

מהפכת השפיטות: הערכת מצב

דפנה ברק-ארז*

- א. מהפכת השפיטות
- ב. תורת השפיטות של השופט ברק
 1. זניחתה החגיגית של דוקטרינת השפיטות המסורתית
 2. המחלוקת סביב השפיטות בבית המשפט ומחוצה לו
- ג. גבולות ההתערבות השיפוטית
 1. הימנעות מהתערבות בהחלטות מדיניות מרכזיות
 2. אי-התערבות באמצעים אחרים
 3. הגמשה וגיוון של הסעדים השיפוטיים
 4. ההשפעה המוגבלת על הפרקטיקה השלטונית
 5. שיקולי שפיטות בביקורת השיפוטית על חקיקה
 6. חזרה חלקית לשפיטות המוסדית ולרטוריקה של שפיטות
- ד. ההשפעות הבלתי חזויות של הרחבת השפיטות
 1. ההשפעה של פוטנציאל ההתערבות
 2. בית המשפט והדין ציבורי
 3. השפיטות המקומית והבין-לאומית
 - ה. התזוזה של גבולות השפיטות

א. מהפכת השפיטות

אחת ההשפעות המשמעותיות ביותר של השופט ברק על המשפט הישראלי התבטאה בתמורה שהוביל בכל הנוגע לתחומי השפיטות. השופט ברק היה המחולל והמנהיג של התפיסה שלפיה דוקטרינת השפיטות המסורתית מגבילה באופן לא ראוי ולא נחוץ את התחומים שבהם בית המשפט עוסק. בהנהגתו של השופט ברק, בית המשפט העליון הרחיב במידה משמעותית את תחומי ההתערבות שלו. שינוי משמעותי זה, שראוי לכנותו "מהפכת השפיטות", יעמוד במרכזו של מאמר זה. אכן, לא נהוג להשתמש בביטוי "מהפכה" בהקשרן של התמורות בתחום השפיטות. אדרבה, ביטוי זה מזוהה עם מטבע לשון אחר שטבע השופט ברק – "המהפכה החוקתית".¹ אולם, לאמתו של דבר, התמורות בדוקטרינת השפיטות שימשו בסיס לכל השינויים המשמעותיים האחרים

* פרופסור מן המניין, מופקדת הקתדרה למשפט וביטחון על שם סטיוארט וג'ודי קולטון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה ליעקב בן-שמש, משה כהן-אליה, צבי כהנא, ברק מדינה, יורם רבין, שוקי שגב ומיכל שקד על הערותיהם.

¹ ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992).

שחלו במשפט הציבורי בישראל מאז שנות השמונים של המאה העשרים, ובכללן המהפכה החוקתית.

במהלך שנות השמונים הייתה מהפכת השפיטות קשורה באופן הדוק לשינויים החשובים שחלו במשפט המנהלי המהותי, ובראשם ההכרה בעילת הסבירות.² עילת הסבירות אפשרה לבית המשפט להרחיב את מסגרת ההתערבות השיפוטית ושימשה גם כחלק מן ההצדקה להכרה בתחומי שפיטות רחבים יותר. כפי שיוסבר בהמשך, השפיטות הובנה כמתחייבת מקיומה של נורמה החלה על העתירה, ונורמה זו הייתה במקרים רבים עילת הסבירות.³ התפתחות משמעותית אחרת שחלה באותה תקופה – הרחבת זכות העמידה⁴ – קשורה אף היא לדוקטרינת השפיטות. פתיחת הדלת בפני עותרים ציבוריים הביאה אל בית המשפט עתירות שנגעו לחיים הפוליטיים ולביטחון המדינה, אשר בעבר היו נחשבות לבלתי שפיטות. העתירות הציבוריות אינן נסבות, בהכרח, על נושאים המעוררים שאלה של שפיטות, אך ללא ספק רבות מהן מתאפיינות בכך (ובאופן יחסי, יותר מעתירות הנוגעות למצוקותיהם של עותרים פרטיים).⁵

במהלך שנות התשעים הייתה מהפכת השפיטות תנאי רקע חיוני למהפכה החוקתית שנשענה על חוקי-היסוד החדשים בתחום זכויות האדם.⁶ הרחבת הביקורת השיפוטית על פעולותיה של הרשות המבצעת בעשור שקדם לכך סללה את הדרך להחלתה של הביקורת השיפוטית גם על מעשי חקיקה. התפיסה שנושאים השנויים במחלוקת ציבורית ופוליטית אינם מחוץ להישג ידו של בית המשפט הייתה תנאי חיוני שאפשר לקבל את הביקורת השיפוטית על חקיקה כעמדה לגיטימית.⁷ במקביל, התפתחותה של הביקורת השיפוטית על חקיקה תרמה לעליית קרנה של עילת המידתיות במשפט הציבורי (כמתחייב מן המבחן החוקתי של "במידה שאינה עולה על הנדרש"). עילה זו ציידה את בית המשפט בכלי משפטי נוסף לבחינת החלטות שלטוניות שלא חלה עליהן נורמה ספציפית אחרת, ולכן חיזקה את הרחבתם של תחומי השפיטות.

² פסק הדין העיקרי שהניח את הבסיס לעילת הסבירות ניתן כמה שנים לפני הפסיקה המכוננת בנושא השפיטות. ראו בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה (1) 421 (1980).

³ לדיון ביקורתי בשתי התפתחויות אלה כמקשה אחת, ראו משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדיון המנהלי" **עיוני משפט** יד 5 (1989).

⁴ ראו למשל בג"ץ 217/80 **סגל נ' שר הפנים**, פ"ד לד (4) 429 (1980) (להלן: ענין סגל).

⁵ לדיון ביקורתי בהתפתחויות בתחום זכות העמידה בזיקה לשיקולים של שפיטות, ראו שוקי (יהושע) שגב "רברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" **הפרקליט** מח 499 (2006).

⁶ חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁷ להערכה כי הרחבת תחומי הביקורת השיפוטית בשנות השמונים, על יסוד שחיקתן של דוקטרינות השפיטות וזכות העמידה, קשורה באופן הדוק למהפכה החוקתית, ראו גם הלל נייער "תורת המהפכה של השופט ברק" 3 **תכלת** 11 (1998). יש להדגיש, כי אף שתפיסה מרחיבה בנושא השפיטות מתיישבת יפה עם ביקורת שיפוטית על חקיקה, אין זהות בין השיקולים התומכים בהרחבה של גבולות השפיטות לבין השיקולים התומכים בביקורת שיפוטית על חקיקה.

בעקבות פרישתו של השופט ברק מכס השיפוט, נראה שהערכתה של מהפכת השפיטות היא מן הדברים הראויים ביותר לבחינה ולדיון. המאמר אינו מיועד לנקוט עמדה בשאלה מהם הגבולות הראויים לדוקטרינת השפיטות, ובהתאם לכך לשפיטה בכלל. תחת זאת, הוא בוחן, במבט לאחור, מה היו גבולותיה הממשיים של מהפכת השפיטות, היינו עד כמה נשאה פרי ההבטחה לביטולם המוחלט כמעט של מחסומי אי-השפיטות. הדיון בשאלה זו יבהיר כי מהפכת השפיטות הייתה משמעותית, אם כי פחות ממה שאפשר היה לחזות. המאמר פותח בהצגתה של תורת השפיטות של השופט ברק, עומד על חדשנותה ודן בקצרה במחלוקות שעוררה. בהמשך לכך, הוא עוסק בהערכה של מידת השפעתה בפועל. תחילה נידונות טענות המצביעות על כך שהשפעתה של מהפכת השפיטות הייתה מצומצמת מכפי שמקובל להניח. בהמשך נידונות ההשפעות שהיו לתורת השפיטות החדשה. השפעות אלה חשובות, אך שונות מאלה שהודגשו בתקדימים המכוננים של בית המשפט העליון בסוגיית השפיטות.

ב. תורת השפיטות של השופט ברק

1. זניחתה החגיגית של דוקטרינת השפיטות המסורתית

דוקטרינת השפיטות, שלפיה בית המשפט אמור להימנע מלדון בעניינים בעלי אופי פוליטי, הייתה מיסודות פסיקתו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ.⁸ באופן יותר ספציפי, משמעותה של דוקטרינה זו הייתה שבית המשפט יידרש רק לעתירות המעוררות עניינים שאופיים הדומיננטי אינו פוליטי אלא משפטי, ולכן הן ניתנות להכרעה על סמך עקרונות משפטיים. בהתאם לכך דחה בית המשפט העליון במהלך השנים עתירות רבות שנחשבו לרגישות מבחינה פוליטית, כדוגמת העתירה נגד קשירת יחסים דיפלומטיים עם גרמניה⁹ והעתירה שבה התבקש בית המשפט להורות על ביצועם של תחקירים לחשיפת מחדלים וליקויים שהתגלו בלחימה במלחמת יום כיפור.¹⁰

השופט ברק הציג עמדה שקראה תיגר על דוקטרינת השפיטות המסורתית. את תפיסת עולמו החולקת בנושא זה הוא הציג ונימק בעניין **רסלר**,¹¹ פסק דין חשוב שניתן במחצית שנות השמונים במסגרת ההתדיינות המתמשכת בנושא אי-גיוסם של בחורי הישיבות. הפסיקה בעניין **רסלר** נחשבת למהפכנית, לא כל כך בשל השפעתה על גיוסם של בני הישיבות, שבה היא לא חוללה שינוי ישיר, אלא בעיקר בשל התפיסה הרחבה שהנחילה בנוגע לגבולות ההתערבות של בית המשפט בשאלות

⁸ בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' ויצמן, פ"ד ה 801 (1951). לדיון בדוקטרינה המסורתית, ראו למשל Alfred Witkon, *Judiciality*, 1 ISR. L. REV. 40 (1966).

⁹ בג"ץ 186/65 ריינר נ' ראש הממשלה, פ"ד יט (2) 485 (1965).

¹⁰ בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הבטחון, פ"ד ל (3) 309 (1976) (להלן: עניין אשכנזי).

¹¹ בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב (2) 441, 449–451 (1988) (להלן: עניין רסלר).

ציבוריות, מהיבט זכות העמידה ומהיבט השפיטות. עיקר החידוש שבה היה נעוץ בצמצום המשמעותי של המסורת השיפוטית בנוגע לאי-שפיטותם של עניינים בעלי גוון פוליטי, וזאת לאחר שבנושא זכות העמידה ניכרה בפסיקה מגמה של הגמשה עוד קודם לכן.¹²

בניגוד לעבר,¹³ כל השופטים שהשתתפו בכתיבת פסק הדין היו בדעה כי הנושא שנידון בו הוא שפיט. בתוך המכלול בולט במיוחד פסק דינו של השופט ברק, שהציג תפיסה חדשה בנוגע לתורת השפיטות, ולפיה ברוב המקרים היא מיותרת ואינה אלא סרה עודף שבו ייעשה שימוש רק במקרים קיצוניים ביותר. שני השופטים האחרים, שמגר ובן-פורת, לא היו שותפים לגישתו של ברק בעצמה שהוצגה, אך גישתו של ברק דווקא היא שהשפיעה על המשך דרכה של הפסיקה.

ביסוד פסק דינו של השופט ברק נמצאת ההבחנה בין השפיטות ה"נורמטיבית" לבין השפיטות ה"מוסדית". אי-שפיטות נורמטיבית עניינה בעתירה המעוררת שאלה שהתשובה לה אינה מבוססת על נורמה משפטית.¹⁴ לעומת זאת, אי-שפיטות מוסדית מתייחסת לעתירה שיש לה תשובה משפטית, אך הדיון בה צפוי להפיר את האיזון העדין של יחסי הגומלין בין הרשות השופטת לרשויות השלטון האחרות.¹⁵

בהמשך לכך הסביר השופט ברק, כי אי-השפיטות הנורמטיבית היא בעיה מדומה, מאחר שתמיד קיימת נורמה משפטית החלה על הסכסוך. בהיעדר נורמה ספציפית לשם הכרעה בסוגיה, אפשר להיזקק לנורמות הכלליות של המשפט, ובראשן עקרון הסבירות.¹⁶ זוהי התפיסה של "מלוא כל הארץ משפט" שהשופט ברק נתן לה ביטוי גם

¹² ראו למשל עניין סגל, לעיל ה"ש 4 (עתירה בעניין אי-הנהגתו של שרון קיץ); בג"ץ 1/81 שרון נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365 (1981) (עתירה בעניין חוסר איזון של תוכני שידור).

