

## מחשבות על בית המשפט העליון בישראל

מאת

שאול שארף\*

### מבוא

המחלוקת על הרפורמות המשפטיות היא כסות לשבר אדיר בחברה הישראלית. רבים עדיין אווזים בה מתוך תקווה למצוא פתרון משפטי או להמציא פשרה משטרית שיביאו לציון גואל.<sup>1</sup> אך אדרבא, המחלוקת המשפטית היא רק סימפטום למחלוקת ערכית, תרבותית ופוליטית עצומה ואין בפתרונה לרפא את השבר.<sup>2</sup> בעבר ניתן היה לחשוב שמדובר במחלוקת פוליטית נקודתית – אבל הקולות שעולים מן השטח בחודשים האחרונים מגלים מחלוקת חריפה יותר: מאבק בין אליטות על כוח ושליטה, שנעטף בפולמוס על אופייה של מדינת ישראל בתור מדינה יהודית ודמוקרטית. מאבק שרק החל בימינו וילווה את החברה הישראלית עוד שנים רבות.

נניח לעת עתה בצד את הניתוח הסוציולוגי על 'מאבק האליטות' שמתחולל בישראל ונתמקד באחת המחלוקות העקרוניות שמשמשות את הצדדים בדיון המשפטי, והוא גבולות הגזרה של סמכות בית המשפט העליון – ובתוך כך היקף סמכותו, אם בכלל קיימת סמכות, לבקר את חוקי היסוד במדינת ישראל.

\* עורך בלוג רשות הרבים. ד"ר למשפטים במרכז האקדמי פרס ברחובות.

<sup>1</sup> למאמרים על הרפורמה המשפטית, ראו: יחיאל אורן הרוש "הרפורמה במערכת המשפט: תמצית כתב הגנה" **רשות הרבים** (23.4.2023); אריאל ארליך "תוכנית הרפורמה המשפטית – הערות על מסמך ברק קובן" בלוג **רשות הרבים** (12.2.2023). להתייחסויות נקודתיות להצעות מתוך הרפורמה המשפטית ראו: גדעון ספיר "עוד בעניין מנגנון ההתגברות" **רשות הרבים** (24.11.2022); רון שפירא "על סבירותה של עילת הסבירות" בלוג רשות הרבים (16.1.2023).

<sup>2</sup> ראו: ברכיהו ליפשיץ "הו, תמימות לאקדושה" **רשות הרבים** (23.2.2023).

## א. המהפכה החוקתית הראשונה והמהפכה החוקתית השנייה

הדיון השיפוטי על סמכות בית המשפט העליון לבקר חוקי יסוד החל בשלהי שנת 2017. באותה שנה, קבע בג"ץ כי לא ניתן יהיה יותר להעביר תקציב דרשנתי בהוראת שעה שנקבעה בחוק יסוד.<sup>3</sup> על פניו, הייתה זו פסיקה רגילה שכבר התרגלנו אליה בזמנו: הממשלה או הכנסת מקבלות החלטה פוליטית בעניין מסוים, ובית המשפט מבטלה אם מוצא בה פגם, בטענה כי אינה עומדת בכללי המשחק החוקתיים אותם הוא המציא תוך כדי תנועה. אולם, בהחלטה בשנת 2017 הייתה חבוייה סנסציה, לא פחות מכך, והתקשורת, כפי שנהגה לפני כ־30 שנה בעת "המהפכה החוקתית", דממה ולא רעשה על גודל השעה. אם עד אז בית המשפט העליון ביטל חוקים של הכנסת, הרי שמאותו היום נטל לעצמו סמכות נוספת ומרחיקת לכת – ביטול פרקים בחוקת ישראל או לכל הפחות עיצוב ישיר של עקרונות היסוד בהתאם להשקפת עולמו.

כדאי להזכיר את ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל: בעת מלחמת העצמאות, בניגוד למתוכנן במגילת העצמאות, בצוק העיתים ישראל לא ניסחה חוקה.<sup>4</sup> בשנת 1950 התקבלה בכנסת הצעתו של חבר־כנסת יזהר הררי בדבר תהליך ניסוח החוקה.<sup>5</sup> הצעתו שימשה פשרה שלפיה תהליך כינון החוקה יעשה בשלבים על ידי ניסוח חוקי יסוד שיוסבו לחוקה עם השלמת התהליך. הצעה זו לקתה במספר חסרונות, והמרכזי שבהם הוא העדר קביעת מעמד חוקי היסוד – שכן לא ברור האם מעמדם כמו של חוקים רגילים או פרקים בחוקה קיימת. בשנת 1995, על בסיס פסיקה שנויה במחלוקת – בפס"ד בנק המזרחי<sup>6</sup> – "פתר" בית המשפט העליון בעיה זו על ידי שדרוג חוקי היסוד למעמד 'חוקתי על-חוקי' (או במילה אחת: חוקה) ונטל לעצמו את הסמכות לבטל חוקים הסותרים זכויות יסוד – שחלקן מופיעות בחוקי יסוד וחלקן לא.

אולם, בשנת 1995, במהפכה החוקתית הראשונה, בית המשפט העליון "רק" נטל סמכות לביטול חקיקה רגילה. בשנת 2017 התרחשה מהפכה חוקתית שנייה, ויש שיאמרו מהפכה על-חוקתית, בה נטל בית המשפט סמכות לבטל חוקי יסוד – אם תרצו, פרקי החוקה העתידית (ולדעת, אף העכשווית אך לא השלמה)<sup>7</sup> של המדינה. במקרה זה האבסורד הדמוקרטי זועק אף יותר: בית המשפט העליון איים כי יבטל החלטות יסוד של הריבון, משום שאותן החלטות אינן עומדות בסטנדרטים יסודיים שפותחו על-ידי בית המשפט בעצמו, יהיו הסיבות לכך אשר יהיו.

<sup>3</sup> בג"ץ 8260/16 המרכו האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (נבו 6.9.2017).  
<sup>4</sup> כבר בשנת 1948, בשתי עתירות שונות, דחה בית המשפט העליון ניסיונות להגדיר את מגילת העצמאות בתור חוקה. ראו: בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הביטחון, פ"ד ב 5 (1949), בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85 (1948): "אין אנו יכולים לקבל את טענתו הנלבבת של בא-כוח המבקש. ההכרזה [...] באה רק לשם קביעת העובדה של יסוד המדינה והקמתה לצורך הכרתה על-ידי החוק הבינלאומי. היא מבטאת את חזון העם ואת "האני מאמין" שלו, אבל אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם".  
<sup>5</sup> דברי הכנסת 5, 1743, תש"י: "הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה 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".

