

תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון- שפיטות), התשס"ח-2008¹ -

תחייתו של מבחן האופי הדומיננטי?

ירון זיו*

א. מבוא

ב. רקע- התפתחות דוקטרינת השפיטות

ג. מבחן האופי הדומיננטי בתזכיר חוק יסוד: השפיטה

ג.1. הרקע להצעת החוק

ג.1.1. א. דמוקרטיה

ג.1.1. ב. הפרדת רשויות

ג.1.1. ג. פגיעה באמון הציבור ואובדן הלגיטימיות

ג.2. ההסדר החקיקתי שעוגן בתזכיר

ג.2.1. א. הבעיות במבחן המוצע בתזכיר

ג.2.1. ב. פתרונות חלופיים

ד. סיכום

א. מבוא

מקובל לומר שלמן שנות ה-80 נוקט בג"ץ בגישה אקטיביסטית.² אחד הביטויים הבולטים לאופיו האקטיביסטי הוא נכונותו המוגברת לדון בכל נושא המועלה בפניו, יהיה זה הנושא בעל הרגישות הפוליטית או האידיאולוגית הגבוהה ביותר.³ לשון אחר, לא פעם נטען כי בג"ץ זנח את דוקטרינת השפיטות ואימץ את הגישה המגולמת באמרה שלפיה "הכול שפיטי".⁴

* סטודנט למשפטים באוניברסיטת חיפה וחבר מערכת "הארץ דין".

1 תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון- שפיטות), התשס"ח-2008 (להלן: תזכיר השפיטות).

2 תחת ההנחה שבית משפט נחשב אקטיביסטי ככל שהוא נוטל לעצמו תפקיד גדול יותר, בהשוואה לזה של מוסדות שלטון אחרים, בקביעת הערכים שישררו במדינה ובקביעת הדרך שבה יוקצו המשאבים העומדים לחלוקה במדינה. ראו מנחם מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי- הערכה" **עלי משפט** ד 7, ה"ש 1 (2005). להגדרות אחרות לאקטיביזם שיפוטי ראו אהרון ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוטי ואקטיביזם שיפוטי" **אקטיביזם שיפוטי** 5, 27-31 (אריאל נבות עורך, 1993) (להלן: ברק "אקטיביזם שיפוטי"); יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" **אקטיביזם שיפוטי** 177, 178 (אריאל נבות עורך, 1993).

לאקטיביזם השיפוטי הניכר של בג"ץ והערכתו ראו רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד- מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** (תש"ס) (להלן: **אקטיביזם שיפוטי- בעד ונגד**).

3 מנחם מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** 101-105 (התשנ"ג) (להלן: מאוטנר **ירידת הפורמליזם**).

4 אמרה זו יוחסה לעיתים לנשיא בית המשפט לשעבר הנשיא א' ברק. ברם קשה למצוא אסמכתא לאמירה זו של הנשיא ברק. נראה שייחוסה של העמדה המגולמת באמרה "הכול שפיטי" לברק נכון רק ככל שהיא נוגעת לשפיטות הנורמטיבית, אותה ברק רואה כקיימת תמיד. אולם מדומני, שגם אם ברק לא אמר מעולם את המילים "הכול שפיטי" גורף, בהחלט ניתן להבין ירון זיו "תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון- שפיטות), התשס"ח-2008 – תחייתו של מבחן האופי הדומיננטי?" **הארץ דין** (ה) 78 (התשס"ט)

עם כניסתו לתפקיד של שר המשפטים לשעבר, פרופ' דניאל פרידמן הוא החל בגיבוש רפורמות שונות להצרת צעדיה של הרשות השופטת בכלל ובית המשפט העליון בפרט.⁵ בין היתר ביקש לעשות כן באמצעות הגבלת השפיטות בבג"ץ. בנושא זה האחרון נוסחה על ידי משרד המשפטים הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון- שפיטות), התשס"ח-2008 (להלן: תזכיר חוק יסוד: השפיטות/התזכיר). במסגרת התזכיר הוצע תיקון לחוק יסוד: השפיטה אשר יגביל או יצמצם את השפיטות בבג"ץ. התזכיר מציע לעשות כן באמצעות תיקון בשלושה רבדים: אימוצו של מבחן האופי הדומיננטי של הנושא לצורך בחינת שפיטותה של עתירה; קביעת חזקת אי שפיטות לגבי מספר נושאים; והגבלת עילות הביקורת שיכול להפעיל בג"ץ בעניינים מסוימים, כגון: לגבי החלטות של היועץ המשפטי לממשלה והחלטות הממשלה.

הארה זו תבקש לבחון את התזכיר המוצע בצורה ביקורתית. במסגרת ההארה אבקש להראות כי התיקונים לחוק יסוד: השפיטה, שאותם מציע התזכיר, ספק אם יהיו פתרון לבעיות עימן ביקשו מנסחיו להתמודד. אדרבה, תיקונים אלה עלולים לעורר בעיות אחרות תחתיהן. חלף זה אבקש לטעון כי הדרך בה מן הראוי היה ללכת היא צמצומה של נורמת הסבירות, אם על ידי מעבר מסבירות מהותית לסבירות הליכית ואם על ידי הגבלת השימוש בסבירות למקרים המעלים פגיעה בזכויות אדם.

סדר הדיון יהיה כדלהלן: בפרק הראשון, אציג את הרקע להצעת החוק: הוא ההתפתחות של דוקטרינת השפיטות בבג"ץ למן הקמתו ועד היום, ואראה כי מבחן האופי הדומיננטי, כפי שפותח בפסיקה ושאותו לכאורה מבקש התזכיר לאמץ, מביא למעשה לאי שפיטות רק במקרים חריגים שבהם ממילא העתירה אינה מגלה עילה או שהיא כללית מדי. בפרק השני, אתייחס לטענות המועלות בתזכיר בדבר הפגיעה בדמוקרטיה, בהפרדת הרשויות ובאמון הציבור במשפט אשר על פי התזכיר נובעות מהמצב האמור, ואטען שיש בטענות אלה ממש. בפרק השלישי, אסקור את התיקונים המוצעים בתזכיר להתמודדות עם הבעיות שהועלו על ידי מנסחיו ואציג בעיות ונקודות חולשה אחדות שתיקונים אלה מעוררים. לסיום, אציע פתרונות חלופיים, שניתן ליישם הן על דרך החקיקה והן על ידי הפסיקה עצמה.

ב. רקע- התפתחות דוקטרינת השפיטות

במהלך השנים התגבשו בפסיקתו הענפה של בית המשפט העליון מספר עילות סף שבהתקיימן תידחה עתירה לבג"ץ. כך הוכרו כעילות סף לדחייתה של עתירה מצבים כגון: אם הוכח שהמשיבים פעלו שלא כדין, אם אין לעותר מעמד,⁶ אם העותר שיהיה את עתירתו יתר על המידה,⁷ אם העתירה נגועה באי ניקיון

זאת, לפחות מפסיקתו בעניין רסלר ומפסיקות קרובות מבחינה כרונולוגית. בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441 (1988) (להלן: עניין **רסלר**); אשר מעוז "על גבולות השפיטות: כנסת, ממשלה, בית- משפט" **פלילים** ח 389, 389 (2005) (להלן: מעוז "גבולות השפיטות").

⁵ תזכיר חוק בתי המשפט (תיקון- דרכי בחירה ומינוי לנשיא ולסגן נשיא וביטול מינוי לכהונה בפועל), התשס"ח-2008; תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון- הרכב הוועדה לבחירת שופטים), התשס"ח-2008; תזכיר חוק בתי המשפט (תיקון- חברי הוועדה לבחירת שופטים), התשס"ח-2008; תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון- ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים), התשס"ז- 2007; תזכיר חוק בתי המשפט (תיקון- מינוי נשיא וסגן נשיא), התשס"ז-2007.

⁶ בג"ץ 852/86 **אלוני נ' שר המשפטים**, פ"ד מא(2) 1 (1987); עניין **רסלר**, לעיל הערה 4; בג"ץ 287/91 **קרגל בע"מ נ' מנהלת מרכז ההשקעות**, פ"ד מו(2) 852 (1992).

⁷ בג"ץ 170/87 **אסולין נ' ראש עיריית קרית גת**, פ"ד מב(1) 678 (1987); בג"ץ 2285/93 **נחום נ' לב**, פ"ד מח(5) 630 (1994).

כפיים,⁸ אם היא מעלה שאלה שטרם הבשילה,⁹ וכיוצא באלה טעמים שמהם מסיק בג"ץ כי אין לתת בעתירה "סעד למען הצדק".¹⁰ אחת מעילות הסף שהתגבשו בפסיקת בית המשפט העליון – והיא העילה החשובה לענייננו – היא היות העתירה בלתי שפיטה.¹¹

השימוש בדוקטרינת העדר השפיטות כעילת סף, שבהתקיים תנאיה נמנע בית המשפט מלדון בעתירה לגופה, גם בא לידי ביטוי בפועל במספר מקרים מצומצם בעשורים הראשונים לפעילותו של בית המשפט. אז נמנע בג"ץ מלדון בעתירות פוליטיות במהותן.

כך למשל, אם להביא מקצת המקרים שבהם נדחו עתירות מטעמי שפיטות, אזכיר את עניין **ז'בוטינסקי**¹² שבו נתבקש בג"ץ להורות לנשיא המדינה חיים וייצמן להטיל את משימת הרכבתה של ממשלה חדשה על אחד ממאה ועשרים חברי הכנסת לאחר שהכנסת הביעה אי-אמון בממשלתו של בן-גוריון. הנשיא זמורה אימץ בפסק דינו את מבחן חוש המומחיות של המשפטן לבחינת שפיטותה של עתירה¹³ וקבע לאורו כי נושא הרכבת ממשלה אינו שפיט, שכן הוא אינו ניתן להכרעה שיפוטית ונתון ליחסים שבין הנשיא, הכנסת והממשלה.¹⁴

מקרה אחר הוא עניין **ריינר**,¹⁵ שבו הובאה לפתחו של בית המשפט בעקיפין¹⁶ החלטת הכנסת והממשלה לקשור קשרים דיפלומטיים עם גרמניה. בית המשפט היה ער לחילוקי הדעות בציבור ורגישותה של השאלה ובפסק דין קצר ותמציתי סירב לדון בעניין בסברו כי:

"הענין לא היה ענין משפטי אלא ענין פוליטי מובהק; אין הוא ניתן להיבדק על-פי קנה מידה משפטי. ואף ענין אישורו או פסילתו של שגריר מדינה זרה הוא ענין מדיני אשר שרת החוץ או אולי הממשלה כולה צריכים לענות בו. אין זה ענין משפטי אשר לפי טבעו ניתן להביאו לביורר בבית-המשפט. השיקולים אינם שיקולים משפטיים אלא שיקולים של מדיניות חוץ ושל התאמת המועמד לתפקיד, שלא בית-משפט זה מוסמך ומסוגל להכריע בהם."¹⁷

⁸ בג"ץ 320/80 **קוואסמה נ' שר השיטחון**, פ"ד לה(3) 113 (1980); בג"ץ 669/85 **הרב מאיר כהנא נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד מ(4), 393, עמ' 402-408 לפסק דינו של השופט לוי (1986).

⁹ בג"ץ 2915/96 **הייקינד נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מ(1) 818 (1996); בג"ץ 4827/05 **אדם טבע ודין- אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים** (טרם פורסם, 20.7.2005).

¹⁰ אריאל בנדור "שיקול הדעת של בית המשפט הגבוה לצדק- מה הדין?" **משפטים** כא(1) 161, 162-161 (1991).

¹¹ בג"ץ 4354/92 **תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל נ' ראש הממשלה**, פ"ד מ(1) 37 (1993) (להלן: עניין **נאמני הר הבית**).

¹² בג"ץ 65/51 **ז'בוטינסקי נ' נשיא מדינת ישראל**, פ"ד ה(80) 801 (1951).

¹³ שם, בעמ' 813. זמורה אימץ מבחן זה מהחלטתו של השופט פרנקפורטר בעניין Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath, 341 U.S. 123, 151 (1951).

¹⁴ שם, בעמ' 814.

¹⁵ בג"ץ 186/65 **ריינר נ' ראש הממשלה**, פ"ד יט(2) 485 (1965) (להלן: עניין **ריינר**).

¹⁶ בעקיפין כיוון שהעתירה עצמה הייתה שבית המשפט יאסור על כניסתו של השגריר המיועד לישראל עקב היותו מעורב בפעילות נאצית במלחמת העולם השנייה, ולא תקפה במישרין את החלטה לפתוח בקשרים דיפלומטיים עם גרמניה.

¹⁷ עניין **ריינר**, לעיל הערה 15, בעמ' 487.

לאחר מלחמת יום הכיפורים עתר מוטי אשכנזי, ממובילי תנועת המחאה נגד המלחמה, לבג"ץ.¹⁸ העתירה הוגשה לאחר שדרישותיו מהצבא ושר הביטחון לחקירת אירועי המלחמה על ידי גוף חיצוני נענו בשלילה. בית המשפט אמנם גרס כי עניין צבאי-פנימי אינו בהכרח בלתי שפטי מעצם טיבו וטבעו,¹⁹ אולם קבע כי:

"נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו – אינם שפטים, באשר אינם הולמים כלל דיון והכרעה של ערכאות השיפוט. הוא הדין בענין דרכי הדיון וההכרעה בצבא, אימוני כוחותיו והדרכתם ... אין זה סביר כלל ועיקר, כי רשות שיפוטית תשקול ותכריע מהי השיטה היעילה ביותר, מבחינה צבאית-מקצועית, להפקת לקחים מפעולות מבצעיות ותמיר שיקול-דעתן של רשויות צבאיות, שהוכשרו לכך והופקדו על כך, בשיקול-דעתה היא. ענין כזה הוא בתחומי פעולתן המקצועית של רשויות הצבא ושל הרשות המיניסטריאלית המופקדת עליהן, והללו נושאות באחריות וחייבות בדין-וחשבון..."²⁰

אלא שזהירות זו בטיפול בעתירות פוליטיות באופיין שאפינה את בג"ץ בשנותיו הראשונות הלכה ונעלמה ברבות השנים.²¹ השופט ברק יצא בצורה גלויה נגד ההלכות האמורות שיצאו תחת ידיו של בית משפט זה בפסק דינו בעניין **רסלר**.²² באותו העניין דובר בעתירה נוספת בשורת העתירות נגד הפטור ההולך ומתרחב משירות צבאי שניתן לבחורי הישיבות על ידי שר הביטחון.²³ בפסקי הדין שבעתירות שהוגשו באותו הנושא, ושקדמו לעניין **רסלר**, דחה בג"ץ את העתירות על הסף מטעמי חוסר שפיטות או היעדר מעמד לעותרים.²⁴ אלא שבניגוד לעתירות הקודמות בעניין **רסלר** מצא בית המשפט לנכון לדון בעתירה לגופו של עניין. אמנם בסופו של יום העתירה נדחתה, אולם כל זאת לא לפני שנפרשה על ידי השופט ברק ריעה תיאורטית רחבה לעניין סוגיית השפיטות והונחו יסודותיה של טרמינולוגיה אשר הפכה לנחלתם של כל שופטי בית המשפט מאז ועד היום.

ברק מבחין בעניין **רסלר** בין שני מושגים של שפיטות: שפיטות נורמטיבית ושפיטות מוסדית.²⁵ השפיטות הנורמטיבית פירושה, שקיימות נורמות משפטיות לבחינת העתירה וכן אמות מידה להחלתן.²⁶

¹⁸ בג"ץ 561/75 **אשכנזי נ' שר הביטחון**, פ"ד (3) 309 (1976).

¹⁹ שם, בעמ' 318.

²⁰ שם, בעמ' 319.

²¹ מאוטנר **ירידת הפורמליזם**, לעיל הערה 3. השווו: גד ברזילי "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי" **פוליטיקה** ב 31, 35-39 (1998).

²² עניין **רסלר**, לעיל הערה 4, בעמ' 479-487.

²³ ראו: בג"ץ 40/70 **בקר נ' שר הביטחון**, פ"ד כד(1) 238 (1970) (להלן: **עניין בקר**); בג"ץ 448/81 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד לו(1) 82 (1981) (להלן: **עניין רסלר הראשון**); ד"ר 2/82 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד לו(1) 708 (1982); בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998).

²⁴ עניין **בקר**, שם, בעמ' 247; עניין **רסלר הראשון**, שם, בעמ' 88.

²⁵ עניין **רסלר**, לעיל הערה 4, בעמ' 474: "עקרונית, יש מקום להבחין בין שני מובנים שונים של מושג השפיטות. את האחד ניתן לכנות כשפיטות נורמטיבית; את האחר ניתן לכנות כשפיטות מוסדית".

