

תגובת־הנגד הפוליטית ל"מהפכה החוקתית"

לאדם פיש

קיטובה העמוק של החברה הישראלית גובה עתה מחיר ניכר מאחד מסמליה – בית המשפט העליון. מחיר זה מוצא ביטויו בעליית מדרגה בתגובת־הנגד הפוליטית כלפיו וכלפי גורמים אחרים – פרקליטות וגורמי חברה אזרחית – שלהם תפקיד בהגנה על זכויות האדם. במאמר זה בחרתי להתמקד במרכיב הסבר אחד, והוא: תגובת־הנגד הפוליטית כלפי בית המשפט קשורה באופן הדוק לביקורת המתעצמת על הלגיטימיות של מדיניות ישראל כלפי הפלסטינים וכלפי הערבים־הפלסטינים שבשליטתה.

מהו הקשר? הינה תמצית תשובתי: מול התעצמותה של הביקורת, מבית ומחוץ, הרשויות הפוליטיות אינן מוכנות בשום אופן למצוא את בית המשפט לצידם של הגורמים המבקרים. הן זקוקות לו כתומך, או לפחות כלא־פוסל, והן ידחקו בו לכך גם בבטות. אך בה בעת הן נמנעות מ"לשבור את הכלים" מולו, זאת כדי לא להחמיר את משבר הלגיטימיות שבו ישראל נתונה כבר עתה, משבר שממנו נובעים הלחצים שעליהם מגיבות הרשויות הפוליטיות, בין השאר, בדרך של דחיקת בית המשפט להימנע מהכרעות שיפוטיות לרעתן.

במילים אחרות, ההסבר לתגובת־הנגד הפוליטית כלפי בית המשפט הוא הסבר לרסנים החלקיים המוטלים על תגובה זו, אך בד בבד נקשר לכך הסבר נוסף, והוא התנהלותו הנרתעת של בית המשפט בהכרעות רגישות שעניינן הפלסטינים והמיעוט הערבי־פלסטיני. התנהלות זו מסייעת לשמירת הרסנים המלווים כיום את תגובת־הנגד הפוליטית.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. במהלך הכתיבה צברתי חובות תודה רבים: למני מאוטנר, למתן גולדבלט ולגילה שטופלר, וכן ליוסי אדרעי, גד ברזילי, חסן ג'בארין, אמל ג'מאל, אלון הראל, ראיף זריק, ברק מדינה, איתמר מן, סמי סמוחה ויעל רונן. תודה גם לירדן אנקב ולאביתר קפטן על עזרת מחקר מצוינת.

"לא הייתי, כמו שביקשתי לחשוב... ניגודו של הקולונל הקשוח והקר. אני הייתי השקר שהממלכה משקרת לעצמה בימים של רוגע והוא – האמת שהממלכה אומרת כשמנשבות רוחות קשות".

ג' מ' קוטזי, "מחכים לברברים", דבריו של גיבור הסיפור –
השופט הזקן של אזור הספר

א. פתח דבר; ב. "המהפכה החוקתית" של אמצע שנות התשעים – תוויה העיקריים; ג. מהי דמותה של תגובת-הנגד הפוליטית למהפכה החוקתית, וכיצד באה לידי ביטוי עליית המדרגה בה בעשור האחרון? ד. מדוע מתעצמת תגובת-הנגד הפוליטית דווקא משנת 2006 ואילך? ה. ביקורת צפויה כלפי טיעוני; ו. תגובת בית המשפט לתגובת-הנגד הפוליטית; ז. מילות סיכום.

א. פתח דבר

הסתירה העמוקה בהוויית חיינו מטיחה עצמה שוב ושוב בדלתנו. מצד אחד, בית משפט עליון מרשים, זכויות אדם המעוגנות בחוקי יסוד וביקורת שיפוטית חוקתית; מנגד, חמישים שנות כיבוש של מיליוני בני אדם, תוך התנחלות בשארית הטריטוריה שנתרה למימוש זכותם להגדרה עצמית – בני עם שלא זכה מעולם להיות "ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית" (אם לשאול ממילותיה של מגילת העצמאות). סתירה זו מוצאת את ביטויה בסכסוך מדמם שעתידו קודר. אמנם סכסוך זה קדם בהרכב ל-1967, אך הכיבוש וההתנחלות הפחיתו מאוד את סיכוייו להיפתר. פרופסור יעקב טלמון ניבא זאת בדברים שכתב שלוש שנים לאחר מלחמת ששת הימים (טלמון, 1970: 42):

מי בתוכנו אינו מתענה בלילות ללא שינה, כאשר מן האפלה המעיקה עולה הסיוט של הגדולה שבאירוניות, והנה היא מתגלגלת באורח אכזרי, שלכאורה אין מנוס ממנו: גבורה עילאית וכשרונות מדהימים של אומה דחוקה ונלחצת, כיסופים עמוקים לשלום טבועים בנפשה, והיא מתחבטת לשווא אל מול יעד-אין-להשיגו, ודמיה ניגרים והולכים [...] חברה אוהבת חירות נידונה לענות באותם עניינים דוחים ומזוהמים בריגול, שיטור, דיכוי, לשים ילדות בית-ספר מאחורי מנעול ובריח ולהטיל 'עונשים סביבתיים' [...] אומה אשר יותר מכל השתוקקה להימלט מפני גורלה – גורל היות תמיד פועל יוצא מקיומו של זולתה, להיות הוויה שאינה תכלית לעצמה, אלא בעיה, אבן נגף, נוכחות בלתי רצויה, סכנה 'פן ירבו' – והנה היא אנוסה לנהוג בזולתה, העם השכן, ברוח זה עצמו.

השילוב בין סתירה ערכית, שפיקות דמים ותחושת חוסר מוצא מקטב את החברה הישראלית וגובה עתה מחיר ניכר גם מאחד מסמליה – בית המשפט העליון. מחיר זה מוצא ביטויו בעליית מדרגה בתגובת-הנגד הפוליטית כלפיו וכלפי גורמים אחרים –

פרקליטות וחברה אזרחית – שלהם תפקיד בהגנה על זכויות האדם. במאמר זה אאפיין ואסביר את עליית המדרגה, אך בה בעת אצביע על רסניה. אטען כי גורם מרכזי לעליית המדרגה בתגובת-הנגד הפוליטית הוא זה שגם מרסן אותה: מדובר במשבר הלגיטימיות שישראל נתונה בו בשנים האחרונות, בהקשרם של הפלסטינים ואזרחיה הערבים-הפלסטינים הנשלטים על ידה.

מוקד העיון שלי הפעם הוא הרשויות הפוליטיות ותגובותיהן, ולא בית המשפט; עם זאת, אעסוק גם בבית המשפט, שכן תגובתו היא חלק ממערך המשתנים המזינים את תגובת הנגד הפוליטית.

להלן סדר הדיון. תגובת-הנגד הפוליטית אינה תגובה על סטטוס קוו אשר לפתע פתאום חדל לשאת חן בעיני הרשויות הפוליטיות, אלא היא תגובה על "המהפכה החוקתית" שהתחוללה החל במחצית הראשונה של שנות התשעים. לפיכך אעמוד בראשית הדיון על מהותה של זו. לאחר מכן אפנה להציג את עליית המדרגה בתגובת-הנגד כלפי בית המשפט העליון בעשור האחרון – משנת 2006 ואילך. אשאל מדוע תגובה זו מתעצמת דווקא כעת, וכך בכך אבחן מדוע התגובה המועצמת מרוסנת עדיין על ידי סייגים לא זניחים. מענה קצר לשאלה הראשונה הוא שתגובת-הנגד מתעצמת בשל התחזקותו של הימין הפוליטי בישראל. אולם ההסבר להתחזקות הימין, וכן ההסבר לבחירתו בתגובת-נגד מסוימת כלפי בית המשפט, מצריכים תשובה מורכבת. התשובות שסיפקו כותבים שונים מגוונות ותכופות סותרות (השוו, בין היתר: מאוטנר, 1998; מאוטנר, 2008; ספיר, 2008; פוקס, בלאנדר וקרמניצר, 2014; פרידמן, 2013; Navot & Peled, 2009). במאמר זה בחרתי להתמקד במרכיב אחד אשר אינו זוכה להתייחסות כבדת משקל בהסברים שבהם נתקלתי, והוא זה: תגובת-הנגד הפוליטית כלפי בית המשפט קשורה באופן הדוק לביקורת המתעצמת על הלגיטימיות של מדיניות ישראל כלפי הפלסטינים וכלפי הערבים-הפלסטינים שבשליטתה.

מהו הקשר? מה בין הביקורת הגוברת על ישראל לבין תגובת-הנגד הפוליטית כלפי בית המשפט? הינה תמצית תשובתי: הביקורת על מדיניותה של ישראל נוגעת בקולוניזציה של השטחים ושל ירושלים המזרחית, בהתפוגגותו של פתרון שתי המדינות, בסכנת התעצמותה של שפיכות הדמים עקב כך, ובהתמשכות ובהעמקה של המצוקה של הפלסטינים הנתונים בשליטתה הצבאית של ישראל. ביקורת זו מתרחבת גם למצוקותיהם של האזרחים הערבים-הפלסטינים ושל נציגיהם הפוליטיים. אל מול התעצמותה של הביקורת, הרשויות הפוליטיות אינן מוכנות בשום אופן למצוא את בית המשפט לצדם של הגורמים המבקרים. הן זקוקות לו כתומך, או לפחות כלא-פוסל, והן ידחקו בו לכך גם בכוחות. בה בעת הן נמנעות מ"לשבור את הכלים" מולו, כדי לא להחמיר את משבר הלגיטימיות שבו ישראל נתונה, משבר שממנו נובעים הלחצים שעליהם הן מגיבות, בין היתר, בדרך של דחיקת בית המשפט להימנע מהכרעות שיפוטיות לרעתן. במילים

אחרות, ההסבר לתגובת־הנגד הפוליטית כלפי בית המשפט הוא בר־זמנית גם הסבר לרסנים החלקיים המוטלים על תגובה זו: זהו משבר הלגיטימיות שמדיניותה של ישראל נתונה בו בשנים האחרונות. אך לכך נקשר הסבר נוסף, והוא התנהלותו הנרתעת של בית המשפט בהכרעות רגישות שעניינן הפלסטינים והמיעוט הערבי־פלסטיני. התנהלות זו מסייעת לשמירת הרסנים המלווים כיום את תגובת־הנגד הפוליטית.

