

# ישראל כיוריסטוקרטיה

מאת

משה כהן־אליה\*

## פתיחה

בתחילת 2024 ובעיצומה של המלחמה בעזה, בית המשפט העליון הישראלי פרסם את פסק הדין החשוב ביותר בתולדותיו.<sup>1</sup> ברוב דחוק של 8 מול 7 שופטים פסל בית המשפט העליון את התיקון החוקתי לחוק יסוד: השפיטה, שמנע את תחולת עילת העדר הסבירות על החלטות של שרים ושל ממשלת ישראל בטענה של פגיעה קיצונית וחמורה בערכיה היהודים והדמוקרטים של מדינת ישראל. פסק הדין הזה מהווה נקודת שיא באקטיביזם שיפוטי בקנה מידה עולמי. במקרים הבודדים שבהם בוטל תיקון חוקתי מבלי שבית המשפט הוסמך לכך בחוקה עצמה, כמו בהודו, בנגלדש וסלובקיה, התיקונים החוקתיים שנפסלו נגעו בנושא רגיש במיוחד – בחירת שופטים או הדחתם. ואילו פסילת התיקון החוקתי בישראל נגעה לעילה מתחום המשפט המינהלי, שבעולם נעשה בה שימוש רק במקרים נדירים ביותר.

\* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. מאמר זה הוא הגרסה העברית למאמר Israel's Juristocracy שפורסם בלוג Law & Liberty ביום 4.3.2024.

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: בג"ץ עילת הסבירות).

כיצד אם כן ניתן להסביר צעד כה חסר תקדים מצד שופטי הרוב של בית המשפט העליון הישראלי?

## א. בית משפט משרת הגמוניה

בתחילת שנות האלפיים פרופ' רן הירשל, חוקר מוביל בתחום המשפט החוקתי ההשוואתי, תיאר תהליכים שבהם כוחות רבים עוברים מן המוסדות הייצוגיים לבתי המשפט במדינות המשפט המקובל.<sup>2</sup> לטענתו, העברת הכוחות לבתי המשפט באה לשרת הגמוניה שמצויה בירידה דמוגרפית, ומבקשת להגן על האינטרסים שלה באמצעות בתי משפט, ששם יש לה ייצוג בולט יותר. הירשל מציין כי המקרה הישראלי הוא המקרה הפרדיגמטי והמובהק ביותר של תהליכים כאלה. כדי להבין את המשמעות של הפסיקה ההיפר-אקטיביסטית של בית המשפט העליון הישראלי בעניין הסבירות, צריך למקם אותה בתוך מאבק סוציולוגי בישראל בין קבוצות על הגמוניה.

מדינת ישראל הוקמה בעיקר על ידי חלוצים שהגיעו ממדינות מזרח אירופה. בעשורים הראשונים לקיומה, ההגמוניה של הקבוצה האשכנזית-חילונית לא הייתה מוטלת בספק. ואולם הבחירות בשנת 1977, שבהן ההגמוניה האשכנזית-חילונית נחלה תבוסה, היו נקודת מפנה. שינויים דמוגרפיים בישראל הובילו לגידול בקבוצות דתיות ומסורתיות יותר על חשבון ההגמוניה האשכנזית-חילונית. הדרך להגן על האינטרסים של אותה קבוצה הייתה להעביר כוח פוליטי למוסדות שבהם יש לקבוצה ההגמונית לשעבר שליטה כמעט מלאה.<sup>3</sup>

2 Ran Hirschl, *The Struggle for Hegemony: Understanding Judicial Empowerment Through Constitutionalization in Culturally Divided Polities*, 36 Stan. J Int'l L. 73 (2000); Ran Hirschl, *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions* 25 Law & Soc. Inquiry 91 (2000); Ran Hirschl, *Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective*, 34 U. Rich. L. Rev. 415 (2000); Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*, 21-24, 50-74 (2004); Ran Hirschl, *Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales*, 82 Tex. L. Rev. 1819, 1833-1847 (2004).

