

פוליטיקה ומשפט

בית-משפט לחוקה – פתרון מבני לקשיי המשילות של המערכת הפוליטית?

גדעון דורון ואסף מידיני

מבוא

בחודש יוני 2000 אימצה הכנסת הצעת חוק טרומית של חבר הכנסת אליעזר (צ'יטה) כהן ממפלגת האיחוד הלאומי-ישראל ביתנו לכינונה של חוקה. הצעת החוק ביקשה להקנות לכנסת מעמד של רשות מכוננת, ש'תפעל לכונן מסמך חוקתי יחיד, שלם ומקיף'. בהצעת החוק תמכו ארבעים וארבעה חברי כנסת. בספטמבר 2000 הגישו חברי הכנסת אליעזר כהן ויגאל ביבי (מפד"ל) שתי הצעות חוק עוקבות להצעה לכינונה של החוקה שנושאן היה הקמת בית-משפט לחוקה.¹ הצעות החוק הללו זכו בקריאה הטרומית לתמיכת חמישים ושניים חברי כנסת, אלא שלאחר שנה בערך, ב-2 בינואר 2002, דחתה הכנסת את שתי ההצעות הללו. דחייה זו אינה מפתיעה; היא נבעה ממאמצים ללא לאות, בין היתר, של אנשי משפט בכירים ששכנעו את חברי הכנסת לתמוך בעמדה השוללת את רעיון בית-המשפט לחוקה. ה'הפתעה' באה דווקא שנה קודם לכן, בעת שהחליטו נציגי המפלגות הדתיות בכנסת, אשר מאז קום המדינה ידועים כמתנגדים לחוקה, לתמוך בהצעה להקמת המוסד המיוחד הזה. האם החליטו חברי הכנסת של המפד"ל, יהדות התורה וש"ס והנציגים הדתיים של המפלגות האחרות כי לקראת שנות האלפיים כדאי להם לשנות עמדה ולתמוך בחוקה וכי כל שנותר להם כעת הוא להבטיח את יישומה הנאות על-ידי המוסד המוצע? או

1. ראו: תקציר 'השבוע שהיה בכנסת', 7 ביוני 2000, אתר הכנסת <http://www.knesset.gov.il>, וראו גם: הצעת חוק יסוד: כינון חוקה בישראל שהגישו חבר הכנסת אליעזר כהן וקבוצת חברי כנסת (פ/1720), http://icd.org.il/items/item_1000032.rtf; הצעת חוק יסוד: בית המשפט לחוקה שהגישו חבר הכנסת אליעזר כהן וקבוצת חברי כנסת (פ/1875), http://icd.org.il/items/item_1000028.rtf; הצעת חוק יסוד: בתי המשפט לחוקה שהגיש חבר הכנסת יגאל ביבי (פ/2186), <http://www.knesset.gov.il/prorocols/data/html/huka/2001-07-02.html>

לחלופין, האם מדובר כאן במה שמכונה 'תרגיל הירוסטטי'², שמטרתו קשורה לא בהכרח להקמת המוסד עצמו אלא ליצירת איום מובלע, אך אמיתי, על בית-המשפט העליון כדי שזה ישנה את דרכו, שאם לא כן, תפצל הכנסת את כוח?

מאמר זה מטרתו להסביר את התהליך הפוליטי המשתמש בחקיקה או באיומי חקיקה כחלק מהתפתחותו של שיח ציבורי. כמו שמוצג במקרה הבוחן שלפנינו, שיח זה מתאפיין בדרישה להקים בית-משפט לחוקה שיימצא מחוץ למערכת המשפט המקובלת ויהיו בו שופטים מיוחדים שתפקידם הבלעדי יהיה עיסוק במלאכת הביקורת החוקתית.³ השיח הציבורי שהתפתח התמקד במאפיינים השונים של בית-המשפט המיוחד הזה,⁴ עד כי נדמה היה שהשאלה אם קיים צורך במוסד כזה בישראל נעשתה לא רלוונטית.⁵ המאמר בוחן את התפתחות השיח בנוגע לבית-המשפט לחוקה מאז שנות התשעים של המאה הקודמת על בסיס ההיגיון שתורת הבחירה החברתית (Social Choice Theory) מציעה ומתוך שימוש בכלים מבניים סוציו-תרבותיים הפועלים כמסגרת המנחה את פעולותיהם של השחקנים השונים במישור הפוליטי-משפטי.

הטענה המרכזית המוצגת כאן מדגישה את מקומם של שסעים עמוקים בחברה ואת קיומה של תרבות פוליטית אלטרנטיבית אשר בשילוב המבנה המוסדי הקיים מקשים על המערכת הפוליטית להתמודד עם בעיות המחייבות עיצוב מדיניות ציבורית – בעיה המכונה בספרות 'אי-משילות המערכת הפוליטית'.⁶ לנוכח קשיי המשילות התפתח דפוס

2. הירוסטטיקה היא תורת המניפולציה הפוליטית: הצגת דברים באופן שתוצאות האינטראקציה הפוליטית יהיו תמיד לטובת המניפולטור. ראו: William Riker, *The Art of Political Manipulation*, New Haven, CT 1986, וראו גם: גדעון דורון, אסטרטגיה של בחירות, רחובות 1996.
3. הצעת בית-משפט לחוקה; כנס בית-משפט לחוקה, האוניברסיטה העברית, 16 בינואר 2001; כנס המכון הישראלי לדמוקרטיה, נובמבר 2001.
4. ראו: הצעתו של קלוד קליין לבית-דין מיוחד לחוקה בהרכב של שלושה-עשר שופטים: שבעה מבית-המשפט העליון הנוכחי ושישה שייבחרו מתוך מאגר מיוחד של שופטים בדימוס, נשיאים וראשי ממשלה בדימוס, רבנים, קאדים, אנשי רוח וכדומה; הצעתו של זאב סגל לדגם הבריטי בעבודתו המשותפת עם אריאל בנדור; הצעתה של רות גביון למועצה מייעצת נעדרת סמכות ביקורת חוקים למול הצעתם של אריק כרמון ומרדכי קרמיצר למועצה מייעצת בצד בית-משפט עליון המוסמך לבקר חוקים (לפירוט בדבר ההצעות הללו ראו: 'סיכום המועצה הציבורית בנושא "דגמים לביקורת שיפוטית"', המכון הישראלי לדמוקרטיה, שבט תשס"ב-פברואר 2002 <http://www.idi.org.il/hebrew/article.asp?id=a2e234d84f0018910819593e227f0e45>); הצעת החוק של חבר הכנסת יגאל ביבי והצעת החוק של חבר הכנסת אליעזר כהן (לעיל הערה 1); והצעתו של השופט בדימוס יצחק שילה להקמת בית-משפט לחוקה כמסגרת בית-המשפט העליון הקיים. להרחבה: יצחק שילה, 'לא לבית משפט לחוקה', גלובס (הערב), 12 ביולי 2001, עמ' 80.
5. ראו: דברי אבי רביצקי 'לא חוקה ולא בית-משפט לחוקה, יפתרו את הבעיה של היעדר הסכמה תרבותית שאינה מאפשרת להגיע קודם לאמנה חברתית', בתוך: צבי לביא, 'חוקה, ויכוח ומשפט', גלובס (הערב), 8 בנובמבר 2001, עמ' 67.
6. אשר אריאן, דוד נחמיאס ורות אמיר, משילות והרשות המבצעת בישראל, ירושלים 2002; Yehezkel Dror, *The Capacity to Govern: A Report to the Club of Rome*, London 2001

פעולה של פנייה מוגברת לבית־המשפט העליון בבקשת עזרה בקידום תהליכי קבלת החלטות ציבוריות או כדי שיאלץ את הפוליטיקאים לשנות את מבנה המוסדות הקיימים.⁷ המאמר ממליץ לפעול לאיתור פתרונות שיקדמו את יכולת המשילה של המערכת הפוליטית כך שתוכל לנסח מדיניות ציבורית גם בעניינים הנחשבים עקרוניים לחברה הישראלית. בתרבות הפוליטית הקיימת בישראל לא יהיה בית־משפט לחוקה פתרון מבני לבעיית קשיי המשילות של המערכת, אלא מנגנון אשר ייתקל כנראה בהתנגדותן של קבוצות אינטרס שונות אשר לא יהיו מרוצות מכמות ואיכות אספקת השירותים (למשל, שירותי מידע לאזרחים) והמוצרים (למשל, כבישים, בתי־ספר) באמצעות המדיניות הציבורית. החלק הראשון של המאמר מציג דגם לעיצוב ולקביעת מדיניות ציבורית לפי תאוריית הבחירה החברתית. הדגם מראה שעל רקע קיומם של תנאים מבניים ותרבותיים מסוימים היתה ההצעה להקמת בית־משפט לחוקה תוצאה של פעולת ארבע קבוצות שחקנים המעורבים בדרך־כלל בתהליכי עיצוב וקביעת מדיניות ציבורית: פוליטיקאים, ביורוקרטים – עובדי מדינה, קבוצות אינטרס מוגדרות והציבור הרחב. בחלק השני של המאמר מוצגים התהליכים המבניים התרבותיים, ולפיהם ממוקם בית־המשפט העליון כשחקן מרכזי בחיים הציבוריים בישראל. החלק השלישי של המאמר מנתח את ההצעה להקמת בית־המשפט לחוקה. לפי הניתוח הזה, ההצעה היא סוג של שיווי משקל שהתקבל בעקבות תהליכי מיקוח מורכבים בין השחקנים. החלק האחרון של המאמר מסכם ומציג מסקנות בנוגע לשאלת הצורך בבית־משפט לחוקה.

7. מרכזיותו של בית־המשפט בחיים הציבוריים נבחנה בין השאר במסגרת תופעת האקטיביזם השיפוטי. רבים כתבו על האקטיביזם השיפוטי של בג"ץ בישראל והעניקו לו הגדרות שונות. השאלות שנבדקות רחבות ומבטאות חקר המשפט כתופעה חברתית. מסקנתם: יש לצאת מניתוח פורמלי לגליסטי אל ניתוח אינטר־דיסציפלינרי המשלב הקשרים תרבותיים, חברתיים ופוליטיים. כמה חוקרים כבר החלו לנקוט אסטרטגיות מחקר כאלה מתוך בחינת תהליך קביעת מדיניות הציבור בתוך הממשק של המשפט כמדד להבנת התוצאה החברתית. חוקרים אלה הגיעו למסקנה כי הסיבות למרכזיותו של בית־המשפט העליון בשיח הציבורי הפוליטי הן מבניות ותרבותיות ואין הן – כמקובל לחשוב – נגזרות מהחלטות אישיות של השופטים. במאמר זה אנו נשענים על ההיגיון המבני הזה. להרחבה ראו גם: מנחם מאוטנר, 'ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי', תל־אביב 1993; Gad Barzilai and Itai Sened, 'How do Courts Accumulate Power and Why They Lose it: An Institutional Perspective' (unpublished paper, presented in APSA), Boston 1997; Stefan Voight and Eli M. Salzberger, 'Choosing Not to Choose: When Politicians Choose to Delegate Powers', *KYKLOS: International Review for Social Sciences*, 55 (2002), pp. 289-310; Shlomo Mizrahi and Assaf Meydani, 'Political Participation via the Judicial System: Exit, Voice, and Quasi-Exit in Israeli Society', *Israel Studies*, 8, 2 (2003), pp. 118-139; Yoav Dotan and Menachem Hofnung, 'Interest Groups in the Israeli High Court of Justice: Measuring Success in Litigation and In-Out-of Court Settlements', *Law and Policy*, 23 (January 2001), pp. 1-27; Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about a Social Change?*, Chicago 1991

א. עיצוב וקביעת מדיניות ציבורית – פעילות הפרטים על רקע תנאים מבניים ותרבותיים

את הדיון בדבר הצורך בבית-משפט מיוחד לחוקה אפשר לחלק לשלוש סוגיות הכרוכות זו בזו. הסוגיה הראשונה עוסקת במידת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת;⁸ הסוגיה השנייה מתייחסת לדרכי המינוי של שופטים הדנים בבעיות חוקתיות;⁹ והסוגיה השלישית,

