, חשוב לעמוד על כך שכעניין שבשגרה, ממשלה ממנה בעת כהונתה מספר מצומצם מאוד של שופטים לבית המשפט העליון. בהתחשב בכך ובעובדה ששינויי שלטון מתרחשים במדינה מפעם לפעם, אין כל בסיס לטענה שבית המשפט העליון כולו (או יתר הערכאות) ייעשה כפוף לממשלה כלשהי. עוד יש לציין שחברי הקואליציה בוועדה אינם מצביעים בהכרח כאיש אחד. בהצבעת הוועדה אין 'משמעת קואליציונית' (למעשה, החוק אוסר על כך);⁸⁵ פעמים רבות מדובר בחברים ממפלגות שונות, המבקשים כל אחד לקדם שופטים מסוג שונה.⁸⁶ במאמר מוסגר אציין כי הגורם העיקרי שעלול לסכן את עצמאות השופטים בכל הנוגע לאופן שבו הם פוסקים, הוא נשיא בית המשפט. אף שעקרונית פוסקים השופטים על דעת עצמם בלבד, ישנן עדויות ממקור ראשון המלמדות שבנושאים שנויים במחלוקת, לעיתים נוהגים הנשיאים להפעיל לחצים על מנת להשפיע על החלטת השופטים – ובכלל זה גם משפיעים על זהות חברי ההרכב.⁸⁷

בהקשר זה, עלתה טענה גם בדבר קידום שופטים מהערכאות הנמוכות. בהתייחסותה לרפורמה המוצעת, כתבה היועצת המשפטית לממשלה, גלי בהרב-מיארה, כי

תפקידה של הוועדה לבחירת שופטים אינו מתמצה רק במינוי לתפקיד, כי אם גם בהחלטה בדבר קידומו של שופט לערכאה גבוהה יותר. [...] פסיקותיו של שופט בערכאה נמוכה, בסוגיות המשיקות לעניינים ציבוריים, עלולות להיפתס כמוטות לטובת הרוב הפוליטי השולט בוועדה, אשר יש בכוחו להחליט אם לקדם את אותו שופט לבית המשפט המחוזי או לבית המשפט העליון.⁸⁸

דא עקא, בהמשך דבריה טוענת היועמ"ש שהערכאות הנמוכות כלל אינן עוסקות בנושאים ציבוריים (ולכן אין הצדקה למינוי פוליטי של השופטים בערכאות הללו):

בבתי המשפט ברחבי הארץ נפתחים מדי שנה כ-850,000 אלף תיקים. רוב רובם של הליכים אלה אינו עוסק בסוגיות בעלות אופי ציבורי-פוליטי, חוקתי או משטרי [...] חלקם סכסוכים בין המדינה לפרט, אך חלקם הגדול עוסק בסכסוכים בין פרטים. ההצעה אינה מסבירה מדוע נדרשת מעורבות פוליטית מוגברת, לא כל שכן שליטה פוליטית, במינוי שופטים לבתי משפט השלום והמחוזיים, אשר דנים בסכסוכים אזרחיים בין פרטים ותאגידים, בסכסוכי גירושין או בתיקים פליליים.⁸⁹

ברי כי טענות אלו 'מקוזזות' זו את זו במידה ניכרת.⁹⁰ מעבר לכך, יש לציין כי החשש ששופטים המעוניינים בקידום ישנו את פסיקותיהם על מנת למצוא חן בעיני הוועדה, קיים גם כיום. בחינת המועמדים על סמך הנטייה שהפגינו בפסיקותיהם בערכאות נמוכות יותר, היא מנת חלקם של כל חברי הוועדה – לא רק של הפוליטיקאים. לשופט מחוזי המבקש להגביר את סיכויו להתקבל לבית המשפט העליון, אין כל סיבה 'להתחנף' לפוליטיקאים, הרי אין איש יודע מי יהיו הפוליטיקאים בעת שיגיע מינויו לשולחן הדיונים. השופטים, לעומת זאת, הם כיום גורם קבוע בוועדה; והם מצביעים לרוב כאיש אחד, ומבקשים לקדם אג'נדה קבועה. אם כך, ההרכב הנוכחי הוא שמגביר את החשש ששופטים יטו את פסיקותיהם לצורך קבלת הקידום המיוחל.

הטענה הרדיקלית פחות, אשר נשמעת תדיר כל אימת שעולה כוחם של הפוליטיקאים בוועדה, היא שמתן הכוח לפוליטיקאים על חשבון הגורמים המקצועיים, יביא למינוי שופטים פחות מקצועיים. גם טענה זו שגויה בעיניי, מכמה טעמים.

ראשית, חשוב להבהיר כי הוועדה לבחירת שופטים אמונה בעיקר על השלב האחרון בהליך מינוי השופטים. יתר השלבים, במתכונתם הנוכחית, נתונים באופן ישיר תחת סמכות גורמי המקצוע – ובפרט תחת סמכות הרשות השופטת. כל מועמד לשיפוט לבית המשפט המחוזי ולבית המשפט השלום נדרש לבצע 'קורס' נרחב ומקצועי, המנוהל על ידי שופטים וגורמי מקצוע נוספים ללא מגע יד פוליטיקאים. בקורס זה נבחן כל מועמד בשורה ארוכה של מבדקים, סימולציות, ועוד, ומוענק לו ציון מקצועי וכן ציון על התאמה אישיותית לתפקיד שיפוט. למעט מקרים חריגים, מובאים לשיקול הוועדה רק מועמדים שקיבלו ציונים גבוהים בקורס.⁹¹ ברור שיש במנגנון זה – אשר נכון לעכשיו שינויו אינו עומד על הפרק – כדי לנטרל חלק ניכר מהחשש שהמינויים שיתקבלו לא יעמדו באמות מידה מקצועיות.

שנית ועיקר, אף שישנה היתממות גדולה בעניין, קשה להכחיש את האמת ההיסטורית: בעשורים האחרונים, נציגי השופטים בוועדה דחפו, במובהק, למינוי שופטי עליון בעלי השקפה שיפוטית מסוימת – אקטיביסטית. כל מי שאינו עושה שקר בנפשו, יבחין מיד כי המתחים העזים המתקיימים בוועדה לבחירת שופטים אינם

בין הפוליטיקאים, באופן כללי, לבין השופטים, אלא בין השופטים לפוליטיקאים המובילים קו שמרני. פוליטיקאים האוחזים בגישה אקטיביסטית, לעומת זאת, מקימים בדרך כלל חזית אחידה עם השופטים.⁹² ניתן להבחין כי כל חבריו המובהקים של 'האגף השמרני' המכהן בבית המשפט היום (השופטים סולברג, מינץ, שטיין ואלרון), נבחרו מכוח משקלם של הפוליטיקאים שישבו בוועדה, חרף התנגדותם העקרונית של השופטים. אף אחד מהם לא היה מועמד מטעם השופטים בוועדה, או מונה בדחיפתם.⁹³ יתרה מזאת, אם אכן היו השופטים ניטרלים בשאלת השקפתם השיפוטית-אידיאולוגית של המועמדים, והיו מעוניינים רק באיכותם המקצועית, הרי שכלל לא היה אמור להיווצר קונפליקט, ותמיד היו ממונים שופטים מקצועיים, המחזיקים בהשקפת עולם התואמת את זו של הפוליטיקאים. בכל רשימת מועמדים שגובשה נכללו גם מועמדים שמרנים מובהקים, שהיו ידועים כמשפטנים מבריקים ומצטיינים. אולם, ההתנגשויות החוזרות ונשנות בוועדה, שהביאו לפסילתם של מועמדים אלו על ידי נציגי השופטים, יותר ממרמזות כי לדידם, 'מקצועיות' מחייבת החזקה בהשקפה אידיאולוגית מסוימת.

מתנגדי הרפורמה סבורים כי לא כדאי להידמות לארה"ב בעניין מינוי שופטים, שכן הפוליטיזציה הגלויה המתקיימת שם פוגעת קשות באמון בית המשפט. למרבה הצער, המצב בישראל חריף שבעתיים. הפוליטיזציה במערכת הישראלית מרקיעה שחקים – גם אם תחת כסות 'מקצועית' ואובייקטיבית. רבות נכתב על האופן שבו פוליטיזציה זו באה לידי ביטוי בבחירת ההרכבים בבית המשפט העליון,⁹⁴ בחלוקת 'משימות' קבועות לשופטים השונים,⁹⁵ ועוד. בפועל, בפסקי דין בעלי נגיעה פוליטית-ערכית, נדיר ששופטי בית המשפט העליון מפתיעים וחורגים מהשקפתם השיפוטית הצפויה.⁹⁶ דומני שההתעקשות להתעלם ולהתכחש לפוליטיזציה הקיימת, ולהותיר את המסווה (השקוף) שעליה, רק מחמירה את הפגיעה באמון הציבור. מחקר חדש⁹⁷ מראה באופן אמפירי כיצד ירד אמון הציבור בבית המשפט העליון בעקביות ב-25 השנים האחרונות, במקביל להתרחבות האקטיביזם הציבורי ובאופן חסר תקדים ביחס לשאר מדינות העולם וביחס לאמון הציבור ביתר מוסדות המדינה. ישנם מי שמתייחסים לבעייתיות שנוצרה בארה"ב, שם השופטים שמרנים בהרבה מהציבור; ובכן בישראל, מזה עשרות בשנים, בית המשפט פרוגרסיבי בהרבה מהציבור. דומה כי זוהי אחת הסיבות המרכזיות להתנגדות העזה לרפורמה מצד אגפים פרוגרסיביים בציבור הישראלי.⁹⁸

נקודה נוספת נוגעת ליחסי האופוזיציה-קואליציה בוועדה. יש מי שמייחס משקל רב לכך שהמודלים המוצעים מגדילים את כוחה של הקואליציה אל מול האופוזיציה באופן שאינו הולם את היחסים ביניהן בכנסת. כותב שורות אלה שותף, כאמור, לעמדה שככל שהוועדה תהפוך להיות פוליטית בעיקרה, ראוי יהיה להגדיל גם את ייצוג האופוזיציה בה. עם זאת, חשוב להדגיש שדרישה ליחסיות בין הממשלה

לאופוזיציה חייבת לבוא יחד עם כלל הכרעה המסתפק ברוב רגיל למינוי שופטים, ולא דורש רוב מיוחס (כלומר, רוב גדול יותר מרוב פשוט של חמישים אחוז). הטעם לכך הוא שקביעת הרכב יחסי בין קואליציה לאופוזיציה, בנוסף לקביעת רוב מיוחס, משמעה הענקת משקל לא-פרופורציונלי לאופוזיציה בוועדה. למעשה – וארחיב על כך בהמשך – זאת בדיוק המשמעות של רוב מיוחס: מתן משקל סגולי גבוה יותר לקולות המיעוט.

יתר על כן, יש לומר כי הדרישה לייצוג 'יחסי' בין הקואליציה לאופוזיציה היא בגדר אחיזת עיניים של ממש, כל עוד היא מתעלמת מהעובדה שבמציאות הנוכחית, השופטים הנמצאים בוועדה יתמכו לרוב בצד המחזיק בעמדה האקטיביסטית. משמעות הדבר היא שבין אם הקול השמרני יהיה נתון בקואליציה, בין אם באופוזיציה – הוא יהיה חסום מלממש את רצונו.

כיום קיים בוועדה מעין 'וטו הדדי' בין נציגי השופטים ונציגי הקואליציה ביחס למינויים לבית המשפט העליון: על פי 'חוק סער', שנחקק בשנת 2008, מינויים לבית המשפט העליון מחייבים הסכמת שבעה נציגים מתוך תשעת חברי הוועדה, כאשר הן לשופטים הן לקואליציה שלושה נציגים בה.⁹⁹ לדידי, לא די בכך. הוטו הקיים הדדי למראית עין בלבד: פעמים רבות נציגי הקואליציה, בניגוד לשופטים, אינם משמרים חזית אחידה ואינם שומרים על בלוק יציב המאפשר שימוש בזכות הוטו.¹⁰⁰ כבר בעת חקיקת 'חוק סער' הזהיר פרופ' ישראל אומן את ועדת החוקה כי הדרישה לשבעה קולות לא תקנה וטו הדדי, אלא תותיר בידי השופטים כוח רב מזה שיהיה בידי הפוליטיקאים. לטענתו, על פי תורת המשחקים, ייוותר בידי השופטים כוח סגולי רב מזה נראה לעין (כ-43% מכלל הכוח בוועדה) – גם ללא הברית המסורתית עם לשכת עורכי הדין.¹⁰¹ אכן, כפי שהראיתי לעיל, את התממשות הנבואה ניתן לראות בפער הקיים גם כעת בין כמות המינויים השמרנים לכמות המינויים האקטיביסטיים.

יתרה מזאת, הטלת וטו הדדית, אף אם אכן הייתה כזו, איננה מביאה לגיוון בבית המשפט, וכמעט שאיננה מאפשרת לנציגי הקואליציה למנות שופטים התואמים את השקפת עולמם; היא מביאה בעיקר לבחירתם של שופטי 'אמצע' או שופטים שנמנעו מ'לסמן' את עצמם, תוך שכל צד פוסל את המועמדים הרצויים על הצד השני. במקום גיוון ההרכב, וטו הדדי עלול ליצור האחדה גדולה יותר; במקום בחירת מועמדים מקצועיים וכולטים, הוא עלול להביא למינוי שופטי פשרה, שאינם בולטים במיוחד ביכולותיהם – בפרט בנושאי המשפט המנהלי-חוקתי.

כעת אעבור לדון בשינויים הנוגעים למינוי נשיא בית המשפט העליון.

ראשית, חשוב להבהיר נקודה שנעלמה כליל מהשיח הציבורי, ביחס לקציבת כהונתו של הנשיא. קציבה זו איננה חדשה כלל ועיקר, שכן חוק יסוד: השפיטה כולל כבר כיום סעיף הקוצב את כהונת הנשיא ל-7 שנים. הרפורמה רק מפחיתה שנה מכהונת הנשיא.¹⁰²

נקודה שנייה בעניין זה נוגעת ל"ביטול" שיטת הסניוריטי ומינוי נשיאים גם מחוץ לבית המשפט העליון. שיטת הסניוריטי הנוהגת כיום משמעה שלנשיא ייבחר השופט בעל הוותק הרב ביותר בבית המשפט העליון. לרכיב זה יתרונות וחסרונות – ודאי כאשר עסקינן ב'הנחתת' נשיא מן החוץ. מבלי לנקוט עמדה לגופו של עניין, חשוב להבהיר בשנית: מינוי אין פירושו שליטה. העובדה שהנשיא מונה על ידי הרוב הפוליטי בוועדה, אין משמעה שהוא ייהפך לעושה דברה.¹⁰³

לצד האמור, לא ניתן להתעלם מהפגמים שבשיטת הסניוריטי במתכונתה הנוכחית. ראשית, השיטה איננה מעוגנת בחוק, והיא מתקיימת מכוח נוהג בלבד. החוק מסמך מפורשות את הוועדה לבחירת שופטים למנות את נשיא בית המשפט העליון ואת משנהו, מבין שופטי בית המשפט העליון;¹⁰⁴ אולם הנוהג שהשתרש בקרב שופטי בית המשפט העליון הוא שרק ותיק השופטים יגיש לוועדה את מועמדותו לנשיא. כך, בהסכמה שבשתיקה, נטלו השופטים דה־פקטו את הסמכות מהוועדה ללא שום הסמכה, ובניגוד מוחלט לכוונת המחוקק. אם לא די בכך, ההצדקה הידועה לשיטת הסניוריטי גורסת כי היא לכאורה מקרית ואובייקטיבית, ומונעת את הצורך 'למצוא חן' על מנת לקבל קידום. למרבה הצער, שיטת הסניוריטי היא כל דבר מלבד שיטה מקרית ואובייקטיבית. הפוליטיזציה בבחירת הנשיא חיה ובוועת; רק 'מועקת' למקום אחר – לדיונים על מינוי השופטים. שיטת הסניוריטי מאפשרת לזהות נשיא עתידי כבר ביומו הראשון כשופט בית המשפט העליון. שופטים אינם מכהנים לתקופה קצובה, אלא מיום המינוי ועד להגיעם לגיל שבעים. אם כך, בהתאם לגילו של שופט בעת מינויו, ניתן לחזות כמה שנים הוא עתיד לכהן, וממילא – האם ובאיזה מועד בדיוק, הוא צפוי להתמנות לנשיא. כך למשל, כבר בעת מינויה של השופטת דפנה ברק־ארז בשנת 2012 ניתן היה לדעת כי היא תתמנה לנשיאה בשנת 2032. מידע זה משחק, כמובן, תפקיד מרכזי בבחירת המועמדים.¹⁰⁵ בנוסף, תפקידו של נשיא בית המשפט (בניגוד לשופט) איננו תפקיד שיפוטי; גם לא פוליטי. מדובר, בעיקרו של דבר, בתפקיד ניהולי. שיטת הסניוריטי אינה מאפשרת לוודא כי הנשיא הנבחר מחזיק בכישורים הניהוליים או המקצועיים הנדרשים – הרי הנשיא 'נבחר' בטרם ישב יום אחד בבית המשפט העליון.¹⁰⁶ לא בכדי, בסקר שנערך לאחרונה תמכו בשיטת הסניוריטי תשעה אחוזים בלבד מהנשאלים; 71% תמכו במינוי נשיא באופן אחר, על בסיס כישוריו.¹⁰⁷

