

שפטת מרובה,
לא שפטת:
דוקטרינת
השפיטות בבית
המשפט העליון
בישראל

אהרן גרבר
שירה סולו



אלול תשפ"ב – ספטמבר 2022
נייר מדיניות מס' 81

שירה סולו
חוקרת בפורום קהלת

סטודנטית לתואר ראשון במשפטים באוניברסיטה העברית.



עו"ד אהרן גרבר
סגן ראש המחלקה המשפטית
בפורום קהלת

בוגר תואר ראשון ושני במשפטים באוניברסיטה העברית עם התמחות במשפט ציבורי ובינלאומי ותלמיד לתואר שלישי.



**שפטת מרובה,
לא שפטת:
דוקטרינת
השפיטות בבית
המשפט העליון
בישראל**

**אהרן גרבר
שירה סולו**



**אלול תשפ"ב - ספטמבר 2022
נייר מדיניות מס' 81**

שפעת מרובה, לא שפעת: דוקטרינת השפיטות בבית המשפט העליון בישראל
אהרן גרבר ושירה סולו

נדפס בישראל, אלול תשפ"ב - ספטמבר 2022

מסת"ב 4-99-7674-965-978 ISBN



תוכן העניינים

i	תוכן העניינים
1	תקציר
3	מבוא
7	פרק ראשון: דוקטרינת השפיטות – מאז ועד היום
7	1.1 מבוא: סמכויות בית המשפט הגבוה לצדק ומגבלות שיפוטיות
11	1.2 התפתחות דוקטרינת השפיטות בדין הישראלי
19	1.3 שחיקת דוקטרינת השפיטות
23	1.4 פסק דין רסלר: זניחת דוקטרינת השפיטות
31	1.5 ביקורות על שינוי הדוקטרינה
35	1.6 השינוי שחולל פסק דין רסלר בפסיקת בית המשפט העליון
49	1.7 איים של שפיטות
55	1.8 סיכום
57	פרק שני: שחיקת דוקטרינת השפיטות – ביקורת ודיון נורמטיבי
59	2.1 דוקטרינת השפיטות: ביקורת
63	2.2 האומנם שלטון החוק?
67	2.3 מי קובע מדיניות בישראל?

69	פרק שלישי: דוקטרינת השפיטות בראי המשפט המשווה
70	3.1. ארצות הברית
78	3.2. בריטניה
85	3.3. קנדה
89	3.4. סיכום
91	פרק רביעי: חלופות מדיניות
92	4.1. החלופות
92	חלופה א: תיקוני חקיקה
93	חלופה ב: ריסון שיפוטי
94	חלופה ג: יצירת פרוצדורה להבטחת הדיון בשאלות שפיטות על הסף
95	4.2. דיון בחלופות
99	סיכום
101	נספח: הצעת חוק – דיון מקדים בשאלת שפיטות
105	הערות



תקציר

דוקטרינת השפיטות נקלטה בדין הישראלי כבר בשנותיה הראשונות של המדינה ושימשה מבחן סף שנועד לתחום את בית-המשפט לעיסוק בתחומים משפטיים באופיים. השפיטות מנעה מעורבות שיפוטית בנושאים ערכיים, שראוי להשאירם להכרעת הציבור באמצעות נבחריו. מאז שנות השמונים של המאה העשרים שחק בית-המשפט העליון את דוקטרינת השפיטות, וכך סלל את הדרך למעורבותו הגוברת בתחומים שונים של החיים הציבוריים: ביטחון, התנהלות הכנסת, מינויים, תקציב, הענקת פרסים, יחסי חוץ ועוד. השינוי הזה גולם בבשורה כי "הכל שפיט".

שחיקה זו בדוקטרינת השפיטות מבטאת שינוי יסודי בתפיסת בית-המשפט את תפקידו במארג השלטוני: מגוף שאמון על יישוב סכסוכים לגוף בעל תפקיד בעיצוב דמותה של החברה הישראלית וערכיה. לאור תפיסה זו קבע בית-המשפט שאין נושא אשר חסין מביקורתו, אף אם הוא כרוך בהכרעה במחלוקת ציבורית וערכית. לכרסום בדוקטרינת השפיטות השלכות מרחיקות לכת על הפרדת הרשויות, על דמותו של בית-המשפט ועל אמון הציבור בו.

מהמחקר עולה שגם במצב החוקי הנוכחי שופטים בכל הערכאות יכולים להרחיב את השימוש בדוקטרינת השפיטות במקרים שלא מתאימים להכרעה שיפוטית. כך היה בעבר בישראל, וכך נהוג במדינות המשפט המקובל. נייר זה משרטט את קווי המתאר שיאפשרו לבתי המשפט להחזיר את הדוקטרינה לשימוש. לצד עיון היסטורי ומשווה, ודיון נורמטיבי בצורך להרחיב את השימוש בדחיית עתירות בהעדר שפיטות, אנחנו סוקרים הצעות חקיקה שביקשו להרחיב את השימוש בדוקטרינה ומציעים תיקון חקיקה שיחייב דיון נפרד בשאלת השפיטות לפני הדיון בעתירה לגופה.



מבוא

”נבין ונדע כי עקרון האי־שפיטות לא גז ולא פס מן העולם; מובנה הוא בשיטת המשפט; אבן־בניין ראשונית הוא בשיטת המשפט – בכל שיטת משפט – והוא אחת השלוחות של עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות”
השופט מ' חשין.¹

בית המשפט העליון הוא כיום גורם משמעותי בעיצוב המדיניות הממשלתית בישראל בכל נושא ועניין. אולם לא תמיד נראו כך פני הדברים. עוצמתו של בית המשפט בישראל כיום היא תולדה של שורת שינויים רבי משמעות – מהפכות של ממש – שהתחוללו במשפט הציבורי בישראל החל משנות השמונים ואשר ביססו את מעמדו של בית המשפט כרשות שלטונית בעלת סמכויות שאין להן אח ורע בשיטות משטר דמוקרטיות בעולם.²

השינויים החלו בפריצת עילות הסף – התנאים הקובעים באילו מקרים יעסוק בית המשפט בעתירות בתחומי המשפט הציבורי – שבראשן עומדות זכות העמידה והשפיטות, עילות סף שבאמצעותן נמנע בעבר בית המשפט מלחרוג מתפקידו כמכריע בסכסוכים ומלהפוך למעצב מדיניות. חיבור זה יתמקד במבחן הסף היסודי ביותר, השפיטות, ובתמורות הכבירות שחלו בו לאורך השנים בפסיקה. כפי שנראה, לשינויים אלו נודעה השפעה ישירה על יחסי הרשויות בישראל משום שדוקטרינת השפיטות מבטאת הלכה למעשה את תפיסת התפקיד של בית המשפט העליון.

**”דוקטרינת
השפיטות נועדה
להוציא מבין
כותלי בית המשפט
עתירות בנושאים
שהכרעה שיפוטית
אינה הולמת אותן.”**

**”ההנחה העומדת
ביסוד דוקטרינת
השפיטות היא
ההבנה כי המשפט
איננו משתרע על
כל תחומי החיים
וכי ישנן סוגיות
שהמענה להן תלוי
בשיקולים המצויים
הרחק מעבר
לגבולות השדה
המשפטי.”**

מחסומי סף, ככלל, הם חסמים דיוניים המאפשרים לבית המשפט להגביל את המקרים שיידונו בפניו מבלי לדון בטענות מהותיות של הצדדים. דוקטרינת השפיטות נועדה להוציא מבין כותלי בית המשפט עתירות בנושאים שהכרעה שיפוטית אינה הולמת אותן.³ לכן, דוקטרינה זו אינה מבחן פרוצדורלי גרידא והיא נוגעת גם להיבט המהותי של העתירה – ולא רק לתהליך הגשתה. באופן מסורתי, ראה בית המשפט העליון חשיבות רבה במבחן השפיטות: לשם השמירה על הפרדת הרשויות, לייעול המערכת השלטונית והשיפוטית, להגנה על בית המשפט עצמו מפוליטיזציה ולשמירת האמון הציבורי בו.

הנחת היסוד העומדת בבסיס דוקטרינת השפיטות – הנחה אשר נקלטה ממסורת המשפט המקובל – היא כי לא כל נושא הוא בר-הכרעה שיפוטית: בין אם משום שהוא תלוי ועומד במחלוקות פוליטיות וערכיות שהכרעתן הופקדה בידי נבחרי הציבור ברשות המחוקקת והמבצעת; בין אם משום שבעיקרו הוא איננו מעורר שאלה משפטיות; ובין אם מחמת הצורך במומחיות שאינה מצויה בידי השופטים. במילים אחרות, ההנחה העומדת ביסוד דוקטרינת השפיטות היא ההבנה כי המשפט איננו משתרע על כל תחומי החיים וכי ישנן סוגיות שהמענה להן תלוי בשיקולים המצויים הרחק מעבר לגבולות השדה המשפטי. הכרעה בנוגע לציוני מבחנים או הענקת פרסים; הכרעה אם חשוב יותר למגן כיתות לימוד או לרכוש אמצעי לחימה; או הכרעה אם נכון לצאת למלחמה או אם ראוי לקשור יחסים דיפלומטיים עם מדינה זרה פלונית – בכל ההכרעות הללו ודומותיהן אין בנמצא קנה מידה משפטי העשוי למדוד אם תשובה מסוימת ”נכונה” וממילא גם אין לבית המשפט עדיפות בתחומים אלה. לכן, הכרעה שיפוטית בשאלות הללו אינה אלא חדירה לתחומי הרשויות המוסמכות להכרעות פוליטיות מבלי שקיימת לכך הצדקה או לגיטימציה דמוקרטית. בחלק מהמקרים כרוכה הסגת גבול זו גם בבזבוז זמן שיפוטי יקר.

בשנות החמישים, כאשר קלט בית המשפט העליון בישראל את מבחני הסף שנהגו במשפט המקובל, הוא אימץ גם את דוקטרינת השפיטות. באותם ימים ראה בית המשפט בשפיטות דוקטרינה חיונית, וכאשר התעוררה שאלה בעלת אופי פוליטי או ציבורי, הקפיד בית המשפט לבחון דוקטרינה זו באופן שיטתי – מכוח ההנחה כי בית המשפט נעדר כלים או יכולת להכריע בשאלה זו.

**”ברי אפוא כי
במציאות כזו
שבה הופר האיזון
בין הרשויות,
והרשות השופטת
מרכזת בידה כוח
רב – גובר הצורך
לעסוק בדוקטרינת
השפיטות
כמנגנון ריסון.”**

אלא שהחל משנות השמונים חלה תפנית ביחסו של בית המשפט למבחני סף בכלל – ולשפיטות בפרט. בעוד בעבר נתפסה דוקטרינה זו כבעלת השפעה חיונית על אופי הדיונים בבתי המשפט, החלו השופטים להתייחס אליה כאל מגבלה בלתי רצויה שאף ראוי לצמצמה. בעוד בשנים הראשונות סבר בית המשפט כי ישנם מקרים שבהם אין הוא יכול להכריע, הרי שלמן שנות השמונים הצהיר בית המשפט – חזרו והצהר – כי בכוחו לעסוק בכל, בכפוף למגבלה ”פרוצדורלית”. בית המשפט הניח כי קיימים מקרים שבהם מבחינה ”מוסדית” ראוי לו שלא להתערב, מחשש לחוסר לגיטימציה ציבורית, אך הבהיר שמקרים אלו, שאינם שפיטים, הם חריגים וקיצוניים. בפועל, בישר שינוי זה מעורבות גוברת והולכת במדיניות הציבורית בישראל וגילם שינוי יסודי בתפיסת בית המשפט את תפקידו – ממכריע בסכסוכים גרידא לבעל תפקיד ראשי בעיצוב דמותה של החברה הישראלית וערכיה.⁴

בשעה שהתפתח הדגם החוקתי הכולל ביקורת שיפוטית, נתפסה הרשות השופטת כרשות החלשה ביותר ולכן גם הפחות-מסוכנת. מידי רשות זו נעדרים ”החרב והארנק”, אשר מסורים לידי הרשות המבצעת והמחוקקת שקובעות את הכללים ומקדמות מדיניות בשטח.⁵ אלא שתיאור זה רחוק מלשקף את יחסי הכוחות בין הרשויות בישראל כיום, לאחר שבית המשפט שינה את תפיסת התפקיד שלו ולאחר שהאיזון בין הרשויות הופר.⁶ בעשורים האחרונים, לצד זניחת דוקטרינת השפיטות, שחק בית המשפט גם את דוקטרינת זכות העמידה, פיתח את עילת הסבירות לביקורת על שיקול הדעת המנהלי,⁷ וקנה לעצמו כלים להתערבות בחקיקה ואף בחוקי יסוד.⁸ כל זאת כאשר מנגנון בחירת השופטים בישראל חריג ביחס למקובל בעולם ומעניק לשופטים זכות וטו על מינויים לבית המשפט העליון.⁹ ברי אפוא כי במציאות כזו שבה הופר האיזון בין הרשויות, והרשות השופטת מרכזת בידה כוח רב – גובר הצורך לעסוק בדוקטרינת השפיטות כמנגנון ריסון.

בחיבור זה נבקש אפוא לעמוד על דוקטרינת השפיטות ועל תרומתה הייחודית לשמירה על הפרדת הרשויות ועל בית המשפט.

בפרק הראשון נראה כיצד התפתחה דוקטרינת השפיטות בדין הישראלי מאז קום המדינה ועד שנות השמונים, ואת השימוש שעשו השופטים בדוקטרינה. לאחר מכן נסקור את שחיקת המתמשת של עילת השפיטות ונסביר כיצד נשחק הריסון העצמי של בית

המשפט וכיצד נהפכה דוקטרינת השפיטות הקלאסית על ראשה – ממבחן סף המגביל באופן ממשי את תחומי העיסוק של בית המשפט, עד לסטנדרט המושפע מהטענות המהותיות, שאינו מגביל למעשה את תחומי העיסוק של בית המשפט. לאחר מכן נדגים את השינוי בהכרעות משלל תחומים: נושאי חוץ וביטחון, סדרי עדיפות כלכליים, עניינים פנים-פרלמנטריים ועניינים אחרים שלא נתפסו בעבר כמגלים עילה משפטית. לבסוף נדון באיים שונים של שפיטות הממשיכים להתקיים גם כיום.

בפרק השני נערוך דיון נורמטיבי בהשלכות השליליות של ביטול הדוקטרינה. נעמוד על פגיעתה של זניחת הדוקטרינה בעקרון הפרדת הרשויות ובעיקרון הדמוקרטי ונצביע על אובדן הלגיטימציה והעומס השיפוטי שלהם היא גורמת. נוסף על כך נבחן אם ביטולה חיצק את שלטון החוק.

בפרק השלישי נשווה את מהותה והתפתחותה של דוקטרינת השפיטות בישראל להסדרים הנוהגים במדינות נוספות הצועדות במסורת המשפט המקובל: ארצות הברית, בריטניה וקנדה.

בפרק הרביעי נבחן חלופות מדיניות שונות להחזרת השימוש בדוקטרינת השפיטות. חלופה ראשונה שנבחן מציעה התערבות חקיקתית שתגדיר נושאים מסוימים כבלתי שפיטים ותוציא אותם למעשה מסמכותו של בית המשפט. חלופה שנייה מציעה לשמור על הגמישות שבהפעלת הדוקטרינה כדוקטרינה שיפוטית תוך הרחבה שיפוטית של השימוש בה. החלופה השלישית – שבה אנו מצדדים לצד הרחבת השימוש השיפוטי בדוקטרינה – מציעה להחזיר את דוקטרינת השפיטות לעניין שחובה על בית המשפט לבחון בתחילה, על הסף.



פרק ראשון: דוקטרינת השפיטות – מאז ועד היום

”רובד השפיטות
מבקש להוציא

מבין כותלי בית

המשפט עניינים

שאינן ראוי כי בית

המשפט יכריע בהם

הגם שנתונה לו

סמכות עקרונית

לעסוק בהם.”

1.1. מבוא: סמכויות בית המשפט הגבוה לצדק ומגבלות שיפוטיות

בפרק זה נבקש לסקור את עלייתה וירידתה של דוקטרינת השפיטות בדין הישראלי אך קודם שנדון בכך, ראוי לנו לעמוד על סמכויותיו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, ועל השפיטות כמגבלה עצמית שבית המשפט מטיל על עצמו אף בתחומים הנתונים בסמכותו.

כאשר בוחנים את התחומים הנתונים להכרעתו של בג”ץ מקובל להבחין בין שני רבדים: סמכות ושפיטות.¹⁰ **רובד הסמכות** הוא הרובד הנפרש במסגרת החוק; הרובד אשר מגדיר את ההסמכה שניתנה לבית המשפט מידי המחוקק. אם החוק קובע כי נושא מסוים נמצא מחוץ לסמכותו של בית המשפט, הרי שהוא הוצא מתחומי הכרעת השופטים מכיוון שאינו משפטי. לעומתו, **רובד השפיטות** מבקש להוציא מבין כותלי בית המשפט עניינים שאינן ראוי כי בית המשפט יכריע בהם הגם שנתונה לו סמכות עקרונית לעסוק בהם.

על פי המסורת השיפוטית הנהוגה במדינות המשפט המקובל, השפיטות היא דוקטרינה שיפוטית, היינו מבחן שנקבע בפסיקה המופעל בידי בית המשפט עצמו ונתון לשיקול דעתו. ואכן על פי רוב, הדיון בדוקטרינת השפיטות נוגע לנושאים המצויים מבחינה עקרונית בתחומי סמכותו של בית המשפט אלא שדוקטרינת השפיטות מורה כי אֵל לו לבית המשפט להיזקק להם.¹¹ השאלה

אם עתירה פלונית היא שפיטה מתעוררת אפוא רק באותם מקרים שלגביהם נתונה לבית המשפט סמכות; אלמלא כן אין חשיבות לשאלה אם ראוי שהמקרה יתברר בבית המשפט – שכן הוא ממילא אינו מוסמך לעסוק בעניין זה.¹²

סמכויות בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ קבועות בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, המורה כי לבג"ץ סמכות שיורית המשתרעת על כל ה"עניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר".¹³ מלשוננו של חוק היסוד עולה כי לבג"ץ עומדת סמכות רחבה להפעיל ביקורת שיפוטית על רשויות השלטון: הממשלה, גופים מנהליים, רשויות מקומיות, ערכאות שיפוטיות וגופים מעין-שיפוטיים – כל עוד אין חוק אשר מצמצם את סמכותו.¹⁴ החקיקה הישראלית נמנעה עד כה מלהסדיר בצורה מדויקת את גבולות הסמכות הנתונה בידי בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ ולכן כל נושא שאינו נתון בתחום שיפוטה של ערכאה אחרת, ואשר בית המשפט סבור כי ראוי שיעסוק בו, נמצא בתחום סמכותו העקרונית של בג"ץ. נדרש שינוי חקיקה אך לא נדון בו במסגרת זו.

יתרה מזאת, במקרים מסוימים שבהם הוציא החוק במפורש עניינים שונים מתחולת סמכות בג"ץ – כגון סמכויות נשיא המדינה ועיסוק במקומות קדושים או ביקורת על החלטות יו"ר ועדת הבחירות,¹⁵ פירש בית המשפט את ההגבלה בצמצום והגביל אותה לתקיפה משפטית ישירה בלבד.¹⁶ כפי שהסביר השופט ברנזון בעניין פולק:

סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957,¹⁷ שלפיו רשאי בית המשפט הגבוה לצדק להושיט סעד בכל מקרה שהוא רואה צורך לעשות זאת למען הצדק, כשהענין אינו בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר. **סמכות זו אין לה תחומים וגבולות מלבד אלה שבית המשפט מוצא לנכון לתחום לעצמו,** אם מפני שטיב הענין נראה לו כבלתי ניתן להכרעה שיפוטית ואם מפני שפשוט אינו רואה צורך להתערב בדבר משום שהענין או העותר אינם ראויים לכך.¹⁸

הסמכות הרחבה שניתנה לבג"ץ בחוק, לצד האופן שבה נתפרשה סמכות זו בידי השופטים, מאפשרת להם אפוא לערוך ביקורת שיפוטית על כל גורמי הממשל באופן כמעט בלתי מוגבל. המחוקק יכול אומנם להגביל את סמכויות השופטים ולהחריג נושאים קונקרטיים מתחומי סמכותם אך בפועל הוא ממעט לעשות זאת – תחומי סמכותו העקרונית של בג"ץ רחבים מאוד.¹⁹

**”נוכח מרחב
התמרון שמעניקה
לשון חוק יסוד:
השפיטה, יצרו
השופטים
בפסיקתם שורה
של מבחני סף אשר
מאפשרים דחיית
עתירות על הסף
בלא דיון מהותי
בטענות הצדדים.”**

**”הנחת המוצא
שעליה מבוססת
הדוקטרינה היא כי
ישנם נושאים שאין
קנה מידה משפטי
להכרעה בהם ולכן
לא ראוי שיתבררו
בפני ערכאה
שיפוטית.”**

בהיעדר הקדמה בתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, ונוכח מרחב התמרון שמעניקה לשון חוק יסוד: השפיטה,²⁰ יצרו השופטים בפסיקתם שורה של מבחני סף אשר מאפשרים דחיית עתירות על הסף בלא דיון מהותי בטענות הצדדים.

מבחני הסף – או: עילות הסף – מגוונים. יש מהם המבטאים את רתיעתו של בית המשפט מהתנהלות התובע בעתירה; כאלו הן עילות שיהיו, אי־ניקיון כפיים וסעד חלופי. יש מהם המבטאים את תפקידו של בית המשפט כמעניק סעד אפקטיבי ואת ניסיונו להימנע מסעדים בלתי רלוונטיים; כאלו הם מבחני עניינים תיאורטיים, בשלות ומעשה עשוי.²¹ לצד מבחנים אלו ועל גביהם עומדים מבחנים עקרוניים יותר שבאמצעותם נמנע בית המשפט מדיון בנושאים ציבוריים ובשאלות של מדיניות (בין היתר); אלו הן זכות העמידה והשפיטות.

מבין כלל מבחני הסף, דוקטרינת השפיטות היא המחסום המהותי ביותר משום שהיא מונעת את הדיון המשפטי בעתירה באופן עקרוני ושוללת את הדיון בה לגופה. משעה שבית המשפט קבע כי עתירה פלונית אינה שפיטה, לא ניתן להביאה לדיון מתוקן או להגישה במקרה אחר שבו מתעוררת אותה סוגיה: לא ניתן ”לרפא” את העתירה ולהביאה לעיון חוזר באמצעות עותר אחר (כמו במקרה של זכות העמידה) או לאחר שמתקנים את האופן שבו הוגשה (כמו במקרה של דחייה מחמת מיצוי הליכים, ניקיון כפיים וכו’).

דוקטרינת השפיטות מכריזה אפוא על סוגיות מסוימות כשאלות שאינן ראויות להתברר בבית המשפט. הנחת המוצא שעליה מבוססת הדוקטרינה היא כי ישנם נושאים שאין קנה מידה משפטי להכרעה בהם ולכן לא ראוי שיתבררו בפני ערכאה שיפוטית. בדרך כלל, מדובר בהכרעות אשר אמורות להתקבל בידי רשויות שלטון נבחרות – הכרעות הקשורות לקידום מדיניות באמצעות נציגי ציבור שלהם הלגיטימציה הדמוקרטית להכריע בשאלות שכאלו – כפי שתיאר הנשיא זילברג את השפיטות באחד מפסקי הדין הראשונים שעסקו בה: ”בלתי שפיט יכול להיות רק משהו אשר בגלל היותו ענין שפועלים בו שיקולים לבר־משפטיים, כגון שיקולים פוליטיים, קונסטיטוציוניים, יחסי חוץ וכדומה, אינו ניתן ’להיכלא’ במסגרת משפטית”.²² אולם לצד חוסר שפיטות המבוסס על היעדר לגיטימציה דמוקרטית של מקבל ההחלטה, ישנם מקרים שאי־שפיטותם נובעת מחוסר יכולתו של בית המשפט להכריע מכיוון שמדובר בעניין שבמומחיות שאינה בידו או בתחומים שאינם מצדיקים התערבות שיפוטית מחמת אופיים הלא־משפטי.²³

היו שניתחו את דרישת השפיטות כבעלת שני היבטים הכרוכים זה בזה: ראשית, נדרש שהעתירה תהא בעלת אופי משפטי; ושנית, כי בית המשפט יהיה המוסד השלטוני הראוי לבירורה. אם התשובה לאחת משתי השאלות הללו שלילית, הרי שהסוגיה בלתי שפיטה ובית המשפט מוכרח למשוך ידיו הימנה ולא לבחון אם הופר הדין המנהלי או החוקתי.²⁴ כפי שנראה להלן, ההיבטים הללו כרוכים זה בזה – עד כי הניסיון להפרידם, כפי שנעשה לימים, הוא במקרים רבים מלאכותי ומאולץ.

לבסוף מן הראוי לציין כי מעצם טיבה, הקביעה איזו סוגיה שפיטה ואיזו אינה שפיטה איננה חד־משמעית.²⁵ אולם, למרות חוסר הבהירות ועל אף קיומו של "תחום אפור" רחב, הרי שבעבר נתפסו נושאים מסוימים כבלתי שפיטים במובהק – ובראשם תחומי המדיניות. עם זאת, כפי שנראה בסעיפים הבאים, בחלוף השנים – בתהליך המבטא שינוי עמוק בתפיסת השיפוט – שחק בית המשפט את הדוקטרינה עד כי לדעת רבים משופטיו "הכול שפיט" ומבחינה עקרונית אין שאלה נורמטיבית שראוי לבית המשפט למשוך ידיו ממנה.

**"בחלוף השנים –
בתהליך המבטא
שינוי עמוק
בתפיסת השיפוט –
שחק בית המשפט
את הדוקטרינה
עד כי לדעת רבים
משופטיו "הכול
שפיט" ומבחינה
עקרונית אין שאלה
נורמטיבית שראוי
לבית המשפט
למשוך ידיו ממנה."**

1.2. התפתחות דוקטרינת השפיטות בדין הישראלי

קליטת דוקטרינת השפיטות

מקורה של דוקטרינת השפיטות בשיטת המשפט המקובל והיא אומצה לדין הישראלי כבר בשנותיו הראשונות כחלק ממגמה כללית של ריסון שיפוטי.²⁶ הדוקטרינה עוגנה במשפט הישראלי בפסק הדין בעניין ז'בוטינסקי בשנת 1951. העותר, חבר הכנסת ערי ז'בוטינסקי, ביקש מבית המשפט להורות לנשיא המדינה, חיים ויצמן, להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת אחר מלבד דוד בן-גוריון – לאחר שהכנסת הביעה את אי-אמונה בממשלתו של בן-גוריון.

בפסק הדין אימץ נשיא בית המשפט העליון דאז, משה זמורה, את גישתו של השופט האמריקני פליקס פרנקפורטר שלפיה בית המשפט דן רק במקרים הניתנים להכרעה שיפוטית שאותם יש לזהות באמצעות "חוש המומחיות של המשפטן".²⁷ הנשיא זמורה קבע שהסכסוך הנידון הוא **בלתי שפיט** מכיוון שאינו ברי-הכרעה בקנה מידה משפטי ועוסק בשאלה הפוליטית של יחסי הכוחות בין רשויות השלטון.²⁸ לדידו, השפיטות מבקשת להוציא מבין כותלי בית המשפט עתירות בנושאים שבהכרעה בהם לא נודע לבית המשפט כל יתרון על פני הרשויות השלטוניות האחרות – משום שמדובר בסוגיה שאיננה משפטית אלא פוליטית או ערכית.

זמורה התנגד לתפיסה כאילו המשפט נועד לטפל "[ב]כל דבר הדרוש לתיקון העולם";²⁹ אולם הדגיש כי אין לקבוע רשימה מוגדרת מראש, אקס-אנטה, של התחומים החסינים מפני הכרעת בית המשפט אלא להותיר את הקביעה לשיקול דעתו של השופט. מסיבה זו, הוגדרה השפיטות כדוקטרינה שיפוטית: היא פותחה בפסיקה ואופיינה מלכתחילה כדוקטרינת "רקמה פתוחה" אשר מעניקה לבית המשפט שיקול דעת רחב לקבוע מה אינו שפיט.

"השפיטות מבקשת להוציא מבין כותלי בית המשפט עתירות בנושאים שבהכרעה בהם לא נודע לבית המשפט כל יתרון על פני הרשויות השלטוניות האחרות – משום שמדובר בסוגיה שאיננה משפטית אלא פוליטית או ערכית."

מקרים של חוסר שפיטות: קביעת מדיניות

בעשורים הראשונים, כאשר בית המשפט מתח ביקורת שיפוטית על המנהל הציבורי, הוא הבחין בין קביעת המדיניות – אשר נתונה באופן בלעדי לרשות הנבחרת הנושאת באחריותיות (accountability) ואשר עליה לתת דין וחשבון לציבור בלבד ולא לבית המשפט – לבין דרכי הביצוע של אותה מדיניות. קביעת המדיניות גם איננה תלויה בהכרעה משפטית ואין לבית המשפט יתרון בהכרעה.

כך למשל קבע השופט ש"ז חשין בשנת 1952, בעניין **מרכז רהיטי לבל**,³⁰ שבו נידונה התעלמות משרד ממשלתי מבקשתו של מפעל להשתתף במכרז:

עלינו לסמן היטב את הגבולין למען לא נבוא לידי טשטוש התחומין: מדיניות כלכלית לחוד ודרכי ביצוען של מדיניות כלכלית ושיטה כלכלית לחוד. אם הממשלה רואה לנכון לפניה לנקוט מדיניות כלכלית אשר על פיה יוגבל, למשל, היבוא לארץ של מצרכים מסוימים, או יוגבר היצוא של מצרכים אחרים או יצומצם הייצור המקומי של מצרכים מסוג שלישי וכיוצא בזה מדרכי התכנון הכלכלי, לא יתערב בית משפט זה ולא יטה אוזן קשבת לפונים אליו בדברי ביקורת על אותה מדיניות, שכן הממשלה אחראית לתוכניותיה ולדרכי פעולתה רק כלפי דעת הציבור וכלפי הכנסת המייצגת את הציבור בארץ על כל שכבותיו וזרמיו. דברים אלה אינם נכללים בתחום סמכותו של בית משפט זה משום שאין הם עניינים אשר יש צורך לפסוק בהם למען הצדק ומשום שלפי עצם טיבם ומהותם אינם ניתנים להכרעה שיפוטית. הדיון עליהם מן הראוי כי יתנהל בזירה אחרת.³¹

בית המשפט הבחין בין מקרה של מימוש קלוקל של מדיניות הממשלה על ידי פקידי הממשל – אשר העיסוק בו נתון לסמכותו של בית המשפט ש"לא יֵשב בדד וידום, אלא ייעתר לפונים אליו, כי לכך נוצר"³² – ובין קביעת מדיניות הנתונה לסמכותם הבלעדית של גופי השלטון הנבחרים, בהתאם לדוקטרינה שעוגנה בעניין **ד'בוטינסקי**.