3 הרחיב על כך במאמריו ובספריו מנחם מאוטנר. ראו: מנחם מאוטנר *משפט ותרבות*

וכך, לאחר התבוסה בבחירות של 1977 ומספר ימים לפני הקמת ממשלת הימין, החליטה ממשלת המעבר של השמאל לחזק את מעמדה של הוועדה לתקצוב במועצה להשכלה גבוהה על־ידי הענקת אוטונומיה בהקצאת משאבים למועצה להשכלה הגבוהה, וזאת מתוך הנחה שלקבוצה ההגמונית לשעבר יש שליטה באוניברסיטאות.<sup>4</sup>

דרך נוספת להגן על האינטרסים של ההגמוניה המצויה בדעיכה דמוגרפית היתה לפעול במלוא המרץ לשריון זכויות חוקתיות, שמשרתות בעיקר את הקבוצה הגמונית, וזאת באמצעות חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992. גם כאן פעלה קואליציה חוצת מפלגות של הגמוניה אשכנזית־חילונית־ליברלית שבירידה, כדי להבטיח שריון חוקתי לזכויות, שמקדמות את האינטרסים ואת סולם הערכים של אותה קבוצה.<sup>5</sup> לישראל אומנם אין חוקה פורמלית שלמה, אבל בית המשפט ראה בחוק היסוד הזה מסמך חוקתי, ובחן לאורו מאות חוקים, תקנות והוראות מנהל ופסל מכוחו עד כה עשרות חוקים שסותרים ערכים המעוגנים בו וערכים שבית המשפט קרא לתוכו. הקבוצה ההגמונית הזו פעלה ללא לאות לשמירה על אמות מידה "מקצועיות" ולא "פוליטיות" לצורך בחירת שופטים לבית המשפט העליון, מתוך הנחה שתחת הכסות של המקצועיות ניתן היה להבטיח קידום ערכים שמזוהים את הבורגנות הפרופסיונלית, שמאפיינת אותה.<sup>6</sup>

הצורך הפוליטי של ההגמוניה בירידה פגש את השופט אהרן ברק, שופט

16-29 (2009). מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 218-225 (2009); מנחם מאוטנר "המשפט הישראלי: העשור הרביעי" בתי־המשפט - חמישים שנות שפיטה בישראל 132 - 139 (הוצאת הנהלת בתי־המשפט, 1999). ראו גם מנחם מאוטנר "המשפט הישראלי בחברה רב־תרבותית" שלטון החוק בחברה מקוטבת 27, 43 (1999): "הן באמצעות האקטיביזם הגורף שלו והן באמצעות ניסיונו להשתתף בקביעת דמותה הערכית של המדינה נטל בית המשפט העליון חלק פעיל במאבק הפוסט־הגמוני של עיצוב דמותה של ישראל, שהחל מתחילת סוף שנות ה־80. בית המשפט 'תפס צד'. הוא פעל באופן המזוהה בכירור עם הקבוצה החילונית המבקשת לשמר ולחזק את זיקתה של ישראל לליברליזם המערבי".

4 ראו החלטת ממשלת המעבר מס' 666 מיום 6 ביוני 1977.

5 ראו גדעון ספיר המפכה החוקתית - עבר, הווה ועתיד 80 (2010) בתת־פרק "מהלך משותף של אליטות ישנות".

6 ראו שאול שארף "שופט פוליטי בחברה דמוקרטית" מאזני משפט יד 171, 184-186 (2021).

כריזמטי שהרחיב מאוד את מקום המשפט בחברה הישראלית. כך הציג ברק בשנת 1976, עוד לפני מינויו לבית המשפט העליון, את תפיסת עולמו בנוגע לתפקיד המשפט, השופטים והמשפטנים:

”כמשפטנים, איננו מוגבלים לפירושו ולהפעלתו של הדין הקיים. אנחנו חוד החנית בשאיפה לדין רצוי יותר, וטוב יותר [...] אנחנו הארכיטקטים של השינוי החברתי. לנו הכישורים לבנות שיטה משפטית טובה יותר, צודקת יותר. אנחנו איננו רואים את תפקידנו מוגבל לטכנאות משפט. אנחנו רואים את תפקידנו ככולל את המדינאות המשפטית”<sup>7</sup>.