ב. "המהפכה החוקתית" של אמצע שנות התשעים: תוויה העיקריים

לפני חצי יובל שנים, סמוך לתחילתה של תקופת אוסלו, נראתה תמונת המציאות הישראלית אחרת. באותה תקופה התרחש שינוי במשטרה הפוליטי של ישראל, ועוצמתה של הרשות השופטת גדלה באופן ממשי. מדמוקרטיה פרלמנטרית הסמוכה ל"מודל וסטמינסטר", נעה ישראל לגרסה (חלשה) של דמוקרטיה חוקתית, אשר פירושה, בין היתר, היא שהרשות השופטת מוסמכת להעמיד את חקיקת הכנסת בביקורת שיפוטית חוקתית. שינוי זה מכונה "המהפכה החוקתית". קווי המתאר של התרחשות זו מתומצתים בפסק הדין החשוב ביותר של המשפט הישראלי, פס"ד בנק המזרחי (ע"א 6821/93), שניתן בשנת 1995, וכן בפסיקה שלאחריו, אשר אימצה ופיתחה את הכרעתו של הנשיא ברק בפסק הדין:

1. הכנסת חובשת שני כובעים או אוזנות בשתי סמכויות: כסמכות הרגילה – הסמכות לחוקק חוקים; ובסמכות "מלכותית", היא הסמכות המכוננת – הסמכות לכונן חוקי יסוד ולתקנם.
2. חוקי היסוד הקיימים – וכן אלה שעוד יכוננו, ככל שיכוננו – הם רוכד נורמטיבי מיוחד.¹ ייחודיותם כפולה: ראשית, הנורמות הקבועות בחוקי היסוד הן עליונות, כלומר, מצויות בחלקה העליון של הפירמידה הנורמטיבית של ישראל; ושנית, הן הנורמות היחידות הניתנות לשריון, כלומר, להגנה מפני שינוין או ביטולן מכוח הכרעת רוב רגילה של הכנסת. הגם שכל חוקי היסוד פתוחים להגנה מיוחדת בדמות שריון, הרי שבשאר זכו בשריון רק מקצת חוקי היסוד (אחדים בשלמותם, ואחרים באופן חלקי על ידי שריון הוראות מסוימות מתוכם).
3. עליונותם של חוקי היסוד, של כל חוקי היסוד, פירושה שנורמות נמוכות יותר – כולל חקיקה של הכנסת בכובעה הרגיל, הוא כובע המחוקק – חייבות להתיישב עם חוקי היסוד. התנגשות בין חוק לבין חוק יסוד, שאינה ניתנת ליישוב פרשני, צפויה להוביל לבטלותו של החוק.
4. בתי המשפט הם המוסמכים לפסוק ביחס לאפשרות כזו. נתונה להם הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית.

5. חוקי היסוד של זכויות האדם שהתקבלו בראשית שנות התשעים, חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק (וכן חוקי היסוד המוקדמים יותר, דוגמת חוקי-יסוד: הכנסת, חוקי-יסוד: השפיטה ועוד), מגוונים על שורה ארוכה של זכויות אזרחיות ופוליטיות, אשר חלקן מנויות בהם באופן מפורש וחלקן מצויות בהם מכוח פרשנות של "זכויות הסל": הזכות ל"כבוד האדם" והזכות ל"חירותו". ההגנה הנתונה לזכויות אלה כפופה לתנאיה של "פסקת ההגבלה" המלווה את חוקי היסוד, אשר קובעת כי:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוקי-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

6. בשנת 1994, כאשר התעוררה סערת יבוא הבשר ושאלת כשרותו של הבשר המיובא, בעקבות פסק הדין הראשון בעניין מיטראל (בג"ץ 3872/93), הודרזה הכנסת לתקן את חוקי-יסוד: חופש העיסוק על ידי החדרת "פסקת התגברות" לתוכו. פסקה זו, המוכרת גם כמשפט החוקתי הקנדי, קובעת מנגנון פשוט יחסית המאפשר להקנות חסינות לחוק שפוגע בזכות החוקתית לא על פי תנאיה של "פסקת ההגבלה":

הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לפסקת ההגבלה, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוקי-יסוד זה... (סעיף 8 לחוק היסוד).

"רוב של חברי הכנסת" פירושו שישים ואחד חברי כנסת או יותר. חסינות זו מפני ביקורת שיפוטית תקפה לתקופה קצובה של עד ארבע שנים, אך אין מניעה מלקבל, באותה פרוצדורה, "חוק חורג" חדש, שיחליף את זה שפקע.² זו פסקת ההתגברות היחידה, לפי שעה, המופיעה בחוקי היסוד.

7. מאז אירעו ההתרחשויות הנזכרות הותקפו הוראות חוק רבות למדי לפני בית המשפט, אולם סמכות הביקורת השיפוטית הופעלה בזהירות רבה. במשך עשרים ושתיים השנים שחלפו מאז ניתן פס"ד בנק המזרחי נרשמו רק ארבע-עשרה התערבויות שיפוטיות ברמות פסילת הוראות חוק (אהרונסון 2016: 522).

הערה השוואתית קצרה: לרוב מוחלט מקרב המדינות הדמוקרטיות יש חוקה, ורוב רובן של החוקות משוריינות, במובן זה שתיקון החוקה מותנה בפרוצדורה יוצאת דופן וקשה להפעלה (Roznai, 2017: 37–40). כאמור לעיל, רק מקצת חוקי היסוד הישראליים משוריינים, וזו הסיבה שיש המהססים להכיר בקיומה של חוקה בישראל. לטעמי, היסוס זה מחטיא את מהות השינוי שהתרחש: ראשית, לישראל יש נורמות עליונות – חוקי היסוד, וחוקיה של הכנסת שתסתור אותן לא תהא תקפה; שנית, בית המשפט הוא בעל

הסמכות להורות על כך; ושלישית, נורמות עליונות אלה ניתנות (והן היחידות שניתנות) לשריון, כלומר, להגנה מפני הכרעת רוב רגילה בכנסת.

בתמצית, ישראל נעה למודל של "דמוקרטיה חוקתית", אולם זוהי גרסה חלשה של המודל, שכן חוקי היסוד ברובם אינם משוריינים. באופן קונקרטי, את חוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו ואת חוקי היסוד: השפיטה, למשל, אפשר לתקן ואף לבטל ברוב פשוט בכנסת, בעת שזו תחבוש את "כובעה המכונן", קרי, ברוב של שני חברי כנסת כנגד אחד.

ג. מהי דמותה של תגובת-הנגד הפוליטית למהפכה החוקתית, וכיצד באה לידי ביטוי עליית המדרגה בה בעשור האחרון?

את השנים שחלפו מאז אירעה "המהפכה החוקתית" במחצית הראשונה של שנות התשעים, ניתן לחלק לשני עשורים. כבר בעשור הראשון התגבר ממשית המתח שבין הרשויות הפוליטיות לרשות השופטת (גביזון, 1997; דותן, 1997; ספיר, 2008; ספיר, 2010; Meydani, 2011). "ניתן להבין התפתחות זו באמצעות מושג 'השדה' של פייר בורדייה: כניסה אקטיביסטית של בית המשפט לשדה הפוליטי הובילה לתגובת נגד – כניסה של גורמי השדה הפוליטי לשדה המשפטי" (מאוטנר, 2008: 143). אולם בעשור השנים האחרונות – משנת 2006 ואילך – מסתמנת עליית מדרגה בתגובת-הנגד מכיוון שהביטוי "עליית מדרגה" דרמטי למדי, חשוב לי להבהיר כי תגובת-הנגד הפוליטית לא הגיעה לכדי "משבר חוקתי". משבר חוקתי מתבטא בעימות חריף מאוד בין הרשויות הפוליטיות לבין בית המשפט – אם כהפרה מודעת של צווים החלטיים מרכזיים של בית המשפט, אם כהתערבות עמוקה בהרכבו של בית המשפט, ואם על ידי דילול חריף של סמכויותיו.³ ישראל מתאפיינת במתח ממשי בין הרשויות הפוליטיות לבין בית המשפט, אך אין בה, לפי שעה לפחות, משבר חוקתי. ארבעה גורמים עיקריים אחראים לכך; בשניים האחרונים ארון בהרחבה.

גורם ראשון הוא המבנה החוקתי של ישראל, כפי שתואר זה עתה. בשל היעדר השריון של רוב רובם של חוקי היסוד, הרי שהרשויות הפוליטיות רגועות במידת מה, שכן הן נותרות במובהק ובקלות יחסית "הדובר האחרון", המכריע. כך, למשל, לא קשה להתגבר על פסיקה "מופרזת" של הגנה על זכויות אדם באמצעות החדרה של "פסקת התגברות" לחוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו, והפעלתה בעת "הצורך".

הטעם השני להיעדרו של משבר חוקתי הוא שבית המשפט הגביל את עצמו במידה רבה מהתערבות בנושא שהוא, קרוב לוודאי, הרה הגורל ביותר במציאות חיינו – הקולוניזציה של השטחים. לאחר שאסר הקמת התנחלויות אזוריות על קרקע פרטית של התושבים המוגנים הפלסטינים (בג"ץ 390/79, פס"ד דויקאט – אלון מורה), נזהר בית המשפט מלחסום בפני הממשלה את "הכביש העוקף" שיצרה להמשך מפעל ההתנחלות:

הוא נמנע באופן מוחלט מלעסוק בסוגיית הקמתן של התנחלויות על אדמה ציבורית בשטחים, שעליה נבנו ונבנות רוב ההתנחלויות – הוא קבע כי סוגיה זו אינה שפיטה (בג"ץ 4481/91, פס"ד ברגיל; בג"ץ 3125/98, פס"ד עיארד). ביחס להיבטים אחרים שלה, קבע כי "זכות העמידה" מוגבלת (בג"ץ 277/84, פס"ד א'ערייב; בג"ץ 2676/09, פס"ד אבו קמל). התנהלות זו של בית המשפט אינה עניין להרכב כזה או אחר שלו. הפסיקה הנזכרת התקבלה בתקופת נשיאותם של שמגר וברק – הנשיאים ה"אקטיביסטיים" יותר של בית המשפט העליון.⁴

טעם שלישי להיעדרו של משבר חוקתי נעוץ בכך שבית המשפט כופף את ראשו לפני הרשויות הפוליטיות, המנהליות והביצועיות גם בהקשרים רגישים נוספים, מעבר לחוקיותו של מפעל ההתנחלויות. בעשור האחרון הוא הגיב על מדיניותן ופעולותיהן של אותן רשויות בהקשרים רגישים באופן חששני יותר ומתערב פחות מאשר בעבר. אדגים זאת בפרק האחרון של המאמר.

לבסוף, הטעם הרביעי להיעדר המשבר החוקתי אינו קשור לזהירותו הגוברת של בית המשפט, אלא לתווים של זהירות שנשמרים בתגובת-הנגד של הרשויות הפוליטיות כלפי בית המשפט, ואשר מקורם, בין היתר, בחשיבות ביקורתו של בית המשפט העליון לדימוייה של ישראל כמדינה דמוקרטית. גם בכך ארחיב.

אין אם כן משבר חוקתי, אך תגובת-נגד – יש ויש, והיא כבדת משקל. בעשור האחרון נרשמה עליית מדרגה בלחצים ובכוחות התגובות כלפי בית המשפט. כיצד באה לידי ביטוי עליית מדרגה זו? מישור חשוב אחד הוא הניסיון לשנות את המשפט הישראלי ואת הרשות השופטת לא על ידי שינוי הנורמות המשפטיות, אלא באמצעות בחירתם של אלה שמפעילים את הנורמות. ניכרת פוליטיזציה גוברת בכל הנוגע במינוי שופטים לבית המשפט העליון, אך גם לערכאות נמוכות (באום, 18.7.2016; באום, 23.2.2017). זהו נתיב השפעה חשוב שזכה לחשיפה בעימות בין שרת המשפטים לנשיאת בית המשפט העליון בעת הליך בחירתם של ארבעה שופטים חדשים לבית המשפט העליון בחודש פברואר 2017, והוא משתקף בתוצאותיו של אותו עימות. מישור נוסף הוא הפעלת מערך לחצים עז מסוג אחר על בית המשפט העליון. במערך זה אתמקד.

א. שלושה מבין ארבעת שרי המשפטים של השנים האחרונות – דניאל פרידמן, יעקב נאמן המנוח ואיילת שקד, עם הפוגה קצרה בכהונת השרה ציפי לבני – הם יריבים נחושים של בית המשפט העליון. צילם של השלושה, ובעיקר של השרים פרידמן ושקד, כבד יותר, בין היתר משום שתקופת כהונתם מאופיינת בתגובת-נגד נמרצת יותר, תוך כדי שהם משמשים יושבי ראש ועדת השרים לענייני חקיקה.