השפיטות המוסדית פירושה, שגם אם נמצא שקיימת נורמה שניתן להחילה, הרי שיש לבדוק האם ראוי שהעניין יידון בבית המשפט דווקא.²⁷ בעוד שהשפיטות הנורמטיבית בודקת את יכולתו של בית המשפט להכריע בסכסוך, השפיטות המוסדית בוחנת אם ראוי ורצוי שהדבר אכן יעשה על ידי בית המשפט בבית המשפט.²⁸

בהמשך פסק הדין יצק ברק בהבחנות מושגיות אלו תוכן מעשי. לדידו השפיטות הנורמטיבית קיימת תמיד מכוח התפיסה שהמשפט הוא מערכת של איסורים והיתרים ולפיכך כל פעולה נתפסת על ידי נורמה משפטית מסוימת הניתנת להחלה.²⁹ לגבי השפיטות המוסדית גרס ברק כי זו אינה מתקיימת במקרים נדירים וחריגים בהם החשש לפגיעה באמון הציבור בשופטים גדול מן החשש לפגיעה באמון הציבור במשפט.³⁰

כאמור, הבחנה מושגית זו אומצה על ידי רוב שופטי בית המשפט העליון, אך כבר בעניין **רסלר** עצמו התגלו מתנגדים לכרסום הניכר של ברק בדוקטרינת השפיטות, דהיינו, להגבלת העדר השפיטות המוסדית למקרים נדירים וחריגים. הנשיא שמגר הציע את **מבחן האופי הדומיננטי** לבחינת השפיטות המוסדית בכדי להצר את התחומים בהם יוכל לעסוק בג"ץ, קרי להרחיב את עילת אי השפיטות במידה מסוימת. שמגר היה מודע לכך שכמעט כל שאלה המגיעה לפתחו של בג"ץ מערבת רכיבים פוליטיים במידה מסוימת, ולפיכך לגישתו השאלה היא האם האופי הדומיננטי של השאלה הינו פוליטי או משפטי:

"... יכול שהאופי הפוליטי יהיה דומיננטי עד כדי כך, שהמשמעויות המשפטיות של הבעיה ייבלעו בו או יידחקו לקרן זוויית. היסודות בעלי המשמעויות המשפטיות (כגון שאלת הסמכות) מסורים, כמובן, לעולם לביקורתו של בית המשפט; אך אם המכלול מצביע באופן ברור וגלוי על מחלוקת בעלת אופי פוליטי דומיננטי, לא ייטה בית המשפט לעסוק בה."³¹

בפרשת **הסיכול הממוקד** כבר הצהיר הנשיא דאז ברק כי מבחן האופי הדומיננטי אומץ כאמת מידה לבחינתה של השפיטות המוסדית על ידי שופטי בית המשפט העליון הסבורים כי זו קיימת.³² אולם, בחינת

²⁶ שם, בעמ' 475.

²⁷ שם, בעמ' 488-489.

²⁸ שם, בעמ' 489.

²⁹ שם, בעמ' 477-488. להרחבה על גישת כוליות המשפט של ברק ראו: בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, בעמ' 854 לפסק דינו של השופט ברק (1991) (להלן: עניין ז'רז'בסקי); אהרון ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 91, 276-277 (2004) (להלן: ברק **שופט בחברה דמוקרטית**); ברק "אקטיביזם שיפוטי", לעיל הערה 2, בעמ' 15. לגישתו הנוגדת של מנחם אלון ראו: עניין ז'רז'בסקי, שם, בעמ' 766 לפסק דינו של השופט אלון; מנחם אלון במושב הפתיחה בכנס השנתי של עורכי הדין: "ברק: "עד סוף ימי הכל שפיט' הזה ירדוף אחריי" **עורך הדין** כב 28, 32 (2001); אריאל בנדור ושולמית אלמוג "הביקורת השיפוטית על-פי השופט מנחם אלון" **משפטים** כה(1) 481, 485-486 (1995).

³⁰ עניין **רסלר**, שם, בעמ' 496.

³¹ שם, בעמ' 515.

³² בג"ץ 769/02 **הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, עמ' 47 (טרם פורסם, 14.12.06) (להלן: עניין **הסיכול הממוקד**). השווו למגמה ההפוכה בפסיקה האמריקאית אשר דווקא מנסה להימנע מנוסחאות קבועות לבחינת השפיטות,

התוצאה האופרטיבית של יישום מבחן זה תצביע לדעתי כי אין זו תואמת את המטרה שלשמה הותווה. נראה כי בפועל נבלע המבחן במהלך רחב יותר של הסרה כמעט כליל של מחסומי השפיטות ומעבר לבחינה מהותית תוך התאמת הדין לרמת אי ההתערבות המתחייבת ממיהות האורגן המבוקר ואופי פעולותיו.³³ מהלך זה זכה לכינויים כגון "אי שפיטות מדומה"³⁴ ו"ריסון שיפוטי"³⁵. דוגמה יפה שבה ניתן לראות את העדפת הריסון השיפוטי על פני מחסום הסף של שפיטות היא פסק הדין בעניין **ועדת וינוגרד**,³⁶ עתירה נגד החלטת הממשלה להקים ועדת בדיקה בלבד, ולא ועדת חקירה ממלכתית, לשם חקירת התנהלות הדרג המדיני והביטחוני במלחמת לבנון השנייה. לכאורה, בדומה לעניין **אשכנזי**, היה ניתן לדחות העתירה על הסף מחוסר שפיטות, אך על פי השופטת פרוקצ'יה:

"על פי גישה אחת, עניינים בעלי אופי מדיני גוררים אי שפיטות מוסדית, המוציאה, מלכתחילה, ענין מדיני מתחום התערבות הרשות השיפוטית. על פי גישה אחרת, המקובלת בפסיקתו של בית משפט זה (הדגשה שלי-י.ז.), אין בית המשפט משולל סמכות להתערב גם בענין בעל אופי מדיני, אלא שסמכות זו מופעלת בריסון מירבי ובנסיבות חריגות ביותר ... אימץ בית המשפט שורה של כללי יסוד ... כללים כגון "מיתחם הסבירות", "חזקת הכשרות" ו"חזקת החוקתיות" נועדו ליישם הלכה למעשה את עקרון ריסון הביקורת השיפוטית על המינהל."³⁷

בהתאם, גם בעתירות בהן לכאורה מפעיל בית המשפט את מבחן האופי הדומיננטי ולבסוף דוחה את העתירה עקב מה שנראה כשיקולי אי שפיטות, הדבר נעשה תוך כניסה לגוף העניין ולאחר שבית המשפט מוצא שאין עילה או שהעתירה כללית:³⁸

כך, בעניין **ברגיל**,³⁹ שבו השיגו אנשי שלום עכשיו על מדיניות ההתנחלויות של הממשלה, ניתן היה לסבור לכאורה שהנשיא שמגר מחיל את מבחן האופי הדומיננטי כפשוטו בקובעו ש"יש לדחות את העתירה, כי היא לוקה בכך שהיא מתייחסת לנושאי מדיניות השמורים לזרועות אחרות של הממשל הדמוקרטי, והיא מעלה נושא שהסממנים המדיניים שבו הם דומיננטיים וגוברים בעליל על כל קטעי הקטעים המשפטיים שבו."⁴⁰ אלא שבמקרה זה ניתן להבחין בנקל שבית המשפט דחה את העתירה למעשה כיוון שהייתה כללית מדי במובן זה שתקפה מדיניות כללית של הממשלה מבלי להצביע על פגיעה

Rachel E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 COLUM. L. REV. 237, 244 (2002); *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

³³ איל בנבנשתי "נגרש ונשמע" **משפט וממשל** א 441, 450 (1992). מתמקד בעניין המגורשים, שם למשל הוגמשו כללי הצדק הטבעי בדבר זכות השימוע והטיעון בין היתר כיוון שדובר בהחלטת ממשלה בנושא בטחוני-מדיני רגיש.

³⁴ אריאל בנדור "השפיטות בבית המשפט הגבוה לצדק" **משפטים** י"ז 592, 621 (1988) (להלן: "השפיטות בבג"ץ").

³⁵ דפנה ברק-ארז "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" **הפרקליט** נ(1) 1, 25 (2008).

³⁶ בג"ץ 6728/06 **עמותת "אומץ" (אזרחים למען מנהל תיקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם, 30.11.06) (להלן: עניין **ועדת וינוגרד**).

³⁷ שם, בעמ' 35-37.

³⁸ על המעבר של בג"ץ משפיטות לכלליות ראו יואב דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית המשפט הגבוה לצדק" **עיוני משפט** כ 93 (1996).

³⁹ בג"ץ 448/91 **ברגיל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(4) 210 (1993).

⁴⁰ שם, בעמ' 215.

קונקרטי בזכויות אדם וכדומה. ראייה לכך ניתן למצוא בכך שנושא ההתנחלויות כשלעצמו הוכר כשפיט על ידי בית המשפט באומרו כי:

"... לא היותו של העניין קשור למחלוקת שעניינה מקרקעין בשטחים המוחזקים הוא השולל התערבותנו: בית משפט זה נפנה בעבר לא אחת לעתירות שעניינן מחלוקת קונקרטי בקשר להתיישבות היהודית ביהודה ושומרון או בחבל עזה"⁴¹

ולבסוף:

"... בתי המשפט דנים בסכסוכים ובמחלוקות ענייניים, מוגדרים וספציפיים ... אולם כאשר מובא לפניו נושא כללי וכוללני, יהיה חשוב כלל שיהיה, שאינו אלא הצגת המדיניות הכוללת הרצויה, הא ותו לא, אין הוא רואה את הנושא בתחומיו ... בית המשפט לא ידון במדיניות ... כאשר אין לתובענה או לעתירה אחיזה בסכסוך מוגדר..."⁴²

בעניין **אורנן**⁴³ אשר נדון בפני בית המשפט לעניינים מנהליים ניתן לחזות בתופעה דומה. בית המשפט נתבקש להצהיר על קיומו של לאום ישראלי. כמצופה לטעמי, העתירה נדחתה על הסף כיוון שאינה שפיטה מבחינה מוסדית על פי מבחן האופי הדומיננטי שלה. "אופיה הדומיננטי הוא ציבורי, אידיאולוגי, חברתי, היסטורי ופוליטי; ואיננו משפטי"⁴⁴ לדבריו של בית המשפט. אולם, קריאה מעמיקה בין השיטין מעלה שלבסוף בית המשפט דחה את העתירה כיוון שלא הייתה עילה להתערבותו וכלים לבחינתו, שכן:

"בקשת המבקשים ... איננה להעביר תחת שבט הביקורת את שיקול דעתה של הרשות המבצעת; המבקשים אינם מבקשים להכריע בשאלה של סבירות מעשה מינהלי, וגם לא לפסוק אם הוא מותר או אסור, חוקי או בלתי-חוקי, כשר או טרף, טמא או טהור ... ענייננו שונה. אין בו תשתית לביקורת שיפוטית. עקב אכילס של הבקשה הנדונה כאן הוא שאין בנמצא - מבחינת החוק והמשפט - לאום ישראלי. הלכה למעשה מבקשים המבקשים לברוא בריאה שכזו, יש מאין. הדבר הוא מעבר לכוחותיו של בית המשפט. גם לגישת המרחיבים בנושא השפיטות, הרי שכאן המקום להצר בה."⁴⁵

41 שם, בעמ' 217.

42 שם.

43 ה"פ (מנהליים י-ס) 6092/07 אורנן נ' משרד הפנים (טרם פורסם 15.7.2008).

44 שם, בעמ' 18.

45 שם, בעמ' 21.

במצב דברים זה נראה כי מבחן האופי הדומיננטי, כפי שהתגבש בפסיקת בית המשפט, הוא למעשה מבחן מצומצם יחסית שבית המשפט עושה בו שימוש כאשר מבחינת העתירה לגופה עולה שאין היא מגלה עילה או שהיא כללית, ושלא כפי שיש לנהוג בה בריסון שיפוטי לאור הכיבוד ההדדי בין הרשויות.⁴⁶

ג. מבחן האופי הדומיננטי בתזכיר חוק יסוד: השפיטה⁴⁷

ג.1. הרקע להצעת החוק

הצעת החוק מהווה תגובה ישירה למצב שתואר בפרק הקודם. מצב שבו הוסרו מחסומי השפיטות ובית המשפט נכנס לגופו של כמעט כל עניין, גם אם הוא בעל הרגישות הפוליטית, המדינית, או הביטחונית הגבוהה ביותר. לגישת מנסחי התזכיר מצב זה מעלה בעיות לא מעטות,⁴⁸ אך ברצוני להתייחס לשלוש עיקריות אשר לדעתי כוחן עימן להצדקת צמצום השפיטות המוסדית. מדובר בטענות בדבר פגיעה בדמוקרטיה, בהפרדת הרשויות ובאמון הציבור במערכת המשפט.⁴⁹

⁴⁶ כך גם למשל בעניין נאמני הר הבית בעתירה נגד בנייה בלתי חוקית של הווקף המוסלמי בהר הבית- השופט זמיר פותח בשיקולי אי שפיטות מוסדית של הפרדת רשויות לפיהם אופיו הדומיננטי של הנושא הוא מדיני מובהק ("הר הבית הוא, כאמור, מקום יחיד במינו ... יש סוגים של מקרים שבהם בית-המשפט, אף שיש לו סמכות, מונע עצמו מביקורת שיפוטית. אלה הם, בראש ובראשונה, מקרים שיש להם אופי מדיני מובהק. אכן, גם במקרים כאלה יכול בית-המשפט, מבחינה נורמטיבית, לפסוק אם החלטה מדינית מותרת על-פי הדין (ולכן היא חוקית) או אסורה על-פי הדין (ולכן היא בלתי חוקית), אך מבחינה מוסדית, במקרים כאלה קיים מוסד אחר המתאים יותר מבית-המשפט, על-פי עקרונות המשטר הדמוקרטי ועל-פי מהות המוסד, לקבל הכרעה. אלה הם, בלשון מקובלת, מקרים של אי-שפיטות מוסדית") אך לבסוף דוחה את העתירה כיוון שבחינתה לגופה העלתה שהרשויות פעלו ללא פגם המצדיק התערבות ("לאחר שהגורמים המוסמכים, לרבות ראש הממשלה, דנו במצב לגוף העניין ושקלו אותו, כשאינן בפניהם שיקולים זרים או מטרה פסולה, אין מקום, לאור ההלכה הנהוגת בעניין זה, שבית-המשפט יתערב ויצווה עליהם לנקוט עוד צעד זה או אחר"). ראו בג"ץ 8666/99 **תנועת נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נד(1) 199, 203-208 (2000).

⁴⁷ תזכיר השפיטות, לעיל הערה 1.

⁴⁸ שם. הצעת החוק מונה מספר בעיות: פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות וסכנת הטעות בהחלטת בית המשפט; עיכוב במתן החלטות; פגיעה באמון הציבור בבית המשפט; עיוות שיקול הדעת של הרשויות בעקבות פסיקת בג"ץ; אי וודאות ועומס על בתי המשפט.

⁴⁹ אף שברק בפסק דינו בעניין **רסלר** דוחה בקש טיעונים אלה: עניין **רסלר**, לעיל הערה 4: דחיית טיעון הפגיעה בהפרדת הרשויות- בעמ' 490-491: בסוף עמ' 491 מסכם ברק: "הנה כי כן, אין דבר בעיקרון הפרדת הרשויות שיש בו כדי להצדיק שלילת ביקורת שיפוטית על פעולות שלטון, יהא אופיין אשר יהא, ויהא תוכנן אשר יהא"; דחיית טיעון הפגיעה בדמוקרטיה- בעמ' 492: ברק מסכם: "אין איפוא כל דבר הפוגע במשטר הדמוקרטי, כאשר הביקורת השיפוטית שוללת את החוקיות של פעולות הגופים השלטוניים, השוקלים שיקולים פוליטיים, אם גופים אלה פועלים שלא כדין"; טיעון הפגיעה באמון הציבור הוא יותר מורכב ונדחה על ידי ברק רק בחלקו- בעמ' 492-496: בעמ' 496 ברק מסכם: "רק במקרים מיוחדים, בהם החשש מפגיעה באמון הציבור בשופטים יעלה על החשש מפני פגיעה באמון הציבור במשפט, יהא מקום לשקול את השימוש בה [בשפיטות המוסדית- ה.ש.ג.ז]."

