

על פוליטיקה ומשפט ועל מיהות המושל בישראל בסוגיות ערכיות – פרספקטיבה של מדעי המדיניות הציבורית ותורת הבחירה הציבורית

אסף מידני*

המאמר יעסוק בשאלת הקביעה של כללי הכרעה לא פורמליים בחברה נתונה. דיון זה ייערך מנקודת מבט פוליטיבית המבוססת על ההגיונות של מדעי המדיניות בראי תורת הבחירה הציבורית (Public Choice Theory), וזאת להבדיל מגישות משפטיות וסוציולוגיות. הזירה הישראלית – וליתר דיוק זירת היחסים המתוחים שבין בג"ץ לבין המערכת הפוליטית (הכנסת והממשלה) – תהווה אבן בוחן אמפירית. המאמר יעמוד על היתרונות הגלומים באימוצה, בהקשר הישראלי, של גישת מדעי המדיניות הציבורית, הרואה במדיניות ציבורית הקצאה סמכותית של ערכים בחברה. מתוך היגיון זה פותחו מודלים של חשיבה הן לטובת ההסברים לשיווי המשקל הייחודי שבין בג"ץ למערכת הפוליטית והן באשר לפתרונות המדיניות הנובעים מכך. מתוך התובנות הללו ימליץ המאמר, במישור העקרוני-התורתי, לאמץ במסגרת הניתוח המשפטי עקרונות מתחום מדעי המדיניות והגיונות מתורת הבחירה הציבורית, במקביל לאימוץ נרטיב דמוקרטי ליברלי-קהילתני המכיל את השסעים בחברה, במסגרת אונטולוגית הרואה בישראל מדינה יהודית, דמוקרטית ורב-תרבותית. במישור המעשי ימליץ המאמר על כמה תיקונים להבהרת יחסי הגומלין בין בג"ץ לבין הכנסת או הממשלה. הללו

* פרופסור מן המניין ועורך דין, בית הספר לממשל וחברה, האקדמית תל-אביב-יפו. מחקריו עוסקים בממשק שבין מדיניות למשפט. כיהן כדקן בית הספר לממשל וחברה באקדמית תל-אביב-יפו וכנשיא האגודה הישראלית למדע המדינה; מכהן כיושב ראש המועצה להכוונת פעולות קרן החילוט לפי סעיף 23 לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000, הפועלת תחת משרד המשפטים; חבר המל"ג ה-14; וחבר הוועדה הציבורית לקביעת מימון מפלגות בכנסת ישראל. ברצוני להודות ליוחאי רוזנר על עבודת העריכה המדויקת ועל הערות חכמות. כמו כן, תודתי העמוקה על הערות חכמות ותובנות מהותיות לשיפוט החיצוני ולחברות מערכת כתב העת **משפט ועסקים** המסורות יעל סירקיס, גל מאור, שירה לוינסון בן חיים, גיא הלוי ומאי אמיר. תודתי שלוחה גם לעורך הלשוני גיא פרמינגר על התבונה ועל המקצועיות.

יוכלו להתעצב רק אם יתקיים שיתוף פעולה בין המערכת הפוליטית לרשות השופטת בקביעת מדיניות ברורה לשעתה תוך דיון תהליכי.

הקדמה

- פרק א: היחסים בין בג"ץ לבין המערכת הפוליטית בישראל (הכנסת והממשלה)
 כיחסי הגומלין שבין משפט לפוליטיקה
- פרק ב: תאוריות מחקר
1. על גישות משפטיות וסוציולוגיות בראי ביקורתית
 2. מדעי המדיניות, תורת הבחירה הציבורית ובית המשפט העליון
- פרק ג: שינוי במעמדו של בג"ץ
1. מעמדו של בג"ץ לאור מודלים מנטליים ותהליכי למידה
 2. על אונטולוגיות ליברליות מול שמרניות ועל אונטולוגיות ליברליות-קהילתניות ורב-תרבותיות
- פרק ד: הערות לפני סיום ומבט לעתיד
- סיכום

הקדמה

בית המשפט העליון נעשה במשך השנים מעצב מרכזי של סדר יום חברתי-פוליטי, כתוצאה מהתהוות תהליכים חברתיים ופוליטיים עמוקים ומורכבים בחברה הישראלית.¹

1 מרכזיותו של בית המשפט בחיים הציבוריים נבחנה, בין היתר, במסגרת תופעת האקטיביזם השיפוטי. חוקרים רבים כתבו על האקטיביזם השיפוטי של בג"ץ בישראל ונתנו לו הגדרות שונות. השאלות שנחקרו רחבות, ומבטאות חקר של המשפט כתופעה חברתית. מסקנתם של החוקרים היא כי יש לצאת מניתוח פורמלי לגליסטי אל ניתוח בין-תחומי המשלב הקשרים תרבותיים, חברתיים ופוליטיים. חוקרים אלו הגיעו למסקנה כי הסיבות למקומו של בית המשפט העליון כקובע מדיניות ציבורית הן מבניות ותרבותיות, וכי אין הוא נגזר, כמקובל לחשוב, רק מהחלטות אישיות של השופטים. במאמר זה ייעשה שימוש בהיגיון המבני כהסבר להיותו של בית המשפט העליון גורם עיקרי בקביעת מדיניות ציבורית בישראל. להרחבה ראו, בין היתר, מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 503 (1993) (להלן: מאוטנר "ירידת הפורמליזם"); יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" **עיוני משפט** יז 647 (1993); איתן ברק "בחסות החשיכה: עשר שנות משחק בבני-אדם כב'קלפי-מיקוח' ובית-המשפט העליון" **פלילים** ח 77 (1999); משה נגבי "גד ברזילי, אפרים יערי-יוכטמן וזאב סגל – בית-המשפט העליון בעין החברה הישראלית" **משפט וממשל** ג 355 (1995); גד ברזילי "שקיעת המפלגות והמערכת המשפטית" **קץ המפלגות: הדמוקרטיה הישראלית במצוקה** 116, 124 (דני קורן עורך 1998) (להלן: ברזילי "שקיעת המפלגות"); דניאל פרידמן **הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושבירה** (2013);

די במבט אל שורת העתירות שהופנו אליו לאחרונה – אם בנושא הסכמי הגז מול לבנון,² אם בעניין פסילתם של חבר הכנסת עמיחי שיקלי ורשימת בל"ד על ידי ועדת הבחירות מלהתמודד בבחירות לכנסת העשרים וחמש,³ ואם נגד מינויו של השופט מני מזוז לראש הוועדה למינוי בכירים בתקופת ממשלת מעבר⁴ – להבהיר כי הנתבי לבג"ץ מהווה דרך התנהגות מקובלת ומבוססת בממשל בישראל. נתיב זה, שיוגדר במאמר כשינוי מוסדי יסודי⁵ לא פורמלי, התעצב עם השנים בהעדר חוק-יסוד: החקיקה – חוק יסוד שהיה מיועד להסדיר את תחום החקיקה בישראל, להגדיר את רבדיה השונים של החקיקה ולקבוע את המדרג הנורמטיבי ביניהם, ובתוך כך גם להסדיר את הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים, לרבות הוראות התגברות על פסיקה של בית המשפט העליון הפוסלת חוק.⁶ המאמר יתמקד הן בתהליכים והן במוסד – בית המשפט

אקטיביזם שיפוטי (אריאל פורת עורך 1993); רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** (2000); זאב סגל ולייל ליטור **אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי – במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה** (2008); עודד מודריק "אקטיביזם שיפוטי – כבלים אריחמטיים או מדיניות שיפוטית?" **משפט וצבא** 5, 34 (1986); אהרן ברק "מהות האקטיביזם השיפוטי: על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" **עיוני משפט** 10, 475 (1993). ראו גם Gad Barzilai & Itai Sened, *How Do Courts Establish Political Status, and How Do They Lose It: An Institutional Perspective of Judicial Strategies* (presented at the Annual Meeting of the American Political Science Association, August 1997); Shlomo Mizrahi & Assaf Meydani, *Political Participation Through the Judicial System: Exit, Voice, and Quasi-exit in Israeli Society*, 8(2) *ISR. STUD.* 118 (2003).

2 חן מענית ויהונתן לוי "בג"ץ דחה פה אחד את העתירות נגד הסכם הגבול הימי עם לבנון" **הארץ** (23.10.2022) <https://www.haaretz.co.il/news/politics/2022-10-23/ty-article/premium/> 00000184-037e-d95b-a79c-c3fe06220000.

3 אנה ברסקי ומתן וסרמן "מהפך בבג"צ: שיקלי וסילמן יוכלו להתמודד, בל"ד תוכל לרוץ לכנסת" **מעריב** (9.10.2022) <https://www.maariv.co.il/elections-2022/Article-950605>.

4 גלעד מורג "דרמה בבג"ץ: מינוי מני מזוז בוטל, אישור הרצי הלוי לרמטכ"ל יתעכב" **כלכליסט** (22.9.2022) https://www.calcalist.co.il/local_news/article/hjd5j11qzi.

5 להרחבה על אודות שינויים מוסדיים של כללי משחק פוליטיים ראו Roy Gardner & Elinor Ostrom, *Rules and Games*, 70 *PUB. CHOICE* 121 (1991). שינויים מעין אלה מגדירים למעשה מחדש את מסגרת הדין הפוליטי כמו גם את יחסי הכוח בין השחקנים השונים. ראו James M. Buchanan, *The Domain of Constitutional Economics*, 1 *CONST. POL. ECON.* 1 (1990). הספרות של תורת הבחירה הציבורית – תאוריה מרכזית במדעי המדיניות הציבורית, העוסקת בניתוח כללי משחק – עורכת הבחנה בין כללים פוליטיים (political rules), כגון חוקי יסוד, חוקי בחירות ועוד, לבין כללי מדיניות (policy regulations). במונח "כללי מדיניות" הכוונה לכללים שמסדירים את חיי היומיום, ואילו במונח "כללים פוליטיים" הכוונה לכללים אשר מגדירים את מסגרת הדיון הפוליטי, כלומר את הכללים של תהליך קבלת ההחלטות, וקובעים כיצד ניתן לשנות את כללי המדיניות.

6 הנסיגות לחוק את חוק היסוד לא צלחו עד כה. בעבר פורסמו הצעות חוק של חוק-יסוד: החקיקה מטעם הממשלה, ואף מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. הוראות חוק היסוד מיועדות להיכלל בחוקה העתידית של מדינת ישראל, אשר חוק-יסוד: החקיקה נועד להיות פרק מפרקיה,

העליון – כמסבירים את מקומו המרכזי כמשתתף בתהליך עיצובה של המדיניות הציבורית בישראל. המאמר יעסוק בשאלת הקביעה של כללי הכרעה לא פורמליים בחברה נתונה.⁷ דיון זה ייערך מנקודת מבט פוליטיבית המבוססת על ההגיונות של מדעי המדיניות בראי תורת הבחירה הציבורית (Public Choice Theory), וזאת להבדיל מגישות משפטיות וסוציולוגיות. תורת הבחירה הציבורית מדגישה את ההגבלות החברתיות, התרבותיות והמבניות השונות (למשל, של תחרות בין תפיסות ערכיות שונות, כגון חופש הדת מול ערך השוויון), את ההשפעות של הסדרים מבניים וחיצוניים, ואת המאבק בין קואליציות מתחרות.

תורת הבחירה הציבורית מציעה מודל תהליכי לבחינת פעילותם של השחקנים בתהליך העיצוב של מדיניות ציבורית. מדיניות ציבורית מוגדרת כהקצאה סמכותית של ערכים בחברה,⁸ ותורת הבחירה הציבורית מבקשת ללמד על אופן הקצאתם של הערכים בחברה נתונה. לשם כך היא מחילה כלי ניתוח כלכליים על חקר החברה והפוליטיקה, וגורסת כי המציאות הציבורית נקבעת לפי מעשיהם של אנשים רציונליים הפועלים מתוך אילוצים מבניים ותרבותיים.⁹ זוהי ראייה זו מאפשרת את פירוקה של מערכת העוצמה הציבורית לגורמים, מתוך הבחנה בהבדלים הקיימים בין הארגונים והשחקנים השונים. היא מאפשרת גם ראייה של המדיניות הציבורית כתולדה – או כמעין שיווי משקל – של האינטראקציות בין ארבע קבוצות עיקריות: פוליטיקאים, קבוצות אינטרס, פקידים (עובדי מדינה) והציבור הרחב.¹⁰ באופן זה שימושי התאוריה מגוונים מאלה של הגישה

וואת בהתאם להחלטת הכנסת משנת 1950 המכונה "החלטת הררי", שעסקה בדרך הכנת החוקה – "פרקים פרקים" שיאוגדו לחוקה אחת (ד"כ 13.6.1950, 1711–1722). ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ו 133; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ח 326; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ב 147; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשס"א 556. ראו גם החלטה 2174 של הממשלה ה-29 "הקמת ועדה לחוקה וחוקי יסוד" (7.7.2002), שלפיה הוקמה ועדה ציבורית בראשות פרופ' יעקב נאמן, אשר הגישה בשנת 2004 את המלצותיה בנוגע לחקיקת חוק-יסוד: החקיקה. ראו פרוטוקול ישיבה 204 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (14.4.2004).
7 מאמר זה מאמץ השערות ומושגים שנלקחו מהספרות הנאו-מוסדית המבקשת לעמוד על ההסברים להופעת שינויים מוסדיים. המאמר יעסוק בכללי הכרעה מסוג כללים פוליטיים. ראו לעיל ה"ש 5 וההפניות שם.

להרחבה ראו Buchanan, לעיל ה"ש 5; Gardner & Ostrom, לעיל ה"ש 5; Barry R. Weingast, *Persuasion, Preference Change, and Critical Junctures: The Microfoundations of a Macroscopic Concept*, in PREFERENCES AND SITUATIONS: POINTS OF INTERSECTION BETWEEN HISTORICAL AND RATIONAL CHOICE INSTITUTIONALISM 161 (Ira Katznelson & Barry R. Weingast eds., 2005).

8 להרחבה ראו דוד נחמיאס ואסף מידני **מדיניות ציבורית: יסודות ועקרונות** 26–27 (מהדורה שנייה מעודכנת ומורחבת 2019).

9 DENNIS C. MUELLER, PUBLIC CHOICE II: A REVISED EDITION OF PUBLIC CHOICE (1989); MICHAEL TAYLOR, THE POSSIBILITY OF COOPERATION 14–21 (rev. ed. 1987).

10 להרחבה ראו שלמה מזרחי ואסף מידני "מדיניות ציבורית וזכויות אדם" **פוליטיקה** 10, 9, 10–9 (2003).

הנאו-מוסדית הרציונלית. לדוגמה, את גישתם של מלומדים כגון לי אפשטיין וג'ק נייט,¹¹ המדגישה את העיסוק בשופטים כשחקנים רציונליים, היא מרחיבה לעבר גישה הבוחנת את פלט פעילותם כאספקת מוצר ציבורי. כך התאוריה מאפשרת הרחבה של הגישה המוסדית הרציונלית לגישה של רציונליות מוגבלת.

על יתרונות השימוש בגישה הבחירה הציבורית עמד עמיחי כהן, כאשר דן ביחס שבין שיטת הפרשנות השלטת במשפט הישראלי – שיטת הפרשנות התכליתית – לבין צורת הניתוח הכלכלית-הפוליטית-המשפטית המכונה "הבחירה הציבורית": "עם כל המגבלות, בית-המשפט הוא מוסד מתאים שיכול ליטול על עצמו את המשימה לקיים ניתוח אשר מתחשב, בין היתר, גם בעקרונות מתחום גישת הבחירה הציבורית".¹² הבחינה במאמר תדגיש את מקומם של השפטים בחברה הישראלית, אשר בשילוב עם מבנים פוליטיים-בירוקרטיים מקשים על המערכת הפוליטית להתמודד עם בעיות המצריכות עיצוב מדיניות ציבורית – תופעה המכונה בספרות "אי-משילות של המערכת הפוליטית".¹³ ניתוח מדיניות זה יאפשר להסיק מסקנות ולנסח המלצות מדיניות. מתוך התובנות הללו ימליץ המאמר, במישור העקרוני-התורתי, לאמץ במסגרת הניתוח המשפטי עקרונות מתחום מדעי המדיניות והגיונות מתורת הבחירה הציבורית, במקביל לאימוץ נרטיב דמוקרטי ליברלי-קהילתני מכיל, במסגרת אונטולוגית הרואה בישראל מדינה יהודית, דמוקרטית ורב-תרבותית. היותה של החברה הישראלית משוסעת מחייב שימת דגש באיחוי השפטים על ידי קובעי המדיניות, ביניהם גם בית המשפט העליון. במישור המעשי ימליץ המאמר על כמה תיקונים להבהרת יחסי הגומלין בין בג"ץ לבין

11 Lee Epstein & Jack Knight, *The Choices Justices Make* (1998).

12 עמיחי כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" **משפט וממשל** יא 317, 359 (2007) (להלן: כהן "הבחירה הציבורית"). לשימוש בתובנות של תורת הבחירה הציבורית בהקשר של מנהל מקרקעי ישראל (כיום רשות מקרקעי ישראל) ראו דפנה ברק-ארז "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים" **עיוני משפט** כא 613 (1998).

