בג"ץ במרקם החברה הישראלית – לאחר חמישים שנה

זאב סגל*

א. ימים ראשונים, שלושה עשורים – בג"ץ שופט־קו פסיבי בשולי המגרש השלטוני. ב. ימים מאוחרים – שנות השמונים והתשעים: בג"ץ שופט ראשי אקטיבי במרכז המגרש השלטוני: 1. הרחבת זכות העמידה בבג"ץ – מכשיר שיפוטי להגנת אינטרס תברתי; 2. הרחבת קשת הנושאים הנידונים בבג"ץ – האומנם מלוא כל הארץ משפט ושיפוט?; 3. בג"ץ מעצב דמוקרטיה מהותית נוסח ישראל. ג. דמוקרטיה שיפוטית על הכנסת – בג"ץ כבית־משפט חוקתי: 1. ביקורת שיפוטית על החלטות כנסת שאינן חוק; 2. ביקורת שיפוטית־חוקתית על חקיקת הכנסת. ד. בג"ץ בעין החברה ובעין הסערה והביקורת. ה. בשעת היובל השני – בג"ץ "תחת אש" במקום טוב באמצע.

א. ימים ראשונים, שלושה עשורים – בג"ץ שופט־קו פסיבי בשולי המגרש השלטוני

בית־המשפט העליון התכנס לישיבתו הראשונה ב־14 בספטמבר 1948. היה זה ארבעה חודשים לאחר הקמת המדינה ותחילת עבודתן של הרשויות האחרות. בעוברה שמדינת ישראל השלימה ארבעה חודשים בלא הקמת ערכאה שיפוטית עליונה – כאשר רק מקצת סמכויות ערכאה זו הופקדו בידי בית־משפט מחוזי ומקצתן לא הופעלו כלל – ישנם הרואים ביטוי לעדיפות הנמוכה שניתנה לרשות השופטת באותה תקופה. בימי בראשית אלה ההתמקדות השלטונית היתה בארגון מוסדות הביצוע והצבא, ודוד בן־גוריון לא ייחס חשיבות דומה להתארגנות משפטית.[1]

עם זאת, אפשר להבחין במאמץ להקים ערכאה שיפוטית עליונה, בהתחשב בכך שדובר בעת קרבות מלחמת־השחרור. בטקס חגיגי לציון תחילת עבודתו של בית־המשפט העליון דיבר שר־המשפטים דאז, פנחס רוזן (באותה עת פליקס רוזנבליט), על "...ילד שעשועים

---

* פרופסור־חבר למשפטים, התוכנית למדיניות ציבורית, הפקולטה למדעי החברה, אוניברסיטת תל־אביב.

1. ראו מאמרו של ד"ר רון חריס, "המשפט הישראלי", העשור הראשון – תש"ח־תשי"ח (תשנ"ח) 243, עמ' 251.

זה, היקר מכל יקר, שגידלנו ופיתחנו במשך חדשים כה קשים ויגעים, שיעמוד על רגליו וישא את עצמו ויזהיר כזוהר הרקיע". משה זמורה, נשיאו הראשון של בית־המשפט, פתח את נאומו במלים "הנני העני ממעש נרעש ונפחד", כלשון התפילה הנאמרת על־ידי השליח־ציבור לפני המוסף לימים הנוראים, ודיבר על התגשמות חזון אחרית־הימים ל"השיבה שופטינו כבראשונה ויועצינו כבתחילה". השופט יצחק אולשן – משופטי הדרכב הראשון שעמו נמנו גם מנחם דונקלבלום, ש"ז חשין והרב שמחה אסף – כתב בספר זכרונותיו על הרגשת המשתתפים באותו מעמד ש"כל אחד מאיתנו כאילו קלט באוזניו את קול ההיסטוריה ממרומים הדובר אליו, וקורא לו לנטוש את כל הקושר אותו עם סביבתו, ולהתרומם לפסגות ומשם לשפוט וליישר הדורים בין אורחי המדינה, לעמוד על משמר העיקרון של שלטון החוק ולהשליט צדק לכל אדם ללא הפלייה כלשהי".

אין ספק בכך, שהקמת בית־המשפט העליון נתפסה כמאורע מהפכני, המסמל הינתקות מן העבר והנחת תשתית למוסד שיפוטי, האמור לתפוס מקום חשוב בעיצובה של שיטת־משפט נוסח ישראל. רוממות־הרות, שהיתה משותפת לנוכחים, לא היה בה כדי להסתיר את ניצניהן של מחלוקות־יסוד שעתידות היו לעמוד במוקדו של הוויכוח הציבורי שניטש בשנות השמונים והתשעים סביב מיקומו של בית־המשפט העליון במרקם החברה הישראלית. שר־המשפטים רוזן דיבר באותו מעמד על כך, ש"רק בידי בית המחוקקים תהיה הרשות לומר על־פי איזה חוק ישפטו. בל נסיג גבולות". הנשיא זמורה אמר, כי "אסור לנו להסיג את גבולו של המחוקק", אך הוסיף כי "לפעמים יוכל, אולי, השופט לנהוג חירות בחוק החרות, כדי להגיע להחלטה שהיא מתאימה לצדק וליושר, אבל לחירות הזאת יש גבולות".[2]

בית־המשפט העליון ממלא תפקיד של בית־משפט עליון לערעורים פליליים ולערעורים אזרחיים. בתפקידו זה הוא דן כערכאת־ערעור אחרונה על פסקי־דין ועל החלטות אחרות של בתי־המשפט המחוזיים. בהסמכה חוקית מיוחדת ידון בית־המשפט העליון כערכאת־ערעור על החלטת ערכאות אחרות, למשל: בית־הדין הצבאי לערעורים או ועדת־הבחירות המרכזית לכנסת. במכלול פועלו ברור, שתפקידו המיוחד והרגיש ביותר הוא בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק, בעתירותיו של הפרט בריבו עם השלטון. שאלת גבולות סמכותו ומיקומו הראוי של בית־המשפט העליון במרקם החברתי, בכללו, עומדת על הודה בציקר בעת שמדובר בתפקידו כבג"ץ. בימי המנדט הבריטי בארץ־ישראל הופקדה הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על המינהל הציבורי בידי בית־המשפט העליון

2. למעמד הנוכח בית־המשפט העליון ולימי ראשית הפסיקה ראו יצחק אולשן, **דין ודברים – זכרונות** (שוקן, תשל"ח), 213; אליקים רובינשטיין, **שופטי־ארץ – לראשיתו ולדמותו של בית־המשפט העליון בישראל** (שוקן, תשמ"א); פנינה להב, "העוז והמשרה – בית־המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו", **עיוני משפט** יד (תשמ"ט) 479; עלי ולצברגר ופניה עוז־ולצברגר, "המסורת הגרמנית של בית־המשפט העליון בישראל", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 259; זאב סגל, **דמוקרטיה ישראלית** (תשמ"ח), 238-245; **בית־המשפט העליון בשיטת המשפט הישראלית** (פרסום בהוצאת המועצה הישראלית לקידום ערכי הדמוקרטיה, הוצאת דיונון, אוניברסיטת תל־אביב, תשנ"ג), 5-8.

בתפקידו כבג"ץ, שפעל בערכאה ראשונה ואחרונה; הואיל והשלטון המנדטורי העדיף להפקיד את הביקורת השיפוטית על מעשיו בידי הערכאה העליונה בלבד בשל העובדה ששופטיה, רובם ככולם, היו בריטים, להבדיל מבתי־המשפט הנמוכים יותר, שבהם ביהנו שופטים מקומיים. גם בשנות התשעים – בעת שגוברת נטיית המתוקק להפקיד עניינים שלהם אופי מינהלי־ציבורי בידי בתי־המשפט המחוזיים – עדיין נשמרת הגישה הרואה בבג"ץ את בית־המשפט הראשי להפעלת ביקורת שיפוטית על רשויות המדינה, שבידיו תיוותר השפיטה בנושאים החוקתיים והמינהליים הרגישים ביותר. גם קבלת חקיקה להעברת עניינים רבים מבג"ץ לבתי־המשפט המחוזיים תותיר בידי בית־המשפט העליון, בתפקידו כבג"ץ, עניינים שלהם אופי חוקתי ומינהלי עם חשיבות, רגישות או דחיפות מיוחדת.[3]

פסיקת הבראשית – זו של שנות החמישים, המאפיינת בעיקרה גם את הפסיקה בשני העשורים הבאים – מצטיינת ביסודה בגישה פורמליסטית. בית־המשפט הושפע בתחילת דרכו השפעה עמוקה מהמשפט האנגלי, שהשתחרר רק בשנות השמונים מגישה שמרנית ומרוסנת בכל הנוגע להפעלת ביקורת שיפוטית על רשויות המדינה. כך, למשל, נקלטה בישראל הדרישה להוכחת זכות העמידה – החובה להראות אינטרס אישי ומיוחד של העותר לבג"ץ בעניין המועלה על־ידיו כתנאי לדיון בקובלנתו – כ"כלל גדול", שיסודו במשפט האנגלי. דרישת המעמד שלטה בכיפת בג"ץ במשך כשלושה עשורים וביטאה השקפה שיפוטית, שלפיה תפקיד בג"ץ הוא להכריע בסכסוך פרטי בין מי שנפגע באופן מיוחד, ממשי וישיר ובין הרשות הציבורית.[4] מחסום המעמד שימש בידי בג"ץ כלי להימנע מלדון בעתירות שעניינן קיום שלטון החוק ואורחות־ממשל תקינות באופן כללי. כך, למשל, נמנע דיון בטיעון כנגד החלטה שלא להעמיד אדם לדין או כנגד מדיניות של אי־אכיפת חקיקה בנושא מסוים. ב"עתירה ציבורית" כזו לא יכול היה עותר להראות אינטרס אישי, המתייחד מזה של הציבור בכללו.

כשם שהקפדה על דרישת הוכחת המעמד, עד למחצית שנות השמונים, מנעה בירורן של עתירות, שעניינן הכללי היה השלטת שלטון החוק ברשויות השלטון, כך נמנעה הפסיקה בדרך־כלל מקיום ביקורת על דרך הפעלתן של סמכויות חוקיות בידי המינהל הציבורי – דבר שהצר אף הוא את היקף הביקורת השיפוטית. בג"ץ פעל על־פי גישה שלפיה "למי שהסמכות נתונה לו, לו הכוח להפעילה". בית־המשפט בחן בעיקרו של דבר שאלה אחת: האם, אכן, הוענקה לרשות המינהלית סמכות חוקית פורמלית לפעולתה? השאלה הנוספת הנוגעת בסמכות המהותית – שעניינה אופן הפעלתה של סמכות חוקית,

3. ראו יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (כרך א, נבו, תשנ"ו), 72-75; הצעת חוק בתי־משפט לעניינים מינהליים, תשנ"ו-1997, ה"ח 102. ראו על כך גדעון אלון, "בית המשפט המחוזי בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק' – כך יקראו בתי־המשפט המינהליים", הארץ, 24.12.98, א 11.

4. ראו, למשל, בג"ץ 49/90 נוחימובסקי נ' שר המשפטים ואח', פ"ד ג 4; בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הבטחון ואח', פ"ד כד (1) 238; בג"ץ 448/81 רפלר ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד לו (1) 81. ראו להלן, הערות 27-32 והטקסט לידן.

והחובה ליישמה בסבירות, תוך מציאת איזון ראוי בין שיקולים רלבנטיים – כמעט שלא ענייגה את שופטי בג"ץ. הגישה הושפעה גם מראייה טכנית של עקרון הפרדת הרשויות. בג"ץ ראה את עצמו כבלשן, המפרש את מלות החוק פרשנות מילולית, ולא כפרשן הנותן לחוק משמעות משפטית-מהותית. בחינת שיקולי הרשות ואיזון האינטרסים שלפיהם הגיעה זו להחלטתה נראתה כחורגת מהתפקיד השיפוטי, שהצטמצם בשטירה על כך שהרשות תפעל בדל"ת אמותיו של החוק המסמיך.[5] תהליך ההכרעה בין ערכי־יסוד ובין שיקולים מתנגשים נראתה כנחלתה של הרשות המחוקקת, שאל לרשות השופטת להסיג את גבולה.

פסיקת העשור הראשון ביטאה בעיקרה השקפה שהעדיפה את אינטרס הכלל על־פני אינטרס הפרט, היוצא כנגד החלטת הרשויות המוסמכות. הפסיקה ביטאה בעיקרה אידיאולוגיה קולקטיביסטית הרואה במדינה ערך נעלה, כשחזקה על נושאי תפקידים בה שהם רואים נכותה את האינטרס הציבורי. לפי נקודת־ראות זו, התבקשה במעט מאליה המסקנה שהכוח המצוי בידי הרשות הציבורית איננו מחייב איזון וריסון. בג"ץ ראה את עצמו שותף נאמן בעיצוב "משפט קונסטרוקטיבי" – על משקל הציונות הקונסטרוקטיבית או הסוציאליזם הקונסטרוקטיבי, שמהם ינק,[6] בג"ץ הרים על נס את המדינה היהודית כערך נשגב ועליון וראה את עצמו חייב להתערב במעשי העושים במלאכה רק נוכח מה שאפשר לכנותו מעשה שלטוני "בלתי־חוקי בעליל". זוהי פעולת הרשות המינהלית בשעה שהיא פוגעת בזכויות הפרט בלא אסמכתא חוקית פורמלית לפעולתה; אלא שמעשה שלטוני עלול לפגוע קשות בפרט, כאשר רשות מקבלת במסגרת סמכותה הפורמלית החלטה שהיא בלתי־חוקית "סתם", במובנו הרחב של מושג זה. זוהי, למשל, החלטה בלתי־סבירה המבטאת איזון בלתי־ראוי בין ערכים מתנגשים, כגון חופש התנועה, מזה, ושמירת בטחון המדינה, מזה. בדרך־כלל בהחלטות כאלה לא היה בג"ץ מוכן להתערב.

להוציא חריגים, שהם כפניגים שצריך לשלותן, ראה בג"ץ בשלושת העשורים הראשונים לפסיקתו את תזות הכול בשמירת שלטון החוק הפורמלי. בדרך־כלל הוא לא היה נכון להאזין בנפש קולטת לטיעונים מהותיים שנגעו בחובת הרשויות להפעיל קני־מידה של סבירות מינהלית. ברוח גישה זו – שהתעצמה מטבע הדברים בעת שדובר ברשות המחוקקת ולא ברשות המבצעת – החמיצה הפסיקה אפשרות שנקרתה בידה לעצב במדינת ישראל אורחות־חיים שיגנו על חירויות הפרט גם נוכח הקיקת הכנסת, או כנגד הקיקה שהורתה בתקופת המנדט הבריטי. מכוח סמכותו, שהחוק כמעט שלא תחם לה גבולות,[7]

5. לגישה כזו בשנות החמישים ראו, למשל, בג"ץ 54/50 פינשטין נ' שר החינוך והתרבות ואחי', פ"ד ד 447, עמ' 450.

6. ראו יונתן שפירא, דמוקרטיה בישראל (מסדה, 1977), 39; מאמרה של פנינה להב (לעיל, הערה 2), 460.

7. סמכותו של בג"ץ קבועה כיום בחוק־יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד 78. סמכותו זו תואמת את סמכותו מכוח הקיקה קודמת. סעיף 15(ג) לחוק־יסוד: השפיטה, קובע כי "בית־המשפט העליון ישב גם כבית־משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית־משפט או של בית־דין אחר".

רשאי היה בג"ץ לקבוע הלכה פסוקה שהיתה מעניקה לעקרונותיה של הכרזת־העצמאות מעמד על־חוקי, המאפשר לפסוק שחקיקה הסותרת אותה בטלה. בהתחשב בעובדה שההכרזה מבטיחה חירות, שוויון וחופש דת ומצפון, נקל לשער חקיקה מנדטורית שהיתה מתבטלת לפי גישה פרשנית כזו ואף להניח, שהכנסת היתה נמנעת מלקבל לפתות חלק מחקיקה קיימת הסותרת בעליל את יסודות ההכרזה.

להבהרת הטיעון האמור ראוי להזכיר כאן, שהכרזת־העצמאות הטילה על האסיפה המכוננת חובה לקבוע חוקה, אפשר להניח, שהכוונה היתה לקבלת חוקה פורמלית מפורטת במסמך בעל מעמד־על, הנהנה מעליונות על־פני חקיקה רגילה ומנוקשות המחייבת רוב מיוחד לשינוי האמור בחוקה. האסיפה המכוננת מצדה, שנבחרה בבחירות, הפכה את עצמה לכנסת הראשונה באמצעות קבלת חוק המעבר, תש"ט-1949. כנסת זו קיבלה ביוני 1950 החלטה, הידועה כ"החלטת הררי" – על שם יוזמה, חבר־הכנסת יוחר הררי – שביטאה מדיניות חוקתית. מדיניות זו צידדה בקבלת חוקה לשיעורין, "פרקים פרקים", כאשר כל אחד מהפרקים יהיה "חוק־יסודי" בפני עצמו. מכלל הן עלה גם לאו: אי־קבלת חוקה פורמלית מיד, אלא פעולה לטווח ארוך. מדיניות זו הניבה עד היום 11 חוקי־יסוד שטרם הושלמו לכדי חוקת המדינה.

לדעתי, ההחלטה האמורה – אשר שללה למעשה את החובה שהטילה ההכרזה לקבל מיד חוקה פורמלית – סללה את הדרך בפני בג"ץ לפסוק בתקופת ראשית המדינה, שיש לראות בהכרזת־העצמאות מסמך בעל משטעות חוקתית, שחוק הסותר אותו יהיה נתון לביטול בהכרעה שיפוטית. אמנם, ההכרזה לא נועדה להיות חוקה, שהרי היא־עצמה עניינה התוקה העתידה להיקבע על־ידי האסיפה המכוננת. אולם משהחליטה הכנסת שלא לחוקק חוקה במובן ההכרזה, יכולה היתה ההלכה הפסוקה להעניק להכרזה את מעמד־העל האמור עד שתיכון חוקה. בג"ץ נמנע מלהחליט על כך בפסיקת הבראשית שלו, בעשור הראשון, והוא־הדין במרוצת השנים שלאחר־מכן. בג"ץ היה נכון לראות בהכרזה מסמך המבטא את ה"אני מאמין" של החברה הישראלית, וראה בה כלי־עזר חשוב לפרשנות החקיקה התקפה במדינה ומקור ליצירת זכויות משפטיות, אך ואת בהדגשה שאין מדובר בחוקה הקובעת הלכה למעשה את תקפותם של חוקים או בטלותם. הפסיקה הבהירה גם, שחוק רגיל וחד־משמעי של הכנסת די בו כדי לגבור על הזכויות המוכרות בהכרזה.[8]

להבהרת משמעותה הרחבה של סמכותו ראו רענן הר־זהב, סדר הדין בבית־המשפט הגבוה לצדק (בורסי, תשנ"א); וכן רענן הר־זהב, המשפט המינהלי הישראלי (שנהב, תשנ"ז). ניתוח היבטים כלליים אפשר למצוא, למשל, במאמרו של יצחק זמיר, "סמכותו של בית־המשפט הגבוה לצדק", מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל (גר טדסקי – עורך, מאגנס, תשכ"ד) 225; עמי אוסנת, "תחומי סמכותו של בית־המשפט הגבוה לצדק לאור הפסיקה החדשה", עיוני משפט ה (תשל"ו) 167. להארת היבטים רחבים במשפט המינהלי ראו ברוך ברכה, משפט מינהלי (כרכים א, ב, שוקן, תשמ"ו, תשנ"ו).

8. ראו, למשל, בג"ץ 95/49 אל־כורי נ' הרמטכ"ל ואח', פ"ד ד 34 (להלן: בג"ץ אל־כורי); בג"ץ 73/53 ואח' חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד ז 871 (להלן: בג"ץ

במשך השנים התגבשה תפיסה חברתית ומשפטית, שביטאה הסכמה חברתית רחבה על כך שבית־המשפט לא יטול לעצמו סמכות להצהיר על בטלות חוק, בהיותו סותר את עקרונות הכרזת־העצמאות או את עקרונות־היסוד שאפשר לראותם כעומדים בבסיס הדמוקרטיה הישראלית. הסכמה כזו עוצבה במרוצת ארבעת העשורים הראשונים למדינה, ולא היה הדבר נראה ראוי בעיני בג"ץ לסטות ממנה בהחלטה שיפוטית, משנידונה אפשרות כזאת בפניו בתחילת שנות התשעים.[9] עם חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק־יסוד: חופש העיסוק, בשנת 1992 – המכילים הוראות המגבילות את כוחה החקיקתי של הכנסת לפגוע בזכויות־היסוד שהוכרו בהם – פסק בית־המשפט העליון, כי בידי בתי־המשפט נתונה הסמכות להכריז על בטלות חוק או הוראת חוק שאיננה הולמת את ערכי המדינה, שלא נחקקה לתכלית ראויה או הפוגעת בזכות־יסוד שהוכרה במידה העולה על הנדרש.[10]

פסיקת בג"ץ בעשור הראשון למדינה, בטרם גיבושה של מסורת משפטית־חברתית שונה, יכולה היתה להביא, למשל, לביטול תקנות ההגנה (שעת חירום), שהותקנו ב־1945, בתקופת המנדט, שאינן הולמות מושגי־יסוד של חברה דמוקרטית והעומדות עדיין בתוקפן. בג"ץ לא היה נכון לקבל טיעונים כנגד תקפותן של תקנות אלה בעת שאפשר היה להניח קיומה של הסכמה חברתית להחלטה שיפוטית בדבר בטלותן, בעת של השתחררות משלטון זר,[11] אפשר להניח, שפסיקה ברוח האמורה היתה מחישה את קבלתה של חוקה פורמלית, ולו כדי למנוע מבג"ץ כוח כה רב של ביטול חקיקה על סמך ההגדרות הכוללות שבהכרזת־העצמאות. מאליו ברור שראויה חוקה, המתקבלת בהליך מיוחד,

---

קול העם; בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב (2) 221. בפסק־הדין האחרון הודגש, שהכרזה משמשת מקור משפטי ליצירת זכויות לפרט (כאיסור אפליה מטעמי מין), אולם "אין היא בחינת חוקה, ואין לה כוח משוריין", ולשון מפורשת של החוק גוברת עליה (שם, 274-275).

9. ראו בג"ץ 142/89 ואח' תנועת לאור ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח', פ"ד מד (3) 529, עמ' 554.

10. פסק־הדין המרכזי בנושא זה, שניתן בנובמבר 1995, בהרכב תשעה שופטים, הוא ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221 (להלן: ע"א בנק המזרחי), יצוין שחוק־יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ב 114, בוטל ב־1994 בעת שחוקקה הכנסת מחדש חוק־יסוד זה (סעיף 9 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90).

11. ההחלטה בבג"ץ אל־כורי (לעיל, הערה 8), שבה ביטל בית־המשפט צו מעצר מינהלי שהוציא הרמטכ"ל, נשענת על כך שבצו לא ננקב מקום המעצר, בניגוד להוראת תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר 1442, תוס' 2, עמ' (ע) 855, (א) 1055. הנמקת בג"ץ היא פורמליסטית בעיקרה. בית־המשפט איננו נדרש כלל לניגוד שבין התקנות לחברה דמוקרטית. לניתוח מקיף של ההנמקה השיפוטית בשנות החמישים ולשינוי המגמה בשנות השמונים ראו מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (מעגלי דעת, תשנ"ג).

בהסכמה רחבה ותוך התייחסות מפורשת לשאלת הגוף המוסמך להכריז על בטלותו של חוק הסותר אותה, ופסיקה כזו היתה מביאה לכך.[12]

יחד עם העובדה שאפשר להבין את הסתייגות בג"ץ מהכרה בהכרות־העצמאות כבחוקה, נראה שהזמצה בעשור הראשון, באופן כללי, שעתו של בית־המשפט להתייצב בשער המשפט וליטול חלק רב יותר בעיצוב דמותה הערכית של החברה הישראלית. אלא, שכאמור, ראה בג"ץ בעשור הראשון למדינה, כבשני העשורים שאחריו, את יסוד תפקידו בתחום המשפטי הצר של הכרעה בסכסוכים קונקרטיים בעלי אופי פרטי, בין הפרט לרשות הציבורית, תוך יישום נורמות שקבעו הרשויות האחרות. פסיקת בג"ץ הידדה אז בעיקרה בכבוד הרשויות האחרות יותר משהידרה בכבוד האדם וחירותו. בג"ץ העדיף במשך שלושת העשורים הראשונים לקיום המדינה – ועד לשנות השמונים – לעמוד מן הצד ולהשאיר בידי הרשויות האחרות את הכוח לעצב את ערכיה של החברה בישראל. בהשאלה מעולם הכדורגל אפשר לומר שבג"ץ פעל כשופט־קו פסיבי, הניצב בשולי המגרש השלטוני, כשהוא ממעט להפריע לשתי הקבוצות שבמרכז המגרש: "הקבוצה המחוקקת" (הכנסת), מזה, ו"הקבוצה המבצעת" (הממשלה והמינהל הציבורי), מזה.

עם כל זאת, אי־אפשר להתעלם מתרומת בג"ץ גם בתקופה האמורה להשרשת עקרונותיו של שלטון החוק. זוהי, למשל, פסיקתו בתחילת שנות החמישים, שגזרה מאופיה הדמוקרטי של המדינה את משקלם המשפטי־חברתי הגבוה של חופש העיסוק וחופש הביטוי. שנים רבות בטרם הכרת המחוקק, בראשית שנות התשעים, בחופש העיסוק כבזכות חוקתית על־חוקית, פסק בית־המשפט העליון בבג"ץ 1/49 **בזרנו נ' שר המשטרה**,[13] ש"כלל גדול הוא כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח יד, אשר יבחר לעצמו כל זמן שהתעסקות בעבודה או במשלח היד אינה אסורה מטעם החוק",[14] בג"ץ הבהיר בהחלטה זו, מפי השופט ש"ז חשין, כי הזכות שמדובר בה "אינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה".[15]

חופש העיסוק עמד גם ביסוד פסיקת בית־המשפט העליון באותה תקופה, בבג"ץ 144/50 **ד"ר ישראל שייב נ' שר הביטחון ואח'**,[16] בעניין זה טען העותר, מראשי לח"י,

12. כפי שהראיתי לעיל, אין להכרזת־העצמאות מעמד חוקתי־על־חוקי. לאפשרות להקנות להכרזה מעמד כזה מאז אזכור הכרזת־העצמאות בחוק־יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90, כפי נוסחו משנת 1994, ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי – פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 302–306.
13. פ"ד ב 80 (להלן: בג"ץ בזרנו).
14. שם, 82.
15. שם, 83. בג"ץ בזרנו הוא מהמצוטטים ביותר גם בשנות התשעים, כאשר הולכת ופוחתת ההסתמכות על פסיקת שנות החמישים. ראו יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס, "נוהגי ההסתמכות של בית־המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", **משפטים** כז (תשנ"ו–תשנ"ז) 119; וכן "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית־המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", **עיוני משפט** כ (תשנ"ו–תשנ"ז) 749.
16. פ"ד ה 399 (להלן: בג"ץ שייב).

שבגין דעותיו הפוליטיות מונע שר־הביטחון, דוד בן־גוריון, את העסקתו כמורה בדרך של התערבות בהחלטות מוסדות החינוך. העתידה התקבלה בקביעה שענייני חינוך הם בסמכותו הבלעדית של מינהל החינוך, ששיקוליו אמורים להיות שיקולי חינוך בלבד. מפי השופט יצחק אולשן נפסקו עקרונות־יסוד חשובים, הנוגעים בשורשיו של עקרון שלטון החוק, שלפיהם הגבלות על חירות הפרט "צריכות להיקבע על ידי החוק, כלומר על ידי החברה המשקפת את רעתה בחוקים הנחקקים בבית המחוקקים המייצג אותה, ולא על ידי השלטון המנהלתי, שתפקידו הוא רק לבצע את הטלת ההגבלות האלה, בהתאם לחוקים".[17]

שני פסקי־דין אלה יכולים לכאורה להיחשב כמבטאים השקפה פורמליסטית, הואיל וההלכה שנפסקה בהם עניינה הוא בקביעת חובתה של הרשות המבצעת לפעול במסגרת החוק, בלא להתייחס לתוכנו של החוק או לאופן הפעלת הסמכות. בית־המשפט אינגו עוסק כאן בערכים ראויים – למשל: הצורך שלא להגביל את חופש העיסוק יתר על המידה הנדרשת מבחינת צורכי החברה – אלא בעצם הצורך בקיום חוק להגבלת עיסוק, יהיה תוכנו של החוק המגביל אשר יהיה. עם זאת, אי־אפשר לראות בפסיקה זו גישה פורמליסטית בלבד. הגישה הליברלית, הבאה להטיל מגבלות על הרשויות, עולה מן ההחלטות. הרשות המבצעת – החזקה בחיי המעשה מכל הרשויות – מוצאת את עצמה חייבת לשכנע את הרשות המחוקקת שאכן נדרשת הגבלת העיסוק מהטעם שהגיע את פעולתה. מהנמקת שתי ההחלטות כאחת עולה השקפת־עולם ערכית־ליברלית, ואף ניצניו של אקטיביזם שיפוטי, המתבטא בנכונות בית־המשפט להחליט בניגוד לעמדתה של רשות שלטונית.

פסקי־דין אלה – שאפשר לראותם על רקע תקופתם כחריג בנוף פסיקת בג"ץ – הציבו אבן ראשה להגנת חירויות הפרט בימים יבואו. זוהי פסיקה מעצבת דמוקרטיה ערכית־מהותית שאיננה נשענת על שלטון הרוב כלבד, אלא מכבדת גם את זכויות האדם. בג"ץ, שהשתדר בפסיקה זו מגישת הריסון השיפוטי, אשר הדריכה את פסיקתו אז, הוציא מתחת ידו החלטות אלה שהיה בהן ריסון מסוים של רשות מכצעת חוקה ודומיננטית, שבראשה מנהיג רב־עוצמה, המכהן כראש־ממשלה וכשר־הביטחון. העובדה שההחלטה בבג"ץ שייב הציבה את בג"ץ בקו חזית נגד דוד בן־גוריון, כשבית־המשפט לא היסס לפסוק כנגדו לטובת יריבו הפוליטי, נשאה עמה איתות ברור לכך שמזקד עוצמה במרקם החברתי קנה לו מקום בין רשויות השלטון.

איתות דומה, ואולי אף עם עוצמה משפטית רבה יותר, אפשר למצוא בהחלטת בית־המשפט העליון בבג"ץ קול העם,[18] שהניח את היסודות לתופש הביטוי והעיתונות בדמוקרטיה הישראלית. העתידה עסקה בהחלטה שלטונית בעקבות מאמר שפורסם בעיתונים "קול העם" ו"אל איתיאד", שבהם נכתב בין השאר כי "ממשלת בן גוריון מספסרת בדם הנוער הישראלי". שר־הפנים, ישראל רוקח (ממפלגת הציונים הכלליים), השתמש בסמכותו, מכוח פקודת העיתונות המנדטורית, 1933, לפי הפקודה, מוסמך השר להפסיק הופעתו של עיתון אם פורסם בו דבר "העלול, לדעתו, לסכן את שלום הציבור".

17. שם, 411.

18. לעיל, הערה 8.