ב. מתעצמת הכוחות של התגובות השלטוניות המוכעות בפומבי על ידי שרים וראשי ועדות בכנסת, ולעתים אף על ידי יושב ראש הכנסת, נגד החלטות של בית המשפט שאינן לרווחם (אזולאי, 1.9.2016; ליס, 12.10.2011). התגובות הכוחות אינן עוצרות

בבית המשפט, הן מופנות גם לשומרי סף אחרים, שלטוניים ואזרחיים. דוגמה בולטת היא הביקורת העזה על גורמי אכיפת החוק, דוגמת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), עורכת הדין דינה זילבר (ארליך, 26.4.2015; גרבר וארליך, 31.3.2015). לא ברור דיו הקשר הסיבתי בין ביקורת זו לבין ההתרחשות הבאה, אולם המשנה אכן "נפרדת" מאחד מתפקידיה החשובים: אחריות כוללת לייעוץ ולבקרה בכל הנוגע בדין בשטחים – פונקציה זו מבוטלת.

ג. הלחץ העיקרי במערך הלחצים הוא, קרוב לוודאי, הגשתן של הצעות חוק רבות לשינוי פניו של בית המשפט. ציר אחד של ההצעות, עניינו בשינוי אופן בחירת השופטים – למשל, שינוי אופן הרכבתה של הוועדה לבחירת שופטים, עריכת שימוע בכנסת למועמדים לפני מינוים לבית המשפט העליון, בחירת נשיא בית המשפט העליון על ידי הכנסת במקום על ידי הוועדה לבחירת שופטים (הפועלת בהתאם לוותק הכהונה על כס השיפוט בבית המשפט העליון) וכדומה.⁵ ציר אחר כולל הצעות להגבלת סמכויות הביקורת השיפוטית – הן החוקתית והן על רשויות המנהל – בדרכים מגוונות, כגון הגבלת היכולת לדון בעתירות של "עותר ציבורי"; השבת עילת הסף של "חוסר שפיטות" לסינון עתירות המוגשות לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ; הטלת מגבלות על דיון בעתירות ביטחוניות; דרישה לרוב מיוחד של שופטים לשם התערבות בתוקפה של חקיקה ועוד.⁶ מהלכים אלה נעשים לא רק בדרך של הצעות חוק, אלא פוסעים לעיתים גם בנתיב כבד משקל יותר, כזה שתוצריו (אם מהלכים מאומצים על ידי הכנסת) מוגנים כמעט כליל מביקורת שיפוטית: הצעות לחוקי יסוד. גם הצעות אלה מתחלקות לשני צירים: הצעות שכיוונן מוסדי, וכאלה שכיוונן תוכני-ערכי. הכיוון המוסדי דומה לזה שמופיע בהצעות חוק רגילות: דילול סמכויותיו של בית המשפט העליון על דרך תיקון חוק-יסוד: השפיטה, תיקון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או באמצעות תכנים המוצעים לחוק יסוד חדש ומרכזי – חוק-יסוד: החקיקה. הצעות אלה מבקשות, למשל, לערוך שינוי בהרכב הוועדה לבחירת שופטים, ליצור "פסקת התגברות" פשוטה לנוחות הקואליציה המרכיבה את הרוב בכנסת, או לצמצם את הסוגיות שפתוחות לביקורת שיפוטית חוקתית.⁷ בה בעת קיימת גם הצעה מרכזית לחקיקת יסוד בכיוון הערכי, העוסקת בשינוי האיזון בין שני ציריה של המדינה היהודית והדמוקרטית, כך שיקטן היקף ההגנה על זכויות האדם וזכויות המיעוט, וייתוספו ממדים דתיים לרובד החוקתי של המדינה. מדובר בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי⁸ (השוו: בקשי, 2013א; בקשי, 2013ב; זוסמן, 2013; קרמניצר ופוקס, 2015; 21.10.2015; Jamal, 2016).

מה שמאתגר את טיעוניי עד כה הוא שאף לא אחת מהצעות החוק ומהצעות חוקי היסוד שהזכרתי התגבשה לכלל חוק או חוק יסוד. השינוי הנורמטיבי הבולט היחיד שנעשה הוכנס ביוזמתו של גדעון סער, והוא הצורך ברוב גדול, רוב מיוחד, של שבעה מבין

תשעת חברי הוועדה לבחירת שופטים לשם מינויו של שופט עליון.⁹ אם כך, מתבקשת ההתנגדות הבאה לטיעוניי: אם אף לא אחת מהיוזמות התחקיתיות הנזכרות התקבלה ונהפכה לדין, כיצד ניתן לדבר על עליית מדרגה בתגובת-הנגד?

ראשית, תגובת-נגד אינה מתמצית בגיבוש שינוי פורמלי, מפורש, של הדין. הרי התבטאויות של גינוי ושל איום מצד אליטות פוליטיות רבות עוצמה צופנות השפעה הן על השופטים והן על החברה והתרבות שבתוכן השופטים פועלים. שנית – וזו הנקודה העיקרית – השפעתם של המהלכים הנזכרים ככנסת ובשיח הציבורי גדלה משום שהאיום המושמע נעשה לא רק תכוף יותר, אלא גם ממשי יותר. הנה האותות לכך:

1. בעבר היו תמיד "מבוגרים אחראים" שבלמו חקיקה חפוזה וקשה. היו אלה ראש הממשלה או ועדת השרים לענייני חקיקה (בין היתר בשל הרכב הוועדה, שהכיל גורמים מתונים יותר מבין חברי הקואליציה, שהתנו את המשך השתתפותם בממשלה בהימנעות ממהלכים פוגעניים כלפי בית המשפט או כלפי זכויות האדם). והינה, שני הגורמים הללו פועלים אחרת בשנים האחרונות. המצב כיום הוא שהממשלה הימנית-הלאומית ביותר בתולדות ישראל שולטת ככנסת כמעט ללא מצרים באמצעות ועדת השרים לענייני חקיקה (אשר דיוניה, יש להוסיף, חשאיים) ובאמצעות ההסכמים הקואליציוניים שמחייבים משמעת קואליציונית מוחלטת בכל הצבעה. אמנם סיעת "כולנו", החברה בקואליציה, מעניקה הגנה מסוימת, אך זו מוגבלת בהיקפה, ונוצר מצב – שנדמה כי בוודאי לא שרר עד לאחרונה – שבו הממשלה כמעט נהפכה לרשות המחוקקת, ולכן אמירה החלטית של הממשלה עלולה להיות מתורגמת באופן ישיר ומיידי לשינוי חוקי ואפילו חוקתי.¹⁰ מדובר בשחיקה מהותית של עקרונות הפרדת הרשויות.

2. שומרי סף נוספים בהקשרה של החקיקה הם היועצים המשפטיים לממשלה ולכנסת. אך באשר להצעות לתיקון חקיקת יסוד, אין הם יכולים להערים משוכה של ממש בפני הרוב הפוליטי, וזאת בשל המרחב הגדול הנתון לכנסת כאשר היא פועלת בגדר כובעה המכונן. המגבלה המשפטית היחידה באשר לתיקון חוקי היסוד היא הדוקטרינה של "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", וזו מלווה בזהירות יוצאת דופן במיוחד מצידו של בית המשפט (בג"ץ 4908/10, פס"ד בר-און; בג"ץ 8260/16, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים; ברק, 2011).

3. צל האיום המוטל על בית המשפט מכיוון של ההצעות שהוזכרו לעיל, נעשה ממשי הרבה יותר משום שהכנסת מקבלת בעשור האחרון, בתכיפות גוברת, חקיקה שגורעת מההגנה על זכויות האדם. אם הכנסת פוגעת בזכויות האדם, ופוגעת גם בשומרים עליהן מקרב החברה האזרחית, מדוע שלא תפגע בגורמי הבקרה המדינתיים המגוננים עליהן? רשימת החוקים שהתקבלו ארוכה, והיא עתידה להתארך: חוק האזרחות והכניסה לישראל (איחוד משפחות בין בני זוג ובין הורה לילדו הקטין), "חוק

הנכבה", "חוק החרם", "חוק ועדות הקבלה", "חוק שלילת פיצויי אינתיפאדה", "חוק ההזנה בכפייה" ו"חוק הכניסה"¹¹. ראוי להתייחס גם לכינונו של חוק-יסוד: משאל עם,¹² משום שהוא נוגע ישירות בסיכוי לסיים את הכיבוש. חוק יסוד זה יחול על כל נסיגה משטח שעליו הוחל המשפט הישראלי, קרי, על כל נסיגה בירושלים המזרחית וברמת הגולן, וכן על כל עסקה של חילופי שטחים. לפיכך, קשה לדמיין הסכם כולל עם הפלסטינים שחוק-יסוד: משאל עם לא יחול עליו, זאת בשל ממדים טריטוריאליים מסוימים שצפויים להיכלל בו. זאת ועוד, כאשר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה הגבילה בחוות דעתה את החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית מעשיית פעולות מדינתיות שונות בשטחים ובישראל, התגייסו הממשלה והכנסת במהירות כדי לשנות את החוק ולאצול לחטיבה להתיישבות את הסמכויות שאין לה. זהו חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל (תיקון מס' 2), התשע"ו-2015. הכנסת העבירה בקלות יחסית גם את החוק להעלאת אחוז החסימה, שנועד לפגוע בייצוגו הפרלמנטרי של המיעוט הערבי-הפלסטיני בכנסת;¹³ עוד קיבלה (ותיקנה לאחריה, ורוצה לתקן עוד) את מה שקרוי "חוק העמותות".¹⁴ לאחריה גם קיבלה את "חוק ההדחה", שמאפשר השעיה של חברי כנסת. שמו העממי של ה"חוק" מטעה, משום שעיקרו בתיקון לחוק-יסוד: הכנסת. ¹⁵ לאחריה קיבלה הכנסת תיקון נוסף לחוק-יסוד: הכנסת – תיקון לסעיף 7א בו, המאפשר פסילת רשימות ומועמדים מלהתמודד בבחירות לכנסת – וקבעה כי פסילת מועמד יכולה להיעשות לא רק על סמך מעשיו, אלא גם על סמך התבטאויותיו.¹⁶ תיקון לחוק יסוד, כמוסבר לעיל, הוא מהלך שמוגן כמעט לחלוטין מפני ביקורת שיפוטית על תוכנו.

חוק אחרון שחשוב לאזכרו בהקשר של דיוננו הוא "חוק ההסדרה", המבקש לאפשר – על אף איסורים שמוטלים במשפט הביין-לאומי ההומניטרי ובמשפט החוקתי של ישראל – הפקעה של קרקע פרטית של תושבים מוגנים (הפלסטינים בשטחים) לצורכי התיישבות של אזרחי המעצמה הכובשת.¹⁷ יוזמי החוק מאיימים מפורשות על בית המשפט בכינון "פסקת התגברות" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או בשינוי הרכב הוועדה למינוי שופטים, אם יעז בית המשפט להתערב בתוקפו של החוק (ליס, 7.2.2017).