13 אשר אריאן, דוד נחמיאס ורות אמיר **משילות והרשות המבצעת בישראל** (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2002); יחזקאל דרור **תזכיר לראש-הממשלה: ב. לבנות מדינה** (1989). ב"אי-משילות" הכוונה לחוסר היכולת לקבוע מדיניות ציבורית עקיבה ויציבה, בין היתר עקב כשל בהבחרה מוסדית של חלוקת הסמכויות הפוליטיות וכשל בהבניית התהליכים של קבלת החלטות ציבוריות. ראו גם MAOZ ROSENTHAL, *ISRAEL'S GOVERNABILITY CRISIS: QUANDARIES, UNSTRUCTURED INSTITUTIONS, AND ADAPTATION* (2017). לדעת יצחק גל-נור, "בישראל נוצר גירעון דמוקרטי עמוק במערכת הפוליטית, משום שבין השאר המוסדות הפוליטיים אינם מצליחים להתמודד עם משברים חיצוניים ופנימיים ממושכים, ומידת האמון הציבורי בהם הולכת ופוחתת. עקב כך נוצרה זיקה הדדית בין תהליכי המשפוט הכלליים בחברה... ובין משפוט הפוליטיקה והמינהל. יתר על כן: בגלל מעמדה הדומיננטי של הפוליטיקה, למתרחש בה השפעה מעצימה – ואולי אפילו מעצבת – בכל תחומי החיים בישראל. התהליכים המקיפים והממושכים האלה הם שגרמו למשפוט ולא להיטות של בתי-המשפט". יצחק גל-נור "על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל" **משפט וממשל** ז 355, 378 (2004). לדיון בחולשה הגדולה שפקדה את המערכת הפוליטית של ישראל החל בשנות השבעים, ואשר נמשכה לאורך כל שנות השמונים, ראו גם פרידמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 41–51 ו-77–78.

הכנסת או הממשלה. הללו יוכלו להתעצב רק אם יתקיים שיתוף פעולה בין המערכת הפוליטית לרשות השופטת בקביעת מדיניות ברורה לשעתה תוך דיון תהליכי. דפנה ברק-ארז עמדה על ההבחנה בין פתרונות מעשיים להכרעות עקרוניות. לדעתה, עבודתם של שופטים ועבודתם של אקדמאים שונות מאוד זו מזו. שופטים מיישבים סכסוכים משפטיים שמובאים להכרעתם, ולעומתם אקדמאים עוסקים בשאלות "גדולות". הספרות המחקרית-המשפטית מכוונת לפיתוח רעיונות ולחקר המשפט כתופעה חברתית, כלכלית ופוליטית. למרות זאת, היא מוסיפה, נודעת חשיבות לכך שלפחות חלק מן ה"אנרגיה" האקדמית תושקע גם במחקרים שיוכלו לסייע בפיתוח החשיבה על המשפט הישראלי ועל התמודדותו עם אתגרי השעה.¹⁴ מאמר זה מבקש לתרום בהיבט זה.

פרק א: היחסים בין בג"ץ לבין המערכת הפוליטית בישראל (הכנסת והממשלה) כיחסי הגומלין שבין משפט לפוליטיקה

יחסי הגומלין בין משפט לפוליטיקה העסיקו הוגים וחוקרים מימי הדמוקרטיה האתונאית ועד ימינו, אלא שבמהלך ההיסטוריה עבר עיסוק זה כמה תמורות עיקריות. במאות שקדמו לתקופת ההשכלה היה עיקר הדיון נורמטיבי, והתמקד במהותו ותפקידו של החוק בחברה האנושית.¹⁵ השופטים והמערכת המשפטית היו חלק בלתי נפרד מהשלטון, ולפיכך הדיון עסק בסוגיות מופשטות בעיקרן בנוגע לחוק. החל בתקופת ההשכלה, במקביל להתפתחות הרעיון של הפרדת הרשויות, הלך הדיון והתמקד במתן שבין המערכת המשפטית למערכת הפוליטית, במקומן של הרשויות השונות ובכלים שיש בידי כל אחת מהן למילוי תפקידה.¹⁶ במאה העשרים, בעיקר במחציתה השנייה, ובמקביל להתגבשות הדומיננטיות של המשפט בחיים המודרניים, נהפך הדיון ביחסי הגומלין שבין משפט לפוליטיקה לתחום מחקר מרכזי במדעי החברה.¹⁷ למן שנות השמונים של המאה העשרים אנו עדים לשני תהליכים מקבילים: התחזקות השפעתו של בית המשפט העליון על המציאות החברתית והפוליטית, והתרחבות הדיון הציבורי והאקדמי בסוגיית יחסי הגומלין בין משפט לפוליטיקה.¹⁸

14 דפנה ברק-ארז **מחשבות על שפיטה** 53 (2022).

15 שלמה מזרחי ואסף מידני **מדיניות ציבורית בין חברה למשפט: בית המשפט העליון, השתתפות פוליטית ועיצוב מדיניות** 31–32 (2006) (להלן: מזרחי ומידני **מדיניות ציבורית בין חברה למשפט**); Stefan Voigt & Eli M. Salzberger, *Choosing Not to Choose: When Politicians Choose to Delegate Powers*, 55 KYKLOS 289 (2002).

16 מזרחי ומידני **מדיניות ציבורית בין חברה למשפט**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 17.

17 שם.

18 שם.

הספרות העוסקת במשפט ופוליטיקה בוחנת את מקומו של בית המשפט העליון בהקשרים שונים ומנקודות מבט דיסציפלינריות שונות: כחלק מאלטיה שלטונית,¹⁹ כקבוצת אינטרס²⁰ וכבירוקרט מיוחד שהתנהגותו כפופה לתנאים מבניים שונים.²¹ יש המדגישים את תרומתו של בית המשפט העליון לשיווי המשקל החברתי,²² ויש המעניקים משקל להקשר התרבותי והפוליטי-המפלגתי ובו בזמן גם מייחסים לבית המשפט העליון ממד אקטיבי מסוים אך מוגבל.²³ בהקשר הישראלי הספרות הסוציולוגית-תרבותית מדגישה את אי-יעילותה של המערכת הדמוקרטית הפוליטית, את

- 19 ROBERTO MANGABEIRA UNGER, KNOWLEDGE AND POLITICS (1975); CATHARINE A. ראו
MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE (1989); Ran Hirschl, *The Political Origins of Judicial Empowerment Through Constitutionalization: Lessons from Israel's Constitutional Revolution*, 33 COMP. POL. 315 (2001); GAD BARZILAI, COMMUNITIES AND LAW: POLITICS AND CULTURES OF LEGAL IDENTITIES 147–208 (2003).
- 20 GLENDON SCHUBERT, POLITICAL CULTURE AND JUDICIAL BEHAVIOR: POLITICAL ראו
CULTURE AND JUDICIAL ELITES: A COMPARATIVE ANALYSIS (1985); Thomas A. Cowan, *Group Interests*, 44 VA. L. REV. 331 (1958).
- 21 Jeffrey A. Segal, *Separation-of-Powers Games in* ; לעיל ה"ש 11; EpSTEIN & KNIGHT ראו
the Positive Theory of Congress and Courts, 91 AM. POL. SCI. REV. 28 (1997); SUPREME COURT DECISION-MAKING: NEW INSTITUTIONALIST APPROACHES (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999); LAWRENCE BAUM, THE PUZZLE OF JUDICIAL BEHAVIOR (1997); Rafael Gely & Pablo T. Spiller, *A Rational Choice Theory of Supreme Court Statutory Decisions with Applications to the State Farm and Grove City Cases*, 6 J.L. ECON. & ORG. 263 (1990). ראו גם Voigt & Salzberger, לעיל ה"ש 15; יורם שחר, מירון גרוס ורון חיים "אנטומיה של שיה ומחלוקת בבית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" *עיוני משפט כ* 749 (1997); Udi Sommer, *Crusades Against Corruption and Institutionally-Induced* ; Strategies in the Israeli Supreme Court, 15 ISR. AFF. 279 (2009); Keren Weinshall & Lee Epstein, *Developing High-Quality Data Infrastructure for Legal Analytics: Introducing the Israeli Supreme Court Database*, 17 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 416 (2020); Maoz Rosenthal, Gad Barzilai & Assaf Meydani, *Judicial Review in a Defective Democracy: Judicial Nominations and Judicial Review in Constitutional Courts*, 9 J.L. & CTS. 137 (2021). ראו גם קרן וינשל-מרגל *אידאולוגיה וחוק בפסיקה בית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי* (2016); YOAV DOTAN, *LAWYERING FOR THE RULE OF LAW: GOVERNMENT* ; LAWYERS AND THE RISE OF JUDICIAL POWER IN ISRAEL (2014).
- 22 Talcott Parsons, *The Law and Social Control*, in LAW AND SOCIOLOGY 56 (William M. ראו
Evan ed., 1962); Philippe Nonet, *For Jurisprudential Sociology*, 10 LAW & SOC'Y REV. 525 (1976).
- 23 ראו ברזילי "שקיעת המפלגות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 124; רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" *חיאוריה וביקורת* 5, 7 (1994) (להלן: שמיר "הפוליטיקה של הסבירות"). ראו גם Gad Barzilai, *Courts as Hegemonic Institutions: The Israeli Supreme Court in a Comparative Perspective*, 5(2–3) ISR. AFF. 15 (1998).

הרב-תרבותיות בחברה, את עליית הערכים הליברליים, את העדרה של חוקה ואת הרב-מפלגתיות, כמו גם את הלגיטימציה הציבורית הרבה שבית המשפט העליון נהנה ממנה.²⁴ ספרות מדעי המדיניות מכנה זאת, בין היתר, משברי אי-משילות פוליטית,²⁵ המתאפיינים, בין היתר, בירידת כוחן של המפלגות ובהתעוררות אינדוידואליזם ערכי בקרב הציבור ביחסו לרשויות.²⁶

כתיבה זו משיקה למחקרים העוסקים ברטוריקה השיפוטית,²⁷ המסתכלים על האופן שבו שופטים כותבים פסקי דין²⁸ ועל השימוש שהם עושים באימוץ דוקטרינות משפטיות.²⁹ מחקרים אלו מלמדים, בין היתר, כי שופטים הם יצורים "פוליטיים", המודעים לכך שהם פועלים בתוך עולם כוחני שבו עליהם לפעול כל העת על מנת לשמור על האוטונומיה והלגיטימיות שלהם.³⁰ הודות לכך בית המשפט יכול להוביל שינויים בצורה איטית ותוספתית.³¹

החל בשנות השמונים של המאה העשרים אנו עדים לתופעה שבה בית המשפט העליון מתערב יותר בחיים הציבוריים בנושאים ובתחומים שונים – תפקיד אשר שמור

24 ראו Barzilai, לעיל ה"ש 23; Menachem Mautner, *Law and Culture in Israel: The 1950s and the 1980s*, in THE HISTORY OF LAW IN A MULTI-CULTURAL SOCIETY: ISRAEL 1917–1967, 175 (Ron Harris, Alexandre (Sandy) Kedar, Pnina Lahav & Assaf Likhovski eds., 2002); Martin Edelman, *The Judicialization of Politics in Israel*, 15 INT'L POL. SCI. REV. 177 (1994). ראו גם Rivka Weill, *Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review and Why We Should Care*, 30 BERKELEY J. INT'L L. 349 (2012); Ittai Bar-Siman-Tov, *The Role of Courts in Improving the Legislative Process*, 3 THEORY & PRAC. LEGIS. 295 (2015); GARY JEFFREY JACOBSON & YANIV ROZNAI, CONSTITUTIONAL REVOLUTION (2020).

25 להרחבה בעניין אי-משילות ראו גדעון דורון *להחליט ולבצע: פרקים במדיניות ציבורית* (1986). ראו גם אריאן, נחמיאס ואמיר, לעיל ה"ש 13; דרור, לעיל ה"ש 13. בנוגע לאי-משילות בכל הקשור לקביעת מדיניות בעניין שיטות החקירה של השב"כ ראו Assaf Meydani, *Security and Human Rights Policy: Israel and the Interrogation Case of 1999*, 28 CONTEMP. SEC. POL'Y 579 (2007).

26 ראו מאוטר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 1; ברזילי "שקיעת המפלגות", לעיל ה"ש 1; גד ברזילי "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי" *פוליטיקה* 2, 31 (1998) (להלן: ברזילי "הגמוניה שיפוטית").

27 ראו Yoav Dotan, *Judicial Rhetoric, Government Lawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice During the Intifada*, 33 LAW & SOC'Y REV. 319 (1999). להרחבה על ניתוחי ספרות ומשפט ראו שולמית אלמוג *משפט וספרות* (2000).

28 ראו, למשל, דודי זכריה "על חדרי עינויים ועל קירות אקוסטיים" *פוליטיקה* 10, 61 (2003).

29 ראו, למשל, ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של הפרשנות התכליתית בישראל" *עיוני משפט* 737 (2002).

30 להרחבה ראו מאמרים מכרך ח של כתב העת *פלילים*, משנת 1999, אשר עוסק במשפט ופוליטיקה.

31 ראו Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (2d ed. 2008).

באופן מסורתי לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת.³² מעורבותו ומרכזיותו של בית המשפט העליון מתבטאות הן ברמה הפרוצדורלית והן ברמה המהותית-התוכנית. ברמה הפרוצדורלית, בית המשפט הגבוה לצדק פותח את שעריו לפני הרוב המכריע של העותרים ללא בחינה מדוקדקת של זכות העמידה והשפיטות, אשר היוו בעבר אבני יסוד בקביעת מוכנותו של בג"ץ לשמוע עתירות.³³ ברמה המהותית-התוכנית, בשנות השמונים והתשעים של המאה העשרים הרחיב בית המשפט העליון באופן ניכר את התערבותו בפעולותיהן של רשויות השלטון בישראל. התערבות זו הוגדרה כ"מהפכה" בתפיסת בית המשפט בנוגע לתפקידו, שבמסגרתה הוא זנח כללים שנחשבו בעבר כללי יסוד.³⁴ מונח רווח בשיח הציבורי והמשפטי לתיאור התפתחויות אלו הוא "אקטיביזם".³⁵ בעוד מידת האקטיביזם השיפוטי המהותי-התוכני והתחומים שבהם הוא מתבטא שנויים במחלוקת בקרב החוקרים,³⁶ קיימת ביניהם הסכמה רחבה לגבי התגברותו של האקטיביזם הפרוצדורלי, המתבטא כאמור בפתירת שערי בג"ץ לעותרים שונים בתחומי מדיניות שונים, עד כדי כך שרוב ההחלטות הממשלתיות וחוקי הכנסת נבחנים בקנה מידה של בג"ץ.³⁷ יותר ויותר קבוצות אינטרס ממגוון תחומים פונות לבית המשפט העליון בעניינים ציבוריים,³⁸ ואף פוליטיקאים-מחוקקים שאינם מצליחים להעביר החלטות פונים לבג"ץ כדי שיתערב בפעילותן של הרשויות המבצעת

32 מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" **משפטים** כח 211 (1997).

33 ראו גביוון, קרמניצר ודותן, לעיל ה"ש 1.

34 דוד קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית-המשפט העליון – זכויות אדם" **משפט וממשל** ה 297 (1999).

35 ראו מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 1, בעמ' 505. ראו גם שמעון שטרית **הארץ הטובה בין כח ודת** (1998).