**”תמה אני אם
יימצא אי־פעם
חכם בעולם, שיוכל
להגדיר בדיוק
את משמעותו של
ביטוי זה. אודה
ולא אבוש, כי גם
אני לא תפסתי
מעולם מה טיבו של
עובר מונסטרוואזי
[=מפלצתי] זה.”**

בית המשפט חזר על תפיסה זו גם בעניין **רוזנברג**, בשנת 1953, שעסק בעתירה לפתיחת גני הילדים בירושלים על אף קשיים תקציביים. במסגרת פסק הדין קבע בית המשפט כי ”מסופקים אנו מאד אם בקשה מעין זו יכולה בכלל לשמש נושא דיון בבית־משפט זה”.³³

כך נהג בית המשפט גם בשנת 1966, בעניין **אופנהיימר**, שבו נידונה דרישה משר הפנים והבריאות שיפעילו סמכותם לפי חוק ויתקנו תקנות למניעת זיהום ורעש בסביבת מגוריהם. הנשיא זילברג דחה את הטענה בדבר היעדר שפיטות וקיבל את טענות העותרים. הוא פתח באי־הבהירות המונחת בעצם טבעו של המושג:

תמה אני אם יימצא אי־פעם חכם בעולם, שיוכל להגדיר בדיוק את משמעותו של ביטוי זה. ד”ר ויתקון שהקדיש לנושא מחקר מקיף וממצה בשם ”פוליטיקה ומשפט”, כותב בסוף דבריו (שם, ע’ 69): ”הגעתי לסוף מחקרי. יצאנו לחפש מורה נבוכים, וחוששני שעדיין נמצאים אנו תוהים ובוהים”. אודה ולא אבוש, כי גם אני לא תפסתי מעולם מה טיבו של עובר מונסטרוואזי [=מפלצתי] זה. עצם הפניה אל ”חוש המומחיות של המשפטן” – אליו פנו ב־בג”צ 65/51, ז’בוטינסקי נגד וייצמן – עוטפת את המושג בהילה של ערפל ומסתורין, ומראה כי ”בתורת הנגלה” אין למצוא ניתוח מדויק, משפטי, להשגת תכנו.³⁴

אך המשיך וקבע:

חקרתי ודרשתי וקראתי וחשבתי הרבה על המונח הנ”ל, והדבר היחיד שהשתכנעתי בו הוא, כי כאשר הקונטרוברסה [=הנושא השנוי במחלוקת] שבין המבקש והרשות האדמיניסטרטיבית סובבת סביב עניינים של מדיניות, אין הסכסוך כשר להבאה לפני בית המשפט הגבוה לצדק. והנה בהסתכלנו דרך אספקלריא זו אל הסכסוך שלפנינו, ניווכח לדעת כי השאלה הנדונה אין בה אף שמץ של מדיניות ממשלתית.³⁵

בדומה להבחנה שערך השופט חשין בעניין **מרכז רהיטי לכל**, גם הנשיא זילברג הבחין בעניין **אופנהיימר** בין קביעת המדיניות, אשר נתונה לשיקול דעתה של הרשות המבצעת ולפיקוחה של הרשות המחוקקת, ובין שאלות הנוגעות לאופן יישום המדיניות הציבורית – שבהן נדרש בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית ולתת סעד למען הצדק.

מקרים של חוסר שפיטות: שאלות פוליטיות

גם בעשורים הבאים המשיכה דוקטרינת השפיטות להתקיים כמבחן המגביל את בג"ץ בתחומי המדיניות הציבורית. בית המשפט הרחיב את הסתייגותו מלעסוק בעניינים של מדיניות לכלל העניינים שדורשים הכרעה פוליטית, בשל חוסר הלגיטימציה של השופטים לקבל הכרעות שלשמן בוחר הציבור בנציגיו או משום שישנם מקרים שבהם נדרשת מומחיות מסוימת כדי לעצב את המדיניות.

הרחבת הגבולות הללו באה לידי ביטוי בניסיונות להעמיד יחסי חוץ ופעילויות של הצבא בפני ביקורת שיפוטית. לדוגמה, בשנת 1965, בעניין **ריינר**, שבו נידונה עתירה נגד קשירת יחסים דיפלומטיים עם גרמניה, קבע השופט זוסמן כי –

מן המפורסמות הוא שהדעות בציבור נחלקו בשאלה, אם מן הרצוי להיעתר לבקשת ממשלת מערב גרמניה ולקיים עמה יחסים דיפלומטיים או לא. הממשלה החליטה מה שהחליטה ולא עוד אלא שהביאה את העניין בפני הכנסת, והכנסת תמכה בהחלטת הממשלה. העניין לא היה עניין משפטי אלא עניין פוליטי מובהק; אין הוא ניתן להיבדק על פי קנה מידה משפטי. ואף עניין אישורו או פסילתו של שגריר של מדינה זרה הוא ענין מדיני אשר שרת החוץ או אולי הממשלה כולה צריכים לענות בו. אין זה עניין משפטי אשר לפי טבעו ניתן להביאו לבירור בבית המשפט. השיקולים אינם שיקולים משפטיים אלא שיקולים של מדיניות חוץ ושל התאמת המועמד לתפקיד, שלא בית משפט זה מוסמך ומסוגל להכריע בהם. קיום יחסים דיפלומטיים עם גרמניה אינו עניין משפטי אלא עניין פוליטי מובהק, ואין הוא ניתן להיבדק על פי קנה מידה משפטי.³⁶

”אין זה עניין משפטי אשר לפי טבעו ניתן להביאו לבירור בבית המשפט. השיקולים אינם שיקולים משפטיים אלא שיקולים של מדיניות חוץ ושל התאמת המועמד לתפקיד, שלא בית משפט זה מוסמך ומסוגל להכריע בהם.”

**”אין זה סביר כלל
ועיקר, כי רשות
שיפוטית תשקול
ותכריע מהי
השיטה היעילה
ביותר, מבחינה
צבאית־מקצועית,
להפקת לקחים
מפעולות מבצעיות
ותמיר שיקול
דעתן של רשויות
צבאיות, שהוכשרו
לכך והופקדו על
כך, בשיקול־
דעתה היא.”**

במילים אחרות, לדברי השופט זוסמן, אין בידי בית המשפט הכלים המתאימים לעיסוק בשאלת כינון יחסים מדיניים עם גרמניה ואין לו הלגיטימציה להחליט בה, משום ששאלה זו בבסיסה היא עניין פוליטי ולא משפטי. לכן, בית המשפט אינו ”מוסמך ומסוגל” להכריע בעניין זה. את ההכרעה יש לקבל מחוץ לכותלי בית המשפט: בממשלה ובכנסת שנועדו לכך. זוסמן מכיר בכך שיטתם נושאים הנתונים מחוץ לעיסוקו של בית המשפט מכיוון שאין לו כלים ולגיטימציה להכריע בהם.

בדרך זו פסע בית המשפט גם בעתירות בעניין **בקר**, בעניין **רסלר הראשון** ובעניין **רסלר השני** – אשר עסקו בעתירות נגד הפטור מגיוס שניתן לתלמידי ישיבות ש”תורתם אומנותם”³⁷. בכל המקרים הללו, שהובאו בפני בג”ץ בשנות השבעים והשמונים, קבע בית המשפט שמדובר בסוגיה שביסודה עומדת מחלוקת ציבורית שאינה מתאימה לבירור בבית המשפט. כפי שנראה בהרחבה להלן, לבסוף, בעניין **רסלר** הפך בית המשפט את גישתו ביחס לשפיטות וסימן את קץ עידן הריסון העצמי המסורתי.

מקרים של חוסר שפיטות: הכרעה הדורשת מומחיות

מלבד השאלה הפוליטית, בית המשפט דחה על הסף גם עתירות הדורשות מומחיות שאינה בידי השופטים. בשנת 1975 עתר מוטי אשכנזי, קצין מילואים ששירת במלחמת יום הכיפורים, לבית המשפט העליון בדרישה כי יורה על ניהול תחקירים לחשיפת מחדלי הלחימה במלחמת יום הכיפורים. אשכנזי מחה על תליית האשמה הבלעדית למחדלים בדרג הצבאי, כפי שעשתה ועדת אגרנט, תוך הותרת הדרג הפוליטי נקי מרוב. בית המשפט, בראשות השופט (כתוארו אז) שמגר, קבע כי:

נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו – אינם שפיטים, באשר אינם הולמים כלל דיון והכרעה של ערכאות השיפוט. הוא הדין בעניין דרכי הדיון וההכרעה בצבא, אימוני כוחותיו והדרכתם. מן הכלל אל הפרט שבפנינו: אין זה סביר כלל ועיקר, כי רשות שיפוטית תשקול ותכריע מהי השיטה היעילה ביותר, מבחינה צבאית־מקצועית, להפקת לקחים מפעולות מבצעיות ותמיר שיקול דעתן של רשויות צבאיות, שהוכשרו לכך והופקדו על כך, בשיקול־דעתה היא. ענין כזה הוא בתחומי פעולתן המקצועית של רשויות הצבא ושל הרשות המיניסטריאלית המופקדת עליהן, והללו

נושאות באחריות וחייבות בדין-יחשבון בהתאם להוראות החוקתיות, אשר מגדירות את שרשרת הכפיפות של הדרגים הצבאיים לרשויות השלטון האזרחיות ואת הזיקה ביניהן: הצבא והרשות האזרחית המופקדת עליו נושאים באחריות כלפי הממשלה (סעיף 2 לחוק יסוד: הצבא) והממשלה נושאת לעניין זה באחריות כלפי הכנסת (סעיף 4 לחוק יסוד: הממשלה).³⁸

השופט שמגר סבר כי בניין הכוח הצבאי וחקירת הפעלתו הם נושאים מקצועיים ולפיכך אין בכוחו של בית המשפט לעסוק בהם. לדידו, לצבא עומדים הכלים המקצועיים לעסוק בנושא, ובהתערבות של בית המשפט יהיה משום המרת שיקול הדעת שהוענק לגורמים המומחים בתחום בשיקול דעת שיפוטי. בהמשך דבריו חידד שמגר כי אין פירוש ההחלטה שהנושא בלתי שפיט כיוון שהתחומים הללו אינם נתונים כלל למעקב, פיקוח ובקרה – אלא שהביקורת בתחומים אלה אינה נתונה בידי הרשות השופטת:

מסקנתנו היא פועל-יוצא מן האופי ומדרכי הפעולה של זרועות השלטון השונות ומן ההיגיון המונח ביסודה של התוויית התחומים הנפרדים, שיוחדו לכל אחד מהן במערכת שלטון תקינה. קיומה של בקורת יעילה על כל אחת מן הזרועות היא יסוד מוסד בכל שיטת ממשל, אשר הפרדת הרשויות היא אחת מאשיותיה, והיא גם שמבטיחה, בין היתר, את האיזון בין הרשויות, שהוא מרכיב חיוני בממשל הדמוקרטי. אולם גם מי שער – מטעמים אלה – לחשיבותה, במערכת הממשל שלנו, של בקורת שיפוטית יעילה וגם מי שגורס, מעבר לכך, כי יש להקנות לבית משפט זה סמכויות לצורך קיום פיקוח שיפוטי-חוקתי – ואני אחד מאלה האחרונים – לא ידגול בערבוב תחומים בין השיקול הצבאי-המבצעי לבין השיקול השיפוטי. על כן סבור אני, כי ענין התחקירים המבצעיים הוא בלתי-שפיט לחלוטין.³⁹

**”שוב ושוב מנע
עצמו בית המשפט
מעיסוק בעתירות
שמצריכות
מומחיות מסוימת
וכניסה לנעלי
בעל הסמכות
בתחומים נוספים,
מתוך תפיסה
שלפיה השופטים
חסרים את הידע
והמומחיות
הדרושים לשם
הכרעה בעתירה.”**

במקרים שבהם ליבת העיסוק היא מבצעית, התערבות שיפוטית תהא אפוא ככניסה בנעליו של מי שניתנה לו הסמכות החוקית להפעיל שיקול דעת. ברי כי שיקול דעת זה נתון לפיקוח ובקרה, אך הפרדת רשויות מחייבת, כפי שהבהיר שמגר, כי הביקורת תיערך בידי הרשות שהוסמכה לכך – במקרה זה הממשלה והכנסת.

בניין הכוח הצבאי וחקירת הפעלתו אינם אלא דוגמה אחת למקרים שבהם נמנע בית המשפט מלהתערב בהחלטות מקצועיות של גורם המחזיק במומחיות שאינה בידי השופטים. שוב ושוב מנע עצמו בית המשפט מעיסוק בעתירות שמצריכות מומחיות מסוימת וכניסה לנעלי בעל הסמכות בתחומים נוספים, מתוך תפיסה שלפיה השופטים חסרים את הידע והמומחיות הדרושים לשם הכרעה בעתירה.⁴⁰

מקרים של חוסר שפיטות: קיומם של מנגנוני פיקוח חלופיים ויחסי רשויות

כפי שראינו עתה, מלבד הקביעה העקרונית בדבר היעדר שפיטות של תחומים שונים (כעניינים שבמדיניות, כעניינים פוליטיים או כעניינים הדורשים מומחיות) בעניין **אשכנזי** קבע בית המשפט כי פעמים שעתירה פלונית איננה שפיטה משום שהפיקוח והביקורת בעניינה נתונים בידי גורמי שלטון אחרים: הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת. לצד זאת, כפי שציין בית המשפט בהקשרים אחרים, כאשר מדובר בנושאים שבמדיניות או בנושאים פוליטיים, קיים גם מנגנון ביקורת ציבורי – של הציבור שבחירתו הפוליטית מושפעת מהתנהלות נבחרו הציבור ומשמשת כמנגנון ביקורת ציבורי.

כך לדוגמה ציין השופט זוסמן באשר למעורבות שיפוטית בעניינים פנים־פרלמנטריים. לדבריו לבית המשפט אין לגיטימציה פוליטית לעשות זאת, וישנם מנגנונים אחרים שנדרשים לבקר פעילות פוליטית, בעוד בית המשפט והאמון בו רק ייפגעו ממעורבות שכזו:

**”אין בית המשפט
נרתע מהכרעה
בענין כזה כאשר
ניתן לפסוק בו
על פי קנה מידה
משפטי. אבל בדרך
כלל חייב המחוקק
בעצמו להכריע
בשאלה פוליטית,
כי לשם כך הוא
נבחר על ידי העם,
ובינו לבין הבוחרים
קיים קשר ישיר
עקב הבחירות,
המתחדשות כל
ארבע שנים.”**

באו לפני בית המשפט העליון בשנים האחרונות ענינים אחדים בעלי משמעות פוליטית מרובה, ואם תמצי לומר, בעלי חומר נפץ פוליטי. אין בית המשפט נרתע מהכרעה בענין כזה כאשר ניתן לפסוק בו על פי קנה מידה משפטי. אבל בדרך כלל חייב המחוקק בעצמו להכריע בשאלה פוליטית, כי לשם כך הוא נבחר על ידי העם, ובינו לבין הבוחרים קיים קשר ישיר עקב הבחירות, המתחדשות כל ארבע שנים [...]. זוהי מעמסה על מלאכתו של בית המשפט, אשר יש בה משום הכבדה יתרה על השיפוט. בית המשפט לא נוצר למטרה זו, וההליך השיפוטי אינו מתאים לכך.⁴¹

הרציונל החורז את דוקטרינת השפיטות על כל היבטיה הוא שישנן הכרעות חשובות שלא צריכות להתקבל בידי השופטים – בשל האחריותיות של המכריע, בשל חוסר הלגיטימציה להכריע בשאלות פוליטיות, בשל המומחיות הדרושה או משום שאין זו שאלה משפטית.

בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה, סברו השופטים כי עליהם להכריע בסכסוכים משפטיים תוך השתלבות במערך האיזונים והבלמים שבין הרשויות, מבלי ליטול את זכות ההכרעה ומבלי להיכנס בנעלי הרשויות האחרות. אך בתפיסת התפקיד של בית המשפט ומקומו במערך הרשויות התחולל שינוי קיצוני החל משנות השמונים של המאה הקודמת. שינוי זה הביא להרחבת הסף ופתיחת דלתם של השופטים להכרעה בכל נושא ועניין.

1.3. שחיקת דוקטרינת השפיטות

לאורך השנים הדגישו השופטים כי דוקטרינת השפיטות הקלאסית, כמו מרבית עילות הסף, היא דוקטרינה שיפוטית שמופעלת על פי שיקול דעתו הבלעדי של בית המשפט. גדרי השפיטות נותרו עמומים ומושא להתדיינות שיפוטיות ואקדמיות, ומטבע הדברים הופעלה הדוקטרינה באופן שונה בידי שופטים שונים.⁴² למעשה, כבר כשאומצה הדוקטרינה בעניין **ד'בוטינסקי**, נקבעה אמת המידה להפעלתה באופן סובייקטיבי, לפי "חוש המומחיות של המשפטן".⁴³ לכן, לצד הגישה הרווחת שהגבילה באופן משמעותי את הנושאים הנידונים, היו שופטים שצמצמו את תחולתה ודנו בנושאים שנתפסו מלכתחילה כבלתי שפיטים עוד בטרם צומצם השימוש בדוקטרינה בסוף שנות השמונים.

כך לדוגמה פיתחו השופטים לנדוי וויתקון בסוף שנות השבעים חריג לדוקטרינה המסורתית. לדעתם, במקרים שבהם נפגעות זכויות הפרט באופן מובהק, על דרך הכלל יהא העניין שפיט. במילים אחרות: מול חוסר השפיטות העקרונית של נושאים מדיניים וביטחוניים יש להחריג דיון הנוגע לפגיעה בזכויות היחיד.

התפתחותו של החריג ניכרת בפסיקתו של לנדוי. מלכתחילה חלה דוקטרינת אי־השפיטות גם על מקרים שבהם נפגעות זכויות פרט. כך באוגוסט 1972 דן בית המשפט, בראשות השופט לנדוי, בעתירה נגד גירושם של שבטים בדוויים מאדמותיהם בפתחת רפיח לצרכים צבאיים. בית המשפט דחה את העתירה על יסוד שיקול הדעת הנתון לגורמים הביטחוניים:

לדעתי, אין זה מתפקידנו לעסוק בהן אפילו היינו "מוסמכים" לכך לפי סעיף 7 לחוק בתי המשפט. הטעם הוא שהדבר אינו "שפיט" [...] פעולה צבאית־ביטחונית (להבדיל מפעולה מינהלית בתוך מסגרת הצבא) – אם מעוגנת היא בדין ואם נחה דעתנו שמניעיה היו ביטחוניים – אין בית־המשפט המקום המתאים להרהר עליה ולשאול, אם אמנם היתה מחויבת לפי המצב הבטחוני או שמא ניתן היה לפתור בעיה ביטחונית גם בדרכים אחרות. אפילו לדעתם של אלה (ואני ביניהם), שאינם ממהרים לגרש עניינים "מדיניים" וכיוצא באלה מטרקלין בית המשפט, הרי ענייני צבא ובטחון, כמוהם כענייני מדיניות חוץ, אינם מן הדברים הראויים להכרעת הרשות השופטת.⁴⁴

**”גדרי השפיטות
נותרו עמומים
ומושא
להתדיינות
שיפוטיות
ואקדמיות, ומטבע
הדברים הופעלה
הדוקטרינה באופן
שונה בידי שופטים
שונים. למעשה,
כבר כשאומצה
הדוקטרינה בעניין
ד'בוטינסקי, נקבעה
אמת המידה
להפעלתה באופן
סובייקטיבי, לפי
'חוש המומחיות
של המשפטן.'”**

שנים־מספר לאחר מכן, בשנת 1979, דן לנדוי בעתירה שעסקה בתפיסת קרקעות פרטיות מידי יושביהם הערבים לצורך הקמת ההתנחלות בית־אל. במסגרת העתירה קבע לנדוי כי על אף הפגיעה האפשרית בזכות הקניין של בעלי הקרקעות, אֵל לו לבית המשפט להתערב בנידון – בשל העיתוי ואופיו המדיני של הנושא נוכח שיחות השלום שנערכו באותה עת והאפשרות לפתרון מדיני של הסוגיה הפלסטינית:⁴⁵

הגעתי ביתר רצון למסקנה שעל בית משפט זה למשוך ידו מלדון בבעיה זו של התיישבות אזרחית בשטח מוחזק מבחינת המשפט הבינלאומי, ביודעי שבעיה זו שנויה במחלוקת בין ממשלת ישראל ובין ממשלות אחרות, ושהיא עשויה לעמוד על הפרק במשא ומתן בינלאומי גורלי שבו עומדת ממשלת ישראל. כל הבעת דעה של בית משפט זה בעניין כה רגיש, שאינה יכולה להיאמר אלא בתור אמרות אגב, לא תוסיף ולא תגרע, ומוטב שדברים השייכים מטבעם למישור המדיניות הבינלאומית ידונו באותו מישור בלבד. לשון אחרת, אם כי אני מסכים שקובלנת העותרים שפיטה בדרך כלל לפני בית משפט, מאחר שזכויות קנייניות של הפרט כרוכות בה, יש לראות אספקט מיוחד זה של העניין כבלתי שפיט על פי פניית הפרט לבית משפט זה.⁴⁶

בניגוד ללנדוי, השופט ויתקון הסביר באותו עניין כי במקרה של פגיעה בזכויותיו של אדם, אף כשהמקרה קשור בסוגיה פוליטית, יעסוק בו בית המשפט:

ברור שבעניינים של מדיניות – כמו במספר נושאים דומים – ההכרעה היא בידי הרשויות הפוליטיות ולא בידי הרשות השופטת. אך בהנחה – שלא נתאמתה במקרה זה – שרכושו של אדם נפגע או נשלל ממנו שלא כדין, קשה להאמין שבית המשפט יקפוץ את ידו מאותו אדם, כיון שזכותו של זה עשויה לעמוד לוויכוח במשא ומתן פוליטי.⁴⁷

**”בפסק הדין קבע
השופט לנדוי כי
במקרים של פגיעה
בקניינו של הפרט
למול הרשות – בית
המשפט יתערב אף
בסוגיות שבאופן
’קלאסי‘ היו
נתפסות כבלתי
שפיטות.”**

כמה שנים לאחר מכן, בעניין **דויקאת**, נידונה עתירה נגד הקמת ההתנחלות אלון מורה על קרקעות בבעלות פלסטינית ולנדוי אימץ את גישתו של ויתקון באופן מלא. בפסק הדין קבע השופט לנדוי כי במקרים של פגיעה בקניינו של הפרט למול הרשות – בית המשפט יתערב אף בסוגיות שבאופן **”קלאסי”** היו נתפסות כבלתי שפיטות:

ממשל צבאי המבקש לפגוע בזכות הקנין של הפרט,
עליו להראות אסמכתא משפטית לכך ואין הוא יכול
לפטור עצמו מפיקוח שיפוטי על מעשיו בטענה של
חוסר שפיטות.⁴⁸

העמדה החדשה יצרה חריג משמעותי לכלל השפיטות. כאשר אל מול שיקולי אי-השפיטות עומדות זכויות הפרט באופן מובהק, על בית המשפט לבחון את ההחלטה השלטונית. אולם גם לדעת לנדוי התערבותו תתמקד בחוקיות ההחלטה ולא בסבירות שיקול הדעת.

גם השופט חיים כהן הביע באותן שנים נכונות לשחוק את דוקטרינת השפיטות. את השינוי בפסיקתו ניתן לזהות באמצעות השוואה בין דבריו בעניין **רסלר הראשון** לדבריו בעניין **סגל**. בעניין **רסלר הראשון** הסביר כהן כי הסוגיה איננה שפיטה:

אף לו היו העותרים מוכיחים באותות ובמופתים, וכפי שכבר אמרתי, לדעתי הוכחה זו היא בלתי אפשרית, ששירותם במילואים היה מתקצר עקב גיוס תלמידי ישיבות, לא הייתי רואה בכך כל עילה למתן צו-על-תנאי, מכיוון שהשאלה, אם יש או אין לגיס תלמידי ישיבות, היא ביסודה בעיה ציבורית, שיש להשאיר את פתרונה בידי הגורמים הפוליטיים, שמתפקידם להכריע בעניין זה.⁴⁹

כמה שנים לאחר מכן, בעניין **סגל**, אשר עסק בהחלטתו של שר הפנים שלא להנהיג שעון קיץ למרות הסמכות הנתונה לו בחוק, חשש השופט כהן מהתפתחות איים של חסינות שלטונית מביקורת שיפוטית וקרא להגמשת דוקטרינות השפיטות והעמידה לפי צורכי השעה:

**”ראוי הוא וטוב
כי בית המשפט
יקבע לעצמו, על
פי צורכי הזמן
המשתנים, מבחנים
להתערבותו, אפילו
אם מבחנים אלה
אינם מדויקים
ואינם מדעיים.”**

האם תפקידו של בית המשפט הוא אכן להביע דעתו בכל מקרה שהפרת חוק מובאת לפניו, והאם אין זה ראוי כי זמנו השיפוטי יוקדש לסכסוכים אמיתיים, ואילו טרוניות נגד השלטון תופנינה לאורגנים הממלכתיים האחרים, כגון הכנסת ומבקר המדינה? אכן, כפי שסקירתנו מלמדת, הסוגייה היא קשה וסבוכה, והשיקולים המנחים את בית המשפט הם שיקולים כלליים של מדיניות שיפוטית, אשר ספק אם ניתן לקבוע בהם מבחנים רציונליים קבועים ומוגדרים מראש. הקובע הוא, בסופו של דבר, **חוש המומחיות של המשפטן**. זהו מבחן שאינו בעל אופי מדעי, אך הנותן ביטוי לניסיון החיים ולחכמה המצטברת בת השנים. כשלעצמי, אין אני רואה כל פגם בכך, כי הנושא אינו מוגדר וקבוע מראש. דיני המעמד לא באו להגן על השלטון, ולא באו לאפשר לו לקבוע מראש "תחומים מתים" לביקורת שיפוטית. דיני המעמד באו להגן על בית המשפט עצמו, ועל כן ראוי הוא וטוב כי בית המשפט יקבע לעצמו, על פי צורכי הזמן המשתנים, מבחנים להתערבותו, אפילו אם מבחנים אלה אינם מדויקים ואינם מדעיים.⁵⁰

למרות מקרים חריגים אלו ואחרים, עד אותם ימים כמעט שלא התערב בית המשפט בהחלטות שלטוניות. מבחינה עקרונית שמר בית המשפט באדיקות על דוקטרינת השפיטות והפעיל את החריגים בצורה מרוסנת. חשוב לזכור שלמרות שהשופטים קבעו כי דוקטרינת השפיטות תיסוג בפני פגיעה בזכויות הם התייחסו לרשימה מוגבלת של זכויות גרעיניות מצומצמות ולא הוכרה רשימה פתוחה של זכויות.

**”במסגרת חוות
דעתו בעניין רסלר
פרש השופט ברק
את הסתייגותו
העקרונית
מדוקטרינת
השפיטות
המסורתית, וטען
כי יש להבחין בין
שני היבטים של
שפיטות: שפיטות
נורמטיבית
ושפיטות מוסדית.”**

1.4. פסק דין רסלר: זניחת דוקטרינת השפיטות

כפי שראינו, החל משנות השמונים היו משופטי בית המשפט העליון מי שצמצמו את היקף תחולתה של דוקטרינת השפיטות אלא שגם בדבריהם נשמר מקומה של הדוקטרינה והיא לא נעלמה כליל. תפנית דרמטית בסוגיה זו התרחשה בשלהי שנות השמונים, בפסק הדין בעניין **רסלר** משנת 1988.⁵¹

בעתירה זו נידונה דרישה לבטל את החלטתו של שר הביטחון לפטור משירות צבאי תלמידי ישיבות. בתגובתו לעתירה טען שר הביטחון, בין היתר, כי העתירה בלתי שפיטה ובית המשפט אינו רשאי לדון בה. כך כפי שקבע בית המשפט בעתירות הקודמות שעסקו בדחיית גיוס תלמידי הישיבות;⁵² אלא שבניגוד לעתירות הקודמות בנושא, הפעם הכריעו שופטי ההרכב – הנשיא שמגר והשופטים ברק ובן־פורת – כי נושא העתירה שפיט.

פסק הדין בעניין **רסלר** מסמל במובנים רבים את ”מהפכת השפיטות”,⁵³ אשר שמרה על הדוקטרינה באופן פורמלי תוך ריקונה מתוכן מעשי.

”מלוא כל הארץ משפט”: שפיטות נורמטיבית ושפיטות מוסדית

במסגרת חוות דעתו בעניין **רסלר** פרש השופט ברק את הסתייגותו העקרונית מדוקטרינת השפיטות המסורתית, וטען כי יש להבחין בין שני היבטים של שפיטות: שפיטות נורמטיבית ושפיטות מוסדית.

לדעת ברק, שפיטות נורמטיבית מתייחסת לקיומן של אמות מידה משפטיות להכרעת הסכסוך, דהיינו לשאלה אם לבית המשפט ישנם הסמכות והכלים להכריע בסוגיה שעל הפרק.⁵⁴ במידה שהתשובה לכך חיובית ומתברר כי מדובר בסוגיה שפיטה מהבחינה הנורמטיבית, יש לבחון את ההיבט המוסדי: האם בית המשפט הוא המסגרת המתאימה לבירור הסוגיה.⁵⁵ בניגוד לתפיסה שרווחה עד אותם ימים, בדבר היעדר קנה מידה משפטי להכרעה בסוגיות רבות, ברק סבור היה כי שאלת השפיטות הנורמטיבית אינה מחסום ממשי שכן אין בנמצא פעולה שלטונית אשר איננה חוסה תחת נורמה משפטית כלשהי. כלשונו:

”בעיני, מלוא כל הארץ משפט. כל התנהגות אנושית היא נשוא לנורמה משפטית.”

