

עיון מחודש בתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל

מאת

רבקה ווייל*

בשנת המשפט תשע"ה נתן בית המשפט העליון כמה פסקי דין מרכזיים – בפרשות דיראני, זועבי, ואבנרי – שמהם עולה תמונה מעניינת של תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של מדינת ישראל בעת הנוכחית. על פי נרטיב הדמוקרטיה המתגוננת המקובל, אל לה לדמוקרטיה ליתן בידי אלה המבקשים להחריבה את הכלים הדמוקרטיים שבאמצעותם היא תושמד. אף שעיקרון זה אומץ במרבית הדמוקרטיות הליברליות, נטען כי הוא מקפל בחובו "פרדוקס דמוקרטי". הפרדוקס מתבטא בכך שבשם ההגנה על הדמוקרטיה המדינה הדמוקרטית משתמשת בכלים קיצוניים, שהם בעייתיים מבחינת התאמתם לערכי הדמוקרטיה. לפיכך כלי הדמוקרטיה המתגוננת אמורים להיות בשימוש רק כשמדובר בסכנה ממשית לערכים החשובים והיסודיים ביותר בדמוקרטיה. כזו היא גישת הפסיקה הישראלית כביטויה בסוגיות של פסילת מפלגות ו"תיקון חוקתי שאינו חוקתי", שהן לטענת המחברת משמשות ראי האחת לרעותה. יתרה מזאת, בסוגיות אלה בית המשפט העליון עומד בפרץ ומשמר את האפקטיביות מחד ואת הריסון מאידך של כלי הדמוקרטיה המתגוננת.

מפסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"ה ניתן להתרשם כי בית המשפט מוכן ללכת יד ביד עם הגופים השלטוניים האחרים ולהרחיב את תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל להקשרים חדשים. הדמוקרטיה המתגוננת עלולה ליהפך מכלי מניעתי לכלי עונשי-גמולי שבו המדינה מחזירה לפרט באותו מטבע שלו. השופטים, לטענת המחברת, נשענים על שתי הנמקות מרכזיות בעייתיות כדי לבסס את תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת ולהרחיבה: האחת – יצירת הדדיות, כמעט סימטרייה, בין פרט למדינה; האחרת – הישענות מסיבית על המשפט ההשוואתי כמקור לגיטימציה לנקיטת צעדי הגנה. לטענת המחברת, דווקא

* מרצה בכירה (עם בכירות), המרכז הבינתחומי, הרצליה. Israel Institute Visiting Professor, Cardozo Law School. מאמר זה מבוסס על הרצאה שניתנה בתאריך 14.10.2015 לרגל יום עיון בשנת המשפט תשע"ה – סיכום והערכה – שהתקיים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. על הקשר בין פסילת מפלגות ל"תיקון חוקתי שאינו חוקתי" הרציתי גם בכינוס לזכרו של רב אלוף לפקין שחק ז"ל ב-18 במרץ 2013 ובאוניברסיטת אוקספורד בנובמבר 2014 במסגרת דיון בפרויקט Rivka Weill, Holey Union: The Constitutional Paradox of Secession (available on SSRN).

משום שכלי הדמוקרטיה המתגוננת מעוררים את שאלת הפרדוקס הדמוקרטי, חובה עלינו להותירם ככלי של מוצא אחרון, מניעתי בלבד.

א. מבוא. ב. התפיסה המסורתית של עקרון הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל;
 1. הרקע הרעיוני וההיסטורי של עקרון הדמוקרטיה המתגוננת; 2. על הקשר שבין פסילת מפלגות ל"תיקון חוקתי שאינו חוקתי"; 3. כלי מניעתי של מוצא אחרון. **ג. מגמות ההרחבה של תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של המדינה;**
 1. חקיקת חוק הנכבה וחוק החרם; 2. הלכת דיראני; 3. הלכת אבנרי וחוק החרם. **ד. הרחבת תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת במבחן הביקורת;** 1. ההקשרים החדשים של דמוקרטיה מתגוננת; 2. הרציונלים לגישה המרחיבה. **ה. על כוחה של רטוריקה.**

א. מבוא

בשנת המשפט תשע"ה נתן בית המשפט העליון כמה פסקי דין מרכזיים – בפרשות **דיראני, זועבי, ואבנרי** – שמהם עולה תמונה מעניינת של תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של מדינת ישראל בעת הנוכחית.¹ כשאנו דנים בדמוקרטיה מתגוננת (או כביטוייה "דמוקרטיה לוחמת" בחלק מהמדינות) אנו מפתחים נרטיב כי דמוקרטיה אינה חייבת, ואפילו אסור לה, ליתן בידי אלה המבקשים להחריבה את הכלים הדמוקרטיים שבאמצעותם היא תושמד.² אנו מצדיקים תפיסה זו של הגנה עצמית בלקחי גרמניה של תקופת הויימאר. גרמניה של תקופת הויימאר הביאה להרס עצמה בהניחה למפלגה הנאצית להשתתף בבחירות ולצבור עצמה שלטונית באמצעות בחירות. הנאצים מעולם לא זכו לרוב בבחירות בגרמניה. הם צברו עצמה שלטונית מספיקה כדי להשתלט על המנגנונים השלטוניים מבפנים ולהביא להרס הדמוקרטיה עצמה.³ מפורסמת בהקשר זה אמרתו של ג'וזף גבלס, שר הפרופגנדה הנאצי, כי לעולם תיוותר זו אחת הבדיחות

1 בג"ץ 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני (פורסם בנבו, 2015); בג"ץ 6706/14 זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת (פורסם בנבו, 2015); בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 2015).

2 המאמרים שטבעו את מושג הדמוקרטיה הלוחמת בספרות ההשוואתית בעולם: Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, I, 31 AM. POL. SCI. REV. 417 (1937); Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, II, 31 AM. POL. SCI. REV. 638 (1937).

3 DAVID DYZENHAUS, LEGALITY AND LEGITIMACY: CARL SCHMITT, HANS KELSEN AND HERMANN HELLER IN WEIMAR 1–37 (1997). See also: David Dyzenhaus, *Legal Theory in the Collapse of the Weimar: Contemporary Lessons?*, 91 AM. POL. SCI. REV. 121 (1997).

הטובות ביותר על הדמוקרטיה, שנתנה בידי אויביה את הכלים להשמדה.⁴ ניתן למצוא תימוכין לתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת גם בשורשים עתיקים של המשפט הדרוויאני-הטבעי של הישרדות ובמשפט הדתי המכיר בזכות ההגנה העצמית. שעה שעיקרון זה אומץ וקיבל לגיטימציה במדינות הדמוקרטיות המודרניות, רבות מהן מכירות בהיותו מקפל בחובו "פרדוקס דמוקרטי".⁵ בשם ההגנה על הדמוקרטיה מדינות אלה משתמשות בכלים בעייתיים מבחינה דמוקרטית. הסכנה הגדולה היא שימוש לא מוצדק בכלי הדמוקרטיה המתגוננת עד שהדמוקרטיה תאבד צביונה מבפנים וכבר לא תהיה ראויה לאותה הגנה. החשש הוא שבשם ההגנה מאויבים תביא הדמוקרטיה לאבדן צביונה ולכיליונה כמו ידיה. לפיכך, כלי הדמוקרטיה המתגוננת אמורים להיות המוצא האחרון בהגנה על קיום הדמוקרטיה. הם אמורים להיות בשימוש רק כשמדובר בסכנה ממשית לערכים החשובים והיסודיים ביותר בדמוקרטיה.⁶ הכלי הטיפוסי ביותר של דמוקרטיה מתגוננת הוא פסילת מפלגות.⁷ שעה ששיטת המשפט הישראלית אימצה כלי זה – תחילה בפסיקה בהלכת ירדור ומאוחר יותר בחוקה בדמות סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת⁸ – הוא נתפס בקרב השופטים (אך לא בקרב המחוקקים) ככלי של מוצא אחרון המשמש כאיום בהפעלת כוח יותר ממימושו בפועל.⁹ פסילת מפלגות מוגדרת ככלי שנועד למנוע את הכוח השלטוני הדמוקרטי ממי שאינו מקבל עליו את הכללים הבסיסיים ביותר של הדמוקרטיה ומבקש להרוס את הדמוקרטיה מבפנים. בישראל הערכים הבסיסיים ביותר המוגנים באמצעות כלי הדמוקרטיה המתגוננת הם אופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית, איסור על תמיכה במאבק מזוין נגד המדינה ועל הסתה לגזענות. למעשה, למעט אופייה היהודי של המדינה, שאר דרישות הבסיס של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת הן תנאי מוקדם להשתתפות בבחירות

4 Gregory H. Fox & George Nolte, *Intolerant Democracies*, 36 HARV. INT'L L.J. 1 (1995). **בלשונו**: "This will always remain one of the best jokes of democracy, that it gave its deadly enemies the means by which it was destroyed".

5 שם, בעמ' 9-14.

6 על תאוריית היסודנות (foundationalism), ראו רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי – סיפורה הפיקנטית של חוקת הכלאיים הישראלית" **עיוני משפט** לח 501 (2016).

7 Fox & Nolte, לעיל ה"ש 4; Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies*, 120 HARV. L. REV. 1405 (2007).

8 ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965); סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח תשמ"ה 196.

9 ראו א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1 (2003). לפער בין גישת המחוקקים לגישת השופטים בנושא זה, ראו התיקונים הרבים שבוצעו בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת מתוך ניסיון לשכנע השופטים להשתמש בסעיף כדי לפסול מפלגות.

בדמוקרטיה אירופיות רבות. יתרה מזאת, מרבית המדינות האירופיות פסלו מפלגה זו או אחרת מאז מלחמת העולם השנייה.¹⁰

כלי נוסף של דמוקרטיה מתגוננת, שהוא לטענתי הכלי המשלים של פסילת מפלגות, הוא הדוקטרינה של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי". הוא מגן על אותם ערכים יסודיים כפסילת מפלגות. גם הוא נתפס בבית המשפט ככלי המשמש בעיקר "צל" שבמסגרתו פועלת הדמוקרטיה הרגילה ולא כלי שנועד לשימוש בפועל.

המעניין הוא שמפסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"ה עולה מגמה של הרחבה ניכרת של תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של המדינה. באותם תחומים מסורתיים של דמוקרטיה מתגוננת – פסילת מפלגות ו"תיקון חוקתי שאינו חוקתי" – נשאר בית המשפט נאמן לגישה של שימוש בכלים אלה ככלים של מוצא אחרון. אך בהקשרים חדשים, שבהם לא נבחנה תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת עד כה, כמו זכות הגישה לערכאות של נתין אויב וסוגיית החרם, בית המשפט נוקט גישה חדשה שונה בתכלית. בית המשפט לא קישר בין גישתו בתחומים המסורתיים לגישתו בתחומים חדשים של אופייה המתגונן של המדינה.

לטענתי, כדי לבסס את תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של מדינת ישראל בהקשרים חדשים ולהרחיבה, השופטים נשענים על שתי הנמקות מרכזיות: האחת – יצירת הדדיות, כמעט סימטריה, בין פרט למדינה; האחרת – הישענות מסיבית על המשפט ההשוואתי כמקור לגיטימציה. לא עוד מתייחסים השופטים לכלי הדמוקרטיה המתגוננת כמוצא אחרון במצבים של סכנה ממשית לערכים הכי יסודיים של החברה. מכלי מניעתי של מוצא אחרון עולה שימוש חדש של השופטים בכלי הדמוקרטיה המתגוננת ככלי **עונשי-תגמולי** שבאמצעותו המדינה רשאית להחזיר לפרט באותו מטבע שלו. לא עוד כלי שעיקרו איום בהפעלת כוח אלא כלי בעל שיניים של ממש בעולם המעשה. במקום שבית המשפט ישמש כוח מרסן לרשויות הנבחרות בתחומים אלה, בית המשפט נותן יד להן בהרחיבן את תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל.

טענתי היא כי יש מקום לדיון מעמיק וזהיר יותר בסוגיית ההדדיות ביחסי פרט ומדינה. עלינו להיזהר מיצירת סימטריה מידית ופשטנית מדי בסגנון "אם האזרח מחרים אותי – אני המדינה רשאית להחרים אותו". אלה אינם יחסי כוחות שקולים. אין להבין מדבריי שאין מוטלות חובות על הפרט ביחסו למדינה. לא אבקש לטעון אלא שעלינו להיזהר ממצב שבו אנו יוצרים רטוריקה של דמוקרטיה מתגוננת המבוססת על יחסי הדדיות בין הפרט למדינה, ואם כך, מותר למדינה לנקוט את הגישה "מידה כנגד מידה" ביחסה לפרט. יש להיזהר גם מהישענות על המשפט ההשוואתי במונח פשטני "שאם

Angela K. Bourne & Fernando Casal Bértoa, *Prescribing Democracy? Party Proscription, Militant Democracy and Party System Institutionalization* (10-15 April 2014) 6 (Paper presented at 42nd ECPR Joint Sessions of Workshops, University of Salamanca) <http://whogoverns.eu/wp-content/uploads/2014/10/ECPR-2014-Salamanca.pdf>

הדבר קורה מעבר לים, מותר שיקרה גם אצלנו". שאלות של מימון מדינתי לביטוי פוליטי או הימנעות ממימון כאמור צריכות להיפתר במסגרת ניתוח חוקתי קלאסי של היקף הזכות החוקתית ומידתיות. אין הן מעניינה של דמוקרטיה מתגוננת. פרק א דן בתפיסה המסורתית של עקרון הדמוקרטיה המתגוננת של מדינת ישראל. הוא מציע כי התפיסה המסורתית באה לידי ביטוי בשני תחומים: פסילת מפלגות ו"תיקון חוקתי שאינו חוקתי". יתר על כן, הוא מציע גישה חדשנית ליחס שבין שני מנגנונים אלה, ולפיה יש לראות בהם תמונת ראי האחד של רעהו. הפסיקה בישראל טרם הכירה בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת כעיגון טקסטואלי לדוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", אך מאמר זה מציע תשתית לגישה שכזו. בשני תחומים אלה, של פסילת מפלגות ו"תיקון חוקתי שאינו חוקתי", בית המשפט מתייחס לעקרון הדמוקרטיה המתגוננת ככלי שעיקרו "איום" בהפעלת כוח יותר מאשר מימושו בפועל. הוא נתפס ככלי של מוצא אחרון. לטענתי, דווקא העמדה המרחיבה הננקטת בכנסת באותם תחומים וריסונו של בית המשפט את פעולת הכנסת באותם תחומים משמרת מחד את אמינותו של האיום בשימוש בכלי הדמוקרטיה המתגוננת ומאידך את הריסון שבו. בכך שונה גישתי בתכלית מגישתן של קרן וינשל-מרגל ומיכל שמיר, הסבורות כי הפער שנוצר בין גישת הכנסת לגישת בית המשפט לפסילת מפלגות מערערת על הלגיטימיות של בית המשפט העליון, ויש לפעול לצמצום פער זה.¹¹

פרק ב מתאר את מגמות ההרחבה של תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל כביטוי בחקיקת "חוק הנכבה" ו"חוק החרם". גישתו המרחיבה של המחוקק עולה בקנה אחד אף עם גישתו כלפי פסילת מפלגות. לטענתי, בפסקי הדין **דיראני ואבנרי** משנת התשע"ה נמנע בית המשפט מלשמש כוח מרסן לרשויות הפוליטיות, בשונה מגישתו הקלאסית לעקרון הדמוקרטיה המתגוננת. בית המשפט מרחיב את השימוש בכלי הדמוקרטיה המתגוננת. הוא אינו רואה בהם עוד כלי מניעתי של מוצא אחרון אלא כלי תגמולי-עונשי שבאמצעותם הפרט מקבל את היחס שלו הוא ראוי. המדינה מחזירה לפרט באותו המטבע שלו. בית המשפט מרחיב את עקרון הדמוקרטיה המתגוננת באמצעות שתי הנמקות: עקרון ההדדיות ושימוש במשפט השוואתי.