בג"ץ סטה בפסיקתו מהגישה שהיתה מקובלת או ולא הסתפק בכך שבידי השר נתונה היתה הסמכות הפורמלית להפסיק הופעת עיתון. פסק־דינו של השופט שמעון אגרנט בתן את אופן הפעלת הסמכות בידי השר ואת סבירות החלטתו, כלומר: את סבירותו של איזון האינטרסים שעשה בין בטחון המדינה, מזה, לתופש הביטוי והעיתונות, מזה. את חשיבות חופש העיתונות בחברה הישראלית ואת הערך החברתי הגבוה של חופש זה הסיק בית־המשפט מהכרזת־העצמאות, שבה נאמר כי המדינה תהיה מושתתת על יסודות החירות. מההכרזה ומאופיה הדמוקרטי הכולל של המדינה הסיק בג"ץ ששר־הפנים הפעיל את סמכותו שלא כדין. בג"ץ פסק, שהשר מוסמך להפעיל את סמכותו רק נוכח "ודאות קרובה" לסיכון שלומו של הציבור עקב הפרסום. החלטת השר התבטלה הואיל ולדעת השופטים לא התקיימה "הוודאות הקרובה" הנדרשת.

בפסק־דין זה הניח השופט אגרנט יסודות לחלוקה במשפט הישראלי של גישה המפרשת את סמכויות הרשויות האמורות בחוק, לפי "עקרונות־היסוד" של השיטה, שבית־המשפט שאבם מהכרזת־העצמאות או מעולם הערכים הנראה בעיני השופט כמשקף את אמיתה של החברה הישראלית. גישתו, שהשפיעה על גישתו השיפוטית של בג"ץ בשנות השמונים, התמצתה על־ידו במלים אלה: "...זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו".[19] גישה פרשנית זו, שנתנה עדיפות לערכים ליברליים־דמוקרטיים על־פני לשון החוק היבשה, שאפשר היה להסיק ממנה כי השר הוא בעל הסמכות הסופית לקבוע איזה פרסום עלול לסכן את שלום הציבור, הציבה את בג"ץ כקובע את משקלם היחסי של ערכים לפי נוסחאות כלליות שבחוק, אלא שפסק־הדין בעניין קול העם לא היה או אלא בבחינת "שושנה בין החוחים",[20] איתות למפנה שהיה אמור להתרחש לאחר כשלושים שנה, בשנות השמונים.

אם מבחינה משפטית נראה שזמן רב עבר טרם שהלחלה גישת פסק־הדין לנשמתו של דין הביקורת השיפוטית שהתפתח בבג"ץ, הרי שנשא עמו בג"ץ קול העם מסר חברתי מיידי תשוב בתקופתו. החלטת בג"ץ ניתנה חודשים מספר לאחר החלטה קודמת שלו – שגם לה היה שותף השופט שמעון אגרנט – שבה נדחתה עתירת עיתון "קול העם" כנגד החלטת שר־הפנים לסוגרו לתקופה של עשרה ימים, בנסיבות דומות, בגין מאמר שבו

19. שם, 884. ההלכה בבג"ץ קול העם יושמה להגבלה שיפוטית על סמכות הצנזור הצבאי, כך שיוכל למנוע פרסום רק בקיומה של ודאות קרובה לפגיעה רצינית בבטחון המדינה. ראו בג"ץ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב (4) 617 (להלן: בג"ץ שניצר). להשפעת בג"ץ קול העם על המשפט הישראלי, בכלל, ועל חופש העיסוק, בפרט, ראו אהרן ברק, "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם", גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 129; אהרן ברק, "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה", משפטים כז (תשנ"ו-תשנ"ז) 223. ראו גם זאב סגל, חופש העיתונות – בין מיתוס למציאות (פפירוס, תשנ"ו) 15, עמ' 61-62. כן ראו: Pnina Lahav, *Judgment in Jerusalem – Chief Justice Simon Agranat and the Zionist Century* (University of California Press, Berkeley and Los Angeles, California, 1997)

20. ראו על כך מאמרה של פנינה להב (לעיל, הערה 2), 301.

נטען כי לג'וינט היהודי־אמריקני היה קשר למזימה בין־לאומית לרצוח מנהיגים סובייטים. תיאור כזה של מה שנודע כעלילה שנרקמה נגד רופאים יהודים, שנודעה כ"עלילת הרופאים", הניע את שר־הפנים להשתמש בסמכותו לפי פקודת העיתונות. בג"ץ לא בחן באותו מקרה – המוכר כ"בג"ץ קול העם הראשון", להבדילו מההחלטה רבת־החשיבות, היא "בג"ץ קול העם השני" – את אופן הפעלת סמכותו של השר. בהחלטה קצרה ביותר נפסק, כי "אין בידינו לקבוע כי הצו חורג ממסגרת החוק, פקודת העתונות, ואין להיענות לבקשה".[21]

על רקע פסק־דין זה אפשר להעריך במיוחד את פריצת־הדרך בהחלטה שהתעדכה בשיקול־דעתו של שר־הפנים להפסיק הופעת עיתון. מבחינה פורמלית ניתנה ההחלטה כנגד שר זה, אולם רקעה רחב יותר. במאמר שפורסם לאחרונה מואר מאבקו של דוד בן־גוריון כנגד "קול העם", שהביא להגשת משפט־דיבה פלילי כנגד העיתון על שכינה את בן־גוריון "בוגד" ו"אחד המושכים את עגלת אדוניו האמריקאים". ואכן, במשפט זה שהתקיים ב־1951, הורשע העיתון בדין.[22]

ההלטת בג"ץ נשאה עמה גם משמעות כנגד ראש־הממשלה ושר־הביטחון, גם אם לא כוונה נגדו במישרין. בהצטרף החלטה זו להחלטה בבג"ץ שייב, שכוונה במישרין כנגד דוד בן־גוריון, נוצר מסר ברור בדבר נחישות בג"ץ לאכוף את שלטון החוק גם כנגד הניצבים בראש הפירמידה השלטונית. בכך בישרו פסקי־הדין, ובייחוד ההחלטה בעניין קול העם, על מעורבות שיפוטית שעתידה היתה לפרוח בשנות השמונים. עד לאותן שנים היה בג"ץ שופט־קו פסיבי בדרך־כלל בשולי המגרש השלטוני.

ב. ימים מאוחרים – שנות השמונים והתשעים: בג"ץ שופט ראשי אקטיבי במרכז המגרש השלטוני

מכלול של סיבות הניע את בג"ץ בשנות השמונים לנטוש את מקומו בשופט־קו פסיבי בשולי המגרש השלטוני ולתפוס את מקומו כשופט ראשי אקטיבי במרכזו, המתערב לא־אחת במשחקן של שתי הקבוצות בזירה: הממשלה, על שלוחות המינהל הציבורי; והכנסת, על מגוון תפקידיה. "השופט החדש" מניף את דגל הביקורת השיפוטית. עצם האפשרות שתיתכן התערבותו בהחלטה שלטונית מציבה תמרור־אזהרה בדרכן של הרשויות להגשמת מטרותיהן, אפילו יתברר שלא בנקל יידלק בתמרור אור אדום האומר "עצור". בג"ץ החל להוציא, בתדירות הולכת וגוברת, כרטיסים צהובים ואדומים לשחקנים שעל המגרש, ואפילו לשחקנים בולטים כראש־הממשלה. ביקורתו השיפוטית מתמקדת ברשות המבצעת, אך איננה מושכת את ידה גם מהרשות המחוקקת עצמה.

---

21. ראו בג"ץ 25/53 **חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 165. לניתוח פסק־דין זה ראו אברהם שפירא, "הריטון העצמי של בית־המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח", **עיוני משפט** ג (תשל"ג) 640.

22. ראו מרדכי נאור, "משפט בן גוריון – קול העם", **קשר** (המכון לחקר העיתונות היהודית, אוניברסיטת תל־אביב, מס' 24, נובמבר 1998) 34.

בסיס השינוי נעוץ – כפי שאפשר לתנית – בתמורות שחלו בחברה הישראלית ששופטי בג"ץ הם חלק ממנה. בצד התפיסה הקולקטיביסטית, שבגדרה עדיפים צורכי הכלל על האינטרסים של הפרט, אשר עמדה ביסוד פסיקת בג"ץ שנים הרבה, הלכה והתפתחה תפיסה ליברלית המקנה משקל רב לזכויות הפרט, תוך ריסון עוצמתן של הרשויות וחידוד ההכרה שגם ראשי השלטון כפופים לשלטון החוק ולביקורת שיפוטית.

התפיסה שביקשה לרסן את עוצמת הרשות המבצעת התחזקה נוכח תולשתה של רשות זו שבלטה לאחר מלחמת יום־הכיפורים (1973) והמהפך בראשות השלטון (1977) – עליית הליכוד וירידת מפלגת העבודה, המפלגה הדומיננטית שעמדה, בגלגוליה השונים, ליד הגה ההנהגה מאז קום המדינה. בג"ץ מצא את עצמו נשאב למעורבות שיפוטית אקטיבית בנושאים שהם השלכה רחבה על ציבור גדול, נוכח חלל שנוצר בכושר ההיגוי של השלטון המרכזי.[23] התמורות החברתיות והאמורות, שעברו על החברה הישראלית, השפיעו במודע או שלא במודע על הגברת נכונותם של שופטי בג"ץ להתערב בהחלטות הרשות המבצעת, הנשוא המרכזי בביקורתו השיפוטית. בית־המשפט העדיף, ועדיין מעדיף, לראות את עצמו כאורגן משפטי מובהק, נעדר "סדר־יום" חברתי, אולם מבין השופטים נמצאו כאלה שהדגישו את הקשר בין משפט לחברה, שבמסגרתה הוא פועל.[24]

לעתים אפשר אף למצוא התייחסות ישירה בפסיקה לכך שבג"ץ מבטא בהחלטתו תמורות בהשקפות חברתיות. כך, למשל, בדיון נוסף בבג"ץ 3299/93 ויכסלבאום ואח' נ' שר־הביטחון ואח', שנפסק בשנת 1995, שינה הרכב של חמישה שופטי בג"ץ את ההלכה שנפסקה בערעור, ברוב של שני שופטים בנגד אחד, וקבע שבהטבעת כיתוב על מצבה צבאית חייב שר־הביטחון לייחס גם משקל לרצון המשפחות לתת ביטוי אישי לאבלן. השופטת דליה דורנר השתיתה את פסיקתה – שאיננה רואה את חזות הכול באחידות המוחלטת של המצבות, כפי שהיה נהוג מאז ראשית המדינה – על ההכרה ברגשות היחיד שאיננו מוכן להסתפק עוד בדפוס האבל הרשמי. השופטת ראתה זאת כביטוי לשינוי תפיסה חברתית כוללת, הנותנת כיום משקל רב לזכויות הפרט, לצורכי היחיד ולהעדפותיו.[25]

ההסתכלות על בית־המשפט העליון כעל מוסד משפטי מובהק, מבודד מהזירה החברתית־פוליטית, בלא ניסיון שיטתי לניתוח קשרי־הגומלין בין משפט לחברה, היתה

23. ראו יצחק גלנור, "הדמוקרטיה הישראלית על פרשת דרכים", אנשים ומדינה – החברה הישראלית (שמואל סטמפלר – עורך, ההוצאה לאור של משרד־הביטחון, תשמ"ט) 41; שמואל נ' אייזנשטדט, "תהליכים ומגמות בעיצובה של החברה הישראלית", שם, ט.

24. ראו אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי (ספירוס, תשמ"ז).

25. ראו פ"ד מט (2) 195, עמ' 208-211. בעקבות פסק־הדין תוקן ב-1996 חוק בתי קברות צבאיים (תיקון מס' 3), ס"ח תשנ"ו 315 במגמה ליצור איזון בין אחידות ובין ביטוי אישי. מכוח החוק הותקנו תקנות. בג"ץ סירב להתערב בסבירותן בגין "הזהירות המיוחדת" הנדרשת בהפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת־משנה. ראו בג"ץ 5843/97 י' ברגור ואח' נ' שר הביטחון ואח' (טרם פורסם), סעיף 11 לפסק־הדין של השופט מצא.

במשך שנים רבות אופיינית למחקר במסגרת מדעי החברה בישראל. בג"ץ נתפס כאורגן משפטי מובהק, מנותק מסערת החיים הציבוריים ומן המאבקים החברתיים־פוליטיים. מלומדי מדעי־החברה התייחסו אליו בדרך־כלל במשקפיים צרים, בלא להתמקד במעמדו במרקם החברתי הכולל. רק בשנות התשעים החלה לבלוט הדגשת בית־המשפט העליון כגוף בעל השפעה רבה על התפתחות החברה, תוך התייחסות ליחסי־הגומלין בין בג"ץ, כמוסד משפטי וחברתי־פוליטי, ובין הרשויות האחרות.[26] התייחסות כזאת התבקשה מעת שבג"ץ עצמו החליט בשנות השמונים ליטוש את מעמדו כעומד מעל למחלוקות המפלגות את הציבור ולקחת חלק פעיל בעיצוב פני החברה.

גישת המעורבות מתבטאת בנכונות, ואף ברצון, לקבוע את נוסחת האיזון הראויה בין טובת הציבור לטובת הפרט, תוך הדגשת חובות המינהל הציבורי המתבקשות מהיותו נאמן הציבור. לפי גישה חדשה זו, הרי שב"מדינה מינהלית" כמדינת ישראל – המעורבת בתחומים רבים הנוגעים לפרט – עומדת הביקורת השיפוטית של בג"ץ כחומת־מגן לפרט ולחברה כנגד השלטון. נוכח עוצמה גדלה והולכת של המינהל הציבורי לנוכח כנסת שלא עיגנה בחקיקה כוללת את חובות המינהל כלפי הפרט, בהיעדר חוקה כתובה, החל בג"ץ לעצב את תפקידו כמי שקובע "אורחות־חיים" במרקם החברה הישראלית. הדבר נעשה בשילובן של כמה גישות חדשות המעצבות יחדיו מדיניות שיפוטית של מעורבות. אדון בכך להלן.

1. הרחבת זכות העמידה בבג"ץ – מכשיר שיפוטי להגנת אינטרס חברתי

בשנות השמונים החלה להתפתח בבג"ץ גישה אובייקטיבית ביסודה, הרואה את מטרת הביקורת השיפוטית באכיפת הדין ובהקפדה על כך שהרשויות יפעילו את סמכויותיהן כחוק וכדין בסבירות ובהגינות, כך שלא תפגע בזכויות הפרט במידה העולה על הנדרש. גישה כזו מעצם טבעה מעצבת מדיניות של "דלת פתוחה" כלפי עותרים המצביעים על פגיעה של ממש בעניין הרלבנטי לשטידת העקרונות של שלטון החוק. היא עומדת בניגוד לגישה הסובייקטיבית, ששלטה בכיפת בג"ץ עד לשנות השמונים, שלפיה הכיר בג"ץ רק בזכות עמידתו בפניו של מי שהראה פגיעה ישירה ומיוחדת באינטרס אישי שלו, להבדיל מהצבעה כללית על מעשה שלטוני שנעשה שלא כדין. בג"ץ נמנע במשך שנים הרבה מלדון ב"עתירות ציבוריות", שבהן מעלה עותר, נעדר אינטרס אישי, עניין בעל חשיבות ציבורית מיוחדת או מצביע על פגם חמור בפעולת הרשות, בכך מנע מעצמו עימותים רבים עם הרשויות לגבי החלטות בעלות אופי ציבורי שנגעו לציבור רחב.

פתיחת שער לעתירות אידיאולוגיות כאלה, שאינטרס העותר בהן הוא רק זה שבקיום שלטון החוק, על עקרונותיו המהותיים – הביאה את בג"ץ להתעמתות עם הרשויות האחרות בעניינים בעלי משמעות חברתית רבה, הטעונים לעתים רגישות פוליטית. אפילו נדחו עתירות רבות לגופן, הרי שעצם הנכונות לשמוע עותרים – יחידים וארגונים –

26. ראו על כך מחקרנו גד ברזילי, אפרים יער־יובטמן וזאב סגל, **בית־המשפט העליון בעין החברה הישראלית** (תשנ"ד), 175-186; מאוטנר (לעיל, הערה 11).

הביאה לפתחו של בג"ץ עניינים שהעמידו אותו בשנות השמונים ואילך במוקדם של נושאים שלא היו נחלתו קודם־לכן.[27]

פריצת מחסום המעמד הביאה את בג"ץ לדון בשורה של עניינים ציבוריים, מעוררי מחלוקת, שבעבר לא נידונו בפניו. כך, למשל, פסיקת בג"ץ ב־1986 בעניין החלטת נשיא המדינה להעניק חנינה לארבעה מבכירי השב"ב, ובהם ראש השב"כ, בגין חלקם בעבירות הכרוכות בחקירת מחבלים ובמותם, בעקבות פיגוע באוטובוס קו 300[28] כדי למנוע "פגיעה קשה נוספת בשירות הביטחון הכללי" ("פרשת קו 300").[29] הוא־הדין בפסיקת בג"ץ ב־1988 בעניין גיוס תלמידי ישיבות לצה"ל. בג"ץ החליט שלא להתערב בשיקול־דעתו של שר־הביטחון לדחות את גיוסם ולמעשה לפוטרם משירות צבאי, הואיל והעותרים לא הצליחו להראות שהחלטתו לקתה באי־סבירות קיצונית כשל איזון בלתי־סביר בין השיקול הבטחוני ובין השיקול הדתי. בג"ץ הכיר בזכות עמידתם של העותרים, קציני מילואים, שהיו בבחינת "עותרים ציבוריים" בשל חשיבותו המהותית של הנושא, שהעלו למען קידום שלטון החוק,[30] כאמור, העתידה נדחתה לגופו של עניין.

עתירות דומות בעניין גיוס תלמידי הישיבות לצה"ל נדחו בראשית שנות השמונים בקביעה שלא יוכר מעמדו של "עותר ציבורי", המעלה עניין כזה, הואיל ויש בנושא כדי לגרור את בג"ץ ל"וויכוח ציבורי־פוליטי בנושא רגיש ומסעיר, שבו קיימים חילוקי־דעות וריבים בציבור".[31] הכרת בג"ץ ב־1988 במעמד העותרים להעלות בפניו נושא רגיש זה, סלע־מחלוקת קשה בין חילוניים לדתיים, מעידה על שינוי של ממש בגישתו. כעולה מפסק־הדין, בג"ץ לא יימנע עוד מלדון בנושא ציבורי־חברתי המפלג את הציבור ולא יכריז עליו כ"בלתי־שפיט", גם כאשר אין העותר מראה על פגיעה ישירה בעניין אישי המיוחד לו; בניגוד לגישה ששלטה בשלושת העשורים הראשונים לפסיקת בג"ץ, שלפיה צריך עותר להראות כי אינטרס אישי ישיר שלו נפגע עקב מעשה או מחדל של רשות ציבורית – כפי שהוסבר לעיל.

---

27. להשקפה המצדדת בהכרת מעמדם בבג"ץ של "עותרים ציבוריים" ראו זאב סגל, זכות העמידה בבית־המשפט הגבוה לצדק (מהדורה ראשונה, פפירוס, תשמ"ו). הספר ראה אור בינואר 1986, הגישה שהוצעה בו אומצה לאחר חודשים מספר בפסיקת בג"ץ בפרשת קו 300. ראו בג"ץ 428/86 ואח', בשג"ץ 320/86 ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ (3) 505 (להלן: בג"ץ ברזילי), עמ' 558-559, 586. המהדורה השנייה של הספר הנזכר, שראתה אור ב־1993, מנתחת את צמצום הדרישה להיכרות המעמד בשנות השמונים והתשעים. ראו שם, 239-276. לחשיבות הכרה רחבה במעמד עותרים בקנדה ובדין האירופי ראו: P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed., 1992), 1263-1274; T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law* (4th ed., 1998), 349-377.

28. ראו בג"ץ ברזילי (לעיל, הערה 27).

29. להארת פרשה זו ראו משה נגבי, מעל לחוק (עם עובד, תשמ"ו).

30. ראו בג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441, עמ' 458-461.

31. ראו בג"ץ 448/81 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד לו (1) 81, עמ' 89.

לפי הגישה החדשה, מודל הביקורת השיפוטית רואה את תפקיד הביקורת בשמירה על חוקיות השלטון, ולא רק בהגנה על אינטרס הפרט שנפגע באופן אישי וישיר. מאחורי הליברליציה בדיני המעמד עומדת מטבע הדברים תפיסת־עולם באשר לתפקיד האקטיבי השמור לשפיטה בחברה. הנכונות להכיר במעמדם של "עותרים ציבוריים" מבטאת שינוי במדיניותו השיפוטית של בג"ץ, שלפיה המחוקק הותיר בידיו שיקול־דעת להחליט מהם האינטרסים שעליהם יגן ומיהם אלה שזכות עמידתם בפניו תוכר. לפי גישה זו, בג"ץ רואה את עצמו כמי שתפקידו איננו מתמצה ביישוב סכסוכים, אלא כ"אורגן ממלכתי החייב לתרום את חלקו להשלטת שלטון החוק".[32]

אפשר לשער שבג"ץ שינה את תפיסתו בדבר מהות תפקידו במרקם החברתי תוך התחשבות, בין השאר, במה שהיה נראה בעיניו כתפיסה החברתית בשאלת מהות תפקידו. כגישת השופט אהרן ברק, על השופט להתחשב בתפיסה החברתית בדבר התפקיד השיפוטי בעת הפעלת שיקול־דעת לבחירה בין אופציות שונות. כדבריו, "לא הרי אופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בחברה, אשר תפיסת היסוד של ההליך השיפוטי היא שהשופט הוא הפה של המחוקק, כהרי הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בחברה בה ניתנת לגיטימציה מהותית ליצירה שיפוטית מקיפה".[33] נראה שציפייה חברתית למעורבות שיפוטית עמדה אף היא ביסוד נכונותו של בג"ץ לצאת מקליפתו וליטול חלק בעיצוב פני החברה.

תפיסה חברתית, שראתה בבג"ץ זירה חשובה לניהול מאבקים בעלי אופי ציבורי־חברתי־פוליטי, הקיפה זרמים שונים, בהם ח"כים שנמנו עם האופוזיציה וארגונים נעדרי זהות פוליטית מוגדרת, שביקשו לקדם ערכים ונושאים שונים.[34] הכרה בזכות העמידה של "עותרים ציבוריים" כאלה לא הבטיחה היענות לעתירה לגופו של עניין, אולם הסרת מחסום המעמד לא נעשתה לריק. כך, למשל, פסק בג"ץ ב-1990, בעתירותיהם של כמה עורכי־דין, שסיעות בכנסת חייבות להניח על שולחנה הסכמים פוליטיים שנחתמו ביניהן בטרם הרכבתה של ממשלה חדשה,[35] באותה שנה נפסק גם בעתירת חבר־כנסת מן

32. ראו בג"ץ 217/80 **סגל נ' שר הפנים**, פ"ד לד (4) 429, עמ' 441 (חיוב שר־הפנים **להתקין** שעון־קיץ לבקשת מהנדס, מומחה לנושאי אנרגיה).

33. ראו ברק (לעיל, הערה 24), 282.

34. פרופ' מנחם מאוטנר הצביע על כך שרבים מהעותרים האידיאולוגיים לבג"ץ בשנות השמונים נמנו עם מפלגות השמאל, שניהלו בבג"ץ מאבקים פוליטיים. לדבריו, בג"ץ "תפס צד" במאבק על דמות החברה ופעל באופן המזוהה בבירור עם "הקבוצה הליבראלית המערבית נגד הקבוצה המבקשת לעצב את דמותה של ישראל על־פי ערכיה של היהדות". ראו מאמרו "המשפט הסמוי מן העין", **אלפיים** 16 (תשנ"ח) 45, עמ' 65-66. להיבט כללי ראו גם מאמרו, "המשפט כתרבות – לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה", **רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הייבורן לאריאל רחן־צבי** (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר – עורכים, רמות, תשנ"ח) 545.

35. ראו בג"ץ 1601/90 ואח', **בשג"ץ 1890/90 שליט ואח' נ' פרס ואח'**, פ"ד מד (3) 353 (להלן: בג"ץ שליט). בעת מתן ההחלטה טרם נקבעה החובה לפרסם הסכמים כאלה בתוק, בעקבות פסק־הדין נקבעה החובה בתוק־יסוד: הממשלה, ס"ת תשנ"ב 214. ראו זאב סגל, **הזכות לדעת באור תוק חופש המידע** (הוצאת לשכת עורכי־הדין, תש"ס, עומד להופיע).

האופוזיציה על ביטולן של תקנות שהתקין שר־הבינוי־והשיכון, הואיל ואפשר היה להחיש הליכי תכנון ובנייה של יחידות־דיור באמצעות חקיקה רגילה של הכנסת.[36]

נוסף על כך החליט בג"ץ באותה שנה, בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, שיש "עניין לציבור" בהעמדת בנקאים בכירים לדין פלילי בגין מה שכונה "פרשת ויסות המניות הבנקאיות", שהביאה למשבר בבורסה לניירות־ערך. ההחלטה ניתנה בעתירתם של כמה ח"כים מסיעות שונות ושל כמה עורכי־דין. בג"ץ דחה את טיעון המדינה על היות העותרים נעדרי זכות עמידה בקובעו, שהם מעלים "בעיה בעלת 'אופי חוקתי מובהק'", הנוגעת להפעלת המשפט הפלילי ולקיום שלטון החוק.[37] המדיניות השיפוטית החדשה אפשרה דיון בעתירות כנגד אי־העמדת אדם לדין פלילי מבלי שיש לעותר, יחיד או ארגון ציבורי, אינטרס בעניין לבד מזה שבהשלטת שלטון החוק. אמנם, בג"ץ איננו נוטה להתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין, אולם עצם הכרת המעמד מביאה לכך שעניינים כאלה נידונים בפני בג"ץ, המוסמך להפוך את הקערה של החלטת הרשות על פיה. בכך מובטח – והדבר ניכר במיוחד בעניינים המסעירים את הציבור – שהחלטות רשויות התביעה שלא להעמיד לדין פלילי אינן סוף פסוק, וחזקה שיימצא מי שיביאן בפני בג"ץ.[38] דחיית עתירה בהקשר זה אין פירושה בדרך־כלל הצדקת ההחלטה שקיבלו רשויות התביעה או כל רשות אחרת. משמעות אי־ההתערבות היא אך זו, שבג"ץ סובר שלא נפלה בהחלטה אי־סבירות קיצונית, אפילו נראה לו כי אפשר היה להגיע למסקנה אחרת ולהגיש כתב־אישום.[39]

עתירות שלהן אופי אידיאולוגי מגישים לבג"ץ חברי־כנסת, ארגונים המבקשים לשפר את איכות השלטון ואזרחים מן השורה ש"אכפת להם".[40] אפשר לומר, כי בשנות התשעים היו "עתירות ציבוריות" לחלק בלתי־נפרד מנושאים ציבוריים רבים שנמצאו לא־אחת בעין הסערה הציבורית. הכרת המעמד היא שפתחה שער למעורבות בג"ץ בנושאים כמו

36. ראו בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מד (3) 317.

37. ראו בג"ץ 935/89 ואח' א' גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485, עמ' 505.

38. לעתירות בהקשר זה ראו בג"ץ 7074/93 ואח' סויסא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מח (2) 749; בג"ץ 3425/94 ואח' גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נ (4) 1.

39. בפרשת מינוי עו"ד רוני בר־און ליועץ המשפטי לממשלה החליט בג"ץ להימנע מלהתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, שלא להעמיד לדין את ראש־הממשלה באשמת הפרת אמונים, הואיל ולא מצא בה אי־סבירות קיצונית, אף שהיה אפשר להגיע ל"מסקנה אחרת" בעניין זה. ההחלטה התקבלה בעתירתם של כמה חברי־כנסת מן האופוזיציה ואחרים. ראו בג"ץ 2534/97 ואח' יהב ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח' (טרם פורסם), סעיף 23 לפסק־הדין של השופט גולדברג; ראו על כך זאב סגל, "צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר־און ובעקבותיה", משפט וממשל ד (תשנ"ו–תשנ"ח) 587.

40. לסקירת התרחבותם של מעגלי העותרים הציבוריים ראו זאב סגל, זכות העמידה בבית־המשפט הגבוה לצדק (מהדורה שנייה מעורכנת, פפירוס, תשנ"ד), 239–276.

מינויים למשרות ציבוריות או המשך כהונתם של נושאי משרות ציבוריות בתפקידם. כך בבג"ץ אייזנברג, שנידון בשנת 1993, הלינו "עותרים ציבוריים" על החלטת הממשלה למנות למנכ"ל משרד־הבינוי־והשיכון את יוסי גנוסר שהודה במעורבותו בעבירות פליליות – מתן עדות־שקר ושיבוש מהלכי משפט – בפרשת קו 300, שעליהן קיבל חנינה מנשיא המדינה. בג"ץ פסל את המינוי, בהיותו "פוגע עמוקות באמון הציבור ברשות הציבורית ובשירות הציבורי".[41]

לפי אותה גישה, הקובעת שמינוי מסוים הוא בלתי־סביר מבחינה קיצונית חרף היות המועמד כשיר לכהונה מבחינת שלטון החוק הפורמלי, ניתנו ב־1993 שתי החלטות נוספות. בג"ץ נענה לעתירותיהם של התנועה למען איכות השלטון בישראל ושל כמה אזרחים וקבע, שראש־הממשלה חייב להפעיל את סמכותו ולהעביר מכהונתו שר (אריה דרעי), שכנגדו הוגש כתב־אישום בגין עבירות תמורות, שוחד והפרת אמונים. בג"ץ פסק, על דעת הרכב של חמישה שופטים, שהגשת כתב־אישום כנגד שר בגין עבירות תמורות הופכת את סמכותו החוקית של ראש־הממשלה להעביר שר מכהונתו, שהיא סמכות שבשיקול־דעת, לכזאת שחובה להפעילה. בג"ץ קבע, שבאי־הפעלת הסמכות יש משום אי־סבירות קיצונית.[42] באותה רוח נפסק, שאותו דין יחול גם באשר לחובת ראש־הממשלה להשתמש בסמכותו החוקית ולהעביר מכהונתו סגן־שר (רפאל פנחסי), שכנגדו הוגש כתב־אישום בגין עבירות תמורות (רישום כוזב במסמכי תאגיד, הצהרה כוזבת למבקר המדינה וניסיון לקבל דבר במרמה).[43]

די בדוגמאות אלה כדי להצביע על חשיבות הסרתו של מחסום זכות העמידה להגברת הפיקוח השיפוטי המהותי של בג"ץ על מעשי המינהל הציבורי ומחדליו. שלושת פסקי־הדין שנזכרו כאן מבטאים את תפיסת בג"ץ, הרואה לעצמו תפקיד בשיפור רמתו האיכותית־מוסרית של השירות הציבורי, חרף שתיקת המחוקק, אשר לא שלל את כשרותם של נושאי התפקידים האמורים מלהתמנות למשרתם או מלהמשיך ולכהן בה. בהחלטות אלה בג"ץ לקח על עצמו אחריות לקיום עקרונות של אתיקה בפוליטיקה ובשירות הציבורי ועשה כללי אתיקה לכללי משפט.

מידת הוותידות תנדרשת ביצירתה ובתיקונה של תרבות פוליטית באמצעות התערבות שיפוטית הניעה את בג"ץ להימנע מלחייב את ראש־הממשלה להעביר מכהונתו את שר־המשפטים, שלגביו נקבע בחוות־דעת של פרקליטת־המדינה בפרשת בר־און, כי היתה "חריגה מנורמות התנהגות תקינות" בהתנהגותו, אך לא עבירה פלילית. בג"ץ פסק, שבהיעדר כתב־אישום כנגד השר אין לראות בהימנעות ראש־הממשלה מהעברתו

41. ראו בג"ץ 6163/92 ואח' אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מז (2) 229 (להלן: בג"ץ אייזנברג), עמ' 270.