בקצרה, האיום המפורש בתגובת-נגד פוליטית עזה כלפי בית המשפט נושא עימו אמינות, שכן בית המשפט העליון יכול להיטיב לשער – מתוך התבוננות בחקיקה שהתקבלה בשנים האחרונות – אילו מבין ההצעות הנוספות לשינוי חוקים או חוקי יסוד עלולות להתקבל.¹⁸

והערה נוספת: תכליתן של ההצעות הנזכרות לשינוי של חוקי יסוד או לקבלת חקיקה הנוגעת בסמכויותיה של הרשות השופטת או באופן מינוי שופטיה, אינה רק הרתעה

ישירה של בית המשפט. הצעות אלה הן אמצעים במאבק רטורי וסימבולי מקיף של לגיטימיות בשיח ובתרבות הפוליטית בישראל. הן דומות לגלים שחוזרים ונשברים על הסכר הנמוך והחלש של עמדות הדמוקרטיה הליברלית בציבוריות הישראלית; כל גל נושא כותרת: "מי שמכם, השופטים?" ו"הדמוקרטיה כעקרון הרוב" (השוו: שטייניץ, 2001; שקד, 2016).

ד. מדוע מתעצמת תגובת-הנגד הפוליטית דווקא משנת 2006 ואילך?

מה קורה החל משנת 2006 שמוכיל להתעצמותה של תגובת-הנגד הפוליטית? ההתרחשות הראשונה, שאותה קל לזהות, היא פרישתו של נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק מכס השיפוט. פרישה זו אכן השפיעה. מדובר באדם בעל שיעור קומה יוצא דופן, שנוכחותו במשפט הישראלי רבת עוצמה, והיא משתרעת על פני תקופה ארוכה במיוחד של שלושה עשורים ויותר – בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה (1975-1978), ובעיקר כשופט עליון (בשנים 1978-1995) וכנשיא בית המשפט העליון (בשנים 1995-2006). אולם לטעמי, קיימים שני תהליכים משפיעים משמעותיים יותר.¹⁹

ראשית, החל משנת 2006 הפוטנציאל של "המהפכה החוקתית" מתבהר, והנה הוא גדול ומכביד מבחינת הרשויות הפוליטיות. כך, למשל, חופש הביטוי הפוליטי זוכה בהגנה חוקתית, אף שהוא אינו מעוגן במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת מכוח פרשנות של הזכות ל"כבוד האדם" (בג"ץ 2557/05, פס"ד מטה הרוב; ובעיקר בג"ץ 10203/03, פס"ד "המפקד הלאומי"). מה שחשוב לענייננו אף יותר, הוא שהזכות לשוויון זוכה בהגנה חוקתית בהקשרים חשובים ומרכזיים, בכללם שסעיה העמוקים. פסקי הדין המרכזיים בהקשר זה הם פס"ד התנועה למען איכות השלטון בישראל בעניין חוק טל (בג"ץ 6427/02), ופס"ד עדאלה בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל (בג"ץ 7052/03). בפרשה האחרונה ראוי להרחיב מעט, שכן התחוללה סביבה סערה גדולה, והיא נושאת בחובה השפעה המשכית.

מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, שר הפנים כפוי לא להעניק לתושב פלסטיני של יהודה, השומרון או חבל עזה אזרחות ישראלית, תושבות ישראלית או רישיון לישיבה בישראל, אף אם המבקש נישא לאזרח או לתושב ישראל, ואף אם יש לבני הזוג ילד קטן. אשר על כן, החוק מפריד בין בן הזוג הישראלי לבין בן זוגו תושב השטחים (או תושב של מדינת עימות), אלא אם כן "יאות" בן הזוג הישראלי לעזוב את ישראל ולעבור להתגורר בשטחים או במקום אחר שבו יתאפשר לבני הזוג, ככל שיתאפשר, לחיות יחדיו; באופן דומה הוא מפריד בין הילד הקטן לבין אחד מהוריו. כאמור לעיל, שר הפנים כפוי על פי החוק לעשות כן, והחריגים לכך, שהחוק משרטטם, מספרם מצומצם ביותר. הבעיה המרכזית היא שאי-מתן היתר שהייה בישראל

לבן הזוג או להורה הפלסטיני אינו מותנה בקיום חשד ביטחוני קונקרטי כלפיו; החוק מסתפק ביצירת חוקה קולקטיבית שאינה ניתנת לסתירה בדבר מסוכנותם של בן או של בת הקבוצה, וזו מובילה להשלכות שתוארו לעיל.²⁰ חוק דרקוני זה ניצל בעור שינוי מהכרזה על בטלותו, וזאת בשני סיבובי הכרעה בבית המשפט העליון. הסיבוב הראשון הוכרע בשנת 2006. שישה שופטים חשבו שהחוק אינו מידתי, כלומר אינו חוקתי, אך השופט השישי, השופט לוי, מיאן לתת סעד של בטלות נגדו.²¹

בתמצית, תחילתו של התהליך החשוב הראשון שמעצים את תגובת-הנגד הוא בשנת 2006, בעיקר בפסקי הדין שעסקו בחוק האזרחות והכניסה לישראל ובחוק טל, שם מתבהרת, פחות או יותר, תמונת המהפכה החוקתית, שם זוכות כל הזכויות האזרחיות והפוליטיות המרכזיות בהגנה חוקתית, ובית המשפט נכון, לפחות להלכה, להתעמת עם הרשויות הפוליטיות בדרך של ביטול חקיקה שמפירה אותן. זהו לכן המועד שבו מתחוויר לרשויות הפוליטיות פוטנציאל ההתנגשות בינן לבין בית המשפט ביחס לסוגיות רגישות. מהו התהליך השני המעצים את תגובת הנגד? כאן מתחייב הסבר מקדים קצר. לכאורה לא היו הרשויות הפוליטיות צריכות להתרגש יתר על המידה מהפסיקה בעניין חוק טל וחוק האזרחות והכניסה לישראל, שהרי נותרת כל העת נקודה חשובה שכבר הוזכרה, והיא האפשרות להחדיר "פסקת התגברות" לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או לבטל בדרכים אחרות את הפוטנציאל הנזכר להגנה על זכויות האדם. פסקת התגברות כוננה בקלות, כזכור, בגדרו של חוק-יסוד: חופש העיסוק. לכן, יש הסבורים, ואני בהם, כי אילו התגבש בבית המשפט העליון רוב של שישה שופטים נגד חמישה לשם הכרזה על בטלותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (כלומר, רוב בבית המשפט העליון שלא רק יקבע שחוק האזרחות והכניסה לישראל אינו מידתי ולכן אינו חוקתי, כפי שקבעו שישה שופטים בשנת 2006, אלא גם יפסע הלאה וייתן סעד המצהיר על בטלותו של החוק), כי אז הייתה פסיקה זו, קרוב לוודאי, מחזיקה מעמד זמן קצר בלבד. היא הייתה נעקפת, משום שהייתה מוחדרת פסקת התגברות גם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזו הייתה מופעלת לשם הגנה על חוק האזרחות והכניסה לישראל, שהיה מחוקק מחדש. אך אם זהו מצב הדברים המשטרי – כלומר, אם "הדיאלוג החוקתי" בין בית המשפט לבין הרשויות הפוליטיות אינו סבוך, ואם המילה האחרונה שמורה בקלות יחסית למנהיגים הפוליטיים – אזי עולה השאלה: מדוע הממשלה והכנסת בוחרות בכל זאת בנתיב תגובת-הנגד שבו הן בוחרות, קרי, פונות לתגובה מתעצמת של איום ממשי ו"הליכה על הסף", אך נמנעות, לפי שעה לפחות, ממהלך דרמטי יותר של חציית הסף ושינוייה של המסגרת החוקתית? תשובתי נעוצה בתהליך שני המתגלגל בפוליטיקה – הפנימית והחיצונית – של ישראל.

שנת 2006 היא השנה שבה החלה כהונת ממשלתו של אהוד אולמרט, והיא גם השנה שבה התרחשה מלחמת לבנון השנייה, אך חשוב מכך לענייננו – זוהי גם השנה של עליית

החמאס בבחירות לרשות הפלסטינית, השתלטותו על רצועת עזה ותחילת ירי הרקטות מעזה. עליית החמאס אירעה חודשים ספורים לאחר הטראומה הציבורית העמוקה של "ההתנתקות" מרצועת עזה (קיץ 2005). רבים תולים את שברו של השמאל הישראלי בכישלונה של ועידת קמפ דייוויד השנייה, ביולי 2000, ובפרוץ האינתיפאדה השנייה, בסוף ספטמבר 2000. אני תולה את עיקר ההסבר בהתרחשויות שלאחר ההתנתקות, ובעיקר בעליית החמאס ובתהליכים שהתרחשו בעקבות זאת. התרחשויות אלה חיזקו מאוד את הלך המחשבה הבא: "הנה השכנו לפלסטינים שטח שנכבש בשנת 1967 'עד הסנטימטר האחרון'; היינו על סף מלחמת אחים; ומה קיבלנו בתמורה? רקטות על אשקלון ועל תל אביב; אין עם מי לדבר, בעיקר משום שהסיפור האמיתי הוא 1948, ולא 1967, ומשום שהעתיד הפלסטיני הוא פונדמנטליסטי ואלים"²². עמדה זו – שלשם הקיצור אכנה "אין עם מי לדבר", ואשר ליתר דיוק יש לכנותה "אין עם מי לדבר על המקסימום שאנו מוכנים, אולי, לתת" – היא הסבר חשוב לעליית הימין הישראלי ולתחושת הצדק של רבים מתומכיו. בה בעת, עמדות-הנגד בציבוריות הישראלית (בשמאל הציוני ובקרב הפלסטינים אזרחי ישראל) ממש אינן נזנחות, גם אם תומכיהן מתמעטים. השילוב של העמדות הנוגדות בציבור עם התמשכות הכיבוש וההתנחלות ועם מעגלי שפיכות דמים תכופים מחדד את הקיטוב הפוליטי בישראל. אך זו עדיין אינה התמונה כולה.

בו בזמן מתרחש תהליך נוסף בזירה הפוליטית הישראלית. חמישה עשורים ויותר לאחר 1967 גובר מאוד הלחץ החיצוני לדה-קולוניזציה של הגדה המערבית וירושלים המזרחית. הביקורת על ממשלת ישראל מתעצמת הן ביחס להתמשכות הכיבוש, הן ביחס להעמקת מפעל ההתנחלות והן ביחס לתרומת הכיבוש וההתנחלות לרדיקליזציה ולשפיכות הדמים. בד בבד מופנית התבוננות חודרת יותר אל מדיניותה של ישראל כלפי אזרחיה הערבים.