ג.1.א. דמוקרטיה

קשה למצוא הגדרה אחידה וממצה למשטר דמוקרטי.⁵⁰ אולם, נראה שמנסחי התזכיר, בהציגם את הבעייתיות לכאורה בהסרת מחסומי השפיטות, אחזו בתפיסה שלפיה תמציתה המזוקקת של הדמוקרטיה היא שלטון העם או שלטון הרוב,⁵¹ ולכן כאשר בג"צ פוסק בשאלות פוליטיות, אשר יכולות להיות מבוקרות על ידי העם, הוא פועל לגישתם בניגוד לעיקרון הדמוקרטי-רובני שביסוד משטרנו. אכן יש לדעתי מידה של צדק בביקורת זאת. המשטר הנוהג במדינת ישראל הוא דמוקרטיה פרלמנטאית.⁵² בבסיסו של המשטר הפרלמנטארי עומדים עקרונות הרפרזנטטיביות-ייצוגיות והפרדת

⁵⁰ בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' **משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, 340 (1998): "קיימות תפיסות רבות של דמוקרטיה- מדמוקרטיה עממית עד דמוקרטיה מערבית; מדמוקרטיה פורמאלית עד דמוקרטיה מהותית; וגם בדמוקרטיה המהותית קיימות תפיסות שונות של מהות הדמוקרטיה". ראו גם: R.H. DAHL ON DEMOCRACY (yale university press, 1998). יוחנן פרס ואפרים יער- יוכטמן **בין הסכמה למחלוקת- דמוקרטיה ושלוש בתודעה הישראלית** 15-16 (1998). ישנה גישה לפיה דמוקרטיה חייבת לקיים זכויות אדם- ברק נחשב לאחד התומכים הגדולים בגישה זו. ראו בחיבורים שונים שלו: אהרון ברק "על רשויות וערכים בישראל" **הפרקליט** מב(3) 445, 448-449 (1995) (להלן: ברק "רשויות וערכים"); אהרון ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" **משפט וממשל** ג 19, 27-29 (1996); אהרון ברק "הפרלמנט ובית המשפט העליון- מבט לעתיד" **הפרקליט** מה 5 (2000); אהרון ברק "על תפקידי כשופט" **משפט וממשל** ד 33, 38-39 (2004). לגישה נוגדת הגורסת שיש להפריד בין דמוקרטיה לזכויות אדם, כמו גם בין דמוקרטיה, המהווה תיאוריה שלטונית, לבין הליברליזם, המהווה תיאוריה פוליטית ראו: ג'ק דונלי "זכויות האדם ודמוקרטיה" **תרבות דמוקרטית** ב 189 (1999). יש הגורסים שמשטר דמוקרטי צריך לכלול חוקה שתגביל את שלטון הרוב ותגן על המיעוט, ראו:

C. R. Sunstein, *Constitutionalism and Secession*, 58 U. CHI. L. REV. 633 (1991); W. F. Murphy, *Constitutionalism, and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, in CONSTITUTIONS, CONSTITUTIONALISM, AND DEMOCRACY 3 (Douglas Greenberg, Stanley N. Katz, Melanie Beth Oliviero and Steven C. Wheatley- eds, Oxford University Press, 1993).

לבעיית "עריצות הרוב" ראו: יורם דינשטיין "הדמוקרטיה ומגבלותיה" **ספר תמיר** 75, 79 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים, 1999). יש המגדילים וטוענים כי מדינה דמוקרטית צריכה לדאוג לתנאי קיום מינימאליים לאזרחיה ותתפקד כמעין "שומר לילה" – טענה זו נכונה ככל שמקבלים את הגישה שמשטר דמוקרטי טומן בחובו את ההגנה על זכויות אדם, וכי הזכות לקיום אנושי היא חלק מכבוד האדם, ולכן פגיעה בה מהווה פגיעה בזכות אדם בסיסית. לדיון מעניין בנושא תוך נקודת מבט השוואתית ראו: בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729, 736-738 (2004).

⁵¹ נראה שזה גם המשותף לכל ההגדרות האפשריות לדמוקרטיה. ראו דוגמאות למאמרים שמשתמשים בהגדרה יחסית צרה זו: רות גביזון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" **עיוני משפט** יט 631, 635-638 (1995); דפנה ברק- ארז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי" **עיוני משפט** כד 369, 370-371 (2001).

⁵² אף שבישראל אין חוקה ניתן לגזור זאת מחוקי היסוד שקבעו את אופי המשטר ומערכות נורמטיביות הקשורות בכך: הכרזת העצמאות- ראו החלטה מספר 1 של מועצת המדינה הזמנית "הכרזה על הקמת מדינת ישראל" (14.5.48), ניתן לצפייה ב: www.knesset.gov.il/docs/heb/megilat.htm; חוק המעבר, התש"ט-1949, ס"ח 1; חוק יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158; חוק יסוד: הכנסת, ס"ח התשס"ד 336. לחריגה של המודל הישראלי מהמודל המצוי ברוב המדינות הפרלמנטריות בעולם ראו: קלוד קליין "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם הישראלי" **משפטים** ה 308 (1974).

הרשויות.⁵³ את עיקרון הייצוגיות ניתן להוציא אל הפועל בחברה מודרנית כשלנו בבחירות של נציגים המוכרעות בהכרעת רוב,⁵⁴ כך שניתן לסבור כי עיקרון הכרעת הרוב שביסוד הייצוגיות מהווה את הבסיס לדמוקרטיה הפרלמנטארית הישראלית.⁵⁵

לכך יש להוסיף את עיקרון ה- Accountability, המהווה חלק בלתי נפרד מעניין הייצוגיות,⁵⁶ ונמצא שלכל הפחות מן הבחינה התהליכית, חשיבותה של הדמוקרטיה היא בכך שלנבחרי הציבור ניתנה סמכות ההכרעה בנושאים שונים, ומנגד לאזרחים ניתנה היכולת להחליטם בתום כל תקופה קצובה אם אין הם שבעי רצון מתפקודם ואם הם רוצים בהחלפתם. העומדים בראש הרשויות הפוליטיות חייבים, אם כן, בדין וחשבון לבוחריהם ומכך גם סביר להניח יושפעו פעולותיהם והכרעותיהם.⁵⁷ שופטי בית המשפט העליון לעומת זאת, אינם נזקקים לעמוד בתום תקופה מסוימת מול הציבור אשר יאמר את דעתו על פסקי דינם בצורה זו או אחרת.⁵⁸ מכאן גם שפסקי דינם אינם אמורים להיות מושפעים מהלך הרוח בציבור. לפיכך הכרעות בג"ץ – בפרט במקרים שבהם הוא מבקר את המחוקק או שהמדובר בהכרעות חוקתיות שהמחוקק אינו רשאי להופכם בחקיקה – מהוות פגיעה בעקרונות האמורים של הייצוגיות וה- Accountability. גם אם נקבל שעקרונות אלה אינם עקרונות מוחלטים, ושמודק לדחותם לעתים בפני עקרונות אחרים שביסוד הדמוקרטיה הליברלית (כגון: שמירה על זכויות אדם), עדיין יש להיות ערים לכך שעקרונות אלה, והפגיעה בהם, אינם נעלמים או חדלים להתקיים גם באותם מצבים שבהם נדחו מפני עקרונות אחרים.

⁵³ קליין, שם, בעמ' 309. נראה לי כי העיקרון הראשון הוא המהווה את הנדבך הדמוקרטי של משטרנו. איני חושב שניתן לומר על משטר שבו הכרעות מתקבלות על ידי העם בעזרת נציגים, ששומר על זכויות אדם ושלטון החוק ומגביל את הרוב בעזרת חוקה, שאינו דמוקרטי רק כיוון שאינו מקפיד על הפרדה פונקציונאלית בין זרועות השלטון.

⁵⁴ לגישה המבססת עיקרון זה על תיאוריות האמנה החברתית ראו: עלי זלצברגר "דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל" פלילים ה(2) 149, 152 (1997).

⁵⁵ יפה לראות שכלל ההכרעה הרובני נחשב לנכון והיעיל ביותר לא רק במגרש הציבורי, אלא גם כאשר מדובר בחברות הנדרשות להכרעה באסיפה הכללית שלהם לדוגמא: זוהר גושן "הצבעה אסטרטגית בדיני חברות: מדיקטטורה לדמוקרטיה" משפטים כג 109 (1994). גושן משתמש בשני נימוקים של יעילות להצדקתו את כלל הרוב. האחד, אומר שכלל זה מבטא את העמדה הטובה ביותר לכלל הקבוצה- בעקבות פעולה שמקורה בהחלטת רוב סביר להניח שמצב הקבוצה יוטב או לא יורע. השני, אומר שהכרעה כזו היא הקירוב הטוב ביותר להכרעה של אדם אחד, המוחזקת כיעילה.

⁵⁶ ראו:

J. L. Mashaw, *Public Accountability: Designs, Dilemmas and Experiences*, in ACCOUNTABILITY AND INSTITUTIONAL DESIGN: SOME THOUGHT ON THE GRAMMAR OF GOVERNANCE 115, 130- 132 (Michael Dowdle ed, Cambridge University Press, 2006)

⁵⁷ להרחבה על אחריותם של הגורמים הפוליטיים תוך דוגמאות מן הפסיקה האמריקאית ראו: A. M. Bickel, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (1962)

⁵⁸ יואב דותן רואה בכך את אחת הסיבות העיקריות לאקטיביזם של בית המשפט. ראו:

Y. Dotan, *Judicial Accountability in Israel: The High Court of Justice and the Phenomena of Judicial Hyperactivism*, 8 ISRAELI AFFAIRS 87 (2002)

כך, כאשר בג"ץ מכריע בנושא אשר נתון מעצם טיבו להכרעה של רשות פוליטית, הוא מסיט את הדיון מהמישור הפוליטי בו ראוי שימוצה, ומעביר אותו להכרעה בלתי דמוקרטית של קבוצת אנשים מצומצמת,⁵⁹ וזאת גם אם בסופו של דבר בית המשפט אינו מתערב ודוחה את העתירה לגופה. מכאן, שכל שבית המשפט מרבה בהסתת השיח בצורה כזו, וזוהי בדיוק משמעות המהלך שתואר בחלק הראשון של ההארה, מבלי להגבילה למקרים שבהם ההליך הדמוקרטי אינו מצליח לתקן את המצב ומביא לפגיעה במיעוטים,⁶⁰ הפגיעה בעקרונות הדמוקרטיה קשה יותר.

ג.1.ב. הפרדת רשויות

כאמור, גם עיקרון הפרדת הרשויות מהווה יסוד הכרחי לקיומה של דמוקרטיה פרלמנטארית.⁶¹ אכן, ישנם גוונים שונים של הפרדת רשויות,⁶² אך נראה שמאז הקמתה של מדינת ישראל שוררת בה הפרדת רשויות

⁵⁹ הכשל האנטי רובני שבביקורת שיפוטית בכלל, ועל חקיקה בפרט, מעסיק חוקרים רבים. גרמי וולדרון ידוע בהתנגדותו לביקורת שיפוטית בדיוק בגלל הכשל שהצבעתי עליו. לגישתו גם אם הביקורת השיפוטית נחוצה לשם שמירה על זכויות, הרי היא עצמה פוגעת בזכות ההשתתפות הפוליטית של כל אזרח, המהווה את "אם כל הזכויות". ראו: J. WALDRON, DEMOCRACY AND DISAGREEMENT 249 (Oxford, 1999).

יש להדגיש שהטיעון שלי לגבי הכרעת הרוב אינו בעל קשר ישיר לטיעון הרווח בקשר לבעיית הכרעת הרוב בכל הנוגע לביקורת השיפוטית על חקיקה, ולכן חשוב להדגיש שהמישור שבו אני קובל על פגיעה בדמוקרטיה אינו קשור כלל לבעיית כבילת הרוב על ידי חוקה, אלא יותר למישור הלא דמוקרטי בו מכריעים השופטים. לאבחנה זו ולגישתו של מרמור שלפיה הביקורת השיפוטית אינה פוגעת במישור הראשון אלא רק בשני ראו: אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** ד 133, 144-151 (1997).

⁶⁰ בדומה לגישתו של איליי, שלפיה הפיקוח השיפוטי צריך להגביל עצמו להגנה על מיעוטים וזכויותיהם, הגנה מפני פגיעה של הרשות עצמה ביכולת להשיג שינוי פוליטי ומפני פגיעה בהליך התקין. ראו: J.H. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST, A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 73- 75, 135- 136, 181- 183 (Cambridge, Mass., 1980) לאימוץ של גישה זו בפסיקה ראו גישתו של גרוניס בעתירה נגד חוקתיותו של חוק טל לגבי גיוס בחורי הישיבות- כיוון שדובר בטענה של הרוב נגד זכות יתר הניתנת למיעוט (פטור הניתן בחוק לבחורי הישיבות בניגוד לכל אזרח אחר) גרוניס גרס שאין זה מתפקידו של בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית. ראו בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פס' 11 לפסק דינו של השופט גרוניס (טרם פורסם, 11.5.2006) (להלן: עניין **חוק טל**).

⁶¹ אף שבישראל ניתן להצביע על הפרדה גמישה עד כדי אי הפרדה כלל. ראו: A. ARIAN, POLITICS IN ISRAEL: THE SECOND GENERATION (New York: Chatham House Publishers, 1985). לכן אגב, יש הגורסים כי חשוב שבית המשפט יעזור ביצירת מנגנון איזונים ובלמים, עליו ארחיב בהמשך, וכך אכן הוא עושה על ידי גיבוי את הכנסת או הממשלה על פי חוזקה של האחת לעומת השנייה בזמן נתון, ראו: איל בנבנשתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" **משפטים** לא(4) 797 (2001).

⁶² ישנה את החלוקה ההיררכית המבוטאת בפירמידת הנורמות והמוסדות של קלזן, ראו H. KELZEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 31 (Russel & Russel, New York, 1961); ישנה הפרדת רשויות טהורה המקובל לזהותה עם הגותו של מונטסקיה, ראו מונטסקיה **על רוח החוקים** (קלוד קליין עורך, עידו בסוק מתרגם, התשנ"ח); ישנו את מנגנון האיזונים והבלמים אשר אינו מקבל הפרדה מוחלטת בין הפונקציות שמבצע כל אורגן, יש הטוענים כי לכך כיוון מונטסקיה, ראו ההקדמה של קלוד קליין לספרו של מונטסקיה: "מונטסקיה ... קובע נוסחה שלפיה החירות המדינית מושתתת על הבחנה בין שלושה תפקידים (פונקציות), המוקצים לשלושה בני-אדם או גופים נפרדים, אך עם זאת משתפים בהכרח פעולה זה עם זה, כדי לממש, כל אחד, את תחום הסמכות שהופקד בידו". ראו שם, בעמ' 27-28.

הרחוקה מלהיות הפרדה נוקשה, אלא כזו השואפת למנגנון של איזונים ובלמים.⁶³ גם בפועלו של בית המשפט ניתן לראות התאמה עקבית לגישה זו,⁶⁴ כך שרוב שופטיו, אם לא כולם, מסכימים שהביקורת השיפוטית שהוא מבצע נגזרת מקיומה של מערכת האיזונים והבקורות.⁶⁵

אלא שלתפיסתי אין בעיקרון האיזונים והבלמים כדי להצדיק גישה המטשטשת את הפרדת הרשויות על ידי נכונות להיכנס לגופם של עניינים פוליטיים ללא הבחנה. לטעמי גם ביסוד מנגנון האיזונים והבלמים, כמו בכל צורה אחרת של הפרדת רשויות, ניצבת מטרה עיקרית אחת והיא מניעת ריכוזו של הכוח השלטוני

⁶³ קליין, לעיל הערה 52, בעמ' 331. כמו כן: קלוד קליין "על הפרדת רשויות בדמוקרטיה" **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** 111 (רפאל כהן- אלמגור עורך, התשנ"ט).

⁶⁴ במידה מסוימת נראה שניתן לאפיין את הביקורת של בג"ץ על מעשי המנהל לאורך השנים כנגזרת של שינויים בתפיסתו את הפרדת הרשויות. תחילה החזיק בג"ץ בתפיסה קלזיאנית ולכן ראה עצמו כמי שנמצא מחוץ לפירמידות ואמור לדאוג לפעולתם התקינה בהיותו ניטרלי ואובייקטיבי. בהמשך ניתן לומר שבג"ץ הבין שאין ביכולתו לשמש מפעיל ניטרלי של מבנה מורכב זה ולכן עבר לגישה טהורה, קרי הוא הבין את יכולתו להשפיע על הכרעות קולקטיביות, אולם הקפיד לרסן את כוחו ולא להתערב בעניינים מובהקים שבסמכות הרשויות האחרות. בשלב האחרון, עבר בג"ץ מהתפיסה הטהורה לתפיסת האיזונים והבלמים, לפיה הוא רואה כחלק מתפקידו גם פיקוח התערבות. כמובן שניתן לבצע קונקרטיזציה של מהלך זה למגמה שתוארה לעיל- תחילה בג"ץ מגביל עצמו להתערבות רק כאשר ישנה חריגה מסמכות וכדומה, בהמשך, מעוצבת עילת הסבירות, ולבסוף מצטרפת לכך הסרתם של מחסומי השפיטות. מעניין להשוות מהלך זה למהלך שמתאר מאוטנר בדבר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, ראו: מאוטנר **ירידת הפורמליזם**, לעיל הערה 3.

