סמכות, עוצמה והפרדת רשויות — ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית

מאת

מנחם הופנונג*

פוליטיקה חוקתית, ובכלל זה תפקידם של בתי־המשפט בעיצוב מדיניות ציבורית, הפכה לתופעה בולטת במדינות דמוקרטיות מערביות, ולאחרונה — גם במדינות לא־מערביות. כוחם של בתי־המשפט לקיים ביקורת שיפוטית ולהתערב בהליך הפוליטי, מבוסס במרבית המקרים, על הענקת סמכות פורמלית לעשות כן, והרחבתה של סמכות זו על־ידי בתי־המשפט עצמם. אולם האם ייתכן מצב, שבו הענקת סמכות פורמלית תביא דווקא להפחתה בעוצמתה של הרשות השיפוטית וביכולתה להתערב בעיצוב הפוליטיקה החוקתית?

הביקורת של בתי־המשפט במדינות דמוקרטיות מופעלת בשנים האחרונות בהיקף ובעוצמה גדולים מבעבר כדי לפסול חוקים של בתי־המחוקקים והחלטות של הרשות המבצעת. באירופה ובארצות־הברית מבססים בתי־המשפט את הביקורת החוקתית על קנה־מידה תחום ומוגדר, קרי: החוקה (או במקרה הבריטי — חקיקת הקהילייה האירופאית), בבחינת החלטות של רשויות פוליטיות ומִנהליות. ההיסטוריה של ביקורת שיפוטית בישראל חושפת מקרה מעניין, כאשר, בהיעדר חוקה כתובה, בית־המשפט העליון, בפרט בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק, שימש גורם אקטיבי מאוד בפוליטיקה החוקתית. אני אטען להלן, כי ההתפתחות ההופכת את המקרה הישראלי למעניין ביותר מבחינת מחקר השוואתי, היא שלא כמקרים אחרים שבהם הביאה הסמכה פורמלית לעלייה בעוצמתה היחסית של הרשות השופטת, הרי שבישראל נוצרה מציאות שהגידול בסמכות הפורמלית מעמיד בסכנה את יכולתו של בית־המשפט לבקר חקיקה עתידית ואקטים מִנהליים. זאת, בשל העובדה שבתי־המשפט אינם נחשבים עוד גורם נייטרלי בזירה הפוליטית ולכן קבוצות־מיעוט, החוששות מאוימות מהשלכותיהן של פסיקות עתידיות, מנסות לכתוב בחוקי־היסוד הגנות ספציפיות לשמירת אינטרסיהן־שלהן.

* מרצה, המחלקה למדע המדינה, האוניברסיטה העברית. ברצוני להודות לד"ר יואב דותן, לעינת אבמן, לדני ברזניץ, לאורי רזניק, לנֹעם שפירא ולחברי מערכת משפטים — על הערותיהם המועילות ועזרתם במהלך כתיבת מאמר זה.

נבו nevo.co.il

א. ביקורת שיפוטית ופוליטיקה חוקתית. ב. חוקי־יסוד, חוקה בלתי־כתובה ומעמד בתי־המשפט בשנים הראשונות. ג. ביקורת של אקטים אדמיניסטרטיביים ופרשנות החקיקה. ד. סבירות. ה. זכויות חוקתיות. ו. וטו על יוזמות חקיקה. ז. דיאלוג חוקתי והביקורת הציבורית על הביקורת השיפוטית. ח. סיכום.

א. ביקורת שיפוטית ופוליטיקה חוקתית

פוליטיקה חוקתית, ובכלל זה הרחבת התערבותם של בתי־המשפט בעיצוב מדיניות ציבורית, הפכה בשנות השבעים והשמונים לתופעה בולטת במדינות דמוקרטיות מערביות (ובשנות התשעים, גם במדינות לא־מערביות). כוחם של בתי־המשפט לקיים ביקורת שיפוטית ולהתערב בהליך הפוליטי מבוסס במרבית המקרים על הענקת סמכות פורמלית לעשות כן והרחבה של סמכות זו על־ידי בתי־המשפט עצמם. אבל נשאלת השאלה, האם ייתכן מצב שבו הענקת סמכות פורמלית תביא דווקא להפחתה בעוצמתה של הרשות השיפוטית וביכולתה להתערב בעיצוב הפוליטיקה החוקתית?

מאז סיום מלחמת־העולם השנייה, בשנת 1945, התבססו בהדרגה מִשטרים דמוקרטיים בארצות שבהן התקיימו קודם־לכן משטרים אוטוריטריים או קולוניאליים. במקביל הורחבו במדינות רבות במערב־אירופה, באסיה ובאמריקה הלטינית סמכויותיהם של בתי־המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית. היכולת להפעיל ביקורת שיפוטית מאפשרת לבתי־המשפט לבחון את ההתאמה של חוק מסוים או פעולה של רשות מוסמכת לנורמות החוקתיות במדינה נתונה[1]. הביקורת של בתי־המשפט במדינות דמוקרטיות מופעלת בשנים האחרונות בהיקף ובעוצמה גדולים מבעבר כדי לפסול חוקים של בתי־המחוקקים והחלטות של הרשות המבצעת. במדינות אירופה, שבמרביתן נהגה מסורת של ריסון שיפוטי, הובחן בשני העשורים האחרונים שינוי בדפוסי ההתנהגות הציבורית של ממשלות, פרלמנטים וממלאי תפקידים במִנהל הציבורי עקב ההתערבות השיפוטית בתחומים שבתי־המשפט נמנעו מלעסוק בהם בעבר[2]. במחקרם ההשוואתי מראים Shapiro & Stone כיצד השפה, הסגנון והתוצאות של הליכי קביעת המדיניות במדינות אירופה לבשו דפוס שונה מבעבר עקב הרחבת הביקורת השיפוטית. שפירו וסטון מזהים במחקרם כמה מאפיינים של הפוליטיקה החוקתית החדשה:

(1) השפעה על הליכי קביעת המדיניות באמצעות פרשנות של חוקים וביקורת שיפוטית של פעולות אדמיניסטרטיביות.

1 C.N. Tate "Some Introductory Notes" 19 *Policy Studies J.* (1990) 76.

2 M. Shapiro & A. Stone "The New Constitutional Politics of Europe" 26 *Comparative Political Studies* (1994) 397.

nevo.co.il

(2) הגנה על זכויות חוקתיות. ההתפתחות המהירה של פוליטיקה חוקתית העוסקת בזכויות משפיעה על כל המערכת הפוליטית, כיוון שמפלגות אופוזיציה, עורכי־דין, קבוצות־אזרחים וגורמים אחרים מכירים בעובדה כי תביעות בדבר הכרה בזכויות הן ערוץ אפקטיבי של שינוי חברתי.

(3) וטו שיפוטי על יוזמות חקיקה בעניינים המשפיעים על תחומים חשובים של מדיניות ציבורית. הכוונה לביטול חקיקה ראשית בהחלטה שיפוטית על סמך עילות המעוגנות בחוקה או בנורמות בעלות אופי חוקתי.

(4) התוצאה של הפעלת שלוש המתודות של התערבות שיפוטית היא היווצרותו של דיאלוג חוקתי. בתי־המשפט, בהכריזם על אקטים חקיקתיים ואדמיניסטרטיביים כעומדים בניגוד לחוקה, מאלצים את בתי־המחוקקים לקיים דיאלוג חוקתי שבמהלכו נזקקים המשתתפים לשימוש בנימוקים חוקתיים ובלשון משפטית בבואם לבחון ולקדם מדיניות ציבורית. הדיון הציבורי שוב אינו נסוב על מה שניתן לביצוע מבחינה פוליטית, אלא גם על החלופה החקיקתית או האקסקוטיבית שתעמוד במבחן ההתנגדויות החוקתיות, אם תהיה עתירה לערכאה משפטית.

המסגרת האנליטית של שפירו וסטון חשובה, בהיותה משקפת מגמות רווחות בקביעת מדיניות ציבורית לא רק במערב־אירופה[3] ובארצות־הברית[4], אלא גם בדמוקרטיות החדשות במזרח אירופה[5] ובדרום־מזרח אסיה[6]. המסגרת העיונית, הבנויה על בחינה של שלוש מתודות של ביקורת שיפוטית, שמובילות יחדיו להיווצרות ההליך של דיאלוג חוקתי, מספקת מסגרת נאותה לניתוח השוואתי בהיותה כוללת לא רק את ההליך השיפוטי, אלא גם את ההשלכות הפוליטיות של אותו הליך במסגרות המדיניות שבתי־המשפט פועלים בהן.

במאמר זה נבחן את הפוליטיקה החוקתית של ישראל על־פי המשתנים של שפירו וסטון ונשאל, אם ניתן למצוא בישראל אותם מאפיינים שהובחנו בארצות שבהן ישנה

3 D.P. Kommers "The Federal Constitutional Court in the German Political System" 26 *Comparative Political Studies* (1994) 470; A. Stone "The Birth and Development of Abstract Review — Constitutional Courts and Policy Making in Western Europe" 19 *Policy Studies J.* (1990) 81; T. Vallinder "The Judicialization of Politics — A World Wide Phenomenon" 15 *International Political Science Rev.* (1994) 91.

4 M. Shapiro "The Judicialization of Politics in the United States" 15 *International Political Science Rev.* (1994) 102.

5 R.R. Ludwikowski "Constitution Making in the Countries of Former Soviet Dominance – Current Development" 23 *Georgia J. of International and Comparative L.* (1993) 155.

6 C.N. Tate "The Judicialization of Politics in the Philippines in Southeast Asia" 15 *International Political Science Rev.* (1994) 187.

nevo.co.il

ביקורת שיפוטית פורמלית. למסגרת העיונית של שפירו וסטון נצרף משתנה נוסף — הדוקטרינות השיפוטיות שבתי־המשפט עושים בהן שימוש בבואם לבחון אקטים של רשויות פוליטיות או מִנהליות. בפרט אנו מתכוונים לדוקטרינת הסבירות, כפי שפותחה בפסיקת בית־המשפט העליון בישראל בעשור האחרון[7]. בעוד ששלוש המתודות של ביקורת שיפוטית שנמנו בידי שפירו וסטון מעוגנות בקריטריונים ליגליים מוגדרים, הרי שהתערבות שיפוטית המבוססת על עילת הסבירות כעילה עיקרית לפסילת אקט פוליטי עוסקת באופן מפורש בבחינת שיקול־הדעת הנתון למקבלי החלטות נבחרים או ממונים. משמעות הפעלתה של עילת הסבירות היא, כי גם לאחר שכל השיקולים החוקיים נבדקו ונשקלו והאקט המִנהלי נעשה במסגרת הסמכות, הפעולה עשויה עדיין להיפסל בהיותה מתפרשת על־ידי בית־המשפט כבלתי־סבירה[8]. כאשר בית־המשפט משתמש בקנה־מידה של סבירות בסוגיות פוליטיות, היקף הביקורת השיפוטית עשוי להיות ניכר אף בהיעדרה של סמכות פורמלית לבקר חקיקה ראשית. כאשר על עילת הסבירות נוספת סמכות ביקורת של חקיקה ראשית, פירוש הדבר הוא מתן כוח פוליטי יוצא־דופן לבית־המשפט.

באירופה ובארצות־הברית מבססים בתי־המשפט את הביקורת החוקתית על קנה־מידה תָחום ומוגדר, קרי: החוקה (או במקרה הבריטי — חקיקת הקהילייה האירופאית[9]), בבחינת החלטות של רשויות פוליטיות ומִנהליות. ההיסטוריה של ביקורת שיפוטית בישראל חושפת מקרה מעניין, כאשר, בהיעדר חוקה כתובה, בית־המשפט העליון, בפרט בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק, היה גורם אקטיבי מאוד בפוליטיקה החוקתית[10]. אני אטען להלן, כי ההתפתחות ההופכת את המקרה הישראלי למעניין

7 אין בכוונתי לסקור במסגרת מאמר זה את כל העילות להתערבות בג״ץ כדוגמת פגיעה בכללי הצדק הטבעי, חריגה מסמכות וכיו״ב. עילות אלה נזכרות במסגרת הדיון במשתנים שהוצעו בידי שפירו וסטון. אף שניתן לטעון כי שימוש בעילת הסבירות אין בו לכאורה בחינה של תוכן המדיניות כשלעצמה, אלא לפי המִתחם שהחוק מאפשר לה, ייחודה של עילת הסבירות הוא — לדעתי — בהרחבת הביקורת השיפוטית לבחינת שיקול־דעת גם במקום שבו אין עילה חוקית מסורתית לפסילת ההחלטה המִנהלית. מכאן שהשימוש בעילת הסבירות מרחיב לאין שיעור את היקף הביקורת השיפוטית, ומפחית במקביל את הוודאות המשפטית. לכן בחרתי להקדיש פרק מיוחד לעילת הסבירות.

