



עמיחי כהן

מלחמות הבג"ץ

המהפכה החוקתית
ומהפכת הנגד

תוכן העניינים

7

מבוא

חלק א יסודות: עקרונות המשטר הדמוקרטי והתנאים לקיומו

- 17 פרק א: מהי דמוקרטיה
- 28 פרק ב: דמוקרטיה ייצוגית
- 39 פרק ג: התחרות הדמוקרטית ובית המשפט
- 48 פרק ד: ההליך הדמוקרטי
- 66 פרק ה: ביזור הכוח – הפרדת הרשויות ואיזונים ובלמים
- 84 נספח: הגבלות מבניות ומוסדיות על הרשויות הפוליטיות
- 90 סיכום חלק א

חלק ב המהפכה החוקתית: התחזקות מעמדו של בית המשפט העליון בישראל – נסיבות, סיבות והשלכות

- 93 פרק ו: הוויכוח על המהפכה החוקתית
- 110 פרק ז: מי חולל את המהפכה החוקתית?
- 133 פרק ח: הגנת האזרח מפני השלטון
- 148 פרק ט: ההגנה על מיעוטים
- 164 פרק י: קבוצות אינטרס וההליך הפוליטי
- 183 פרק יא: ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת
- 206 פרק יב: בית המשפט והשטחים
- 221 סיכום חלק ב

חלק ג מהפכה שכנגד: בין פופוליזם לדמוקרטיה

- 225 פרק יג: מבוא לפופוליזם

245	פרק יד: הפופוליזם בישראל
264	פרק טו: הפופוליזם ובית המשפט: פסילה או פשרה
274	סיכום חלק ג
חלק ד מחלוקות נושנות והסדרים חדשים	
277	הקדמה
280	פרק טז: פסקת ההתגברות וחוק יסוד: החקיקה
294	פרק יז: מינוי שופטים
307	פרק יח: רפורמות
321	מבט מסכם
324	נספח חוקי יסוד שנדונו בספר
330	תודות
332	מפתח

מבוא

המצלמות נדלקו, הקריאה "בית המשפט" נשמעה, ו־11 שופטים נכנסו בשורה אל אולם ג', האולם הגדול בבית המשפט העליון בירושלים, ותפסו את מקומותיהם. בשל מגפת הקורונה, פניהם של השופטים כוסו במסכות, ומחיצות שקופות הפרידו ביניהם. מאותה סיבה נכחו באולם רק עורכי הדין שייצגו את המתדיינים ומעט עיתונאים. עם זאת, מאות אלפי אנשים עקבו אחר המתרחש מרחוק – הדיון הועבר בשידור חי באינטרנט, ושעות רבות מתוכו שודרו בשידור ישיר בערוצי טלוויזיה שונים.

הדיון שהתנהל בבית המשפט העליון במשך יומיים בראשית מאי 2020 היה אקורד הסיום של המשבר הפוליטי הארוך ביותר שידעה מדינת ישראל. לאורך שנה וחצי ולאחר שלוש מערכות בחירות – באפריל 2019, בספטמבר 2019 ובמרס 2020 – לא הצליח שום גוש פוליטי לזכות ברוב שיאפשר לו להקים ממשלה. בעת מערכת הבחירות השלישית עמדה ישראל בפני בעיה קריטית נוספת: נגיף מידבק וקטלני במיוחד החל להתפשט בכל העולם. ההתמודדות עימו בשבועות שלאחר מכן עצרה באופן כמעט מוחלט גם את הכלכלה הישראלית. בחסות משבר הקורונה, הצליחו בנימין נתניהו ובני גנץ להגיע להסכם על הקמת ממשלת אחדות ששניהם יכהנו בה בתפקיד ראש הממשלה ברוטציה.

ההסכם נתקל במשוכה משהוגשו נגדו עתירות לבית המשפט העליון. העותרים – מפלגות, ארגונים ואנשים פרטיים – התמקדו בשני נושאים. ראשית, הם טענו שאין למנות נאשם בפלילים לראש ממשלה והתכוונו בכך לבנימין נתניהו, שחודשים ספורים לפני כן

הוגש נגדו כתב אישום בגין עבירות של קבלת שוחד, מרמה והפרת אמונים. שנית, הם דרשו לפסול את ההסכם הקואליציוני בשל סעיפים לא חוקיים שנכללו בו. אך לא רק גורלה של ממשלת נתניהו-גנץ עמד על כף המאזניים בעת הדיון בעתירות, אלא גם הסוגיה העקרונית והנפיצה של סמכויות בית המשפט העליון.