⁶⁵ ראו למשל: בג"ץ 73/85 **סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לט(3) 141, בעמ' 158 לפסק דינו של השופט ברק (1985): "הפרדת רשויות אין פירושה דיקטטורה של כל רשות בתחום סמכויותיה. הפרדת רשויות משמעותה איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות. לא חומות בין הרשויות, אלא גשרים מאזנים ומפקחים"; בג"ץ 306/81 **פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת**, פ"ד לה(4) 118, בעמ' 158 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1981): "ההפרדה בין הרשויות אין משמעותה דווקא יצירתו של חיץ המונע החלטות כל קשר ומגע בין הרשויות, אלא ביטויה בעיקר בקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, המאפשר אי תלות, תוך פיקוח הדדי מוגדר"; בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14, בעמ' 82 לפסק דינו של השופט חשין (2004): "ביזור סמכויות – כיצד? לביזור סמכויות אופטימלי נבחרה הנוסחה ... של "איזונים ובלמים" (checks and balances). וזה עיקרה של הנוסחה: לכל אחת משלוש הרשויות העושות שלטון מוקצית חלקה משלה, ובה היא שליטה בלבדית – חלקת- מחוקק, חלקת-מבצע, חלקת-שופט. בה-בעת מחזיקה כל רשות בקרניהן של שתי הרשויות האחרות ומוחזקת היא בקרניה על-ידי שתי הרשויות האחרות, לבל תנגח רשות את רעותה, ולבל תשתלט רשות על חלקותיהן של אחיותיה הרשויות האחרות. הרשויות נפרדות אפוא אישה מרעותה, אך גם קשורות הן ביניהן-לבין-עצמן". לגישה שונה, הדוגלת בהפרדת רשויות טהורה, ראו עניין **ז'רז'בסקי**, לעיל הערה 29, בעמ' 764 לפסק דינו של השופט אלון: "במשטר דמוקרטי כמשטרנו, המבוסס על עקרון הפרדת הרשויות ושבנו מסורים לרשות הפוליטית קביעת המדיניות וניהולה וביצועה של מדיניות זו בתחום המדיני, הצבאי, הכלכלי והחברתי, חשיבות עליונה ומכרעת נועדה לשמירת חוסנה ומעמדה של הרשות הפוליטית... הרשות הפוליטית היא היא אשר בידה מופקד ניהול המדינה, היא אשר מקימה את מוסדות השלטון, היא הקובעת את המדיניות בכל תחומי החיים המדיניים, הצבאיים והחברתיים, ואל לנו, לרשות השופטת, ליטול לעצמנו, חס ושלום, חלק בתפקידים שלא נתבקשנו - ושאינו לנו הכישורים - לעשותם ולמלאם".

בידי גוף אחד בכדי למנוע את עריצות השלטון. אף המילטון, שגרס שחוקת ארצות הברית צריכה לעגן מערכת שלטונית של איזונים ובלמים,⁶⁶ הביע בכתבי "הפדרליסט" את דאגתו מריכוז סמכויות:

"אילו חוברה הסמכות לשפוט עם סמכות החקיקה היו חייו וחירותו של הנתין צפויים לפיקוח שרירותי, שהרי אז היה השופט גם המחוקק. יצרפו סמכות זו לסמכות הביצוע – יוכל השופט להתנהג בכל חוזק ידו של מדכא".⁶⁷

נדמה שחשש זה הוא שהדהד במוחו של שר המשפטים לשעבר, פרופ' דניאל פרידמן, עת יזם תיקון חוקתי זה, שבין היתר קובע עניינים שאינם שפיטים, בראותו את נכונותו של בג"ץ לבקר כל תחום אפשרי, בין אם כל כולו נוגע לענייניה של הכנסת ובין אם לענייני מדיניות של הממשלה.⁶⁸

אלא שמעבר לעיקרון הביזור, העומד בבסיס הפרדת הרשויות, יש לשים לב לעיקרון משני בחשיבותו, אך בעל ערך רב להבנת כוונתם של מנסחי התזכיר. עיקרון זה הוא עיקרון היעילות אשר בהקשרו להפרדת הרשויות פירושו, שאחת ממטרותיה של אותה הפרדה היא להגיע לכדי התמחות של כל רשות בתחום השייך לה, בדומה לשוק הכלכלי. הכוונה היא שככל שרשות עוסקת בעניינים שבהם יש לה יתרון יחסי על פני הרשויות האחרות כך היא תבצע את תפקידה טוב יותר, תביא לחיזוקה הפנימי ובסופו של דבר תטיב עם הפרטים והציבור המושפע מכך.⁶⁹

מחקרים אמפיריים מראים שפסקי דין של בתי משפט בעניינים כגון עניינים פוליטיים כלל אינם אפקטיביים, אם עקב הססנות במתן צווים אופרטיביים נגד הרשויות הפוליטיות, אם כיוון שהרשויות מוצאות דרכים בכדי לעקוף הכרעות אלה, ואם עקב היעדר כלים בידי בית המשפט להכרעה בכך.⁷⁰ דפנה

⁶⁶ ארנון גוטפלד "עיקרון הפרדת הרשויות ותביעת מארברי נגד מדיסון" **זמנים: רבעון להסטוריה** כו 62 (1987). המחבר מתאר בין היתר את ההצדקות השונות שהשפיעו על הפדרליסטים בעיצוב המבנה השלטוני בחוקה. אחד הדברים העיקריים המוזכרים הוא רצונם ליצור מבנה של ריסונים ואיזונים. אף על פי כן יש לציין שהפדרליסטים הושפעו מגורמים שונים שהביאו אותם ליצירת מבנה מורכב ששם דגש לא רק על הפרדה ופיקוח הדדי, אלא גם על כך שכל רשות תשמור על "רצון מוסדי", בכדי להבטיח זאת.

⁶⁷ אלכסנדר המילטון, גיימס מדיסון וג'ון גיי **הפדרליסט** 245-256 (יעל חזוני עורכת, אהרון אמיר מתרגם, התשס"ב).

⁶⁸ ראו הרצאתו של דניאל פרידמן בערב עיון בנושא: הצעות לרפורמה בדיני המעמד והשפיטות בבג"ץ, האוניברסיטה העברית, 13/11/07. ניתן לצפייה באתר נבו: web2.nevo.co.il/serve/thetimer/ShowNevoVideo.asp?Id=81837 זו לרפורמה היא רק קצה הקרחון מבחינת המהלכים הננקטים להצרת סמכותו של בג"ץ על ידי המערכת הפוליטית. בכך ניתן לומר שהמצאות טפחה על פניו של בנדור, שלא ייחס כל חשיבות לטיעון החשש מפני ביטול סמכותו של בית המשפט כיוון שלדידו הוא נשען על שיקולים חוץ משפטיים זרים ולא מבוסס מבחינה עובדתית. ראו: בנדור "השפיטות בבג"ץ", לעיל הערה 34, בעמ' 627-628. לגישות נוגדות, שכבר מפנימות את החשש מפני מהלכים כאלה של הרשויות הפוליטיות ראו: אשר מעוז "בג"צ ויחסי החוץ של המדינה" **מאזני משפט** ד 85, 121 (2005) (להלן: מעוז "בג"צ ויחסי החוץ"); יצחק זמיר "משפט ופוליטיקה" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 209, 223 (יצחק זמיר עורך, 1993) (להלן: זמיר "משפט ופוליטיקה").

⁶⁹ השוו: H.G. BRENNAN AND J.M. BUCHANAN, *THE REASON OF RULES- CONSTITUTIONAL POLITICAL ECONOMY* 82- 133 (Cambridge, 1985).

⁷⁰ הספרות האמריקאית עסקה במיוחד בבחינת היכולת של הפסיקה להביא לשינוי חברתי בהיבט של זכויות האדם. ראו למשל: S.A. SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS- LAWYERS, PUBLIC POLICY AND POLITICAL CHANGE* (New Heaven, 1974); G.N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS CAN BRING ABOUT SOCIAL*

ברק-ארז, במחקר מקיף שערכה על השפעת פסיקותיו של בג"ץ על המערכת הפוליטית, מצאה שגם כאשר נכון בג"ץ להוציא צווים נגד הרשויות הפוליטיות, בדרך כלל אותם צווים הופכים לאות מתה, ולכל היותר מקוימים רק כלפי חוץ מבלי להביא לשינוי המהותי שלו ייחל בג"ץ.⁷¹ להערכתו, להיעדר היתרון היחסי של בית המשפט בנושאים כאלה יש חלק נכבד בתופעות המתוארות. נראה לי, בבחינת קל וחומר, שכאשר בג"ץ דוחה עתירות לגופו של עניין אין לצפות כי יהיה לכך אפקט מתקן מבחינת זכויות אדם, שלטון החוק ומנהל תקין, וזאת גם אם בג"ץ "מנצל את הבמה" כדי לבקר בחריפות את הרשות. בסופו של דבר, כניסתו של בג"ץ לנושאים פוליטיים מחייבת אותו לדון בעניינים שבהם אין לו יתרון יחסי, הוא חסר השפעה, ויותר משהוא מועיל הוא נמצא ניזוק מתוך שהוא נתפס כמוטה פוליטית. לדידם של יוזמי ההצעה בכך אף טמונה סכנה לירידה באמון הציבור ואובדן לגיטימציה של פסקי הדין של בית המשפט. על כך אדון בפרק הבא.

ג.1.ג. פגיעה באמון הציבור ואובדן הלגיטימיות

טיעון זה נגד מעורבותו של בג"ץ בעניינים פוליטיים מזוהה לעתים קרובות עם הטיעון בדבר פוליטיזציה של השפיטה,⁷² שלפיו כאשר בג"ץ עוסק בעניינים הנתונים להכרעת הרשויות הפוליטיות הוא למעשה יורד אל הזירה הפוליטית. לפיכך, ממשיכים הטוענים, גם אם יסווה את הכרעתו ברטוריקה משפטית אין לו אפשרות שלא לצאת בשן ועין מדיון בעניין לגופו, כיוון שלבסוף הציבור יבחן את הפסיקה בצורה בינארית – דחייה של העתירה תתפרש כנקיטת עמדה מסוימת של בית המשפט ואילו קבלתה תתפרש כנקיטתה של

CHANGE? (University Press, Chicago, 1991). רוזנברג מתרכז בפסק הדין בעניין בראון ומוכיח בצורה אמפירית ומשכנעת שאותה פסיקה שנחשבה פריצת דרך מבחינה גזענית ושיפוטית לא הצליחה לשנות במאום את ההפרדה הגזעית במדינות דרום ארצות הברית, אלא רק התערבות הקונגרס היא שעשתה זאת על ידי חקיקה, תקציבים ומוסדות שהוקצו במיוחד לכך. לגישה דומה ראו: משה לנדוי "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" **ספר לנדוי** כרך א- כתבים 61, 64-65 (אהרון ברק ואלניער מוזו עורכים, 1995) (הספר להלן: **ספר לנדוי**). לחוסר היכולת הפרוצדוראלית של בג"ץ לדון בצורה מאוזנת בענייני ביטחון ראו: מרדכי קרמניצר "יגורש הגרוש- הערות אחדות על פסק הדין בעניין הגרוש, בית המשפט הגבוה לצדק, משפט, פוליטיקה ומוסר" **פלילים** ד 17, 27-29 (1994) (להלן: קרמניצר "יגורש הגרוש"); ליאון שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים" **עיוני משפט** יז 757, 770-772 (1993).

71 דפנה ברק-ארז "השפיטות של הפוליטיקה" **פלילים** ח 369 (1999). המחברת דנה בהשפעתו של בג"ץ בשלושה תחומים ספציפיים: הסכמים פוליטיים, מינויים פוליטיים ותקציבים פוליטיים. ראו גם: D. Barak- Erez, *Judicial Review of Politics: The Israeli Case*, 29 J. L & Soc. 611 (2002). השווו: מעוז "גבולות השפיטות", לעיל הערה 4, בעמ' 414-423. בעמודים אלה מתרכז מעוז בביקורת על שפיטותם של ההסכמים הפוליטיים, וגם הוא מראה, שבית המשפט בסופו של יום לא הצליח לכבול אותם בכבלי המשפט. לנדוי מעלה את חסינות חברי הכנסת כנימוק אפשרי לכך שבכל מקרה בג"ץ לא יכול להוציא צווים נגדם ופסיקתו לא תיאכף. ראו: משה לנדוי "שפיטותם של הליכי הכנסת" **ספר לנדוי**, לעיל הערה 70, 109, בעמ' 113.

72 עניין **רסלר**, לעיל הערה 4, בעמ' 492 לפסק דינו של השופט ברק. מעצם הצגת הטיעון על ידי ברק ניתן ללמוד על הקבלה, לפחות מסוימת, בין המשפטיות לציבור: "לא נותר לנו אלא הטיעון, כי אי השפיטות המוסדות בעניינים פוליטיים מוצדקת היא, שכן היא באה להגן על בית המשפט מפני "פוליטיזציה של השפיטה" ומפני הפגיעה באמון הציבור באובייקטיביות השיפוטית". ראו גם: זמיר "משפט ופוליטיקה", לעיל הערה 68, בעמ' 211: "משפט ופוליטיקה הינם, לכאורה, דבר והיפוכו. בתי המשפט נוטים באופן מסורתי להימנע מעניינים פוליטיים. הם חוששים שהמשפטיות של הפוליטיקה תביא בעקבותיה פוליטיזציה של המשפט. פוליטיזציה של המשפט עשויה לפגוע במעמדם של בתי המשפט".

העמדה ההפוכה. שתי העמדות הן פוליטיות בעיקרן כיוון שהנושא הוא פוליטי, ולכן בכל הכרעה לגופה שיבחר בג"ץ הוא ייתפס כפוליטי.⁷³

תפיסה של הפגיעה באמון הציבור כתוצאה של הפוליטיזציה של השפיטה היא צרה מכדי לייחס לה כוח רב לשלילת מהלך השפיטות הגורפת. ראשית, יש להשלים עם העובדה, שבית משפט, העוסק בעניינים מנהליים וחוקתיים מהשורה הראשונה, יאלץ להכריע גם בסכסוכים בעלי אופי פוליטי זה או אחר, גם אם אינו מוגדר כבית משפט חוקתי.⁷⁴ שנית, וכנגזרת של עובדה זו, ברור שלא היינו רוצים שהכרעה בנושאים כאלה תעוצב על ידי הרוחות הנושבות בחברה ותונע משיקולים של תגובת הציבור לפסק הדין.⁷⁵ מהלך כזה יהפוך את בג"ץ לגוף פופוליסטי, הזונח את התפקיד הראוי לו מכוח יתרונו היחסי: הגנה על זכויות אדם ושלטון החוק.⁷⁶

לגישתי, נימוק הפגיעה באמון הציבור עשוי להצדיק חקיקה המגבילה את השפיטות בבג"ץ רק במצטבר לביקורת שכבר הועלתה לעיל. רוצה לומר, מדובר בנדבך נוסף המסביר שלא זאת בלבד שעיסוקו של בית המשפט בעתירות בעלות אופי פוליטי הוא עיסוק שההצדקה לו והיעילות שלו מוטלים בספק, אלא שעיסוק זה אף מערער, על ידי הירידה באמון בבית המשפט, את השפעתו של בית המשפט בעניינים שבהם

⁷³ השוו: מעוז "גבולות השפיטות", לעיל הערה 4, בעמ' 424-425: "... בהכרעו בשאלות שנויות במחלוקת ציבורית, בית המשפט נוקט עמדה במסווה של עילה אובייקטיבית של סבירות. לא ייפלא שהכרעה זו מציבה את בית המשפט בליבה של המחלוקת, ומונעת צד שדעתו נדחתה להזדהות עם בית המשפט. עובדה היא כי מאז גברה מעורבותו של בית המשפט בעניינים אלה תכפו גם ההתקפות עליו". וכן: בג"ץ 7128/96 **תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נא(2) 509, 528 (1997): השופט גולדברג: "זהו אחד המקרים שבהם הכרעה שיפוטית אינה הדרך הסבירה לפסוק בסכסוך, וההכרעה היא מעבר לגבולות הדין. שאם לא כן ירד בית המשפט לזירה שכל כולה פוליטית, שההכרעה הנדרשת היא בין הרגשות המתנגשים. מפוליטיזציה זו של בית המשפט יש להימנע, ועל הפתרון השיפוטי לפנות במקרה זה את מקומו להחלטה שהיא פוליטית בעיקרה. על הדרג המדיני, ולא על בית המשפט, לתת תוכן ומשמעות לקריאה ההיסטורית: "הר הבית בדינו".