8. סוגיה זו נמצאת במחלוקת בקרב החוקרים. המחלוקת סבה על שאלת הסמכות למתיחת ביקורת שיפוטית על חקיקת חוקים; על מעמדו ועל תפקידו של בית-המשפט העליון במרחב הפוליטי ועל מידת הנחיצות של בית-משפט לחוקה. כך לדוגמה אהרן ברק, הנשיא לשעבר של בית-המשפט העליון, גורס כי ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של החוק הוכרה למעשה בפסק דין בעניין בנק המזרחי, וכיום גורמים מסוימים מבקשים לשנות את המבנה החוקתי-מוסדי הקיים בישראל (לעמדתו של אהרון ברק ראו: אהרן ברק, 'בית-המשפט העליון כבית-משפט לחוקה', משפט וממשל, ו [תשס"ג], עמ' 315; לעמדה המובעת בפסק דין 'בנק המזרחי' ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואחרים נגד מגדל כפר שיתופי ואחרים, פסקי דין (פ"ד) מט [4] 221). קו דומה נוקט זאב סגל; הוא טוען כי אף שהכנסת לא הכירה במפורש בסמכות בתי-המשפט לטבול את חוקיה 'טבילת אש חוקתית', טוב עשה בית-המשפט העליון כשנטל סמכות זו לידיו, שכן בית-המשפט משתמש בסמכות הביקורת השיפוטית בריסון רב (זאב סגל, 'הפעלת נשק יום הדין בביקורת שיפוטית', משפט וממשל, ו [תשס"ג], עמ' 337). עמדה שונה מציג חוקר מדע המדינה יצחק גל-נור. הוא טוען כי 'להוציא מקרים יוצאי דופן, אין זה מתפקידו של בית-המשפט ואין בכוחו לשנות את פני החברה. הנשק "הלא קונבנציונאלי" של הביקורת השיפוטית הוא פיקדון לעת צרה ומוטב להשאירו בדרך כלל במרתף [...]'. (יצחק גל-נור, 'על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל', משפט וממשל, ז [תשס"ד], עמ' 355). רות גביוון טוענת כי קו השיפוט האקטיביסטי שבית-המשפט העליון נוקט בפירוש חוקי היסוד עלול לגרום לו להצטייר כשחקן פוליטי, ובשל כך לפגוע במהלך החוקתי מצד אחד ולהביא לכרסום באמון הציבור בו מצד אחר.
9. הצעות החוק בדבר הקמת בית-משפט לחוקה מבקשות בין השאר לשנות את שיטת בחירת השופטים לבית-המשפט המיוחד לחוקה כדי שיבטיח גיוון מקצועי וייצוג לקבוצות שונות. בהקשר זה חלוקות הרעות בקרב המלומדים. הדעה שקנתה לה מרכזיות בדיון המשפטי מצביעה על הותרת המצב הקיים על כנו. למשל עמדת השופט אהרן ברק מוצגת כך: [...] השיטה [למינוי שופטים] שלנו היא טובה, משום שיש בה איוון ראוי בין הצד המקצועי – שלושה שופטים ושני עורכי דין, שהם הרוב; ובין הצד הפוליטי – שני שרים ושני חברי כנסת, האחד מהקואליציה והאחד מהאופוזיציה. [...] המינויים לבית-המשפט העליון מיום היווסדו היו ענייניים. המועמד הטוב ביותר זכה למינוי. לא היו מינויים מפלגתיים [...] בכך נבדל בית-המשפט מהכנסת. הייצוגיות, המאפיינת את הרשות המחוקקת [...] אינה צריכה לאפיין את הרשות השופטת, שבה שולט עקרון המקצועיות, האובייקטיביות והיכולת לשקף את המורכבות של החברה. אכן, בית-המשפט העליון אינו גוף ייצוגי, אך הוא גוף משקף, ושופטיו צריכים לשקף את המורכבות של החברה הישראלית, את הפלורליזם שלה [...]'. (ברק [לעיל הערה 8], הערת שוליים 8, עמ' 324-325. כמו כן ראו: יצחק זמיר, דו"ח הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים, ירושלים 2001; אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט החוקתי, א, תל-אביב 2005, עמ' 135). לעומת הגישה הזאת עומדת הגישה כי לשם הבטחת אמון הציבור בשפיטה נדרש כי בהרכב השופטים יהיה ביטוי לאופיה הרב-תרבותי של החברה בישראל.

שהיא מרכזית למאמר זה, עניינה במידת נחיצותו של בית-משפט לחוקה באקלים המשפטי והמוסדי הקיים בישראל. נדמה כי אף שרבים מקרב המלומדים סבורים כי אין צורך בכינון בית-משפט מיוחד לביקורת שיפוטית על חוקים, כל אחד מהם מבסס את מסקנתו על נימוק שונה במקצת.¹⁰

סוג ההנמקה המודגש במאמר זה נגזר מנקודת המבט של תורת המדיניות הציבורית. בהקשר זה אומר גל-נור:

ראו למשל: מנחם מאוטנר, 'מינוי שופטים לבית-המשפט העליון בחברה רב-תרבותית', מחקרי משפט, יט (תשס"ג), עמ' 423; שמעון שטרית, על השפיטה – מערכת הצדק במשפט, תל-אביב 2004; קלוד קליין, 'בית-משפט לחוקה: שלא כצעתה!', מחקרי משפט, יט (תשס"ג), עמ' 497. 10. כך, למשל, אהרן ברק מבקש להתמודד עם הטענות בעד כינון בית-משפט לחוקה באמרו: '[...] אני סבור, כי יש להימנע מהקמת בית-משפט מיוחד לחוקה, שכן הדבר יביא לפוליטיזציה של השפיטה, לסיכון הרמה המקצועית של השפיטה, לפגיעה באמון הציבור במערכת השפיטה ולהרס בית-המשפט העליון...]' (שם, ברק, משפט וממשל, הערת שוליים 8, עמ' 324). זאב סגל מגיע למסקנות דומות, אך הוא מציע להעניק מעמד מייעץ לבית-המשפט בשאלות חוקתיות וכן שההכרעה הסופית בהקשר לבטלותו של החוק הפוגע בחוק היסוד תתקבל בבית המחוקקים (ולעיל הערה 8, ברק, משפט וממשל, הערת שוליים 8, עמ' 337). יואב דותן מגיע למסקנה דומה: '[...] הדגם הקיים בישראל כיום, בשינויים קלים ביותר, כאשר הביקורת על חוקתיות החוקים נעשית במסגרת מערכת המשפט הרגילה, הוא דגם ראוי ומתאים למציאות החוקתית שלנו'. לפיכך הוא ממליץ לבית-המשפט העליון לאמץ בינתיים אסטרטגיה של סגנון שפיטה ישן כדי להוביל להגברת אמון הציבור ורק כאשר ישביל המצב החוקתי בישראל יהיה אפשר להקים בית-משפט לחוקה: 'אין כל מקום להקדים ולכונן בית-משפט כזה קודם שהושלמו [ההדגשה שלנו, ג"ד וא"מ] החלקים המהותיים והמבניים האחרים והמיועדים להיכלל בחוקת המדינה' (יואב דותן, 'האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה?', משפט וממשל, ה'תש"ס, עמ' 117-163). וזו דעתו של שמעון שטרית: 'לדעתי, יש לשמור על הסמכות בידי בית-המשפט העליון להכריז כי חוק מסוים סותר חוק יסוד אך ההחלטה הסופית אם להתאים את החוק שהוכרז כסותר לחוק יסוד או לבטלו תהיה מסורה לכנסת. על פי מתכונת זו בית-המשפט העליון יכריע בעניינים חוקתיים במותב חוקתי, בהרכב מיוחד שיתבסס על עקרון השיקוף. כלומר, דיון בשאלת תוקפם של חוקים יתקיים בפני הרכב של תשעה שופטים לפחות ויכלול לפחות שלוש נשים, שומר מסורת ושופטים משכבות חברתיות שונות' (שטרית, על השפיטה – מערכת הצדק במשפט, עמ' 623). למסקנה עקרונית זו מצטרף גם קלוד קליין. לגישתו, בית-המשפט העליון הוא זה שצריך למתוח ביקורת שיפוטית על חוקים, אך במתכונת משקפת להרחבה (ראו: קליין [ולעיל הערה 9, עמ' 497]. עמדה שונה בתכלית נוקטים אורן סופר וגבריאלה פיסמן. הם מדגישים את סוגיית האמון הציבורי במוסד הביקורת השיפוטית וסבורים כי הותרת הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים בידי בית-המשפט העליון במתכונתו הנוכחית תוביל לא לחיזוקו של הקונצנזוס ההליכי, כלומר הסכמה על כללי משחק להשגת הכרעות, אלא להחלשתו דווקא. לדעתם, יש להקים בית-משפט חוקתי אשר ישלב ייצוגיות ובחירה על-ידי נציגי העם ומינוי מקצועי הנסמך על כישורים מקצועיים (אורן סופר וגבריאלה פיסמן, 'ביקורת שיפוטית בחברה מקוטבת', עיוני משפט, כד, 3 [2001], עמ' 663-694).

בישראל נוצר גרעון דמוקרטי עמוק במערכת הפוליטית, משום שבין השאר, המוסדות הפוליטיים אינם מצליחים להתמודד עם משברים חיצוניים ופנימיים ממושכים, ומידת האמון הציבורי בהם הולכת ופוחתת. עקב כך נוצרה זיקה הדדית בין תהליכי המשפוט הכלליים בחברה [...] ובין משפוט הפוליטיקה והמנהל. יתר על כן: בגלל מעמדה הדומיננטי של הפוליטיקה, למתרחש בה השפעה מעצימה – ואולי אפילו מעצבת – בכל תחומי החיים בישראל. התהליכים המקיפים והממושכים האלה הם שגרמו למשפוט ולא הלהיטות של בתי המשפט.¹¹

גל-נור מדגיש את חשיבות המיקוד בגורמים שהובילו להעלאת נושא בית-משפט לחוקה על סדר יומה של ישראל ובהקשר זה, ולפיכך נבחן את פעילות השחקנים במישור החקיקה בעזרת הפרספקטיבה של תורת הבחירה החברתית. תורה זו משתמשת בכלי ניתוח לוגיים לחקר החברה והפוליטיקה וטוענת שאת המציאות החברתית קובעים מעשיהם של אנשים רציונליים הפועלים בסביבה של אילוצים מבניים ותרבותיים.¹² זוויט ראייה זו מאפשרת את פירוקה של מערכת העוצמה החברתית לגורמים מתוך הבחנה בהדלים המתקיימים בין הארגונים ובין השחקנים השונים. היא מאפשרת גם לראות את המדיניות הציבורית כתולדה – מעין שיווי משקל – של האינטראקציות המתקיימות בין ארבע קבוצות עיקריות: פוליטיקאים, ביורוקרטים – עובדי מדינה, קבוצות אינטרס והציבור הרחב.¹³ בדגם זה יחסי הגומלין הנרקמים בין הפוליטיקאים לציבור הבוחרים חשובים ביותר. כמו בדגם של שוק מוצרים תחרותי, יחסים אלה מושתתים על מנגנון של ביקוש והיצע.¹⁴ הציבור מזהה צורך ומעלה ביקושים למדיניות מסוימת, והפוליטיקאים מצדם ייענו בעיקר לאותם ביקושים שלפי הערכתם יבטיחו את מרב סיכויי היבחרותם מחדש.¹⁵ בשל בעיית הפעולה הציבורית והמוטיבציה של אנשים רציונליים להיעשות 'טרמפיסטים' (Free Riders), כלומר אין להם תמריץ לשתף פעולה מכיוון שאי-אפשר לחלק את התועלת הנובעת מתוצאת הפעולה רק בין אלה שתרמו בפועל להיווצרותה,¹⁶ עלול להיווצר מחסור, משמע תת-אופטימיזציה, בהספקת שירותי ומוצרי מדיניות ציבורית המיועדים לסיפוק צרכים ציבוריים. מצב זה לא ילווה קודם כול בהתגבשות של אינטרס מנחה פעולה שמטרתו ליצור לחץ ציבורי לשם שינוי המצב.