## ב. שלושה גלים יוריסטוקרטיים

עם כניסתו לבית המשפט העליון בסוף שנות השבעים, השופט ברק והשופטים שבאו לאחריה פעלו במרץ כדי להרחיב את סמכויות בית המשפט העליון, וזאת בשלושה גלים:

הגל הראשון, שקרם עור וגידים בשנות השמונים, כלל פרשנות שמתרחקת מהטקסט ומעבירה את המוקד לפרשנות תכליתית “אובייקטיבית”, ומחיקת חסמים פרוצדורליים לפנייה לבית המשפט העליון – כמו שפיטות וזכות עמידה.<sup>8</sup>

הגל השני הוא שלב “המהפכה החוקתית” בשנות התשעים, שבמסגרתו פורשה בהרחבה – אף מעבר לטקסט הכתוב ולכוונת חברי הכנסת – המשמעות של חוקי היסוד על זכויות האדם משנת 1992. פרשנות מרחיבה זו של “הזכות לכבוד האדם” כללה סדרה רחבה מאוד של זכויות אדם שהכנסת לא היתה מעוניינת לשריין בחוק היסוד, וסטייה מהלכות קודמות שלא ראו בחוקי היסוד מסמך חוקתי עליון על פני חקיקה רגילה.<sup>9</sup>

7 אהרן ברק “שלטון החוק” חידושים והתפתחויות בחקיקה ובמשפט 25 (קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים, התשל”ו).

8 ראו למשל, יואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, מקומו של בג”ץ בחברה הישראלית 12 (רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, 2000); שמעון נטף פרשנות החקיקה בישראל פרק 2 (2023).

9 ראו ספיר, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 59-111.

הגל השלישי הגיע לאחר פרישתו של ברק מבית המשפט העליון. הנשיאה חיות – ממשיכת דרכו של הנשיא ברק – הרחיבה עוד יותר את סמכותו הפוליטית של בית המשפט העליון, כך שבסמכותו לפסול תיקונים חוקתיים שלשיטת השופטים הכנסת עושה בהם שימוש לרעה בסמכותה המכוננת או כאשר התוכן של התיקון החוקתי מנוגד לערכים כפי שהשופטים מגדירים בתור "גרעין הערכים היהודיים והדמוקרטיים"<sup>10</sup>.

הפסילה של התיקון החוקתי משנת 2023, שצמצם את תחולת עילת הסבירות כך שהיא לא תחול על החלטות של שרים ושל הממשלה, היא נקודת שיא בתהליכים אלו. עילת חוסר הסבירות היא עילה מתחום המשפט המינהלי, שכמעט ולא נעשה בה שימוש בשום מדינה דמוקרטית אחרת בעולם. במדינות המשפט המקובל, שמדינת ישראל היא חלק ממנו, חל מבחן *Wednesbury* שמאפשר לבית המשפט להתערב בהחלטה שלטונית, if it is so unreasonable that no reasonable person acting reasonably could have made it.<sup>11</sup> אהרן ברק בשנות השמונים הרחיב מאוד את מבחן הסבירות והפך אותו ל"סבירות מאזנת", כלומר למתן כוח לשופטים להחליף את שיקול הדעת של מקבלי ההחלטות במקרים שבהם לדעת השופט לא ניתן משקל ראוי לאחד השיקולים.<sup>12</sup> הרחבה רדיקלית כזו של עילת הסבירות היא חריגה בכל קנה מידה השוואתי בעולם, והיא מצטרפת לכוחות הבלתי רגילים שהוענקו למערך הייעוץ המשפטי בישראל. ברק עוד בשנות ה־90 קבע בפסיקתו, מבלי להסתמך על תקדימים קודמים, כי הממשלה מחויבת לציית להנחיות של היועץ המשפטי לממשלה.<sup>13</sup> השילוב בין הסבירות האזונית לבין הכוחות חסרי התקדים שבית המשפט העליון העניק לייעוץ המשפטי לממשלה, יצרו

10 בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, בפסק־דינה של השופטת חיות (אר"ש 23.05.2021); בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, בפסק־דינה של השופטת חיות (אר"ש 8.6.2021) (להלן: בג"ץ חסון).

11 *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* (1948) 1 KB 223.

12 בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, לה (1) 421 (1980).

13 בג"ץ 1635/90 ז'רז'ובסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה (1) 801 (1991); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז (5) 427 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז (5) 474 (1993).

אנומליה דמוקרטית חריפה בישראל. למעשה, "המילה האחרונה" בכל עניין פוליטי היא של המשפטנים הציבוריים בישראל: בית המשפט העליון ומעריך הייעוץ המשפטי.