כל פעולה ניתנת ”להיכלא” בנורמה משפטית, ואין פעולה שאין לגביה נורמה משפטית ”הכולאת אותה”. אין ”חלל משפטי”, שבו פעולות מתבצעות בלי שהמשפט נוקט כלפיהן כל עמדה. המשפט משתרע על כל הפעולות. לעיתים הוא אוסר, לעיתים הוא מתיר [...] על פי גישה זו לא ייתכן כלל מצב, שבו אין נורמה משפטית החלה על פעולה. לעניין זה אין נפקא מינה מהי אותה פעולה, אם פוליטית היא אם לאו, אם עניין היא למדיניות אם לאו. כל פעולה – ותהא פוליטית או עניין למדיניות ככל שתהא – נתפסת בעולם המשפט, וקיימת נורמה משפטית הנוקטת עמדה כלפיה, אם מותרת היא או אסורה.⁵⁶

שנים ספורות לאחר מכן עמד ברק בכתיבתו האקדמית על יחסו לשפיטות הנורמטיבית והבהיר עד כמה מרחיקת לכת היא תפיסתו:

בעיני, מלוא כל הארץ משפט. כל התנהגות אנושית היא נשוא לנורמה משפטית. גם כאשר סוג מסוים – כגון יחסי חברות או מחשבות סובייקטיביות – נשלט על ידי האוטונומיה של הרצון הפרטי, אוטונומיה זו קיימת משום שהיא מוכרת על ידי המשפט. לולא הכרה זו הייתה נתונה חירות לכל אחד לפלוש לתחום זה.⁵⁷

לדברי ברק, המשפט חולש על כל התחומים, ובכלל זאת אף המחשבות הסובייקטיביות של האדם בינו לבין עצמו ויחסי החברות שלו. ”למשפט אין גבולות. מלוא כל הארץ במשפט. בכל משפט. כל התנהגות אנושית היא נשוא למשפט. אין תחום בו אין משפט.”⁵⁸ אף אם אין נורמה ספציפית החלה על הסוגיה, לעולם ניתן להחיל את הנורמות הכלליות של המשפט: סבירות ומידתיות. כיוון שכך, אין למעשה מקרה שבו אין שפיטות נורמטיבית. כאשר החוק אינו מתייחס במישרין לפעולה מסוימת, היא פשוט מותרת על ידו ולכן בית המשפט לא יתערב בה: ”חוסר שפיטות נורמטיבית אינו אלא היעדר עילה על פי דין.”⁵⁹ אם כן, על פי הדוקטרינה החדשה אין נושאים שבית המשפט לא יכול לגבש את עמדתו הנורמטיבית בעניינם.⁶⁰

למרות זאת, הודה השופט ברק כי ייתכנו מקרים שאינם שפיטים בשל ההיבט המוסדי, קרי תגובות הנגד הצפויות בשל התערבות השופטים, אך לדידו מקרים אלו נדירים;⁶¹ ונדמה כי גם בהם רואה הוא רע הכרחי שמוטב היה אילו לא היה מתקיים כל עיקר:

**”השופט ברק נטל
אפוא את הביטוי
שטבע הנשיא
זמורה בעניין
ד’בוטינסקי,
’חוש המומחיות
של המשפטן’,
ובאמצעותו הכריז
על בטלותו של
מבחן השפיטות
המסורתי.”**

מהי המסקנה העולה מניתוחנו לעניין השפיטות (או אי-השפיטות) המוסדית? לדעתי, המסקנה העולה היא כי דוקטרינה זו פרובלמאטית 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 ציבור 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.⁶²

השופט ברק נטל אפוא את הביטוי שטבע הנשיא זמורה בעניין ד’בוטינסקי, ”חוש המומחיות של המשפטן”, ובאמצעותו הכריז על בטלותו של מבחן השפיטות המסורתי. במקום ש”חוש המומחיות” ידיר את רגלי בית המשפט מתחומים שאינם ניתנים להכרעה באמות המידה של המשפט, ”חוש המומחיות של המשפטן” נועד לגלות את המקרים הנדירים שמהם – כדי לשמור על אמון הציבור – מוטב לו לבית המשפט להימנע מלעסוק אף שבידיו הרשות לעשות כן.⁶³

חשיבותו של פסק הדין בעניין **רסלר** נעוצה אפוא באופן שבו פיתח ברק את ההבחנה בין השפיטות הנורמטיבית ובין רעותה המוסדית ובקביעה העקרונית כי ”מלוא כל הארץ משפט”,⁶⁴ וכי אין תחום שהמשפט אינו חל עליו.⁶⁵

הסגת גבול השפיטות: חריגים והרחבה עקרונית

בניגוד לחריגים המועטים שקדמו לעניין **רסלר**, שבהם הותר מעט רסן השפיטות, ברק הוביל תפיסה שהרחיבה עד מאוד את שערי הכניסה לבית המשפט. ברק עצמו טען לימים כי המהלך שנקט התבסס על החריג שפיתח לנדוי,⁶⁶ שבו נדחת דוקטרינת השפיטות במקום שבו נפגעות זכויות, אלא שברק הגדיל את היקף הפרישה של הזכויות לבלי הכר. על פי גישתו, אין הבחנה מובהקת בין גרעין הזכויות לפריפריה שלהן: היקף הזכויות רחב ובית המשפט הוא המחליט אם הפגיעה בהן מידתית. כפי שניסח זאת לימים ברק מדינה:

תוצאתם של המרכיבים הללו בתיאוריה של ברק היא, כאמור, גישה מרחיבה ביחס להגדרת היקפה של הזכות החוקתית וביחס להכרה בפגיעה בה. למעשה, היא הופכת את השלב הראשון של הבחינה החוקתית לפשוט למדי. למשל, היא תחייב כנראה את המסקנה שכל מדיניות המבוססת על הבחנה על בסיס דת, גזע, מין, השתייכות לאומית וכדומה, תהא תכליתה אשר תהא (ולפיכך גם מדיניות של העדפה מתקנת), פוגעת בזכות לשוויון; שכל הגבלה של ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא (לרבות, למשל, ביטוי שיש בו הסתה לגזענות או קריאה למלחמה) פוגעת בחופש הביטוי; ואולי גם שכל מחדל של הרשות בהגנה על זכות חוקתית (למשל, אי־הספקת הגנה לפרט מפני פגיעה בזכויותיו הנגרמת על ידי פרטים אחרים) הוא פגיעה של השלטון בזכות של הפרט.⁶⁷

הגדרה רחבה זו של זכויות מרוקנת אפוא – או למצער עשויה לרוקן – את דוקטרינת השפיטות מתוכן. מעתה, המקרה החריג שבו מתאפשר לדון בעתירות מחמת פגיעה בזכויות, למרות אי־שפיטותן העקרונית, הופך לדרך המלך.

ואכן, אין ספק שזו לא הייתה תפיסת הזכויות של לנדוי, שיצר את החריג, וכפי שהתבטא לימים השופט חשין:

בימים שמכבר לא היו עתירות מעין עתירה זו שלפנינו רואות את אולמו של בית המשפט. עקרון השפיטות – נדייק ונאמר: עקרון האי־שפיטות – היה כה מובן־מאליו, טבוע כה־עמוק בהכרה ובשיטת המשפט, עד שמבני החשיבה של איש המשפט לא התירו לו להעלות לפני בית משפט קובלנות שכמו־יועדו להיות מועלות במקום אחר. ואם מטעם כלשהו תעתה עתירה מעין זו בדרכה ומצאה עצמה בבית משפט, כי אז היו מורים לה את דרך היציאה.⁶⁸

**”הנשיא שמגר
הסתייג מיחסו
המצמצם של
ברק לשימוש
בדוקטרינת
השפיטות וביקש
לשמור עליה.
בפסק דינו בעניין
רסלר הסביר שמגר
כי לדוקטרינת
השפיטות חשיבות
רבה כמשוכה
לשמירה על הפרדת
הרשויות.”**

פסק דין רסלר: עמדת הנשיא שמגר ומבחן האופי הדומיננטי

נשוב לעניין **רסלר**. אומנם השופטים הנוספים שישבו במושב, הנשיא שמגר והשופטת בן-פורת, הצטרפו לתוצאת חוות דעתו של ברק בעניין רסלר; אולם הנשיא שמגר הסתייג מיחסו המצמצם של ברק לשימוש בדוקטרינת השפיטות וביקש לשמור עליה. בפסק דינו בעניין **רסלר** הסביר שמגר כי לדוקטרינת השפיטות חשיבות רבה כמשוכה לשמירה על הפרדת הרשויות וכך כתב:

[...] חוששני, שלא ניתן יהיה לקיים מערכות שלטון תקינות – ובתוך זה בית־משפט הפועל כנדרש – אם כל הבעיות הפוליטיות יחלו לעשות דרכן לבית המשפט כדי להיבחן שם לפי אמות מידה משפטיות.⁶⁹

דברים דומים כתב הנשיא שמגר שנים רבות לאחר פסק הדין. בספרו האוטוביוגרפי עסק שמגר ביחסו המורכב לדוקטרינת השפיטות, וכך כתב:

אני קבעתי, ואני דבק בעמדתי זו עד היום: לא הכל שפיט. בית המשפט אינו יכול להיכנס לנעליה של ממשלה, המחליטה לקשור קשרים דיפלומטיים עם גרמניה, או לנעליו של המפקד בשטח, המחליט אם לפנות ימינה אם שמאלה. לכאורה, כל נושא יכול להיבחן לפי מבחני החוקיות, בין אם האמור בפיתוח מטוס קרב, בפתיחת סכר דגניה, בהקמת פקולטה נוספת למשפטים או לרפואה, ובין אם בשאלות הרוח גורל של יחסי חוץ וביטחון. לעולם יכולה לעלות השאלה אם ההחלטה התקבל בידי הגורם המוסמך בתוך דל”ת אמות של הסמכויות שהוגדרו בחוק. אלא שלעיתים קרובות השאלה אינה מתמצה בקיומו של מבחן משפטי, אלא במהותן של ההחלטות עצמן.⁷⁰

בהתאם לפסיקתו בעניין **אשכנזי** שנידון לעיל, שם קבע שענייניו הפנימיים של הצבא אינם שפיטים כיוון שיהיה בכך כדי להיכנס בנעליה של הרשות, הוסיף שמגר כי –

**”לפי שמגר, השופט
נדרש לבחון מהו
האופי הדומיננטי
של נושא העתירה
– וכך להצר את
תחומי העיסוק
של בג”ץ. לדעתו,
עתירות רבות
עשויות להכיל
היבטים פוליטיים
לצד היבטים
משפטיים; ובתכונה
זו כשלעצמה אין
כדי להגדיר את
שפיטות העתירה.”**

אם התיאוריה, המאפשרת דיון בערכאות השיפוט בכל עניין, תתממש באופן תדיר, היינו: אם כל נושא – החל מן התקציב לפריטיו וכלה בבניית שיכונים, מטוסים וטנקים – יוכרע בפורום השיפוטי לפי מבחני החוקיות הפורמאלית או לפי מבחני סבירות שבית המשפט חורף את הדין לגביהם, יהיה בכך כדי ליצור ריכוז סמכויות, שיבטל, הלכה למעשה, את יכולת התפקוד של הרשויות האחרות.⁷¹

נוכח מורכבות זו, הציע שמגר מבחן חלופי לבחינת שפיטותה של עתירה. לפי שמגר, השופט נדרש לבחון מהו **האופי הדומיננטי** של נושא העתירה – וכך להצר את תחומי העיסוק של בג”ץ. לדעתו, עתירות רבות עשויות להכיל היבטים פוליטיים לצד היבטים משפטיים; ובתכונה זו כשלעצמה אין כדי להגדיר את שפיטות העתירה. לשם כך יש לבחון מהו אופייה הדומיננטי של העתירה – הפוליטית היא ביסודה או משפטית – ובמקרה שהשאלה המרכזית העומדת לדיון היא פוליטית, על בג”ץ להימנע מעיסוק בה:

יכול שהאופי הפוליטי יהיה דומיננטי עד כדי כך, שהמשמעויות המשפטיות של הבעיה ייבלעו בו או יידחקו לקרן זוית. 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.⁷²

כפי שעוד נראה להלן, מבחן האופי הדומיננטי אוזכר על ידי שופטי בית המשפט העליון משנות השמונים ועד ימינו – ולפרקים אף נדמה כי מרבית השופטים שביהנו לצד שמגר אימצו מבחן זה⁷³ – אולם ככלל ניתן לומר כי מאז שנות התשעים זכתה גישתו המרחיבה של ברק לבכורה.⁷⁴

”בשנות השמונים

הרחיב בית המשפט את עילות ההתערבות שלו באמצעות עילת הסבירות והביקורת שהפעיל מכוחה על שיקול הדעת המנהלי. בכך קבע בית המשפט שכל החלטה מנהלית עשויה להעלות שאלות ממשפטיות ויצר תשתית להתערבות שיפוטית בשורה של נושאים חדשים.⁷⁶

הקביעה כי אין תחום שהמשפט אינו חל עליו הובילה במהירות להרחבת גבולות העיסוק של בית המשפט, אך את עוצמת ההשפעה של שחיקת דוקטרינת השפיטות ניתן להבין רק בהתבוננות במהלך נוסף שביצע בית המשפט העליון במקביל: הרחבת עילת הסבירות.⁷⁵ כידוע, בשנות השמונים הרחיב בית המשפט את יכולת ההתערבות שלו באמצעות עילת הסבירות והביקורת שהפעיל מכוחה על שיקול הדעת המנהלי. בכך קבע בית המשפט שכל החלטה מנהלית עשויה להעלות שאלות משפטיות ויצר תשתית להתערבות שיפוטית בשורה של נושאים חדשים.⁷⁶

דוקטרינת הסבירות, שפיתח השופט ברק, קובעת כי בסמכותו של בית המשפט להתערב בהחלטתה של רשות מנהלית במקום שבו לדעת בית המשפט החלטה זו חורגת ממתחם הסבירות. בשונה מעילות ההתערבות המסורתיות שבהן השתמש עד אז בית המשפט כדי לבחון מעשים מנהליים – ובכללם בחינת חוסר סבירות קיצונית – הרי שעילת הסבירות החדשה מאפשרת לבית המשפט להמיר את שיקול הדעת שהוענק לרשות המנהלית בשיקול הדעת של בית המשפט עצמו.

יתרה מכך, דוקטרינת הסבירות והטמעתה הפכו את הביקורת השיפוטית ביחס לכל מעשה מנהלי לשאלה משפטית שכן לעולם ניתן לבחון את סבירותה – ובכך נמצאה נוגעת בתחומה של דוקטרינת השפיטות. כפי שציין לאחרונה השופט שטיין בהתבסס על כתיבתו של השופט סולברג:

בשני העשורים האחרונים, עדים היינו – לא אחת – להפעלתה של דוקטרינת הסבירות במתכונת רחבה אשר כללה התערבות שיפוטית בתוכן ההחלטה המינהלית *de novo*.

מתכונת זו של ”משפט זה אני” [...] מאפשרת לשופט להיכנס לנעלי הרשות המבצעת ולעשות בהחלטתה כטוב בעיניו. למתכונת זו של דוקטרינת הסבירות אין אחיזה בדין הפוזיטיבי. מתכונת זו נדונה בהרחבה – ובוקרה ביקורת עקבית, נוקבת, ובמלוא הכבוד, נכונה – על ידי חברנו, השופט נ’ סולברג, בפסיקתו ובמאמרו [...] ⁷⁷

**”באותן שנים
גופן שבהן זנח
בית המשפט
את דוקטרינת
השפיטות, הוא
קבע בידו השנייה
כי יפתח את
שעריו גם בפני
עתירות הנסובות
על נושא פוליטי
או ציבורי באופיו.
מכאן קצרה הדרך
לדחיקת מקומם של
מקבלי ההחלטות
והעברת זירת
קביעת המדיניות
לבית המשפט.”**

אין כאן המקום להרחיב על אודות עילת הסבירות, אך לצורך הבנת עומק המשמעות של זניחת השפיטות מן הראוי כאמור להתבונן בעלייתה המקבילה. באותן שנים שבהן זנח בית המשפט את דוקטרינת השפיטות, הוא קבע בידו השנייה כי יפתח את שעריו גם בפני עתירות הנסובות על נושא פוליטי או ציבורי באופיו. מכאן קצרה הדרך לדחיקת מקומם של מקבלי ההחלטות והעברת זירת קביעת המדיניות לבית המשפט. אלו הן שתי עילות נפרדות שלכל אחת מהן בפני עצמה נודעת השפעה רבה על מערכת המשפט, אך שילובן מגביר את האפקט של כל אחת מהן.

השילוב בין אימוץ עילת סבירות רחבה כעילת ביקורת עצמאית לבין שחיקת דוקטרינת השפיטות חשוב גם להבנת השינוי שחולל השופט ברק בשיטת משפטנו – בניגוד לנשיאים שקדמו לו. בעוד השופט לנדוי צמצם את דוקטרינת השפיטות בעניין **דויקאט**, באמצעות יצירת החריג במקרה של פגיעה בזכויות אדם, הרי שהוא התנגד לשימוש בעילת הסבירות לשם ביקורת על שיקול הדעת המנהלי ואף התנגד לשחיקת דוקטרינת זכות העמידה.⁷⁸ השופט שמגר, שתמך בשימוש בעילת הסבירות ובביטול זכות העמידה, התנגד לזניחת דוקטרינת השפיטות וסבר כי יש לשומרה כבלם מפני התערבות יתר שיפוטית.⁷⁹ בניגוד להם, ברק פעל במקביל הן לקידום עילת הסבירות כעילת ביקורת על שיקול הדעת המנהלי, הן לביטול דוקטרינת השפיטות ודוקטרינת זכות העמידה, הן להרחבת זיהויין של זכויות פרט מוגנות – ובכך הוביל שינוי בתפיסת תפקידו של בית המשפט העליון ומקומו בין יתר רשויות השלטון.

1.5. זניחת דוקטרינת השפיטות: ביקורת

השופט אלון: "שפטת מרובה, לא שפטת"

מקרב השופטים המכהנים בשעה שניתן פסק הדין בעניין **רסלר**, היה השופט אלון המתנגד הבולט לדוקטרינת השפיטות החדשה של ברק. בניגוד לנשיא שמגר – שהסכים עם ברק כי שפיטות נורמטיבית קיימת תמיד אך חלק על גישתו המצמצמת ביחס לשפיטות המוסדית וסבר כי ישנם מקרים רבים שבהם נדרש בית המשפט להימנע מהתערבות בשל אופייה הפוליטי הדומיננטי של המחלוקת – הרי שהשופט אלון חלק על הנחת היסוד שלפיה המשפט משתרע על כל התחומים ולכן הסתייג ממבחן הסבירות הרחב ושחיקת דוקטרינת השפיטות. לטעמו, אין זה נכון לומר כי המשפט נוקט עמדה כלפי כל פעולה משום שישנם מעשים שחלות עליהם נורמות מוסריות או חברתיות אך לא נורמות משפטיות:

האם אמנם אין פעולות שהמשפט לא "נוקט כלפיהן כל עמדה" וכל פעולה נתפסת בעולם המשפט? 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" פעולות אלה. גם אין לומר שהמשפט "מתיר" עשיית חסד והצנע לכת, משום שאין הוא "אוסר" פעולות אלה. לכל הפעולות האמורות אין המערכת המשפטית מתייחסת כל עיקר, היא מתעלמת מהן, משום שהן מחוץ לתחום התעניינותה. לעניין כל הפעולות האלה קיים "חלל משפטי".⁸⁰

השופט אלון התנגד אפוא לעצם ההבחנה בין שפיטות נורמטיבית ושפיטות מוסדית, וסבר כי הבחנה זו – שהיא בעיניו אשליה בעלמא – אינה מועילה לקביעה המשפטית אם עתירה שפיטה אם לאו.⁸¹ לדידו, שאלת השפיטות אחת היא: האם בית המשפט – כמוסד משפטי – יזדקק לעתירה או ימשוך ידו הימנה?⁸²

"השופט אלון חלק על הנחת היסוד שלפיה המשפט משתרע על כל התחומים ולכן הסתייג ממבחן הסבירות הרחב ושחיקת דוקטרינת השפיטות."

אלון הדגיש כי ישנם נושאים שבמהותם אינם מתאימים לבירור משפטי, ומקום בירורם הוא בגוף המומחה לכך – יהא זה גוף צבאי, פוליטי או חינוכי – וגבולות התחומים הללו נתבעים להיקבע לפי "חוש המומחיות של המשפטן".

חברי [=השופט ברק] "תוקף" את מוסד חוסר השפיטות בחשיבה משפטית-מתמאטית "פשוטה": המשפט הוא כל יכול, ומכאן – בית המשפט הוא כל יכול, והמסקנה המתבקשת היא – שהשופט הוא כל יכול, וקנה המידה שבידו הוא עקרון הסבירות, שאף הוא כל יכול. **דרך חשיבה כל יכולה זו אינה מקובלת עלי.** כבר אמרנו במקום אחר כי יסוד היסודות של דמוקרטיה נאורה הוא "שלטון המשפט ולא שלטון השופט" [...]. חברי רואה את נושא חוסר השפיטות כפרובלמטי, ולמעשה, כלא מוצדק וכלא קיים. לדעתי, חשיבות יתרה נודעת לעקרון חוסר השפיטות – כאשר נעשה בו שימוש בנושא הראוי – לטובתן של הרשות השיפוטית והרשות הפוליטית גם יחד ולטובתו של הנושא גופו שלגביו ייקבע שאינו שפיט [...]. ועל כגון דא אמרתי, מעניין לעניין באותו עניין, בהעברת לשון: "שפטת מרובה לא שפטת".⁸³

השופט אלון התנער אפוא מניסיונו של ברק לדחוק את דוקטרינת השפיטות המסורתית אל מחוץ לכותלי בית המשפט. בעיניו, הייתה השפיטות כלי חיוני לשמירה על הפרדת הרשויות ולבירור אפקטיבי של כל סוגיה בפורום המתאים לדיון בה. אלון חשש מפני בירור תדיר של סוגיות שאינן מתאימות לבירור משפטי בבית המשפט וחשש כי זניחת דוקטרינת השפיטות תוביל לריכוז סמכויות מופרז בידי רשות אחת שתפגע ביכולת התפקוד של הרשויות האחרות. למרות יחסם השונה לשאלת השפיטות הנורמטיבית מצא אלון שותף לחששות אלה בנשיא שמגר.⁸⁴

השופט לנדוי: חוסר הסבירות שבחוסר השפיטות

גם נשיא בית המשפט העליון בדימוס משה לנדוי – שכבר פרש באותם ימים מכס השיפוט אך המשיך להתבטא בבמות אקדמיות – הסתייג מגישתו של השופט ברק בעניין **רסלר**. ביקורתו של לנדוי התמקדה בשימוש שעשה ברק במושג "הסבירות" – כקנה המידה המרכזי להכרעה בשאלת שפיטות הסוגיה והתערבות בהחלטות מנהליות – והוא כרך את ביקורתו כנגד השפיטות עם הביקורת כנגד השימוש בסבירות כעילת ביקורת עצמאית:

"אלון הדגיש כי ישנם נושאים שבמהותם אינם מתאימים לבירור משפטי, ומקום בירורם הוא בגוף המומחה לכך – יהא זה גוף צבאי, פוליטי או חינוכי – וגבולות התחומים הללו נתבעים להיקבע לפי "חוש המומחיות של המשפטן".

"גם נשיא בית המשפט העליון בדימוס משה לנדוי – שכבר פרש באותם ימים מכס השיפוט אך המשיך להתבטא בבמות אקדמיות – הסתייג מגישתו של השופט ברק בעניין רסלר."

[...] השימוש העקבי במושג הסבירות כקנה מידה "גלובלי", עונה את הכל, לבדיקה שיפוטית של פעולה מנהלית (כולל גם פעילותה המנהלית הפנימית של הכנסת) מביא את בית־המשפט אל תוך מבוי סתום של תוצאות שהדעת אינה סובלתן (ואם תמצני לומר: לתוצאות בלתי־סבירות לחלוטין). קיימת סתירה פנימית בין עצם גמישותו של מושג הסבירות, שהפוסק יכול לצקת בו תוכן על פי הבנתו, לבין העלאת אותו מושג לדרגת קנה מידה קשיח. כך נהפכת נוסחת הסבירות לכעין מילת צופן, חסרת תוכן מוגדר משלה, המשמשת מכשיר אובייקטיבי, כביכול, בידי השופט, אך לאמיתו של דבר מופעל באמצעותו שיקול דעתו הסובייקטיבי של השופט, גישה המתבטא במלאכת האיזון בין אינטרסים נוגדים, כפי שאלה נראים בעיני השופט. גישה דדוקטיבית אפריורית בכגון דא עלולה להביא לידי אותו ריכוז־יתר של כוח בידי הרשות השופטת, שמפניו התריע הנשיא שמגר [בפסק דינו בעניין רסלר], תוך חדירה עמוקה אל התחום החייב להיות שמור לרשויות המבצעות־המנהליות במדינה.⁸⁵

הנשיא לנדוי סבר כי כאשר בית המשפט מחליט אם עתירה פלונית שפיטה – באמצעות קנה המידה של סבירות המעשה המנהלי – הרי שלמעשה הוא מפעיל את שיקול דעתו הסובייקטיבי במסווה של מושג משפטי אובייקטיבי. לא זו אף זו, מבחן הסבירות מבטל את השפיטות כמחסום סף משום שהוא יוצר עילת ביקורת שיוצרת קנה מידה משפטי לבירור כל שאלה וקובע אותה כמבחן שבו השופט בוחן את הטענה לגופה, מכריע בה בהתאם למצפונו הסובייקטיבי ובעקבות זאת מגדיר את שפיטותה.

במידה מסוימת צפה לנדוי את העתיד. אומנם הרטוריקה שנקט ברק באותן שנים לא התיימרה לבטל כליל את השפיטות כמבחן סף, אלא לצמצמה למקרים של חוסר שפיטות מוסדית, אך השימוש בה כמעט פסק.

רות גביזון: בג"ץ בשבתו בלב השיח הפוליטי

לביקורת מצד שופטי בית המשפט העליון הצטרפו גם חוקרים מן האקדמיה – וביניהם רות גביזון. גביזון הדגישה כי יש מחיר לבחינת העתירות גם אם הן נדחות לבסוף:

ראשית, יש לעמדה זו השלכות, ישירות או עקיפות, בפסיקה. עתירות בנושאים שבכל שיטת משפט אחרת היו מוכרזים כבלתי שפיטים, ולכן לא היו מגיעות לבית המשפט, נמצאות בתדירות גבוהה על סדר היום של בג"ץ שלנו. הדבר מחייב היערכות של הפרקליטות וגיבוש תשובות מסודרות של הרשויות, הנדרשות להסביר החלטות במונחים משפטיים. אף כאשר העתירות נדחות, נוצר במידה רבה הרושם כי הפורום ההולם לדין בהן הוא, לפחות חלקית, בג"ץ. הדבר מגביר במידה רבה את אי־הבהירות המשפטית, וגורם להאצת התהליך של הפניית סוגיות ציבוריות שנויות במחלוקת לבית המשפט. במקרים רבים, הדיון בבג"ץ הופך להשמעה של טענות ציבוריות ופוליטיות.⁸⁶

בדבריה הצביעה גביזון על העלויות המושגות על מערכת המשפט – בית המשפט והפרקליטות – אשר נדרשת להמשיג טענות שאינן משפטיות אלא פוליטיות וציבוריות, במונחים משפטיים.⁸⁷ גביזון הדגישה גם את הבעייתיות שבהנמקות שיפוטיות אשר מבוססות על הנחת "הכול שפיט" ולפיכך עוסקות בהכרעות ערכיות אף כשהן כלל אינן נדרשות להכרעה בסכסוך לגופו, באוביטר.⁸⁸ תפיסה זו, כאילו בית המשפט יכול לעסוק בכול ואין שאלות שאינן ניתנות להכרעה בידי, מכוונת את המערכת כולה לדין במונחים משפטיים גם בשאלות שאינן משפטיות כלל כמו מהות המשפחה, שאלת הזהות היהודית, מהותה של הדמוקרטיה וכיוצא בזה.

**"גביזון הדגישה
גם את הבעייתיות
שבהנמקות
שיפוטיות אשר
מבוססות על הנחת
"הכול שפיט"
ולפיכך עוסקות
בהכרעות ערכיות
אף כשהן כלל אינן
נדרשות להכרעה
בסכסוך לגופו."**

1.6. בעקבות פסק דין רסלר: זניחת דוקטרינת השפיטות בפסיקת בית המשפט העליון

בעקבות פסק הדין בעניין **רסלר** השתנה יחסו של בית המשפט לשאלת השפיטות. בעוד הנחת היסוד המקובלת קודם לפסק הדין הייתה שישנם תחומים שאינם מתאימים לבירור משפטי, הרי שבעקבות ההבחנה בין השפיטות הנורמטיבית והמוסדית נהפכה ברירת המחדל על פיה. מעתה, ביכולתו של בית המשפט להכריע בכל סוגיה, ולא נדרש ממנו אלא להחליט אם לדידו רצוי לעשות זאת. למשל, בעוד קודם לכן עתירות בנושאי מדיניות חוץ וביטחון היו נושאים מובהקים שמקומם לא יכירם בין כותלי בית המשפט, מעתה החלו השופטים לדון אפילו בנושאים כאלה כפי שנראה להלן – ודחיית עתירות מחמת אי־שפיטות הפכה למאורע נדיר.

מבחן האופי הדומיננטי לזיהוי חוסר שפיטות מוסדית – שטבע השופט שמגר – המשיך לשמש בפסיקה; אך בפועל עם השנים רוב שופטי העליון קיבלו את גישתו – השונה בתכלית – של השופט ברק, שביקשה לצמצם למינימום את דוקטרינת השפיטות ולכן השימוש במבחן הלך ופחת,⁸⁹ ותפיסתו של ברק הפכה לדומיננטית.

יתרה מזאת, כפי שנראה בהמשכו של סעיף זה, כמה משופטי בית המשפט – ובראשם השופטים ג'ובראן ופרוקצ'יה – צעדו צעד נוסף. לדידם, אין לעשות עוד שימוש בדוקטרינת השפיטות כעילת סף ויש לבחון כל מקרה לגופו על יסוד דוקטרינת הסבירות. בעוד ברק עצמו סבר כי השפיטות עודנה משמשת **מבחן סף** במקרים של אי־שפיטות מוסדית, הרי שגישה חדשה זו גורסת כי יש לבחון את השפיטות כמבחן המציב **אמת מידה** להתערבות השפיטות. במקום שהשפיטות תהא מבחן בינארי על הסף – שפיט או בלתי שפיט – רואה גישה זו את השפיטות כמנעד: ככל שהחלטה היא פחות שפיטה, כך התערבות בית המשפט תהיה מצומצמת יותר.⁹⁰ גישה זו פוסעת כאמור בעקבות גישתו של ברק שתמך בצמצום דרמטי של זיהוי מקרים בלתי שפיטים וראה בהם אילוץ בלתי רצוי, אך היא מרחיקת לכת הרבה יותר.

נוכח גישה זו נראה כי ניתן לשרטט את השפעת פסק דין **רסלר** על הפסיקה כעשויה משני היבטים. היבט אחד הוא שינוי מבחן השפיטות ממבחן סף לבחינה מהותית של הטענות לגופן: במקום שבית המשפט יקבע כבר בתחילת הדיון כי נושא העתירה בלתי שפיט, הוא בוחן את טענות הצדדים ולאחר מכן מכריע בשפיטות הסוגיה – אך לעולם תחצה העתירה את הסף והסוגיה תיבחן לגופה.⁹¹

”מבחן האופי
הדומיננטי לזיהוי
חוסר שפיטות
מוסדית – שטבע
השופט שמגר –
המשיך לשמש
בפסיקה; אך
בפועל עם השנים
רוב שופטי העליון
קיבלו את גישתו
– השונה בתכלית
– של השופט
ברק, שביקשה
לצמצם למינימום
את דוקטרינת
השפיטות.”

”במקום להחיל מבחן דוקטרינרי-בינארי – שפיט או בלתי שפיט – על פי הטעמים שצוינו בעבר בפסיקה. מעתה בית המשפט בוחן את השפיטות כסטנדרט: ’עד כמה’ השאלה שפיטה כאמת מידה ל’עד כמה’ נדרש בית המשפט להתערב בעניין.”

”בהתאם לתהליך ששרטטנו, החל משנות השמונים נשחקה העמדה המסורתית ובית המשפט העליון הצהיר על נכונותו העקרונית לבחון את חוקיותם של הליכים פנים-פרלמנטריים.”