11. יצחק גל-נור, 'על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל', משפט וממשל, ז (תשס"ד), עמ' 355.
12. Dennis Mueller, *Public Choice II*, Cambridge 1989; Michael Taylor, *The Possibility of Cooperation*, Cambridge 1987
13. Assaf Meydani and Shlomo Mizrahi, 'The Politics and Strategies of Defending Human Rights: The Israeli Case', *Israel Law Review*, 39, 1 (2006), pp. 39-56
14. Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York 1957
15. גדעון דורון, להחליט ולבצע: פרקים במדיניות ציבורית, תל-אביב 1986.
16. Mancur Olson, *The Logic of Collective Action*, Cambridge 1965; Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, New York 1984

בהיעדר ביקוש מהציבור הרחב מתעצם ממילא כוחן של קבוצות אינטרס שמצליחות להתגבר על בעיית הפעולה הקולקטיבית, ומשפיעות במובהק על עיצובה של המדיניות הציבורית.¹⁷ כאלה הם הארגונים הלא ממשלתיים כמו התנועה למען איכות השלטון, לשכת עורכי הדין או השדולה למען חוקה לישראל. שחקן נוסף, אשר נתפס כקבוצת אינטרס שבכוחה להטות את המדיניות המועדפת על הפוליטיקאים ולהשפיע על עיצובה, הוא הביורוקרטים – עובדי המדינה. למשל הפקידות המקצועית במשרד האוצר או במערכת המשפט.¹⁸

השלב האחרון בתהליך קביעת המדיניות נוגע ליחסי הגומלין המתקיימים בין השחקנים בתוך הגופים המחליטים, דוגמת הכנסת. לאחר שעיצב הפוליטיקאי את עמדתו בנוגע למדיניות הרצויה והתמודד עם התנגדויות הביורוקרטים – עובדי המדינה, עליו לאשר את ההחלטה בגוף המורכב מפוליטיקאים. לאלה אינטרסים שונים, ולפיכך כדי להעביר החלטה מסוימת יש להתאימה לעמדת הרוב.¹⁹ בהקשר זה, ספרות הבחירה החברתית מייחדת דיון נרחב לסוגיית הקשר בין פעולת קובע המדיניות לעיצוב סדר היום. לקובע המדיניות סמכות רשמית (ולעתים גם לא רשמית) להחליט איזו מבין החלופות הקיימות תיבחר להשגת יעד המדיניות. בידיו גם היכולת להקצות את המשאבים;²⁰ והוא יתערב במקום שנוצר עימות או שיש בו פוטנציאל להיווצרות עימות. החלטתו מושפעת מגורמים שונים, ובכלל זה תגובת דעת הקהל ואמצעי תקשורת ההמונים. בדרך־כלל הוא יקבל החלטות אם ישתכנע בקיומה של בעיית מדיניות. זו מוגדרת כמצב היוצר צורך אנושי,

17. William Mitchell and Michael Munger, 'Economic Models of Interest Groups: An Introductory Survey', *American Journal of Political Science*, 35 (1991), pp. 512-546; Scot Ainsworth and Itai Sened, 'The Role of Lobbyists: Entrepreneurs with Two Audiences', *American Journal of Political Science*, 37 (1993), pp. 834-866; David Austen-Smith, 'Allocating Access for Information and Contributions', *Journal of Law Economics and Organization*, 14 (1998), pp. 277-303; Susan Lohmann, 'Information, Access, and Contributions: A Signaling Model of Lobbying', *Public Choice*, 85 (1995), pp. 267-284
18. Jonathan Bendor, 'Formal Models of Bureaucracy: A Review', in: Naomi B. Lynn and Aaron Wildavsky (eds.), *Public Administration: The State of the Discipline*, Chatham, NJ 1990; Gary Miller and Terry Moe, 'Bureaucrats, Legislators, and the Size of Government', *American Political Science Review*, 77 (1983), pp. 297-322; Joseph R. Mosen and Mark W. Cannon, *The Makers of Public Policy*, New York 1965
19. William Riker, 'The Heresthetics of Constitution-Making: The Presidency in 1787, with Comments on Determinism and Rational Choice', *American Political Science Review*, 78 (1984), pp. 1-16; Kenneth Shepsle and Barry Weingast, 'Structure-Induced Equilibrium and Legislative Choice', *Public Choice*, 37 (1981), pp. 503-519
20. Robert Dahl, *Who Governs?: Democracy and Power in an American City*, New Haven, CT 1961; David Easton, *The Political System*, New York 1953

הנובע מהרגשת קיפוח או אי־שביעות רצון, שזיהה קובע המדיניות ושרורשים פתרון ציבורי.²¹ לשון אחר, קובע המדיניות לא יפעל לקדם את החברה אלא אם ייתקל בבעיה בולטת המגיעה לסדר היום הציבורי.²² נושא שאינו בולט ציבורית – אפילו חשוב הוא מאוד בעיני קבוצת אנשים – אינו מעניין את מערכת קביעת המדיניות.

באופן זה אפשר להבין את הרקע להעלאת ההצעה להקמת בית־משפט לחוקה. קבוצות מהמגזר הדתי התנגדו להחלטות של בית־המשפט העליון בשאלות ערכיות מסוימות כמו בעניין גיוס בחורי הישיבות (1999), וקבוצות מקרב מגזר אנשי ההתנחלויות התנגדו להחלטות של בית־המשפט העליון בשאלות ערכיות אחרות כמו בעניין הטלת איסור על השב"כ להשתמש בשיטות חקירה מסוימות (1999). הם פנו לתקשורת הכתובה והאלקטרונית, ואפילו יצאו בהפגנות גדולות כדי להבהיר לציבור ולשופטים את עומק אי־שביעות רצונם מהחלטות בית־המשפט. למשל, באחת ההפגנות הגדולות שקיימו בירושלים בפברואר 1999 השתתפו כרבע מיליון מפגינים דתיים.²³ המאבק, שהמפגינים הגדירו אותו כשימור ועיצוב ערכים קולקטיביים ודתיים, הועצם והובלט. הבלטת הנושא והעלאתו לסדר היום הציבורי שיקפו את רצון המפגינים שקובעי המדיניות יטפלו בבעייתם באינטנסיביות גבוהה ביותר.²⁴

ב. בית־המשפט העליון ותהליך קביעת מדיניות ציבורית: המקרה של הצעת החוק להקמת בית־המשפט לחוקה (2000)

חלק זה מציג שלושה עניינים. הראשון עוסק בסיבות לתופעת חוסר היכולת למשול (אי־משילות) ובפירוט הסיבות המסוימות לקשיי המשילות בישראל; השני עוסק בסוגיית מרכזיותו של בית־המשפט העליון בחיים הציבוריים בישראל; והשלישי מנתח את ההצעה להקמת בית־משפט לחוקה בראי תאוריית הבחירה החברתית.

קשיי המשילות בישראל: מבט השוואתי והיסטורי

כדי שממשל דמוקרטי יהיה יעיל, כלומר כדי ששיגי את יעדיו, עליו לפעול בסביבה שיש בה תנאים הולמים ויציבים המאפשרים עיצוב, תכנון לטווח בינוני וארוך וביצוע

21. James E. Anderson, *Public Policy-Making*, New York 1979
22. Alvin Rabushka and Kenneth A. Shepsle, *Politics in Plural Societies: A Theory of Democratic Instability*, Columbus, OH 1972
23. Gideon Doron and Michael Harris, *Public Policy and Electoral Reform: The Case of Israel*, Lanham, MD 2000
24. Willmore Kendall and George Carey, 'The Intensity Problem and Democratic Theory', *American Political Science Review*, 62 (1968), pp. 5-24

מדיניות ציבורית המלווה במנגנוני בקרה, הערכה ותיקון. תנאים אלה אינם מתקיימים בישראל ברמה ובאיכות הראויות. מאז כינון מוסדות השלטון הרשמיים של ישראל ב־1949 עד 2006 משלו בה שלושים ושתיים ממשלות שונות, כלומר האורך הממוצע של חיי ממשלה בישראל הוא שנה וחצי. ממוצע חיי ממשלה בישראל מצביע על חוסר יציבות כרוני של הרשות המבצעת, שמתבטא באי־יכולת יחסית להוציא לפועל תוכניות מדיניות ארוכות טווח. הוא מעניק עוצמה מעשית לגורמים הקבועים במערכת (כלומר לפקידות הגבוהה), שמעמדם אינו תלוי בהתפתחויות הפוליטיות על חשבון גורמים פוליטיים שהם יותר חשופים ורגישים לשינויים. הוא מעניק לבית־המשפט עוצמת יתר בשל יציבותו, מקצועיותו והיותו שחקן שלישי, ניטרלי כביכול, המוכן להעניק את שירותי התיווך שלו לנציגי רשויות השלטון האחרים. את אחד הגורמים העיקריים למצב זה אפשר לזהות במבנה המשטר הפרלמנטרי הנוהג בישראל, שהגבולות בין רשויות השלטון בו מטושטשים. טשטוש זה הוא תוצאה של נסיבות היסטוריות מצד אחד ושל עיצוב אינטרסנטי מצד אחר.

התנועה הציונית, שהוקמה בשלהי המאה ה־19, היתה קטנה יחסית לעומת התנועות היהודיות האחרות, אך ראשיה אימצו לעצמם שיטה ייצוגית נדיבה. שיטה זו היתה מעין מדגם מייצג של התפוצה היהודית בגולה (באירופה לפחות). וכך ההתכנסות של הנציגות היהודית המגוונת בכל קונגרס ציוני העניקה להנהגה בסיס לגיטימי (ורחב) לפנות לראשי המעצמות האירופיות בשמו של העם היהודי.²⁵ הגיוון בייצוג נבע, ממש כמו שהוא נובע בדרך־כלל גם בחברות אחרות, מחידוד אוריינטציות ונאמנויות מקומיות, משוני בין זהויות אידאולוגיות ופוליטיות ומאינטרסים אישיים וקבוצתיים. הנהלת התנועה היא שהיתה הגורם המוסדי הקבוע בניגוד לנציגי הקהילות שהיו משתנים מקונגרס לקונגרס. עיסוקה העיקרי של ההנהלה היה קידום האינטרסים של התומכים ברעיון הלאומי, לעתים ללא קשר מובהק לדיונים ולהחלטות שהתקבלו בקונגרס.²⁶

הצורך הזה להציג חזית ציונית משותפת לפני אומות העולם, חזית המבוססת על הגיוון המרבי של הקבוצות שהתנועה מורכבת מהן, הביא ב־1947 להסכם הסטטוס־קוו בין הנציגים החילוניים ביישוב ובין הנציגים הדתיים בו. ההסכם הגדיר את אופי המתחים בין הקבוצות ו'פתר' אותם על־ידי חלוקה פונקציונלית והקפאת המצב. המתחים האלה לא פוזרו ולא התפוגגו, ולפיכך עדיין הם מהווים תשתית למערכת טעונה של ערכים ושל רגשות המתקיימת בין שתי הקבוצות ומאיימת מדי פעם לפרוץ החוצה ולכבוש את סדר היום הלאומי. יתר־על־כן, 'ההזדמנות הגדולה', במילותיהם של ברייברוק ולינדבלום (Braybrook and Lindblom),²⁷ שהעניקו ההכרזה על העצמאות ב־1948 ולאחר מכן

25. Don Peretz and Gideon Doron, *The Government and Politics of Israel*, Boulder, CO 1997

26. David Vital, *Zionism: The Formative Years*, Oxford 1982

27. David Braybrook and Charles Lindblom, *A Strategy of Decision*, New York 1963

הבחירות לאספה המכוננת בינואר 1949, להשתית מערכת ממשל יציבה על חשבון צמצום-מה של ייצוגיות היתר, אף היא הוחמצה. הדיונים על כללי משחק לפי חוקה נדחו לעתיד לא מוגדר, ובמקומם אומצו 'חוקי יסוד' גמישים יחסית. הייצוגיות הפוליטית קיבלה ביטוי לא רק בפרלמנט מפוצל אלא גם במשך הזמן, עם הירידה בדומיננטיות של מפא"י, גם בהרכב האנשים בקואליציות.²⁸

ירידה הדרגתית דומה בכוחה הפוליטי של מפלגת השלטון היתה באיטליה, שגם היא מאופיינת – היסטורית – בריבוי מפלגות.²⁹ אך להבדיל מהמצב באיטליה, שם הועתקו מוקדי העוצמה הפוליטית בין השאר לאזורי המדינה השונים, ריבוי המפלגות בישראל נבע, בין השאר, מהחלשת המפלגות הגדולות³⁰ והשינוי הנורמטיבי ששם את הפרט במרכז ההווה הציבורית. שינוי זה – ליברלי במהותו – התחולל במגזרי החברה השונים בעשור האחרון של המאה הקודמת.³¹

יוצא מכך שהפיצול הנסיבתי מצד אחד והמעוצב מצד אחר, המאפיין את הפוליטיקה בישראל מאז נוסדה התנועה הציונית, אינו מאפשר לנהל את ענייני המדינה ביציבות ובעקבות. היציבות היחסית ששררה בתקופת השלטון של דוד בן-גוריון ומפלגתו מפא"י, ששלטה על שלוש רשויות השלטון, כבר הוגדרה כ'נתיב חליפי לדמוקרטיה',³² כלומר מדובר בדינמיקה פוליטית שאפשר להגדירה, אם כי לא תמיד בנוחיות רבה, כדמוקרטיה. בשל כך, להחלטתו המנומקת של בינגהם פאול הבן (1982) שלא לכלול את ישראל במחקר המשווה שלו על דמוקרטיות יש הצדקה מהותית.