בפרק ג אבקר את השימוש שנעשה בעקרון הדמוקרטיה המתגוננת בהקשרים החדשים. גישתי שונה בהקשר זה מגישתו של משה כהן-אליה, המשתמש בעקרון הדמוקרטיה המתגוננת גם בהקשר של שימוש בכוח המקצה של המדינה.¹² בנוסף, פרק ג מבקר את שני הרציונלים המובאים בבית המשפט על מנת להרחיב את תפיסת

11 קרן וינשל-מרגל ומיכל שמיר "כבוד השופטים, תחזיקו אותנו" – הדינמיקה הפוליטית של הזכות להיבחר בדמוקרטיה הישראלית "בחירות בישראל – 2013, 70, 96 (מיכל שמיר עורכת, תשע"ה).

12 ראו משה כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים בבתי-הספר החרדיים" **משפט וממשל** יא 367 (2008).

הדמוקרטיה המתגוננת של המדינה: עקרון ההדדיות מחד והמשפט ההשוואתי מאידך. פרק ד יסכם.

ב. התפיסה המסורתית של עקרון הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל

בפרק זה אעמוד על הרקע הרעיוני וההיסטורי לעקרון הדמוקרטיה המתגוננת. אסביר מדוע עיקרון זה קיים בבסיס הקשר שבין פסילת מפלגות לדוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי". אעמוד אף על מאפייניו של העיקרון ככלי של מוצא אחרון.

1. הרקע הרעיוני וההיסטורי של עקרון הדמוקרטיה המתגוננת

המושג "דמוקרטיה לוחמת" (militant democracy) נולד על רקע תאורטי והיסטורי של עליית הפשיזם בעולם בשנות השלושים של המאה העשרים. קרל לוונשטיין (Karl Loewenstein) טבע מושג זה בשני מאמרים פורצי דרך שפורסמו ב־ American Political Science Review ב־1937, ערב מלחמת העולם השנייה. קרל לוונשטיין היה פילוסוף, משפטן וחוקר מדעי המדינה גרמני-יהודי, שנאלץ לברוח מגרמניה עם עליית היטלר לשלטון ב־1933 והמשיך את דרכו האקדמית בייל ובאמהרסט שבארצות הברית. במאמריו הוא מזהיר את הדמוקרטיות מהתאבדות עצמית ומפורמליזם דמוקרטי המאפשר לאלה המבקשים להכחיד את הדמוקרטיה להשתמש בכלים הדמוקרטיים למטרה זו. הוא הזהיר משוויון פורמליסטי המסרב להכיר באיום הקשה שמציבים המתנגדים לעצם קיום הדמוקרטיה. הוא הזהיר שבחירות (elections) עלולות לשמש "הסוס הטרויאני" שדרכו האויב משמיד את הדמוקרטיה. בלשונו:

This [fascist] technique could be victorious only under the extraordinary conditions offered by democratic institutions. Its success is based on its perfect adjustment to democracy. Democracy and democratic tolerance have been used for their own destruction. Under cover of fundamental rights and the rule of law, the anti-democratic machine could be built up and set in motion legally. Calculating adroitly that democracy could not, without self-abnegation, deny to any body [sic] of public opinion the full use of the free institutions of speech, press, assembly, and parliamentary participation, fascist exponents systematically discredit the democratic order and make it unworkable by paralyzing its functions until chaos reigns. They exploit the tolerant confidence of democratic ideology that in the long run truth is stronger than falsehood, that the spirit asserts

itself against force. Democracy was unable to forbid the enemies of its very existence the use of democratic instrumentalities. Until very recently, democratic fundamentalism and legalistic blindness were unwilling to realize that the mechanism of democracy is the Trojan horse by which the enemy enters the city. To fascism in the guise of a legally recognized political party were accorded all the opportunities of democratic institutions.¹³

קרל לונשטיין קרא במאמריו לדמוקרטיה להגן על עצמן מפני התארגנויות לא חוקיות – בעיקר מפלגות חתרניות – המבקשות להשתמש בכלי הדמוקרטיה כדי להביא לביטולה או לאיים על עצם קיום המדינה. הוא ביקש להטיל מגבלות בעיקר על הנגישות של התארגנויות אלה לכוח השלטוני. הוא קרא למנוע מהן להיבחר לפרלמנט; למנוע מהן להתחמש וליצור כוחות צבא או שיטור פרטיים; למנוע מהפקידות הבירוקרטית לחבור אליהן. הוא הכיר בכך שככל שהמדינות הופכות ללוחמניות יותר בכוחות החתרניים, כך הן עלולות ליהפך ללא דמוקרטיה, אך ראה הצדקה לכך על רקע ממשות האיום הפשיסטי בשנות השלושים. הוא גם סבר שככל שהכלים קיצוניים יותר מבחינת הפגיעה בזכויות אדם ובערכי שלטון החוק, כך מוצדק להגביל השימוש בהם למצבי חירום ועל בסיס זמני.¹⁴

שעה שרעיון פסילת מפלגות נולד כחלק מרעיון של דמוקרטיה הלוחמת באלה המבקשים להכחידה, בארץ נטבע המונח "דמוקרטיה מתגוננת" לביטוי אותו רעיון. בלשונו של השופט זוסמן בירדור:

שותף אני לדעה, שהנסיון שבחיים מחייב אותנו שלא לחזור על אותה שגיאה שכולנו היינו עדים לה [הכוונה לניסיון של גרמניה של הניימאר]. כמו שאמר חברי הנכבד, השופט כהן, בית המשפט הגרמני לחוקה, בדונו בשאלת חוקיותה של מפלגה, דיבר על "דמוקרטיה לוחמת" שאינה פותחת את שעריה למעשי חתירה במסווה של פעילות פרלמנטרית לגיטימית. כשלעצמי, לגבי ישראל, מוכן אני להסתפק ב"דמוקרטיה מתגוננת", וכלים להגנה על קיום המדינה מצויים בידינו, גם אם לא מצאנום מפורטים בחוק הבחירות.¹⁵

Loewenstein, *Militant Democracy I*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 423–424. 13
Loewenstein, *Militant Democracy II*, לעיל ה"ש 2. 14
עניין ירדור, לעיל ה"ש 8, בעמ' 390. 15

2. על הקשר שבין פסילת מפלגות ל"תיקון חוקתי שאינו חוקתי"

כשהשופטים בארץ פונים לרטוריקה של דמוקרטיה מתגוננת, הם מפנים כדבר שבשגרה לסימוכין מפסקי דין שעוסקים בפסילת מפלגות, ובמיוחד פסק הדין ירדור.¹⁶ ירדור הוא פסק הדין הראשון במדינת ישראל שדן בעקרון הדמוקרטיה המתגוננת. פסק הדין עסק בשאלה אם ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית הייתה מוסמכת לפסול את רשימת הסוציאליסטים מלהשתתף בבחירות. מחצית מחברי רשימת הסוציאליסטיים השתייכו לתנועת אל-ארד, שביקשה להירשם כאגודה לפי חוק האגודות העות'מאני ובקשה זו נדחתה. בג"ץ אישר את הסירוב לרשמה כאגודה ומצא כי התנועה "שוללת שלילה גמורה ומוחלטת את קיום מדינת ישראל בכלל, וקיום המדינה בגבולותיה דהיום בפרט".¹⁷ גם שר הביטחון הכריז על התנועה כהתארגנות לא חוקית לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. כשנה לאחר מכן ביקשו אותם אנשים לרוץ בבחירות במסגרת רשימת הסוציאליסטים. הקושי החוקתי היה שחוק הבחירות וחוק-יסוד: הכנסת לא כללו עיגון טקסטואלי בשנות השישים לסמכות זו של ועדת הבחירות לפסול מפלגות על בסיס מצע רעיוני. למרות היעדר עיגון טקסטואלי מפורש סירבה ועדת הבחירות המרכזית לאשר לרשימה לרוץ בבחירות.

פסק הדין פותח דווקא בדעת המיעוט של השופט חיים כהן, אשר הנשיא אגרנט הגדירה "אמיצה".¹⁸ השופט חיים כהן היה נכון להניח הן שמדובר בהתארגנות לא חוקית והן שמדובר בתנועה המבקשת לחתור "תחת עצם קיומה של המדינה, או בכל אופן תחת שלמותה הטריטוריאלית".¹⁹ עם זאת הוא סבר כי בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק אין לוועדת הבחירות סמכות שלא לאשר השתתפות הרשימה בבחירות.²⁰ יתר על כן, אף לו הקנה החוק סמכות זו, היה מקום לשקול את סיכויי התממשות הסכנה לקיום המדינה בשל ריצת המפלגה לבחירות: "אין אני יכול לראות את הסכנה הממשית או הברורה או המידית הצפויה למדינה או למוסד ממוסדותיה או לזכות מזכויותיה, מהשתתפות רשימת מועמדים זו בבחירות לכנסת".²¹ השופט חיים כהן סבר כי במקרה הקונקרטי, אף לו היה החוק מסמיך לפסול השתתפות מפלגות בבחירות, רשימת הסוציאליסטים אינה מקרה מתאים להפעלת סמכויות אלה. אשר לעתיד, הוא סבר כי היה

16 ראו למשל ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729 (1984) (חסיון מטעמי ביטחון המדינה); בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995) (תוקף הסכם קואליציוני); רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45 (1996) (רישום מפלגה); דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000) (קלפי מיקוח).

17 בג"ץ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673, 677 (1964).

18 עניין ירדור, לעיל ה"ש 8, בעמ' 384.

19 שם, בעמ' 373-374.

20 שם, בעמ' 378.

21 שם, בעמ' 381.

מקום למחוקק לשקול ללכת בכיוונה של גרמניה ולכלול הסמכה מפורשת לפסול מפלגות החותרות תחת עצם קיום המדינה או משטרה הדמוקרטי. ²² דעת הרוב של הנשיא אגרנט והשופט זוסמן קבעה בדרך פרשנות כי למדינה יש סמכות טבועה להגנה עצמית בדרך של פסילת מפלגות המאיימות על עצם קיומה. לגישת אגרנט, לא הייתה לוועדה ברירה אלא להחליט שלא לאשר את הרשימה. ²³ לנגד עיני אגרנט עמד לא רק לקח השואה ואימת הפשיזם של המאה העשרים אלא עמדו גם לקחי מלחמת האזרחים האמריקאית של המאה התשע-עשרה. ²⁴ שופטי הרוב חלקו על דעת המיעוט הן בהקשר הקונקרטי (לעמדתם היה מקום לפסול את רשימת הסוציאליסטים) והן בגישתם העקרונית כי קיימת סמכות טבועה לוועדת הבחירות לפסול מפלגות המסכנות את עצם קיום המדינה.

הלכת **ירדור** מובאת בדרך כלל כדוגמה לשימוש ראשוני בתפיסה של עקרונות-העל של השיטה. ²⁵ אמנם דעת הרוב **נימקה** כי סמכות פסילת מפלגות קיימת בדרך של **פרשנות** דברי חקיקה, אך בבוחנו את **תוצאות** פסק דין **ירדור** עולה שלמעשה דעת הרוב אפשרה פסילת מפלגות בניגוד לחוק-יסוד: הכנסת, שענין זכויות לבחור לכנסת ולהיבחר לה ולא אפשר באותה תקופה פסילת מפלגות על רקע אידאולוגי. כלומר, אנו רואים כבר בהלכה זו נכונות להכיר בעקרונות-על של השיטה שיש בכוחם **לגבור** על חוקים, ואפילו על חוקי יסוד, ובתחום כה חשוב כזכות לבחור ולהיבחר. במקרה של **ירדור** עקרון-העל המוגן הוא עצם קיומה של המדינה, כדברי השופטים. עם זאת יש כותבים הסבורים כי פסק דין **ירדור** ביקש להגן על אופייה היהודי של המדינה. ²⁶

לא בכדי פסק הדין הראשון במדינת ישראל העוסק בפסילת מפלגות הוא גם פסק הדין הראשון שעוסק בעקרונות-העל של השיטה. לטענתי, אלה שני צדיו של אותו מטבע. לא בכדי השופט זוסמן בפסק דין **ירדור** מדבר באותם מונחים הן על פסילת מפלגות והן שייחכן "תיקון חוקתי שאינו חוקתי". הוא מצטט מפסק דין של בית המשפט לחוקה של מדינת בוואריה כי "ישנם כללים חוקתיים שהם כה יסודיים והם ביטוי של דין-על-חוקתי, עד כדי לקשור את מחוקק החוקה בכבודו ובעצמו; הוראות חוקה אחרות, שאינן בעלות דרגה כזאת והן עומדות בסתירה לכללים אלה, יכולות להיפסל". ²⁷

22 שם, בעמ' 384.

23 שם, בעמ' 387.

24 שם, בעמ' 388.

25 ראו למשל ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995); בג"ץ 4676/94 **מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996); בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619 (2006); בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 2011).26 ראו רות גביוון "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" **גבורות לשמעון אגרנט** 145 (אהרן ברק ואח' עורכים, תשמ"ז).27 עניין **ירדור**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 390.