היבט שני של פסק דין **רסלר** הוא שינוי המבחן מכלל לסטנדרט. במקום להחיל מבחן דוקטרינרי-בינארי – שפיט או בלתי שפיט – על פי הטעמים שצוינו בעבר בפסיקה (הימנעות מהתערבות בשאלות פוליטיות, בשאלות הדורשות מומחיות או בשאלות של מדיניות), מעתה בית המשפט בוחן את השפיטות כסטנדרט: **”עד כמה”** השאלה שפיטה כאמת מידה ל**”עד כמה”** נדרש בית המשפט להתערב בעניין.⁹²

סכסוכים פנים-פרלמנטריים

דוגמה מובהקת לשחיקה שחלה בריסון העצמי השיפוטי ולזניחת דוקטרינת השפיטות היא יחסו של בית המשפט לעתירות בנושאים פנים-פרלמנטריים – כלומר עיסוקו בסוגיות הנוגעות לסדרי עבודת הכנסת בוועדות ובמליאה. על פי רוב, עתירות ממין זה מובאות לפתחו של בית המשפט בידי חברי הכנסת עצמם – פעמים רבות בידי חברי כנסת מהאופוזיציה – ובית המשפט מתבקש לשמש כמכריע בסכסוך הפוליטי-פרלמנטרי.

גישתו המסורתית של בית המשפט כלפי עתירות אלו הייתה שיש לדחותן על הסף – במטרה לשמור על הפרדת הרשויות ועל הכבוד ההדדי שבין הרשויות; מתוך תפיסה שההליכים הפנימיים בכנסת הם כר לעימותים פוליטיים ואין ראוי שבית המשפט יכריע בהם; וכדי להגן על בית המשפט מהצפתו בסכסוכים פוליטיים תדירים ומגרירתו לזירה הפוליטית.⁹³ גישה זו הלמה את הגישה הקלאסית בדין האנגלי שראתה את הפרוצדורה הפרלמנטרית כבלתי שפיטה.⁹⁴

אלא שבהתאם לתהליך ששרטטנו, החל משנות השמונים נשחקה העמדה המסורתית ובית המשפט העליון הצהיר על נכונותו העקרונית לבחון את חוקיותם של הליכים פנים-פרלמנטריים. לראשונה קבע זאת בית המשפט בעניין **פלאטו שרון** שנסב על החלטתה של ועדת הכנסת להשעות את חבר הכנסת פלאטו שרון לאחר שהורשע בביצוע עבירה פלילית עד לביורו הערעור.⁹⁵ בית המשפט קבע כי העניין מצריך הכרעה שיפוטית – ומתאים להכרעה שיפוטית – וזאת באמצעות שימוש ב**”חוש המומחיות של המשפטן”**.⁹⁶ לפי בית המשפט, השעיית חבר כנסת היא הפעלת סמכות מעין-שיפוטית שיש בה חשיבות יתרה – בשל השפעתה על האינטרס הציבורי של קהל הבוחרים של חבר הכנסת פלאטו שרון – ולכן אין להותירה בבלעדיות בידי חברי הכנסת הגם שהחוק מפקיד את הסמכות בידיהם.⁹⁷

**”במקום
שהשפיטות תהא
מבחן בינארי
שימנע את הדיון
בה מלכתחילה,
מגדיר המרכיב
הפוליטי את רוחב
שיקול הדעת
השיפוטי.”**

כשנה לאחר מכן שב בית המשפט על קביעה זו בעניין **שריד** אשר הפך להלכה המנחה והמקובלת באשר להתערבות בית המשפט בהליכים פנים-פרלמנטריים. חבר הכנסת יוסי שריד עתר בדרישה להורות ליו”ר הכנסת כי החלטתו לדחות הצבעת אי-אמון בממשלה סותרת את תקנון הכנסת ולפיכך בלתי חוקית. בית המשפט “הישן” היה דוחה עתירה זו על הסף כבלתי שפיטה ונמנע מלהתערב בהליכים פנים-פרלמנטריים; אולם בית המשפט של שנות השמונים סבר כי הנושא שפיט – משום שגם הכנסת מחויבת ל”שלטון החוק” ולכן כפופה לביקורת בית המשפט.⁹⁸ בפסק הדין קבע השופט ברק כי אמת המידה לבחינת המקרה – ולהכרעה אם ראוי לו לבית המשפט להתערב – היא “מידת הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים ומידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של המשטר החוקתי”.⁹⁹ ברק הכריע כי העתירה איננה מלמדת על פגיעה שכזו אך הניח את היסוד להתערבות עתידית – כפי שאכן אירע.

כעבור שלוש שנים, ב-1985, בעניין **סיעת כך**, פסל בית המשפט את החלטתו של יו”ר הכנסת שלא לאפשר לסיעת “כך” שמנתה חבר כנסת יחיד להגיש הצעת אי-אמון בממשלה.¹⁰⁰ השופט ברק קבע כי ההחלטה מנוגדת לתקנון הכנסת ולפיכך בטלה. כך, בהפעילו את הלכת **שריד**, מבחן “מידת הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים”, התערב בית המשפט בהתנהלותה היומיומית של הכנסת ופסל את החלטת יושב ראשה. במקרה אחר פסל בית המשפט את החלטת יו”ר הכנסת שלא להניח על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית של חבר הכנסת מאיר כהנא משום שלדעת יו”ר הכנסת הצעת חוק זו גזענית היא.¹⁰¹ במקרה נוסף פסל בית המשפט את החלטת מליאת הכנסת ליטול מחבר כנסת מכהן את חסינותו בהיעדר תשתית עובדתית מספקת.¹⁰² באופן דומה, בשני מקרים נוספים שעסקו בהחלטת הכנסת בנוגע להסרת חסינות – עניין פנחסי ועניין גורלבסקי¹⁰³ – פסל בית המשפט את החלטת הכנסת.

אף שגם היום בית המשפט נוטה שלא להתערב בעתירות שבאלו, הוא עושה זאת רק לאחר בחינת הטענות המהותיות ודחיית העתירות לגופן – בקובעו כי מתחם הביקורת השיפוטי בהליכים פנים-פרלמנטריים צר.¹⁰⁴ למשל, לאחרונה דן בית המשפט בעתירה נגד החלטת מליאת הכנסת שאישרה את הרכב ועדות הכנסת תוך פגיעה בייצוגן של מפלגות האופוזיציה. ביחס לטענה כי הנושא בלתי שפיט סברה הנשיאה חיות כי “ככל שהמרכיב הפוליטי בהחלטה הוא בעל משקל רב יותר, כך יידרש בית המשפט לריסון גדול יותר”.¹⁰⁵ במילים אחרות, במקום שהשפיטות תהא מבחן בינארי שימנע את הדיון בה מלכתחילה, מגדיר המרכיב הפוליטי את רוחב

”מכל הטעמים הללו נחשבו יחסי החוץ והמדיניות הביטחונית מאז ומעולם בנושאים המצויים בליבת אי-השפיטות.”

שיקול הדעת השיפוטי אולם עצם קיום העתירה והערות השופטים בדיון שימשו את הצדדים במשא ומתן גם מבלי שקיימת התערבות פורמלית של בית המשפט. במקרה נוסף דן בית המשפט בהיעדר ייצוג לאופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים. גם בעניין זה סבר בית המשפט כי בשל היעדר עילה משפטית אין מקום להתערבותו,¹⁰⁶ אולם אף כאן דן בית המשפט בסוגיה, בפסק דין ארוך ומנומק, והציע את השיקולים השונים שעמדו על הפרק תוך שהתערבותו משפיעה על התוצאה הסופית – במקום להותיר את התנהלותה הפנימית של הכנסת לפיקוחה העצמי ולפיקוח ציבור הבוחרים.

פסק הדין בעניין **אדלשטיין** הוא דוגמה מובהקת לתהליך שחיקת הריסון העצמי השיפוטי ולזניחת דוקטרינת השפיטות כלפי הליכים פנים-פרלמנטריים. בהחלטת בית-המשפט הורה בית המשפט ליו”ר הכנסת, יולי אדלשטיין, לכנס את מליאת הכנסת לבקשת רוב חברי הכנסת לצורך בחירת יו”ר קבוע הגם שטרם גובשה ממשלה חדשה כפי שדורש התקנון. בית המשפט קבע כי בחירת יו”ר חדש בעיתוי הנוכחי “הכרחית, שהרי בלעדיה ייפגעו: מרקם החיים הדמוקרטיים ויסודות המבנה של שיטתנו הפרלמנטריים.”¹⁰⁷ אם בעבר סלד בית המשפט מעיסוק בהתנהלותה היומיומית של הכנסת, אפילו במקרים מובהקים של הפרת הוראת תקנון, כיום הוא פותח שערי לעתירות ממין זה; כל שכן שאיננו נרתע מהכרעה ועיסוק מהותי בסוגיות אלו.¹⁰⁸

מדיניות חוץ וביטחון

שינוי דומה התחולל גם בשאלת המעורבות השיפוטית בעתירות נגד מדיניות בכלל – ומדיניות בתחומי החוץ והביטחון בפרט. יחסי החוץ של המדינה וקביעת מדיניות ביטחונית נחשבו בעבר לנושאים בלתי שפטים. ניתן להסביר זאת בנימוקים רבים: היעדר לגיטימציה דמוקרטית להכריע בנושאים שבלב הפרורוגטיבה של השלטון; היעדר המומחיות השיפוטית בנושאים אלו; היעדר עדיפות מקצועית של בתי המשפט על הרשות המבצעת; וחוסר יעילות ו”הטיית הבדיעבד” של הגורמים השיפוטיים. מכל הטעמים הללו נחשבו יחסי החוץ והמדיניות הביטחונית מאז ומעולם בנושאים המצויים בליבת אי-השפיטות.

**”עתה סבר בית
המשפט כי בידו
קנה המידה
המשפטי להכרעה
ממין זה, אלא
ששיקול הדעת
המוקנה לממשלה
רחב מאוד ולפיכך
בית המשפט
מצמצם התערבותו.
מכלל לאו אתה
שומע הן: במקרים
שיחפוץ בכך,
בסמכותו של בית
המשפט להתערב.”**

ואכן, כבר בעשורים הראשונים לאחר קום המדינה אימץ בית המשפט העליון את מחסום השפיטות בעתירות שעסקו במדיניות החוץ של מדינת ישראל. כאמור, בעניין ריינר, נדחתה על הסף עתירה נגד קשירת יחסים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית – מחמת היעדר שפיטות.¹⁰⁹ בשנות התשעים דחו השופטים עתירה נגד שיחות השלום שערכה ממשלת ישראל עם ממשלת סוריה, בקובעם כי:

עצם נושא העתירה – היינו אופן ניהול מדיניות החוץ של מדינת ישראל – מקומו לא יכירנו בבית משפט זה. בשורה ארוכה של פסיקה שיצאה מלפני בית משפט זה נקבע, כי הנושא של אופן ניהול מדיניות חוץ על ידי הגורמים המוסמכים לכך הוא בלתי שפיט.¹¹⁰

אלא שלמן ראשית שנות האלפיים החל בית המשפט לבחון עתירות לגופן אפילו כאשר נסובו על נושאים מדיניים מובהקים ונמנע מלדחותן על הסף. למשל, בעניין **פולארד הראשון** התבקש בית המשפט העליון להורות לממשלה לפעול לטובת שחרורו של יונתן פולארד מן הכלא האמריקני.¹¹¹ בית המשפט אומנם דחה את העתירה אך בנימוקיו של השופט זמיר ניתן לזהות מעבר לאפשרות של ביקורת שיפוטית מהותית – בניגוד לדוקטרינה שנהגה בעשורים הקודמים:

העניין הנדון מצוי, בכל הנוגע לפעילות הממשלה המכוונת לשחרור העותר, בתחום מדיניות החוץ של ישראל. הוא מחייב מגעים עם ממשלת ארצות הברית ברמות שונות, לרבות הרמה של ראשי המדינות. בתחום זה, כידוע, שיקול הדעת של הממשלה רחב מאוד, ובהתאם לכך הביקורת של בית המשפט מצומצמת מאוד.¹¹²

בעוד קודם לכן נתפס הנושא כולו כבלתי שפיט – דהיינו כבלתי ניתן להכרעה שיפוטית, מחמת היעדר קנה מידה משפטי – הרי שעתה סבר בית המשפט כי בידו קנה המידה המשפטי להכרעה ממין זה, אלא ששיקול הדעת המוקנה לממשלה רחב מאוד ולפיכך בית המשפט מצמצם התערבותו. מכלל לאו אתה שומע הן: במקרים שיחפוץ בכך, בסמכותו של בית המשפט להתערב.

בדרך דומה צעדה השופטת פרוקצ'יה בעניין **פולארד השני**, שגם בו נתבקש בית המשפט לחייב את הממשלה לפעול למען שחרורו של יונתן פולארד מהכלא האמריקני. לדידה, אין לקבוע כי הנושא בלתי שפוט ולהוציאו כליל מתחומי הביקורת השיפוטית אלא יש להפעיל ביקורת שיפוטית לפי שיקול הדעת של בית המשפט; אך כיוון שמדובר בנושא בעל אופי מדיני מובהק על בית המשפט להתערב במקרים חריגים בלבד. כלשונה:

על פי גישה אחת, תחום זה גורר אי שפיטות מוסדית, המוציאה מלכתחילה ענין מדיני מתחומיה של הרשות השיפוטית [...] הגישה האחרת, שאני שותפה לה, גורסת כי **בית המשפט אינו משולל סמכות להתערב גם בענין בעל אופי מדיני המובא בפניו, אלא שסמכות זו טעונה שיקול דעת שיפוטית, ומכח שיקול דעת זה, בית המשפט יימנע דרך כלל מלהתערב בעניינים בעלי אופי מדיני מובהק, אלא בנסיבות חריגות ביותר.**¹¹³

לגישה זו הצטרף גם השופט רובינשטיין כאשר דחה את תחולת כלל אי־השפיטות המוסדי ואימץ את כלל שיקול הדעת השיפוטי גם בענייני מדיניות חוץ מובהקים כגון בעתירה שדרשה מממשלת ישראל לפעול לפיצוי ליהודי עיראק תמורת הרכוש שהותירו בטרם עלו לארץ; ¹¹⁴ וכאשר דחה בקשות להורות למדינה להותיר על תילם בתי כנסת במהלך ההתנתקות, דרישה שהייתה מחייבת את מדינת ישראל לכלול זאת במשא ומתן בינלאומי בנושא.¹¹⁵

מהלך דומה ניתן לזהות ביחסו של בית המשפט העליון לעניינים הנוגעים למדיניות הביטחונית של מדינת ישראל. בעשורים הראשונים למדינה, בית המשפט גזר על עצמו ריסון שיפוטי ונמנע מהתערבות בסוגיות ביטחוניות. כך לדוגמה נדחתה העתירה בעניין **אשכנזי**, שהוצגה לעיל, שבה נתבקשו השופטים להורות לשר הביטחון לקיים תחקיר על מחדלי הלחימה במלחמת יום הכיפורים. בית המשפט קבע כי "נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו – אינם שפיטים".¹¹⁶

באופן דומה, בעניין **ברגיל** נדחתה עתירה נגד מדיניות הקמת יישובים בשטחי יהודה ושומרון בנימוק שהיא מתייחסת לנושאי מדיניות.¹¹⁷ כיוצא בזה סבר השופט חשין בעניין **עיאד** כאשר קבע כי יש לדחות את העתירה נגד התוכנית להרחבת שטחה של מעלה אדומים מחמת חוסר שפיטות, באשר היא עוסקת ב"נושא מדיני מובהק הנתון – מראשיתו ומעיקרו – לאחריות של הרשות המדינית".¹¹⁸

**”בהתאם לכרוניקה
המוכרת, בעשורים
האחרונים שינה
בית המשפט
את טעמו ופתח
פתח להתערבות
בסוגיות מדיניות
וביטחוניות –
במצבים שזיהה
כקיצוניים.”**

בעניין **ברכה** דחה בית המשפט עתירה בנוגע לאמצעי הלחימה שמפעיל צה”ל לסיכול פיגועי טרור במסגרת מבצע ”חומת מגן”, משום שנושא זה ”אינו מן הנושאים שבהם בית משפט זה יראה מקום להתערב בהם”.¹¹⁹

אולם, בהתאם לכרוניקה המוכרת, בעשורים האחרונים שינה בית המשפט את טעמו ופתח פתח להתערבות בסוגיות מדיניות וביטחוניות – במצבים שזיהה כקיצוניים. למשל, בשורת עתירות שעסקו בתוואי גדר ההפרדה דחה בית המשפט את העתירות לגופן, אך סבר כי נתונה לו הסמכות לבחון את האיזון הראוי והמידתי בשיקולים הנוגדים: השיקולים הביטחוניים מחד גיסא, והפגיעה בזכויות התושבים מאידך גיסא.¹²⁰ בית המשפט קבע אפוא כי השיקולים הביטחוניים עצמם אינם מוחלטים ותלויים בהכרעת הגורמים הביטחוניים – ולכן ניתן לבחון את סבירותם.¹²¹

כך לדוגמה בעניין **גוסין**, שעסק בעתירה שהוגשה נגד צו להריסת מבנים המשמשים כמפעל בשטחי רצועת כעזה מטעמים צבאיים – מבצעיים, דחה השופט ברק את טענת המדינה כי מדובר בנושא שאינו שפיט:

המשיב פגע בזכות הקניין של העותר. הוא עשה כן בהוצאת צו הריסה. הוא העניק לו זכות שימוע. הוא השהה את ביצוע הצו לארבעה עשר ימים. על רקע זה תמה אני מה מצאה באת כוח המשיב לטעון לפנינו, כי המקרה שלפנינו עומד על ”קצה גבול השפיטות”; כי יש בו כדי להכניס את בית המשפט ”אל תוך זירת המלחמה” וכי אנו מתבקשים בעתירה זו לפקח על ”פעולות לחימתיות”. המקרה שלפנינו רחוק מכל אלה. איננו נכנסים אל תוך זירת הלחימה. איננו קובעים מהי הפעילות הלחימתית שיש לנקוט. פעולתנו הינה נורמטיבית. הננו בודקים אם גישתו המשפטית של המפקד הצבאי, שלפיה הוא מוסמך לפעול על פי הוראת תקנה 23(g) לתקנות האג [5], היא כדיון. בדיקה זו תיעשה לפעמים מראש; לעתים היא תיעשה בדיעבד. בכל המקרים שהיא נעשית בהם היא בוחנת את החוקיות של הפעולה ולא את תבונתה.

**”אפילו עתירות
בסוגיות של ביטחון
ולחימה – שנתפסו
בעבר כליבת אי-
השפיטות – הפכו
שכיחות באולמות
המשפט, כאשר
השופטים מעבירים
תחת שבט
ביקורתם החלטות
שבליבת פעילות
הצבא אפילו תוך
כדי לחימה.”**

איננו מחליפים את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בשיקול דעתנו שלנו באשר לאמצעים הצבאיים שיש לנקוט. אנו בוחנים אם פעולתו של המפקד הצבאי נופלת לגדר מיתחם הפעולות הצבאיות אשר על פי המשפט הבינלאומי הוא רשאי לעשותן.¹²²

היו שופטים שצמצמו למעשה את הדוקטרינה – באמצעות חריג זכויות האדם ומבחן האופי הדומיננטי שפיתח הנשיא שמגר גם אם המשיכו להתייחס אליה כעילת סף. לדוגמה, בפסק הדין בעניין **הוועד הציבורי נגד העינויים** דן בית המשפט במדיניות הסיכולים הממוקדים שהפעילו כוחות הביטחון נגד פעילים בארגוני טרור המעורבים בתכנון פיגועי טרור וביצועם. השופט מצא התייחס לשאלת שפיטות הסוגיה, תוך שימוש בהבחנתו של השופט ברק בין שפיטות נורמטיבית ושפיטות מוסדית. הוא הורה כי ”אין לה, לטענת חוסר השפיטות הנורמטיבית, בסיס משפטי שכן תמיד מצויה נורמה משפטית על פיה יוכרע סכסוך”;¹²³ וביחס לשפיטות המוסדית סבר כי ”יש להכיר בה אך בגבולות מצומצמים מאוד.”¹²⁴

בפסק דינו הציג השופט מצא אופנים מספר להכרעה בשפיטות המוסדית. ראשית ציין כי ”בפסיקתו של בית המשפט העליון מתבלט קו ברור לפיו אין תחולה לדוקטרינה של חוסר שפיטות מוסדית במקום בה עשויה למנוע בחינה של פגיעה בזכויות האדם”. לכן, הסכים השופט מצא לדון בחוקיותה של המדיניות הביטחונית באמצעות חריג זכויות האדם – חריג שהורחב על ידו ללא גבול באופן שביטל למעשה את אי-השפיטות של פעולות לחימה: ”העתירה שלפנינו נועדה לקבוע את המותר והאסור בלחימה העשויה לפגוע בזכות היסודית ביותר של האדם – הזכות לחיים. הדוקטרינה של חוסר שפיטות מוסדית אינה יכולה למנוע בחינה של שאלה זו.”¹²⁵ שנית, אף לדידם של הסוברים כי יש מקום לדוקטרינה של שפיטות מוסדית, סבר השופט מצא כי המבחן המתאים הוא מבחן האופי הדומיננטי שבאמצעותו קבע כי השאלה המרכזית היא שאלת תחולת המשפט הבינלאומי על הסוגיה – ועל כן היא שפיטה.¹²⁶

אם כן, אפילו עתירות בסוגיות של ביטחון ולחימה – שנתפסו בעבר כליבת אי-השפיטות – הפכו שכיחות באולמות המשפט, כאשר השופטים מעבירים תחת שבט ביקורתם החלטות שבליבת פעילות הצבא אפילו תוך כדי לחימה ומזהים את המשפט הבינלאומי כמקור משפטי נורמטיבי שהופך את הסוגיה לשפיטה. בחלק מהמקרים, המשיבים, קציני צה”ל, אפילו דיווחו לשופטים תוך כדי הדיון

**”בפסק דינה
קבעה השופטת
פרוקצ'יה כי ”כלל
אי ההתערבות
בעניינים בעלי
אופי מדיני-
בטחוני-לאומי
אינו כלל מוחלט.”**

מהנעשה בזמן אמת בגזרות הלחימה.¹²⁷ אומנם השופטים נקטו רטוריקה של ריסון בכל הנוגע לבחינת פעילות הלוחמים אולם בסופו של יום המגמה הכללית השתנתה מקצה לקצה, תוך חציית סיפו של בית המשפט עם כל עתירה ומעבר לביקורת שיפוטית מבוססת סבירות אפילו תחת אש:

הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון הינה במצב הדברים הרגיל ביקורת בדיעבד (ex post facto). המעשה שעליו מלינים כבר נעשה. לעתים חולף זמן ניכר בין האירוע לבין בחינתו בבית המשפט העליון, אשר בודק בדיעבד את תוצאותיו במשפט. לא כן המקרה שלפנינו. לא נתבקשנו על ידי העותרים לבחון את משמעותן המשפטית של פעולות הלחימה שכבר בוצעו ונסתיימו. מטרתה של העתירה לכוון את ההתנהגות המיידית של הצבא. הביקורת השיפוטית שלנו היא מראש (ex ante). היא נעשית בעוד פעילות הלחימה עצמה נמשכת. דבר זה מטיל מגבלות מובנות על בית המשפט [...] עם זאת המקרה שלפנינו הוא מיוחד בכך שהבחינה השיפוטית מתקיימת בטרם הסתיימה הפעילות הצבאית, ובעוד חיילי צה”ל נתונים לסיכונים הכרוכים מעצם ניהולה של הלחימה.¹²⁸

יתרה מזו ובדומה למה שראינו לעיל: בעוד הנשיא ברק המשיך לדבוק בגישתו בנוגע לשפיטות הנורמטיבית והמוסדית גם בענייני ביטחון, תוך התערבות גוברת באמצעות צמצום גבולות השפיטות המוסדית,¹²⁹ הרי שהיו מן השופטים שדחו את הכלל בדבר אי-שפיטות מוסדית ואימצו במקומו את כלל שיקול הדעת השיפוטי – הבוחן תמיד את העתירה לגופה.

לדוגמה, בעניין **עמותת אומץ** נתבקש בית המשפט להורות על הקמת ועדת חקירה ממלכתית לחקירת כשלי מלחמת לבנון, בניגוד לפסיקתו בעניין ועדת החקירה במלחמת יום הכיפורים.¹³⁰ בפסק דינה קבעה השופטת פרוקצ'יה כי ”כלל אי ההתערבות בעניינים בעלי אופי מדיני-בטחוני-לאומי אינו כלל מוחלט.”¹³¹

רבים אחרים אימצו כלל זה בפסיקותיהם ודומה כי כלל שיקול הדעת הפך לגישה המקובלת בבית המשפט. למשל, בפסק הדין בעתירה שעסקה במדיניות ההפצצות הארטילריות של צה”ל ברצועת עזה, קבעה הנשיאה דורית ביניש כי נוכח היבטיה המבצעיים של השאלה,

גדרי ההתערבות של בית המשפט מצומצמים.¹³² כך נהג גם המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין כאשר קבע כי בית המשפט העליון ידון בשאלת חוקיות מדיניות איחוד המשפחות שנקבעה במסגרת חוק האזרחות והכניסה לישראל, שכן לדידו על בית המשפט להמיר את מבחן אי־השפיטות בכלל של שיקול דעת שיפוטי.¹³³ כך נהג בית המשפט במקרים רבים נוספים.¹³⁴

דומה כי מי שביטא עמדה זו בצורתה החריפה ביותר היה השופט ג'ובראן, שדבריו בעניין גונן – שבו נידונה החלטת הקבינט לתמוך בהסכם הפיוס עם טורקיה לאחר משט המרמרה – הם דוגמה מובהקת לגישה החדשה:

עיון בפסיקה מגלה כי כלל אי־השפיטות נדחה, הלכה למעשה, מפני הכלל בדבר קיומה של סמכות מצומצמת להתערבותו של בית משפט זה.¹³⁵

דברים אלו מבטאים שוב שינוי יסודי במבחן השפיטות: כל טענה תיבחן לגופה, ואם יימצא כי הטענות לגופן מעלות פגם במעשה השלטוני יתערב בית המשפט העליון. אף לדידו ייתכנו מקרים שבית המשפט יימנע מהתערבות, אך לא מתוך חוסר שפיטות עקרונית (נורמטיבית) ואף לא מתוך חוסר שפיטות מוסדית אלא בהתאם לשיקול הדעת של בית המשפט.

קביעת סדרי עדיפויות ומדיניות כלכלית

החלטות הנוגעות באופן עקיף או ישיר בתקציב המדינה נחשבות אף הן כחלק אינטגרלי מסמכות הרשות המחוקקת והממשלה. המדיניות הכלכלית מעוצבת בידי המנהל ומאושרת – ומפוקחת – על ידי הכנסת. השליטה ב"ארנק" מייחדת את הממשלה והיא דורשת גם את אישורה של הרשות המחוקקת.¹³⁶ לכן, חוסר יכולת לקבוע תקציב הרי הוא אי־אמון בכנסת המכהנת ומביא לבחירות.¹³⁷ לנבחר הציבור ברשות המחוקקת וברשות המבצעת נתונה הסמכות לעצב מדיניות באופן כללי, והאמצעים העומדים לרשותם עוצבו במטרה להבטיח כי בעניינים תקציביים התוויית המדיניות תיעשה באופן מקצועי ויעיל ובעל לגיטימציה ציבורית. הכרעה בשאלות תקציביות היא במקרים רבים גם קביעה של סדר העדיפויות הלאומי,¹³⁸ ולכן נודע לנבחר הציבור מעמד בלעדי בעניין.

”דברים אלו מבטאים שוב שינוי יסודי במבחן השפיטות: כל טענה תיבחן לגופה, ואם יימצא כי הטענות לגופן מעלות פגם במעשה השלטוני יתערב בית המשפט העליון. אף לדידו ייתכנו מקרים שבית המשפט יימנע מהתערבות, אך לא מתוך חוסר שפיטות עקרונית (נורמטיבית) ואף לא מתוך חוסר שפיטות מוסדית אלא בהתאם לשיקול הדעת של בית המשפט.”

**”בעשורים
האחרונים חל
כרסום הדרגתי
בריסון השיפוטי
בשאלות של עיצוב
מדיניות כלכלית.
השינוי התבטא
תחילה ברטוריקה
שיפוטית חדשה
ולאחר מכן
בשינוי מעשי.”**

לעומת זאת, אכיפת פעילות המנהל במסגרת התקציב שיועד לכך נתפסת כפגיעה פחותה בהפרדת הרשויות ובריבונות המחוקק, ומוטלת על הרשות השופטת.¹³⁹ גישה זו הייתה הגישה המקובלת בבית המשפט העליון בעשורים הראשונים לקום המדינה.¹⁴⁰ למשל, בעניין **מרכז רהיטי לכל** שנזכר לעיל, הבחין השופט ש”ז חשין בין קביעת המדיניות הכלכלית, הנתונה באופן בלעדי לשיקול הדעת של המחוקק, לבין אכיפת פעילות המנהל במסגרת המדיניות באופן הגון ושוויוני.¹⁴¹ באופן דומה, בפסק דין משנת 1952 הבהירו השופטים אולשן וויתקון כי יש להבחין בין יחס השלטון לאזרח, הנתון לביקורת שיפוטית, לבין שאלה של מדיניות כלכלית “שאינה נתונה לסמכות בית המשפט”.¹⁴²

בפסק הדין בעניין **לשכת מפעילי האוטובוסים לתיר**, שניתן בשנת 1983, המשיך בית המשפט בהבחנה מקובלת זו בקובעו:

השאלה שלפנינו היא שאלה מובהקת של מדיניות כלכלית, אשר במסגרתה מחליטים הגורמים שהופקדו על כך, אילו ענפים במשק יזכו בסבסוד פלוני, ואילו לא ייהנו ממנו, או מה שיעורו של הסבסוד במקרה זה או אחר. לוי היה לפנינו מקרה, בו ראתה הרשות לאבחן ללא טעם סביר בין שווים, היינו בין העוסקים באותו תחום מקצועי, הרי היה בית המשפט נוטה להתערב כדי למנוע מעשה של איפה ואיפה; אך בית המשפט איננו נוטה להתערב, כאשר המדובר בענפים שונים, אשר צירופם או אי־צירופם להסדר הוא בגדר הבחנה בין שונים ולא בין שווים.¹⁴³

אולם בדומה למה שראינו לעיל, בעשורים האחרונים חל כרסום הדרגתי בריסון השיפוטי בשאלות של עיצוב מדיניות כלכלית. השינוי התבטא תחילה ברטוריקה שיפוטית חדשה ולאחר מכן בשינוי מעשי.

למשל, בעניין **מנחם** נידונה עתירה נגד סעיף בפקודת התעבורה שהתנה קבלת רישיון להפעלת מונית בתשלום אגרה גבוה במיוחד, לטענת העותרים, הדבר פגע בחופש העיסוק שלהם. בית המשפט בחן את הפגיעה האמורה בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד, מתוך הכרה בכך שסעיפי החוק משקפים מדיניות כלכלית־חברתית של הממשלה, אלא שלדידו אין בכך כדי למנוע התערבות שיפוטית:

**”אף שבית המשפט
עשה שימוש נרחב
ברטוריקה בדבר
חופש הפעולה
של המחוקק
בקביעת מדיניות
כלכלית, בפועל
הוא הגביר את
השפעתו באמצעות
התערבות בסדרי
עדיפויות מטעמי
הגנה על זכויות.”**

אף שבית המשפט לא ימשוך ידו מן הביקורת החוקית על חקיקה שעניינה התוויית מדיניות כלכלית והסדרת ענפי המשק, הוא ינהג בה בזהירות. הוא יפעיל ביקורתו החוקתית כדי להגן על זכויות חוקתיות על פי גדריה של פסקת ההגבלה, אך יימנע מעיצוב מחדש של המדיניות המשקית שראה המחוקק לאמצץ.¹⁴⁴

אם כן, כדי שנושא העתירה יוגדר בלתי שפיט אין די בכך שמשמעה של התערבות שיפוטית בנידון יהא התערבות במדיניות הכלכלית. אילו סבור בית המשפט שמדובר במקרה חריג, נתון לו שיקול הדעת להתערב אף בעניין שכזה. בית המשפט שב ונקט גישה זו בעניין **ארגון מגדלי העופות**, כאשר קבע כי כשמדובר בשאלה שבמדיניות כלכלית, בית המשפט לא יתערב ”כל עוד לא חרג המחוקק ממתחם המידתיות הנתון לו”.¹⁴⁵ אף שבאותו מקרה סבר בית המשפט כי אין מקום להתערבותו, השופטים פתחו פתח להתערבות עתידית.