36 כך, למשל, כהן וקרמניצר טוענים כי כל ביטול של חוק או החלטת ממשלה העולה בקנה אחד עם ערכי היסוד של השיטה אינו אקטיביזם שיפוטי. ראו מרגית כהן ומרדכי קרמניצר **דת ובג"ץ: דימוי ומציאות** – ב. מודל תלת-ממדי למדידת אקטיביזם שיפוטי (נייר עמדה 57, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2005). להגדרות שונות ראו, למשל, מנחם מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993); ברזילי "הגמוניה שיפוטית", לעיל ה"ש 26; עמרי ידלין "שיקול-דעת שיפוטי" ו"אקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי" **מחקרי משפט** יט 665 (2003); דפנה ברק-ארז "השפיטות של הפוליטיקה" **פלילים** ח 369 (1999). ראו גם Bradley C. Canon, *A Framework for the Analysis of Judicial Activism, in SUPREME COURT ACTIVISM AND RESTRAINT* 385 (Stephen C. Halpern & Charles M. Lamb eds., 1982).

37 ראו יניב רוזנאי **ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל** 22 (מחקר מדיניות 154, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2021). ראו גם אהרן גרבר ושירה סולו **שפוט מרובה, לא שפוט: דוקטרינת השפיטות בבית המשפט העליון בישראל** 67 (נייר מדיניות 81, פורום קהלת 2022).

38 ראו Yoav Dotan & Menachem Hofnung, *Interest Groups in the Israeli High Court of Justice: Measuring Success in Litigation and in Out-of-Court Settlements*, 23 *LAW & POL'Y* 1 (2001).

והמחוקקת.³⁹ בכך הם מחלישים למעשה את המערכת הפוליטית שבה הם פועלים ולכן גם את כוחם הם. על הרתיעה מהשימוש במונחים "אקטיביזם" מזה ו"ריסון עצמי" מזה עמד אהרן ברק: "In my opinion, we would do well not to talk about activism or self-restraint. The terms are part of a social dialogue characterized by empty slogans and superficial labels, and the damage they cause outweighs their benefits."⁴⁰

החלק הבא יעסוק בהבחנה שנודעת בספרות בין גישות משפטיות לגישות סוציולוגיות להסברת מקומו של בית המשפט העליון כשחקן משתתף בקביעת המדיניות, וזאת כדי לעמוד על גישתם הייחודית של מדעי המדיניות ושל תורת הבחירה הציבורית, שעיקרה בחינת כללי ההכרעה מנקודת מבט פוזיטיבית. הזירה הישראלית – וליתר דיוק זירת היחסים המתוחים שבין בג"ץ לבין המערכת הפוליטית (הכנסת והממשלה) – תהווה אבן בוחן אמפירית.

פרק ב: תאוריות מחקר

1. על גישות משפטיות וסוציולוגיות בראי ביקורתי

הספרות הנוגעת בשיווי המשקל שבו בית המשפט העליון משתתף בתהליך הפוליטי של עיצוב המדיניות מבחינה בין גישות שהן משפטיות בעיקרן לבין גישות שהן סוציולוגיות בעיקרן. הגישה המשפטית, ככלל, מדגישה הסבר פורמליסטי-פוזיטיביסטי קלסי, אשר מתמקד פחות בהקשרים חברתיים.⁴¹ הגישה הסוציולוגית לניתוח יחסי הגומלין בין משפט לפוליטיקה היא מבנית בעיקרה, ומניחה כי תוצאת יחסי הגומלין, ובפרט האקטיביזם השיפוטי, הם תולדה של אליטה דומיננטית אשר בית המשפט העליון משתייך אליה.⁴² גישה זו, על אף ההתפתחויות בה, מדגישה פחות התפתחויות פרטניות עצמאיות של שחקנים במערכת החברתית.

ההבחנה בין הגישה המשפטית לגישה הסוציולוגית מתחדדת לנוכח שיווי המשקל המיוחד שבו בג"ץ משתתף בתהליך עיצוב המדיניות ולנוכח המתח שנוצר בעקבות זאת

39 ראו, למשל, בג"ץ 12002/04 מח'ול נ' הכנסת, פ"ד ס(2) 325 (2005), שם פנה העותר (חבר הכנסת עיסאם מח'ול) לבית המשפט בטענה כי ועדת האתיקה משוללת סמכות להטיל עונש בגין התבטאות הנופלת בגדר החסינות העניינית המוענקת לחברי כנסת. זאת, לאחר שוועדת האתיקה שללה ממנו את זכות הדיבור במליאה ובוועדות הכנסת למשך עשרה ימי ישיבות. ראו גם בג"ץ 3721/04 כבל נ' יושב-ראש מפלגת הליכוד, פ"ד נח(5) 343 (2004), שם טען העותר (חבר הכנסת איתן כבל) נגד אופן המימון של מסע ההסברה נגד ההתנתקות.

40 Aharon Barak, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116 HARV. L. REV. 19, 127 (2002).

41 מזרחי ומידני *מדיניות ציבורית בין חברה למשפט*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 168.

42 שם, בעמ' 169.

בין המשפט לפוליטיקה. מתח זה מפלג את החברה הישראלית. פוליטיקאים ואנשי אקדמיה הרואים באקטיביזם השיפוטי של בית המשפט פגיעה בשלטון החוק ובעקרון הפרדת הרשויות קוראים לצמצום מעורבותו. בין היתר הם טוענים כי יש לערוך רפורמות בתהליכי בחירת השופטים, לצמצם את זכות העמידה והשפיטות, ואף לייסד בית משפט נפרד לחוקה שייצג את המגזרים השונים באוכלוסייה, כך שהוא ישקף טוב יותר, לטענתם, את ה"אני מאמין" החברתי, המבוסס על סטטוס קוו ערכי פוליטי יהודי מזה ודמוקרטי מזה.⁴³

באווירה זו מערכת המשפט מתגייסת רובה ככולה לשמירת מעמדו של בית המשפט העליון, ומתעצבת גישה של "משפט מתגונן". תוך שימוש בנימוקים פורמליסטיים בעיקרם, מומחי משפט טוענים כי בית המשפט העליון אינו אקטיביסט, אלא דווקא מרסן את עצמו, וכי למקטרגים על בית המשפט העליון אין על מה להלין. לדבריהם, על בית המשפט להיות אקטיביסט אף יותר מכפי שהוא כעת, ולכן פסיקותיו המשפטיות העכשוויות נתפסות כמרוסנות.⁴⁴ למשל, זאב סגל טוען כי בית המשפט העליון מגלה למעשה ריסון שיפוטי, ולא אקטיביזם.⁴⁵ הראיה לכך, לפי אותו טיעון, היא העובדה שמאז נולדה "המהפכה החוקתית" ביטל בג"ץ מספר מצומצם בלבד של סעיפי חוק. לדירודו של סגל, מספר הפסילות המצומצם מוסבר, בדרך כלל, בכך שבג"ץ קבע כי אמת המידה לביטול חקיקה תהיה "פגיעה מהותית", כלומר, חקיקה תבוטל רק אם היא פוגעת "פגיעה מהותית" בזכויות היסוד או בערכים בסיסיים, ורק אם בית המשפט השתכנע כי אין כל אפשרות ליישב את החוק עם הוראות חוק היסוד.⁴⁶

לדעת מזרחי ומידני, טיעון זה מצביע על אמת המידה שקבע בג"ץ לביטול חקיקה, אך אינו מספק הסבר לגבי תוכנה.⁴⁷ כמו כן, טיעון זה מתעלם מתפקידו של השופט ביצירת המשפט, אשר בא לידי ביטוי ביכולת הפרשנות השמורה לבית המשפט העליון באופן בלעדי.⁴⁸ יתר על כן, טיעון זה אינו מסביר כלל את קיומו של אקטיביזם

43 לטענות מסוג זה ראו, למשל, גרבר וסולו, לעיל ה"ש 37; ברכיהו ליפשיץ "הו, תמימות לא-קדושה" בלוג רשות הרבים (23.2.2023) <https://lawforum.org.il/lifshitz-non-sancta-simplicitas>. ראו גם דיון על אודות הקמת בית משפט לחוקה אצל זאב סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית – לאחר חמישים שנה" משפט וממשל ה' 235, 280 (1999) (להלן: סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית").

44 ראו, למשל, יצחק זמיר "ישבתי שבע שנים בעליון. אין בישראל בעיה של אקטיביזם שיפוטי" הארץ (20.11.2022) <https://www.haaretz.co.il/opinions/2022-11-20/ty-article-opinion/premium/> 00000184-94a9-da8d-a195-95ed272f0000. ראו גם אבישי בניש ומיכל קרמר "למלא את החלל: מודל לעיצוב הזכות לקיום בכבוד בעקבות המשפט החוקתי הגרמני" עבודה, חברה ומשפט יד 263 (2015).

45 זאב סגל "בית-המשפט הגבוה לצדק – בית-משפט כמעצב חברתי" חברה במראה 297 (חנה הרצוג עורכת 2000).

46 שם, בעמ' 343–349.

47 ראו מזרחי ומידני מדיניות ציבורית בין חברה למשפט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 20.

48 אהרן ברק "הפרלמנט ובית-המשפט העליון – מבט לעתיד" הפרקליט מה 5 (2000).

פרוצדורלי, קרי, מדוע קבוצות רבות כל כך פונות לבית המשפט העליון ומדוע בית המשפט העליון מגלה נכונות לשמוע את העתירות, גם אם לא לקבלן תמיד.

טיעון נוסף של הגישה המשפטית הוא שהלכה למעשה פסל בג"ץ חוקים מעטים בלבד משום שלא היו לו די הזדמנויות.⁴⁹ גישה זו אינה דנה בשאלה כיצד נוצרות הזדמנויות אלו. הסברים נוספים מבקשים לאתר הצדקות לשיווי המשקל שבו בית המשפט העליון נהפך לשחקן משתתף. עמיחי כהן, למשל, טוען כי את הפסיקות של בית המשפט העליון אשר מבטלות חוקים ומגבילות את הרשות המבצעת אפשר להסביר על בסיס תאוריה שמרנית של שמירה על פעילותם של המוסדות הדמוקרטיים.⁵⁰ לדידו, כדי שמוסדות אלו ימשיכו להיות נאמנים לרעיון של שלטון העם, הם חייבים להתחרות ביניהם על ליבו של העם ולשכנע אותו בצדקת דרכם.

אולם עיקרון חשוב זה, שכהן מפתח אותו באופן מעמיק ואשר נטוע בבסיסה של גישת הפרדת הרשויות,⁵¹ אינו מסביר באופן שיטתי את השינויים שחלו ביחסים בין בג"ץ למערכת הפוליטית, את מקומו של בית המשפט העליון כשחקן במערכת הפוליטית ואת יחסי הגומלין שלו עם המאסדרים, עם קבוצות האינטרס או עם הפוליטיקאים. מדעי המדינות מביטים על הממשל כעל התחום שבו נקבעות החלטות של חברה או מדינה, ובשילוב מודלים מתחום תורת הבחירה הציבורית מציעים הסבר לוגי אשר חסר בגישה המשפטית, תוך הצגת בית המשפט העליון כשחקן אחד במכלול של שחקנים הפועלים על רקע תנאים מבניים ותרבותיים.

ככל שמתרבים הנסיונות להסביר את פעולותיו של בית המשפט בדרכים פורמליסטיות העושות שימוש בכלים משפטיים כן גדל חוסר האמון בבית המשפט העליון. לתפישתי, הסברים אלו יוצרים תחושה של ניסיון להסוות אינטרסים מסוימים, וגורמים לאנטגוניזם כלפי בית המשפט העליון. יתר על כן, הסברים אלו מקבלים משמעויות שונות אצל אותם דוברים, ומתאפיינים בחוסר עקיבות מתודולוגית. מחד גיסא, הם עושים שימוש במתודולוגיה משפטית פורמליסטית כאשר הם מעוניינים להגן על בית המשפט העליון ולהדוף טענות בדבר האקטיביות של בג"ץ, ומאידך גיסא, הם מותחים ביקורת על בית המשפט העליון תוך שימוש במתודולוגיה בין-תחומית.⁵² האנטגוניזם שנוצר בא לידי ביטוי בקריאות שונות מצד פוליטיקאים ואנשי ציבור

49 שחר אילן "מאזן האימה בין בג"ץ לבין הכנסת אינו מופר: בדיקת החוקתיות של הצעות חוק בכנסת" **הארץ** 7.1.2001.

50 עמיחי כהן **מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד** (2020).

51 להבחנה בין גישת הפרדת רשויות גמישה לבין גישת הפרדת רשויות קשיחה ראו אהרן ברק "תפקידו של בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית" **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** 129 (רפאל כהן-אלמגור עורך 1999); קלוד קליין "על הפרדת רשויות בדמוקרטיה" **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** 111 (רפאל כהן-אלמגור עורך 1999).

52 אריאל כנדור וזאב סגל "בית המשפט העליון בדלתיים סגורות" (הוצאה בכנס בנושא בית המשפט העליון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן 19.3.2001).

לריסונו של בית המשפט העליון.⁵³ יששכר רוזן-צבי בוחן את האתוס שלפיו השופט הוא מקצועי, ניטרלי ואובייקטיבי, עומד מעל המחלוקות ומוכשר לחלץ את האמת בכל סיטואציה. לדידו, האסטרטגיה שנקט בית המשפט היא לנסות לחזק את הדמות הפיקטיבית של השופט המקצועי, כדי להגביר את אמון הציבור בבית המשפט, אלא שאסטרטגיה זו כשלה.⁵⁴ האמון הציבורי הבלתי־מסויג שבו זכה בית המשפט בשנות השמונים החל להתערער בשלהי המאה העשרים, ומגמת ההיחלשות נמשכת גם כיום – עובדה המאפשרת לכנסת לחרסם יותר ויותר במעמדה ובעצמאותה של הרשות השופטת. הגם שקשה לחלוק על הטענה כי דמות השופט עודנה מקושרת בתודעה הקיבוצית לערכים כגון טוהר מידות, ניטרליות ואובייקטיביות, נסיונו של בית המשפט לעצב את דמות השופט כדמותו של השופט "הרקולס" אינו עולה יפה.⁵⁵

הגישה הסוציולוגית מניחה כי התנהגותם של בני האדם נקבעת בעיקרה על ידי החברה, הארגון או המסגרת החברתית שבהם הם נמצאים. לפי הגישה הסוציולוגית, עיקרו של המשפט הוא באופיו הנורמטיבי, ובתוך כך המשפט אינו נורמה אוטונומית, אלא שייך למערכת הנורמטיבית של החברה, המושתתת על ערכים עליונים. כך ניתן להבין את המשפט כתופעה חברתית, שמן הדין לחוקרה במונחים של מבנה חברתי.⁵⁶ הדיון הסוציולוגי לגבי המציאות הישראלית אינו מספק הסבר שיטתי לתופעת האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון. המחקרים מדגישים את יעילותו של החוק הפוזיטיבי, כפי שהוא בא לידי ביטוי בפסיקותיו של בית המשפט העליון לאור מטרותיו של המחוקק, בשים לב להתנהגותם למעשה של מיישמי החוק, ולאור האינטרסים החברתיים והניגודים הסוציאליים למיניהם. ניתן לאתר בספרות כמה דגשים עיקריים: התמקדות בערכים חברתיים ובגורם המבני־המפלגתי; התמקדות בקשרים בין

53 משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקה בית־המשפט" **משפט וממשל** ג 697 (1996); רות גביון **המהפכה החוקתית: תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?** (המכון הישראלי לדמוקרטיה 1998); עדנה אדטו "השופט אהרון ברק, ברב־שיח בנושא 'מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית': בית המשפט אינו המוסד שצריך ליצור קונסנזוס" **ידיעות אחרונות** 3.8.1997, 8 ("הפתרון הראוי הוא קודם כל חברתי ופוליטי, ולא משפטי"); עדנה אדטו "תיכון: אם בג"ץ יעבור את הגבול – הכנסת תעקוף אותו" **ידיעות אחרונות** 6.7.1998, 7.

54 יששכר (איסי) רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" **משפט וממשל** ח 49, 52 (2005). לדעת גדעון ספיר, ההליך החוקתי אינו יכול להיות נטול מרכיבים ערכיים-סובייקטיביים, ובגבולות מסוימים ההיבט הערכי-הסובייקטיבי אפילו רצוי במידה רבה. הגבולות שספיר משרטט קשורים לקביעתה של פסקת התגברות, למינוי שופטים על ידי גוף בוחר שהוא עצמו ייצוגי, לאימוץ חוקה מפורטת ולקציבת כהונת השופטים בעליון. הקושי בגישתו של ספיר הוא שפתרונות המדיניות שהוא מציג – הגם שהם נטועים בהיגיון של גיוון עמדות, שיקוף ומשילות – אינם נשענים על הסבר שיטתי לוגי הנובע מהגדרת בעיית המדיניות והגורמים לה. ראו גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" **מחקרי משפט** יט 461 (2003).