הפיצול הפוליטי השורר בישראל מחייב ממשל קואליציוני; ממשל הנוטה לטשטש לעתים את הגבולות בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת. ראשי המפלגות נבחרים לרשות המחוקקת, וממנה הם מתמנים לשרים ברשות המבצעת. במעבר הזה אין הם מוותרים על שליטתם על מפלגתם ועל האפשרות השמורה כביכול לאנשי הרשות המחוקקת – ליזום חקיקה. יוצא מכך שחברי הכנסת יוזמים ומאמצים חוקים המעצבים מדיניות חיונית רק לעתים נדירות או רק בנושאים שהשפעתם על התקציב זניחה בלבד. על רקע זה, הדרישה המוטלת על בית-המשפט העליון 'להתיר קשרים' גם בנושאי מדיניות³³ היא פועל יוצא מדינמיקה פוליטית שאינה מאפשרת להגיע להכרעות מדיניות

28. גיורא גולדברג, הבוחר הישראלי, ירושלים 1992; הנ"ל, המפלגות בישראל: ממפלגות המון למפלגות אלקטוראליות, תל-אביב 1992.

29. Asher Arian and Samuel Baren, 'The Dominant Party System: A Neglected Model of Democratic Stability', *The Journal of Politics*, 36, 3 (1974), pp. 592-614.

30. דני קורן (עורך), קץ המפלגות: הדמוקרטיה הישראלית במצוקה, תל-אביב 1998.

31. דורון גדעון ואודי לבל, הפוליטיקה של השכול, תל-אביב 2003.

32. Amitai Etzioni, 'Alternatives Ways to Democracy: The Example of Israel', *Political Science Quarterly*, 79 (1959), pp. 196-214.

33. שלמה מזרחי ואסף מידיני, מדיניות ציבורית בין חברה למשפט, ירושלים 2006.

ללא חשש מיצירת משבר פוליטי או חברתי. בית־המשפט נדרש להוציא את הערמונים מן האש עבור המערכת הפוליטית, ובעשותו כן הוא נעשה, כמוה, שחקן פוליטי מובהק. עניין זה ירחב בהמשך הדברים.

מרכזיות בית־המשפט העליון: אי־משילות ותרבות פוליטית אלטרנטיבית

שני שינויים מרכזיים חלו בחברה הישראלית מאמצע שנות השבעים של המאה הקודמת. ראשית כאמור, הצטמצמו ממדי הדומיננטיות של מפלגת העבודה, ובמקום זה נוצרה מערכת פוליטית דו־גושית. בשל כך גברה עוצמתן של מפלגות סקטוריאליות דוגמת המפלגות הדתיות, והתאפשר להן לשמש לשון מאזניים בין שני הגושים הפוליטיים הראשיים ונדבכים הכרחיים לקיום קואליציה שלטונית. עם הנהגת הבחירה הישירה לראשות הממשלה באמצע שנות התשעים גברה עוצמתן של המפלגות הסקטוריאליות בכנסת ובממשלה עוד יותר. שינויים אלה הביאו להיחלשות הרשות המחוקקת לעומת הרשות השופטת. שנית, כמו שיובהר להלן, מאפיינים מרכזיים של התרבות הפוליטית בישראל שהודחקו בשנות החמישים והשישים פרצו לקדמת הבימה ועיצבו במידה רבה את מקומם של החוק ושל בית־המשפט העליון בחברה הישראלית.

היסטורית, לפני קום המדינה התפתחו המוסדות הפוליטיים, החברתיים והכלכליים בערוצים חוקיים למחצה או לא חוקיים לחלוטין. הדבר בא לידי ביטוי ביצירת עובדות בשטח וכפיית מציאות על שלטונות המנדט הבריטי. מאז 1948 ובשני העשורים הראשונים שלאחר הקמת המדינה היתה המערכת הפוליטית, הכלכלית והמנהלית ריכוזית מאוד.³⁴ נראה כי לחיבור הזה של מערכות ריכוזיות, שאיישו אותן חברים בעלי רקע דומה מצד אחד ומסורת של פעילות בערוצים חוקיים למחצה או לא חוקיים לחלוטין מצד אחר, היתה השפעה מהותית על התפתחות התרבות הפוליטית בישראל. הריכוזיות מנעה התפתחות מוקדי כוח אלטרנטיביים, דוגמת קבוצות אינטרס, והאטה את תהליכי התפתחותה של חברה אזרחית בעלת מאפיינים ליברליים. יתר־על־כן, בשל בעיית הפעולה הקולקטיבית שהוזכרה קודם לכן לא נוצר לחץ ציבורי מספיק לשינוי המצב מכיוון שעדיין לא נוצר איום של ממש על הקיום. הלחץ הזה הגיע במלחמת יום כיפור, אשר חשפה את ממדי אי־שביעות הרצון של הציבור ממדיניות מפלגת העבודה בתחומים השונים. בשל כך פעל הציבור בכלים שהעמידה לרשותו הדמוקרטיה (הפגנות, שביתות ופנייה לאמצעי תקשורת ההמונים), ולבסוף – באמצעות בחירות – הוא החליף ב־1977 את השלטון. בו בזמן, עוד בסוף שנות השישים החלו לבצבץ ביטויים מובהקים של מסורת האי־לגליות שאפיינה את התקופה שלפני הקמת המדינה. כמו אז, גם לאחר מלחמת ששת

Dan Horovitz and Moshe Lissak, *Trouble in Utopia: The Overburdened Polity of Israel*, Albany, NY 1989 .34

הימים עוצבו דרכי פעולה לא חוקיות ליצירת מציאות שונה על-ידי 'קביעת עובדות בשטח'. בראשית התהליך היו אלה ההתנחלויות שכפו מציאות מסוימת על הממשלה ועל הציבור הרחב, אך עם השנים, כאשר נואש הציבור כנראה מיכולתו להשפיע בדרכים דמוקרטיות, פשטה בהדרגה דרך פעולה זו גם לתחומי חיים אחרים.

הכלכלן האמריקני הירשמן הגדיר מופעי התנהגות כאלה כ'יציאה' או כ'פרישה' (Exit). לימן-וילציג עידן את המונח וכינה דפוסי התנהגות אי-לגליים כהתנהגות דמוית פרישה (quasi-exit), כלומר כאשר אנשים אינם מרוצים ממדיניות מסוימת או מרמת הספקתו של מוצר ציבורי הם לא בהכרח מוחים באמצעים מקובלים ואינם עוזבים לגמרי את החברה, אלא מאמצים אחת משתי דרכי פעולה: האחת, הפסיבית, היא עזיבה פנימית או התנתקות נפשית מהמתרחש ברמה החברתית-פוליטית והתרכזות בחיים האישיים; האחרת, האקטיבית, הספקה אלטרנטיבית של המוצר הציבורי בדרך-כלל באופן חוקי למחצה או לא חוקי.³⁵ בדרך זו נוצר איום על המונופול של הממשלה בנוגע לאחריותה לאותו מוצר ציבורי – איום המשפיע על הפוליטיקאים לשנות מדיניות ברוח הדרישות העולות מהחברה. במילים אחרות, הפוליטיקאים עשויים להגיב ללחצים מעין אלה בהכשרת המוסדות הלא חוקיים שנוצרו. ואכן, זו היתה תגובת המערכת הפוליטית בכל הקשור להתנחלויות לא חוקיות, לכבלים פירטיים, לכלכלה שחורה, לבריאות שחורה ולחינוך האפור. לפיכך התנהגות אלטרנטיבית (דמוית פרישה) היא מאפיין מרכזי של התרבות הפוליטית בישראל וגורם מסביר מרכזי של תהליכים פוליטיים.

הסבר דומה אפשר להחיל על תהליכי מיצובו של בית-המשפט העליון בחברה הישראלית.³⁶ כאמור, בשנות השבעים והשמונים של המאה ה-20 השתמש הציבור שימוש אינטנסיבי בכלים הדמוקרטיים כדי להביא לשינוי המדיניות, אלא שאמצעים אלה התגלו כלא יעילים ולא הובילו לשינויים ממשיים במדיניות הציבורית. בהדרגה הלכה ונוצרה הרגשה שדרכי ההשפעה של הציבור על המערכת הפוליטית חסומות לחלוטין. ביטוי מובהק לכך היה התנהלות ממשלות האחדות שמשלו בשנים 1984-1990 – דפוס אשר הגביר את ההרגשה של מבוי סתום.³⁷ הרגשה זו הובילה בין השאר לדרישה לשינוי שיטת הבחירות ולאתור חלופה ראויה שתדאג לספק לציבור את אשר נדרש ממנה. בית-המשפט העליון זוהה כחלופה האמורה, כנראה משום שאין כללי משחק ברורים שמגדירים את תפקידו, ולפיכך ניסה הציבור לעצב – באמצעות פניות גוברות אל מוסד זה – מציאות,

35. Albert Hirschman, *Exit, Voice & Loyalty*, Cambridge, MA 1970; Sam N. Lehman-Wilzig Sam, 'Loyalty, Voice and Quasi-Exit', *Comparative Politics*, 24 (1991), pp. 97-108; Sam N. Lehman-Wilzig, *Wildfire: Grassroots Revolts in Israel in the Post-Socialist Era*, Albany, NY 1992

36. Shlomo Mizrahi and Assaf Meydani, 'Political Participation via the Judicial System: Exit, Voice and Quasi-Exit in Israeli Society', *Israel Studies*, 8, 2 (2003), pp. 118-138

37. דני קורן, זמן באפור: ממשלות האחדות הלאומית 1984-1990, תל-אביב 1994.

על־ידי קביעת עובדות בשטח. פניות אלה לבית־המשפט קיבלו חיזוק מאת פוליטיקאים שעתרו לבית־המשפט מתוך ניסיון לקדם את האינטרסים שלהם על רקע חוסר יכולתם לקדם במישור הפרלמנטרי וגם בכך שבאמצעות העתירה קיבלו העותרים את המקום הדרוש להם בתקשורת לשם הגברת הסיכויים להיבחרותם מחדש. עם זאת, במרבית המקרים בחרה הכנסת שלא להשתמש בסמכותה הרשמית וקיבלה את פסיקת בית־המשפט כלשונה. בעשותה כך קידמה את עוצמתו של בית־המשפט העליון ופגעה ביכולתה לקדם משילות.