שיטת הסניוריטי בישראל פגומה אף יותר בשל העובדה שאיננה מעוגנת בחוק. מצב ביניים שכזה מנטרל את היעדר המעורבות הפוליטית, שאמור להיות יתרונה המרכזי של השיטה. כל מינוי נשיא בעשרים השנים האחרונות (כולל מינויו העתידי של השופט עמית) לווה בוויכוח ער בנוגע לשיטת הסניוריטי. כל פעם מחדש עמדה על הפרק כוונה לבטל את השיטה, ונדרשה התגייסות והשתדלות אל מול שר המשפטים כדי להותירה ולהביא למינויו של הנשיא המיועד. כך קודם למינויה של הנשיאה

בייניש,¹⁰⁸ קודם למינוים של הנשיא גרוניס והנשיאה נאור,¹⁰⁹ וגם קודם למינויה של הנשיאה חיות.¹¹⁰ אם כך, הרי שהחשש מפני התנהלות בלתי-אובייקטיבית של המועמדים לנשיאות, על מנת למצוא חן בעיני חברי הוועדה – קיים גם כעת; גורלו של כל נשיא עדיין נתון בידיה. מן העבר השני, הותרת השיטה כבלתי מעוגנת משרתת גם את 'תומכי' השיטה, משום שכך מתאפשר להם לסטות ממנה כאשר הדבר מתאים לרצונם. כך למשל, הנשיאה בייניש, אשר עמדה לא פעם על החשיבות שבשיטת הסניוריטי,¹¹¹ סטתה ממנה בעצמה כאשר מינתה את השופטת נילי ארד לנשיאת בית הדין הארצי לעבודה, תוך עקיפת שני שופטים ותיקים ממנה, וחרף שיטת הסניוריטי הנהוגה גם בבית הדין הארצי לעבודה מיום היווסדו.¹¹² יודגש כי לא עלתה כל טענה שהמועמדים הוותיקים יותר לא היו כשירים לתפקיד; למעשה, אחד מהם (השופט יגאל פליטמן) אף החליף את השופטת ארד כנשיא אחרי צאתה לגמלאות.

ה. הגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת ופסקת ההתגברות

כאמור, הנחת המוצא של מתנגדי הרפורמה, שלפיה ראוי ונכון להותיר את בית המשפט כגוף המוסמך לפסול את חוקי הכנסת, שנויה במחלוקת תאורטית עזה. גם בישראל ישנם רבים הסבורים כי לא ראוי היה להעניק לבית המשפט סמכות זו מלכתחילה. כבר בפסק דין בנק המזרחי, ופעמים רבות מאז, נאמר לחברי הכנסת כי "הפה שאסר הוא הפה שהתיר", ולכנסת נתונה הסמכות לשנות את דעתה בנושא. כפי שצייין הנשיא ברק: "אם פסק דינו של בית המשפט, המפרש חוק-יסוד, אינו נראה לכנסת, הרשות בידה לשנות את חוק היסוד ולכונן הסדר חוקתי שונה".¹¹³ ביקורת שיפוטית חזקה על חוקי הכנסת איננה תנאי סף לדמוקרטיה הישראלית, גם איננה עיקרון בסיסי בשיטת משטרנו. בהתאם, כל צמצום של סמכות זו עדיין מותר הגנה רחבה יותר על זכויות האדם מכפי שהייתה ערב בנק המזרחי (או שמא, ערב חוקי היסוד).

ישנם מודלים רבים לביקורת שיפוטית על חקיקת הפרלמנט; לא בכל מקום נהוגה האפשרות לפסול חוקים. לצד ביקורת שיפוטית 'חזקה' (כפי שנהוגה בישראל), במדינות רבות נהוגה ביקורת שיפוטית 'חלשה', שבמסגרתה מוסמך בית המשפט לדון בהלימת החוק את הנורמות החוקתיות, ולהתריע לפרלמנט כשסבור הוא שהלימה זו לוקה בחסר.¹¹⁴ הנחת המוצא, אשר גם מתממשת בפועל פעמים רבות, היא שהמחוקקים גם הם מעוניינים להגן על זכויות אדם, והצהרת בית המשפט על כך תישמע בלב פתוח ובנפש חפצה.

ביקורת שיפוטית 'חלשה', להבדיל מביקורת 'חזקה', נשענת על תפיסה שונה של הגדרת תפקידה של חוקה. עמד על כך בהרחבה פרופ' גידי ספיר. לדבריו, ישנם שני מודלים אפשריים לחוקה: המודל הקלאסי, המניח שהחוקה נועדה להגביל את רצונו

של הרוב ה'מקרי' בעם (לעומת הרוב ה'נצחי'), והמודל הדליברטיבי, שלפיו החוקה נועדה לוודא שקודם הכרעה יקיים העם (בעזרת נציגיו) דיון אמיתי ומושכל בשאלות ערכיות.¹¹⁵ מודל זה – הרווח במדינות משפט מקובל דוגמת קנדה, אנגליה וניו זילנד – מניח (בדומה לוולדרון) ששאלות חוקתיות מהוות שאלות ערכיות ולא משפטיות, ועל כן המילה האחרונה בהן צריכה להיות של נבחרי הציבור – לאחר שנידונו בכובד הראש הראוי. מודל זה מצדיק ביקורת שיפוטית מרוככת המאפשרת לבית המשפט להביע את עמדתו בטרם תתקבל הכרעה סופית על ידי המחוקק, בעזרת קביעה הצהרתית על חוסר התאמה בין החוק לבין החוקה. לחלופין, מודל זה מצדיק פסקת התגברות. דומני שהמודל הדליברטיבי הוא שעמד לנגד עיניו של מקים המדינה, דוד בן גוריון, שציין כי

החוקה [האמריקנית] נהפכה למוסד משמר ריאקציוני שעומד נגד רצון העם [...] אני חושב שמתן סמכות כזאת לשופטים הוא דבר ריאקציוני [...] רק העם קובע את החוקה. חוקה זה מה שהעם רוצה לאחר דיון ובירור חופשי ולאחר הצבעה. אך אין למסור זאת לידי שופטים כפי שעשו באמריקה.¹¹⁶

הרפורמה (בנוסח השר לוי)¹¹⁷ דוגלת במודל הדליברטיבי, ומציעה אפוא להמיר את הביקורת השיפוטית ה'חזקה' בגישת ביניים מדורגת. על פי גישה זו, במקרים שבהם רוב רגיל מכלל שופטי בית המשפט העליון יסבור כי החוק איננו חוקתי, הדבר ישמש כהתרעה על אי-הלימה, אשר לא תפגע בתוקפו של החוק, אך בהחלט עשויה להישמע על ידי הכנסת שתפעל לתקן את המעוות. לעומת זאת, במקרים שבהם רוב מיוחס מקרב השופטים יסבור כי החוק איננו חוקתי, תהיה להחלטתם משמעות אופרטיבית חזקה יותר: החוק יבוטל, דבר שיחייב את הכנסת לבצע הערכה ובחינה מחודשת של ההצדקות בו, תוך בחינת ההנמקות המפורטות שבפסק הדין. אם לאחר דיון ובחינת השיקולים, יחלקו רוב חברי הכנסת על הכרעתו הערכית של בית המשפט בנוגע לאיזון הראוי בין הערכים המתנגשים, אזי יהיה בסמכותם לחוקק את החוק מחדש. על מנת לנטרל את החשש שהכרעתם הערכית של חברי הכנסת תישען על אינטרס קואליציוני צר, ולא תשקף את רצון העם, ייוותר החוק 'על תנאי' עד שתאשר אותו גם הכנסת הבאה – לאחר שהעם ישמיע דעתו בבחירות – וסביר להניח שבהרכב קואליציוני שונה. היה והכריעו שופטי בית המשפט העליון כולם, פה אחד, כי החוק פוגע בזכויות באופן בלתי מידתי – יגבר החשש שחקיקתו נובעת מאינטרס צר של הרוב הקואליציוני הקיים. במקרה זה לא ניתן יהיה לחוקק את החוק מחדש עד לכנסת הבאה.¹¹⁸

יודגש, כי אין סיבה להאמין שעמדת בית המשפט תיפול תמיד על אוזניים ערלות. גם אין סיבה להאמין שכל סעיף חוק שייפסל – יחוקק מחדש. בשנים שלאחר בנק המזרחי פסל בית המשפט כמה חוקים בשל פגיעתם בחופש העיסוק,¹¹⁹ ובכל זאת הכנסת נמנעה מלחוקק אותם מחדש – למרות פסקת ההתגברות שכוונה כאמור בשנת 1994. כיום קל אומנם לדמיין כיצד כל פסיקה עתידית בעניין תוקפם של חוקים

תקבל בזעם; אולם יש לזכור כי אנחנו נמצאים בשיאו של משבר חריף בין הכנסת ובית המשפט. בימים שבשגרה, דברי בית המשפט, המלצותיו אל הכנסת וההנמקות שמופיעות בפסק דינו זוכים ליחס רציני ביותר בעת חקיקת חוקים, בלב פתוח ובנפש חפצה. לא בכל פעם שקבע בית המשפט כי יש לבטל חוק או החלטה ממשלתית, נענתה פסיקתו בתרעומת ובקולות מלחמה. ישנם ממצאים אמפיריים מובהקים המלמדים כי גם כיום מתקיים דיאלוג בין הרשויות,¹²⁰ ודברי בית המשפט מתקבלים בקשב רב מצד הרשויות האחרות. הרפורמה צפויה לחזק דיאלוג זה, ולהפוך אותו מדיאולוג כפוי, לדיאלוג אמיתי – תוך הקטנת האנטגוניזם כלפי החלטות בית המשפט. יש לקוות כי לאחר שוך הסערה, יפרחו ניצני הדיאלוג הזה וילבלבו.

ה.1. דרישת הרוב והקוורום

כאשר תומכי הרפורמה מציינים שבמדינות אחרות, דוגמת אנגליה, אין ביקורת שיפוטית חזקה על חוקי יסוד, המבקרים – ובמקרה זה, היועצת המשפטית לממשלה – מבהירים כי

בניגוד למשתמע מדברי ההסבר, בבריטניה מתבצעת ביקורת שיפוטית חוקתית. [...] רשאים השופטים להכריז על אי התאמה לחוק זכויות האדם, ולהמליץ לפרלמנט לשקול מחדש את ההסדר. אף שמדובר בסמכות המלצה בלבד, בפועל, התרבות הפוליטית שהתעצבה עם השנים ביחס בין הרשויות, הוא שהמלצות בתי המשפט בבריטניה נתפסות כמחייבות, והרוב המכריע של המלצות הובילו את הפרלמנט לערוך שינויי חקיקה.¹²¹

אך בהתייחסותה להסדר המוצע, הטון משתנה פלאים:

מבנה הביקורת השיפוטית החוקתית המוצע בטיזת התזכיר יוביל לתוצאה לפיה הסמכות לביקורת שיפוטית אומנם תהיה מעוגנת פורמלית בחוק היסוד, אך בפועל תהווה סמכות 'על הנייר' בלבד [...] בפועל, התוצאה הכוללת של ההסדר תביא לעמדתנו לצמצום כה משמעותי של הביקורת השיפוטית החוקתית, כך שאם ההסדר יתקבל בכללותו, לא ניתן יהיה לומר עוד כי בישראל קיימת ביקורת שיפוטית חוקתית אפקטיבית.¹²²

ובכן, בהתחשב בכך שהיועמ"ש איננה מסבירה במה תיגרע הביקורת השיפוטית בישראל לאחר הרפורמה לעומת זו הנהוגה באנגליה, הרי שאלו טענות סותרות. ביקורת שיפוטית חלשה (כמו באנגליה) עשויה להיחשב כביקורת שיפוטית – או לא להיחשב ככזאת; לא ניתן לטעון את הדבר והיפוכו. הרפורמה ודאי לא תמנע את קיומה של ביקורת שיפוטית חלשה; כל שניתן לטעון הוא שהרפורמה תביא לצמצום דרמטי בהיקפה של הביקורת השיפוטית החזקה – אשר כאמור איננה מודל הביקורת השיפוטית היחיד שיש בנמצא.

ייתכן שהפער האמור נשען על תפיסה בדבר 'התרבות הפוליטית' הנהוגת באנגליה, לעומת מקבילתה הישראלית. זוהי טענה ותיקה בשיח החוקתי, והיא משמשת לא

אחת את השופטים על מנת להסביר מדוע הם 'נאלצים' להסיג את גבולן של הרשויות האחרות. לרוב נטען שהמחוקק הבריטי קשוב לכלל "it isn't done", הקובע שיש דברים שפשוט לא עושים (למשל למנות שר שהוגש נגדו כתב אישום); ומקבילו הישראלי – לא.¹²³ טענה זו מניחה את המבוקש: היא מניחה שסטנדרט ההתנהגות הנתפס בעיני השופט כראוי, אך מחייב עד כדי כך שהוא מצדיק התערבות מוגברת בשיקול דעתן של הרשויות האחרות, במקרה שאינן שותפות לאותה תפיסה. לא פחות חשוב מכך, טענה זו מהווה חרב פיפיות. לפני חודשים מספר נכחתי בהרצאה שנשא נשיא מערכת המשפט באנגליה (Lord Chief Justice), הלורד בְּרִיט.¹²⁴ במהלכה נשאל הנשיא האם ישקלו שופטי בית המשפט לפסול חקיקה במקרה קיצוני. הנשיא השיב שדבר זה כה מנוגד למסורת הפסיקה הבריטית, הדוגלת בעליונות הפרלמנט (Parliamentary sovereignty), ולכן קשה לדמיין ששופט כלשהו יעז להעלות על דעתו פסיקה שכזאת. ובכן, השופט הבריטי קשוב לכלל "it isn't done" משלו, המביא לכך שהוא לא יעלה על דעתו להתערב בחקיקת הפרלמנט, או להחליף את שיקול דעתה של הרשות המנהלית בשיקול דעתו – גם בלי מגבלה פורמלית כזאת או אחרת. מי לידינו יתקע איזו רשות היא שהחלה את 'דרדור' התרבות הפוליטית, ואיזו נגררה אחריה.

על כל פנים, ניתן בהחלט להתייחס ברצינות לטענה במתכונתה המצומצמת יותר, והיא שהרפורמה, ובפרט דרישות הרוב והקוורום (גודל ההרכב הנדרש), עלולה להביא לצמצום ניכר בביקורת השיפוטית החזקה (כלומר פסילת חוקים), שתישמר למקרי קיצון בלבד. לדברי המתנגדים, אין זה מוצדק לדרוש תמימות דעים בקרב השופטים, שכן עסקינן בשאלות מורכבות ו"המחלוקת היא אינהרנטית לכל סוגיה משפטית ולכל שיטת משפט";¹²⁵ בהתאם, הציפיה ששמונים אחוז מהשופטים יגיעו לאותה מסקנה איננה סבירה, ותביא לצמצום דרמטי בהיקף החוקים הנפסלים.¹²⁶ ובכן, זאת בדיוק ההצדקה לדרישה זו.