כיוון שכך, נוצרת זירת נסיבות רבת צירים: ציר האלימות הנוכחת תמיד; ציר התפיסה הפנים-ישראלית המתחזקת, של "אין עם מי לדבר", אשר מובילה, בלויית שינויים דמוגרפיים, להתחזקות ממשית של הימין הלאומי והדתי בישראל; ולעומתם – ציר ההתעצמות של משבר הלגיטימיות שישראל נתונה בו. זירה סבוכה זו היא מוקד ההסבר העיקרי שאני מוצא לתגובת-הנגד כלפי בית המשפט העליון. ישראל אינה יכולה לעשות הרבה באשר למקורותיו החיצוניים של משבר הלגיטימציה – עמדתן המשתנה של מדינות ידידות, דימוייה הבעייתי יותר ויותר בתקשורת הבינלאומית, הביקורתיות הגוברת כלפיה בחברה האזרחית הבין-לאומית – ודאי כל עוד נמשכת הקולוניזציה של הגדה המערבית ושל ירושלים המזרחית. אשר על כן, הרשויות הפוליטיות מחפשות את המטבע בעיקר תחת פנס שליטתן. הן מפנות את עיקר תשומת ליבן לאופוזיציה הפנימית – המפלגות הערביות, ארגוני זכויות האדם, גופי תקשורת ביקורתיים – ומוסיפות לכך את תגובת הנגד של גורמי הבקרה השלטוניים. והנה הנקודה העיקרית

לענייננו: הרשויות הפוליטיות חייבות, לפחות בעיני עצמן, להרתיע את בית המשפט מלקבל החלטה לרעתן. מבחינתן הן אינן יכולות להסתפק בפתרון של חקיקה והפעלה של "פסקת התגברות" במקרה שבו יפסוק בית המשפט לרעתן. אליטות אשר נתונות בביקורת בין-לאומית עזה ומנהלות עימות פוליטי פנימי חריף, אינן יכולות להסתפק בנתיב עוקף בג"ץ, אם זה יפסול אמצעים שהן נוקטות, כגון חוק האזרחות והכניסה לישראל, או חוק החרם, או חוק ועדות הקבלה, או חוק הנכבה או חוק ההזנה בכפייה. פסיקה פוסלת כזו, לו התקבלה, הייתה מעבירה מסר משפטי וערכי שאי-אפשר למחות באמצעות פעולה בזירה הפוליטית, קרי, הפעלתה של פסקת התגברות. אשר על כן, את המוסד הזה – בית המשפט העליון, על יוקרתו החיצונית והפנימית – יש לגייס; ואם אי-אפשר לגייסו, אזי לכל הפחות יש להרתיעו. כאשר הוא דן בתוקפם החוקתי של חוקים רגישים, בעיקר כאלה הנוגעים בפלסטינים החיים תחת הכיבוש ובשסע היהודי-ערבי בישראל, הוא "חייב" להבין שעליו לראות את החוקים המותקפים כמצויים בצד "הנכון" של קו פרשת המים החוקתית.

ה. ביקורת צפויה כלפי טיעוני

טיעוני צפויים להעלות את הביקורת הבאה: אם חששן של האליטות הפוליטיות מפני הכרעה של בית המשפט נגד מדיניותן מוצדק, אזי אכן צפויה תגובת-נגד פוליטית, אולם תגובה כזו יכולה ללבוש צורה אחרת, שעוקפת את "הבעיה" שהוצגה. למשל, תיתכן תגובה של ביטול מראש של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או מהלך דומה, שימנע מבית המשפט מלבקר את חקיקת הכנסת. זאת, במקום כינון "פסקת התגברות" והפעלתה לאחר מעשה ולאחר שבית המשפט כבר הציג את נימוקיו לפסילת החוק. לשון אחר, מדוע להן, לרשויות הפוליטיות, "ליטול סיכון"? הרי בעבר רק כפסע היה בינן לבין, למשל, פסילת חוק האזרחות והכניסה לישראל. אם החוקה הישראלית קלה לשינוי, מדוע לא התגייסה הכנסת עד עתה לשנותה, ומדוע לא עשתה כן בדרך של "הסדרים המקדמים את פני הרעה" – *ex ante*, להבדיל מהסדרים *ex post* (דוגמת הפעלת "פסקת התגברות" כנגד פסיקה שניתנה על ידי בית המשפט)? הכנסת יכולה לבטל כאמור את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שמכוחו נעשית עיקר הביקורת השיפוטית החוקתית, או לשנות את חוק-יסוד: השפיטה, באופן שישלול את סמכותו של בית המשפט לדון בתקפותם של חוקים או חוקים מסוימים.²³ בנתיבים אלה היא יכולה למנוע מראש את הדיון בסוגיות כגון תוקפו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, תוקפו של חוק ההסדרה וכדומה. סקירה של הסדרי ה-*ex ante* שאותם הכנסת יכולה לאמץ מופיעה במאמרו של אהרונסון (אהרונסון, 2016: 519–520). גם הוא שואל – אם כי מזווית ראייה שונה משלי – מדוע לא ביטלה הכנסת עד עתה את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. התשובות

הניתנות במאמרו הן בעלות ערך, ואני מאמץ את חלקן.²⁴ עם זאת, אני מבקש להדגיש שני הסברים אחרים, שלא זכו עד עתה להתייחסות מספקת. הסברים אלה משיבים גם על הביקורת נגד טיעוניי.

הסבר אחד לדרך שבה מתנהלת עד עתה תגובת־הנגד הפוליטית כלפי הרשות השופטת נעוץ במה שישראל מרוויחה מהותרת הביקורת השיפוטית החוקתית על כנה, ובמה שהיא עלולה להפסיד אם תגרע עמוקות מסמכות הביקורת הזו באמצעות ביטול חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו או תיקון חוק־יסוד: השפיטה. לאומדן הרווח־הפסד יש שני ממדים: ראשית, הרווח וההפסד במונחים של הדימוי שאותו מבקשת ישראל לשמר לעצמה – היותה דמוקרטיה מערבית נאורה (וכזכור, כמעט כל הדמוקרטיות המערביות הן דמוקרטיות חוקתיות, בעלות בתי משפט עצמאיים שלהם סמכות לביקורת שיפוטית חוקתית); ושנית, הרווח ה"פרטני" שהרשויות הפוליטיות מפיקות בכל אחד מהמקרים שבהם בית המשפט דוחה את התקיפה החוקתית של חוק, ובכך מספק לחוק שהותקף מעין הכשר מטעמו.

ההסבר האחר, המתווסף לקודמו, הוא שמספרם של המקרים שבהם כך אכן קורה – קרי, בית המשפט ממאן לפסול את החקיקה המותקפת לפניו – הולך ורב. בית המשפט מכופף יותר ויותר את ראשו לפני הרשויות הפוליטיות בהקשרן של סוגיות רגישות. הוא נעשה "נוח" יותר ו"מסוכן" פחות.

1. תגובת בית המשפט לתגובת־הנגד הפוליטית

מידת ההוגנות מורה על הצורך בהערה מקדימה. הרשות השופטת של ישראל עודה מוסד מרשים בתחומים רבים של ההווה הישראלית. היא אינה חוששת מהתמודדות עם שחיתות שלטונית, ואכן הובילה אל מאחורי סורג ובריח נשיא לשעבר, ראש ממשלה, שרים, בעלי הון רבי עוצמה, ראשי ערים ועוד. במישור אחר, בשנת 2009 פסל בית המשפט העליון את החוק שהקים בית סוהר פרטי (בג"ץ 2605/05, פס"ד חטיבת זכויות האדם), ובשנת 2012 הוא פסל את חוק טל (בג"ץ 6298/07, פס"ד רסלר). יתר על כן, בית המשפט התערב והתעקש לפסול פעם ועוד פעם – אל מול התנגדות חריפה של הקואליציה השלטונית – מרכיבים במדיניותה של ממשלת ישראל כלפי מבקשי המקלט (בג"ץ 7146/12, פס"ד אדם; בג"ץ 8425/13, פס"ד איתן; בג"ץ 8665/14, פס"ד דסטה; עע"מ 8101/15, פס"ד צגטה). עם זאת, ראוי לשים לב כי הוא עשה כן רק לאחר שהמרכיב העיקרי במדיניותה של ישראל בהקשר זה ניצב על מכונו, ממלא אחר ייעודו: בניית הגדר בגבול מצרים, שחוסמת את המשך כניסת מבקשי המקלט מאפריקה. לבסוף, בשנת 2016 פסל בית המשפט העליון רכיב מפתח ב"מתווה הגז" – תניית היציבות הרגולטורית – וקבע כי התחייבותה של הממשלה לא לשנות מדיניות רגולטורית לתקופה

של עשור אינה חוקית, ודינה להתבטל (בג"ץ 4374/15, פס"ד התנועה למען איכות השלטון בישראל). רשימה זו רחוקה מלהיות ממצה.

כעת, משנאמרו דברים אלה בזכותו של בית המשפט, יש לציין דברים נוספים, וזו תמציתם: תגובת-הנגד הפוליטית שהוצגה לעיל הצליחה למדי בתכליותיה: לקראת תום תקופת נשיאותה של הנשיאה ביניש, ובוודאי בתקופתם של הנשיאים גרוניס ונאור, בית המשפט העליון הוא "בית משפט מורתע", במיוחד בעניינם של הפלסטינים ובענייניו של השסע הלאומי בישראל.

דוגמה בולטת היא פסק הדין השני בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל (בג"ץ 466/07, פס"ד גלאון), שניתן בשנת 2012. הפעם שישה שופטים (נגד חמישה) מוצאים כי החוק "מידתי", והוא זוכה לכן בתו כשרות של בית המשפט העליון. יתר על כן, רצוי להקשיב לנימה העולה מדבריה של הנשיאה ביניש בנמקה את דעת המיעוט שלה: אין כאן מאבק עז נגד עמדת הרוב, ואין גם דיבור על ההשלכות הקשות של החוק הזה על זכויותיהן של משפחות אומללות, על הדמוקרטיה הישראלית ועל יחסי יהודים-ערבים; יש סוג של קבלת דין מיואשת. בניגוד לסיכוב הראשון של ההכרעה בדבר תוקפו של החוק הדרקוני הזה, שהתקיים בשנת 2006, הותרתו בתוקפו בשנת 2012 עוברת מול התנגדות חלשה הרבה יותר בבית המשפט העליון ובציבוריות הישראלית.

דוגמות נוספות הן הדחייה על הסף, מטעמים של חוסר בשלות, של העתירות התוקפות את "חוק הנכבה" (בג"ץ 3429/11, פס"ד בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה) ואת "חוק ועדות הקבלה" (בג"ץ 2311/11, פס"ד סבח); דחיית רוב מרכיבי העתירה נגד "חוק החרם" גם לגופם של אותם מרכיבים (בג"ץ 5239/11, פס"ד אבנרי); וכן דחיית העתירה נגד "חוק הזנה בכפייה" (בג"ץ 5304/15, פס"ד ההסתדרות הרפואית בישראל). בית המשפט גם מאשר את החוק המקנה חנינה ברירנית בהקשרה של התנהגות עבריינית אידאולוגית (בג"ץ 1213/10, פס"ד ניר). הכוונה לחוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תוכנית ההתנתקות, התש"ע-2010, שהעניק חנינה ביחס לעברות מסוימות לעבריינים מקרב מתנחלי גוש קטיף או תומכיהם, ולהם בלבד.²⁵

דוגמה אחרת, שבדרך כלל נזקפת לזכותו של בית המשפט העליון, אך אני רואה אותה באור שונה, היא בג"ץ 8300/02 (פס"ד נסר). מדובר בתקיפה חוקתית של תוספת לפקודת מס הכנסה שהעניקה פטור חלקי מתשלום מס הכנסה לתושביהם של "יישובים נוספים" מעבר ליישובי עוטף עזה: המועצה האזורית ערבה תיכונה, המועצה האזורית חבל אילות, ערד, חצור הגלילית, בית שאן וכן יישובי קו עימות רבים בצפון, ובהם יישובים ערביים ספורים בלבד. הענקה זו נעשתה ללא פירוט של אמות המידה שהנחו את הבחירה ביישובים אלה. היישובים הזוכים צוינו בתוספת לפקודת מס הכנסה בשמם (167 יישובים בסך הכול). גורמי בקרה חשובים מיהרו הפעם לפעול. היועץ המשפטי לממשלה התריע לפני ועדת הכספים של הכנסת ולפני שר האוצר על אי-החוקתיות של

מהלכי החקיקה שהובילו למצב הדברים הנזכר. העתירה הראשונה הוגשה בשנת 2002. עתירות מרכזיות נוספות הוגשו בשנת 2005. בית המשפט העליון זימן שבע ישיבות, עד שב-15.9.2010 נתן החלטת ביניים בעתירות, שם הביע את מורת רוחו ממשרכת ידה של הממשלה מייזום ומקידום של תיקון חקיקה שיתקן את ההפליה הגלויה הטמונה בתוספת האמורה לפקודת מס הכנסה, אולם דבר לא השתנה. אשר על כן, כמעט שנתיים נוספות אחר כך, במאי 2012, נתן בית המשפט העליון צו החלטי, שנכנס לתוקף שנה מאוחר יותר. השאלה המתבקשת היא אם לא מתגלה כאן דפוס הפעולה הבא מצד הרשויות הפוליטיות: "נפלה את האזרחים הערבים, אך לא נצהיר שנפלה; נמשוך את הדיונים שנה ועוד שנה – כאן עשר שנים! – ואז נקבל ארכה של שנה נוספת למדיניות המפלה; תיקון רטרואקטיבי – כלומר, השבת כספים לתושבים המופלים – הרי לא יעלה על הדעת; אם כן, מה יש כאן להפסיד?"