8 בג״צ 389/80 דפי זהב נ׳ רשות השידור, פ״ד לה(1) 421; בג״צ 6163/92 איזנברג נ׳ שר השיכון, פ״ד מז(2) 229.

9 S. Sterett "Judicial Review in Britain" 26 *Comparative political Studies* (1994) 421; M. Sunkin "The Judicialization of Politics in United Kingdom" 15 *International Political Science Rev.* (1994) 125.

10 ד׳ קרצמר ״ארבעים שנה למשפט הציבורי״ משפטים יט (תש״ן) 551; י׳ זמיר ״המשפט הציבורי מהפכה או התפתחות״ משפטים יט (תש״ן) 563; ש׳ שטרית ״ארבעים שנה למשפט החוקתי התפתחויות בדיני חוקה — סוגיות נבחרות״ משפטים יט (תש״ן) 573; ד׳ גביזון ״ארבעים שנה

nevo.co.il

ביותר מבחינת מחקר השוואתי היא, שלא כמקרים אחרים שבהם הסמכה פורמלית לביקורת שיפוטית של חוקים הביאה לעלייה בעוצמתה היחסית של הרשות השופטת, הרי שבישראל נוצרה מציאות שהרחבת הסמכות הפורמלית מעמידה בסכנה את יכולתו של בית־המשפט לבקר חקיקה עתידית ואקטים מִנהליים, בשל העובדה שבתי־המשפט אינם נחשבים עוד על־ידי כל הציבור בישראל כגורם נייטרלי בזירה הפוליטית ולכן קבוצות־מיעוט החשות מאוימות מהשלכותיהן של פסיקות עתידיות מנסות לכתוב בחוקי־היסוד הגנות ספציפיות לשמירת אינטרסיהן־שלהן.

השאלות שאנו נשאל להלן הן, האם יכול להיווצר מודל של פוליטיקה חוקתית גם במדינות שבהן אין חוקה כתובה ואין לבתי־המשפט סמכויות פורמליות של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית? אם מודל כזה קיים, מהם התנאים המעודדים את צמיחתו? מהו הבסיס המשפטי להפעלת הביקורת בנושאים חוקתיים בהיעדרה של חוקה כתובה? מהן ההשלכות הפוליטיות של התערבות שיפוטית בהליך החקיקה הראשית?

ב. חוקי־יסוד, חוקה בלתי־כתובה ומעמד בתי־המשפט בשנים הראשונות

עם הקמת המדינה במאי 1948, כללה הכרזת־העצמאות פִסקה ובה הבטחה לאמץ חוקה עד אוקטובר 1948. תפקיד קבלת החוקה הועבר לאסיפה המכוננת שנבחרה בינואר 1949, אולם המחלוקת הפוליטית הקשה בדבר עקרונות־היסוד בחוקה המוצעת וההכרה של ראש־הממשלה דאז, בן־גוריון, כי היעדר חוקה מפחית את המִגבלות על יכולת הפעולה של הממשלה ומאפשר לכנסת לקבל ברוב רגיל חוקים הזוכים לתמיכה של מפלגות הקואליציה הובילו במהרה להקפאת היוזמות בדבר קבלת חוקה פורמלית. האסיפה המכוננת שינתה את שמה ל״הכנסת הראשונה״ והחלה לחוקק חקיקה ראשית רגילה וסדירה. לאחר דיונים אחדים שנמשכו שנה ומחצה קיבלה הכנסת החלטה המוכרת בכינוי ״פשרת הררי״ (על שם מנסחה, חבר־הכנסת יזהר הררי). החלטה זו, שמשמעותה הפוליטית היתה דחיית ההכרעה בדבר אימוץ חוקה עד להיווצרות נסיבות פוליטיות אחרות, קובעת:

> הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת

למשפט החוקתי״ משפטים יט (תש״ן) 617; א׳ רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית, תשנ״א); מ׳ מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993); מ׳ מאוטנר ״הסבירות של הפוליטיקה״ תיאוריה וביקורת 5 (תשנ״ה) 25; ר׳ שמיר ״הפוליטיקה של הסבירות״ תיאוריה וביקורת 5 (תשנ״ה) 7.

nevo.co.il

> חוקה למדינה. החוקה תהייה בנוייה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו.
> הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה[11].

ניסוח ״פשרת הררי״ הוא פשרה פוליטית שאִפשרה לאסיפה המכוננת/הכנסת הראשונה להימנע ממילוי ההבטחה לקבל חוקה כתובה, ובה־בעת לשמר את סמכותה הפורמלית של כל כנסת בעתיד לקבל חוקה כזו בהיווצר הנסיבות הפוליטיות המתאימות[12]. אף שבשנים 1948-1991 נחקקו תשעה חוקי־יסוד (בממוצע חוק־יסוד אחד בחמש שנים), בעיקרו של דבר שיקפו חוקי־היסוד והגדירו את הנהלים שלפיהם נהגו רשויות־השלטון בישראל גם בהיעדר חקיקת־יסוד. במובן זה קצב השינוי בחקיקת חוקי־היסוד היה אינקרמנטלי ואבולוציוני יותר מאשר רבולוציוני. חקיקת שלושה חוקי־יסוד בחודש אחד באביב 1992[13] סימנה שינוי חד לעומת העבר הן בקצב החקיקה הן בהיקף השינויים. שלושת חוקי־היסוד החדשים מעניקים לבתי־המשפט סמכויות של ביקורת שיפוטית על תחומים ניכרים של חקיקה ראשית ואף מאפשרים לפרש חקיקה ישנה ברוח חוקי־היסוד[14].

עד לשנת 1992 שימרה הכנסת בידיה סמכויות פורמליות של חקיקה שהיו מצויות רק בידי מעט פרלמנטים במדינות דמוקרטיות (בריטניה וניו־זילנד, לדוגמא). בהיותה רשות מחוקקת אחת ויחידה, היה ביכולתה של הכנסת לשנות ברוב רגיל כמעט כל עיקרון חוקתי בלי לחשוש כי החלטתה תועמד למבחן בביקורת שיפוטית. הליך החקיקה שנשלט למעשה בידי הרשות המבצעת (מכוח הרוב הקואליציוני) התאפיין בגמישות יוצאת־דופן וביכולת התאמה מיידית לנסיבות משתנות. חוקי־יסוד ועקרונות חוקתיים

11 ד״ב 5, תש״י, עמ׳ 1743.

12 לעניין זה ראו גם דעות הנשיאים שמגר וברק בבג״צ 6821/93 בנק המזרחי נ׳ מגדל, פ״ד מט(4) 221. אף ששני השופטים נחלקים בדעותיהם לגבי העיגון התיאורטי להכרה בסמכותה של הכנסת לחוקק חוקי־יסוד, שניהם רואים בפשרת הררי נדבך חשוב בגיבוש הסמכות. ראה גם מ׳ שמגר ״על סמכויות הכנסת בתחום החוקתי״ משפטים כו (תשנ״ה) 3.

13 חוק יסוד: הממשלה; חוק יסוד: חופש העיסוק; חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

14 חוק יסוד: הממשלה החדש משנה את שיטת הבחירות לכנסת ולראשות הממשלה, קובע הסדרים חדשים ביחסים בין הכנסת ובין הממשלה, מרחיב את הביקורת השיפוטית על פעולות שלטוניות ואף מגביל באופן ניכר את השימוש בסמכויות חירום. אולם הואיל וחוק זה נכנס לתוקף רק עם קיום הבחירות לכנסת הארבע־עשרה, במאי 1996, נתמקד בעיקר בהשלכות של שני חוקי־היסוד האחרים שנחקקו באותה עת — חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

שונו לעִתים מזומנות[15] כדי לפתור משברים קואליציוניים או למונעם, ולפעמים אף כדי לפתור בעיות אישיות בהרכבת ממשלה[16].

בשנים הראשונות לאחר הקמת המדינה הפגינו בתי־המשפט ריסון שיפוטי כאשר התבקשו לבקר את תקפותם של אקטים מִנהליים. הביקורת השיפוטית, כפי שהתפתחה בישראל בשנות החמישים והשישים, הזכירה את דפוס הביקורת השיפוטית בבריטניה ובאוסטרליה במובן זה שבתי־המשפט נמנעו מלפסול חקיקה ראשית של הרשות המחוקקת הנבחרת[17]. עם זאת, באמצעות השימוש והפיתוח של סעדים שמקורם במשפט הבריטי[18], היה באפשרותו של בית־המשפט העליון, במיוחד בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק, להרחיב בהדרגה את תחומי הביקורת. הכלים העיקריים לביקורת שיפוטית באותן שנים היו ביקורת אדמיניסטרטיבית ופרשנות של לשון החקיקה.

ג. ביקורת של אקטים אדמיניסטרטיביים ופרשנות החקיקה

בשנים הראשונות לקיומו נטה בית־המשפט העליון להימנע מהחלטות שיפוטיות, שהיו עלולות להביאו לעימות ישיר עם הרשויות המבצעת והמחוקקת. על־אף הריסון השיפוטי, היה ביכולתו של בית־המשפט העליון להתערב ולהביע את עמדתו בנושאים שיש בהם רגישות פוליטית על־ידי שימוש בכלים של ביקורת פעולות אדמיניסטרטיביות ופרשנות החקיקה. באמצעות הפעלת קריטריונים פורמליים, כגון הקפדה על מילוי

15 א׳ בנדור ״פגמים בחקיקת חוקי־היסוד״ משפט וממשל ב (תשנ״ה) 443.

16 לדוגמא: בשנת 1979, לאחר התפטרותו של שמחה ארליך מתפקיד שר־האוצר, הוצע למנות את מר ארליך, מנהיג המפלגה הליברלית, כסגן ראש־הממשלה. אולם בתפקיד סגן ראש־הממשלה כיהן אז השר יגאל ידין, והחוק התיר מינוי של סגן אחד בלבד. חוק יסוד: הממשלה תוקן באופן שהתאפשר מינוי של שני סגנים (ס״ח תש״ם 8) וארליך מונה כסגן נוסף לראש־הממשלה. בשנת 1984, לאחר הבחירות, נחתם הסכם קואליציוני בין מפלגת־העבודה לליכוד שבו הוחלט על רוטציה בתפקיד ראש־הממשלה בין שמעון פרס ובין יצחק שמיר, כאשר בשנתיים הראשונות לכהונת הכנסת יכהן מר פרס כראש־הממשלה, ומר שמיר כממלא־מקומו, ובשנתיים הבאות — שמיר כראש־הממשלה, ופרס כממלא־מקומו. תפקיד ממלא־מקום ראש־הממשלה לא היה מעוגן בחוק יסוד: הממשלה לפני חתימת ההסכם הקואליציוני. סעיף 1.5 להסכם קובע במפורש, כי חוק־יסוד: הממשלה יתוקן, כדי לעגן את מעמדו וסמכויותיו של ממלא־מקום ראש־הממשלה בחוק. כך אכן נעשה (ס״ח תשמ״ד 220). לעניין ההסכם הקואליציוני ראו י׳ גלנור ומ׳ הופנונג משטר מדינת ישראל, ספר מקורות (תשנ״ג) 1008.

17 ראו קרצמר, לעיל הערה 10, בעמ׳ 556-557.

18 A. Maoz "The System of Government in Israel" 8 *Tel Aviv University Studies in Law* 9 (1988).

דווקני של דרישות דיוניות, או ביטול צו גירוש בשל היותו חתום על־ידי אדם שאינו מוסמך לכך[19], היה ביכולתו של בית־המשפט העליון להטמיע ולהדגיש את חשיבות שמירתם של סטנדרטים בסיסיים של כיבוד החוק בידי רשויות־המדינה וממלאי התפקידים הבכירים[20] (עם זאת, בשנות החמישים המוקדמות היו מקרים שבהם השלטונות הפרו במפורש צווים החלטיים של בית־המשפט העליון)[21].