אותם ערכים מוגנים המצדיקים פסילת מפלגות הם גם אותם ערכים שראוי שיוכרו כעקרונות-העל של השיטה. כיום פעמים רבות אנו מדברים בלשון "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" כדי לבטא את הרעיון של עקרונות-על.²⁸ במדינת ישראל אופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית מוכר כראוי להגנה הן באמצעות פסילת מפלגות והן באמצעות "תיקון חוקתי שאינו חוקתי".²⁹

לא רק שאותם ערכים ראוי שיוגנו דרך שני המנגנונים של פסילת מפלגות ו"תיקון חוקתי שאינו חוקתי", אלא שלמעשה, מנגנונים אלה משלימים זה את זה. פסילת מפלגות היא "המגן הקדמי" של שיטת המשפט. היא נועדה למנוע מראש התממשות סכנה ממשית לערכים הכי יסודיים של השיטה. אם מנענו כניסת מפלגה לבית הנבחרים, ממילא היא לא תוכל לתקן את החוקה באופן לא חוקתי משום שלא תהיה לה גישה למנגנונים הפוליטיים המאפשרים תיקון חוקה. אך אם חלילה לא הצלחנו למנוע את הסכנה מראש, והמפלגה נבחרה לבית הנבחרים והצליחה להביא ל"תיקון חוקתי שאינו חוקתי", נוכל להתמודד עם הסכנה בדיעבד באמצעות הדוקטרינה של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי". דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" היא "המגן האחורי" של שיטת המשפט.³⁰ לא בכדי אפוא פיתחה הפסיקה את דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" בשיטת המשפט הישראלית. לטענתי, יש לדוקטרינה זו עיגון חוקתי טקסטואלי בדמות סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת.³¹ עיגון טקסטואלי זה מספק לדוקטרינת ה"תיקון החוקתי שאינו חוקתי" את זיהוי הערכים הראויים להגנה חוקתית ומצמצם ביקורת כנגד השופטים כביכול הינם ממציאי ערכים אלה.

קשר זה בין פסילת מפלגות ל"תיקון חוקתי שאינו חוקתי" אינו מובן מאליו. יש מדינות שבהן קיים המנגנון האחד, אך לא האחר. אולם לטענתי מדינה שקיים בה אחד המנגנונים יכולה לקרוא לתוכה בדרך פרשנות את קיומו של האחר משום שהם אכן תמונת ראי האחד של האחר. שני המנגנונים משתמשים בתאוריה של דמוקרטיה מתגוננת

28 לשימוש בו בהקשר הישראלי ראו דיון ווייל, לעיל ה"ש 6. ראו למשל עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 394, 408; עניין **מיטראל**, לעיל ה"ש 25; עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 25; עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 25.

29 ראו סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת העוסק בפסילת מפלגות. לתפיסה שעקרונות-העל הם אופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית, ראו: עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 25; עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 25.

30 השוו גם Sharon Weintal, *The Challenge of Reconciling Constitutional Eternity Clauses with Popular Sovereignty: Toward Three-Track Democracy in Israel As a Universal Holistic Constitutional System and Theory*, 44 ISR. L. REV. 449 (2011).

31 אמנם סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת אינו משוריין וניתן לשינוי, והוא אכן שונה פעמים רבות בשנים האחרונות, אך הערכים המוגנים באמצעותו הם אלה שיוגנו באמצעות הדוקטרינה של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי". סעיף 7א מעגן דמות המדינה כיהודית ודמוקרטית, ואופי זה לא שונה באף אחד מהתיקונים שבוצעו לסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. היה ותנסה הכנסת לשנות סעיף 7א באופן המאיים על הערכים היסודיים של המדינה יהא זה "תיקון חוקתי שאינו חוקתי".

להצדקת קיומם. הם נפוצו היסטורית בעולם לאחר מלחמת העולם השנייה ובתגובה לה. הם שניהם משתמשים באותה מתודה של שריון מוחלט של ערכים מסוימים. ראיתם כמשלימים תבטיח קוהרנטיות לזהות החוקתית של השיטה.³² למעשה, כבר במאמר העקרוני של קרל לוונשטיין על דמוקרטיה לוחמת הוא כתב שלא רק שמדינות צריכות לפסול מפלגות מסוימות מלהשתתף בבחירות, אלא שחוקות צריכות למנוע שינויים מסוימים בהן. בלשונו: "Constitutions are dynamic to the extent that they allow for peaceful change by regular methods, but they have to be stiffened and hardened when confronted by movements intent upon their destruction"³³.

שני כלים אלה של פסילת מפלגות ו"תיקון חוקתי שאינו חוקתי" הם כלי דמוקרטיה מתגוננת מובהקים. הם מעוררים בעיות קשות של לגיטימציה דמוקרטית. פסילת מפלגות קוראת תיגר על עצם הגדרתה של המדינה כדמוקרטית. כמה דמוקרטיה היא המדינה אם היא מונעת ריצה בדרכי שלום לבחירות לבית המחוקקים כדי לשנות את ערכיה היסודיים ביותר מבפנים? כמה דמוקרטיה היא המדינה אם בתי המשפט לא רק מחילים ביקורת שיפוטית כדי לפסול חוקים הנוגדים את החוקה אלא הם אף מונעים את שינוי החוקה בדרכי שלום ועל פי הפרוצדורות הקבועות בחוקה לתיקון? בית המשפט העליון אכן מודע לאופיים המתגונן הקיצוני של כלים אלה, והוא נוקט סטנדרט דומה בהפעילו שתי דוקטרינות אלה. הוא רואה בהן כלי מניעת של מוצא אחרון. הוא יעשה כל שלא ידו באמצעות שימוש בלוליינות פרשנית של ממש כדי לנקוט אמצעים חלופיים שאינם מגיעים כדי פסילת מפלגות או "תיקון חוקתי שאינו חוקתי".

3. כלי מניעת של מוצא אחרון

דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" או עקרונות-העל עולה בפסיקת העליון מאז פסק דין ירדור. השופט ברק העלה אותה כאפשרות תאורטית בפסק דין **תנועת לאו"ר** אך סבר כי עדיין אין קונצנזוס בישראל בדבר השימוש בה.³⁴ עצם העלאתה משמש תמרור אזהרה לכנסת כי אם תנקוט צעדים קיצוניים מדי, שאינם מתאימים למשטר דמוקרטי, לבית המשפט מסור הכוח התאורטי להתמודד עם מצבים אלה. **בבנק המזרחי** שוב עולה המחויבות לעקרונות-העל מצד כותבי שלוש הדעות העיקריות: הנשיא שמגר, הנשיא

32 להרחבה על הבסיס הרעיוני לטענה זו, ראו Rivka Weill, *On the Nexus of Eternity Clauses, Proportional Representation, and Banned Political Parties*, ELECTION L.J. (forthcoming).

33 Loewenstein, *Militant Democracy I*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 432.

34 בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר** – **לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529, 554 (1990).

ברק והשופט חשין, אך היא נותרת בצריך עיון.³⁵ בהלכת מישראל שב הנשיא ברק ומעגן דוקטרינה זו כחלק מפסקת המטרה ועקרונות היסוד של חוקי היסוד משנת 1992 אך מותרת בצריך עיון.³⁶ בתנועה לאיכות השלטון כבר יש קונצנזוס בדבר קיומה של דוקטרינה זו במשפט הישראלי, אלא ששעה ששופט המיעוט חשין נכון להחילה על חוק טל, דעת הרוב של הנשיא ברק קובעת כי לא הגיעה העת להשתמש בה. הנשיא ברק מייעד דוקטרינה זו למקרים חריגים ויוצאי דופן שבהם נשללות תכונות המינימום של משטר דמוקרטי.³⁷ גם בכתיבתו האקדמית חזר ברק מאז פרישתו מהעליון על מחויבותו לדוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי".³⁸

בהלכת בראון חזרה הנשיאה ביניש והביעה את מחויבותו של בית המשפט לדוקטרינה זו. בלשונה, "אכן, אף אני סבורה כי קיימים עקרונות יסוד, העומדים בבסיס קיומנו כחברה ומדינה, אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה – ומוטב אם לא יתרחש לעולם – יידרש בית המשפט להכריע האם הכנסת חרזה מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית".³⁹ הנשיאה ביניש מעלה ספקות באשר לאופן יישום דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" אך מכירה בקיומה של דוקטרינה זו כחלק מהמשפט הישראלי. "בתי המשפט בישראל הכירו בקיומם של עקרונות על שאינם ניתנים לשינוי. גם חוקי היסוד שלנו הניחו את העיקרון החוקתי המרכזי, שספק אם הוא ניתן לשינוי, המתייחס לאופיה היהודי והדמוקרטי של המדינה".⁴⁰ היא גם מבטאת דעתה שדוקטרינה זו שמורה למקרה חריג שבחריגים "ומוטב אם לא יתרחש לעולם",⁴¹ כלומר מדובר באותו נשק לא קונוונציונלי של השיטה שעצם קיומו נועד להרתיע את הכנסת מלהגיע למצב שבו בית המשפט יאלץ להשתמש בו. למעשה, מעולם לא נעשה שימוש בדוקטרינת ה"תיקון חוקתי שאינו חוקתי" בדעת

35 ראו Rivka Weill, *Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review and Why We Should Care*, 30 BERKELEY J. INT'L L. 349, 392–400 (2012). ראו גם ווייל, לעיל ה"ש 6.

36 עניין מישראל, לעיל ה"ש 25.

37 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 25, פס' 74 לפסק דינו של הנשיא ברק.

38 "יש מקום לגישה כי סמכותה המכוננת של הכנסת אינה כל יכולה. כך לעניין כינונו של חוק-יסוד חדש, וכך לעניין תיקונו של חוק-יסוד קיים". אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר בך 361, 379 (דוד האן ואח' עורכים, 2011).

39 עניין בראון, לעיל ה"ש 25, פס' 34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

40 שם, פס' 33.

41 שם, פס' 34.

רוב במשפט הישראלי כדי לפסול תיקון חוקתי. מבחינה זו היא נותרה אמרת אגב של הפסיקה בדומה למצב בגרמניה, שממנה שאבנו במידה רבה דוקטרינה זו.⁴² בדומה לעקרונות העל גם פסילת מפלגות היא כלי קיצוני שבית המשפט נמנע ככל האפשר משימוש בו. למעשה, מאז קום המדינה נפסלו רק שלוש רשימות מלהשתתף בבחירות – רשימת הסוציאליסטים בשנות השישים בפסק דין ירדור ותנועות כך וכהנא-חי ב-1988 וב-1992.⁴³ זו שייכת לקיצוניות השמאלית של המפה הפוליטית ואלה לקיצוניות הימנית. פסק דין ירדור לא פרץ בכל צורה שהיא את הדרך לפסילת מפלגות. ההפך הוא הנכון. בית המשפט נמנע מלאשר פסילת מפלגות נוספות עד שטרם המחוקק הישראלי וחוקק מפורשות את סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת על רקע הגזענות הכהניסטית בשנות השמונים.⁴⁴ יתר על כן, ייתכן שדווקא העובדה שבית המשפט אפשר פסילת מפלגה בהלכת ירדור, אף ללא תיקון חוק-יסוד: הכנסת, מנעה מחברי הכנסת את התחושה כי הם צריכים לעגן סמכות הפסילה מפורשות בחוק היסוד. לו חוקקה הכנסת את סמכות הפסילה כבר בשנות השישים, ייתכן שהדמוקרטיה הישראלית לא הייתה איתנה דייה בתקופה זו כדי לרסן השימוש בכלי זה. לעומת המחוקק הישראלי, שתיקן את סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת פעמים אחדות בשנות האלפיים כדי להקל פסילת מפלגות – אף כשחברי כנסת ביקרו במדינת אויב ואף כדי לאפשר פסילת מועמד יחיד – בית המשפט העליון התמיד בסיורבו להשתמש בכלי זה.⁴⁵

בית המשפט העליון חוזר ומדגיש, גם בהלכת זועבי מהשנה האחרונה בעניין פסילת מפלגות, כי קיימות בקרבנו מפלגות ומועמדים הקרובים עד מאוד "לנקודת הקיצון של פסילה מהשתתפות בבחירות".⁴⁶ השופטים מעידים, בלשונו של השופט עמית, כי "התקשיתי להשתכנע כי ח"כ זועבי אינה תומכת במאבק מזוין וכי מרזל נטש את תורתה של תנועת 'כך'".⁴⁷ השופטים מכירים בכך שפעמים רבות המועמדים והמפלגות לבושים ב"תחפושת", נוקטים "הסוואה" ואומרים דבר אחד בהצהרות בפניהם ודבר אחר

Gary Jeffrey Jacobsohn, *An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective*, 4 I*CON 460, 477 (2006); DONALD P. KOMMERS, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 48, 542 (2nd ed. 1997).

43 וינשל-מרגל ושמיר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 93–94.

44 ע"ב 2/84 ניימן נ' יר"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) (1985).

45 וינשל-מרגל ושמיר, לעיל ה"ש 11.

46 א"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' זועבי (פורסם בנבו, 2015) (להלן: **ועדת הבחירות בעניינה של זועבי**), פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה נאור (לגבי ברוך מרזל), פס' 75 לפסק דינה של הנשיאה נאור (לגבי זועבי). על זועבי כתבה הנשיאה נאור כי "מסקימה אני כי דברים שאמרה עשויים להתפרש כדברי שבח לפעולות טרור". שם, פס' 71. פסק דין זה ניתן בשנת תשע"ה ללא נימוקים כדי לאפשר את קיומן של בחירות, אך הנימוקים פורסמו מאוחר יותר.

47 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית.

לציבור, ובלבד שלא תיפסל השתתפותם בבחירות.⁴⁸ אך הם נותנים ידם למשחק זה. דעת הרוב אינה נותנת ידה לפסילת מפלגות ומועמדים בנימוק שזהו "צעד קיצוני השמור למקרים חריגים שבחריגים, בהם השימוש בכלים הדמוקרטיים הרגילים איננו מספיק".⁴⁹ זהו "החץ האחרון באשפתה של הדמוקרטיה המתגוננת".⁵⁰

גם עמדת השופטים, בבחנם את הסנקצייה המשמעתית שהוטלה על ח"כ זועבי, מבטאת את ההשלכות של גישה מרוסנת לדמוקרטיה מתגוננת.⁵¹ רוב השופטים מוכנים להניח שדברי זועבי הקוראים למצור על ישראל ולהפסקת שיתוף הפעולה הביטחוני של הרשות הפלסטינית עם ישראל, בעיתוי שבו שלושת הנערים – אייל יפרח, נפתלי פרנקל וגלעד שעאר – נחטפו וטרם היה ידוע כי נרצחו, אינם עולים כדי חריגה מהיקף החסינות העניינית המוקנית לה. עם זאת, רובם מאשרים את הסנקצייה המשמעתית שהטילה ועדת האתיקה של הכנסת על זועבי, שלפיה היא מודרת מישיבות ועדות הכנסת והמליאה (למעט הצבעה במליאה) למשך תקופה של חצי שנה. השופטים נתנו משקל רב לעובדה שסנקצייה זו הייתה כמעט נעדרת שיניים בעולם המעשה בשל עיתויה בתקופת פגרה ובחירות. השופטים ניגשו בזהירות לניתוח הפגיעה בזכויותיה של זועבי כחברת כנסת השייכת למיעוט הערבי. פסק דין זה הוא מעניין לענייננו כי החסינות העניינית של חברי הכנסת נעצרת מקום שבו ערכיה היסודיים ביותר של השיטה בסכנת כליה.⁵² האופצייה להסיר את החסינות העניינית של חבר כנסת מאפשרת לשופטים לנקוט גישה מקלה יותר כלפי מפלגות ומועמדים החשודים באי-עמידה בתנאי סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת. השופטים מצביעים על מנגנון הסרת חסינות כהגנה נוספת העומדת לרשות הדמוקרטיה ומפחיתה מהסכנה שיבחרו מועמד או רשימה שיסכנו את עצם קיומה של המדינה או ערכיה הבסיסיים ביותר. אם יתברר כי מועמדים אלה מפרים את תנאי סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת, אף אם לא נפסלו, יהיה ניתן במקרים המתאימים להסיר חסינותם ולהעמידם לדין פלילי.⁵³

רטוריקה של דמוקרטיה מתגוננת היא כלי שמרחיב סמכות שלטונית ומצמצמה בזמנית. דמוקרטיה מתגוננת מרחיבה סמכות שלטונית באפשרה להפעיל סמכויות אשר הן בעייתיות מבחינה דמוקרטית. היא מצמצמת סמכות שלטונית, כי אם השיטה המשפטית סיווגה כלי כשייך לארסנל הדמוקרטיה המתגוננת, הרי שהכירה בכך שמדובר בכלי בעייתי ביותר מבחינה דמוקרטית. לפיכך אם הנסיבות אינן מצדיקות זאת, מבחינת ממשות האיום, הרי שאין הצדקה לשימוש בסמכות זו.