55 ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 100. השופט "הרקולס" לקוח מתורת המשפט של רונלד דוורקין, שם הוא מופיע כדמות מדומיית של שופט אידיאלי המסוגל למצוא את התשובה המשפטית הנכונה למקרים הקשים בכל סיטואציה. ראו RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 35 (1986).

56 מזרחי ומינדי **מדיניות ציבורית בין חברה למשפט**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 22.

אליטות; והתמקדות בגורם התרבותי.⁵⁷ גישות נוספות משלבות פן אינדיווידואליסטי, המכונה בספרות "התנהגות אסטרטגית", להסברת מקומו של בית המשפט העליון.⁵⁸ ברוח הגישה הביקורתית למשפט (CLS),⁵⁹ יש הטוענים כי בעקבות מהפך '77 – אותו מהפך שלטוני שבמסגרתו הכניס בגין את "ישראל השנייה" אל החיים הדמוקרטיים ו"איים" להפוך אותה לשווה זכויות – החל המהלך של שימוש במערכת המשפט כדי לשמור על ההגמוניה של ישראל הראשונה. מהלך זה אינו מהלך קונספירטיבי, אלא מהלך לא מודע, אינסטינקטיבי ולא מאורגן. ההגמוניה באשר היא ההגמוניה מתגוננת באופן אינסטינקטיבי מפני כוחות עולים המאיימים עליה.⁶⁰ הקושי בגישה הביקורתית למשפט הוא ההישענות המבנית. הבניית המציאות על ידי המוסדות היא חזקה עד כדי כך שלא תיתכן חריגה של שופט זה או אחר מן התבנית. אם מתגלית חריגה כזו, היא

57 ראו שמיר "הפוליטיקה של הסבירות", לעיל ה"ש 23; מאונטר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 1; ברזילי "הגמוניה שיפוטית", לעיל ה"ש 26, בעמ' 32–33. ראו גם Hirschl, לעיל ה"ש 19.

58 ראו Barzilai & Sened, לעיל ה"ש 1. ראו גם Voigt & Salzberger, לעיל ה"ש 15; ידלין, לעיל ה"ש 36.

59 הגישה הביקורתית למשפט רואה בחוק מכשיר שליטה לקידום מטרות פוליטיות של הזרוע השלטונית, כלומר, החוק מסייע, בין היתר, לשעתוק הסדר החברתי הקיים ולשחזור לגיטימציה של השלטון. החוק הקיים ומערכת המשפט נתפסים כאחד הביטויים המובהקים לאי-שוויון חברתי, הפוליטי והכלכלי, וכאחת הזירות העיקריות שאי-שוויון זה מונצח בהן. עם זאת, מערכת המשפט נתפסת כאחד המבנים המרכזיים והחשובים בחברה, וקבוצות חברתיות רבות עודן פונות למשפט במטרה לקדם אינטרסים קבוצתיים. כך, מנגנוני השליטה של המדינה והקבוצות או היחידים השולטים בה מעצבים לגיטימציה באמצעות מוסדות שיפוטיים, דוגמת בית המשפט העליון. ראו UNGER, לעיל ה"ש 19. ראו גם David Jabbari, *From Criticism to Construction in Modern Critical Legal Theory*, 12 OXFORD J. LEGAL STUD. 507 (1992).

60 ראו, למשל, אבישי בן חיים **ישראל השנייה: הבשורה המתוקה, הדיכוי המר חלק שני** (2022). שמחה רוטמן בוחן את המהפכה החוקתית בכלים מבניים דומים. הוא מכנה את חבר השופטים "מפלגת בג"ץ", הנלחמת על מוקדי הכוח שלה, תוך שימוש בלוגיקה משתנה, כדי לשמר את עוצמתה של הרשות השופטת. בדברי ההקדמה לספר נכתב כי "משעה שירד הפורמליזם ואת מקומו תפסו ערכים עמומים, השיח המשפטי כבר אינו מבוסס על עקביות, גבולות גזרה או הגיון כולל. מעתה אין עיגון ואין סמכות. זה לא באמת חשוב ומשנה מה אומר החוק, המחוקק, הציבור או פסיקת בית המשפט העליון. כל הדרכים מובילות לכיוון ידוע מראש. בפקר חוקתי לעולם יהיה מנצח אחד – המחנה הנאור... בית המשפט העליון אף שולט בייצוג המדינה ובניהולה היומיומי באמצעות הזרוע הארוכה שלו – היועץ המשפטי ומחלקת הבג"צים, שפועלים עם בג"ץ בהרמוניה כמעט מושלמת". שמחה רוטמן **מפלגת בג"ץ: כיצד כבשו המשפטנים את השלטון בישראל** 11, 13 (2019). לטענה דומה בדבר מאבק על מקור כוח ראו גם פרידמן, לעיל ה"ש 1. לדידו, בית המשפט של הדור השני הפעיל את האקטיביזם הגורף שלו "במידה רבה כדי להפוך את בית המשפט לכוח מרכזי בניהול ענייני המדינה – גם בנושאים שלאזרח אין קשר ישיר אליהם" (שם, בעמ' 97). לביקורת הגורסת כי גישות אלו אינן עוסקות בתאוריה שיכולה להסביר מציאות, אלא באידאולוגיה חברתית-פוליטית, ראו גל לוי, מעוז רוזנטל ויצחק ספורטא "על השד העדתי ורוח הרפאים המעמדית: מבט עדכני על הצבעה אתנית ומעמדית בבחירות בישראל" **הבחירות בישראל 2019–2021** 289 (מיכל שמיר וגדעון רהט עורכים, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2022).

תוכנס מייד לתבנית התאוריה. בדרך זו המציאות משמשת לחיזוק התאוריה במקום שהתאוריה תשמש להסברת המציאות.

בחלק הבא נעסוק בתורת הבחירה הציבורית כתורה מרכזית במדעי המדיניות, המשלבת גורמים מבניים ותרבותיים בניתוח התנהגותו של הפרט. גישה זו מנתחת את בית המשפט העליון כשחקן אקטיבי בתהליך הקביעה של מדיניות ציבורית.

2. מדעי המדיניות, תורת הבחירה הציבורית ובית המשפט העליון

המונח מדעי המדיניות (Policy Sciences) הוזכר לראשונה בשנות החמישים, וכבר אז שיקף את המורכבות והרב-ממדיות של העיסוק במדיניות כנושא למחקר מדעי, לרבות מגוון הכלים והידע הנדרשים לצורך עיסוק זה.⁶¹ בהקשר של מדעי המדיניות תורת הבחירה הציבורית משתמשת בכלי ניתוח כלכליים לחקר החברה והפוליטיקה, וטוענת כי המציאות החברתית נקבעת על ידי מעשיהם של אנשים רציונליים הפועלים בסביבה של אילוצים מבניים ותרבותיים.⁶² זווית ראייה זו מאפשרת את פירוקה של מערכת העוצמה החברתית לגורמים, מתוך הבחנה בהבדלים המתקיימים בין הארגונים והשחקנים השונים. היא מאפשרת גם לראות את המדיניות הציבורית כתולדה – מעין שיווי משקל – של האינטראקציות המתקיימות בין ארבע קבוצות עיקריות: פוליטיקאים, קבוצות אינטרס, פקידים והציבור הרחב.⁶³

הסבר דומה ניתן להחיל על תהליכי מיצובו של בית המשפט העליון בחברה הישראלית כשחקן שמשתתף בתהליך עיצובה של המדיניות.⁶⁴ בשנות השבעים והשמונים של המאה העשרים עשה הציבור שימוש אינטנסיבי בכלים הדמוקרטיים כדי להביא לידי שינוי המדיניות. אלא שאמצעים אלו התגלו כלא יעילים, ולא הובילו לשינויים ממשיים במדיניות הציבורית. בהדרגה הלכה ונוצרה תחושה שדרכי ההשפעה של הציבור על המערכת הפוליטית חסומות לחלוטין. ביטוי מובהק לכך הייתה התנהלותן של ממשלות האחדות שמשלו בשנים 1984–1990 – דפוס אשר הגביר את תחושת המבוי הסתום.⁶⁵ תחושה זו הובילה, בין היתר, לדרישה לשינוי שיטת הבחירות ולאיתור חלופה מוסדית שתהא אחראית לכך שהמוצרים הציבוריים אכן יסופקו. בית המשפט העליון זוהה כמקור חלופי לאספקת מדיניות, כנראה משום שאין כללי משחק ברורים שמגדירים את תפקידו. לפיכך, באמצעות פניות גוברות אל מוסד זה ניסה הציבור לעצב מציאות על ידי קביעת עובדות בשטח.⁶⁶ וכך, ממש כמו בתחומים אחרים,

61 ראו דורון, לעיל ה"ש 25.

62 ראו MUELLER, לעיל ה"ש 9; TAYLOR, לעיל ה"ש 9.

63 מזרחי ומידיני "מדיניות ציבורית וזכויות אדם", לעיל ה"ש 10.

64 שם. ראו גם Mizrahi & Meydani, לעיל ה"ש 1; ASSAF MEYDANI, THE ISRAELI SUPREME COURT AND THE HUMAN RIGHTS REVOLUTION: COURTS AS AGENDA SETTERS (2011).

65 דני קורן זמן באפור: ממשלות האחדות הלאומית 1990–1984 (1994).

66 MEYDANI, לעיל ה"ש 64, בעמ' 10–11. ראו גם רוזנאי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 22.

גם בתחום המשפט הייתה התנהגות זו אמורה לאיים על הפוליטיקאים ולהוביל אותם למסד את המציאות – אם באמצעות אימוץ הסדר חוקתי חדש ואם על ידי הגדרה מחדשת של סמכויות בית המשפט העליון.

כך, למשל, ניתן להתייחס להשתלשלות העניינים סביב סוגיית הגיור, אשר החלה בפסקי הדין **רופאין**⁶⁷ ו**שליט**⁶⁸ והסתיימה בפרשת **דהן**⁶⁹. בהשתלשלות זו יש כדי לשקף את העדר המשילות של המערכת הפוליטית, אשר הלכה למעשה מיצבה את בית המשפט העליון כשחקן אקטיבי בעיצוב סדר היום החברתי-הפוליטי.

בניסוח אחר, השסעים העמוקים בחברה הישראלית בשילוב המבנה המוסדי מקשים על המערכת הפוליטית להתמודד עם בעיות המצריכות עיצוב מדיניות ציבורית. לנוכח מחסור זה אימצו האזרחים דפוס פעולה: פנייה מוגברת לבית המשפט העליון, על מנת שיעזור בהתנעת תהליכי קבלת החלטות ציבוריות או ילחץ על הפוליטיקאים לשנות את המבנה המוסדי הנוהג. יתר על כן, לעיתים נראה כי העותרים לבית המשפט העליון מעוניינים יותר בהד הציבורי ובהשפעה על סדר היום הפוליטי מאשר בתוצאות שאליהן יגיע בית המשפט.⁷⁰ על היחס בין המערכת הפוליטית לבית המשפט עמד גל-נור:

“...מה עושים כאשר מעשי הפוליטיקאים חורגים עד כדי סיכון הדמוקרטיה? במצב כזה נעזרים בבית-המשפט... בתקופה זו התברר, שהערכים הדמוקרטיים שצריכים להיות אקסיומטיים... לא הופנמו היטב. בהיעדר ערכים אלה האמון בכללי המשחק וההקפדה עליהם החלו להתרופף, ובכללם ההגבלות על מעשי השלטון והנכונות לסמוך על התהליך הפוליטי והמוסדות המפעילים אותו. מבחינה זו ההסתופפות בחצרו של בג”ץ לשמירת כללי המשחק אולי הועילה, אך לא מנעה את השחיתות הפוליטית. ייתכן מאוד, שבית-המשפט... אינו המוסד המתאים להכריע בשאלות אידיאולוגיות שנויות במחלוקת. עדיף שהתהליכים הפוליטיים יתמודדו עם סוגיות אלה מאשר החקיקה או הפסיקה, בהנחה שקיימת תרבות פוליטית המאפשרת זאת.”⁷¹

תפקידו המרכזי של בית המשפט העליון כמעצב סדר יום חברתי-פוליטי בישראל הוא אם כן תוצר של תהליכים חברתיים ופוליטיים עמוקים ומורכבים, שבמסגרתם השחקנים השונים בספירה הפוליטית-המשפטית פועלים לעיצוב מדיניות שתמָרָב את תועלתיהם.

67 בג”ץ 72/62 **רופאין נ’ שר-הפנים**, פ”ד טז 2428 (1962).

68 בג”ץ 58/68 **שליט נ’ שר הפנים**, פ”ד כג(2) 477 (1970).

69 בג”ץ 11013/05 **דהן נ’ שר הפנים** (אר”ש 1.3.2021).

70 ראו גדעון דורון ואודי לבל **פוליטיקה של שכול** 204 (2005).

71 ראו גל-נור, לעיל ה”ש 13, בעמ’ 379.

תורת הבחירה הציבורית מדגישה גישות של כלכלה פוליטית במשפט שהתפתחו החל בשנות השמונים של המאה העשרים.⁷² מחקרים אלו מדגישים פן פרטני יותר, המשלב אסטרטגיות והעדפות של שופטים במסגרת "האסכולה האסטרטגית" (strategic school)⁷³ ובמסגרת "גישת העמדה הכנה" (attitudinal approach)⁷⁴ יחד עם השפעות מוסדיות חוץ-משפטיות.⁷⁵ על פי הגישות הללו, לבית המשפט העליון יש אומנם יכולת וסמכות לפרש את החלטותיה של הרשות המחוקקת, ובכך לשנות אותן במידה מסוימת, אך לרשות המחוקקת יש יכולת וסמכות לבטל את אותה פרשנות באמצעות חקיקה חדשה. מכאן שקיים קונפליקט מובנה ביחסי הגומלין הללו, בדומה לזה הקיים ביחסי הגומלין שבין פוליטיקאי לבין פקיד שכפוף לו. ההבדל הוא שלא כל אמצעי השליטה של הפוליטיקאי בפקיד, דוגמת מינוי פוליטי, עומדים לרשות הפוליטיקאי ביחסיו עם בית המשפט העליון. חוקרי האסכולה האסטרטגית מתייחסים לשופטים כאל שחקנים אסטרטגיים עם העדפות מדיניות יציבות ומוגדרות.⁷⁶ כך, למשל, חוקרים אלו מפרשים את פסיקותיו של בית המשפט העליון האמריקני כתגובה אסטרטגית של שופטי העליון על תגובה פוטנציאלית של קובעי מדיניות אחרים – בעיקר הקונגרס, הנשיא, סוכנים שונים וכן בתי משפט בדרגה נמוכה יותר. לעומתם, החוקרים מגישת העמדה הכנה מניחים כי השופטים מחליטים על סמך העדפות אידאולוגיות אישיות.⁷⁷ לגישתם,

- 72 ראו JEFFREY A. THE PIONEERS OF JUDICIAL BEHAVIOR (Nancy Maveety ed., 2003). ראו גם SEGAL & HAROLD J. SPAETH, THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL (1993); LEE EPSTEIN, JEFFREY A. SEGAL, HAROLD J. SPAETH & THOMAS G. WALKER, THE SUPREME COURT COMPENDIUM: DATA, DECISIONS, AND DEVELOPMENTS (6th ed. 2015); LEE EPSTEIN & THOMAS G. WALKER, CONSTITUTIONAL LAW FOR A CHANGING AMERICA: RIGHTS, LIBERTIES, AND JUSTICE (10th ed. 2019). עוד ראו EPSTEIN & KNIGHT, MALCOLM M. FEELEY & EDWARD L. RUBIN, JUDICIAL POLICY MAKING ; לעיל ה"ש 11; AND THE MODERN STATE: HOW THE COURTS REFORMED AMERICA'S PRISONS (1998).
- 73 ראו Gely & Spiller, לעיל ה"ש 21. ראו גם EPSTEIN & KNIGHT, לעיל ה"ש 11; Lee Epstein & Thomas G. Walker, *The Role of the Supreme Court in American Society: Playing the Reconstruction Game*, in CONTEMPLATING COURTS 315 (Lee Epstein ed., 1995).
- 74 ראו SEGAL & SPAETH, לעיל ה"ש 72; GLENDON SCHUBERT, THE JUDICIAL MIND: THE ATTITUDES AND IDEOLOGIES OF SUPREME COURT JUSTICES 1946–1963 (1965).
- 75 עלי ולצברגר "מינויים בפועל בבית-המשפט העליון ועצמאות שיפוטית: ניתוח תיאורטי וממצאים אמפיריים" **מחקרי משפט** יט 541, 562–542 (2003). ראו גם Richard A. Epstein, *Beyond the Rule of Law: Civic Virtue and Constitutional Structure*, 56 GEO. WASH. L. REV. 149 (1987); Jonathan R. Macey, *Competing Economic Views of the Constitution*, 56 GEO. WASH. L. REV. 50 (1987); William M. Landes & Richard A. Posner, *The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective*, 18 J.L. & ECON. 875 (1975).
- 76 ראו האסמכתאות לעיל בה"ש 73. ראו גם מזרחי ומידני **מדיניות ציבורית בין חברה למשפט**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 49.
- 77 ראו האסמכתאות לעיל בה"ש 74. ראו גם מזרחי ומידני **מדיניות ציבורית בין חברה למשפט**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 49.