## ג. ההניעה למשטר יוריסטוקרטי

אין תקדים בעולם למערכת משפטית שמחזיקה בכוח פוליטי כה רב, ללא כל הסמכה מפורשת או לגיטימציה של העם. במשך כארבעים שנה, בהן ההגמוניה החילונית־אשכנזית דועכת דמוגרפית, הועצם כוחו הפוליטי של בית המשפט העליון וזכה לתמיכה בעיקר מצד חוגי השמאל, שמרבית מהם הגיעו מאותה קבוצה הגמונית. בנוסף, בית המשפט העליון זכה לתמיכה מצד הביורוקרטיה, ההון הגדול, הצבא, האקדמיה, תקשורת המיינסטרים, ומוסדות נוספים בישראל שבהם יש שליטה להגמוניה הישנה. כתוצאה מכך, הקבוצות המזוהות עם הימין בישראל: הדתיים, החרדים, והמזרחים המסורתיים, איבדו אמון בבית המשפט העליון. מדד הדמוקרטיה הישראלית של שנת 2022 חושף נתונים מטרידים: בעוד של־84 אחוזים מתומכי מפלגות השמאל יש אמון בבית המשפט העליון, רק ל־26 אחוזים מתומכי מפלגות הימין יש אמון בו.<sup>14</sup>

בעקבות הירידה הדרמטית באמון הציבור הימני בבית המשפט העליון, בתחילת 2023 פעלו מפלגות הימין במהלך כפול: מצד אחד, לצמצם את הכוחות של בית המשפט העליון ומצד שני לשנות את הרכב הוועדה לבחירת שופטים, כך שתהיה שליטה לממשלה בבחירת שופטים.<sup>15</sup> מהלך זה עורר התנגדות חריפה בקרב אזרחים המשתייכים להגמוניה הישנה, וכן בקרב מוסדות שמצויים בשליטתם, כמו תקשורת המיינסטרים, האקדמיה, ההון הגדול, הצבא, והביורוקרטיה. ההתנגדות העזה הובילה את יוזמי הרפורמה לרכך אותה, ולהסתפק בצמצום עילת חוסר הסבירות, כך שהיא אומנם תמשיך לחול על כל החלטה שלטונית או מוניציפלית שפוגעת באזרחים או בזכויותיהם, אבל

14 תמר הרמן, אור ענבי, ירון קפלן ואינה אורלי ספון־ניקוב מדד הדמוקרטיה הישראלית 2022 76 (2022).

15 ראו: Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Political Polarization and Court's Partisanship: A Comparative Perspective* (manuscript with the author).

היא לא תחול על החלטות של הדרג הנבחר העליון: הממשלה והשרים. גם נוסח זה זכה להתקפות חריפות בקרב המוסדות שמצויים בשליטת ההגמוניה הישנה, והוצג כמוביל ל"דיקטטורה", למרות שכאמור אין דוגמה בעולם לשימוש כה נרחב בעיילת חוסר הסבירות, כמו בישראל. בנוסף, במסגרת המאבק של ההגמוניה הישנה, הושמעו בקרב ראשי המחאה ובקרב גנרלים לשעבר קריאות תמיכה בהפסקת התנדבות לצבא (איי־התייצבות), ואף אמירות ש"בספטמבר 2023 לא יהיה לכם צבא".<sup>16</sup>

החשש בקרב מתנגדי הרפורמה המשפטית היה ששינוי במערך הכוחות בין הכנסת ובין בית המשפט העליון יהווה את הפלטפורמה שעל יסודה יתבצע שינוי ערכי, תוך נטישת הערכים הליברלים של ישראל ומעבר לדגם של דמוקרטיה לא ליברלית. חשש זה התעצם לנוכח העובדה שבעשור האחרון מתקיימים בחלק מהדמוקרטיות בעולם תהליכים שנהוג לכנות אותן democratic backsliding. כך, ראש ממשלת הונגריה ויקטור אורבן השתלט על בית המשפט החוקתי ההונגרי, ועל מוסדות נוספים במדינה, כדי להנהיג מה שהוא כינה "דמוקרטיה לא ליברלית". תהליכים דומים התקיימו גם בפולין. החרדה בקרב ההגמוניה הישנה בישראל היתה שהתיקון של עילת חוסר הסבירות הוא רק צעד ראשון ב"שיטת הסלמי" לקראת הפיכתה של מדינת ישראל למדינה לא ליברלית, משיחית וקיצונית.