48 שם, פס' 1–7 לפסק דינו של השופט עמית.

49 שם, פס' 75 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

50 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית.

51 עניין **זועבי**, לעיל ה"ש 1.

52 ראו חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א–1951, ס"ח 228.

53 **ועדת הבחירות בעניינה של זועבי**, לעיל ה"ש 46, פס' 75 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

ראינו אפוא כי בתחומים הקלאסיים של דמוקרטיה מתגוננת – פסילת מפלגות ועקרונות-העל – בית המשפט נוקט גישה מרוסנת. הפער בין עמדת המחוקק הישראלי, הנכון לפסול מפלגות, לבין בית המשפט העליון, המקשה את פסילתן, יוצר את אותו איזון ראוי בין איום בשימוש בדמוקרטיה מתגוננת לבין הפעלתה הלכה למעשה. בשונה מגישת וינשל-מרגל ושמיר, הסבורות כי פער זה "מסוכן" ומאיים על הלגיטימיות של בית המשפט העליון,⁵⁴ מאמר זה מציע כי יש לברך על פער זה. לא רק שהפער בין פסילת המפלגות הקיצוניות בוועדת הבחירות המרכזית לבין הפיכת החלטת הפסילה בבית המשפט העליון אינו מסוכן ללגיטימיות של בית המשפט העליון, אלא ההפך הוא הנכון. חלק מחברי ועדת הבחירות המרכזית, בייחוד חברי מפלגות מרכז ושמאל במפה הפוליטית, אינם נלחמים בכל כוחם נגד החלטות פסילה, או אף תומכים בהן ומביעים עמדתם בוועדת הבחירות המרכזית כי הם מסתמכים על בית המשפט העליון כדי שיהפוך את החלטת ועדת הבחירות המרכזית. הם מצביעים על פסילה אפוא כדי להביע מחאה פומבית נגד פעילות המפלגות הקיצוניות אך אינם רוצים להביא לפסילה דה פקטו של אותן מפלגות.⁵⁵ עצם הדיון בוועדת הבחירות המרכזית בפסילתן של מפלגות קיצוניות מסייע בהקעת מפלגות אלה. הדיון מעלה את מודעות הציבור לסכנה הגלומה במפלגות אלה. הוא מערער על הלגיטימיות שלהן. בה בשעה הימנעותו של בית המשפט העליון מפסילתן – כל עוד אין הן מעוררות חשש ממשי לקיומה של הדמוקרטיה וערכיה הבסיסיים – משמרת את אופייה הדמוקרטי של החברה ותורמת לקידום ערכיה הדמוקרטיים.⁵⁶ בדיוק כפי שהאפקטיביות של נשק לא קונוונציונלי מותנית בהרתעה גרידא, כך האיום בנשק הלא קונוונציונלי מבחינה דמוקרטית של פסילת מפלגות כוחו ביצירת האיום ולא במימושו בפועל. המתח הזה בין איום בהפעלת כוח לבין מימושו הלכה למעשה הוא חלק ממערכת האיזונים והבלמים של החברה הישראלית. הוא תורם לאופייה העשיר והסוער של הדמוקרטיה הישראלית. הוא מבטא את אותה מחויבות של החברה הישראלית לחופש ביטוי דמוקרטי, שבו מתוך התחרות על הדעות תצא האמת.

ג. מגמות ההרחבה של תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של המדינה

בפרק זה אטען כי תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של מדינת ישראל, כפי שהיא עולה מפסקי הדין **דיראני ואבנרי**, היא שונה לחלוטין. בפסקי דין אלה גישת בית המשפט לדמוקרטיה מתגוננת היא מרחיבה לעומת גישתו המרוסנת לאותה תפיסה בהקשר של

54 וינשל-מרגל ושמיר, לעיל ה"ש 11.

55 שם, בעמ' 90.

56 ראו גם JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 218–219 (1971).

פסילת מפלגות ו"תיקון חוקתי שאינו חוקתי". אבסס את הטענה כי בית המשפט נשען הן על דרישת הדדיות בין פרט למדינה והן על משפט השוואתי כדי לנמק את גישתו המרחיבה לעקרון הדמוקרטיה המתגוננת.

1. חקיקת חוק הנכבה וחוק החרם

המחוקק הישראלי ראה לנכון בשנים האחרונות להגן ביתר שאת על אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה. בולטים בהקשר זה שני דברי חקיקה – חוק הנכבה וחוק החרם – אשר נחקקו בסמיכות זמנים באותה כנסת על מנת לקדם את עקרון הדמוקרטיה המתגוננת. בשניהם ביקשה הכנסת בתחילה לחוקקם כחוקים פליליים אך בשל לחץ ציבורי ומשפטי ניסחה אותם מחדש כחוקים אזרחיים.

חוק הנכבה הוא כינוי לחוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א–2011,⁵⁷ אשר מסמיך את הרשות המבצעת לשלול חלק מתקציבו של גוף מתוקצב או נתמך אם אותו גוף הוציא הוצאה שהיא במהותה אחד מהבאים: "(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; (2) הסתה לגזענות, לאלימות, או לטרור; (3) תמיכה במאבק מזוין או במעשה טרור, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל; (4) ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל; (5) מעשה של השחתה או ביזוי פיזי הפוגע בכבוד דגל המדינה או סמל המדינה".⁵⁸ שלושת הסעיפים הראשונים דומים במהותם לעקרונות סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, העוסק בפסילת מפלגות. החוק זכה לכינוי חוק הנכבה על שם סעיף קטן 4 שבו, המטיל סנקצייה כספית בגין ציון יום העצמאות כיום הנכבה.

בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר: "מוצע לקבוע כי עקרון 'הדמוקרטיה המתגוננת' יובא לידי ביטוי מעשי גם במתן הסמכות להפחית תקציב או תמיכה מגופים ממשלתיים ומגופים הזוכים למימון ממשלתי, אם הם פועלים נגד עקרונות המדינה".⁵⁹ כמו כן צוין מפורשות שהחוק בא "ליצור הרמוניה חקיקתית" עם סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת ועם סעיף 1(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א–1951.⁶⁰ חוק זה הוא גלגולה של הצעת חוק פרטית מ-2009 של חברי כנסת ממפלגת "ישראל ביתנו", שביקשו להטיל שלוש שנות מאסר על מי שיציין את יום העצמאות כיום אבל. אף הצעה זו נומקה בשם עקרונות הדמוקרטיה המתגוננת. דובר על "הטלת עונש חמור על אלו

57 ס"ח 686.

58 סעיף 1 לחוק יסודות התקציב.

59 הצעת חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 39) (הפחתת תקציב או תמיכה בשל פעילות נגד עקרונות המדינה), התש"ע–2010, ה"ח 140.

60 ש.ם.

המנצלים את אופייה הדמוקרטי והנאור של מדינת ישראל – על מנת למוטטה מבפנים".⁶¹

חוק הנכבה חוקק במרץ 2011, וחוק החרם בסמיכות לו, ביולי 2011. שניהם חלק מאותו גל חקיקה של כנסת המבקשת לחזק את יסודות הדמוקרטיה המתגוננת. מדינת ישראל חוקקה את החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א–2011, המטיל הן אחריות נזיקית (בין פרטים) והן סנקציות מנהליות (בין הפרט למדינה) על כל מי שמפרסם ביוזעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, לרבות על אדם או על מוסד מחמת זיקתו לאזור הנמצא בשליטת ישראל. הסנקציות המנהליות יכול שיוטלו גם על מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור.⁶² הסנקציות המנהליות כוללות הגבלות על השתתפות במכרזים, שלילת זכויות מס בגין תרומות, מניעת תקציבים מהמועצה להסדר ההימורים בספורט, שלילת קבלת תמיכות מתקציב המדינה, אי-קבלת ערבויות מדינה, אי-קבלת הטבות מכוח חוק עידוד השקעות הון או מכוח חוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה.⁶³ ראש הממשלה בנימין נתניהו הסביר בכנסת כי מדובר ב"ניסיון לגיטימי של דמוקרטיה מתגוננת למתוח קו בין מה שמקובל ומה שהוא בלתי מקובל".⁶⁴ הוא אף ביקר את חברי הכנסת של קדימה המתנגדים לחוק שעה שחברים מרכזיים במפלגה יזמו את החוק באחד מגלגוליו ואז ההצעה כללה אף סנקציית פלילית, שנעדרה מהחקיקה הסופית.⁶⁵

שני דברי חקיקה אלה מבטאים הרחבה בתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל. שניהם מתחילים כיוזמות חקיקה פליליות. הכנסת יזמה אותם כדי "להעניש" ולגמול לפרט על מעשיו. בשניהם אין מדובר עוד בכלי דמוקרטיה מתגוננת מסורתיים המכוונים למי שמבקש שימוש בכוח שלטוני בין כחבר כנסת ובין באמצעות תיקון החוקה. במקום זאת החקיקה מכוונת עצמה כלפי המגזר הפרטי. עם זאת, הרחבת תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל בכנסת עולה בקנה אחד עם גישת הכנסת גם לפסילת מפלגות. הכנסת חזרה ותיקנה את סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת כדי לנסות ולהבהיר לבית המשפט העליון כי ראוי לאפשר פסילה הן של חברי כנסת יחידים והן של אלה שביקרו במדינות אויב. החידוש שעליו אבקש להצביע נעוץ באופן שבו בית המשפט מנתח בשנה האחרונה את עקרון הדמוקרטיה המתגוננת.

61 פ/458/18 הצעת חוק יום העצמאות (תיקון) – איסור ציון יום העצמאות או הקמת מדינת ישראל כיום אבל), התשס"ט–2009.

62 ס"ח 972.

63 סעיפים 3 ו-4 לחוק למניעת חרם.

64 ד"כ חוברת לו ישיבה רסא, 13.7.2011 בעמ' 217 (מצוי באתר הכנסת לפי תאריך).

65 שם, בעמ' 192.

2. הלכת דיראני

כדי לעמוד על גישת בית המשפט העליון לדמוקרטיה מתגוננת בהקשרים חדשים אפנה לפסקי הדין **דיראני ואבנרי**. הנשיא בדימוס גרוניס בחר לפרוש מבית המשפט העליון כשהוא מקריא את פסק דינו בעניין **דיראני**. בכך אותה הנשיא בדימוס גרוניס כי ראוי שפסק דין זה ייזכר כחלק מרכזי ממורשתו השיפוטית. דיראני הוא אזרח לבנוני, שהיה נתון במעצר מנהלי בישראל כעשר שנים בין 1994 ל-2004 בשל חברותו בארגון טרור. הוא היה פעיל בארגון אמל בלבנון והיה אחראי, בין היתר, לכליאתו ולהחזקתו בשבי של הנווט רון ארד. בתקופת כליאתו בישראל הגיש דיראני עתירות שונות לבתי המשפט בארץ בעניין תנאי כליאתו, וחלקן התקבלו ותנאי החזקתו שופרו, כגון קבלת מזון לחדרו. בשנת 2000 הגיש דיראני, בעודו שוהה במעצר מנהלי בארץ, תביעת פיצויים נגד המדינה בבית המשפט המחוזי בטענה שבזמן חקירתו בידי גורמי הביטחון בישראל עבר עינויים קשים, כולל מעשה אינוס ומעשי סדום. סכום התביעה שלו היה שישה מיליון ש"ח, ובא כוחו עו"ד צבי ריש הסביר כי מדובר בסכום סמלי, והמבין יבין את "הציניות הקשה המבוטאת בסכום שנוקב בתביעה... וזאת ללא כל בסיס ענייני".⁶⁶ למעשה, דיראני ביקש להשוות את סבלו ככלא הישראלי לסבלם המצטבר של יהודים בשואה.

בשנת 2004 שוחרר דיראני ממעצר והוחזר ללבנון כחלק מעסקת חילופי שבויים. טרם עזיבתו נגבתה עדותו בבית המשפט, ולטענתו הבטיחו לו רשויות החוק במדינה כי חזרתו ללבנון לא תמנע את המשך בירור תביעתו בארץ. דא עקא, שהמדינה טענה כי הוא חזר לסורו בפעילות טרור, הפעם כפעיל חיזבאללה, והיא מעולם לא התכוונה או התחייבה להמשיך בירור תביעתו במצב שכזה. המדינה דרשה להפסיק תביעתו מכוח הכלל של המשפט המקובל, הנהוג בארצות המשפט המקובל, כי אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה. ההיגיון של כלל זה הוא למנוע הטבה, בייחוד כלכלית, ממדינת האויב בזמן מלחמה. לטענת המדינה, כלל זה של המשפט המקובל הוא חלק גם מהמשפט המקובל נוסח ישראל.

שתי ערכאות – המחוזי והעליון – דחו את עמדת המדינה. בדיון הנוסף הפכה דעת המיעוט של השופט מלצר בבקשת הערעור לדעת רוב, והתקבלה עמדת המדינה על חודו של קול, ברוב של ארבעה (השופטים גרוניס, נאור, רובינשטיין ומלצר) כנגד שלושה (השופטים ג'ובראן, הנדל ודנציגר). מדוע פסק הדין חשוב לענייננו?

השופטים עצמם ממקמים את הסוגיה המשפטית כשייכת לתחום הדמוקרטיה המתגוננת. השופט מלצר, שישב גם בערעור, קבע בדיון הנוסף כי הכלל שאין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה הוא החלה של עקרונות הדמוקרטיה המתגוננת.⁶⁷ הנשיא גרוניס הדגיש, בצטטו מפסק דין **כהנא**, כי אין להרשות לדיראני להחזיק "פצצה ביד

66 עניין **דיראני**, לעיל ה"ש 1, פס' 19 לפסק דינו של השופט מלצר בדיון הנוסף.

67 שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט מלצר בדיון הנוסף.