בעשור השני של המאה ה-21 הלכו והתחזקו הכוחות, בעיקר במחנה הימין, שקראו לקיצוץ הסמכויות של בית המשפט העליון, לשינוי שיטת מינוי השופטים ולחקיקת "פסקת ההתגברות" שתאפשר לכנסת שלא להישמע לפסיקות בית המשפט. בממשלת נתניהו הרביעית (2015-2020) ניכרה קפיצת מדרגה במאבק זה. שרת המשפטים איילת שקד הציבה את שינוי הרכב בית המשפט העליון בראש סדר היום שלה, ואמיר אוחנה, שהחליף אותה ביוני 2019, הודיע בראיון הראשון שהעניק לתקשורת, בעוד היועץ המשפטי לממשלה בוחן אם להעמיד את נתניהו לדין, כי אין לציית לכל פסיקה של בג"ץ. לאחר הכרעת היועץ, וככל שהתקרב מועד משפטו של נתניהו והתגבר החשש שייפסל מלכהן כראש ממשלה, הגבירו מבקרי בית המשפט העליון את מתקפותיהם.

שבועות ספורים לפני הדיון בעתירות נגד הקמת ממשלת האחדות דן בית המשפט בתיק טעון פוליטית אחר. 61 חברי כנסת ביקשו להחליף את יושב ראש הכנסת יולי אדלשטיין, אך זה סירב לכנס לצורך כך את המליאה. כאשר בג"ץ הורה לאדלשטיין לכנס את הכנסת באופן מידי, פוליטיקאים מהימין לא נשאר שווי נפש. "בית המשפט השתלט באופן רשמי על הכנסת", הכריז השר יריב לוין, "ומהיום הפך העליון את יושב ראש הכנסת לחותמת גומי, כאשר את הכנסת והמליאה מנהלים שופטי העליון". "בתוך אחד המשברים הקשים ביותר מאז קום המדינה", אמר השר בצלאל סמוטריץ', "מנסה המערכת המשפטית לבצע הפיכה שלטונית במדינת ישראל. לא פחות".

במקום לקיים את החלטת בית המשפט בחר אדלשטיין להודיע על התפטרותו. עוד באותו יום התכנס בית המשפט והכריע כי אף

שההתפטרות עוד לא נכנסה לתוקף, על הכנסת להתכנס למחרת ואת הישיבה ינהל הוותיק שבחברי הכנסת. "עכשיו זה רשמי", הודיע בתגובה חבר הכנסת מיקי זוהר, "בג"ץ יחד עם כל המערכת המשפטית עובדים במשרה מלאה בשירות השמאל והתקשורת.... הגענו לרגע בו העם חייב להכריע בין הציבור ונבחריו לבין החונטה המשפטית".

לקראת הדיונים בעתירות נגד הסכם האחדות הרוחות התלהטו אפילו יותר. ארגוני ימין הפגינו מול בית המשפט נגד "דיקטטורת בג"ץ". "התערבות של בג"ץ תביא בהכרח לבחירות שבמרכזן יעמדו סמכויותיו של בג"ץ ופסקת ההתגברות", הזהיר "בכיר" בליכוד, ייתכן שראש הממשלה עצמו.¹ כוונתו במילים עדינות פחות: אם בית המשפט יקבל את העתירה ויפסול את המינוי של נתניהו לראשות הממשלה, כנפיו יקוצצו.

בסופו של דבר הכריע בית המשפט העליון שלא לפסול את נתניהו, וגם לא את ההסכם הקואליציוני שבין הליכוד לכחול לבן. האם החשש מקיצוץ עתידי בסמכויותיו השפיע על פסיקתו? איננו יודעים. מה שברור הוא שהימין עומד איתן במאבקו להחלשת בית המשפט. זה כבר אחד מעקרונותיו האידאולוגיים.