<sup>6</sup> ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221 (1995).  
<sup>7</sup> גישתי היא שחוקי היסוד משמשים בתור חוקה, אם כי לא שלמה. ראו: שארף ["חוקה שמרנית בישראל"](#) רשות הרבים (2.3.2021).

שימו לב לטקטיקת בית המשפט העליון: התמדה, סבלנות וריצה למרחקים ארוכים. מה שהחל בשנת 2017 בתור איום לביטול חוקי-יסוד באמצעות "התראת בטלות" הפך לאחר ארבע שנים בשנת 2021 להתערבות ברורה של בית המשפט העליון בחוקי היסוד – בבג"ץ שפיר ובבג"ץ חסון<sup>8</sup> – וככל הנראה יסתיים בשחמט גאוני בו העניק לעצמו לגיטימציה משפטית אף לבטל את התיקונים בחוקי היסוד שעל המדוכה היום – בבג"ץ נבצרות ראש הממשלה (חוק יסוד הממשלה) ובבג"ץ צמצום עילת הסבירות (חוק יסוד השפיטה)<sup>9</sup>. ודוק, גם אם לא יבטל את התיקונים החוקתיים, זה כבר לא משנה כי הסמכות קנויה, הרשות נתונה ושערי פרשנות מרוקנת-תוכן אינם ננעלים.

האסטרטגיה של בית המשפט העליון זהה בשתי המהפכות: בתחילת דרכה של המפכה החוקתית הראשונה, כבר בשנת 1990 בפסקדין לאו"ר, אותה בית המשפט כי אם יידרש לכך הוא יבטל את חוקי הכנסת גם ללא הרשאה חוקתית מפורשת (בדומה ל"התראת בטלות" בשנת 2017)<sup>10</sup>. בכך הכין את הקרקע למימוש איומיו, כשש שנים לאחר מכן, בפסקדין המזרחי שבו עמד 'חוק גל' לבחינה חוקתית ולאפשרות פסילתו. גם אז, בית המשפט בחוכמתו לא ביטל את חוק גל אלא מיקם את 'כלי המלחמה'. לאחר שנתיים, בשנת 1997 בבג"ץ לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, הפעיל את סמכות הביטול שנטל לעצמו וביטל לראשונה בישראל דבר חקיקה ראשית – חוק יחסית זניח מבחינה ציבורית.<sup>11</sup> רק לאחר עשור, כאשר החל בית המשפט לבקר חוקים ולבחון את זכות קיומם בתור דבר של יום ביומו – התעורר הציבור בישראל למציאות שבה חקיקת חוק בכנסת היא רק תחילת התהליך הפוליטי, וסופו הוא בבית המשפט העליון שמאשר או מבטל את החוק. מהלך כמעט זהה עושה בית המשפט העליון בשנים האחרונות ביחס לנטילת סמכות לביטול חוקי היסוד: תחילה הוא מאיים בסמכות שייטול לעצמו (מהפכה חוקתית ראשונה – פס"ד לאו"ר; מהפכה חוקתית שנייה – פס"ד בעניין חוקי-יסוד תקציב המדינה), לאחר מכן ממקם את כלי הביטול במקומם ועורך "ניסוי כלים" (מהפכה חוקתית ראשונה – פס"ד בנק המזרחי; מהפכה חוקתית שנייה – בג"ץ שפיר ובג"ץ חסון) ובסוף הוא משתמש בהם בחופשיות על בסיס סמכות שנטל לעצמו (מהפכה החוקתית הראשונה – בג"ץ לשכת מנהלי ההשקעות בישראל והלאה; מהפכה חוקתית שנייה – בג"ץ עילת הסבירות).

<sup>8</sup> בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (נבו) 23.05.2021. בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו) 8.7.2021. לביקורת על בג"ץ שפיר, ראו: משה יפה ["ביקורת על ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד – בעקבות בג"ץ שפיר" רשות הרבים](#) (7.9.2022).

<sup>9</sup> ראו בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (דיון נערך ביום 12.9.2021) (להלן: בג"ץ עילת הסבירות). דיון תקדימי שנערך לפני כל שופטי בית המשפט העליון – בהרכב מלא של 15 שופטים. <https://www.youtube.com/watch?v=prXsctVAI1w>.

<sup>10</sup> בבג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3), 529 (1990). בשנת 1990, "רמז" השופט ברק כי בית המשפט עשוי לבטל בעתיד את חוקי הכנסת גם ללא הרשאה חוקתית מפורשת: "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 חוק אינו נפסל בשל תוכנו. בפסילת חוק על ידי בית המשפט בשל פגיעתו הקשה בעקרונות יסוד אין משום פגיעה בעקרון ריבונות המחוקק, שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת. אין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, שכן עיקרון זה בנוי על איוונים וריסונים, המגבילים כל אחת מהרשויות. אין בכך פגיעה בדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה היא איוון עדין בין שלטון הרוב לבין זכויות האדם ועקרונות יסוד, ובאיוון זה, שמירה על זכויות האדם ועקרונות יסוד אינה יכולה להיות פס, כשלעצמה, כעניין בלתי דמוקרטי. אין בכך פגיעה בשפיטה, שכן מתפקידה של זו לשמור על שלטון החוק, לרבות שלטון החוק במחוקק".

<sup>11</sup> בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4), 367 (1997).

בשלב זה, ברשותכם, אפריך שגיאה קטנה אבל חשובה בשיח על ביטול חקיקה. אחת הטענות המרכזיות היא כי בית המשפט העליון ביטל "רק" 20 וקצת חוקים במשך עשרות השנים האחרונות. על פניו, בית המשפט הוא רחום וחנון – מה לכם כי תתאוננו? גבירוטי ורבותי – גם אם בית המשפט היה מבטל רק חוק אחד, או אפילו לא היה מבטל אף חוק, הרי שהוא עורך ביקורת שיפוטית על אלפי דברי חקיקה. מרגע שבית המשפט הפך להיות בעל "המילה האחרונה", שמאשר תוקפו כל חוק וחוק במדינה – הוא הריבון בפועל, גם אם הוא לא מבטל אף חוק. תמשילו זאת לקיסר שחיי נתיניו נתונים למרותו – הוא כה רחום וחנון שבמהלך עשרות שנות שלטונו הוציא להורג רק 20 וקצת נתינים ג'ינג'ים. האם זה משנה מה מספר ההוצאות להורג? גם אם לא היה מוציא להורג ולו נתין אחד – בסופו של דבר הוא הריבון ועל פיו יישק דבר, גם ביחס לחנינה שהוא מעניק לאלפי נתיניו שעברו תחת שבטו. הדבר נכון גם ביחס לחוקי היסוד ואף ביתר שאת.