¹³ ראו בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הבטחון, פ"ד כד(1) 238 (1970); עניין רסלר, לעיל ה"ש 11.

¹⁴ "סכסוך הוא שפיט במובנו הנורמטיבי, אם קיימות אמות מידה משפטיות לפתרוננו. סכסוך אינו שפיט במובנו הנורמטיבי, אם אין קיימים קני מידה משפטיים להכרעה בו. השפיטות הנורמטיבית עוסקת איפוא ביכולתו של המשפט ושל בית המשפט להכריע בסכסוך. השאלה אינה, אם ראוי לו לסכסוך להיות מוכרע בדין ובבית הדין, אלא אם ניתן להכריע בסכסוך בדין ובבית הדין". עניין רסלר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 475.

¹⁵ "סכסוך הוא שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שיוכרע על-פי המשפט בבית המשפט. סכסוך אינו שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שלא יוכרע על-פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט. השפיטות המוסדית עוסקת איפוא בשאלה, אם המשפט ובית המשפט הם המסגרות הראויות להכרעה בסכסוך. השאלה אינה אם ניתן להכריע בסכסוך על-פי המשפט ובבית המשפט; התשובה על שאלה זו היא בחיוב. השאלה הינה אם רצוי להכריע בסכסוך – שהוא שפיט נורמטיבית – על-פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט". שם, בעמ' 488–489.

¹⁶ "נקודת המוצא העיונית לבחינתה של השפיטות (או אי השפיטות) הנורמטיבית הינה התפיסה, כי המשפט הוא מערכת של איסורים והיתרים. כל פעולה הינה מותרת או אסורה בעולם המשפט. אין פעולה, שהמשפט לא חל עליה. כל פעולה נתפסת בעולם המשפט [...] אין 'חלל משפטי', שבו פעולות מתבצעות בלי שהמשפט נוקט כלפיהן כל עמדה [...] סיכומו של דבר, הדוקטרינה של שפיטות (או חוסר שפיטות) נורמטיבית נראית בעיניי כדוקטרינה שאין לה קיום משל עצמה. הטענה, כי העניין אינו שפיט נורמטיבית, אינה אלא טענה, כי על הפעולה לא חלה נורמה אסרת, ועל-כן הפעולה מותרת. גישתי זו מבוססת על התפיסה, כי על כל פעולה שלטונית חלה

בכתיבתו האקדמית.¹⁷ בכל הנוגע לאי-השפיטות המוסדית, המשיך ברק והסביר, כי כאשר קיימת נורמה משפטית, באופן עקרוני, הכרעה על ידי בית משפט ממילא אינה צריכה להיחשב לבעייתית. החשש שהציבור יתפוס את התערבותו של בית המשפט כפוליטית, ולא כמשפטית, נראה לברק כטעם היחיד שיכול להצדיק הימנעות מדיון בעתירה, אך לדעתו, ההימנעות מטעם זה צריכה להישמר רק במקרים קיצוניים.¹⁸ זכורה במיוחד קביעתו של ברק, בפסק הדין, כי "ייתכן כי על ההחלטה לעשות שלום או לצאת למלחמה אין מקום להפעיל את הכללים הרגילים של תורת שיקול הדעת המינהלי".¹⁹ המילה הבולטת במשפט זה היא, כמובן: "ייתכן". דומה כי עד שנכתב משפט זה, איש לא הטיל ספק באי-שפיטותן של פעולות בתחומים אלה.

הנשיא שמגר הסכים להבחנה המושגית בין השפיטות הנורמטיבית לשפיטות המוסדית, ואף לקביעה העיונית שהשפיטות הנורמטיבית קיימת תמיד. אולם, בשונה מברק, הוא סבר כי מבחן השפיטות המוסדית הנו חשוב, ואינו רק אילוץ בעייתי שיש להשלים עמו ולצמצמו. לצורך כך אימץ את מבחן האופי הדומיננטי של הנושא שבא בפני בית המשפט: "יכול שהאופי הפוליטי יהיה דומיננטי עד כדי כך, שהמשמעות המשפטיות של הבעיה ייבלעו בו או יידחקו לקרן זווית. היסודות בעלי המשמעות המשפטית (כגון שאלת הסמכות) מסורים, כמובן, לעולם לביקורתו של בית המשפט; אך אם המכלול מצביע באופן ברור וגלוי על מחלוקת בעלת אופי פוליטי דומיננטי, לא ייטה בית המשפט לעסוק בה".²⁰ גישתו של שמגר הונעה, בין השאר, מן החשש שדחייתן של עתירות נגד החלטות "פוליטיות" לאחר דיון בהן לגופן עלולה לטבוע בהן חותם של כשרות מדומה, גם כאשר הן ראויות לביקורת במישור הציבורי.²¹

נורמה משפטית, וכי במסגרת הנורמה החלה ניתן תמיד לגבש אמות מידה וקני מידה לקביעת התנאים והנסיבות לפעולה במסגרת הנורמה. כך הוא בוודאי לעניין נורמות הקובעות סמכות ונורמות הקובעות את השיקולים הראויים בהפעלת הסמכות. כך הוא גם העניין במקום שהנורמה המופעלת היא זו הדורשת התנהגות סבירה של השלטון. במסגרת נורמה זו ניתן תמיד לגבש אמות מידה עקרוניות לבחינת סבירות ההתנהגות, ועל-פי אמות מידה אלה תיבחן פעולת הרשות לגופה, בלא להיזקק כלל לטיעון בדבר שפיטות (או אי-שפיטות) נורמטיבית". שם, בעמ' 477-488.

17 ראו אהרן ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" **עיוני משפט** יז 475, 477 (1993).

18 "מהי המסקנה העולה מניתוחנו לעניין השפיטות (או אי השפיטות) המוסדית? לדעתי, המסקנה העולה היא, כי דוקטרינה זו פרובלמטית היא ביותר; כי יסודותיה המשפטיים רעועים, וכי מבוססת היא במידה רבה על 'טעמים אירציונליים'; כי יש לגשת אליה גישה זהירה; כי רק במקרים מיוחדים, שבהם החשש מפני פגיעה באמון הציבור בשופטים יעלה על החשש מפני פגיעה באמון הציבור במשפט, יהא מקום לשקול את השימוש בה; כי רשימתם של מקרים אלה אינה סגורה, וכי היא נקבעת, בסופו של דבר, על-פי ניסיון החיים השיפוטי ועל-פי חוש המומחיות של השופט", עניין **רסלר**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 496.

19 שם, בעמ' 478.

20 שם, בעמ' 515.

21 "משנפלה ההכרעה השיפוטית, וכאשר עולה ממנה כי ההחלטה שהועברה בשבט הביקורת

השופטת בן-פורת, שנטלה אף היא חלק בפסק הדין, נטתה באופן כללי לגישתו של שמגר.²²

2. המחלוקת סביב השפיטות בבית המשפט ומחוצה לו

בהמשך הדרך נתקלה גישתו של השופט ברק בביקורת חריפה, ולמעשה, באסכולה נגדית, מבית מדרשו של השופט אלון. כפי שכבר צוין, כבר השופט שמגר חלק על ברק בהתייחסותו המצמצמת לשפיטות המוסדית. המחלוקת עם אלון הייתה יסודית אף יותר והשתרעה גם אל תחומי השפיטות הנורמטיבית. לגישתו של אלון, לא זו בלבד שבית המשפט אינו צריך לעסוק בכול, אלא שלמעשה יש שאלות שלא חלה עליהן כל נורמה משפטית, אף לא נורמת הסבירות. ההקשר שבו הגיעו חילוקי הדעות בנושא לחשיפה ולעיומות גלויים היה הדין בשאלת שפיטותם של הסכמים פוליטיים.²³ השופט ברק סבר כי אף הסכמים אלו הם משפטיים ולכן שפיטים, ואילו השופט אלון ראה בהם, בעיקרו של דבר, הסכמים בלתי שפיטים שיש להותיר למשפטו של הציבור. גישתו של אלון התבססה על שלילת כוליותו של המשפט. לדבריו: "האם אין 'חלל משפטי' ומה בדבר היחסים שבין אדם לחברו בתחום המוסר, שהמערכת המשפטית, כפי שהיא מקובלת עלינו כיום, אינה מתייחסת אליהם ואינה מבקשת לקבוע עמדה לגביהם? ההתייחסות, או ההתעלמות, אלה הם קני המידה לקיומו או לאי-קיומו של 'חלל משפטי'. הרי אין אתה אומר שהמשפט 'מתיר' לאכול, לשוחח בטלפון, לטייל, לרוץ ולרקוד משום שאין הוא 'אוסר' על פעולות אלה."²⁴

בהמשך לכך, הצביע השופט אלון על מגבלותיו של עקרון הסבירות, וקבע כי יש נושאים שאין זה ראוי לחלוטין לצפות כי בית המשפט יבדוק את סבירותם.²⁵ הוא הביע חששות מפגיעה בבתי המשפט, בסופו של דבר, וכן מהסתת תשומת הלב מן הבעיה האמתית, שאינה משפטית (שיקול שנזכר למעשה גם על ידי השופט שמגר בעניין רסלר). מנגד דבק השופט ברק בגישתו בעניין רסלר בשם הערך של שלטון החוק, מכיוון שבאין שפיטות, החוק יכול להיות מופר באין מפריע. כדבריו, "חוסר 'השפיטות' סופו, הלכה למעשה, חוסר 'משפטיות'".²⁶ ככלל, עמדתו של ברק בנושא השפיטות היא

השיפוטית התקבלה על ידי מי שמוסמך לכך, בתום לב וללא אפליה והיא נמצאת במתחם הסבירות, עלולה להתגבש המסקנה כי הכול שפיר למרות שהחלטה לגופה רחוקה מכך". שם, בעמ' 521.

22 שם, בעמ' 511.

23 בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991) (להלן: עניין ז'רז'בסקי).

24 שם, בעמ' 766. לגישה דומה, ראו גם שולמית אלמוג ואבינועם בן זאב "המציאות המשפטית – על שפיטות וגבולות השפיטות" מחקרי משפט יב 369 (1995). לביקורת על הגישה של החלת ההלכה על כל תחום, לרבות הכרעה בשאלות מדיניות, השוו יידיה צ' שטרן "נגישותה של ההלכה לסוגיות מדיניות" משפט וממשל ד 215 (1997).

25 עניין ז'רז'בסקי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 771.

26 שם, בעמ' 844.

זו שהתקבלה כעמדה המרכזית בפסיקה, אם כי דווקא בכל הנוגע להסכמים פוליטיים הוא נותר בדעת מיעוט (עם השופט אור) בעתירה נגד הסכם שבו ניתנה התחייבות מראש לחוקק חוק ("עוקף בג"ץ") לביטולם של תקדימים חדשים (אם יהיו) בתחום של דת ומדינה.²⁷ שופטי הרוב, שמגר, גולדברג וחשין, גרסו במקרה זה כי ההסכם פסול מבחינה ציבורית, אך עם זאת אין מקום להתערבות שיפוטית בו. דעת הרוב אמנם לא דנה במפורש בחוסר השפיטות של העתירה, אך התבססה למעשה על שיקולים מוסדיים התומכים באי-התערבות. השופטים שמגר וחשין סברו שיש להותיר את ההתמודדות עם ההסכם לתהליכים חוץ-משפטיים, ואילו השופט גולדברג הדגיש את הרגישות הנובעת מכך שהנושא קשור למעמדו של בית המשפט עצמו.