אחת, לנופף בדגל של זכויות האדם ביד השנייה".⁶⁸ בפסק דין **כהנא** דחה בית המשפט את העתירה של בנו של כהנא נגד סירובה של המשטרה ליתן לו רישיון לקיים עצרת זיכרון לזכרו של אביו. כיוון שתנועת כך על נגזרותיה הוכרזו ארגוני טרור, לא הותר לארגון טרור לקיים הפגנה. בית המשפט ראה בעצם קיומו של ארגון טרור סכנה ממשית לשלום הציבור. לגישת בית המשפט, דמוקרטיה מתגוננת רשאית, ואף חייבת, למנוע את פעילותם של ארגוני טרור.

הנשיא גרוניס, אשר כתב את דעת הרוב בדיון הנוסף, קבע כי הכלל של המשפט המקובל כי אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה נקלט בארץ לפני ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו על ידי חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. הנשיא גרוניס כתב פסק דין יצירתי ובו התאים את כלל המשפט המקובל לעידן הלוחמה בטרור ומהפכת זכויות האדם. מחד הוא הרחיב תחולתו של הכלל בקבעו כי יחול גם בעתות סכסוך מזוין שאינו עולה כדי מלחמה (זו הרחבה לעומת המקובל בארצות המשפט המקובל), ומאידך הנשיא גרוניס צמצמו במידה כזאת שיחול רק על מי שראוי להיות מוכר כ"אויב" בשל מעשיו שלו (זה צמצום לעומת המקובל בארצות המשפט המקובל).⁶⁹ הוא סבר כי כלל זה עומד במבחני פסקת ההגבלה אף שהשאייר בצריך עיון אם בכלל חוק היסוד חל לאור העובדה שדיראני מתגורר כיום בלבנון ומדובר בתחולה אקס-טריטוריאלית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷⁰

שופטי הרוב השתיתו הנמקתם על דרישה לסוג של הדדיות בין הפרט למדינה. הנשיא גרוניס הדגיש כי דיראני במעשיו "נושא באחריות להיותו במעמד שבו הוא נמצא".⁷¹ הוא בחר לסיים פסק דינו בהדגישו כי דינו של דיראני היה שונה לו לא בחר לחזור לפעילות טרור. "אין לדיראני על מי להלין אלא על עצמו".⁷² השופט מלצר למשל כתב כי "בהתנהלות זו של דיראני הוא עצמו הפקיע את זכותו לתבוע".⁷³ גם השופט רובינשטיין תמה: "התצא מערכת המשפט מגדרה, ותאפשר לו בידו האחת לפגוע ובידו השניה לתבוע?"⁷⁴

בנוסף, השופטים מביאים את המשפט ההשוואתי כצידוק וכלגיטימציה למה יכול להיחשב לחלק מעקרונות הדמוקרטיה המתגוננת, בבחינת מה שיפה לעמים אחרים בתחום כיבוד זכויות אדם יפה גם לישראל. בערעור השופט מלצר אף הדגיש, כי "בסוגיה שבפנינו, אני מתקשה לראות מדוע במדינות העולם הנאור יעמוד בעינו כלל מסוים משך

68 שם, פס' 103 לפסק דינו של הנשיא גרוניס. הציטוט לקוח מתוך בג"ץ 6897/95 **כהנא נ' קצין אג"ם, משטרת ישראל**, פ"ד מט(4) 853, 859 (1995).

69 שם, פס' 46-59 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

70 שם, פס' 41 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

71 שם, פס' 81 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

72 שם, פס' 103 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

73 שם, פס' 23 לפסק דינו של השופט מלצר.

74 שם, פס' ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

כארבע-מאות שנים, ויצלח אתגרים של ממש שניצבו בפניו, דוגמת מלחמת העולם, ורק במדינתנו נבחר שלא לאמץ אותו לחלוטין.⁷⁵ השופט רובינשטיין הביע זאת מפורשות באמרו: "אין סיבה שדווקא ישראל, הניצבת בפני אויבים המבקשים להשמידה, לא תאמץ, ויש מי שיאמר ביתר שאת, תפיסות שננקטו בכגון דא בתבל ומלואה".⁷⁶ "האם מה שדומה כי אין אומה ולשון שיסכימו ויסימו לו, נהיה אנו 'קתולים מן האפיפיור לגביו'...?"⁷⁷ מה שחשוב להדגיש בהקשר זה הוא שהשופטים מעידים כי מבחינתם נעשה שימוש במשפט ההשוואתי כדי להצביע על פרקטיקת המדינות. מבחינת השופטים אם מדינות אחרות מתירות פגיעה בזכויות אדם בהקשרים דומים, הרי שהדבר מקנה לגיטימציה – ואפילו ציפייה – לפגיעה דומה בזכויות אדם גם בישראל.

3. הלכת אבנרי וחוק החרם

דינמיקה זו של הרחבת השימוש בדמוקרטיה מתגוננת אגב הישענות על שני נדבכים מרכזיים – דרישת הדדיות בין פרט למדינה ושימוש במשפט השוואתי כמקור לגיטימציה – חוזרת בבירור רב יותר בדיון על חוק החרם בהלכת אבנרי. בעתירה נגד חוקתיות החוק נטען כי החוק פוגע בחופש הביטוי הפוליטי, בשוויון ובחופש העיסוק שלא במידתיות, בייחוד על רקע העובדה שהוא פוגע רק בצד אחד של הדיון – אלה המתנגדים להמשך שליטת ישראל באזור יהודה ושומרון. למעט הסעיף בחוק שהטיל פיצויים עונשיים ובוטל פה אחד, העתירה נדחתה על חודו של קול ברוב של חמשה (השופטים מלצר, גרוניס, נאור, רובינשטיין, ועמית) כנגד ארבעה (השופטים דנציגר, ג'ובראן, הנדל ופוגלמן).⁷⁸ אנו רואים בית משפט מקוטב המקבל הכרעות על חודו של קול הן בפסק דין **דיראני** והן בפסק דין **אבנרי**, כאשר חלוקת השופטים היושבים ברוב ובמיעוט דומה בשני המקרים.

המעניין הוא שבפסק הדין שופטי הרוב והמיעוט מחזיקים בדעות מנוגדות על השפעת חוק החרם הן על הזכות לחופש הביטוי והן על הזכות לשוויון, שהן זכויות בת של כבוד האדם. דעת שופטי הרוב היא כי חוק החרם בעיקר מגן על הזכות לחופש הביטוי, ואילו שופטי המיעוט סבורים כי ההפך הוא הנכון, והחוק פוגע בזכות לחופש

75 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט דנציגר (ציטוט דברי השופט מלצר בעוור).

76 שם, פס' ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

77 שם, פס' ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

78 השופטים דנציגר וג'ובראן לא קבעו שיש לבטל החוק, אך פרשנותם היצירתית שקולה למחיקת חלק מרכזי בחוק והוא תחולת החוק על מי שקורא להחרים אדם או מוסד מחמת זיקה לאזור הנמצא בשליטת המדינה. השופט הנדל קבע כי יש לבטל סעיף 2 כולו, הקובע עוולה אזרחית בגין הקריאה לחרם. השופט פוגלמן מביא לאותה תוצאה כמו השופטים ג'ובראן ודנציגר, אלא שהוא קורא לילד בשמו – הוא מכיר בכך שפעולתו השיפוטית עולה כדי ביטול חלק מהחוק ואינה ענין של פרשנות גרידא. כלומר: השופט פוגלמן מציע למחוק המילים "אזור הנמצא בשליטתה [של ישראל]" מסעיף ההגדרות בחוק.

הביטוי. לדעת שופטי הרוב, החרם הוא כלי כופה, המשתיק את השיח הציבורי משום שהוא מטיל אימה על מי שעלול להיות מוחרם. לכן יש להתייחס לקריאה לחרם כמו לקריאה לבצע עוולה, וטוב לצנן קריאה זו. לדעתם, חוק החרם מקדם אפוא הגנה על חופש הביטוי. לעומתם, שופטי המיעוט סבורים כי הקריאה לחרם היא כלי מובהק של חופש ביטוי פוליטי, שנועדה לבטא שאט נפש של המחרימים ממעשי המוחרמים כמו גם להניאם ממעשיהם. ככזה, מדובר בכלי שמקדם את כל שלושת הרציונלים של חופש הביטוי – קידום חקר האמת, הגנת הדמוקרטיה ומימוש העצמי.

בנוסף, השופטים חלוקים עמוקות גם על השפעת חוק החרם על הזכות החוקתית לשוויון. שופטי הרוב סבורים כי חוק החרם **מקדם** את הזכות לשוויון באסרו על אפליה מחמת מקום מגורים או מוצא, בדומה לחוקי איסור אפליה הקיימים בארץ ובעולם.⁷⁹ לעומתם, שופטי המיעוט סבורים כי חוק החרם הוא עצמו **מפלה** באסרו על ביטויים מהצד השמאלי של המפה ובהתירו את אותם ביטויים או מעשים בהגיעם מהצד הימני של המפה. במילים אחרות: הקורא להחרים אדם או מוסד כי הם קוראים "להחזרת" שטחים או למסירתם (תלוי בהשקפת האדם) אינו חשוף לשינוי של חוק החרם. ככזה, חוק החרם, להשקפת שופטי המיעוט, אינו דומה לחוקי איסור אפליה הקיימים בארץ ובעולם, אלא הוא עצמו מפלה על בסיס תוכן הביטוי.

מדוע פסק הדין חשוב בהקשר של דמוקרטיה מתגוננת? השופטים חלוקים ביניהם בצורה מעניינת אם החוק מוצדק כביטוי לעקרונות הדמוקרטיה המתגוננת. השופט מלצר, שכתב את פסק הדין העיקרי של דעת הרוב, קובע במפורש שלדעתו מדובר בחוק המגן על האופי היהודי והדמוקרטי של המדינה. הוא רואה בחוק חלק מהפרדוקס הדמוקרטי, שלפיו "מותר" להגביל את זכויותיו של מי שמבקש ליהנות מהדמוקרטיה כדי לפגוע בה".⁸⁰ המשנה לנשיאה רובינשטיין אף הדגישה כי כלי החרם הוא כלי של מלחמה ונעשה בו שימוש רחב במאבק של מדינות ערב נגד עצם קיום היישוב היהודי בארץ, אפילו לפני קום המדינה. "אין דופי בכך שכנסת ישראל נותנת ביטוי בחוק למאבק בעומדים עלינו לכלותינו".⁸¹ הוא מצטט מפסק דין **ניימן**, העוסק בפסילת מפלגות, כי "חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אזרח אינן במה לכיליון לאומי".⁸²

שופטי הרוב ייחסו משקל רב לעובדה שהעותרים עצמם הודו כי אפילו לו לא כלל החוק הגנה מפני קריאה לחרם בגין שליטת המדינה באזור יהודה ושומרון אלא היה מגן רק מפני חרם על עצם קיום המדינה, לגישתם של העותרים היה מדובר בחוק לא חוקתי. השופט עמית קרא לדבר "נשף מסכות" ואמר כי "הוסרו המסכות ויצא המרצע מן

79 ראו חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בדיור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, ס"ח 58.

80 עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 1, פס' 29–30 לפסק דינו של השופט מלצר.

81 שם, פס' יט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

82 שם, פס' טו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. מצטט מתוך עניין **ניימן**, לעיל ה"ש 44, בעמ' 311.

השק"83. בדומה לזה הדגיש המשנה לנשיאה רובינשטיין: "אם עויני המדינה המעוניינים ברעתה, אינם מבחינים לצורך זה בין ישראל ה"קטנה" לשטחים המוחזקים על-ידיה, ולהבדיל גם העותרים לא היו נכונים לכך, כעולה מן הדיון בפנינו, מדוע נהיה אנו המבחינים – עם שברורה כוונתם הטובה של חבריי הדוגלים בחופש הביטוי. מי שנכווה ברותחין כמונו יכול לנשוף גם כלפי צוננים, לא כל שכן על רותחין"84. שופטי הרוב רואים אפוא בחוק החרם אמצעי הגנה מפני אלה המתנגדים לעצם קיומה של המדינה. לעומתם, דעת המיעוט של השופט דנציגר מדגישה כי המדינה רשאית להתגונן מפני הקמים עליה רק כשמדובר בחרם על עצם קיום המדינה כולה, אך לא כשמדובר ברצון שלה להגן על שטחים שבשליטתה.85 בלשונו: "מדיניות ישראל ביחס לאזור איננה אחד ממרכיביה הגרעיניים של המדינה, כאופייה היהודי או כמטרה הדמוקרטית, והתנגדות למדיניות זו אינה שקולה להתנגדות לעצם זכות קיומה של המדינה"86. מטעם זה קבע דנציגר כי "אין להסכים לגיוס עקרון הדמוקרטיה המתגוננת כדי לפגוע בהתבטאויות פוליטיות בלתי אלימות אשר יוצאות כנגד מדיניות זו או אחרת של המדינה"87. יובהר כי השופט דנציגר אינו מבסס פסק דינו על כך ששטחי יהודה ושומרון לא סופחו רשמית לשטחי מדינת ישראל, אלא הוא מבדיל בין עצם קיום המדינה לבין היקף הטריטוריה שלה, ובייחוד הוא מייחס משקל רב לעובדה ששליטת ישראל בשטחים שנויה במחלוקת פוליטית חריפה ביותר בתוך השיח הישראלי.88

בדומה לפסק דין **דיראני**, גם בפסק הדין **אבנרי** השופטים שמצדיקים שימוש בכלי זה של דמוקרטיה מתגוננת מבססים זאת הן על דרישה להדדיות ביחסי פרט-מדינה והן על המשפט השווואתי. דרישת ההדדיות בין הפרט למדינה בולטת במיוחד בפסק דין זה. השופט מלצר למשל כותב כי "לא יותר לו לאדם להכות את היד שהושיטה לו עזרה"89. יש למנוע מצב שבו אדם או גוף יפגעו ב"יד שהם מבקשים כי תאכיל אותם"90. "איסור על 'כפיות טובה' הוא בבחינת 'conventional wisdom' בעולם כולו"91. **החוק מפעיל**

83 עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית.

84 שם, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

85 שם, פס' 23 לפסק דינו של השופט דנציגר.

86 שם, פס' 37 לפסק דינו של השופט דנציגר.

87 שם.

88 בעולם יש משקל לשאלה אם מדובר בשטחים מסופחים או לא. ראו Rivka Weill, *Holey*

Union: The Constitutional Paradox of Secession, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2708859.

89 עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 1, פס' 45 לפסק דינו של השופט מלצר. זהו ציטוט מתוך דברי

המשנה לנשיא חשין בבג"ץ 10104/04 **שלום עכשיו – שעל מפעלים חינוכיים נ' הממונה**

על הישובים היהודיים ביהודה ושומרון, פ"ד סא(2) 93, 186–185 (2006).

90 עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 1, פס' 46 לפסק דינו של השופט מלצר.

91 שם, פס' 45 לפסק דינו של השופט מלצר.