נחזור לעניינינו ונסכם, בית המשפט הוא מוסד שלטוני שפועל בסבלנות רבה ואינו מתרשם מרוחות השעה: מה שהחל בימי "המהפכה החוקתית הראשונה" מסתיים בימים אלו בתור "המהפכה החוקתית השנייה" – וכל זאת לטובת ההשתלטות החוקתית.

## ב. ההשתלטות החוקתית

הביטוי "ההשתלטות חוקתית" אינה המצאה פובליציסטית חדשה לתיאור הדרמה הנוכחית. בשבוע שבו ניתן פס"ד בעניין חוקי-סוד: תקציב המדינה (הוראת שעה) לפני 6 שנים, התראתי מפני המהפכה החוקתית השנייה באותן מילים ממש: "ההשתלטות החוקתית של בית המשפט העליון" מתוך תפיסת עולם ברורה שבית המשפט העליון הוא רשות שלטונית נוספת ששואפת לצבירת כוח שלטוני במאבק שבין רשויות השלטון – ולא בתור "בלם חוקתי" שמגן על הציבור מפני דורסנות השלטון, כפי שמנסים לתאר אותו רבים בשיח החוקתי.<sup>12</sup> יש להודות, הביטוי 'ההשתלטות חוקתית' מצוי כבר בכתביה משפטית בישראל. אולם לתדהמתי השימוש שנעשה בו היה כדי לתאר סדר דברים הפוך לחלוטין – בו נבחר הציבור עלולים לערוך השתלטות כזו, למרות שבניגוד לבית המשפט, הללו עומדים להחלפה בכל מערכת בחירות. איך משתלטים אלו שמועמדים להחלפה בכל תקופה קצובה? עולם מושגים הפוך ראיתי. כך למשל, הנה קטע מתוך אחד המאמרים שמשמשים בביטוי "ההשתלטות חוקתית" ביחס לרשויות הנבחרות – אבל בשינוי אחד קטן: במקום המילה "שלטון", במובן של נבחר ציבור, כתבתי "בית המשפט" וכן להפך. והנה לפניכם טקסט שמתאר את נקודת העיוורון שמבקר הרשויות הנבחרות אינם רואים (החלקים המודגשים אלו השינויים היחידים שעשיתי בטקסט):

"ההשתלטות חוקתית אינה מסתכמת בפגיעה בזכויות האדם או ביצירת תנאים נוחים לשחיתות שלטונית. זו היא תופעה רחבה בהרבה הכוללת החלשה שיטתית ומכוונת של כלל האיזונים והבלמים במערכת החוקתית, ומטרתה לחזק את בית המשפט על מנת להקשות כמה שיותר את האפשרות להחלפה אמיתית של השלטון, ובמקרים קיצוניים אף למנעה לחלוטין. ההשתלטות חוקתית מושגת באמצעות התעלמות שיטתית של בית המשפט נתון מהמגבלות העקרוניות האמורות לחול על כוחו בדמוקרטיה חוקתית,

<sup>12</sup> ראו: שאול שארף "ההשתלטות החוקתית של בית המשפט העליון" Ynet (10.9.2017).

ותוך פעולה מכוונת ונחושה שמטרתה להכפיף את מנגנוני הבקרה החיצוניים והפנימיים על **בית המשפט**, ובכללם החוקה, **נבחרי ציבור**, **חברי ממשלה**, המשטרה, השירות הציבורי, שומרי סף ומערכות רגולטוריות, השיח הפוליטי והתרבותי, ארגוני זכויות אדם והחברה האזרחית והתקשורת, לצרכיו. פופולזים, הסתה ודמוניזציה של בעלי עמדות נוגדות בכלל ושל מנגנוני הבקרה האמורים בפרט מסייעים ל**בית המשפט** לגייס תמיכה במהלכיו ולהשתיק את המתנגדים להם.

מאפיין מרכזי של השתלטות חוקתית המקשה על המאבק בה הוא האופן ההדרגתי והכמעט סמוי בו היא מתקדמת. אף אחד מהצעדים הננקטים להשגתה אינו מאופיין באי חוקתיות זועקת, חלקם אף היו עשויים להיחשב כלגיטימיים לו היו עומדים בפני עצמם, והתהליך כולו מתנהל באופן הדרגתי וממושך יחסית, כאשר הצעדים הראשונים מכשירים את הקרקע, הן חוקתית והן ציבורית, לצעדים הבאים.<sup>13</sup>

הדברים מדברים בעד עצמם – בעיקר סופם שמתארים את "האופן ההדרגתי והכמעט סמוי בו היא מתקדמת", גם במהפכה החוקתית הראשונה וגם במהפכה החוקתית השנייה. כמו כן, אומנם קיים חשש להשתלטות חוקתית – השאלה היא 'מי משתלט על מי'.

מאמר זה ודומים לו בנוגע לביקורת על עליית הפופולזים ועל ניסיונות 'החלשת' בית המשפט על חשבון חיזוק נבחרי הציבור הביאו אותי לחדד את ההבדל בין הצדדים הניצים: צד אחד מבקש חירות ושלטון עצמי וצד אחר מבקש כפיפות הציבור למשפטנים הציבוריים – ובתוכם מוסד היועמ"ש ובית המשפט העליון. המחנה הראשון הוא ליברל – שחרד לחירותו ולכן חושד בכל רשות שלטונית. בתוך כך, אינו סומך על נציגי הציבור – בהם חברי הכנסת וחברי הממשלה – כך גם אינו סומך על הרשות השופטת, ולכן מבקש להחזיק את הכוח בידי, או לכל הפחות להיות בעל השפעה ישירה על מקבלי ההחלטות הפוליטיות. גם המחנה השני רואה עצמו "ליברל" וחרד לחירותו – ועל כן אינו סומך על נציגי הציבור אלא שבעקבות כך הוא מבקש להעביר את מוקד הכוח וריבונות הציבור לקבוצה שעליה אין לאף אחד שליטה והשפעה ישירה מלבד אלו הקרובים אל חברי הקבוצה – קרי, בית המשפט.

התנהלות כזו מכריחה אותי לנסח כבר בשלב זה הערת אזהרה חוקתית: הענקת סמכות ל-15 חברי "מועצת חכמי המשפט" לדון באפשרות ביטול חוקי יסוד, ובכך לעצב את ערכיה של המדינה, היא למעשה מסלול מהיר ומתכון בטוח לכינונה של מדינת הלכה – "מדינת הלכה שיפוטית".