42. ראו בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (5) 404 (להלן: בג"ץ התנועה למען איכות השלטון).

43. ראו בג"ץ 4267/93 ואח', בשג"ץ 4409/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין ושוהר המידות ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (5) 441 (להלן: בג"ץ אמיתי).

מתפקידו משום תוסר־סבירות קיצוני, המצדיק התערבות שיפוטית.[44] עתירתו לבג"ץ של חבר־כנסת מן האופוזיציה – "עותר ציבורי" מובהק – הביאה לכך שעו"ד רוני בר־און, אשר מונה לכהונת היועץ המשפטי לממשלה, לא נבנס כלל לכהונתו בפועל והתפטר מתפקידו בערבו של אותו יום שבו קבע בג"ץ, כי יובא בפניו מלוא החומר העובדתי לצורך "קבלת תמונה מלאה בדבר הליך מינויו של היועץ המשפטי לממשלה, לרבות השיקולים הכרוכים במינוי".[45]

2. הרחבת קשת הנושאים הנידונים בבג"ץ – האומנם מלוא כל הארץ משפט ושיפוט? כפי שהראיתי לעיל, הביאה פריצת מחסום המעמד לכך, שבג"ץ החל לדון בנושאים שנדחו קודם־לכן על הסף מהטעם של היעדר זכות עמידה. שאלת דחיית שירותם של תלמידי הישיבות בצה"ל יכולה לשמש דוגמא טובה לנכונות חדשה לדון ולהכריע לגופו של עניין בנושא רגיש המפלג את הציבור. הכרעה כזו נמנעה קודם־לכן לא רק בגין היעדר מעמד של המעוניין, אלא גם בשל טיבו של העניין. די היה בהיות הנושא "רגיש ומסעיר, שבו קיימים חילוקי־דעות חריפים בציבור" כדי להניע את בג"ץ להשתמש בשיקול־דעתו שלא לדון בנושא,[46] נושא מסוג זה נחשב בעבר לנושא שאינו שפיט, שאין לפסוק בו על־פי קנה־מידה משפטי.

בהחלטת בג"ץ בעניין גיוס תלמידי ישיבות, שניתנה ב־1988, הסכימו כל השופטים לכך שהחלטת שר־הביטחון לדחות את שירותם של תלמידי הישיבות היא החלטה שפיטה, שאפשר להכריע בה לפי אמות־מידה משפטיות, חרף העובדה שנושא הפטור הוא חלק מה"סטטוס קוו" בענייני דת ומדינה. אלא שבאותו עניין נתגלעה מחלוקת בין השופטים אהרן ברק ומאיר שמגר, שלא היתה צריכה לגופם של דברים, באשר להיקפם של העניינים שאינם שפיטים. השופט ברק חיווה את דעתו שכל סכסוך, ולו הפוליטי ביותר באופיו, הוא שפיט, כך שאפשר לגבש לגביו תנאים ונסיבות לפעולה במסגרת נורמטיבית. לכך קרא השופט ברק **שפיטות נורמטיבית** והביע את דעתו,שאף בעניין של יציאה למלחמה וברירת שלום יכול המשפט להכריע על־פי קני־מידה משפטיים. בצד זאת הדגיש השופט ברק את מושג **השפיטות המוסדית** שבמסגרתה יכריע בג"ץ אם ראוי לו לדון בעניין מסוים, למשל: בגין אופיו הפוליטי המובהק או בגין הסיכון שבשיבוש היחסים עם הרשויות האחרות. לדעתו, ראויה השפיטות שיהיה לה היקף רחב ביותר, אם כי אין לשלול לחלוטין הימנעות מהכרעה בנושא מסוים בגין היותו בלתי־שפיט מבחינה מוסדית. לעומת זאת, השופט שמגר הציב את מבחן האופי הדומיננטי של נושא, היכול להצביע על כך שמוטב להשאיר נושא מסוים להכרעת רשות אחרת, הואיל ואין להכריע בו לפי אמות־מידה שיפוטיות ואף לא ראוי לעשות כן. לדעת השופט ברק, יוכל בג"ץ לבחון את סבירות קיומם של יחסים דיפלומטיים עם מדינה מסוימת וייתכן שאף את

44. ראו בג"ץ 2533/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם), סעיפים 2, 9 ו־13 לפסק־הדין של השופט זמיר.
45. ראו בג"ץ 234/97 **פינס נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם).
46. ראו בג"ץ **רסלר** (לעיל, הערה 31), 89.

סבירותה של ההלטה לצאת למלחמה או לכריות אמנת־שלום. לדעת השופט שמגר – ונראה שזוהי הגישה המקובלת בפסיקת בג"ץ והיא הנושאת עמה כוח שכנוע רב יותר – עניינים אלה אינם צריכים כלל, ומעיקרם, להיבחן בבית־המשפט, הואיל ואינם שפיטים, אין לגביהם קני־מידה משפטיים והם מעוררים שאלות שאופיין הדומיננטי איננו משפטי.

הדברים האלה מפי השופט ברק היו בסיס למיתוס שלפיו "מלוא הארץ שיפוט" וכי בג"ץ נכון, ואף מכריע למעשה, בעניינים שאופיים המכריע איננו משפטי כלל. המיתוס הזה, שהוליד ביקורת קשה על בג"ץ, איננו יכול להישען על דיוק בדברים שנאמרו ואיננו תואם את המציאות השיפוטית. עיון בדברי השופט ברק מראה שלא אמר כי "מלוא כל הארץ שיפוט", אלא אמר ש"מלוא הארץ משפט" ואין לערב בין בשאינו מינו. ההשקפה הגורסת שאפשר להכריע בכל עניין לפי אמות־מידה משפטיות שלהם אין משמעה בהכרח שהדבר ראוי ושכך ייעשה. כהדגשת השופט ברק, אפשר שבסכסוכים עם אופי פוליטי מובהק לא יתערב בג"ץ כדי שלא לפגוע באמון הציבור בשפיטה.[47] כהערתו, "לא כל בעיה שיש לה פתרון במשפט, צריכה למצוא את פתרונה בשיפוט. תמיד טענתי שבכל משפט, אך מעולם לא טענתי שבכל שיפוט. לא הכל שפיט. לא הכל ראוי להכרעה שיפוטית".[48]

פסיקת בג"ץ מצביעה על מגמה עקיבה שלא לדון בנושאים שלהם אופי מדיני או צבאי מובהק, הטיעון שבג"ץ מבקש להכריע בשאלות עם אופי כזה לא רק שאיננו יכול להסתמך על ההלטה שהיתה, אלא נהפוך הוא: גישת הפסיקה רחוקה מכך. בעתירה שעניינה היה, למשל, חוקיות פעולותיה של הממשלה בהקמת התנחלויות שלא מטעמי ביטחון, אלא למטרת יישוב־קבע, נפסק שההכרעה השיפוטית בדבר חוקיות מדיניותה הכללית של הממשלה "חייבת להידחות מפני תהליך מדיני, רב־חשיבות ורב־משמעות... העומד במרכזו של תהליך השלום, שאין שני לו בחשיבותו, וכל קביעה של בית־המשפט עלולה להתפרש כהתערבות ישירה בו".[49] ברוח זו דחה בג"ץ עתירות רבות שעניינן היה קיום שיחות־שלום בין ממשלת ישראל ובין סוריה; או כוונת הממשלה בשעתו, שמומשה לאחר־מכן, לחתום הסכם מדיני עם אש"ף. העתירות נדחו בהיות נושא מדיניות החוץ בלתי־

47. ראו אהרן ברק, "על השקפת־עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", **אקטיביזם שיפוטי** (אריאל פורת – עורך, רמות, תשנ"ג) 5, עמ' 15-17. המאמרים שבספר זה כונסו גם בכתב־העת **עיוני משפט** יז (תשנ"ב-תשנ"ג). ראו מאמרו הנ"ל של ברק, שם, 475.

48. דברי נשיא בית־המשפט העליון, אהרן ברק, בטקס השבעת שופטים חדשים בבית נשיא המדינה (20.7.98).

49. ראו בג"ץ 4481/91, בשג"ץ 5156/91 ואח' ברגיל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (4) 210, עמ' 220. כללית ראו את מאמריהם מאירי־העיניים של יואב דותן, "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית־המשפט הגבוה לצדק", **עיוני משפט** כ (תשנ"ו-תשנ"ז) 93; ושל אריאל בנדור, "השפיטות בבית־המשפט הגבוה לצדק", **משפטים** יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 592.

שפיט, שאין לבדוק אותו על־פי אמות־מידה משפטיות. אותה גישה נקטה גם בעת שדובר במדיניות של אי־אכיפת חקיקה שיסודה בטעמים מדיניים־פוליטיים.[50]

את ההחלטות האמורות אפשר לייחד בכך שדובר בהן בהשגה כללית על מדיניות ממשלתית, להבדיל ממקרים קונקרטיים, שבהם נפגעו, למשל, זכויות קנייניות של תושבים ערבים, שאז דן בג"ץ בעניין, תוך הסרת מחסום השפיטות. פריצת מחסום זה הביאה את בג"ץ להחלטה רבת־חשיבות, שקיבלה עתירה כנגד הקמת התנחלות באלון מורה לאחר שנקבע כי צו הפקעת המקרקעין לא הוצא בשל צרכים צבאיים מובהקים, אלא מטעמים פוליטיים.[51] אפשר גם להצביע על מקרים נוספים של התערבות שיפוטית בהחלטות הממשל הצבאי בשטחים המוחזקים.[52]

עם זאת, המציאות היא, שגדתו רוב־רובן של העתירות שהוגשו לבג"ץ על־ידי תושבי השטחים, עד שנראה כי האקטיביזם השיפוטי, המבטא נכונות להרחיב את מעגל הנושאים הנידונים והמוכרעים כנגד עמדת הרשויות, איננו מופעל בעת שמדובר בנושאי ביטחון, בכלל, ובהקשר האמור, בפרט.[53] ענייני ביטחון הם רק מִגזר בולט במיוחד של ריסון

50. ראו, למשל, בג"ץ 4954/92 **תנועת נאמני הר הבית וארץ־ישראל ואח' נ' ראש הממשלה ואח'**, פ"ד מז (1) 37; בג"ץ 4877/93 **ואח' ארגון נפגעי הטרור הערבי הבינלאומי (נטע) ואח' נ' מדינת ישראל ואח'** (לא פורסם), בבג"ץ 9474/96 **תנועת נאמני הר הבית ואח' נ' ראש עיריית ירושלים ואח'** (טרם פורסם) נדחתה עתירה כנגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא לפתוח בהליכים פליליים בגין עבודות שביצע הווקף המוסלמי בהר־הבית בלא קבלת היתרי בנייה. השופט אליעזר גולדברג פסק, כי "המחלוקת הדתית והמדינית סביב הר הבית חורגת מגדרן של מחלוקות אחרות אשר בידי בית־המשפט להכריע בהן הכרעה שיפוטית... על הפיתרון השיפוטי לפנות במקרה זה את מקומו להחלטה שהיא פוליטית בעיקרה. על הדרג המדיני, ולא על בית־המשפט, לתת תוכן ומשמעות לקריאה ההיסטורית 'הר הבית בידינו'" (כפי שציטט מבג"ץ 7128/96 **תנועת נאמני הר הבית ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'** (טרם פורסם)).

51. ראו בג"ץ 390/79 **דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד לד (1) 1.

52. ראו בג"ץ 802/79 **סמרה ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד לד (4) 1 (התערבות בהחלטת הממשל הצבאי באשר לאיתור משפחות); בג"ץ 168/91 **מורכוס נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מה (1) 467 (הוראה לשלטונות הצבא, ערב מלחמת המפרץ, לחלק ערכות־מגן לתושבים פלשתינאים בשטחים, המתגוררים באותו איזור שבו חולקו ערכות־מגן לתושבים יהודים); בג"ץ 510/92 **תורקמאן נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מח (1) 217 (צו למניעת הריסת ביתו של מחבל שהורשע ברצח, הואיל והדבר יביא גם להריסת ביתם של בני משפחת אחיו). לייחודה של החלטה זו, נוכח מקרים רבים שבהם לא התערב בג"ץ בהחלטות רשויות הביטחון, ראו זאב סגל, "סמכות בפתונית, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית", **משפט וממשל** א (תשנ"ב־תשנ"ג) 477.

53. ראו אמנון רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז), 1177; ליאון שלף, "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק – בשולי ובשבילי הפסיקה של בית־המשפט הגבוה לצדק בשטחים", **עיוני משפט**

מהתערבות שיפוטית. בניגוד למיתוס הציבורי, המציאות השיפוטית היא, שלא הכול שפיט בבג"ץ. הגישה השיפוטית המצדדת באי־התערבות בנושאים מסוימים היא לא־אחת נחלתו של בג"ץ. היא באה לידי ביטוי בשעה שמדובר בביקורת שיפוטית על המדיניות הציבורית שהרשות הציבורית נוקטת. בג"ץ יבחן את חוקיות האמצעים הנגקטים לשם הגשמתה, אך לא את עצם המדיניות בתחום החינוך, הכלכלה או הבריאות, והוא־הדין בתחומים אחרים. כך, למשל, נפסק שבג"ץ לא ייכנס לנעלי הרשות ולא יתערב במדיניות הפיכתם של בתי־החולים הממשלתיים לתאגידים עצמאיים.[54] בשורת פסקי־דין התערב בג"ץ בהחלטות שבהן הוגשמה מדיניות כלכלית־משקית באמצעות הפעלת סמכויות־חירום, אלא שההתערבות היתה בגין האמצעי שננקט ולא בעצם המדיניות שנקבעה.[55] ברוח דומה פסק בג"ץ בינואר 1999 שלא יעסוק בצדקתה של המדיניות הממשלתית לפתיחת ענף התחבורה הציבורית לתחרות, אך החליט על ביטול מכרז שמנע מ"אגד" ומ"דן" השתתפות בו, הואיל והממשלה טרם גיבשה תוכנית כוללת לרפורמה.[56]

בעת אי־התערבותו במדיניותה הציבורית של הרשות בית־המשפט איננו משתמש במונח "אי־שפיטות", אלא קובע שבידי הממשלה הסמכות החוקית להחליט על כך. כאשר מדובר במדיניות, בג"ץ בוחן אך ורק את סמכותה החוקית־פורמלית להחליט כך, מבלי שהוא נדרש לביקורת סבירותה של המדיניות; בניגוד לגישתו, שהתעצבה החל בראשית שנות השמונים, הבוחנת את סבירות הפעלתו של שיקול־הדעת של הרשות הציבורית לגבי החלטה ספציפית זאת או אחרת, כפי שאראה להלן. כך קורה לא־אחת שטיעון רשות

---

53. (תשנ"ב-תשנ"ג) 757. ראו גם את הפרק "הקו הירוק הוא הקו האדום" בספרו המקיף של ליאון שלף, מהות המשפט ומהות המשטר (פפירוס, תשנ"ו), 91-127; משה נגבי, כבלים של צדק – בג"ץ מול הממשל בשטחים (תשמ"ב); דוד קרצמר, "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (יצחק זמיר – עורך, נבו, תשנ"ג) 305; גד ברוילי, אפרים יער־יוכטמן וואב סגל, "עתירת המגורשים – השלטון ושלטון החוק", פלילים ד (תשנ"ד) 9; חיים כהן, "גירוש כהלכה", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 471. במאמרו המקיף של ד"ר רונן שמיר אפשר למצוא ביקורת משכנעת על מיעוט התערבותו של בג"ץ בעתירות של תושבי השטחים. ראו: Ronen Shamir, "Landmark Cases and the Reproduction of Legitimacy – The Case of Israel's High Court of Justice", 24 *Law and Society Rev.* (1990) 781.

54. ראו בג"ץ 5684/91 ברזילי נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מו (1) 536.

55. ראו בג"ץ 256/88 מדאיגוסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות ואח', פ"ד מד (1) 19; בג"ץ 969/89 ר.מ.י. – מרכז רפואי ירושלים בע"מ נ' שר הבריאות ואח', פ"ד מד (3) 113; בג"ץ 344/89 ח.ס.ה. – סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשיה והמסחר ואח', פ"ד מד (1) 456. לניתוח פסקי־הדין ראו אשר מעוז, "משפט חוקתי", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (אריאל רוזן־צבי – עורך, לשכת עורכי־הדין, תשנ"ב) 68, עמ' 84-87.

56. ראו בג"ץ 3136/98 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ ואח' נ' שר התחבורה ואח' (טרם פורסם).

כי מדובר במדיניות, מציב מטה־קסם כנגד ביקורת שיפוטית. מטה־קסם זה לא יעמוד בדרכו של בג"ץ כנגד מדיניות שיש עמה פגיעה בזכות־יסוד כמו שוויון או חופש עיסוק, מהטעם, שהוא חלק ממטענו של המשפט הציבורי בישראל, כי רשות שלטונית איננה רשאית לפגוע בזכות־יסוד מבלי שהוסמכה לכך בהוראת חוק מפורשת.[57]

באי־התערבות בשאלה של "מדיניות" יש משום עיצוב קטיגוריה של אי־שפיטות למעשה. בכך יש כדי להפחית מכוחו של טיעון נפוץ, שלפיו "בג"ץ מנהל את המדינה" ופוגע בסמכותה של הרשות המבצעת לעצב מדיניות. גישה זו מראה שלא מלוא הארץ שיפוט. בצד זאת עולה דווקא התהייה על עודף ריסון שיפוטי נוכח מדיניות הנראית לכאורה בלתי־סבירה באופן מהותי. גישת אי־התערבות במדיניות כוללת היא למעשה ענף במה שתיארנו כאי־שפיטות מוסדית. בג"ץ מותיר את השטח בידי הרשות המבצעת שלה מועידה תורת הפרדת הרשויות את עיצובה של המדיניות. גישה זו יכולה להיות ראויה במקרים רבים, ובלתי־ראויה בעת שהמדיניות נראית בלתי־סבירה באופן מהותי וממשי, כך שברור כי אין היא עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה. גם אז – למעט חריגים כמדיניות הפוגעת באופן קיצוני בערך־יסוד חוקתי כשוויון – נראה שבג"ץ יהסס ביותר בטרם יתערב במדיניות שהיא במסגרת סמכותה הפורמלית של הרשות המבצעת.

3. בג"ץ מעצב דמוקרטיה מהותית נוסח ישראל

כפי שראינו לעיל, תרם העשור הראשון לפסיקת בג"ץ, כשם שתרמו העשורים הבאים, את חלקם ליצירתה של דמוקרטיה מהותית נוסח ישראל, שאיננה נשענת רק על שלטון הרוב, אלא מכבדת גם את זכויות הפרט. פסיקת בג"ץ בראי היובל הראשון כולו היא בעיקרה שרשרת שעיצבה את ערכי־היסוד של הדמוקרטיה הישראלית. תוליותיה החזקות ביותר של השרשרת נתוספו עליה בשנות השמונים והתשעים, אולם אי־אפשר לעמוד על עוצמתה בלא ראיית הדברים כחוליה מתמשכת אחת. בפסיקתו ביסס בג"ץ, ולמעשה יצר, זכויות לפרט כנגד השלטון. הוא שראג לאיזון ולבקרה בין רשויות השלטון, תוך הטלת מגבלות על כוחותיה של הרשות המבצעת. אי־אפשר לתאר את מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית בלא תרומתו המרכזית של בית־המשפט העליון לכך. בג"ץ פעל את פעולתו הן בדרך פרשנות ליברלית לחקיקה המגבילה את חירויות הפרט הן בדרך של יצירת זכויות יש מאין בהלכה פסוקה, נוכח שתיקת המחוקק ולמרות כן. היערדה של חוקה כתובה להגנת חירויות הפרט – כאשר גם חקיקת־היסוד בשנות התשעים בדבר כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק מכירה במספר זכויות מצומצם, שלהן מעמד על־חוקי רק לגבי חקיקה שנתקבלה לאחר 1992 – חיזקה את נכונות בג"ץ להתייצב בשערה של הגנת חירויות הפרט.

57. בפסק־הדין הנ"ל, למשל, הוזכרה פסיקה שקבעה, כי רשות שלטונית איננה רשאית לנקוט מדיניות של הענקת מונופולין בלא הסמכה בחוק מפורש, הואיל ויש בכך פגיעה בזכות הרבים לחופש העיסוק. בג"ץ קבע בהחלטה זו, כי הממשלה אכן רשאית לפתוח את ענף התחבורה הציבורית לתחרות מבלי לחשוש לפגיעה בזכות הקניין של "אגד", הואיל ו"לאגד" אין זכות לתבוע שהמונופולין שנפלו בחלקה, ושמעולם לא הועניקו לה כדין, יישארו נחלתה לעולם" (שם, סעיף 6 לפסק־הדין).

עם החקיקה המתייבת בישראל, על סף שנת אלפיים, עדיין מצויות הזדאות חוק מנדטוריות – כמו פקודת העיתונות, 1933, ותקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 – שאינן תואמות מושגי־יסוד של חברה דמוקרטית. פסיקת בג"ץ היא שריככה את חומרתן והעניקה להן פרשנות מצמצמת, שביקשה להתאימן לחברה דמוקרטית.[58] כך, למשל, נפסק בבג"ץ שניצר, שאת סמכותו של הצנזור הצבאי, מכוח תקנות ההגנה המנדטוריות, יש לפרש על רקע "סביבתן החדשה", שהיא החברה הישראלית. בחברה דמוקרטית הצנזור מוסמך להגביל את חופש הביטוי והעיתונות כאמצעי אחרון רק כאשר ישנה ודאות קרובה לכך שתיגרם פגיעה ממשית בבטחון המדינה ובסדר הציבורי.[59]

מבלי לבקש להקיף במסגרת מצומצמת זאת את מכלול תרומת בג"ץ לחיותה של הדמוקרטיה הישראלית, אוסיף ואביא להלן כמה קווי־מתאר ספציפיים בנושאים מרכזיים שבהם בולטת תרומתו למרקם החברתי־ציבורי.

(א) הגנת זכויות הפרט

חקיקתם ב־1992 של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק־יסוד: חופש העיסוק, לא חידשה רבות מבחינת תוכן הזכויות שהוכרו. הזכויות שהוכרו בחקיקה זו – כמו כבוד האדם, זכות הקניין, הזכות לחירות, הזכות לפרטיות, חופש התנועה וחופש העיסוק – עוצבו במשך שנים הרבה בפסיקת בג"ץ. זה אף הכיר בפסיקתו בזכויות־יסוד רבות נוספות – ובהן הזכות לשוויון ולחופש הביטוי – שלא הוכרו במפורש בחקיקת־היסוד ההרשה. חידושה של חקיקת־היסוד איננו אפוא בתוכן הזכויות שהוכרו, אלא בכך שהוקנה להן מעמד חוקתי על־חוקי. מעמד זה משמעו שבתי־המשפט בישראל מוסמכים להכריז על בטלותה של חקיקה, שהתקבלה לאחר מארס 1992, אם זו פוגעת בזכויות־היסוד החקוקות ומנוגדת להוראותיו, כך מוסמכים בתי־המשפט לפסול חקיקה הפוגעת בזכויות־היסוד שהוכרו בחקיקת־היסוד, אם זו מנוגדת לעקרי מדינת ישראל, שנעשתה שלא לתכלית ראויה או פוגעת בזכות־היסוד למעלה מן הנדרש. מעמד חוקתי כזה איננו מוקנה לזכויות־יסוד שלא הוכרו בחקיקת־יסוד, אולם כותו של בג"ץ רב לו בפרשנות חקיקה קיימת תוך מתן משקל רב לזכויות הפרט. הוא־הדין בכוחו ליצור בפסיקה זכות לפרט ולהטיל בתוך כך חובה על השלטון לכבדה, גם בהיעדרה של הוראה חקוקה הקובעת זאת.

מבין הזכויות שהוכרו ועוצבו בפסיקת בג"ץ בולטת הזכות לשוויון. בעניין שקדיאל נפסק ב־1988 שחוק שירותי הדת היהודיים יפורש כך שרשות ציבורית, הפועלת מכוחו, לא תוכל למנוע מאשה, בתור שכזו, מלכהן במועצה דתית. בג"ץ – על דעת השופטים מרים בן־פורת, מנחם אלון ואהרן ברק – השתית את מסקנתו על "עקרונותיה הכלליים

58. ראו לעיל, הערות 18-22, והטקסט לידן.

59. ראו בג"ץ שניצר (לעיל, הערה 19). להערכת חשיבותו של פסק־הדין בשיטת־המשפט הישראלית ראו זאב סגל, **חופש העיתונות בין מיתוס למציאות** (פפירוס, תשנ"ו), 59-98. ב־22.5.96 נחתם הסכם חדש בעניני צנזורה בין שר־הביטחון ובין עורכי עיתונים ובלי־תקשורת אחרים. ההסכם מיישם את הלכת פסק־הדין וקובע, כי "מטרת הצנזורה היא למנוע פרסום מידע ביטחוני שיש בו ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון מדינת ישראל".

של שיטתנו המשפטית", שהשוויון הוא אחד מהם, שלפיהם תתפרש החקיקה. פסק־הדין ראה בהכרזת־העצמאות מגילת־ערכים שלה תוקף משפטי וממנה אפשר לגזור את הזכות לשוויון שהגשמתה תיחשב לתכליתו של כל חוק, אלא־אם־כן לשונו המפורשת, או תכליתו המיוחדת, אינם עולים בקנה אחד עם זכות זו,[60] על אותה תשתית רעיונית נשענה ההחלטה בבג"ץ מילר ב-1995, שחייבה את חיל־האוויר לפתוח בניסוי לזימון חיילות למבדקי התאמה לטיס. בג"ץ פסק, שיש לפרש את חוק שירות ביטחון, שאיננו עוסק בהבחנה בין נשים לגברים באשר למהות התפקידים שימלאו, על סמך ההשקפה שתכליתו להגשים את השוויון בין המינים,[61] באותה רוח הודגש ב-1998, שהתובה לתת ייצוג הולם לנשים הלה גם באין הוראה מפורשת על כך בדבר חקיקה. לפי זאת נפסק, ששר־העבודה־והרווחה חייב "לעשות בשקידה" למינוי אשה כסמנכ"ל בביטוח הלאומי, לפני שיאושר מינויו של גבר לתפקיד זה.[62]

פסיקות אלה נשאו עמן השפעה על המדקם החברתי. נשים התמנו יותר ויותר למועצות דתיות, גם אם טרם הושלם הדבר בכל המועצות הדתיות בישראל. העובדה שבסוף 1998 עמדה חיילת ראשונה אחת בהצלחה בקורס־טיס של חיל־האוויר והיתה לנווטת־קרב ראשונה, אין בה עדיין כדי להעיד על שוויון הזדמנויות מלא לנשים בצה"ל, אולם לא יכול להיות ספק בכך שפסיקת בג"ץ פתחה מסלול חדש. בעקבותיה פנו מאות חיילות לחיל־האוויר וביקשו להתקבל לקורס־טיס, ועשרות נטלו חלק בשלבים ראשונים של קורסי־הטיס.[63]

במקרים שנידונו לעיל היתה תרומת בג"ץ ייחודית ביצירת הזכות לשוויון, הואיל ונעדרה בעניינם חקיקה מפורשת, מקדמת שוויון. במקרים אחרים הביאה פסיקת בג"ץ ליישומה של חקיקת הכנסת שאחרת היתה נשארת אות מתה. כך פסיקתו ב-1994, שהביאה ליישומה המיידי של חקיקה אשר נועדה לקדם מדיניות של "העדפה מתקנת" ולהביא לשילוב נשים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות,[64] פסק־הדין הביא ליוזמת

60. ראו בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב (2) 221. באותה רוח ראו בג"ץ 953/87 ואח' פורז נ' ראש עירית תל־אביב־יפו ואח', פ"ד מב (2) 309, שם נפסק שאין לשלול את חברותה של אשה ככזו באסיפה הבוחרת רב עיר. הפסיקה נשענת על עקרונות הכרזת־העצמאות. לביתוח מקיף של בעיות דת ומדינה ראו שמעון שטרית, הארץ הטובה בין כח ודת (ידיעות אחרונות, 1998). לבעייתיות ההחלטות בהקשר זה ראו אליקים רובינשטיין ונעם סולברג, "דת ומדינה בישראל בשנת היובל – תמונת מצב מלשכת היועץ המשפטי לממשלה", גשר – כתב־עת לעניינים יהודיים 138 (תשנ"ט) 7.

61. ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט (4) 94.

62. ראו בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה ואח' (טרם פורסם). לנושא השוויון בכללו, בהקשר רחב, ראו רות בן־ישראל, שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה (האוניברסיטה הפתוחה, תשנ"ח).

63. ראו עמיר רפופורט וחיים שיבי, "השמיים הם עדיין הגבול", ידיעות אחרונות – 24 שעות, 29.12.98, 13.

64. ראו בג"ץ 453/94 ואח' שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח (5) 501.

תקיקה, שנשלמה ב-1995, שלפיה הוטלה חובה על נציב שירות המדינה לפעול לקידום ייצוג הולם בשירות המדינה של "בן המין שאינו מיוצג באופן הולם, מקום שמועמדים בני שני המינים הינם בעלי כישורים דומים".[65]

פסיקת בג"ץ ב-1994 נתנה משמעות יישומית־קונקרטית לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (כפי שתוקן ב-1992), האוסר אפליית עובדים בגין נטייתם המינית: בבג"ץ דנילוביץ נפסק שחברת אל־על, ככל מעביד אחר במדינה, איננה יכולה למנוע מעובד קבלת טובת־הנאה (כרטיס־טיסה, למשל) עבור בן־זוגו שמאותו מין. בג"ץ פסק, שאפליה כלפי ההומוסקסואל והלסבית פסולה בגין פגיעתה בעקרון השוויון. פסק־הדין השפיע רבות על המדיניות של הרשויות הציבוריות בהקשר זה. כך באשר להכרת המדינה בזכאות לפנסיה של בן־זוג מאותו מין של עובד־מדינה וכך גם בהכרת הזכות לגמלאות של בן־זוגו של חייל שנפטר.[66]

פסיקת בג"ץ בתחום הגנת השוויון – הגנה רחבה, אם כי אינה מוחלטת – היא רק דוגמא לתרומת הפסיקה להגנת זכויות הפרט, תרומה כוללת שאי־אפשר להאירה במסגרת מצומצמת זו. הגנה דומה בהיקפה נתנה פסיקת בג"ץ, החל בשנות החמישים, לחופש הביטוי והעיתונות. בשנות השישים חוזקה הגנה זו בהכרה בזכותם של הפרט והציבור להפיץ מידע ודעה ברבים. בשנות השמונים התחזק חופש הביטוי בהכרה רחבה של זכות ההפגנה וזכות הציבור לקבל מידע בנושאים מדיניים וצבאיים. המגמה נמשכה בשנות התשעים בקביעת חובתן של סיעות בכנסת לפרסם הסכמים פוליטיים ביניהם, שעניינם הרכבת ממשלה, שאת מקורה עיגן בג"ץ בפסיקתו־שלו, המכירה בזכות הציבור בחברה דמוקרטית לקבל מידע על פעולת הרשויות.[67]

---

65. ראו חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 7), תשנ"ה-1995, ס"ח 500. על מדיניות חקיקתית מקדמת שוויון ראו גם חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 11) (נציגות לשני המינים בדירקטוריון של חברה ציבורית), תשנ"ח-1998, ס"ח 245. נראה ברור, שפסק־הדין הנ"ל השפיע על גישת המתוקק ועל המציאות בשטח.