"מהפכת הנגד היא משימת הקודש של הימין", כתב ד"ר יהודה יפרח, עיתונאי, פרשן משפטי ומהרהוטים שבמבקרי בית המשפט העליון, כאשר הציג את השינויים הדרושים לדעתו במערכת המשפט. "רשות שלטונית שהחליטה לפרוק רסן ולפעול כאחרון האנרכיסטים", כינה את בית המשפט העליון עו"ד שמחה רוטמן, היועץ המשפטי של התנועה למשילות ודמוקרטיה. "התחרות קשה", כתב ד"ר רן ברץ, מייסד האתר "מידה", "אבל ככל הנראה מערכות המשפט הן שעברו את ההסתאבות המשמעותית ביותר... אנשי המשפט נטלו לעצמם סמכויות השייכות באופן

בלעדי לכנסת ולממשלה, הם מתנהגים כגילדה מאוחדת ודורסנית, לא מסוגלים לקבל ביקורת כלשהי ויוצאים לקמפיניים בוטים נגד הדרג הנבחר".

מהעבר השני ניצבים מגיני בית המשפט. "אם המגמה הנוכחית תימשך או תחריף, היא עלולה להביא לסכנה שבספרות המשפטית קוראים לה 'עריצות הרוב'", אמר פרופ' אהרן ברק, הנשיא המיתולוגי של בית המשפט העליון, בראיון עיתונאי. ולפי פרופ' מרדכי קרמניצר וד"ר עמיר פוקס מהמכון הישראלי לדמוקרטיה, חקיקת פסקת התגברות – אחת ההצעות המשמעותיות ביותר לשינוי – "עלולה להיות מכת מוות למשפט החוקתי".

בעיני שני הצדדים, אם כן, השינויים הנדונים במעמדו ובסמכותו של בית המשפט העליון קריטיים לעתידה של הדמוקרטיה הישראלית.

בניגוד לסוגיות אחרות הנוגעות לעתידה של מדינת ישראל, הדיון הזה אינו שמור רק למומחים. מושגים כמו "חוקי היסוד" ו"פסקת ההתגברות" – הצרה והרחבה – ומוסדות כמו "הוועדה למינוי שופטים" מופיעים רבות לא רק בעיתונות המודפסת, המקוונת והמשודרת אלא גם ברשתות החברתיות. מצד אחד, השיח הזה מבוזר. הסכנה הגדולה ביותר לדמוקרטיה היא חוסר התעניינות של הציבור. כאשר אזרחים חסרי עניין במוסדות הדמוקרטיים, האחרונים הופכים להיות גופים טקטיים בלבד – עיקר מהותם במסורת שהם מייצגים, ולא בתוכנם. מצד שני, השיח הנרחב על מעמדו של בית המשפט העליון גם רידר במידה רבה את הדיון. זה הפך לוויכוח אמוציונלי בין שני מחנות מובהקים.

לטענת המחנה שבדרך כלל מזוהה עם הימין, המנצח בכחירות נבחר להוביל את המדיניות, ולכן לא ייתכן ששופטים שאינם נבחרים בידי הציבור יגבילו את הכנסת ואת הממשלה. דמוקרטיה, לפי הטעון הזה, היא הכרעת הרוב.

לטענת המחנה השני, שבדרך כלל מזוהה עם השמאל-מרכז, הדמוקרטיה הליברלית מבוססת על ערכים מסוימים, בהם הגנה על

המיעוטים, על האוטונומיה הפרטית ועל החירות. מרכיבים אלו של זכויות אדם מגבילים את הכרעת הרוב.

תהום עצומה פעורה בין שתי תפיסות הדמוקרטיה האלה, ואם זו אכן המחלוקת, קשה מאוד לגשר עליה. אך נדמה לי שההצגה הקוטבית הזאת אינה מדויקת. קיים מרחב גדול של הצדקות אפשריות לתפקידו של בית המשפט העליון ולסמכויותיו, ואנשים משני הצדדים יכולים להסכים בנוגע לחלק גדול ומשמעותי מהן. את המרחב הזה ברצוני להציג בספר זה.

הטיעון המרכזי שלי הוא שאת הפסיקות של בית המשפט העליון המבטלות חוקים ומגבילות את הרשות המבצעת אפשר להסביר על בסיס תאוריה שמרנית של שמירה על פעילות המוסדות הדמוקרטיים.