⁷⁴ יהודה כהן "השיפוט כמעשה פוליטי" **עורך הדין** לב 52 (2002). המחבר, בתמצית, גורס שהשפיטה הפכה אצלנו מזמן למעשה פוליטי, ולכן גם ראוי שהשופטים יבחרו בצורה דמוקרטית, ישירה או עקיפה. מעבר לכך, כל הכרעה חוקתית כמעט מערבת שיקולים שהם פוליטיים- האם לפתוח כביש זה או אחר בשבת- למי יש לתת משקל רב יותר- רגשות הדת או חופש התנועה. לא בטוח שהמומחיות המקצועית של השופטים היא דווקא להכריע בהכרעות שכאלה. לכן גם ברוב המקומות בהם נוהג מודל של בית משפט חוקתי הוא יותר פוליטי מבחינת מאפייניו השונים. ראו: קלוד קליין "בית משפט לחוקה כדגם של ביקורת שיפוטית" המכון הישראלי לדמוקרטיה **דגמים של ביקורת שיפוטית- המועצה הציבורית: הכינוס החמישי** 35 (התשס"ב); גבריאלה פיסמן ואורן סופר "ביקורת שיפוטית- סוגיות עקרוניות" **דגמים של ביקורת שיפוטית**, שם, 89. ראו גם: אריאל בנדור "חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכל שפיט- על פורמליזם משפטי ראוי" **משפט וממשל** ו 591, 602 (2003) אשר גורס שכל זמן שהמערכת המשפטית נאלצת להכריע לגבי זכויות וחובות של המדינה והאזרחים היא תראה כמתערבת בעניינים לא לה. לגישה נוגדת ראו: Z. Mauro "Law and Politics" (June 6, 2006), available at ssrn.com/abstract=925920

⁷⁵ חיים ה. כהן "לפולמוס השפיטות" **קריית המשפט** א 5, 11 (2001): "ספק גדול בליבי אם אמנם "אמון הציבור" מבחן ראוי הוא לשים גבולות השפיטות: אותן זעקות של "הציבורים הגדולים והמגוונים" ההם מעידות על חוסר אמון; וחלילה לשופטים מלסטות מדרכי שיפוטם כמלוא נימה אך בשל הפגנות קולניות של חוסר אמון. גבולות השפיטות אינם יכולים להיות תלויים לא במחמאות ציבוריות ולא בקללות ציבוריות..."

⁷⁶ אריאל בנדור "אווירת צבא בביקורת שיפוטית- בין שפיטות לפופולריות" **פיליפס** ט 413, 436-437 (2000).

פעולתו של בית המשפט היא מוצדקת כמעט ללא עוררין.⁷⁷ כוונתי היא לכך שלו בג"ץ היה עוסק בבחינת חוקיות גרידא, והיה נמנע מלהתערב בעניינים של אידיאולוגיה ועיצוב מדיניות, ככל הנראה לא הייתה קמה כל טרזניה על פגיעה בהפרדת הרשויות ובדמוקרטיה.⁷⁸

בנקודה זו ניתן היה לכאורה להקשות ולטעון שמבחינה אמפירית בג"ץ דווקא זוכה לתמיכה גבוהה מאוד בציבור, תמיכה הגבוהה בהרבה מזו לה זוכות הרשויות הפוליטיות,⁷⁹ ולכן אין חשש לאובדן לגיטימציה של פסיקותיו כיוון שיש בידיו את אמון הציבור. אלא שישנם מחקרים שמראים מגמה הפוכה של ירידה הדרגתית באמון הציבור בבית המשפט העליון,⁸⁰ מגמה אשר לטעמי ניתן לזהות בנקל אף בעיון חטוף באמצעי התקשורת ובמסדרונות הכנסת והממשלה.⁸¹ התזכיר שבו עסקינן מהווה ראיה לכך ומבטא

⁷⁷ לטעמי זוהי מסקנה בלתי נמנעת מהכשל הרובני והיעדר הלגיטימציה שמעלה ביקל, לעיל הערה 57, בעמ' 16-23; תוך קריאה צמודה של הצדקת הביקורת השיפוטית על ידי המילטון בפדליסט, לעיל הערה 67, בעמ' 388: "כל המתבונן בתשומת לב במחלקות השונות של השלטון אינו יכול שלא לראות כי ... תמיד תהיה הרשות השופטת, מטבע תפקידיה, הפחות מסוכנת לזכויות הפוליטיות של החוקה ... הרשות המבצעת לא די שהיא מחלקת את הכיבודים, אלא היא גם מחזיקה בחרבו של הציבור. הרשות המחוקקת לא די שהיא חולשת על הארנק, אלא היא גם המכתיבה את הכללים המסדירים את חובותיו וזכויותיו של כל אזרח. לרשות השופטת, לעומת זאת, אין השפעה לא על החרב ולא על הארנק ... באמת ובתמים אפשר לומר שאין לה לא כוח ולא רצון, אלא רק שיפוט". אהרון ברק הטיב לסכם זאת: "אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו הוא אמון הציבור בו. בית המשפט אינו יכול לתפקד כראוי בלי שאמון הציבור נתון לו. אין זו הסכמה להחלטותיו, אלא אמון בטוהר שיקוליו". ברק "רשויות וערכים", לעיל הערה 50, בעמ' 450. ראו גם: מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט" **המשפט** טו 4, 6-7 (2003).

⁷⁸ וזוהי אכן גישתם של הגורסים שאין מקום לטענה שהסרת מחסומי השפיטות תפגע באמון הציבור בבית המשפט: למשל: בנדור "השפיטות בג"ץ", לעיל הערה 34, בעמ' 627: "גם מקום שבו החוק החרות אינו מספק פתרון ברור וחד משמעי לסוגיא הנדונה ומתעורר הצורך בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי להשלמת החסר, הרי אם שיקול דעת זה יופעל במגמה לקבוע את מתחם החוקיות של פעולות הרשות, להבדיל מבחינת תבונתן הפוליטית, לא נראה כי קיימת סכנה ממשית לפוליטיזציה של השפיטה". סגל אף מדגיש את ההבדל בין החלטה שהיא פוליטית, להחלטה שתוצאתה היא פוליטית. הרבה פעמים להחלטת בג"ץ תהיה תוצאה פוליטית, אולם הכרעה זו הייתה על יסוד שיקולים וקני מידה משפטיים ולכן אינה פוליטית. ראו: זאב סגל "בג"צ במרקם החברה הישראלית- לאחר חמישים שנה" **משפט וממשל** ה 235, 262 (2000) (להלן: סגל "בג"צ במרקם החברה"). אך גישות אלה קשות להצדקה לנוכח מה שיובהר להלן על השימוש במבחן הסבירות.

⁷⁹ גד ברזילי, אפרים יער- יוכטמן וזאב סגל **בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית** 175-186 (1994). מדובר במחקר מקיף, בסיועו של מכון דחף בהנהלת מינה צמח. מסקנותיו של המחקר, המעיד על תמיכה כללית בג"ץ בשיעור של יותר מ-80%, היו בעיקרן: בג"ץ נהנה מרמה גבוהה של לגיטימציה ציבורית, המתבטאת בתמיכה ציבורית רחבה החוצה מגזרי אוכלוסיה; 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.

⁸⁰ ערך ויגודה-גדות ושלמה מזרחי **ביצועי המגזר הציבורי בישראל: ניתוח עמדות אזרחים והערכת מצב לאומית** 24-26 (2008): המחקר פורסם בסוף 2008 ואף שהוא מראה עלייה באמון במערכת המשפט בכלל ובית המשפט העליון בפרט יחסית לשנה הקודמת, הרי שבראייה רב שנתית כאמור המחקר מגלה ירידה הדרגתית ועקבית למין שנת 2001

⁸¹ לסקירה מקיפה של התקפות על בג"ץ מצד גורמים פוליטיים מכל קצוות הקשת ראו סגל "בג"צ במרקם החברה", לעיל הערה 78, בה"ש 132-138. ראו גם החלטה של הכנסת מיום ב' בכסלו התש"ס (29.11.99): "1. הכנסת קוראת לבית המשפט העליון להימנע מלהתערב בנושאים ערכיים, הלכתיים, אידיאולוגיים ופוליטיים. 2. הכנסת קוראת לבית המשפט העליון להימנע מלהתערב בחוקים אותם חוקקה הכנסת ובסטטוס-קוו הקיים מאז יסוד המדינה. 3. הכנסת מכריזה כי יש להרחיב את פורום שופטי הבג"ץ ולאפשר ייצוג לכל חלקי העם. 4. הכנסת מתנגדת לגישת נשיא בית המשפט העליון לפיה "הכל שפיט" במערכת המשפט ...". כן ראו הצעות חוק פרטיות מהעת האחרונה, המגבילות את סמכויות בג"ץ: הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון- הגדרת סמכויות הרשות השופטת), ה"ח הכנסת התשס"ז 80; הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון-

את תחושת לית הברירה של הזרוע המבצעת והמחוקקת.⁸² אמנם חששו של בית המשפט מנקיטת צעדים כאלה הביאו לנסיגה מסוימת מהמהלך שתואר בפרק הראשון,⁸³ אך הדבר נעשה מאוחר מדי ומעט מדי וגרם לבג"ץ להיראות כ"מזוגזג" בצורה תמוהה.⁸⁴ יטענו תומכי התזכיר, שלפיכך אין מנוס מרפורמה חקיקתית, שתציב מחסומי שפיטות בפני בית המשפט אשר ירחיקו מפתחו את אותם מקרים שכל פסיקה בהם הייתה מוציאה אותו חבול ואנוס, ובכך תגן על בית המשפט עצמו.⁸⁵

ביקורת שיפוטית על חקיקה), ה"ח הכנסת התשס"ז 82; הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון- ביטול חוקים על ידי בית המשפט העליון), ה"ח הכנסת התשס"ז 83. נדמה לי שאם נכיר ברעיון העקרוני שנבחרנו מייצגים ולו במעט את רוח העם, נגיע למסקנה של פגיעה קשה באמון הציבור. בנוסף, כפי שכבר אמרתי, אפילו אמון האקדמיה, המהווה לעתים קרובות בת ברית של בית המשפט בכל הקשור לקידום עקרונות של זכויות אדם ודמוקרטיה, הולך ונפגם. דוגמא לכך ניתן לראות בשינוי הגישה של שמעון שטרית. בעבר גרס שטרית שבית המשפט צריך לתחום בצורה עצמאית את גבולות התערבותו, ראו:

S. Shetreet, *JUSTICE IN ISRAEL- A STUDY OF THE ISRAELI JUDICIARY* (Boston & London, 1994); S. Shetreet, *Standing and Justiciability*, in **PUBLIC LAW IN ISRAEL** 265, 273 (Itzhak Zamir & Allen Zysblat eds, Oxford, 1996)

אולם, כיום, בעקבות הקולות הקוראים לבית המשפט לסגת משטחים שאינם שלו, לדידו יש לבצע "כיול מדויק" ותיחום ברור, אף בחקיקה, ראו: שמעון שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים- המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים בישראל" **מאזני משפט** ה' 23, 51-52 (2006).

יובל יועז "פרידמן שוקל: להגדיר נושאים בלתי שפיטים" **וואלה חדשות** 16.11.07 82
www.news.walla.co.il/?w=//1196037

נסיגה זו אפשר לראות אפילו בכתיבה של ברק עצמו, האיש שזוהה יותר מכל עם מגמת ה"הכל שפיט": ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל הערה 29, בעמ' 283: "על אף ביקורתי כלפי הדוקטרינה של אי שפיטות, איני יכול לקבוע כי לעולם אין לעשות בה שימוש. איני טוען שהכל שפיט תמיד... גם עלי מקובל שיש מקרים שבהם לא ראוי לו, לבית המשפט, לדון בעניין שניתן להכריע בו על פי אמות מידה משפטיות". חזרה על גישה זו אף ניתן לראות בפסקי דין שכתב ברק בפתח שנות האלפיים: בג"ץ 9070/00 **לבנת נ' יושב ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט**, פ"ד (4) 800 (2001); בג"ץ 9056/00 **קליינר נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד (4) 703 (2001).

שכן אין מדובר בהליכת כל הדרך לגיבושה של דוקטרינת אי שפיטות, אלא אך הפיכת השפיטות למוגבלת במקרים מסוימים על ידי מבחני סבירות מחמירים פחות. כך, מצד אחד לא מצא בג"ץ לנכון להתערב בקיום משא ומתן מדיני על יסוד מתחם סבירות רחב, אולם מצד שני דווקא החליט להוציא צו ביניים נגד מהלך של הממשלה נגד פעילות ההנהגה הפלסטינית באורינט האוס (יש לציין שבית המשפט לא נדרש לתת פסק דין בעניין בסופו של דבר כיוון שמועד הדיון הבא נקבע לאחר הבחירות בהם נבחר ברק וכל העניין הפך ללא רלוונטי). ראו: בג"ץ 5167/00 **וייס נ' ראש הממשלה של מדינת ישראל**, פ"ד (2) 455 (2001); בג"ץ 3123/99 **הילמן נ' השר לביטחון פנים** (לא פורסם, 11.5.1999) elyon2.court.gov.il. לביקורת על מהלך זה ראו: מעוז "בג"צ ויחסי החוץ", לעיל הערה 68. כמו כן, פעם דן בג"ץ לגופו בענייני הר הבית, ופעם חוזר לעמדה של אי שפיטות. ראו: בג"ץ 4185/90 **נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד (5) 221 (1993); עניין **נאמני הר הבית**, לעיל הערה 11. ולבסוף, מחליט בג"ץ שענייני החלטת וועדת פרס ישראל שפיטים הם, על אף סעיף 33 לחוק החוזים, ופוסל החלטתה להעניק פרס לשניצר, לעומת אישורו את החלטתה להעניק פרס לשולמית אלוני, כשלא ברור מה השוני בין חומרת ההתבטאויות של השניים. ראו: בג"ץ 2205/97 **מסאלה נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד (1) 233 (1997); בג"ץ 2348/00 **סיעת המפד"ל נ' שר החינוך** (לא פורסם, 23.4.2000); לביקורת ראו: מאיר הופמן "שפיטות החלטות בעניין פרס ישראל- עד מתי?" **המשפט** יד 74, 76 (2002).

ג.2. ההסדר החקיקתי שעוגן בתזכיר

בכדי להתמודד עם הבעיות שפורטו לעיל נוקט התזכיר בשלושה רובדי פעולה. בראשון, מאמץ התזכיר את מבחן האופי הדומיננטי לשפיטותה של עתירה. על פי התזכיר, "בית המשפט לא ידון ולא ייתן סעד בכל נושא אשר בהתאם לאופי הדומיננטי של השאלה הטעונה הכרעה, אין הוא מתאים להכרעה שיפוטית".⁸⁶ מבחן זה יאומץ על פי ההצעה כסעיף נוסף בחוק יסוד: השפיטה, סעיף 15א אשר יבוא לאחר סעיף 15 שנדון לעיל,⁸⁷ המגדיר את סמכויותיו של בג"ץ.

ברובד השני, מפרט הסעיף מספר נושאים אשר לגישת מנסחי ההצעה כלולים בהגדרה שהובאה לעיל, קרי אופיים הדומיננטי אינו מתאים להכרעה שיפוטית. רשימת הנושאים כוללת החלטה בתחום יחסי החוץ של המדינה; החלטה בדבר יציאה לפעולה צבאית; החלטה להקים או להימנע מלהקים ועדת חקירה או ועדת בדיקה; והחלטה לגבי סדר העדיפויות בהקצאת תקציב המדינה.⁸⁸

ברובד השלישי, מגבילה ההצעה את עילות הביקורת שיכול להפעיל בג"ץ בעניינים מסוימים. לגבי החלטות של היועץ המשפטי לממשלה ורשויות התביעה יכול להינתן סעד רק אם מדובר בחוסר תום לב, שיקולים זרים, או חוסר סמכות. לגבי החלטות על מינוי או העברת שרים מכהונתם על פי חוק יסוד הממשלה יוכל בית המשפט לתת סעד רק אם הופרו הוראות הכשירות או הפסלות לכהונה שבחוק היסוד. לגבי החלטות ממשלה ככלל יוכל להינתן סעד רק אם נמצא ניגוד להוראה חקוקה, חוסר תום לב, שיקולים זרים, או חוסר סמכות.⁸⁹

כעת אפנה לבחון מנקודת מבט ביקורתית הסדרה זו ואטען שאין בה כדי לפתור באופן מיידי את הבעיות שהועלו, והיא אף מעלה בעיות משל עצמה.