66. ראו בג"ץ 721/94 אל־על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח (5) 749. פסק־הדין השפיע על פסיקת הוועדה לערעורים לפי חוק שירות קבע (גימלאות) בבג"ץ 5398/96 שטיינר נ' שר הביטחון ואח' (טרם פורסם), שהכירה בזכותו לפנסיה של מי שהיה בן־זוגו של קצין צה"ל שנפטר. למדיניות הממשלתית, המקדמת איסור אפליה על רקע נטייה מינית שהושפעה מפסיקת בג"ץ, ראו הארץ, 31.3.98, א 5.

67. ראו החלטות בג"ץ קול העם (לעיל, הערה 8) ובג"ץ שניצר (לעיל, הערה 19); כן ראו בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בשראל נ' לוי גרי ואח', פ"ד טז 2407 (הזכות להפיץ מידע); בג"ץ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח (2) 393; בג"ץ 4712/96 סיעת מר"צ ואח' נ' מפקד מחוז ירושלים ואח', פ"ד נ (2) 822 (חופש ההפגנה); בג"ץ 243/82 זכרוני נ' הועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד לז (1) 757 (הזכות לקבל מידע); בג"ץ שליט (לעיל, הערה 35) (חובת פרסום הסכמים בין סיעות בכנסת). פסיקת בג"ץ על־אודות השיכותו של חופש המידע היתה בין הגורמים החשובים שהביאו לקבלתו בכנסת ב-1998 של חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998, ס"ח 226.

בגישה דומה הגן בג"ץ על חופש ההתאגדות של שוטרים ופסק, שרק חוק מפורש יכול להגבילה;[68] ועל זכותם לפרטיות של אסירים כך שאין לבצע בדיקה חודרנית בגופם בלא הסמכה חד־משמעית בחקיקת הכנסת.[69] הגנת חופש העיסוק של הפרט התגבשה בפסיקת בג"ץ לפני שהוכרה הזכות כזכות־יסוד חוקתית על־חוקית בתוק־יסוד: חופש העיסוק. הכרתה בחוק־היסוד חיזקה את משקלה ומאפשרת ביטול חקיקה הנוגרת אותה, שהתקבלה לאחר קבלת חוק־היסוד, אולם עקרונותיה עוצבו במשך שנים הרבה בפסיקה ענפה.[70]

הגנת בג"ץ על חופש הדת – שמובנו גם החופש מדת – מצומצמת מטבעה נוכח הוראות חד־משמעיות בחקיקה הקובעות, למשל, כי "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על־פי דין תורה" (סעיף 2 לחוק בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953). נוכח הוראה מפורשת זאת, אכן פסק בית־המשפט העליון שהיא גוברת על זכות־יסוד כמו חופש המצפון והחופש מדת.[71] עם זאת, העניקה הפסיקה במישורים מסוימים הגנה מפני מה שיש בו פגיעה בחופש מדת וכפיית אורח־חיים דתי. כך בבג"ץ רסקין עתרה רקדנית־בטן כנגד הפגיעה בפרנסתה בשל התניית מתן תעודת־כשרות לאולם־שמחות בכך שלא יתקיימו בו "מופעים בלתי־צנועים". בג"ץ פסל את התנאי האמור וקבע שחוק איסור הונאה בכשרות, תשמ"ג־1983,[72] הוא "חוק חילוני" במהותו, שלא בא "לשרת מטרות של השלטת דיני ההלכה".[73]

פסק־הדין עורר תרעומת רבה בקרב חוגים דתיים, והיה למעשה להלכה ואין מורין כן, המועצות הדתיות מתנות לא־אתת מתן הכשר לאולמות־שמחה באי־קיום מופעים המוגדרים כ"בלתי־צנועים".[74] גם הפסיקה בבג"ץ בבלי, אשר החילה את הלכת שיתוף הנכסים בין בני־זוג, שפותחה בפסיקה ענפה של בית־המשפט העליון, על בתי־הדין הרבניים, היתה למעשה לאות מתה.[75] פסק־הדין הצביע על כך – כהדגשת פרופ' אריאל

68. ראו בג"ץ 789/78 אופק ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד לג (3) 480.
69. ראו בג"ץ 355/79 קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד לד (3) 294.
70. לדיון מקיף בזכות זו ראו מרדכי קרמניצר, עמרי בן־שחר ושחר גולדמן, חופש העיסוק – מתי על המדינה לקבוע בחוק תנאי כניסה לעיסוק מקצועי? (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשנ"ח).
71. ראו ע"א 450/70 רוגוזינסקי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (1) 129. ראו גם האסמכתאות הנזכרות לעיל, הערה 60.
72. ס"ח 128.
73. ראו בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים ואח', פ"ד מד (2) 673, עמ' 681־682.
74. ראו מעוז (לעיל, הערה 55), 87־89; אשר מעוז, "הרבנות ובתי הדין בין פטיש החוק לסדן ההלכה", שנתון המשפט העברי טז־יז (תשי"ן־תשנ"א) 289, עמ' 357־379.
75. ראו בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד מח (2) 221. ראו מאמרה המאלף של דות הלפרין־קדרי, "פלורליזם משפטי בישראל – בג"ץ ובתי־הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 683. הבעייתיות הקשה בהקשר זה עולה ממאמרו של המשנה לשעבר לנשיא בית־המשפט העליון, מנחם אלון, "דרך חוק בחוקה –

רוזן־צבי – ש"מערכת דתית איננה יכולה, מבחינת הכרתה העצמית ומעצם הווייתה הדתית, לעכל 'פלישה' חילונית רחבת ממדים לדין הדתי".[76] פסקי־דין אלה, הנתקלים בקושיי יישום, מתוספים על פסיקת בג"ץ שהורתה על שילוב נשים, דפורמים וקונסרבטיבים במועצות דתיות. פסיקה כזו, לבד מהיותה נתונה לחקיקה "עוקפת בג"ץ" של הכנסת, המוסמכת לבטל את שאמור בה, איננה מתבצעת בהלקה. בכך מוטל צל כבד על שלטון החוק במדינת ישראל.[77]

ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור תוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט יז (תשנ"ב-תשנ"ג) 659.

76. ראו אריאל רוזן־צבי, "מדינה יהודית ודמוקרטית – על תרבות וחברה, סמלים ומוסדות", מדינה יהודית ודמוקרטית (דפנה ברק־ארז – עורכת, רמות, תשנ"ו) 5, עמ' 41-42. לדעת פרופ' רוזן־צבי, היה אפשר להשיג את התוצאה הצודקת של שיתוף בחלוקת הרכוש באמצעים משפטיים אחרים ולא בהחלטה שיפוטית של בג"ץ כפי שנפסקה. ראו גם אריאל רוזן־צבי, "'כי המשפט לאלוהים הוא' – על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו", עיוני משפט יז (תשנ"ב-תשנ"ג) 5.

77. ראו, למשל, בג"ץ 3551/97 ברנר ואח' נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים ואח' (טרם פורסם) – שילוב העותרת, ד"ר ג'ויס ברנר, כנציגת הדפורמים במועצה דתית; בג"ץ 6981/97 סיעת מרצ במועצת העיר פתח־תקוה ואח' נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים ואח' (טרם פורסם) – שילוב אשה במועצה הדתית פתח־תקווה; בג"ץ 4247/97 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות (טרם פורסם), בפסק־הדין אמר השופט מישאל חשין: "תמהני כמה פעמים נוספות אמור בית־המשפט הגבוה לצרק לחזור על אותה הלכה עצמה, עד שעובדי מדינה מן־המניין יבינו כי עליהם לציית להחלטות בית־המשפט" (שם, סעיף 32 לפסק־הדין של השופט חשין). ב-26.1.99 קיבלה הכנסת, ברוב של 50 נציגי הקואליציה מול 49 נציגי האופוזיציה, את חוק שירותי הדת היהודיים (תיקון מס' 10), תשנ"ט-1999, ס"ח 1703. תיקון זה נועד על־פי תכליתו לסכל צירוף דפורמים וקונסרבטיבים למועצות הדתיות. לפי התיקון שהתקבל, על המועצות הדתיות וחבריהן לחתום על הצהרת אמונים למדינת ישראל ולתוקיה "ולקיים את החלטות המועצה הדתית". התיקון לחוק קובע, כי "המועצה הדתית וחבריה יפעלו לפי פסיקת הרבנות הטקומית והרבנות הראשית לישראל בכל עניין שבתחום תפקידיה וסמכויותיה של המועצה הדתית". יוזמת החקיקה, שהיא "חקיקה עוקפת בג"ץ", התבססה על ההנחה שהדפורמים והקונסרבטיבים לא יסכימו לציית להחלטות הרבנות הראשית, כך שלא יהיו חברים במועצות הדתיות. אלא שייתכן שהם יסכימו לכך, ואז תסוכל כוונת החוגים הדתיים שיזמו את התוק. בכל מקרה סביר להניח, שבג"ץ עוד ייקרא להכריע בעתירות שיבקשו לפרש את החוק בצורה זו או אחרת. בהקשר זה ראו מאמרו של שחר אילן, "הזרדים הבקיעו גול עצמי", הארץ, 29.1.99, א 1.

(ב) הסכמים פוליטיים ומינויים פוליטיים בצבת בג"ץ

בשלל הנושאים הנידונים בבג"ץ, שהוארו לעיל, מן הראוי לשים לב במיוחד לנכונות בג"ץ לעסוק בנושאים כמו הסכמים פוליטיים ומינויים פוליטיים. נכונות זאת יש עמה משום הרחבת תחומי השפיטה לעבר נושאים המעמתים נורמות משפטיות עם מציאות פוליטית, כאשר בולטים קשיים ביישום הנורמה המשפטית. באשר להסכמים פוליטיים, מדובר במכשיר פוליטי־משפטי שהוא פועל יוצא ממבנה השלטון ומריבוי המפלגות, בשנות השישים רווחה השקפה, שהסכם כזה הוא בלתי־שפיט. גם כאשר נכון היה בג"ץ להתערב בתוכנו של הסכם כזה, הרי שמדובר היה בהסכמים שעניינם נושאים שוליים.[78] בשנות התשעים הגיעה מעורבות בג"ץ בהסכמים אלה לשיא. בעניין **שליט** יצר בג"ץ בפסק־דינו את חובתן המשפטית של סיעות בכנסת לפרסם הסכמים פוליטיים ביניהן, חרף שתיקתו של המחוקק.[79]

בבג"ץ **דירדיבסקי**,[80] שעסק בהסכם פוליטי מרכזי רב־משמעות, החליט בג"ץ שהסכם פוליטי הוא שפיט וכי חלים עליו כללי המשפט הציבורי. החלטת בג"ץ היתה, שסעיף בהסכם קואליציוני, שלפיו תוותר סיעה אחת על חוב כספי המגיע לה מסיעה אחרת תמורת תמיכה פוליטית הוא בטל, בהבטיחו שלטון תמורת כסף. עם ההסכמה במקרה זה פסק־הדין מגלה מחלוקת עקרונית עמוקה בין השופט אהרן ברק, שלגישתו אפשר וראוי לשפוט במבחן הסבירות את מכלול הוראותיו של הסכם פוליטי, ובין השופט מנחם אלון, הסובר כי להסכם פוליטי שפיטות מוגבלת, כך שכל הוראה בו לא תיבחן במבחן "המפלגה הסבירה". ואת, על־פי ההשקפה שיש להשאיר עניינים שונים למשפט הציבור, להבדיל מהמשפט הציבורי, המעוצב על־ידי בג"ץ, בכל מקרה ברור, שתוצאת פסק־הדין היא הרחבת גבולותיו של המשפט הציבורי לעבר נושאים פוליטיים, גם מעבר למקרים שבהם להסכם פוליטי מאפיינים של אי־חוקיות בעליל או ניגוד להוראת חוק מפורשת.

כך בבג"ץ **ולנר**, שנפסק ב-1995, דן בג"ץ בתוכנו של הסכם פוליטי שנחתם בין מפלגת־העבודה ובין תנועת ש"ס, שלפיו כל־אימת שפסיקת בית־המשפט העליון תהיה – לדעת הזהתומים על ההסכם – בגדר הפרת הסטטוס־קוו בענייני דת, יבוא בעקבות זאת תיקון בחקיקת הכנסת שיחזיר את המצב לקדמותו. על דעת שלושה מחמשת שופטי ההרכב נדחו העתירות שהגישו "עותרים ציבוריים" – תנועות חברתיות, משפטנים ואזרחים מן השורה. יסוד המחלוקת הוא במידת תופש הפעולה המפלגתי־פוליטי, שראוי להיות מחוץ למסגרת הפיקוח השיפוטי, בעת שמדובר בהסכמה ליזומה כוללת לקבלת "תקיקה עוקפת בג"ץ".[81] מה שברור מפסק־הדין הוא, שהסכמים פוליטיים הם שפיטים וכי אפשר לצפות

78. להארה כללית של נושא ההסכמים הפוליטיים ראו גבריאלה שלו, "הסכמים פוליטיים", עיוני משפט טו (תשנ"ב) 215; דפנה ברק־ארז, "משפט מינהלי", ספר השנה של המשפט בישראל, (אריאל רוזן־צבי – עורך, לשכת עורכי־הדין, תשנ"ד) 197, עמ' 212-216.

79. בג"ץ **שליט** (לעיל, הערה 35).

80. ראו בג"ץ 1635/90 **דירדיבסקי נ' ראש הממשלה ואח'**, פ"ד מה (1) 749.

81. ראו בג"ץ 5364/94 **ואח' ולנר ואח' נ' יושב־ראש מפלגת העבודה הישראלית ואח'**, פ"ד מט (1) 758. בדעת המיעוט של השופט אהרן ברק, שאליה הצטרף השופט תיאודור אור,

להכרזה שיפוטית על בטלותם, אם יראה לשופטי בג"ץ שיש בהוראותיהם "עיוות מוסרי" או פגיעה מהותית במרקם החיים הפרלמנטרי־שלטוני. שופטי הרוב והמיעוט מסכימים על כך ונחלקו למעשה בשאלת מידת חומרתה של ההוראה נשוא ההסכם שנידון.

באשר למינויים פוליטיים – מינויים שלא היו נעשים בלא השפעת הקשר פוליטי בין הממנה ובין המתמנה – בחר בג"ץ לא־אחת בדרך של קביעת העיקרון של הטלת פסול במינויים כאלה, אך זאת בלא יישום העיקרון הלכה למעשה. גם נוכח ראיות חזקות להיותו של מינוי בעל אופי פוליטי מובהק סירב בג"ץ לקבוע, ששיקול מרכזי למינוי היה שיקול פוליטי בעיקרו ולא ענייני בלבד.[82] גישה המבטאת נכונות להתמודדות ממשית עם מינויים פוליטיים עולה מהחלטת בג"ץ בעתירת הסתדרות העובדים הכללית החדשה, שנפסקה ב־1998. בהחלטה, שניתנה בהרכב מורחב של שבעה שופטים, הודגש כי מינוי פוליטי נוגד את התפיסה הבסיסית של שיטת המינהל הציבורי בישראל ובשירות המדינה, האמור להיות בעל אופי ממלכתי, מקצועי וא־פוליטי. לפי זאת, הוצהר על ביטול מינויו של מנהל המינהל לבנייה כפרית במשרד־הבינוי־והשיכון. הביטול נעשה משנפסק, כי אין הממשלה מוסמכת לקבוע כראות עיניה משרות שתיחשבנה פטורות ממכרז מכוח הוראה כוללת בחוק שירות המדינה (מינויים), בכך סטה בג"ץ מפרשנות שהיתה מקובלת, שלפיה עצם הכללת משרה ברשימת משרות שהן "מינוי ממשלה" פוטרת אותה מחובת מכרז. לפי פסק־הדין, גם מינוי למשרות אלה טעון מכרז, אלא־אם־כן הופטרה משרה מחובת מכרז בהוראת חוק ספציפי או בהתאם להוראות מיוחדות שבחוק שירות המדינה.[83]

בעקבות פסק־הדין הבהיר נציב שירות המדינה לשרי הממשלה, כי המינוי לרוב המשרות שהן "מינוי ממשלה" "יעשה מכאן ואילך במכרז. כך, למשל, לא יהיה אפשר עוד

הובהר שהכרזה על בטלות הסכם פוליטי בין סיעות בכנסת דאוי כי תיעשה תוך ריסון עצמי רב, ורק כאשר מדובר בפגיעה ניכרת בערכים מהותיים של המשטר החוקתי. בכך יש אימון הגישה הנוהגת לגבי ביקורת בג"ץ על החלטות של הכנסת בעניינים פנים־פרלמנטריים, שתידון להלן. לפי דעת המיעוט, אכן יש בהסכם הנידון משום פגיעה מהותית כזו. באשר לטעמים המצדיקים ביקורת שיפוטית, אין מחלוקת בין הרוב למיעוט. דעת הרוב – של הנשיא מאיר שמגר והשופטים אליעזר גולדברג ומישאל חשין – דחתה את העתירות כנגד ההסכם, הואיל וההסכמה ליזמת "חקיקה עוקפת בג"ץ" לא נראתה לשופטים ככזו שיש בה תזמרה המצדיקה התערבות בג"ץ. כדעת הרוב, ראויה התערבות שיפוטית של בג"ץ כאשר יש בהסכם פוליטי משום "עיוות מוסרי", או פגיעה מהותית בתקנת הציבור"; וכדברי השופט שמגר: "יש להותיר לחופש הפעולה המפלגתי־פוליטי בדמוקרטיה את ההכרעה ואת המקח המסקנות מהשפעתם של מצע או הסכם פוליטיים על תקינות הממשל, כל עוד אין בכך משום שחיתות המידות או עיוות מוסרי, או פגיעה מהותית בתקנת הציבור או בשלומו" (שם, 782).

82. ראו בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר־האוצר ואח', פ"ד מה (1) 28. לביקורת על פסק־הדין ראו יצחק זמיר, "מינויים פוליטיים בביקורת שיפוטית", משפטים כא (תשנ"א־תשנ"ב) 145.

83. ראו בג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה ואח' נ' מדינת ישראל ואח' (טרם פורסם).

למנות לשירות־החוץ של המדינה אנשים שלא מקרב עובדי המדינה, שלא במכרז, במסגרת מה שידוע היה כל השנים כ"מכסת המינויים הפוליטיים".[84] פסיקה כזו יש בכוחה לשנות מציאות. יש בה משום חדירה מבורכת ללבם של המינויים הפוליטיים. השפעתה על המסגרות הפוליטיות יכולה להיות כה רבה, עד שהיא עלולה להביא לתגובת־נגד של הממשלה שתיזום חקיקה בכנסת כדי להתמודד עמה. בג"ץ מצדו שוקל בהחלטה כזו שיקולים עקרוניים שיסודם במטרה לקיים אמון ציבורי ברשויות השלטון. פסיקה כזו, הנשענת על שיקולים שאינם פוליטיים, נושאת עמה, כהכרעות רבות אחרות, תוצאות פוליטיות. העובדה שלהחלטה תוצאות בעולם הפוליטי אין פירושה שהחלטת בג"ץ היא החלטה "פוליטית". הפסיקה אכן מצמצמת את מרחב הפעולה הפוליטי של רשויות השלטון, אך יסודה בשיקולים משפטיים ובקני־מידה משפטיים. הימנעות מפסיקה שלה תוצאות פוליטיות יכולה אולי למנוע ביקורת של הרשויות הפוליטיות על בג"ץ, אולם תהיה בכך פגיעה באמון רוב הציבור בשפיטה וקיפוח עקרונותיה של הדמוקרטיה הישראלית, הרואה בדה־פוליטיזציה של השירות הציבורי ערך־יסוד.

(ג) הרחבת מעגל המבוקרים בבג"ץ

כפי שעולה מהפסיקה שבידונה, התרחב עם השנים מעגל המבוקרים הנקראים לתת דין־וחשבון בבג"ץ. ביקורת בג"ץ מופנית בעיקרה כלפי המינהל הציבורי, על שלוחותיו, מטבע הדברים מתמקד מאמר זה בביקורת זו. ביקורת בג"ץ על הכנסת מצומצמת בשיעורה ובהיקפה, יחסית לביקורת בג"ץ על המינהל הציבורי, ותידון להלן בנפרד.

אשר לרשויות המינהל הציבורי, הדגישה הפסיקה שאין חסינות מביקורת שיפוטית גם לעומדים בראש הפירמידה של הרשות המבצעת. בבג"ץ איזנברג הובהר באשר לממשלה, ש"מעמדה הרם של הממשלה, כרשות המבצעת של המדינה... אין בכוחו להעניק לה כותות שהחוק אינו מעניק לה... זהו שלטון החוק הפורמאלי, אשר לפיו כל הרשויות השלטוניות, לרבות הממשלה עצמה, כפופות לחוק".[85] מפסיקת שנות התשעים עולה גם נכונות בג"ץ להפעיל הלכה למעשה ביקורת שיפוטית רחבה על החלטות ראש־הממשלה. כך בעת שמדובר בסמכותו החוקית – שלה אופי משפטי־פוליטי, המשתרעת מעצם טבעה על מגוון רחב של שיקולים – להעברת שר וסגן־שר מכהונתם. חיוב ראש־הממשלה בהפעלת סמכותו זו, שהחוק לא תחם לה גבולות, כנגד שר וסגן־שר שכנגדם גובש כתב־אישום בעבירות חמורות,[86] מבטא אקטיביזם שיפוטי מובהק. התערבות שיפוטית מרחיקת־לכת זו, הראויה בגין תרומתה לשיפור איכותו הערכית־מוסרית של השלטון, נעשתה על דעת הרכב מיוחד של חמישה שופטים, בראשות נשיא בית־המשפט העליון או, מאיר שמגר. על

84. הגישה החדשה גובשה בעקבות פסיקת בג"ץ והובהרה לשרי הממשלה במכתבו של נציב שירות המדינה, עו"ד שמואל הולנדר, מ־15.10.98. בהקשר זה ראו מאמר מערכת, "מינויים וכישורים", **הארץ**, 9.10.98, ב 1.

85. ראו בג"ץ איזנברג (לעיל, הערה 41), 274.

86. בג"ץ **התנועה לאיכות השלטון** (לעיל, הערה 42); בג"ץ **אמיתי** (לעיל, הערה 43).

תקפותן של הלכות אלה, שנפסקו ב-1993, נראה שאין עוררין על פסיקת בג"ץ, בית-המשפט העליון איננו מבקש, באופן עקרוני, לסטות ממנה בעת שמדובר בהגשת כתב-אישום כנגד שר או סגן-שר, גם לאחר השינוי החוקתי שבבחירת ראש-הממשלה בבחירות כלליות, במישרין על-ידי העם.[87] אכן, אין בשינוי זה כדי להצדיק צמצום היקפה של הביקורת השיפוטית של בג"ץ על הימנעות ראש-הממשלה מהפעלת סמכותו בהקשר זה, ברוח ההלכות שנפסקו.

להתערבות השיפוטית בהחלטות הממשלה וראש-הממשלה משמעות מיוחדת במישור יחסי הרשות השופטת והרשות המבצעת. מעמדם הרם של הממשלה ושל ראש-הממשלה מצדיק ראייה רחבה של סמכותם ומתן משקל לאופן שבו הם רואים את טובת הציבור, כך אמור להיות שמור להם מגוון רחב של שיקולים רלבנטיים ושל קביעת נוסחת האיזון בין השיקולים הרלבנטיים ובין עצמם. לפיכך התערבות שיפוטית של בג"ץ בהחלטתם נושאת עמה משמעות מיוחדת, המתוספת על זו שאפשר לייחסה להתערבות בהחלטה של נושא תפקיד ציבורי אחר. לגישתי, אפשר להצדיק את ההתערבות בהחלטות שנזכרו כאן בהתחשב בתפקידו של בג"ץ בהשבחת תוכנו של עקרון שלטון החוק, גם נוכח המעמדה וראש-הממשלה.

הגישה, שלפיה אין גוף מגופי המינהל הציבורי החסין מביקורת שיפוטית עולה גם מהחלטות שהפעילו לראשונה ביקורת שיפוטית כנגד נושאי תפקידים בעלי אופי מיוחד. בבג"ץ שפטל שנפסק ב-1989 נפרץ לראשונה המחסום מפני הפעלת ביקורת שיפוטית הלכה למעשה על החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד אדם לדין פלילי.[88] אותו דין של הכפפת כל רשויות המינהל הציבורי לביקורת שיפוטית הוחל באותה שנה לראשונה על הצנזור הצבאי.[89]

בגדר תפקידים שלהם אופי מיוחד, אשר אין לסווגם עם נושאי תפקידים במינהל הציבורי, אפשר למנות את מבקר המדינה, האחראי בפני הכנסת. בהחלטת בג"ץ ב-1995 בעניין טרנר הובהר שמבקר המדינה, שהוא רשות מרשויות המדינה, הממלא תפקיד ציבורי על-פי דין, כפוף לביקורת שיפוטית. בג"ץ הצהיר, שמדיניותו השיפוטית היא להימנע מלהיכנס לבירור נושאים שנידונו כבר בביקורת המדינה. עם זאת, שלל בג"ץ את תוקפה של חוות-דעת שהבין המבקר לבקשת הוועדה לביקורת המדינה של הכנסת, אשר הטילה דופי ביושרו ובאמינותו של נושא משרה (מי שהיה מפכ"ל המשטרה), הואיל ולא

87. ראו לעיל, הערות 44-45 והטקסט לידן.

88. ראו בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מג (4) 356 (ההלטת בג"ץ, מפי השופט גבריאל בך, שלפיה יש "עניין לציבור" בהעמדת עיתונאי לדין בעבירת פרסום שיש בו כדי להשפיע על מהלכו של משפט או תוצאתו, בניגוד לקביעת היועץ המשפטי); בג"ץ 935/89 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מד (2) 485 (התשובות בג"ץ בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין פלילי את הבנקאים הבכירים בפרשת ויסות המניות הבנקאיות).

89. ראו בג"ץ שניצר (לעיל, הערה 19).

ניתנה לו זכות העיון והתגובה על חומר שהצטבר כנגדו במהלך הכנת חוות־הדעת.[90] פסק־הדין הוא שער חדש, אם כי לא רחב, להפעלה אפשרית של ביקורת שיפוטית על דרכי עבודתה של ביקורת המדינה, בשעה שממצאיה מכתימים לא רק את מקצועיותו של אדם, אלא גם את יושרו ואמינותו. אפשר לצדד בהרחבת הביקורת השיפוטית, לפחות במקרים מיוחדים, גם על מסקנות הביקורת המשליכות על מקצועיותו של נושא משרה. הצורך ביעילות פעולת הביקורת איננו יכול לגבור תמיד על הפגיעה בפרט, נשוא הביקורת, אפילו מדובר רק בכישוריו המקצועיים.

בעת שמדובר בביקורת שיפוטית חריגה ונדירה על נושאי תפקידים בעלי אופי מיוחד, מן הראוי להתייחס גם לביקורת בג"ץ על החלטות נשיא המדינה. משנקרא בג"ץ ב-1951 לדון בעתירת ז'בוטינסקי נ' וייצמן, נפסק, בהסתמך על "חוש המומחיות של המשפטן", כי שאלת אופן הפעלת שיקול־דעת הנשיא בהליכי הקמת ממשלה חדשה איננה שפיטה, הואיל ואי־אפשר להכריע בה על־פי קריטריונים משפטיים.[91] שאלת הביקורת השיפוטית על החלטות נשיא המדינה עמדה על תודה בפרשת קו 300. באותו עניין העניק הנשיא ב-1986 חנינה לאנשי השב"כ שהיו מעורבים בתריגת מתבלים שהשתלטו על אוטובוס. החנינה ניתנה באשר לכל העבירות שבוצעו בפרשה, בטרם נבקטו צעדים משפטיים כנגד אנשי השב"כ. הסמכות לחון בטרם הרשעה עמדה במוקד עתירתם של משפטנים ותברי־כנסת.

בג"ץ אישר, בדעת רוב, את עצם סמכות החנינה בטרם הרשעה. באשר לביקורת שיפוטית אפשרית על אופן הפעלתה של סמכות החנינה בידי נשיא המדינה, הסכימו כל השופטים לכך שבעוד שנשיא המדינה עצמו חסין מביקורת שיפוטית (מכוח הוראת חוק־יסוד: נשיא המדינה), הרי ששיקול־דעתו איננו חסין. כך חסינות הנשיא משמעה חסינותו מביקורת שיפוטית ישירה, ואין לחייב את הנשיא לתת לבג"ץ דין־וחשבון על טעמי החלטתו. עם זאת, אפשר לתקוף בפני בג"ץ את שיקול־דעת הנשיא בתקיפת עקיפין. כך, למשל, אפשר לעתור לבג"ץ כנגד הרשות האחראית להחזקתו במאסר של מי שנידון למאסר בטיעון, ששחרורו מבית־הסוהר נעשה על־פי חנינה מאת נשיא המדינה, אשר ניתנה שלא כדין. בפסק־הדין, שאישר את הסמכות לחון בטרם הרשעה, נפסק גם, ששיקול־דעתו של הנשיא הופעל במסגרת מתחם הסבירות.[92]

קשה לתאר הפעלת ביקורת שיפוטית של בג"ץ על החלטות הנשיא לחון, אלא במקרים נדירים ותריגים ביותר. עם זאת אפשר לומר, שעצם ההכרה באפשרות להפעלת ביקורת שיפוטית – אפילו בטרם נעשה הדבר, הלכה למעשה – תואמת את הצורך למנוע קיומן של סמכויות בלתי־מוגבלות של רשות שלטונית, התופשית מביקורת שיפוטית. חופש כזה, שסכנתו רבה לפרט, כמעט שאיננו מוכר במשפטה הציבורי של מדינת ישראל. גם נכונות בג"ץ להפעלת ביקורת שיפוטית מצומצמת, ואפילו נדירה בלבד, די בה כדי

90. ראו בג"ץ 4914/94 **טרנר נ' מבקרת המדינה ואח'**, פ"ד מט (3) 771.

91. ראו בג"ץ 51/65 **ז'בוטינסקי ואח' נ' וייצמן**, פ"ד ה 801.

92. ראו בג"ץ **ברזילי** (לעיל, הערה 27) וכן הערות 27-29 והטקסט לידן.

להביא לכך שרשות שלטונית תחשב את צעדיה בידיעה שביקורת שיפוטית איננה מתון למעגל האפשרויות. לעתים כוחו של בג"ץ במרקם הרשויות הוא בעצם קיומו.

ההכרה בחשיבות עצם קיומה של אפשרות לביקורת שיפוטית, אפילו אם קשה להניח התערבות הלכה למעשה, רלבנטית גם להצהרת בג"ץ שלפיה החלטת הממשלה להקים, או להימנע מלהקים, ועדת־חקירה ממלכתית, מכוח חוק ועדות־חקירה – כפופה לביקורת שיפוטית, כאמור, גם כשברור כי התערבות שיפוטית תיתכן רק במקרים חריגים ונדירים, עד שקשה לתאר מקרה של התערבות בהחלטה כזו, הנחשבת להחלטה בעלת אופי ציבורי הנמצאת מחוץ לגלקסיה המשפטית.[93] אפשר להניח, שגישת אי־ההתערבות תחול גם על התערבות בממציאה ובמסקנותיה של ועדת־חקירה. הוועדה היא חלק מרשויות המדינה, ממלאת תפקיד ציבורי מכוח דין וכפופה אפוא לביקורת בג"ץ. עם זאת נראה, שהעובדה כי חברים מתמנים בידי נשיא בית־המשפט העליון, בראשה עומד שופט בכיר ומסקנותיה הן המלצות בלבד ואינן מטילות חיוב משפטי על הממשלה לפעול, תביא להתערבות נדירה בלבד בקביעותיה. כך באשר לממצאים ולמסקנות וכך גם בפרשנות שנתנה הוועדה להוראות חוק המחייבות אותה בדרך עבודתה. אפשר לשער, שגישת אי־ההתערבות שהיתה מקובלת בפסיקת בג"ץ בהקשר זה בשנות השבעים לא תשתנה אלא בנסיבות יוצאות־דופן,[94] עם זאת, אין להפחית בחשיבות עצם העובדה שתיתכן עתירה לבג"ץ גם כנגד מסקנות ועדת־חקירה ממלכתית – עתירה שלא תידחה אלא לאחר התייחסות לגופו של עניין.