השופטים אינם מושפעים משופטים אחרים או משחקנים פוליטיים אחרים, ולכן אינם פועלים באופן אסטרטגי, אלא בצורה כנה.⁷⁸ דיון זה מבקש לתרום על ידי שימת הדגש בעיצוב המודל המנטלי המשפיע על התנהגותם של השחקנים השונים. על כך בחלק הבא.

פרק ג: שינוי במעמדו של בג"ץ

1. מעמדו של בג"ץ לאור מודלים מנטליים ותהליכי למידה

נקודת שיווי המשקל שבה בית המשפט העליון התמסד באופן לא פורמלי כמשתתף בעיצוב המדיניות מוסברת על ידי תהליכי למידה קיבוציים בחברה נתונה. מנצווניוס, נורת ושריק⁷⁹ מציעים כי יש לנתח שינויים מוסדיים כחלק מתהליך שבו מציאות מוסדית מסוימת משפיעה על אמונות אישיות וקיבוציות, ובכך מעוררת את הפרט. תהליך הלמידה הקיבוצי מוביל בסופו של דבר לשינוי מוסדי ולתוצאות בדמות מדיניות ציבורית.

תהליך הלמידה תלוי במציאת שיטות קיימות או חדשות לפתרון בעיות חברתיות. בקרב חלקים נרחבים בציבור התעצבה תפיסה מנטלית הרואה את בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ כ"מושל" לא פורמלי בסוגיות שנויות במחלוקת, ובכך הוא מהווה אמצעי לפתרון בעיית אי-המשילות השוררת במערכת הפוליטית. במונחיה של תורת הבחירה הציבורית, הכלל הוא שכאשר אנשים בחברה מסוימת אינם מרוצים ממדיניות מסוימת או מרמת האספקה של מוצר ציבורי (משילות), הם נוקטים דרך פעולה יזומה ומחפשים מקור אספקה חלופי, אף אם כזה שעשוי להיות בלתי חוקי או חוקי למחצה. התנהגות זו היא חלק ממודל מנטלי משותף נרחב שהתפתח בקרב הציבור הישראלי ואשר בא לידי ביטוי בתחומי חיים רבים, כגון נישואי קפריסין ומקסיקו, טלוויזיה פירטית, בתי ספר דמוקרטיים, "בריאות שחורה" ועוד.⁸⁰

78 בהקשר הישראלי ראו, למשל, ניתוחים אמפיריים כגון זה המובא במאמרם של וינשל, סומר וריטוב, המדרג את שופטי העליון בהתבסס על מדגם של פסיקות בנושאי דת ומדינה. ראו Keren Weinshall, Udi Sommer & Ya'acov Ritov, *Ideological Influences on Governance and Regulation: The Comparative Case of Supreme Courts*, 12 REG. & GOVERNANCE 334 (2018). כן ראו את מאמרם של Maoz Rosenthal & Shai Talmor, *Estimating the "Legislators" in Robes*, 43 JUST. SYS. J. 373 (2022) העורך דירוג אידאולוגי כמותי של שופטי בית המשפט העליון בהתבסס על נושאים אידאולוגיים רבים.

79 ראו C. Mantzavinos, Douglass C. North & Syed Shariq, *Learning, Institutions, and Economic Performance*, 2 PERSP. ON POL. 75 (2004).

80 ראו Mizrahi & Meydani, לעיל ה"ש 1, בעמ' 129.

החל בשנות השמונים של המאה העשרים מתרחש תהליך למידה ושינוי הדרגתי בדפוסי הפעולה של פרטים וקבוצות בחברה הישראלית לשם השגת מטרותיהם. בעוד שבעבר דפוס הפעולה הדומיננטי היה דמוקרטי במהותו – קרי, השפעה באמצעות הצבעה בבחירות וערוצי השתתפות פוליטית אחרים – החל בשנות השמונים, וביתר שאת בשנים האחרונות, מתגבש דפוס פעולה של פוליטיקה חלופית שבמסגרתו פרטים וקבוצות מנסים להשיג את מטרותיהם בערוצים חלופיים לערוצים הממשלתיים-הפורמליים, קרי, באמצעות יוזמות עצמאיות חלופיות לשיטת כללי המשחק הקיימת. דפוס פעולה זה נפוץ בתחומי חיים רבים ושונים, שבהם הוא הוכיח באופן עקיב את יעילותו והשפעתו על המדיניות הממשלתית, ועל כן הוא מתחזק ומתרחב לכלל תחומי החיים.⁸¹ פסיקת בית המשפט מבטאת תהליך למידה מנטלי זה. התפיסה המנטלית קשורה בקשר ישיר לעולם המשפט – עולם שבו נדונים, מתחרים ומשועתקים יחסי כוח, זהויות ופערים חברתיים המאפיינים את החברה שבה הוא מתפתח ומופעל. עמד על כך יצחק זמיר:

“...נוסף על הביקורת המקצועית על בית המשפט העליון, שהיא דבר שבשגרה בספרות המקצועית, ונוסף על ביקורת ראווה הנשמעת מקרב הציבור, ואף היא דבר שבשגרה, נשמעת בתקופה האחרונה שוב ושוב, במסווה של ביקורת, גם השמצה של בית המשפט העליון. היא מציירת תמונה של מוסד שהורכב באופן בלתי ראוי; מתנשא ומנוכר; בעל הטיה לערכים ליברליים, יש אומרים שמאליים, על חשבון ערכים שמרניים המקובלים בציבור; ובעיקר מוסד החורג מתחום סמכותו ופולש לתחומים השמורים במדינה דמוקרטית לממשלה ולכנסת. בכך, לפי תמונה זאת, פוגע בית המשפט בעיקרון של הפרדת הרשויות וביכולת המשילות של השלטון, וגורם נזק לציבור ולמדינה. אך אין זו התמונה האמיתית של בית המשפט העליון.”⁸²

האומנם? לדעת זמיר, בית המשפט העליון נותן לעיתים פסקי דין אקטיביסטיים ולעיתים פסקי דין שמרניים, וזאת לאורך כל תקופת כהונתו, גם לאחר שנות השמונים של המאה העשרים, ולפיכך הטענה כי בית המשפט נעשה אקטיביסטי יותר למן שנות השמונים אינה טענה נכונה. זמיר מגיע למסקנה זו על בסיס בחינה כמותנית, שבה ההגדרה שלו למידת האקטיביזם היא אם בית המשפט העליון התערב בתוכן החלטתה

81 שם. ראו גם Guy Ben-Porat & Shlomo Mizrahi, *Political Culture, Alternative Politics and Foreign Policy: The Case of Israel*, 38 POL'Y SCI. 177 (2005); Nissim Cohen & Shlomo Mizrahi, *Comparative Implications: Public Policy and Alternative Politics in the Case of the Israeli Healthcare System*, 14 J. COMP. POL'Y ANALYSIS: RES. & PRAC. 26 (2012).

82 יצחק זמיר **בית המשפט העליון** 15 (2022). לבחינת תרומתו של בית המשפט העליון לקידום אמנת זכויות האדם בישראל ראו MEYDANI, לעיל ה"ש 64. ראו גם ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** (2016).

של הרשות. אמת, על פי הגדרה זו המסקנה של זמיר נכונה. אולם הניתוח של זמיר אינו מתייחס לפן הנוסף של האקטיביזם, והוא זה הפרוצדורלי, קרי, פתיחת השערים. בהקשר זה, למן שנות השמונים חלה עלייה בפניות לבג"ץ, ובית המשפט העליון נהפך לשחקן מתערב יותר.⁸³ יתרה מזו, למן שנות התשעים בית המשפט העליון נוגע בנושאים שבעבר הוא נגע בהם פחות – נושאים ליבתיים מובהקים, כגון ביטחון, דת ומדינה, טרור והריסת בתי מחבלים – ובהקשר זה מידת האמון בו ירדה עם השנים.⁸⁴ בחלק הבא ארחיב על אודות מורכבותה של הזהות הישראלית ועל הקשר שלה למיצובו של בג"ץ כמשתתף בעיצוב מדיניות.

2. על אונטולוגיות ליברליות מול שמרניות ועל אונטולוגיות ליברליות קהילתניות ורב־תרבותיות

באופן כללי ניתן לומר שהוויכוח ההיסטורי בין הליברליזם המושתת על אונטולוגיה אינדיבידואליסטית לבין השמרנות מאותגר כיום על ידי האונטולוגיה הליברלית-קהילתנית. אתגר זה אינו פוסח על החברה הישראלית ועל בית המשפט העליון. כך, לטענת מאוטנר, בית המשפט העליון הוא "הסוכן בה"א-הידיעה להחדרת ערכים ליברליים לתרבות הפוליטית של המדינה".⁸⁵ גד ברזילי מתייחס לנדבך נוסף בזהות הישראלית, והוא מרכזיותה של האתניות בחיים הציבוריים:

"מרכזיותה של האתניות בחיים הציבוריים – במובן של מוצא מסוים וזהות תרבותית המוטית לפי מקום לידה או לפי השתייכות להורים ממוצא כאמור – אינה מוטלת בספק של ממש במחקרים הרבים שנערכו בסוגיה זו. כך במדינות שונות בעולם וכך גם בישראל. אתניות במובנה האישי, הפרטני, הקהילתי והלאומי נוכחת בעיצוב אישיותנו והתנהגויותינו, וממילא גם בעיצוב מדיניות

83 יהושע (שוקי) שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" הפרקליט מח 499, 504–508 (2006); אהרן גרבר **זכות העמידה במשפט הציבורי בישראל** 16–18 (נייר מדיניות 51, פורום קהלת 2019). כן ראו, למשל, בג"ץ 1/81 **שירן נ' רשות השידור**, פ"ד לה (3) 365 (1981); בג"ץ 2148/94 **גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון ויושב־ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון**, פ"ד מח (3) 573 (1994).

84 ראו שגב, לעיל ה"ש 83, בעמ' 505; גרבר, לעיל ה"ש 83, בעמ' 17; הלל סומר "זכות הריסון השיפוטי בתחום החוקתי" **משפט ועסקים** יד 155, 178 (2012); בג"ץ 7710/05 **בר חנ' נ' ראש־ממשלת ישראל**, פ"ד נט (2) 927 (2005); אהרן ברק "על השקפת־עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" **עיוני משפט** יז 475, 477 (1993); סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית", לעיל ה"ש 43, בעמ' 244–271; אהרן גרבר ויהונתן גבעתי "כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט" **משפטים** נג (צפוי להתפרסם ב־2023).

85 מנחם מאוטנר "דתיות, לאומיות, ליברליזם – מחשבות בעקבות טיעונו של ניסים מזרחי" **משפט וממשל** כג 19, 21 (2022) (ההדגשה במקור) (להלן: מאוטנר "דתיות, לאומיות, ליברליזם"); מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו** 416 (2019).

ציבורית וביישומה או אי־יישומה. בדומה לכך, וברמה כללית יותר, אתניות מהווה מרכיב יסודי ומכונן בעיצובן של לאומיות, תנועות לאומיות ומדינות לאום. בין על בסיס תפיסות ליברליות, המדגישות אתניות כחלק מהאוטונומיה של הפרט להדגיש את זהותו, ובין על בסיס תפיסות מתחרות כקהילתנות (communitarianism), הרואות באתניות תרבות קבוצתית, אין מחלוקת של ממש על חשיבותה של אתניות לגיבוש זהויותינו והתנהגויותינו במרחב הציבורי ובמרחב הפרטי. בהקשר הישראלי... אתניות חשובה לעיצובו ולאכיפתו של המשפט, בהיותה מעוגנת בציבוריות הישראלית ובחייה הפוליטיים והמפלגתיים בפרט.⁸⁶

אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין מתמודדים עם שאלת הגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁸⁷ מצד אחד, יש הטוענים כי מדינה יהודית מנוגדת לערכים דמוקרטיים, יוצרת בהכרח הפליה נגד האזרחים הערבים, ונוגדת נורמות של זכויות אדם.⁸⁸ מצד אחר, יש החוששים כי אימוץ ערכי שוויון אוניוורסליים יפגע באופייה היהודי של המדינה. לדעת יעקובסון ורובינשטיין, שני היסודות מתיישבים זה עם זה.⁸⁹ לדעתם, דמוקרטיה אזרחית אינה ישות "ניטרלית" חסרת צביון לאומי-תרבותי

86 גד ברזילי "משפט וזהויות – אתניות מזרחית שותקת ואתניות מזרחית מושקתת בשיפוט ובמשפט הישראליים" **משפט וממשל** כג 289, 290–291 (2022).

87 אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין **ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם** (2003).

88 כך, למשל, אמל ג'מאל טוען כי מדינה המחויבת לערכי הליברליזם המערבי אינה יכולה לשמר בה בעת זהות לאומית כיתתית ומדינה. לדדו, על מדינת ישראל להימנע ממיסוד רכיבים מבניים המבטאים את "יהדותה", ועליה לשאוף לכינון זהות אזרחית משותפת המבוססת על נסיון החיים של כל תושבי הארץ, ללא קשר לזיקותיהם הקהילתיות, שיקבלו מענה במרחב הפרטי בלבד. ראו אמל ג'מאל "ציונות ליברלית: נאורות שיפוטית ואתגר הרב־תרבותיות בישראל" **מדינה וחברה** 4, 789, 819–821 (2004). לניתוח מעניין של הקשר בין זהות לאומית ליחסי דת ומדינה בישראל ראו גילה שטופלר "יחסי דת ומדינה והשפעתם על הזהות הלאומית בישראל" **משפט ועסקים** כה 135 (2022). שטופלר טוענת כי "הגורם העיקרי להצלחתו המוגבלת מאוד של המודל הישראלי הוא לא בהכרח עצם מיסודה של הדת במדינה, אלא האופן שבו הוא נעשה. הפקדת הממסד הדתי בידי הזרם השמרני ביהדות, הנאבק בכל האמצעים העומדים לרשותו לשימור מעמדו הבלעדי, בצירוף הסכנות של המדינה, הנמנעת מאכיפת עמדותיה על ממסדה הדתי בשל טעמים ליברליים מוטעים, הביאו לידי כך שמיסוד שנועד לסייע ביצירת זהות לאומית מאוחדת והרמונית חותר למעשה תחתיה" (שם, בעמ' 136–137). לא פלא, מדגישה שטופלר, שרוב הציבור תומך בהפרדת הדת מהמדינה על פי מדד הדת והמדינה של עמותת חדר"ש ואתר ynet, הנערך מדי שנה. אחוז התומכים בהפרדת הדת מהמדינה עלה בעקבות מ-56% בשנת 2012 ל-68% בשנת 2017 (שם, בעמ' 136, ה"ש 3). ראו גם קובי נחשוני "מדד הדת והמדינה: היהודים בישראל פחות דתיים" ynet (18.9.2017) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5018138,00.html>.