<sup>13</sup> ראו: גילה שטופלר "השתלטות חוקתית בישראל" ICON-S-IL Blog (8.6.2017). המילים המודגשות אלו שינויים בטקסט שנעשו עליידי המחבר.

## ג. מחלוקת רעיונית

מדוע יש כאלו שתומכים בשלטון המשפטנים בכל מחיר, גם על חשבון פגיעה בחירותו של הציבור (בהנחה שתמיכתם ממניעים עקרוניים-מוסריים ולא ממניעים של כוח ושליטה גרידא, ובהנחה שיש מקום לדיון ברעיונות ולא השתקה אלימה של אלו שאינם מסכימים עם העמדה שנחזית שלטת בתקשורת ובאקדמיה)?

הטענה המרכזית מבוססת על רציונל חוקתי שמכונה "להגן על עצמנו מפני עצמנו". האדם המערבי גילה במאה העשרים שבעת אובדן עשתונות הוא עלול לחתור תחת הערכים הדמוקרטיים והליברליים, ולכן יצר לעצמו מנגנונים משפטיים בדמות חוקה וערכאות משפטיות שיעכבו אותו, בעת מצבי משבר, מלפעול בפזיזות כנגד ערכי יסוד אלו. החוקה היא בעצם מנגנון כבילה עצמית ובית המשפט אוכף את החוקה.<sup>14</sup> עד כאן מדובר ברציונל שובה לב שקשה להתווכח איתו.

אולם, בשנים האחרונות, לאחר שהמערכת הפוליטית הפנימה את כללי המשחק של המהפכה החוקתית הראשונה, גובשה בישראל הצדקה חוקתית נוספת לביקורת שיפוטית על חוקי היסוד עצמם, שמכונה "הגנה על עצמנו מפני נציגינו". בבסיס ההצדקה עומדת הטענה כי הציבור לעיתים שוגה בבחירת נציגיו או לחילופין קיים חשש שמא הנציג יפעל מתוך שיקולים קצרי טווח לשם ריצוי הציבור (פופוליזם בלע"ז). הכנסת 'חלשה' והממשלה 'חזקה' – או להפך, תלוי מי בשלטון. ולכן, כדי למנוע "ניצול לרעה של הסמכות המכוננת" – עולה הצורך במבוגר אחראי, בדמות בית המשפט העליון, שיכריע כאשר השלטון הנבחר אינו מיישם את "רצון הציבור" או חותר תחת "עקרונות יסוד של השיטה". קל וחומר כאשר הוא פוגע בזכויות הפרט או זכויות המיעוט.

הצדקה זו עומדת מול מספר שאלות המקהות את הטענה כי לשופטים יתרון מוסרי על פני נציגי הציבור: הראשונה, מנין לשופטים מהו "רצון הציבור" או כיצד נכון ליישם את "עקרונות היסוד"? האם בחירת נציגים אינה דרך טובה יותר לשם כך? שנית, השופטים, כמו שאר בני האדם, בעלי תפיסות פוליטיות מגובשות. רבות מן "השאלות הקשות" המגיעות לבית המשפט העליון נתונות למחלוקת פוליטית כאשר להן יותר מתשובה אחת נכונה. אם כן, מהי סגולת השופטים להכרעה בניהן יותר מכל נציג ציבור אחר? שלישית, גם אם השופטים יודעים טוב מנציגי הציבור מהו רצונו של הציבור או כיצד ראוי ליישם את עקרונות היסוד – האם זו הדרך להכריע בסוגיות הנתונות במחלוקת במדינה דמוקרטית? מסופקני.

אפשר למקד את המחלוקת בשאלה – מי ראוי לשמש בתור המבוגר האחראי במדינה הדמוקרטית-ליברלית: הרשות השופטת ובתוכה בית המשפט העליון או הרשות המחוקקת, קרי נציגי הציבור? מנקודת מבט חשדנית החרדה לזכויותיו של הפרט התשובה היא אף אחת מהן. ובכל זאת, האם אין חשש ל"עריצות הרוב" על חשבון "זכויות המיעוט", ובכך להצדיק את העליונות השיפוטית על פני הרשות המחוקקת?

תשובה לשאלה זו תלויה בהיקף האמונה במוסר השופטים אל מול מוסר נציגי הציבור. כאמור מחנה אחד משליך את כל יהבו על המשפטנים ובראשם בית המשפט העליון, בעוד המחנה האחר אינו סומך על אף רשות שלטונית.

מבט מעמיק יותר על ההבדל בין תפיסות העולם הללו מעניק לנו תומס סואל בספרו **עימות בין השקפות**, שמצביע על שתי השקפות מנוגדות למהות האדם

<sup>14</sup> גדעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד פרק חמישי (2010).

ואופן תפקודה של החברה האנושית.<sup>15</sup> השקפה אחת, אותה הוא מכנה 'השקפה לא-גדורה', רואה את האדם כיצור גמיש ובעל פוטנציאל גבוה, ולרוב בלתי מנוצל, להשתכלל ולשפר את עצמו ואת זולתו. השקפה שנייה, אותה הוא מכנה 'השקפה גדורה', תופשת את האדם כבעל אופי מוגבל ולכן ניתן לשפרו, אם בכלל, רק לאורך דורות, וכיצור שמאמציו לתקן את החברה מחטיאים לרוב את מטרותיו, ואף הישגיו הממשיים נתונים לערעור.

**ההשקפה הלא-גדורה**, בלשונו של סואל, היא תפיסה לפיה "האדם מסוגל לחוש במישרין שצורכי זולתו חשובים מצרכיו שלו, ומתוך כך הוא מסוגל לפעול בעקיבות ללא משוא פנים, אפילו כאשר האינטרסים שלו או של משפחתו מעורבים בדבר". לאדם פוטנציאל, גם אם לא ממומש בפועל, להועיל לאחרים, ולכן יש להקצות משאבים ולרכז מאמצים כדי להניע את הבריות לעשות את הדבר הנכון בגלל שהוא נכון, ולא בעבור שכר כלשהו. ההשקפה הלא-גדורה אינה מאמינה רק בטוב ליבו של האדם אלא גם בתבונתו של האדם והידע האנושי. הדגש הוא על "האדם המשכיל", הפרט המסוגל מתוך מחשבה עמוקה להשיג אמיתות כלליות לאנושות ולחברה הפוליטית בה הוא חי (להלן: אינטלקטואל-אידיאליסט). לעומת זאת, חוכמת הדורות וחוכמת הרבים הן אשליות של עמי-ארצות. השקפה זו – המטילה ספק במוסדות אנושיים, חברתיים או פוליטיים שהתגבשו במהלך הדורות – מבכרת את תבונתו ומוסריותו של הפרט העומדות לצידו בהגשמת ייעודו. ולכן רואה באותם אידיאליסטים בעלי השכלה גבוהה בחברה בתור "חלוצים העוברים לפני המחנה בגילוי האמת".<sup>16</sup>