בשנות השבעים והשמונים החל בית־המשפט העליון להפעיל בהדרגה קני־מידה מהותיים יותר בביקורת החלטות מִנהליות. בהדרגה הרחיב בית־המשפט את גבולות ההתערבות השיפוטית באמצעות הרחבת עילות הביקורת על פעולות אדמיניסטרטיביות ופרשנות שיפוטית. בית־המשפט פסל הפקעת קרקעות פרטיות להקמת התנחלות לאחר שקבע, כי החלטת הממשלה בדבר מיקום ההתנחלות התבססה על שיקולים פוליטיים כלליים ולא על שיקולי ביטחון כנדרש במשפט הבינלאומי החל על שטח כבוש[22]. בג"צ הקל בהדרגה בדרישה שהוצבה בפני עותר להוכיח פגיעה באינטרס אישי המיוחד לו עצמו והגדיר מחדש את גבולות השפיטות וזכות העמידה באופן שכמעט כל אדם יכול לעתור לסעד שיפוטי בעניינים חוקתיים[23]. הביקורת השיפוטית הורחבה לביקורת על הכנסת וועדותיה בנושאים שאינם מצויים בגדר חקיקה ראשית[24]. נקבע, כי כל החלטה

19 הכוונה לקריטריונים המדגישים הקפדה על מילוי דווקני של דרישות דיוניות, כדוגמת ביטול צו מעצר מִנהלי בשל היעדר הקמת ועדה מייעצת כנדרש בחוק (בג"צ 7/48 אלכרבוטלי נ' שר הביטחון, פ"ד ב 7) או ביטול צו גירוש בשל חריגה מסמכות מפאת היותו של הצו חתום על־ידי אלוף־הפיקוד ולא על־ידי שר־הביטחון, שהיה צריך לחתום עליו (בג"צ 240/51 אל רחמן נ' שר הביטחון, פ"ד ו 364). ראו עוד דוגמאות אצל ש' שטרית, לעיל הערה 10, בעמ' 606-607.

20 ש' שטרית, שם; מ' הופנונג בטחון המדינה מול שלטון החוק (תשנ"א) 221-222; P. Lahav "Foundations of Rights Jurisprudence — Chief Justice Agranat Legacy" 24 *Israel Law Review* (1990) 211; S. Shetreet *Justice in Israel — A study of the Israeli Judiciary* (Dordrecht, 1994) 61-78.

21 לעניין זה ראו, למשל, הריסת הכפר רבסייה, על־אף הצווים ההחלטיים שניתנו בבג"צ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה 1480 ובבג"צ 288/51 אצלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ט 689; הימנעות המדינה מהחזרת תושבי איקרית וביִרעם לבתיהם על־אף ההחלטה בבג"צ 64/51 דאוד נ' שר הביטחון, פ"ד ה 1117. לעניין זה ראו גם בג"צ 239/51 דאוד נ' ועדת הערעורים לאזורי בטחון פ"ד ו 229; בג"צ 141/81 ועד עקורי איקרית נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(1) 129.

22 בג"צ 390/79 דויקאת נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 1.

23 בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429; בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505; בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441.

24 בג"צ 306/81 פלאטו־שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118; בג"צ 651/82 שריד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197; בג"צ 620/85 מיעארי נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מא(4) 169.

nevo.co.il

מנהלית תיבחן לגופה[25] והוחלו הנורמות של המשפט הציבורי על חוזים פוליטיים[26]. בקצרה: גם בהיעדר חוקה כתובה, בית־המשפט העליון יצר והרחיב מסורת אקטיביסטית של פרשנות חקיקתית בהיקף המזכיר ביקורת שיפוטית פורמלית והותיר תחומים מעטים של החיים הציבוריים מחוץ להיקף הביקורת השיפוטית.

סמכויות אלה של ביקורת אדמיניסטרטיבית ופרשנות החקיקה עדיין מופעלות בידי בתי־המשפט גם לאחר הרפורמה החוקתית של 1992. כך, לדוגמא, ביטל בית־הדין הגבוה לצדק החלטה של בית־הדין הרבני העליון בפוסקו, כי בית־הדין חרג מסמכותו בכך שלא הפעיל את חזקת השיתוף בין בעל ואשה בחלוקת רכוש ביניהם[27]. בהחזירו את הדיון לבית־הדין הרבני עם הנחיות ליישם את חזקת השיתוף שפותחה בפסיקה האזרחית, הפעיל בית־המשפט העליון ביקורת אדמיניסטרטיבית על אורגן שיפוטי והגדיר את תקדימיו־שלו כחוק מחייב החל על כל ערכאות־השיפוט בארץ.

כמו־כן הפך בית־המשפט העליון החלטות של בית־הדין השרעי ובית־המשפט המחוזי שפטרו גבר מוסלמי מבדיקת רקמות בתביעת אבהות. הגבר, אשר נתבע בתשלום מזונות על־ידי אם לא־נשואה, טען להגנתו כי על־פי הדין המוסלמי ניתן להכיר באבהות רק בהתקיים נישואין תקפים. מכיוון שהוא, הנתבע, אינו נשוי לאם התובעת, בדיקת רקמות אינה יכולה לבסס תביעת אבהות. בית־הדין השרעי קיבל טיעון זה ודחה את התביעה. תביעה אזרחית נוספת למזונות נדחתה בבית־המשפט המחוזי בחיפה בטיעון, שלבית־הדין השרעי נתונות על־פי חוק סמכויות ייחודיות בענייני משפחה של מוסלמים. בהופכו את החלטת בית־המשפט המחוזי הבחין בית־המשפט העליון בין אבהות דתית לאבהות אזרחית. אף שאין ביכולתו של בית־המשפט להכריז על הנתבע כאב על־פי הדין המוסלמי, קבע בית־המשפט העליון, כי חוקי המדינה רואים בטובת הילד ערך הראוי להגנה. כוונת המחוקק היתה להעניק מזונות לילדים ללא הבדל שמקורו בדת, ומכאן שעל הנתבע לעבור בדיקת רקמות לשם קביעת אחריות לתשלום מזונות לילדה התובעת[28]. תוצאות החלטה זו מקבילות בעיקרו של דבר לחקיקה שיפוטית. ההחלטה נותנת סעד שיפוטי לאנשים שזכויותיהם נשללו למעשה מכוח הדין הדתי האישי החל עליהם.

25 ראו קרצ׳מר, לעיל הערה 10; וכן בג״צ 554/81 בראנסה נ׳ אלוף פיקוד המרכז, פ״ד לו(4) 247; בג״צ 935/89 גנור נ׳ היועץ המשפטי לממשלה, פ״ד מד(2) 485.

26 נ׳ כהן ״ההסכם הפוליטי״ המשפט א (תשנ״ג) 59; וכן D. Kretzmer "Political Agreements — A Critical Introduction" 26 *Israel L. Rev.* (1990) 407; I. Zamir "Political Contracts" 26 *Israel L. Rev.* (1990) 461.

27 בג״צ 1000/92 בבלי נ׳ בית־הדין הרבני העליון, פ״ד מח(2) 6.

28 ע״א 3077/90 פלונית נ׳ פלוני, פ״ד מט(2) 578.

nevo.co.il

במקביל להרחבת הביקורת השיפוטית בדרך של פרשנות יצירתית והנמכת חומות הכניסה על־ידי הקלה בדרישות העמידה והשפיטות הרחיב בית־המשפט את היקף ביקורתו על־ידי פיתוח דוקטרינות שיפוטיות המעוגנות במסורת המשפט האנגלי. דוקטרינה שמילאה תפקיד חשוב בהרחבת הביקורת השיפוטית על שיקול־הדעת האקזקוטיבי היא זו הקשורה בעילת הסבירות.

ד. סבירות

מקורה של עילת הסבירות במשפט האנגלי. ביסודה של העילה מצויה ההנחה כי אקט שלטוני יכול להיפסל לא רק כאשר הוא בלתי־חוקי, אלא גם בשל היותו בלתי־סביר מנקודת־המבט של משקיף חסר הטיות מוקדמות. דוקטרינה זו מוכרת גם בארצות־הברית, שם השתמשו בתי־המשפט במונח *substantive due process* כאשר הכריזו על בטלותם של חוקים פופולריים שחוקק הקונגרס בשלהי המאה התשע־עשרה ותחילת המאה העשרים[29]. אף שבתי־המשפט בישראל אימצו את עקרון הסבירות עוד בשנות החמישים, הפיתוח המלא של הדוקטרינה נעשה רק בשנות השמונים. בסדרה של החלטות במהלך שנות השמונים הגדיר בית־המשפט העליון את הסבירות כעילה עצמאית העומדת בפני עצמה[30] ולבסוף יישמה במקרים פוליטיים רגישים בשנות התשעים.

לאחר נצחון מפלגת־העבודה בבחירות 1992 אישרה הממשלה החדשה את מינויו של יוסף גינוסר כמנכ״ל משרד־הבינוי־והשיכון — החלטה שעוררה תרעומת ציבורית בשל פרשיות שבהן היה מעורב מר גינוסר, לשעבר מראשי שירות הביטחון הכללי. אף שלגינוסר לא היה כל רישום פלילי, היה המנכ״ל המיועד מעורב בשתי פרשיות של בידוי והעלמת ראיות בעת שירותו בשב״כ — פרשיות שלא התבררו בבית־משפט בשל מתן חנינה מקדימה שמנעה בירור שיפוטי[31]. כאשר שקלה הממשלה את אפשרות מינויו

29 L.M. Friedman *American Law* (New York, 1984) 187.

30 בג״צ 389/80 לעיל, הערה 8; בג״צ 910/86 לעיל, הערה 23; בג״צ 935/89 לעיל, הערה 25.

31 בפרשה הראשונה, פרשת קו 300, חטפו ארבעה פלסטינים תושבי רצועת־עזה אוטובוס מלא נוסעים למטרות מיקוח מדיני. במהלך ההשתלטות של כוחות־הביטחון על האוטובוס נהרגו שניים מן החוטפים. שני חוטפים אחרים נתפשו חיים והועברו לחקירה בשדה סמוך. לאחר חקירה קצרה חוסלו השניים בהוראת ראש השב״כ. משנחשף עניין החיסול הוקמה ועדת־חקירה שאחד מחבריה, נציג השב״כ, היה מר גינוסר. גינוסר ישב כנציג בוועדה בשעות היום, ובשעות הלילה עזר לאנשי השב״כ לתאם את עדויותיהם בפני הוועדה שבה ישב כחבר. כן היה גינוסר מעורב כראש צוות־חקירה בפרשה אחרת — ״פרשת נאפסו״ — שבה הוצאה מקצין צה״ל, באמצעות שימוש בעינויים, הודאה בדבר

nevo.co.il

של גינוסר למנכ״ל משרד־הבינוי־והשיכון, קיבלו השרים מידע מלא על שתי הפרשות ואף־על־פי־כן החליטו לאשר את דבר המינוי. מכיוון שגינוסר לא הורשע מעולם בהליך פלילי, לא היה לכאורה בסיס חוקי להתנגדות למינוי. אף־על־פי־כן קבע בית־המשפט, כי הגם ש״הממשלה שקלה את כל השיקולים הרלבנטיים... ולא מצאנו, כל שיקול שאינו רלבנטי... החלטת הממשלה פסולה היא. היא בלתי סבירה בעליל ובאופן קיצוני״. לכן ״משהגענו למסקנה כי ההחלטה חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות, ונגועה באי־חוקיות, אין מנוס מהכרזה על בטלותה״[32].

דומה, כי מעטות הדוגמאות להתערבות שיפוטית כה תקיפה כבמקרה זה, שבו מינוי אקזקוטיבי נעשה במסגרת הסמכות החוקית, כאשר כל העובדות הרלבנטיות נבחנו ונשקלו ובכל־זאת נפסלה ההחלטה בשל היותה מוגדרת על־ידי בית־המשפט כבלתי־סבירה.

בשני מקרים נוספים, בעשותו שימוש בעילת הסבירות, פסק בית־המשפט כי על שר־הפנים[33] ועל סגן שר־הדתות[34] להתפטר מִמשרותיהם, על־אף ששר־הפנים, אריה דרעי, שנחקר באותה עת בחשדות לביצוע מעשים פליליים, הבטיח בכתב כי יתפטר מכהונתו אם יוגש כנגדו כתב־אישום. כן עשה בית־המשפט שימוש בעילת הסבירות בהחלטתו לחייב את היועץ המשפטי לממשלה לשקול מחדש את החלטותיו בדבר אי־הגשת כתבי־אישום נגד מנהלי הבנקים[35] וכנגד המפקח הכללי של המשטרה, שכנגדו הועלו תלונות על חריגה מכללי טוהר המידות[36].