89 יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 87, בעמ' 8. לדעת שחר ליפשיץ ואורי אהרונסון, הדיבור "יהודית ודמוקרטית" אינו תמצית של שתי מערכות ערכים נתונות ומתחרות שמוציאות זו את זו ואשר נגזר

מוגדר. לטענתם, שלילת זכותו של העם היהודי למדינת לאום משלו – לצד מדינה שתגשים את זכות ההגדרה העצמית של העם הפלסטיני – פירושה רמיסת ערך השוויון במסווה של הגנה עליו.⁹⁰

במבוא לספרם **מדיניות ציבורית ורב-תרבותיות** מתייחסים העורכים גיא בן-פורת, יוסי יונה ובשיר בשיר לצביון של מדינת הלאום המודרנית, המציב בפניה ובפני מוסדותיה השונים אתגרים תאורטיים, מוסריים ומעשיים לרוב: "אתגרים אלה מתחדדים במיוחד כאשר עולה שאלת המדיניות הציבורית שעל מדינת הלאום להנהיג לנוכח ההטרונגיות התרבותית המאפיינת אותה, הטרונגיות המהווה יסוד קבוע בזהותה".⁹¹ בהקשר זה, ובאופן מעניין ומעשי, רונן קריטנשטיין מדגיש כי "תפיסת הדת של אחד העם – כהוגה חילוני, כהוגה ציוני לאומי, כמי ששמירת המצוות אינה נר לרגליו – שונה מהתפיסה הגורסת כי הדת היא הכרח התחלתי וכי סופה להיעלם, או אף מתפיסה המייחסת לדת משקל נמוך ונעדר ביטויים נורמטיביים, וגם בשל כך היא גישה מעשית יותר לפשרה במסגרת הפוליטית בישראל".⁹²

בספרו **שבטי מדינת ישראל: ביחוד ולחוד – ליברליזם ורב-תרבותיות בישראל**,⁹³ מחבר רובינשטיין את חשיבתו על הליברליזם ואת חשיבתו על הרב-תרבותיות. לדעתו, במצבים של רב-תרבותיות, כדי להשיג שוויון בין אזרחי המדינה, אי-אפשר להסתפק בתפיסה פורמלית של שוויון, אלא יש לאמץ גישה מורכבת, המבקשת להשיג שוויון בעבור בני קבוצת המיעוט התרבותי בדרך של התייחסות לא שווה אליהם – למשל, בדרך של מתן כספים ייחודיים לתמיכה בתרבותם ובשפתם, או בדרך של מתן פטורים לבני קבוצת המיעוט התרבותי כדי שיוכלו להבטיח את המשך התקיימותה של תרבותם ואת אפשרותם לחיות על פיה. רובינשטיין טוען כי על המדינה הליברלית להתערב בפרקטיקות לא ליברליות, אך רק בכאלה הפוגעות פגיעה של ממש בזכויות היסוד הליברליות ובזכויות האדם.⁹⁴ מאוטנר, בספרו **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת**,⁹⁵ מבקש כי ישראל תוסיף להגדרה הנוכחית שלה כמדינה יהודית ודמוקרטית רכיב שיבטא את עובדת קיומו של מיעוט לאומי ערבי במדינה. זאת, על ידי

עלינו לחוות עימות קבוע ביניהן, אלא הנחיה מעשית לאופן הבירור של שאלות ומחלוקות שבמדיניות ציבורית – זו המתודולוגיה של הזהות הישראלית. ראו שחר ליפשיץ ואורי אהרונסון "הקדמה: 'יהודית ודמוקרטית' כמתודולוגיה" **תרבות דמוקרטית** 19, 9 (2020).

90 יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 87, בעמ' 8.

91 גיא בן-פורת, יוסי יונה ובשיר בשיר "מבוא: מדיניות ציבורית ותרבותיות" – סדר יום מחקרי חדר **מדיניות ציבורית ורב-תרבותיות** 7 (בשיר בשיר, גיא בן-פורת ויוסי יונה עורכים) (2016).

92 רונן קריטנשטיין "הסדרי הלכה כשומרי סף לאומיים בתורת אחד העם – הערה למאמרה של גילה שטופלר על 'יחסי דת ומדינה והשפעתם על הזהות הלאומית בישראל'" **משפט ועסקים** כה 159, 175 (2022).

93 אמנון רובינשטיין **שבטי מדינת ישראל: ביחוד ולחוד – ליברליזם ורב-תרבותיות בישראל** (2017).

94 שם, בעמ' 91.

95 מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** (2008).

הגדרת המדינה "כ'מדינה יהודית ודמוקרטית, רב-תרבותית', או לחלופין כ'מדינה יהודית ודמוקרטית, ובה מיעוט לאומי ערבי'".⁹⁶

גם רובינשטיין מדבר על "חזון רב-תרבותי",⁹⁷ וגורס כי בחוקה הישראלית העתידה, לצד הגדרת המדינה כ"מדינה יהודית ודמוקרטית", יש מקום להכרה בציבור הערבי בישראל כמיעוט לאומי.⁹⁸ בנימין נויברגר רואה את ישראל כדמוקרטיה ליברלית לכל דבר, וסבור כי בישראל מתרחשים תהליכים של דמוקרטיזציה וליברליזציה הנגרמים על ידי כוחות פנימיים.⁹⁹ סמי סמוחה סבור כי לתפיסה זו אין בסיס, שכן רוב הזכויות האזרחיות והחברתיות אינן מבוססות על תשתית חוקית והסכמה לאומית, וגם ממסמכי היסוד של המדינה עולה כי למדינה יש אופי לאומי, ולא אזרחי מובהק. ישראל אינה מדינה ניטרלית, אלא מדינה שרואה את עצמה כמייצגת את העם היהודי בעולם כולו ואת הרוב היהודי בארץ. סמוחה מכנה את ישראל "דמוקרטיה אתנית".¹⁰⁰ לדעת אלן דאוטי, ישראל היא דמוקרטיה ליברלית מערבית לכל דבר, אך גם הוא מכיר בכך שישראל ממוקמת בצד ה"אתני" של המקשת. לדעתו, ישראל יכולה וצריכה לרכך את המאפיינים האתניים על ידי כינון הסדרים קונסוציונליים ביחסי ערבים-יהודים.¹⁰¹

הקשר בין ליברליזם לבין האתגר האתני מוכר גם בגישת הליברליזם הקהילתני, או בשמה הידוע יותר – קומוניטריאניזם. היה זה מייקל סנדל¹⁰² שביקר את האונטולוגיה האינדיווידואליסטית העומדת בבסיס תאוריית הצדק של ג'ון רולס¹⁰³ והציע במסגרתה אונטולוגיה קומוניטרית. הוגים אחרים מתחו ביקורת על האונטולוגיה האינדיווידואליסטית של הליברליזם, והראו כי הליברליזם מסוגל להסתמך על אונטולוגיה קומוניטרית.¹⁰⁴ מאוטנר¹⁰⁵ מביא מדבריו של צ'רלס טיילור,¹⁰⁶ שכתב כי

96 שם, בעמ' 362.

97 ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 93, בעמ' 197.

98 יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 87, בעמ' 212 ו-351.

99 בנימין נויברגר **הדמוקרטיה הישראלית** 7–28 (1998).

100 סמי סמוחה "המשטר של מדינת-ישראל: דמוקרטיה אזרחית, אי-דמוקרטיה או דמוקרטיה אתנית?" **סוציולוגיה ישראלית** ב 565, 568–579 (2000).

101 ראו Alan Dowty, *Is Israel Democratic? Substance and Semantics in the "Ethnic Democracy" Debate*, 4(2) ISR. STUD. 1, 11 (1999).

102 MICHAEL J. SANDEL, *LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE* (2d ed. 1998).

103 JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* (rev. ed. 1999).

104 Michael Walzer, *Liberalism and the Art of Separation*, 12 POL. THEORY 315 (1984); ראו

Linda Barclay, *Autonomy and the Social Self*, in RELATIONAL AUTONOMY: FEMINIST PERSPECTIVES ON AUTONOMY, AGENCY, AND THE SOCIAL SELF 52 (Catriona Mackenzie & Natalie Stoljar eds., 2000); Will Kymlicka, *Community and Multiculturalism*, in A COMPANION TO CONTEMPORARY POLITICAL PHILOSOPHY 463 (Robert E. Goodin, Philip Pettit & Thomas Pogge eds., 2d ed. 2007).

105 ראו מאוטנר "דתיות, לאומיות, ליברליזם", לעיל ה"ש 85, בעמ' 23, ה"ש 12.

106 Charles Taylor, *Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate*, in LIBERALISM AND THE MORAL LIFE 159 (Nancy L. Rosenblum ed., 1989).

כאשר אנו נמצאים בהתמודדות עם תאוריה פוליטית, טוב שנשאל שתי שאלות: מהי האונטולוגיה שהתאוריה מניחה? ומהן המלצות המדיניות של התאוריה? לארי דיימונד¹⁰⁷ טען כי דמוקרטיה רדודה הופכת מדינה לרגישה יותר להתמוטטות מוחלטת של הסדר החוקתי, וכי משטרים דמוקרטיים אינם יכולים להיות בטוחים אלא אם כן הם מכבדים באופן נרחב את זכויות האדם וממסדים אילוצים על כוחם של גורמים פוליטיים מרכזיים. אכן, הדילמה בחיי היומיום היא מה קורה כאשר פרקטיקות ליברליות מאוימות על ידי פרקטיקות קומוניטריות ומהי המלצת המדיניות שיש ליישם במצבים כאלה.¹⁰⁸ גם הספרות העוסקת ביישום ההגנה על זכויות אדם בוחנת את מורכבותה של המציאות היומיומית, ומנסה להתחקות אחר התהליכים החברתיים העומדים בבסיס ההתנהגות האנושית ולהבין כיצד ניתן ליישם מדיניות בנושא זכויות אדם במציאות שבה מדינות בוחרות לחוקק חוקי זכויות אדם אך נכשלות בהגנה על זכויות אדם בפועל ואף מיישמות מדיניות ציבורית המפרה זכויות אדם. ג'ק דונלי¹⁰⁹ מנתח את המתח בין זכויות טבעיות – זכויות אוניוורסליות – לבין זכויות קהילה (רלטיביזם תרבותי). הוא בוחן לאמץ את סולם הזכויות הטבעיות, וגורס כי את מימוש הזכויות הקהילתיות יש לאפשר רק כל עוד הזכויות הטבעיות אינן נפגעות – נוסחה שאני סבור כי ניתן לאמץ גם בהקשר הישראלי.

ישראל, כחברת מהגרים יהודית שיש בה גם מיעוטים, מתמודדת עם ההגדרות הזהותיות שבין ליברליזם לשמרנות. בית המשפט, כמי שמשתתף בעיצוב הערכים בישראל, מנסה להתמודד עם סוגיות המצויות במחלוקת ערכית וזהותית, אך ההישגים חלקיים. המתח שבין משפט לפוליטיקה בישראל נוגע בזהותה של המדינה: יהודית ודמוקרטית – הגדרות ערכיות שיש להן ביטויי מדיניות.¹¹⁰ הקושי הוא שכיום מוצעות חבילות פרשנות¹¹¹ שהן קיצוניות: "יהודי" הוא דתי אורתודוקסי בתפיסתו המחמירה,

Larry Diamond, *Democracy's Arc: From Resurgent to Imperiled*, 33 J. DEMOCRACY 163, 107 (2022) 166.

108 להרחבה על רב-תרבותיות ומעמדן האונטולוגי של זהויות ותרבויות ראו בן-פורת, יונה ובשיר, לעיל ה"ש 91, בעמ' 20. המחברים מדגישים את המודל הרב-תרבותי כמודל הכולל מקשת רחבה של דפוסי מדיניות הנוגעים בהכרה ותמיכה בזהויות תרבותיות. מודל זה מבקש לקדם תפיסה המכירה באופן רשמי בקיומן של קבוצות אתניות ותרבותיות ובזכויות קיבוציות הנגזרות מהכרה זו, ומציע איזון בין צדק חלוקתי לצדק תרבותי, כלומר, בין חלוקה צודקת של משאבים לבין הכרה תרבותית. עוד הם מציינים כי למודל זה יש ביטויים שונים, המשקפים עמדות שונות, בעיקר כאשר למעמדן האונטולוגי של זהויות ושל תרבויות. יש הרואים בזהויות אלו ישויות מהותניות, בעוד אחרים מדגישים את המעמד האקראי שלהן. מכל מקום, המשותף לתומכיה השונים של הרב-תרבותיות הוא העמדה הרואה בשונות התרבותית רכיב שיש להכילו בתוך הליברליזם המודרני, ולכן תובעת הגדרה מחודשת של הליברליזם הקלסי.

109 ראו JACK DONNELLY, *INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS* (2d ed. 1998).

110 ראו, למשל, רונן שמיר "חברה, יהדות ופנדמנטליזם דמוקרטי: על מקורותיה החברתיים של הפרשנות השיפוטית" **עיוני משפט** יט 699 (1995).

111 ב"חבילת פרשנות" הכוונה היא לאריזה מורחבת של רעיונות, ערכים ופתרונות מדיניות לבעיות חברתיות המעניקה לנושא **משמעות** מסוימת. חבילות פרשנות חודרות לשיח הציבורי באמצעות כלי

ולעומת זאת "דמוקרטיה" היא זו האוניוורסליסטית האינדיווידואליסטית. אל תוך הביטויים הללו נשזרים בצורה פופוליסטית נושאים נוספים מתחומים שונים: מזרחים, אשכנזים, ערביי ישראל, דתיים, חילונים, נשים, חרדים, בדווים, דרוזים, זוגות חד-מיניים ועוד – כולם קבוצות שנלחמות על זהותן הנבדלת.

פרשת חקיקתו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי מבטאת את המתח שבין משפט לפוליטיקה – מתח שנוגע בזהותה של המדינה כיהודית וכדמוקרטית ואשר התגלגל לפתחו של בג"ץ. בדברי ההסבר לאחת מהצעות החוק שהובאו לאישור הממשלה נאמר:

"נחיצותו של חוק-יסוד: ישראל – זהות המדינה, כמדינת הלאום של העם היהודי – מקבלת משנה תוקף, במיוחד בזמנים בהם יש המבקשים לבטל את זכותו של העם היהודי לבית לאומי בארצו, ואת ההכרה במדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. עיגון אופייה היהודי של מדינת ישראל בחוק-יסוד, יאפשר להגיע בעתיד להסכמה רחבה בכינונה של חוקה שלמה ומקיפה".¹¹²

נוסח החוק שהתקבל עורר מחלוקת, בעיקר עקב כך שנעדר ממנו אזכורה של ישראל כמדינה דמוקרטית המקנה שוויון לכל אזרחיה. נגד החוק הוגשו חמש-עשרה עתירות לבג"ץ. ביולי 2018 הוגשה עתירה נגד החוק מטעם שלושה חברי כנסת דרוזים – אכרם חסון (כולנו), חמד עמאר (ישראל ביתנו) וסאלח סעד (המחנה הציוני) – יחד עם ארגוני דרוזים בישראל וגופים נוספים, בדרישה לבטל את החוק כולו או חלק מסעיפיו בנימוק שהוא מבטל את הזכות לשוויון ופוגע במשרתי כוחות הביטחון הדרוזים.¹¹³ ב-8 ביולי 2021 דחה בג"ץ, ברוב דעות (10 לעומת 1), את כלל העתירות שהוגשו נגד החוק, והגדיר אותו כ"פרק אחד בחוקתנו המתגבשת". בלשונה של הנשיאה חיות:

התקשורת ועושי התקשורת, המתווכים את חבילות הפרשנות להמון, לא פעם תוך מתן לגיטימציה לרעיונות באמצעות מובילי דעה המקובלים כבעלי מעמד אפיסטמי. ראו, למשל, PETER L. BERGER & THOMAS LUCKMANN, THE SOCIAL CONSTRUCTION OF REALITY: A TREATISE IN THE SOCIOLOGY OF KNOWLEDGE (1966). ראו גם CHARLES ARTHUR WILLARD, LIBERALISM AND THE PROBLEM OF KNOWLEDGE: A NEW RHETORIC FOR MODERN DEMOCRACY (1996). הבחנה זו עוקבת גם אחר הגדרות של הפרשנות במשפט כהגדרות רחבות. כך הגדיר אהרן ברק את הפרשנות: "הפרשנות יורדת לשורש המבנה החברתי ולבסיס היציבות החברתית ומערך הכוחות בחברה נתונה. היא מצויה ב'תפר' שבין תורת משפט לבין משפט חוקתי. היא קשורה קשר אמיץ לבעיות יסוד של דמוקרטיה, הפרדת רשויות ושלטון החוק". אהרן ברק **פרשנות במשפט** כך ראשון: תורת הפרשנות הכללית 51 (1992).

¹¹² דברי הסבר להצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/1550/19.

¹¹³ יהונתן ליס ורייטל חובל "שלושת חברי הכנסת הדרוזים חברו לעתירה הראשונה לבג"ץ נגד חוק הלאום" **הארץ** (22.7.2018) <https://www.haaretz.co.il/news/politi/2018-07-22/ty-article/> 0000017f-dba8-d3a5-af7f-fbae751d0000.