למרות שלא ניתן להקל ראש בחשש זה, נדמה שהוא צמח לממדים מופרזים בישראל. ישראל היא דמוקרטיה מיום היוסדה, ואף המוסדות הקדם־מדינתיים בה היו דמוקרטיים. על פי Economic Intelligence Unit of 2022, ישראל אף מדורגת גבוה יותר מארצות הברית במידת הדמוקרטיה שלה.<sup>17</sup> לעומת זאת, הונגריה ופולין לא היו דמוקרטיות עד 1989, והתרבות הדמוקרטית שם ממילא חלשה יותר. בנוסף, אפשר גם לחלוק על ההנחה שמעבר לממשלה שמרנית בהכרח יפגע בדמוקרטיה. עובדה היא שבפולין התקיימו לאחרונה בחירות תקינות, והיה מעבר תקין ובדרכי שלום של השלטון מהימין לשמאל, כך שכל הנראה הדמוקרטיה שם לא ממש נרקבה.

16 ראו למשל:

<https://twitter.com/ShikmaBressler/status/1696203509316698308>

17 ראו Democracy Index 2022.

לכן, נכון יותר לקרוא את פסיקת הרוב בנוגע לעילת הסבירות בישראל כמבוססת על החרדה שמדינת ישראל מצויה בשחיקה דמוקרטית, וכי בית המשפט נדרש להתערב באופן אגרסיבי כדי לבלום תהליכים אלו. מבלי לומר זאת במפורש, שופטי הרוב פעלו כ"militant court" במשקל דומה ל"militant democracy". הרעיון של דמוקרטיה מלטנטית מבוסס על עקרון שהמשפטן הגרמני Carl Schmitt כינה State of Exception – מצב דברים שבו המשפט איננו חל אלא מתקיים מאבק של כוח בין Friend and Foe.<sup>18</sup> תחושה זו מתחזקת לאור הפער הגדול שבין המשמעות האופרטיבית של צמצום עילת חוסר הסבירות (בית המשפט העליון התערב בעשור האחרון בסך הכול ב־16 מקרים בעילת חוסר סבירות החלטת שרים וממשלה, בעיקר בנוגע למינויים)<sup>19</sup> ובין הסטנדרט להתערבות בתוכנם של חוקיי־סוד, שנקבע בפסק דין מוקדם יותר בנוגע לחוקי־סוד הלאום משנת 2021. הסטנדרט להתערבות היה גבוה מאוד: רק פגיעות קיצוניות ונדירות בגרעין הערכים היהודיים והדמוקרטיים שמזעזעות את אמות הסיפים, רק במקרים כאלה יש הצדקה להתערבות.<sup>20</sup>

#### ד. ניצול הפסיקה לכינון יוריסטוקרטיה

מכיוון שקשה מאוד לשכנע שצמצום עילה טכנית, שכמעט ולא נעשה בה שימוש בעולם הדמוקרטי, מקיים את הסטנדרט הזה – שופטי הרוב התאמצו להשחיר את מנסחי התיקון ואת משמעותו של התיקון, למשל באמצעות הדגשת העובדה שלמרות שרק ב־16 מקרים בית המשפט העליון התערב בעשור האחרון בסבירות החלטות השרים והממשלה, לעילת הסבירות יש מעמד של נורמת־על שמשליטה תרבות שמונעת מראש החלטות שהשופטים סוברים שהן אינן סבירות. גם אורך פסק הדין – 738 עמודים שבתרגום

18 מונה שפותח בספר: Carl Schmitt, *Politische Theologie – Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922). לתרגום באנגלית ראו: Carl Schmitt, *Political Theology – Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (University of Chicago Press, George Schwab Ed. & trans. 2005).

19 ראו נתון זה בבג"ץ עילת הסבירות, לעיל ה"ש 1, פסקה 172 בפסק־דינה של השופטת חיות.

20 בג"ץ חסון, לעיל ה"ש 10, פסקה 28 בפסק־דינה של השופטת חיות.