החידוש בהשקפה זו היא שאין צורך כי כל הבריות יגיעו באופן אישי וספונטני לרמה גבוהה של יכולות אינטלקטואליות ומוסריות. אדרבא, רק החלוצים בתחומים אלו יקדימו באופן ניכר את בני דורם, ויקדמו אותם אל רמות גבוהות יותר של הבנה ומעשה. בהתאם לכך, הללו הופכים להיות "ממלאי מקום לעניין קבלת החלטות, עד לאותה התקדמות סופית של האנושות לנקודה שבה יוכלו הכל לקבל החלטות חברתיות". לפיכך, השקפה זו רואה בעין טובה נטילת "אחריות חברתית" המקדמת אידיאליים לטובת החברה ומשקיעה משאבים הנחוצים לרווחת הכלל. הדבר נכון, ואולי ביתר שאת, לנושאי המשרה השלטונית – ובישראל "המשפטנים הציבוריים" – להם השפעה רחבה יותר על המדיניות הציבורית.

יותר מכך, הבלמים והאיזונים החוקתיים – שנוצרו בתהליך בין-דורי ועל בסיס פשרות בין חלקי האוכלוסייה האזרחית – עשויים לעתים לשמש מכשול לפתרון הראוי. ככל שאותו אינטלקטואל-אידיאליסט שוקד על ניסוח ויישום הערכים הנעלים ביותר וממציא פתרונות טובים ביותר, המוסדות החוקתיים והפוליטיים עשויים להיות מיותרים ואף לשמש מעמסה על שיפור רווחת הבריות. השקפה זו מדרבנת את הטובים ביותר לשמש בתור הגורמים המכריעים בקידומה של טובת הכלל, ומעודדת כי סמכויות קבלת החלטות יהיו תחת השפעתם של אלו שניתנו בחוכמה ובמידות הטובות הדרושות לקידום החברה.<sup>17</sup>

**ההשקפה הגדורה**, בלשונו של סואל, היא תפיסה הרואה את "בני האדם בתור יצורים מוגבלים באופן טרגי, שאת יצריהם האנוכיים והמסוכנים אפשר לרסן רק

<sup>15</sup> ראו THOMAS SOWELL, A CONFLICT OF VISIONS: IDEOLOGICAL ORIGINS OF POLITICAL STRUGGLES (1987). הפניות להלן יהיו לגרסה העברית: תומס סואל עימות בין השקפות: המקורות האידיאולוגיים למאבקים פוליטיים (אהרן אמיר מתרגם 2001).

<sup>16</sup> שם, בעמ' 59 (סואל, מצטט מדברי ויליאם גודוויין).

<sup>17</sup> שם, בעמ' 142–143.

באמצעות תחבולות חברתיות, שהן עצמן מניבות תוצאות לוואי אומללות".<sup>18</sup> לפי השקפה זו אין 'פתרון' ממשי לבעיות האדם, ובכללם לאתגרים הפוליטיים, אלא לכל היותר ישנה מערכת תמריצים מוסריים בדמות עסקת חליפין (או 'חליפין לשם פשרה' כהגדרתו של סואל) אשר לכל תועלת בהם ישנה עלות בצידה. לפיכך, המוסדות הפוליטיים אינם אלא אמצעים – או כלשונו של סואל 'תחבולות המניבות תוצאות לוואי אומללות' – בניסיון להתמודד עם יצר לב האדם הרע מנעוריו. לפי זה, המוסדות הפוליטיים אינם 'פתרון קסם' לבעיות במסגרת הפוליטית אלא משמשים כמעין 'פשרה בדיעבד' לעידוד האזרח לנקוט בפעולות שלא תזקנה לסביבתו הפוליטית. השקפה זו אינה קטנת אמונה רק ביחס לאופיו של האדם וביחס למוסדות הפוליטיים בהם הוא משמש, אלא גם ביחס ליכולותיו השכליות – "בורות הכרחית וחסרת תקנה אצלם כולם", כלשונו של פרידריך האייק. דבר זה נכון ביחס להמונים וביחס למומחה היחיד. אין בנמצא אדם המחזיק בידע שלם של הנתונים הנדרשים לגיבוש החלטה מושכלת לשם תפקודה של המדינה. זו אשליה לחשוב "שכל העובדות הרלבנטיות ידועות לאיזה מוח אחד". בסופו של דבר, אין ביכולתו של האדם להתמודד בהצלחה עם כל הסיכונים העצומים הכרוכים בהתוויית תוכנית שלמה למערכת מדינית כלשהי, ואין בידי היכולת לקבוע בכל מקרה נתון מהי ההחלטה המדינית או החברתית הנכונה, ויהיה כן ובעל רצון טוב ככל שיהיה.<sup>19</sup>

הספקנות בחוכמתו ובמוסריותו של אותו אינטלקטואל-אידיאליסט מובילה השקפה זו לפקפק גם בתוכניות מתוכננות מראש לפתרון בעיותיה של החברה והמדינה. תחת זאת, השקפה זו מעודדת את העוסקים בהגשמת המדיניות הציבורית להתקדם באופן זהיר, עקב בצד אגודל, תוך הסתמכות על החוכמה הקיבוצית של בני מדינתם, המפיקה תוצרים פוליטיים המבוססים על תהליכים חברתיים שהתפתחו לאורך השנים במסגרת תמריצים ויחסי גומלין בין הגורמים השונים במערכת החברתית או הפוליטית. אין ערובה כי הללו מעניקים פתרון טוב לאתגר הפוליטי, אולם החלופה – בדמות קבלת החלטות פוליטיות עצמאיות בידי בני אדם אחדים – גרועה יותר. נושא המשרה השלטונית, כמו השופט, נדרש להיות נאמן להגדרת תפקידו תוך הישענות על החוקה והחוק – אותם תוצרים פוליטיים המגשימים את ההון הציבורי-ניסיוני שמבוסס על ניסיון העבר והסכמות ציבוריות ופוליטיות. כאמור, אין פתרון מושלם לאתגרים החברתיים והפוליטיים במדינה אלא פשרות הנוצרות באמצעות שיח רעיוני בין האזרחים המתורגם להסכמות והכרעות פוליטיות.