כאמור, שאלות הנוגעות להיקפן של זכויות אדם, ולאיוון הראוי בכל מקרה של התנגשות קונקרטית בין אינטרסים וזכויות, הן לרוב שאלות ערכיות; לא משפטיות. כמו כן, כמעט תמיד סביר שתהיינה דעות שונות בסוגיות הללו. בהתאם, אין כל עדיפות לעמדתם הערכית של שופטים מקריים בהרכב כזה או אחר, על פני עמדתו הערכית של כל אדם אחר בציבור, המאמין בזכויות אדם ומבקש להגן עליהן. אם כך, מקום ההכרעה הנכון לשאלות ערכיות שכאלה הוא בכנסת. דרישת הקוורום מבקשת לוודא כי הכרעת בית המשפט איננה נשענת על הרכב מקרי (או מתוכנן) כזה או אחר, אלא משקפת נאמנה את עמדת בית המשפט העליון כולו. כמובן, ככל שהרכב בית המשפט ייהפך למגוון יותר, דרישה זו תיעשה בעלת משקל רב יותר. בניגוד לנטען, לא מדובר בהכבדה ניכרת על העומס של בית המשפט, שכן כפי שמציינים מתנגדי הרפורמה בהקשרים אחרים: העתירות העוסקות בשאלת פסילת

חוקים הן מיעוט שבמיעוט מהתיקים שבהם דן בית המשפט בכל שנה.¹²⁷ יתרה מזאת, גם עתירות אלו יישמעו תחילה בהרכב רגיל, אלא אם ימצא בית המשפט שישנו סיכוי גבוה לקבל את העתירה.¹²⁸

אעבור כעת לדרישת הרוב המיוחס. אומנם ישנה טענה כי השינויים בהרכב הוועדה לבחירת שופטים יביאו לכך שהקואליציה תוכל 'לשלוט' ביכולת להשיג רוב שכוה; ובכן, נחזור יחד על הסיסמה: מינוי אין פירושו שליטה. הרוב הקואליציוני בוועדה לבחירת שופטים יסייע לוודא שיהיו בבית המשפט גם שופטים המחזיקים בעמדה אידיאולוגית הקרובה לזו של הקואליציה; אך זו בדיוק מטרת הגיוון. דרישת הרוב המיוחס מבקשת לשמור את התערבות בית המשפט רק לאותם מקרים חריגים שבחריגים, שבהם השאלה אם הוראת החוק פוגעת בזכויות אדם באופן בלתי מידתי איננה שאלה של פרשנות או עמדה אישית של שופט כזה או אחר – אלא תוצאה 'זועקת לשמיים'. כפי שכבר הזכרתי, דרישת רוב מיוחס היא כלי אנטי-רובני, המעניק משקל רב יותר לעמדות המתנגדים. ובכן, כאשר אנו עוסקים בשאלה האם להעניק לגוף שאינו יונק את כוחו במישרין מהכרעת הרוב בעם, את הסמכות להתערב בהכרעת גוף שאכן משקף במישרין את הרוב בעם – הבעייתיות שבמנגנון אנטי-רובני קטנה בהרבה, שכן ישנו טעם רב בהענקת משקל גדול יותר לקולות המתנגדים להתערבות שכזו מצד בית המשפט. הצורך להגביל את כוחו של הרוב צריך להישמר למקרים קיצוניים, שבהם יש חשש ממשי לעריצות הרוב. בכל מקרה אחר, שבו מתעוררים ספק או מחלוקת משמעותית בעניין, שופטי בית המשפט עדיין יוכלו להביע את עמדתם, וחזקה כי היא גם תישמע; אך לא תינתן להם דריסת רגל להתערב בהחלטות המחוקק.

ישנם ברפורמה המוצעת סעיפים נוספים המגבילים את האפשרות להוציא צו ביניים ביחס לחוק, או להטיל כל מגבלה אחרת ביחס לתוקפו (למשל, לעכב הליכי חקיקה ולמנוע פרסום ברשומות או כניסה לתוקף של חוקים). לטענת היועמ"ש, "לא ברור הצורך להסדיר ולהגביל נושא זה. זאת ועוד. לא ברור מדוע יש צורך להתייחס לצו ביניים, לא כל שכן ברזולוציה זאת, דווקא במסגרת חקיקת יסוד".¹²⁹ עוד מציינת היועמ"ש שהפרקטיקה כיום ברורה, ובית המשפט נמנע, ככלל, מלהעניק סעד ביניים ביחס לחקיקה. לטעמי, הסדרים אלו הכרחיים. הטעם הוא שכל הכלים המנויים עלולים לשמש 'מסלול עוקף' למגבלות ביחס לביקורת שיפוטית. כך יוכל בית המשפט להוציא צו ביניים בעניינו של חוק, ולהימנע מלקיים את הדין בעניינו עד שתוחלף הכנסת שחוקקה אותו. לחלופין יוכל בית המשפט, חלף ביטול חוק במסגרת המגבלות, להוציא צו המונע את פרסומו ברשומות. מדובר אומנם בפרקטיקות שאינן נהוגות כיום; אך אין כל ערובה לכך שלא יגבר השימוש בהן מרגע שיוטלו מגבלות על האפשרות לפסול חוקים.

ה.2. פסקת ההתגברות

לצורך הנקודה הבאה נייעזר שוב בדבריה של ברק-קורן, המתארת בנייר העמדה שלה את פסקת ההתגברות כמשמשת "לאפשר לכנסת 'להתגבר' על חוק-יסוד [...] באמצעות חיקוק החוק מחדש בהליך נוקשה יותר ולזמן מוגבל"¹³⁰. זוהי טעות טרמינולוגית משמעותית ונפוצה, אשר ממנה נגזרות רבות מטענותיהם של המתנגדים לפסקת התגברות. בניגוד לאמור, פסקת ההתגברות איננה מבקשת להתגבר על חוק היסוד, אלא על פסק הדין של בית המשפט, שהכריע באופן כזה או אחר בשאלה קונקרטית של איזון בין אינטרסים מתנגשים.

הדברים נאמרים שחור על גבי לבן בהצעת החוק של השר לוי, ובדברי ההסבר לה:

חוק-יסוד זה מעגן הוראת התגברות שבאמצעותה יכולה הכנסת לדחות פרשנות שנתן בית המשפט העליון לחוק היסוד או איזון מסוים שקבע בין ערכים או אינטרסים, ולהתגבר על פסיקת בית המשפט העליון הפוסלת חוק. [...] הרעיון שעומד ביסודה של הוראת התגברות איננו פטור של הכנסת מן המחויבות לערכי החוקה אלא מתן אפשרות למחוקק להכריע אחרת מבית המשפט בשאלה של איזון בין ערכים ובחינת שאלות המידתיות הכרוכות בהתנגשות ביניהם.¹³¹

קדמה לברק-קורן גם הנשיאה חיות, שכבר בשנת 2017, כשעלתה על הפרק חקיקת פסקת התגברות, טענה ש"טועה מי שסבור כי פסקת ההתגברות 'מתגברת' על בית המשפט. לאמיתו של דבר מדובר בהתגברות על זכויות האדם"¹³².

ההבדל הטרמינולוגי מחזיר אותנו אל שתי הגישות החוקתיות – הקלאסית והדיאלוגית-דליברטיבית – שהוזכרו קודם לכן. בעוד שהניסוח כהתגברות על חקיקת היסוד מניח שפסק הדין של בית המשפט הוא הקובע, נורמטיבית, מה היא הזכות המוגנת בחוק היסוד ומה הדרך הנכונה לאזן בינה לבין אינטרסים אחרים (כלומר, נוקט במודל הקלאסי); הניסוח שבחר השר לוי מניח שעמדתו של בית המשפט היא עמדה ערכית, שניתן לחלוק עליה ולסבור שיש לפרש את חוק היסוד באופן אחר, או לסבור שפגיעה קונקרטית בזכות מוגנת היא כן מידתית. בהתאם, מטרת ההתגברות היא להותיר את ההכרעה לשיקול דעתו והכרעתו של העם (בהתאם למודל הדליברטיבי). ברי כי המשמעויות השונות למילה 'התגברות' יוצרות הבדלים אופרטיביים ניכרים: אם חברי הכנסת מכירים בכך שהחוק איננו חוקתי, אך מתעקשים לחוקק אותו בכל זאת תוך 'חריגה' מחוקי היסוד, אזי ברור שמדובר בחוק "סוג ב'", בעל תוקף זמני בלבד; לא כן הדבר עבור מי שמאמץ את נקודת מבטם של תומכי הרפורמה על טיבה של ההתגברות.¹³³ פער זה תקף גם בעניין הטענה שלפיה ההתגברות משמעה סתירה פנימית קבועה בין כללי המסגרת החוקתיים והחוק הרגיל הסותר אותם.

ניתן לטעון כי פסקת ההתגברות מהווה 'גדר על גדר' לאחר דרישת הרוב והקוורום; אני חולק על כך. אומנם, דרישות אלה עשויות לצמצם את התערבות בית המשפט

בחוקי הכנסת, אך לא רק התוצאה היא שחשובה: פסקת ההתגברות מבטאת את הקביעה הנורמטיבית, שלפיה הרשות המחוקקת, נציגת העם, היא בעלת המילה האחרונה בשאלות ערכיות במדינה דמוקרטית – לא הרשות השופטת. יתרה מזאת, פסקת ההתגברות גם חיונית, שכן מדובר בכלי המאפשר לכנסת להתגבר על הפרשנות שניתנה בבית המשפט לחוקי היסוד גם כאשר לא הביא הדבר לפסילת חוק, וכך למנוע ממנה להתקבל כתקדים מחייב להחלטות שלטוניות עתידיות. פעמים רבות בית המשפט איננו פוסל חוקים, אך קובע להם "פרשנות מקיימת", המרוקנת אותם מתוכן. יתרה מזאת, גם כאשר בית המשפט קובע כי חוק מסוים הוא חוקתי, לא אחת נלוות לכך קביעות עקרוניות הכוללות פרשנות חוקתית כגון הכרה בזכויות חדשות, או קביעות בדבר היקפן של הזכויות החוקתיות המוכרות. אפילו בפסק דין בנק המזרחי, שבו נקבעה הסמכות העקרונית לפסול חוקים, לא נפסל החוק האמור. פסקת התגברות תאפשר לכנסת להתגבר על קביעות כאלה של בית המשפט העליון, מבלי להזדקק לשינוי חוקי היסוד עצמם.¹³⁴ כפי שארחיב להלן, הצורך במנגנון כזה ייהפך לקריטי אם במסגרת הרפורמה תתבצע גם הקשחה ניכרת של היכולת לשנות ולכונן חוקי יסוד.

יש כמה נקודות נוספות שראוי לתת עליהן את הדעת. הראשונה נוגעת לצורך לוודא שפסקת ההתגברות לא תאפשר התגברות על פסילה של חוק בשל סתירתו לשריון צורני שבחוקי היסוד, כגון דרישת רוב. בעיה זו באה למענה במפורש בסעיף 15א(ג) להצעתו של השר לוי, הקובע כי הסדר ההתגברות כולו נוגע רק לחוקים אשר חוקקו מלכתחילה בהליך ברוב הנדרשים "לשם חקיקתם".¹³⁵ נקודה נוספת נוגעת לכך שעל פי הרפורמה, במסגרת ההתגברות תחוקק הכנסת "חוק זהה" לזה שנפסל. נטען שכך תימנע הכנסת מלנסח את החוק מחדש באופן שיצמצם את הפגיעה בזכות שעליה הצביע בית המשפט, שמא יוביל הדבר לבחינה מחודשת של החוק בשל היותו בלתי-זהה. כך תיפגע התכלית הדליברטיבית-דיאלוגית שבבסיס ההסדר. טענה זו מצדיקה לטעמי את תיקון הסעיף, בסגנון זה: "חוקקה הכנסת חוק זהה לו, או חוק דומה המשמש להסדרת אותו עניין".

לסיום, אני סבור שיש מקום לשקול צמצום נוסף בפסקת ההתגברות, כך שלא תאפשר התגברות על חוקים הסותרים הוראות משטריות שבחוקי היסוד. כפי שציינה היועמ"ש, "במקרים רבים ההוראות המשטריות מנוסחות בצורה של כלל בהיר ואין היבטים ערכיים בהכרעה אם החוק עומד בסתירה אליהם".¹³⁶ כמו כן יש לשקול צמצום מסוים של התגברות על חוקים שנקבע שפוגעים באופן בלתי מידתי בזכות לבחור ולהיבחר. מדובר בנקודה בעייתית, משום שמחד גיסא, מדובר בפסילה 'מהותית' בשל פגיעה בזכות, ולא בפסילה 'צורנית'; אך מאידך גיסא מדובר בנושא שבו עלולה הכנסת להימצא בניגוד עניינים מסוים, וכל שינוי בו עלול להביא לשימור כוחה של קבוצה מסוימת בכנסת, תוך פגיעה במידת ייצוגה את רצון העם – שורש כוחה של הכנסת.

ה.3. הרוב הנדרש להתגברות: רוב מיוחס ועריצות המיעוט

אחת מנקודות המחלוקת המרכזיות ביחס לרפורמה נוגעת לשאלת הרוב הנדרש לצורך התגברות. המתנגדים סבורים כי התגברות צריכה להתבצע רק בעזרת רוב מיוחס מחברי הכנסת, ולא ברוב של 61. לטענתם, רוב זה ("רוב רגיל", "רוב מזדמן", "רוב קואליציוני"), מאיין לחלוטין את הביקורת השיפוטית, שכן כל ממשלה תוכל להתגבר על חוקי יסוד בנקל.¹³⁷ עוד נטען כי התגברות צריכה לבטא קונצנזוס נרחב, שיבוא לידי ביטוי גם בתמיכת חלק מחברי הכנסת של האופוזיציה.

טענות אלו אינן במקומן, מכמה טעמים. ראשית, כפי שכבר ציינתי, ההיסטוריה הישראלית (הנוגעת לשימוש בפסקת ההתגברות שבחוק יסוד: חופש העיסוק) – מלמדת אחרת. שנית, דרישה לרוב מיוחס היא הגיונית אם אנחנו מניחים שההתגברות היא על חוק היסוד, ולכן מחייבת הסכמה רחבה; היא נחלשת באופן ניכר כאשר תכלית ההתגברות היא קידום המודל הדליברטיבי; כלומר, להותיר את ההכרעה הסופית בידי רוב העם. מדובר במתן אפשרות לנציגי רוב מוחלט בעם לאמץ הכרעה ערכית לגיטימית ושונה מזו שקבע בית המשפט, ביחס לשאלה אם הסדר מסוים מידתי או לא.¹³⁸

כפי שהזכרתי לעיל, וכפי שנוכחה 'ממשלת השינוי' פעם אחר פעם, גיוס רוב של 61 תומכים בכנסת בקואליציה הטרוגנית, אינו עניין של מה בכך. כך בעניינים שבשגרה, קל וחומר כאשר מדובר בחוק נפיץ שיש בו התנגשות ופגיעה בזכות אדם, וקל וחומר בן בנו של קל וחומר במקרה שבו בית המשפט, ברוב שופטיו, הצהיר כי החוק איננו חוקתי. נטען כי אם כל שדרוש להתגברות על חוק-יסוד בישראל הוא רוב קואליציוני רגיל, אזי אין שום משמעות לחוק-היסוד;¹³⁹ אם פרשנות זו נכונה, יש לתהות כיצד חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא בוטל (ברוב רגיל) כבר לפני שנים; כיצד לא התגברה הכנסת על החוקים שנפסלו מכוח חוק יסוד: חופש העיסוק; כיצד חוקי הבחירות, שאינם משוריינים, לא נדרסו ברגל גסה. מדוע (קודם לפסק דין בנק המזרחי) לא בחרה הכנסת לעגן בחוק כל החלטת ממשלה שנפסלה על ידי בית המשפט; מדוע (לאחר פסק דין בנק המזרחי) לא בחרה הכנסת לעגן בחוק יסוד כל חוק רגיל שנפסל. התשובה היא שבניגוד לתפיסה הצינית והרווחת על אודות נבחרי הציבור, מדובר באנשים שמעבר להיותם (לרוב) בעלי ערכים ורצון להגן על זכויות אדם, גם חרדים מיום הבחור. לא בלי היסוס ירים נבחר ציבור את ידו כדי לאשר חוק אשר רוב מיוחס של שופטי בית המשפט העליון טענו כי איננו חוקתי. בממשלה הומוגנית גיוס הרוב עשוי להיות משימה קלה יותר, אך בעייתית פחות: כאמור, ככל שהממשלה הומוגנית יותר, כך היא משקפת באופן מיטבי יותר את הרוב האמיתי בכנסת, דבר המגביר את הלגיטימיות הדמוקרטית שבהחלטותיה. מכל מקום, פתרון אפשרי שעשוי לרכך את ההתנגדות להתגברות ברוב מוחלט, הוא קביעה שלפחות אחת מההצבעות על התגברות חוק תיעשה בהצבעה חשאית. הדבר יפיג את החשש מפני הצבעה 'כפויה' בשל משמעת קואליציונית.¹⁴⁰

לבסוף, דרישת רוב גבוה בכנסת היא דרישה בעייתית מאוד, המעוררת בעיה דמוקרטית משל עצמה. כפי שכבר הזכרתי, דרישת רוב מיוחס למעשה מעניקה למתנגדים 'קולות נוספים'. בהתאם, יש בה משום חתירה תחת עיקרון ההכרעה הבסיסי ביותר במדינה דמוקרטית – עיקרון הכרעת הרוב. במילים אחרות, דרישת רוב גבוה היא מנגנון אנטי-רובני של הכרעת המיעוט. השופט חשין הביע בבנק המזרחי את עמדתו, שלפיה הכנסת, מעצם טבעה, איננה רשאית לקבוע מנגנונים המחייבים רוב גבוה (להבדיל מרוב של 61), שכן עיקרון הרוב הוא הבסיס שאין בלתו לכל פעולתה.¹⁴¹

עמד על כך, עוד קודם לכן, הפדרליסט:¹⁴²

דבר שאולי ייחשב במבט ראשון כתרופה, למעשה אינו אלא רעל. אם תינתן למיעוט זכות וטו על הרוב (וזה תמיד המצב במקום שדרוש יותר מרוב לקבלת החלטה), יהיה בכך, מטבע הדברים, כדי להכפיף דעת רבים לדעתם של המעטים [...] אם מיעוט עקשני יכול לשלוט בדעתו של רוב בכל הנוגע לדרך הטובה ביותר לניהול העניינים, אין לרוב מנוס, אם רצונו שייעשה משהו, אלא להסתגל להשקפות המיעוט; וכך תבטל דעת המעטים את דעת הרבים ותכתוב את מהלך הדיונים הלאומיים. [...] במשטר כזה אפילו השגתן של פשרות כגון אלה תיחשב להצלחה, שהרי במקרים ידועים לא תימצא כלל דרך להתפשר, ואז נידונים צעדיה של הממשלה להשהיה מזיקה, או אף לתבוסה שאין אחריה ולא כלום.