השימוש הנרחב בדוקטרינת הסבירות במשפט החוקתי הוא חלק מהשינוי בתפישה השיפוטית של בית־המשפט העליון. באופן מסורתי ראה בית־המשפט את הרשויות המחוקקת והמבצעת כרשויות העוסקות בקבלת ההחלטות הפוליטיות הנוגעות לתוכן החוק, בעוד שהרשות השופטת אחראית ליישום החוק. במהלך שנות השמונים החלה להיווצר מגמה שלפיה בית־המשפט הוא אורגן התורם לפיתוח תוכני המשפט יחד עם

מעורבות בריגול. בבית־המשפט הצבאי שדן את סרן נאפסו העידו חוקרי השב״כ כי ההודאה ניתנה בחקירה שבה לא נעשה שימוש באמצעים פסולים. עקב עדותם של אנשי השב״כ נידון נאפסו ל־18 שנות מאסר, שמתוכן ריצה שבע שנים. לעניין פרשת נאפסו ראו ע״פ 124/87 נאפסו נ׳ התובע הצבאי הראשי, פ״ד מא(2) 631. כאשר נחשפה פרשת קו 300, קיבלו גינוסר ואנשי שב״כ אחרים ״חנינה מונעת״ בטרם הוגש כנגדם כתב־אישום, לאחר שהודו בכתב כי היו מעורבים במעשים בלתי חוקיים. לעניין החנינה המונעת ראו בג״צ 428/86, לעיל הערה 23.

32 בג״צ 6163/92, לעיל הערה 8, בעמ׳ 274-275.

33 בג״צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ׳ ראש־הממשלה, פ״ד מז(5) 404.

34 בג״צ 4267/93 אמיתי נ׳ ראש־הממשלה, פ״ד מז(5) 441.

35 בג״צ 935/89 לעיל, הערה 25.

36 בג״צ 7074/93 סוויסא נ׳ היועץ המשפטי לממשלה, פ״ד מח(2) 749, 788.

nevo.co.il

זרועות־השלטון האחרות. פיתוח דוקטרינת הסבירות מבליט היטב שינוי זה. באמצעות השימוש בסטנדרט הסבירות יצא בית־המשפט מתחומי הגישה הרואה ברשות השופטת אורגן המפקח שהרשויות האחרות לא תחרוגנה מסמכויותיהן והפך לבית־משפט המפעיל ביקורת מהותית בבדיקת תוכני המדיניות וההחלטות המִנהליות[37].

הדרך שבה יושמה דוקטרינת הסבירות בידי בית־המשפט העלתה טענות קשות בנוגע לשוויון בפני החוק. אותו בית־המשפט שמצא בלתי־סבירה את החלטת ראש־הממשלה להשאיר בתפקידו שר ששמר על זכות השתיקה ולא ענה לשאלות במהלך חקירה פלילית, לא מצא בלתי־סבירות החלטות להרוס מאות בתים בשטחים המוחזקים או לגרש 418 אנשי חמאס ללא מתן זכות שימוע למגורשים[38].

ה. זכויות חוקתיות

במהלך השנים יכול היה בית־המשפט, באמצעות פרשנות משפטית ואקטיביזם שיפוטי, לעגן במשפט הישראלי זכויות אוניברסליות, אינדיבידואליות והומניות — זכויות המוכרות במדינות אחרות על־פי רוב בחוקת המדינה. ההכרה בזכויות כדוגמת החופש לעסוק בכל עיסוק שאינו אסור על־פי חוק[39] או חופש הביטוי[40], נעשתה לא על־ידי חקיקה, אלא באמצעות תקדימי בית־המשפט העליון. עם זאת, בתקופה האמורה גילו שופטים בדרך־כלל ריסון שיפוטי וניסו להימנע מלפסוק בנושאים פוליטיים בוערים. באמצעות דוקטרינות השפיטות והעמידה[41] יכול היה בית־המשפט לדחות עתירות בטענה, שהעותר לא נפגע אישית על־ידי ההחלטה המִנהלית. בשנות השמונים צִמצם בית־המשפט באופן ניכר את היקף תחולתה של זכות העמידה והחל לפסוק הלכות בעתירות למימוש זכויות אזרח שהיו למעשה תביעות קיבוציות. את השינוי ניתן לייחס בחלקו לחילופי שופטים בבית־המשפט העליון ומינויים של שופטים בעלי גישה שיפוטית אקטיבית יותר מזו של קודמיהם, אבל השינוי היה קשור גם להיווצרות מציאות פוליטית חדשה, אשר במסגרתה נאלץ בית־המשפט לעסוק בנושאים שבאופן מסורתי טופלו על־ידי המוסדות הנבחרים.

37 מאוטנר, לעיל הערה 10, בעמ׳ 34-35.

38 שמיר, לעיל הערה 10.

39 בג״צ 1/49 בז׳רנו נ׳ שר המשטרה, פ״ד ב 80.

40 בג״צ 73/53 קול העם נ׳ שר הפנים, פ״ד ז 871.

41 ז׳ סגל זכות העמידה בבית־המשפט הגבוה לצדק (תשמ״ו); בג״צ 65/51 ז׳בוטינסקי נ׳ וויצמן, פ״ד ה 801; בג״צ 40/70 בקר נ׳ שר הביטחון, פ״ד כד(1) 238; בג״צ 561/75 אשכנזי נ׳ שר הביטחון, פ״ד ל(3) 309.

nevo.co.il

עד לשנת 1977 היה ביכולתה של מפלגת־העבודה ליצור קואליציה ולהקים ממשלה ללא איום ממשי מצד מפלגות האופוזיציה. במצב עניינים פוליטי זה לא העלו מפלגות קטנות דרישות קיצוניות בתמורה להצטרפותן לקואליציה, משום שניתן היה להעדיף על פניהן מפלגות אחרות אשר היו מוכנות להצטרף לקואליציה תמורת דרישות פוליטיות צנועות יותר. ה״מהפך״ בבחירות של 1977 לא שינה את המצב באורח ניכר, כיוון שהליכוד ניצח בהפרש אלקטורלי ניכר (11 מנדטים יותר מהמערך, המפלגה השנייה בגודלה). לעומת זאת, בחירות 1981 יצרו סיטואציה פוליטית חדשה, אשר השפיעה במהרה על מערכת יחסי העוצמה בין בית־המשפט ובין הרשויות המחוקקת והמבצעת. שלא כמו בתשע מערכות־הבחירות הקודמות, כאשר תוצאות הבחירות הצביעו בבירור על המפלגה המנצחת, בבחירות 1981, כמו גם בשתי מערכות הבחירות שלאחריהן, המפלגה השלטת לא נקבעה על־פי תוצאות הבחירות, אלא באמצעות הליכי מיקוח קואליציוניים לאחר הבחירות: מעבר של מפלגה קטנה מן הליכוד לעבודה (ולהיפך) היה יכול לקבוע את הרכב הממשלה. הכרעה זו היתה עלולה להשתנות במקרה שתוצאות ההסכם לא הביאו את התמורה הפוליטית המקווה. בסיטואציה פוליטית זו עדיין יכולה היתה ממשלה בישראל לקבל החלטות קריטיות, כמו היציאה למלחמת לבנון בשנת 1982, אלא שהחלטות מסוג זה הותנו בהסכמה — ולוּ בשתיקה — של כל השותפים הקואליציוניים. במקרים רבים היה נוח יותר לממשלה שלא להחליט, ועל־ידי כך לשמור על שלום־בית בקואליציה.

הבחירות הבאות, שהתקיימו בשנת 1984, נסתיימו למעשה בשוויון מוחלט בין שני הגושים הפוליטיים הגדולים. במסגרת המשא־ומתן הקואליציוני שלאחר הבחירות היה ביכולתה של כל אחת מן המפלגות הגדולות להבטיח את תמיכתם של 60 חברי־כנסת. הסבך הפוליטי הותר לבסוף עם הקמתה של ממשלת אחדות לאומית והסכם בין הליכוד לעבודה בדבר רוטציה באיוש תפקיד ראש־הממשלה. מפלגות־הלוויין הקטנות של הליכוד והעבודה הוזמנו על־ידי שתי המפלגות הגדולות להצטרף לקואליציה, שנהנתה עקב כך מתמיכתם של 80% מחברי־הכנסת. במסגרת גיבוש ההסכם הקואליציוני הסכימו מפלגות הליכוד והעבודה על תהליך מורכב של קבלת החלטות באמצעות הקמת קבינט פנימי בממשלה ובו חמישה נציגים מכל מפלגה. החלטות הקבינט חִייבו את נציגי המפלגות הגדולות במליאת הממשלה. מנגנון זה איפשר לכל אחת מהמפלגות הגדולות לבלום את היוזמות הביצועיות או החקיקתיות של רעותה[42].

42 היכולת של הקואליציה הרחבה ליזום רפורמות או מדיניות חדשה הוגבלה על־ידי הקמת קבינט מצומצם של עשרה שרים בכירים, שהורכב מחמישה שרים מכל מפלגה. הקבינט המצומצם הוסמך לקבל החלטות מחייבות בשם הממשלה כולה בנושאי הגנה, מדיניות חוץ וכל עניין אחר אשר הועלה על־ידי אחד משני מנהיגי המפלגות. בכל מקרה של תיקו נשמר הסטטוס קוו. ראו גם D. Horowitz

כוח הווטו שניתן בידי כל אחת מן המפלגות הגדולות הורחב באופן בלתי־פורמלי למפלגות הדתיות בשאלות של דת ומדינה (בעטיו של החשש המשותף לשתי המפלגות הגדולות מן האפשרות שהמפלגה האחרת תקים קואליציה מצומצמת בראשותה בהשתתפות המפלגות הדתיות). ההסכם הקואליציוני משנת 1984 הוארך, בשינוי קל (היעדר רוטציה בתפקיד ראש־הממשלה), ארבע שנים לאחר־מכן כאשר הבחירות לכנסת בשנת 1988 נסתיימו בתוצאות דומות. במערכת הפרלמנטרית בשנות השמונים, שבה הרשות המחוקקת נשלטה באמצעות הרוב הקואליציוני בידי הרשות המבצעת, נכונותה של הכנסת, כמוסד, לקבל החלטות עצמאיות בנושאים חשובים היתה קטנה למדי. בסיטואציה פוליטית זו נותר לעתים בית־המשפט הגבוה לצדק כערוץ הציבורי העיקרי לדיון ולקבלת החלטות בעניינים שלא הוכרעו על־ידי שתי רשויות־השלטון האחרות.

הגידול העצום בעתירות של קבוצות מאורגנות לבג״צ במשך שנות השמונים נבע, כאמור, גם מהאקטיביזם השיפוטי של בית־המשפט העליון ומנכונותו של בית־המשפט להנמיך את מחסומי השפיטות והעמידה אשר בעבר מנעו מעותרים להציג את טענותיהם בפני בית־המשפט[43]. במהרה נמלא סדר־יומו של בית־המשפט העליון בעתירות שעניינן זכויות אדם בסיסיות. כך, למשל, שינה בית־המשפט את החלטת ועדת־הבחירות המרכזית לפסול שתי מפלגות מלהשתתף במערכת־הבחירות ב־1984[44]; ביטל את הצנזורה על הצגות תאטרון[45]; הכיר בזכותם של עיתונאים לשמור על חסיון מקורות האינפורמציה שלהם[46]; הורה למשרד־הפנים לרשום כיהודייה אשה אשר גוירה בבית־כנסת רפורמי בארצות־הברית[47]; קבע כי על דיין בבית־הדין הרבני הגדול, אשר היה למנהיג רוחני של מפלגה פוליטית, לבחור בין פעילות פוליטית לבין המשך הכהונה במִשרה השיפוטית[48]; הורה על הכללתן של נשים במועצות הדתיות[49] ובגופים

"Politics of Mutual Veto — The Israeli National Coalition" in Arian and Shamir (eds.), .*The Elections in Israel — 1988* (New York, 1990), 223

43 בשנים 1990-1981 עלה מספר העתירות המוגשות לבג״צ מדי שנה מ־709 בשנת 1981 עד ל־1,308 בשנת 1990. מספר העתירות שהוגשו בידי קבוצות־אינטרסים עלה באותה תקופה מ־23 ב־1981 ל־56 ב־1990. ר׳ אדם העתירה לבג״צ — כאסטרטגיה של קבוצות אינטרס בישראל (עבודת גמר לתואר שני, אוניברסיטת חיפה, 1992) 79.

44 ע״ב 2/84 ניימן נ׳ ועדת הבחירות המרכזית, פ״ד לט(2) 225.

45 בג״צ 14/86 לאור נ׳ המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ״ד מא(1) 421.

46 ב״ש 298/86 ציטרין נ׳ בית־הדין למשמעת של לשכת עורכי הדין, פ״ד מא(2) 337.