גם ביחס לפסיקה שאינה עוסקת בתקיפת חקיקה של הכנסת, אלא מתעמתת עם פעולות שלטוניות של הממשלה או של רשויות מקומיות, מתגלה תמונה ענפה של זהירות והיסוס מפני התערבות שיפוטית בסוגיות הנתפסות כרגישות. ראו, למשל, כיצד התמהמה בית המשפט העליון ומשך לאורך זמן רב את הכרעתו בעתירה מרכזית שעניינה תשתיות החינוך לתלמידים הפלסטינים בירושלים המזרחית. העתירות השונות שהוגשו בנושא זה, החל משנת 2000, הניבו בנייה של כיתות מעטות בלבד, עד כדי פער של יותר מאלף כיתות חסרות, וזאת למרות פסק דין קודם של בית המשפט והתחייבויות שונות של הרשויות לפני בית המשפט. והינה לעתירות אלה נלוותה כל העת בקשה של העותרים לסעד חלופי של מימון תשלומי ההורים לבתי הספר שאליהם נאלצו לשלוח את ילדיהם בהיעדר כיתות בחינוך הרשמי. בשנת 2011 פסק בית המשפט (בג"ץ 5373/08, פס"ד אבו לבדה) כי אם בשנת 2016 – כלומר, בחלוף חמש שנים נוספות, ולמעשה שש-עשרה שנים מתחילת הסאגה – לא ייבנו הכיתות הנדרשות, או אז יצטרכו הרשויות להפנות את הילדים לבתי ספר שאינם רשמיים ולהגיע להסדרים כספיים עם מוסדות אלה. למותר לציין כי תיקון ממשי של מצב הדברים לא התרחש עד 2016, ועתירה נוספת בשרשרת הוגשה לבית המשפט העליון (עתירה לבג"ץ 6183/16 ארגון ההורים למערכת החינוך בירושלים).

כך גם באשר למדיניות "התיוג האתני" של האזרחים הערבים בשדות התעופה של ישראל. גם כאן מדובר בעתירה שהטיפול בה התגלגל במשך שנים (בג"ץ 4797/07, פס"ד האגודה לזכויות האזרח בישראל). היא הוגשה בשנת 2007 והובילה לכמה שינויים חשובים בכל הנוגע בפומביותה של מלאכת התיוג – אשר אינה נעשית עוד מול הנוסעים האחרים, אלא מורדת עם המזוודות אל מרתפי נתב"ג, למכונות שיקוף שנרכשו לשם כך – אולם בית המשפט מסרב להתערב בעצם התיוג של ה"ערביות" של האזרחים הערבים כגורם סיכון המצדיק בדיקה מוגברת שלהם ושל מיטלטליהם.

התפתחויות קשות אחרות שזוכות לאישורו של בית המשפט העליון נוגעות ביחסה של המדינה אל הברווים בנגב (טמיר וגונטובניק, 2017; קרם, 2017). שני פסקי דין מהשנים האחרונות בולטים בהקשר זה. פסק דין אחד הוא פס"ד אלעוקבי (ע"א 4220/12, שניתן במאי 2015), שבו דחה בית המשפט העליון מכלול של טענות מעמיקות – משפטיות, היסטוריות וגאוגרפיות – שהובאו לפניו ביחס לבעלותם של הברווים באדמות שאותן עיבדו ובהן בנו במשך עשרות ארוכות של שנים ביישוב אלערקיב, עד שגורשו ממנו אל "אזור הסייג" בפקודת המושל הצבאי בראשית שנות החמישים של המאה הקודמת. פסק הדין האחר נוגע ביישוב אום אלחיראן ובעקירתו לשם הקמת היישוב חירן (רע"א 3094/11, פס"ד אלקיעאן, שניתן אף הוא במאי 2015).

לבסוף, המגמה האמורה ניכרת ברבות מאוד מההחלטות השיפוטיות הישירות שעניינן הפלסטינים וההתנחלויות בשטחים, כגון המשך מתן התוקף לסמכות להרוס או לאטום את בתיהן של משפחות פלסטיניות של מפגעים בירושלים המזרחית ובגדה המערבית (הרפז וכהן, טרם פורסם), וכן ההחלטות השיפוטיות שמאשרות פעם אחר פעם בקשות קבועות של המדינה להשהות את ביצוע סעד הפינני שנקבע נגד מאחזים שנבנו על קרקע פרטית שנלקחה מידי בעליה הפלסטינים. במקרה הנדיר שבו בית המשפט העליון מסרב לתת ארכה נוספת לפינני – דוגמת המקרה של מאחז עמונה – הכנסת מתגייסת במאמץ למנוע הישנות של פינני כזה, ומקבלת את חוק ההסדרה שהוזכר לעיל. ראוי עם זאת להוסיף, כי שם, בשטחים, אין זה חדש; אין דינמיקה יוצאת דופן בהתנהלות בית המשפט. הנה דבריו של נועם שיזף (2017):

במשך חמישה עשורים, בג"צ לא ניפק פסק דין עקרוני אחד שעצר את הפרקטיקות המרכזיות של הכיבוש (וכולן נידונו בבג"צ). הוא לא עצר את ההתנחלות (אלא רק קבע איך מותר להתנחל או להפקיע אדמות). הוא לא עצר את המעצרים המינהליים (אלא קבע כיצד לקיים אותם), הוא לא עצר את החיסולים (אלא הגדיר להם נהלים, ובראשם פצצה מתקתקת). הוא לא מנע את הריסות הבתים, אבל נתן הליך משפטי שמלווה אותם. הוא לא מנע את הקמת הגדר בשטח הפלסטיני (במקום על הקו הירוק), אלא ביצע תיקוני גבול מסוימים. והוא אפילו קבע כיצד ומתי מותר לענות עצירים.

למעט, אולי, נושא העינויים – תיאור מצב זה נאמן למציאות, למרבה העצב.²⁶

ז. מילות סיכום

תגובת הנגד הפוליטית למהפכה החוקתית היא תולדה של השילוב בין נסיבותיה של ישראל בעשור האחרון, המותחות את היחסים בין הרשויות הפוליטיות לבין זו השופטת, לבין ארבעה צירים ממתנים: 1. המבנה החוקתי של ישראל מרגיע למדי את הרשויות הפוליטיות בהקשרה של הרשות השופטת, שכן רוב רובם של חוקי היסוד נעדרים שריון,

ולכן הרשויות הפוליטיות יכולות לשנות בקלות יחסית את פסיקתו של בית המשפט הנשענת עליהם; לפיכך הן נותרות באופן מובהק "בעלות המילה האחרונה" בחברה הישראלית. 2. בית המשפט הגביל את עצמו במידה רבה מפני התערבות בנושא שהוא הרגיש ביותר והרה-הגורל ביותר – הקולוניזציה של השטחים (באמצעות העילות של שפיטות וזכות עמידה). 3. בית המשפט כופף את ראשו לפני הרשויות הפוליטיות, המנהליות והביצועיות גם בהקשרים רגישים נוספים, שהודגמו לעיל. התנהלות שונה של בית המשפט צפויה הייתה להוליד תגובת-נגד פוליטית עזה עוד יותר מזו שננקטה, אך עדיין, כנראה, כזו שאינה נטולת רסן. הגבולות המרסנים מקורם בציר ממתן רביעי. 4. תווים של זהירות נשמרים בתגובת-הנגד של הרשויות הפוליטיות בשל חשיבות הביקורת של בית המשפט העליון לדימוייה הנחלש של ישראל כמדינה דמוקרטית. נסיבותיה של ישראל, הרלוונטיות לענייננו, הוצגו באופן הבא: במהלך תקופת אוסלו, בשנים 1992-1995, מתגבשים יסודותיה של "המהפכה החוקתית", והיא מתעצמת בשנים העוקבות. בה בעת, תהליכים ואירועים שונים מובילים לקריסתם של הסכמי אוסלו, מתרחש מעגל דמים חדש וקשה מול הפלסטינים, והקרע עם המיעוט הערבי-הפלסטיני בישראל מעמיק (פרוץ האינתיפאדה השנייה ואירועי אוקטובר 2000). שנים מספר אחר כך מגיעה ההתנתקות מחבל עזה (2005), וסמוך לאחריה עולה שם החמאס (2006), ומתרחשים מעגלי דמים תכופים תחת שליטתו של החמאס. על רקע זה ועל רקע גורמים נוספים, מתחוללים שינויים במפה הפוליטית של ישראל, אשר ביטויים העיקרי הוא התעצמות הימין הישראלי וקייטוב פוליטי גובר. בו בזמן, לאחר חמישים שנים של כיבוש והתנחלות בשארית מולדתו של עם אחר, ואל מול תחושה של היעדר אופק מדיני, מתחזקים מאוד הלחצים לדה-קולוניזציה של ישראל בשטחים – חוסר הלגיטימיות של מדיניותה של ישראל מעמיק מאוד בזירה הבין-לאומית.

כאן הגעתי לשני דגשיו של המאמר. ראשית, שילוב הנסיבות הנזכר מסביד בר-זמנית הן את תנופתה והן את רסניה הנותרים של תגובת-הנגד הפוליטית כלפי בית המשפט. עליית המדרגה שהופיעה בתגובת-הנגד נועדה להבהיר לבית המשפט כי "אסור לו" לעמוד לצד מבקריה של ממשלת ישראל, מבפנים או מבחוץ, במהלכי מדיניות מרכזיים ורגישים. עם זאת, הרשויות הפוליטיות נזהרות ממהלך דרמטי עוד יותר, נזהרות מ"לשבור את הכלים" כלפי בית המשפט, שכן מהלך מעין זה יעצים את גירעון הלגיטימיות שממנו סובלת ישראל.

שנית, המהלך המוגבר של הרתעה מצד הרשויות הפוליטיות, בליווי הרסן המסוים שמופיע בהווה ומאזן אותו, ימשיכו להתקיים בשיווי המשקל הנוכחי (פחות או יותר), כל עוד ייוותרו שני משתנים על כנם. א. בית המשפט "יבין" את המסר ויפעל באופן "זהיר"; לפי שעה נראה כי תגובת-הנגד הפוליטית אכן "צלחה" – הגנתו של בית המשפט על זכויות האדם של הפלסטינים, נשלטים ואזרחים, פחתה. ב. שיווי המשקל

האמור יתקיים רק ככל שהאליטות הפוליטיות של ישראל ישמרו על מידה בסיסית של רצינות, והסוגיה של הלגיטימציה של ישראל בעיני העולם שמחוצה לה תמשיך לשאת משקל בעיניהן. למרכה העצב, אין כל ערובה שהעתיד לא יהיה קודר יותר מההווה גם בהקשר זה.