המחלוקת סביב תפיסת השפיטות החדשה לא נותרה מוגבלת לדל"ת אמותיו של בית המשפט. גישתו האקטיביסטית של בית המשפט בנושא שנויה במחלוקת קשה של אנשי ציבור ומשפטנים.²⁸ פוליטיקאים נוהגים לתקוף את בית המשפט על כך שהוא חורג מתפקידו השיפוטי המסורתי, ולטענתם מבקש כוח. הם מדגישים כי בית המשפט אינו מוסד ייצוגי, ולכן פסיקתו הערכית היא בעלת אופי לא דמוקרטי. ביקורת זו התעצמה בעקבות הנהגתה של "המהפכה החוקתית" ש"העלתה מדרגה" את הפסיקה הערכית שבאה לידי ביטוי גם בביקורת השיפוטית על חקיקתה של הכנסת.²⁹ חלק מן המבקרים הדגישו את הרטוריקה שנקט בית המשפט, רטוריקה שעסקה בערכיו של "הציבור הנאור", ובכך הציגה את המתנגדים לה, לפחות במשתמע, כחשוכים.³⁰ ההתנגדות להרחבת תחומי השפיטה בקרב משפטנים נוסחה באופן העקרוני והמקיף ביותר על ידי רות גביזון. גביזון הצביעה על עומס ההתדיינות וחוסר הוודאות המשפטי שכרוכים במעורבותו הגוברת של בג"ץ בעניינים ציבוריים, על השלכותיה של מעורבות זו על השחיקה במעמדו של בית המשפט העליון ובלגיטימיות שלו, על תרומתה לדילולה של הזירה הציבורית (בשל העברת ההכרעה בנושאים שנויים במחלוקת לבג"ץ), וכן על הבעיה של הכשר עקיף לפעולות פסולות מבחינה אתית וציבורית כאשר העתירות שהוגשו נגדן נדחות לגופן.³¹ ביטוי מייצג לעמדה אקדמית הפוכה,

²⁷ בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995).

²⁸ סקירה מקיפה של העמדות השונות במחלוקת היא נושא ספרם המשותף של רות גביזון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** (2000).

²⁹ ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
³⁰ רונן שמיר "חברה, יהדות ופנדמנטליזם דמוקרטי: על מקורותיה החברתיים של הפרשנות השיפוטית" **עיוני משפט** יט 699 (1995).

³¹ ראו רות גביזון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 69, 97–117 (2000). לחששות מפני השחיקה במעמדו הציבורי של בית המשפט בשל אופייה השנוי במחלוקת של פסיקתו, ראו גם אשר מעוז "על גבולות השפיטות: כנסת, ממשלה, בית-משפט" **פלילים** ח 389, 424–425 (1999); למעשה, התערבותו הגוברת של בית המשפט בעניינים ציבוריים היא בסימן פרדוקס – הפנייה המוגברת להתערבות שיפוטית היא תוצאה של הקיטוביות בחברה, אך הקיטוביות כשלעצמה מהווה סכנה

התומכת במדיניותו של בית המשפט, אפשר למצוא בכתבתו של מרדכי קרמניצר. קרמניצר דוגל בהכרה במנדט שיפוטי רחב, המאפשר התערבות במקרים של נורמות שלטוניות מושחתות. הוא אף סבור, כי למעשה בג"ץ נוקט מדיניות מרוסנת בהתערבותו, חרף ההצהרה העקרונית בדבר הרחבת תחומיה של השפיטות.³²

ג. גבולות ההתערבות השיפוטית

עיון בפסיקה לאורך זמן מלמד כי השפעתה המעשית של מהפכת השפיטות הייתה מצומצמת מכפי שמקובל לשער, ומכל מקום, מצומצמת יותר מכפי שחזה השופט ברק בתחילתה של הדרך.

1. הימנעות מהתערבות בהחלטות מדיניות מרכזיות

התופעה הבולטת ביותר העולה מן הפסיקה שעסקה בנושאים רגישים מבחינה פוליטית, היא שבית המשפט העליון מעולם לא התערב בצומתי ההכרעות המרכזיים של הממשלה בתחום של עיצוב מדיניות. אמנם בית המשפט עסק בנושאים הקשורים לעשייה המדינית או שיש להם משמעות פוליטית, אך בסופו של דבר, הכרעות המדיניות המרכזיות של ממשלות ישראל נהנו מחסינות מוחלטת מפני התערבות בעניינים הנוגעים לסכסוך הערבי-ישראלי לא התערב בית המשפט בהחלטות שנסבו על ניהול משא ומתן מדיני או על עתידם של השטחים שנכבשו במלחמת ששת הימים. בכל הנוגע לשטחים, בית המשפט לא היה מוכן לעסוק בשאלת חוקיותה של מדיניות ההתנחלויות,³³ שהיא השאלה המשמעותית ביותר בכל הנוגע להחלטות הנוגעות לשטחים ואף בפועל מקרינה בעקיפין על הדיון ברבים מענייני השטחים האחרים שבית המשפט עוסק בהם, כמו חוקיותו של התוואי שנבחר לגדר ההפרדה.³⁴ בית המשפט נהג באותה מידה של ריסון בכל הנוגע לתהליכי שלום. כל העתירות נגד

לכית המשפט דווקא אם אמנם יפעל באופן אקטיביסטי. ראו גד ברזילי "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי" **פוליטיקה** 2, 31 (1998); החשש מזיהוי של דחיית העתירה לגופה עם הכשר לפעולה השלטונית נזכר עוד בפסק דינו של הנשיא שמגר בעניין **רסלר**. ראו לעיל ה"ש 21, והטקסט הסמוך לה. לחשש זה, ראו גם מעוז, שם, בעמ' 425–432.

³² ראו מרדכי קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 165, 190–193 (2000).

³³ בג"ץ 4481/91 **ברגיל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(4) 210 (1993); בג"ץ 3125/98 **עיאד נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נה(1) 913 (1999).

³⁴ כך, למשל, בית המשפט הכיר בלגיטימיות השיקול של הגנה על ההתנחלויות בקביעתו של התוואי שנבחר לגדר ההפרדה. ראו בג"ץ 7957/04 **מרעאבה נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם, 15.9.2005) (להלן: **עניין מרעאבה**). זאת, אף שמבחינה עיונית טהורה, ההכרעה בשאלה העקרונית של חוקיות ההתנחלויות הייתה אמורה להיות רלוונטית להכרעה בנושא של תוואי הגדר אילו ההתנחלויות היו מוכרות כבלתי חוקיות הרי שהדיון בבחירת האמצעי המתאים להגנה על תושביהן (אשר ללא ספק זכאים להגנה) היה אמור להביא בחשבון נתון זה.

תהליך אוסלו נדחו.³⁵ בדומה לכך, נדחו הטענות העקרוניות שהועלו נגד תכנית ההתנתקות. אמנם במקרה זה קיבל בית המשפט את עתירתם של המתישבים, אך רק בכל הנוגע להיבטים הנוגעים למתכונת הפיצוי שלהם.³⁶ עוד קודם לכן נמנע בית המשפט מלדון בעתירות שכוונו נגד ניהולו של משא ומתן מדיני לקראת הסדרים שיהיו כרוכים בפשרה טריטוריאלית³⁷ או נגד החלטות שעניינן שחרור אסירים ביטחוניים.³⁸ הדיון המשמעותי היחיד שהתקיים בעתירה נגד ניהולו של משא ומתן מדיני נגעה להחלטה לקיים משא ומתן זה בתקופתה של ממשלת מעבר בסמוך לבחירות (לאחר התפטרותו של ראש הממשלה ברק).³⁹ במקרה זה הביע השופט ברק עמדה מהותית בזכות שפיטותה של הסוגיה. אולם, בסופו של דבר, העתירה נדחתה, ולכן אינה מהווה דוגמה להתערבות בסוגיה מדינית מרכזית.⁴⁰

באופן דומה, בית המשפט אף לא התערב מעולם בהחלטות המרכזיות שעסקן בגיבושה של מדיניות בתחום הכלכלי-חברתי. הדוגמה הבולטת ביותר לכך היא דחייתה של העתירה נגד הקיצוץ המשמעותי בקצבאות הביטוח הלאומי במסגרת התכנית הכלכלית שהוביל בנימין נתניהו כשר האוצר.⁴¹

2. אי-התערבות באמצעים אחרים

תופעה בולטת נוספת בפסיקה, מאז התקבלה בה הגישה המצמצמת לדוקטרינת השפיטות, היא ההיזקקות לשיקולי שפיטות באופן סמוי. במילים אחרות, בית המשפט

35 ראו למשל בג"ץ 4877/93 ארגון נפגעי הטרור נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 12.9.1993).

36 ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005) (להלן: עניין חוף עזה).

37 ראו למשל בג"ץ 4354/92 תנועת נאמני הר הבית נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(1) 37 (1993).

38 ראו למשל בג"ץ 9290/99 מ.מ.ט. מטה מותקפי הטרור (ע"ר) נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(1) 8 (2000); בג"ץ 1671/05 אלמגור ארגון נפגעי טרור נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(5) 913 (2005); בג"ץ 1539/05 מש"ט – מכון משפטי לחקר הטרור וסיוע לנפגעי נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 16.2.2005).

39 בג"ץ 5167/00 ויס נ' ראש-הממשלה של מדינת-ישראל, פ"ד נה(2) 455 (2001).

40 יש להבחין בין התערבות בהחלטה נקודתית, שיש לה משמעות מדינית, לבין התערבות בהחלטות המרכזיות שהשפיעו על כיוונם של החיים הציבוריים בישראל. בית המשפט אמנם קיבל עתירה כנגד חוקיותה של התנחלות אלון מורא (ראו בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979)), אך פסק דין זה לא שלל את האפשרות להוסיף ולהתנחל בשטחים. במקרה אחר, בית המשפט נתן צו ביניים משמעותי נגד הכוונה לבצע פעולה של כוחות הביטחון בבניין ה"אורינט האוס" ששימש כמוקד לפעילות מדינית פלסטינית במזרח ירושלים. מכל מקום, בסופו של דבר, נושא זה לא הגיע לכלל דיון ממצה, משום שהעתירה התייחרה בעקבות הבחירות שהתקיימו לאחר כמה ימים והביאו לחילופי שלטון בישראל (בשנת 1999). ראו בג"ץ 3123/99 הילמן נ' השר לביטחון פנים (לא פורסם). לפירוט נוסף בעניינו של הליך זה, ראו אתר בית המשפט העליון וכן אצל מעוז, לעיל ה"ש 31, בעמ' 433, ה"ש 259.

41 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם, 12.12.2005) (להלן: עניין מחויבות).