"המכונן מיטיב היה לעשות אילו שילב שני אדנים אלה בחוק היסוד ועיגן בו לצד הערכים המשקפים את זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, גם הצהרה בדבר ערך השוויון. ערך זה מאיר את דרכנו כמדינה מאז הקמתה, ולמרות זאת טרם זכה לעיגון מפורש בחוק יסוד. אך אף שהמכונן לא עשה כן, אין למעט מחשיבותו של חוק יסוד: הלאום כחוק המעגן באופן מפורש וברמה החוקתית את מרכיבי זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. חוק יסוד זה מהווה פרק אחד בחוקתנו המתגבשת והוא אינו שולל את אופייה של ישראל כמדינה דמוקרטית. משכך, איני סבורה כי בחקיקת חוק יסוד: הלאום חרגה הכנסת מאותה מגבלה צרה החלה על סמכותה המכוננת, שעליה עמדתי בפתח הדיון [הכוונה למגבלה שלפיה אין ביכולתה של הכנסת, בכובעה כרשות מכוננת, לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית – א' מ']. נוכח מסקנתי זו, איני נדרשת גם הפעם להכריע בשאלת סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד".¹¹⁴

בית המשפט העליון משתתף אם כן בתהליך הפוליטי – תהליך פוליטי שתחילתו בעיצוב הערכים והמשכו בעיצוב מדיניות וביישומה. הוא עושה זאת בכפוף למגבלות המבניות שלו כמוסד במסגרת המבנית והתרבותית הסובבת אותו. עמד על כך יצחק זמיר: "כידוע, בית המשפט הוא הרשות הפגיעה ביותר משלוש הרשויות המרכזיות במדינה. אין בידו להגן על עצמו. קו ההגנה שלו הוא הציבור. רק הציבור, אם ירצה, יוכל להרתיע את הממסד הפוליטי מפני הפגיעה בביקורת השיפוטית. אך עמדת הציבור תלויה באמון הציבור, וזה מושפע מן התמונה של בית המשפט כפי שהיא מוצגת לנגד עיניו".¹¹⁵ אך מה קורה כאשר אמון הציבור בבית המשפט העליון יורד?

מדידות שנעשו ביחס למידת אמון הציבור בבית המשפט העליון מלמדות כי חלה ירידה מובהקת באמון הציבור בבית המשפט העליון. כך, למשל, מידת האמון של הציבור בבית המשפט העליון עמדה בשנת 1995 על 85%, ואילו בשנת 2000 היא ירדה לרמה של 61.6%.¹¹⁶ לשם השוואה, האמון בצה"ל עמד בשנת 1995 על 90%, ובשנת 2000 הוא עמד על 83%; והאמון בכנסת עמד בשנת 1995 על 41%, ובשנת 2000 – על 13%. הירידה באמון בבית המשפט העליון נמשכה לאורך השנים, עד שבשנת 2021 הוא עמד על 41% בלבד – הנמוך אי פעם. לשם השוואה, צה"ל נהנה באותה שנה מאמונם של 78% מהציבור, בעוד שהכנסת זכתה באמונם של 21% בלבד.¹¹⁷ מהם הגורמים

114 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 93 לפסק הדין של הנשיאה חיות (אר"ש 8.7.2021).

115 ראו זמיר **בית המשפט העליון**, לעיל ה"ש 82, בעמ' 16.

116 גרעון דורון ואסף מידני "בית-משפט לחוקה – פתרון מבני לקשיי המשילות של המערכת הפוליטית?" **עיונים בתקומת ישראל** 17, 319, 338 (2007). הסקר שנעשה בשנת 1995 נערך בקרב האוכלוסייה היהודית הבוגרת בלבד.

117 גרעון דוקוב "נמשכת הירידה באמון הציבור בבית המשפט העליון" **מקור ראשון** (6.1.2022) <https://www.makorishon.co.il/news/443223>; המכון הישראלי לדמוקרטיה **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2022** (2022). הנתונים נכונים לגבי האוכלוסייה היהודית.

המסבירים את הירידה באמון הציבור בבית המשפט העליון? הסבר אפשרי עוקב אחר הגיונות מדעי המדיניות ומדגיש את התהליכים שהובילו לשיווי המשקל הייחודי יחד עם התנהגותו של בית המשפט העליון.

למן הקמתו נודע בית המשפט העליון באקטיביזם התוכני שלו, אך בנושאים שאינם ערכיים ליבתיים, אלא כאלה המצויים בפריפריה הליבתית. הוא עשה זאת, למשל, תוך אימוץ משוכות העתירה לבג"ץ. זהירות אסטרטגית זו העצימה את אמון הציבור בו. בשנות השישים של המאה העשרים, ובעיקר בסופם, ביקשו מרכיבים בחברה הישראלית לקדם שינוי ערכי. המערכת הפוליטית לא הייתה כתובת, ובית המשפט נהפך לכתובת חלופית. בתוך כך הגמיש בית המשפט את משוכות העתירה, ובכך אותת כי הוא נכון להתערב גם בנושאים ליבתיים. תהליך ההגמשה היה איטי, ונמשך כשני עשורים. החל בסוף שנות התשעים באה התערבותו של בית המשפט העליון לידי ביטוי בכמה נושאים ליבתיים הקשורים לדת ולביטחון – כאלה הקשורים מבחינה אונטולוגית למאבק שבין "יהודית" ל"דמוקרטית". לדברי שמעון שטרית:

"כל עוד קרן האשראי שעמדה לרשות בית-המשפט בעיני הציבור היתה רחבה ולא נתגלעו מחלוקות חריפות שחצו את הציבור בנוגע למעורבותו של בית-המשפט העליון בעניינים שהובאו לבית-המשפט על יסוד עתירות ציבוריות, מוצדק היה להשתמש בקרן האשראי הזאת כדי להבטיח מינהל תקין, טוהר מידות, שלטון החוק וערכים רחבים בחברה באמצעות בית-המשפט. ואולם משעה שנשחקה קרן האשראי של בית-המשפט, מתעוררת השאלה אם מן הראוי שבית-המשפט יעסוק בשאלות שאינן במעגל הראשון והמידי של הסוגיות שהוא חייב לעסוק בהן".¹¹⁸

כאשר בית המשפט העליון חובש את כובע בג"ץ, הוא משתתף בתהליך הפוליטי שעניינו עיצוב ערכים. הוא עשה זאת במשך כל שנותיו. כבר בשנת 1949 הוא בחר לאפשר לסלומון בז'רנו לעסוק כמאכער ליד משרד הרישוי,¹¹⁹ בשנת 1995 הוא בחר לגייס את אליס מילר לקורס טיס,¹²⁰ ובשנת 2009 הוא החליט לפסול את החקיקה בדבר הקמת בתי סוהר פרטיים.¹²¹ מקרים אלו התקבלו בהבנה רבתי. היו אלה נושאים בפריפריה הליבתית הערכית של החברה בישראל. לא כן היו החלטותיו בנושא מיהו יהודי על פי חוק השבות בשנת 1970,¹²² בנושא גיוס בחורי הישיבות בשנת 1998,¹²³

118 שמעון שטרית על השפיטה: מערכת הצדק במשפט 562 (2004) (להלן: שטרית על השפיטה).

119 בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80 (1949).

120 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

121 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).

122 פרשת שליט, לעיל ה"ש 68.

123 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).

בנושא שיטות החקירה של השב"כ בשנת 1999,¹²⁴ בנושא נשות הכותל בשנת 2000,¹²⁵ בעניין הריסת בית המחבל שרצח את החייל עמית בן יגאל בשנת 2020,¹²⁶ ובעניין הגמשת הדיבר "נתגייר" בחוק השבות ככזה שמתקיים גם בקהילה רפורמית או קונסרוטיבית בישראל – פיתוח תהליכי משנת 2021 של פסק דין "גירור הקפיצה" משנת 2005.¹²⁷ המעניין הוא שבחלק מן הנושאים (למשל, בהגמשת הדיבר "נתגייר") בג"ץ משמש מוסד שמגשר בין הניצים – הליברלים מזה והשמרנים מזה – לקראת פיתוחו של הסדר שאפשר לכוונתו "ליברלי-קהילתני", המאפשר חופש ברשות הפרט, מחד גיסא, ועיצוב רשות הרבים בהתבסס על עמדה יהודית, מאידך גיסא. הקושי הוא שבג"ץ עושה זאת מתוך המשנה הליברלית האינדיווידואליסטית, ומתעלם מהמקום הקהילתי שמעוניין להנכיח את הנורמות שלו במסגרת המדיניות המאומצת – מאבק זהותי המבקש להטביע חותם במסגרת ההון הסימבולי המעצב של מדינת ישראל. אין פלא שהתנהגות זו של בג"ץ הניעה קבוצות באוכלוסייה שאינן "נהנות" מבחינה ערכית מתוצאות פסיקותיו להוביל שינויים שימתנו את היקף התערבותו. בית המשפט העליון נהפך לשחקן פוליטי מובהק המזוהה עם המחנה הדמוקרטי האוניוורסליסטי האינדיווידואליסטי. זו התמונה שהצטיירה בציבוריות הישראלית, ולתמונה זו היו אדנים בהחלטות בג"ץ. כתוצאה מכך ירד האמון בו.¹²⁸

- 124 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עניינים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).
- 125 בג"ץ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש-הממשלה, פ"ד נד(2) 345 (2000).
- 126 בג"ץ 4853/20 אבו בכר נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (אר"ש 10.8.2020); דנג"ץ 5924/20 המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ' אבו בכר (אר"ש 8.10.2020).
- 127 פרשת דהן, לעיל ה"ש 69; בג"ץ 2597/99 רודריגז-טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נט(6) 721 (2005).
- 128 משה לנדוי מתייחס לשני היבטים במה שהוא מכנה משבר הלגיטימיות. הוא מצטט מדברי אהרן ברק, שאמר כי "הסיכון הוא במשבר לגיטימיות אשר מקורו בצורת החקיקה של חוקי-היסוד [היינו חוקי-היסוד משנת 1992]. לא קדמה להם הכנה מספקת של הציבור. המהפכה התרחשה בהשקט, כמעט בהחבא". לנדוי, לעיל ה"ש 53, בעמ' 702. לנדוי יוצא בביקורת על חוסר השקיפות והפומביות של התהליך: "חוקה המשנה את יחסי הגומלין בין רשויות המדינה אינה יכולה להתקבל בדרך מחטף חקיקתי..." (שם). על כך הוא מוסיף כי "לשם העמדת החוקה מעל לחקיקה הרגילה של הרשות המחוקקת דרושה אמירה מפורשת בחוקה עצמה הקובעת את עליונותה (Supremacy Clause). על אחת כמה וכמה דרושה הוראה מפורשת כזאת, אם מחוקקי החוקה מתכוונים להקנות את סמכות הפיקוח על התחיקה הרגילה של הרשות המחוקקת לבתי-המשפט או לאיזו רשות ממלכתית אחרת" (שם). במונחים של מדעי המדיניות הציבורית ותורת הבחירה הציבורית, מדובר בתנאי מבני בשם "אי-משילות", אשר נודעת לו השפעה מעצבת על יחסי הגומלין בין מוסדותיה של מערכת דמוקרטית. בהקשר זה מפורסמת אמירתו של השופט מנחם אלון בעת ביטול החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לבחירות לכנסת האחת-עשרה: "נטילת סמכות זו [לפסול רשימה מלהשתתף בבחירות – א' מ' על-ידי בית המשפט, ללא הסמכת המחוקק, היא עצמה יש בה משום פגיעה בדמוקרטיה נאורה, שיסוד היסודות שלה הוא שלטון החוק, ולא שלטון המחוקק, שלטון המשפט ולא שלטון השופט..." (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, פס" 9 לפסק הדין של השופט אלון (1985)).

פרק ד: הערות לפני סיום ומבט לעתיד

תהליך עיצובו של סדר יום שונה מתהליך קביעתה של מדיניות ציבורית הלכה למעשה. קיים פער בין התפיסה הציבורית בנוגע למקומו של בית המשפט העליון כמעצב מדיניות ציבורית לבין פעילותו הלכה למעשה. רבות הן הדוגמאות המצביעות על כך שבפועל בית המשפט העליון מבטא את ההעדפות החברתיות בישראל וכתוצאה מכך יכול להוביל שינויים בצורה איטית ותוספתית. באותו הקשר נראה כי למרות כוחה הפורמלי של הכנסת, ברוב המקרים היא בוחרת לא להגיב על פסיקת בית המשפט העליון. כך, חולשתם של הפוליטיקאים וחוסר יכולתם למשול מקדמת את מרכזיותו של בית המשפט העליון בחיים הציבוריים.

לחלק מן הפוליטיקאים המציאות שנוצרה היא נוחה למדי; הם יכולים לגלגל נושאים לפתחו של בית המשפט העליון מבלי שיתבקשו לשלם את המחיר הפוליטי הכרוך בהחלטות שמפרות את הסטטוס קוו המוסדי. אולם בית המשפט העליון הוא שחקן לומד, אשר מבין כנראה שבמקרים מסוימים עדיף להימנע מלפסוק ועדיף לגלגל את כדור ההכרעה בחזרה לפתחה של הכנסת.¹²⁹ אך כאשר הכנסת לא הצליחה לקבוע מדיניות בסוגיה מסוימת, נאלץ בית המשפט העליון "לגלות אחריות" ולפסוק. לפסיקה כזו יש בהכרח אפקט הקצאתי – היא עלולה לפגוע בקבוצות מסוימות ולהותיר את חבריהן חסרי שביעות רצון מהמדיניות שנפסקה. הקושי אינו פוסח על שופטי העליון. כך אמר המשנה לנשיא בית המשפט העליון מישאל חשין:

"בית המשפט אסור הוא לעשות מעשה כדי לרצות את הציבור או חלקים בו. בה בעת לא יתעלם בית המשפט מהלכי רוח שבציבור. בית המשפט לא יכריע בדין – אסור הוא להכריע בדין – על פי הלכי רוח אלה, ואולם לא יהא זה לא אנושי ולא נכון אם נאמר לו להתעלם מהם כמו לא היו. יתר על כן: גם אם ירצה, לא יוכל בית המשפט להתעלם מאותם הלכי רוח".¹³⁰

129 ראו, לדוגמה, בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661 (1995); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).

130 מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט – תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרהורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" המשפט ט 499, 491 (2004). בהקשר זה ראו גם מדבריו של נשיא בית המשפט העליון שמגר: "אני מודע לקושי של מי שאינם שופטים להאמין ביכולתו של שופט להתעלם מכל מה שמתרחש סביב ולשפוט רק על פי מה שמונח לפניו, בייחוד כאשר בתקשורת אין עוד זכר לעקרון הסוביידיצה החשוב כל כך. ובכל זאת, אני מאמין בכל ליבי בחשיבות הניתוק ואני מאמין ביכולתם של השופטים לעשות אותו ולהתמקד בעשיית הצדק במקרה הקונקרטי שבו הם דנים". מאיר שמגר תם ולא נשלם: פרקי חיים 141 (כרמית גיא עורכת 2015).

לאורך זמן, נציגי הקבוצות המקופחות (לפחות מנקודת ראות סובייקטיבית) עלולים, מתוך ראייה אסטרטגית, לנסות לגרום לכך שבית המשפט העליון יימנע מפסיקות בעניינים שעלולים להפר את הסטטוס קוו,¹³¹ וכאשר זה לא יצלח, ינסו הנציגים לשנות את כללי המשחק באופן שיפעל לטובת קבוצותיהם.

הניתוח בבסיס המאמר מצביע כי על ישראל לפעול לאיתור פתרונות שיקדמו את יכולתה של המערכת הפוליטית למשול ולנסח מדיניות ציבורית גם בעניינים הנחשבים עקרוניים לחברה הישראלית. עד אז האינטרס הפוליטי ימשיך להכתיב תחליפי מדיניות ציבורית אשר ישמשו פתרון לקבוצות אינטרס שאינן מרוצות מאיכותה ומכמותה של אספקת המדיניות הציבורית.