גם בשנים הבאות המשיך בית המשפט לבסס את המעבר משאלות של שפיטות המדיניות הכלכלית לבחינת שיקול הדעת. כך נהג בית המשפט בעניין **עמותת מחויבות** אשר נסב על שאלת חוקתיותה של הפחתת גובה גמלת הבטחת ההכנסה – שלטענת העותרים פוגעת בזכות מקבלי הקצבאות לקיום בכבוד. בפסק דינו הכיר בית המשפט לראשונה בקיומה של זכות חוקתית חיובית ”לקיום בכבוד” המטילה חובות כלכליות על המדינה, אף כי ברי שהכרה בזכות שכזו פותחת פתח עקרוני להתערבות במדיניות הכלכלית.¹⁴⁶ בית המשפט אומנם לא קבע מסמרות באשר לגובה הנומינלי של ההכנסה המקיימת את אותה ”זכות לקיום בכבוד”, ואף לא פסל את החוק, אך די בהכרה העקרונית כדי להראות את השינוי בתפיסה השיפוטית באשר לשפיטות השאלה. בדעת המיעוט של השופט לוי הובעה עמדה קיצונית אף יותר: לדידו ראוי היה לבטל את סעיפי החוק המקצצים בקצבאות על אף ההתערבות הברורה במדיניות הכלכלית.¹⁴⁷

שנים ספורות חלפו והמפנה השיטתי של בית המשפט, שהחל בשינויים רטוריים בעיקרם, הוביל אף להתערבות בהחלטות של מדיניות כלכלית. בשנת 2007 נידונה עתירה בנוגע לחובתה של המדינה למגן מוסדות לימוד ביישובי עוטף עזה מפגיעות רקטות. ברקע עמדה החלטתה של המדינה להסתפק במרחבים מוגנים ולא למגן את הכיתות באורח מלא בגין העלות התקציבית הגבוהה הכרוכה בכך. בית המשפט התערב בשיקול הדעת של הרשות המנהלית והרשות המחוקקת לגבי סדרי העדיפויות התקציביים, וקבע כי יש לאזן את השיקול התקציבי אל מול שיקולים אחרים,

דוגמת השיקול הביטחוני, וכי כאשר בוחנים אידון זה, הרי שהחלטת המדינה "חורגת משמעותית ממתחם הסבירות"¹⁴⁸.

המהפכה החוקתית וההכרה השיפוטית בזכות רחבה לשוויון הובילה גם היא להתערבות נוספת בקביעת מדיניות כלכלית. אף שביית המשפט עשה שימוש נרחב ברטוריקה בדבר חופש הפעולה של המחוקק בקביעת מדיניות כלכלית, בפועל הוא הגביר את השפעתו באמצעות התערבות בסדרי עדיפויות מטעמי הגנה על זכויות. כך אירע בפרשת **הפרטת בתי הסוהר**,¹⁴⁹ ובפרשת **קביעת הטבות מס לאזורי עדיפות לאומית**.¹⁵⁰ באמצעות ביקורת שיפוטית מבוססת-שוויון בית המשפט גם מתערב כיום בהחלטות הרשות המבצעת ובוחן מדיניות כלכלית – בדגש על מדיניות בענייני תמיכות – באופן שלא היה מקובל בעבר.¹⁵¹

שיא חדש נרשם כאשר בית המשפט החל לדון בעיצוב סל התרופות¹⁵² ובהטלת מיסים – נושאים שהיו בעבר הרחק מחוץ לתחומי ההתערבות של בית המשפט – תוך שהוא מבהיר כי גם נושאים של מדיניות כלכלית כמו השוואת המס בין מוצרי טבק לגלגול וסיגריות רגילות ייבחנו על ידו:

מקובלת עלינו העמדה כי התוויית המדיניות בכל הנוגע לקביעתם של שיעורי המס אמורה להיעשות על ידי גורמי המדינה, ובמקרה זה על ידי שר האוצר [...] עם זאת, "מדיניות" אינה מילת קסם הפוטר את הרשות המבצעת מהחובה לנהוג בשוויון או לבחון טענות רציניות בדבר השלכה שלילית של החלטתה על זכויות, במקרה זה הזכות לבריאות. שיקול דעת רחב אינו פטור מהחובות שמטיל המשפט הציבורי.¹⁵³

דוגמאות אלו ממחישות כיצד השפיע ביטול עילת השפיטות וההכרה בזכות לשוויון על מעורבותם של השופטים בקביעת סדרי עדיפויות כלכליות. בית המשפט החל לעסוק בנושאים שהיו בעבר מחוץ להישג ידו, ומרגע שהחל בכך – זרם העתירות הלך וגבר.

היעדר עילה: תחליף למבחן השפיטות?

במקביל לירידת קרנה של דוקטרינת השפיטות במשפט הציבורי, מתרבים המקרים שבהם דוחה בג"ץ עתירות בעלות אופי פוליטי או מדיני בקובעו כי אין עילה להתערבותו. בעשורים האחרונים נדחו מאות רבות של עתירות בקביעה זו; ורבות מן העתירות הללו נסבו על תחומים אשר עד שנות השמונים הוגדרו כבלתי שפיטים.¹⁵⁴

”לכאורה לפנינו תחליף הולם – גם אם בשינוי השם ובהיקף מצומצם – לדוקטרינת השפיטות. אלא שאליבא דאמת, לא כך הם פני הדברים.”

בקביעה זו מכריז אפוא בית המשפט למעשה כי החלטת הרשות הציבורית אינה חורגת ממתחם הסבירות הנתון לה ולפיכך אינה פסולה. הנימוק ”היעדר עילה” הופיע כבר בפסק דינו של השופט ברק בעניין **רסלר**, כאשר דחה את קיומה העקרוני של אי־שפיטות נורמטיבית וקבע כי על בית המשפט לבחון אם יש עילה להתערבותו בהחלטה השלטונית, שכן לשיטתו: ”חוסר שפיטות נורמטיבית אינו אלא היעדר עילה על פי דין”.¹⁵⁵

לכאורה לפנינו תחליף הולם – גם אם בשינוי השם ובהיקף מצומצם – לדוקטרינת השפיטות. אלא שאליבא דאמת, לא כך הם פני הדברים. הקביעה כי אין עילה להתערבות מבוססת על בחינה מהותית של ההחלטה המנהלית ועל הכרעה כי לא נפל בה פגם. היא מניחה כי בית המשפט יכול לעסוק בסוגיה ואף ייתכן שבעתירות אחרות **ראוי** שיעשה זאת, אך בעניין זה אין פגם מהותי בהחלטה. לכן השימוש החלופי ב”היעדר עילה” רחוק מלשמש תחליף נאות לדוקטרינת השפיטות כעילת סף.

כדי להבהיר את ההבדל ניטול דוגמה מן העת האחרונה. כחלק מהתמודדות המדינה עם מגפת הקורונה, הותקנו תקנות חירום. כנגדן הוגשו עתירות רבות מצד גורמים שונים שהושפעו מהן. בכלל זאת עתירה נגד מתווה ”פיילוט” פתיחת הקניונים אשר נדחתה בידי השופטת ברון בקביעה כי אין עילה להתערבות בית המשפט.¹⁵⁶ באופן דומה, הוגשה עתירה נגד הגבלת מספר המשתתפים באירועים וזו נדחתה בידי השופטת וילנר שקבעה כי –

הסעד המבוקש על ידי העותרות הוא התערבות בחקיקת משנה שעניינה בנושאים הנתונים באופן מובהק לשיקול דעתם של גורמי המקצוע במשרד הבריאות. בהקשר זה, קיימת הלכה ברורה ומושרשת לפיה התערבותו של בית משפט זה בשיקול דעתם של הגורמים המנהליים האוחזים במומחיות מקצועית רלוונטית, מצומצמת ותחומה אך למקרים שבהם נפל פגם בהליך קבלת החלטת הרשות המצדיק התערבות שיפוטית.¹⁵⁷

בשני המקרים, בית המשפט דחה את העתירות לגופן בקביעה כי אין עילה להתערבותו; כלומר בקובעו כי לא התקיימה חריגה מהסמכות שהוענקה למקבלי ההחלטות. אך כאמור עצם העיסוק בהחלטה לגופה – בבחינת סבירותה – הוא עצמו חידוש. נראה כי מדיניות בית המשפט אשר פתח את שעריה לכל הרוצה ליטול שיבוא וייטול, היא שעודדה הגשת עתירות כנגד מדיניות הממשלה והובילה להצפת

**”ישנם תחומים
בודדים שעודם
נתפסים כבלתי
שפיטים. זיהוים
של מקרים שכאלו
התבסס על מבחן
האופי הדומיננטי
שטבע שמגר.”**

בתי המשפט במאות רבות של עתירות העוסקות בשאלות שראוי היה להותירן להכרעה מחוץ לכותלי בית המשפט. כך למשל לצד העתירות שנדחו בבית המשפט העליון ביחס למדיניות הממשלה לטיפול במגפת הקורונה, התקבלו עתירות אחרות שבהן ביקרו השופטים את המדיניות הממשלתית ועצם הדיון בעתירות הוביל לשינוי המדיניות הממשלתית.¹⁵⁸

1.7. איים של שפיטות

שימוש במבחן האופי דומיננטי

כפי שראינו בהרחבה בסעיף הקודם, בעשורים האחרונים הלכה ונזנחה דוקטרינת השפיטות ומתחומים מסוימים כמעט שנעלמה כליל. אכן, למרות הכרסום בדוקטרינה, ישנם תחומים בודדים שעודם נתפסים כבלתי שפיטים. זיהוים של מקרים שכאלו התבסס על מבחן האופי הדומיננטי שטבע שמגר,¹⁵⁹ שלפיו מקרים שבהם השאלה העיקרית השנויה במחלוקת היא פוליטית או ציבורית יידחו מחמת אי־שפיטות מוסדית.¹⁶⁰

לדוגמה, ביחס לשאלת חוקיות ההתיישבות היהודית ביהודה ושומרון נקבע לא פעם כי מבחינה מוסדית העניין אינו שפיט. לאחרונה שב בית המשפט על טיעון זה, כאשר הנשיאה חיות דחתה טענות עקרוניות נגד הקמת היישוב עמיחי שלטענת העותרים איננה עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי. לדידה, ”מדובר בסוגיה מדינית מובהקת אשר בית משפט זה אינו נדרש אליה מטעמים של אי שפיטות מוסדית”.¹⁶¹ באופן דומה, דחה השופט פוגלמן טענות נגד חוקיות ההתנחלויות בשל אי־שפיטות מוסדית.¹⁶² בעניין זה צעדו השופטים בעקבות שמגר עצמו שבעניין **ברגיל** – עתירה כנגד מדיניות הקמת יישובים ביהודה ושומרון – הפעיל את מבחן האופי הדומיננטי ודחה את העתירה בקובעו ש”אופי השליט של הנושא המועלה בעתירה הוא מדיני מובהק”.¹⁶³ בדומה, השופט אליהו מצא דחה בעניין **עיאד**, עתירה נגד הרחבת שטחה של מעלה אדומים, בקובעו שהסוגיה שבבסיס העתירה היא בעלת אופי מדיני דומיננטי הגובר על אופיה המשפטי ולפיכך העתירה בלתי שפיטה.¹⁶⁴

גם בעתירת התנועה לאיכות השלטון נגד הטלת מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת הנאשם בפלילים דן השופט מזוז בשפיות העתירה תוך יישום מבחן האופי הדומיננטי. על בסיס מבחן זה קבע מזוז כי שיקול הדעת של חברי הכנסת בהמלצתם לנשיא להטיל על חבר כנסת את מלאכת הרכבת הממשלה אינו שפיט מבחינה מוסדית בשל אופיו הפוליטי הדומיננטי.¹⁶⁵

בדומה, בעניין **קוונטינסקי** שבו נפסל חוק להטלת מס על דירה שלישית בשל פגם בהליך חקיקתו, סבר השופט מזוז בדעת מיעוט כי על בית המשפט לדחות את העתירה בשל הצורך בכבוד הדדי בין הרשויות:

כזכור, החוקה שלנו הפקידה במפורש בידי הכנסת את הסמכות לקבוע את סדרי עבודתה (סעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת), ואל לו לבית המשפט להסיג את גבולה של הכנסת בעניין זה, ככל שאין מדובר בהפרה מהותית של נורמה חוקתית. שיקול זה של הפרדת רשויות וכיבוד הדדי בין הרשויות הודגש במיוחד בכל הנוגע להליכי החקיקה, שהם ליבת תפקידה של הכנסת כבית המחוקקים של מדינת ישראל.¹⁶⁶

בדבריו, הביע מזוז חשש מהתערבות בית המשפט בשני היבטים: ראשית, קיים חשש כי העיסוק בהליך פנים־פרלמנטרי יוביל לפוליטיזציה של בית המשפט; שנית, ההליך אינו ניתן לבחינה באמצעות אמת מידה משפטית בשל האפיון הפוליטי הדומיננטי.¹⁶⁷ בכך, הזכיר מזוז נימוקים הקשורים הן לשפיטות המוסדית, הן לשפיטות הנורמטיבית.

מבין שופטי בית המשפט העליון המכהנים כיום בולטת גישתו של השופט סולברג אשר ככלל ממשיך ליישם את דוקטרינת השפיטות באמצעות מבחן האופי הדומיננטי. למשל, בעתירה שבה נתבקש בית המשפט להכיר בלאום "ישראלי" במקום "יהודי" – עתירה אשר התגלגלה לפתחו עוד כששפט בבית המשפט המחוזי – הורה השופט סולברג כי

קביעת אופיו הדומיננטי של עניין, גם היא איננה תמיד קלה וברורה כשלעצמה, אך יש בה כדי לשמש משען לשופט אשר נדרש לשאלה של שפיטות. אין בכוחה לפתור לגמרי את המבוכה, אך יש בה כדי לסייע למגשש באפלה זו של סוגיית השפיטות לברור את הדרך שבה ילך.¹⁶⁸

**”יישום מבחן
האופי הדומיננטי
של הסוגיה הוביל
את סולברג
למסקנה כי ההיבט
הדומיננטי הוא
לבר־משפטי, וכי
”אין לבית המשפט
יתרון יחסי על
פני אחרים ודעתו
שלו אינה בהכרח
ה’נכונה’.”**

יישום מבחן האופי הדומיננטי של הסוגיה הוביל את סולברג למסקנה כי ההיבט הדומיננטי הוא לבר־משפטי, וכי ”אין לבית המשפט יתרון יחסי על פני אחרים ודעתו שלו אינה בהכרח ה’נכונה’.”¹⁶⁹ על יסוד זה דחה השופט סולברג את התביעה. בערעור שהוגש לבית המשפט העליון הסכים השופט פוגלמן לתוצאת פסק דינו של השופט סולברג, אך סבר כי ככל שמדובר בהכרעות הנוגעות למרשם האוכלוסין, הן שפיטות על אף רגישותן.¹⁷⁰

בפסק הדין הביע השופט סולברג גישה עקרונית ביחס לחשיבות דוקטרינת השפיטות והשימוש במבחן האופי הדומיננטי ואף מתח ביקורת על הישענות בלעדית על מבחן ”חוש המומחיות של המשפטן”:

על השופט לתת דין, הן לעצמו והן לבעלי הדין, מה הניעו לפסוק אם נושא שבא בפניו הוא שפיט, אם לאו. תחושותיו של השופט, ואף אותו דבר היולי הנקרא ”חוש המומחיות של המשפטן”, אינם נותנים מענה לצורך במתן יציבות לדין, לדרישה כי ניתן יהיה לצפות את ההכרעה השיפוטית במידה סבירה מראש, ולמילוי אחר חובת ההנמקה. אָמון הציבור במערכת המשפט צפוי להיפגע, כל אימת שהנמקה בכגון דא תהא נשענת כל־כולה על חוש המומחיות של המשפטן גרידא. הציבור עלול לייחס לבית המשפט שיקולים זרים על מה ולמה נמנע מלהכריע את הדין.¹⁷¹

מכוחה של גישה זו דחה השופט סולברג עתירות נוספות בעלות אופי פוליטי.¹⁷² כך למשל דחה סולברג עתירה נגד מדיניות הירי של צה”ל בהפגנות באזור רצועת עזה, בין היתר, בעומדו על הקושי בשפיטות הסוגיה.¹⁷³ במקרה אחר, בעניין עיריית סלואד שבחן את חוקתיות ’חוק ההסדרה’, בחן סולברג ומצא כי אופיו הדומיננטי של המקרה הוא פוליטי, אך הסכים לדון בו בשל החריג ביחס לפגיעה בזכויות אדם שהתקבל על ידי השופטים ויתקון ולנדוי.¹⁷⁴

”ריבלין, אשר

**נדרש לסוגיה בשני
פסקי דין בחודשיו
האחרונים על כס
השיפוט, התייחס
לחשיבותה של
הדוקטרינה לשם
שמירה על אמון
הציבור בבית
המשפט העליון.”**

השופט ריבלין: שפיטות ואמון הציבור

קדם לסולברג השופט אליעזר ריבלין שהתבטא לפני פרישתו בשבח השפיטות. ריבלין, אשר נדרש לסוגיה בשני פסקי דין בחודשיו האחרונים על כס השיפוט, התייחס לחשיבותה של הדוקטרינה לשם שמירה על אמון הציבור בבית המשפט העליון. לדבריו:

המשאבים העומדים לרשות בית המשפט, ובראשם אמון הציבור, הם משאבים יקרים ומצומצמים. בית המשפט צריך לאגור מהם, ככל יכולתו, ולהימנע “מבזבזם”, ככל שהדבר ניתן וראוי. הוא זקוק להם ביום פקודה – בבואו להגן על זכויות האדם של אזרחי המדינה, ובראש ובראשונה, על אזרחיה הנמנים על הקבוצות המוחלשות [...] אכן, משיכת ידם של בתי המשפט מלדון ולהכריע בנושאים מסוימים עשויה להיתפס כמגבלה וכחולשה. אך בפועל – מגינים בתי המשפט על עצמם באמצעות הפעלת מנגנונים של סינון. באמצעותם יכול בית המשפט למנוע מעצמו דיון בעניינים שההכרעה בהם ראוי שתרחק ממנו. זו היא פריבילגיה הנתונה לבתי המשפט והיא השומרת על כוחם ועל משאביהם. בכך נותרת האחריותיות במקומה: במגרשן של הרשויות הפוליטיות.¹⁷⁵

בעניין אחר קבע ריבלין כי –

תורות השפיטות משמרות את משאבי הרשות השופטת ומאפשרות לה למקד את כוחותיה לצורך הכרעה בשאלות אשר חיוני כי תכריע בהן. אין המדובר רק במשאבים פיננסיים ומשאבים של זמן כי אם גם במשאבים של אמון הציבור.¹⁷⁶

דברים אלה הם קריאה עקרונית חשובה; אולם נדמה כי מרבית השופטים אימצו גישה אחרת הממעיטה בחשיבות הדוקטרינה.¹⁷⁷

**”הדעות בבית
המשפט כיום
חלוקות בנוגע
לאופי הדוקטרינה
והדרישה לשפיטות
העתירות. במקרים
נדירים עילת
השפיטות עודנה
משמשת כעילת
סף, וכאשר עושים
בה שימוש לרוב
מאמצים השופטים
את מבחן האופי
הדומיננטי של
שמגר. אולם
קיימת מחלוקת
בין שופטים
שממשיכים לעשות
שימוש בדוקטרינה
בהיקף מצומצם
לבין מי שהפסיקו
לראות בה
עילת סף.”**

בכמה פסקי דין מן השנים האחרונות הביע השופט שטיין את יחסו לדוקטרינת השפיטות באופן המהדהד את גישתו של השופט אלון ואת הדוקטרינה המסורתית: מבלי להבחין בין שפיטות נורמטיבית ומוסדית ותוך הידרשות להיעדר קנה מידה משפטי כנימוק מרכזי לדחיית העתירה על הסף. במקרה אחד דחה השופט שטיין עתירה נגד עריכת ביקורים רשמיים של מי שהעותרים טענו שהם ”פושעי מלחמה ותומכים בגזענות” במוזיאון ”יד ושם”, בקובעו כי:

הייתי דוחה את העתירה על הסף [...] מאחר שלא מצאתי בה שום טענה שניתן לשייכה, ולו בדוחק, לעולם המשפט, ומאחר שהסמכות להורות לממשלה כיצד לנהל את מדיניות החוץ של מדינת ישראל לא מצויה בידניו.¹⁷⁸

במקרה נוסף, בעניין **אקרמן**, שעסק בהחלטת הממשלה שלא למנוע העברת כספים מקטאר לרצועת עזה דרך שטחי ישראל, ציין שטיין כי –

באשר להיבט המשפטי של העתירה, סבורני כי עלינו לדחותה על הסף. מדיניות הלוחמה בטרור והסכמי ”תן וקח” שממשלתנו נאלצת, לעתים, לעשות עם אויבינו הם עניינים מבצעיים ופוליטיים מובהקים. כטענת המשיבה, עניינים אלו מצויים בליבת שיקול הדעת המדיני והמבצעי של ממשלת ישראל, ובו אין אנו מתערבים.¹⁷⁹

מן האמור בסעיף זה ובסעיף שקדם לו עולה כי הדעות בבית המשפט כיום חלוקות בנוגע לאופי הדוקטרינה והדרישה לשפיטות העתירות. במקרים נדירים עילת השפיטות עודנה משמשת כעילת סף, וכאשר עושים בה שימוש לרוב מאמצים השופטים את מבחן האופי הדומיננטי של שמגר. אולם קיימת מחלוקת בין שופטים שממשיכים לעשות שימוש בדוקטרינה בהיקף מצומצם לבין מי שהפסיקו לראות בה עילת סף וקבעו במקומה מבחן סבירות המבוסס על שיקול הדעת השיפוטי.

**”מחסום השפיטות
לא ביקש להוציא
מבין כותלי בית
המשפט שאלות
בעלות חשיבות
שולית אלא להותיר
שאלות חשובות
– שעניינן פוליטי
או מדיני – בידי
הציבור.”**

על פי הגישה השנייה, הנחת היסוד נהפכה על פיה – במקום שביית המשפט יניח כי אינו יכול לעסוק בשאלות פוליטיות או מדיניות וידחה את הדיון בעתירה על הסף, הגישה המקובלת כיום בבית המשפט בוחנת את העתירות לגופן ודוחה אותן כאשר לדעת השופטים המדינה לא חרגה מהדיון, או שחרגה במידה שאינה מצדיקה התערבות שיפוטית.¹⁸⁰

ככלל, בית המשפט העליון כיום מניח – ברוב מוחלט מקרב המקרים שבאים לפניו – כי אין שאלה שאין ביכולתו לעסוק בה, ותהא מידת הפוליטיות או הציבוריות שבבסיסה אשר תהא. דחיית עתירות מחמת היעדר שפיטות נדחקה לקרן זווית; וגם במקרים שבהם שופטים מזכירים את עילת השפיטות היא לרוב מצטרפת לנימוקים אחרים המצדדים בדחיית העתירה לגופה – ולכן אינה משמשת בפועל כעילת סף.

בית המשפט הכריע כי אפילו השאלה האם ניתן להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בנימין נתניהו לאחר שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות שיש עימן קלון היא הכרעה שפיטה מבחינה מוסדית. בא כוחו של נתניהו טען כי דין העתירה להידחות על הסף כיוון שהיא אינה שפיטה – לא מבחינה נורמטיבית ולא מבחינה מוסדית. אולם בית המשפט דחה טענה זו וקבע כי בשל חשיבותה הרבה של הסוגיה, אשר ”נוגעת לליבת ערכי היסוד שעליהם מושתת שיטת המשפט שלנו”, הרי היא שפיטה.¹⁸¹

נימוק זה מגלם בקליפת אגוז את המפנה שחל בגישת בית המשפט בעשורים האחרונים. בעוד בעבר זיהוי ליבת ההכרעה כפוליטית היה סיבה לדחיית העתירה, בהיעדר שפיטות, הרי שכיום חשיבות ההכרעה הפוליטית היא גופה הטעם להתערבות שיפוטית.

בכך הושלם המהפך. מחסום השפיטות לא ביקש להוציא מבין כותלי בית המשפט שאלות בעלות חשיבות שולית אלא להותיר שאלות חשובות – שעניינן פוליטי או מדיני – בידי הציבור. נוסף על כך בהנמקה זו מגלה בית המשפט כיום כי לשיטתו בידו הכלים והיכולת להידרש לשאלה זו מטעמי סבירות – מתוך אימוץ מלא של גישת הנשיא ברק כי מבחינה נורמטיבית הכול שפיט.

**”אף שלאורך
 השנים הוצעו
 גישות נוספות
 להחלת דוקטרינת
 השפיטות, כגון
 גישתו של הנשיא
 לנדוי, גישת
 השופט אלון
 וגישת הנשיא
 שמגר, השפעתן
 על הפרקטיקה
 השיפוטית
 הייתה מועטת,
 ואילו עמדתו של
 ברק – שביקשה
 לצמצם למינימום
 את מקומה
 של דוקטרינת
 השפיטות –
 זכתה לבכורה.”**

מהפכת השפיטות שינתה את גבולות הביקורת השיפוטית ואפשרה לבית המשפט לדון בכל תחומי המשפט הציבורי. מבחן השפיטות המסורתי היה מבחן סף שבמסגרתו קבע בית המשפט אם נושא העתירה מתאים לעיסוק משפטי – בלא כל קשר לצדקת טענות הצדדים והגם שעמדה לו סמכות התערבות. בעבר, הכיר בית המשפט העליון בחשיבותה העקרונית של דוקטרינה המוציאה מבין כתליו נושאים שבמדיניות או נושאים ציבוריים ששורת לגביהם מחלוקת ערכית או פוליטית. השופטים הכירו במגבלות תפקידם וראו עצמם כשומרים על עקרון הפרדת הרשויות, כמכריעים בסכסוכים וכמגינים על זכויות היחיד. בהתאם, בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה בית המשפט ראה את דוקטרינת השפיטות כמסננת המגינה על בית המשפט – וודאי שלא כמכשול בלתי רצוי.

אולם החל מפסק דין **רסלר** השתנה כליל – ובאופן מהיר – יחסו של בית המשפט לדוקטרינת השפיטות. פסק דין זה סימן את תחילתה של “מהפכת השפיטות” שבמרכזה עומדת הבחנתו של ברק בין שפיטות נורמטיבית לשפיטות מוסדית; וביסודה הנחתו של ברק כי השפיטות הנורמטיבית אינה משוכה אמיתית שכן “המשפט חולש על הכול” ואילו השפיטות המוסדית היא מכשול בלתי רצוי שיש לצמצם ולהחיל במקרים נדירים. אף שלאורך השנים הוצעו גישות נוספות להחלת דוקטרינת השפיטות, כגון גישתו של הנשיא לנדוי, גישת השופט אלון וגישת הנשיא שמגר, השפעתן על הפרקטיקה השיפוטית הייתה מועטת, ואילו עמדתו של ברק – שביקשה לצמצם למינימום את מקומה של דוקטרינת השפיטות – זכתה לבכורה למרות שמבחן האופי הדומיננטי המשיך לשמש את השופטים במקרים בהם בחנו שפיטות מוסדית. צמצום הדוקטרינה הצטרף לפיתוח עילת הסבירות ולהכרה רחבה בזכויות – ובראשן הזכות לשוויון – וכך הלכה ונזנחה תפיסה שנהגה בעבר וראתה חשיבות בשימוש בדוקטרינת שפיטות בענייני מדיניות ובהותרת תחומי מדיניות להכרעת גורמים פוליטיים.

יתרה מזו. בעקבות פסיקתו של ברק בעניין **רסלר** השתנה לחלוטין אופיו של מבחן השפיטות. בעבר היה זה מבחן סף המופעל ככלל השולל התערבות שיפוטית בענייני מדיניות, ומכיר בהכרח שבהימנעות מהתערבות משפטית מחמת ההבנה שבית המשפט אינו הזירה המתאימה להכרעה בכל שאלה ועקרון הפרדת הרשויות. ואילו כיום הפכה השפיטות לסטנדרט כללי הקובע את מידת ההתערבות של בית המשפט במעשה המְנְהֵלִי. במקום לשאול אם הנושא שפיט, מקובל כיום בבית המשפט העליון לשאול “עד כמה” הוא שפיט וכנגזרת מכך “עד כמה” יתערבו השופטים בעניינו. כיום, בוחן בית

”כיום, בוחן בית המשפט את שאלת השפיטות כשלובה בשאלת הסבירות וכך נפרץ הסר לעיסוקו של בית המשפט בכול: מקשירת יחסים דיפלומטיים, החלטות צבאיות, מדיניות הגירה, סדר היום של הכנסת וסדר העדיפויות הכלכלי של מדינת ישראל ועד להענקת פרס ישראל”

המשפט את שאלת השפיטות כשלובה בשאלת הסבירות וכך נפרץ הסר לעיסוקו של בית המשפט בכול: מקשירת יחסים דיפלומטיים, החלטות צבאיות, מדיניות הגירה, סדר היום של הכנסת וסדר העדיפויות הכלכלי של מדינת ישראל ועד להענקת פרס ישראל. דוקטרינת הסבירות החדשה וההכרה ברשימה ארוכה של זכויות פרט בעלות היקף הגנה נרחב העמיקה את השינוי ויצרה קנה מידה משפטי למעורבות משפטית בכל נושא ועניין. בית המשפט הפך לגורם דומיננטי ומשפיע על קבלת ההחלטות אף מבלי שיתערב בכל החלטה מנהלית בפועל – תוך שהוא מרחיב את תחומי מצודתו גם לתחומים שאינם משפטיים באופיים.