47 בג״צ 230/86 מילר נ׳ שר הפנים, פ״ד מ(4) 436.

48 בג״צ 732/84 צבן נ׳ שר הדתות, פ״ד מ(4) 141.

49 בג״צ 153/87 שקדיאל נ׳ שר הדתות, פ״ד מב(2) 221.

nevo.co.il

הבוחרים למועצות הדתיות[50]; הגביל את סמכות הצנזורה הצבאית לפסול ידיעות בנושאי ביטחון[51]; הגביל את הצנזורה על סרטים[52]; ואִפשר הקרנת סרטים בימי־מנוחה, למרות החלטת מועצת־עירייה לאסור על כך באזור מסוים[53]. גם לאחר חקיקת חוקי־היסוד לא נמנע בית־המשפט משימוש בכלים הישנים כאשר הכיר (בשנת 1994) בזכאותו של גבר, דייל ״אל על״, לקבל עבור בן־זוגו כרטיס־טיסה חופשי שהוענק עד אז, על־פי הסכם־העבודה הקיבוצי, רק לבני/בנות זוגם הנשואים או לידועים/ות בציבור של עובדי ״אל על״[54].

חוקי־היסוד החדשים עיגנו בצורה מפורשת בחוק עצמו הגנה על כמה זכויות בסיסיות, כמו זכותו של אדם להגנה על חייו, גופו, כבודו וחירותו, זכות היציאה מהארץ והזכות לפרטיות ולחופש העיסוק. ההכרה החוקתית בזכויות אלו סללה את הדרך לביקורת שיפוטית רחבה מבעבר — ביקורת העשויה לבחון גם את תוכני החקיקה ולא רק את הפרוצדורה שבה נתקבלה.

ו. וטו על יוזמות חקיקה

בהיעדר חוקה או גוף מחוקק נוסף, נתונה לכנסת (לפי דעת הרוב בפרשת בנק המזרחי) הסמכות המכוננת והמחוקקת גם יחד[55]. במִבנה הפרלמנטרי של ישראל, שבה מנהיגי הסיעות בכנסת הם גם שרים בממשלה, פעלו בלמים מועטים על כוחו של הרוב לקדם יוזמה חקיקתית כמעט בכל נושא. במשך שנים רבות יכלה הכנסת, ברוב רגיל, לקבל ולשנות כמעט כל חוק — ואפילו חוק־יסוד — ללא ביקורת מצד בית־המשפט. להכללה זו היה חריג אחד, הקשור לסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת — סעיף המגדיר את שיטת־הבחירות לכנסת. סעיף זה משוריין מפורשות, כך שלא ניתן לשנותו אלא ברוב מוחלט של חברי־הכנסת. בשנת 1969 קיבלה הכנסת את חוק מימון המפלגות אשר קבע, כי רק

50 בג״צ 953/87 פורז נ׳ ראש עיריית תל־אביב, פ״ד מב(2) 309.

51 בג״צ 680/88 שניצר נ׳ הצנזור הצבאי, פ״ד מב(4) 617.

52 בג״צ 806/88 *Universal City Studios* נ׳ המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ״ד מג(2) 22.

53 בג״צ 5073/91 תאטראות ישראל נ׳ עיריית נתניה, פ״ד מז(3) 196.

54 בג״צ 721/94 דנילוביץ נ׳ אל על, פ״ד מח(5) 749 (בפסק הדין יש אזכור של חוקי־היסוד, אך בג״צ לא נזקק לחוקי־היסוד החדשים כדי לבסס את החלטתו במקרה הנדון). בית־המשפט גם לא נזקק להסתמכות על חוקי־היסוד החדשים בנותנו צו החלטי המחייב את הרבנות הראשית לתת אישור עקרוני בדבר כשרות בשר ליבואן (שייבא בעבר בשר טרף) והתחייב לשמור על כשרות הבשר המיובא (בג״צ 5009/94 מיטראל נ׳ מועצת הרבנות הראשית, פ״ד מח(3) 617).

55 ראו לעיל, הערה 12.

nevo.co.il

מפלגות אשר היו מיוצגות בכנסת היוצאת תזכנה למימון הוצאות הבחירות שלהן לכנסת הנכנסת. אזרח, מר ברגמן, עתר לבג״צ בטיעון כי חוק המימון פוגע בעקרון השוויון — כפי שמורה חוק יסוד: הכנסת — בכך שהוא מפלה לרעה מפלגות חדשות המבקשות להשתתף בבחירות. עוד טען העותר, כי החוק לא נתקבל ברוב מוחלט ולפיכך אינו חוקי. בג״צ קיבל את הטיעון, הכריז על בטלות החוק[56] ובכך פתח ערוץ צר לביקורת שיפוטית פורמלית, רק במקרים שבהם חוק חדש, אשר נתקבל ברוב רגיל, פוגע בעקרונותיו של חוק־יסוד שבו מצויה הוראת שִריון המחייבת רוב מיוחס של חברי־הכנסת לצורך שינוי החוק[57].

סמכותו של בית־המשפט להעביר תחת שבט־ביקורתו חקיקה ראשית של הכנסת הורחבה באופן ניכר באביב 1992, עם קבלתם של שלושה חוקי־יסוד משוריינים. בחוק יסוד: חופש העיסוק ובחוק יסוד: הממשלה (אשר נכנס לתוקפו במאי 1996), נקבע כי ניתן לשנותם רק ברוב של חברי־הכנסת (61 חברי־כנסת). בראשון אף נקבע, כי לא ניתן לשנותו אלא באמצעות חוק־יסוד שנתקבל ברוב של חברי־הכנסת. הדרישה כי שינוי חוק יסוד: חופש העיסוק, ייעשה לא רק ברוב מוחלט אלא גם בחוק־יסוד, משריינת חוק יסוד זה באופן חזק יותר משִריונים קודמים של חוקי־יסוד[58]. חוק־היסוד השלישי, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא שוריין באופן מפורש. אמנם, הצעת החוק המקורית כללה סעיף שריון, אלא שהכנסת דחתה סעיף זה בקריאה שנייה. עם זאת, חוק־יסוד זה מכיל פִסקת הגבלה החלה במקרים שבהם מופרות הזכויות המוגנות בחוק־היסוד: ״אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו״[59].

חוקי־יסוד חדשים אלו פותחים בפני בית־המשפט את האפשרות לבקר ולהכריז על אי־חוקיותה של חקיקה חדשה שאינה עומדת בתנאים הקבועים בחוקי־היסוד. לדעתי, בכך מסמנת חקיקת חוקי־היסוד קו תיחום ברור בין הכנסת בפועלה כסמכות מכוננת,

56 בג״צ 98/69 ברגמן נ׳ שר האוצר, פ״ד כז(2) 785.

57 I. Zamir "Courts and Politics in Israel" *Public Law* (1991) 523, 529; M. Edelman *Courts, Politics and Culture in Israel* (Charlottesville, Va, 1994) 13. מ׳ הופנונג מימון מפלגות ומימון בחירות בישראל (תשנ״ד) 73-76.
כן ראו בג״צ 141/82 רובינשטיין נ׳ יו״ר הכנסת, פ״ד לז(3) 141; בג״צ 246/81 דרך ארץ נ׳ רשות השידור, פ״ד לה(4) 1; בג״צ 142/89 לאו״ר נ׳ יו״ר הכנסת, פ״ד מד(3) 529.

58 D. Kretzmer "The New Basic Laws on Human Rights — A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law" 26(2) *Is. Law Rev.* (1992) 238, 241.

59 אף שמדובר בהגנה חלשה־יחסית, מפאת היעדר דרישה פורמלית לרוב מיוחס, פִסקת ההגבלה מאפשרת ביקורת שיפוטית באשר לתכנים של חוק הפוגע בחוק־היסוד.

nevo.co.il

מחד גיסא, ובין הכנסת הפועלת כרשות מחוקקת, מאידך גיסא. אמנם, חוקים רגילים אשר נחקקו לפני קבלתם של חוקי־היסוד מוגנים מפני ביקורת שיפוטית[60], אלא שפרשנותם תיעשה לפי חוקי־היסוד החדשים[61]. ביקורת חוקתית זו היא עדיין ביקורת מצומצמת־יחסית, המוגבלת לזכויות משפטיות המוגדרות בחוקי־היסוד (דהיינו: לטענות הקשורות לפגיעות בכבוד האדם, בחופש העיסוק, בקבלה לעבודה, או לטענות דומות בתחומים אלו). עדיין אין זו ביקורת שיפוטית אבסטרקטית במובנה האירופאי, שם עשוי בית־המשפט לבקר את חוקתיותו של טקסט חקיקתי, ללא כל קשר לדיון קונקרטי שאדם טוען בו לפגיעה אישית מכוח החוק[62]. אף־על־פי־כן בתי־המשפט עשו שימוש בסמכות החדשה של ביקורת שיפוטית ופסלו חוק ונהלים מפלים. במקרה שזכה לתהודה רבה נקבע בהחלטה של בית־המשפט המחוזי, כי הוראות חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ״ב-1992 (להלן: חוק הסדר חובות המושבים), שהתקבל בכנסת לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינן עומדות בדרישות פִסקת ההגבלה שבחוק־היסוד האמור, ועל־כן הן בטלות[63]. הלכה זו נהפכה מאוחר יותר בערעור שנדון בבית־המשפט העליון בפרשת **בנק המזרחי**. ברם, בית־המשפט העליון, שפסק בערעור בהרכב של תשעה שופטים, קבע כי בכוחו לפסול חוק רגיל של הכנסת אשר הוראותיו עומדות בניגוד להוראות חוק־יסוד[64]. במקרים אחרים השתמש בית־המשפט בכוח החדש כדי לתת פרשנות ליברלית חדשה לחקיקה ישנה אשר הטילה הגבלות על זכויות אדם בסיסיות, כדוגמת המקרה שבו פסק בית־המשפט כי על צה״ל לאפשר לאשה לעמוד במבחני קבלה לקורס־טיס הואיל והנהלים הקיימים, המתירים לגברים בלבד לעבור מבחנים כאלה, סותרים את עקרונותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו[65].

במִבחנה הפוליטי הרציני הראשון שרדה חקיקת־היסוד החדשה לאחר קשיים ולאחר תיקון שעיקֵר במידה ניכרת את משמעותו המקורית של חוק יסוד: חופש העיסוק. חוקים

60 סעיף 10 לחוק־יסוד כבוד האדם וחירותו, קובע: ״חוק יסוד זה לא ישפיע על תוקפם של דברי חקיקה שנתקבלו קודם לקבלתו״. סעיף 10 לחוק־יסוד: חופש העיסוק, מבטיח הגנה דומה למשך שנתיים לחקיקה קודמת. תוקפה של ההגנה עד מארס 1996, הוארך לשנתיים נוספות בחוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון) (ס״ח תשנ״ז, 4).

61 ראו סעיף 10 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

62 Stone, **לעיל** הערה 3.

63 ת.א. 2252/91, המרצה 5025/92 **גבעת יואב נ׳ שירותי אשראי מסחרי** (טרם פורסם).

64 ע״א 6821/93, **לעיל** הערה 12. לעניין זה ראו גם בג״צ 4562/92 **ח״כ זנדברג נ׳ רשות השידור** (טרם פורסם; החלטה ניתנה ביום 2.6.1996).

65 בג״צ 4541/94 **מילר נ׳ שר הבטחון**, פ״ד מט(4) 94. לעניין השפעת חוקי־היסוד על פירוש חקיקה ישנה המכוונת למנוע העדפה על רקע מין ראו גם בג״צ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד מח(3) 501.

nevo.co.il

שנחקקו לפני היכנס חוק יסוד: חופש העיסוק לתוקפו ואשר עמדו בסתירה להוראותיו, היו אמורים להישאר בתוקפם למשך שנתיים (עד חודש מארס 1994). לאחר תקופה זו לפי נוסח חוק־היסוד, ניתן היה להעמיד את חוקיהם במבחן הביקורת השיפוטית. כמה חודשים לאחר קבלת חוק־היסוד ביקשה חברה פרטית, מיטראל בע״מ, לקבל ממשרד־המסחר־והתעשייה אישור לייבוא בשר לא־כשר. הבקשה נסמכה על החלטת הממשלה להפריט את ייבוא הבשר לארץ. משלא זכתה לרשיון המבוקש, עתרה החברה לבית־המשפט הגבוה לצדק. בהחלטתו קבע בית־המשפט, כי החלטת משרד־המסחר־והתעשייה לסרב לבקשה בטלה, בהיותה סותרת את עקרונותיו של חוק־היסוד החדש, מכיוון שהיא פוגעת בזכותו של אדם לעסוק בכל עיסוק חוקי[66]. תחת לחצן של המפלגות הדתיות תוקן חוק יסוד: חופש העיסוק, ונוספה לו הוראה המאפשרת לחוקק חקיקה רגילה הסותרת את הוראותיו, בתנאי שנתקבלה ברוב מוחלט של חברי־הכנסת[67]. חוק האוסר ייבוא בשר לא־כשר אכן נחקק מיד לאחר תיקון חוק־היסוד[68]. אולם בכך לא נסתיימה הפרשה. המאבק הפוליטי על צביונם של חוקי־היסוד קיבל תפנית בלתי־צפויה כאשר לקראת הקריאה השנייה והשלישית לתיקונים לחוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נכללה בשני החוקים הפניה מפורשת להכרזת־העצמאות[69]. בהכרזת־העצמאות מצוי אִזכור מפורש של עקרון השוויון ללא הבדלי ״דת, גזע ומין״. משהוברר משמעות ההפניה למגילת־העצמאות, פרצה סערה פוליטית חדשה, כאשר נסתבר כי התיקון שיועד לצמצם את הביקורת השיפוטית על העדפות המעוגנות בשיקולים דתיים בעצם מרחיב את היקף הביקורת השיפוטית על החקיקה הראשית[70].