דמוקרטיה היא שלטון העם. העם הוא הריבון, ולכן כל מרכיביו צריכים לבוא לידי ביטוי בהכרעות השלטון. מוסדות הדמוקרטיה הם האמצעי לעבד את רצון העם למנגנון מתפקד של מדינה מודרנית. כדי שמוסדות אלו ימשיכו להיות נאמנים לרעיון של שלטון העם, הם חייבים להתחרות ביניהם על לבו של העם ולשכנע אותו בצדקת דרכם.

בבסיסה של הדמוקרטיה, אם כן, עומדת התחרות בין מפלגות ורעיונות בשוק הדעות. בדיוק כמו בשוק הכלכלי, תחרות כזאת תצליח רק אם תהיה חופשית. ובדיוק כמו בכלכלה, גם בדמוקרטיה יש כשלי שוק – מצבים שהשוק אינו מתפקד כראוי. במקרים אלו ראוי וצריך שיהיה גורם שיתקן את הכשלים ויפקח על קיומה של התחרות החופשית. זהו, בעיני, אחד מתפקידיו המרכזיים של בית המשפט העליון, וממנו נובע חלק ניכר מהפסיקה. אם נצליח להסכים על תפקיד זה, יתברר לנו שהמחלוקות על החלטותיו של בית המשפט העליון בדמוקרטיה הישראלית קטנות הרבה יותר ממה שנדמה במבט ראשון.

שאלת ההצדקה לסמכות בית המשפט עולה לא פעם בספרות המשפטית. חלק ניכר מהכותבים על משפט חוקתי בישראל מניחים

שהשלטון אכן מייצג את העם, אך גם שיש להגביל את כוחו של השלטון כדי להגן על זכויות אדם שונות. אני, לעומת זאת, סבור כי העם הוא שצריך להחליט כמעט תמיד, אבל אני גם מרשה לעצמי לפקפק בקביעה שמי שזכה בבחירות מייצג בלעדית את העם.

נקודת המוצא שלי היא שהדרך המקובלת למימוש הדמוקרטיה שלנו, הבחירות, אינה דרך מושלמת לבירור רצון העם. בחירות קריטיות לדמוקרטיה. באמצעותן אפשר להחליף את השלטון, והאפשרות של חילופי השלטון על ידי האזרחים היא העיקרון הדמוקרטי החשוב ביותר. אבל הבחירות לבדן לא מלמדות אותנו מהו רצון האזרחים. הן תחנת ממסר, המתרגמת את רצון העם לכדי ממשלה מתפקדת, וכמו כל תחנת ממסר, המסרים העוברים בדרך זו אינם מדויקים לחלוטין. לכן יש צורך במנגנונים שיבהירו אותם. זאת הסיבה שכל הדמוקרטיות המוכרות לנו אינן מסתפקות בבחירות למוסד אחד פעם בארבע שנים כביטוי הדמוקרטי היחיד. ככולן קיימים מוסדות נוספים שתפקידם, בין השאר, לוודא שבית הנבחרים והממשלה אכן נוהגים על פי רצון העם. בית המשפט העליון הוא מהחשובים שבהם.

אינני הראשון, כמובן, שמצביע על תפקיד זה של בית המשפט העליון. פרופ' רות גביון, למשל, עשתה זאת הרבה לפני, ובמידה רבה, כמו בנושאים אחרים שעסקה בהם, היתה בעמדת מיעוט. אבל אני סבור שהכשלים המבניים במערכת הדמוקרטיה הישראלית עמוקים ורבים, ועל כן תפקידו של בית המשפט העליון כמגן שלטון העם וכמפקח על המוסדות הנבחרים רחב ומשמעותי יותר מזה שתואר עד כה בכתב.

הספר בנוי מארבעה חלקים. החלק הראשון מציג את יסודות הדמוקרטיה בכלל, וזו הישראלית בפרט. בחלק זה אני מתייחס לסוגיות מרכזיות כמו עקרון הכרעת הרוב, הדמוקרטיה הייצוגית

והפרדת הרשויות. אני מראה כיצד נבנו המוסדות הדמוקרטיים המרכזיים בארץ ומה היה תפקיד בית המשפט העליון במערך מוסדי זה.

החלק השני של הספר עוסק ב"מהפכה החוקתית" של שנות התשעים. אני מתאר את נסיבותיה ואת מרכיביה הראשיים, לפי תפישתי. כפי שנראה, עיקר המהפכה החוקתית לא היה בשינוי תפקידו של בית המשפט העליון, אלא בשינוי היחסים בין הממשלה לבין הכנסת: הממשלה הפכה למוסד הנבחר החשוב היחיד במדינת ישראל. את התפתחות הסמכויות של בית המשפט העליון ואת הפסיקות המרכזיות שלו צריך להבין על רקע שינוי זה.