אינו מתעלם מן הקשיים המיוחדים שמעוררות עתירות הנוגעות בעניינים פוליטיים שנויים במחלוקת ובפועל מאמץ מדיניות של התערבות מצומצמת בהם, אך הוא עושה כן מבלי להיזקק לדוקטרינת השפיטות. למסקנה זו אפשר להגיע קודם כול מעיון בהתפתחותה של פרשת ג'וסס של בני הישיבות עצמה, בעקבות הפסיקה בעניין **רסלר**. אמנם יש להודות שבית המשפט הניע את המערכת הפוליטית לעסוק בנושא כאשר לא היה מוכן לתת תוקף להסדר שהתבסס על החלטה של שר הביטחון ללא הסמכה ברורה מטעמו של המחוקק הראשי. אולם, בפועל, התערבותו של בית המשפט בסוגיה הייתה בסימן של אי-התערבות. כאשר נפסל ההסדר המסורתי בתחום זה, הפסיקה לא התייחסה לגופו של הפתרון הראוי (אלא רק חייבה חקיקה של הסדרים ראשוניים) ובכך החזירה את ההחלטה למערכת הפוליטית.⁴² בהמשך, כאשר הוגשה עתירה נגד החקיקה החדשה שכללה הסדרים מיוחדים בנוגע לשירותם של בני ישיבות, נמנע בית המשפט מלהתערב בה בקבעו שיש לאפשר לניסוי החקיקתי למצות את עצמו.⁴³

בחלק מן המקרים, העמדה השיפוטית של אי-התערבות בהחלטה שלטונית רגישה מבוססת על פרשנות גמישה של הכללים המהותיים שחלים עליה. זו אחת הדרכים להבין את דחיית העתירה שהוגשה נגד הגירוש הגדול של פעילי החמאס, מבלי לקיים בעניין שימוע מוקדם.⁴⁴ כללי הצדק הטבעי חייבו, ככל הנראה, הענקת זכות טיעון למגורשים לפני מעשה. חרף זאת נדחתה העתירה בעניין זה, כשמעל הפרשה כולה ריחף צלם הכבד של שיקולי השפיטות, אשר לא נזכרו בנימוקיו של פסק הדין.⁴⁵ לנוכח ההלכה החדשה עצמצמה את תחומי אי-השפיטות, דחה בג"ץ את העתירה מטעמים שלגופו של עניין, בהתייחס לאפשרות של קיום שימוע לאחר מעשה. אולם בחינת ההיבט המשפטי של העתירה, במנותק מהקשרו, מעלה כי ההנמקה השיפוטית אינה משכנעת אלא כאשר היא נבחנת לאורם של שיקולי שפיטות. במקרים מסוג זה, הצמצום הפורמלי של דוקטרינת השפיטות אינו מסלק את ההתחשבות בשיקול השפיטות. הוא רק נדחק אל מאחורי הקלעים. לכאורה בית המשפט דוחה את העתירה לגופה, והתוצאה היא שמבחינת מסוימות נזקה של הדחייה גדול יותר, מאחר שהוא כרוך במתן הכשר לפעולה השלטונית שכנגדה הוגשה העתירה (בעוד כאשר העתירה נדחתה על הסף, אין בית המשפט מחווה דעה לגופן של הטענות שהועלו בה).

אחת הדרכים האפקטיביות לדחייתן של עתירות בעייתיות במישור השפיטות על יסוד הנמקה מהותית היא יישום גמיש של עילת הסבירות, ובדומה לכך של עילת המידתיות שהתפתחה מאוחר יותר. ההתערבות בהחלטות מנהליות מטעמים של אי-

⁴² בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998).

⁴³ בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (טרם פורסם, 11.5.2006) (להלן: **עניין התנועה לאיכות השלטון**).

⁴⁴ בג"ץ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון**, פ"ד מז(1) 267 (1993).

⁴⁵ אמנם אפשר לטעון כי צווים מכוח סמכויות ביטחוניות, לרבות צווי גירוש, נידונו על ידי בג"ץ גם בתקופה שקדמה להרחבת השפיטות. אולם במקרה זה, היקפה של ההחלטה – שעניינה היה בכמה מאות מגורשים – הוציא אותה מכלל החלטות גירוש רגילות וקירב אותה אל התחום של קביעת המדיניות.

סבירות מבוססת על תפיסתן כחורגות ממתחם הסבירות. דרך אפשרית לאי-התערבות יכולה להיות אפוא אימוץ עמדה לפיה החלטת הרשות, גם אם אינה מניחה את הדעת מבחינות רבות, אינה מגיעה לדרגת אי-הסבירות שמחייבת התערבות. הלכה למעשה, בסוגיות רגישות במיוחד, מתחם הסבירות העומד לרשותן של הרשויות הוא כמעט בלתי מוגבל.⁴⁶ כך, למשל, בכל הנוגע לעתירות הנוגעות להפרות חוק בהר הבית או לתפילת יהודים בהר הבית, בית המשפט נמנע דרך קבע מהתערבות, גם לנוכח הפרות חוק קשות מצד הווקף המוסלמי בפעולותיו בהר הבית. בעבר גילה בית המשפט נכונות לסגת מתפיסת חוסר השפיטות בכל הנוגע להר הבית,⁴⁷ אך המציאות טפחה על פניו, והוא נסוג מחדש לעבר עמדה של אי-התערבות. רק במקצת מן המקרים הזכיר בית המשפט, בשולי פסיקתו בתחום זה, את שיקול השפיטות.⁴⁸

במקרים אחרים, דחייתן של העתירות הרגישות מבחינה פוליטית מתאפשרת תוך שימוש בטענות סף אחרות, כמו טענת הכלליות, שזכתה לעדנה בפסיקתו של בית המשפט בתחומים בעייתיים (למשל, בהקשר למדיניות ההריסה של בתים במזרח ירושלים).⁴⁹ ההתנגדות לדיון בנושאים באופן כללי, תוך חיובם של העותרים לפנות לעתירות נפרדות, מוסברת על ידי בית המשפט כנובעת ממהות התפקיד השיפוטי המחייב לדון בכל מקרה תוך התייחסות לתשתית עובדתית מלאה. עם זאת, בפועל, היא משרתת מטרה נוספת. כאשר בית המשפט בוחן כל מקרה לגופו, העניין שלפניו נידון במנותק מהקשרו הפוליטי וממשמעויותיו הציבוריות. כך, כאשר בית המשפט דן בכל קטע של גדר ההפרדה באופן נפרד (ולא בהחלטה להקים את גדר ההפרדה), הוא מנטרל מראש את יכולתו לראות את המשמעות של הקמת הגדר מבחינת הרצף הטריטוריאלי של יהודה ושומרון.⁵⁰ בדומה לכך, כאשר בית המשפט מפנה את העותרים

⁴⁶ החלופיות בין השימוש בסבירות לבין השימוש בשפיטות מתחדדת לאור פסק הדין של השופט ברק בעניין **רסלר** עצמו, שבו הוא דן בחלק מפסקי הדין שיישמו בעבר את דוקטרינת השפיטות וקובע כי אף הוא היה דוחה בהם את העתירה, אך זאת על יסוד הקביעה כי ההחלטה השלטונית שעליה נסבו הייתה סבירה. הוא עומד על כך באריכות בהתייחס לעתירה בעניין אשכנזי שנסבה על הדרישה לחקור את אירועי מלחמת יום כיפור. ראו עניין **רסלר**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 486–487.

⁴⁷ בג"ץ 4185/90 **נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי**, פ"ד מז(5) 221 (1993).
⁴⁸ לדחיית עתירות הנוגעות להר הבית, ראו למשל בג"ץ 7128/96 **תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נא(2) 509, 528 (1997) ("על הדרג המדיני, ולא על בית-המשפט, לתת תוכן ומשמעות לקריאה ההיסטורית: 'הר הבית בדינו'"); בג"ץ 9474/96 **תנועת נאמני הר הבית ותנועת חי וקיים נ' ראש עיריית ירושלים** (לא פורסם 4.12.1997); בג"ץ 8666/99 **תנועת נאמני הר-הבית נ' היועץ המשפטי**, פ"ד נד(1) 199 (2000); בג"ץ 530/01 **יוגב נ' ניצב מיקי לוי**, פ"ד נו(1) 22 (2001).

⁴⁹ ראו למשל בג"ץ 1901/94 **לנדאו נ' עיריית ירושלים**, פ"ד מח(4) 403 (1994). לשימוש בטכניקות הימנעות אחרות, כתחליף לשפיטות, ראו למשל יואב דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית-המשפט הגבוה לצדק" **עיוני משפט** כ 93 (1996).

⁵⁰ לטעון זה, ראו גם Daphne Barak-Erez, *Israel: The Security Barrier – Between International Law, Constitutional Law and Domestic Judicial Review*, 4 I-CON 540 (2006).

נגד קיצוץ בקצבאות של הבטחת ההכנסה להליכים פרטיקולריים שבהם כל אחד מהם יעלה את הטענה של פגיעה בזכות לקיום בכבוד בנפרד,⁵¹ ההשלכה הכלל-חברתית של המדיניות הכלכלית החדשה נותרת מחוץ לכתליו של בית המשפט.

3. הגמשה וגיוון של הסעדים השיפוטיים

תמורה נוספת שחלה בפסיקה, במקביל להרחבתם של תחומי השפיות, היא השימוש במערך סעדים מגוון יותר, בעיקר בכיוון של הגמשה. באופן מסורתי, הסעד הטיפוסי שניתן על ידי בית המשפט במקרים שבהם נמצא כי הצדק עם העותר היה ציווי אופרטיבי שהוביל לביטול ההחלטה הפגומה או להפסקת הפעולה על-פיה.⁵² לעומת זאת, פסיקתו החדשה של בג"ץ פיתחה מתכונות סעדים רכות יותר. כך, ההתערבות השיפוטית בתחומים הנמצאים על גבול השפיות מלווה במקרים רבים בסעד חלש או גמיש. ההתפתחות הבולטת ביותר בתחום דיני הסעדים מאז סוף שנות השבעים של המאה הקודמת היא תורת הבטלות היחסית, המכירה בקיומו של שיקול דעת שיפוטי בנוגע לתוצאות הפגם המנהלי (ובכלל זה באפשרות של הכשרת פעולה פגומה, כאשר בית המשפט סבור שלא נגרם עוול לעותר).⁵³ יתרה מכך, בעת שבית המשפט דן בנושאים רגישים במיוחד, פסיקתו נעשית במתכונת של הכרזה על העקרונות המשפטיים החלים על הסוגיה, ללא צו אופרטיבי.

אחד התחומים שבוטל בו הפער בין ההכרה העקרונית בשפיות לבין דלותם של הסעדים הוא דיני ההסכמים הפוליטיים. השופט ברק עצמו נתן ביטוי לשפיותם החלקית של הסכמים אלה בכך ששלל את תחולתם של מרבית הסעדים השיפוטיים המסורתיים, בהקשר זה. לשיטתו, במקרה של הפרת הסכם פוליטי, אי-אפשר להעלות על הדעת, במקרה הרגיל, סעד של אכיפה, ואילו סעד הפיצויים אינו ראוי (בהתחשב בהסתייגות המובנת מכריכת טובות הנאה כספיות בהסכמים פוליטיים). במילים אחרות, התפיסה בנוגע להסכם פוליטי שונה מאוד מן הגישה הרווחת בעניין הסכמים אחרים, והסעדים הם, בעיקרו של דבר, כאלה שמשמעותם ציבורית יותר, כגון סעד ההתנצלות שהציע השופט ברק, ומשמעותו העיקרית היא סמלית.⁵⁴

אפשר להדגים אותה תופעה גם מפסיקתו העקרונית של בית המשפט בנוגע לפעילות הלחימה של הצבא. לעתים מזומנות הפסיקה שנדרשת לנורמות הלחימה הראויות אינה כוללת הוראות אופרטיביות (בהתחשב בדינמיות של הפעילות בשטח),

⁵¹ עניין מחויבות, לעיל ה"ש 41.

⁵² למעט במצבים שבהם היה קיים "מעשה עשוי", ולכן בית המשפט נאלץ להסתפק בסעד הצהרתי (ראו בג"ץ 22/49 סבו נ' המושל הצבאי, יפו, פ"ד ב 701 (1949)) או אך, במקרים מיוחדים, בפסיקת פיצויים (ראו בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח(2) 449 (1974)).

⁵³ ראו דפנה ברק-ארז "הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחיין של זכויות" ספר יצחק זמיר על משפט ממשל וחברה 285 (אריאל בנדור ויואב דותן עורכים, 2005).

⁵⁴ עניין ז'רז' בסקי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 845–846.

אלא מסתפקת בקביעתן של הנחיות עקרוניות באשר לנורמות הראויות בפעילותו של הצבא, למשל בכל הנוגע לאיסור ירי על צוותים רפואיים.⁵⁵ גם פסק הדין באשר לחוקיותם של הסיכולים הממוקדים⁵⁶ כולל כללי עשה ואל-תעשה עקרוניים, במתכונת הדומה יותר לחוות דעת מייעצת מאשר לפסיקה אופרטיבית.