הרחבת מעגל הגופים המבוקרים התבטאה לא רק באשר לגופים הנמנים עם המינהל הציבורי במובנו הרחב. הרחבת המעגל מתבטאת גם בפסיקת בית־המשפט העליון,

---

93. ראו בג"ץ 152/82 **אלדן נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לו (4) 449 – אי־התערבות בהחלטת הממשלה להקים ועדת־חקירה בפרשת רצח חיים ארלוזורוב שאירע בשנות השלושים; בג"ץ 2624/97 **ואח' ידיד ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'** (טרם פורסם) – דחיית עתירה המבקשת שהממשלה תורה על הקמת ועדת־חקירה בפרשת בר־און; בג"ץ 6001/97 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין נ' ראש הממשלה ואח'** (טרם פורסם) – דחיית עתירה שהממשלה תורה על הקמת ועדת־חקירה לחקירת נסיון ההתנקשות בחייו של פעיל החמאס תאלד משעל על־ידי המוסד על אדמת ירדן.

94. בשעתו הוגשו עתירות כנגד הפרשנות שנתנה ועדת אגרנט לחקירת מלחמת יום־הכיפורים להוראות חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968, ס"ח 28, באשר לזכויות הקיימות בידי מי שלגביו נקבעים ממצאים בדו"ח. פסקי־הדין בנושא מבטאים אי־נכונות להתערבות בפרשנות הוועדה, אפילו זו נראית מוטעית ובעייתית. ראו בג"ץ 128/74 **גונן נ' ועדת החקירה – מלחמת יום הכיפורים ואח'**, פ"ד כח (2) 80; בג"ץ 469/74 **גונן נ' ועדת החקירה – מלחמת יום הכיפורים ואח'**, פ"ד כט (1) 635. בהקשר זה ראו רות גביזון, "על־פירושו הנכון של סעיף 15 לחוק ועדות החקירה, תשכ"ט-1968, ועל התערבותו של בית־המשפט הגבוה לצדק", **משפטים** ו (תשל"ה-תשל"ו) 548; שמעון שטרית, "ועדת החקירה – מלחמת יום־הכיפורים: המאזן הכולל – לכף זכות", **משפטים** ח (תשל"ז) 74; אביגדור קלגסבלד, "צמצום זכות הטיעון בפני ועדת־חקירה", **משפט וממשל** ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 751.

המחילה את עקרונות המשפט הציבורי על גופים שאינם חלק אינטגרלי מהמינהל הציבורי, אלא שתפקידם הוא כזה המצדיק את הפעלת עקרונות המשפט הציבורי לגביהם. כך הותלו כללים אלה, למשל, על חברה־קדישא, שהיא עמותה פרטית. בית־המשפט העליון נכון היה להרים את המסך ולהשקיף על מהות פעולתו הציבורית של גוף פרטי כזה, שהובילה לכך שהחברה חויבה בעקרונות־היסוד של המשפט הציבורי.[95]

(ד) הרחבת עילות הביקורת וגבול הביקורת השיפוטית

פתיחת שערי בג"ץ בפני עותרים ציבוריים והרחבת מעגל הנושאים והגופים המבוקרים, שבעבר היו חסינים למעשה מביקורת שיפוטית, יצרו תשתית להתערבות שיפוטית בתוכן ההלטתן של רשויות המינהל הציבורי. התערבות כזו במהות ההחלטה, ולא רק בדרך הדיונית שבה הגיעה הרשות למסקנתה, העמידה את בג"ץ במרכז המגרש השלטוני. התפרסות הביקורת השיפוטית הלכה בד־בבד עם חיזוקן של עילות הביקורת ה"קלסיות" ופיתוחן של עילות חדשות. כללית אפשר לומר, שביסוד ביקורתו השיפוטית של בג"ץ על הרשויות עומדת דרישת חוקיות השלטון. ביקורת שיפוטית בעלת היקף רחב התפתחה כנורמה רווחת החל בפסיקת בג"ץ בשנות השמונים. היא מחייבת את השלטון לפעול לא רק במסגרתו הפורמלית של החוק (פעולה "כחוק"), אלא גם במסגרתו המהותית של עקרון שלטון החוק (פעולה "כדין"). אפשר לומר, שהיקף הדרישה לפעול "כדין" הוא כרוחב הגדרתו של מושג זה בפסיקות בג"ץ.

בעיצוב ה"דין", המחייב את רשויות המינהל הציבורי מכוח הלכה פסוקה, אפשר לתאר את בג"ץ כמי שהציב במשך כחמישים שנות פסיקה סולם רב־שלבי שעליו מטפסת הביקורת השיפוטית. בשלב הראשון פועלת הביקורת השיפוטית רק למניעת תריגתה של הרשות אל מחוץ למסגרת הפורמלית שייעד לה החוק. מדובר בדרישה שהרשות תמלא את תפקידה בדל"ת אמות סמכותה, תוך מילוי דרישות מפורשות שהטחוקק הציב בפניה. כך, למשל, אם הפקיד המחוקק בידי שד את הסמכות להחליט על הפקעת מקרקעין ל"צורכי ציבור", די לביקורת בכך שהשר הוא בעל הסמכות התוקית להפקעה שהצהיר כי ב"צורכי ציבור" מדובר. בג"ץ לא יבדוק את הצורך הממשי בהפקעה, לא את השאלה אם ניתנה לבעל־המקרקעין זכות להישמע בטרם פעולה ואף לא את סבירות ההחלטה להפקיע נוכח הפגיעה בזכות הקניין של הפרט. ביקורת זו, להוציא חריגים, היא שאפיינה את פסיקת בג"ץ בשלושת העשורים הראשונים למדינה. ביקורת צרה כזו, שבה משמש בג"ץ למעשה לא יותר מאשר "פה למחוקק", איננה מעוררת מטבע הדברים ביקורת כנגד הפעלתה.

בשלב השני הביקורת השיפוטית אקטיביסטית יותר. אין היא מסתפקת עוד בהיותה מעין שליחה לשמירת הוראתו המפורשת של החוק (קיום סמכות פורמלית), אלא היא מעצבת בהלכה פסוקה את ה"דין" שהרשות הציבורית חייבת לכבדו (קיום סמכות מהותית). בג"ץ פוסק, למשל, בדבר חובת הרשות לקיים כללים שיסודם ב"צדק הטבעי", כחובה לשמוע אדם בטרם תיפגענה זכויותיו, גם נוכח שתיקת המחוקק שהעניק סמכות לרשות, מבלי לקבוע הוראות בדבר אופן הפעלתה. בשלב זה מופעלת הביקורת

95. ראו ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464.

השיפוטית, נוסף על קביעת מסגרת השיקולים הרלבנטיים שמותר לרשות לשקול בקבלת החלטתה, גם כשהמחוקק לא תחם את מגוון השיקולים הלגיטימיים. כך, למשל, פסיקה הקובעת את פסלותו של מינוי למשרה ציבורית בהיותו נשען על שיקול פוליטי, המוגדר כשיקול זר. הוא־הדין בהחלטת שר שלא להסגיד את מי שהוכרו כ"בר־הסגרה" בידי בית־המשפט המוסמך, הואיל והתעלם משיקול רלבנטי, מעקרון ההרדיות ומחשיבות יחסיה הבין־לאומיים של המדינה.[96] השלב השני הזה החל להיות מוכר בפסיקת בג"ץ ככבר בשנות השישים ונעשה רווח בשני העשורים האחרונים.

בשלב השלישי – שהחל להתעצב בשנות השמונים – שוב אין בג"ץ בוחן רק את השאלה, אם שקלה הרשות את כל השיקולים הרלבנטיים והתעלמה משיקולים זרים. בשלב זה בוחן בג"ץ גם את שאלת המשקל שייחסה הרשות לשיקול רלבנטי זה או אחר. הוא לא יהסס לבטל את החלטת הרשות אם יידאה לו שהרשות לא איזנה כראוי בין שיקולים רלבנטיים, למשל: כשהעניקה משקל רב מדי לבטחון המדינה על חשבון חופש העיתונות. עילת אי־הסבירות, שהופעלה כתריג בשנות החמישים בבג"ץ קול העם,[97] ואף זאת מבלי שנקראה בשמה, היתה למאפיין של הביקורת השיפוטית בשנות השמונים. היא עוצבה במלוא תפארתה בפסק־דינו של השופט אהרן ברק בבג"ץ דפי זהב[98] והיתה למלע־מחלוקת בתוככי הרשות השיפוטית עצמה.[99] אכן, לא יכול להיות ספק בכך ששימוש בעילה זו נותן בידי בג"ץ מכשיר חד להתערבות שיפוטית ואף להמרת שיקול־דעתה של הרשות בשיקול־דעתו של בג"ץ, אפילו מעדיף בית־המשפט שלא להודות בכך.

שימוש כזה עולה מפסיקה מגוונת. הוא בלט בבג"ץ שניצר,[100] שבו התערב בג"ץ בשיקול־דעתו של הצנזור הצבאי. בג"ץ הדגיש בהחלטה זו – מפי השופט אהרן ברק – שאין הוא פועל כצנזור־על וכי טעם ההתערבות הוא בכך שהחלטת הצנזור הצבאי לקתה באי־סבירות קיצונית עד ששום צנזור סביר לא היה מגיע אליה,[101] עם ההסכמה לעיקרון שנפסק שם, שלפיו התערבות הצנזורה ראויה רק כאשר ישנה ודאות קרובה לפגיעה רצינית בבטחון המדינה, אי־אפשר להימנע מן המסקנה שבג"ץ המיר את שיקול־דעתו של הצנזור הצבאי בשיקול־דעתו־הוא. גם הקיצוניות שבאי־סבירות החלטתו של הצנזור

96. ראו בג"ץ 852/86 ואח', בשג"ץ 483/86 ואח' אלוני ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מא (2) 1.

97. לעיל, הערות 19-23.

98. בג"ץ 389/90 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', לה (1) 421.

99. להארת המחלוקת ראו משה לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי", עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5; מיכל שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי", משפטים יב (תשמ"ב) 102. לחשיבותה של עילת אי־הסבירות לביקורת שיפוטית ממשית ראו: Jeffrey Jowell and Anthony Lester, "Beyond Wednesbury – Substantive Principles of Administrative Law", *Public Law* (1987) 368.

100. לעיל, הערה 19.

101. ראו לעיל, הערה 59 והטקסט לידה.

מוטלת בספק, אפילו נראה שהחלטתו בלתי־סבירה וראויה היתה להתבטל. בג"ץ "צבע" שם את ההחלטה בצבעים עזים של אי־סבירות קיצונית כדי להצדיק את התערבותו, שאיננה מקובלת במקרה של אי־סבירות "סתם". בבג"ץ צוקר, שנפסק ב-1989, הודגש ייחודה של עילת אי־הסבירות משביטל בג"ץ את החלטת שר־הפנים להשהות את אישור התוכנית להקמת אצטדיון בירושלים עד לאישורה של תוכנית מתאר כוללת,[102] היתה זו התערבות שיפוטית בסדר העדיפויות של רשות ציבורית, שמקובל היה לראותו כנתון לשיקולה־שלה.

היקפה הרחב של עילת אי־הסבירות, שיסודה במתן משקל בלתי־ראוי לשיקול רלבנטי, מבליט את השוני מהתערבות בהחלטה שיסודה בשיקול בלתי־רלבנטי ששקלה הרשות. במקרה האחרון ההתערבות מובנית מעצמה, שכן אין רשות מוסמכת לפעול שלא על־פי שיקול הרלבנטי לסמכותה. התערבות בגין אי־סבירות בשל משקל בלתי־ראוי שיוחס לשיקול רלבנטי היא חדירה ללבה של ההחלטה המינהלית, כאשר בג"ץ הוא גם השופט בשאלת המשקל שיש לתת לשיקול זה או אחר, ואפילו לעניין סדר־העדיפות הוא תותם את הסבירות שרשות ציבורית חייבת לפעול במסגרתה. המציאות השיפוטית היא כזו, שבה נדחות עתירות רבות בקביעה שהרשות פעלה במסגרת מתחם הסבירות המאפשר, למשל, קבלת שתי החלטות סבירות שונות שבשתיהן לא יתערב בג"ץ. התערבותו תהיה רק במקרה שייקבע כי אי־הסבירות היתה קיצונית ומפליגה.

בבג"ץ **הטלוזיה הלימודית הישראלית**,[103] שנפסק ב-1999, הובהר שבג"ץ איננו נדרש להכריע איזו גישה נראית בעיניו, והוא יתערב רק אם החלטת הרשות חורגת ממתחם הסבירות. במקרה שנידון הצדיק בג"ץ לגופה את החלטת הרשות השנייה לרדיו ולטלביזיה שלא להעניק לטלביזיה החינוכית זמן שידור בשעות־שיא של צפייה, הואיל ושיקולי רווח והפסד אינם אבן־הבוחן לפעולתה, מה שאין כן לגבי שאר הזכיינים. אלא שהצדקת ההחלטה לגופה איננה הכרחית לאי־התערבות שיפוטית. די להחלטה שלא תימצא בלתי־סבירה באופן קיצוני כדי שבג"ץ לא יתערב בה, ואפילו שופטיו היו מגיעים להחלטה שונה. במציאות השיפוטית – שבה נדחות עתירות רבות הואיל ובג"ץ איננו מוכן בנקל לראות בהחלטות מינהליות החלטות שיש בהן משום אי־סבירות קיצונית – קשה לראות בעילת אי־הסבירות מכשיר שיפוטי לניהול המינהל הציבורי, כפי שנטען לא אחת.

השלב השלישי של הביקורת השיפוטית כולל, החל בשנות התשעים, את הפעלתה גם בעילת **המידתיות** או **היחסיות**. עילה זו מדגישה את האמצעי שנקטה הרשות כדי להשיג את מטרתה הלגיטימית כלשעצמה. כך ייתכן גם שהרשות פעלה כפי שרשות סבירה היתה רשאית לנהוג, אלא שהאמצעי שנקטה פגע יותר מהמידה הדרושה בזכויות הפרט, יחסית למטרה שביקשה הרשות להשיג. הפעלת עילה זו הוצעה בעיקר בהקשר של נקיטת אמצעים חמורים ביותר על־ידי הרשויות – כמו הריסת בתים או גירוש – בשטחים וכנגד נקיטת אמצעים חמורים הפוגעים בזכויות הפרט. יישום עילה זו נעשה באופן נדיר ותדיר

102. ראו בג"ץ 581/87 ואח' צוקר ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד מב (4) 529.

103. ראו בג"ץ 4170/96 **הטלוזיה הלימודית הישראלית** נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו ואח' (טרם פורסם).

בפסיקת בג"ץ בעניין הריסת בית בשטחים.[104] עם זאת אפשר לומר, שעילת היחסיות – כעילה עצמאית לביקורת שיפוטית, שעניינה באמצעי שננקט נוכח אפשרות לנקיטת אמצעי אחר, חמור פחות, להשגת מטרתה של הרשות השלטונית – חדרה ללבו של המשפט הציבורי בישראל. כך, למשל, בוטלה הגבלה מינהלית על חופש העיסוק שהטילה לשכת עורכי־הדין על חבריה, בעת שאפשר היה להשיג את עיקר המטרה באמצעות כלל אתי מחמיר פחות להגבלת עורך־דין מלעטוק בעניין שטיפל בו עורך־דין אחר.[105] אם שנות השמונים התאפיינו בבג"ץ בהתמקדות בעילת הסבירות כתשתית לביקורת שיפוטית, הרי שנראה כי בשנות התשעים ההתמקדות היא בעילת המידתיות־יחסיות, יתרונה בהתמקדותה באמצעי שננקט ובחוסר־הפרופורציה שבינו ובין המטרה שרוצים להשיגה נוכח הפגיעה בפרט ואת, כנגד עילת אי־הסבירות, שהיא רחבה ובלתי־מוגדרת, ומביאה אף לרתיעתו של בג"ץ משימוש תכוף בה.

העילות הקיימות לביקורת שיפוטית – ובמיוחד אלה שעניינן סבירות ומידתיות־יחסיות – נותנות בידי בג"ץ מכשירים משוכללים לביקורת שיפוטית. אלה ראוי להם כי יופעלו נוכח פגיעת הרשות בזכויות־יסוד של הפרט או בעקרונות־יסוד של המשפט הציבורי מעבר למידה המתחייבת מהצורך להגן על האינטרס הציבורי. ביקורתו השיפוטית של בג"ץ איננה משתרעת על תבונת ההחלטה של רשות ציבורית, על מידת ההיגיון שבה או על יעילותה בהשגתה של תכלית ראויה. החלטה שאיננה בלתי־סבירה באופן מהותי, שנתקבלה על־ידי הרשות בלא שהיא פוגעת למעלה מן הנדרש בזכויות הפרט או בערכי־יסוד אחרים של השיטה המשפטית, אכן איננה צריכה להיות נושא לביקורת שיפוטית. החלטת רשות ציבורית, שבידה ניתנה הסמכות התוקית, צריכה לעמוד על כנה אפילו תיראה בעיני בג"ץ בעדרת־תבונה, בלתי־יעילה ושאינה מצטיינת בראייה לטווח ארוך.

בכך מותווים גבולותיה של הביקורת השיפוטית בבג"ץ יחסית, למשל, לביקורתה של ועדת־חקירה ממלכתית, שהממשלה החליטה על הקמתה, כשבכך העמידה את תבונת שיקול־דעתה לביקורתה. גבול ראוי מוצב גם לביקורת השיפוטית באשר לביקורת מבקר המדינה – המשתרעת מכוח סעיף 2 לחוק־יסוד: מבקר המדינה – גם על "...הניהול

---

104. ראו זאב סגל, "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי", הפרקליט לט (תש"ן-תשנ"א) 507; זאב סגל, "סמכות במתוגית, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 477.

105. ראו בג"ץ 4330/93 ואח' גאנם ואח' נ' לשכת עורכי הדין ואח', פ"ד נ (4) 221. לביטול הוראת חוק בגין פגיעתה בחופש העיסוק למעלה מן הנדרש ראו להלן, בדיון בבג"ץ כבית־משפט חוקתי. לעילת היחסיות-מידתיות ראו כללית אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי – פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 535-557. לביטול החלטת משרד־החינוך־והתרבות, שמנעה מבית־ספר השתתפות בהסדר מיוחד, שעניינו בחינות־הבגרות, והאיל האמצעי שננקט איננו עומד בדרישת המידתיות-יחסיות – ראו בג"ץ 5477/93 בן עטיה ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט (5) 1. ראו: Itzhak Zamir, "Unreasonableness, Balance of Interests and Proportionality", 11 *Tel Aviv University Studies in Law* (1992) 131.

התקין, היעילות והחיסכון של הגופים המבוקרים..." אכן, עניינים כאלה צריכים להיות "מחוץ לתחום" עבור הביקורת השיפוטית, שאחרת יפעל בג"ץ מָשָׁל הסמכות המקורית בנושא שמדובר בו היא שלו ולא של הרשות המוסמכת.[106]

ג. ביקורת שיפוטית על הכנסת – בג"ץ כבית־משפט חוקתי

במילוי תפקידיה נתונה הכנסת לביקורתו השיפוטית של בג"ץ, שכן סמכותו החוקית משתרעת על מתן צווים לרשויות המדינה הממלאות "תפקיד ציבורי על־פי דין". אלא שסמכות לחוד ושיקול־דעת לחוד. בתמצית אפשר לומר שבג"ץ ראה, ורואה, את עיקר תפקידו בקיום ביקורת שיפוטית על המינהל הציבורי. באשר לכנסת, מגלה בג"ץ רגישות למעמדה המיוחד של הכנסת שהיא "בית־הנבחרים של המדינה" – כהגדרת חוק־יסוד: הכנסת. בצד הגישה ששלטון החוק אמור להיות מופנה גם לכנסת עצמה – בבחינת "שלטון החוק במחוקק"[107] – מאפיינת את גישת בג"ץ התחשבות מרבית בעצמאות הכנסת ובריבונותה, המסמלת את ריבונות העם.

גישה זו, הנשענת על רצון להימנע מהתערבות שיפוטית בהחלטות הגוף הפוליטי העליון, יוצרת שפיטות מוגבלת של החלטות הכנסת. כך קורה שהחלטות מסוגים שונים, שאפשר להכריע בתוקיותן על־פי אמות־מידה משפטיות, זוכות בחסינות מביקורת שיפוטית בגין ייחוד מעמדה של הכנסת והכבוד שרוחשת הרשות השופטת לרשות המחוקקת, שממנה יונקות כל הרשויות את סמכויותיהן. גישה זו של ריסון שיפוטי עצמי היא ביטוי מובהק למה שמוגדר כאי־שפיטות מוסדית: אי־הכרעה שיפוטית בעניין מסוים, הניתן להכרעה בקני־מידה שיפוטיים, בגין שיקולי בג"ץ כמוסד המעדיף להשאיר עניינים מסוימים להכרעת הגוף הפוליטי, בעיקר כדי למנוע מראית־עין באשר ל"פוליטיזציה של השפיטה".

גישת־יסוד זו מאפיינת את ביקורתו השיפוטית של בג"ץ על הכנסת במכלול תפקידיה: כרשות מכוננת ומחוקקת המקבלת חוקי־יסוד וחוקים רגילים; כמשתתפת באישור תקיקת־משנה מינהלית שחוקקה הרשות המבצעת; כממלאת תפקידים "מעין־שיפוטיים" – בנטילת חסינותו של חבר מחבריה או בהשעייתו; כמקבלת החלטות שונות, פרוצדורליות ומהותיות בפעולתה, במליאה ובוועדות; וכמפקחת על הממשלה. בדרך ההכללה אפשר לומר, שהיקפה של הביקורת השיפוטית על הכנסת צר מזה הנוהג כלפי הרשות המבצעת – יהיה טיב החלטת הכנסת שמדובר בה אשר יהיה.

---

106. ביקורתה של ועדת־חקירה ממלכתית תואמת עקרונות של ביקורת שיפוטית, המופעלת על־ידי בג"ץ, אך משתרעת מעבר לכך על ביקורת התבונה שבהחלטה מדינית. להבהרת עניין זה ראו דו"ח ועדת החקירה לחקירת האירועים במחנות הפליטים בביירות, התשמ"ג (יו"ר: יצחק כהן, נשיא בית־המשפט העליון; פברואר 1983), פסקאות 79-80.

107. כביטויו של השופט משה זילברג בספרו כך דרכו של תלמוד (בית ההוצאה של הסתדרות הסטודנטים של האוניברסיטה העברית, תשכ"ד), 70.

בצד קביעה כוללת זו אפשר לומר, שהיקפה של הביקורת השיפוטית משתנה על־פי מהות ההחלטה המבוקרת. הבחנה מרכזית היא זו שבין ביקורת שיפוטית על הקיקת הכנסת ובין ביקורת שיפוטית על החלטות שאינן חוק. יסוד ההבחנה הוא בכך שחקיקה מבטאת את שימושה של הכנסת בכותה המשפטי המחייב, בהיות החקיקה "שפת הדיבור" המשפטית־נורמטיבית שלה. כך תוכל הכנסת, למשל, לחייב את הממשלה על־פי חקיקה לפעול בדרך מסוימת, אך לא תוכל לעשות כן באמצעות החלטה במליאה או בוועדה מוועדותיה, אלא־אם־כן הסמכות לקבלת ההחלטה מסוימת מעוגנת בחוק ספציפי. כך, למשל, החלטת הכנסת, מכות חוק־יסוד: הממשלה, ברוב של 61 ח"כים, להביע אי־אמון בראש־הממשלה יוצרת נורמה משפטית שמשמעה בחירות לכנסת ולראשות־הממשלה (סעיף 21). מה שאין כן החלטת הכנסת להביע אי־אמון בראש־הממשלה, המתקבלת ברוב של פחות מ־61 ח"כים. ההחלטה כזו נעדרת משמעות משפטית, וחשיבותה היא רק במישור הציבורי־פוליטי. להלן אדון בביקורת השיפוטית על הכנסת, תוך הבחנה בין החלטות שאינן חוק ובין ביקורת חוקתית על חקיקה.

1. ביקורת שיפוטית על החלטות כנסת שאינן חוק

במכלול החלטות אלה של הכנסת שאינן חוק ושאינן מתקבלות מכות הסמכה בחוק ספציפי, אפשר להבחין ברב־גוניותה של הביקורת השיפוטית, בהתאם לנושא ההחלטה. הביקורת תהיה רחבה יחסית בעת שמדובר בהחלטה של הכנסת, במלאה תפקיד "בעין־שיפוטי", למשל: בנטילת חסינותו של חבר בה. הטעם לכך הוא בהיות תפקידה זה דומה לתפקידו של בית־דין, כשמדובר בנטילת נכות של חבר־כנסת בידי גוף פוליטי, הממלא תפקיד בעל אופי שיפוטי. בהקשר זה הבהירה הפסיקה בשורת החלטות, שבהיות הליך נטילת החסינות "כעין־שיפוטי", חייבת הכנסת להפעילו תוך קיום כללי הצדק הטבעי, כמתן הזדמנות לחבר־כנסת להציג את עמדתו. בג"ץ מצדו רואה בהתערבותו בהליך הנטילה הפעלה של סמכותו המקובלת בהעברת אקטים מעין־שיפוטיים של גופים מינהליים שונים תחת שבט־ביקורתו. ואכן, בהקשר זה ניתנו כמה פסקי־דין שבהם התערב בג"ץ הלכה למעשה בהחלטות הכנסת.

כך, למשל, בהחלטה מ־1987 בבג"ץ מיעארי, נפסק שאין הכנסת מוסמכת ליטול מחבר־כנסת את חסינויותיו מפני חיפוש ומעצר ואת זכותו לחופש תנועה מיוחד, בלא תשתית עובדתית לקיום סיכון עתידי ממשי עקב פעולותיו.[108] בבג"ץ פנחסי מ־1993 בוטלה החלטת הכנסת ליטול את חסינותו של חבר מתבריה לשם העמדתו לדין פלילי משהובהר שלא ניתנה לחברי־הכנסת, שאישרו במליאה את המלצת ועדת־הכנסת ליטול את החסינות, הזדמנות נאותה לבחון את החומר הרלבנטי.[109] בשני מקרים אלה נתקבלו ההחלטות על דעת שלושה שופטים כנגד שניים. די בכך כדי להצביע על מחלוקת בדבר

108. ראו בג"ץ 620/85 מיעארי ואח' נ' יושב־ראש הכנסת ואח', פ"ד מא (4) 169.

109. ראו בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד מח (4) 492; פ"ד מט (1) 661. ראו גם בג"ץ 5368/96 פנחסי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נ (4) 364.

היקפה הראוי של ההתערבות השיפוטית בהחלטות הכנסת. גישה, המבטאת ריסון שיפוטי עמדה ביסוד פסיקת בג"ץ מ-1998, שדחתה עתירה כנגד החלטת ועדת־הכנסת לדחות את דיוניה בבקשה לנטילת חסינותו של חבר־הכנסת אריה דרעי. בהרכב מיוחד של תשעה שופטים הובהר, שפניית היועץ המשפטי לממשלה ליושב־ראש הכנסת בבקשה לנטילת החסינות די בה כדי לעצור את מירוץ ההתיישנות, כך שמדובר למעשה בהחלטת־ביניים של הכנסת, הנוגעת לסדרי עבודתה הפנימיים, שבה אין בג"ץ נוהג להתערב – "תהא מידת חוקיותה אשר תהא".[110]

סיווגה של החלטה כזו, שעניינה בהפעלת סמכות הביקורת של הכנסת על הממשלה – החלטה הרווית מתח פוליטי והנוגעת בסדרי עבודתה הפנימיים של הכנסת – מביאה לריסון שיפוטי חזק במיוחד. בהחלטה מ-1982 בבג"ץ שריד, שפתחה עידן של עתירות חברי־כנסת לבג"ץ כנגד החלטות של נושאי תפקידים בכנסת, סירב בג"ץ להתערב בהחלטת יושב־ראש הכנסת לדחות בשעות מספר את המועד לדיון בהצעת אי־אמון בממשלה, גם אם יש בה סטייה קלת־ערך מהתקנון. בג"ץ הציב באותו עניין את המבחן המקובל מאז, שלפיו יתערב בהליכים פנים־פרלמנטריים רק אם ידובר בפגיעה ניכרת במרקם החיים הפרלמנטריים וב"יסודות המבנה של המשטר התוקתי". רק אז יתגבר בג"ץ על רתיעתו מלדון בעניין פוליטי במהותו, בגין השיקול בדבר הצורך להבטיח את שלטון החוק שיועדף על־פני כל שיקול אחר.[111]

המבחן האמור משמש בידי בג"ץ חומה כנגד התערבות בגל נמשך של עתירות, שהיענות להן היתה מביאה את בג"ץ לפיקות מתמיד על עבודת הכנסת גם בעניינים פעוטי־ערך וחסרי־משמעות מבחינה חוקתית.[112] התערבות בהיקף רחב היתה מציבה את בג"ץ כשופט מרכזי אקטיבי במרכז הזירה הפוליטית, אך שכרה היה יוצא בהפסד מידת הגיתוק ההכרתית בין בג"ץ ובין עבודתה היומיומית של הכנסת. חברי־הכנסת מצדם היו מרבים לעתור במידה רבה מזו המקובלת כיום, כאשר ידועה מדיניות ההתערבות הנדירה. עתירות ח"כים לבג"ץ בענייני הכנסת איננה מונעת מהם, בכל מקרה הנראה טוב בעיניהם, לקבול על עודף התערבותו של בג"ץ בעבודת הכנסת. לטיעון כזה אין אחיזה במציאות.

---

110. ראו בג"ץ 3966/98 ואח' אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות ואח' נ' ועדת הכנסת ואח' (טרם פורסם), סעיף 23 לפסק־הדין. בינואר 1999 נטלה הכנסת, בהסכמתו של חבר־הכנסת אריה דרעי, את חסינותו לשם העמדתו לדין פלילי במה שידוע כ"תיק הציבורי", שעניינו מתן תמיכות לגופים מקורבים שונים בעת כהונתו במנב"ל משרד־הפנים וכשר־הפנים.

111. ראו בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד לו (2) 197, עמ' 203-204. מבחן זה אומץ על־ידי בג"ץ באשר להיקף הביקורת השיפוטית על הסכמים פוליטיים בין סיעות בכנסת. ראו לעיל, הערה 81 והטקסט לידה.

112. לדחיית עתירות בהקשר זה ראו, למשל, בג"ץ 1179/90 ואח' סיעת ר"צ, התנועה לזכויות האזרח ולשלום ואח' נ' ממלא מקום יושב־ראש הכנסת ואח', פ"ד מד (2) 31; בג"ץ 1956/91 שמאי נ' יושב־ראש הכנסת ואח', פ"ד מה (4) 313.