נשוב לפסקת ההתגברות. בעוד שדרישת רוב של 61 להתגברות איננה מרוקנת את הסדר הביקורת השיפוטית מתוכן, הרי שדרישת רוב גבוה עלולה בהחלט לרוקן את הסדר ההתגברות מתוכן. דרישת רוב רחבה היא בעלת משמעות רק אם היא מחייבת את הסכמת האופוזיציה. אלא שגם בימים רגועים, שבהם יחסי האופוזיציה והקואליציה מיטיבים, האופוזיציה, כעניין כמעט-עקרוני, מתגייסת להתנגד כאשר מדובר בחוק אשר יש להעברתו משמעות של אמון בממשלה, למשל חוקי התקציב או חוקי ההסדרים. ובכן, דרישת הסכמת האופוזיציה משמעה הפיכת ההסדר לתאורטי כמעט.

עניין זה משליך גם על הטענה שניתן להעביר את הרפורמה שעל הפרק רק בהסכמה ציבורית רחבה (המתבטאת כהסכמה פרלמנטרית רחבה). מדובר בזריית חול בעיני הציבור. זה כמה עשורים ישנה התנגדות מוחלטת לכל הצעה לשינוי המצב הקיים; התנגדות שמנעה העברת מהלכים צנועים בהרבה. גם כיום, אותם המדברים על הצורך בהסכמה רחבה, מביעים התנגדות גורפת לכל הצעת הידברות והסכמה ביחס לרכיבים מסוימים ברפורמה. גם ההידברות הממושכת, שהתקיימה בבית הנשיא במשך שבועות רבים, במעורבות עשרות אנשי ציבור, אקדמאים ומשפטנים, לא הצליחה להביא למתווה מוסכם כזה או אחר, שאיננו מרוקן את הרפורמה מתוכן.¹⁴³ הסכמה רחבה היא בוודאי עדיפה כאשר עסקינן בשינויים מרחיקי לכת; אך לא ניתן להעמידה כתנאי סף לשינוי, על אחת כמה וכמה כאשר יחסי האופוזיציה-קואליציה מקוטבים

מאי פעם. ישנה אף קבוצה נכבדה של חברי כנסת מהאופוזיציה שהביעו בעבר תמיכה ברורה בכל רכיבי הרפורמה המוצעת (ואף יותר מכך) – ובכל זאת מתנגדים לה כעת, בשל תפקידם האופוזיציוני. אין פירוש הדבר שלא מוטלת על הקואליציה האחריות לנסות, גם אם באופן חד צדדי, לגבש מתווה שיענה לחששות האמיתיים שמביעים המתנגדים – ועל כך ארחיב בסוף דבריי.

1. שלילת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד

פתחתי את דבריי בתיאור הבעיות המשטריות החריפות השוררות במצב הקיים. כאמור, המרכזית שבהן היא התייחסותו של בית המשפט לכללי המשחק כחומר ביד היוצר, כנתונים לשינוי תדיר. דומה, בהתאם, כי זהו הנושא הבווער ביותר ברפורמה; גם משום שהוא מקבע את כללי המשחק ואת הגורם הבלעדי המוסמך לשנות אותם, וגם משום שטיעוני הנגד לשינוי זה ממחישים היטב את הבעייתיות שבמצב הקיים.

בו-ביום שהוכרזה עליונותם הנורמטיבית של חוקי היסוד על פני חוקי הכנסת, צץ גם הקושי העומד בבסיס טענותיהם של מתנגדי הרפורמה, דהיינו שכינון חוקי היסוד איננו מחייב כל הליך מיוחד; הכנסת (בהובלת הממשלה) עלולה לבצע שינויים בחוקי היסוד בהתאם לרצונה המשתנה – אפילו ברוב של שניים אל מול אחד. כפי שהסביר הנשיא ברק בפסק דין בנק המזרחי, מציאות זו איננה מקרית. הקלות היומיומית כמעט שבה מכוננים חוקי יסוד בישראל היא פרי החלטה מתוכננת, שביקשה לספק פתרון למחלוקות השורשיות בעם, שהפכו את גיבושה של חוקה פורמלית שלמה וקשיחה – לפרי דמיון רחוק:

המציאות הפוליטית הביאה לכך שהחוקה לעתים כוננה לא רק "פרקים פרקים" אלא אף "אטומים אטומים" [...] בלא שהדבר הוצמד לאירוע חברתי יוצא דופן. [...] החוקה שלנו הינה פרי התפתחות חברתית טבעית. היא תוצאה של 'אבולוציה' מתמשכת ולא 'רבולוציה' חד-פעמית [...] יש לכך בישראל, הסברים פוליטיים וחברתיים. לעתים חסר הרצון הפוליטי להוציא את הסמכות החוקתית מהכוח אל הפועל. לעתים נמנע הדבר בשל אירועי השעה. אכן, שונים אנו מעמים אחרים, וגם בעניין כינון החוקה יש לנו ייחוד משלנו.¹⁴⁴

מכל מקום, כבר באותו מועד, הבהיר הנשיא ברק שאין בכך כדי לפגוע בתוקפו של "מבחן הזיהוי הצורני", הקובע ש"חוק יסוד" הוא כזה מעצם היותו קרוי "חוק יסוד", גם לא להצדיק פגיעה במעמד העליון של חוקי היסוד הללו:

היעדרה של הוראה בדבר כבילה [כלומר, הוראה בחוק המקשה על כינון חוקי היסוד או שינויים – יא"ה], אינה מפחיתה ממעמדו הנורמטיבי של חוק היסוד, כנורמה עליונה בשיטת המשפט הישראלית. היעדרה של הוראת כבילה שוללת את נוקשותו של חוק היסוד ביחס לחוקי-היסוד האחרים, ומאפשרת לחוק-יסוד מאוחר, שנתקבל ברוב רגיל, לשנותו או לפגוע בו. אין בהיעדר הכבילה הורדת מעמד חוק היסוד לדרגה של חוק רגיל.¹⁴⁵

אם כך, בבנק המזרחי קיבלה הכנסת באופן רשמי 'כלי' חדש: סמכות לכונן חוקה שתהא עליונה נורמטיבית על יתר רשויות השלטון ועל חוקים אחרים. כלי זה איננו דורש רוב מיוחד; גם לא דרישות תוכן או תהליך מסוימות. רק החלה הכנסת להפנים את גבולות כוחה, ולפתע החלו צעות טענות על הבעייתיות הרבה שבהענקת מעמד על לחוקי יסוד שאינם נדרשים לרוב או הליך חקיקה מיוחד – בניגוד לאמור בפסק דין בנק המזרחי. וכך, אנו מצויים כעת בפני "חוקה חד צדדית": כשבית המשפט מבקש להגביל את הכנסת – חוקי היסוד הם חוקה, על אף שניתן לשנותם בקלות; כשהכנסת מבקשת להגביל את בית המשפט (באמצעות קביעת נורמות מסוימות בחוקי יסוד כך שלא יהיו נתונות לביקורת שיפוטית) – חוקי היסוד אינם חוקה משום שניתן לשנותם בקלות. טענה זו איננה הגונה, והיא שומטת את הקרקע מתחת להכרה הנורמטיבית בחוקי היסוד כבעלי תוקף חוקתי.¹⁴⁶

בדו"ח היועמ"ש הנזכר לעיל נטען כי ברפורמה מוצע "לקבוע מפורשות כי המבחן לזיהוי חוק יסוד יהיה רק על פי כותרתו, מבלי לקבוע הגבלות כלשהן על תוכנו של חוק היסוד [...] או על הליך חקיקתו".¹⁴⁷ ובכן, כפי שציינתי – לא הרפורמה היא שקבעה את הרכיבים הללו; הם נקבעו כולם ביודעין בפרשת בנק המזרחי, תוך עמידה מפורשת על כך שאין בזה כדי לפגום בעליונותם המוחלטת של חוקי היסוד. הרפורמה מבקשת למעשה לשמר את כללי המשחק שנקבעו בבנק המזרחי מפני שינויים מאוחרים שחלו בשנים האחרונות. יש לזכור: בית המשפט הוא שדרש מהכנסת לראות את חוקי היסוד כיצירה מיוחדת ושונה מחוקים רגילים, על אף שהכנסת מעולם לא כוננה אותם בהליך מיוחד או הצהירה על עליונותם בריש גלי. לא ניתן כעת להשתמש בעובדות אלו, שהיו ידועות כבר אז, כטיעון המבקש לשלול את מעמדם העליון של חוקי היסוד למפרע.

אכן, המצב הנוכחי הוא בעייתי ומורכב. הקביעה כי הכנסת היא גם הרשות המכוננת, אף מבלי שנקבעו אמות מידה נוקשות לפעולת החוקה, באה במחיר. מחיר זה הוא שהכנסת תוכל לבצע שימוש, גם תדיר, בכוח זה. בית המשפט בחר בקביעה זו חרף המחיר הגלום בה. כעת, משעמד בית המשפט על כך שהתחוללה טעות ב'כדאיות העסקה' שכרת עם הכנסת, אין הוא רשאי ליטול לעצמו את הסמכות לשנות את כללי המשחק. מכל מקום, ישנה קפיצה לוגית בין הקביעה שקיימת בעיה, לבין הקביעה שבידי בית המשפט נתונה סמכות על-חוקתית (שמעולם לא ניתנה לו באופן מפורש או מרומז), שתאפשר לו לפתור אותה.

במהלך כתיבת שורות אלה פרסם הנשיא הרצוג מתווה ביחס לרפורמה, במסגרתו הציע לכונן גם חוק יסוד: החקיקה, אשר יביא סוף-סוף להסדרת מעמד החוקתי של חוקי היסוד. על פי ההצעה, חוק היסוד יעגן את חסינותם המוחלטת של חוקי היסוד, אך יקבע דרישות קשיחות לכינונם או שינוים: חוק היסוד יתקבל בארבע קריאות, כאשר הקריאה הרביעית תתקבל ברוב של שמונים ח"כים, תיערך לפחות שלושה

חודשים לאחר הקריאה השלישית, ולא תיערך בששת החודשים הראשונים לכהונת הכנסת. לחלופין, הקריאה הרביעית תתקבל ברוב של שבעים ח"כים בכנסת העוקבת לזו שהצביעה על החוק בשלוש הקריאות הראשונות, שלושה חודשים לפחות אחרי תחילת כהונתה.¹⁴⁸

אני סבור שהצעת הנשיא בעניין זה נכונה באופן עקרוני. חקיקת חוק יסוד: החקיקה היא יעד שראוי לשאוף אליו; מדובר בחוליה המרכזית שעוד חסרה ממפעל החוקה הישראלי, ועל פי דיווחים שונים, "שלב ב" של הרפורמה המתוכננת צפוי היה לכלול את כינונו ממילא. הוספת רכיב משמעותי זה לרפורמה כבר כעת, הקובע הקשחה מכאן ואילך של תיקון חוקי יסוד,¹⁴⁹ עשויה לרכך באופן ניכר את חשש מתנגדי הרפורמה מפני ביצור עתידי נוסף של מעמדן של הממשלה והכנסת. עם זאת, המסלולים שהציע הנשיא – נוקשים מדי. כפי שכבר ציינתי, לא לשווא בחרו מקימי המדינה במתווה חוקתי מזו שזוה. מדובר בכלי הכרחי למדי, שאך בזכותו הצליחה הכנסת, אט אט, להתגבר על המחלוקות הפוליטיות העמוקות שחסמו כל אפשרות לחוקה שלמה וכוללת. מפעל החוקה הישראלי טרם הושלם; קביעת רף כה קשיח כבר עתה תהפוך כל שינוי ותוספת בעתיד לדמיוניים, וכך תגנוז לעד את חלום החוקה.

בעניין חוקי היסוד נכון למצוא מתווה מאוזן יותר, הכולל הקשחה ניכרת, אך לא דמיונית. מבלי לטעת מסמרות, אציע את המסלולים הבאים:

א. חוק היסוד יתקבל בארבע קריאות, כולן ברוב של 61 חברי כנסת, בתנאי שהקריאה הרביעית תתקבל בכנסת העוקבת לזו שהצביעה על החוק בשלוש הקריאות הראשונות.¹⁵⁰

ב. חוק היסוד יתקבל בארבע קריאות באותה כנסת, והקריאה הרביעית תתקבל ברוב של 65 חברי כנסת, ובתמיכה של לפחות שניים מחברי האופוזיציה. במקרה כזה, ייכנס החוק לתוקפו באופן מיידי, אך יידרש לאשרור של הכנסת הבאה ברוב של 61 חברי כנסת.

יש לקוות שלאחר כינון חוק יסוד: החקיקה בד בבד עם הרפורמה, לא ירחק היום שבו, סוף סוף, תגובש החוקה הישראלית עלי-ספר, באיחור של שלושת-רבעי מאה. עיכוב זה הושפע רבות, כך יש להעריך, מכוחו העולה של בית המשפט, ומהרצון למנוע ממנו לצבור סמכויות נוספות, הפעם מכוחה של חוקה קשיחה וקשה לשינוי.¹⁵¹ דומני שמעמד זה יחייב אשרור מחודש של החוקה כולה, אולי במסגרת של משאל עם, ובמסגרתו ניתן יהיה לקבוע מבחנים קשיחים אף יותר לשינויים עתידיים בחוקי היסוד.

לצד האמור, יודגש שתהיה זו טעות של ממש להוסיף לרפורמה את הקשחת חוקי היסוד, אם לא תיכלל בה גם פסקת התגברות. "נעילת" חוקי היסוד מפני שינויים, מבלי שתינתן למחוקק הסמכות להתגבר על הפרשנות שיעניק בית המשפט לחוקי

היסוד הללו, תביא לעיקור הרפורמה מתוכן. כפי שהרחבתי בפרק א', משעה שתוקפו של פסק הדין איננו תלוי בטיב הנמקותיו, הרי ש"הנייר סובל הכול", ולא ייוותרו כל מגבלות לכוחו של בית המשפט.

בשולי הדברים, חשוב להדגיש כי בשנים האחרונות למדנו ששינויים בחוקי היסוד אינם נובעים תמיד מזלזול בערכי הנצחיות של כללי המשחק החוקתיים. לעיתים מדובר בתיקונים משטריים פורמליים וחד-פעמיים, המתחייבים בנסיבות חריגות וקשות על מנת לעצור סחרור מתמשך של המערכת הפוליטית, ושלרוב אינם משנים את כללי המשחק בין הרשויות ואינם פוגעים בעקרונות דמוקרטיים. כאלה הם, למשל, התיקונים שעייגנו ממשלות חליפין, או שהגדילו באופן חד פעמי את מספר השרים וסגני השרים, או הקובעים תקציב דו-שנתי.

דרך אחת לאפשר מהלכים כאלה מבלי לבצע שינויים תכופים בחוקי היסוד, היא לכלול בחלק מחוקי היסוד 'סעיף גמישות' מסוים. סעיף זה יקבע כי על אף האמור בחוק היסוד, הכנסת רשאית, ברוב חבריה, לקבוע מנגנונים שונים במבנה הממשלה או בתקציב המדינה (החורגים מהאמור בחוק היסוד), שיחולו באופן חד-פעמי. ברי כי הסעיף צריך להיות מנוסח באופן מתוחם במיוחד, כך שהגמישות תתאפשר ביחס להסדרים מסוימים שייקבעו מראש, ולא ביחס לכל חוקי היסוד.