ג.2.א. הבעיות במבחן המוצע בתזכיר

בבחינה זו אתרכו בשני הרבדים הראשונים, קרי אימוץ מבחן האופי הדומיננטי ורשימת הנושאים שאופיים הדומיננטי אינו מתאים להכרעה שיפוטית.

התזכיר עצמו מצהיר בגלוי כי מבחן האופי הדומיננטי שהוא מתווה אומץ מפסק דינו של הנשיא שמגר בעניין **רסלר**.⁹⁰ הראיתי בפרק הראשון כי מבחן זה של שמגר הפך למבחן מצומצם מאוד שגם לפיו מקרי אי השפיטות המוסדית מצומצמים יחסית. לפיכך קשה להבין מדוע התזכיר מאמץ מבחן זה דווקא לאור המטרות שהציב. ניתן היה לכאורה לטעון שיש בעצם האימוץ של מבחן זה בבידודו מהפסיקה שתוארה כדי להחזירו למרכז הבמה ולהראות לבג"ץ את רצונו של המכוון בצמצום גבולות השפיטות. אלא

⁸⁵ קרמניצר "יגורש הגרוש", לעיל הערה 70, בעמ' 23-26. המחבר רואה בשיקולים קיומיים של בית המשפט, כמו הפגיעה באמון הציבור ומקובלות חברתית, אינטרסים שלגיטימי שבית המשפט ישקול בגלוי בהחלטתו להימנע מדיון בעתירה לגופה. ניתן להשאל טיעון זה להצדקת מחסומי שפיטות חקיקתיים אם הדבר לא נעשה על ידי בית המשפט.

⁸⁶ תזכיר השפיטות, לעיל הערה 1, בעמ' 7.

⁸⁷ שם.

⁸⁸ שם, בעמ' 7-8.

⁸⁹ שם, בעמ' 8.

⁹⁰ שם, בעמ' 7. ראו עניין **רסלר**, לעיל הערה 4, בעמ' 516.

שלטעמי גם בכך לא יהיה די כדי לתחום לבג"ץ את גדרי התערבותו, שכן אין לשכוח שעסקינן בתיקון לחוק יסוד: השפיטה, קרי נורמה חוקתית, שפרשנותה על ידי בית המשפט תעשה על פי כללי הפרשנות הנכונים לנורמות חוקתיות. פרשנות זו שונה מפרשנותו של חוק רגיל. אמנם מדובר גם כן בפרשנות תכליתית, אך זו נותנת משקל פחות לכוונת הסובייקטיבית של המכונן ומקנה חשיבות רבה יותר לפרשנות אובייקטיבית האוצרת בתוכה את ערכי היסוד של השיטה⁹¹ ואף את פסיקת העבר של בית המשפט.⁹² כך, מדומני שללא מאמץ פרשני מיוחד בית המשפט יוכל לומר שמקרים כאלה ואחרים המערבים פגיעה בזכויות אדם ואף בטוהר המידות והמנהל התקין הם נושאים שאופיים הדומיננטי בהחלט מתאים להכרעה שיפוטית בהתאם לערכי הדמוקרטיה ופסיקות העבר וכי הוא חייב לדון בהם לגופם.⁹³

נראה שגם מנסחי ההצעה היו מודעים ליכולת זו של בית המשפט, ולפיכך כאמור הוספה רשימת נושאים אשר על פי ההסבר להצעה מוגדרים כנושאים בהם האופי הדומיננטי אינו מתאים להכרעה שיפוטית. לטעמי ניתן אף להסיק מלשון הסעיף, דברי ההסבר ותכליותיה של ההצעה כפי שהוסברו לעיל כי כוונת המנסחים הייתה ליצור חזקות אשר בהתקיימן מדובר בהחלטה שאינה שפיטה,⁹⁴ קרי אם עסקינן בהחלטה באחד העניינים שהוגדרו כמה חזקה שאופיו הדומיננטי של הנושא אינו מתאים להכרעה שיפוטית ולכן אינו שפיט.⁹⁵

חזקות מסוג זה עשויות אולי לגדר את שיקול הדעת הפרשני של בית המשפט ולהתוות לו תחומים בהם אין הוא רשאי לעסוק, אך מדומני שזהו צעד קיצוני מדי, שחסרונותיו עולים על יתרונותיו. טכניקה כזו מונעת דיון של בית המשפט בתחומים שלמים מלכתחילה. מעבר לפגיעה הקשה בזכות הגישה של עותרים רבים,⁹⁶ היא מנטרלת לחלוטין את יכולתו של בית המשפט לדון בנושא גם אם אופייה הדומיננטי של השאלה העולה לגביו היא פגיעה בזכויות אדם, שחיתות ומנהל לא תקין, חוסר סמכות, אי חוקיות ועוד

⁹¹ אהרון ברק **פרשנות במשפט** כרך ג- פרשנות חוקתית 183 (1998). לפסיקה הנותנת חשיבות רבה לאותם ערכי יסוד ואף מכירה בהם עקרונית כחוקה מטריאלית שלאורה ניתן לבקר חקיקה ואף את החוקה ראו: בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529, פסקה 30 לפסק דינו של השופט ברק (1990): "באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין..."; עניין **חוק טל**, לעיל הערה 60, בפסקה 28 לפסק דינו של השופט חשין: "עיקרים אלה שבדמוקרטיה נעלים הם מחוקי-יסוד ולא-כל-שכן נעלים הם מחקיקה מן-המניין".

⁹² R. Dworkin, *Law as Interpretation*, 60 TEX. L. REV. 527 (1982).

⁹³ מה זאת לעומת למשל פרשנותו של בית המשפט את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ככולל כמעט את כל זכויות האדם הקיימות. לביקורת על פרשנות זו ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות- על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח(1) 257 (1997).

⁹⁴ השור: ע"א 6222/97 **טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(3) 145 (1998). שם פורש סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים כיוצר חזקות חלוטות אשר בהתקיימן מדובר בפגיעה בתחרות. השופט גולדברג בדעת הרוב ביסס החלטתו על לשון החוק, הצעת החוק והרציונאלים העולים מן המשפט המשווה.

⁹⁵ אין באפשרותי להיכנס לדיון בשאלה האם מדובר בחזקות חלוטות או חזקות הניתנות לסתירה. לטעמי כוונת המנסחים כאן מטה את הכף לכיווןן של חזקות חלוטות, אך כנראה שפרשנות חוקתית-תכליתית שביסודה ערכי יסוד שונים שביניהם עצמאות השפיטה וכאמור פסיקת העבר יטו את הכף לכיווןן של חזקות הניתנות לסתירה.

⁹⁶ לחשיבותה של זכות הגישה וראייתה כזכות יסוד ראו: ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3) 577 (1997); ע"א 1617/04 **כים ניר שירותי תעופה בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך תל אביב** (טרם פורסם, 29.6.2008); שלמה לויין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" **הפרקליט** מב 451 (1996).

עניינים חמורים ביותר שאין להעלות על הדעת שבית המשפט ידיר את רגליו מהם.⁹⁷ הייתכן שבית המשפט ישיב ריקם פניו של עותר הטוען כי משא ומתן להסכם שלום שמנהל ראש הממשלה עם מדינה שכנה נעשה עקב שוחד שהוצע לו מאותה מדינה?⁹⁸ האם ראוי שבית המשפט ידחה ללא דיון עתירה שלפיה החלטה ליציאה למלחמה התקבלה בחוסר סמכות מבלי לעבור את אישור האורגנים שמוסמכים לכך? היעלה על הדעת שבית המשפט כלל לא ישמע טענותיה של קבוצת מיעוט כי החלטה תקציבית מסוימת מפלה אותה לרעה? ודאי שהתשובה לשאלות הללו היא בשלילה, אך אלו הם המקרים "הקלים" והחמורים ביותר. מה הייתה צריכה להיות התשובה לו טענת העותרים הייתה למשל שניהול משא ומתן עם מדינת אויב על ידי ממשלה מסוימת חורג באופן קיצוני ממתחם הסבירות?

אין ספק שהדבר נכנס בגדר הנושא הראשון שמונה התזכיר- זוהי החלטה בתחום יחסי החוץ של המדינה, כאשר התזכיר אף מדגיש שבתחום זה כלולה ההחלטה לכרות הסכם בינלאומי,⁹⁹ ולפיכך הנושא לכאורה אינו שפיט באשר האופי הדומיננטי שלו אינו מתאים להכרעה שיפוטית.¹⁰⁰ אולם, בפסיקה שקדמה לתזכיר ניתן למצוא עתירה התואמת בדיוק מאפיינים אלה ובית המשפט דן בה לגופה על פי עילת הסבירות. מדובר בעניין **וייס**,¹⁰¹ המכונה פרשת שיחות השלום, שבו מספר עותרים ביקשו מבית המשפט שיוורה לממשלת המעבר בראשות ברק שלא לנהל שיחות שלום עם הרשות הפלסטינאית עד לבחירות. על אף המחלוקת הקשה בציבור סביב שאלה זו ועצם העובדה שממשלת ברק איבדה את אמון הכנסת בעיקר בגלל נכונותה לויתורים כואבים באותו משא ומתן,¹⁰² קרי הכנסת אמרה את דברה בעניין והייתה יכולה להמשיך בביקורת,¹⁰³ בית המשפט, בדעת הרוב של הנשיא ברק, לא דחה את העתירה על הסף מטעמי שפיטות, אלא נכנס לגופו של עניין ולבסוף דחה את העתירה על יסוד מתחם סבירות רחב המוקנה לממשלה

⁹⁷ מרדכי קרמניצר "בג"צ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד**, לעיל הערה 2, 165, 187-189 (התש"ס) (להלן: קרמניצר "כתב הגנה").

⁹⁸ מעוז "בג"צ ויחסי החוץ", לעיל הערה 68, בעמ' 115: מצטט מדבריו של ברק בכנס באוניברסיטת בר-אילן בו הוא הגיב לתזה של מעוז באומרו בין היתר: "... אני מניח שאם הייתי מוכיח לך שאהוד ברק קיבל שוחד בשביל לנהל את המו"מ עם הפלסטינאים, היית רץ לבית המשפט. והיו אומרים לך 'אני מצטער מאוד זה לא שפיט' .. היית אומר: 'מה אתה מדבר: הוא מקבל שוחד! בודאי שזה שפיט' ...".

⁹⁹ תזכיר השפיטות, לעיל הערה 1, בעמ' 7.

¹⁰⁰ יש לציין שהגישה לפייה נושאי חוץ וביטחון אינם שפיטים אינה מופרכת ומבוססת במשפט האמריקאי והאנגלי מהם שאבנו את דוקטרינת השפיטות. ראו:

E.C.S. Wade, *Act of State in English Law: Its Relation With International Law*, 15 BYIL 98, 103 (1934);
R.F. Nagel, *Political Law, Legalistic Politics: a Recent History of the Political Question Doctrine*, 56 U. OF C. L. REV. 643 (1989); *Goldwater v. Carter*, 444 u.s. 996, 1007 (1979).

¹⁰¹ עניין **וייס**, לעיל הערה 84.

¹⁰² מעוז "בג"צ ויחסי החוץ", לעיל הערה 68, בעמ' 85-91 מפרט את האווירה והרקע לעתירה זו.

¹⁰³ למשל בחקיקה האוסרת על ממשלת מעבר ויתור על שטחים, אלא ברוב מיוחס בכנסת וכדומה. צעדים שכאלה אכן ננקטו בהצעות חוק שונות שהועלו בפני הכנסת בזמנו. לפירוט ראו שם, בעמ' 88-89. כן ראו עניין **וייס**, לעיל הערה 84, בעמ' 474 לפסק דינו של השופט לוי.

בעניין זה ועל אף צמצומו כשמדובר בממשלת מעבר.¹⁰⁴ אולם, השופט זמיר נקט דווקא בשיקולי שפיטות אף שמילה זו לא נכתבה במפורש בפסק דינו, דבר שהשתקף באמירתו כי:

"הביקורת על ניהול משא ומתן מדיני על-ידי ממשלה יוצאת, גם כאשר מושמעת טענה כי המשא ומתן בלתי מוצדק ואף בלתי סביר, מופקדת בידי בית הנבחרים, או במישרין בידי הציבור, ולא בידי בית-המשפט. בדרך-כלל, לבית-המשפט בישראל, כמו לבית-משפט במדינות אחרות, אין כשירות להעריך אם משא ומתן מדיני זה או אחר הינו סביר, או שמא הוא חוצה את הגבול של מיתחם הסבירות..."

דוגמא זו חושפת אולי יותר מכל את הבעיה המרכזית עימה לא השכיל אימוץ מבחן האופי הדומיננטי בתזכיר להתמודד, והיא הפיכתה של הסבירות ל"נורמת-על",¹⁰⁵ שמאפשרת לבג"ץ לבדוק כל עניין, יהא הוא הפוליטי, המדיני או האידיאולוגי ביותר, במשקפיים שהן לכאורה משפטיות. רק בשל קיומה של נורמת-על שכזו, אשר ניתן להחילה על כל עניין, גם החלטה לצאת למלחמה או לכרות הסכם שלום,¹⁰⁶ ניתן לדון בבית המשפט גם בנושאים הפוליטיים והרגישים ביותר. למעשה, קיומה של הסבירות היא שמאפשרת מבחינה משפטית-טכנית דיון בכל עניין, והלכה למעשה קיומה של שפיטות נורמטיבית בעלת תוכן ממשי המובילה לשפיטות המוסדית אותה מנסה ההצעה לצמצם. עילת הסבירות, אם כן, מהווה כלי להעברת נושאים משיח פוליטי-ציבורי לשיח משפטי, תוך יכולת לכאורית של בג"ץ לבחון אותם בשפתו שלו.¹⁰⁷

¹⁰⁴ יש לציין שברק דן לעומק בנושא של ממשלת מעבר וסמכויותיה ולבסוף מסיק כי "המשפט החוקתי הישראלי אינו מכיר בדוקטרינה מיוחדת שלפיה עם התפטרותו של ראש-הממשלה סמכויותיו שלו וסמכויותיהם של השרים ... מצטמצמות לפעולות שוטפות ("פעולות תחזוקה") בלבד. עם זאת על ממשלה יוצאת, כמו על כל ממשלה בישראל, לפעול בסבירות ובמידתיות, כאשר השוני בינה לבין ממשלה רגילה מתבטא בתחום פריסתו של מבחן הסבירות ... לכל גוף הפועל על-פי דין "מיתחם של סבירות" המשקף את מגוון הפעולות שאותו גוף רשאי לעשותן. היקפו של המיתחם לעניין סוגיה נתונה תלוי במאפייניה של הסמכות ... על רקע זה מתבקשת המסקנה כי לעניין סוגיות נתונות, מיתחם הסבירות של ראש הממשלה שהתפטר ושל חברי ממשלתו צר ממיתחם הסבירות של ראש ממשלה ושל ממשלה המכהנים כרגיל. הטעם לכך הוא זה שעל ראש ממשלה זה ועל ממשלה יוצאת להביא בחשבון את הנתון המיוחד ... והם תכלית קיומה ומקור סמכותה". ראו עניין **וייס**, לעיל הערה 84, בעמ' 468-470. חשוב לציין, עם זאת, שטירקל, בדעת מיעוט, הסכים כי לממשלת מעבר נתון מיתחם סבירות צר יותר אך גרס שהחלת מיתחם כזה בענייננו מחייב את קבלת העתירה, קרי ניהול משא ומתן כזה ללא אמון הכנסת ובסמוך לבחירות אינו במיתחם הסבירות. ראו שם, בעמ' 476.

¹⁰⁵ מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" **תיאוריה וביקורת** ה 25, 31-34 (1994) (להלן: מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה"). מאוטנר מנסה לחלק את עילת הסבירות כפי שהתפתחה בבג"ץ למן שנות ה-80, לקטגוריות מובחנות בעלות מאפיינים שונים. הוא מבחין בין שלושה סוגים של סבירות. האחד, הוא אותם מקרים בהם השתמש בג"ץ במבחן הסבירות לבדיקת פעולות של רשויות מנהליות, שהתבססו בד"כ על ידע ומומחיות ייחודיים של המנהל. מאוטנר מכנה את הסבירות בהקשר זה "סבירות מקצועית". השני, מתאר מקרים בהם השתמש בג"ץ בעילת הסבירות לשם עריכת איזון בין עקרונות משפטיים שונים, בד"כ שניים בלבד, שסופו ביצירת נורמה משפטית לפיה המנהל צריך לפעול. מאוטנר קורא לסבירות שכזו "סבירות משפטית". השלישי, הוא הסבירות כנורמה משפטית החלה על כל הפעילות האנושית. זוהי סבירות כ"נורמת-על", בלשונו של מאוטנר.