בעוד שאפשרות הטלת וטו שיפוטי על חקיקת הכנסת עדיין מוגבלת לכמה תחומים מוגדרים, הרי שהשפעת הרפורמה החוקתית של 1992 מורגשת ביתר שאת בתחום אחר — הרחבתו של ״הדיאלוג החוקתי״. הכוונה היא לכך, שמעצבי המדיניות ברשות

66 בג״צ 3872/93 *מיטראל בע״מ נ׳ ראש־הממשלה*, פ״ד מז(5) 485.

67 בסעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק, שכותרתו: ״תוקפו של חוק חורג״, נקבע:

> *הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק־יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.*

68 חוק יבוא בשר קפוא, התשנ״ד-1994, ס״ח 104. החוק התקבל בכנסת ב־16 במארס 1994, שבוע לאחר התיקון לחוק יסוד: חופש העיסוק.

69 בסעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע:

> *זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן־חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.*

בתיקון לחוק יסוד: חופש העיסוק, בשנת 1994, נקבעה הוראה זהה בסעיף 11 לחוק.

70 לעניין זה ראו ג׳ אלון ״המחתרת האינטלקטואלית נגד העם היהודי״ *הארץ* 23.3.1994.

nevo.co.il

המחוקקת וברשות המבצעת נדרשים מעתה לתת את דעתם לא רק לשאלה מהי מדיניות טובה או רעה, אלא גם לשאלה לאיזו מדיניות הסיכוי הטוב ביותר לעמוד במבחני הביקורת של הרשות השופטת.

ז. דיאלוג חוקתי והביקורת הציבורית על הביקורת השיפוטית

אף שהמונח ״דיאלוג חוקתי״ נזכר בספרות בהקשר של ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים לפי החוקה[71], דומה כי ניתן להרחיב את מונח הדיאלוג החוקתי גם מעבר למשטרים שבהם מצוי מסמך חוקתי אחד בעל תוקף נורמטיבי עליון. לדעתי, המונח ״דיאלוג חוקתי״ הוא מסגרת נאותה לדיון בכל מקום שבו קיימת אפשרות מעשית כי חקיקה ראשית תיפסל בידי בתי־המשפט בשל היותה נוגדת או לא תואמת את עקרונות או את מסמכי־היסוד של השיטה הפוליטית הנוהגת במדינה. מרגע שהאפשרות לפסילת חוקים באמצעות ביקורת שיפוטית הופכת לאילוץ קבוע הנשקל ונידון באופן סדיר בהליך החקיקה, נוצר בסיס לדיאלוג חוקתי שבו מעורבות שלוש רשויות השלטון — דיאלוג המשפיע בהדרגה על השיח הפוליטי. גבולות האוטונומיה של המערכת הפוליטית הנבחרת אינם תחומים עוד ביכולת להקים קואליציות זמניות ובאפשרות לגבש רוב פשוט למהלך חקיקתי כזה או אחר. כאשר מדובר בהתנגשות אפשרית של חקיקה עתידית עם עקרונות־יסוד מוגנים, נדרש הליך חקיקתי המתאים את החקיקה לעקרונות־היסוד/חוקי־היסוד (שאם לא כן תיתכן פסילה של החוק בידי בתי־המשפט), או לחלופין נדרשת תמיכה של רוב מיוחס ברשות המחוקקת כדי לשנות בחקיקה את עקרונות־היסוד. השיח הפוליטי אינו מצטמצם עוד בשאלה מהו ההסדר הרצוי ובמה תומך הרוב, אלא האם החוק המוצע יכול להישאר על כנו גם לאחר שייחקק. דיון כזה דורש הבנה ויכולת שימוש בטקסטים ובנימוקים חוקתיים־משפטיים, ומכאן גם המינוח ״דיאלוג חוקתי״. מנקודת־מבט זו ניתן לומר, כי הדיאלוג החוקתי בישראל התפתח בהדרגה וכי תחילתו של הדיאלוג מצויה עוד קודם לרפורמה משנת 1992. אולם בתחום זה של התפתחות הדיאלוג החוקתי מורגשת היטב השפעתה של הרפורמה החוקתית. כדי להבין טוב יותר את התפתחות הדיאלוג החוקתי שבו מעורב בית־המשפט, נבחין בין שלוש תקופות שונות: (א) חוסר־מעורבות; (ב) מניעה של פעולות אדמיניסטרטיביות מתוכננות; (ג) דיאלוג חוקתי חקיקתי.

עד שנות השבעים דיאלוג חוקתי שבו נשמע קולו של בית־המשפט או נשקלה תגובתו לגבי חוקיותה של יוזמה חקיקתית או ביצועית, היה נדיר. למעשה, בשנות

71 ראו Shapiro & Stone, לעיל הערה 2.

החמישים המוקדמות היו מקרים שבהם הממשלה הפרה בצורה בוטה צווים שיפוטיים של בית־המשפט העליון[72]. בשנות השישים הוגשו לבית־המשפט כמה עתירות של יחידים אשר ביקשו לקבל אזרחות ישראלית מכוח חוק השבות. בעקבות פסיקת בית־המשפט בפרשת שליט החליטה הכנסת, לאחר דיון ציבורי רוגש, לשנות את חוק השבות באופן שימנע בעתיד רישום עותרים דומים כיהודים, כמתחייב מהחלטת בית־המשפט. באותה פרשה (פרשת שליט), שבה הוגשה עתירה אשר ביקשה להורות על רישומם כיהודים של ילדים לאם נוצרייה ולאב יהודי ששירת כקצין צה״ל, ניסה בית־המשפט העליון להימנע מפסיקה וביקש מן הכנסת להחליט בעניין. רק כאשר נמנעה הכנסת מלהביע את דברה, ציווה בית־המשפט לרשום את הילדים כיהודים[73]. עקב כך תוקן חוק השבות באופן שאינו מאפשר יותר רישום של יהודים לאם שאינה יהודייה (אלא אם עברו המבקשים תהליך גיור)[74].

בסוף שנות השבעים ותחילת שנות השמונים, בפרט לאחר החלטת בית־המשפט הגבוה לצדק בדבר פינוי התנחלות אלון מורה[75], הפכה האפשרות של התערבות בית־המשפט לשיקול של ממש בהליך קבלת ההחלטות של מעצבי המדיניות בישראל. במציאות פוליטית שבה קיימת אופוזיציה חזקה החולקת על מדיניות הממשלה בשטחים המוחזקים ובמצב שבו חל גידול תלול במספר העתירות לבג״צ, לא יכלה הממשלה ליטול סיכון של כשלונות בבית־המשפט חדשים לבקרים. כאן בא לידי ביטוי כוח־המניעה הסמוי מן העין של בית־המשפט. הכוונה היא לא ליכולתו של בית־המשפט לפסול החלטות שגויות שנתקבלו בהליך תקין, אלא ליכולתו למנוע החלטות שרירותיות הנשענות על בסיס חוקי רעוע. זהו כוח פוטנציאלי שלא תמיד ניתן למדידה, היות שאנו יודעים יותר על החלטות שנתקבלו ופורסמו ופחות על אפשרויות שנשקלו ונדחו[76]. אִלמלא סמכות הביקורת השיפוטית של בית־המשפט ניתן להניח, כי החלטות אדמיניסטרטיביות שרירותיות היו מתקבלות בתדירות גבוהה יותר[77]. דוגמא לכך ניתן

72 ראו מ׳ הופנונג, **לעיל** הערה 20, בעמ׳ 97, 170; ופסקי־הדין הנזכרים בהערה 21 לעיל. כן ראו בג״צ 240/51, **לעיל** הערה 19; בג״צ 8/52 **כדר נ׳ שר הפנים**, פ״ד ז 366; בג״צ 36/52 **אל נדאף נ׳ שר הביטחון**, פ״ד ו 750.

73 בג״צ 58/68 **שליט נ׳ שר הפנים**, פ״ד כג(2) 477.

74 חוק השבות (תיקון מס׳ 2), תש״ל-1970, ס״ח 34. בשל התיקון נדחתה עתירה נוספת של מר שליט שביקש לרשום כיהודייה את בתו שנולדה לאחר התיקון לחוק (בג״צ 18/72 **שליט נ׳ שר הפנים**, פ״ד כו(1) 334).

75 בג״צ 390/79, **לעיל**, הערה 22.

76 P. Bachrach and M.S. Baratz "Decisions and Nondecisions — An Analytical Framework" 57 *American Political Science Review* (1963) 632.

77 מ׳ נגבי **כבלים של צדק** (תשמ״ב) 93-100; מ׳ הופנונג, **לעיל** הערה 20, בעמ׳ 323.

nevo.co.il

לראות במקרה שבו, כתוצאה מצו על־תנאי שניתן בבג״צ לאחר שהוגשה עתירה בנושא, הודיעה פרקליטות־המדינה שבית־קברות לתושבי ירושלים לא יוקם בשטח המצוי בגדה המערבית. בעקבות ההודעה משכו העותרים את עתירתם[78]. במארס 1993 הורה ראש־הממשלה רבין על פרסום התקציב השנתי של המִנהל האזרחי בשטחים יום לפני שמיעת עתירה בנושא בבית־המשפט העליון[79]. היו גם עתירות אשר למרות דחייתן, עצם הגשתן והדיון בהן אִפשרו לשופטים לבקר את מדיניות הממשלה ולהציע המלצות אופרטיביות לשינוי המדיניות הנוהגת. דוגמא להמלצה כזו שנתקבלה, אף שהעתירה נדחתה לגופו של עניין, היא ההמלצה להקים בית־משפט צבאי לעִרעורים אשר ניתן יהיה לערער בפניו על החלטות של בתי־הדין הצבאיים בשטחים[80].

סמכות הביקורת השיפוטית אשר הוגבלה בתחילה רק לביקורת אקטים אדמיניסטרטיביים או שיפוטיים הורחבה בהדרגה גם לבחינת פעולותיה של הרשות המחוקקת, בעיקר בנוגע לסדרי הדיון ולהליכים שיפוטיים של רשויות הכנסת, ובמקרים נדירים — גם לביקורת החקיקה[81]. אולם למעט כמה הוראות שריון בחוקים מעטים, יכלה עדיין הכנסת לשנות ברוב פשוט כל חוק. לפיכך לא התפתח דיאלוג חוקתי אמיתי אשר יחייב את המחוקק לשקול את האפשרות שפעולתו לא תעמוד לביקורת בית־המשפט.

ההשפעה הניכרת ביותר של הרפורמה החוקתית של אביב 1992 היתה התפתחותו של דיאלוג חוקתי שבו יש לבית־המשפט יכולת להשפיע על חקיקה עתידית ולבקר החלטות מִנהליות על סמך עילות המעוגנות בהוראות חוקי־היסוד החדשים. מ־1992 ואילך ניתן להבחין בתחילתה של תפישה הרואה בשלוש הרשויות כשוות מעמד במובן שכל אחת מוגבלת בסמכויותיה ובכוחותיה (בלשונו של הנשיא ברק: ״אף אחת מרשויות אלה אינה ׳כל יכולה׳. כל אחת משלוש הרשויות כפופה להוראות החוקה

78 הארץ 15.7.1991.