כנגד הקוראים לחרם את הסטנדרט שהם עצמם מציעים".⁹² בדומה לזה כותב המשנה לנשיאה רובינשטיין: "הקורא להחרימך ואף להחריבך, השכם להיאבק בו".⁹³ השופט עמית אף מדגיש כי זו "צביעות" שמי שקורא לחרם רוצה ליהנות ממשאבי המדינה.⁹⁴ יצירת הדדיות זו והעמדת הפרט והרשות השלטונית כשווי מעמד באה לידי ביטוי גם בהישענות שופטי הרוב על הלכת שלום עכשיו.⁹⁵ בהלכה זו נקבע בדעת רוב כי השלטון המקומי רשאי להשתמש בכספי ארנונה, אך לא בכספי מדינה, כדי להילחם למען האינטרס המקומי של תושביו להישאר בבתייהם ולא להיות מפונים מטעמים מדיניים. עם זאת, המדינה רשאית לקזז הוצאת כספים אלה מהתקציב שהיא נותנת לאותו שלטון מקומי כדי להבטיח שהיא לא תהיה המממנת של הפעילות נגדה.⁹⁶ השופט מלצר נשען על הלכת שלום עכשיו בפסק הדין בעניין אבנרי בדרך של היקש. אם אסור למועצות מקומיות ואזוריות ביהודה ושומרון להשתמש בכספי מדינה כדי לממן פעילות מחאה נגד מדיניות המדינה בנושא ההתנתקות, ניתן למנוע גם מהפרטים שימוש בכספים ציבוריים כדי לפעול להחרמת המדינה.⁹⁷ המשנה לנשיאה רובינשטיין אפילו למד זאת בבחינת "קל וחומר", שהרי אין לפרטים זכות קנויה לקבל כספים מהמדינה.⁹⁸ כלומר, הלכת שלום עכשיו משמשת את שופטי הרוב כדי לבסס את פסיקתם שהמדינה אינה חייבת לממן את המאבק האידאולוגי נגד מדיניותה. הפרט בהלכת אבנרי מושם באותו מעמד כמו הרשות המקומית בהלכת שלום עכשיו.

יתר על כן, ביסוס עקרון הדמוקרטיה המתגוננת על הדדיות בין פרט למדינה כה חזק בפסק דין זה, עד ששישה מתוך תשעה שופטים – השופט הנדל כלול בדעת הרוב בעניין זה – מתקשים פחות עם הסנקציות המנהליות שיוטלו על מי שקורא להחרים את המדינה או אזור הנמצא בשליטתה ורואים בחומרה רבה יותר דווקא את יצירת העוולה האזרחית המאפשרת לפרט לתבוע מי שקורא לחרם בגין נזקים שנגרמו לו. השופט הנדל אף מדגיש כי "המדינה כן רשאית להתמודד עם תופעת החרמות, בדרך של סנקציות מנהליות מתאימות, ואילו היחיד, באמצעות עוולה נזיקית חדשה כנגד חופש הביטוי

92 שם (ההדגשה הוספה).

93 שם, פס' ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

94 שם, פס' 41 לפסק דינו של השופט עמית.

95 הלכת שלום עכשיו, לעיל ה"ש 89.

96 בהלכת שלום עכשיו נקבע בדעת רוב (הנשיא ברק והשופטים גרוניס ורובינשטיין נגד דעתם החולקת של המשנה לנשיא חשין והשופטת ביניש) כי מותר לרשות מקומית להשתמש בכספי ארנונה כדי להיאבק בתכנית ההתנתקות. נקבע ברוב דעות אחר (הנשיא ברק, המשנה לנשיא חשין, השופטים ביניש וגרוניס בניגוד לדעתו החולקת של השופט רובינשטיין) כי המדינה רשאית לקזז סכומים אלה מהתקציב שהיא מעבירה לרשויות.

97 עניין אבנרי, לעיל ה"ש 1, פס' 45 לפסק דינו של השופט מלצר.

98 שם, פס' טו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

הפוליטי – לא.⁹⁹ מדוע מותר למדינה להגן על עצמה באמצעות סנקציות מנהליות, ואילו לפרט אסור להגן על עצמו באמצעות תביעה נזיקית? כותב השופט הנדל:

כאשר הגורם המגביל את הקורא לחרם הוא המדינה, ישנם מנגנונים ההופכים את הסנקציה למידתית יותר. כפי שצוין, המדינה כפופה לעקרונות המשפט המנהלי והציבורי, ובכלל זה לכללי הצדק הטבעי, להגינות ולסבירות... השילוב בין אופייה של הפגיעה – מכרז מול תביעה נזיקית, לבין זהות הגורם היוזם את ההליך – יחיד לעומת מדינה, מצביע על יתרונו של סעיף 3 לחוק החרם על פני סעיף 2, בכל הקשור למידתיות במובן הצר.¹⁰⁰

השופטים גם נשענים במידה רבה ביותר על ניתוח המשפט ההשוואתי ככלי עזר בהחלטתם. בלשונו של השופט עמית: "הדין המתנהל בעמודים אלו על אודות חופש הביטוי והפגיעה בו, מלא כרימון קליפורני בהפניות לחוקים ופסקי דין זרים, ובעיקר למשפט האמריקאי".¹⁰¹ חלקם אף מודים בפה מלא בהישענותם על המשפט ההשוואתי ומציעים הצדקות להישענות זו. השופט הנדל כותב: "לטעמי הפנייה אל המשפט המשווה חשובה במיוחד בתיק זה".¹⁰² הוא מסביר זאת בכך שמדינות אחרות חוקקו חוקים נגד חרם בדיוק בהקשר של הגנה על מדינת ישראל מפני חרמות נגדה.¹⁰³ למשל, השופט מלצר מביא בין היתר פסיקה צרפתית שאושרה בבית הדין האירופי לזכויות אדם שמכוחה הורשע בפלילים ראש עיריית ססלין בצרפת כי קרא במהלך ישיבת מועצת העיר להחרים מוצרים מישראל בשל מדיניותה כלפי הפלסטינים. הוא הורשע ונקנס בשל הפליה על רקע לאומי, גזעי ודת. ¹⁰⁴ השופט עמית מסיים פסק דינו, בכתבו:

ולבסוף, במבט על: בארצות הברית קיימת חקיקה המונעת או מגבילה חרם על ישראל. בתי המשפט באירופה, לרבות בית הדין לזכויות האדם, נכונים להכיר בכך שקריאה לחרם על ישראל מהווה עבירה פלילית, על אחת כמה וכמה שמדינת ישראל עצמה רשאית לקבוע כי קריאה של תושביה ואזרחיה לחרם נגד מדינתם מכורחם, מהווה עוולה אזרחית.¹⁰⁵

99 שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט הנדל (ההדגשה הוספה).
 100 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל. ראו גישה דומה אצל השופט עמית פס' 45–47 לפסק דינו.
 101 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית.
 102 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל.
 103 שם, שם.
 104 שם, פס' 49–50 לפסק דינו של השופט מלצר.
 105 שם, פס' 49 לפסק דינו של השופט עמית.

בכך מעיד השופט עמית כי המשפט ההשוואתי היה בעל שיקול מרכזי בהכרעתו. הוא למד "קל וחומר" מהדין הזר: אם במשפט ההשוואתי מותרת חקיקה פלילית כדי להגן מפני חרמות על ישראל, קל וחומר שמותר למדינת ישראל להגן על עצמה מפני חרמות בחקיקה אזרחית.

לא רק שהמשפט ההשוואתי הוא קנה למשענת השופטים, אלא שפסק הדין בנושא החרם הוא מבחינת השופטים מקור פוטנציאלי להשפעה חוזרת על המשפט ההשוואתי. השופט מלצר למשל מודאג כי אם ימצא כי חוק החרם הישראלי אינו חוקתי, ישפיע הדבר על המלחמה שמנהלות מדינות ידידותיות לישראל בחרם נגד ישראל, בבחינת אם הישראלים רואים קושי בהגנה מפני החרם, מדוע שהן תנהלנה מלחמה זו נגד החרם עבור ישראל?¹⁰⁶

ד. הרחבת תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת במבחן הביקורת

בפרק זה אטען כי ההקשרים או התחומים שאליהם הורחבה תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל – זכות הגישה לערכאות וחוק החרם – הם בעייתיים. במקום לשמש כוח נגדי לכנסת, בית המשפט נכון להשתמש ברציונל של דמוקרטיה מתגוננת אף במצבים שאינם עולים כדי מוצא אחרון להגנת קיומה של המדינה או להגנת ערכיה הבסיסיים ביותר. גם ההנמקות להרחבת תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל הן בעייתיות. להנמקות אלה עלולות להיות השלכות רחבות על ענפי משפט אחרים.

1. ההקשרים החדשים של דמוקרטיה מתגוננת

לטענתי, קשה שלא להתרשם כי בפסק דין **דיראני** ניכרת גישה מרחיבה לעקרונות הדמוקרטיה המתגוננת. אנו רואים כאן נכונות של שופטי הרוב לשלול את זכות הגישה לערכאות, שנחשבת לכה בסיסית, עד שהוכרה בפסיקה כעקרון-על של השיטה וכבסיס לזכויות אחרות. חשיבותה של זכות הגישה לערכאות נעוצה בעובדה שבהיעדר דיין יש חשש להיעדר דין. בייחוד נכונים הדברים כשהטענה העומדת נגד המדינה היא על ביצוע עינויים האסורים איסור מוחלט וגורף לפי כללי המשפט הישראלי כמו גם הבין-לאומי. למדינה עצמה היה אינטרס ציבורי בהמשך בירור התביעה.

מה הנזק הקשה כל כך לערכים הבסיסיים ביותר של המדינה שהיה נגרם למדינה לו התבררה תביעתו של דיראני? הטעם לכלל המשפט המקובל הוא למנוע הטבה כלכלית לאויב בזמן מלחמה. אולם בשתי ערכאות – מחוזי ועליון – נדחתה טענת המדינה לשלילת זכות הגישה לערכאות. כל השופטים בדיון הנוסף סברו כי ממילא דיראני אינו זכאי לקבל את הפיצויים, גם לו נפסקו לו, כל זמן שנמשך מצב הלחימה בין ישראל

106 שם, פס' 58 לפסק דינו של השופט מלצר.

ללכנון (או לארגון החיזבאללה). לא דיראני ולא מדינת לכנון ולא ארגון החיזבאללה היו נהנים אפוא כלכלית מפסק הדין לו נפסק לטובת דיראני. הרציונל לכלל המשפט המקובל לא התקיים אפוא במקרה זה. לפי גישה של פרשנות תכליתית, מאחר שהתכלית לכלל אינה מתקיימת כאן, לא היה מקום לפגוע בזכות החוקתית של גישה לערכאות.

בנוסף, נראה כי כל השופטים היו בעמדה כי תביעתו לא הייתה מתבררת לו הגיש אותה בעודו יושב בחו"ל. כל השופטים אף היו בדעה כי תביעתו הייתה ממשיכה להתברר לו המשיך לשהות בישראל. האם הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל נשענת על אותה קשת צרה של מקרים שהתביעה בהם החלה בארץ אך התובע עבר לגור בחו"ל? אתמהה.

בדומה לזה, כמה קשיים מתעוררים בהחלת רטוריקת הדמוקרטיה המתגוננת על חוק החרם. קשיים אלה לא העלה אף אחד מהשופטים בפסק הדין. כל קושי כשלעצמו ספק אם די בו כדי לשלול את השימוש ברטוריקת הדמוקרטיה המתגוננת, אך בהצטברותם הקשיים מלמדים על בעייתיות השימוש בעקרון הדמוקרטיה המתגוננת בהקשר של חוק החרם. ראשית, הגרעין של דמוקרטיה מתגוננת נועד להתמודד עם סכנת השתלטות של התארגנות לא חוקית, בייחוד מפלגה פוליטית חתרנית, על מוקדי הכוח השלטוניים. לכן גם התחומים המסורתיים של דמוקרטיה מתגוננת הם פסילת מפלגות ו"תיקון חוקתי שאינו חוקתי". חוק החרם מכוון חציו אל פעולות הנותרות בתוככי המגזר הפרטי.

שנית, בדמוקרטיה מקובל להגן על השלמות הטריטוריאלית של מדינה הן באמצעות פסילת מפלגות והן באמצעות דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי".¹⁰⁷ בהקשר הישראלי, שטחי יהודה ושומרון מעולם לא סופחו לישראל, והם מוחזקים בתפיסה לוחמתית.¹⁰⁸ לכן קשה להשליך מהמקובל בעולם למצב בישראל כשמדובר בהגנה על החזקת ישראל בשטחי יהודה ושומרון.

שלישית, היה מקום לדיון מעמיק יותר בשאלת ממשות הסכנה לקיומה של המדינה. האם קריאות לחרם מתוך ישראל מגדילות הסיכוי לחרם בין-לאומי על ישראל? שמא ההפך הוא הנכון: הדבר מלמד ותורם ללגיטימיות של הדמוקרטיה הישראלית. אם אכן קריאות לחרם מאיימות על קיומה של המדינה לכאורה היה מקום לאסור קריאות אלה כפי שאנו אוסרים גם הסתה לגזענות ותמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור או של מדינת אויב (שתיים משלוש העילות של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת). העובדה שהקריאות מותרות אך חשופות לסנקציות מנהליות עשויה ללמד כי אין מדובר בסכנה לקיומה של המדינה. כמו כן דווקא משום שהחוק מפנה חציו למגזר הפרטי, היה מקום להגבילו רק

107 Weill, לעיל ה"ש 88.

108 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).

לשעת חירום, אבל אין בחוק הוראה המגבילה את השימוש בו רק למצבי חירום, דוגמת ההוראות הקיימות בתחיקות חירום שונות של מדינת ישראל.¹⁰⁹ אי-התאמתה של רטוריקת הדמוקרטיה המתגוננת לחוק החרם אין פירושה שחוק החרם בהכרח לא חוקתי. פירושה הוא שעלינו לבחון הצידוק לחוק החרם במונחים של דמוקרטיה רגילה. עלינו לשאול את עצמנו: אף אם אין נשקפת סכנה ממשית לקיומה של המדינה או לערכיה הכי בסיסיים, האם ניתן להצדיק במונחי מידתיות עולה אזרחית וסנקציות מנהליות נגד הקוראים לחרם? האם מדובר כאן במצב שבו המדינה מונעת מימון עצמי של החרם נגדה, או שאין קשר (או הקשר רחוק מדי) בין המימון המדינתי לביטויי החרם, והטלת הסנקציות המנהליות עולה כדי סנקציה ענישתית בעייתית? שעה שהיעדר האיסור הפלילי מקשה קבלת הטענה שהחוק מוצדק מטעמי דמוקרטיה מתגוננת, היעדר זה יש בו כדי לסייע לחוק לעבור את מבחני המידתיות של דמוקרטיה רגילה. מאמר זה שותף למסקנתו של כהן-אליה שקל להצדיק שימוש בכוח המקצה של המדינה יותר משקל להצדיק שימוש בכוח הכופה, כדי לקדם ערכי החברה.¹¹⁰ הוא חולק עליו בהנחה ששימוש בכוח המקצה יכול להיות מוצדק כחלק מעקרון הדמוקרטיה המתגוננת גם כשאין מדובר בסכנה ממשית לערכים הבסיסיים ביותר של החברה.