על רקע המבחן שנקבע לביקורתו השיפוטית של בג"ץ על החלטות הכנסת, המתייחדת למקרים נדירים של פגיעת הכנסת או נושאי תפקידים בה בערכים מהותיים של המשטר החוקתי, נעשתה התערבותו בבג"ץ סיעת כך. בפסק־דין זה הצהיר בג"ץ, שיושב־ראש הכנסת איננו רשאי למנוע מסיעת־יחיד ככזו מלהגיש הצעה להבעת אי־אמון בממשלה. בג"ץ נימק את התערבותו – בפסק־הדין שנתן השופט אהרן ברק, בהסכמתם של הנשיא מאיר שמגר והשופט אליעזר גולדברג – בכך שמניעת סיעת־יחיד מהגשת הצעה כזו עושה אותה ל"בעלת־מום פרלמנטרית", כשהפגיעה בה "היא עמוקה ונמשכת, והיא פוגעת במרקם החיים הפרלמנטריים כולם".[113]

תהייה אם אכן הלכה למעשה נכון בג"ץ להתערב אפילו בהחלטות הכנסת שיש לראות בהן פגיעה ניכרת במרקם החיים הפרלמנטריים, עולה מפסיקתו בשלהי שנת 1998, שדחתה עתירה כנגד כהונתו של חבר־הכנסת רפאל פנחסי, אשר הורשע – על־פי הודאתו – בעבירות שיש עמן קלון, כיושב־ראש ועדת־הכנסת. העתירה כנגד כהונת פנחסי – שהורשע בעבירות של קשירת קשר להשיג מטרה אסורה והצהרה כוזבת למבקר המדינה בעניין מימון מפלגות – נדחתה תוך ייחוד מעמדה של ועדת־הכנסת. ועדה זו נחשבת ל"כנסת זוטא", אחראית על תקינות עבודתה של הכנסת ועל אופן פעולתם של חברי־הכנסת, ובידה סמכויות חוקיות רבות. על רקע זה היה בסיס לטיעון העותרים כנגד הכהונה. בג"ץ דחה, כאמור, טיעון זה. בפסק־הדין – שניתן על־דעת הרכב של שבעה שופטים, בראשות נשיא בית־המשפט העליון, אהרן ברק – הודגש שחוק־יסוד: הכנסת, מבטא מטרה שתכליתה הגשמת רצון הבוחרים, ותכלית זו גוברת על הצורך בשמירת אמון הציבור בכנסת, העלול להיפגע מכהונה זאת. כך נפסק, שבהיעדר הוראה חקוקה אין להפריד בין כשירותו הבסיסית של אדם לכהן כחבר־כנסת ובין כשירותו לכהן כיושב־ראש ועדה בה.[114]

פסק־הדין מבוסס על אדני השקפה המצדדת בצמצום היקף הביקורת השיפוטית על ההלטות הרשות המחוקקת, בכלל, ועל החלטותיה בתחום הפנים־פרלמנטרי, בפרט. השקפה כזו סבירה עקרונית, כל עוד אין פירושה למעשה הימנעות מוחלטת מביקורת שיפוטית. נראה שפסק־הדין מבטא יתר ריטון שיפוטי, שאין להצדיקו. ב־1993 פסק בג"ץ, שראש־הממשלה חייב היה להעביר את חבר־הכנסת פנחסי מתפקידו כסגן־שר, חרף שתיקת המחוקק וחזקת החפות שחלה עליו, מעת שהתגבש נגדו כתב־אישום,[115] בעניין ההוא דובר בעבירות, שהן נשוא ההחלטה כאן, בטרם הרשעה. בעניין כאן מדובר בעתירה שנידונה לאחר הרשעת פנחסי בדין בעבירות חמורות שהוגדרו בהחלטה מ־1993 כעבירות בעלות אופי מיוחד, שיש בהן "משמעות כה חמורה לגבי נושא משרה כה גבוהה בשרות המדינה", עד כי לא היה מנוס מהפסקת כהונתו בטרם הרשעה. אי־התערבותו של בג"ץ בהחלטה כאן

113. ראו בג"ץ 85/73 סיעת "כך" נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141, עמ' 164.

114. ראו בג"ץ 7367/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (טרם פורסם).

115. ראו בג"ץ התנועה למען איכות השלטון (לעיל, הערה 42) ובג"ץ אמיתי (לעיל, הערה 43) והמקסט לידן.

כנגד כהונת פנחסי כיושב־ראש ועדת־הכנסת מתעלמת מפגיעתה החשובה של כהונה זו במרקם הפרלמנטרי ובאמון שהציבור אמור לרחוש לכנסת. ספק אם אפשר לומר, שרצון הבוחרים הוא שבכהונה כה חשובה בכנסת יכהן מי שהורשע בעבירות שלהן השפעה על יושרו של אדם. לפיכך יש להטיל ספק במידת נכונותו של בג"ץ הלכה למעשה להתערב בהחלטות פנים־פרלמנטריות, גם במקרה שבולטת פגיעתן במרקם החיים הפרלמנטריים.

בכפיפות לביקורת על ההחלטה האמורה נראה, שכללית השכילה פסיקת בג"ץ ליצור נוסחת איזון סבירה בין הצורך להבטיח שהכנסת תפעל לפי "כללי המשחק", האמורים לחייב את הרוב ולמנוע התעמרות במיעוט, ובין הצורך להימנע מלכפות משפט על הפוליטיקה, כאשר ערכי־יסוד ממשיים אינם נפגעים. המבחן שהתגבש – התערבות רק במקרה של פגיעה ניכרת במרקם הפרלמנטרי – הוא מבחן גמיש שיופעל בהתאם לייחוד הפגיעה והנושא הרלבנטי. ריסון שיפוטי, המכיר בייחודה של הכנסת, מבלי לאמץ דרגת ריסון שמשמעה שיתוק הביקורת השיפוטית, די בו למנוע תופעה בלתי־רצויה של ניהול עבודת הכנסת והחיים הפרלמנטריים בצל צווים שיפוטיים.

2. ביקורת שיפוטית־חוקתית על חקיקת הכנסת

חוקי־היסוד החדשים שנתקבלו בשנות התשעים – חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק־יסוד: חופש העיסוק – הקנו מעמד חוקתי על־חוקי לזכויות־היסוד שהוכרו בהם. מעמד זה – כפירושו על־ידי בית־המשפט העליון – נותן בידי בתי־המשפט סמכות להכריז על בטלותה של חקיקה רגילה, שהתקבלה לאחר קבלתם של חוקי־יסוד אלה, אם החקיקה פוגעת בזכויות־היסוד שלא במסגרת "פסקת ההגבלה" בחוקי־יסוד אלה המטילה הגבלה תוכנית על חקיקה עתידית של הכנסת. כהוראת "פסקת ההגבלה", אפשר לפגוע באמצעות חקיקה רגילה של הכנסת בזכויות־היסוד רק אם החוק הולם את ערכי המדינה, התקבל לתכלית ראויה ופגיעתו בזכויות־היסוד איננה למעלה מן הנדרש.

חקיקת־היסוד מכירה בכמה זכויות פרטיקולריות בשמן המפורש – כמו בזכות לקניין, לפרטיות ולחופש התנועה והעיסוק – ובזכויות בעלות משמעות כללית ורחבה כגון "כבוד האדם" ו"חירותו". ניסוח כה גורף משמעו מתן שיקול־דעת רחב ביותר לבתי־המשפט, ובראשם בית־המשפט העליון, להחליט מהן אותן "זכויות מסתתרות" שיש לראותן ככלולות בגדר הזכות לכבוד והזכות לחירות. ויכוח פוסקים בשאלה, אם נכללים בגדר זה זכויות כמו שוויון וחופש הביטוי, יוכרע בסופו של דבר על־ידי בית־המשפט העליון. במסגרת סמכותו יוכל בית־המשפט לקבוע מהן למעשה הזכויות שהוכרו בחקיקת־היסוד. מושגי־שסתום כמו "כבוד האדם" ו"חירותו" יכולים להכיל זכויות־יסוד פרטיקולריות רבות, ובהן גם הזכות לחינוך ואף זכויות חברתיות כזכות לבריאות ולרווחה חברתית מינימלית. לכל אלה יפה יותר הכרה בחקיקת־יסוד מפורשת, אולם בלא זאת יכולה ההכרה להיות פרי ההלכה הפסוקה שאיננה אמורה לקפוא על שמריה. אין ספק, שבידי בית־המשפט העליון מופקד כוח רב־עוצמה.

בית־המשפט העליון קבע בהחלטתו מנובמבר 1995, בע"א בנק המזרחי,[116] בהרכב

116. לעיל, הערה 10.

מיוחד של תשעה שופטים, שלבתי־המשפט בישראל סמכות לביקורת שיפוטית על חוקתיותה של חקיקת הכנסת, חרף היעדרה של הוראה מפורשת בחקיקת־היסוד. בבג"ץ משגב,[117] שנפסק בשנת 1999, הבהיר בג"ץ, כי ההלכה שנפסקה בע"א בנק המזרחי[118] בדבר הסמכות לבטל חוק חלה במקרה של ניגוד לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, או לחוק־יסוד: תופש העיסוק; ואין פירושה שהסמכות קיימת במקרה שהחוק מנוגד לחוק־יסוד: הטמשלה, למשל, אלא שגם כך נושאת עמה ההחלטה בע"א בנק המזרחי חשיבות רבה. פסיקה זו מצאה לעצמה משען בפסיקת בג"ץ מ-1969, בבג"ץ ברגמן,[119] שהעבירה תחת שבט הביקורת השיפוטית את חוקתיותו של חוק הכנסת שפגע בעקרון שוויון הבחירות לכנסת, מבלי שהתקבל ברוב של 61 חברי־כנסת – שהוא הרוב הדרוש לשינוי הוראת סעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת – הקובעת את עקרון השוויון ואת הדרך לשינויה. בג"ץ קבע, ששר־האוצר אינו רשאי לפעול מכוח החוק שנפסל כל עוד לא יוסר חוסר־השוויון שבו. בית־המשפט, בהרכב מיוחד של חמישה שופטים, הצהיר מפי השופט משה לנדוי, שלא ייכנס ביוזמתו לדיון בשאלה אם הוא מוסמך עקרונית להכריע בדבר חוקתיותו של חוק, הואיל והתחייב דיון דחוף בשאלת חוקתיותו של החוק הנידון, שעניינו היה מימון הבחירות לכנסת. נכונות בג"ץ או לפסול חוק, מבלי לברר ביוזמתו את שאלת הסמכות והשפיטות, היתה החלטה בעלת אופי אקטיביסטי מובהק, שהביאה לשלוש החלטות שלהן משמעות דומה. בע"א בנק המזרחי הדגיש בית־המשפט העליון את העובדה שפסיקתו משתלבת עם ההחלטה בעניין ברגמן, ברצותו להבהיר שאקטיביזם מסוג זה, המתבטא בעצם הנכונות להכריז על בטלות חקיקה בלא הסמכה מפורשת בחוק, איננו רק נחלת בג"ץ בשנות התשעים. העובדה שהשאלה החוקתית בדבר האפשרות לביקורת חוקתית על

117. ראו בג"ץ 102/99 משגב נ' הכנסת ואח' (טרם פורסם). בעתירה שהוגשה על־ידי "עותר ציבורי" מובהק – אודי משגב, סטודנט למדע־המדינה בפקולטה למדעי החברה באוניברסיטת תל־אביב – נטען שחוק־יסוד: הממשלה, קבע "נורמה חוקתית" לקיום בחירות מוקדמות בכל מצב תוך חודשיים, ומכאן שאין הכנסת יכולה לקבל חוק על התפזרותה שלפיו תתקיימנה הבחירות תוך ארבעה חודשים. בג"ץ הגדיר את הטענה כ"טכנית", אך דחה את העתירה בקובעו שחוק־יסוד: הכנסת, הרלבנטי לעניין זה, איננו מגביל במפורש את סמכות הכנסת לקבוע מועד בחירות מוקדמות כטוב בעיניה. בהקשר זה ראו זאב סגל, "בחירות מיד – עיקרון ועקף", הארץ, 29.12.98, ב 1.

118. לעיל, הערה 10 והטקסט הצמוד לה.

119. ראו בג"ץ 69/98 ברגמן נ' שר־האוצר ואח', פ"ד כג (1) 693 (להלן: בג"ץ ברגמן); בג"ץ 246/81 ואח' אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (4) 1; בג"ץ 141/82 רובינשטיין ואח' נ' יושב־ראש הכנסת ואח', פ"ד לז (3) 141; בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד מד (3) 529. בהקשר בג"ץ ברגמן ראו יעקב ש' צמח, "ביצד נוסדת סמכות שיפוט קונסטיטוציונית", המרקליט כט (תשל"ד-תשל"ה) 515.

חוקיות הכנסת נשארה פתוחה בפסיקה בבג"ץ ברגמן, איננה צריכה – לדעתי – להפחית מהיותה היסוד לביקורת שיפוטית על חוקתיות החקיקה.[120]

עם זאת ברור גם, שהאתגר האמיתי הניצב בפני בית־המשפט העליון, בעיקר בתפקידו כבג"ץ, לשמש בית־משפט חוקתי, הוצב לפתחו עם קבלת חקיקת־היסוד שהכירה במכלול של וכויות הפרט, היכולות, בפרשנות מתאימה, לחבוק ורוצות עולם. ניסוח חקיקה זו הוא רחב וגורף. כך, למשל, אין להיתפס למסקנה שהוצדפו ערכי הקניין וחופש העיסוק (השוק החופשי) על־פני ערכי שוויון, חירות הביטוי או זכויות חברתיות, אפילו האחרונות אינן נזכרות בשמן המפורש בחקיקת־היסוד. קרה שהחלטה האחת והיחידה שבה ביטל בג"ץ הלכה למעשה הוראה בחוק הכנסת, בהיותה מנוגדת לחקיקת־היסוד החדשה, עסקה בהוראה שולית שנמצאה מנוגדת לחופש העיסוק, בבג"ץ לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, שנפסק בספטמבר 1997 על דעת הרכב מיוחד של אחד־עשר שופטים, כוטלה הוראה בחוק הסדרת העיסוק בייעוץ להשקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995. בג"ץ פסק שהוראת המעבר, המתירה המשך עיסוק למי שעסק בעבר שבע שנים בניהול תיקי השקעות והמחייבת אחרים בכל הבחינות שנקבעו לשם היתר עיסוקם, איננה מידתית כנדרש בשל חוסר־התחשבותה בנסיונם של אלה שעסקו במקצוע פחות משבע שנים. בצד קביעה זו דחה בג"ץ טיעונים כנגד חוקתיותן של הוראות אחרות באותו חוק, כהוראה המחייבת מנהלי תיקים לפעול רק במסגרת חברה שלה הון עצמי מינימלי בסכום של 300,000 שקלים.[121]

על פסק־הדין נמתחה ביקורת מקיפה מכמה היבטים. כך נטען, כי ההוראה שבוטלה מיטיבה עם ציבור מאורגן של מנהלי ההשקעות, היכול למצוא את תיקונו במסדרונות הכוח בכנסת; ואילו ההוראה בדבר הצורך בהון עצמי כה רב, שנשארה על כנה, היא מכשול ממשי על חופש העיסוק של יחידים המבקשים לעסוק בייעוץ בהשקעות לאחר שרכשו השכלה מתאימה, בשעה שחברות גדולות, כמו הבנקים, לא יתקשו כלל להשיג את הסכום הנדרש. כנטען, "לפסק־הדין הנוכחי גוון אידיאולוגי כלכלי־חברתי די מובהק, הוא מגן על קבוצה מבוססת בת המעמד הבינוני־עליון על חשבון הרוב הזקוק להגנה על נכסיו".[122]

---

120. השופט משה לנדוי, שכתב את פסק־הדין בבג"ץ ברגמן (לעיל, הערה 119), איננו מסכים לכך שאפשר לראות בו בסיס לביקורת שיפוטית על חוקתיותה של חקיקה. ראו מאמרו, "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית־המשפט", משפט וממשל ג (תשנ"ה-תשנ"ו) 697. לעיקרי הוויכוח סביב "המהפכה החוקתית", החורג ממסגרת מאמר זה, ראו רות גביזון, "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", משפטים כה (תשנ"ז) 21; דוד קרצמר, "ברגמן וקול־העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם", משפטים כה (תשנ"ז) 359; ליאון שלף, "רוב מיוחס בנושאים חוקתיים – לא רק דרישה כלפי הכנסת אלא גם רעיון לגבי בית־המשפט", משפטים כה (תשנ"ז) 387.

121. ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נא (4) 367. בעקבות פסק־הדין תוקן החוק. ראו חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 4), תשנ"ח-1998, ס"ח 250.

122. ראו מאמריהם מאידי־העיניים של עלי ולצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר, "המהפכה השקטה –

קשה להעריך מה ראה בג"ץ להתליט על הוראת המעבר בחוק הסדרת העיסוק בייעוץ להשקעות כהוראה הראשונה ש"אין מנוס" אלא לבטלה – כדברי הנשיא אהרן ברק באותה החלטה. תמיהה זו גדולה אם נשים לב לכך, שבג"ץ נמנע מלהיענות לכל שאר העתירות שבאו לפניו, שביקשו לפסול חקיקה של הכנסת. התמיהה על ביטול הוראת החקיקה כאן מתחזקת נוכח אמות־המידה המחמירות ביותר לבטלות חקיקה, שנקבעו בפסיקת בג"ץ, כך תבוטל חקיקה רק אם היא חורגת חריגה מפליגה ממתחם הפגיעה הסביר להגשמת תכלית ראויה ומצויה מחוץ ל"מרחב התמרון" הרחב השמור למחוקק, שהוא הקובע את המדיניות החברתית. בג"ץ ישתמש ב"נשק הבלתי־קונבנציונלי" שהופקד בידיו באיפוק מרבי וביעילה רק נוכח "פגיעה מהותית" בזכויות־יסוד או בערכים בסיסיים. בית־המשפט לא יכריז על בטלותו של חוק, אלא־אם־כן השתכנע כי אין כל אפשרות ליישב את החוק עם הוראות חוק־היסוד;[123] כפסיקת בג"ץ, מפי השופט יצחק זמיר, המבטאת השקפה רווחת: "בית־המשפט חייב כבוד לחוק כביטוי של רצון העם. עד שבית־המשפט פוסל חוק, הוא חייב לשבת שבעה נקיים: לבדוק היטב את לשון החוק ואת תכלית החוק ולהקפיד מאד עם עצמו, עד שיהיה משוכנע לחלוטין כי תקלה היא שאין לתקנה".[124]

גישה כואת של ריסון שיפוטי היא מתכון בדוק לשיתוק שיפוטי שישאיר את מה שמכונה "המהפכה החוקתית" כמהפכה על הנייר. העובדה שבמשך כשבע שנים בוטלה רק הוראת חוק שולית אחת, נוכח גל עתירות, אינה יכולה לבשר על אביב של ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים. קבלת הכרזה שיפוטית על בטלות חוקים – תופעה רווחת בגרמניה, בקנדה ובארצות־הברית (לגבי חקיקת המדינות) – הופכת, לפי השקפת בג"ץ, למשימה בלתי־אפשרית. בשלב זה נראה, שבג"ץ עצמו טרם הפנים את חשיבותה של ביקורת זו לחיזוקה של דמוקרטיה מהותית, האמורה לכבד קבוצות־מיעוט, שבג"ץ מצדו אמור לשמש להן מעוז ממשי כנגד שלטון הרוב, הנשען על הדמוקרטיה הפורמלית. רק הפנמה כזו תוכל להקנות לביקורת החוקתית בישראל את מעמדה הראוי, במדינה כישראל – שאין בה "בית שני" כבבריטניה, שבה יכול בית־הלורדים לעכב כניטתה של

עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי־היסוד החדשים", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 489, עמ' 513; ושל אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 133.

123. ראו, למשל, בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור ואח', פ"ד ב (2) 793; בג"ץ 5503/94 לי סגל ואח' נ' ירשב־ראש והכנסת ואח', פ"ד נא (4) 529; בג"ץ 450/97 תנופה, שרותי כח אדם ואחזקות בע"מ ואח' נ' שר העבודה והרווחה (טרם פורסם); בג"ץ 7111/95 ואח' מרכז השלטון המקומי ואח' נ' הכנסת ואח', פ"ד נ (3) 485; בג"ץ 102/99 משגב נ' הכנסת ואח' (טרם פורסם), בדברי השופט יצחק זמיר: "בית־המשפט ינהג תמיד מידה רבה של איפוק וריסון כשהוא מבקש לבטל חוק, והוא לא יבטל חוק אלא במקרה של ניגוד ברור ובוטה לחוק־היסוד" (שם, סעיף 7 לפסק־הדין).

124. ראו בג"ץ 3434/96 הופנגנג ואח' נ' ירשב־ראש הכנסת ואח', פ"ד נ(3) 57, עמ' 67. הדגשה על ריסון שיפוטי רב לפני הכרזה על בטלות חקיקה עולה גם ממאמרו של נשיא בית־המשפט העליון לשעבר מאיר שמגר, "מגמות במשפט", עיוני משפט כ (תשנ"ו) 5, עמ' 6-12.

חקיקה לתוקף ושאין בה משטר של בלמים ואיזונים כבארצות־הברית – לביקורת חוקתית ישנה חשיבות מיוחדת, ראשונה במעלה, במרקם החברתי־דמוקרטי. גם חיזוק מעמדו של ראש־הממשלה, על־ידי בחירתו במישרין, מדגיש את חשיבותה.

מן הראוי להפקיד את הביקורת החוקתית בידי בית־המשפט העליון לבדו, בהסתמך על נסיונו בתחום החוקתי־מינהלי במובנו הרחב ועל מידת האמון הרחבה שרוחש הציבור הישראלי לבית־משפט זה. העובדה שמדובר בהכרעה קשה ורגישה מבחינה חברתית, הנשענת על איזון בין זכויות־יסוד ואינטרסים חברתיים נוגדים, מצדיקה את הפקדתה בידי הערכאה השיפוטית העליונה. כך תימנעה גם החלטות סותרות של בתי־משפט ובתי־דין נמוכים ותימנע אי־ודאות בדבר הוקתיותם של חוקים. בהצעת חוק־יסוד: החקיקה, שהונחה על שולחן הכנסת ב־1992, הוצע הסדר שלפיו אפשר יהיה להשיג אך ורק בפני בית־המשפט העליון, כבית־משפט לענייני חוקתיים, על תוקפה של חקיקת הכנסת. ההצעה לא הגיעה לכלל חקיקה.

העובדה שחקיקת־היסוד בדבר כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק איננה כוללת הוראה מפורשת בדבר ביקורת שיפוטית הביאה את בית־המשפט העליון לקבוע בעניין בנק המזרחי, שהסמכות להכריז על בטלותה של חקיקה נתונה בידי כל בית־משפט. מכאן אמור לנבוע גם, שהסמכות נתונה לכל בית־דין, למשל: בית־דין רבני או בית־דין צבאי. לגישתי, אפשר וראוי היה לקבוע בהלכה פסוקה שהסמכות נתונה בידי בית־המשפט העליון לבדו. אין זה מן הראוי להעמיד את בתי־המשפט ובתי־הדין הרגילים בעימות אפשרי עם הרשות המחוקקת, אפילו אין הכרעתם חלה אלא על המקרה שבפניהם ואין לה כוח מחייב משפטי מעבר לכך,[125] בכל מקרה, שאלת חוקתיותם של חוקים נידונה בדרך־כלל באמצעות תקיפה ישירה של חקיקה בפני בג"ץ, אם כי אפשר להעלות טענה על אי־חוקתיות בפני כל בית־משפט או בית־דין אגב דיון בכל עניין. להוציא ההחלטות, שהיו הבסיס לערעור לבית־המשפט העליון בע"א בנק המזרחי, לא התליטו בתי־המשפט בישראל על בטלות חקיקה בהיותה מנוגדת לתקיקת־היסוד בדבר כבוד האדם וחירותו או חופש העיסוק. בפני בג"ץ תלויות עתירות רבות שעניינן חוקתיותם של חוקים. כך עתירה שעניינה חוק המאפשר לעצור חיילים לתקופה ארוכה מזו, שבמסגרתה אפשר לעצור אזרח בלא להביאו בפני שופט; ועתידה כנגד חקיקה המאפשרת לבית־דין רבני להזדות בין השאר על הגבלת זכותם של סרבני גט לצאת מהארץ, להחויק ברשיון־נהיגה או לעסוק במקצוע שהעיסוק בו מוסדר על־פי דין.[126]

125. בהקשר זה ראו יצחק זמיר, "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 395; וכן זאב סגל, "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים – הסמכות להכריז על אי־חוקתיות חקיקה – למי?", משפטים כח (תשנ"ז) 239.

126. ראו חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי־דין של גירושין) (הוראת שעה), תשנ"ה-1995, ס"ח 139; וחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי־דין של גירושין) (הוראת שעה) (תיקון), תשנ"ה-1995, ס"ח 194.

ההכרעות בעתיד יוכלו ללמד היכן בג"ץ ממקם את עצמו במגרש החוקתי. אשר לביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים, נראה בשלב זה, שבג"ץ מציב את עצמו כשופט־קו פסיבי בשולי המגרש השלטוני, ברוח התייחסותו לביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי בשלושת העשורים הראשונים למדינה. ייתכן שאלה חבלי־בראשית של הביקורת החוקתית. עם זאת, עצם הצהרתו התקיפה של בית־המשפט העליון בע"א בנק המזרחי ב-1995 בדבר סמכותו להכריז על בטלות חקיקה, שלא מומשה כאותו פסק־דין, והצהרתו החלוצית על בטלות הוראת חוק הלכה למעשה בבג"ץ יועצי ההשקעות ב-1997 – הן הערות־אזהרה למחוקק. קביעות אלה די בהן להביא לכך שהכנסת נוהגת לא־אחת לבדוק לפני חקיקה אם זו אכן עומדת בהתאמה לחקיקת־היסוד. אם ייעשה ברור – וכך נראים פני הדברים – שהסיכוי להכרזה שיפוטית על בטלות הקיקה הוא כמעט אפסי, תהדד הכנסת פחות, מטבע הדברים, בכיבודן של זכויות־היסוד, בידי פסיקת בג"ץ הכוח לעצב למעשה את מתחם הכיבוד והצתידי של זכויות־היסוד.

על רקע כותו המיוחד של בג"ץ בהכרזת חוק כבלתי־חוקתי הועלו הצעות שונות להקמת בית־משפט נפרד לחוקה שרק לו תהיה הסמכות להכריז על בטלותה של חקיקה. הוצע – בעיקר על־ידי חוגים דתיים – שבית־משפט זה יכלול תשעה שופטים: שלושה שיומלצו על־ידי בית־המשפט העליון, שלושה שיומלצו על־ידי הכנסת, שני דיינים שיומלצו על־ידי בית־המשפט הרבני ושופט אחד של בית־הדין השרעי. ביקורת חוקתית בבית־משפט מיוחד מקובלת במדינות שונות, ואילו בארצות־הברית ובקנדה נעשית הביקורת במסגרת השיפוטית הרגילה. על רקע המציאות במדינת ישראל אפשר לחשוש, שהקמת בית־משפט נפרד לחוקה תכרסם במעמדו הציבורי הרם של בית־המשפט העליון ותביא לפוליטיזציה מובהקת של השפיטה. כמו־כן יש להניח, שהקמתו תביא למינויים מובהקים שבהם יגבר השיקול הפוליטי על כל שיקול אחר. יוקרתו ומעמדו המיוחד של בית־המשפט העליון בחברה הישראלית מצדיק שהסמכות להכרזה על בטלותם של חוקים תישאר בידיו.[127]

---

127. לדיון בנושא ולאסמכתאות רלבנטיות ראו מאמרי, הנזכר לעיל, בהערה 125. תמיכה בצורך בהקמת בית־משפט מיוחד לחוקה השמיע גם יושב־ראש הכנסת, דן תיכון (ליכוד), בדבריו בכנס יובל החמישים לבית־המשפט העליון, שהתקיים על־ידי מכון ירושלים לחקר ישראל (ירושלים, 5.7.98). הנוסח המלא של הדברים הומצא לי באדיבותו של יושב־ראש הכנסת. להתייחסות להיבטים אחרים בדבריו ראו להלן, ליד הערה 135. הוועד המרכזי של לשכת עורכי־הדין קיבל ב-3.1.95 החלטה, ברוב של 7 כנגד 3, שלפיה "הלשכה תומכת בהקמת בית־משפט לחוקה, בנפרד מבית־המשפט העליון, ואשר יורכב רק משופטים מקצועיים". לתמיכה נוספת בעמדה כזו ראו להלן, הערה 132. תבר־הכנסת דדי צוקר (מרצ) העלה במכתב מ-13.1.98 לשר־המשפטים, הצעה להקמת בית־משפט מיוחד לחוקה, בהרכב של 9 או 11 חברים, שמחציתם יימנו עם שופטי בית־המשפט העליון. האחרים ימונו על־ידי גוף שתקים הכנסת, ואלה שייבחרו לא יהיו בהכרח משפטנים. לגישת המציע, כך תושג ייצוגיות חברתית בהרכב בית־המשפט של קבוצות־מיעוט שונות בחברה הישראלית, כנגד

ד. בג"ץ בעין החברה ובעין הסערה והביקורת

מחקר משווה מקיף, שעשה ב-1991 מכון מחקר מדעי בין-לאומי, אשר התייחס ל-15 מדינות, העלה, שבישראל זוכים בתי-המשפט לאמון רב יותר מזה שלו זוכים בתי-המשפט במדינות אחרות. אותו מחקר העלה, כי האמון הציבורי בישראל בבתי-המשפט עולה על זה הניתן לבתי-המשפט כמו דמוקרטיות מערביות עתירות מסורת שיפוטית דמוקרטית כארצות-הברית, בריטניה, נורבגיה והולנד. נתון כללי זה, שלא בחן את מרכיבי האמון ואת מידת התייחסותו לפסיקה בנושא זה או אחר, עמד לנגד עיגינו במחקר ראשוני ומקיף שעניינו היה תפיסת החברה הישראלית את תפקידו ומעמדו של בג"ץ. המחקר, שפורסם ב-1994, התבסס על סקר דעת-קהל מקיף ומפורט שנעשה שלוש שנים קודם-לכן.[128]

המסקנות העיקריות של המחקר, המעידות על תמיכה כללית בבג"ץ בשיעורים של כ-80%, היו בעיקרן אלה: בג"ץ נהנה מרמה גבוהה של לגיטימציה ציבורית, המתבטאת בתמיכה ציבורית רחבה התוצה מגזרי אוכלוסייה; הוא נתפס כשומרה הנאמן של הדמוקרטיה הישראלית ונחשב לגוף א-פוליטי וניטרלי; בג"ץ נהנה מרמת האהדה המוסדית הגבוהה ביותר במדינה, להוציא הצבא וביקורת המדינה; התמיכה בפסיקתו מתייחסת לתחומים שונים, ובהם זו הנוגעת לחופש הביטוי וההפגנה ובחופש הדת, הכולל גם חופש מדת; 65% מכלל הציבור תומכים בהסמכת בג"ץ לשמש גם בית-משפט חוקתי שבכוחו להכריז על פסלות חקיקה של הכנסת; מעמדו הציבורי האיתן של בג"ץ איננו נפגם גם בשעה שפסיקתו בנושא מסוים איננה מבטאת קונסנסוס חברתי או פוליטי. ישנה נטייה ציבורית ברורה לקבל את פסיקותיו, אפילו הן מנוגדות לעמדותיו של רוב הציבור. מכאן עולה שדיסון שיפוטי עצמי של בג"ץ, במטרה שלא לפגוע במה שנראה כהסכמה חברתית רחבה, אין לו על מה שיסמוך. מעמדו המשפטי והמוסדי של בג"ץ מאפשר לו לפרוץ נתיבות משפטיות ואפיקים חדשים ולפסוק בנושאים המפלגים את הציבור, תוך ציפייה לתמיכה חברתית רחבה. כך בנושאי ביטחון, דת ומדינה ועוד.