¹⁰⁶ עניין **רסלר**, לעיל הערה 4, בעמ' 488.

¹⁰⁷ רוני שמיר "הפוליטיקה של הסבירות" **תיאוריה וביקורת** ה 7, 9-14 (1994) (להלן: שמיר "הפוליטיקה של הסבירות"); מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה", לעיל הערה 105, בעמ' 45.

אלא שהדיון בעניינים פוליטיים בכלים שהם כביכול משפטיים אינו מעלים את הבעייתיות שבעצם העברת השיח. הוא אינו מגשר על הפער שבין המישור הפוליטי למישור המשפטי.

השיח הפוליטי הוא שיח אשר מעצם טיבו מהווה פשרות עתיות, שהן תוצאה של משא ומתן, המאזן בין רצונה של מפלגה אחת לרצונה של מפלגה אחרת, כשכל אחת מייצגת מגזרים שונים בחברה.¹⁰⁸ לפיכך, ההכרעות הפוליטיות ישקפו בדרך כלל אינטרסים ארעיים וחולפים התלויים בעיקר ברוחות הנושבות בחברה באותה שעה,¹⁰⁹ שכן מטרתם של הפוליטיקאים בסופו של דבר היא ל"שמור על הכסא עליו הם יושבים", קרי להיבחר בשנית, ובשלישית אם אפשר, ומכאן שינסו לפעול, לכל הפחות, בהתאם למצופה מהם על ידי הקבוצה אותה הם מייצגים.¹¹⁰

ההכרעה המשפטית, לעומת זאת, שונה באופייה ובתכליתה. היא אמורה לייצג נורמות ברורות וקבועות, ארוכות טווח ויציבות, תוך ניתוק מסנטימנטים ציבוריים חולפים ומאינטרסים פרטיקולאריים של קבוצות.¹¹¹ היא פועלת כפעולת הגיליוטינה, בצורה חותכת וחד משמעית, וזאת לאחר שנפרשו בפני השופט מסכת של עובדות וטענות שנוסחו בצורה משפטית. אין מדובר בפשרה. כאשר בית המשפט מכריע לגופו של

¹⁰⁸ פסקי הדין בנושא ההסכמים הפוליטיים מבטאים תפיסה לפיה הדבר נגזר משיטת המשטר שלנו: ראו למשל: בג"ץ 1601/90 **שליט נ' פרס**, פ"ד מד(3) 353, 363 (1990): "שיטת המשטר הנוהגת בישראל היא דמוקרטיה פרלמנטאית. היא מבוססת, בין השאר, על התפיסה לפיה רעיונות כלכליים, מדיניים וחברתיים שונים מקודמים בידי מפלגות, ואלו האחרונות מתחרות על אמונם של הבוחרים... תכליתה של המפלגה בחברה דמוקרטית הנה, אפוא, לאפשר לפרטים בני ובנות החברה, לחבור יחדיו כדי לבטא את רעיונותיהם החברתיים, המדיניים והכלכליים ולפעול למימושם". ראו גם: עניין **ז'רז' בסקי**, לעיל הערה 29, בעמ' 836-839. לגישה הרואה בשיח הפוליטי שלנו דווקא שיח לוחמתי הנוטה להכרעות ולא לפשרות, ולכן סולד מהסכמים פוליטיים, ראו: יונתן שפירא "משחק השווה לאפס" **פוליטיקה** כב 16 (1988). השוו: אורית גלילי "דמוקרטיה משברית" **הארץ** 13.9.2000.

¹⁰⁹ מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה", לעיל הערה 105, בעמ' 46.

¹¹⁰ אף שיש לציין שהפסיקה אמביוולנטית בשאלה האם נבחר ציבור חייב בנאמנות ציבורית כללית או אך לבחוריו: עניין ההתנתקות: בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 784-788 (2005) (להלן: עניין **ההתנתקות**): השופט לוי מביא מצד אחד את גישותיהם של חשין ולוין, שגורסים שחובת האמון של נבחרים מפלגה מצטמצמת לבחוריהם ולא לכלל הציבור, ומנגד את גישתו של ברק, שחושב שחבר כנסת הוא נציג העם כולו ופועל כנאמן הציבור ולכן חובתו אינה מצומצמת לבחוריו. לוי נוקט בגישה ביניים, באומר שמדובר בחובת אמון דואלית. לדוגמאות ל"תככים ומזימות" פוליטיות שתכליתם שמירה על הכסא ראו: אטילה שומפבלי **ynet רק פוליטיקה**: "העבודה והחרדים- ברית היסטורית?" (11/04/03); "שתיקת הכבשים" (2/05/03) (על משמעת קואליציונית בממשלת שרון); "הזוגיות המתחדשת של אריק וביבי" (20/05/04); "שתיקה אסטרטגית" (1/07/04); "חגיגת דמוקרטיה? הבלגאן חוגג" (29/04/05); "תכנית ההתנתקות- של קדימה משרון" (שימוש של קדימה בשרון המאושפז בקמפיין הבחירות) (31/01/06); "הפוטש האנליטי" (אהוד ברק מציע לאנשי מפלגתו להעביר לו את תיק הביטחון ולא להפיל את הממשלה בפוטש) (9/05/07); "הרומן המאוחר של אולמרט וביבי" (1/08/07). www.ynet.co.il/headlines/1,7340,L-2369-0,00.htm

¹¹¹ לעמדות מנוגדות, הרואות דווקא את ההשפעה החזקה של החברה על השפיטה ראו: ישי בלנק "קהילה, מרחב, סובייקט- תזות על משפט ומרחב" **דין ודברים** (1) 19, 45-52 (2005). יש לציין שרוב המאמר עוסק בתרומתו של המשפט ליצירת המרחב, אולם המחבר מנתח בחלק זה גם את יחסי הגומלין שביניהם; יואב דותן ואריאל בנדור "על משפט, ממשל וחברה: שיחה עם יצחק זמיר- הנחו יואב דותן ואריאל בנדור" **ספר זמיר** 15, 27-29 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" **מנחה ליצחק- קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו** 59, 70-72, 78-84 (אהרון ברק ומנשה שאוה עורכים, 1999); רונן שמיר "חברה, יהדות ופונדמנטליזם דמוקרטי: על מקורותיה החברתיים של הפרשנות השיפוטית" **עיוני משפט** יט 699 (1995). מדבר בין היתר על הציבור הנאור ומי שאינו בגדרו. בכך אפשר לראות קידום של ערכים הנכונים למגזר מסוים, קצת בדומה לרשויות הפוליטיות.

עניין תמיד צד אחד יצא מנצח והצד השני מפסיד.¹¹² בית המשפט, בשונה מהמוסדות הפוליטיים, אינו נדרש להתייבב בפני בוחריו בתום תקופה קצובה ולתת להם דין וחשבון, ולכן אין לו עניין בכל אותם שיקולים שאינם נוגעים לטיעון המשפטי שיביא אותו להכרעה ניטרלית.¹¹³ אין ביכולתה של הסבירות לטשטש את ההבדלים הכה תהומיים בין השדות השונים. היא כלי שרת בלבד בידי בית המשפט להכפפת הרשויות הפוליטיות לביקורתו, ולהשלמת תהליך של השלטת המשפט על כל הסובב אותו,¹¹⁴ תוך הפיכתם של השופטים ל"מועצת אנשים חכמים".¹¹⁵ ייתכן שתומכי ההצעה שבתזכיר יטענו שכאשר שוללים מבית המשפט דיון בתחומים מוגדרים שהם מעצם טיבם פוליטיים ורגישים מבחינת הפרדת הרשויות הרי שקל וחומר שבכך מונעים מבית המשפט את בחינת הסבירות ו"הרעות החולות" הכרוכות בה. אלא שלטענתי התזכיר בכל זאת אינו נותן מענה לבעיה, שכן יש לזכור שמנויים ארבעה תחומים בלבד הנחשבים כבר מלכתחילה לבלתי שפיטים ולכן בכל נושא אחר עדיין עומדת לבית המשפט האפשרות להיכנס לגוף העניין ולבחון אם החלטת הרשות סבירה. כן, לשון הסעיף סובלת אף פרשנות שלפיה בכל פעם שעולה עתירה בנושא מהנושאים המפורטים על בית המשפט לבדוק האם הוא מעלה שאלה שהאופי הדומיננטי שלה מתאים או לא להכרעה שיפוטית. לפיכך, אם בית המשפט היה מגיע למסקנה כי פרשת **שיחות השלום** מתאימה להכרעה שיפוטית, הרי שהתזכיר אף הוא לא היה מונע מבית המשפט את הדיון בעתירה כיוון שכפי שהובהר נורמת הסבירות העניקה לו את היכולת הפרקטית לעשות זאת. כך, למעשה התזכיר אינו מטפל בשורש הבעיות עימן הוא נועד להתמודד, אלא נוקט בסוג של כיבוי שריפות זמני בנושאים שדיון בגי"ץ בהם לאחרונה גרם לחוסר נוחות של הרשויות האחרות.¹¹⁶ נראה שיש יסוד לסברה כי תזכיר זה נועד לתחזק מעין "מאזן אימה" של

¹¹² בגי"ץ 288/00 **אדם טבע ודין- אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים**, פ"ד נד(5) 673, בעמ' 719 לפסק דינו של השופט חשין (2001): "שלא כהסדר מוסכם היא הכרעת בית-משפט בדין. טיבו של הסדר הוא שהצדדים לו מקרבים עמדותיהם זו-לזו עד שמוציאים הם קורת-גג אחת להסתופף תחתיה. הסדר כרוך בויתורים הדדיים. כל צד מוותר על משהו מעמדתו הראשונית – מי יותר מי פחות ... ואילו הכרעת-דין, הכרעה גיליוטינית היא: אחד עולה בכף וחברו יורד בכף. מבחינתו של המשפט אין שני זוכים במשפט ואין שני מפסידים במשפט. יש זוכה ויש מפסיד. ההכרעה היא בינארית: או 1 או 0".

¹¹³ על רעיון ה- Accountability ראו בפרק ג.1.א. לעיל.

¹¹⁴ שמיר "הפוליטיקה של הסבירות", לעיל הערה 107, בעמ' 20. מתאר יפה את המהלך המתואר לאור "הפוליטיקה של הסבירות" והבדלי השיח: "יכולתו של בית המשפט להציע פתרונות מהירים וחד-משמעיים לסוגיות סבוכות, לעקוף את המנגנון הפרלמנטרי המסורבל, את דרך הפשרות והמשא ומתן הקואליציוני נעדר ההוד, המסתבך בתוך מערבולת פתקים מקומטים, הבנות שקטות וסיכומים באישון לילה, ולהמיר אותם בדרמה שיפוטית צלולה, ברורה, גלויה לכל, ששורתה התחתונה מכריזה על האמת, אפשרו לבית המשפט להציב את עצמו, באמצעות הפוליטיקה של הסבירות, במרכז של תרבות פוליטית המעריצה את הידע של המומחה האובייקטיבי מחד גיסא ואת היכולת לייצר פתרונות דרמטיים והחלטיים מאידך גיסא". מהלך זה זכה לכינויים שונים כגון "משפטיזציה" ו"בג"צוקרטיה": אמנון רובינשטיין "המשפטיזציה של ישראל" **הארץ** 6-9.6.87; שלמה אבינרי "בג"צוקרטיה" **Ynet דעות** 7.7.04. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2943523,00.html השוו: אריאל רוזן-צבי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" **עיוני משפט** יז(3) 689, 695-697 (1993).

¹¹⁵ מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב 102, 126-127 (1982).

¹¹⁶ נושא יחסי החוץ נותן מענה לעתירות כמו אספקת החשמל והדלק לרצועה: בגי"ץ 9132/07 **אלבסיוני נ' ראש הממשלה** (טרם פורסם, 30.1.2008); בגי"ץ 4258/08 **גישה המרכז לשמירה על הזכות לנוע נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 5.6.2008); וכן עניין **ההתנתקות**: לעיל הערה 110; או עניין **הסיכול הממוקד**: לעיל הערה 32; או גדר ההפרדה: בגי"ץ 2056/04 **מועצת**

הכנסת והממשלה אל מול בית המשפט.¹¹⁷ כאשר מוסיפים לכך את האמור לעיל לגבי שלילת יכולתו של בית המשפט להושיט סעד במקרים של פגיעה בזכויות, שלטון החוק ומנהל תקין, עולה שצורת ההסדרה שנבחרה בתזכיר איננה ראויה.

ג.2.ב. פתרונות חלופיים

יטען הטוען שהביקורת הנ"ל מתעלמת מהרובד השלישי של ההצעה, הגדרת שלושה עניינים בהם עילות הביקורת של בג"ץ מוגבלות ואין הוא יכול להשתמש בעילת הסבירות למשל. אכן, לטעמי חלק זה של ההצעה עושה צעד חשוב לכיוונו של הפיתרון הראוי, אשר צריך להתרכז בצמצום השימוש במבחן הסבירות על ידי בית המשפט, אך גם במישור זה היא סובלת מהגדרות קשיחות מדי מבחינה נושאית ומבחינת העילות האפשריות ומביאה למצב שגם אם החלטת הרשות היא אבסורדית ומקוממת, אך אף על פי כן לא נכנסת בגדר שום עילה אחרת, בית המשפט ישב בחיבוק ידיים.¹¹⁸ עם זאת, בהנחה שלנגד עינינו עומדת המטרה לנטרל כמה שיותר את הפגיעה הנטענת בעקרונות הייצוגיות וה- accountability, בהפרדת הרשויות ובאמון הציבור, הרי שברור שלא ניתן להמשיך בתפיסת הסבירות הרחבה והמהותית של בג"ץ, המחייבת אותו להחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו הוא.¹¹⁹ מדומני שאם בג"ץ ימעיט ככל האפשר בשימוש בעילת הסבירות, ובמקום זאת יאמץ מבחנים

הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004). נושא היציאה למבצע צבאי נותן מענה גם לעתירות הדורשות הכרזת מלחמה בעת יציאה למבצע בעל אופי של מלחמה: בג"ץ 6204/06 **ביילין נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם, 1.8.2006) (להלן: **עינין ביילין**). נושא ההחלטה למנות או לא ועדת בדיקה או ועדת חקירה ממלכתית ללא ספק מכוון לעתירות, שהוגשו לאחר מלחמת לבנון השנייה נגד החלטת הממשלה להקים רק ועדת בדיקה ולא ועדת חקירה ממלכתית, נגד ועדת וינוגרד: **עינין ועדת וינוגרד**, לעיל הערה 36. לגבי הנושא של קביעת סדר עדיפויות תקציבי ישנן דוגמאות רבות אך נראה שהקיצונית מכולן ואשר אליה בעיקר מכוון תחום זה היא מיגון שדרות: בג"ץ 8397/06 **אדוארדו נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 29.5.2007).

¹¹⁷ לא בכדי התזכיר פורסם רק בסוף שנת 2008 כאשר קיומן של הבחירות והחלפת הממשלה היו ידועים לפרידמן, קרי לטעמי כבר בעת ניסוחו של התזכיר היה ברור ליוצריו שהוא אינו עתיד לצאת אל הפועל, אלא עיקר פועלו הוא כלפי הרשות השופטת שתראה ותיארה. ראו אביעד גליקמן "השר פרידמן יפיץ את הצעת החוק להגבלת בג"ץ" **Ynet פוליטי- מזיני** 17.11.2008 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3623914,00.html : כותרת המשנה: "שר המשפטים יפיץ בימים הקרובים את הצעת החוק שלו להגבלת סמכויות בית המשפט העליון, על אף שההצעה כנראה לא תעלה להצבעה עד אחרי הבחירות. הכוונה: ליצור דיון ציבורי בעקבות דרישתו להפקיע מבג"ץ את הזכות להתערב בנושאי ביטחון וחוף".

¹¹⁸ קרמיניץ "כתב הגנה", לעיל הערה 97, בעמ' 189. ראו גם: ברק "אקטיביזם שיפוטי", לעיל הערה 2, בעמ' 20. לחשיבותה של עילת אי הסבירות לביקורת שיפוטית ממשית ראו: J. Jowell and A. Lester, *Beyond Wednesbury- Substantive* (1987) PUBLIC LAW 368 *Principles of Administrative Law*, in השווא: איל זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב 303-305, 291 (1982).