4. ההשפעה המוגבלת על הפרקטיקה השלטונית

מישור אחר של הדיון מחייב התייחסות להשפעה בפועל של בית המשפט על המציאות בתחומים החדשים שבהם החל לעסוק. באופן יותר ספציפי, השאלה היא אם בית המשפט המתערב הוא גם בית משפט שמשפיע, היינו באיזו מידה הביקורת השיפוטית האינטנסיבית על החלטות פוליטיות היא אכן אפקטיבית, מבחינת היקף השפעתה על דרכי התנהלותם של גופי השלטון ועל הפוליטיקאים במדינת ישראל.

דיון בפסיקתם של בתי משפט מצד האפקטיביות שלה, להבדיל מהיבט הלגיטימיות שלה, הוא כיום תחום מחקר עצמאי וענף. בשנת 1974 פורסם ספרו המשפיע של Stuart Scheingold על אודות "מיתוס הזכויות" ("The Myth of Rights"),⁵⁷ שביקר את האמונה הבלתי מבוססת בכוחו של המשפט להביא לשינוי חברתי. נקודת ציון משמעותית נוספת מהווה ספרו של Gerald Rosenberg, שכינה את התקווה לשינוי באמצעות בתי המשפט "תקווה חלולה".⁵⁸ מנגד, מחקרים אחרים הצביעו על כך שהאכזבה המוחלטת מן התועלת הצפונה בהתדיינות היא מופרזת, וכי במקרים רבים בתי המשפט אכן השפיעו, אם כי אולי לא במידה שציפו לה.⁵⁹ מעניין להעריך את העמדות הנוגדות שהוצגו בעניין זה באספקלריה של הפסיקה הישראלית שהרחיבה את גבולות השפיטות. האם היא השפיעה?

בעקבות הרחבתם של גבולות השפיטות זכתה לתשומת לב מיוחדת התערבותו של בית המשפט בתחומים שנגעו לאתיקה השלטונית ולקביעת נורמות התנהגות ראויות בשלטון. ניתן אפוא למקד את הדיון בהתערבות זו שהייתה מצד אחד חדשה, ומצד

⁵⁵ ראו בג"ץ 2936/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 3 (2002); בג"ץ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 26 (2002).

⁵⁶ בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 13.12.2006) (להלן: עניין הסיכולים הממוקדים).

⁵⁷ STUART A. SCHEINGOLD, THE POLITICS OF RIGHTS: LAWYERS, PUBLIC POLICY AND POLITICAL CHANGE (1974).

⁵⁸ GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE – CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE (1991).

⁵⁹ ראו למשל: Malcolm M. Feeley, *Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors*, 17 L. & SOCIAL INQ. 745 (1992). פרספקטיבה נוספת על הנושא, שחורגת מתחומי הדיון הנוכחי, מתייחסת להשפעתו של המאבק המשפטי על חיזוקן של תנועות חברתיות והעצמת הפעילים בהן. ראו: Idit Kostiner, *Evaluating Legality: Toward a Cultural Approach to the Study of Law and Social Change*, 37 LAW & SOC. REV. 323 (2003).

אחר, פחות שנויה במחלוקת, כביכול, מאחר שעסקה בשאלות של הגינות, שאמורות להיות מוסכמות מימין ומשמאל.

בית המשפט העליון התערב בפרקטיקה של חלוקת "כספים ייחודיים". לאחר שבמשך שנים ניתנו תמיכות ממשלתיות למוסדות "מקורבים לצלחת" באמצעות ייחוד תקציבים למוסדות שננקבו בשם, ולא על פי קריטריונים, אסרה פסיקת בג"ץ חלוקת מענקים ייחודיים שלא על פי קריטריונים ברורים, ענייניים ושווים.⁶⁰ באשר לפרקטיקה רווחת אחרת, זו של מינויים פוליטיים, קבע בית המשפט כי "כאשר איש ציבור ממנה עובד בשירות הציבור על-פי שיקולים זרים של אינטרסים פוליטיים-מפלגתיים, מינוי כזה פסול הוא, ויש בו משום מעילה באמון של הציבור שהסמיך את הרשות הממנה".⁶¹ עם זאת, חרף מראית העין של השפעה מרחיקת לכת על החיים הפוליטיים בישראל, יש מקום לטענה, כי הביקורת השיפוטית אפקטיבית הרבה פחות מכפי שנהוג לסבור, ומבחינה זו לעתים מחלוקת האדירים סביבה היא בבחינת "הרבה מהומה על לא מאומה". בעקבות הפסיקה ההחלטית נגד חלוקת כספים ייחודיים, ללא קריטריונים, נערכו משרדי הממשלה לקביעת קריטריונים. אולם קריטריונים אלו הם במקרים רבים "תפורים" ומותאמים,⁶² ובמקרים אחרים בלתי מקוימים.⁶³ לעתים הקריטריונים גם נקבעים בדיעבד.⁶⁴ ברוב המקרים של המקרים אין לבית המשפט כלים מתאימים לבדיקה אם הקריטריונים נקבעו בתום לב. מכל מקום, ברור שביקורת שיפוטית ספוראדית הנוגעת לעתירות שהוגשו אינה יכולה לשמש תחליף להקמתו של מנגנון ביקורת מנהלי שיקיים ביקורת שוטפת על הקריטריונים לחלוקה של כספי תמיכות. במילים אחרות, לביקורת השיפוטית יש חשיבות, אך חשיבות מוגבלת בלבד.⁶⁵ בית המשפט פסק בבירור בנוגע לפסלותם של מינויים פוליטיים. אולם האם בשל כך אין מינויים פוליטיים במדינת ישראל? אדרבה, הדוגמאות רבות מספור.⁶⁶ זו הלכה,

60 ב"ש 166/84 בג"ץ 780/83 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 273 (1984).

61 בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28, 35 (1990) (להלן: עניין דקל).
62 ראו למשל בג"ץ 6634/94 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פ"ד מט(5) 45 (1995). (במקרה זה, יישום הקריטריונים הוביל להענקת תמיכות לגוף אחד בלבד, שפעילותו התאימה להם. עם זאת, בנסיבות העניין, שופטי הרוב לא השתכנעו כי הקריטריונים היו אכן "תפורים" מראש); בג"ץ 1/98 כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241 (1999) (במקרה זה נפסק כי התאמת התכנית של דיוור מסובסד לאוכלוסיית לומדים שהם בעלי משפחות גדולות, אפיון המתאים לתלמידי ישיבות ולא לסטודנטים, הייתה קריטריון "תפור").

63 ראו למשל בג"ץ 5290/97 עזרא – תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 410 (1997).

64 ראו למשל בג"ץ 8569/96 הסתדרות הנוער העובד והלומד נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נב(1) 597 (1998).

65 ראו עוד אמנון דה-הרטוך "תמיכת המדינה במוסדות ציבור – ליבלוב הכספים הייחודיים משפטים כט 75 (1998).

66 ראו למשל מבקר המדינה דו"ח שנתי 39 – לשנת 1989 ולחשבונות שנת הכספים 1988 627–642 (1989); מבקר המדינה דו"ח שנתי 41 – לשנת 1990 ולחשבונות שנת הכספים 1989 595–615

ואין מורין כן. דוחות מבקר המדינה המתפרסמים מדי שנה בשנה יוכיחו זאת.⁶⁷ למעשה, כבר התקדים שבו נקבע דבר פסלותם של מינויים פוליטיים מוכיח, יותר מכול, את חולשתה של המעורבות השיפוטית. פסק הדין בעניין דקל, שבו נוסחה ההלכה בדבר פסלותם של מינויים פוליטיים,⁶⁸ עסק בעתירה שהוגשה נגד ההחלטה למנות את סילבן שלום, לימים שר בממשלה, ואז עדיין רק יועץ לשר, לתפקיד היוקרתי של יו"ר חברת החשמל לישראל בע"מ. בית המשפט הסביר באופן חגיגי את משנתו בדבר פסלותם של מינויים פוליטיים. אולם הוא הוסיף וקבע, כי אין עדות לכך שהמינוי שבפניו היה אכן פוליטי. אין כוונתי לגרוע מכישוריו של מר שלום לתפקיד שמונה אליו, ואין באפשרותי לקבוע מסמרות באשר לתולדותיו של המינוי. אולם האם לא סביר להניח שלא רק כישוריו הם שעשו אותו מועמד מוביל לתפקיד הנכבד? האם קשריו הפוליטיים לא תרמו אף הם את תרומתם? בדיקתו של בית המשפט מוגבלת במקרים רבים לשאלה, האם המועמד שבפניו הוא בעל ניסיון או השכלה רלוונטיים לתפקיד. שאלה זו מתעלמת מן האפשרות שקיימים מועמדים רבים אחרים, שלהם ניסיון או השכלה עדיפים. במילים אחרות, אין די בביקורת שיפוטית המכוונת לפסילתם של מועמדים חסרי כל כישורים. ביקורת כזאת תאפשר לפסול את "סוסו של קליגולה", אך לא מינויים פוליטיים אחרים, של מועמדים בינוניים ומטה.

אם כן, המיתוס בנוגע לכוחו של בית המשפט גדול "בכמה מידות" על המציאות.⁶⁹ מתברר כי כדי לשנות נורמות חברתיות ופוליטיות אין די בפעילות משפטית בהיכלי המשפט. נדרשת היערכות מנהלית מתאימה (למשל, לביקורת על הקריטריונים לחלוקת תמיכות), וכן נדרשת פעילות ציבורית שתביא להפגמת פסלותן של הנורמות הנזכרות. כל עוד אין גינוי ציבורי ממשי למינויים פוליטיים ולחלוקת הטבות ללא קריטריונים,

(1991): מבקר המדינה דו"ח שנתי 43 – לשנת 1992 ולחשבונות שנת הכספים 1991 733–744
 (1993): מבקר המדינה דו"ח שנתי 47 – לשנת 1996 ולחשבונות שנת הכספים 1995 838–852
 (1997): מבקר המדינה דו"ח שנתי 48 – לשנת 1997 ולחשבונות שנת הכספים 1996 871–918
 (1998).

67 כפי שצוטט שר הפנים, אלי סוויסה, כאשר נשאל על אודות מינויים של אנשי ש"ס: "את מי אתה רוצה שאמנה, את אנשי הליכוד?" ראו בג"ץ 6458/96 אבו קרינאת נ' שר הפנים, פ"ד נב(2) 132 (1998). תיאורים מפורטים בנוגע לשכיחותה של תופעת המינויים הפוליטיים בשירות המדינה אפשר למצוא אצל יצחק גל-נור לא, אדוני הנציב – מאחורי הקלעים של הפוליטיקה והמינהל בישראל (2003). הספר מתאר את תקופת כהונתו של יצחק גל-נור כנציב שירות המדינה (בשנים 1994–1996). בין השאר, גל-נור כותב כך: "אני מוטרד בייחוד מהחלק העלום בקרחון המינויים הפוליטיים: התערבותם של שרים ומנכ"לים בגיוס, בקידום ובפיטורים של עובדים גם בדרג הלא-פוליטי של שירות המדינה, ויעידו על כך דוחות מבקר המדינה. קשה מאד לאתר מקרים כאלה, למעט מצבים שבהם נמצאים עובדים המעזים להסתכן בתלונה או בפנייה לערכאות". שם, בעמ' 91–92.

68 עניין דקל, לעיל ה"ש 61.

69 להצגה רחבה של טיעון זה, ראו דפנה ברק-ארז "השפיטות של הפוליטיקה" פלילים ח 369 (1999) Daphne Barak-Erez, *Judicial Review of Politics: The Israeli Case*, 29 J. L. & Soc. 611 (2002).

מאחר ש"כך עושות כולן" פסקי דין חגיגיים שיוקיעו פעילות כזו לא יספיקו.