באיזו עמדה לדעתכם נוקטים אלו המבקשים להעניק לשופטים סמכות לבטל חוקי יסוד? באותו עניין, האם אותם אלו שמכתירים את בית המשפט העליון בתור מוסד עליון על הרשויות הנבחרות – ימשיכו לתמוך בו כאשר ישנה את פניו ואת תפיסותיו? מספיק להביט על פסיקות בית המשפט העליון בארצות הברית בשנת 2023 בעניין Dobbs v. Jackson, בעניין Creative v. Elenis, בעניין Biden v. Nebraska ובעניין Students for Fair Admissions v. Harvard כדי ללמוד על רשות שופטת שמשנה את פניה.<sup>20</sup> הרי הפה שאסר הוא הפה שיתיר, ואלו שמכתירים את בית המשפט העליון על המדינה הדמוקרטית יקומו לבוקר שבו יגלו כי ויתרו על ריבונותם וחירותם בקלות מדי.

<sup>18</sup> שם, בעמ' 28.

<sup>19</sup> שם, בעמ' 51, 75.

<sup>20</sup> לניתוח פס"ד בעניין Creative v. Elenis, ראו: יעקב בן-שמשי "מתווה גורסן" – כיצד ראוי לאזן בין הזכות לחופש ביטוי ובין הזכות לשוויון?" רשות הרבים (23.7.2023).



#### ד. שופטי בית המשפט העליון – טובים אך לא מושלמים

שופטי בית המשפט העליון לדורותיהם ביקשו לעשות טוב לעמם ולמדינתם – לפחות רובם. אלא שעובדה זו נכונה גם ביחס לנציגי הציבור – לפחות רובם. אלו ואלו לפעמים צודקים ולפעמים טועים – ההבדל הוא שהנציגים השוגים ניתנים להחלפה לאחר תקופה מוגדרת, שופטי עליון שוגים לא ניתן להחליפם. רק להמתין שיפרשו בעיתם.

לצורך הדיון, דמיינו כי ביום מן הימים יישבו בבית המשפט העליון שופטים שצבינה של מדינת ישראל בתור מדינה יהודית, דמוקרטית וליברלית אינו עולה בקנה אחד עם תפיסת עולמם האישית. מה ימנע מהם לבטל חוקים או חוקי יסוד או לפרשם בהתאם לאתוס אנטייהודי, אנטידמוקרטי או אנטיליברלי? במצב הדברים הקיים, שום דבר.

גם טרם נדרש לתרחיש דיסטופי ראוי לתהות: מניין לנו שהשופטים בעתיד יגנו על זכויות הפרט או זכויות המיעוט ולא יגנו על האינטרסים של קבוצת הייחוס הפוליטית שלהם? ולצד זה, מה במקרים שאינם עוסקים במתח שבין רוב ובין מיעוט, והתשובה אינה מזומנת מאליה בחקיקה – האם גם אז ראוי שהשופטים יכריעו בסוגיות פוליטיות? הטענה, כי יש להעניק את זכות "המילה האחרונה" בידי מיעוט שופטים שאינו נבחר בידי הציבור ואינו ניתן להחלפה מתוך חשש לפגיעה בזכויות המיעוט דומה בעיניי כהמלצה לאדם שמבקש להתאבד מקומה שנייה – שיעלה ויתאבד מקומה חמישית. חשש מפני "עריצות הרוב" אינו נפתר על ידי "עריצות המיעוט", ולכן אין להעביר את ריבונות הציבור לידי קבוצת שופטים שאינם נבחרו ציבור – גם אם הם חכמים וטובים. במקרים בהם נדרשת הכרעה בינרית – הכרעה לטובת המיעוט משמעותה "עריצות המיעוט", והיא גרועה לאין ערוך מ"עריצות הרוב".

גם אם ננקוט בקו המחשבה שהמיעוט תמיד נדרש להגנה, הרי שהטענה המפורסמת "מי יציל את הג'ינג'ים מפני עריצות הרוב?" צריכה להיענות בשאלה "ומי יציל את הג'ינג'ים מפני עריצות המיעוט?".

היום, במקרה, יושבים בבית המשפט כאלו שמגנים על הג'ינג'ים. מחר יתמנו לבית המשפט כאלו שיכריעו להפך. הרי הפה שאסר הוא הפה שיתיר, ואנחנו עלולים להיות ללא דמוקרטיה וללא ליברליזם. וגם כאן חשוב להדגיש: לרשות השופטת תפקיד קריטי במדינה דמוקרטית והוא להכריע בסכסוכים אזרחיים שונים בין אדם לרעהו ולברר את תחולתו של החוק הפלילי על הנאשם תוך שמירה על תקינות ההליך השיפוטי. גם במישור הציבורי תפקידה חשוב – להאיר את הפינות האפלות בהן השלטון נכשל בתפקידו השלטוני או פוגע בשרירותיות בזכויותיו של הפרט. כך פעל בית המשפט הישראלי עוד טרם "המהפכה החוקתית הראשונה", כאשר סייע להגן על זכויות הפרט, למשל בבג"ץ בז'רנו (1949), בבג"ץ שייב (1951) ובבג"ץ קול העם (1953).<sup>21</sup> בית המשפט גם פיקח שחקיקת החוקים תעשנה לפי הכללים – ולא לפי ערכים – כמו שפסק בבג"ץ ברגמן (1969).<sup>22</sup>

חשוב לחדד, בית המשפט לא מגן על זכויות הפרט ועל ההליך הדמוקרטי מפני הציבור בישראל, אלא מסייע לו להגן על אלו. הציבור הישראלי הוא טוב מטבעו – אך גם עשוי להיכשל בקבלת החלטות, ולכן בית המשפט יכול לסייע לו כאשר

<sup>21</sup> בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399 (1951); בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

<sup>22</sup> בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693 (1969).

נציגו ברשויות הנבחרות חוטאים בהשגת הטוב. אם הרוב בישראל לא היה טוב מטבעו – החלטות בית המשפט היו חסרות תועלת. הסנטימנט הציבורי לטוב ולחירות מופנה גם כלפי בית המשפט עצמו. מרגע שהרשות השופטת צברה כוח ריבוני על חשבוננו של הציבור, התגובה הבריאה של אזרחים חפצי חירות היא כזו המבקשת להשיב אותה לגודלה הטבעי. הדרישה למנוע מבית המשפט את הסמכות לבטל חוקי יסוד אינה דרישה ליטול ממנו את כוחו לסייע לציבור להישמר מפני פגמי השלטון הנבחר. אדרבא, וכפי שארחיב בהמשך, ביקורת שיפוטית שמתריעה מפני פגיעה בערכי מדינת ישראל היא ראויה שכן מסייעת לציבור להגשים את חירותו ואהבת האדם שבו; ביקורת שיפוטית שמתעלמת מן הריבון היא פסולה משום ששופטי בית המשפט העליון אינם שליחי ציבור, ובוודאי שאינם תחליפי ציבור.