הערות

- 1 הגנה רשימת חוקי היסוד של ישראל. חוק-יסוד: הכנסת; חוק-יסוד: הממשלה; חוק-יסוד: השפיטה; חוק-יסוד: נשיא המדינה; חוק-יסוד: הצבא; חוק-יסוד: מבקר המדינה; חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל; חוק-יסוד: מקרקעי ישראל; חוק-יסוד: משק המדינה; חוק-יסוד: חופש העיסוק; חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאחר פס"ד בנק המזרחי התקבלו שלושה חוקי יסוד חדשים (וכן גרסה חדשה של חוק-יסוד: הממשלה), ואלו הם: חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 עד 2016 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה); חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה); וכן חוק-יסוד: משאל עם.
- 2 בינתיים זכה רק חוק אחד בהגנה מכוח "פסקת ההתגברות" – חוק בשר ומוצריו, התשנ"ד-1994. חוק "חורג" זה אינו זקוק לחידוש, שכן הוא אינו פוקע. זאת בשל הוראה מיוחדת המצויה בסיפא של סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, אשר מגוננת עליו.
- 3 משבר חוקתי יכול להתרחש כמובן לא רק במישור היחסים שבין הרשויות הפוליטיות לרשות השופטת, אלא גם ביחסים שבין הרשויות הפוליטיות לבין עצמן, אולם מקרה מעין זה אינו רלוונטי לדיוננו.
- 4 חשוב לי לציין כי אני שותף לתפיסה כי בית המשפט היה "נרמס" על ידי הרשויות הפוליטיות אילו חסם בפסיקתו נתיבי פעולה חיוניים למפעל ההתנחלות. כנפי סמכותו לביקורת שיפוטית, לפחות ביחס לשטחים, היו מקוצצות במהירות ובהחלטיות.
- 5 למשל, הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – הרכב הוועדה לבחירת שופטים), פ/19/1994 (של ח"כ יריב לוין וח"כ איילת שקד); הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – בחירת נשיא בית המשפט העליון והמשנה לנשיא בית המשפט העליון בידי הכנסת), פ/19/693 (של ח"כ יריב לוין); הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – שקיפות בהליכי מינוי שופטים לבית המשפט העליון ובמינוי הנשיא והמשנה לנשיא בית המשפט העליון), התשע"א-2011, פ/18/3423 (של ח"כ יריב לוין וח"כ זאב אלקין). הרקע הפוליטי והתרבותי להצעות השונות מנותח באופן מעניין בדרכים נוספות, מעבר לנטען כאן, בספרו של מאוטר משנת 2008, בעיקר בעמ' 219-225.
- 6 ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – עותר ציבורי), פ/18/3134 (של ח"כ דני דנון וח"כ יריב לוין); הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – סמכויות בית המשפט הגבוה לצדק), פ/18/2018 (של קבוצת חברי כנסת). לסקירה מקיפה של הצעות החוק השונות בהקשר זה ראו: אהרונסון, 2016.
- 7 ראו, למשל, תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים); הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), פ/19/1944 (של קבוצת חברי כנסת); הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על תוקפו של חוק), פ/18/2056 (של קבוצת חברי כנסת); תזכיר חוק-יסוד: החקיקה (משרד המשפטים, 2012) http://www.tazkirim.gov.il/Tazkirim_Attachments/41283_x_AttachFile.doc.
- 8 הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/20/1989 (של ח"כ אבי דיכטר ואחרים); הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/19/1550 (של ח"כ איילת שקד, ח"כ יריב לוין וח"כ רוברט אילטוב).
- 9 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 55), התשס"ח-2008, ס"ח 813.
- 10 אני חב הדגשה זו לגילה שטופלר.
- 11 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003; חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011, ס"ח 686; חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011;

- 12 חוק לתיקון פקודת האגודות השיטופיות (מס' 8), התשע"א-2011, ס"ח 683; חוק הנוזקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב-2012, ס"ח 522; חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48), התשע"ה-2015, ס"ח 241; חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 26), התשע"ו-2016, ס"ח 630.
- 13 חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 62), התשע"ד-2014, ס"ח 347.
- 14 חוק חובת גילוי לגבי מי שנתמך על ידי ישות מדינית זרה, התשע"א-2011; חוק חובת גילוי לגבי מי שנתמך על ידי ישות מדינית זרה (תיקון), התשע"ו-2016, ס"ח 1054.
- 15 חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44), ס"ח התשע"ו 1086; חוק הכנסת (תיקון מס' 43), התשע"ו-2016, ס"ח 1087. יש לשים לב, עם זאת, שחוק יסוד: הכנסת משוריין בחלקו, ובכלל זה הדרישה לשוויון של הבחירות, כך שניתן לשנותה או לפגוע בה רק ברוב של חברי הכנסת. תיקון 44 הנזכר התקבל בפחות מרוב של חברי הכנסת, ולכן ייתכן שהוא ימצא בטל.
- 16 חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 46), התשע"ז-2017.
- 17 חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017. לטיעונים מרכזיים נגד החוק ראו את חוות דעתם של חוקרי משפט ציבורי ובין-לאומי שהוגשה בראשית מרץ 2017 כבקשת הצטרפות כ"דיד בית המשפט" לעתירות נגד חוק ההסדרה: <http://www.hujiilawblog.com/single-post/2017/03/08/%D7%A7%D7%95%D7%A1-%D7%97%D7%95%D7%A7-%D7%90%D7%9E%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%A1-%D7%93%D7%A8%D7%94%D7%94%D7%A1%D7%93%D7%A8%D7%94>
- 18 מצב הדברים המצטבר, שפרטיו (ברובם, אך לא כולם) שורטטו לעיל, הוביל לגיבושה של טענה חשובה שלפיה הממשלה עולה בעת האחרונה על נתיב מסוכן במיוחד, הקרוי בשיח החוקתי השוואתי "השתלטות חוקתית" (constitutional capture). שטופלר (6.5.2017) מצביעה על הונגריה, פולין וטורקיה כדוגמות מובהקות לתהליך זה בהווה ובעבר הקרוב, ומבהירה כי מדובר בתופעה שמהותה היא החלשה שיטתית ומכוונת של רוב האיזונים והבלמים במערכת החוקתית, ולעיתים תכופות השתלטות עליהם לשם חיזוק השלטון הקיים והחלשת מתנגדיו. השתלטות כזו מושגת באמצעות פעולה, משפטית ואחרת, להכפפת רוב המנגנונים החיצוניים והפנימיים של בקרת השלטון – ובכלל זה ארגוני זכויות אדם, התקשורת, מוסדות תרבות, מערכת המשפט, הפרקליטות והמשטרה – לשלטון הקיים. במקביל, פופוליזם ודמוניזציה מסייעים לשלטון לגייס תמיכה עממית ולשחוק את ההתנגדות למהלכיו.
- נקודה מרכזית נוספת ששטופלר מדגישה היא שלעיתים מדובר בתהליך אינקרימנטלי, כזה שבו האפקט מתגבש בעטיים של שינויים קטנים רבים, אשר כל אחד מהם כשלעצמו הוא גבולי למדי, ותיתכן לעיתים מחלוקת לגיטימית סביבו; ההצטברות היא שיוצרת מסה קריטית של "השתלטות". התחכום בדרך הפעולה הזאת הוא שקשה להתגייס נגדה, כי המוקד שלה אינו ברור. אילו התקבל שינוי חד ומרוכז, היה אפשר לטעון ל"תיקון חוקתי שאינו חוקתי"; אבל באופן שבו התהליך מתקיים, מוסדות שיכלו אולי לעמוד בפרץ מורדמים בשל האינקרימנטליות, מורתעים כאשר הם מגלים עוררות, ונהפכים לנשלטים (captured) או לחסרי אפקטיביות בהמשך הדרך. שטופלר מוסיפה כי באירופה הדיון אינו רק בשאלה אם האיחוד האירופי אמור להתערב במצב בפולין ובהונגריה, אלא גם בשאלה הצופה פני עתיד, איך יודעים מתי ובאיזה אופן יש להתערב, לפני שיהיה מאוחר מדי. מדובר בשאלה קלאסית של "דמוקרטיה מתגוננת" בלבוש מודרני ומאתגר, כזו שמעלה שאלות עקרוניות של "מדרון חלקלק" כעילת התערבות.
- מוסכם, דומני, כי נותר עדיין מרחק ניכר בין המשטר הישראלי לבין הדוגמות ההשוואתיות הנזכרות, אך טענתה של שטופלר מזהה בכל זאת הלך רוח בקרב חלק מהאליטות הפוליטיות של ישראל, וחשוב מכך, היא מאפשרת להצביע על תהליך שלטוני מסוכן שמתחיל להתגלגל במציאות העכשווית של ישראל. השוו לטיעונו של אלון הראל על "המהפכה החוקתית השנייה" (הראל, 2017).
- 19 גם תמר הוסטובסקי ברנדס מזהה שינוי, דינמיקה רבת חשיבות, משנת 2006 ואילך (Hostovsky, Brandes, 2017). היא עוסקת במאמרה בפסיקת בית המשפט העליון שעניינה השטחים, ומציגה את