¹¹⁹ אולין גורדון "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו תכלית 3, 44, 68-70 (1998): " [בית המשפט] ... הפקיע לעצמו את הסמכות לבטל החלטות ממשלה שאינן מפרות אף חוק או זכות, תוך הסתמכות בלעדית על הערכתו שהפעולה הנידונה היא 'בלתי סבירה' ... הבעיה שבמבחן הסבירות נעוצה בהתעלמותו מהפרדת הרשויות ... שאלת סבירותה של החלטה היא דוגמה מצוינת לדבר שהוא עניין של שיקול דעת ולא של חוק ... מבט חטוף בקומץ מתוך עשרות המקרים שבהם עשה בג"ץ שימוש במבחן זה מגלה עד כמה ההכרעה היא סובייקטיבית ... העובדה שאנשים הגיוניים יכולים להיות חלוקים

מצומצמים וקונקרטיים יותר,¹²⁰ יהיה בידיו לצמצם במידה ניכרת את תחומי התערבותו. פתרון זה אינו מגדיר מראש תחומים שאינם שפיטים, אשר בהם לא יתערב בג"ץ, אולם נראה לי שבצורה עקיפה יש בו כדי להביא לאי שפיטות דה פקטו של נושאים בהם כעת לא יהיה לבג"ץ "נורמת על" לבחינתם. נושאים אלו יהיו בלתי שפיטים מבחינה נורמטיבית, אלא אם כן יהיה ניתן לבחון אותם בכלים קונקרטיים כגון שיקולים זרים והיעדר יחסיות.¹²¹

ניתן לשאוב השראה לרפורמה מסוג זה אף מצעדים שנקט בג"ץ עצמו. את הצעד הראשון אכנה מעבר מסבירות מהותית לסבירות הליכית. הסבירות הראשונה היא אותה סבירות שפורטה לעיל ועליה נשפכו קיתונות של ביקורת, ואילו הסבירות השנייה היא סבירות אשר בה אין בית המשפט נדרש לתת משקלות לשיקולי הרשות ולאזן ביניהם, אלא לבחון האם תהליך קבלת ההחלטה בה עסקינן נעשה כראוי.¹²² ניתן כמובן להגדיר מהלך כזה בחקיקה, אם כי ניתן למצוא דוגמאות לו כבר בפסיקה מהעת האחרונה. בעניין **ביילין**¹²³ טענו העותרים כי הממשלה הייתה חייבת להכריז על מלחמה בזמן מלחמת לבנון השנייה על פי סעיף 40(א) לחוק יסוד הממשלה. בית המשפט מתקשה לדחות עתירה זו על הסף כאשר העותרים מציינים סעיף ברור שלכאורה הממשלה פעלה בניגוד אליו, אך עושה את המרב כדי לא להכריע בעניין לגופו ומתרכז בכך שבכל מקרה הממשלה נקטה בכל הצעדים שהיו נדרשים אילו היה מדובר במצב מלחמה כגון החלטת ממשלה ודיווח לכנסת.¹²⁴ אף שלא נטענה כאן טענה של חוסר סבירות, ניתן לראות שבית המשפט מסיט את הדיון מאי החוקיות אל התמלאותן של דרישות פרוצדוראליות מסוימות.

פסק דין נוסף, שכבר מעלה את מבחן הסבירות ממש, הוא פסק הדין בעניין **גלעד שליט**.¹²⁵ הוריו של החייל החטוף עתרו לבג"ץ שיורה לממשלה שלא ליישם את הסדר הרגיעה הכולל את פתיחת מעברי הגבול עם הרשות הפלסטינאית אך אינו כולל את החזרתו של בנם. טענותיהם התרכזו בשלושה מישורים: הפרת הבטחה שלטונית שניתנה להם על ידי ראש הממשלה, שרת החוץ ושר הביטחון; חוסר סבירות קיצוני והיעדר מידתיות בתוכנו של ההסדר שגובש הן עקב קיפוח עניינו של גלעד והן בשל הוויתור על קלף המיקוח של פתיחת המעברים; פגם בהחלטה של ועדת השרים לענייני ביטחון אשר קיבלה את ההחלטה על

בדעותיהם לגבי סבירותה של החלטה היא לכשעצמה טיעון כבד נגד השימוש בסבירות כאמת מידה. וגם אי סבירות קיצונית הנה כמדומה עניין של השקפה".

¹²⁰ כהמלצתו של קרמניצר. קרמניצר "יגורש הגרוש", לעיל הערה 70, בעמ' 33.

¹²¹ לניתוח מעמיק של עילת היעדר היחסיות והשימוש בה בבג"ץ ראו זאב סגל "סמכות בטחונית, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית- בג"צ תורקמאן נ' שר הביטחון" **משפט וממשל** א 477 (1993).

¹²² יואב דותן "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר** מאמרים חלק א' 417, 424-428 (יובל שני עורך, 2003).

¹²³ עניין **ביילין**, לעיל הערה 116.

¹²⁴ שם, בעמ' 10: "אף על פי שהממשלה החליטה כי הפעילות הצבאית בלבנון נכללת בגדר הוראת סעיף 40(ב) לחוק היסוד היא נקטה, למעשה, בכל ההליכים הקבועים בחוק הרלוונטיים גם להחלטה לפי סעיף 40(א). ההחלטה על נקיטה בפעולות צבאיות נגד ארגון החזבאללה התקבלה על ידי מליאת הממשלה, לוועדת החוץ והביטחון נמסר דיווח אודות החלטה זו, וכן נמסרו דיווחים מספר לוועדה אודות ההתפתחויות שחלו. דיווחים אלה ממלאים אחר דרישת הפיקוח הפרלמנטרי על החלטת הממשלה. וכפי שצוין לעיל, ראש הממשלה אף מסר הודעה מפורטת למליאת הכנסת. בכך יצאה הממשלה, הלכה למעשה, ידי חובתה גם על פי הדרישות הקפדניות יותר של סעיף 40(א)".

¹²⁵ בג"ץ 5551/08 **שליט נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם, 23.6.2008).

אישור ההסדר על יסוד מידע מוטעה לפיו פתיחת המעברים קשור בשחרורו של שליט.¹²⁶ לכאורה, אם בית המשפט היה אוהז בסבירות כנורמת על היה ביכולתו להכריע בכל הטענות שנטענו. אולם, בית המשפט ביכר להכיר בגבולות תפקידו והבהיר שבסוגיית הסבירות והמידתיות, כמו גם ההבטחה השלטונית, אין הוא יכול להכריע.¹²⁷ עם זאת, בית המשפט בחן לגופה את הטענה לגבי הדיון בועדת השרים ואף גילה דעתו שמן הראוי שהוועדה תשוב ותדון בעניינו הספציפי של גלעד שליט.¹²⁸ ניתן לומר שבית המשפט בחן את החלטת הוועדה מבחינת סבירותה ההליכית, אך סרב לדון בסבירותה המהותית.

הצעד השני, מקורו בגישתו של השופט גרוניס בעניין **רמון**¹²⁹ ובעניין **ועדת וינוגרד**,¹³⁰ ופירושו הגבלת השימוש בעילת הסבירות רק למקרים בהם נטענת פגיעה של הרשות בזכויות אדם. לגישתו של גרוניס "השימוש בעילה של חוסר סבירות יהא מוצדק במקרים קיצוניים, ואך ורק כאשר מוצו כל אפשרויות הביקורת באמצעות עילות מדויקות יותר, ובמיוחד כאשר מדובר בפגיעה בזכויות אדם".¹³¹ נוכח זאת, בשני העניינים לא היה מוכן גרוניס לבדוק את סבירות ההחלטות כיוון שאין הצדקה לבדיקה כזו, שבה אין לו שום מומחיות יחסית לכל אזור או רשות אחרת, כאשר העתירות לא גילו פגיעה בזכויות.¹³²

¹²⁶ שם, בפסקה 2.

¹²⁷ שם, בפסקה 5: "... חרף הצביון שמבקשים באי הכוח המלומדים לשוות לדברים, וזו הרי מלאכתם, ההכרעה בשתי הסוגיות הראשונות להן נדרשת העתירה אינה מן העניינים בהם יוכל בית המשפט להושיט סעד. מטבע הדברים, טיבו של הסכם הרגיעה ומרכיביו הם עניין להחלטה מדינית, וככזו שמורה מלאכת עיצובם לגורמים המדיניים ... העותרים סבורים כי בקידומן של אותן סוגיות, לא התחשבה הממשלה די הצורך בעניינם שלהם, ועל כן לוקה פעילותה בחוסר מדיניות. סבורני, כי בית המשפט, בכליו, יתקשה להשיב על שאלה זו ... אשר להבטחה מפיה של רשות מרשויות המנהל ... מקום בו נוטה הכף להעדפתו של האינטרס הציבורי, וכאמור במקרה שבפנינו עניין הוא לממשלה לענות בו, כי אז שמורה לרשות היכולת להשתחרר מהבטחה שניתנה ...".

¹²⁸ יש לציין ראשית שהחלק בו בוחן בית המשפט את הדרך בה התקבלה ההחלטה הינו חסוי ולכן אינו מופיע בפסק הדין. שנית, יש לציין גם כאן את הריסון ואי ההתערבות שגוזר בית המשפט על עצמו- למרות שהוא מסיק שההחלטה התקבלה מבלי שיהיה בידי השרים המידע המדויק במלואו אין הוא נחפז להוציא צווים שיורו לממשלה כיצד לנהוג: שם, בפסקה 8: "... סבורים אנו שעל ועדת השרים לשוב ולדון בנושא הספציפי של גלעד שליט ... שקלנו להורות על הוצאתו של צו על תנאי ... אולם נוכח ההשלכות הלא רצויות של צעד זה, והכרתנו שגם ללא צו של בית המשפט תשוב וועדת השרים לענייני ביטחון ותבחן את ההחלטה- החלטנו להימנע מכך. ברוח זו גם החלטנו שלא להוציא צו ביניים".

¹²⁹ בג"ץ 4853/07 **אמונה- תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה** (טרם פורסם, 6.12.07). (להלן: **עניין רמון**). עתירה נגד ההחלטה למנות את חיים רמון לשר ולמשנה לראש הממשלה על אף הרשעתו בעבירה של ביצוע מעשה מגונה.

¹³⁰ **עניין ועדת וינוגרד**, לעיל הערה 36. כזכור, עתירה נגד החלטת הממשלה למנות ועדת בדיקה ממשלתית ולא ועדת חקירה ממלכתית לבדיקת ניהול מלחמת לבנון השנייה.

¹³¹ **עניין רמון**, לעיל הערה 129, בעמ' 65.

¹³² שם, בעמ' 66: "הטענה היא שההחלטה לצרף את חבר הכנסת רמון היא בלתי סבירה. כאמור, עילה זו הינה אמורפית ביותר, בשל רמת ההפשטה הגבוהה שלה. בהקשר המסוים בו מדובר, אין לבית המשפט יתרון על פני כל אזור במדינה בשאלת סבירותה של ההחלטה. אין עסקינן בסוגיה בה דרושה מומחיות משפטית. על יסוד כל האמור מסקנתה היא שעל בית המשפט להימנע מהתערבות בהחלטה"; **עניין ועדת וינוגרד**, לעיל הערה 36, בעמ' 116-117: "... על פי איזה קנה מידה יכולים אנו לומר שהחלטה להקים דווקא ועדת בדיקה ממשלתית ולא ועדת חקירה ממלכתית הינה בלתי סבירה? מהם הכישורים שיש לשופטים, ויהיו אלה אפילו שופטים של בית המשפט העליון, שמאפשרים להם לקבוע כשופטים, ולא כאזרחים גרידא, שהחלטה הינה בלתי סבירה? ... לעניות דעתי, אין ניסיונו של שופט, רב ככל שיהא, ואין בכישוריו המקצועיים המיוחדים, כדי להקנות לו סמכות, כושר ויכולת לקבוע האם צריך להקים ועדה מסוג כלשהו לבדיקת הלחימה בלבנון ואם כן, האם יש להקים ועדה מסוג אחד ולא מסוג אחר ... הסוגיות האמורות מצויות כל כולן בספירה

נקיטת אמצעים כגון אלה יביאו לכך שבג"ץ לא יישב בחיבוק ידיים אל מול עניין חמור העולה כדי פגיעה בזכויות, ועם זאת יבקר את הממשלה בצורה שאינה מחריפה את הפגיעות בהפרדת הרשויות ובאמון הציבור עימן נועד התזכיר להתמודד.

ד. סיכום

הגעתי, אם כן, למסקנה כי הדרך בה בחר השר פרידמן להגביל את השפיטות בבג"ץ אינה ראויה. מבחן האופי הדומיננטי אשר אומץ בתזכיר כשלצידו שורת החלטות שאופיין הדומיננטי אינו מתאים להכרעה שיפוטית והן אינן שפיטות אינו יכול להביא לתוצאה המקווה על ידי יוזמי ההצעה. מסקנה זו התגבשה במספר שלבים.

בשלב הראשון הראיתי כיצד התפתחה דוקטרינת השפיטות בבג"ץ מכזו שבית המשפט מכיר בה במקרים רגישים, פוליטיים, ביטחוניים ומדיניים, לכזו שכמעט אין בה שימוש ואשר בית המשפט מעדיף עליה את הכניסה לגופו של כל עניין ודחייתו על בסיס התאמת הדין המהותי לאורגן המבוקר ואופי פעולתו. מבחן האופי הדומיננטי הפך בתוך כך למבחן צר ביותר אשר דחיית עתירות לאורו נעשית במקרים חריגים שניתן לומר שגם אינם מגלים עילה או כלליים מדי.¹³³

בשלב השני, ניתחתי את הבעיות העיקריות שמצב זה גרם והביאו לניסוחו של התזכיר. ניתוח זה הוכיח כי ניתן לסבור שהפגיעה בדמוקרטיה, בהפרדת הרשויות ובאמון הציבור במשפט הינה קשה ויש בה כדי לחייב רפורמה שתגביל את השפיטות בדרך זו או אחרת.¹³⁴

בשלב הבא הסברתי מהו ההסדר שאומץ בתזכיר להגבלת השפיטות. הסדר שיש לראותו ככולל את מבחן האופי הדומיננטי ומגדיר נושאים שאינם שפיטים באשר הם מעלים שאלה שהאופי הדומיננטי שלה אינו מתאים להכרעה שיפוטית. כן כולל ההסדר הגבלה של העילות או המבחנים שיכול להפעיל בג"ץ בעניינים מסוימים.¹³⁵

לאחר מכן העליתי מספר קשיים שטכניקת הסדרה זו מעלה, אשר המרכזיים שבהם הם ניטרול יכולתו של בג"ץ לדון בעניין גם אם הוא מעלה שאלות חמורות של פגיעה בזכויות אדם וחוסר חוקיות במעשי המנהל; ואי התמודדותה של ההצעה עם שורש הבעיה, היא נורמת הסבירות אשר מחיל בג"ץ על כל עניין.¹³⁶ לאור זאת הסקתי שהאופן בו אומץ מבחן האופי הדומיננטי בתזכיר אינו ראוי להגבלת השפיטות בבג"ץ, ולפיכך הצעתי פיתרונות חלופיים אשר מתרכזים בצמצום השימוש בעילת הסבירות על ידי בג"ץ, אם על ידי מעבר מסבירות מהותית לסבירות הליכית ואם על ידי הגבלת השימוש בסבירות למקרים המעלים פגיעה בזכויות אדם.¹³⁷

הציבורית. אין הן נוגעות לשאלות של זכויות אדם. אילו היה מדובר בהחלטה מינהלית שיש לה השלכה ישירה על זכויות אדם, בהחלט מתבקש היה שבית המשפט לא יפעל באותה מידת ריסון כמקרה דנא. עלינו לזכור כי אחד מתפקידי המרכזיים של בית משפט במדינה דמוקרטית הינו להגן על זכויות אדם מפני פגיעה על ידי רשויות שלטוניות. על כן, כאשר עולה שאלה של פגיעה בזכויות אדם בהחלט ניתן להבין שימוש בעילה של חוסר סבירות...".

¹³³ ראו פרק ב לעיל.

¹³⁴ ראו פרק ג.1. לעיל.

¹³⁵ ראו פרק ג.2. לעיל.

¹³⁶ ראו פרק ג.2.א. לעיל.

¹³⁷ ראו פרק ג.2.ב. לעיל.

מאמר זה לא התיימר להציג תורה סדורה בנוגע לדוקטרינת השפיטות, אך מדומני שהיה בו כדי להאיר את תזכיר חוק השפיטות מזווית ביקורתית, ולפתוח צוהר לסוגיות רבות אחרות הראויות למחקר נפרד כמו הצורך להתוות נוסחת אי שפיטות כללית והיכולת להגביל כך בחקיקה.