ז. צמצום עילת הסבירות

עילת הסבירות (במתכונתה הנוכחית) זכתה לביקורת רבה מיום היוולדה בפרשת דפי זהב; דומה כי הכול כבר נאמר,¹⁵² ולא אחזור על הדברים. לדידי, הבעיה העיקרית שבהצעה הנוכחית נוגעת להיותה מתוחמת מדי. עילות המשפט המנהלי כולן הן יציר הפסיקה – גם עילת הסבירות. אין כל דבר המונע מבית המשפט 'להמציא' עילות חדשות, שיחליפו את עילת הסבירות. ההצעה הנוכחית קובעת שלא ניתן יהיה לפסול החלטה "על יסוד מידת סבירותה". אין בסעיף זה דבר המונע מבית המשפט לפסול החלטה על בסיס "הגיוניותה"; "הגיונותה"; "שרירותה"; "מידתיותה" וכו'. ייתכן שנוכחנו לשימוש ראשון שכזה בכלים עוקפים כבר בעת האחרונה, כאשר פסל בית המשפט את מינויו של ח"כ אריה דרעי לשר, תוך הישענות תקדימית על עילות אחרות לצד עילת הסבירות.¹⁵³ דומני כי ראוי למצוא לסעיף ניסוח עקרוני יותר, ומילולי פחות, שיבהיר שישנה מניעה מלבחון את טיב הפעלת שיקול הדעת של הגורם המנהלי.

ובכל זאת, חיוני להתייחס לכמה טענות רווחות. ראשית, המתנגדים טוענים כי הצעת החוק איננה מבהירה באופן ברור מספיק שנבחרי ציבור ימשיכו להיות כפופים לדין.¹⁵⁴ לטעמי, עצם העלאת הטענה הזו מעוררת אי נוחות; הרפורמה גם איננה קובעת כי אזרחים ימשיכו להיות כפופים לדין, או שופטים. הטענה מניחה

שהרפורמה רומזת, באיזושהי דרך, את ההפך – זה כמובן אינו נכון. הרפורמה מבקשת לצמצם כלי פיקוח אחד של הרשות השופטת על הרשות המבצעת; כלי שאמור לשמש במקרי קיצון בלבד – אך בפועל, משמש כאחד הכלים העיקריים להתערבות בהחלטותיה. כפי שניסח זאת השופט סולברג: "פתחנו פתח כחודו של מחט, והוא נתרחב והיה לפתחו של אולם".¹⁵⁵ יתר העילות הנהוגות לפיקוח על הממשלה – ויותר שרירות וקיימות.¹⁵⁶

בהתאם, אין ממש גם בטענה נוספת, שעל פיה ביטול עילת הסבירות יפגע בהגנה מפני פגיעה שרירותית בזכויותיהם של פרטים כאלה ואחרים בחברה.¹⁵⁷ במקרה שבו החלטה שלטונית פוגעת בזכויותיו של אדם או קבוצה בחברה, אין צורך בעילת הסבירות. פגיעה בזכויות יסוד היוותה עילת התערבות עצמאית בהחלטות הרשות המבצעת עוד מימי בג"ץ קול העם בראשית ימי המדינה.¹⁵⁸ כיום היא מעוגנת במישורין תחת חוקי היסוד, כך שכל פגיעה מצד הרשות המבצעת צריכה להיעשות בהתאם למבחני פסקת ההגבלה, הכוללת מבחני הסמכה, תכלית ראויה ומידתיות. אומנם, גם עילת המידתיות (ובעיקר מבחן המשנה השלישי בה, המכונה "המידתיות במובן הצר") נשענת על בחינה ערכית של החלטת הרשות המבצעת; אך בחינה זו מעוגנת בחוק יסוד, ולכן זוכה ללגיטימציה ציבורית רבה יותר. היא גם מתוחמת בהרבה: היא איננה בוחנת את שיקול דעתו של מקבל ההחלטה, אלא את התוצאה המושגת; היא איננה שוקלת את כל יתרונותיו וחסרונותיו של ההסדר, אלא מאזנת אך ורק בין רכיב הפגיעה בזכויות האדם, לבין התועלת הכללית המושגת מהפעולה האמורה. בכל מקרה, צמצום עילת הסבירות אינו צפוי למנוע הגנה שיפוטית במקרים של פגיעה בלתי-ראויה בזכויות אדם על ידי הרשות המבצעת.

העילה הישראלית גם חריגה מאוד בנוף העולמי. בסקירה שביצעה היועמ"ש, הושוותה העילה לאלו הנהוגות בקנדה, אנגליה ואוסטרליה. מסקנתה היא כי

קיימות נקודות דמיון רבות בין התפתחות של הדין בישראל בנוגע לעילת הסבירות לדרך התפתחותה במדינות האמורות, אשר גם בהן בית המשפט בוחן את המשקל שניתן לשיקולים הרלוונטיים כחלק ממבחן הסבירות. מכל מקום, המגמה במדינות שנסקרו היא להרחיב את עילת הסבירות, ולא לצמצמה.¹⁵⁹

ובכן, בכל הכבוד, אין כל קשר בין הסקירה לבין המסקנה האמורה. למעשה, המדינה היחידה מבין השלוש שבה קיימת עילת סבירות הדומה במידת מה לזו הישראלית, היא אוסטרליה. באנגליה לעומת זאת קיימת גם עילת סבירות רחבה; אך כפי שציינה היועמ"ש "עילת הסבירות המורחבת מקושרת [...] לביקורת שיפוטית על החלטות המובילות לפגיעה בזכויות אדם"¹⁶⁰ – הרחבה שכאמור איננה נצרכת בישראל, שכן כאמור יש בה עילות נפרדות במקרה של פגיעה בזכויות אדם. גם בקנדה נתפסת עילת הסבירות כעילת ביקורת מצומצמת יחסית,¹⁶¹ המשמשת במקרים של הנמקה בלתי-

רציונלית, במקרים של החלטה שאינה הגיונית ביחס לחוק המסמיך וכדו' – מקרים שאינם קשורים במאומה לעילת הסבירות הישראלית המורחבת. גם הטענה שלפיה ביתר המדינות ישנה מגמה של הרחבת העילה, ולא צמצומה – אינה רלוונטית; בישראל עילת הסבירות רחבה כעת עשרת מונים מאשר במדינות האחרות; לכן ודאי שלא ניתן להשוות את הרצון לצמצם אותה, להעדרו של רצון כזה במדינות האמורות, הנהנות מעילה מצומצמת ממילא.

טענה נוספת נוגעת להתערבות במינויים פוליטיים משיקולי טוהר המידות. המתנגדים טוענים שביטול עילת הסבירות יחסום ביקורת שיפוטית על החלטות בדבר מינויים פוליטיים, והדבר אינו רצוי.¹⁶² לשיטתי, ההפך הוא הנכון. השימוש בעילת הסבירות בהקשר של מינויים מהווה את הדוגמה הבוטה ביותר להתערבות בית המשפט בשיקול דעתה של הרשות המבצעת בנושאים ערכיים שבהם אין לו ולו בדל של יתרון יחסי. השאלה האם ראוי שאדם שביצע מעשה מסוים (או חשוד בכיצועו) ישמש בתפקיד כזה או אחר היא שאלה שבה לכל אדם עשויה להיות עמדה שונה; אין בה דבר משפטי; כולה ערכית. בהתאם, אין כל הצדקה להפקיע אותה מידי הציבור. ואכן, לנושא זה ישנה הסדרה מפורשת. כאשר עסקינן בח"כ, שר או ראש ממשלה, הנושא מוסדר במסגרת מבחני הכשירות המנויים בחוקי היסוד. ביחס ליתר בעלי התפקידים בשירות הציבורי, ישנם כללי כשירות המוסדרים בחוקים אחרים, בתקנות ובכללים. מבחני כשירות אלו הם האופן שבו העם, באמצעות נציגיו, בחר להגדיר אילו עניינים ימנעו מינוי אדם לתפקיד, ואילו לא. ניתן כמובן לטעון שתנאי הכשירות כיום מקילים מדי; אך הפתרון לכך הוא לגייס רוב מתאים, ולשנות אותם. לא יעלה על הדעת שבית המשפט יחליף את דעת העם בדעתו, ויקבע כי מינוי מסוים אינו סביר – על אף שהוא עומד במפורש בתנאי הכשירות.

ח. מי יגביל את השלטון?

שאלה זו מסכמת למעשה את החשש העומד בבסיס ההתנגדות לרפורמה כולה. מן הראוי שמתנגדי הרפורמה ישאלו עצמם את אותה שאלה ביחס לבית המשפט. דומני כי כיום, התשובה היא שאין ולו גורם חיצוני אחד המשמש כבלם בפני בית המשפט, אף שהתערבותו הגוברת והולכת בתחומי הרשויות האחרות מייצרת פוטנציאל נזק ניכר גם מצידו. על כל פנים, כפי שהבהרתי בדבריי, אני סבור כי גם הרפורמה המוצעת מותרתה מנגנוני הגנה נכבדים מפני עריצות הרשות המבצעת. אבקש לסכם כעת את המנגנונים הללו:

1. בית המשפט. בית המשפט שימש ביעילות כגוף מפקח על הרשות המבצעת זמן רב קודם לפסק דין בנק המזרחי. הרפורמה איננה מצמצמת את סמכותו זו (למעט עילת הסבירות), והוא ימשיך לפקח ביעילות על החלטות הממשלה וזרועותיה בעזרת יתר עילות המשפט המנהלי. מרבית פסיקות המופת שחרט בית המשפט

על דגלו במרוצת השנים, שבהן הגן וקידם זכויות אדם, ואשר גם בסערה הנוכחית עומדות במוקד ההתנגדות לרפורמה – לא היו נחסמות על ידיה.¹⁶³ כפי שצינתי, גם השינוי במינוי השופטים איננו צפוי לפגוע ביעילות הפיקוח של השופטים על יתר הרשויות.

2. הממשלה עצמה. כאמור, ממשלות הן כמעט תמיד הטרוגניות במידת מה, ולרוב אינן משקפות חלוקה דיכוטומית בין הקואליציה והאופוזיציה. פעמים רבות ניתן למצוא בממשלה מפלגות ימין ושמאל – וכך גם באופוזיציה. בהתאם, משמעת קואליציונית איננה קלה להפעלה כפי שמקובל לטעון – ודאי כאשר מדובר בנושאים מהותיים העומדים בלב ויכוח ציבורי-ערכי.

3. הכנסת. ההתמקדות ברוב הקבוע של הממשלה בכנסת מתעלמת מהעובדה שהאופוזיציה בישראל מסוגלת להיות גורם פיקוח יעיל למדי. כשהאופוזיציה פועלת באופן ענייני, ולא בדה-לגיטימציה מוחלטת והתנגדות גורפת לכל פעולה של הממשלה (כפי שנהוג בשנים האחרונות), היא עשויה גם לשכנע לעיתים בצדקת דרכה. חברי האופוזיציה יושבים בוועדות, יכולים להעלות שאילתות והצעות לסדר היום, להציע שינויים, להעלות חששות, וכפי שאנחנו עדים היום, גם לנצח על מחאה ציבורית. בישראל התקיימו בעבר אופוזיציות יעילות מאוד, שגם הצליחו להשפיע על סדר יומה של הממשלה ואף להביא להתפרקותה. הרוב של הממשלה איננו מאיין אפוא את הפיקוח של הכנסת.

4. שיקולי מאקרו. הממשלה נדרשת בכל עת לשים ליבה גם להשפעה של פעולותיה על עוצמתה המדינית והכלכלית, על יחסיה עם מדינות אחרות ועל איתנותה בזירה הבינלאומית. גורמים אלו מהווים גם הם מנגנון הגנה נכבד מפני החשש שתפנה לעריצות בעבור אינטרס צר.

5. הציבור. הבחירות אומנם אינן כלי פיקוח מושלם, אך הן מאפשרות לציבור להביע את אמונו במפלגות השונות ואת שביעות רצונו מתפקוד נבחריו בכנסת שחלפה. הציבור משפיע על התנהלות הממשלה גם בעזרת כוחו להפגין ולמחות, בשיתוף עם התקשורת והאקדמיה החופשיות. מדובר בכלי ביקורת יעילים למדי: רק לאחרונה ביטל השר מיקי זוהר את תוכניתו לביטול 'שבת ישראלית' בשל לחץ ציבורי קצר וממוקד.¹⁶⁴ כך גם נסוגה ש"ס באופן מיידי מכוונתה לקדם את הצעת חוק הכותל.¹⁶⁵

סיכום

לא ניתן לבקר את הרפורמה מבלי לעמוד על דיוקן של הבעיות שהיא מבקשת לפתור. בחינה כנה של המצב הקיים מבהירה את הצורך העז בשינוי דרמטי ויסודי, 'טיפול שורש' של ממש. לדידי, צורך זה גובר על הסכנות האפשריות הצפויות מפני

הרפורמה. אומנם, הרפורמה המוצעת, אשר מתכונתה הסופית טרם גובשה, איננה חפה מבעיות. לפרקים היא כוללנית מדי; לפרקים נחרצת. ישנם נושאים רבים אשר צריכים להתלבן בטרם תבשיל ותיכון כחלק מחוקתה של המדינה. תהליך זה התחולל בליבם ובכתיבתם של רבים מזה שנות דור; הוא ממשך בימים אלה במסדרונות הכנסת. לא בהליך בזק; אלא בהקשבה, הפנמה וחשיבה מעמיקה. כמובן שיש מקום לחשש – הרבה עומד על הפרק – אולם חשש זה צריך שינותב למקום קונסטרוקטיבי; לטיוב השינויים הקרבים, לא למניעתם. ובעיקר – חשוב לשמור על פרופורציה. התנגדות לרפורמה אינה מחייבת את שבירת הכלים; גם לא הקמת קול זעקה. לא מדובר בקץ הדמוקרטיה, אלא בניסיון הגשמתה. הממשלה הנבחרת, הזוכה לרוב יציב בכנסת ובציבור, רשאית לבצע שימוש ברוב זה על מנת לקדם את המדיניות הרצויה על נבחריה.

הזכרתי במהלך דבריי כי הסכמה רחבה איננה יכולה להיות תנאי סף לרפורמה. לצד עמדה זו, קשה להיוותר אדישים לגודל הקרע הנפער בעם, המדיר שינה מעיני ומעיני רבים. בשבועות שמאז הצגת הרפורמה התנהלו מגעים והידברויות, שלמרבה הצער לא הבשילו לכדי מתווה מוסכם, אך ניתן ללמוד מהם שברבים מהנושאים ניתן להגיע אל עמק השווה. המעשה הראוי הוא להמשיך אפוא ולשקוד על מתווה, גם אם חד צדדי, בהתאם להסכמות שניתן היה להשיג בהידברות הוגנת.

להלן אבקש לסכם את השינויים שהצעתי במסגרת המאמר, ולציידם כמה שינויים נוספים, שאני סבור שיהיה בהם כדי להביא מזור לרבים מהחששות:

1. נכון לכונן את חוק יסוד: החקיקה, שיקבע מגבלות על שינוי וכינון חוקי יסוד (וזאת לצד פסקת התגברות). במסגרת זו נכון גם לקבוע סעיף "גמישות" מסוים בחוק יסוד: הממשלה ובחוק יסוד: משק המדינה, שיחסכו שינויים חד-פעמיים רבים בחוקי היסוד.
2. ניתן לשקול מחדש את המתכונת שבה תתקיים פסקת ההתגברות, ואת הרוב הנדרש לה – בתנאי שדרישות הרוב והקוורום יוותרו במתכונתם המקורית (רוב של שמונים אחוז מהרכב מלא) או קרוב לכך. לא נכון לאפשר התגברות 'מראש' של חוקים; מן הראוי להחריג את היכולת להתגבר על חוקים הסותרים הוראות משטריות שבחוקי היסוד; וניתן לשקול צמצום מסוים של התגברות על חוקים שנקבע שפוגעים באופן בלתי מידתי בזכות לבחור ולהיבחר.
3. נכון וראוי, בד בבד עם הקשחת הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת, להרחיב את מגילת הזכויות המעוגנות במפורש בחוקי היסוד, כך שתשקף כבר עתה זכויות קריטיות במדינה דמוקרטית, דוגמת חופש הביטוי והשוויון. צמצום הביקורת השיפוטית יאפשר הרחבה שכזו מבלי שהדבר יקים חשש ממשי להגברת התערבותו של בית המשפט.

4. יש לשקול הקשחה נוספת של מנגנון הדחת השופטים בישראל. ניתן למשל להתנות הדחה כזו באישור של תשעים ח"כים, בדומה להדחת ח"כ. כמו כן, מן הראוי לעגן בחוק את מעמדו של קורס ההכנה לשפיטה.

5. נכון גם לכלול הוראות מעבר מסוימות שיגבילו את היכולת לבצע שינויים חוקתיים מרחיקי לכת נוספים במהלך כהונתה של הכנסת הנוכחית, בטרם יתרחשו בחירות שיהיו מעין 'משאל עם' לרפורמה שכבר בוצעה.

ביקשתי לשטוח במאמר הזה את הגישה המהווה לדידי את האמת. אך לא ניתן להעמיד את האמת לבדה, בלעדי השלום. כולי תפילה שקברניטי המדינה ישכילו לחתור אל שניהם גם יחד, בבחינת "הַאֲמֶת וְהַשְּׁלוֹם אֶהְבּוּ"¹⁶⁶; וכמו שפירשו חז"ל: "כל מקום שיש אמת, אין שלום. וכל מקום שיש שלום, אין משפט. ואיזהו משפט אמת? – שיש בו שלום. הווי אומר זה ביצוע [פשרה]"¹⁶⁷.