לא כך הדבר בעיני אלו שמבקשים להעניק לבית המשפט העליון סמכות לפסילת חוקי היסוד, תוך שמזהירים אותנו מפני "הרוב הדורסני": נשים מפני גברים; חילונים מפני חרדים; להט"בים מפני סטרייטים. הזהירו מפני "שד רובני גדול ומאיים" שיפגע בזכויותינו – וללא רשות שופטת עצמאית, אין מי שיגן על החלשים. הטענה הזו מתבססת על שתי הנחות שגויות: הראשונה, ההנחה שרצון הרוב הישראלי הוא פגיעה במיעוט, כאילו זו משאת נפשו – ומה שמונע ממנו להגשים את תאוותו הרובנית זה רק בית המשפט העליון. הדמוניזציה הזו חסרת תוחלת ורק פתאים מאמינים לה. הרוב בישראל מכבד את זכויות הפרט ומגן על החלש כי זה הדנ"א שלו. לא הרשות השופטת הקימה מדינה דמוקרטית שמעניקה את זכות הבחירה לכל אזרח מיום שנוסדה. לא הרשות השופטת הקימה עמותות חסד הגומלות חסדים לאלפים. לא הרשות השופטת מגייסת צעירים וצעירות לשיירות צבאי ולאומי כדי לתרום למען עמם ומדינתם. אומנם הרשות השופטת מסייעת לציבור הישראלי להגשים את עקרונותיו וחסדיו, אבל הציבור הישראלי הוא טוב כי הוא טוב – ולא כי הרשות השופטת פסקה לו שהוא כזה.

ההנחה השנייה, שמתכתבת עם ההנחה הראשונה, היא שבית המשפט הוא "בלם" מפני "רוע" שקיים בציבור או בנציגו. בית המשפט אינו בלם אלא רשות שלטונית נוספת שככל רשות שלטונית אחרת מבקשת להגדיל את כוחה והיקף שליטתה. זה הרציונל שבבסיס עיקרון הפרדת רשויות – רשויות שגדלות ומשתלטות מטבען ולכן כל אחת בולמת את חברתה. או לנו אם רשות אחת תגדל מעבר לגודלה הטבעי ותשתלט על האחרות – הדברים נכונים ביחס לכנסת, הדברים נכונים ביחס לממשלה, והדברים נכונים גם ביחס לרשות השופטת.

בהתאם לכך יש להזכיר שוב ושוב: בית המשפט אינו רשות נבחרת, ולכן אינו הריבון או נציגו, ולכן אין בסמכותו לבטל חוקי יסוד או לאיים על ביטולם – או כמו שעשה לאחרונה: לפרש אותם עד ריקונם מתוכן. הריבון לא העניק לו סמכות לפסילת חוק יסוד, והוא בוודאי לא רשאי להסמיך עצמו לכך, אלא אם בית המשפט מבקש ליפול לקלישה המטרידה: "מה ההבדל בין אלוהים לשופט עליון? שאלוהים לא חושב שהוא שופט עליון".

## ה. האם חוקי יסוד הם בעלי מעמד עליון – תלוי את מי שואלים ומתי?

כיצד אלו שהכתירו את חוקי היסוד בתור חוקה במהפכה החוקתית הראשונה – הם אלו שמנסחים דוקטרינות שמאפשרות לבקר את חוקי יסוד ואף לבטלם במהפכה החוקתית השנייה? מה השתנה בשנים האחרונות עד כדי כך שתומכי המהפכה החוקתית הראשונה החלו לפקפק בקיומה של חוקה בישראל ובמעמד העל-חוקתי של חוקי היסוד במסגרת המהפכה החוקתית השנייה?

התשובה לכך טמונה בבחינת התגובה המתבקשת של המתנגדים הקלאסיים למהפכה החוקתית הראשונה, אשר רובם מן הצד הימני של המפה הפוליטית. הללו ביקשו לצמצם את הסמכות שנטל לעצמו בית המשפט כדי לקדם ערכים ספציפיים שלא בדרך המוסדות הנבחרים, אלא שברבות השנים הבינו כי שינוי מוסדי רדיקלי אינו פתרון מצוי. לפיכך, במקום להמשיך ולהתנגד לקיומה של חוקה – או למעמד העליון שהעניק בית המשפט לחוקי היסוד – הפנימו הללו את כללי המשחק שנקבעו על ידי בית המשפט העליון ותומכיו ועשה שימוש מושכל בהם. במהלך "הפסקה חוקתית" שארכה 22 שנים, בהן לא נחקקו חוקי יסוד, המערכת הפוליטית הפגימה את המשמעות החוקתית, הציבור נחשף יותר ויותר למאבק הכוחות (הבריא) במדינה הדמוקרטית, ורק אז המשיכה הרשות המכוננת בפרויקט החוקתי וניסתה שני חוקי יסוד שקשה להפריז בחשיבותם. שני חוקי יסוד שמעגנים את עקרונות היסוד הבסיסיים והמרכזיים ביותר של מדינת ישראל: יהודית (חוקי-יסוד: ישראל – מדינת האום של העם היהודי, בשנת 2018) ודמוקרטית (חוקי-יסוד: משאל עם, בשנת 2014). דווקא אלו שהתנגדו עד אז להכיר בחוקי היסוד בתור חוקה המעגנת את עקרונות היסוד של המדינה – הפכו לתומכים נלהבים בפרדיגמה החוקתית שהומצאה במהפכה החוקתית הראשונה. לעומתם, התומכים הקלאסיים במהפכה החוקתית הראשונה נכנסו למלכוד, תוך מבוכה מול השימוש המתוחכם שעשו נבחרו הציבור בכללי המשחק החוקתיים שהומצאו על ידם.