79 הארץ 1.3.1993. ראה גם את תגובתו של שר־הביטחון יצחק רבין בוויכוח שהתנהל בכנסת בהקשר ל״גירושם של פעילי החמאס מן השטחים״. ד״כ, כנסת 12, מושב ראשון, עמ׳ 3650 (21.8.1989). בנובמבר 1992 אישרה המדינה ל־241 בנות־זוגם של תושבי השטחים להישאר בשטחים, יומיים לפני שימוע של 67 עתירות שונות שהוגשו לבית־המשפט הגבוה לצדק בנושא זה. ראה הארץ 27.11.1992.

80 M. Hofnung "States of Emergency and Ethnic Conflict in Liberal Democracies — Great Britain and Israel" 6(3) *Terrorism and Political Violence* (1994) 355.

81 רובינשטיין, לעיל הערה 10, 142-162. בעניין זה ראו גם דעת־המיעוט של השופט (דאז) אהרן ברק בבג״צ 142/89 (לעיל הערה 57)

> ...באופן עקרוני תורתי, קיימת אפשרות שבית־משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסודות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק יסוד משוריין, אין כל דבר אקסיומטי בגישה כי אין חוק נפסל בשל תוכנו... (עמ׳ 554).

nevo.co.il

ומוגבלת על ידה״[82]). אף שלדעתי, הבחנה זו אינה מובנת מאליה, כיוון שגם כיום מוגבלות סמכויות הביקורת השיפוטית לתחומים מוגדרים ואינן חלות על כל החקיקה — ברור כי עצם הסמכות לפסול חוקים היא שינוי ניכר במאזן הכוחות בין רשויות־השלטון. סמכות הביקורת השיפוטית, שקודם־לכן הושתתה על מבחנים פורמליים הנוגעים בעיקר לחוקי הבחירות לכנסת, הורחבה גם לעילות מהותיות.

על־אף העובדה שמאז 1992 לא פסל בית־המשפט העליון שום חוק, ניכרת השפעתם של חוקי־היסוד החדשים בפרשנות המשפטית של חוקים קיימים[83] ובהגבילם את טווח האופציות העומדות בפני הרשות המחוקקת בבואה לחוקק חקיקה ראשית חדשה. על חברי הכנסת והממשלה היה להתאים את דפוסי פעילותם למציאות החדשה שנוצרה עקב מתן הסמכויות הנרחבות לרשות השופטת. חברי בית־המחוקקים שוב אינם מתחבטים באופן בלעדי בשאלה אם מדיניות מסוימת היא טובה או רעה, אלא גם איזו מדיניות או החלטה ביצועית תעבור את מבחן הביקורת השיפוטית[84].

להתפתחות הדיאלוג החוקתי נלוו גם היבטים נוספים הקשורים במעמדה הציבורי של הרשות השופטת כפוטק מוסכם, נטול פניות או הטיות מוקדמות. השינוי במאזן העוצמה בין הרשויות השופטת והמחוקקת, שנבע מיוזמות אשר מקורן ברשות המחוקקת, הגביר את העוצמה הפורמלית של בתי־המשפט, אך פגע בסופו של דבר בלגיטימיות הציבורית של החלטות הרשות השופטת. על־אף שמחקרם של ברזילי, יער־יוכטמן וסגל (שהושלם זמן קצר לאחר הרפורמה החוקתית) מראה כי בית־המשפט העליון הוא הרשות הנהנית מן האמון הציבורי הרב ביותר[85], מעמדה של הרשות השופטת בתוך המסגרת החוקתית אינו מצוי מחוץ לגדרות המחלוקת הפוליטית. היפוכו של דבר: אחת ההשלכות הבולטות של ״המהפכה החוקתית״ ושל הפסיקה שבאה בעקבותיה היא גרירת בית־המשפט ללב המחלוקת הפוליטית. קבוצות־מיעוט המצויות בעמדת מיקוח פוליטית נוחה, בפרט המפלגות הדתיות, מצאו את עצמן בפני מציאות

82 א׳ ברק **פרשנות במשפט** (תשנ״ד, חלק ג: פרשנות חוקתית) 38.

83 בג״צ 3914/92 **לב נ׳ בית־הדין הרבני הגדול**, פ״ד מח(2) 491; בג״צ 3299/93 **ויכסלבאום נ׳ שר הביטחון** (טרם פורסם); ע״א 239/93 **אגד נ׳ משיח**, פ״ד מח(2) 66; ע״פ 6654/93 **בינקין נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד מח(1) 290; בג״צ 987/94 **יורונט קווי זהב נ׳ שרת התקשורת**, פ״ד מח(3) 412; בש״פ 537/95 **גנימאת נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד מט(3) 355; דנג״צ 4466/94 **נוסייבה נ׳ שר האוצר**, פ״ד מט(4) 68.

84 ד״כ, כנסת 13, מושב שני, עמ׳ 6450-6442 (7.7.1993); ד״כ, כנסת 13, מושב שלישי, עמ׳ 5451-5358 (9.3.1994); ד״כ, כנסת 13, מושב שלישי, עמ׳ 5553-5336 (14.3.1994). כן ראו ויכוח שהתנהל בוועדת חוקה — חוק ומשפט, **הארץ** 13.6.1995; וכן **הארץ** 22.10.1994. ראה גם פרוטוקול של רב שיח במפגש של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת עם נשיא בית־המשפט העליון, אהרן ברק, **הלשכה** 33 (תשנ״ו) 11-16.

85 ג׳ ברזילי, א׳ יער־יוכטמן וז׳ סגל **בית־המשפט העליון בעין החברה הישראלית** (תשנ״ד).

nevo.co.il

שבה הסדרים אשר מקורם בהסכמים פוליטיים המושגים באמצעות לחצים ושימוש בטקטיקה של לשון־מאזניים פרלמנטרית — כל אלה אינם חסינים מביקורת שיפוטית, אפילו הם מעוגנים בחקיקה ראשית. בתי־המשפט יכולים להכריז על חקיקה ראשית חדשה כבטלה בהיותה מנוגדת להוראות חוקי־היסוד, ובכך לצמצם את גבולות האוטונומיה של ההליך הפוליטי. במציאות חדשה זו שוב אין שופטי בית־המשפט העליון נחשבים על־ידי כל הציבור כפוסק אובייקטיבי במחלוקות משפטיות. חלקים ניכרים בציבור, ובפרט הציבור החרדי, רואים את המערכת המשפטית האזרחית כמשתתף אקטיבי בוויכוח הפוליטי, כגורם בעל סדר־יום פוליטי משלו וכצד המזוהה עם הסקטור החילוני־ליברלי בחברה הישראלית[86]. סממן מובהק לנטייה זו מצוי בהתעלמות המופגנת מהחלטות בג״צ בשנים האחרונות בנושאים הקשורים למינויים למועצות דתיות[87].

ההתנגדות הפוליטית לפסיקת בית־המשפט העליון וההכרה כי המציאות החוקתית שנוצרה בשנות התשעים מגבילה את האוטונומיה של הכוחות הפועלים בזירה הפוליטית הובילו לחתימת הסכם קואליציוני בין מפלגת־העבודה ובין ש״ס, שבו נכלל סעיף המתווה דרך להגביל את התערבותו העתידית של בית־המשפט בענייני דת. בין

86 ראו דיונים בכנסת בשאלה זו: ד״כ, כנסת 13, מושב שני (7.7.1993), עמ׳ 6643; עמ׳ 7177 (2.8.1993); מושב שלישי, עמ׳ 611 (3.11.1993); עמ׳ 3903 (25.1.1994); עמ׳ 4153 (1.2.1994); עמ׳ 4512 (15.2.1994); עמ׳ 4666 (16.2.1994); עמ׳ 5358 (9.3.1994). הצעת חוק פרטית לעיגון ה״סטטוס קוו״ בחוק־יסוד עברה בכנסת בקריאה מוקדמת, הארץ 26.1.1996. כן ראה מכתבו של מנהיג המפד״ל, ח״כ זבולון המר, למנהיג הליכוד (דאז), ח״כ בנימין נתניהו. במכתב שהעתק ממנו נמסר לתקשורת כדי שיפורסם ברבים בתקופת מערכת־הבחירות לכנסת ה־14 נאמר בין השאר:

> מערכת בתי המשפט נטלה לעצמה ללא הסמכה את רסן השלטון והכריזה, כי היא מוסמכת לבטל חוקים שהכנסת קיבלה בפרוצדורה חוקית והוגנת, רק משום שתוכנם אינו נראה לשופטים. בית המשפט המשיך והחריף ונקט בעמדות השמאל הקיצוני ובין השאר פגע בסטטוס קוו. לבסוף, חזר נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק וקבע כי פירוש המונח מדינה יהודית ודמוקרטית הוא מדינה דמוקרטית ודמוקרטית (הארץ 9.4.1996).

87 אם בשנות השמונים כובדו צווי בג״צ (שעוררו רוגז רב בציבור הדתי) בדבר מינוי נשים למועצות דתיות ולגופים בוחרים למועצות דתיות (ראה לעיל, הערות 49-50), הרי שבשנים האחרונות, למרות החלטות שיפוטיות חוזרות ונשנות בנידון — בג״צ 699/89 הופמן נ׳ מועצת עיריית ירושלים, פ״ד מח(1) 678; בג״צ 4733/94 נאות נ׳ מועצת עיריית חיפה (טרם פורסם); בג״צ 5587/94 סיעת מרץ במועצת עירית תל אביב־יפו נ׳ השר לענייני דתות (טרם פורסם; החלטה מיום 18.2.1996); בג״צ 2463/96 סיעת מרץ במועצת עירית ירושלים נ׳ מועצת עיריית ירושלים (טרם פורסם; החלטה מיום 2.4.1996) — טרם ניתן לאף נציג ציבור, המזוהה עם התנועה המסורתית או התנועה ליהדות מתקדמת, לכהן כחבר במועצה דתית (נתונים שנמסרו על־ידי היועצת המשפטית של התנועה ליהדות מתקדמת, עו״ד ענת בן דור, 28.10.1996).

nevo.co.il

השאר נכללה בהסכם הוראה שזכתה לכינוי "סעיף עוקף בג"צ" ובה נאמר: "במידה ויופר הסטטוס קוו בענייני דת, מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה על־ידי חקיקה מתאימה"[88]. כאשר הוגשה עתירה כנגד ההסכם, מצא בית־המשפט את עצמו בסיטואציה מורכבת שבה עליו לדון בדבר חוקיותו של הסכם קואליציוני, שעניינו צמצום הביקורת השיפוטית שלו (בית־המשפט) עצמו. החלטת בית־המשפט לדחות את העתירה[89] מנעה אולי משבר פוליטי (ההסכם בוטל בסופו של דבר מסיבות פוליטיות

88 להלן נוסח ההסכם, כפי שהוא מובא בבג"צ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 770-771:

הסכם קואליציוני

בין מפלגת העבודה לבין תנועת ש"ס — התאחדות הספרדים שומרי תורה.

...

2. מפלגת העבודה מתחייבת לתמוך בכנסת בתיקון חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו, על־פי הנוסח המצורף להסכם זה, נספח א' ותפעל כי כל מרכיבי הקואליציה יתמכו בו.

3. במידה ויופר הסטטוס קוו בענייני דת, מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה על־ידי חקיקה מתאימה.

4. (א) ראש הממשלה ימנה ועדת משפטנים בת חמישה חברים, אשר תמליץ בתוך מאה יום ממועד הסכם זה על חקיקה הולמת לעיגון הסטטוס קוו בענייני דת והבטחת קיומו ושמירתו.

(ב) כתב המינוי של הועדה יהיה על פי הנוסח המצורף להסכם זה, נספח ב'.

5. מפלגת העבודה מתחייבת כי תתמוך בכנסת בחקיקה כאמור, וכן תפעל כי כל מרכיבי הקואליציה יתמכו בה.

6. הסכם זה, טעון אישור המוסד המוסמך של מפלגת העבודה וכב' הרב עובדיה יוסף.

הצעת החוק המוזכרת בסעיף 2 להסכם והמצורפת אליו, קובעת לאמור:

נספח א' הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו (תיקון הדין בענייני דת)

1. סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יסומן (א) ולאחריו יבוא:

"שמירת סטטוס קוו בענייני דת:

(ב) מבלי לגרוע בכלליות האמור בפיסקה (א) אין בחוק זה כדי לפגוע בתוקפו של דין בענייני דת, שהיה קיים ערב תחילתו של חוק זה.

בחוק זה 'ענייני דת' — כל הוראה שבדין, שחלה ערב תחילתו של חוק יסוד זה ובאה להגן על אורח חייו של הציבור הדתי ורגשותיו.