כפי שהעיר השופט סולברג בדברים שנשא ברבים:

ההתחקות אחר משקל השיקולים, בפרט בהחלטות פוליטיות, נחזית להיות שחזור תהליך קבלת ההחלטה, באמצעות ”הנדסה חוזרת” (Reverse Engineering). הפועל היוצא הוא, שלמרות שבית המשפט מצהיר השכם והערב כי אינו בא בנעלי הרשות ולא ממיר את שיקול דעתה בשיקול דעתו שלו, בפועל נראה, על פני הדברים, כי כך ממש נעשה; בית המשפט חורג מתפקידו הטבעי, ונכנס לתחומי פעולתה של הרשות המבצעת. המלעיזים אומרים, כי ’הנדסה חוזרת’ זו, איננה אלא הסוואה להתערבות מכוונת, תוך סימון המטרה מראש, משום שההחלטה אינה תואמת את השקפת עולמו של בית המשפט, או את סולם הערכים הרצוי מבחינתו. אם כן, בהעדר תורת הפעלה סדורה וברורה לעילת הסבירות, ההליך השיפוטי עלול להיתפס כלא אובייקטיבי ולא מקצועי.¹⁸²

בשנים האחרונות מתפתחת תפיסה מאופקת ושמרנית יותר כלפי התערבות בית המשפט העליון; ותפיסה זו בולטת בפסיקתם של השופטים המכהנים סולברג ושטיין, אשר בוחנים את השפיטות לאור התפיסה המסורתית של הדוקטרינה. אך גם בפסיקתם השימוש בדוקטרינת השפיטות נעשה במקרי קצה.¹⁸³

”מהפכת השפיטות” אימצה למעשה את עמדתו של ברק שלפיה ”הכול משפט” וטשטשה את הגבולות בין תפקידה של הרשות המבצעת לתפקידו המקורי של בית המשפט. בעוד הראשונה מופקדת על קביעת מדיניות ונתונה לפיקוחם של הרשות המחוקקת והציבור, האחרונה מופקדת על יישוב סכסוכים לשם שמירה על זכויות הפרט. מהפכת השפיטות העניקה לבית המשפט את הכלים לשמש כגורם מתווה מדיניות ומרגע שהללו היו בידיו הוא לא נרתע מלהשתמש בהם.



פרק שני: שחיקת דוקטרינת השפיטות – ביקורת ודיון נורמטיבי

בפרק הקודם ראינו כיצד הלכה ונזנחה דוקטרינת השפיטות בישראל. ממצאות שבה עתירות בשלל תחומים נדחו על הסף, פתח בית המשפט את שעריו בפני סוג חדש של עתירות וקידם תפיסה בדבר שפיטות עקרונית חובקת כול. כפי שראינו, הגם שמבחן האופי הדומיננטי של שמגר נותר המבחן העיקרי והעקרוני לזיהוי חוסר שפיטות, הרי שברוב מוחלט של המקרים הוא איננו מופעל – מכיוון שגישתו העקרונית, והשונה בתכלית, של ברק שמתנגדת לדוקטרינה קנתה שביטה מוחלטת בין שופטי בית המשפט.

עוד ראינו כי שינוי זה אינו כמותי גרידא אלא אף איכותי. דוקטרינת השפיטות המקורית התבססה על הנחת היסוד שלפיה ישנם נושאים שלא ניתן להכריעם בכלים משפטיים בבית המשפט מחמת אופיים או משום שהתערבות שיפוטית בהם תפגע – בטווח הארוך – במעמדו של בית המשפט.¹⁸⁴ לעומתה, הדוקטרינה העכשווית כופרת באופן עקרוני בקיומם של נושאים שאינם משפטיים וסבורה כי רק במקרים נדירים ביותר יש לחשוש למעמדו של בית המשפט.

לבסוף, כפי שראינו, עלייתה של עילת הסבירות המנהלית לצד הכרה בשורה ארוכה של זכויות פרט קטטשה כליל את ההבחנה בין השאלה מה ראוי לבין השאלה מה חוקי ויצרה סביבה משפטית שבה "הכול שפיט" ו"מלוא כל הארץ משפט". כתוצאה מכך, על פי

הדוקטרינה החדשה, לבית המשפט תפקיד מרכזי בהכרעת שאלות ערכיות ופוליטיות במסגרת ההגנה על הדמוקרטיה, ולכן מחובתו ותפקידו להתערב בשאלות פוליטיות וערכיות – ולשם כך מצמצמים השופטים גם את המקרים שבהם יכריזו על אי־שפיטות מוסדית.¹⁸⁵

בפרק זה נבקש לעמוד על הביקורות הנורמטיביות על המהלך ועל תגובות־הנגד השליליות שלהן גרם. כפי שראינו בין שיטי הדברים בפרק הקודם, הביקורת המרכזית שנמתחה על שחיקת הדוקטרינה התבססה על הפגיעה שהיא מגלמת בעקרון הפרדת הרשויות ובעיקרון הדמוקרטי הבסיסי של ריבונות העם. לצידם עומדים טעמים נוספים, עקרוניים ומעשיים, שיימנו להלן.

**”בפרק זה
נבקש לעמוד
על הביקורות
הנורמטיביות
על המהלך ועל
תגובות־הנגד
השליליות שלהן
גרם. כפי שראינו
בין שיטי הדברים
בפרק הקודם,
הביקורת המרכזית
שנמתחה על
שחיקת הדוקטרינה
התבססה על
הפגיעה שהיא
מגלמת בעקרון
הפרדת הרשויות
ובעיקרון
הדמוקרטי הבסיסי
של ריבונות העם.”**

2.1. דוקטרינת השפיטות: ביקורת

הפרדת רשויות

בשנת 2003 תקף הנשיא בדימוס שמגר בריאיון פומבי את גישתו של ברק שהתפשטה בבית המשפט העליון ולפיה כביכול "הכול שפיט", והזהיר מפני השלכות המהלך:

עלול להיווצר חשש כי בית המשפט מסיג את גבולו של הרשויות האחרות. במשטר דמוקרטי יש לכבד את הפרדת הרשויות. חוששני שלא ניתן יהיה לקיים ממשל תקין אם כל הבעיות הפוליטיות יחלו לעשות דרכן לבית המשפט.¹⁸⁶

לעקרון הפרדת הרשויות שני מובנים מרכזיים:¹⁸⁷ מובנו הראשון של עיקרון זה מדגיש את חשיבותה של מניעת הצטברות עוצמה שלטונית מופרזת בידי רשות שלטונית אחת; מובנו השני מדגיש את הצורך בביזור שיטתי וקונספטואלי של הסמכויות לחוקק, לבצע ולשפוט לגורמים מובחנים. כאשר מקפידים לבזר את כלל הסמכויות – כך שגורם אחד קובע את הכללים, וגורמים אחרים מיישמים אותם וקובעים אם הופרו – פוחת החשש מפני עריצות. המבנה המבוזר גם יוצר מנגנון של ביקורת הדדית של הרשויות זו על זו: כאשר מוקדי הכוח מפוצלים בין רשויות שונות, נוצר מערך של איזונים ובלמים אשר עשוי לבלום רשות אחת מלרַכֵּז כוח מוחלט בידה באמצעות הביקורת של רשויות השלטון האחרות.¹⁸⁸

ביטולה בפועל של דוקטרינת השפיטות פוגע בשני המובנים המרכזיים של הפרדת הרשויות. תחילה, בדרך זו פוגע בית המשפט במערכת האיזונים והבלמים, משום שהוא מאפשר לשופטיו לרכז בידם כוח רב באמצעות התערבות בנושאים פוליטיים. בית המשפט צובר עוצמה ואין מי שיכול לרסן את כוחו. בית המשפט מחזיק בסמכויות רחבות ועוצמה שלטונית שמאפשרת לו לצוות על הרשויות כיצד לנהוג – להתערב בהחלטות פנימיות של הרשות המחוקקת ואפילו למנוע התערבות בסמכויות אותם לקח לעצמו.

אך דוקטרינת השפיטות פוגעת גם בהפרדת הרשויות במובנה השני: ביצירת הבחנה בין הגוף שקובע את הכללים, בין הגוף שמיישם אותם ובין הגוף המבקר. כאשר בית המשפט הופך לגורם אשר מתווה את הכללים או לגוף שבוחן את סבירות ההחלטות וקובע כיצד ליישמן באופן אד־הוקי, הוא מפר את האיזון. כאשר בית המשפט מכתב כללי משחק חדשים בשאלת סמכויות רשויות השלטון, נפגע

”כאשר בית

המשפט הופך

לגורם אשר מתווה

את הכללים או

לגוף שבוחן את

סבירות ההחלטות

וקובע כיצד

ליישמן באופן

אד־הוקי, הוא

מפר את האיזון.”

”העובדה שבית המשפט איננו נותן דין וחשבון לציבור ואיננו מחויב לו ושהוא פועל מבלי שהסמכות הוענקה לו – כל אלו שוללים את הלגיטימציה של הכרעותיו במחלוקות ציבוריות.”

עקרון הפרדת הרשויות במובן של ביזור הסמכויות. במצב כזה, בית המשפט גם מתרגל לראות עצמו כגורם היחיד שיכול לבקר את פעילותן של הרשויות האחרות הגם שקיימים מנגנוני ביקורת שאינם משפטיים – פורמליים ובלתי פורמליים – שזהו תפקידם.

דמוקרטיה, השתתפות ודלדול השיח הציבורי

הרעיון הדמוקרטי מבוסס על תפיסה שלפיה מחלוקות בחברה והכרעות ערכיות שנויות במחלוקת יתקבלו בידי נבחרי הציבור – באמצעות מנגנון הכרעה מוסכם השואב את הלגיטימציה שלו מהריבון. משעה שבית המשפט מתערב בשאלות פוליטיות מובהקות, הוא נוטל לעצמו את הכוח להכריע במחלוקות ציבוריות באופן חד-צדדי מבלי לייצג את הציבור או לפעול מכוחו – וכך נפגע העיקרון הדמוקרטי.

כדי לבצע את תפקידו כמבקר הרשויות האחרות נהנה בית המשפט מעצמאות רבה, אך כאשר הוא מפעיל את עצמאותו וסמכויותיו בשאלות פוליטיות מובהקות – עצמאותו מצמצמת את הלגיטימציה הדמוקרטית שלו. העובדה שבית המשפט איננו נותן דין וחשבון לציבור ואיננו מחויב לו ושהוא פועל מבלי שהסמכות הוענקה לו – כל אלו שוללים את הלגיטימציה של הכרעותיו במחלוקות ציבוריות. יתרה מזו, מחמת עילת הסבירות הרחבה שאומצה בשיטת המשפט שלנו, השופטים בישראל מכריעים בתחום רחב של שאלות פוליטיות כבדות משקל הגם שהם אינם נבחרים על ידי נציגי הציבור באופן שמגביר את הפגיעה בעקרון ריבונות העם.

על גבי הגירעון הדמוקרטי יש להוסיף את ההבדל בין אופיו של הדיון הפוליטי ובין אופיו של הדיון המשפטי. ראשית, לרשויות המנהליות ולכנסת עומדים מגוון כלים לצורך בירור עובדתי, אך השימוש בכלים ממין זה מוגבל בהליך אדברסרי. יתרה מכך, פעמים רבות אופיו הבינארי הבסיסי של הסכסוך המשפטי מנוגד לפשרה שמאפיינת הכרעות פוליטיות. כאשר ההכרעה בשאלות ציבוריות מועתקת מהזירה החברתית-פוליטית לאולם בית המשפט, יש בכך כדי להשפיע על אופיו של מנגנון ההכרעה. ממסלול של דיון, פשרות והסכמות הוא הופך לדפוס של הכרעות בינאריות שנערך בצילו של השופט שמחזיק ביכולת הכרעה בינארית.¹⁸⁹ לבסוף, ידיעתם של נבחרי הציבור שכל עניין שבו הם מכריעים חשוף להתערבות שיפוטית מאפשרת להם – ואולי אף מתמרצת אותם – להקציץ את העמדות שהם מציגים ולהימנע מפשרות, בידועם שההכרעה הסופית תתקבל במילא בידי השופטים ולכן הם לא יישאו באחריות להחלטה ותוצאותיה.

**”הנטייה הציבורית
היא לזהות דחיית
עתירות כהכשר
מוסרי של המעשה.
כתוצאה מכך,
כאשר בית המשפט
נמנע מהתערבות
– הפעולה שנבחנה
מתקבלת בציבור
כפעולה ‘ראויה’
גם אם השופטים
מסתייגים ממנה.”**

**”הפגיעה
בלגיטימציה
של בית המשפט
מתבטאת גם
באי-ציות לפסקי
הדין שלו. ניתן
לזהות אי-ציות של
חברי כנסת לפסקי
דין אשר מתערבים
בהליכים פנימיים
של הכנסת.”**

המעבר להכרעה משפטית של כל נושא גם מטשטש את ההבחנה בין פעילות ראויה ובלתי ראויה ומעביר את הדיון לשפה של הכרעה חוקית ובלתי חוקית. הנטייה הציבורית היא לזהות דחיית עתירות כהכשר מוסרי של המעשה. כתוצאה מכך, כאשר בית המשפט נמנע מהתערבות – הפעולה שנבחנה מתקבלת בציבור כפעולה “ראויה” גם אם השופטים מסתייגים ממנה.

פגיעה בלגיטימציה של בית המשפט, עומס וחוסר יעילות

כאשר בית המשפט מתערב בנושאים פוליטיים או בנושאים הכרוכים במומחיות שאינה מצויה בידיו, הוא מאבד את אמון הציבור אשר סבור כי בית המשפט מפעיל את סמכויותיו ממניעים פוליטיים.¹⁹⁰ מידת אמון הציבור בבית המשפט מצויה במגמת ירידה מתמשכת הניכרת בסקרים רבים שנערכים בישראל בעשורים האחרונים.¹⁹¹ תוצאותיה הן מאבק סמכויות מתמשך בין נבחרי הציבור לבית המשפט וניסיונות לשינוי סמכויות השופטים ושיטת מינוי השופטים.

הפגיעה בלגיטימציה של בית המשפט מתבטאת גם באי-ציות לפסקי הדין שלו.¹⁹² ניתן לזהות אי-ציות של חברי כנסת לפסקי דין אשר מתערבים בהליכים פנימיים של הכנסת.¹⁹³ במקרים אחרים שבהם בית המשפט מתערב בנושאים פוליטיים, בית המשפט רואה כיצד הממשלה מתעלמת מהוראותיו – באופן ישיר או עקיף – באופן שמעמיק את הפגיעה בלגיטימציה של מערכת המשפט.¹⁹⁴

לצד הפגיעה העקרונית באמון הציבור, עומד אובדן משאבים יקרים וחוסר יעילות. בניגוד לערכאות עליונות במדינות אחרות, ברירת המחדל בבג”ץ היא לבחון כל עתירה שמגיעה לבית המשפט. כאשר בית המשפט מחליט לדון בכל עניין, וכאשר הוא מאבד את היכולת לדחות עתירות על הסף בשל חוסר שפיטות, הוא מוצא עצמו מוצף בעתירות שבעבר לא היו מגיעות לפתחו.

לאחר כל מועד של בחינות לשכת עורכי הדין, בית המשפט מוצא עצמו דן בניקוד של השאלות ובקבילות תשובות במבחן רב-ברירת.¹⁹⁵ בכל שנה מגיעים לבית המשפט דיונים בנוגע למתן פרסים,¹⁹⁶ דיונים בנושאים שוליים הגוזלים זמן שיפוטי יקר ודיונים בעתירות נגד פקודות צה”ליות שונות (כגון עתירה נגד הפקודה שקובעת תספורת אחידה בצה”ל).¹⁹⁷ פתיחת שערי בית המשפט לכל עניין מייצרת אפוא עומס רב ומכבידה על בית המשפט מחמת דיון בעתירות שאינן משפטיות באופיין. עילת הסבירות ועילת המידתיות הפכו אומנם כל הכרעה של גוף שלטוני לעניין שפיט, אולם פעמים רבות מדובר בעתירות שקנה המידה המשפטי אינו המדד העיקרי להכרעה – ולכן אין לשופטים יתרון בהכרעתן על פני אחרים.

היעדר כשירות מוסדית, ידע רלבנטי ומומחיות

כפי שראינו לעיל בפרק הראשון, תחומים שונים נתפסו בעבר כבלתי מתאימים להכרעה שיפוטית מחמת הצורך בידע ומומחיות שאינם נתונים בידי השופטים. מאז פיתוח הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת המנהלי, התפתחה בפסיקה פרקטיקה של הבחנה בין הכרעה בנושא שבמומחיות לבין הכרעה בשאלה האם הרשות פעלה באופן סביר. בית המשפט מסביר שהוא בוחן רק את סבירות ההחלטה ואיננו עוסק בהכרעה מקצועית בתחומי ידע שאינם בידיו – אך בפועל הוא מכריע בתחומים מקצועיים שאינו מבין בהם.

כתוצאה מכך, בית המשפט נוהג להתערב בעתירות בכל נושא ועניין על בסיס תצהירים ודיון אדברסרי שכאמור איננו מאפשר הליך קבלת החלטות סדור. לעיתים, הדבר מוביל אפילו לגיבוש עמדה משפטית על יסוד תשתית עובדתית לקויה במיוחד. שחיקת דוקטרינת השפיטות ביטלה את התפיסה שלפיה ישנם נושאים שלא ראויים להכרעה שיפוטית גם במובן זה.¹⁹⁸ כך מתערבים השופטים בשיקול הדעת של גורמי מקצוע ביטחוניים ואפילו בהכרעות רפואיות בדבר דרכים להתמודדות עם התפשטות וריאנטים בתקופת מגפה, או בשאלת הקריטריונים ההלכתיים להענקת כשרות – וכל זאת כמובן מבלי שיש להם הידע הדרוש להכרעה.¹⁹⁹

בית המשפט גם איננו נושא באחריות לתוצאות החלטותיו.²⁰⁰ הביקורת השיפוטית מתיימרת אומנם רק לבחון את החלטות הגורם המוסמך אך בפועל החלטותיה מכתובות את התוצאה הסופית – הגם שהשופטים אינם נושאים באחריות לה. כפי שציין השופט בדימוס צבי טל:

השופטים לא נבחרו לשם זה. אין להם כל אחריות על זה. נניח שהם אומרים שטות ומתברר שזו שטות? השופטים לא יתנו את הדין על זה, אין זה פלא שקוראים לזה דיקטטורה שיפוטית. שופט אינו יודע את המשמעות הכספית או התקציבית של ההחלטה ואינו יודע איך היא משפיעה על סדרי העדיפויות של המדינה. מובא לפניו מקרה אחד, הוא מתבונן בו במיקרוסקופ ומחליט, אבל אינו רואה את התמונה הגדולה. בית המשפט מתערב יותר מדי בניהול העניינים המקצועיים והמבצעיים של המדינה. לדעתי זו נקודת התורפה של בית המשפט.²⁰¹

**”כך מתערבים
השופטים בשיקול
הדעת של גורמי
מקצוע ביטחוניים
ואפילו בהכרעות
רפואיות בדבר
דרכים להתמודדות
עם התפשטות
וריאנטים בתקופת
מגפה, או בשאלת
הקריטריונים
ההלכתיים להענקת
תעודת כשרות.”**

**”השופטים לא
נבחרו לשם זה. אין
להם כל אחריות
על זה. נניח שהם
אומרים שטות
ומתברר שזו
שטות? השופטים
לא יתנו את הדין
על זה, אין זה
פלא שקוראים
לזה דיקטטורה
שיפוטית.”**

2.2. האומנם שלטון החוק?

”להבטחה הגלומה
בביקורת שיפוטית
המבטיחה ”שלטון
חוק” – במובן של
התנהגות זהה
כלפי כל מפר חוק
– אין כיסוי.”

בסעיף הקודם סקרנו שורת טעמים עקרוניים להרחבת השימוש בדוקטרינת השפיטות המסורתית ולשיבה למדיניות שהייתה נהוגה בעבר. כפי שראינו בפרק הקודם, לשחיקת הדוקטרינה וזניחתה נלוו התרחשויות שונות – כגון כיווני ההתפתחות של המשפט הציבורי: הרחבת היקף הזכויות המוגנות ופיתוח עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית – אולם הסיבה העיקרית להתנגדות לדוקטרינת השפיטות ולצמצומה הייתה ועודנה עקרון שלטון החוק שלפיו רשויות המדינה חייבות לפעול על פי חוק והחשש שמא במידה שפעולותיהן לא יהיו שפיטות, יפעלו הללו בניגוד לחוק.

ואכן, את צמצום השימוש בדוקטרינה תמך ברק – כבר בפסק דין **רסלר** – בטענות עקרוניים בדבר הצורך בביקורת שיפוטית.²⁰² לטעמו, חשיבותה של ביקורת שיפוטית בתחומי המשפט הציבורי – בידי בית המשפט כמוסד שתפקידו להבטיח את שלטון החוק – מובילה למסקנה שדווקא הגבלת הביקורת השיפוטית מצריכה נימוק והסבר. לשיטתו, ככל שעניין מסוים טעון מבחינה פוליטית וקיים חשש לשימוש בלתי מבוקר בכוח שלטוני, כך עולה חשיבותה של הביקורת השיפוטית. את החשש מפני התערבות מוגזמת ניתן לדידו להפיג באמצעות ריסון שיפוטי שיבוא לאחר שבית המשפט יבחן את העתירה לגופה. בתי המשפט הלוא נוקטים בריסון עצמי כפול: גם בבחינת הטענה לגופה וגם באמצעות דוקטרינות ביניים כגון בטלות יחסית, התרעת בטלות וכיוצא באלו – ולפיכך לדידו אין למנוע דיון על הסף.²⁰³

אולם התבוננות באופן שבו מתפקדת מערכת המשפט בהיעדר דוקטרינת שפיטות מלמדת כי גם זניחת הדוקטרינה לא יצרה מערכת המאפשרת ביקורת שיפוטית על כל נושא ועניין, וכי להבטחה הגלומה בביקורת שיפוטית המבטיחה ”שלטון חוק” – במובן של התנהגות זהה כלפי כל מפר חוק – אין כיסוי.

אף על פי שברק הציג את שלטון החוק והחובה לבקר את השלטון כחובה שיפוטית אשר קשה עליו,²⁰⁴ בפועל הבחין ברק בין השאלה הנורמטיבית לשאלה המוסדית ותמך באפשרות העקרונית לדחיית עתירות על הסף בהיעדר שפיטות מוסדית.²⁰⁵ לפי ברק, השיקול המרכזי לבחינת שפיטות מוסדית הוא אמון הציבור במערכת והחשש מפני פגיעה בעצמאותה. כתוצאה מכך, גם ברק הודה כי ישנם מקרים שבהם מן ההכרח להפעיל את דוקטרינת השפיטות ולסגת מעקרון שלטון החוק.

**”בית המשפט
מייצר לעצמו
דוקטרינת שפיטות
סמויה גם אם
איננו מכריז על
כך בפומבי. לצד
הרטוריקה על
חשיבות שלטון
החוק, בית המשפט
פיתח שורה של
תרגילי התחמקות
דיוניים שבהם
הוא משתמש כדי
להימנע מהשלכות
שליליות של
התערבות שיפוטית
בשאלות פוליטיות
בולטות.”**

מכאן עולה שהדיון בשאלה אילו עתירות שפיטות מבחינה מוסדית אינו אלא דיון בשאלת כמות המקרים הללו. הדיון אינו תיאורטי אלא מעשי והוא עוסק בזיהוי המקרים שבהם ראוי להימנע מביקורת שיפוטית, ולא בשאלה האם ייתכנו מקרים שבהם ביקורת שיפוטית אינה ראויה. לפי ברק, בית המשפט ידחה עתירות נוכח יחסי הכוחות הפוליטיים הנתונים והחשש מפני ההשלכות המעשיות של הפסיקה – ולא מחמת אופי השאלה שעומדת לעיונו. כתוצאה מכך, השפיטות הנוכחית אינה מוסדת על ניתוח דוקטרינרי אלא על ניתוח של הנסיבות הפוליטיות; ועובדה זו רק מגבירה את הפגיעה בשלטון החוק ומלמדת כי בית המשפט פועל מטעמים פוליטיים.

נקודה נוספת שאיננה זוכה לתשומת הלב הראויה היא שבית המשפט מייצר לעצמו דוקטרינת שפיטות סמויה גם אם איננו מכריז על כך בפומבי. לצד הרטוריקה על חשיבות שלטון החוק, בית המשפט פיתח שורה של תרגילי התחמקות דיוניים שבהם הוא משתמש כדי להימנע מהשלכות שליליות של התערבות שיפוטית בשאלות פוליטיות בולטות. התוצאה היא שההכרעה המעשית בעתירות בענייני מדיניות ובנושאים פוליטיים איננה מתבצעת על פי אמת מידה משפטית אלא על פי אמת מידה פוליטית ונוצר חשש לסטנדרטים כפולים כלפי מקרים דומים של עותרים שמקדמים ערכים ורעיונות פוליטיים מנוגדים. בהיעדר דוקטרינת שפיטות, בית המשפט מפעיל דוקטרינות התחמקות אחרות באופן סלקטיבי. שפיטות דה־פקטו – אך לא דה־יורה – פוגעת בעקרון הכלליות וביכולת לצפות את הדין מלכתחילה.

תרגילים כאלה אפשריים בזכות סמכויות פורמליות ובלתי פורמליות המצויות בידי השופטים. כך לדוגמה בית המשפט יכול להותיר שאלות משפטיות מרכזיות ב”צריך עיון” במשך שנים ארוכות ללא הכרעה ובלי שהכלל המשפטי המנחה ידוע.²⁰⁶ השופטים משתמשים באמצעי לחץ שממתנים את הביקורת על התערבותם בעניינים פוליטיים – באמצעות לחץ לפשרות וסגירת עתירות ללא הכרעה משפטית.²⁰⁷ במקרים אחרים מתנהלים ”הליכי שמרטפות” מתגלגלים ובית המשפט מלווה עתירה במשך שנים ארוכות במטרה להביא לשינוי בשטח ללא פסק דין רשמי.²⁰⁸ נוסף על כך, עתירות בנושאים שנויים במחלוקת ממתנות פתוחות במשך שנים ארוכות ומאפשרות לבית המשפט לאותת לרשויות מבלי לקרוע את החבל

”עובדות אלו יוצרות חשש מפני שימוש סלקטיבי בכלים הללו בהתאם לעמדתם הפוליטית של השופטים. לעומת זאת, דוקטרינת השפיטות המסורתית מצביעה על מקרים שמתאימים באופיים להכרעה שיפוטית ומדריכה להימנעות גלויה ושקופה מהליך משפטי במקרים שאינם הולמים הכרעה כזו.”

עד להבשלת תנאים פוליטיים שמאפשרים פרסום פסק דין ללא חשש לתגובת-נגד.²⁰⁹ נשיא בית המשפט העליון גם שולט ביומן הדיונים ויכול להכווין עתירות להרכבים מסוימים או לתזמן דיונים בכפוף ללוח הזמנים הפוליטי – כדי להגיע לתוצאות מסוימות.²¹⁰ כך לדוגמה תזמן בית המשפט את פסקי הדין בעתירות נגד ממשלת החילופים של נתניהו וגנץ (הממשלה ה-35) רק לאחר תום תקופת כהונת ממשלתם; פסק הדין בבג”ץ על חוק ההסדרה פורסם רק אחרי שהממשלה שהעבירה את החוק נפלה; ופסק דין על תמיכות בתרבות ניתן מיד אחרי שנודע שחברת הכנסת מירי רגב לא תמשיך לכהן כשרת התרבות.²¹¹ קשה לשלול את הטענה כי תזמון הפרסום אינו מנותק מן האירועים הפוליטיים.

כתוצאה מהטכניקות המשפטיות הללו נפגע עקרון שלטון החוק במובן של כפיפות כללית לנורמה ידועה שמופעלת על פי אמות מידה שוויוניות ומתגלע פער בין התוצאה שאליה הביא ההליך המשפטי לבין הכרעת השאלות שבדיון באמצעות קנה מידה משפטי. ברי כי עובדות אלו יוצרות חשש מפני שימוש סלקטיבי בכלים הללו בהתאם לעמדתם הפוליטית של השופטים. לעומת זאת, דוקטרינת השפיטות המסורתית מצביעה על מקרים שמתאימים באופיים להכרעה שיפוטית ומדריכה להימנעות גלויה ושקופה מהליך משפטי במקרים שאינם הולמים הכרעה כזו.

התיאור שלפיו “שלטון החוק” מחייב כביכול את השופט לפעול בבחינת “ייקוב הדין את ההר” – וכי לכן אין לשופט למשוך ידיו מדיון בעניינים פוליטיים – הוא בעל כוח שכנוע רב, אך פעם אחר פעם מתברר שבתחומי המשפט הציבורי (אשר כוללים הכרעות ערכיות) ובתחומים פוליטיים, בית המשפט איננו מאמץ את מידת הדין אלא מפעיל שיקול דעת רחב בהקשרים שבהם תוצאה משפטית אובייקטיבית איננה בנמצא.

מעבר מדוקטרינת שפיטות גלויה לדוקטרינת שפיטות סמויה איננו מחזק את שלטון החוק. להפך. קיומן של דוקטרינות סמויות מחשש לתגובות-נגד פוליטיות פוגע באובייקטיביות של בית המשפט ובאופן שבו הוא נתפס בציבור ומעורר ספק באשר לכנות הטענות בעד שלטון החוק ובעד החובה לאפשר ביקורת שיפוטית גם בעניינים פוליטיים ללא מורא.²¹²

**”בניגוד לרושם
שנוצר בקרב
הציבור, הסבור
שבית המשפט
מותח ביקורת
שיפוטית ובוחן
את חוקיות מעשי
המנהל, אין מדובר
בהפרת כלל חד-
משמעי ולכן הצגת
העניין כפגיעה
בשלטון החוק
במובנו החזק לוקה
בחוסר הגינות.”**

טיעון שלטון החוק סובל מחולשה נוספת. יש המציגים את מעורבות בית המשפט כגוף אכיפה שמבקר את הרשויות כאשר הן מפירות חוק ופועלות בניגוד לסמכותן בשל הפרה של עיקרון החוקיות שביסוד המשפט המינהלי, אלא שלרוב מדובר במקרים שבהם בית המשפט סבור ששיקול הדעת של המנהל היה לקוי – ובית המשפט פוסל אותו מחמת אי-סבירות. בניגוד לרושם שנוצר בקרב הציבור, הסבור שבית המשפט מותח ביקורת שיפוטית ובוחן את חוקיות מעשי המנהל, אין מדובר בהפרת כלל חד-משמעי ולכן הצגת העניין כפגיעה בשלטון החוק במובנו החזק לוקה בחוסר הגינות. בית משפט אינו מותח ביקורת שיפוטית על רשות שסטתה מהוראות וכללים מחייבים; הוא נכנס בנעלי הרשות ומתנגד להכרעה שהתקבלה. הרטוריקה בדבר הפרת שלטון החוק מתייחסת אפוא לחוק כסטנדרט ולא ככלל. בניגוד לטענה כאילו כפיפות לשלטון החוק לפנינו, נראה שאין כאן אלא טיעון בזכות הפקדת ההכרעה בידי השופטים – בבחינת “שלטון השופט” ולא “שלטון החוק”.

2.3. מי קובע מדיניות בישראל?

יש הכופרים במעורבותם המכריעה של השופטים בקביעת מדיניות בישראל בעקבות שחיקת דוקטרינת השפיטות.²¹³ הללו מרבים להצביע על בחירתו של בית המשפט שלא לבקר החלטות בדבר הרחבת התנחלויות בשל היותן עניינים שבמדיניות שאינם שפיטים ועל אחוז ההתערבות הנמוך בפועל בהחלטות הרשות – כדוגמאות לחוסר התערבותו של בית המשפט בענייני מדיניות מובהקים.²¹⁴

לדעתנו, גם אם עמדה זו הייתה נכונה בעבר, עתה אין לה על מה שתסמוך. בית המשפט כיום נוטל חלק פעיל בעיצוב המדיניות בנושאי הליבה השנויים במחלוקת בישראל תוך הפיכתם מענייני מדיניות לעניין משפטי. בעשורים האחרונים התערבו השופטים בשורה של הכרעות פוליטיות בנושאי דת ומדינה כמו הסדר שפטר תלמידי ישיבות משירות בצה"ל וחוק הגיוס;²¹⁵ השופטים אפשרו פתיחת מרכולים בשבת בניגוד לעמדת השר והסטטוס־קוו;²¹⁶ והם הורו על פונדקאות של בני זוג גברים בניגוד לחקיקת הכנסת.²¹⁷ רכיבים מרכזיים בנוגע למדיניות הממשלתית בדבר ההתיישבות ביהודה ושומרון נקבעו בבית המשפט והביאו לשורה של פינויי יישובים;²¹⁸ ועתירות לבית המשפט משפיעות באופן ישיר על המדיניות הישראלית.²¹⁹ בדומה לכך, גם הכרעות מדיניות לכליות כבדות משקל דוגמת מתווה הגז הוכרעו בבית המשפט.²²⁰ כיום קשה שלא לראות את בית המשפט גורם מכריע בקביעת המדיניות בנושאים הפוליטיים השנויים במחלוקת.