- ההתייחסות הפוחתת של בית המשפט למשפט הבין-לאומי ואת נטייתו למעט בדיאלוג עמו. הסבריי שונים במידה מסוימת משלה, אך לא ארחיב כאן בהשוואת טיעונינו.
- 20 חוק האזרחות והכניסה לישראל תוקן, כך שעתה הוא מופנה "רק" כלפי כל בת זוג פלסטינית שגילה פחות מעשרים וחמש שנים, וכלפי כל בן זוג פלסטיני שגילו פחות משלושים וחמש שנים.
- 21 לניתוח פס"ד עדאלה ולביקורת על נימוקי השופטים שאישרו את תוקפו של החוק ראו, בין היתר, מדינה וסבן, 2009.
- 22 זאת ועוד, מכיוון ש-1948, כלומר עצם הקמת המדינה, היא הסיפור האמיתי, "עלינו להתעקש", כפי שאומר לנו ראש הממשלה, "על הכרה פלסטינית לא בישראל 'סתם', אלא בישראל 'כמדינת העם היהודי'".
- 23 ראו לשם דוגמא את תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים) שהוגשה על ידי הממשלה על פי הצעתו של שר המשפטים פרידמן משנת 2008:
<http://www.knesset.gov.il/Laws/Data/BillGovernment/409/409.pdf>
- 24 אהרונסון מציג כמה תשובות אפשריות להימנעותה של הכנסת מביטול חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אחת מהן היא שקיימת עלות של "ביוש" למהלך כזה: "העובדה שהמשפט הוא מערכת של נורמות גלויות, ושהליך החקיקה חשוף גם-כן, יוצרת עלות של ביוש לחבר-הכנסת, לסיעה או לקואליציה המבקשים לסטות מהסדר זכויות קיים" (שם, 546). אך הסברו העיקרי של אהרונסון הוא זה שכותרתו "סטטוס-קוו, תלות במסלול, עלויות מוסדיות" (שם, 548-557):
 אני סבור כי ניתן לבאר את הדינמיקה החוקתית שהתפתחה בישראל בעשרים השנים האחרונות דרך הפריזמה של ההתניה המוסדית לשימור הסטטוס-קוו. [...] ככל שחולף הזמן מאותו רגע מכונן, ובית-המשפט העליון ממשיך בפיתוח ובביסוסן של הפרקטיקה והדוקטרינה של ביקורת שיפוטית חוקתית, עלויות הסטייה מהסטטוס-קוו החדש גוברות. [...] מכלול התנאים הללו – אתגרי הפעולה המשותפת והנמשכת [בכנסת], חוסר הוודאות באשר לחלופה העדיפה, המשאבים המוסדיים הנדרשים לחקיקה מעוררת-מחלוקת והגירעון המוסדי המקשה חקיקה איכותית ולעומתית למודל החוקתי הקיים – מעצים עוד את כוחו של הסטטוס-קוו. במצב זה אין פלא שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומשטר הביקורת השיפוטית שנוצר בעקבותיו, נותרים על כנם.
- 25 הקושי הגדול שבחוק החנינה הוא החדרת הפליה על רקע השקפת עולם אל הדין הפלילי. החוק מחיל דין אחד על מי שעברו עברה על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות – דין הפוטר אותם, כאמור, מאחריות פלילית – ודין אחר על מי שעברו עברה על רקע תמיכה בתכנית ההתנתקות, וכן על מי שעברו עברה על רקע התנגדות, למשל, לפינוי אזרחים בדוויים בנגב מיישוביהם, להתנחלות יהודית בשכונות הערביות של ירושלים המזרחית, להקמת גדר ההפרדה מעבר לקו הירוק, למדיניות הכלכלית של הממשלה, להחלטה לסגור את המפעל שבו עבדו ולפטרם, וכדומה. כל האחרונים כפופים לכלל הוראות הדין הפלילי. ראו: מדינה וסבן, 2017.
- 26 עם זאת, ההגינות מחייבת להוסיף להערכת פעילותו של בית המשפט בשטחים שתי הערות. א. הערכה שכבר הבעתי לעיל, בהערה 4, שלפיה בית המשפט היה "נרמס" על ידי הרשויות הפוליטיות לו חסם בפסיקתו נתיבי פעולה חיוניים למפעל ההתנחלות. ב. נראה כי לאחרונה איבד בית המשפט במידה מסוימת את האמון בהצהרות המדינה. הרקע לכך הוא התנסות קשה ארוכת שנים, ודומה כי אוכרן הסבלנות מקבל ביטוי מעשי רק באותם מקרים שבהם נראה לבית המשפט כי כלו כל הקיצים. ראו את פסיקותיהם של השופטים גרוניס ונאור בבג"ץ 9669/10 קאס נ' שר הביטחון (2014); את פסק הדין בעניין נתיב האבות (בג"ץ 7292/14 מוסא נ' שר הביטחון [2016]); את ההחלטה בעניין עמונה (בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון [2016]); את ההחלטות בעניין עפרה (בג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון [2017]); וכן את דבריה של השופטת נאור בפרשת המאחזים המתוחמים (בג"ץ 7891/07 תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון [2013]).

רשימת המקורות

- בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (2011).
- בג"ץ 2676/09 אבו קמל נ' הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש באיזור יהודה ושומרון (2014).
- בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (2015).
- בג"ץ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה (2015).
- בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (2013).
- בג"ץ 8425/13 איתן - מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (2014).
- ע"א 4220/12 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (2015).
- רע"א 3094/11 אלקיעאן נ' מדינת ישראל (2015).
- בג"ץ 277/84 א'ערייב נ' ועדת העררים לפי צו בדבר רכוש ממשלתי, אוור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 57 (1986).
- בג"ץ 6183/16 ארגון ההורים למערכת החינוך בירושלים נ' משרד החינוך (עתירה תלויה ועומדת) בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (2012).
- ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
- בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011).
- בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993).
- בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1 (2012).
- בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979).
- בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (2015).
- בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל (2016).
- בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).
- בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (2014).
- בג"ץ 2557/05 מטה הרוב - ארגון הגג של כל תנועות השמאל נ' משרתת ישראל, פ"ד סב(1) 200 (2006).
- בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485 (1993).
- בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008).
- בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (2017).
- בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (2012).
- בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (2012).
- בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (2014).
- בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).
- בג"ץ 3125/98 עימד נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נה(1) 913 (1999).
- בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012).
- בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006).
- בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (2016).
- ע"מ 8101/15 צגטה נ' שר הפנים (2017).
- אהרונסון, א'. 2016. מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי-רובני. עיוני משפט. לז(3), 509-562.
- אזולאי, מ'. 1.9.2016. אלקין: "הוראת בג"ץ לפנות את מאחז 'נתיב האבות' - חציית קווים אדומים". <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4849296,00.html> ynet
- ארליך, א'. 26.4.2015. היועץ כבר מזמן לא רק מייעץ. הארץ. <http://www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.2622184>
- באום, ע'. 18.7.2016. המהפכה השמרנית של איילת שקד שהופכת את מערכת המשפט לחלשה ולא רלוונטית. *TheMarker*. <http://www.themarker.com/law/1.3009886>

- באום, ע'. 23.2.2017. המינויים החדשים לעליון: שקד קיימה את הבטחתה לבחוריה במלואה. <http://www.haaretz.co.il/news/law/1.3881932>.
- בקשי, א'. 2013. הצעת חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי – ההצדקה הליברלית (נייר עמדה, המכון לאסטרטגיה ציונית) [בקשי, 2013א].
- בקשי, א'. 2013. חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי – הצורך המשפטי. (נייר עמדה, המכון לאסטרטגיה ציונית) [בקשי, 2013ב].
- ברק, א'. 2011. תיקון של חוקה שאינו חוקתי. בתוך ד' האן, ד' כהן-לקח ומ' בכ (עורכים), ספר גבריאל בכ. שריגים-ליאון: נבו הוצאה לאור בע"מ. עמ' 361-381.
- גביון, ר'. 1997. המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה? משפטים, כח, 147-21.
- גרבר, א' וארליך, א'. 31.3.2015. פעילות החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית העולמית וקשריה עם הממשלה. מסמך תגובה לחוות הדעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חוות דעת משפטית). פורום קהלת.
- דותן, י'. 1997. חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר "המהפכה החוקתית". משפטים, כח, 149-209.
- הראל, א'. 19.4.2017. המהפכה החוקתית השנייה. בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית. הרפו, ג' וכהן, ע'. טרם פורסם. הריסת בתים בעיני בג"ץ: יש (בית) שופטים בירושלים (צפוי להתפרסם במשפט וממשל, יט).
- זוסמן, נ'. 2013. חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (נייר עמדה, מולד – המרכז להתחדשות הדמוקרטיה).
- זלמן, י'. 1970. הניצחון במלחמת ששת-הימים בפרספקטיבה היסטורית. (סדרת עימות: דעות על הציונות, ההסתדרות הציונית העולמית).
- זמיר, מ' וגונטובניק, ג'. 2017. אתגר המציאות של הקהילה הברואית בנגב: הכרה בתורת הכרה. בתוך ר' זריק וא' סבן (עורכים), משפט, מיעוט וסכסוך לאומי. (סדרת "משפט, חברה ותרבות"). תל אביב: הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. עמ' 429-478.
- ליס, י'. 12.10.2011. יו"ר ועדת הכנסת יריב לוין: בג"ץ מסכן את יכולת קיומו. הארץ. <http://www.haaretz.co.il/1.1521582>
- ליס, י'. 7.2.2017. ח"כ מועלם: צריך "לגבות מחיר" מבג"ץ כשהוא פוסל מתווה ממשלתי. הארץ. <http://www.haaretz.co.il/news/politi/1.3637608>
- מאוטנר, מ'. 1998. המשפט הסמוי מן העין. אלפיים, 16, 45-72.
- מאוטנר, מ'. 2008. משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת. תל אביב: עם עובד.
- מדינה, ב' וסבן, א'. 2009. זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, "תיוג אתני" ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל). משפטים, לט(1), 47-113.
- מדינה, ב' וסבן, א'. 2017. על "עם", קרעיו ושאיפת איחוי: פסק הדין בעניין חוק החנינה למפרי חוק על רקע התנגדותם לתכנית ההתנתקות. בתוך ר' זריק וא' סבן (עורכים), משפט, מיעוט וסכסוך לאומי. (סדרת "משפט, חברה ותרבות"). תל אביב: הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. 375-388.
- סמוחה, ס'. 2006. האם ישראל מערבית? בתוך א' כהן, א' בן-רפאל, א' בראלי וא' יער (עורכים), ישראל והמודרניות: למשה ליסק ביוכלו. שדה בוקר: מכון בן-גוריון לחקר ישראל. 49-83.
- ספיר, ג'. 2008. המהפכה החוקתית – איך זה קרה? משפט וממשל, יא(2), 571-597.
- ספיר, ג'. 2010. המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד. רמת גן: הוצאת אוניברסיטת בר-אילן.
- פוקס, ע', בלאנדר, ד' וקרמיצר, מ'. 2015. חקיקה אנטי-דמוקרטית בכנסת ה-18 (2009-2013). ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- פרידמן, ד'. 2013. הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושברה. תל אביב: ידיעות אחרונות.
- קוטזי, ג"מ. 1984. מחכים לכרברים (תרגום י' קנז). תל אביב: עם עובד.

- קדם, נ'. 2017. אל-עוקבי נגד מדינת ישראל: העלמת המשפט וההיסטוריה הברואית בקביעת הבעלות על אדמות בנגב. בתוך ר' זריק וא' סבן (עורכים), משפט, מיעוט וסכסוך לאומי (סדרת "משפט, חברה ותרבות"). תל אביב: הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. 389-428.
- קרמניצר, מ' ופוקס, ע'. 21.10.2015. הצעת חוק-יסוד: מדינת ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי (חוות דעת). המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- שיזף, נ'. 12.5.2017. המתנחלים צריכים לשלוח פרחים לשופטי בג"צ לדורותיהם. שיחה מקומית. <https://mekomit.co.il/%D7%94%D7%9E%D7%AA%D7%A0%D7%97%D7%9C%D7%99%D7%9D-%D7%A6%D7%A8%D7%99%D7%9B%D7%99%D7%9D-%D7%9C%D7%A9%D7%9C%D7%95%D7%97-%D7%A4%D7%A8%D7%97%D7%99%D7%9D-%D7%91%D7%92%D7%A6/>
- שטופלר, ג'. 6.5.2017. תהליך ריקון הדמוקרטיה מתוכן. הארץ. <http://www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.4069129>
- שטייניץ, י'. 2001. דמוקרטיה: האיום הליברלי. מחקרי משפט, יז(1), 104-91.
- שקד, א'. 2016. מסילות אל המשילות. השילוח, 1, 37-55.
- Hostovsky Brandes, T. (2017). *The Diminishing Status of International Law in Israel's Supreme Court Decisions Concerning the Occupied Territories*. (work in progress).
- Jamal, A. (2016). Constitutionalizing Sophisticated Racism: Israel's Proposed Nationality Law. *Journal of Palestine Studies* Vol. XLV, No. 3, pp. 40-51.
- Meydani, A. (2011). *The Israeli Supreme Court and the Human Rights Revolution: Courts as Agenda Setters*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Navot, D., & Peled, Y. (2009). Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel? *Constellations* Vol. XVI, No. 3, pp. 429-444.
- Roznai, Y. (2017). Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty – Linking Unamendability and Amendment Procedures. In R. Albert, X. Contiades & A. Fotiadou (Eds.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. (pp. 23-49). Hart Publishing (forthcoming).