אם כן, נובע מכך שהשסעים העמוקים בחברה הישראלית וכן המבנה המוסדי מקשים על המערכת הפוליטית את ההתמודדות עם בעיות המצריכות עיצוב מדיניות ציבורית. בשל מצב זה אימצו האזרחים דפוס פעולה: פנייה מוגברת לבית־המשפט העליון כדי שיעזור בקידום תהליכי קבלת החלטות ציבוריות או כדי שילחץ על הפוליטיקאים לשנות את המבנה המוסדי הנוהג. יתר־על־כן, לעתים נראה כי העותרים לבית־המשפט העליון מעוניינים בהד הציבורי ובהשפעה על סדר היום הפוליטי יותר מאשר בתוצאות שיגיע אליהן בית־המשפט.³⁸ על היחס בין המערכת הפוליטית לבית־המשפט עמד גל־נור:

מה עושים במצב בו מעשי הפוליטיקאים חורגים עד כדי סיכון הדמוקרטיה? במצב כזה נעזרים בבית־המשפט. בתקופה זו התברר, שהערכים הדמוקרטיים שצריכים להיות אקסיומטיים [...] לא הופנמו היטב. בהעדר ערכים אלה האמון בכללי המשחק וההקפדה עליהם החלו להתרופף, ובכללם ההגבלות על מעשי השלטון והנכונות לסמוך על התהליך הפוליטי והמוסדות המפעילים אותו. מבחינה זו ההסתופפות בחצרו של בג"ץ לשמירת כללי המשחק אולי הועילה, אך לא מנעה את השחיתות הפוליטית [...] בית־המשפט העליון [...] אינו המוסד המתאים להכריע בשאלות אידאולוגיות שנויות במחלוקת. עדיף שהתהליכים הפוליטיים יתמודדו עם סוגיות אלה מאשר החקיקה או הפסיקה, בהנחה שקיימת תרבות פוליטית המאפשרת זאת [...].³⁹

אם כן, תפקידו המרכזי של בית־המשפט העליון כמעצב סדר יום חברתי פוליטי בישראל הוא תוצר של תהליכים חברתיים ופוליטיים עמוקים ומורכבים שהשחקנים השונים פועלים לפיהם בספֶרה הפוליטית המשפטית לעיצוב מדיניות שתבטיח את התועלת המרבית שלהם. שני דגשים מבניים אלה משפיעים גם על מידת התאמתו של ההסדר המוצע בדמות בית־משפט לחוקה. מצד אחד עולה השאלה כיצד בחירת שופטים לבית־משפט לחוקה צפויה להיעשות על רקע חוסר יכולתה של המערכת הפוליטית למשול, ומצד אחר נראה כי תרבות ההשתתפות הפוליטית האטרנטיבית תקשה על קיומה של לכידות חברתית בנוגע להחלטות עתידיות של בית־המשפט לחוקה המוצע. כך ייווצר מנגנון חדש אשר ייתקל

38. גדעון ולבל, הפוליטיקה של השכול.

39. גל־נור, 'על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל' (לעיל הערה 11), עמ' 355.

כנראה במידה משתנה של התנגדות שיגלו קבוצות שונות בציבור אשר לא יהיו מרוצות מכמות ומאיכות אספקת המדיניות, ומה אז? היבטים אינסטרומנטליסטיים אלה באים לידי ביטוי בניתוח ההיבטים הפוליטיים של ההצעה להקמת בית-משפט לחוקה שיוצג להלן.

ההיבטים הפוליטיים של ההצעה להקמת בית-משפט לחוקה מיוני 2000

בחודש יוני 2000 קיבלה הכנסת את הצעת חוק יסוד: כינון חוקה בישראל בקריאה טרומית. בהצעת חוק זו תמכו ארבעים וארבעה חברי כנסת.⁴⁰ בשתי הצעות חוק משלימות שהונחו בספטמבר של אותה שנה בדבר הקמת בית-משפט לחוקה תמכו חמישים ושניים חברי כנסת.⁴¹ ביסוד ההצעות ביקשו חברי הכנסת אליעזר כהן ויגאל ביבי להקים בית-משפט אשר יפסוק בכל נושא שמתעוררת בו שאלה חוקתית הטעונה הכרעה לפי עקרונות היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכמו כן ביקשו לשלול את סמכותו של כל בית-משפט אחר לרון בשאלות אלה. מלבד זאת, ההצעות ביקשו לקבוע את הרכב בית-המשפט הזה. הטיפול בהצעות החוק האלה התעכב בשל התפטרותו של ראש הממשלה אהוד ברק (ישראל אחת) מראשות הממשלה ב-10 בדצמבר 2000 וקיומן של הבחירות לראשות הממשלה שבסופן נבחר אריאל שרון (ליכוד) לראש הממשלה. ביולי 2001 חידש יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט חבר הכנסת אופיר פינס (עבודה-מימד) את הדיון בהצעות החוק. לאחר סדרת דיונים במסגרת ועדת החוקה ב-2 בינואר 2002 דחתה הכנסת את שתי ההצעות להקמת בית-משפט לחוקה.

נבדוק להלן מה היתה עמדתה של כל אחת מהקבוצות המעורבות במשחק הפוליטי המתנהל בנוגע להצעות לכונן בית-משפט מיוחד לחוקה.

מערכת המשפט בתמיכת שר המשפטים

מערכת המשפט בתמיכתו של שר המשפטים מאיר שטרית (ליכוד, מ-7 במרס 2001 עד 28 בפברואר 2003) הביעה התנגדות להצעות החוק להקמת בית-משפט לחוקה. הקושי העיקרי שהובע היה כי הסמכת הכנסת למנות את שופטי בית-המשפט לחוקה יש בה כדי לחתור תחת הבסיס שבפעילותה של הרשות השופטת. החלטה עלולה להביא לפוליטיזציה של השפיטה, שכן השופטים יתמנו לא מכוח כישוריהם אלא במובהק מהיותם מייצגים של זרמים שונים בחברה.⁴² את עמדת מערכת המשפט הביע שופט בית-המשפט העליון יצחק

40. הצעת חוק יסוד: כינון חוקה בישראל שהגישו חבר הכנסת אליעזר כהן וקבוצת חברי כנסת (1720/פ).

41. הצעת חוק יסוד: בית המשפט לחוקה שהגישו חבר הכנסת אליעזר כהן וקבוצת חברי כנסת (1875/פ); הצעת חוק יסוד: בתי המשפט לחוקה שהגיש חבר הכנסת יגאל ביבי (2186/פ).

42. רובינשטיין ומדינה, המשפט החוקתי, עמ' 134. וראו גם את ההתייחסות של נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק, 'בית-המשפט העליון כבית-משפט לחוקה', משפט וממשל, ו (תשס"ג), עמ' 315. לעמדת הפרופסיה המשפטית ניררש בהמשך הדברים.

זמיר בדיון מקדים שערכה ועדת החוקה ב־2 ביולי 2001 בעניין הצעות החוק לכינון חוקה ולהקמת בית־משפט לחוקה:

אני מודה ליושב־ראש הוועדה ולחברי הוועדה על שהזמנתי להביע דעה לגבי שלוש הצעות החוק. אני אביע דעה שהיא דעה אישית, לא דעה מוסדית, ולו רק משום שלמסד, כלומר, למערכת בתי־המשפט, אין בעניין זה דעה רשמית. עם זאת, אני מבקש לומר שלמיטב ידיעתי, הדעה האישית שלי בעניין הנדון משקפת את הדעה של ציבור השופטים, בכל הדרגות, כל ההשקפות, כל הגוונים (ההדגשה שלנו, ג"ד וא"מ) [...] אני מצדד בהצעה להשלים את כינון החוקה, ואינני רואה צורך להרבות דברים על כך. (ההצעה) השנייה, להקים בית־משפט לחוקה, איננה מקובלת עלי כלל ועיקר. [...] סיבה לביקורת חוזרת ונשנית על בתי־המשפט האלה [בתי־המשפט החוקתיים באירופה, ג"ד וא"מ], זה בכל זאת הפוליטיזציה, למרות שהם, נדמה לי, על־פי טיבם ואופיים, על־פי הבעיות שעומדות בפניהם, פחות פוליטיים ממדינת ישראל. [...] הקמת בית־משפט לחוקה לא תשנה את המצב כהוא זה. מדוע? משום שכל ההחלטות השנויות במחלוקת, כל ההחלטות שעוררו התנגדות, תהיינה גם לעתיד, לאחר שיוקם בית־משפט לחוקה. [...] אי־אפשר יהיה לנהל משפטים, כאשר בכל העניין תהיה השאלה אם כן חוקתי, לא חוקתי, מה זה חוקתי, מה ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, מה זה מורשת ישראל. אלה הם מקורות המשפט שלפיהם בית־המשפט לחוקה צריך לפעול. בקיצור, זאת תסבוכת של כל המערכת השיפוטית, שאנחנו לא נוכל לצאת ממנה. לדעתי, זה אסון, לא רק למערכת השיפוטית, אלא לחברה בישראל.⁴³

תמיכת השר שטרית אינה מפתיעה. הוא מזוהה עם הליכוד הליברלי המתון, והעדפותיו הנגלות דומות למערכת ההעדפות הליברלית של בית־המשפט העליון כמו שהציבור רואה אותה.⁴⁴

43. פרוטוקולים/ועדת חוקה/3387, ירושלים, י"ט בתמוז תשס"א, 10 ביולי 2001. וראו גם עמדתו של נשיא בית־המשפט העליון בדימוס השופט משה לנדוי שנכח באותה ישיבה: 'יש פה שתי הצעות חוק: האחת – בית־המשפט לחוקה, והשנייה – כינון חוקה. ראיתי שהפיצו ביניכם את המאמר של נשיא בית־המשפט העליון על השאלה של בית־דין לחוקה, ואני יכול להגיד בקיצור נמרץ, שבכל מה שנוגע לשלילת הרעיון הזה של בית־דין לחוקה אני מסכים, וזה לא קורה תמיד, עם נשיא בית־המשפט העליון. אני נגד הרעיון הזה, ואני לא רוצה לנמק, זה מנומק יפה מאוד באותו מאמר של הנשיא אהרון ברק'. גם הפרופ' קלוד קליין אשר נכח בישיבה ושברוך־כלל מזוהה עם רעיון בית־משפט מיוחד חוקתי התנגד להצעות להקמת בית־משפט לחוקה: 'אומנם אני בעד הקמת בית־דין לחוקה, אבל אני חייב לומר מיד, שאני לא תומך בהצעות כפי שהן הוגשו. מלבד הבעיות הטכניות הרבות, הליקויים הרבים, שיש באותן הצעות, אינני חושב שהמודל שמוצע כאן הוא המודל המתאים למדינת ישראל'. להרחבה ראו: <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2001-07-02.html>

44. גדעון אלון, 'חברי כנסת דתיים במתקפה על בית־המשפט העליון: לא מייצג את העם', הארץ, 29 באוגוסט 2001, וראו: <http://news.walla.co.il/?w=/10/108677>

פוליטיקאים – האינטרס להיבחר שנית.

כמו שבתורת הפירמה ההנחה של הבטחת מרב הרווחים מלמדת על ההתנהגות העסקית, כך גם הנחת הרצון להיבחר מחדש, שהציעו דויד מאיו (Mayew) ורבים אחריו, מלמדת על התנהגות הפוליטיקאי במערכות דמוקרטיות.⁴⁵ על בסיס הנחה זו אפשר להבין את התנהגות הפוליטיקאים בנוגע לשתי הצעות החוק האמורות.