לצד מעורבותם הישירה של השופטים בקביעת מדיניות בנושאים שנויים במחלוקת, הפיכת ההכרעות מעניין שבמדיניות לשאלה משפטית משפיעה על המערכת בדרכים נוספות. פעמים רבות מתבטאת שחיקת הדוקטרינה במעורבות של יועצים משפטיים בעיצוב המדיניות עוד בטרם הבאתה בפני השופטים – על סמך פסקי דין שהפכו נושאי מדיניות לעניינים משפטיים. דוגמה מובהקת לכך היא האופן שבו פסיקת בג"ץ פסלה הטלת מס מיוחד על מי שמחזיקים בדירה שלישית בשל הליך פרוצדורלי לקוי בכנסת.²²¹ השופטים חיזקו את היועץ המשפטי של הכנסת והעניקו לו זכות וטו להכרעה בעניינים פנים־פרלמנטריים תוך יצירת בסיס התערבות משמעותי בענייניה הפנימיים של הכנסת וחיזוק מעמדו של יועמ"ש הכנסת מול נבחרי הציבור. למותר לציין כי תחום זה לא נתפס בעבר כמשפטי.²²²

**”בית המשפט כיום
נוטל חלק פעיל
בעיצוב המדיניות
בנושאי הליבה
השנויים במחלוקת
בישראל תוך
הפיכתם מענייני
מדיניות לעניין
משפטי.”**

**”פעמים רבות
מתבטאת שחיקת
הדוקטרינה
במעורבות של
יועצים משפטיים
בעיצוב המדיניות
עוד בטרם הבאתה
בפני השופטים
– על סמך פסקי
דין שהפכו נושאי
מדיניות לעניינים
משפטיים.”**

**”דוגמאות בולטות
למעורבות
היועמ”ש מצויות
בנושאי העברת
חיסונים למדינות
אחרות במסגרת
יחסי חוץ בזמן
מגפה, או עיצוב
הוראות פתיחה
באש ודרכי
הפעולה של הצבא
בזמן לחימה.”**

**”קיומו של ‘שטח
אפור’ ומרחב
שיקול דעת איננו
מונע את היכולת
לזהות מקרים
מובהקים של
אי־שפיטות
שפגיעתם
בהפרדת הרשויות
רעה וכבירה.”**

גם היועץ המשפטי לממשלה קיבל גיבוי מבית המשפט לכפות את עמדתו על השרים בתחומים שבעבר לא נתפסו כמשפטיים. כיום, הוא בעל מעמד בכורה בקביעת המדיניות בנושאים שנתפסו בעבר כנושאים שאינם משפטיים. דוגמאות בולטות למעורבות היועמ”ש מצויות בהחלטותיו בדבר העברת חיסונים למדינות אחרות במסגרת יחסי חוץ בזמן מגפה,²²³ או עיצוב הוראות פתיחה באש ודרכי הפעולה של הצבא בזמן לחימה.²²⁴ דוגמאות אלו ממחישות כיצד שחיקת דוקטרינת השפיטות איננה מסתכמת במתרחש בבית המשפט אלא משפיעה על הפיכת המדיניות לעניין משפטי. היא מעניקה מתן זכות וטו למשפטנים הקובעים את המדיניות בבתי המשפט או קודם לכן, בשלב עיצוב המדיניות, באמצעות ייעוץ משפטי.

מלבד הביקורת על טיעון שלטון החוק בתחומי המשפט הציבורי, ושאלת השפעתה המעשית של כניסת המשפטנים לתחומי המדיניות, יש מי שמצביעים על הקושי המובנה בזיהוי מקרים שאינם שפיטים כעילה לשחיקת הדוקטרינה. אולם העובדה ש”חוש המומחיות של המשפטן” איננו מספק גבול חד־משמעי להבחנה בין מקרים של אי־שפיטות לבין מקרים שפיטים אינה סיבה להימנע מהפעלת הדוקטרינה. קיומו של ”שטח אפור” ומרחב שיקול דעת איננו מונע את היכולת לזהות מקרים מובהקים של אי־שפיטות שפגיעתם בהפרדת הרשויות רעה וכבירה.²²⁵ גם אם ישנם מקרים שבהם קיימת מחלוקת קונקרטית בדבר התאמת דוקטרינת השפיטות כמנגנון ריסון, במקרים רבים אחרים ניתן לזהות אי־שפיטות מובהקת על פי הדוקטרינה שנהגה בעבר. אולם משעה שבית המשפט פרץ את גבולות הדוקטרינה, גם מקרי אי־שפיטות מובהקים עוברים את הסף ומגיעים לדיון בפני השופטים. כפי שראינו בפרק הקודם, אף שעמימות ליוותה את הדוקטרינה מאז ומעולם, מקרים מובהקים של מדיניות נתפסו כבלתי שפיטים – ולכך צריכים השופטים לחזור.



פרק שלישי: דוקטרינת השפיטות בראי המשפט המשווה

**”נעמוד על כך
שבניגוד לישראל
– במדינות אלו
הדוקטרינה
עודנה משמעותית
בתחומי המשפט
הציבורי גם כיום.”**

בפרק זה נבקש לעמוד על אופייה של דוקטרינת השפיטות במדינות המשפט המקובל. נבחן כיצד התפתחה הדוקטרינה במדינות אלו וכיצד היא מופעלת כיום. נצביע על הצמצום ההדרגתי בתחומים שנחשבו כבלתי שפיטים, אולם נעמוד על כך שבניגוד לישראל – במדינות אלו הדוקטרינה עודנה משמעותית בתחומי המשפט הציבורי גם כיום. במהלך הפרק תיבחן בתמצית דוקטרינת השפיטות בארצות הברית, בריטניה וקנדה ויוצגו התפתחות הדוקטרינה ומאפייניה העכשוויים במדינות אלו והשפעתם דה־פקטו על מעורבות בית המשפט בסוגיות פוליטיות וציבוריות.

”בפסק הדין הרחיב 3.1. ארצות הברית

דוקטרינת השפיטות בארצות הברית הינה דוקטרינה שיפוטית: היא התקבלה לדין בידי בית המשפט עצמו ועוצבה על ידו לאורך השנים כמבחן סף המגביל באופן ממשי את התחומים והסוגיות הנידונות בפניו.²²⁶ שורשי הדוקטרינה מצויים כבר בכתבי הפדרליסט, שהניחו את היסודות לחוקה האמריקנית. במאמר מס' 78 כבר הכיר אלכסנדר המילטון, מהאבות המייסדים של ארצות הברית, בחשיבות הפרדת הרשויות ובערכה של הותרת סמכות ההכרעה בשאלות פוליטיות בידי נבחר הציבור – במקום שבו החוקה מורה על כך במפורש.²²⁷ המילטון הצביע על מקרים שבהם החוקה מקנה לרשויות הפוליטיות את סמכות ההכרעה ולפיכך התערבות שיפוטית בהם מנוגדת לכוונת החוקה.

גישה זו אומצה לדין האמריקני בשנת 1803 בפסק דינו של נשיא בית המשפט העליון האמריקני, ג'ון מרשל, בעניין **Marbury v. Madison** – פסק דין מכונן במשפט האמריקני שרבים רואים בו המקור לאימוץ דוקטרינת הביקורת השיפוטית על חקיקה בארצות הברית. בפסק הדין הרחיב בית המשפט את סמכותו לבקר את הרשויות הנוספות, אך בה בעת אימץ גם את דוקטרינת השפיטות, אותה כינה דוקטרינת ”השאלה הפוליטית”, כמבחן סף המגביל את הנושאים הנידונים בפניו.

בפסק הדין קבע הנשיא מרשל כי:

שאלות שהן במהותן פוליטיות או שהוגדרו כך בידי החוק או החוקה לעולם אינן ניתנות להכרעה בבית המשפט.²²⁸

לדידו, ישנן שאלות פוליטיות או סוגיות שהחוקה קבעה במפורש שהן נתונות להכרעת אחת הרשויות האחרות ובהן בית המשפט אינו רשאי להכריע. מהן אותן שאלות פוליטיות? הנשיא מרשל הגדיר אותן כך:

הסוגיות הן פוליטיות. הן מתייחסות לאומה ולא לזכויות היחיד, וכיוון שהחלטה בעניינים אלה נתונה בידי הרשות המבצעת – היא המכרעת בהם.²²⁹

לדבריו, שאלות פוליטיות הן שאלות המתייחסות לציבור בכללו ולא לזכויות הפרט. בהמשך דבריו מנה הנשיא מרשל דוגמאות לשאלות כאלו: סמכותו של הנשיא להעלות מועמדים לסנאט להצבעת הקונגרס ושאלות הנוגעות למדיניות החוץ שניהולה הופקד בידי הנשיא.²³⁰

”בפסק הדין הרחיב בית המשפט את סמכותו לבקר את הרשויות הנוספות, אך בה בעת אימץ גם את דוקטרינת השפיטות, אותה כינה דוקטרינת ‘השאלה הפוליטית’, כמבחן סף המגביל את הנושאים הנידונים בפניו.”

”מרשל סבר כי
שאלות פוליטיות
הן שאלות
שבמהותן נוגעות
לציבור בכללו ולא
לזכויות הפרט
וממילא נתונות
להכרעת הרשויות
המאופיינות
בייצוגיות ולא
להכרעת בית
המשפט.”

”המבחן הרחב
שקבע הנשיא
מרשל בתחילת
המאה ה־19 בפסק
דין **Marbury** שימש
את בית המשפט
עד שנת 1962 שבה
ניתן פסק הדין
בעניין **Baker**.”

מאפייניה של דוקטרינת השפיטות כפי שראה אותם הנשיא מרשל מבטאים הכרה בעקרון הפרדת הרשויות. מרשל סבר כי שאלות פוליטיות הן שאלות שבמהותן נוגעות לציבור בכללו ולא לזכויות הפרט וממילא נתונות להכרעת הרשויות המאופיינות בייצוגיות ולא להכרעת בית המשפט.²³¹ הבחנה זו, בין שאלות הנוגעות לציבור בכללו לבין זכויות היחיד, דומה לחריג שפיתחו מאוחר יותר בישראל לנדוי וויתקון, החרגה שנידונה בהרחבה בפרק הראשון.

הגדרה רחבה זו לשאלות פוליטיות שימשה את הדין האמריקני בעשרות השנים שלאחר מכן אך חקרה אחידות וצפיזת המאפיינות דוקטרינות סדורות.²³² במאתיים השנים שחלפו מאז פסק הדין, המשיך בית המשפט העליון האמריקני לפסוע בנתיבי דוקטרינת השפיטות ולעשות בה שימוש תוך שהוא מגדיר תחומים שונים כבלתי שפיטים – ממקרה למקרה.

במקרה אחד, עניין **Williams**, הכיר בית המשפט בסמכותה הבלעדית של הרשות המבצעת להכיר בריבונותן של מדינות זרות וקבע שמדובר בשאלה בלתי שפיטה.²³³ מאוחר יותר, בעניין **Colegrove**, דחה בית המשפט עתירה של כמה מצביעים תושבי אילינוי שטענו לאי־חוקתיותו של חוק שחילק את מחוזות ההצבעה במדינה – מאחר שלטענתם המחוזות לא עמדו בתנאים מינימליים של גודל האוכלוסייה וצפיפותה. בית המשפט דחה את העתירה כבלתי שפיטה נוכח האופי הפוליטי של השאלה, שכן הכרעה בשאלת חלוקת המחוזות עלולה להכריע את הבחירות, וציון כי הסמכות לקבוע את מהלך הבחירות ופרוצדורת הבחירות נתונה בידי הקונגרס – ולפיכך על העותרים להביא טענותיהם בפני הקונגרס לבדו.²³⁴

כך אירע גם בעניין **Coleman**. העותרים ביקשו מבית המשפט שיקבע כי חלף פרק זמן ממושך מדי בין הצעת הקונגרס לתיקון החוקה לבין אשרורה בידי המדינות וכי לכן השינוי אינו תקף. בית המשפט קבע כי מדובר בשאלה בלתי שפיטה בשל היותה ”שאלה פוליטית” הנתונה לסמכותו הבלעדית של הקונגרס.²³⁵

הדוקטריניזציה של השפיטות

המבחן הרחב שקבע הנשיא מרשל בתחילת המאה ה־19 בפסק דין **Marbury** שימש את בית המשפט עד שנת 1962 שבה ניתן פסק הדין בעניין **Baker**. בפסק דין זה הגדיר בית המשפט לראשונה את השפיטות באמצעות מבחן דוקטרינרי ואחיד. בפסק הדין נידונה עתירתם של מצביעים תושבי מדינת טנסי בדבר אי־חוקתיותו של חוק שקבע את מחוזות ההצבעה במדינה, ולראשונה נקבע כי

השאלה שפיטה (לאחר שבעניין **Colegrove**, שהוצג לעיל, מקרה דומה הוגדר כבלתי שפיט). בית המשפט הגדיר שש אינדיקציות שבהתקיים אחת מהן ניתן להניח כי הסוגיה המובאת לדין בעלת אופי פוליטי ולפיכך בלתי שפיטה:

1. "Textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department;" as an example of this, Brennan cited issues of foreign affairs and executive war powers, arguing that cases involving such matters would be "political questions"
2. A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it;
3. The impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion;
4. The impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government;
5. An unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made;
6. The potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question".²³⁶

בית המשפט שב והדגיש כי הדוקטרינה מיוסדת על עקרונות הפרדת רשויות ועל היעדר קנה מידה משפטי להכרעה.²³⁷

בעקבות פסק דין **Baker** המשיך בית המשפט העליון להפעיל את דוקטרינת השפיטות על פי האינדיקציות שהוצעו בו. בפסק הדין בעניין **Gilligan**, שנידון ב־1973 ואשר עסק בחוקתיות הפעלת הכוח המדינית בהפגנות סטודנטים נגד המלחמה בווייטנאם (שאף הביאה למותם של כמה סטודנטים).²³⁸ בפסק הדין נקבע כי הסוגיה בלתי שפיטה בשל אופייה הפוליטי־ציבורי ומחמת היעדר קנה מידה משפטי להכרעה בה:

קשה לחשוב על דוגמה מובהקת יותר של סמכות ממשלתית שהחוקה ביקשה להותיר בידי הרשויות הפוליטיות ובאחריות הליך הבחירות – ולא בידי הרשות השיפוטית. יתר על כן, קשה להעלות על

”אף שהתערבות
בית המשפט
העליון עלתה כדי
קביעת תוצאות
הבחירות דה־פקטו,
שאלת שפיטות
הסוגיה כלל לא
עלתה במסגרת
פסק הדין של
שופטי הרוב.
רבים ראו בכך
התערבות בסוגייה
פוליטית שבעבר
הייתה נתפסת
כבלתי שפיטה.”

הדעת מקרה שבו לבית המשפט ישנה כשירות כה מועטה לבחון את הסוגיה. ההחלטות המורכבות, העדינות והמקצועיות הכרוכות באימון כוח צבאי והפעלתו נתונות תמיד לביקורת הרשות המחוקקת והמבצעת.²³⁹

במקרה נוסף, שנידון בשנת 1993, *Nixon v. United States*, נידונה חוקתיותו של הליך הדחת שופט פדרלי שהורשע בפלילים.²⁴⁰ בית המשפט קבע כי הסוגיה בלתי שפיטה, בהתבסס על האינדיקציות שנקבעו בעניין *Baker*: בשל הסמכות החוקתית המפורשת שהוענקה לסנאט – שמשמעותה מתן שיקול דעת בלעדי לבית הנבחרים – ובשל היעדר קנה מידה משפטי לביורור הסוגיה.²⁴¹

שפיטות בבית המשפט העליון האמריקני כיום

כמה פסקי דין שניתנו בעשורים האחרונים ערערו את יציבות דוקטרינת השפיטות בדין האמריקני;²⁴² וביניהם בולטים שני פסקי דין רבי חשיבות, *Bush ו־Zivotofsky*, אשר נידונו בבית המשפט העליון. הראשון, *Bush v. Gore*, ניתן בסיומה של מערכת בחירות סוערת בשנת 2000 בין מועמד המפלגה הדמוקרטית, אל גור, לרפובליקני, ג'ורג' בוש. לאחר שתוצאות הבחירות התגלו כצמודות במיוחד, בית המשפט המדינתי בפלורידה הורה על ספירה חוזרת של הקולות, אלא שבעקבות עתירתו של בוש לבית המשפט העליון הורה בית המשפט על הפסקת הספירה החוזרת.²⁴³ אף שהתערבות בית המשפט העליון עלתה כדי קביעת תוצאות הבחירות דה־פקטו, שאלת שפיטות הסוגיה כלל לא עלתה במסגרת פסק הדין של שופטי הרוב. רבים ראו בכך התערבות בסוגייה פוליטית שבעבר הייתה נתפסת כבלתי שפיטה.²⁴⁴

בדעת המיעוט של השופט ברייר (Breyer), שאליה הצטרף השופט סוטר (Souter),²⁴⁵ הזכיר הראשון כי הסוגיה אינה נתונה לסמכות בית המשפט:

אין כל סיבה להאמין שהחוק הפדרלי מחייב או דורש הכרעה בסוגיה כה פוליטית בידי בית משפט זה. אין גם סיבה לחשוב שמנסחי החוקה היו מגיעים למסקנה שונה מזו. מדיסון על כל פנים האמין שמתן אפשרות לרשות השופטת לקבוע את זהות הנשיא היא בלתי אפשרית.

ואף הוסיף:

חוששני שבמטרה להביא את מערכת הבחירות הארוכה לתוצאה חד-משמעית, לא שקלנו [=שופטי בית המשפט] את הפעלת סמכותנו ואת הריסון העצמי שלנו. השופט ברנדייס אמר פעם לגבי בית המשפט כי "הדבר הכי חשוב שאנחנו עושים הוא לא לעשות דבר". מה שבית משפט זה עושה היום, מוטב שלא היה עושה.

עמדה זו נפתרה בהינף קולמוס בידי שופטי הרוב, אשר לא בחנו את הדוקטרינה לעומקה ולא התייחסו כלל להשלכות הפוליטיות הקשות של התערבות בתוצאות הבחירות.²⁴⁶ למרות הביקורת, חוקרים התומכים בחשיבות דוקטרינת השפיטות הצביעו על כך שההתערבות השיפוטית לא חרגה מהדוקטרינה שהתקבלה בעניין **Baker**. לטענתם, כבר בעניין **Baker** נקבע כי עתירות הקשורות לבחירות שפיטות באופן עקרוני. כמו כן, היו שהסבירו כי עניין **Bush** נידון בבית המשפט העליון רק לאחר התערבות בית המשפט המדינתי וניתן להסביר את הימנעות בית המשפט מעיסוק בשאלת השפיטות לאור התערבות בערכאה קמא. למרות זאת, עניין **Bush** נתפס לדעת רבים כשחיקה של הדוקטרינה.

במקרה השני, **Zivotofsky v. Clinton**, נידונה חוקתיות חוק הקונגרס משנת 2002 שאפשר לאזרח אמריקני שנולד בירושלים לכתוב שמקום לידתו הוא "ירושלים, ישראל" – הגם שעמדתה הרשמית של ממשלת ארה"ב לא הכירה בירושלים כשטח ישראלי.²⁴⁷ הערכאה המחוזית קבעה כי העתירה נסובה על שאלה פוליטית ולפיכך בלתי שפיטה, ובערעור שהוגש לערכאת הערעור – אושרה הקביעה.²⁴⁸ אולם, בדיון נוסף הפך בית המשפט העליון את ההחלטה וקבע שהשאלה שפיטה משום שלא התקיימו האינדיקציות שנקבעו בעניין **Baker**. בית המשפט הוסיף וקבע כי הלכת **Baker** צמצמה את המקרים הבלתי-שפיטים למקרים חריגים.²⁴⁹

בדומה לעניין **Bush**, גם במקרה זה הסתייג השופט ברייר מדעת הרוב וסבר כי העניין בלתי שפיט כיוון שהוא עוסק בקביעת מדיניות חוץ.²⁵⁰ השופט ברייר, בדומה לשופטי הרוב, יישם את האינדיקציות שנקבעו בפסק דין **Baker** אלא שלדידו הם מובילים למסקנה שהעניין אינו שפיט:

מקרה זה הוא חריג בכך שהוא אינו מצריך התערבות שיפוטית והתערבות בו תגרום מבוכה לרשויות האחראיות ולחוסר כבוד להן ועשויה אף להביא לשיבוש קבלת ההחלטות במסגרת מדיניות החוץ. מסיבות אלו של זהירות (prudential reasons) הייתה קובע כי דוקטרינת השאלה הפוליטית מונעת מבית המשפט לבחון עתירה זו.²⁵¹

על אף השחיקה המסוימת המתבטאת בדעת הרוב בשני פסקי הדין הללו, **Zivotofsky v. Bush**, גם לאחר שהם ממשיכה דוקטרינת השפיטות לשמש את בית המשפט העליון; ובעניין זה בלט השופט סקאליה. למשל, בשנים האחרונות התגלגלה פעמים מספר סוגיית חלוקת אזורי הבחירה בארצות הברית לפתחו של בית המשפט העליון – ובעקבות זאת נדרשו שופטי בית המשפט לשאלת השפיטות. בשנת 2004 הבהיר השופט סקאליה בפסק דינו את יחסו לדוקטרינת השפיטות באופן כללי:

כפי שהצהיר הנשיא מרשל לפני מאתיים שנה "עניינה וחובתה המובהקת של הרשות השופטת הם להסביר מהו החוק" (Marbury v. Madison). אך לעיתים החוק הוא שהרשות השופטת אינה רשאית לשקול טענת חוסר חוקיות – כיוון ששאלה זו ניתנה בידיהן של הרשויות הפוליטיות או שאין בה זכויות הניתנות לאכיפה שיפוטית. שאלות כאלה הן "בלתי שפיטות" או "שאלות פוליטיות".²⁵²

השופט סקאליה אימץ את ההנמקות שביסוד פסק הדין בעניין **Baker**: סוגיה היא בלתי שפיטה כאשר הסמכות ביסודה נתונה במפורש לשיקול דעתה של רשות מהרשויות הפוליטיות של השלטון או כאשר אין קנה מידה שיפוטי להכרעה. באופן דומה, בשנת 2019 נידונה פעם נוספת סוגיית חלוקת אזורי הבחירה. בפסק הדין כתב השופט רוברטס (תוך שהוא מצטט מפסק הדין בעניין **Vieth**) כי –

לשופטים פדרליים אין הרשאה לחלק מחדש כוח פוליטי בין שתי מחנות פוליטיים, מבלי שהחוקה תעניק להם סמכות לכך ובלא קנה מידה משפטי המגביל או מכווין את שיקול דעתם. "פעולה שיפוטית חייבת להישלט בידי סטנדרט, בידי החוק", וחיבת להיות "עקרונית, רציונלית ומבוססת על הנמקות" הקבועות בחוקה או בחוק. ביקורת שיפוטית של חלוקת אזורי ההצבעה משיקולים פוליטיים איננה עומדת בדרישות בסיסיות אלו.²⁵³

בדומה לשופט סקאליה, גם השופט רוברטס סבר כי ההחלטה בלתי שפיטה כיוון שהיא נעדרת קנה מידה משפטי להכרעה בה ומשום שהחוקה מגבילה את תחומי העיסוק של בית המשפט.

שפיטות במערכת המשפט האמריקנית: תמונת מצב רחבה

בנקודה זו יש להבהיר כי כדי להבין את עומק השפעתה של דוקטרינת השפיטות על הפסיקה האמריקנית אין די בניתוח פסקי דין שניתנו בבית המשפט העליון. להבדיל מבית המשפט הישראלי, בית המשפט העליון האמריקני עוסק בעשרות תיקים בלבד מדי שנה – שאותם הוא בוחר מכלל העתירות המוגשות בפניו. מסתבר כי בית המשפט העליון דוחה ממילא על הסף תיקים שאינם מתאימים להכרעתו אולם אין כל פסק דין בעניינם. לכן, מרבית פסקי הדין שעוסקים בדוקטרינת השפיטות מצויים דווקא בערכאות הנמוכות יותר – במערכת הפדרלית ובמערכות המשפט המדינתיות.

עיון בפסיקות אלו מגלה עיסוק נרחב בדוקטרינת השפיטות המשמשת גם כיום כמחסום סף ממשי, הנבחן במסגרת בירור הסמכות של בית המשפט לעסוק בסוגיה – עוד בטרם יתבררו הטענות לגופן.²⁵⁴ בתי המשפט בוחנים את שאלת השפיטות באופן שיטתי, ובמקרים רבים אף קובעים כי העתירות מבוססות על שאלות פוליטיות וכי העתירה אינה שפיטה. בפועל, שופטים דוחים עתירות רבות בנושאי מדיניות חוץ וביטחון, חלוקת אזורי בחירות, איכות סביבה ומדיניות כלכלית בטענה לחוסר שפיטות כיוון שבבסיסן עומדת "שאלה פוליטית". אך גם במקרים שבהם קובע בית המשפט כי נתונה לו הסמכות לעסוק בשאלות לגופן, דוקטרינת השפיטות ממשיכה לשמש כמבחן סף ללבנטי שנבחן בשיטתיות.

למשל, בשנים האחרונות נידונו בפני ערכאות הערעור הפדרליות תביעות נזיקין בגין פעולות לוחמה שונות שביצעה ארצות הברית ברחבי העולם. בעתירות אלו קבע בית המשפט – באופן עקבי – כי פעולות הלוחמה הצבאיות הן בגדר "שאלה פוליטית" ולפיכך אין לבית המשפט סמכות לדון בעתירות אלו. למשל, בעניין **Jaber** נידונה תביעה נזיקית של משפחות נפגעי תקיפה אמריקנית בתימן שטענו כי הפעולה נוגדת את המשפט הבינלאומי. בית המשפט קבע כי העתירה בלתי שפיטה בהיותה פוליטית באופייה.²⁵⁵

באופן דומה, בעניין **El-Shifa** נידונה תביעה נזיקית של חברה סודאנית שנפגעה במהלך תקיפה אווירית אמריקנית בסודאן שלטענת העותרים בוצעה בטעות. בית המשפט סבר כי העתירה בלתי שפיטה וכתב:

"מרבית פסקי הדין שעוסקים בדוקטרינת השפיטות מצויים דווקא בערכאות הנמוכות יותר – במערכת הפדרלית ובמערכות המשפט המדינתיות."

**”כיוצא בזה נהג
בית המשפט
בעתירות שעסקו
במדיניות החוץ
של ארצות הברית
ודחה אותן מחמת
היעדר שפיטות.”**

**”דוקטרינת
ה’שאלה
הפוליטית’ –
הגרסה האמריקנית
לדוקטרינת
השפיטות –
היא דוקטרינה
מרכזית ורלוונטית
במשפט הציבורי
בארצות הברית
גם כיום, הן בבית
המשפט העליון הן
בערכאות נמוכות.”**

דוקטרינת השאלה הפוליטית מונעת בחינה שיפוטית של טענות אשר בוחנות – ללא קשר לאופן שבו הן מנוסחות – את זהירותן של הרשויות הפוליטיות בעניינים של מדיניות חוץ או ביטחון לאומי שאת שיקול הדעת לגביהם הפקידה החוקה בידיהן.²⁵⁶

כיוצא בזה נהג בית המשפט בעתירות שעסקו במדיניות החוץ של ארצות הברית ודחה אותן מחמת היעדר שפיטות. כך נדחו על הסף עתירות שעסקו בחוקיות הלחימה בעיראק וסוריה, בהחלטת ארצות הברית לאמץ שינויים באמנה למניעת זיהום של ספינות,²⁵⁷ והסכמי סחר בינלאומיים.²⁵⁸ כמו כן, בעתירה של חקלאים ובעלי חוות נגד ממשלת ארצות הברית, ביקשו העותרים מבית המשפט שיורה לממשלה לאמץ מדיניות כלכלית המיטיבה עם בעלי חוות וחקלאים קטנים. בית המשפט הפדרלי לערעורים בקולורדו קבע כי העתירה מעלה שאלה פוליטית בלתי שפיטה, ודן בהקשר זה באינדיקציות השונות שנקבעו בעניין Baker לאור התפיסה כי הדוקטרינה משמשת כלי מרכזי בשמירה על הפרדת הרשויות:

בתי משפט נעדרים כלים לקבל החלטות כה טכניות, מורכבות ומתמשכות ביחס לשימור תנאי שוק, ניהול משא ומתן במסגרת הסכמי סחר, ושליטה במטבע. מנגד, הרשויות הפוליטיות הן בעלות כישורים מוסדיים אלה ממש.²⁵⁹

בשאלות של מדיניות כלכלית, המומחיות נתונה אפוא לרשויות הפוליטיות ולא לבית המשפט. כאמור, פסקי דין אלו הם דוגמאות אחדות להפעלת דוקטרינת השפיטות כיום בבתי המשפט הפדרליים; וכמותם מצויים עוד פסקי דין רבים.

לסיכום, דוקטרינת ”השאלה הפוליטית” – הגרסה האמריקנית לדוקטרינת השפיטות – היא דוקטרינה מרכזית ורלוונטית במשפט הציבורי בארצות הברית גם כיום, הן בבית המשפט העליון הן בערכאות נמוכות. אכן, יש מפסיקות בית המשפט העליון המעידות על שינוי מסוים במבנה הדוקטרינה ובתחולתה לאורך השנים, אולם שינוי זה אינו דומה לזה שהתחולל במשפט הישראלי. השופטים האמריקניים ממשיכים לראות בדוקטרינה זו מבחן חיוני ולהפעילה כמחסום שנועד לשמור על הפרדת הרשויות ואף להגן על בית המשפט עצמו מפוליטיזציה וטעויות.