2. הרציונלים לגישה המרחיבה

(א) ביקורת על סוגית ההדדיות ביחסי פרט-מדינה

השופטים בהלכת **אבנרי** סבורים כי הסנקציות המנהליות הן בעייתיות פחות מהעוולות האזרחית שחוק החרם יצר, כי הרשות המנהלית מוגבלת בשיקול דעתה מכוח כללי המשפט המנהלי. היא, שלא כפרט, תנהג אפוא בריסון בבואה ליישם את כלי הסנקציות המנהליות המסור לה. בנוסף, השופטים חשים בנוח שלא לפסול את הסעיפים בחוק הקובעים סנקציות מנהליות כי יש להן מסננת נוספת של המשפט המנהלי על אופן הפעלת הסנקציות. אין הם צריכים להשתמש בתותח הכבוד החוקתי של פסילת חוק. הם יוכלו לעקוב אחר יישום הסנקציות המנהליות ולפסול את החלטת המנהל במקום את החוק שעליו היא מתבססת. חלקם מבססים גישתם על דוקטרינת "היעדר הבשלות" בהקשר של הסנקציות המנהליות. הם סבורים כי הביקורת השיפוטית על סנקציות אלה צריכה להיעשות "מלמטה למעלה" בדרך של ביקורת שיפוטית יישומית (ולא מופשטת), שתחל בערכאות שלמטה ותטפס לבית המשפט העליון.¹¹¹

109 ראו למשל חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, ס"ח 76 העוסק במעצרים מנהליים.

110 כהן-אליה, לעיל ה"ש 12.

111 עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 1, פס' 60-61 לפסק דינו של השופט מלצר.

הקושי העצום הוא שהם הופכים את הגיון המשפט הציבורי על פיו. עיקר עניינו של המשפט הציבורי הוא בהגנה על הפרט מפני כוחו הרב של השלטון. הפרטים רבי העצמה ביותר – ראשי ממשלה, נשיאים, שרים – בהיפגשם כפרטים עם הכוח השלטוני הרי הם כחגבים. לפיכך תפיסת ההדדיות שהשופטים מבקשים לייצר בין הפרט לשלטון – בבחינת "אתה מחרים את המדינה או המדינה תחרים אותך" – היא בעייתית. הלוגיקה של המשפט הציבורי מצדיקה יצירת עוולה אזרחית המאפשרת זיכוי בפצויות בגין נזק שנגרם לזכויות של הפרט לקניין ולחופש עיסוק יותר משהיא מצדיקה הטלת סנקציות מנהליות על פרטים בגין שימוש בכוח הביטוי הפוליטי שלהם.

הקושי בהישענות על הלכת **שלום עכשיו** בפסק דין **אבנרי**, כפי שמצביע עליו בצדק השופט דנציגר, הוא כי עקרון חוקיות המנהל הוא הקיים בבסיס פסק דין **שלום עכשיו** ומגביל סמכותן של הרשויות המקומיות בהוצאת כספי ציבור כדי שהן תוצאנה כספים רק לקידום המטרות הציבוריות, שלשמן הן קיימות. עיקרון זה אינו חל על הפרטים, באשר לגביהם ההגיון הוא הפוך – מותר להם מה שלא נאסר עליהם בחוק.¹¹² כלומר, אנו רואים שהשופטים מטשטשים את ההבחנה ההיררכית האנכית בין פרט לשלטון בפסק דין זה.

יתר על כן, אירוני הוא שדעת השופט חשין מהלכת **שלום עכשיו** היא המצוטטת בתמיכה בעמדות שופטי הרוב בפסק דין **אבנרי**, ונעלמו מעיניהם השלכות גישתו בפסק דין **קונטרם**. למעשה, איש מהשופטים לא נדרש בהלכת **אבנרי** לפסק דין **קונטרם**, שבו דנו שופטי העליון במפורש בסוגיית ההגינות וההדדיות ביחסי הפרט והמדינה.¹¹³ בהלכת **קונטרם** דובר בחברה שפלשה לשטח ציבורי השייך לרשות הנמלים והרכבות ביודעין וסיפחה אותו באמצעות גדר. על שטח זה היא הרהיבה עוז וקיבלה רישיון מרשות המכס לנהל מחסן רישוי. כדי לקבל את הרישיון נדרשה קונטרם להציג למכס חוזה בעלות או שכירות על השטח. היא הציגה חוזה מבלי לגלות שחוזה זה אינו נותן לה זכות שכירות כנדרש בתקנות המכס וכפי שדרש המכס ממנה. משנודע הדבר לרשות המכס, סירבה זו לחדש לה את הרישיון. על כך הלינה קונטרם לבית המשפט.

כל השופטים דחו עתירתה, אך הנמקת כל אחד מהם הייתה שונה. השופטים עורכים דיון מרתק בפסק דין **קונטרם** בסוגיית ההדדיות שביחסי הפרט והמדינה. כל השופטים בפסק הדין הסכימו כי קונטרם הייתה חייבת לגלות למכס שאין לה חוזה שכירות, או שלפחות קיימת מחלוקת בינה לבין רשות הנמלים אם יש לה זכות שכירות. הדעות חלקו בדבר מקור חובת הגילוי.

רק השופט זמיר סבר כי יש לייצר הדדיות בין הפרט למדינה במובן שכנגד חובת ההגינות של המדינה עומדת חובת ההגינות של הפרטים (גם אם תוכן כל אחת מהחובות

112 שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט דנציגר.

113 בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998).

שונה). בלשונו, "אין סימטריה. אך יש, ולפחות צריכה להיות, הדדיות".¹¹⁴ השופט זמיר למד שאם פרטים חבים בחובת תום לב ביניהם, קל וחומר שהם חבים חובה דומה, שאותה הוא מכנה הגינות, ביחסם לרשות שבה הוא רואה נציגת הציבור. בלשונו: "כנגד חובת ההגינות של הרשות, נדרשת חובת הגינות של האזרח. לדרישה זאת יש שורשים עמוקים: היא צומחת מן האמנה החברתית שביסוד המדינה".¹¹⁵ יחסי הפרט והמדינה הם יחסי שותפות, "יחסים הדדיים של תן וקח".¹¹⁶ לא יחסי יריבות. בייחוד מכיר זמיר בחובת הגינות כשהפרט מבקש טובת הנאה מהשלטון, שלא כבמצב שבו הרשות מבקשת להפעיל כלפיו סמכות פוגענית.

לכאורה יישום גישתו של השופט זמיר בהקשר של **אבנרי** מלמד כי הסנקציות המנהליות הכלולות בחוק החרם יכולות להיחשב לשלילת טובות הנאה מהפרט בגין הפרת חובת ההגינות, אם כי יש לסייג ולומר כי הדוגמאות שמביא השופט זמיר לחובות ההגינות של הפרטים כלפי המדינה הן כולן מהתחום ההליכי-פרוצדורלי כגון חובת גילוי, מהירות תגובה וכדומה. דומה שחובת הגינות מהותית נדונה אצל זמיר כסוגיה של סבירות ומידתיות ולא הגינות. לכן ספק אם ראוי להרחיב גישתו למקרה החרם שעניינו בהגינות מהותית.

לעומת השופט זמיר, השופט חשין הדגיש כי אין לדרוש הדדיות כלל בין הפרט למדינה. אין מדובר ביחסים שוויוניים, בשל עצמתה של המדינה וקטנותו של הפרט מולה. "תחנת המוצא שלי לקראת המסע – המסע לגילוי חובותיו של היחיד כלפי השלטון – תלוי עליה שלט, ועל השלט רשום באותיות גדולות 'חופש'".¹¹⁷ הוא מזהיר מפני "מדינת אוטופיה של הגינות".¹¹⁸ הטעם היחיד שחשין ראה לדחות עתירת קונטרס הוא שכאן היא נתבקשה מפורשות על ידי הרשות לגלות המידע, וקונטרס הטעתה את הרשות. אסור לפרט לרמות את הרשות.

הנשיא ברק החזיק בדעת ביניים. הוא שלל הכרה בחובת הגינות כללית של הפרט למדינה כפי שמציע השופט זמיר, אך כן הכיר בקיומה של חובת גילוי (לא הגינות כללית) מקום שבו הפרט מבקש טובות הנאה מהשלטון. ברק מסביר מדוע מוטלת חובת הגינות על השלטון כלפי הפרט. הוא מנמק זאת בכך שהרשות השלטונית אינה פועלת למען עצמה אלא למען הציבור. היא נאמן הציבור. "נאמנות מחייבת הגינות, והגינות מחייבת התנהגות (דיונית ומהותית), שאינה מבוססת על אינטרס עצמי אלא על הצורך לקדם את טובת הכלל".¹¹⁹ יתר על כן, מדוע אנו רואים בשלטון נאמן של הכלל? כי משטר דמוקרטי מבוסס על ההכרה בזכויות האדם של הפרט. חובת הנאמנות באה

114 שם, פס' 40 לפסק דינו של השופט זמיר.

115 שם, פס' 23 לפסק דינו של השופט זמיר.

116 שם.

117 שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט חשין.

118 שם, פס' 25.

119 שם, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא ברק.

להבטיח שהשלטון ידאג לכלל ולא לאינטרסים האישיים שלו. חובת ההגינות באה לקבוע כללי התנהגות בין ידידים ולא בין יריבים.

לעומת זאת לפרט מותר כל דבר שלא נאסר עליו בדין. "אין מקום להטיל על הפרט חובת הגינות כללית כלפי השלטון".¹²⁰ הטלת חובת הגינות של הפרט כלפי השלטון נוגדת רעיון ממשל מוגבל. אין הדדיות ואין יכולה להיות סימטריה ביחסי פרט-שלטון. הפרט אינו נאמן השלטון, והוא לא בא לקדם חירות השלטון. הוא אינו חב אפוא בחובת הגינות כלפי השלטון.

הנשיא ברק אף מדגיש כי היחסים האופקיים בין הפרטים שונים מיחסי שלטון-פרט ומיחסי פרט-שלטון. אין מוטלת חובת הגינות בין פרטים לבין עצמם. "המשפט מכיר באינטרס העצמי של הפרט".¹²¹ חובת תום הלב החלה בין פרטים "קלה" מחובת ההגינות בין שלטון לפרט. תום לב מניח שהפרט "רואג לאינטרס של עצמו".¹²² הוא מבקש להבטיח שהדבר ייעשה בהתחשבות בציפיות המוצדקות של הצד השני. "כללים של משחק הוגן בין יריבים".¹²³

גישה זו של השופטים חשין וברק תומכת לכאורה במסקנה שונה בהקשר של **אבנרי**: מתן אפשרות לפרט לתבוע אחר בעוולה אזרחית בגין נזקים שנגרמו לו, אך קושי רב יותר להכיר בכוחה של המדינה לנהוג ביחס של "מידה כנגד מידה" באמצעות סנקציות מנהליות.

אין להבין מדבריי שהמדינה חייבת לממן ישירות פעילות נגדה. הקושי אינו ברטוריקה שאין המדינה חייבת לממן את החרם נגדה, וכזאת היא הרטוריקה העולה לעתים מפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. בלשונו: "צריכה מדינה להיות שוטה שבעולם לאפשר הטבות מכספיה" כדי לממן את אלה הקוראים להחרימה.¹²⁴ "דומה הדבר לאדם הבא להכות אדם אחר, והאחרון מצייד אותו באלה כדי שיוכל להלום בו בעוצמה יתרה". "כאילו תאמר ליוורקים עליך, מה נעים גשם הנדבות; גם בשיגיון ראויה מקצת הגיון".¹²⁵ אולם זו רטוריקה מסוג אחר לגמרי לטעון שמותר למדינה "להחזיר" לפרט באותו המטבע שלו. הראשונה עשויה להיות מותרת בנסיבות מסוימות, ובלבד שמתקיים קשר רציונלי ומידתי בין המימון לבין הפעילות הלא רצויה. האחרונה היא בעייתית בתוככי המשפט הציבורי.

גישת התגמול ונקיטת מידה כנגד מידה כלפי הפרט אופיינית לתחום הפלילי של ענישה. היא ראויה פחות כאמצעי מנהלי. גם עמדת הרוב ב**אבנרי** הסתייגה מסנקציות פליליות ככאלה שאינן חוקתיות בהקשר של חוק החרם. לכן סברו שופטי הרוב כי אין

120 שם, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא ברק.

121 שם, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא ברק.

122 שם.

123 שם.

124 עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 1, פס' טו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

125 שם.

מקום לפיצויים עונשיים בהקשר של העוולה האזרחית.¹²⁶ עם זאת נעלם מעיניהם שרטוריקת התגמול משמשת בידם להצדקת הסנקציות המנהליות. תפיסת התגמול הייתה חלק מתפיסת ההדדיות שמפתחים השופטים ביחסי פרט-מדינה בפסק דין **אבנרי**. השימוש בחוק מנהלי כדי להטיל סנקציות אינו ייחודי לחוק החרם. האכיפה המנהלית הפכה לנפוצה במשפט המנהלי הישראלי. במקום סנקציות פליליות או בד בבד עמן התפתחו סנקציות מנהליות כתחליף או כהשלמה למשפט הפלילי. רשויות החוק חוגגות התפתחות זו כי היא מקלה את יישום החוק ומאפשרת להגיע לכיסו של הפרט ולהעשיר את קופת המדינה ללא צורך בהליכים פליליים.¹²⁷ אך תופעה זו מסוכנת היא. היא פוגעת בהפרדת הרשויות המבזרת כוח בין רשות מבצעת האוכפת חוק לבין רשות שופטת האמונה על ההכרעה אם ראוי להטיל סנקציות. אסור לחוקר להיות גם השופט וגם התליין, אך הסנקציות המנהליות מאפשרות לרשות המנהלית לרכז בידה בדיוק כוח עצמתי זה. הסנקציות המנהליות מסתפקות ברף הראיות המנהליות ובדרישת סבירות. הסנקציות הפליליות מחייבות לעמוד בכללי קבילות פליליים ובנטל הוכחה של מעבר לכל ספק סביר. ההליך המנהלי נהנה מחזקת תקינות ההליך, ואילו בהליך הפלילי מונחת חפותו של הפרט.¹²⁸ ההליך המנהלי חשוף לביקורת בדיעבד של בית המשפט, ואילו ההליך הפלילי מחייב ביקורת מראש של בית המשפט. גם מהיבטים אלה ראוי שכלי הדמוקרטיה המתגוננת יוותרו כלי מניעה ולא יהיו לכלי ענישה.