כצפוי, שתי ההצעות עוררו מתחים ערכיים ביחסי בית-המשפט והכנסת. המחלוקת הנוקבת בדבר מעמדו של בית-המשפט העליון (ובייחוד בדבר הלגיטימיות של פסיקותיו באותה עת)⁴⁶ העלו את הנושא בעוצמה רבה לסדר היום הציבורי. כך נתפס הנושא בעיני רבים ככזה שיש בו פוטנציאל לעימות פוליטי בין המפלגות ושפוליטיקאים עשויים להרוויח ממנו. פרופסור יולי תמיר (עבודה) למשל, שהיתה באותה עת חברה בוועדה למינוי שופטים, מתחה ביקורת על הרכב השופטים בבית-המשפט העליון ודרשה בין השאר לעשותו מייצג יותר, ואף הציעה הצעת חוק להרחבת הוועדה למינוי שופטים ולשינוי דרכי עבודתה.⁴⁷ בכך כיוונה תמיר, בהעדפותיה (בייחוד בקשר ליחסי דת ומדינה), למצביעי מרכז פוטנציאליים של מפלגת העבודה. בשל פנייה זו למרכז ראו נציגי המפלגות הדתיות הברל בין עמדתה של תמיר, נציגת מפלגת העבודה, ובין עמדת נציגי מר"צ אשר נתפסו בעיניהם כעוינים לדת. חבר הכנסת דוד טל (ש"ס) למשל, תוך כדי התכוונות למצביעי מפלגתו, אמר: 'העליון דרס ברגל גסה כל חלקה טובה. הוא הפך לסניף מרכזי של מרצ'.⁴⁸ לדברי חבר הכנסת אליעזר כהן (איחוד לאומי): 'מה בג"ץ היום? היום הוא אינו מקובל על מחצית העם בגלל היותו פוליטי'.⁴⁹ חבר הכנסת אברהם רביץ (יהדות התורה) הוסיף ואמר כי בית-המשפט העליון איבד את האמון של חלקים גדולים מאוד בציבור, ומנגד הביע חבר

45. David Mayew, *Congress: The Electoral Connection*, New Haven, CT 1974; Bruce

Bueno De Mesquita et al., *The Logic of Political Survival*, Cambridge, MA 2003

46. ראו: בג"ץ 5100/94, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נגד ממשלת ישראל, פסקי דין, נג (4) 817 (פסיקתו בעניין איסור העינויים בחקירות שב"כ); בג"ץ 6698/95, קעדאן נגד מנהל מקרקעי ישראל, שם, נד (1) 258 (פסיקתו בעניין איסור הפליית ערבים לרעה בקבלה למגורים ביישוב יהודי); צבי נוח, 'המאבק על החוקה', גלובס (הערב), 7 בפברואר 2001, עמ' 81.

47. ראו את דברי יולי תמיר: 'אין כאן תהליך שימוע לשופטים, כמו שיש בארצות אחרות, על מנת שידע הציבור וידעו הבוחרים אותם מי האנשים, מה הרקורד המשפטי שלהם. בתור חברה לשעבר בוועדה למינוי שופטים אני יכולה לומר שחברי הוועדה למינוי שופטים יודעים מעט מאוד על השופטים שהם בוחרים. התהליך הזה צריך לבוא לדיון ציבורי ואנחנו לא צריכים לפחד מזה. אני אומרת את זה דווקא לחברים במחנה שלי'. מתוך פרוטוקולים/ועדת חוקה/6351, ירושלים, 1 באפריל 2003 <http://www.knesset.gov.il/prorocols/data/rtf/huka/2003-03-25.rtf>

48. גדעון אלון, 'חברי כנסת דתיים במתקפה על בית-המשפט העליון: לא מייצג את העם', הארץ, 29 באוגוסט 2001.

49. צבי נוח, 'נושא החוקה הסעיר את הציבור בשנים האחרונות. האומנם התחולל "מהפך חוקתי" שיפוטי, כטענתו של נשיא בית-המשפט העליון, אהרן ברק, או שמא עדיין ממתינה החוקה לחקיקתה?', גלובס (הערב), 7 בפברואר 2001, עמ' 81.

הכנסת יוסף (טומי) לפיד (שינוי) התנגדות להקמת בית־משפט לחוקה, והאשים את חברי הכנסת הדתיים 'בכוונה זדונית לחבל במערכת המשפטית'.⁵⁰

פעילות קבוצות האינטרס

קבוצות שונות השתתפו במאבק שנסב על ההצעה להקמת בית־משפט לחוקה ותרמו להעצמת הנושא ולהעלאת מודעות הציבור בנוגע אליו. בין הקבוצות שפעלו היו נציגי התנועה למען איכות השלטון, אשר התנגדה ליוזמותיהם של חברי הכנסת כהן וביבי. עורך הדין שמואל שנער, ממנהיגי התנועה, הסביר מדוע: 'אחת הבעיות שאנחנו רואים בהצעה היא ההרכב של השופטים. ההרכב המיועד לבית־המשפט לחוקה הוא פוליטי'.⁵¹

רעיון הקמת בית־משפט נפרד לחוקה נולד ככל הנראה בשדולה למען חוקה לישראל. כדי לשכנע את חברי הכנסת בצדקת עמדתם פעלה השדולה בשני מתווים. נפקו לחברי הכנסת ניירות עמדה שהיה בהם משום ביסוס לעמדת השדולה; ונשלחו משלחות של חברי כנסת לפרלמנטים ולבתי־משפט לחוקה באירופה לשם לימוד והתרשמות משיטות המשפט וממנגנוני הנהוגים שם. מטרת השדולה היתה לחשוף את חברי הכנסת למורכבות הנושא ולמגוון האפשרויות והפתרונות הקיימים בעולם לסוגיה זו. חבר הכנסת אליעזר כהן, שיזם והקים את השדולה בכנסת למען השלמת החוקה,⁵² היה בין אלה שהשתתפו במאמץ ללמוד את הנושא בארץ ובהשתלמויות שונות בחוץ־לארץ.⁵³

קבוצה נוספת שהיתה לה השפעה על הוויכוח ועל עוצמתו היתה הקהילייה המשפטית. זו היתה חלוקה בשאלה אם התחוללה בישראל מהפכה חוקתית או שמא עדיין החוקה ממתינה לחקיקתה.⁵⁴ ברוח זו אפשר להבין את הצעת החוק של חבר הכנסת אליעזר כהן ואת דבריו [...] אך ורק לכנסת הסמכות לחוקק חוקה למדינת ישראל'.⁵⁵ עמדות כאלה הובילו בין השאר למחלוקת בדבר הצורך בבית־משפט לחוקה.⁵⁶ לשכת עורכי הדין,

50. גדעון אלון, 'ועדת השרים לענייני חוקה אישרה שניים מתוך שלושה חוקי יסוד', הארץ, 18 בספטמבר 2000.

51. שם.

52. שם.

53. עופרה לקס, 'הסיוט של אהרון ברק', בשבע: עיתון לציבור הדתי, 16, 7 בנובמבר 2002.

<http://www.inn.co.il/Besheva/Article.aspx/1103>

54. ראו למשל את עמדותיהם של השופטים אהרון ברק ומישאל חשין בע"א 6821/93, בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואחרים נגד מגדל כפר שיתופי ואחרים, פסקי דין, מט (4) 221.

55. נוח, 'המאבק על החוקה' (לעיל הערה 46).

56. כך למשל, בניגוד לדעת נשיא בית־המשפט העליון השופט אהרון ברק, הביעה הפרופסור רות גביון עמדה שונה: 'ברוב הגדול של המדינות שבהן יש לבית־המשפט סמכות לבטל חוקים, מדובר בבית־משפט מיוחד, שזו סמכותו הבלעדית, ואשר דרכי המינוי אליו פוליטיים יותר ותקופת הכהונה בו מוגבלת. המבנה הזה נועד לבטא תפיסה, שלפיה בקורת על חוקי הכנסת שונה מהותית מפרשנות של חוק, ולכן עליה להיות מופקדת בידיו של מוסד מיוחד. כך הדבר בארצות אירופה ואין במוסד כזה משום פחיתות כבוד או טעות בחשיבה', מובא בתוך: נוח, 'המאבק על החוקה', שם, עמ' 81.

שמתחה ביקורת נוקבת על התנהלות מערכת בתי-המשפט, החליטה לעמוד לצד נשיא בית-המשפט העליון ולהתנגד להקמת בית-משפט לחוקה.⁵⁷ בדיון שקיימה ועדת חוקה, חוק ומשפט ב-2 ביולי 2001 בנושא התנגדו בכירים מהקהילה המשפטית לרעיון הקמתו של בית-משפט לחוקה.

כחלק מתהליך העצמתו של הדיון הפומבי, מן הראוי להזכיר כי גם הקהילה המשפטית ערכה כנסים שונים. כך למשל ערך המכון הישראלי לדמוקרטיה כנס בנובמבר 2001 באוניברסיטת בן-גוריון, וחודשים אחדים לאחר מכן ערכו האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת חיפה כנסים דומים בנושא בית-משפט לחוקה. בכנסים אלה נבחנו דגמים שונים של ביקורת שיפוטית.

בזירה הפוליטית: תפקידו של יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט כנהוג, לאחר שאושרו ההצעות בקריאה טרומית עבר הנושא לדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת. יושב-ראש הוועדה, חבר הכנסת אופיר פינס-פז, נטל את המושכות והזמין את המתנגדים לייסוד בית-משפט לחוקה, ובכללם את נשיא בית-המשפט העליון, לסדרה של שישה דיונים שעסקו בהצעות החוק. בסופו של עניין הציעה ועדת החוקה לכנסת להוריד את הצעת החוק מסדר יומה. מדוע אימצה לעצמה הוועדה עמדה כזאת? נדמה כי למעמדו ולפעלתנותו של חבר הכנסת פינס-פז כיושב-ראש הוועדה לחוקה, חוק ומשפט היתה השפעה מובהקת על הורדת הנושא מסדר היום. לכך נדרש חבר הכנסת ביבי: 'השופט ברק הקים חפ"ק בשיתוף עם פינס',⁵⁸ אך לא רק הוא: חבר הכנסת צבי

57. ראו את התנגדותו של הד"ר שלמה כהן, יושב ראש לשכת עורכי הדין, להקמת בית-משפט לחוקה, בוועדת חוקה, חוק ומשפט שהתקיימה ב-2 ביולי 2001, מתוך: יואב יצחק, 'שופטי בית-המשפט העליון גייסו בכירים מהאקדמיה להדוף הקמת בית-משפט לחוקה', 3 ביולי 2001, אתר www.nfc.co.il. יצוין כי בכנס אילת שקיימה לשכת עורכי הדין ביום 15 במאי 2001 פנה השופט ברק לחברי הלשכה: 'בא אני לברך את אחי, עורכי הדין, במלאות 40 שנה ללשכה. אומר אני "אחי", שכן בני משפחה אחת אנו – שופטים ועורכי דין. אנו באים מתוך עריכת הדין וחוזרים אליה לעתים. אתם "קצינים" של בית-המשפט. בינינו וביניכם קיימת מערכת יחסית מורכבת. בהיבט האידאלי שלה היא צריכה לפעול באופן הבא: כלפי חוץ – כלפי החברה הישראלית – מן הראוי שתגנו על בית-המשפט. אין לו, לבית-המשפט, לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו זה אמון הציבור. בבנייתו של אמון זה יש לכם תפקיד מרכזי. כלפי פנים – כלפי השופטים – מן הראוי שתבקשו לתקן את הדורש תיקון. רבות יש לתקן. אני שמח כי הלשכה בהנהגתך, ד"ר שלמה כהן, מבינה כראוי תפקיד כפול זה, ובדרך כלל פועלת על פיו. מי ייתן ותמשיך כך [...]'. (ברק, בית-המשפט העליון, www.court.gov.il, מובא גם ב: <http://www.nfc.co.il/Archive/003-D-334-00.html?tag=15-29-30>: 'אהרן ברק מבקש את הגנת עורכי הדין', דברים שנשא בכנס לשכת עורכי הדין באילת ביום 15 במאי 2001 במלאות 40 שנה ללשכת עורכי הדין).

58. עופרה לקס (לעיל הערה 53).

הנדל (האיחוד הלאומי מתאר: 'לפני ההצבעה היתה התגייסות כללית של הליכוד: 59 ראש הממשלה, אריאל שרון, חבר הכנסת יובל שטייניץ וחברי כנסת רבים אשר הצביעו קודם לכן בעד ההצעה, הצביעו עכשיו כדי להוריד אותה מסדר היום'. 60 הנדל איננו יודע להסביר מה גרם לחברי הליכוד לשנות את דעתם ברגע האחרון, אך הוא משער שהלחץ הכבד שהפעילה הקהילייה המשפטית על חברי הכנסת עשה את שלו. 61 גם לחבר הכנסת מיכאל איתן אין הסבר רציונלי לרפוס ההצבעה של חבריו: 'אינני יכול להסביר מדוע האנשים הפכו את עורם' הוא אומר. 62

ייתכן כי מה שהשפיע על יוזמי המהלך הפוליטי בדבר ההצעה להקמת בית־משפט לחוקה היה התרשמותם ממידת האמון שהציבור נותן במוסדות השלטון. מסקרים שנערכו בנוגע למידת אמון הציבור במוסדות השלטון אפשר ללמוד כי חלה ירידה מובהקת באמון בין השנים 1995 ל־2000. בשנת 1995 ערכו יוחנן פרס ואפרים יערי־יוכטמן את סקר האמון האמור. בתוך כך ירדה מאוד מידת האמון של הציבור בבית־המשפט העליון משנת 1995 עד שנת 2000, מרמה של 85% לרמה של 61% (ראו טבלה 1). ירידה חדה זו סיפקה למתנגדיו של בית־המשפט העליון הצדקה לפעולותיהם וליזומות לשינוי תפקידו של בית־המשפט העליון, אלא ש'לרוע מזלם' ירד גם מעמדם של חברי הכנסת בשנים האמורות, ירידה חדה עוד יותר. כמו שנראה בטבלה 1, בשנת 1995 גילו יותר מחצי מאוכלוסיית הנשאלים אי־אמון בכנסת (41%), ובשנת 2000 ירד שיעור האזרחים שהביעו אמון בכנסת ל־14% בלבד; נראה כי מעמדה העגום של הכנסת בעיני הציבור סיפק הצדקה ציבורית לבית־המשפט העליון בהתנגדותו להצעות לבית־המשפט לחוקה.