(ג) אין לפגוע בדין בענייני דת ואין לשנות סעיף קטן (ב) אלא בחוק שנתקבל בכל שלבי החקיקה, ברוב של חברי הכנסת.

(ד) לא יהיה תוקף לחקיקה חדשה בענייני דת העומדת בסתירה לחוק יסוד זה, אלא בחוק שנתקבל בכל שלבי ההצבעה במליאת הכנסת, ברוב של חברי הכנסת".

89 לאחר מתן צו על־תנאי בבית־המשפט הגבוה לצדק מסרו הצדדים לבית־המשפט את ההבהרה הבאה שנוסחה מופיע בפסק־הדין (שם, עמ' 772):

nevo.co.il

בזמן שהעתירה היתה תלויה ועומדת, בטרם מתן פסק־הדין) ונתנה למפלגות אוטונומיה רבה יותר במשא־ומתן פוליטי עתידי[90], אך החלטה זו גם האירה היטב את מעמדו הרגיש של בית־המשפט. ניסיון להביא להכרעה משפטית בשאלות המצויות בלב המחלוקת הפוליטית עלול להוביל להסכמים פוליטיים עתידיים בדבר הגבלת סמכויותיה של הרשות השופטת.

ח. סיכום

בישראל התפתחה במרוצת השנים ביקורת חוקתית אפקטיבית למדי גם בהיעדרה של חוקה פורמלית. הצמיחה של רשות שיפוטית חזקה ואקטיבית בהיעדר חוקה ניזונה ממגמות דומות בדמוקרטיות המערביות ומנכונותם של שופטי בית־המשפט העליון ליטול חלק פעיל יותר בזירה הציבורית, כאשר הובאו להכרעתם מחלוקות שהוסדרו בעבר על־ידי רשויות פוליטיות נבחרות. עוד לפני חקיקת שלושת חוקי־היסוד באביב 1992 התפתחה הביקורת החוקתית בהדרגה, ללא חוקה וללא מתן הסמכה מפורשת לבתי־המשפט, להעביר תחת שבט־ביקורתם חקיקה ראשית. הניסיון הישראלי מראה, כי ביקורת כזו עשויה להיות אפקטיבית כמעט כמו ביקורת חוקתית בארצות שבהן נהוגה ביקורת חוקתית ממוסדת ומוגדרת. אולם הניסיון הישראלי גם מראה, כי במודל האבולוציוני שהתפתח בישראל ישנן סכנות הנובעות מעצם השיטה, בפרט כאשר בית־

הואיל וש״ס ומפלגת העבודה מעוניינות לשמור על הסטטוס קוו בענייני דת כפי שהיה נהוג ערב הקמת הממשלה הנוכחית.

והואיל והתעוררה שאלה בדבר כוונת הצדדים באשר להפעלת שיקול דעת הצדדים מכוח זכרון הדברים ביניהם מיולי 1994.

מוכהר בזאת על ידי הצדדים כי מטרת זכרון הדברים, ובכלל זאת סעיף 3 לו, הינה להביא לבחינה, דיון ובדיקה של כל מקרה בו תועלה טענה בדבר הפרת הסטטוס קוו.

בכל מקרה כאמור בו יסברו הצדדים כי הסטטוס קוו הופר, יבדקו הצדדים באופן ענייני וסביר, תוך הפעלת שיקול דעת בכל מקרה לגופו, את הדרכים להשבת הסטטוס קוו לקדמותו ויפעלו בהתאם.

היה ויתברר כי הדרך היחידה להשבת הסטטוס קוו היא בדרך של חקיקה — יפעילו הצדדים שיקול דעת בדבר תוכנה הראוי של חקיקה כזו.

90 בפסיקה נקבע, כי לבית־המשפט סמכות לדון בהסכם פוליטי (ראה לעיל הערה 26). במקרה אחד אף ביטל בית־משפט השלום בנתניה הסכם כזה: ת״א (נתניה) 1466/90 סגלוביץ נ׳ שטרן, פ״מ נא(1) 319. בפסק־הדין נקבע, כי הרכבת היסוד של ערבות כספית על התחייבות פוליטית יש בה כדי להכניס אלמנט זר, הפוסל למעשה את שיקול־הדעת הסטטוטורי. לכן נפסק, כי ההסכם הנידון, שבו ניתנה ערבות כספית בשיעור של 50,000 דולר להבטחת מילוי התחייבויות פוליטיות, הוא אסור ובלתי־חוקי.

nevo.co.il

המשפט מתבקש לפסוק במחלוקות פוליטיות רגישות. הערעור במעמדו הציבורי של בית־המשפט עקב התקפות פוליטיות, שנבעו מאי־הסכמה לתוצאות של שורת פסיקות בעתירות הקשורות לענייני דת, ממחיש היטב את הבעייתיות הקשורה בשינוי מהיר של יחסי העוצמה בין רשויות, כאשר השינוי אינו מלווה הסכמה חברתית רחבה או שינוי מובהק ביחסי הכוחות הפוליטיים[91].

אף שבתי־המשפט יכולים לבקר כיום חלקים ניכרים מן החקיקה הראשית של הכנסת, אין בסמכותם לבקר חקיקה ישנה המגדירה את סמכויותיה של הרשות השופטת. חוק יסוד: השפיטה, הדן בסמכויות הרשות השופטת, נתון לשינוי ברוב רגיל של חברי־הכנסת. בית־המשפט מודע ככל הנראה למעמדו הפגיע לגבי הרשויות המחוקקת והמבצעת. בכמה מקרים בשנים האחרונות נתן בית־המשפט החלטות, הנראות לכאורה כמיועדות למנוע התנגשות עם הרשויות הפוליטיות הנבחרות. הדוגמא הבולטת ביותר היתה הכרעת בית־המשפט הגבוה לצדק בפרשת מגורשי החמאס, שם נאלץ בית־המשפט לפסוק בעיצומה של סערה ציבורית, בעקבות רצח שוטר בידי פעילי החמאס. בית־המשפט התבקש לתת את החלטתו כאשר האוטובוסים, ובהם מאות אנשים שכנגדם הוצא צו גירוש, ממתינים סמוך לגבול לבנון. בית־המשפט פסק (בניגוד לפסיקות קודמות שלו־עצמו), כי שימוע של טענות המגורשים יכול להיעשות גם לאחר הגירוש, כאשר המגורשים שוהים מחוץ לגבולות המדינה[92]. בכמה מקרים רגישים מאוד מבחינה פוליטית, שבית־המשפט דן בהם בשנה האחרונה, גילו השופטים ריסון שיפוטי ניכר. במקרה הראשון פסק בית־המשפט, כי הקריטריונים שקבע שר־הפנים לצורך הכרה בגיור שנעשה בישראל (ומכאן קבלת אזרחות ישראלית מכוח חוק השבות) הם בטלים. אולם בהכירו בהשלכות הציבוריות של החלטה בעניין המצוי בלב המחלוקת הפוליטית נמנע בית־המשפט מלתת צו המורה על רישום העותרת כיהודייה והעביר את ההכרעה חזרה לרשות המחוקקת[93]. במקרה השני ביטל בית־המשפט צו־ביניים המורה לשירות־הביטחון הכללי להימנע "מלעשות שימוש בכוח פיזי" בחקירת חשודים בפעילות עוינת[94]. בשני מקרים אחרים נמנע בג"צ מלהכריז על בטלותם של חוקים, אף שנראה כי

91 ראו לעיל הערות 85-90 והטקסט לידן.

92 בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267. וראו לעניין זה מאמרו של א' בנבינשתי "נגרש ונשמע" משפט וממשל א (תשנ"ג) 441; ח' כהן "גירוש כהלכה" משפט וממשל א (תשנ"ג) 471.

93 בג"צ 1031/93 פסחו נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661.

94 בשג"צ 336/96 (בג"צ 7964/95) בלביסי נ' שרות הבטחון הכללי (טרם פורסם; פסק־הדין ניתן ב־11.1.1996). בצו־ביניים שניתן שבועיים לפני הדיון ציווה בית־המשפט, "כי יצא מלפניו צו־ביניים המכוון אל המשיב והמורה לו להימנע מלעשות שימוש בכוח פיזי עד למתן החלטה אחרת בעתירה

nevo.co.il

תוכנם אינו תואם את הוראת סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת והגם שהחוקים הנוגדים התקבלו ברוב קטן מהרוב הדרוש. בג״צ אימץ את עקרון יחסיות הפגיעה המצוי בחוקי־היסוד החדשים (אך לא בחוק יסוד: הכנסת) ופסק כי הפגיעה בשני המקרים אינה חמורה דיה כדי להביא לבטלות החוק[95].

בית־המשפט העליון מילא תפקיד חשוב בקבלת הכרעות ציבוריות במצב של חוסר יכולת הכרעה פוליטית בשנות השמונים, ובתחילת שנות התשעים סייע בהטמעת ערכים דמוקרטיים, ואולי גם מנע פוליטיזציה של תחומים מסוימים בחיים הציבוריים. אולם כאשר החליטה הרשות המחוקקת, ביוזמתה־שלה, להעניק לבית־המשפט סמכות מוגבלת של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, מצאה הרשות השופטת את עצמה בלב המחלוקת הציבורית. הרשות השופטת, שנהנתה במשך שנים מאוטונומיה מקצועית ומהגנה מפני מעורבות פוליטית בהחלטותיה, שוב אינה נתפשת על־ידי חלקים ניכרים בציבור כפוסק נייטרלי, אלא כשחקן פעיל בזירה הפוליטית. הרשות השופטת, ובמיוחד בית־המשפט העליון, שהרחיבו בהדרגה את עוצמתם באמצעות אקטיביזם שיפוטי ופרשנות יצירתית, מצאו לפתע כי קשה להפעיל את הסמכויות החדשות במלואן. בקצרה: ה״חולשה״ הנובעת מהיעדר סמכויות מוגדרות של ביקורת שיפוטית אִפשרה לבית־המשפט להרחיב בהדרגה את היקף ביקורתו, מבלי להיראות כמאיים על עצמתן של הרשויות המחוקקת והמבצעת. כעת, עם הרחבת הסמכות הפורמלית, תוספת ה״עוצמה״ נראית כפחותה מאשר נדמה היה בעת קבלת חוקי־היסוד החדשים ב־1992. הרחבת הסמכויות, והכרעות בית־המשפט בכמה שאלות שנויות במחלוקת ציבורית בכלל, הפכו את בית־המשפט ותפקודו לסוגייה הנתונה בלב המחלוקת הפוליטית. גורמים שונים במערכת הפוליטית מנסים, ועשויים להצליח בנסיבות מסוימות, להפחית

זו״. בהחלטה מ־11.1.1996 ביטל בית־המשפט את צו־הביניים על־אף הצהרת ב״כ המשיב שהוא מוכן להגבילו להימנעות המשיב מהשימוש באמצעי הטלטול. בית־המשפט קבע, כי

> כיוון שבא־כוח העותר מקבל כאמת את האמור בתצהיר המשיב, לפיו קיימת סבירות גבוהה מאד שבידי העותר מצוי מידע נוסף בנוגע לתכנון פיגועים חמורים בישראל בזמן הקרוב, עלינו להניח כי גילוי מידע זה על ידי המשיב עשוי להציל חיי אדם... בנסיבות אלה אין אנו מוצאים יותר הצדקה להמשך קיומו של צו־הביניים. יחד עם זאת, ברור כי ביטולו של צו־הביניים אין בו משום היתר לנקוט במהלך החקירה של העותר צעדים שאינם מתיישבים עם החוק ועם הנהלים המחייבים לענין זה.

95 בג״צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ׳ הכנסת (טרם פורסם); בג״צ 3434/96 הופנונג נ׳ יו״ר הכנסת (טרם פורסם). עמדתו הזהירה של בית־המשפט באה לידי ביטוי גם בעתירה נוספת כנגד תוקפו של חוק, שבה ישב בית־המשפט הגבוה לצדק בהרכב של 13 שופטים. באותו מקרה נקבע, כי ״כאשר דבר חקיקה ניתן למספר פירושים אפשריים יש לבחור בפירוש המכיר בחוקתיותו של החוק ובתוקפו, על פני פירוש המביא לאי חוקתיותו וביטולו כתוצאה מכך״ (הנשיא ברק, בג״צ 4562/92 זנדברג נ׳ רשות השידור, לעיל הערה 64).

nevo.co.il

את היקף הביקורת השיפוטית על־ידי תיקון או חקיקה של חוקי־יסוד חדשים הכוללים הוראות המגבילות במפורש את תחומי הביקורת השיפוטית.

nevo.co.il