אם כן, כיצד יוצאים מן המלכוד? לכך נדרשת אסטרטגיה חדשה ומשולבת: טקטיקה אחת, פקפוק זוחל ביחס להכרה בחוקי היסוד בתור חוקה. טקטיקה שניה, פיתוח דוקטרינות שישאירו את המילה האחרונה או סמכות ההכרעה הערכית בידי המשפטנים הציבוריים בדמות "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" ר"שימוש לרעה בסמכות המכוננת". במילים אחרות, אם תשאלו היום את תומכי המהפכה החוקתית הראשונה אם ישנה חוקה בישראל, תגובתם מורכבת משתי תשובות: כן – חוקי היסוד שנחקקו בשנת 1992 הם חוקה, או לפחות בעלי מעמד חוקתי על-חוקי, שבשם ניתן לבטל את חוקי הכנסת, ולא – חוקי היסוד מהשנים האחרונות אינם חוקה – שכן מעליהם ישנם ערכים חשובים יותר, שהגדרתם אינה נתונה לציבור ולנציגיו אלא רק לשופטים ובסמכותם לרוקנם מתוכן ואף לבטלם.

לטענה כזו יש טעם לפגם כי היא מצדיקה את עליונות הערכים אשר "נכונים" בעיני בית המשפט העליון (ובעיני אלו שמנווטים אותו) תוך הפרת העקרונות הדמוקרטיים של שלטון החוק ושלטון הרוב. אם תרצו, הנה לכם דוקטרינות משפטיות שמבטאות את האבסורד, כמו "שימוש לרעה בסמכות השפיטה", או "ביקורת שיפוטית שאינה חוקתית".

## 1. הצעה לקראת סיום

יישאלו, ובצדק, התומכים בביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, מה אם כן האלטרנטיבה. מה אם המחוקק – בכובעו כמכונן – ינצל לרעה את סמכותו או יתקן תיקונים חוקתיים שסותרים את ערכי מדינת ישראל בתור יהודית ודמוקרטית?

תשובתי מתחלקת לשני חלקים. חלק ראשון – מסגור השאלה מעיד על חוסר אמון ברשויות השלטון, ולכן נכון לשאול את השאלה גם ביחס הפוך: מה יקרה אם בית המשפט ינצל לרעה את סמכותו לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד ויבטל, למשל, את סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת שעוסק בעיקרון הבחירות בישראל בטענה שביטולה הוא קיומה? (ומי שמתקשה להבין כיצד ביטול הדמוקרטיה הוא קיומה של הדמוקרטיה – מזדהה גם עם הקושי שלי כלפי הטענה שנטילת זכות "המילה האחרונה" מן הציבור ומנציגיו היא פעולה שמצילה את הדמוקרטיה. מבולבלים? גם אני).

החשש מפני רשות מכוננת שחוטאת לעקרונות המדינה היהודית והדמוקרטית הוא אמיתי אבל אינו חד סטרי, ולכן הפגתו אינה באמצעות נטילת הריבונות מן הציבור והעברתו לרשות שלטונית שאינה נבחרת.

חלק שני של תשובתי היא הצעה לפתרון שמבוססת על העובדה ששופטים הם פוליטיקאים לכל דבר ועניין, או כפי שניסחתי את תפקיד השופט במקום אחר: "שחקן פוליטי בעל כישורים ייחודיים".<sup>23</sup> בית המשפט העליון יכול באמצעות החלטותיו להצביע על הפגמים ולשמש זרז לדיון ציבורי שיש לקיים סביב השימוש שנעשה בחוקי היסוד. אך בגלל שגם להם, כמו כל פוליטיקאי, יש תפיסה ערכית תרבותית מסוימת, לא ראוי שפסיקתם תהא "המילה האחרונה" אלא רק שלב בדיאלוג עם המערכת הפוליטית והצעה לשנות את המערך החוקתי הקיים. כיצד?

ניתן למשל לקבוע כי אם חוק יסוד מסוים מנוגד לערכי "המדינה היהודית והדמוקרטית", כפי שבית המשפט מבין ערכים אלו, יעבור תיקון חוק היסוד לאישור הציבור באמצעות משאל-עם שיתבצע בעת הבחירות. כמובן, מי שאינו רוצה שלציבור תהא את החירות לעצב את חייו ומדינתו – ידחה הצעה זו בשלל תירוצים טכניים ועקרוניים (שכבר נדחו) או שיודה שהמשטר הדמוקרטי אינו מתאים לו.

ראוי להודות כי הצעות ששואפות להשיג "תיקון עולם" מתגלות לרוב כעורבא פרח או אפילו מזיקות. שינויים מוסדיים ללא שינוי תודעתי מקדים משולים לשפיכת מים על הרצפה. ללא כלי קיבול ראוי – אי אפשר לקלוט שינוי באופן מיטבי. כך גם ההצעה למשאל-עם – אין זה פתרון קסם, אך מטרתה היא גם כדי לסייע לשופטים לשקם את מעמדם הציבורי. הזרז העיקרי לירידה ניכרת באמון הציבור ברשות השופטת הוא המהפכה החוקתית.<sup>24</sup> בית משפט שרוצה בטובת עמו ומדינתו חייב את אמון עמו ומדינתו. ההולך בראש המחנה ללא המחנה – חוטא לתפקידו. אלא שאין סיכוי לדרוש מן השופטים לרסן את עצמם כדי לבלום את הפגיעה באמון הציבור. מרגע שהכוח בידם – הפיתוי גדול מדי לעשות בו שימוש. בעוד שכוחם של נציגי הציבור מוגבל כיוון שניתן להחליפם בבחירות, הרי שהשופטים נעדרים מנגנוני ריסון אפקטיביים, זולת "אמון הציבור". זו גם נדרשת להיות המטרה

<sup>23</sup> ראו: שאל שארף "שופט פוליטי בחברה דמוקרטית" מאזני משפט יד 171 (2021).

<sup>24</sup> אהרן גרבר ויהונתן גבעתי "כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט" רשות הרבים (9.11.2022).

המרכזית של בית המשפט העליון בשנים הקרובות: שיקום אמון הציבור ברשות השופטת.

מלבד הלגיטימיות הנפסדת של בית המשפט העליון, המפסיד העיקרי הוא הציבור. במקום שהציבור יאזין לשופטיו, הרוצים בטובתו, ויאמץ את פסיקותיו הטובות – הציבור דוחה אותן על הסף בטענה, כי הללו שולטים ללא לגיטימיות וללא יכולת החלפה. בהתאם לכך, הצעתי היא רק פשרה כואבת בעת משבר כדי לשקם מעט את חוסר האמון כלפי הרשות השופטת וכדי להנמיך את גובה הלהבות ששורפות את הסולידריות בחברה הישראלית.

ורק בקשה אחת לקראת השנה החדשה: תדונו, תתווכחו, תכעסו ותפגינו. אל תקללו, אל תשפילו, אל תחרימו ואל תהרסו. מי שטוב בליבו – רוצה טוב ועושה טוב.

ציטוט מוצע: שאול שארף "מחשבות על בית המשפט העליון" רשות הרבים  
(15.9.2023).