ניתוחים שעשינו מלמדים, כי היקף התמיכה בבג"ץ בכל הסקטורים הוא רחב מאוד, גם בסוגיות המפלגות את הציבור, כזכויות פלשתינאים בשטחים. עצם התערבותו השיפוטית של בג"ץ בעניינים אלה, בלא קשר לתוכן החלטתו, זכו לתמיכה חברתית רחבה למדי. במסגרת המודלים הרב-משתנים מצאנו שגורמים חברתיים מסוימים – ובהם רמת

ההומוגניות המאפיינת את בית-המשפט העליון בהרכבו הנוכחי. לפי ההצעה, בית-המשפט העליון ימשיך לכהן בתפקידו כבג"ץ, אך הסמכות לפסול חקיקה של הכנסת תיוחד לבית-המשפט לחוקה. לגישה שונה, המצדדת בהשארת המצב הקיים על כנו ראו ואב סגל, "בית-משפט לחוקה", הארץ, 31.1.95, ב 1.

128. ראו ספרנו הנזכר לעיל, הערה 26. המחקר הקיף כ-1,000 נשים וגברים, שהיו מדגם מייצג של האוכלוסייה היהודית הבוגרת, להוציא חרדים, ערבים ובני קיבוצים. להתייחסות למחקר הבין-לאומי הנזכר ראו שם, 55. ד"ר מינה צמח, מנהלת מכון "דחף", ביצעה עבורנו את הפצת הסקר שלגיבושו תרמה.

הכנסות, שכר או מעמד חברתי – אינם משפיעים השפעה של ממש על ההתייחסות לבג"ץ, לגורמים חברתיים אחרים – השכלה, דתיות או נטיות פוליטיות – השפעה מסוימת. כך ניצים נוטים יותר מיוגים לגלות הסתייגות מהרחבת הפיקוח השיפוטי על גורמי הביטחון, בכלל, ובשטחים, בפרט. דתיים או מסורתיים נוטים יותר מחילוניים להסתייג מפיקוח שיפוטי על מוסדות במועצות דתיות. עם זאת, בכללו של דבר, דימויו הכללי של בג"ץ כגוף א־פוליטי, בעל תבונה קולקטיבית, המודרך על־ידי עקרונות של צדק, חוצה מתנות פוליטיים ומעמדות חברתיים. הנטייה הציבורית הכללית היא לתמוך בפסיקות בג"ץ בשיעורים גבוהים, אולם זאת בשינויים מסוימים בהתחשב בנושא שמדובר בו. כך 84% נמצאו תומכים, או לא מתנגדים, לפיקוח שיפוטי נרחב יותר של בג"ץ לשם חיזוק חופש הביטוי וההפגנה. 82% נמצאו סוברים כך באשר לחיזוק חופש הדת, אך רק 59% צידדו ביתר פיקוח שיפוטי על פעולות הצבא.

תמיכה כללית בשיעורים גבוהים, המשקפת את תפיסת בג"ץ בעין החברה הישראלית, נמצאה גם בסקרים נוספים, שנעשו במרוצת שנות התשעים. כך, למשל, העלה סקר דעת־קהל, שנעשה בשנת 1995, כי 74% תומכים בקיום ביקורת שיפוטית של בג"ץ על חקיקת הכנסת, בלא הבדל בין נשאלים דתיים, מסורתיים וחילוניים. 65% מהנשאלים ענו, שלא צריך להגביל את התערבות בג"ץ בעניינים הנוגעים לסטטוס־קוו בענייני דת.[129] מחקר מקיף על מדדי דמוקרטיה ולאומיות, המתייחס לנתונים שנאספו בעיקרם ב־1996, קובע לגבי מידת האמון הציבורי במוסדות שלטוניים, שדוב הציבור נותן אמון, או אמון מלא, רק בשני מוסדות: צה"ל ובית־המשפט העליון. אמון זה נתון לצה"ל בשיעור של 90%, ולבית־המשפט העליון בשיעור של 85%; לעומת הכנסת, הנהנית מאמון בשיעור של 41%, והממשלה, הנהנית מאמון בשיעור של 40%.[130]

בסקר, שנעשה בינואר 1999, הביעו 71% מהציבור אמון במערכת־המשפט בישראל. יש לשער שהאמון בבית־המשפט העליון הוא בשיעור דומה.[131] גם אם אפשר למצוא מגמה

---

129. ראו סקר דעת־קהל של מכון "דחף", שפרסם המרכז לפלורליזם יהודי, התנועה ליהדות מתקדמת בישראל, בהודעה לציבור מ־6.2.95.

130. ראו יוחנן פרס ואפרים יער־יוכטמן, בין הסכמה למחלוקת – דמוקרטיה ושלום בתודעה הישראלית (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1998), 56-60.

131. ראו סקר המוסף לשבת ומינה צמח/"דחף", ידיעות אחרונות – המוסף לשבת, 22.1.99, 6. הסקר נעשה לאחר שהתפרסמה עלילה כנגד שופט של בית־המשפט העליון שכביכול נכנע בשעתו, בהיותו שופט של בית־המשפט המחוזי בנצרת, לסחטנות של קציני משטרה שביקשו להביא להרשעת אדם (יתיעם אוחנה) בעבירת סמים שכביכול לא ביצע. הפרסום הראשון שהעלה את החשדות שהופרכו נעשה במעריב (בן כספית, "היועץ רובינשטיין בודק חשד שקציני משטרה סחטו שופט", מעריב, 14.1.99, 3). בית־המשפט העליון אישר בשעתו את הרשעתו של אוחנה בעבירות סמים (ע"פ 310/81 אוחנה נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). בינואר 1999 ניהלה משטרת ישראל חקירה בחשד לזיוף מסמכים בפרשה זו במטרה להביא להחלטה על קיום משפט חוזר. לחקירה בחשד לזיוף המסמכים באותו ענין ראו ניקול קראו,

מסוימת של ירידה באמון הציבורי הרב בבית־המשפט העליון, נראה ששמור לו אמונו של רוב מכריע בציבור הישראלי. יש להעריך נתון זה במיוחד לנוכח המתקפות הקשות על בית־המשפט העליון, המתחזקות במרוצת השנים האחרונות והבאות בעיקרן מגורמים פוליטיים, את התקפות הקשות על בית־המשפט מובילים בשנים האחרונות חוגים דתיים, ובעיקר חוגים חרדיים. אלה טוענים, שבג"ץ מתערב בתחומי דת והלכה שלא לו לעטוק בהם, תוך אימון עמדות ליברליות שיש בהן זיקה חילונית.[132]

גדעון אלון ומזל מועלם, "הח"כים פורת וזאבי העידו במשטרה בנוגע למסמכים המזויפים של אוחנה", הארץ, 22.1.99, א 5. ראו גם מאמר מערכת, "עלילה שפלה שהופרכה", הארץ, 21.1.99, ב 1.

132. כך, למשל, כתב בשעתו מנהיג המפד"ל, השר זבולון המר, שבג"ץ אכן מגן באומץ על האזרח הנפגע מהממשל, אלא ש"אין זה מוצדק למסור את ההכרעה בסוגיות של מדינה ויהדות לשופטים המתמנים לא בהליך דמוקרטי, אשר הרכבם אינו מאזן ומגוון" (זבולון המר, "הויכוח האמיתי", מעריב – היום, 29.10.96, 3). ברוח זו גם מאמרו של איש המפד"ל, שר־התחבורה דאז, יצחק לוי, שהציע לכונן בית־דין לחוקה – שיורכב לא משופטים, אלא מאנשי מדע המדינה ומאנשי רוח ודת, ש"ישחרר אותנו מעימותים ערכיים בבג"ץ... ימנע מלחמת תרבות שצפויה להתפתח מכוח מעורבותו העמוקה והבלתי־רצויה של הבג"ץ בענייני אמונות ודעות". ראו יצחק לוי, "בג"ץ מתערב באופן לא רצוי", מעריב – היום, 14.4.97, 3. הרב עובדיה יוסף, מנהיג ש"ס, אמר כי "בית הדין הגבוה לצדק הוא ערכאות, אין לו חלק בנחלת ישראל", והצהיר ש"שופטי בג"ץ גרועים מערכאות גויים". ראו הארץ, 8.10.96, א 3; משה סויסה, "השופטים לא ראויים לפסוק ליהודים", ידיעות אחרונות, 28.10.97, 20. היועץ המשפטי לממשלה התליט בשעתו שלא להעמיד לדין את הרב יוסף באשמה זילות בית־המשפט, הואיל ובכך "יגרם יותר נזק מאשר תועלת למסגרת החברתית". ראו הארץ, 15.10.96, 1. מכתבו של היועץ המשפטי בנושא, שהופנה לתנועה למען איכות השלטון בישראל, מס' 6850/96 מ־10.10.96, הומצא לי בארכיות לשכת היועץ המשפטי לממשלה. אשר לדברים הנ"ל של הרב יוסף אמר השופט הדתי צבי טל, עם פרישתו מבית־המשפט העליון: "איני חושב שהרב יוסף השמיע דברי הסתה נגד בית־המשפט העליון. הוא השמיע את דעתו כאיש הלכה – מה אומרת ההלכה על ערכאות של גויים אן של יהודים שפוסקים לא לפי דין תורה". ראו ראיון עמו בבטאון לשכת עורכי־הדין (העועד המחוזי, ירושלים), הלשכה (נובמבר 1996). בראשית 1999 נעשה ברור, כי ציבור דתי־לאומי חובר יותר ויותר לציבור חרדי בחוסר־האמון שהוא רוחש לבית־המשפט העליון, כשל שורה של פסיקות ליברליות, נכונותו של בג"ץ לדון בנושאים המפלגים את הציבור ובשל הרכב השופטים בבית־המשפט העליון, החסר – לגישתם – שופטים דתיים במידה מספקת. ראו מאמרו של שחר אילן, "בית־המשפט העליון/ גם הציבור הדתי לאומי מאבד אמון", הארץ, 11.1.99, א 2.

הקצנה קשה, חסרת־תקדים, במתקפת חוגים חרדיים על בג"ץ התבטאה בהפגנה כנגד "הרודנות השיפוטית של בג"ץ". למתקפה זו נלוו ביטויים, כמו כינוי נשיא בית־המשפט העליון, אהרן ברק, "צורר היהודים", והאשמת בג"ץ ב"ביזוי כבוד שמים", בגין פסיקתו

ביקורת נוקבת ברוח דומה הושמעה גם מגורמים פוליטיים חילוניים שטענו, בעת הצגת מפלגה חדשה לפני הבחירות לכנסת ה-15, כי המדינה מתנהלת על־ידי ממסדים התוקים יותר מהממשלה והפועלים תוך כפיית דעתם עליה. כך בית־המשפט העליון, פרקליטות המדינה, אגף־התקציבים במשרד־האוצר ואגף־החקירות במשטרה. כפי שנאמר, "אין ספק שלבית־המשפט העליון יש כיום כוח רב יותר מלממשלה, ולנשיא בית־המשפט העליון כוח רב מכוחו של ראש־הממשלה, אך בניגוד לראש־הממשלה הציבור לא בחר בו",[133] ביקורת חריפה ברוח דומה השמיע פעמים הרבה ראש לשכת עורכי־הדין, עורך־דין דרור תומר־ישי. בין שאר דבריו אמר, שאל לבג"ץ לדון ב"סוגיות שאינן משפטיות נטו, משום שבית־משפט צריך לעשות רק משפט..." כדבריו, בית־המשפט העליון מתערב ויוסק בניהול המדינה כשאין בו, בדיונו בערעורים אזרחיים, "לא משפט ולא צדק", וכי

שחייבה שיתוף רפורמים וקונסרבטיבים במועצות דתיות. ראו שחר אילן, גדעון אלון ויוסי ורטר, "התקפה חדשה חריפה על בג"ץ – 'ברק צורר היהודים'", **הארץ**, 10.2.99, א 1-2.

בהפגנת החרדים כנגד בית־המשפט העליון, שהוכרזה כעצרת־תפילה, נכחו כרבע מיליון חרדים, באותה עת התקיימה הפגנת חילונים לתמיכה בבג"ץ, שבה נכחו כ-50,000 איש. ראו שחר אילן, מול מופלם וראלי סער, "פרוש: אם בג"ץ לא ישתכנע בטוב, תהיה מלחמה", **הארץ**, 15.2.99, א 1. חוגים חרדיים העלו רעיון להקמת בית־דין מיוחד שיכלול שני שופטים מבית־המשפט העליון ודיין אחד מבית־הדין הרבני, אשר יפסקו בכל סוגיה המערבת הלכה, דת ומדינה. והי למעשה הצעה להקמת בית־דין "טוקף בג"ץ", שפגיעתה בעליונות בית־המשפט העליון יכולה להיות קשה. על הצעה זו ראו יוסי לוי, "לב המחלוקת: החרדים דורשים הקמת בית־משפט 'טוקף בג"ץ'", **מעריב**, 12.2.99, 3. הצעה זו בעייתית ומרחיקת־לכת הרבה יותר מהמצב המשפטי הקיים, שבמסגרתו אפשר להקים בית־דין מיוחד בהרכב שני שופטים של בית־המשפט העליון ודיין דתי, כאשר מתעורר ספק בשאלה אם סמכות ייחודית נתונה לבית־דין דתי או שמא נתונה גם סמכות מקבילה לבית־משפט אזרחי. את ההחלטה על כך מקבל נשיא בית־המשפט העליון מכוח הוראה מפורשת בסימן 55 לדבר המלך, 1922, חא"י, כרך ג, עמ' (ע) 2738 (א) 2569. בהקשר זה ראו מנשה שאוה, "היחס בין סמכותו של בית־המשפט לענייני משפחה ובין סמכותו של בית־הדין הרבני", **המשפט** מד (תשנ"ח-תשנ"ט) 44, עמ' 46.

דעה אחרת, שהועלתה בעת פרטום הצעה זו, מצדדת בכך שבית־המשפט העליון יהיה "ייצוגי" בהרכב שופטיו, בשל הטענה שהחלטותיו אינן משפטיות בלבד ו"פוליטיות", המבטאות עמדות ערביות. ראו מאמרו של בן־דרור ימיני, "דרוש בית־משפט ייצוגי", **מקור ראשון**, 12.2.99, 5.

הסוגיה של מינוי שופטים לבית־המשפט העליון ומידת הייצוג התברתי בהרכב שופטיו מחייבת עיון נפרד ומיוחד, שלא ייעשה כאן. כללית ראו: Shimon Shetreet, *Justice in Israel – A Study of the Israeli Judiciary* (1994), 257-287. כן ראו אליקים רובינשטיין, **שופטי-ארץ – לראשיתו ולדמותו של בית־המשפט העליון בישראל** (שוקן, תשמ"א).

133. ראו דיווח על דברי אביגדור ליברמן בפתח מערכת־הבחירות שלו לכנסת, **ידיעות אחרונות – 24 שעות**, 4.1.99, 2.

טוב היה "אם בית־המשפט העליון היה מדיר את רגליו מעתירות שעניינן מערכות־ניהול ממלכתיות". לגישתו, בג"ץ "התחיל 'לנהל' את המדינה ולעסוק בתחומים רבים ומגוונים שלא היו צריכים להעסיקו". לגישתו, ראוי גם שבג"ץ לא ישמש ערכאה ראשונה בעתירות נגד גופים ציבוריים ושאלה יידונו בבתי־המשפט הרגילים.[134]

134. ראו ב' רבינוביץ, "מה שמתרחש בביהמ"ש העליון זו שערורייה. משפט לא נעשה ושלא לדבר שאין לחפש צדק", **יתד נאמן**, 26.11.96, 1. ראו דיווחים על דברים אלה: שחר אילן ובן־ציון ציטרין, "ראש לשכת עורכי הדין: 'מה שקורה בבג"ץ זו שערוריה'; אין שם לא צדק ולא משפט", **הארץ**, 27.11.96, א 1; דב אלבוים, "סערה בעקבות התקפותיו של ראש לשכת עורכי הדין", **ידיעות אחרונות**, 27.11.96, 15. ראו גם מאמר מערכת, "התקפה שלוחת רסן", **הארץ**, 28.11.96, ב 1. בתגובה לדברים אלה אמר ראש־הממשלה, בנימין נתניהו, כי "בית־המשפט העליון ממלא תפקיד חיוני בריקמת הדמוקרטיה במדינה, ואני דוחה ההתקפות שלוחות הרסן על המוסד החשוב הזה ועל שופטיו" – עדנה ארטו, "נתניהו דוחה 'ההתקפות שלוחות הרסן נגד בית־המשפט העליון'", **ידיעות אחרונות**, 28.11.96, 19. דברים אלה של ראש־הממשלה פורטמו זמן קצר לאחר שאמר כי הוא שוקל "לתחום" את סמכויות בג"ץ, תוך בחינה מתודשת של "נושא הפרדת הרשויות בין הרשות השופטת לרשויות אחרות". ראו אלוף בן ושגיא חמץ, "נתניהו: ענין הפרדת הרשויות נדון בכל הדמוקרטיות בעולם", **הארץ**, 9.9.96, א 2.

להיבטים שונים של ביקורתו הקשה של ראש לשכת עורכי־הדין ראו בראיון שעשה עמו גדעון אלון, "ראיון: ראש לשכת עורכי הדין דרור חכר ישי", **הלשכה** 45 (תשנ"ח) 11. בין הטיעונים כנגד בית־המשפט העליון, בכל תפקידיו, מועלית בעיית העומס, המביאה לאי־הקדשת די זמן לשמיעה בעל־פה של ערעורים אזרחיים ולעיכוב במתן פסקי־דין. נושא זה, שלא יידון כאן, מועלה בראיון האמור. ראו על כך גם את **דו"ח הוועדה לבדיקת מבנה בתי־המשפט הרגילים בישראל** (יושב־ראש השופט תאודור אור, 1997). לגישת הדו"ח ראו גדעון אלון, ראיון עם שופט בית־המשפט העליון, תיאודור אור, **הלשכה** 45 (תשכ"ח) 3. בדו"ח נאמר, ש"קיימת הסכמה כללית כי המצב הנוכחי, בו נדרש בית־המשפט העליון לדון בכ־9,400 הליכים בשנה, הוא בלתי־נסבל" (שם, 85). על רקע זה מוצע להעתיק את מרכז־הכובד בשמיעת ערעורים לבית־המשפט המחוזי, תוך הרחבת סמכויות בתי־המשפט השלום כערכאה כללית. באשר לבית־המשפט העליון בתפקידו כבג"ץ מודגש, שגם בהעברת עניינים מינהליים לבתי־המשפט המחוזיים ראוי להשאיר בידי בג"ץ סמכות לדון ב"סכסוכים רגישים מבחינה ציבורית או משפטית", שאו יש צורך ב"ערכאה גבוהה, הנהנית מן המעמד הנדרש" (שם, 86).

במתקפות על בית־המשפט העליון בולטת במיוחד מתקפה קשה, שלוחת־רסן בדרך־כלל, על השופט אהרן ברק, שמונה לנשיא בית־המשפט העליון ב־1995. תוך כך נעשו נסיונות שלא נשלמו של חברי סיעות ש"ס והמפד"ל לשנות את החוק כך שהשופט ברק לא יתמנה לנשיא. ראו טובה צימוקי, "ברק תחת אש", **ידיעות אחרונות – 24 שעות**, 8.12.94, 1-2; וכן בדברי ראש לשכת עורכי־הדין הנ"ל.

דברי ביקורת על בג"ץ, שוכו להד ציבורי רב, השמיע יושב־ראש הכנסת, דן תיכון, בכנס יובל החמישים של בית־המשפט העליון. היושב־ראש הדגיש, כי הוא רואה בבית־המשפט העליון בשבתו כבג"ץ "כלב שמירה... (ה)אמור לשמור על ערכי מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית". עם זאת אמר, שמעורבותו של בית־המשפט העליון בענייניה של הרשות המחוקקת אסור לה שתפגע בריבונותה. הוא הביע חשש מכך שמעורבות בג"ץ בנעשה בכנסת תגבר, ושלל התערבות ישירה של בג"ץ בעבודת הכנסת. לפי דבריו, "באקטיביזם שלו, לא תמיד ווכר ברק את תמיכתו בהפרדת הרשויות. לכולנו ברור שהציית הקו האדום תוליד בסופו של דבר תגובה מצד הכנסת שתשאף להגן על עצמה ועל פעולותיה מפני התערבות בג"ץ באמצעות חוקים עוקפי בג"ץ. מתהליך בלתי־רצוי זה יש להימנע בכל מחיר". יהיה זה עגום מאוד אם הכנסת "תשבור את הכלים ותחסום את התערבות בית־המשפט העליון בחקיקה".[135]

על־פי המסורת, שופטי בית־המשפט העליון כמעט שאינם נוהגים להשיב במישרין בפומבי על הביקורת הנמתחת על בית־המשפט, בכלל, או על מי מהם, בפרט. עם זאת, נשמעו מפיהם דברים מספר המתייחסים לדברי הביקורת. השופטת דליה דורנר אמרה בכנס הנזכר, שריבוי ההתקפות הבלתי־מרוסנות על בית־המשפט העליון עלול לערער את אמון הציבור, ואז הוא לא יהיה מסוגל להשליט את החוק ולתת סעד. השופט יעקב טירקל אמר, כי ביקורתו השיפוטית של בג"ץ על החלטות הכנסת נעשית "בהתאפקות מרבית".[136] נשיא בית־המשפט העליון, אהרן ברק, השיב לדברי הביקורת במסגרות שונות. בהכללה אמר, כי "...אם חברים בכנסת, או כאלה המבקשים להיבחר לכנסת, תוקפים ללא בושה את השופטים; אם גופים פוליטיים חדשים חורתים על דגלם את המאבק בבתי־המשפט ובשופטים; אם יש בלשכת עורכי הדין הטוענים, כי בבית־המשפט העליון, בשמיעת תיקים אזרחיים, לא נעשה לא משפט ולא צדק; אם כל זה נעשה ונשמע – מדוע לא יקומו עבריינים ויתרמו את חלקם שלהם בוריקת רפש לעבר הרשות השופטת?"[137]

בעוד שקשה למצוא קשר מסתבר בין דברי הביקורת כנגד בית־המשפט העליון ובין רקימת עלילות־שוא כנגד שופט, נראה שהמתקפות בכללן נרקמות למסכת אחת שנועדה לפגוע במעמדו הציבורי של בג"ץ, שהוא ראש וריאשון לקיום שלטון החוק במדינת ישראל.

---

135. הדברים כאן מתבססים על הנוסח המלא של דברי יושב־ראש הכנסת בכנס שהיה ב־5.7.98. ראו לעיל, הערה 127. לציטוט עיקר דבריו ראו דליה שחורי, "תיכון: אם בג"ץ יחצה קו אדום בהתערבותו – הכנסת תגיב", הארץ, 6.7.98, א 1.

136. על דברי השופטים ראו דליה שחורי, "השופטת דורנר: אם אמון הציבור בבג"ץ יתערער גם למבקרים לא יהיה לאן לפנות", הארץ, 7.7.98, א 3.

137. דברי הנשיא אהרן ברק במקם השבעת שופטים חדשים. הדברים נאמרו בהקשר ל"פרשת אוחנה". ראו לעיל, הערה 131. לדברים ראו דליה שחורי, "ברק: אם ח"כים תוקפים את השופטים, למה לא יזרקו עבריינים רפש?", הארץ, 22.1.99, א 5. ראו באותו מקום גם ציטוט מדברי שר־המשפטים, צחי הנגבי, שלפיו "פרשת אוחנה" צמחה על רקע תשתית ערכית שהוכנה מבעוד מועד במהלך השנים בניסיון לקעקע את האמון הציבורי במערכת־המשפט. בהקשר זה ראו זאב סגל, "לא רק שופטים", הארץ, 25.1.99, ב 1.

המתקפות האמורות הן, לפחות בחלקן, ניסיון לפגוע במוטיב ה"הסכמה" וה"צידוק" החברתיים העומדים בבסיס כוחו של בג"ץ, שהוא סוללת־המגן הראויה ביותר להבטחת שלטון החוק והקיום החברתי.[138] עם זאת, לא יכול להשתתק ויכוח רציני ולגיטימי באשר למידה הראויה להתערבות בג"ץ בפעולת הרשויות האחרות. העולה מהכתוב כאן הוא קודם־כול העובדה שפסיקת בג"ץ בכללה חיזקה את הדמוקרטיה המהותית במדינת ישראל, לפחות בהיבטים מסוימים שלה. דמוקרטיה זו איננה נשענת על שלטון הרוב בלבד ומעניקה גם הגנה על זכויות הפרט.

בהפעלת ביקורת מקיפה ורחבה על המינהל הציבורי וגם על הכנסת עצמה לא התנשא בג"ץ על עושהו, המחוקק. סמכותו הרחבה נשענת על חקיקת הכנסת עצמה. כך חוק־יסוד: השפיטה, ההולך בעקבות חקיקה קודמת ומעצב את סמכות בג"ץ כחובקת זרועות עולם. כך גם חקיקת־היסוד בדבר כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק, על הגדרותיה הרחבות והכוללות, שהטילה מגבלות תוכניות־ערכיות על כוח החקיקה של הכנסת. בלא ההוראות הקבועות בה (פסקת ההגבלה, המגבילה את כוח חקיקת הכנסת לפגוע בזכויות־היסוד שהוכרו) לא היה בית־המשפט העליון גוטל חירות לעצמו לקבוע שבסמכותו להכריז על בטלות חקיקה שנעשתה בניגוד להוראות חקיקת־היסוד. מהדיון כאן עולה ברור, שבג"ץ מגלה זהירות רבה ואיפוק רב הן בביקורתו על הכנסת כרשות מחוקקת הן בביקורתו על החלטות הכנסת שאינן בגדר חקיקה.

גם הביקורת המופעלת בבג"ץ על המינהל הציבורי מתאפיינת במקרים רבים בזהירות ובאיפוק ובאי־המרת שיקול־דעתה של הרשות המינהלית בשיקול־דעתה של בג"ץ, המציאות השיפוטית, כפי שתוארה כאן, רחוקה מלהיות תואמת מצב שבו בג"ץ "מנהל" את המדינה. כל זאת משמיט בטידה רבה טיעונים כלליים על מעורבות גורפת של בג"ץ בתחומים שנועדו לרשויות אחרות. נהפוך הוא: לעתים נדמה שאין בג"ץ מתערב גם בתחומים ובמקרים שראוי היה להתערב בהם – כפי שהראיתי בהקשרים שונים במאמר זה וכפי שעוד יודגש להלן.

כמו־כן לגיטימית וראויה היא ביקורת הקובלת על כך, שבג"ץ מגן יתר על המידה על זכויות מעבידים לחופש העיסוק שלהם ולמימוש קניינם על־פני זכויותיהם של עובדים.[139]

---

138. ראו שולמית אלמוג, "ביקורת על הרשות השופטת", משפט וממשל ד (תשנ"ז) 9. המחברת מביאה מדברי אייסכילוס, נוטות החסד (תרגום – אהרן שבתאי, שוקן, 1990): "כל עוד בית־המשפט הזה ישליט יראה יש סוללת מגן לארץ ולעיר, כדוגמתה לא תמצא בלב שום עם".

139. ראו פרנסיס רדאי, "ארבעים שנה לדיני עבודה", משפטים יט (תש"ן) 788; הנ"ל, "דיני עבודה ויחסי עבודה – מגמות ותפניות בשנת 1988", שנתון משפט העבודה א (תש"ן) 161. ראו במיוחד בג"ץ 1683/93 יכין פלסט בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מז (4) 702. פרופ' רות בן־שראל דנה בהרצאה במכון להשתלמות עורכי־דין (17.11.98) על גישת בג"ץ במשך שנים רבות שהידרה בזכויות מעבידים, אשר הוערפו על־פני זכויות העובדים. עם זאת, הצביעה על השינוי שחל באחרונה בגישה זו. שינוי בהקשר זה עולה מבג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר ואח' (שדם פורסם). בהחלטה נאמר, מפי

ביקורת אקדמית חריפה טוענת, שבג"ץ מעניק הגנה הולכת וגוברת לזכויות ליברליות מהסוג ה"פיקנטי" – שווין זכויות להומוסקסואלים ושוויון זכויות לנשים במינוי למועצות דתיות – המועדפות על זכויות חשודים ונאשמים בפלילים ועל־פני זכויות אדם בשטחים שישראל שולטת בהם שלטון צבאי. כדברי הכותב, "בית־המשפט העליון מתגייס לתמיכה בצמיחה הכלכלית, ובאותם ה'יאפי' הגלוזה לשגשוג. מערך זכויות האדם הטוגן בישראל בזמן האחרון הוא מעין מערך של זכויות אזרח 'יאפיות' ההולך ומתעלם יותר ויותר ממערך של זכויות סוציאליות, וזכויות המיעוטים הערבים בישראל ובשטחים".[140]

בהקשר זה נמתחה ביקורת ראויה לעיון, שעל בג"ץ לפעול קודם־כול במקומות שבהם הפגיעה בזכויות האדם חמורה מכול. כך, למשל, בפגיעה בזכויות הפרט מטעמי ביטחון מגוונים: באי־הכרה במשקל הראוי לאחדות התא המשפחתי במניעת זכותה של אם, אזרחית ישראלית, שבניה מנישואיה הקודמים לזר יתגוררו עמה; ובאי־הכרה בזכות־יסוד חוקתית לחינוך, שהביאה לדחיית עתירה למימון תוכנית חינוכית פסיכולוגית, אשר מטרתה לאפשר התפתחות קוגניטיבית תקינה לילדים הגדלים בתנאי מצוקה קשה. בפסיקות, כאמור, רואה ביקורת אקדמית נוקבת הימנעות של בג"ץ משימוש בכוחו ב"מקרים המשווים לעוזתו".[141] באותה רוח נכתב גם, כי נכונה הציפייה לאקטיביזם שיפוטי של בג"ץ להתערבות בבעיות חברתיות ולטיפוחן של זכויות אדם בהקשר זה, דבר העלול לפגום קשות בלגיטימציה של בג"ץ, בעיקר מצדן של קהילות מיעוטים, דוגמת המגזר החרדי והמגזר הערבי.[142]

השופט יצחק זמיר, שחפקידו של המשטר הדמוקרטי הוא לעשות צדק חברתי וכי אסור שזכויות האדם ישמשו רק את האדם השבע (סעיף 42 לפסק־הדין של השופט זמיר). בבג"ץ 450/97 **תנופה שוחתי כות אדם ואחזקות בע"מ ואח' נ' שר העבודה והרווחה** (טרם פורסם) קבע הנשיא אהרן ברק, שהחוק להעסקת עובדים על־ידי קבלני כוח־אדם הוא חוקתי, בהיות ההגנה על זכויות העובד "תכלית ראויה". אפשר להניח, שהביקורת האקדמית שהושמעה תרמה את חלקה בהערכה חדשה של האיזון הראוי בין הזכויות הרלבנטיות.

140. ראו אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", **משפט וממשל** ד (תשנ"ו-תשנ"ח) 133, עמ' 139. על שינוי הגישה בתחום הפלילי, בעקבות חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו סדרה של מאמרים **במחקרי משפט**, כרך יג.