5. השפיטות בביקורת השיפוטית על חקיקה

נושא המחייב התייחסות נפרדת הוא ההשפעה הנמשכת של שיקולים בעלי אופי של שפיטות מוסדית על הביקורת השיפוטית של חקיקה ראשית. כפי שכבר צוין, פרשנותם של חוקי-היסוד בנושא זכויות האדם כמסמיכים לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה חבה רבות לתהליך ההדרגתי של הרחבת תחומי השפיטה החל בשנות השמונים. עם זאת, בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על חקיקה אפשר להבחין ברישומם הנמשך של אילוצים הנובעים משיקולים של שפיטות מוסדית, גם אם בית המשפט אינו נותן להם ביטוי מפורש.

קל לראות כי התערבותו האופרטיבית של בית המשפט העליון בתחום של ביקורת שיפוטית על חקיקה היא מצומצמת הרבה יותר בהשוואה לביקורת על פעולות מנהליות. עד כה פסל בית המשפט העליון הוראות חוק מטעמים חוקתיים רק בחמישה מקרים, שמיעוטם בלבד נסבו על נושאים המצויים בליבה של המחלוקת הציבורית.⁷⁰ העתירה נגד תכנית ההתנתקות התקבלה בחלקה, אך רק בהיבטים הקונצנזואליים יחסית שנגעו למתן פיצוי הולם למתיישבים.⁷¹ על רקע זה, בולט כיוצא דופן רק פסק הדין בעניין חסינותה של המדינה מפני תביעות נזיקין שנגרמו בשטחים שהוכרזו כאזורי עימות.⁷²

במקביל, ניכר הריסון הבולט שבית המשפט גוזר על עצמו בהפעלתה של הביקורת השיפוטית. כך, למשל, בעתירות שנגעו לפגיעתו של הקיצוץ המשמעותי בתשלומי הקצבאות בזכות לקיום בכבוד, בית המשפט הגדיר רף הוכחתי גבוה מאוד להוכחת הפגיעה, אשר סלל את הדרך לדחיית העתירה.⁷³ עם כל הקושי הכרוך בעתירות המעוררות שאלות של חלוקת משאבים ותקציבים (תכונה המאפיינת עתירות בתחום חברתי), בית המשפט מתקשה פחות לקבל עתירות כאלה כאשר הן

⁷⁰ פסקי הדין שבהם נפסלו סעיפי חוק הם: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002); עניין חוף עזה, לעיל ה"ש 36; בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 13.12.2006) (להלן: עניין חסינות המדינה). בנוסף למקרים אלה, בבג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003) נקבע, כי ס' 137 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969 שאינו מאפשר לעתור לבג"ץ על החלטותיה של ועדת הבחירות המרכזית סותר את הוראותיו של חוק יסוד: השפיטה. עם זאת, העתירה נדחתה בדעת רוב לגופה, ועל כן, מבחינה פורמאלית, לא נקבע בעניין זה תקדים.

⁷¹ עניין חוף עזה, לעיל ה"ש 36.

⁷² עניין חסינות המדינה, לעיל ה"ש 70.

⁷³ עניין מחויבות, לעיל ה"ש 41.

מתייחסות להחלטות מנהליות.⁷⁴ דוגמאות בולטות נוספות לרמת הריסון הגבוהה שהפעיל בית המשפט בביקורת השיפוטית על חוקים הן דחיית העתירות נגד החוק המאפשר לבני ישיבות לבחור בשירות אזרחי מקוצר⁷⁵ ונגד התיקון לחוק האזרחות שאסר על איחוד משפחות של אזרחים ישראלים עם קרובים שהם תושבי השטחים המוחזקים.⁷⁶ בשני המקרים סבר בית המשפט כי יש לאפשר למחוקק להפיק לקחים מן ההסדרים החקיקתיים הזמניים ששימשו בסיס לעתירות ולהפעיל שיקול דעת בעניין עדכונם.

6. חזרה חלקית לשפיטות המוסדית ולרטוריקה של שפיטות

בתחומים מסוימים, אם כי מוגבלים, התפתחה נכונות שיפוטית מחודשת לפנות לשיקולים של שפיטות מוסדית גם באופן פורמלי.

הדוגמה הבולטת ביותר לפנייה מודעת לשיקולים של שפיטות מוסדית היא הפסיקה שנסבה על ביקורת של הליכים פרלמנטריים. אכן, מאז ראשית שנות השמונים, בעקבות הלכת שריד⁷⁷ החל בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על הליכים פנימיים בכנסת, תהליך שבא לידי ביטוי באופן המובהק ביותר בהחלטות שנגעו להליכים של הסרת חסינות – בפרשת פנחסי⁷⁸ ובפרשת גורולובסקי.⁷⁹ עם זאת, בסופו של דבר, גם בהקשר זה נסוג בית המשפט "חצי צעד לאחור", והתערבותו בעניינים שאינם נוגעים לתחום החסינות היא מצומצמת ביותר. בית המשפט חוזר ודוחה עתירות שבהן הוא מתבקש להתערב בסדרי הצבעות בכנסת (בעניין מעמדה של הצבעה כהצבעת אי-אמון בממשלה;⁸⁰ בעניין המועד לדיון בהצעות חוק לפיזור הכנסת;⁸¹ בעניין הכרעתו של יושב ראש הכנסת בנוגע לתוצאות ההצבעה על חוק⁸²

74 ראו למשל בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002); בג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר, פ"ד נה(2) 270 (2002).

75 עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 43. מעניין להדגיש, כי השופט ברק עצמו הוביל בפסק הדין עמדה מובהקת של ריסון שיפוטי, אך התנגד לעמדה המצמצמת יותר של השופט גרוניס, שלפיה בית המשפט צריך להגביל את תחום הביקורת השיפוטית למצבים של פגיעה במיעוטים, ברוח השקפתו של המלומד האמריקני Ely (בספרו: JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980)).

76 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם, 14.5.2006). אכן, עתירה זו נדחתה על חודו של קול, ברוב שישה שופטים נגד חמישה. אולם דווקא ההכרה באופיו הבעייתי של החוק לגישת רבים מן השופטים (לרבות חלק מאלה שהצטרפו לדחיית העתירה מטעמים של ריסון שיפוטי) מצביעה על השפעתם העקיפה והנמשכת של שיקולי השפיטות על העתירות שנידונות ומוכרעות לגופן.

77 בג"ץ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982).

78 בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(4) 492 (1993).

79 בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865 (2005).

80 בג"ץ 9056/00 ח"כ קליינר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נה(4) 703 (2001).

81 בג"ץ 9070/00 ח"כ לבנת נ' יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800 (2001) (להלן: 17

ועוד). מגמה זו הודגשה אך ביתר שאת בכל הנוגע להתערבות בהליכי החקיקה של הכנסת.⁸³

מעניין לראות כי בתחום זה גם השופט ברק, שהסתייג בעבר מן התפיסה של אי-שפיטות מוסדית, חזר להרים אותה על נס, וכתב: "אכן, אנו מכירים באי-שפיטות – מוסדית; אנו מכירים בכך שלא כל סכסוך שבית-המשפט מוסמך להכריע בו ראוי לו לבית-המשפט להכריע בו".⁸⁴ באחד מפסקי דינו האחרונים, חזר השופט ברק ודחה עתירה נגד החלטה שהתקבלה בוועדת הכספים של הכנסת בהליך בלתי תקין (שבו קוימה הצבעה חשובה לפני המועד הפורמלי שנקבע לתחילת הישיבה).⁸⁵ במקרה זה, השופט ברק לא השתמש במונח שפיטות אך נתן לו ביטוי בהסבירו כי "יש להעדיף את עקרון עצמאות הרשות המחוקקת, ולהימנע מהתערבות בהליכים פנים-פרלמנטריים".⁸⁶

ד. ההשפעות הבלתי צפויות של הרחבת השפיטות

אמנם ההרחבה של תחומי השפיטות לא השפיעה באופן שנצפה על ידי התקדימים שהולידו אותה, אך היא חוללה בכל זאת שינויים חשובים. מעניין להצביע על כך שהיו אלה שינויים שבאו לידי ביטוי דווקא במישורים שלא זכו להתייחסותה של הפסיקה התקדימית בתחום או בהקשרים שלא היו נגד עיניו של בית המשפט בתחילת הדרך.

1. ההשפעה של פוטנציאל ההתערבות

התוצאה החשובה ביותר של הרחבת תחומי השפיטה היא השפעתה של השפיטות הרחבה על התנהגותן של הרשויות, אשר מביאות בחשבון את הפוטנציאל של התערבות שיפוטית. באופן יותר ספציפי, השפעת ההרחבה של תחום השפיטות באה לידי ביטוי לאו דווקא בדרך המלך של תיקון עוולות באמצעות פסיקה אופרטיבית. במקרים רבים ההשפעה השיפוטית באה לידי ביטוי בכך שהרשויות פועלות ב"צל" הפוטנציאל של ההתערבות ה"בג"צית". תגובתה האפשרית של הביקורת השיפוטית נלקחת בחשבון כבר בשלב של קבלת ההחלטות.⁸⁷ יתר על כן, גם במקרים שבהם מוגשות עתירות לבית המשפט, "צלו" של בית המשפט בא לידי ביטוי בעידוד פשרה

עניין לבנת).

82 בג"ץ 1401/01 ח"כ שריד נ' יו"ר הכנסת, ח"כ בורג, פ"ד נה (5) 394 (2001).

83 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט (2) 14 (2004).

84 עניין לבנת, לעיל ה"ש 81, בעמ' 812.

85 בג"ץ 1139/06 ח"כ ארז נ' יושב-ראש ועדת הכספים (טרם פורסם, 12.12.2006).

86 שם, פס' 5.

87 לביקורת העצמית של הכנסת באשר להתאמתן של הצעות חוק לחוקי-היסוד, ראו למשל אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי – היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה 339, 351–357 (1999).

בין הצדדים. רבות מן העתירות אינן מסתיימות בהכרעה בפועל, אלא בפשרות, אשר מביאות בחשבון את עמדתו של בית המשפט.⁸⁸

2. בית המשפט והדיון הציבורי

השפעה נוספת של הרחבת תחומי השפיטה באה לידי ביטוי בספרה הציבורית שמחוץ לבית המשפט. להרחבת גבולות השפיטה הייתה השפעה על הדיון הציבורי שהתקיים סביב ההתדיינות. לפחות במקצת מן המקרים, הפסיקה מתפקדת כ"מצפן" חברתי. היא אינה מעצבת את המציאות, אך מצליחה לסמן ערכים שאפשר לשאוף להגשמתם. תרומה מסוג זה היא אפשרית, כמובן, רק אם הערכים שבית המשפט מבטא אינם נמצאים במתח חריף מדי עם הנורמה החברתית או המוסרית הרווחת. אם לא כן, פסיקתו עשויה להיות פשוט "לא רלוונטית". דוגמה טובה למנהיגות ערכית באמצעות הפסיקה משמשת פסילת הסגרגציה הגזעית במערכת החינוך בארצות-הברית.⁸⁹ אמנם שנים רבות לא השפיעה הכרעה זו על הפרקטיקה הנוהגת באופן ממשי, אך היא היוותה בכל זאת ציון דרך חשוב בדרכה של ההתנערות מן הגזענות הממוסדת.⁹⁰ בנוסף לכך, להתדיינות בנושאים שהדיון בהם הודחק, יש לעתים תרומה להחייאתו של הוויכוח הציבורי. עתירה לבית המשפט העליון לצורך הכרעה במחלוקת ציבורית אינה מוגבלת אף פעם רק לפן המקצועי של "הכנת תיק" לבית משפט. התדיינות הנוגעת בשאלה השנויה במחלוקת ציבורית, כגון "מיהו יהודי", "גיוס בחורי הישיבות" ועוד, מלווה תמיד בוויכוחים בזירה הציבורית ובניסיונות "להרוויח" דעת קהל. במילים אחרות, היא פותחת לדיון את הנושא גם מחוץ לכתליו של בית המשפט. אכן,

88 ראו: Yoav Dotan, *Judicial Rhetoric, Government Lawyers and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice During the Intifada*, 33 L. & SOC. REV. 319 (1999); Yoav Dotan, *Government Lawyers as Adjudicators: Pre-Petitions in the High Court of Justice Department 1990–1997*, 35 ISR. L. REV. 453 (2001) יואב דותן "קדם-בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" **משפט וממשל** 159 (2004). דיון מעניין בעתירות שהסתיימו בפשרה בהקשר של גדר ההפרדה אפשר למצוא בפסיקתו של השופט ברק עצמו. בבג"ץ 5488/04 **מועצה מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם, 13.12.2006) (להלן: עניין **אלראם**), שנסב על בנייתה של גדר ההפרדה באזור ירושלים, הפסקה הפותחת של פסק הדין כוללת נתונים אלה: "מאז החליטה ממשלת ישראל על הקמתה של גדר הביטחון הוגשו לבית משפט זה 115 עתירות. 28 מתוכן הסתיימו בהסדרי פשרה בין הצדדים או במחיקת העתירה. 41 עתירות הסתיימו בפסק דין. 46 עתירות עדיין תלויות ועומדות". שם, פס' 1.