1 חריג במצב זה הוא נייר העמדה שפרסמה פרופ' נטע ברק-קורן, "תוכנית לויך-רוטמן לשינוי מערכת המשפט: ניתוח מקיף והצעה לדין", 2.2.2023. אומנם, גם ברק-קורן מתנגדת נחרצות לרפורמה המוצעת; ובכל זאת, בנייר העמדה ביקשה ברק-קורן לבחון לראשונה את הרפורמה לגופה באופן מעמיק וענייני, תוך מתן משקל גם לטענות התומכים. נייר העמדה עורר הדים בתקשורת ובכתיבה האקדמית בתחום (וגם מאמר זה יתייחס לא אחת לדבריה, המייצגים רבות מעמדות המתנגדים). לתגובות אחרות ראו, למשל, אריאל ארליך, "תכנית הרפורמה המשפטית – הערות על מסמך ברק-קורן", בלוג רשות הרבים, 12.2.2023. (להלן: "ארליך").

2 ראו אלקסיס דה-טוקוויל, הדמוקרטיה באמריקה, מצרפתית: אהרן אמיר, ירושלים: שלם, 2008, עמ' 155; חיים כהן, "הרהורי כפירה באמון הציבור", בתוך ספר שמגר ב, עורכים: אהרן ברק ואחרים, תל אביב: לשכת עורכי הדין, תשס"ג 2003; מישאל חשין, "אמון הציבור בבית המשפט – תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרהורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור", המשפט ט, 2004; אסתר חיות, "ההדדיות בין הציבור ובין בתי המשפט היא ה'דלק' המאפשר למערכת לנוע באופן תקין", גלובס, 8.11.2019; יצחק זמיר, "אמון הציבור בבית המשפט", עורך הדין 46, 2004; ועוד.

3 ראו למשל נדב איל, "לחבריי, תומכי תוכנית לויך-נתיניהו, רגע לפני התהום", Ynet, 10.2.2023.

4 ברכיהו ליפשיץ, "הו, תמימות לא-קדושה", בלוג רשות הרבים, 23.2.2023, (להלן: "ליפשיץ").

5 גרמי וולדרון, "ליבת הטיעון נגד ביקורת שיפוטית", מאנגלית: תמי ושמעון נטף, בלוג רשות הרבים, 19.10.2022.

6 יניב רוזנאי, "וולדרון בירושלים", פורום עיוני משפט, 2020; ברק מדינה, "התכנית להחלשת הביקורת השיפוטית: הערכה ביקורתית", בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית, 16.2.2023.

7 מתנאל בראלי, "אכן, יש וולדרון בירושלים!", בלוג רשות הרבים, 4.12.2022.

8 ליפשיץ, עמ' 3-5; ברק-קורן, עמ' 2-4; יואב דותן, ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מנהלי, ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשפ"ג 2022; ועוד.

9 דותן, שם, עמ' 133.

10 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221.

11 אומנם הכיר בית המשפט בסמכות שכזו בועיר אנפין כבר עשרות שנים קודם לכן בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, כג(1) 693, אך שם דובר בפסילת חוקים בשל פגם צורני – כלומר, פגם באופן חקיקתם – לא בשל תכנם, ולא נקבע במפורש שחוקי היסוד מהווים חוקה.

12 ברק-קורן, עמ' 3-2.

13 שהיטיב לבטא אהרן ברק בהרצאה שנתן בכנס השנתי של לשכת עורכי הדין באילת ב-26.5.2003. ראו אהרן ברק, "להגן על האזרח מפני המחוקק", News1, 26.5.2003. (להלן: "ברק").

14 עניין בנק המזרחי, עמ' 403, 406.

15 נעם סולברג, "ערכים, אידיאלים ופורמליזם במשפט

- הישראלי", בלוג רשות הרבים, 13.11.2022. 29
- שם. 16
- אמירה המיוחסת (גם) לשופט העליון האמריקני אוליבר וונדל הולמס, ומשמעה שהתמודדות עם מקרה קיצון חריג ובעייתי היא מתכון להסדר משפטי גרוע. 17
- עניין בנק המזרחי, עמ' 406. 18
- נטעאל בנדל, "18 שופטים ונשיאי העליון בדימוס: מביעים חרדה בית המשפט על בטלות התקציב היום, 11.2.2023. 19
- עניין בנק המזרחי, עמ' 519. 20
- אומנם, ניתן לטעון שבית המשפט מקיים דיאלוג מסוים עם הכנסת בכך שהוא מבצע את השינויים באופן מדוד, המותר לכנסת זמן לשנות את דרכיה. כך למשל, הורה בית המשפט על בטלות התקציב הדרשתי רק לאחר שהתריע, והכנסת חזרה על התנהלותה הפסולה כמה וכמה פעמים. אומנם, ישנה גישה המתארת את המצב הקיים כדיאלוג בין הרשויות (כתבה על כך בהרחבה בל יוסף במגוון מאמרים); אולם לטעמי, בניגוד לדיאלוג במובנו המקובל, המניח את קיומה של יכולת התגברות מצד המחוקק (ראו: בל יוסף, "הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט", משפט ועסקים כב, עמ' 332 (2019)) (להלן: "יוסף"), הדיאלוג הישראלי הנוכחי הוא דיאלוג כפוי, בין רשות מכפיפה לרשות מוכפפת: בית המשפט קובע את עמדתו ומעניק לכנסת את היכולת להכריע באיזה אופן היא תבחר להתמודד עם פסיקתו; האם לחוקק חוק מתוקן, או לוותר על החוק כליל. לטעמי, ישנו צורך בדיאלוג אחר, ועל כך ארחיב בהמשך דבריי. מכל מקום, הדיאלוג הקיים ודאי אינו נוגע לעצם הקביעות בדבר כללי המשחק המשתנים, אלא רק לאופן שבו יכולה הכנסת להתנהל לאורם. במילים אחרות, בית המשפט מעולם לא ניהל דיאלוג עם הכנסת על עצם השאלה האם בסמכותו לפסול חוקי יסוד – רק נתן לה הזדמנות להימנע מלחוקק חוקי יסוד מהסוג שייפסל על ידו. 22
- בג"ץ 5969/20 שפיר נ' כנסת ישראל. 23
- שם, פסקה 10 לחוות דעתו. 24
- בג"ץ 4287/93 אמיתי – אורחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, מוז' (5) 441. 25
- דניאל בן-אוליאל ויובל יועז, "היועץ המשפטי לממשלה – דברי ימי המחלוקת: שיחה עם אהרן ברק", משפט וממשל יח (2017). 26
- בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל. 27
- נטעאל בנדל, "ישראל דוהרת לתהום חוקתית – אבל חורבן אינו גזירת גורל", ישראל היום, 3.2.2023. 28
- כתוצאה מהשחיקה בעילות הסף.
- לריכוז כלל השנויים לפי שנים, ראו "תיקונים לחוקי היסוד לאורך השנים", המכון הישראלי לדמוקרטיה. למשל, בשנת 1998 – 4 תיקונים; בשנת 2000 – 6 תיקונים; בשנת 2001 – 7 תיקונים. 29
- ברק-קורן, עמ' 4-3. 30
- אומנם, חלק נכבד מהמדינות אלה כפופות עקרונית לבית הדין האירופי לזכויות אדם; אך כפיפות זו גם היא איננה מהווה ביקורת שיפוטית 'חזקה', שכן פסיקת בית הדין איננה מביאה לביטולו של חוק, ויישומו תלוי ברצונה של כל מדינה. למעשה, נכון לשנת 2017, 46 מתוך 47 המדינות החברות בבית הדין נמנעו מליישם לפחות פסיקה אחת הנוגעת אליהן, ראו Ginger Hervey, "Europe's human rights court struggles to lay down the law", *Politico*, September 20, 2017. גם מדינות כמו רוסיה או טורקיה כפופות עקרונית לבית הדין, אך מתעלמות מפסיקותיו באופן עקיב. 31
- באופן כללי, דיון במשפט משווה חייב תמיד להיעשות עם הערת אזהרה, שכן כל מדינה מתמודדת עם אתגרים חברתיים, כלכליים ובטחוניים שונים לחלוטין, מה שמצריך מנגנונים שונים על מנת להתמודד עם מגבלותיה. 32
- עיקרון זה קיים במוצהר במדינות רבות דוגמת אנגליה, פינלנד, הולנד, ניו זילנד, שוודיה, נורבגיה, דנמרק, איסלנד, שווייץ, ועוד. ראו Dawn Oliver, "Parliamentary Sovereignty in Comparative Perspective", *UK Constitutional Law Association*, April 2, 2013. 33
- המגבלה היחידה שהוכרה עד אז לחקיקת הכנסת נגעה לפסילת חוקים שנפל בהם פגם צורני: למשל חוקים שהתקבלו בסתירה לדרישת רוב מסוימת שקבעה הכנסת עצמה בחוקי היסוד (ראו עניין ברגמן, ה"ש 11 לעיל). 34
- שמגר כתב את הדברים גם במאמר שפרסם ערב פסק הדין, בו הבהיר כי "ביטוייה של ריבונות הוא בכך שאין גוף עליון מעל לכנסת המטיל עליה סייגים מן החוץ. הסייגים לחקיקה קמים וצומחים מתוכה ובה, עקב החלטתה החופשית בעת חקיקת החוקים שהיא מקבלת. מי שכל כוחו עמו יכול גם לקבוע לעצמו תחומים וסייגים, שהרי גם בכך ביטוי לכוחו הבלתי מוגבל". ראו: מאיר שמגר, "על סמכויות הכנסת בתחום החוקתי", משפטים כו 3 (התשנ"ה). 35
- עניין חסון. 36
- קולעים דבריו של בן גוריון, בוועדת החוקה חוק ומשפט מיום 13.7.1949 (להלן: "בן גוריון"): "וביחוד אין הגיון כי נעשה מה שעשו באמריקה: מסרו לבית משפט את הסמכות לפסול חוקים אם הם מתנגדים לחוקה. [...] אך בארץ כמו שלנו, תארו לעצמכם

- 48 ליפשיץ, עמ' 6.
- 49 ברק-קורן, עמ' 4.
- 50 שם, עמ' 6.
- 51 אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי, הפדרליסט, מאנגלית: אהרן אמיר, ירושלים: שלם, 2001, מאמר מס' 78.
- 52 ראו דברי האנטי-פדרליסט ברוטוס, *New York Journal*, March 20, 1788, https://archive.csac.history.wisc.edu/30_Brutus_XV.pdf. המחלוקת היא למעשה מחלוקת עובדתית, הפדרליסט מניח שהשופטים, בבואם להשתמש בכוחם לבטל חוקים, יעשו זאת לא בשם "הרצון" שלהם, אלא בשם "הכוח השיפוטי" הטהור והאובייקטיבי המצוי בידיהם. ברוטוס חלק על הנחה זו; דומני כי אינספור מחקרים אמפיריים שנערכו במרוצת השנים, הוכיחו כמה אובייקטיביות כזו רחוקה מהמצויאות. ראו: דוד גליקסברג, **כיצד שופטים מחליטים? עיונים אמפיריים בפסיקת בית המשפט העליון**, ירושלים: המכון למחקי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכל סאקר, תשפ"א 2021.
- 53 למעט קריאות רקע מזדמנות. וחריגים נקודתיים בלבד. מובן שכלל שמתגברת מעורבות בית המשפט בתחומי הרשויות האחרות, הולכים קולות אלה ומתגברים יחד עם הידידה באמון הציבור.
- 54 וראו בהרחבה בספרו של דניאל פרידמן, **הארנק והחרב, המהפכה המשפטית ושברה**, תל אביב: ידיעות אחרונות; ספרי חמד, 2013.
- 55 ברק-קורן, עמ' 8.
- 56 הפדרליסט, מאמר מס' 51.
- 57 כפי שדייק עמית סגל בספרו **סיפורה של הפוליטיקה הישראלית: מבן גוריון ועד בנט**, ישראל: הוצאת עמית סגל בע"מ, 2021: "אז מה אומרת על מדינת ישראל שיטת הממשל שלה? ובכן, בראש ובראשונה היא נובעת מהערך הישראלי הנעלה מכול, יסוד קיומנו כאן: החלטורה". לתיאור מלמד וקריא להפליא על שיטת המשטר בישראל, האופן שבו נקבעה והתפתחה, ושלל מגרעותיה – הפרק הרלוונטי זמין ב-<https://bit.ly/amsegal>.
- 58 כמובן שבמובנים אחרים, בחירות אזוריות הן שמגבירות את הקשר בין הבוחר לנבחר, בשל מחויבותו של הנבחר לקהילה המצומצמת שבחרה בו. אבל על כל פנים מדובר בקשר לנבחר אחד, אשר עוצמת השפעתו על התנהלות הקונגרס כולו, או אפילו על מפלגתו של אותו מועמד – מעטה. בישראל, לעומת זאת, בהתחשב בכך שרשימות המועמדים מתפרסמות קודם לבחירות, הצבעה למפלגה נעשית על בסיס עמדת הבוחר ביחס למכלול שהעם רוצה משהו, ובאים שבעה אנשים המוכתרים בתואר של שופטים וכל הכבוד לשופטים [...], ויפסלו חוק אשר העם רוצה בו! אצלנו תהיה מהפכה [...] אני חושב שמתן סמכות כזאת לשופטים הוא דבר ריאקציוני. אצלנו לא יהיה לדבר כזה קיום, הציבור לא ישלים עם זה. הכנסת, או אם יהיה לנו מזור פרלמנט אחר, יקבל חוק אשר נשען על רצון הרוב, ובית המשפט יפסול אותו מפני שלדעתו איננו מתאים לאיזה פסוק בחוקה?!"
- 38 בשנותיה הראשונות של המדינה, השופטים מונו ישירות על ידי הממשלה.
- 39 למעשה, הדמוקרטיה בקום המדינה הייתה במצב גרוע לאין ערוך: המדינה התנהלה בעזרת עריצות "הפנקס האדום" של מפא"י שדיכא את אנשי האופוזיציה, והטילה משטר צבאי על ערביי ישראל. יצוין שהן המשטר הצבאי הן ההפליה בשירות המדינה בוטלו על ידי הכנסת ולא על ידי בית המשפט.
- 40 יש הטוענים שהיא כבר הלחלה לישראל. ראו רפי רוניק, "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקורנות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי", **משפטים על אתר יב** (2019).
- 41 מגילת העצמאות בוודאי איננה מהווה מקור נורמטיבי מתאים. היא נדחתה כמקור נורמטיבי כבר בשנותיה הראשונות של המדינה (בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, א 85 (1948)), מה גם שהמילה "דמוקרטיה" כלל לא נזכרת בה.
- 42 *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821).
- 43 עניין **שפיר**, פסקה 28 לפסק דינו.
- 44 ברק-קורן, עמ' 8.
- 45 "בתי המשפט הם במרבית המקרים לא נבחרים או ייצוגיים. אני מתכוון בכך לומר שלא רק שמשורה שיפוטית לא מאוישת באמצעות בחירות, אלא גם שמערכת המשפט לא פועלת ברוח אתוס של בחירות, במובן של ייצוג ומחויבות לבוחרים שמאפיינים את המחוקק. רבים מהמגנים על ביקורת שיפוטית רואים בכך יתרון עצום, מכיוון שפירוש הדבר הוא שבאפשרות בתי המשפט לדון בסוגיות עקרוניות ללא היסח הדעת של לחצי ציבור והם חסינים מפני סערות ציבוריות" (וולדרן, שם).
- 46 אומנם, חלק מהשופטים המשיך לדבוק בקיומן של עליות סף מסוימות וביקש לפתח אותן (כך ניתן למצוא זכר לזכות עמידה, שפיטות, בשלות ועוד), אך מדובר במנגנוני ריסון 'ולונטריים', אשר מופעלים בצורה סלקטיבית על ידי שופטים מסוימים ולא על ידי אחרים.
- 47 כפי שקרה למשל עם ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד בכלל, ולאחר מכן באופן ספציפי יותר עם דוקטרינת התיקון החוקתי שאינן חוקתי.

במחלוקת מניה וביה), מצויה בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל.

63 כמובן, אין שום אפשרות לדעת מראש על אילו 'דגלים' תווה המפלגה, אבל ככלל מדובר בחלק ממערך הסיכונים הסביר שלוקח מצביע. ישנם, כפי שכבר נאמר, מקרים חריגים שבהם מפלגה מפנה עורף לחלוטין להתחייבותיה לבוחרים, ומשלמת על כך את המחיר ביום הבחור הבא.