ב. ביקורת על אופן השימוש במשפט השוואתי

גם אופן השימוש במשפט השוואתי בפסיקתו של בית המשפט בפרשות **דיראני ואבנרי** מעורר קשיים. פרשת **דיראני** עסקה בשאלת קיומו של כלל במשפט המקובל הישראלי השולל זכות גישה לערכאות של אויב בזמן מלחמה. דעת הרוב נקטה את העמדה כי שלילת זכות הגישה לאויב בזמן מלחמה הפכה לחלק מהמשפט המקובל הישראלי עוד לפני חקיקת חוק יסודות המשפט ב-1980. הפסיקה הישראלית אימצה כלל זה על סמך המשפט המקובל האנגלי. המשפט המקובל האנגלי השפיע לא רק על ישראל אלא גם על ארצות קומון לאו נוספות כארצות הברית, קנדה ועוד. השימוש במשפט השוואתי התבקש בפסק דין זה על מנת לבסס את תוכנו של הכלל במשפט המקובל הישראלי. הקושי בשימוש במשפט השוואתי בפסק דין זה הוא כפול: האחד, ניכרת רטוריקה משמעותית בפסק דין זה שעניינה שימוש במשפט השוואתי לא כדי להבין מה הדין

126 שם, פס' 43 לפסק דינו של השופט השופט מלצר.

127 ראו לדוגמא: חוק העבירות המנהליות, התשמ"ה-1985, ס"ח 31; חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011; חוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשע"ב-2011, ס"ח 62; פרק יא לחוק הגנה על בריאות הציבור (מזון), התשע"ו-2015, ס"ח 90.

128 ראו גם רון שפירא "מאכיפה פלילית לאכיפה מנהלית" **הסניגור** 205, 4 (2014).

הרצוי בישראל או מה הפוטנציאל הטמון בפיתוח המשפט הישראלי לגופו אלא כדי לקבל לגיטימציה לצמצום היקף ההגנה על זכויות אדם. ההנמקה היא בסגנון אם כל העולם נוהג כך, למה נהיה אנו "קתולים מן האפיפיור" בעניין זה?¹²⁹ ההצדקה לפגוע בזכויות אינה יכולה לקום או ליפול על שאלת מנהגם של אחרים. עליה להתבסס על צידוק מוסרי פנימי למעשה.

האחר, המשפט ההשוואתי מובא כדי ליתן לגיטימציה, שכן כך נוהג העולם, ולא היא. למעשה, בעולם אין שוללים גישה של אויב לבית המשפט כשמדובר במלחמה בטרור להבדיל ממצב של מלחמה פורמלית בין מדינות. לכן אין הנדון דומה לראיה. בעולם הכלל משמש למניעת הטבות כספיות מהאויב. בארץ נשללה תביעתו של דיראני אף שהיה ברי לכול שהוא, או כל אויב אחר, לא ייהנו כלכלית מתביעה זו. כך, בית המשפט מייצר רטוריקה שלפיה אנו הולכים בנתיב שפילסו כל המדינות הנאורות, אבל המציאות מורכבת יותר.

גם בהלכת **אבנרי** ניכרים קשיים דומים בשימוש במשפט השוואתי. השופט הנדל מבסס מסקנתו כי אין לאפשר עוולה אזרחית, אך מותרות סנקציות מנהליות בעיקר על המשפט ההשוואתי. הוא כותב למשל כי בארצות הברית אין עוולה אזרחית של קריאה לחרם, אך הרשות יכולה להטיל סנקציות מנהליות בגין חרמות.¹³⁰ הפרקטיקה בעולם הפכה לגורם מכריע בהחלטת השופטים במקום להיות לשיקול אחד מני שיקולים רבים. אילו היה המשפט ההשוואתי רק אחד השיקולים, היה על השופטים להכיר בכך שאף שלא מצאו דוגמאות השוואתיות לעוולות אזרחיות, הגיונו של המשפט הציבורי מצדיק עוולות אזרחיות יותר משהוא מצדיק סנקציות מנהליות.

השופטים נשענים על הפרקטיקה בעולם גם כדי לקבוע את מידתיות הפגיעה בזכויות חוקתיות במובן הצר. למשל, השופט מלצר כותב: "בנקודה זו, שהיא טענה [אפקט הצינון של החוק על חופש הביטוי], 'ארחיק' לחו"ל כדי להביא משם אסמכתאות מפסקי־דין שדנו שם בנושאים קרובים והגיעו למסקנה **שפגיעה כזו מידתית היא**".¹³¹ אך פעמים רבות ההשוואה היא בעייתית כי החקיקה ההשוואתית נועדה למנוע חרמות של אזרחים על מדינות זרות כדי שלא ייפגעו יחסי החוץ של המדינה, ואילו חוק החרם הישראלי מכוון חציו לשיח הציבורי הפנימי. השופטים לא הביאו כל דיון על הדרך שבה

129 עניין **דיראני**, לעיל ה"ש 1, פס' ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
 130 עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 1, פס' 19–23 לפסק דינו של השופט הנדל. השופטים גם לא מדגישים הבדל חשוב נוסף בין שתי שיטות המשפט. הסנקציות האמריקאיות מכוונות בדרך כלל למעשה החרם עצמו ולא לקריאות להטלת חרם, שהגבלתן עלול לעורר קושי בשל התיקון הראשון לחוקה. לעומת זאת, הגישה שנקט חוק החרם הישראלי היא הפוכה. מעשה החרם מותר ואילו הקריאות לחרם הן שמביאות להטלת הסנקציות. ראו מכתבו של פרופ' Eugene Kontorovich לסנטור ממינסוטה מ-31 בינואר 2017, http://www.senate.mn/committees/2017-2018/3101_Committee_on_State_Government_Finance_and_Policy_and_Elections/SKMBT_C45117021315350.pdf
 131 שם, פס' 48 לפסק דינו של השופט מלצר.

המדינות מגנות על השלמות הטריטוריאלית שלהן אף שזה היה הדיון הרלוונטי. יתרה מזאת, דווקא בנושא המידתיות במובן הצר אנו רוצים לראות איזון בין פרט לכלל שנכון לתנאי המציאות הישראליים. דווקא המידתיות במובן הצר מחייבת איזון קונטקסטואלי, תלוי-הקשר בעניין תנאי הארץ ותושביה.

המשפט ההשוואתי שערכו השופטים אף לא הביא בחשבון שתפיסת ההדדיות בין המדינה לאזרחיה במשפט הישראלי היא מורכבת ושונה מתפיסת ההדדיות הקיימת במשפט האמריקאי והאירופי. למשל: מדינת ישראל אינה שוללת זכות הצבעה מאסיריה אף שפרקטיקה זו רווחת בעולם. לגישת המשפט הישראלי, שלילת חירות האדם במשפט הפלילי אינה שלילת כבודו במובן של הזכות לבחור.¹³² לעומת זאת מדינות רבות אחרות נוקטות את העמדה שהאסיר הפר את החוזה החברתי, ולכן לא ראוי לזכויות פוליטיות בתקופת מאסרו.¹³³ אנו שונים מהמדינות המשוות אף בהרכב האוכלוסייה. במדינת ישראל קיימים מיעוטים דתיים ולאומיים אשר חלילה לנו מלפתח כלפיהם שיח זכויות המבוסס על "תן וקח" פשוטי. במדינת ישראל קיים פער כלכלי בין שכבות חזקות לחלשות, מהגדולים במדינות ה-OECD, שחלילה לנו מלתרגמו לכך שהמדינה חייבת ליתן יותר לאלה המשלמים מסים רבים יותר.¹³⁴ פיתוח תפיסה שטחית ומידית להדדיות בין פרט למדינה עלול להביא לתוצאות קשות שלפיהן תרומת המדינה לרווחת הפרט תותנה בתרומת הפרט לרווחת המדינה, ולא היא.

ה. על כוחה של רטוריקה

המחוקק הישראלי המשיך במגמת ההרחבה של עקרון הדמוקרטיה המתגוננת גם בשנת תשע"ו בחקיקת תיקון מספר 44 לחוק-יסוד: הכנסת, שעניינו מתן סמכות לכנסת להביא להפסקת כהונה של חבר כנסת מכהן משום שיש במעשיו משום הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד ישראל.¹³⁵ בדברי ההסבר נאמר: "מי שבאופן ברור מפר את העיקרים החיוניים שעליהם מושתתת המדינה, לפי המבחנים שנקבעו בבית המשפט העליון, אינו ראוי להיות חבר הכנסת, גם אם כבר נבחר לכנסת".¹³⁶ המטרה הייתה לאפשר פעולה נגד חבר כנסת גם אם מעשיו אינם מגיעים כדי

132 ראו בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826 (1984).

133 ראו למשל Alec C. Ewald, "Civil Death": The Ideological Paradox of Criminal Disenfranchisement Law in the United States, 2002 Wisc. L. Rev. 1045 (2002).

134 אדריאן פילוט "OECD: הפער בין עשירים לעניים בישראל – מהגבוהים במערב" גלובס (דצמבר 5, 2011), <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000703576>.

135 חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44), ס"ח 1086.

136 הצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 45) (השעיית חבר הכנסת שהתקיים בו האמור בסעיף 74, א), ה"ח 74, 75.

עברה פלילית.¹³⁷ אף שנדרש רוב גדול של תשעים חברי כנסת כדי להשלים את המהלך של הפסקת חברות, חקיקה זו היא בעייתית ביותר. יש בה הסמכת הכנסת להתערב בתוצאות של בחירות שכבר הוכרעו. עצם הכפפת חברי כנסת, במיוחד מהמיעוט, לכוחו של הרוב יש בה כדי לפגוע בעצמאות חברי הכנסת.

בית המשפט העליון מילא שנים רבות תפקיד של מרסן כנגד מגמות ההרחבה של הכנסת. תפקידו המרסן בא לידי ביטוי בתחומים הקלאסיים של פסילת מפלגות ודוקטרינת ה"תיקון חוקתי שאינו חוקתי". שני כלים אלה נועדו לשמר את הכוח השלטוני הדמוקרטי מפני הקמים על הדמוקרטיה. אך מאמר זה מציג כי בשנת המשפט תשע"ה נתן בית המשפט העליון יד למגמות ההרחבה של עקרון הדמוקרטיה המתגוננת בידי המחוקק בהקשרים חדשים של חוק החרם והלכת דיראני. בית המשפט העליון השתמש בשנה זו ברטוריקה של דמוקרטיה מתגוננת מתוך הנחה כי היא מקור לגיטימציה להרחבת סמכות השלטון ומשמשת נימוק משכנע לצעדים הננקטים נגד הפרט בשם ביטחון המדינה. הקושי הוא שרטוריקת הדמוקרטיה המתגוננת אינה מרחיבה את סמכותו של השלטון אלא במצבים שבהם מדובר באמצעי מניעתי אחרון למניעת סכנה ממשית לערכים הבסיסיים ביותר בשיטה. כלי הדמוקרטיה המתגוננת מוצדקים בייחוד למניעת השתלטות גורמים עוינים או חתרניים על מוקדי כוח שלטוניים. שימוש ברטוריקת הדמוקרטיה המתגוננת מיד מעורר את דאגתנו כי מדובר בצעדים שלטוניים שהפרדוקס הדמוקרטי רלוונטי להם. מדינה המרחיבה את ארסנל כלי הדמוקרטיה המתגוננת ומרבה בשימוש בהם מסתכנת באבדן צביונה הדמוקרטי. לפיכך אם המקרה שנדון בפסק הדין אינו נופל בקטגוריית מקרי הקיצון, לא רק שרטוריקה של דמוקרטיה מתגוננת אינה משמשת בסיס לשכנוע בהרחבת הסמכות של השלטון, היא אף פועלת בכיוון ההפוך. היא אינה מצדיקה את השימוש בכוח.

הקושי בפסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"ה הוא הן בהקשרים והן בנימוקים לשימוש בעקרון הדמוקרטיה המתגוננת. בית המשפט השתמש בעקרון הדמוקרטיה המתגוננת כלפי פרטים (ולא כלפי התארגנויות פוליטיות או טרוריסטיות) מבלי שהללו ביקשו להשתלט על מוקדי כוח שלטוניים (באמצעות בחירות או תיקוני חוקה). בנוסף, שני האדנים שעליהם נשענת הרחבת תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל בעייתיים אף הם. עלינו להיזהר מפיתוח תפיסה של הדדיות בין הפרט למדינה בסגנון שהשניים שווי מעמד. כל אופיו של המשפט הציבורי נשען על הצורך בריסון כוחה העצום של הרשות אל מול אפסותו של היחיד. אל לה לדמוקרטיה המתגוננת לפתח תפיסה "תגמולית" בתחומי המשפט הציבורי בסגנון שמותר למדינה לגמול לפרט באותו המטבע שלו. לפיתוח רטוריקה של הדדיות שכזו עלולות להיות השלכות קשות ביותר על ענפי משפט רבים. היא עלולה לתמוך בהצעות חוק קיצוניות שבינן לבין בניית מרקם חיים משותפים לבני לאומים ודתות שונים המרחק רב. היא מסוכנת במיוחד בחברה

הטרוגנית כמו החברה הישראלית, שבה אנו עדיין עמלים על שילובם של בני החברה השונים.

גם אופן השימוש במשפט השוואתי בפסקי הדין המרחיבים את תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת הוא בעייתי. המשפט ההשוואתי יש בו כדי ללמד על הפוטנציאל הטמון בפיתוח המשפט הישראלי, אולם הוא אינו שיקול מחייב, וודאי שאינו מכריע. הוא אינו פוטר את השופטים מניתוח קונטקסטואלי המתאים לתפיסות הבסיסיות של החברה הישראלית.

מדינת ישראל מתמודדת עם אתגרים ביטחוניים מורכבים וקשים על בסיס יום-יומי. עם זאת, ודווקא משום כך, חובה עליה להקפיד היטב ולהבחין בין סכנה ממשית לעצם קיומה ולערכיה הבסיסיים ביותר לבין התמודדות שוטפת עם אתגרי ביטחון שנופלים מזה. במצבים שאינם נופלים בגדר כלים מניעתיים של "לית בררה" ראוי שבית המשפט יבחן אם ניתן להצדיק את צעדי השלטון על בסיס שיקולי "דמוקרטיה כרגיל". על בית המשפט להתמקד בשאלה אם אכן ניתן להצדיק את האמצעים הננקטים נגד הפרט כמידתיים גם במצבי דמוקרטיה של יום-יום.

כלי הדמוקרטיה המתגוננת ממילא כוחם אינו במניעת שינוי אלא בהעלאת ה"מחירים" הנגבים מדורשי השינוי. הם מחייבים את מבקשי השינוי לפנות להליכים מחוץ לחוקה כדי להביא לשינוי ערכי היסוד של השיטה. הם מחייבים כי שינוי ערכי היסוד של השיטה ייעשה בגלוי אגב תשלום מחיר מלא במונח של אחריותיות. הם מחייבים כי השינוי יהא בדרך של התחלה חדשה, "מהפכה" ושבירת הקשר בין העבר לעתיד החוקתי, אך השינוי אפשרי הוא. הוא יבוא מחוץ לכללי המשחק החוקתי הנוכחי ולא מתוכו בדרך של הכלה. במקרים הנופלים מסכנה ממשית לקיומה של המדינה או לערכיה הבסיסיים ביותר אין מנוס משיקולי מידתיות של דמוקרטיה רגילה.