59. שם. יואב יצחק מתאר את נסיונותיו של חבר הכנסת זאב בוים, יושב־ראש הקואליציה, לדחות את הדיון בנושא בית־משפט לחוקה לתקופה נוספת משום שסיעת הליכוד עוד לא השלימה את הדיונים בחוק זה, ולכן מן הראוי לאפשר לה לגבש את עמדתה בנושא. מתוך: יואב יצחק, 'ועדת החוקה הצביעה נגד בית־משפט לחוקה', 5 בנובמבר 2001, אתר www.nfc.co.il. יצחק מרחיב כי חבר הכנסת בוים התייחס למעשה לדבריו של יושב־ראש הוועדה אופיר פינס־פז, שטען כי על הליכוד להתנגד בתוקף להצעות אלה, שכן הן נוגדות את ההסכם הקואליציוני, המחייב את כל הסיעות החברות בקואליציה בראשות אריאל שרון להתנגד לשינוי הסטטוס־קוו בתחום המשפטי. בסופו של דבר דחה פינס, יושב־ראש הוועדה, את דרישתו של בוים לאחר שנוכח כי יש רוב מקרי לדחיית הצעות החוק.

60. עופרה לקס (לעיל הערה 53).

61. שם.

62. שם.

טבלה 1: מידת האמון שיש לציבור במוסדות ציבוריים: השוואה בין השנים 1995 ל-2000⁶³

אמון או אי-אמון	סקר 2000		סקר 1995 אוכלוסייה יהודית בוגרת בלבד
	אוכלוסייה יהודית בוגרת	כלל הציבור	
צה"ל	83%	76%	90%
בית-המשפט העליון	63%	61%	85%
כנסת	13%	14%	41%
ממשלה	16%	16%	40%
מפלגות	11%	11%	21%

מקור: מדד הכנסת: תפיסת הציבור את הרשות המחוקקת
(www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/mdd.htm)

בכל הקשור ליוזמת ההצעה להקמת בית-המשפט לחוקה כמו שהוצגה בזירת הכנסת, אין להתעלם מהשאיפה של חברי הכנסת להיבחר מחדש. ההיגיון המנחה את המתנגדים לבית-משפט לחוקה פשוט, אם כי מוצג במובלע: מעמדה של הכנסת כה ירוד, ולעומת זאת מעמד בית-המשפט הגבוה יוקרתי מאוד, ולפיכך נטילת תפקידים מהמוסד היוקרתי והעברתם למוסד הירוד ידרדרו עוד יותר את מעמדם של הכנסת ושל נבחריה בקרב הציבור, ויגרעו ממעמד בית-המשפט.⁶⁴ וכך במקום שהשינוי יניב תוצאה מסוג של win-win,

63. נתונים אלה נתמכים בסקרים נוספים הבודקים את מידת האמון בבתי-המשפט בכלל. ראו למשל: 75% מהמשיבים במגזר היהודי הכללי (בסקר 2000) הביעו אמון רב בבתי-המשפט בישראל. מתוך המחקר: אריה רטנר ודנה יגיל, תרבות החוק: מערכת החוק והמשפט בראי החברה הישראלית, מחקר אורך 2000-2002, המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה, אוניברסיטת חיפה 2002.

64. טובה צימוקי, 'למה השופט העליון ברק התקשר לחברי הכנסת?', ידיעות אחרונות, 11 ביוני 2000. וראו גם את דברי השופט ברק: 'אין לו, לבית-המשפט, לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו זה אמון הציבור [...] החברה הישראלית מפולגת – בין ימין לשמאל; בין חרדים לחופשיים; בין יהודים לערבים; בין מזרחים למערבים. [...] אחד מהישגיה הגדולים של המדינה הוא משפטה ושופטיה. יש לעשות הכל כדי שלא לפגוע בהם; יש לעשות הכל כדי לסייע להם, לקדם אותם ולפתח אותם. זהו תפקידה של הממשלה והכנסת; זהו תפקידה של הלשכה; זהו התפקיד של כל אחד מאתנו' (ברק, 'בית-המשפט העליון', www.court.gov.il, מתוך דברים שנשא בכנס לשכת עורכי הדין באילת 15 במאי 2001), וכך גם כותב ברק בבג"ץ הוועד הציבורי נגד העינויים: 'אנו חיים בחברה הישראלית: יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חי המדינה. מודעים אנו למציאות הטרור הקשה שבה שרויים אנו לעתים. החשש כי פסק דיננו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו. אך אנו שופטים, דורשים אנו מזולתנו לפעול על פי הדין. זו גם הדרישה שאנו מעמידים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין. עלינו לפעול על פי מיטב מצפוננו והכרתנו באשר לדין' (בג"ץ 5100/94, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נגד ממשלת ישראל, פסקי דין, נג [4] 817, 845).

שכולם מרוויחים בו, עלול להיווצר מצב של lose-lose, שכולם מפסידים בו. היגיון זה הולם את תפיסת עדיפות מקומו של בית-המשפט העליון מול מקומם של הפוליטיקאים בעיני מרבית הציבור. היגיון זה גם מסביר מדוע בחרו בסופו של דבר הפוליטיקאים להצביע נגד הקמת בית-משפט לחוקה ובכך לכוון לדעתו של הבוחר הפוטנציאלי. הוא גם מסביר את עמדתו של חבר הכנסת אליעזר כהן, שהצעתו להקמת בית-משפט לחוקה היתה בבחינת מענה לאי-שביעות הרצון שעלתה בקרב קבוצת הבוחרים שלו בנוגע להחלטות בית-המשפט העליון. פרשנות חוקתית, אמר כהן, העוסקת בתחומים של ערכים, מוסר ואידאולוגיה, ראוי שיעסקו בה אנשים נוספים מלבד שופטים.⁶⁵

הפוליטיקאים: עמדתו של ראש הממשלה

יש הסבורים כי ראש הממשלה אריאל שרון לא היה מעוניין לפתוח חזית נוספת נגד הרשות השופטת, ולכן הורד הנושא מסדר יומה של הכנסת. להלן נציג ניתוח של פעולה זו: במערכות פרלמנטריות בכלל ובמערכת הישראלית בפרט יש ראשי ממשלה שעוצמתם רבה יותר מאחרים. על כך עומדים למשל אשר אריאן, דוד נחמיאס ורות אמיר בספרם משילות והרשות המבצעת. הם כותבים: 'ראשי ממשלה הם השחקנים הפוליטיים המרכזיים בישראל [...] על פי רוב ראשי הממשלה הם המכתיבים את סדר היום [...]'.⁶⁶ על רקע ירידת ערך המפלגות⁶⁷ ועליית ערך 'הפוליטיקאים החדשים', האמורים להיות קשובים לצרכיו של הבוחר⁶⁸ החליט שרון להורות למפלגתו להצביע נגד הצעות החוק ובעד הסרת הנושא מסדר היום של הכנסת. בכך הוא כיוון לעבר מרכז המפה הפוליטית, ומהלך זה הועיל לו מאוד גם בבחירות 2003, אז הכפילה מפלגתו את מספר חבריה (מ-19 ל-38). חבר הכנסת מיכאל איתן היה בין היחידים מחברי הליכוד אשר הצביע בניגוד לעמדת מפלגתו: 'אני תמכתי בהצעה להקים בית-משפט לחוקה וכעסתי מאוד על השרים שלנו ועל הממשלה שהצביעה בעד הסרת הנושא מסדר היום בלי לקיים על כך דיון בליכוד. לכן הרשיתי לעצמי להצביע בניגוד לעמדת המפלגה'.⁶⁹

65. ראו את עמדתו של חבר הכנסת אליעזר כהן על ההצעה להקים בית-משפט לחוקה: אליעזר כהן, 'עמדות', משפט וממשל, 1 (תשס"ג), עמ' 351.

66. אשר אריאן, דוד נחמיאס ורות אמיר, משילות והרשות המבצעת, ירושלים 2002, עמ' 45.

67. דני קורן (עורך), קץ המפלגות, תל-אביב 1998.

68. להרחבה ראו: אוריית גלילי, הטל-פוליטיקאים, תל-אביב 2004.

69. עופרה לקס (לעיל הערה 53).

ג. במקום סיכום: מפתרון לבעיה

תורת הבחירה החברתית מלמדת כי המדיניות הציבורית המתקבלת או זו שפועלים לאורה היא תוצר פעולתם של שחקנים רבים. במאמר זה שחקנים אלה הם הפוליטיקאים, הביורוקרטים, קבוצות האינטרס והציבור בכללותו. הללו פועלים במבנה מוסדי שמקשה על המערכת הפוליטית לקבוע מדיניות וליישמה ועל רקע קיומה, בין השאר, של תרבות פוליטית אלטרנטיבית. על-פי תאוריה זו, יוזמתם של שחקנים אחרים, הפועלים אפילו מול כוחות עצומים מהם, עלולה לקדם תהליכים שיגרמו לשינוי מובהק בסטטוס-קוו. במקרה דגן מדובר ביוזמתם של חברי הכנסת ביבי וכהן להקים בית-משפט לחוקה. ההצעה מלמדת על ניסיון לשנות את כללי המשחק הנהוגים בישראל; אלה, לדעת המציעים, אינם הוגנים לקבוצות מסוימות. ההצעה הוסרה מסדר היום אלא שהאיתות אשר אליו התכוונו המציעים כנראה נקלט על-ידי ראשי הרשות השופטת.

הטענה אשר הובאה במאמר זה מדגישה כי האקטיביזם של בית-המשפט העליון הוא תולדה של השסעים העמוקים בחברה הישראלית, ואלה – בשילוב המבנה המוסדי – מקשים על המערכת הפוליטית את ההתמודדות עם בעיות המצריכות עיצוב מדיניות ציבורית. כמענה לקושי זה, היוצר מחסור במדיניות ציבורית בשטחים שונים, ראו האזרחים בבית-המשפט העליון מוסד המסוגל להעניק פתרונות למצוקתם באמצעות הפעלת לחץ על הפוליטיקאים או באמצעות הכרעות חוקיות. ריבוי הפניות של האזרחים לבית-המשפט העליון אינו בהכרח פונקציה של מדיניות 'הכול שפיט', בלשונו של השופט ברק בבג"ץ רסלר⁷⁰ 'בכל מקום יש דין ובכל מקום יש אמת מידה שברין',⁷⁰ אלא בעיקר פונקציה של תהליכים חברתיים ופוליטיים עמוקים ומורכבים שהובילו לידי התפתחות המוסד לכדי מעצב סדר יום חברתי פוליטי ראשי בישראל.

כאן המקום לציין כי התהליך של עיצוב סדר יום שונה מהתהליך של קביעת מדיניות ציבורית הלכה למעשה. קיים פער בין תפיסת הציבור את מקומו של בית-המשפט העליון כמעצב מדיניות ציבורית ובין פעילותו הלכה למעשה, ורבות הן הדוגמאות המצביעות על כך כי בפועל בית-המשפט העליון מבטא את ההעדפות החברתיות בישראל, ובשל כך הוא יכול להוביל באופן איטי את השינויים. באותו עניין נראה כי הכנסת מוחלת על כבודה במרבית המקרים ובחרת שלא להגיב לפסיקת בית-המשפט העליון. חולשתם של הפוליטיקאים וחוסר יכולתם למשול מקדמות את מרכזיותו של בית-המשפט העליון בחיים הציבוריים.