64 ישנם מי שמתייחסים לשימוש הגובר ב"חוק הנורווגי" כמגביר את תלות הכנסת בממשלה. מעניין לזכור כי במשך שנים רבות הוצע כלי זה דווקא על מנת לחזק את הפיקוח של הכנסת על הממשלה. ראו חן פרידברג וראובן חזן, "פיקוח הכנסת על הממשלה: תמונת מצב והצעה לרפורמה", מחקר מדיניות 77, המכון הישראלי לדמוקרטיה, עמ' 146-147, 2009. אומנם, ניתן בקלות יחסית להפוך את המנגנון הקיים לכוון שיהיה חזק יותר מזה של הכנסת אל מול הממשלה: ניתן למשל לקבוע ששר שפרש במסגרת החוק ומעוניין לחזור לכהן כח"כ, לא יוכל להתמנות שוב לשר למשך תקופה מסוימת. הדבר יהפוך את הח"כים 'הנורווגים' לעצמאיים יותר, מבלי שניתן יהיה להוציא אותם בקלות מהכנסת.

65 מפלגות הימין שחברו לממשלה הזו נפתסו, לפחות בעיני חלק ממצביעיהם, כפועלים בניגוד למנדט שניתן להם, אך לא כך היה המצב בקרב מצביעי מפלגות המרכז שמאל ששותפו בממשלה.

66 כך למשל חסמה מפלגת 'כולנו' את היוזמות לכינון פסקת התגברות רחבה במהלך הכנסת העשירי.

ויל (לעיל ה"ש 61).

67 וראו: אברהם דיסקין ועמנואל נבון, "תיקונים בשיטת הבחירות והממשלה: חיזוק המשילות והייצוגיות", נייר מדיניות 30, עמ' 32-31, פורום קהלת, 2016; ארליך, עמ' 7. דוגמה לכך ניתן למצוא בכנסת ה-16: לקראת תוכנית ההתנתקות הוצאו מפלגות האיחוד הלאומי והמפד"ל מהממשלה והוחלפו במפלגת יהדות התורה; לאחר זמן מה יצאה מהממשלה מפלגת 'שינוי', והוחלפה במפלגת העבודה.

69 הפדרליסט, מאמור מס' 47; ההדגשה הוספה – יא"ה.

70 בעניין זה ראו גיל ברינגר, "הממשלה המחוקקת", השילוח 18, שבט תש"ף, פברואר 2020, המציג את העמדה שלפיה אין כל מגרעת דמוקרטית, בהיבט של הפרדת רשויות, ב'שליטת' הממשלה בחקיקת הכנסת בעזרת ועדת השרים לחקיקה, וכן מציג כיצד המנגנון הנוכחי מחזק את החקיקה הפרטית בישראל, לא מחליש אותה. במאמר מוסגר, אציין שגם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חוק יסוד: חופש העיסוק, שניהם התקבלו כהצעות חוק פרטיות; לא ממשלתיות. כך גם התיקון המכונה "חוק סער", שהביא ל"כלל ההסכמה הרחבה" במינוי שופטים.

הנציגים ברשימה. אם כך, הרי שהבוחר איננו מסתפק בנציג אחד המייצג 'אותו', אלא נותן אמונו במפלגה כולה ככוח משמעותי שיכול לייצג את רצון בוחריו באופן יחסי לחלקם באוכלוסייה, דבר שלטעמי יש בו כדי להגביר את הייצוג הרלוונטי לענייננו.

59 ישנן טענות נוספות הנשמעות תדיר, הנוגעות לכך שבישראל אין שני בתי נבחרים, משטר נשיאותי, בחירות אזוריות או שלטון פדרלי. כל זה בוודאי נכון, אם כי קיומם של מנגנונים אלה, מטרתו אינה בהכרח 'להקשות' על הליכי חקיקה ולהגן על המיעוט מפני עריצות הרוב; במקרים רבים מדובר בתוצר של נסיבות היסטוריות או מבניות ייחודיות, ובניסיון לייצר מאזן כוחות שברירי בין שני מוסדות או מעמדות מתחרים. באנגליה מדובר באיזון בין מעמד האצולה (בית הלורדים) למעמד 'פשוטי העם' (בית הנבחרים); בארה"ב מדובר באיזון עדין בין המדינות השונות בממשל הפדרלי; ועוד. כפי שציינתי, כל מדינה היא שונה, ונדרשת בחינה מעמיקה בהרבה על מנת לקבוע שהוספת מנגנונים כאלה תביא לתוצאה 'דמוקרטית' יותר. מעבר לכך, לישראל (גם אם תעבור הרפורמה במלואה) מנגנונים ייחודיים משלה, שאינם קיימים בשום מקום אחר בעולם, ומגבירים את מוטת ההתערבות של בית המשפט בכוחה של הממשלה: המנדט הרחב שניתן לבית המשפט להשתמש בפרשנות תכליתית לדברי חקיקה על מנת להגיע לתוצאה הרצויה בעיניו; העובדה שבג"ץ מהווה ערכאה ראשונה לכל אורח המבקש לבקר את רשויות השלטון; העובדה שסדרי הדין בבג"ץ נעדרים כמעט כליל דרישות ראייתיות או בירוקרטיות; העובדה שבשל השחיקה הכמעט מוחלטת בזכות העמידה ובשפיטות, קיים מערך משומן ואפקטיבי של עותרים ציבוריים, המסוגלים להביא כל נושא לפתחו של בית המשפט בקלות רבה; ועוד. כאמור, לא ניתן להצביע על שונות מסוימת בין ישראל למדינות אחרות מבלי להציג את התמונה המלאה. הרפורמה איננה מאיינת את מנגנוני ביזור הכוח הקיימים, ואינה מסרסת כליל את כוחו של בית המשפט להוות בלם אפקטיבי לעריצות השלטון.

60 נטע ברק-קרון, "על הסקטייל הרעיל של הדמוקרטיה הישראלית ובעיית הקצה של מלחמות הבג"ץ: מאמר תגובה על ספרו של עמיחי כהן 'מלחמות הבג"ץ – המהפכה החוקקית ומהפכת הנגד', פורום עיוני משפט מ"ה (2021).

61 ארליך, עמ' 6-7; רבקה ויל, "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגיית יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בישראל", עיוני משפט מוד, עמ' 333 (התשפ"א) (להלן: "ויל").

62 למשל מקרים שבהם הלחץ הקואליציוני מביא לכך שהכנסת מחוקקת בלי שחבריה יודעים על מה מדובר, ומבלי שניתנת להם הזדמנות נאותה להעמיק בתוכן החוק. דוגמה יחידה בינתיים (ואף היא שנויה

- 71 לא מן הנגמט שקיפאון זה השפיע גם בענפי משפט אחרים. בהקשר זה ניתן להזכיר את פסקת שמירת הדינים, אשר מגינה על חקיקה שקדמה לחוקי היסוד מפני התערבות בית המשפט. ניתן לשער שהגנה זו מנעה שינויים צרכים בחקיקה הנוגעת גם למשפט הפלילי והאזרחי, בשל ההגנה שכל שינוי שיתבצע בחוק – יכפיף אותו לביקורת שיפוטית חזקה ובלתי צפויה. ייתכן שחשש זה הוא אחד הגורמים שהביאו לכך שהצעת חוק דיני ממונות (חוק-על שמטרתו הייתה לבצע קודיפיקציה למשפט האזרחי בישראל, תוך החלפה של רבים מחוקי המדינה) שעל הכנתה עמלו עשרות שנים, ננחה על הצפת הוועדה.
- 72 במאמרו הנזכר בה"ש 5.
- 73 שם.
- 74 לצד חברותה של רע"מ בממשלה הקודמת, הויתרון הישראלי הקולקטיבי נוטה לשכוח כי זו איננה הפעם הראשונה שמפלגה ערבית הייתה חברה בקואליציה. קדמו לה: הרשימה הדמוקרטית של נצרת (הכנסת ה-17); הרשימה הדמוקרטית לערביי ישראל (כנסות 2-3); מפלגת קדמה ועבודה (כנסות 2-3); מפלגת שיתוף ואחווה (כנסות 4-7); מפלגת קדמה ופיתוח (כנסות 4-8); הרשימה הערבית לבדואים וכפריים (הכנסת ה-8). בנוסף, בכנסת ה-13, תמכו מפלגות חד"ש ומו"ע בהקמת הממשלה (ממשלת רבין השנייה), אף שבאופן פורמלי לא חתמו על הסכמים קואליציוניים (אלא הסתפקו בקבלת מסמך התחייבות מטעם מפלגת העבודה), ולכן לא נחשבו רשמית לחלק מהקואליציה.
- 75 ראוי לשוב ולציין שהשלטון הצבאי על ערביי ישראל הופסק בהחלטת הכנסת, בתקופה בה כוחה הפוליטי של החברה הערבית היה אפסי.
- 76 ראו ד"ר עמיר פוקס, "כמה חוקים נפסלו עד היום על ידי בג"ץ?", *המכון הישראלי לדמוקרטיה*, 08.11.2022.
- 77 יש החולקים על עמדה זו, וסבורים שמדינת ישראל פוגעת יום יום בזכויותיו של המיעוט הערבי. לשיטתם, הנתון הנמוך עליו הצבעתי מלמד שבית המשפט אף הוא אדיש לזכויות הערבים, ואיננו נועק להגנתם מפני עריצות הרוב היהודי. אינני שותף לעמדה זו, אך ממה נפשך: בין כך ובין כך ניכר שלא קיים פער של ממש בין מידת ההגנה שמספק בית המשפט לזכויותיה של החברה הערבית, לבין זו שמספקת הכנסת. ייתכן שזאת הסיבה שהחברה הערבית אינה שותפה פעילה במחאה. ראו "החברה הערבית עדיין אדישה לרפורמה במשפט". צריך להסביר איך החיים שלנו יפגעו", *דה מרקר*, 2.2.2023.
- 78 ראו ארליך, עמ' 9-10; אביעד בקשי, "הייעוץ המשפטי לממשלה: ניתוח והמלצות", נייר מדיניות 10, פורום קהלת, 2017; גיל ברינגר, "המחטף השקט: מיועצים משפטיים ל'שומרי סף'", *השילוח* 11, תשרי תשע"ט, ספטמבר 2018.
- 79 ראו לדוגמה ברק קורן, עמ' 15.
- 80 **הפדרליסט**, מאמר מס' 78.
- 81 המתווה המוצע כולל, בהתאם, הקשחה של מנגנון ההדחה, כך שיידרש רוב גבוה בוועדה, של 9 חברים מתוך 11. לטעמי, נכון היה לשקול הקשחה דרמטית אף יותר, למשל קביעה כי הדחת שופט תחייב אישור בכנסת, ברוב של תשעים ח"כים – בדומה להליך הקבוע בחוק היסוד להדחת ח"כ.
- 82 במילותיה של ברק קורן. ראו גם ארליך, עמ' 7-9.
- 83 ידוע בכך נשיא בית המשפט העליון, ארל וורן, פוליטיקאי רפובליקני בעברו, שלאחר מינויו לבית המשפט הנהיג את "The Warren Court"; תור הזהב הליברלי של בית המשפט העליון. דוגמה עדכנית היא השופט קנדי, שמונה כשופט "שמרן" אך בפועל הצטרף פעמים רבות לאגף האקטיביסטי, ושימש כסמן מובהק לתמיכה בזכויות להט"ב. הוא שכתב את דעת הרוב בפסק הדין שחייב הכרה בנישואי להט"בים בכל מדינות ארה"ב.
- 84 ראו למשל עמית סגל, "שופט קו: הפגישה הסודית של ניל הנדל ערב מינויו לעליון", *מקור ראשון*, 27.10.2018.
- 85 סעיף 6א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 קובע כי "חבר הוועדה יציבע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר בוועדה".
- 86 שונים הדברים ביחס לשלושת השופטים בוועדה, אשר על אף האמור בחוק, מצביעים, כמעט ללא יוצא מן הכלל, כמקשה אחת.

- 87 כן למשל, ידוע כי הנשיאה נאור נופה בשופט וילברטל כאשר הלה פסק בניגוד לעמדתה בנושא הריסת בתי מחבילים. כמו כן נטען כי לאחר פסיקה סותרת של השופט מזוז באותו נושא, הדירה אותו הנשיאה מהרכבים שדנו בתיקים כאלה, ראו גידי וייץ, "מני מזוז הדהים את כולם כשפרש מהעליון. כעת הוא מוכן לספר מדוע", **הארץ**, 23.12.2021.
- 88 "התייחסות היועצת המשפטית לממשלה לטיוטת תזכיר חוקי-סוד: השפיטה", **היועצת המשפטית לממשלה**, 2.2.2023, עמ' 12 (להלן: דו"ח היועמ"ש).
- 89 שם, עמ' 13.
- 90 אומנם, קיוונו זה איננו מוחלט, משום שלעיתים גם תיקים פליליים עשויים להיות בעלי עניין ציבורי-פוליטי, למשל כאשר הנאשמים הם אנשי ציבור.
- 91 אם לא די בכך, כאשר מדובר בקידום שופט מהשולם אל המחוזי, קיים כיום הליך מקצועי נוסף, אף אם שנוי במחלוקת, של ועדה מייצגת בלתי-רשמית של שופטים בדימוס ("ועדת השתיים"), המגבשת המלצות על המועמדים לקידום.
- 92 בשנים האחרונות ניתן להצביע על כהונתה השנייה של ציפי לבני כשרת המשפטים (שהביאה למינוים של שני שופטים אקטיביסטים, השופט מזוז והשופטת ברון, בהסכמה מלאה עם נציגי השופטים בוועדה), וכן על תקופתו של אבי ניסנקורן (שבה לא מונו שופטים לבית המשפט העליון, אך בישיבה אחת בלבד מונו 61 שופטים לערכאות הנמוכות, בהסכמה בין השר לנציגי השופטים, חרף מחאת הפוליטיקאים הימנים בוועדה).
- 93 כמובן שהשופטים הסכימו בסוף למינוים, אך רק כאשר קיבלו תמורתם מינויים של מועמדים אקטיביסטים בולטים, בתעריף גבוה במיוחד. ואכן, כל מינוי "שמרן" ניתן במחיר כבד: בתקופתם של אותם שרי משפטים שניסו לדחוף דווקא למינוי של שופטים שמרנים, והצליחו למנות את ארבעת השופטים שהזכרתי (השרים פרידמן, נאמן ושקד), עדיין מונו הרבה יותר שופטים אקטיביסטים 'מובהקים': השופטים מלצר, דנציגר, פוגלמן, עמית, הנדל, שוהם, וילברטל, ברק-ארו, קרא וגרוסקופף.
- 94 יהונתן גבעתי וישראל רוזנברג, "כיצד בוחרים שופט בית המשפט העליון את חבריהם להרכב", **משפטים נא (התשפ"ב)**.
- 95 קלמן ליבסקינד, "העליון שבתוך העליון: כך הופקדו שני שופטים מהשמאל הליברלי על הטיפול במדיניות ההגירה", **מעריב**, 29.2.2020.
- 96 אין לבלבל פסיקה צפויה לפי אידיאולוגיה ידועה, עם פסיקה 'מטעם'; פסיקה שמרנית לא תמיד תהיה לרוחם של פוליטיקאים ימנים, ושופטים אקטיביסטים לא בהכרח יפסקו כפי שמעוניינים פוליטיקאים מהשמאל.
- 97 אהרן גרבר ויהונתן גבעתי, "כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט", **משפטים נג (עתידי לראות אור)**.
- 98 אוכיר בעניין זה את כתיבתו הענפה של פרופ' מני מאוטנר, שלפיה בית המשפט משמש כמבצרה של 'ההגמוניה הישנה', שאיבדה את שליטתה הבלעדית בכנסת במהפך 1977. ראו, בין השאר, מנחם מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", **עוני משפט יו**, 1993; מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת**, תל אביב: עם עובד, 2008.
- 99 קודם ל'חוק סער', יכלו השופטים (בקואליציה אוטומטית עם נציגי לשכת עורכי הדין) למנות כל מועמד באופן חד צדדי ללא הסכמת הפוליטיקאים.
- 100 דוגמאות לפיצולים שכאלה בקולות הקואליציה ניתן לראות בשתי הקדנציות האחרונות בוועדה, בראשות השרים סער וניסנקורן.
- 101 ראו דבריו בפרוטוקול 573 מיישיבת ועדת החוקה חוק ומשפט, 17.6.2008, עמ' 12-13.
- 102 ייתכן ששינוי זה נועד על מנת להתאים את משך הכהונה לזה של נושאי תפקידים אחרים, כמו היועמ"ש.
- 103 מה גם שלפי המתווה, ממשלות רבות יקבלו נשיא 'בירושה' מהממשלה הקודמת. לא כל ממשלה תמנה את הנשיא שיכון בתקופתה.
- 104 סעיף 8(א) לחוק בתי המשפט.
- 105 השופט סולברג, למשל, שמונה גם הוא בשנת 2012, צפוי על פי שיטת הסניוריטי להתמנות לנשיא בשנת 2028 לכהונה של כארבע שנים. סולברג היה מועמד לבית המשפט העליון כבר בשנת 2009; אילו היה מתמנה במועד זה, עשוי היה להתמנות לנשיא כבר בשנת 2023, לכהונה של כתשע שנים. ראו חוק שליטא, "שופט במחלוקת: נעם סולברג מסתמן כמועמד הבולט להחליף את מזוז", **גלובס**, 11.10.2009.
- 106 בעיה זו מחריפה במקרים שבהם ממונה נשיא-לעתידי שמגיע מחוץ למערכת המשפטית, כדוגמת השופטים ברק וברק-ארו. במקרה כזה מדובר במינוי לנשיא עתידי, עוד בטרם כתב השופט ספק דין אחר.
- 107 "סקר גלובס: אלה השינויים שהציבור רוצה לראות במערכת המשפט", **גלובס**, 3.2.2023.
- 108 ראו אבירם זינו, "אחידות הענישה: ביניש עושה שריר מול רמון?", **ynet**, 20.6.2006.
- 109 ראו גלעד גרוסקמן, "ביניש: 'שבירת שיטת הוותק תביא לפוליטיזציה'", **וואלה**, 4.7.2011. מקרה זה חריף מהאחרים: מספר שנים קודם למינויו של הנשיא גרוניס, שונה החוק באופן שחסם את דרכו לנשיאות (על ידי קביעת משך כהונה מינימלי לנשיא, הגבוה