141. ראו זלצברגר וקדר (לעיל, הערה 122), 517-520. בהקשר זה ראו בג"ץ 1544/95 ואח' **עמותת שוחרי גילית ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט ואח'**, פ"ד נ (3) 2. פסק־דין זה, שאיננו מכיר בזכות לחינוך כזכות־יסוד חוקתית, נשען על אי־אזכורה המפורש של הזכות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. בצד זאת, בג"ץ העניק הכרה ממשית לזכותו של נער נכה להשתתף בלימודים בבית־הספר, בחייבו רשות מקומית להתקין מעלית שתאפשר לו גישה ללימודים. בית־המשפט עשה כן כשהוא מסתמך על חקיקה רגילה להבטחת זכויות נכים – חקיקה שלא היתה בנמצא בטקרה הקודם שהוזכר. להכרה בזכות הנער הנכה ראו בג"ץ 7081/93 **בוצר ואח' נ' מועצה מקומית "מכבים־רעות" ואח'**, פ"ד נ (1) 19.

142. ראו מאמרו של גד ברזילי, **פוליטיקה – כתב עת למדעי המדינה ויחסים בין לאומיים** (גליון מס' 2, תשנ"ט) 31.

אכן, "ביקורת תוגנת ראויה היא וטובה; נחוצה היא כאוויר לנשימה. השופטים מקבלים אותה בהבנה ושוקלים אותה לגופה" – כדברי נשיא בית־המשפט העליון, אהרן ברק,[143] מחויבותה של האקדמיה המבקרת לעצמאותו ולכוחו של בית־המשפט העליון אכן "צריכה להתבסס על הבנה של תפקידו הייחודי בחיינו החברתיים, לא על ראייתו כ'פרה קדושה' שאין לגעת בה".[144] ביקורת זו בכללה נשענת על ההכרה בתרומתו הייחודה בסוגה של בג"ץ לחברה הישראלית. הכרה זו איננה צריכה למנוע הסתייגות מהחלטה זו או אחרת או ביקורת על הימנעותו של בג"ץ מהכרה בזכות מסוימת או על הימנעותו מהתערבות שיפוטית בנושא כללי מסוים או בעניין ספציפי. החלטת בג"ץ שלא להחליט בעניין מסוים, תוך השארת סמכות ההחלטה לרשות אחרת, יכולה לעתים לפגוע בהיקף תרומתו לקיומה של דמוקרטיה ערכית בישראל.

ה. בשער היובל השני – בג"ץ "תחת אש" במקום טוב באמצע

בהישלם היובל הראשון בפסיקת בג"ץ, לא יכול להיות ספק בכך, שמעמדו והשפעתו תורגים מהמסגרת המשפטית הצרה וכי השפעתו רבה על החברה הישראלית. פסיקתו ניסתה במשך השנים להגן על הפרט וזכויותיו, אך זאת תוך מציאת "עמדה מאוזנת כלפי המדינה, בתינת כברהה וחשדהה, המאזנת בצורה ראויה בין צרכי הכלל לבין צרכי הפרט".[145] כללית, בג"ץ הוא אבן־פינה במבנה החברתי־דמוקרטי של מדינת ישראל. עקרונית, אפשר להסכים לכך ש"טול מהמשפט הישראלי את בג"ץ, ונטלת ממנו את רוחו".[146] יש להניח, שגם בעתיד ימשיך בג"ץ למלא תפקיד ערכי של ממש בעיצוב פניהן של הדמוקרטיה והחברה בישראל.

כפי שהראיתי במאמר זה, מבטאות שנות השמונים והתשעים בפסיקת בג"ץ את תפיסתו היסודית, שלפיה רואה הוא את עצמו כמופקד על קיום עקרונות שלטון החוק באופן כללי, ובמידה רבה גם על קביעת משקלם של ערכי־היסוד בחברה הישראלית. אפשר לומר, שסביב גישה זו – בהבדלי דגשים בין השופטים ובחילוקי־דעות בעניין ספציפי – מתאחדת פסיקת בג"ץ. על רקע תפיסה כוללת ערכית זו הצבעתי גם לעיל על אי־הכרה מספיקה בפסיקת בג"ץ בזכויות בעלות אופי חברתי,[147] בהקשר זה נמנע בג"ץ לא אחת מהכרה בזכויות ספציפיות שתישען על הכרה כללית בלבד של חקיקת־היסוד

143. דברי נשיא בית־המשפט העליון בטקס השבעת שופטים חדשים בבית נשיא המדינה (21.1.99). הדברים פורסמו במלואם בידיעה "אהרן ברק: 'הפכנו להשודים'", **ידיעות אחרונות – המוסף לשבת**, 22.1.99, 5.

144. ראו בפתח־דבר של רות גביזון לחיבורה המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה? (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשנ"ח) 14.

145. אהרן ברק, "חמישים שנות משפט בישראל", **הלשכה** 45 (תשנ"ח) 11, עמ' 14.

146. ראו בדברים הנ"ל.

147. ראו לעיל, הערות 139-142.

ב"כבוד האדם". איפוק זה יסודו גם בגישה שלא לחייב את הממשלה בהוצאה תקציבית של ממש בלא אסמכתא בהוראת חוק ספציפית. בלא להתעלם בקושי שבגישה שונה גראה, שמודל מצמצם מדי של הזכות ל"כבוד האדם" כבסיס להכרת זכויות בתחום החינוך, הבריאות והרווחה, מונע את מימושה של זכות־היסוד. החובה לכבד את "כבוד האדם" חלה גם על הכנסת עצמה, החייבת להגשימה בתקיקה ספציפית. זוהי דמוקרטיה אקטיבית שבג"ץ יכול לפעול למימושה בהטלת חובה על הכנסת לקבל חקיקה כזו שיהיה בה כדי הגשמת זכויות־היסוד, הלכה למעשה.

איפוק שיפוטי מסוג אחר בפסיקת בג"ץ בעת שמדובר בשיקולי ביטחון[148] בלט בהחלטת בית־המשפט העליון בשלהי 1997 בעמ"מ פלונים[149] שבה אישרה דעת הרוב – של הנשיא אהרן ברק והשופט יעקב קדמי – את החוקתם במעצר מינהלי, לתקופה ארוכה בת שנים רבות, של קבוצת עצירים, כדי שישמשו "קלפי־מיקוח" לקידום שחרורם של שבויים ונעדרים. השימוש במעצר אושר חרף הכרת השופטים בכך שמעצר כזה הוא "פגיעה חמורה בכבוד האדם, שכן העצור נתפס כאמצעי להשגת המטרה ולא כמטרה בפני עצמה". בדעת שופטת המיעוט, דליה דורנר, עמדת שופטי הרוב היא סטייה מ"עקרון יסוד של שיטתנו הוא ששלילת חירות מאדם, מוגבלת למטרות עניישה או מניעת סכנה הנשקפת מן האדם שאת חירותו מבקשים לשלול... כך בכלל, וכך בוודאי עם הקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחידותו".[150]

המציאות הבטחונית מביאה לפתחו של בג"ץ עניינים שספק אם הוא הפורום המתאים להתמודד עמם. בג"ץ מוצא את עצמו עומד לא־אחת מול עתירות שבהן הוא מתבקש להורות לשב"כ להימנע מלהשתמש כנגד נחקר בשיטות שונות של לחץ פיזי, ובהן שיטת הטלטול. בג"ץ הוציא צווי־ביניים למניעת הפעלתם של אמצעי־הקירה, אך אלה בוטלו על־ידי השופטים משהצהירה המדינה כי "קיימת סבירות גבוהה מאד לכך שבידי נחקר מידע בנוגע לתיכנון פיגועים חמורים בזמן הקרוב". השופטים הבהירו בעתידות שונות, שאין הם דנים בשאלה העקרונית של לגיטימיות השימוש בלחץ פיזי בחקירות וציינו רק שחזקה על השב"כ כי הוא מודע למגבלות החוק.[151]

לאחר תקופה ארוכה של עמימות, הנמשכת שנים רבות, החליט בג"ץ לקיים דיון עקרוני מאוחד בכמה עתירות שהוגשו בנושא, בהרכב מיוחד של תשעה שופטים. במהלך הדיון בלטה גישת בג"ץ, שביקש להימנע מהכרעה מפורשת בשאלה אם מותר להפעיל

148. ראו לעיל, הערה 53 והטקסט לידה.

149. ראו עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון (טרם פורסם).

150. שם, סעיף 2 לפסק־הדין של השופטת דורנר. בהחלטה זו מתקיים בבית־המשפט העליון דיון נוסף בהרכב של תשעה שופטים. לדיווח על הדיון ראו משה ריינפלד, "מי הטרוריסט?", הארץ, 2.2.99, ב 2. בהקשר כללי לשיקולי ביטחון ראו אליקים רובינשטיין, "על חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומערכת הביטחון", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 21.

151. ראו, למשל, בג"ץ 8049/96 תמדאן נ' שירות הביטחון הכללי (טרם פורסם). בהקשר זה ראו זאב סגל, "כבוד הנחקר ושלום הציבור", הארץ, 12.1.98, ב 1.

לתן פיזי במסדה לחלץ מידע מחשודים על קיומה של "פצצה מתקתקת". בג"ץ דחה את ההכרעה הקשה כדי לאפשר לכנסת לקבל החקיקה שתקבע את גבולות המותר והאסור בחקירת פעילות חבלנית עוינת. ייתכן שהעברת הכדור למגרשה של הכנסת נועדה למנוע החלטה שיפוטית בעניין רגיש, היכול לעמת את בג"ץ לא רק עם הגורמים הפוליטיים, אלא גם עם דעת־קהל נחושה, העשויה לצדד בשימוש באמצעי חקירה דרסטיים, תוך הרחבת המושג "פצצה מתקתקת" להצדקת שימוש בכוח.[152]

הימנעות מהכרעה שיפוטית חד־משמעית, תוך העברת ההכרעה למגרשה של הכנסת, בולטת במיוחד בתחום המתאפיין ברגישות חברתית־פוליטית גבוהה, והוא זה שבין דת ומדינה. דוגמא לאיפוק שיפוטי בשיאו היא החלטת בג"ץ בשלהי שנת 1998, שלפיה הכרעה בנושא כמו דחיית שירותם בצה"ל של תלמידי ישיבות ש"תורתם אומנותם" צריכה להיעשות בחקיקת הכנסת. בפסק־דינו – שהוא מלאכת־מחשבת מפוכחת שנועדה להכניס תחת קורת פסק־דין אחד 11 שופטים, בעלי דעות והשקפות שונות – קבע בג"ץ, שאין שר־הביטחון מוסמך לדחות דחייה כללית את שירותם בצה"ל של תלמידי הישיבות. נפסק כי ב"דמוקרטיה חוקתית" כשלנו ראוי שעניינים "מיוחדים במינם", המפלגים את הציבור, המתייחסים ל"שאלה לאומית נוקבת", יוכרעו בחקיקה מפורשת של הכנסת ולא בהחלטת הרשות המבצעת, הנשענת על הסמכה כללית בחקיקת הכנסת. משמעות הפסיקה היא גם, שבג"ץ עצמו יימנע מהכרעה בנושא ויפנה את המגרש לחקיקת הכנסת.[153]

152. ראו העתירה בבג"ץ 5100/94 ואח' הועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם). בדיון בעתירה בחודש מאי 1998 הביעו שופטי בג"ץ תרעומת על כך, שהממשלה והכנסת נמנעות מקבלת חוק שיקבע את סמכויות השב"כ להפעיל אמצעי חקירה מיוחדים בחקירת פעילות חבלנית עוינת. נשיא בית־המשפט העליון, אהרן ברק, התבטא בדיון שהציפייה היא לכך שבג"ץ יוציא לרשויות "את העזמונים מן האש". לדיווח על הדיון ראו הארץ, 21.5.98. בדיון מאוחר יותר בעתירה זו, שהתקיים ב-13.1.99, נמסר שהממשלה עתידה להביא לחקיקה בכנסת בנושא על־ידי תיקון הפקודה למניעת טרור. המשך הדיון נדחה למועד אחר. ראו בהקשר כולל את הצעת חוק שירות הביטחון הכללי, תשנ"ח-1998, ה"ח 244. ההצעה איננה עוסקת בנושא של אמצעי החקירה.
לאחר מסירת המאמר לדפוס ניתנה ב-6.9.99 החלטת בג"ץ בעתידה זו, ובשש עתירות נוספות, שלפיה אין לשב"כ סמכות להפעיל אמצעי חקירה פיזיים כנגד נחקרים. על דעת תשעה שופטים נקבע גם, כי השימוש באמצעי חקירה מיוחדים על־פי הנחיותיה של ועדת שרים, אינו בסמכות ואינו כדין. פסק־הדין מתאפיין בקביעה, כי בהקשר זה איסורי השימוש באלימות הם "מוחלטים" ו"אין להם 'חריגים', ואין בהם איזונים". התערבות כזו בשיקולי ביטחון היא חריגה בנוף פסיקת בג"ץ בנושאים אלה. השאלה היא עדיין, אם יש בהתערבות כזו משום סטונית המבשרת אביב חדש של ביקורת שיפוטית על שיקולי ביטחון.

153. ראו בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד מט (4) 661.

אמנם, פסק־הדין מציב את בג"ץ במקום טוב באמצע במקבילית הכוחות של רשויות המדינה, אולם במקום כזה המרחיקו מעין הסערה הציבורית.[154] זאת, לפי החלטת בג"ץ עצמו, המבקש להימנע מהכרעה אידיאולוגית בנושא המפלג את הציבור, שעניינו אמונות ודעות. בראי יחסי הרשויות יש לראות בפסק־דין ביטוי ברור לגישת בג"ץ שלא לכהן בסוגיה זו כשופט אקטיבי, בעל תפקיד רב־חשיבות במרכז המגרש השלטוני שעליו משחקות הרשויות הפוליטיות: הכנסת, הממשלה ושר־הביטחון, במה יסודות להחלטה בעיצוב יחסי בג"ץ עם הרשויות האחרות:

* **בג"ץ מול הכנסת.** פסק־דין מהדר בכבוד הכנסת ומבטא גישה השומרת על "מעמדה הרם". כשם שבג"ץ נמנע מלהכריע ב-1995, ומאז עד עתה, בשאלת חוקיות של גיור רפורמי שנעשה בישראל והעביר את הנושא לכנסת שנמנעה מצדה מתקיקה[155] – כך גם בפסיקתו בעניין גיוס תלמידי ישיבות. השאלה הועברה לחקיקת הכנסת, תוך הקצבת זמן של שנה תמימה לתקיקה בטרם תיבנס לתוקפה קביעת בג"ץ, שלפיה החלטת שר־הביטחון בדבר מתן דחיית שירות לתלמידי ישיבות איננה כדין. בג"ץ החליט כך בלא שאמר דבר על מהות החוק האמור להתקבל, כך שיהיה תואם את הדמוקרטיה החוקתית בישראל. כך עומדת הכנסת, מבחינת בג"ץ, בפני "לוח חלק".

* **בג"ץ מול שר־הביטחון.** לפי קביעתו, ששר־הביטחון אינו מוסמך לקבל החלטה בדבר דחיית גיוסם של תלמידי ישיבות, נמנע בג"ץ מלנקוט עמדה באשר לאופן שבו משתמש השר בשיקול־דעתו במתן דחייה משירות, שפירושה המעשי פטור משירות. פסק־הדין מסתפק בקביעה, כי שיקול־דעת השר הוא "בעייתי", הן מבחינת הספק הקיים אם אומנם השיקול הביטחוני היה השיקול הדומיננטי; הן מבחינת החשש כי בשל הגידול הרב במקבלי דחיית השירות... נפרץ מתחם הסבירות... הן מבחינת המשקל שראוי היה לתת, ולא ניתן, לעקרון השוויון". עם מה שנאמר נראה, שפסק־הדין שותק באופן בולט באשר להיקף הבעייתיות שבהפעלת שיקול־דעתו של השר. השתיקה "מדברת" במיוחד על רקע הדברים התמורים שנאמרו באשר לכך עוד בפסיקת בג"ץ בנושא מ-1988, בטרם הל הגידול הרב במספר מקבלי דחיית השירות.[156]

* **בג"ץ בין דת למדינה.** פסק־הדין מבטא השקפת־יסוד, שלפיה הכנסת, ולא בית־המשפט, היא הפורום המתאים להכרעה בחקיקתה עניינים בתחום חופש הדת והחופש מדת, מכיוון שלדברי בג"ץ, "רק המחוקק יוכל לבטא את הקונצנזוס האופטימלי, שיאפשר חיים בצוותא לבני דתות ואמונות שונות".

---

154. ראו בג"ץ 3267/97 ואח' רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון (טרם פורסם), פסק־הדין של הנשיא ברק. בהקשר זה ראו זאב סגל, "ממשיכים לא להכריע בין דת למדינה", **הארץ**, 10.12.98, א 2; וכן אורית שוחט, "החלטה פתדנית", **הארץ**, 11.12.98, ב 1.

155. ראו בג"ץ 1031/93 **פסרו (גולדשטיין) ואח' נ' שר הפנים ואח'**, פ"ד מט (4) 661.

156. ראו לעיל, הערה 30 והטקסט לידה.

פסיקה זו של בג"ץ בשלהי 1998, על דעת הרכב מיוחד של 11 שופטים, בראשות נשיא בית־המשפט העליון, אהרן ברק, שאף כתב את פסק־הדין, מיישמת בבירור גישה המעדיפה הימנעות מהכרעה שיפוטית בנושאים שבין דת ומדינה. בג"ץ, בשער היובל השני לפסיקתו, ממשיך לצעוד בתלם של העברת ההכרעה לכנסת בעניינים שלהם רגישות חברתית מיוחדת. זהו התלם שבג"ץ התווה לעצמו ב-1995 בשאלת הגיור הרפורמי שנעשה בישראל ובעניין הסדרת התנועה בשבת ברחוב בר־אילן בירושלים. בעניין האחרון הכריע בג"ץ רק ב-1997, לאחר שהעניין נידון – לפי הצעת השופטים – בוועדה ציבורית. בג"ץ עשה כן משלא נותרה בידו ברירה אלא לפסוק בסכסוך חברתי־ערכי, שנעטף בעטיפה משפטית: הכרעה בשאלת איזון האינטרסים שבין חופש התנועה ובין פגיעה ברגשות דתיים.[157]

פסק־הדין בעניין דתיית גיוסם של תלמידי הישיבות הוא שיא באיפוק השיפוטי שבג"ץ נוטל על עצמו בנושאים שבין דת ומדינה. אפשר לשער, כי "פחד הגבהים" שנפל על בג"ץ בהקשר זה נובע הן מרגישות הסוגיה ומהכרת עמוקה שנושאים כאלה טוב להם שיוכרעו בכנסת משיוכרעו בבית־המשפט הן מהכרתו של בג"ץ בייתור מעמדו במרקם החברתי, הימנעות מהכרעות אידיאולוגיות בנושא שמוקדו באמונות ובדעות ובמצוות דתיות יכולה להיות מדיניות שיפוטית ראויה, בהכרה שתקיקת הכנסת היא הכלי הראוי לעיצוב המדיניות החברתית בהקשרים כאלה. עם זאת, באין חקיקה מסדירה, לא יכול בג"ץ לעמוד מנגד ולהתעלם בפסיקתו מערכי־יסוד, כמו שוויון, השוורים בהחלטותיו בהקשרים אחרים, ייחוד מעמדו יכול להסביר גם את העובדה שבתי־משפט נמוכים יותר נוטלים לעצמם ביתר קלות את תירות ההכרעה שבג"ץ איננו מרשה לעצמו. כך החלטת בית־המשפט המחוזי בירושלים, בשלהי 1998, שהכירה בגיור רפורמי שנעשה בישראל לצורך ריישום במרשם האוכלוסין,[158] כך גם החלטת שופט בית־הדין האזורי לעבודה, שפירשה את חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, בדרך הפרשנות המילולית, שהביאה לזיכוין של חברות קיבוץ מעבידה של עבודה בשבת בחגות הקיבוץ. פרשנותו של בית־המשפט עמדה בניגוד לחוות־דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, שפירש את החוק כחל במידה שווה על איסור עבודה בבית־מלאכה, במפעל־תעשייה ובחנות.[159] אפשר

157. ראו בג"ץ 5434/96 ואח' חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח' (טרם פורסם).

158. ראו פסק־דינו של נשיא בית־המשפט המחוזי בירושלים, השופט ורדי וילר, ת"פ (י-ם) 621/96 גיגי נ' שר הפנים (טרם פורסם). החלטה זו תגיע לדיון בבית־המשפט העליון בדרך של ערעור. אפשר לומר שהחלטה של בית־המשפט העליון, כבית־משפט לערעורים, בעניינים שלהם רגישות מיוחדת, יכולה להיחשב קלה יותר, כאשר איננה נידונה לפניו בשבתו לדין כבג"ץ, כלומר: כערכאה ראשונה ואחרונה. במקרה של ערעור, ההכרעה מגיעה אליו לאחר ליבונה בבית־המשפט דלמטה.

159. ראו פסק־דינו של שופט בית־הדין האזורי לעבודה בירושלים, ארי תיבון, ת"פ (י-ם) 1043/98 מדינת ישראל נ' קיבוץ צרעה, אגודה שיתופית ואח' (טרם פורסם). חוות־דעת של היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, מ-21.12.97, ייסודה בגישה הבאה "להגשים את התכלית שביסודו של החוק (ש) אין ליתן לו פירוש שיביא לסיכול הוראתו".

לומר, כי העובדה שבתי־המשפט הנמוכים אינם נושאים על גבם את כובד האחריות הלאומית־ציבורית שבג"ץ נושא עליו כשותף בעיצוב ערכי החברה מגבירה את נכונותם להכריע בעניינים אלה.

נכונותו של בג"ץ להימנע משימוש בסמכות ההכרעה והשפיטה שבידיו, תוך ויתור על מקומו המרכזי בעיצוב "אורחות־חיים", לפחות בהקשרים מסוימים, לא מנעה את הימצאו "תחת אש" כבדה שכוונה כנגדו על־ידי חוגים חרדיים בראשית 1999. בדברים חסרי־תקדים בחומרתם אמר מנהיג תנועת ש"ס, הרב עובדיה יוסף, כי שופטי בית־המשפט העליון הם "ריקים ופוחזים", שבגללם באים "כל הייסורים והפורענות לעולם". הדברים הצטרפו לדברים אחרים מפי ראשי היהדות התורנית, שלפיהם ראוי מרי אזרחי כנגד "הדיקטטורה של בג"ץ". גם לרבני הציונות הדתית, מרדכי אליהו ואברהם שפירא, יוחסו דברים, שלפיהם בג"ץ "ביזה כבוד שמים" בפסיקתו בדבר שילוב רפורמים במועצות הדתיות.[160]

דברים אלה מעמידים על חודן שאלות קשות הנוגעות למידת קיומו של שלטון החוק ברשויות השלטון. אי־קיומן של פסיקות בג"ץ בעניין שילוב רפורמים וקונסרבטיבים במועצות דתיות ובנושאים אחרים בתחום הדתי היה לתופעה רווחת. נראה שהאיפוק השיפוטי של בג"ץ לא הביא לתוצאה המקווה שביקש בג"ץ להשיג: מניעת עימות בנושא אידיאולוגי רגיש המערב אמונות ודעות. במציאות החברתית בישראל בג"ץ מוצא את עצמו לא־אחת מגן על הרוב החילוני הדמוקרטי מפני מיעוט המבקש להשליט את דעותיו בעניינים אלה, בניגוד למציאות הרגילה במדינות אחרות שבהן נועדה ערכאה כבג"ץ להגן על המיעוט מפני הרוב.

בהיעדרה של תוקה מקיפה וכוללת ובהיעדר חקיקה רגילה שתטיל על המינהל הציבורי מגבלות באשר לאופן הפעלת סמכויותיו, תרומתו של בג"ץ בגיבוש המרקם הערכי־חברתי היא יחידה בסוגה. יהיה זה הפסדה של הדמוקרטיה המהותית בישראל אם תגבר מגמת בג"ץ לחפש לעצמו מקום טוב באמצע כתחליף להיותו שופט ראשי אקטיבי במרכז המגרש השלטוני. סממניה של גישה כזו ישנם בפסיקת שנות התשעים, כשהם מתגברים בשער היובל השני. כך בתחום הביטחון, כך בהפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות הכנסת שאינן חוק וכך גם ב"שיתוק שיפוטי" המביא להימנעות כמעט מוחלטת מהפעלת ביקורת על חוקתיותה של החקיקה.[161] בתחום שבין דת למדינה מגיע הריסון השיפוטי לשיאו.

גישת הריסון השיפוטי היא בייסודה "פוליטיקה שיפוטית", המסייעת לבג"ץ להגן על עצמו בהיותו "תחת אש" של ביקורת הגמתחת עליו. גישה זו, היכולה להיות מוצדקת בהקשרים מסוימים, איננה יכולה להפוך למוריגיות רווחת של ערכאה שחוכתה לשפוט.

160. בהקשר זה ראו דיווחים בעיתון הארץ, המוזכרים לעיל, הערה 132. בהקשר זה דנתי באיפוק הרב שבפסיקת בג"ץ בנושאים דתיים בשנים שקדמו למתקפה החרדית הקשה נגדו: זאב סגל, "ערכאת האיפוק והסובלנות", הארץ, 11.2.99, ב 1.

161. ראו לעיל, הערות 53-57, 108-113, 117-122, 149-152. ראו ביקורתו הנוקבת של יואב דותן, "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית־המשפט הגבוה לצדק", עיוני משפט כ (תשנ"ו) 93.

כנגד הבעייתיות המתלווה לטה שמכונה "עודף שפיטות", שהיא פסיקה בעניינים שאין להכריע בהם לפי אמות־מידה שיפוטיות, עומדת הבעייתיות שבשפיטות חסרה. על שפיטות חסרה כזו אפשר לדבר באותם מקרים שיש להכריע בהם לפי אמות־מידה שיפוטיות, אלא שבג"ץ מחליט שלא להתערב בהם תוך שימוש בשיקול־דעתו ובשיקולים שביחסים בין רשויות המדינה. לעתים ייתכן גם שבג"ץ לא יקרא לילד בשמו ויעדיף לנקוט מדיניות שאפשר לכנותה אי־שפיטות בכיסוי, בקביעה שהנושא שפיט. ברם, בג"ץ לא יתערב ב"מדיניות כללית מופשטת" או בקביעה שההלטת הרשות אכן איננה סבירה, אלא שאי־הסבירות איננה מגיעה לדרגת ה"קיצוניות", המצריקה התערבות.

להחלטה שלא להחליט חשיבות רבה. התגבדותה של מגמה כזו תיטול מבג"ץ את רוחו ותפגע בתדמיתו המיוחדת למרקם החברתי בישראל. לא־אחת נראה, שרק לבג"ץ הסמכות והכוח לשמש קול של סבירות ותבונה כנגד פעולתן של הרשויות הפוליטיות, המונחות על־ידי אינטרסים פוליטיים קצרי־טווח. בג"ץ הוא מוסד מרכזי בהוויה הישראלית, המופקד על חיותם של עקרונות־יסוד ארוכי־טווח שהם בלבה של החברה הישראלית. אל לבג"ץ ליטוש את מקומו כשופט מרכזי אקטיבי במגרש השלטוני הממלא תפקיד חשוב בעיצוב פניה של הדמוקרטיה גוסס ישראל.

נכונותו של בג"ץ ליטול על עצמו תפקיד כזה ולאכוף נורמות מוסריות ערכיות בלטה בהחלטתו בבג"ץ פלונית נ' ראש המטה הכללי, שנפסקה במרס 1999,[162] באותו עניין פסק בג"ץ כי בטלה החלטת ראש המטה הכללי לקדם תת־אלוף לדרגת אלוף, אשר בדין משמעתי נקבע כי התנהג התנהגות שאינה הולמת, בכך שקיים יחסים אינטימיים עם חיילת שהיתה נתונה למרותו. בג"ץ פסק, שנפל פגם מהותי בהחלטה להעדיף צורכי ביטחון על ה"פן הערכי־נורמטיבי־מוסרי", תוך התעלמות מהפגיעה שנגרמה ב"כבודה של החיילת ובתרותה ובחובת הנאמנות שהייבים המפקד כפרט והצבא כגוף למתגייסות לשורותיו". כדברי השופט יעקב טירקל, הבסים האידיאולוגי להחלטת בג"ץ לאכוף נורמות מוסריות ולהופכן לנורמות משפטיות הוא בהיות המדינה "מדינה למופת". לדבריו, גישה זו, היא שהנחתה יותר מכל שיקול אחר את השופטים להתערב בשיקול־הדעת הרחב של הרמטכ"ל בקביעת מינויים בצבא והיתה "אבן־השתייה" להכרעה השיפוטית. כדברי השופטת טובה שטרסברג־כהן, מצוינות פיקודית ותרומה לצבא אינן עומדות כנגד הצורך לאכוף נורמה חברתית־ערכית, השוללת "ניצול של מעמד, סמכות, השפעה או מרות" של מפקד בכיר כלפי חיילת צעירה הנתונה לפיקודו.

פסק־הדין מציב את בג"ץ כגוף המקדם ומשליט ערכי־מוסר ואתיקה ציבורית על נושאי תפקידים בכירים. בכך מתחזק אמון הציבור בבג"ץ כגוף השוקל שיקולים מוסריים ומשליטם על המערכת הצבאית הבכירה. פסיקה כזו יכולה לשמש דוגמא למקומו הראוי של בג"ץ כשופט מרכזי אקטיבי במרכז המגרש השלטוני, המרים תרומה בעיצוב דמותה של החברה הישראלית, בבחינת והיה "מחננו טהור".[163] פסק־דין זה אינו בהכרח סנונית

162. ראו בג"ץ 1248/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי ואח' (טרם פורסם).

163. פסק־הדין קובע כי הקצין לא יועלה לדרגת אלוף, הואיל ובהעלאתו בדרגה יש משום "סמל סטטוס ואות הוקרה", אך ההלטת השופטים היא שלא להתערב בעניין קידומו של הקצין

המבשרת אביב של מעורבות שיפוטית אקטיבית, כאשר אין בקבלת החלטה זו משום עימות קשה עם המערכת הפוליטית. עם זאת, מעורבות כזו בעיצוב אורחות החברה יש בה כדי לשמש דוגמא לתפקיד שבג"ץ אכן צריך למלא בנתיבי הממשל בישראל.

הבכיר לתפקיד שיש בו "הרחבת אחריותו של המפקד וניצול רחב יותר של כישוריו" (שם, סעיף 11 לפסק־הדין של השופטת שטרסברג־כהן). לי נראה, שקשה למצוא בסיס להבחנה זו. קשה לראות כיצד מתיישב קידומו בתפקיד של אותו קצין, תא"ל ניר גלילי, עם מה שנאמר על התנהגותו בפסק־הדין. נראה, שההחלטה מבטאת את רצונו של בג"ץ שלא להכביד יתר על המידה את עולה של הביקורת השיפוטית. לגישתי, לא היה מקום להבחנה שנעשתה. ראו זאב סגל, "קירוס יהיה מנוגד לרוח פסק־הדין", **הארץ**, 30.3.99, א 8. הרמטכ"ל, רב־אלוף שאול מופז, החליט לבצע את פסק־דינו של בג"ץ בעניין גלילי "בכתבו וכרוחו" ולהימנע מלקדמו בתפקיד. ראו עמוס הראל, "מופז החליט לא למנות את תא"ל גלילי למפקד גיס", **הארץ**, 26.4.99, א 1.