המצייאות שנוצרה נוחה למדי לכמה מן הפוליטיקאים; הם יכולים לגלגל נושאים לפתחו של בית-המשפט העליון בלי שיתבקשו לשלם את המחיר הפוליטי הכרוך בהחלטות שמפרות את הסטטוס-קוו המוסדי, ואולם בית-המשפט העליון הוא שחקן

70. בג"ץ 910/86, רסלר נגד שר הביטחון, פסקי דין, מב (2) 441.

לומד, שכנראה מבין כי במקרים מסוימים עדיף להימנע מלפסוק ועדיף לגלגל את כדור ההכרעה בחזרה לפתחה של הכנסת,⁷¹ אך משלא הצליחה הכנסת לקבוע מדיניות בסוגיה מסוימת נאלץ בית־המשפט העליון לגלות אחריות ולפסוק. לפסיקה כזאת יש בהכרח אפקט הקצאתי – היא עלולה לפגוע בקבוצות מסוימות ולהותיר את חבריהן מתוסכלים ואפילו כעוסים מהמדיניות שנאכפה. לאורך זמן, נציגי הקבוצות המקופחות (מנקודת ראות סובייקטיבית לפחות) עלולים, מתוך ראייה אסטרטגית, לנסות לגרום לבית־המשפט העליון להימנע מפסיקות בעניינים שעלולים להפר את הסטטוס־קוו.⁷² וכשזה לא יצליח, ינסו מנהיגי הקבוצות לשנות את כללי המשחק באופן שיפעל לטובתן של הקבוצות שהם מייצגים.

המאמר עוסק בשיח הציבורי ובתהליך קביעתה של מדיניות ציבורית, ואינו בא להוכיח או להפריך נורמטיבית טענות מסוימות המשמשות כתחמושת לדוברים שנמצאים בשני צדי הדיון הנוגע להקמתו של בית־משפט לחוקה. בעניין זה הועלו טענות בדבר שיקוף מותב בית־המשפט (כלומר, הדרישה שהשופטים ייצגו את הפסיפס החברתי שהחברה הישראלית מורכבת ממנו), בדבר לגיטימיות המוסד בעיני הקבוצות השונות (למשל, החרדים אינם מכירים בסמכותו של בית־המשפט החילוני), ובדבר תפקידו החברתי של המוסד (בעיקר בעניין צמצום הפערים הכלכליים והחברתיים ואי־השוויון העדתי המאפיין את החברה בישראל). נורמטיבית, אין לדעתנו תשובות חותכות, ולכן מציאת פתרון לבעיה ציבורית מחייבת קודם כול את הגדרת הבעיה. אך גם לאחר שתוגדר הבעיה שומה עלינו לשמור על עקביות פנימית כאשר אנו באים להצביע על הפתרון.

במאמר זה הראינו כי הבעיה מונחת לפתחה של הכנסת ולא לפתחו של בית־המשפט העליון, ולפיכך הפתרון אינו יכול כנראה להימצא בהסדרים רשמיים גרדא של הקמת מוסד חלופי לבית־המשפט העליון. יש לשים לב כי הבולטות של פסיקות בית־המשפט, ולכן ההתנגדות אליהן, נוצרת דווקא במקרים שבית־המשפט נדרש להתערב בתוכן ההחלטות של גופים שונים ולא כאשר הוא עסוק בפסילת חוק של הכנסת (ראו למשל את פרשת גיוס בחורי הישיבות, את שיטות החקירה של השב"כ, את פרשת אליס מילר ועוד).⁷³ המאמר גם מצביע על מחסור ועל תת־אופטימליות בקביעת ובהספקת מדיניות ציבורית, ובעניין זה בית־המשפט העליון הוא אחד השחקנים ולא שחקן בלעדי, וראיית מכלול התנהגות השחקנים עשויה למפות ולהבהיר את המתרחש.

71. ראו לדוגמה: בג"ץ 1031/93, פסרו (גולדשטיין) נגד שר הפנים, פסקי דין, מט (4) 661; בג"ץ 5016/96, ליאור חורב ואחרים נגד שר התחבורה ואחרים, פסקי דין, נא (4) 91; בג"ץ 1715/97, לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נגד שר האוצר, פסקי דין, נא (4) 367.
72. בג"ץ 5364/94, ולנר נגד יושב ראש מפלגת העבודה, פסקי דין, מט (1) 758.
73. הפסיקות השנויות במחלוקת של בית־המשפט העליון נסבו לא על עתירות לביטול חוק אלא דווקא על עתירות מנהליות. ראו בין היתר: בג"ץ 3872/93, מישראל בע"מ נגד ראש הממשלה ושר הדתות ואחרים, פסקי דין, מז (5) 491; בג"ץ 1031/93, פסרו (גולדשטיין) נגד שר הפנים, פסקי דין, מט (4) 661; בג"ץ 721/94, אל על נגד דנילוביץ, פסקי דין, מח (5), 749; בג"ץ 6698/95, קעדאן נגד מנהל מקרקעי ישראל, פסקי דין, נד (1) 258.

משאותרה בעיית אי-משילות המערכת הביצועית אין זה מפתיע למצוא קבוצות אינטרס הפונות אל בית-המשפט העליון כאילו היה כתובת ציבורית. הן פונות אליו כדי שיספק תחליפים הולמים לשירותים ולמוצרים שאינם מסופקים על-ידי הממשל. נדמה כי הפתרון שעלינו לאמץ צריך להיות דווקא זה שיקדם את יכולת המשילות של המערכת הפוליטית במקום שהיא חסרה.⁷⁴ כינונה של מערכת פוליטית כך שתוכל לקדם מדיניות ציבורית גם בעניינים העקרוניים לחברה הישראלית נעשית משימת-על לחברה הישראלית. עד אז יכתוב האינטרס של הפוליטיקאים את אופי המנגנונים המיועדים להספקת מדיניות ציבורית, מנגנונים אשר ייתקלו כנראה במידה משתנה של התנגדות של קבוצות אינטרס שונות אשר לא יהיו מרוצות מכמות אספקת המדיניות ומאיכותה.

בהקשר זה מעניינים דבריו של חבר הכנסת שאול יהלום (המפד"ל) המצביעים כי גם הקמת מוסד שיפטי חוקתי מיוחד לא תהא בבחינת סוף פסוק: 'מה שלא מקובל עלינו זה השארית הסמכות בידי בית-המשפט העליון – שהוא גוף ממונה ולא מייצג – לפסוק, לאחר סיום תהליך החקיקה, בעניין חוקתיות חוק. המועצה החוקתית אמנם תצמצם בהרכבה את הפניות לבג"ץ אבל זה לא ימנע דווקא בדברים של השקפת עולם, שכל כך חשובים לנר'.⁷⁵

נדמה כי דחיית ההצעה להקמת בית-משפט לחוקה לא ירדה מסדר היום הציבורי בישראל. על-פי דבריו של חבר הכנסת אליעזר כהן לפחות מדובר בסיומו של סיבוב אחד, קרב אחד, ובהשארית האיום דרך קבע על סדר היום. הוא אומר כי הוא 'ישוב ויגיש את ההצעה עד אשר היא תהיה חלק מקובץ החוקים של מדינת ישראל'.⁷⁶ חבר הכנסת מיכאל איתן, המקווה שמאמציו של עמיתו כהן יישאו פרי, מוסיף בנעימה דומה, מילה אחת בלבד, בנוגע לסיכויים לאשר את החוק בכנסת השש-עשרה: 'הלוואי'.⁷⁷

איך אפשר בכל זאת לייצב את המערכת הפוליטית ולכונן, בהתאם לכללי המשחק הדמוקרטיים, מערך משילות אפקטיבי ללא בנייתו של מוסד חלופי בדמות בית-משפט לחוקה שיפעל לצדו של בית-המשפט העליון? לשאלה זו כמה תשובות, אחת מהן כלולה בשאלה עצמה. לאמור: יש לפעול לייצוב כללי משחק ברורים במסגרת של חוקה. חוקה זו תגדיר כללי התנהגות ואת מערכת היחסים ההדדית בין הפרטים בחברה ובין המוסדות

74. משה גורלי, 'החזרה לפתק אחד כבר מסתמנת ככישלון', הארץ, 3 בינואר 2003, עמ' 5א. ראו את דעותיהם של אשר אריאן, גד ברזילי, אמנון רובינשטיין, אריק כרמון, קלוד קליין ודפנה ברק-ארו בעניין שינוי שיטת הבחירות. עולה מהן רציונל מרכזי, ולפיו בעיות חברתיות תרבותיות אינן מוצאות פתרון באמצעות שינוי שיטת הבחירות או נוסחאות משפטיות וחוקתיות. ראו:

<http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=248290>

75. דליה שחורי, 'הדרך להשאיר לבג"ץ את הכוח, בלי שבאמת ישתמש בו', הארץ, ינואר 2002, עמ' 2ב.

76. עופרה לקס (לעיל הערה 53).

77. שם.

המייצגים אותם ופועלים בשמם במרחב הציבורי וכן את אופי המוסדות הפוליטיים והיחס ביניהם. אך אליה וקוץ בה. מכיוון שבתנאים הנוכחיים חוקה שתאומץ תהיה ממילא צילום של המציאות הפוליטית הקיימת, מציאות שחסרה את המוסד של בית־משפט לחוקה, גם בתשובה זו יש ביטוי פוליטי: זו בערך עמדתם של שוללי בית־המשפט לחוקה, ובראשם אהרן ברק, אשר סבורים כי חוקה כבר קיימת ועלינו רק להכיר בכך.

תשובה אחרת, שאף היא עשויה לספק מענה לבעיית המשילות, היא לכונן הפרדה מבנית ברורה בין רשויות השלטון. משטר נשיאותי ברוח הצעתו של דורון (2006) מספקת מענה כזה.⁷⁸ במשטר כזה סמכויות כל רשות מוגדרות וכן מערכת יחסי הגומלין שביניהן, ולפיכך שאלת המוסד האחראי לפרשנות הניתנת לבעיות חוקתיות מתייתרת.

החוקרים המגדירים את עצמם חברי האסכולה המוסדית החדשה (Neo-institutionalism), כמו קן שפסל (Kenneth Shepsle)⁷⁹ ונורמן סקופילד (Norman Schofield)⁸⁰ מצדדים בפתרונות מבניים, כגון חוקות או מוסדות פוליטיים, שישימשו כלי מייצב במשטר דמוקרטי. אלא שפתרונות מבניים הם יעילים כל עוד הם עולים בקנה אחד עם האינטרסים ארוכי הטווח של חברי הקהילה הפוליטית, כלומר ממש כמו שנוצר 'הפתרון' המוסדי לבית־משפט, שנחשב פעיל מדי לטעמם של כמה שחקנים פוליטיים, כך גם העדפות השחקנים והחיבורים ביניהם הם שיכתיבו בסופו של דבר את המהויות ואת הערכים הדומיננטיים בחברה ואת גמישות הפעולה של מוסדות השלטון.

זאת לאמור, התנתקות בית־המשפט העליון מהתפיסה שהכול נתון לשפיטת בג"ץ והתכנסותו בטיפול בנושאים עקרוניים בלבד; או לחלופין, הגדרה מפורשת של הנושאים שבית־המשפט העליון רואה בהם נושאים הראויים לטיפולו ולא יותר, יורידו את הלחץ הציבורי לפתור את בעיית אי־המשילות באמצעות בית־המשפט העליון. את אי־המשילות צריך יהיה לפתור אחרת: בשלב המידי בסדרת תיקונים מוסדיים וארגוניים נחוצים, ובטווח הארוך בהשתתה איטית ובהפנמה של ערכי תרבות אזרחית ופוליטית.

78. גרעון דורון, *משטר נשיאותי לישראל*, ירושלים 2006.

79. Michael Laver and Kenneth Shepsle, *Making and Breaking Governments*, New York 1996

80. Norman Schofield, 'The Heart of a Polity', in: Norman Schofield (ed.), *Collective Decision Making*, Boston, MA 1999

עמוד 344 – ריק