- 123 "נוכח בהיבט כי עומק התערבותו ותחומי התערבותו של בית-המשפט במעשי השלטון ייקבעו על-פי דרכי הנהגתו של השלטון. הנהי-יכן, שלטון מנהג דרכיו – מכל מקום, אמור הוא לנהג דרכיו – בין השאר, בהישמעו לכלל המורה אותנו: "it isn't done": כך לא ייעשה (או: לא ייעשה כן במקומנו) [...] וכך, ככל שתחום ה־it isn't done ירחב וילך, כן ייצר וילך תחום התערבותו של בית-המשפט, ולהפך: אשריה חברה שתרות ה־it isn't done מוטמעת באורחות השלטון שבה. אשריו בית-משפט שלא הוטל עליו להכריע בנושאים שתרות ה־it isn't done מכריעה בהם, ובעצם הכרעה מרחיקה היא אותה מחצרו" (בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, נ(6) 817, פסקה 45 לפסק הדין של השופט חשין (2003)).
- 124 הרצאה השנתית על שם ליונל כהן לשנת 2022, האוניברסיטה העברית, 30.5.2022.
- 125 ברק-קורן, עמ' 16.
- 126 שם; דו"ח היועמ"ש, עמ' 37. במאמר מוסגר, אציין שטענה זו איננה נשענת על יסודות מוצקים מבחינה עובדתית. מבין 22 החוקים שפסל בית המשפט עד היום בשל פגיעה בזכויות אדם, רובם המחולט התקבלו ברוב של שמונים אחוז משופטי ההרכב ומעלה.
- 127 "מתוך כתשעת אלפים תיקים הנפתחים בבית המשפט העליון בשנה, רק כאלפיים הם עתירות לבג"ץ והליכים מנהליים נוספים. ואף מבין העתירות וההליכים הללו, סוגיות אשר ניתן לכנותן כבעלות אופי 'ציבורי-פוליטי', כדוגמת הליכים חוקתיים או החלטות ממשלה בנושאים 'ציבוריים, הם מיעוט יחסי" (דו"ח היועמ"ש, עמ' 14) – כרי כי העתירות הנוגעות לפסילת חוקים מהוות מיעוט קטן אף יותר.
- 128 סעיף 15א(א) להצעת החוק. היועמ"ש טוענת שסעיף זה גם הוא בעייתי, משום שהוא מביא להכבדה דינית על השופטים שיאלצו לבחון את התיק 'פעמיים'. אציין כי לא מדובר בסיטואציה חריגה, אלא בדבר המתקיים פעמים רבות גם כיום. כך למשל, בקשות לרשות ערעור נידונות תחילה בפני שופט יחיד. אם הוא סבור שיש בבקשה טעם לגופה, או שמדובר בהכרעה עקרונית, פעמים רבות הוא נדרש להעביר את הדין בה למוות תלוא (הרכב של שלושה שופטים). לצד זאת, גם כיום תנוה לשופטי הרכב סמכות להורות על הגדלת ההרכב אם יסברו שיש בכך צורך (ראו סעיף 26 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984).
- 129 דו"ח היועמ"ש, עמ' 38. היועמ"ש מציינת שקיימת בעיה באפשרות, המנויה בהצעת החוק, לבצע התגברות גם אם ניתן בעניינו של החוק צו ביניים בלבד, עוד בטרם ניתן פסק דין מפורט. מחד גיסא, לעיתים דחיית תוקף החוק לשלושה חודשים עלולה
- מיתרת הכהונה שנותרה לגרוניס), מה שצפוי היה להאריך באופן ניכר את כהונתה של הנשיאה נאור. סמוך לפרישת הנשיאה בייניש שונה החוק פעם נוספת על מנת לאפשר את מינויו של גרוניס – תוך 'קיצוץ' כהונתה של נאור.
- 110 ראו יעל פרידסון וטובה צימוקי, "נאור: ביטול הסניוריטי יפגע באמון הציבור; שקד: לא ממנים את האלוף הוותיק לרמטכ"ל", *ynet*, 9.7.2017.
- 111 ראו למשל שרון פולבר, "דורית ביניש על האפשרות לביטול שיטת הסניוריטי: הדבר הכי מסוכן למערכת המשפט", *הארץ*, 27.3.2017.
- 112 יובל יועז, "סטיב אדלר פורש: מי את נילי ארד, הנשיאה הנכנסת של ביה"ד הארצי?", *גלובס*, 15.11.2010. עוד קודם לכן מונתה השופטת ארד למשנה לנשיא, גם זאת בניגוד לשיטת הסניוריטי.
- 113 אהרן ברק, לעיל ה"ש 13.
- 114 כך נהוג באנגליה, בניו זילנד ובמדינות משפט מקובל נוספות.
- 115 גדעון ספיר, *המהפכה החוקתית: עבר, הווה, עתיד*, תל אביב: משכל, 2010; גדעון ספיר, "עוד על מנגנון ההתגברות", *בלוג רשות הרבים*, 24.11.2022 (להלן: "ספיר"). במקום אחר התייחס ספיר למודל שלישי, "חוקה ככלל השתק", שמטרתה לקבע כללי משחק מוסכמים בין קבוצות שונות בעם כך שלא יוכלו לתקוף אותם בעתיד. ראו גדעון ספיר, "שלושה מודלים של חוקה", *משפטים* 349 (התשס"ז).
- 116 בן-גוריון, לעיל ה"ש 37.
- 117 הצעת החוק של ח"כ רוטמן מאפשרת לבצע את ההתגברות 'מראש', ולא לאחר דיון בבית המשפט, ולכן פוגעת בתכלית הדליברטיבית. ככלל, אציין כי בכל הנוגע לביקורת השיפוטית, הצעת החוק של השר לזין עדיפה, שכן היא מפורטת ומורכבת באופן ניכר מזו של ח"כ רוטמן, וכוללת רכיבים רבים המאזנים זה את זה, לצד רכיבים המבקשים לחסום 'עקיפה' של ההסדר בכלים אחרים.
- 118 אם הכנסת הבאה תחוקק אותו מחדש, הדבר ילמד שעמדתה איננה מבוססת על אינטרס זר, ולכן היא תגבר.
- 119 כך למשל בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, נא(4) 367 (1997), שפסל חוק שהסדיר את עבודת מנהלי השקעות, ובג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, נ(3) 640 (2002), שפסל חוק שהסדיר את שידורי ערוץ 7 – שניהם בשל פגיעה בחופש העיסוק.
- 120 ראו יוסף, לעיל ה"ש 21.
- 121 דו"ח היועמ"ש, עמ' 19-20.
- 122 שם, עמ' 35.

שבית המשפט רוקן חוק מותכן בעזרת הפרשנות. מן הראוי לעגן התגברות שכו באופן מפורש.

135 בכך בא לידי מענה גם החשש הרווח שלפיו הכנסת עלולה להתגבר גם על הוראות הנוגעות ל"הארכת כהונתה של הכנסת הנוכחית" (ראו דו"ח היועמ"ש, עמ' 42); על פי סעיף 9 לחוק יסוד: הכנסת, שינוי שכוה צירוף את הסכמתם של 80 ח"כים, כך שלא ניתן יהיה להתגבר על כך.

136 שם.

137 אי אז כשישבתו כסטודנט בקורס ביני חוקה, אצל פרופ' נטע ברק-קורן, למדתי כי "רוב רגיל" ו"רוב מקרי" הם רוב של 1/2, וזאת להבדיל מדרשת 61 המהווה "רוב מיוחס" או "רוב מוחלט" מחברי הכנסת – דרישה שלא קל לעמוד בה, ומהווה "שריון" של סעיף כזה או אחר בחוקי היסוד, שאין לזלזל בו.

138 ספיר, עמ' 6.

139 ראו לדוגמה ברק-קורן, עמ' 18.

140 אומנם, הצבעה חשאית כשלעצמה פותחת פתח בעייתית לסטיית חברי הכנסת ממרותם של בחוריהם, אך נדמה כי שימוש מצומצם זה, רק יחס להתגברות על חוקי יסוד, אינו מהווה פגם משמעותי.

141 עניין **בנק המזרחי**, עמ' 543: "אורגן שלטון החי והמתפקד במשטר דמוקרטי – וכזו היא הכנסת – לא נכיר בסמכותו המשפטית לקבוע כלל אנטי דמוקרטי מעין זה לגבי פעילותו שלו. כל עוד משטרנו הוא משטר דמוקרטי, עיקרון הרוב הוא שישלט בנו [...] אם כך דין, כי אז העמדת דרישה להסכמתם של 62 חברי כנסת ומעלה) לשינוי של חוק, פירושה היא – לאמיתם של בדברים – שלטון המיעוט וביטול עיקרון הרוב. סמכות זו לא קנתה הכנסת, ואסור עלינו באיסור חמור כי נכיר לה סמכות מעין זו".

142 הפדרליסט, מאמר מס' 22.

143 ראו, מני רבים, שלמה פיטרוקובסקי, "הנשיא הרצוג מציג: מתווה חצי העם", **מקור ראשון**, 17.3.2023.

144 עניין **בנק המזרחי**, עמ' 402.

145 שם, עמ' 408; ההדגשות הוספו – יא"ה.

146 ראו את דברי השופט מינץ שצוטטו לעיל, ה"ש 23.

147 דו"ח היועמ"ש, עמ' 47.

148 המתווה המלא זמין במרשתת, בכתובת <https://www.haam.org-ww.mitve>

149 לא למותר לציין, כפי שעולה גם ממתווה הנשיא, שאין כל מקום לדרוש שהרפורמה עצמה תתקבל באותו מסלול 'קשיח' שייקבע בה. דרישה זו איננה הוגנת, ותהפוך את ביצוע הרפורמה למשימה בלתי אפשרית, ובכך תקבע את המצב הפסול שבו אנו מצויים. יש להשיב תחילה את יחסי הכוחות למצב

להביא לפגיעה של ממש בתכליתו. לא ראוי, אם כך, לחסום את דרכו של המחוקק מלהתגבר על עיכוב שכוה בכל מקרה. מאידך גיסא, צודקת היועמ"ש שהתגברות שכוה, עוד בטרם שטח בית המשפט את נימוקיו, גם היא איננה עולה בקנה אחד עם התכלית הדיאלוגית-דיליברטיבית של פסקת ההתגברות. דומני שבעיה זו היא נגזרת של עצם הבעייתיות שבשימוש בצו ביניים על מנת לעכב את כניסתו של חוק לתוקפו, עוד קודם שדן בית המשפט בתוקפו של החוק באופן מסודר. לשיטתי הפתרון הראוי הוא לעגן בחקיקת היסוד את המדיניות הנוהגת כיום, ולקבוע כי בעתירות הנוגעות לתוקפו של חוק – לא יהא בית המשפט רשאי להוציא צו ביניים המשעה את תוקפו של החוק.

130 ברק-קורן, עמ' 17.

131 תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט), הופץ ביום 11.1.2023, עמ' 3.

132 ראו זוהר שחר לוי, "הנשיאה חיות תוקפת את פסקת ההתגברות: 'משמעות הרסנית'", **כלכליסט**, 7.5.2018. היועמ"ש ביקשה לטעון כי לא מדובר בטעות טרמינולוגית, אלא בעמדה מחויבת המציאות. כך, כאשר היא דנה בדרישה שלפיה חוק מתגבר צריך לכלול את המילים "על אף האמור בפסיקת בית המשפט" נטען: "נוסח זה מעורר קושי [...] בהיותו של בית המשפט הפרשן של הדין, ההתגברות איננה על פסיקת בית המשפט אלא ההתגברות היא על הוראה בחוק יסוד ונוסח הוראת 'על אף האמור' צריך לשקף זאת". (דו"ח היועמ"ש, עמ' 43). ובכן, טענה זו מניחה את המבוקש. מבלי לכפור בעובדה שבית המשפט מהווה, כעניין שבשגרה, את הפרשן המוסמך של החוק, מנכחי הרפורמה סבורים שכאשר עסקינן בשאלות ערכיות הנוגעות לאופן האיזון בין ערכים מתנגשים בחוק ספציפי, בית המשפט אינו פרשן מוסמך יותר מאשר הכנסת; למעשה, היועמ"ש הכירה בכך במפורש עוד קודם לכן: "הנחת המוצא העיונית [של הרפורמה – יא"ה] היא שאין בידי בית המשפט את המונופול על הפרשנות החוקתית" (שם, עמ' 41). בהתאם, גם אין ממש בדברי היועמ"ש שלפיהם "ניסוח הוראת ההתגברות באופן המוצע מטשטש את היותו של החוק סותר הוראת חוק יסוד ומדגיח את ההתנגשות בין הרשויות ולא את הדיאלוג ביניהן". ההפך הוא הנכון; ניסוח זה מדגיח כי ההתגברות נעשית במסגרת דיאלוג בין הרשויות, ולא מהווה 'דריסה' של חוקי היסוד על ידי הכנסת.

133 ספיר, עמ' 6.

134 יש לציין שבנוסח הנוכחי של הצעת החוק, האפשרות להשתמש במנגנון ההתגברות על מנת להתגבר על פרשנות, אינה מפורשת די הצורך. להבנתי, יש רמז לכן: "הורה בית המשפט העליון על ביטולו של חוק, ביטול חלק ממנו או הגבלת תוקפו" – משמע, במקרה

- 157 ברק-קורן, עמ' 21.
- 158 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, ז 871 (1953).
- 159 דו"ח היועמ"ש, עמ' 58.
- 160 שם, עמ' 56.
- 161 שם, עמ' 57.
- 162 ברק-קורן, עמ' 21.
- 163 בג"ץ 1/49 ב'ורנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953); בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4), 94 (1995); בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994); רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (2011); בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מניהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258 (2000); ורביים רבים נוספים.
- 164 אורי סלע, "מיקי זוהר: האירועים בשבת יימשכו – הם טובים גם לשומרי שבת", וואלה, 24.1.2023.
- 165 יהודה שלזינגר, אמיר אטינגר, אריאל כהנא, "לאחר הביקורת: חוק הכותל לא יעלה בוועדת השרים בשבוע הבא", ישראל היום, 9.2.2023.
- 166 זכריה ח', יט.
- 167 תוספתא סנהדרין א, ג.
- מאוזן יותר, ורק אז 'לקבע' אותם בחוקה קשיחה.
- 150 מסלול זה הוצע גם על ידי ברק-קורן, עמ' 26.
- 151 וראו ארליך, עמ' 5.
- 152 בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, לה(1) 421 (1980). וראו מני רבים עמדתו של הנשיא לנדוי בפסק דין זה; משה לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי", עיוני משפט יד (התשמ"ט); יואב דותן, "שני מושגים של ריסון – וסבירות", משפטים נא (התשפ"ב); נעם סולברג, "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים", השילוח 18, שבט תש"ף, פברואר 2020; נעם סולברג, "הלכת דרעי-פנחסי בראי עילת הסבירות", בלוג רשות הרבים, 13.1.2022.
- 153 בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת.
- 154 ברק-קורן, עמ' 20.
- 155 סולברג, "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים".
- 156 הנשיאה חיות ציינה בנאומה שורה של מקרים שבהם התבצע שימוש 'דאו' בעילת הסבירות, אך ברובן לא נדרשה עילה זו על מנת להגיע לתוצאה האמורה; ישנן גם עילות מנהליות 'קלאסיות'. בנוסף, מרבית ההחלטות המנהליות אותן ציינה הנשיאה פוגעות בזכויות אדם, ולכן חוסות ממילא תחת מבחני פסקת ההגבלה.