89 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).
90 להערכת תרומתה של פסיקה זו, ראו עוד ארנון גוטפלד "פסיקת 'בראון נגד מועצת החינוך של טופיקה' ומקומה בהיסטוריה האמריקנית" **משפט והיסטוריה** 231 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999). לדיון בתפקיד המחנך של הפסיקה – בהקשר של המאבק בגזענות, אך גם באופן כללי ראו: Eugene V. Rostow, *The Democratic Character of Judicial Review*, 66 HARV. L. REV. 193, 208 (1952); Christopher L. Eisgruber *Is the Court an Educative Institution?* 67 N.U.U.L. REV. 961 (1992).

מלכתחילה, ראוי היה ששאלות ציבוריות יזכו לליבון ולדיון גם ללא קשר לקיומו של הליך שיפוטי. תאוריות דמוקרטיות שונות מעלות על נס את החשיבות הנוודעת לחידושו של השיח הציבורי.⁹¹ כיום הדיון הציבורי בישראל נמצא בסימן של דעיכה. בזירה הפוליטית אפשר למצוא הרבה צעקנות והפרחת סמאות, אך לא דיון רציני המבוסס על הצגת טיעונים מסודרים ותימוכין עובדתיים. לעומת זאת, לצורך ההתדיינות בבית המשפט הצדדים הנצים חייבים להציג טיעון משכנע ולהתמודד עם טענות נגד. הציבור עוקב אחר הטענות, ובמובן זה, הדיאלוג הציבורי החסר כל כך יוצא נשכר.⁹²

אמנם הדרך לדיון ציבורי אינה אמורה לעבור בהכרח בהיכל המשפט, אך בדיעבד, העימות הענייני שההתדיינות המשפטית כופה היא רווח משני שאי-אפשר לזלזל בו.⁹³ כך, למשל, ההתדיינות התכופה בשאלה של "מיהו יהודי"⁹⁴ חייבה להתמודד עם שאלות מודחקות בנוגע למהותה של היהדות ולתפיסת הזהות היהודית בימינו. בדומה לכך, המחלוקת בעניין "סגירתם" של יישובים קהילתיים בפני אזרחים ערבים, שנידונה בעניין **קעדאן**,⁹⁵ עימתה את החברה הישראלית עם המתח בין האתוס של התיישבות יהודית בארץ ישראל לבין האתוס של שוויון אזרחי.⁹⁶ כך גם בעניין אי-גיוסם של בחורי השישבות, ההתדיינות המשפטית הייתה זרז לדיון ציבורי, אף על פי שפסיקתו של בג"ץ בנושא לא עסקה במהות.

91 כדוגמה מייצגת משמשת כתיבתו של HABERMAS. ראו למשל: JURGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS – CONTRIBUTIONS TO A DISCURSIVE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY (William Rehg trans., 1996).

92 ברוח דומה, כתב דבורקין: "When an issue is seen as constitutional, however, and as one that will ultimately be resolved by courts applying general constitutional principles, the quality of public argument is often improved, because the argument concentrates from the start on questions of political morality. Legislators often feel compelled to argue for the constitutionality and not just the popularity of measures they support, and Presidents or governors who veto a law cite constitutional arguments to justify their decision. When a constitutional issue has been decided by the Supreme Court, and is important enough so that it can be expected to be elaborated, expanded, contracted, or even reversed, by future decisions, a sustained national debate begins, in newspapers and other media, in law schools and classrooms, in public meetings and around dinner tables". RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW – THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 345 (1996).

93 בהקשר זה אפשר לציין את הכתיבה בזכות הכרעות שיפוטיות מינימליסטיות, הנמנעות מהכרעה ערכית בעלת אופי רחב ותקדימי, באופן שמותיר פתח להמשך הדיון בזירה הציבורית. ראו: R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME – JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (1999).

94 ראו בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970).

95 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

96 כדוגמה לדיונים שהולידה ההתדיינות בעניין **קעדאן**, אפשר להפנות לקשת הדעות שנפרסה במאמרים שפורסמו בכתב העת **משפט וממשל** ו (2001).

במקביל, חשוב לשים לב שההקשר המשפטי מעצב את דיאלוג הציבורי שמתקיים. הוא משתיק טענות ערכיות, חברתיות ותרבותיות, שאין להן מעמד משפטי פורמלי, ומכל מקום, מדרבן "לעומתיות" והדגשת "זכויות", להבדיל מהתחשבות ודיאלוג שיש בו הדדיות.⁹⁷ כך, למשל, בהקשר של פרשת **כביש בר-אילן**,⁹⁸ ציין אבי שגיא שהדיון המשפטי עודד "שיח זכויות", להבדיל מ"שיח זהות" שבו יתייחסו הצדדים לצד האחר, לשאיפותיו ולמצוקותיו.⁹⁹ בדומה לכך, הדיון בעתירתה של "הקשת הדמוקרטית המזרחית" נגד הענקת זכויות נרחבות למתיישבים החקלאים בקרקעות של מנהל מקרקעי ישראל, הביא להתמקדות בשאלות של זכויות חוזיות וטשטש את השסע העדתי שרחש מתחת לפני הקרקע. אמנם פסק דינו של בית המשפט העליון העמיד במרכזו את התפיסה של "צדק חלוקתי",¹⁰⁰ אולם בכך הוא נתן ביטוי רק לפן המעמדי של העתירה, ולא חשף את הפן המזרחי שלה. כמו כן, ישנה סכנה שהדיון המשפטי יחניק בסופו של דבר את הדיון הציבורי.¹⁰¹

3. השפיטות המקומית והבין-לאומית

לבד מהשיקולים שהביאו את בית המשפט להרחיב את גבולות השפיטה מלכתחילה, כיום ישנו ממד נוסף שמשפיע באורח משמעותי על הדיון בנושא, אף שלא נלקח בחשבון בעת שהתגבשה ההלכה החדשה בתחום השפיטות – הממד הבין-לאומי. הפסיקה בעניין **רסלר** הייתה בעלת אוריינטציה של התבוננות פנימה (מתוך חתירה להגשמת ערכים של הגינות שלטונית), ואילו כיום גבולות השפיטה נקבעים גם תוך התבוננות החוצה אל הקהילה הבין-לאומית. באופן יותר ספציפי, דווקא הנושאים ששפיטותם נתפסת בישראל כבעייתית ביותר (שאלות ביטחוניות, בעיקר בנוגע לשטחים המוחזקים) הם אלה שנתפסים בקהילה הבין-לאומית כראויים ביותר לשפיטה, בשל השלכותיהם על מידת השמירה על זכויות אדם. בפועל, תפיסתה של הקהילה הבינלאומית השפיעה על הרחבת תחומי השפיטות בכיוונים שלא היו נגד עיניו של בית המשפט בעת שניתן פסק הדין בעניין **רסלר**.¹⁰² זהו ההקשר הרחב שבו יש

⁹⁷ לטיעון בנושא ה"השתלטות" של שיח הזכויות על הזירה הציבורית בארצות-הברית, השוו: MARY ANN GLENDON RIGHTS TALK – THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE (1991).

⁹⁸ בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1 (1997).

⁹⁹ אבי שגיא "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות" **מחקרי משפט** טז 37 (2000).

¹⁰⁰ בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25 (2002). ראו עוד דפנה ברק-ארז "צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"ץ הקרקעות החקלאיות" **המשפט** י 291 (2005).

¹⁰¹ ראו גם גביוון, לעיל ה"ש 31; GLENDON, לעיל ה"ש 97.

¹⁰² חשוב לציין, כי היקף הביקורת השיפוטית המדינתית הוא גורם המשפיע על היקף הביקורת של פורומים בין-לאומיים. ראו ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי "סמכות השיפוט האוניברסלית והשיח המשפטי המדינתית" **המשפט** ט 141 (2004).

להבין את נכונותו של בית המשפט להכיר בשפיטות העקרונית של העתירות שהוגשו במהלך מבצע "חומת מגן" או של העתירות בנוגע לגדר ההפרדה. במלים אחרות, בית המשפט נמנע מלפסוק כי עניינים שפיטים (פוטנציאלית) בפני ערכאות בין-לאומיות הם מחוץ להישג ידו של בית משפט בישראל.¹⁰³

פסיקתו של בית המשפט בכל הנוגע לגדר ההפרדה מדגימה באופן בולט במיוחד את הזיקה בין גבולותיה של השפיטה הבין-לאומית לבין גבולות השפיטה המקומית. פסק הדין העקרוני הראשון של בית המשפט בעניין **בית סוריק**¹⁰⁴ ניתן כאשר ההתדיינות בשאלת חוקיותה של גדר ההפרדה הייתה תלויה ועומדת ערב הכרעה בפני בית הדין הבין-לאומי בהאג, ובפועל ימים ספורים לפני שניתנה חוות דעתו של בית הדין הבין-לאומי. גם אם בית המשפט העליון לא היה נכנס לעובי הקורה בנושא זה, שאלת חוקיותה של הגדר הייתה נידונה כשאלה שפיטה בפני פרום בין-לאומי. בהמשך לכך, כאשר בית המשפט העליון הוסיף לדון בשאלות הנוגעות לגדר ההפרדה הוא עשה זאת כאשר חוות דעתו של בית הדין הבין-לאומי הייתה מונחת נגד עיניו ותוך התייחסות אליה, כפי שעולה בבירור מפסק דינו העקרוני השני של בית המשפט בנוגע לגדר ההפרדה, בעניין **מרעאבה**.¹⁰⁵

הרחבת גבולות השפיטות על רקע העניין הבין-לאומי בעתירות והאפשרות של שיפוט בפני ערכאות שמחוץ לישראל באה לידי ביטוי גם בכל הנוגע לתחום של לחימה ממש בשטחים, החל במבצע "חומת מגן" ואילך.¹⁰⁶ הדוגמאות הבולטות לכך הן פסק הדין שפסל את חוקיות השימוש ב"נוהל שכן"¹⁰⁷ ופסק הדין בנושא הסיכולים

¹⁰³ במקביל, אפשר להצביע על הנטייה הגוברת בפסיקה להיזקק לנורמות של המשפט הבין-לאומי כבסיס העיקרי לפסיקתו של בית המשפט בנוגע לפעילות הצבא בשטחים המוחזקים. ראו: Daphne Barak-Erez, *The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue*, 2 I-CON 611 (2004).

¹⁰⁴ בג"ץ 1056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004).

¹⁰⁵ עניין **מרעאבה**, לעיל ה"ש 34.