בשנת 1959 טען החוקר צ'רלס לינדבלום כי בדמוקרטיות המערביות המדיניות הציבורית מקדמת בדרך כלל רק שינויים קלים במדיניות הקיימת באותה עת באותו תחום. לפי גישתו, אשר כונתה תוספתית (incrementalism) או הדרגתית, המדיניות הציבורית תהיה התפתחותית, ולא מהפכנית – היא תשתנה באיטיות, על פני זמן רב, ולא במהירות ועל פני זמן קצר.¹³² ברוח משנתו של לינדבלום, ועל סמך בחינת התהליכים למיצובו של בית המשפט העליון כמשתתף בתהליך הפוליטי, ניתן לחשוב על כמה המלצות תוספתיות המשקפות את המודל המנטלי שהתעצב בישראל. אומנם, יש בעולם מודלים שונים לביקורת שיפוטית על חוקים, אך המשותף לכולם הוא שהם פרי עיצובה של החברה, על מוסדותיה ואמונותיה. בישראל התעצב מקומו של בית המשפט העליון כמשתתף בתהליך הפוליטי עוד מקום המדינה. הדבר נעשה בזהירות, עקב בצד אגודל.

הפתרון הוא דואלי. במישור העקרוני-התורתי על בית המשפט לאמץ במסגרת הניתוח המשפטי עקרונות מתחום מדעי המדיניות והגיונות מתורת הבחירה הציבורית. בהתייחס לתפיסות ליברליות-קהילתניות (להבדיל מליברליות או שמרניות), התופסות נפח לא מבוטל בשיח המקומי והבין-לאומי, על בית המשפט לקדם פיתוח משפטי תורתי שבבסיסו אימוץ של נרטיב דמוקרטי ליברלי-קהילתני המכיל את השסעים בחברה.¹³³ זוהי משימה מאתגרת. בטבורה פיתוח כלי מדיניות מעשיים המכבדים את כל

131 ראו, למשל, בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995).

132 ראו Charles E. Lindblom, *The Science of "Muddling Through"*, 19 PUB. ADMIN. REV. 79 (1959).

133 פיתוח משפטי נעשה במסגרת פרשנות, שהיא חלק בלתי נפרד מהעשייה המשפטית. דפנה ברק-ארז מציינת כי "הבחירה הפרשנית אינה ניטרלית לחלוטין, ונדאי שאינה טכנית. בהקשרה של גישת הפרשנות התכליתית, ההנחה היא שהפרשנות אמורה לשרת לא רק את התכלית הספציפית של החוק, אלא על-פירוב גם את התכליות הכלליות של שיטת המשפט, דהיינו את ערכיה". ברק-ארז **מחשבות על שפיטה**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 99. ראו גם אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** (2003). מרחיב על כך מאוטנר: "חוקה וחוק הם **טקסטים דיאלוגיים**. חוקה וחוק הם דיאלוג בין מחוקק שפעל בעבר לבין בני אדם החיים בהווה אשר נדרשים להחיל את החוקה או החוק על חייהם. לפיכך, יש לפרש חוקה וחוק בדרך של 'מיזוג אופקים' במובנו של הפילוסוף הגרמני הגדול הנס-גאורג גדר: הפרשן אמור להביא בחשבון את הבנות ההווה שלו באשר לעולם החברתי והנורמטיבי שבו הוא חי; להשליך את הבנות האלה על הטקסט; ולקבוע את המשמעות של הטקסט בדרך של מיזוג הבנות

אלה המבקשים לראות את הנורמות הקהילתיות שלהם כחלק מההון הסימבולי של ישראל – ביניהם היהודי המזרחי, החרדי, הדתי-הלאומי, הרפורמי, הקונסרווטיבי, הערבי המוסלמי, הדרוזי, הבדואי, הצ'רקסי, הנוצרי, הארמני, הקופטי והשומרונים – באופן שיאפשר לכולם "לגור" יחד עם החילוני הליברלי, המאופיין כאינדיבידואליסט אתנו-מערב-אירופי. התפיסה בדבר החיבור של מגזרים, שבטים ומיעוטים בישראל במדינה יהודית דמוקרטית ורב-תרבותית יכולה להוות בסיס לחשיבה בצורה תהליכית ותוספתית.

במישור המעשי מומלץ לקדם את הבהרת יחסי הגומלין בין בג"ץ לבין הכנסת והממשלה, בעיקר באמצעות קידום חוק-יסוד: החקיקה. חוק זה, בין היתר, יעניק לכל חוק יסוד עדיפות על חקיקה רגילה. הוראות בעלות ערך חוקתי מן הראוי שיתבססו על הסכמה פרלמנטרית רחבה, כלומר, על רוב מיוחד של חברי הכנסת. הן גם מצריכות נוקשות, במובן זה שלצורך קבלתן או שינוין תידרש היערכות מיוחדת של חברי הכנסת. על חוק היסוד גם לבטא את עליונותה של חקיקה ראשית (חוקי הכנסת) על חקיקת המשנה (תקנות השרים, חוקי עזר וכדומה). באשר לתקנות שעת חירום, באופן חריג הן יאופיינו בסטייה זמנית מעקרון הפרדת הרשויות ומן האיזון החוקתי של חלוקת הסמכויות, תוך הסמכת הרשות המבצעת לחוקק תקנות שמעמדן כחקיקה הראשית, וזאת לתקופת זמן מוגבלת.¹³⁴ במסגרת קידומו של חוק-יסוד: החקיקה מוצע על ידי חלק מהשחקנים לשלב בו פסקת התגברות. אולם גם אם יוחלט לקדם פסקת התגברות בחוק היסוד (בטווח שבין המודל הקיים בחוק-יסוד: חופש העיסוק לבין הקביעה כי הרוב הדרוש לאישור הכנסת יהא 65 או 70 או 80 חברי כנסת, עם או בלי דרישה למותב מורחב של שופטים ולרוב מיוחס לשם פסילת חוק או חוק יסוד או הסתפקות בהשעיית חוק היסוד לתקופה שתקבע),¹³⁵ לא יהא בכך די. על בית המשפט העליון לאמץ משנה

ההווה עם המשמעות הגלומה בטקסט מלכתחילה. פרשנות חוקה או חוק דומה אפוא לשיחה. מחוקק העבר אומר לנו כיצד לפי דעתו עלינו לחיות, ואנו אומרים לו מה הם תנאי החיים החברתיים והנורמטיביים שבהם אנו חיים בהווה. ומכיוון שאנו, ולא מחוקק העבר, הם אלו שצריכים להיות עם הוראות החוקה או החוק, המילה האחרונה צריכה להיות שמורה לנו, לא לו, והכל כאמור תוך הבאה בחשבון של תנאי החיים החברתיים והנורמטיביים שלנו. מני מאוטנר "בעד ונגד המקורנות, בעד הפרשנות התכליתית" **ICON-S-IL Blog** (5.2.2019) <https://did.li/aKdZH> (ההדגשה במקור). כן ראו את דבריו הבאים של עמיחי כהן: "חלק ממעורבותו של האזרח במערכת הדמוקרטית היא היכולת לחשוף בתהליכי השלטון בצורה מושכלת. פרשנות תכליתית שאינה מתחשבת בגורמים האמיתיים המשפיעים על החקיקה – פוגמת ביכולת זו. פרשנות תכליתית כזו מסתירה מעיני האזרח את ההשפעות של התהליך על התוצאה הסופית. האזרח (כמרגם האקדמאי וכולי) נוטה להאמין כי הוא מוגן על-ידי בית-המשפט, אשר יכול לתקן את הכשלים בתהליך החקיקה. ולא היא". כהן "הבחירה הציבורית", לעיל ה"ש 12, בעמ' 359.

¹³⁴ ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ג 91.

¹³⁵ בספרות ניטש ויכוח על מידת הרוב הדרוש לחוק מתגבר. לכאורה, הדעת נותנת כי הרוב היחסי צריך להיות משמעותי – 80 או לפחות 70 חברי כנסת – כיאה להתגברות על הליך חוקתי. אולם בפועל, בשיטת המשטר הקיימת בישראל, ובמסגרת חברה אורחית פעילה שבה קואליציה אינה פשוטה להקמה ומורכבת ממילא ממפלגות רבות, ואשר בה העמדות הניציות מתמרזות בהכרח, החשש

זהירות כל אימת שמגיעה לפתחו סוגיה ליבתית, ולא משנה אם עסקינן בפסילת חוק או חוק יסוד או בפסילת החלטת ממשלה. הוא יכול לעשות זאת, למשל, במותב מורחב וברוב מיוחס, תוך אימוץ דוקטרינת השעיה, דוגמת זו שכבר שימשה אותו בפסקי דין שנתן בעבר.¹³⁶

סיכום

המאמר עסק בשאלת הקביעה של כללי הכרעה לא פורמליים בחברה נתונה. הכוונה היא לכללים הפוליטיים אשר מגדירים את מסגרת הדין הפוליטי, כלומר את הכללים של

מפני שימוש מופרז בחוק מתגבר על ידי הקואליציה – אף אם ברוב של 61 מחושק, כפי שמציע ההסדר של חוק-יסוד: חופש העיסוק – הוא נמוך. לעמדות נוספות בדבר חישוק הרוב של 61 ראו את המלצתה של רבקה ווייל לקביעת רוב של 61 וכי "גם אם יקבע רוב של 61 חברי כנסת כדי להתגבר, ניתן לדרוש כי רוב זה יורכב גם מייצוג כלשהו של חברי כנסת מהאופוזיציה. באופן זה יובטח כי אין מדובר בגחמה קואליציונית גרידא". רבקה ווייל "שאלת גודל הרוב: על שריון, התגברות וחוק-יסוד: החקיקה" **ICON-S-IL Blog** (24.6.2021) <https://did.li/zEuuaa>. לעמדה מעניינת בדבר הכרזה שיפוטית על אי-חוקתיות של חוק ראו את המלצתו של יניב רוזנאי להתנות את פסלות החוק ברוב מיוחס של שני שלישים מהרכב השופטים. במקרה שבו התגבש בבית המשפט רק רוב רגיל הסבור כי החוק אינו חוקתי, מוצע שהחוק יחזור למחוקק עם הכרזה שיפוטית בדבר אי-חוקתיות, ללא הכרזה אופרטיבית על בטלותו. בנסיבות כאלה, סבור רוזנאי, אין מקום לפסקת התגברות, להגבלות אחרות על סמכויותיו של בית המשפט או על זכות הגישה אליו, או לשינויים בהליך של מינוי השופטים. הוא גם מציע כי אם יוחלט בכל זאת לאמץ פסקת התגברות, יהיה מקום להתנותה ברוב גדול מאוד בכנסת (של 80 חברי כנסת) ובתנאים נוקשים לגבי משך ההתגברות ולגבי האפשרות לחדשה מדי תקופה. ראו רוזנאי, לעיל ה"ש 37. בעניין זה הצעתה של ועדת נאמן (2004) הייתה כי תוקפה של הוראת התגברות יוגבל לתקופה אחת של חמש שנים, כי החוק המתגבר יתקבל ברוב של 70 חברי כנסת בקריאה השלישית, וכי הסדר זה בכללותו ייקבע כהוראת שעה לעשר שנים מיום קבלת חוק-יסוד: החקיקה. בפועל, בהצעת החוק, נקבעה דרישה לרוב של 61. ראו תזכיר חוק-יסוד: החקיקה. ראו גם את עמדתו של שמעון שטרית: "הסמכות להכריז כי חוק סותר חוק יסוד תישמר בידי בית-המשפט העליון, שיפסוק בעניין כזה במותב חוקתי, וההחלטה הסופית אם להתאים את החוק שהוכרז כסותר לחוק יסוד או לבטלו תהיה מסורה לכנסת". שטרית **על השפיטה**, לעיל ה"ש 118, בעמ' 558–559. שטרית מציע "ללכת לקראת אימוץ המודל הבריטי שהונהג בחוק זכויות האדם הבריטי (Human Rights Act 1998)... המודל הבריטי מפקיד בידי בית-המשפט את הסמכות להכריז על חוק כסותר את האמנה... במקרה כזה, רשאי השר הממונה להציע לפרלמנט לתקן את החוק שבית-המשפט הכריז עליו כבלתי מתיישב עם האמנה האירופית... אם יאומץ אפוא המודל הבריטי, בית-המשפט בישראל יקבע כי חוק סותר חוק יסוד, אבל תישאר בידי הרשות המבצעת והרשות המחוקקת ההחלטה על תיקון החוק כך שיתאים לחוק היסוד" (שם, בעמ' 559–561).
136 ראו, למשל, בג"ץ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים**, פ"ד נח(2) 358 (2004). ראו גם יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" **משפט וממשל** ט 39 (2006).

תהליך קבלת ההחלטות, וקובעים כיצד ניתן לשנות את כללי המדיניות. בהקשר הישראלי, לנוכח המתח השורר בין משפט לפוליטיקה בהעדר חוק-יסוד: החקיקה, בחן המאמר את עיצוב מקומו של בג"ץ כמוסד המשתתף בעיצוב מדיניות ציבורית, שבבסיסה הקצאה של ערכים בחברה.

הבחינה במאמר עשתה שימוש בהגיונות מדעי המדיניות בראי תורת הבחירה הציבורית (Public Choice Theory), וזאת להבדיל מגישות משפטיות וסוציולוגיות. הזירה הישראלית – וליתר דיוק זירת היחסים המתוחים שבין בג"ץ לבין המערכת הפוליטית (הכנסת והממשלה) – היוותה אבן בוחן אמפירית.

המאמר הדגיש כי מרכזיותו של בג"ץ בחיים הציבוריים היא תולדה של השסעים העמוקים בחברה הישראלית. אלה, בשילוב המבנה המוסדי, מקשים על המערכת הפוליטית להתמודד עם בעיות המצריכות עיצוב מדיניות ציבורית. כמענה לקושי זה, היוצר מחסור במדיניות ציבורית בשטחים שונים, זיהו האזרחים את בית המשפט העליון כמוסד המסוגל להעניק פתרונות למצוקתם באמצעות הפעלת לחץ על הפוליטיקאים או באמצעות הכרעות חוקיות. הפנייה המוגברת של האזרחים לבית המשפט העליון אינה בהכרח תוצאה של מדיניות "הכל שפיט" – או בלשונו של השופט ברק בבג"ץ רסלר, "בכל מקום יש דין, ובכל מקום יש אמת מידה שבדין"¹³⁷ – אלא בעיקר של תהליכים חברתיים ופוליטיים עמוקים ומורכבים שהובילו להתפתחותו של המוסד לכלל מעצב סדר יום חברתי-פוליטי ראשי בישראל.

המאמר עמד על היתרונות הגלומים באימוצה, בהקשר הישראלי, של גישת מדעי המדיניות הציבורית, הרואה במדיניות ציבורית הקצאה סמכותית של ערכים בחברה. מתוך היגיון זה פותחו מודלים של חשיבה הן לטובת ההסברים לשיווי המשקל הייחודי שבין בג"ץ למערכת הפוליטית והן באשר לפתרונות המדיניות הנובעים מכך – פתרונות מדיניות שחייבים במידה רבה של קוהרנטיות לבעיות הציבוריות שמוגדרות כבעיות מדיניות. זווית ראייה זו מאפשרת את פירוקה של מערכת העוצמה הציבורית לגורמים, מתוך הבחנה בהבדלים הקיימים בין הארגונים והשחקנים השונים. הדגש אינו רק בעיסוק בשופטים כשחקנים רציונליים, אלא גם בבחינה של פלט פעילותם כאספקת מוצר ציבורי. כך התאוריה מאפשרת הרחבה של הגישה המוסדית הרציונלית לגישה של רציונליות מוגבלת, המדגישה את ההגבלות החברתיות, התרבותיות והמבניות השונות ואת היותה של החברה הישראלית חברה שסועה הנמצאת במאבק על עיצוב זהותה הערכית. מתוך התובנות הללו המליץ המאמר, במישור העקרוני-התורתי, לאמץ במסגרת הניתוח המשפטי עקרונות מתחום מדעי המדיניות והגיונות מתורת הבחירה הציבורית, במקביל לאימוץ נרטיב דמוקרטי ליברלי-קהילתני המכיל את השסעים בחברה, במסגרת אונטולוגית הרואה בישראל מדינה יהודית, דמוקרטית ורב-תרבותית. במישור המעשי המליץ המאמר על כמה תיקונים תוספתיים להבהרת יחסי הגומלין בין בג"ץ לבין הכנסת או הממשלה. הללו יוכלו להתעצב רק אם יתקיים שיתוף פעולה בין המערכת הפוליטית לרשות השופטת בקביעת מדיניות ברורה לשעתה תוך דיון תהליכי.

137 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, פס' 57 לפסק הדין של השופט ברק (1988).