החלק השלישי של הספר עוסק במהפכה שכנגד שמתהווה לנגד עינינו בשנים האחרונות. אני מנסה להסביר את הסיבות לה ואת ההקשר הבינלאומי שלה. אני מנתח את תופעת הפופוליזם כפי שהיא מתבטאת בישראל, בייחוד בחקיקה, ואת תגובת בית המשפט העליון לחקיקה זו. בין השאר אני דן בחוק הנכבה, בחוק ההדחה ובחוק הלאום.

בחלק הרביעי של הספר אני מנתח שתי סוגיות המצויות היום במרכז הדיון הפוליטי-משפטי: פסקת ההתגברות ומינוי שופטים. אני גם מציג פתרונות אפשריים לחילוקי הדעות לגביהן. הפרק האחרון בחלק זה מציג עוד כמה שינויים במוסדות המשטר בארץ. אלה נוגעים לנושאים שלא עומדים במרכז הדיון הציבורי אך קבלתם עשויה לתרום לפתרון כמה מהבעיות של הדמוקרטיה הישראלית.

כמו שכבר ברור, כנראה, לקורא דק ההבחנה, אינני ניטרלי לגבי רבים מהשינויים שמבקרי בית המשפט מציעים. אני סבור שיש לשמור על סמכותו של בית המשפט העליון וכי ביטול סמכות זו יפר איזונים עדינים שהתפתחו בדמוקרטיה הישראלית לאורך השנים. אין זה אומר כי אני תומך במצב הקיים בכל מקרה ומקרה. פעמים רבות אני מציע הצעות לרפורמות מאוזנות ומידתיות יותר, לדעתי, מאלו המקודמות על ידי גורמים שונים.

מבחינתי, השאלה אינה אם הפסיקות של בית המשפט העליון תמיד נכונות. השאלה היא אם אפשר לבסס מחדש את האמון בבית המשפט ובתפקידו בדמוקרטיה הישראלית – ואיך עושים זאת.

הערות

1 אבישי גרינצייג, "נתניהו בתגובתו לבג"ץ: לא איימתי; בהודעתו לעיתונות: איום חד-משמעי על בג"ץ", גלובס, 5.3.2020.

בית המשפט העליון הוא מוקד לדין ציבורי נוקב ויצרי. הוא זירת התגוששות מרכזית בין ימין ושמאל. הוא מוסד המפלג את החברה הישראלית.

האם מגיניו ומבקריו של בית המשפט העליון יכולים להגיע להסכמה על סמכויותיו, מקומו ותפקידו? **עמיחי כהן** חושב שכן. הוא כנראה אחד היחידים שעדיין חושבים כך. והוא גם יודע להסביר מדוע. בספרו הוא בוחן את ההצלחות של בית המשפט העליון - וגם את הטעויות. הוא מציע רפורמות. הוא מספר סיפור. זה סיפור מרתק על מוסד שניצב בלבה של מחלוקת.

כהן צולל לעומק, ליסודות המחלוקת. לפרטים הגדולים והקטנים שנבלעים ברעשי הרקע החזקים. הוא חוזר לבג"ץ קול העם בשנות החמישים ומתקדם עד העתירות נגד ממשלת האחדות ב־2020. הוא נזכר בפסיקה התקדימית על חוק מימון מפלגות, ומעמיק בפסיקות ובדיונים על חוק הנכבה, חוק הלאום וחוק ההסדרה. הוא בודק כיצד מתייחס בית המשפט לסטטוס קוו ולגיוס החרדים לצה"ל, לזכויות הפלסטינים בשטחים ולטיפול המדינה במבקשי מקלט.

מלחמות הבג"ץ הוא ספר רציני בעידן של שטחיות. הוא ספר מתון בעידן של התלהמות. הוא ספר חובה למי שרוצה לנהל דיון רציני על אופייה של מדינת ישראל, ולא להסתפק בסיסמאות.

www.kinbooks.co.il



עיצוב העטיפה: אמרי זרטל
צילום: Greenn2 / Shutterstock