לאנגלית מגיע ליותר מ־1000 עמודים, ומתחרה רק בפסקי הדין הארוכים מאוד של בית המשפט העליון ההודי – מלמד על הקושי לשכנע בביטול התיקון החוקתי. בסופו של יום, אין טקסט חוקתי שמסמיך את בית המשפט העליון לפסול תיקונים חוקתיים, ובית המשפט העליון בישראל מסתמך על פסיקות עמומות קודמות של שעוסקות ב"גילוי" של ערכים, שרק לו יש את היכולת לפרש אותם בנוגע לעתירה שקשורה לסמכויותיו הוּא. לכן לא יהיה זה מופרך להניח שהייתה כאן בחירה של שופטי הרוב בהובלת נשיאת בית המשפט העליון הפורשת לאמץ קו תקיף, ולהימנע ממהלכים של "פרשנויות מקיימות" שחלק משופטי המיעוט המתונים צידדו בהן.<sup>21</sup>

מעניין לציין גם כי בפסק הדין הזה ניתן לראות כיצד הגמוניה שבירידה מנסה to lock in את המחנה השמרני שגדל מאוד בשנים האחרונות בבית המשפט העליון הישראלי. שתיים משופטי הרוב – הנשיאה חיות והשופטת ברון – פרשו מבית המשפט העליון עוד בחודש אוקטובר 2023, ושחררו את פסקי דינן בתום הזמן הקצוב להן בדין לפרסם פסק דין בעקבות פרישה. חיות גם דחתה את הניסיונות של גורמים מתונים במערכת הפוליטית לדחות את פרסום פסק הדין עד לאחר אחת המלחמות הקשות ביותר בתולדות מדינת ישראל. וכך, המחנה ההיפּר־אקטיביסטי בהובלת הנשיאה חיות כבל את הרוב הנוכחי בבית המשפט העליון, שהוא אקטיביסטי פחות, בתקדים מונומנטלי שיש לו השלכות קשות על הדמוקרטיה הישראלית.

הכותרת בספרו של פרופ' הירשל משנת 2004 היא Towards Juristocracy.<sup>22</sup> נראה שאפשר לומר שלאחר פסק הדין של בית המשפט העליון הישראלי בעניין הסבירות, לא יהיה זה מופרך לקבוע שבתחילת 2024 ישראל עברה שינוי משטרי, והיא לא יכולה להתקרא עוד דמוקרטיה אלא יוריסטוקרטיה. הלגיטימיות של בית המשפט העליון איננה נגזרת עוד מהסכמת העם ומתוקף ריבונותו, אלא נסמכת על הסכמת קבוצות הגמוניות שחולשות על מוקדי הכוח בישראל ורוקנו באופן רדיקלי את הכוח הפוליטי של המוסדות הייצוגיים בה.

21 בג"ץ עילת הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפסק־דינים של השופטים וילנר, שטיין וכנפי־שטייניץ.

22 Hirschl, לעיל ה"ש 2.

## ה. אפילוג: בין סמכות לבין אחריות

בשולי הדברים אבל לא בשולי חשיבותם, המעבר של ישראל מדמוקרטיה ליוריסטוקרטיה מעורר שאלות קשות בנוגע לקשר שבין סמכות לבין אחריות. בשנת 2018 בית המשפט העליון דחה עתירה של ארגוני שמאל כנגד הוראות הפתיחה באש שנהגו בגבול ישראל־עזה, אבל עשה זאת רק לאחר שנציגי הפרקליטות הציגו הוראות "מחמירות" שלא תואמות את הצרכים הביטחוניים האמיתיים של ישראל.<sup>23</sup> הצורך הביטחוני של ישראל היה ביצירת אזור חיץ של קילומטר אחד בין הישובים הישראלים לבין אנשי החמאס מהצד השני של הגבול. אך השילוב שבין התרבות המשפטית בישראל לבין הלחצים הבינלאומיים הוביל לכך שאזור החיץ הזה נשחק עם השנים, עד שהגבול נפרץ ב־7 באוקטובר 2023. רק בעקבות המלחמה בעזה, ישראל מייצרת מחדש את אזור החיץ ברוחב של קילומטר אחד לפחות, שאליו לא ניתן להיכנס. כל ועדת חקירה שתוקם כדי לחקור את הסיבות לאסון של ה־7 באוקטובר תידרש לבחון גם את הכוחות האדירים והסמכויות הפוליטיות שנטלה לעצמה מערכת המשפט בשנים האחרונות, ואת הכשל האינהרנטי שתהליך זה מעורר בתחום של הנשיאה באחריות בישראל – כי האחריות צריכה לעקוב אחר הסמכות.

23 בג"ץ 3003/18 יש דין – מתנדרים לזכויות האדם נ' הרמטכ"ל (אר"ש 24.05.2018).