¹⁰⁶ להלכה, בית המשפט דחה כבלתי שפיטה עתירה שבה התבקש להורות לצבא שלא להפגז מטרות אזרחיות. ראו בג"ץ 3022/02 קאנון (Law) – הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 9 (2002). אולם גם במקרה הזה הוא הוסיף וקבע כי השתכנע שהצבא נמנע מפגיעות באזרחים שלא לצורך. במקרים אחרים שבהם נדחו עתירות, בית המשפט עשה כן תוך התייחסות לנורמות המשפטיות המחייבות את הצבא – על פי המשפט הציבורי של ישראל, ועוד יותר מכך מהיבטו של המשפט הבין-לאומי. בין הנושאים שנידונו היו: איסור ירי על אמבולנסים וצוותים רפואיים (ראו לעיל ה"ש 55); קבורת גופות על ידי הצבא (בג"ץ 3114/02 ח"כ ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002)); חילוץ מהריסות שנגרמו בקרבות (בג"ץ 3117/02 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 17 (2002)); הספקת מזון, מים ועזרה רפואית לנצורים (בג"ץ 3436/02 הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(3) 22 (2002)); בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30 (2002).

¹⁰⁷ בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז בצה"ל (טרם פורסם, 6.10.2005).

הממוקדים (שקבע אמות מידה לשימוש בפרקטיקה זו, מבלי לפסול אותה לחלוטין).¹⁰⁸ בעניין הסיכולים הממוקדים, התייחס השופט ברק עצמו לתחומי השפיטה הבינלאומית כשיקול המעצב את התווייתם של תחומי השפיטות המקומית. לדבריו: "סוגי השאלות שנבחנו על ידינו נדונות על ידי בתי משפט בינלאומיים. [...] מדוע אין בית משפט ישראלי יכול לערוך אותה בחינה עצמה? מדוע שאלות אלה, שהן שפיטות בבתי דין בינלאומיים, חדלות להיות שפיטות בבתי דין לאומיים?"¹⁰⁹

במקביל, יש לשים לב שגם פסיקה זו, המציינת את הרחבת תחומי השפיטות, כפופה בעצמה למגבלות לא פורמליות. בהקשר של גדר ההפרדה, למשל, מרבית העתירות שהוגשו נדחו בסופו של דבר.¹¹⁰ בעתירות שעסקו באירועים של לחימה, במקרים רבים הייתה התערבותו של בית המשפט מוגבלת למתן הנחיות בעלות אופי עקרוני, ללא הוראות אופרטיביות וממילא גם ללא יכולת של ממש לבדיקה עובדתית של האירועים ששימשו בסיס לעתירות.¹¹¹ בעניין הסיכולים הממוקדים, בית המשפט אמנם התווה אמות מידה להבחנה בין פעילות מותרת לאסורה, אך בסופו של דבר הותיר את הסוגיה להכרעתן של הרשויות, בהתאם לאמות מידה אלה.

ה. התזוזה של גבולות השפיטות

השאלה המתעוררת היא אפוא מהי נקודת האיזון החדשה של בית המשפט? האם בית המשפט באמת הרחיק לכת כפי שטוענים חלק ממבקריו? ואולי "הרבה מהומה על לא מאומה", כפי שעולה מתקדימים אחרים? מבט המשתרע על התקופה שחלפה מאז ניתן פסק הדין בעניין **רסלר** מלמד כי התיאור המדויק של ההתפתחות מורכב מעט יותר. הסרת מחסומי השפיטות לא הביאה לכך שבית המשפט יעסוק בכול. נושאים רבים ימשיכו שלא להיות נידונים בבית המשפט, ואם יגיעו אליו, הדין בהם יושפע גם משיקולים מוסדיים של אי-שפיטות. התביעה הגוברת להתערבות שיפוטית בעניינים שנמצאים בלבם של החיים הפוליטיים, כך שכל מחלוקת פוליטית מגיעה, בשלב זה או אחר, גם אל בית המשפט, יצרה על בית המשפט לחץ בלתי אפשרי. התברר כי מוטב לבית המשפט להסתתר לעתים מאחורי מחסומים משפטיים המאפשרים לו שלא

¹⁰⁸ עניין הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 56.

¹⁰⁹ שם, פס' 53.

¹¹⁰ ראו למשל בג"ץ 5683/04, 9055/05 מועצת הכפר בית סירא נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 9.1.2006); בג"ץ 6336/04 כמאל יוסף מחמוד מוסא נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 10.1.2006); בג"ץ 4825/04 עליאן נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 16.3.2006); בג"ץ 396/05 אלרזיקאת נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 6.7.2006); בג"ץ 6451/04 חלואה נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 18.6.2006); בג"ץ 1348/05 שתייה, ראש עיריית סלפית נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 17.7.2006); בג"ץ 6027/04 רדאד, ראש מועצת הכפר אלזאויה נ' שר הבטחון (טרם פורסם, 17.8.2006); עניין אלאם, לעיל ה"ש 88.

¹¹¹ כמו בפסקי הדין שנסבו על העתירות נגד ירי על אמבולנסים פלסטיניים. ראו לעיל טקסט לה"ש

להתערב בכל מחלוקת פוליטית. מגמה זו בולטת במיוחד בכל הנוגע לביקורת השיפוטית על חקיקה. מעבר לכך, מתברר כי פסיקתו של בית המשפט אינה תמיד אפקטיבית, מבחינת יכולתה להביא לשינויי עומק בתפקודם של מוסדות השלטון. מצב דברים זה מחייב התפכחות חלקית מן האופוריה שליוותה את המהלכים הראשוניים שכיוונו לעבר ביטולה הכמעט מוחלט של דוקטרינת השפיטות. ההספדים שנישאו על מותה של דוקטרינת אי-השפיטות היו נחפזים. זו ממשיכה להותיר את חותמה במשפט הישראלי ולהגביל את דפוסי ההתערבות של בית המשפט. באופן פרדוקסלי, מהפכת השפיטות השפיעה יותר על התודעה הציבורית שמחוץ לבית המשפט מאשר על בית המשפט עצמו. העותרים המשחרים לפתחו של בית המשפט, כמו גם מבקריו של בית המשפט, מניחים כי תחומי השפיטות רחבים יותר מכפי שהם למעשה.

שני פסקי דין שניתנו על ידי בית המשפט העליון בסמוך לפרישתו של השופט ברק מבית המשפט העליון – האחד כמה שבועות לפני סיום כהונתו והאחר כמה שבועות לאחר מועד פרישתו – ממחיש את הריסון הרב שמאפיין את הפסיקה בתחום המדיני – עם דוקטרינת השפיטות או בלעדיה. פסק הדין הראשון מבין השניים עסק בעתירה נגד ניהולה של "מלחמת לבנון השנייה" ללא הכרזת המלחמה המתחייבת לכאורה לפי סעיף 40(א) לחוק-יסוד: הממשלה.¹¹² מפסק דינו של השופט ברק בעניין רסלר אפשר היה להבין כי שאלת הסמכות לפתוח במלחמה עשויה להיות שפיתה.¹¹³ עם זאת, כאשר הגיעה אל בית המשפט עתירה שהתבססה על הטענה המשפטית בדבר הצורך בהכרזת מלחמה, הוא עשה את המרב על מנת שלא להכריע בנושא לגופו.¹¹⁴ עמדה זו של בית המשפט הייתה אכן ראויה, אך לצורך הדיון הנוכחי היא מבהירה פעם נוספת כי מגבלות השפיטות מוסיפות לפעול, גם כאשר הן אינן מוגדרות ככאלה. פסק הדין השני שראוי להזכירו עסק בעתירה להקמתה של ועדת חקירה ממלכתית שתעסוק בניהול המלחמה ולביטול החלטתה של הממשלה להסתפק בהקמתה של ועדת בדיקה (ועדת וינוגרד). גם עתירה זו נדחתה.¹¹⁵ אמנם בפסק דין זה הייתה דעת מיעוט משמעותית של שלושה שופטים שתמכו בקבלת העתירה, אך הגישה שגברה הייתה זו שצידדה בריסון משמעותי של היקף ההתערבות בעניינים מדיניים שהם "בלב סמכותה של הרשות המבצעת".¹¹⁶ במעין סגירת מעגל היסטורית, אחד מן העותרים במקרה זה היה מוטי אשכנזי, שעתיירתו לחקור את מחדליה של מלחמת יום כיפור נדחתה כשלושים שנה

¹¹² בג"ץ 6204/06 ביילין נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 1.8.2006).

¹¹³ לעיל טקסט לה"ש 19.

¹¹⁴ השופטת ביניש הסבירה כי הכרזות מלחמה אינן נהוגות בעשרות השנים האחרונות; כי הממשלה יכולה לראות בצעדים הצבאיים שביצעה פעילות של הגנה עצמית (להבדיל ממלחמה); וכי מכל מקום ננקטו כל הפעולות שהיו נדרשות אילו היה מדובר במלחמה (החלטת ממשלה ודיווחים לכנסת). עניין ביילין, לעיל ה"ש 112, פס' 4.

¹¹⁵ בג"ץ 6729/06 עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 30.11.2006).

¹¹⁶ שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט ריבלין.

קודם לכן תוך היזקקות לדוקטרינת השפיטות המסורתית.¹¹⁷ במקביל להכרה בכך שהשינויים בדוקטרינת השפיטות לא הולידו מהפכה, אי-אפשר להטיל ספק בכך שגבולות השפיטות אכן התרחבו, ובמידה משמעותית. בג"ץ עוסק בנושאים שלא נידונו בו בעבר. הנכונות השיפוטית להתערב בסוגיה ציבורית ופוליטית כגון שאלת גיוסם של בחורי הישיבות יצרה פתח שדרכו עברו בהמשך נושאים פוליטיים רבים שקודם לכן לא נידונו בבית המשפט. נושאים רבים שבעבר לא עברו את הסף נידונים כיום בבית המשפט, ולעתים שוב לא ברור מדוע נחשבו בעבר כבלתי שפיטים. לעתים, גם פוטנציאל ההתערבות של בג"ץ מטביע את חותמו על חיי המעשה. בכל מקרה, ההתדיינות הבג"צית כשלעצמה היא בעלת השפעה על החיים הציבוריים, מבחינת תרומתה לדיון הציבורי. את הגלגל אי-אפשר עוד להשיב לאחור, וככל הנראה, בית המשפט גם אינו מעוניין בכך. מהפכת השפיטות יצאה לדרך, אך באופן מרוסן.

לסיכום, מהפכת השפיטות של השופט ברק לא הביאה לביטולו של רעיון אי-השפיטות. עם זאת, היא הביאה לתזוזה של גבולות השפיטות. השינוי העיקרי מתבטא בכך שההתלבטות בשאלות של שפיטות מוסדית שוב אינו מתקיים במתכונת בינארית של בחירה בין "שפיט" ל"לא שפיט". ברוב המקרים, שאלת השפיטות אינה מקבלת תשובה במונחים של חיוב או שלילה, אלא תשובה יחסית והקשרית. נושאים רגישים מבחינה פוליטית הם שפיטים פחות, אך אינם בלתי שפיטים לחלוטין. קיים רצף של שפיטות. עולם המושגים של שפיטות הוחלף בעולם מושגים חדש של "ריסון שיפוטי". גם בנושאים הנמצאים על גבול השפיטות בית המשפט עשוי להתערב בנסיבות שבהן יתברר כי העתירה מגלה אי-חוקיות קשה או הפרה בוטה של זכויות אדם. מבחינה זו, מהפכת השפיטות משתלבת בתהליך שהוא, כנראה, משמעותי אף יותר – המהפכה ה"שיקול-דעתית". במקום הכרעות נוקשות, בית המשפט מבסס כיום את פסיקתו על עקרונות שיש בהם מרכיב משמעותי של שיקול דעת שיפוטי, נושא שהשופט ברק עצמו העמיד במרכז החשיבה על העשייה השיפוטית, החל בספר הראשון שפרסם כשופט.¹¹⁸

117 עניין אשכנזי, לעיל ה"ש 10.

118 אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (1987).