3.2. בריטניה

המשפט הציבורי בבריטניה הוא המקור לדוקטרינת השפיטות במדינות המשפט המקובל. באופן מסורתי נכרכה דוקטרינת השפיטות בבריטניה בעיקרון רחב יותר במשפט המקובל: עקרון הפררוגטיבה המלכותית (The royal prerogative) אשר נקלט בדין האנגלי כבר בשנת 1689. לפי עיקרון זה, למלך נתונה סמכות בלעדית בתחומים מסוימים שיש בהם מימוש המדיניות המלכותית: יחסי חוץ ומדיניות ביטחונית, סמכויות חירום, הזכות להעניק חנינה והזכות להעניק דרכונים.²⁶⁰

ככלל, תחומי הפררוגטיבה לא עוגנו בחקיקה סדורה אלא הוכרו במסורת הבריטית בהתאם לשיטת המשפט המקובל. לאור שיקול הדעת המוחלט שניתן למלך בתחומי הפררוגטיבה, התקבעו התחומים הללו כחסינים מביקורת שיפוטית – כלומר כבלתי שפיטים לחלוטין. עם הדמוקרטיזציה של בריטניה הועברו חלק מסמכויות הפררוגטיבה לממשלה והוחלה חסינות מביקורת גם כלפי פעולותיה.²⁶¹ העיסוק השיפוטי הוגבל לשאלת גבולות הסמכות של הפררוגטיבה – האם הפררוגטיבה חולשת על התחום נשוא העתירה – אך משעה שנקבע כי הפררוגטיבה מתקיימת, נמנעו בתי המשפט מבידור שיקול הדעת הכרוך בהפעלת הסמכות.²⁶²

בארבעים השנים האחרונות חלה נסיגה מדוקטרינת השפיטות ומחסינות הסמכויות הפררוגטיביות והתחולל מעתק מתפיסה הגורסת אי־שפיטות של סמכויות ציבוריות מסוימות לעיסוק שיפוטי מרוסן בהן. את תחילתו של התהליך ניתן לסמן בפסק הדין **GCHQ** אשר ניתן בשנת 1985 ועסק בצו ממשלתי שאסר על עובדי סוכנות הביון הממשלתית GCHQ להצטרף לאיגודי העובדים. הצו הממשלתי ניתן כחלק מהסמכויות הפררוגטיביות הנתונות בידי הממשלה, אך למרות זאת קבע בית הלורדים כי העתירה שפיטה.²⁶³

פסק הדין הֵצֵר את גבולות החסינות הפררוגטיבית. במקום חסינות החלה לפי מפעיל הסמכות, פנתה השיטה הבריטית לתחולה לפי מהות הסמכות המופעלת:

לדעתי, סמכויות פררוגטיביות כגון אלו הנוגעות לכריתת אמנות, הגנת הממלכה, הזכות המלכותית לחנינה, הענקת אותות כבוד, פיזור הפרלמנט, מינוי שרים וכל כיוצא בזה אינו יָאֵת לביקורת שיפוטית משום שטבעם ונושאם אינם מתאימים להליך

השיפוטי.²⁶⁴

“לאור שיקול
הדעת המוחלט
שניתן למלך
בתחומי
הפררוגטיבה,
התקבעו התחומים
הללו כחסינים
מביקורת שיפוטית
– כלומר כבלתי
שפיטים לחלוטין.”
“בארבעים השנים
האחרונות חלה
נסיגה מדוקטרינת
השפיטות
ומחסינות
הסמכויות
הפררוגטיביות
והתחולל מעתק
מתפיסה הגורסת
אי־שפיטות של
סמכויות ציבוריות
מסוימות לעיסוק
שיפוטי מרוסן.”

בתי משפט אינם המקום שבו נקבע אם תוקפו של הסכם פג, אם יש להגביל את כוחות הצבא באופן מסוים או אם יש לפזר את הפרלמנט במועד פלוני ולא במועד אחר.²⁶⁵

אומנם גם לאחר שינוי זה נותרו תחומים רבים מחוץ לגבולות הביקורת השיפוטית, אך פסק הדין בישר על שינוי בדוקטרינת השפיטות בבריטניה.

צמצום הדוקטרינה: אימוץ אמנת זכויות האדם האירופית

כרסום נוסף בדוקטרינת השפיטות התרחש בחקיקה כאשר בריטניה אימצה את אמנת זכויות האדם האירופית (ECHR) אל החקיקה האנגלית.²⁶⁶ החוק קבע כי כל מקרה של הפעלת סמכות ציבורית הפוגעת בזכויות המוגנות תחת האמנה נתון לביקורת שיפוטית; ובית המשפט פירש זאת כחוק המצמצם את תחולת דוקטרינת השפיטות בדומה לחריג שפוחת בישראל. למשל, בעתירה שהגישו אימהות לחיילים שנהרגו בפעילות מבצעית בעיראק נתבקש בית המשפט להורות על הקמת ועדת חקירה ציבורית לחקירת נסיבות הפלישה הבריטית לעיראק – נוכח הפגיעה בזכות לחיים המוגנת תחת האמנה. הברונית הייל סברה כי "כפי שאני מבינה את הדברים, מקובל כיום כי אם בירור טענות ופסיקה לגבי זכויות המוגנות תחת האמנה האירופית לזכויות אדם מצריך בירור של עניינים שבעבר נתפסו כבלתי שפיטים, על בית המשפט לעשות זאת".²⁶⁷ בעיני רבים, הרחבת גבולות הדיון בבית המשפט בשאלות של הפרת זכויות הובילה לפריצת הדוקטרינה בידי בית המשפט אשר פירש את מגילת הזכויות בהרחבה.²⁶⁸

דוקטרינת השפיטות כיום

בשנת 2014, במסגרת פסק דין בעניין **Shergill**, הציג בית המשפט העליון הבריטי את גישתו העכשווית לשאלת השפיטות. לדידו, דוקטרינת השפיטות מורכבת משתי קטגוריות. הקטגוריה הראשונה כוללת תחומים המצויים בליבת חוסר השפיטות, בהתאם לגישה המסורתית, כיוון שאינם מצויים בתחום מומחיותו של בית המשפט. במילים אחרות: הם נעדרים קנה מידה משפטי לבירור הסוגיה.²⁶⁹ כאלו למשל הן שאלות המעוררות דיון במדיניות החוץ של בריטניה או עוסקות בסכסוכים פנים-פרלמנטריים. במקרים מעין אלה, בית המשפט יימנע מדיון לגופו של עניין, אף כאשר הימנעות מדיון מונעת

”אף שבעניין Shergill קבע בית המשפט שישנן שאלות המצויות בליבת אי־השפיטות וראה במדיניות חוץ וסכסוכים פרלמנטריים דוגמאות מובהקות לשאלות בלתי שפיטות, הרי שכפי שיוצג להלן, גם בדוקטרינת השפיטות בתחומים אלה חל כרסום מסוים בעשור האחרון.”

עיסוק בשאלות אחרות שהן שפיטות לחלוטין. תחומים אלו מצומצמים שכן היעדר ביקורת שיפוטית עלול להוביל לפגיעה בזכויות.

הקטגוריה השנייה כוללת תחומים הנחזים כבלתי שפיטים אך בית המשפט רשאי לעסוק בהם כאשר הם מתעוררים אגב עיסוק בסכסוך שפיט. בית המשפט אינו רשאי אפוא לעסוק בשאלות בלתי שפיטות באופן ישיר, אך במקרים מסוימים הוא רשאי להכריע בהן אם העיסוק בהן נחוץ כבסיס לדיון בנושא שפיט. בית המשפט העליון הרחיב את תחומי השפיטות כפי שנקבעו בעניין **GCHQ**, שם הפך את הדוקטרינה ממבחן של זהות מפעיל הסמכות לבחינת אופי הסמכות המופעלת (פונקציונלית). כעת, בעניין **Shergill** צעד בית המשפט צעד נוסף: גם בתחומי השפיטות הפונקציונלית, הבחין בית המשפט בין שאלות המצויות בליבת אי־השפיטות לאלו המצויות בשוליה. לדידו, באחרונות רשאי בית המשפט לדון אגב סכסוך אחר. באופן קונקרטי, בעניין **Shergill** מצא בית הלורדים כי הסוגיה שפיטה וקבע שהשאלה הדתית שעמדה ברקע הדיון אינה מצויה בליבת חוסר השפיטות והכרעה בה נדרשה אגב ההכרעה בסכסוך השפיט.

אף שבעניין **Shergill** קבע בית המשפט שישנן שאלות המצויות בליבת אי־השפיטות וראה במדיניות חוץ וסכסוכים פרלמנטריים דוגמאות מובהקות לשאלות בלתי שפיטות, הרי שכפי שיוצג להלן, גם בדוקטרינת השפיטות בתחומים אלה חל כרסום מסוים בעשור האחרון.

את עמדתו המסורתית של בית המשפט כלפי שפיטותם של יחסי החוץ ניתן להמחיש באמצעות פסק הדין בעניין **Buttes Gas**, משנת 1982.²⁷⁰ פסק הדין עסק בסכסוך בין שתי חברות גז ביחס לזכות לשאוב גז ממאגר שהתגלה במפרץ הפרסי. למעשה, כדי להכריע בסכסוך ובבעלות על מאגר הנפט נדרש בית הלורדים לקבוע את קו הגבול בין שתי אמירויות במפרץ. בית הלורדים פסק שהסוגיה אינה שפיטה בהיותה שאלה פוליטית. קביעה זו נשענה על שני נימוקים: (א) כיוון שיחסי חוץ נמצאים בסמכות הרשות המבצעת; (ב) משום שאין לבית המשפט כלים לבחון את זכויות הצדדים אשר הוסדרו ”בשילוב של דיפלומטיה, לחץ פוליטי וכוח”.²⁷¹ בית המשפט קבע ששאלת גבולות האמירויות אינה שפיטה, גם במחיר אי־הכרעה בשאלת הבעלות הנלווית.

למרות ההחלטה ב־**Buttes Gas**, 2017, בעניין **Rahmatullah** ובעניין **Belhaj** פסק בית המשפט שדוקטרינת אי־שפיטותם של יחסי חוץ אינה יכולה לשמש מחסום בפני תביעה בעניין מעורבות המדינה הבריטית במעשי חטיפה ועינויים.²⁷² התובעים, בלחאג'

(Belhaj) ואשתו, טענו שחטיפתם ללוב ועינוייהם שם התאפשרו בשל שיתוף פעולה של שירותי הביון האנגליים עם שירותי הביון האמריקניים והלוביים. באופן דומה, רחמתוללה (Rahmatullah), אזרח פקיסטן, טען שנעצר בעיראק בידי כוחות בריטים והוסגר לעינויים על ידי הכוחות האמריקניים. בית המשפט דחה את הטענה שלפיה הסכסוכים אינם שפיטים כיוון שהם חלק מיחסי החוץ של בריטניה לאחר שההסגרות בוצעו כחלק מהסדרים בין בריטניה למדינות אחרות. לדידו, אף אילו היו חוסות תחת מסגרת יחסי חוץ, עינויים היו מוחרגים מהן משום שהם מפירים נורמות החורגות ממדיניות ציבורית ראויה.²⁷³

גם בתחום השני של ליבת אי־שפיטות שצוין בעניין **Shergill**, הליכים פנים־פרלמנטריים, חלו שינויים מאז פסק הדין ובית המשפט הראה נכונות מסוימת לדון גם בנושאים מעין אלה. כל זאת, למרות התפיסה העקרונית בדבר עצמאות המחוקק אשר פעילותו כפופה לכללים הפנימיים שהוא – והוא לבדו – קובע לעצמו.²⁷⁴ לצד השינוי המסוים במעורבות שיפוטית בסמכויות הפרוגטיבה, חסינות ההליכים הפנים־פרלמנטריים נותרה עד השנים האחרונות חלק אינטגרלי מהמשפט האנגלי.

בשנת 2019 התגלגל לפתחו של בית המשפט העליון בבריטניה עניין **Miller**, בעקבות החלטתו של ראש ממשלת בריטניה, בוריס ג'ונסון, לפזר את הפרלמנט הבריטי. ג'ונסון הוביל מהלך מדיני לעזיבתה של בריטניה את האיחוד האירופי ("הברקזיט") עד סוף אוקטובר 2019 וביקש לקדם את המהלך אף מבלי שיתקבל הסכם עם האיחוד האירופי – באופן חד־צדדי. כדי למנוע התערבות של הפרלמנט במהלך, ביקש ג'ונסון לפזר את הפרלמנט בשבועות שקדמו להשלמת "הברקזיט".²⁷⁵ נגד החלטה זו הוגשה עתירה שנידונה בפני בית המשפט העליון, בהרכב מורחב של אחד עשר שופטים, ובמסגרתה התעוררה שאלת שפיטות ההחלטה הפנים־פרלמנטרית לפזר את הפרלמנט.²⁷⁶

באופן עקרוני קבע בית המשפט כי על מנת לקבוע שפיטות של סוגיה, עליו להכריע בשתי שאלות: ראשית, יש לדון בקיומה של סמכות פרוגטיבית וגבולותיה; וככל שזו קיימת, נדרש בית המשפט לקבוע אם הפעולה הנידונה מצויה בגבולות הפרוגטיבה.

בענייננו סבר בית המשפט כי לרשות המבצעת קיימת פרוגטיבה לפזר את הפרלמנט, אך סמכות זו כפופה לשני עקרונות. העיקרון הראשון המגביל את הפרוגטיבה הוא ריבונות הפרלמנט: תפקידו של הפרלמנט וחובתו הם לחוקק חוקים המחייבים את כולם, סמכות

**”אחת מטענות
הביקורת שנמתחה
על ההחלטה
הייתה שהכפפת
הפררוגטיבה
לעקרונות חוקתיים
ערטילאיים
מכפיפה למעשה
את הפררוגטיבה
לפרשנות החוקתית
של בית המשפט.
נטען כי בשם
עליונות הפרלמנט,
בית המשפט
העליון מכפיף
את ההליכים
הפרלמנטריים
לביקורת
שיפוטית.”**

זו תרוקן מתוכן אם רשות המבצעת תוכל למנוע את כינוס הפרלמנט ולמנוע ממנו לחוקק בכל עת שיחפוץ. העיקרון השני הוא ביקורת פרלמנטרית על הרשות המבצעת: עיקרון זה דורש שהרשות המבצעת לא תוכל למנוע מהפרלמנט את תפקידו לבקר את ראש הממשלה והקבינט. לדידו, השאלה המשפטית נוגעת לגבולות הסמכויות הפררוגטיביות, כלומר לעצם קיומה של סמכות לפזר את הפרלמנט בהקשר הנידון. בנסיבות העניין מצא בית המשפט כי לראש הממשלה אין סמכות לפזר את הפרלמנט, משום שפיזור כזה מונע מהפרלמנט לבצע את תפקידיו החוקתיים כמחוקק וכמפקח על הממשלה.²⁷⁷

בפסק הדין נמנע בית המשפט מעיסוק בשאלת המניע של ראש הממשלה, ותחת זאת קבע כי הפעלת הפררוגטיבה בלתי חוקית במקום שבו היא משבשת את יכולת הפרלמנט למלא את סמכויותיו החוקתיות, בלא הצדקה סבירה. כיוון שהפעלת הסמכות נעשתה באופן בלתי חוקי, ממילא היא חסרת תוקף. כך, באמצעות רטוריקה עדינה ביקש בית המשפט להותיר את הפררוגטיבה בעינה אך בה בעת להכפיף את הפעלתה לביקורת שיפוטית.

פסק הדין עורר ביקורת רבה בציבור ובאקדמיה.²⁷⁸ אחת מטענות הביקורת שנמתחה על ההחלטה הייתה שהכפפת הפררוגטיבה לעקרונות חוקתיים ערטילאיים מכפיפה למעשה את הפררוגטיבה לפרשנות החוקתית של בית המשפט. נטען כי בשם עליונות הפרלמנט, בית המשפט העליון מכפיף את ההליכים הפרלמנטריים לביקורת שיפוטית – בניגוד להסדרים הפוליטיים ששימשו את הפרלמנט מעל 300 שנים. לטענת מלומד אחד –

במקרה הנידון, בית המשפט העליון עושה את הצעד הבא בהחלת עקרון ”העליונות החוקתית” וממנה את עצמו בתור שומר החוקה [...]. השימוש של בית המשפט בעקרונות חוקתיים מטשטש את ההבדל בין גבולות סמכות הפררוגטיבה ואופן הפעלתה ומוביל להגברת הביקורת השיפוטית בענייני הרשות המבצעת באופן חסר תקדים במשפט החוקתי הבריטי.²⁷⁹

יודגש כי בית המשפט עצמו הכיר בפסק הדין בגבולות סמכותו ובקיומם של תחומים בלתי שפיטים, אף שפתח פתח עקרוני נוסף להרחבת הנושאים השפיטים. פסק הדין ניתן בסוף שנת 2019, ונראה שמוקדם לקבוע את השפעותיו על המארג החוקתי והמנהלי של המשפט האנגלי.

”בעקבות פסק
הדין בעניין Miller
הוקמה ועדה
ציבורית (IRAL)
שנועדה לבחון
את הביקורת
השיפוטית על
עשייה מנהלית
לאור האיזון
הנדרש היכולת
של הממשלה
לממש את
מדיניותה.”

על אף הכרסום שחל בדוקטרינת השפיטות בעשורים האחרונים, גם כיום נעשה בה שימוש בבריטניה. בתי המשפט בבריטניה דוחים עתירות בעילת חוסר שפיטות מטעמים שונים. למשל, בשנת 2020 דחה בית המשפט לערעורים עתירה נגד העלאת גיל הפרישה של נשים בקובעו כי –

הסוגיות הרחבות שהעלו התובעים – באשר להכרעה איזו מן הברירות נכונה ואיזו שגויה, איזו טובה ואיזו רעה – אינן מענייננו; הן עניינם של האזרחים ושל נבחרי הציבור המייצגים אותו.²⁸⁰

כיוצא בזה הכירו שופטי בית המשפט העליון בקיומן של סוגיות שאינן מתאימות לבירור בבית המשפט אלא בפורום פוליטי. למשל, בפסק דין שניתן בשנת 2005 ועסק בהחזקת נתינים זרים החשודים בטרור במעצר מנהלי קבע הלורד בינגהם (Bingham):

ככל ששאלה נושאת אופי פוליטי טהור יותר [...] כך ראוי יותר שפתרונה יהיה פוליטי ולא במסגרת החלטה שיפוטית וממילא תפקידו של בית המשפט במקרים אלו קטן. תפקידם של הגופים הפוליטיים, ולא המשפטיים, הוא לפתור שאלות פוליטיות. ולהפך – ככל שאופייה של בעיה משפטית יותר, כך גדל התפקיד הפוטנציאלי של בית המשפט בפתרונה, שכן במסגרת החוקה שלנו ובכפוף לריבונות הפרלמנט, זוהי סמכות שהוענקה לבית המשפט ולא לגופים הפוליטיים.²⁸¹

תפיסה זו מהדהדת את מבחנו של השופט שמגר מפסק הדין בעניין רסלר, מבחן האופי הדומיננטי. הלורד בינגהם מדגיש כי ישנם מקרים שאופיים הפוליטי גורם לכך שפתרונם צריך להיעשות על ידי גוף פוליטי, ולהפך.

קולות של שינוי

בעקבות פסק הדין בעניין Miller הוקמה ועדה ציבורית (IRAL) שנועדה לבחון את הביקורת השיפוטית על עשייה מנהלית לאור האיזון הנדרש היכולת של הממשלה לממש את מדיניותה. הוועדה בחנה בין היתר את הכרסום שהתחולל לאורך השנים בתחולת דוקטרינת השפיטות ופרשה כמה אפשרויות לשינוי המצב הקיים:

א. הותרת הדוקטרינה ללא התערבות פרלמנטרית כדוקטרינה שיפוטית בתקווה שלא יחול בה כרסום שיפוטי נוסף.

ב. יוזמות חקיקה:

1. הועלתה אפשרות לקבע את המצב הקיים באמצעות גידור הנושאים שנותרו בלתי שפיטים באמצעות חקיקה המגבילה במפורש עיסוק שיפוטי בהם – כדי למנוע המשך כרסום בדוקטרינת השפיטות.

2. השבת הגלגל לאחור: הועלתה אפשרות לחקיקה שתמנע עיסוק שיפוטי בנושאים שבית המשפט קבע לגביהם בעבר שאינם שפיטים.

ואכן, הצעת חוק המבקשת לבלום את השלכות הכרסום בשפיטות הועלתה בפרלמנט הבריטי בשנת 2020, בעקבות פסק דין **Miller**. ההצעה ביקשה להשיב את ההחלטה בעניין פיזור הפרלמנט לשיקול דעתו הבלעדית של ראש הממשלה. כחלק מהצעת החוק הוצע סעיף הקובע במפורש כי ההחלטה אינה שפיטה, וכי בית משפט לא יוכל לבחון את הפעלת הסמכות הזו בידי ראש הממשלה והוא הדין לכל החלטה הקשורה בסמכות זו ולגבולות הסמכות הזו.²⁸²

לסיכום, המשפט הבריטי דוגל בעליונות הפרלמנט והפרוגטיבה הממשלתית על בית המשפט ונוהג בריסון מול הפעלתם. אכן, מאז פסק דין **GCHQ**, חל כרסום בחסינות הפרוגטיבה מביקורת שיפוטית וניתן לזהות מקרים של התערבות מוגברת של בית המשפט. למרות הקביעה העקרונית שיחסי החוץ וההליכים הפנים-פרלמנטריים אינם שפיטים, בית המשפט התערב כאשר נפגעו זכויות אדם גרעיניות (עינויים) וכאשר שובש תפקוד הפרלמנט. בית המשפט נזהר מביטול הדוקטרינה והבהיר כי נותרו תחומים המצויים בליבת אי-השפיטות ומהם חובתו של בית המשפט להדיר רגליו.

מקרים אלה מעידים על נכונות שיפוטית להתערב במקרי קיצון מובהקים, אך הם מותירים מקום לקיומה של דוקטרינה. ואכן, ברירת המחדל בשיטה האנגלית היא שבית המשפט נזהר מלהתערב בהחלטות הנובעות מסמכות הפרוגטיבה של הממשלה. בין כך ובין כך, שחיקת הדוקטרינה הביאה לגיבוש יוזמות חקיקה שנועדו להגביל את גבולות השפיטות בחקיקה ונדרש המשך מעקב אחר ההתפתחויות בתחום.

”המשפט הקנדי אימץ לתוכו את העיקרון היסודי שלפיו מחובתה של הרשות השופטת להימנע מעיסוק בשאלות פוליטיות באופיין.”

סמכותה של הרשות השופטת בקנדה מעוגנת בחוקה כתובה, בדומה לארצות הברית, הכוללת מגילת זכויות אדם וסמכות מפורשת לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית ומעשים מנהליים. עם זאת, בשונה מארצות הברית, בית המשפט הקנדי דחה את אימוצה של דוקטרינת ”השאלה הפוליטית” הנוהגת במשפט האמריקני ואימץ תחתיה את העקרונות הכלליים העומדים ביסוד הדוקטרינה. במילים אחרות: המשפט הקנדי אימץ לתוכו את העיקרון היסודי שלפיו מחובתה של הרשות השופטת להימנע מעיסוק בשאלות פוליטיות באופיין, אך דחה את הדוקטרינה הנוהגת במשפט האמריקני החל מפסק דין **Baker** שנידון לעיל.

בית המשפט העליון בקנדה קיבל את התפיסה היסודית שלפיה החוקה מקנה סמכויות ייחודיות לכל אחת מרשויות השלטון ומעניקה לנבחרי הציבור ברשות המחוקקת והמבצעת את הסמכות להכריע בסוגיות פוליטיות – וממילא התערבות שיפוטית בסמכויותיהן פסולה. מאידך גיסא, בית המשפט הקנדי דחה את התפיסה שלפיה עליו לנהוג בריסון כדי לשמור על כבודן של הרשויות האחרות. למשל, ב־**Operation Dismantle Inc. v. R**²⁸³ נידונה עתירה נגד ניסויי טילי שיוט בשטחה של קנדה. השופטת וילסון (Wilson) דחתה את תחולת דוקטרינת השאלה הפוליטית, אך באותו פסק דין קבעה שהעתירה כוללת ”שיקולים מוסריים ופוליטיים שאין בסמכותו של בית המשפט לנתח”²⁸⁴ לדידה, בית המשפט אינו רשאי להסיג את רגליו ממקרים שבהם נפגעות זכויות אדם, אף אם כרוכה בהם שאלה פוליטית או ציבורית. בדומה לחריג שאימץ הנשיא לנדוי במשפט הישראלי – חריג זכויות האדם.

אם כן, אותם שיקולים העומדים ביסוד השפיטות עומדים למעשה גם ביסוד ההנמקה שהציגה השופטת וילסון. הללו שבו ונשנו פעמים רבות במהלך השנים בידי בית המשפט העליון ובתי המשפט המדינתיים.²⁸⁵ בפועל, הדוקטרינה הקנדית התגבשה, מבלי לאמץ כלל סדור אלא ממקרה למקרה.²⁸⁶ בספרות האקדמית זוהו כמה תחומים שבהם באופן מסורתי נוהג בית המשפט העליון בריסון ואף נמנע מהתערבות בכלל – מחמת היותם בעלי אופי פוליטי או משום שהם נתונים לסמכותה של רשות שלטונית אחרת: (1) מחלוקות על הליך החקיקה; (2) מחלוקות על מנהגים או נורמות חוקתיות; (3) מחלוקות על פריבילגיות או סמכות שיורית של הכתר והפרלמנט; (4) מחלוקות ביחס ליחסי חוץ; (5) מחלוקות על זכויות חברתיות וכלכליות; (6) מחלוקות על אכיפה של הסכמים בינלאומיים.²⁸⁷

**”בדומה, גם ביחס
לעתירות בנושא
מדיניות הממשלה
לטיפול במשבר
האקלים קבע
בית המשפט כי
העתירות אינן
שפיטות והציב
אגב כך אמות
מידה לתחולת
דוקטרינת
השפיטות
במשפט הקנדי.”**

בפועל, בתי המשפט הקנדיים מביעים ריסון ביחס להחלטות המשקפות הכרעות ערכיות ומדיניות ציבורית שבהן אין חוק מפורש או זכות חוקתית מובהקת אשר יוצאת נפגעת מן המעשה המנהלי. למשל, בעתירה שהגישה לשכת עורכי הדין נגד ממשל הפרובינציה בקולומביה הבריטית, התבקש בית המשפט העליון בקולומביה הבריטית להצהיר על קיומה של זכות חוקתית לקבלת סיוע משפטי בהליכים אזרחיים.²⁸⁸ העתירה נדחתה בשל היעדר זכות עמידה של העותרים, אולם אגב הדיון התייחס בית המשפט לשפיטותה. בית המשפט סבר כי המקרה הנידון אינו מעורר שאלה ביחס לגבולות הסמכות של הרשות או לחוקתיותו של חוק מסוים, אלא עוסק בסדר העדיפויות התקציבי של הממשלה באופן רחב – החלטתה לממן או שלא לממן תוכנית ציבורית מסוימת, תוכן התוכנית, ניהולה ומידת הצלחתה – וכי לפיכך המקרה אינו שפיט.²⁸⁹

בדומה, גם ביחס לעתירות בנושא מדיניות הממשלה לטיפול במשבר האקלים קבע בית המשפט כי העתירות אינן שפיטות והציב אגב כך אמות מידה לתחולת דוקטרינת השפיטות במשפט הקנדי. במקרה אחד הוגשה עתירה נגד מדיניות האקלים שהוצגה על ידי העותרים כפוגעת בזכות לחיים, בשוויון הבין-דורי ובטובת הציבור.²⁹⁰ בית המשפט סבר כי סעד המורה למחוקק לחוקק חוקים מסוימים הוא חריגה מתפקידו של בית המשפט במארג הדמוקרטי; שכן חקיקת חוקים היא מתפקידיה של הרשות המחוקקת ואינה חלק מתפקידיו של בית המשפט.²⁹¹ נוסף על כך, בית המשפט סבר כי הוא נעדר כלים מתאימים לקביעת מדיניות בנושא משבר האקלים ולכן מדובר בנושא שאינו מתאים להתערבות שיפוטית.²⁹²

במקרה נוסף עתרה קבוצת קטינים נגד מחדלי המדינה, לדידם, בפתרון משבר האקלים. הם טענו כי מחדלי המדינה פוגעים בבריאותם הפיזית והנפשית ומסכנים את עתידם. גם במקרה זה, בית המשפט דחה את העתירה בהיותה בלתי שפיטה – בשל עיסוקה בעניין של מדיניות ומשום שהעותרים למעשה מבקשים מבית המשפט להיכנס בנעלי הרשות. בפסק הדין נקבע כי ”העתירה נדחת כיוון שיש שאלות פוליטיות שבית המשפט אינו יכול או אינו מתאים לעסוק בהן. בכלל זאת, שאלות בנושא של מדיניות ציבורית.”²⁹³ אף שבית המשפט סבר שלנושא חשיבות רבה, הוא הדגיש כי אין בכך כדי להצדיק חריגה של בית המשפט מגבולות הסמכות המוקנות לו.²⁹⁴

”בית המשפט

העליון הקנדי חזר
 על תפיסתו שלא
 ישיב על שאלות
 שאינן מתאימות
 לבירור משפטי,
 דהיינו שאלות
 שאין בהם שאלה
 משפטית מספיקה
 או שאופי השאלה
 אינו מאפשר לבית
 המשפט לתת
 תשובה מלאה
 או מדויקת.”

אחד ההקשרים המשמעותיים שבהם צפה ועולה שאלת השפיטות במערכת המשפט הקנדית היא מנגון ”שאלות ההפניה”. מבין שלוש המדינות שהוצגו בפרק זה, מתייחדת קנדה במנגון ייחודי המאפשר לממשלה הפדרלית ולממשלות בפרובינציות להפנות שאלות לבית המשפט כדי לקבל חוות דעת משפטית מקדמית בטרם ינקטו פעולה כלשהי. חוות דעת זו אינה מחייבת את הצדדים, אך בפועל כמעט שאין סוטים ממנה. מטבען, שאלות ההפניה עוסקות לא פעם בשאלות הנוגעות לחלוקת הסמכויות בין השלטון המרכזי והמקומי ולשאלות שיש בהן היבט פוליטי או ציבורי.

מנגון ייחודי זה מוביל אנשי אקדמיה רבים לאפיין את השיטה הקנדית ככזו שאינה מקפידה על הפרדת רשויות נוקשה. אולם, למרות החפיפה היחסית בין הרשויות, המגולמת בשאלות ההפניה, בית המשפט העליון הקנדי חזר על תפיסתו שלא ישיב על שאלות שאינן מתאימות לבירור משפטי, דהיינו שאלות שאין בהם שאלה משפטית מספיקה או שאופי השאלה אינו מאפשר לבית המשפט לתת תשובה מלאה או מדויקת.²⁹⁵

במקרה אחד, הממשל המדינתי בפרובינציית קולומביה הבריטית (British Columbia) הפנה לבית המשפט לערעורים של הפרובינציה שאלה ביחס לחוקיותה של חקיקה פדרלית. חקיקה זו הגבילה את התמיכה התקציבית של הממשלה הפדרלית בתוכנית עזרה סוציאלית של המחוז.²⁹⁶ בתגובה, הממשלה הפדרלית ערערה לבית המשפט העליון בטענה שהשאלה שהופנתה היא פוליטית במהותה ולכן אינה שפיטה. בית המשפט קבע כי השיקול המרכזי העומד בפני בית המשפט כשהוא מחליט אם לדון בסוגיה מסוימת הוא שמירה על תפקידו הראוי של בית המשפט במארג החוקתי במסגרת השיטה הדמוקרטית. לפי פסק הדין, על מנת לקבוע אם שאלה מצויה בגבולות תפקידו של בית המשפט, עליו לבחון אם היא פוליטית באופייה או שמא יש בה בסיס משפטי מספיק על מנת להצדיק התערבות שיפוטית.²⁹⁷ מבחן דומה לזה הוצע בישראל בידי השופט שמגר, מבחן האופי הדומיננטי.²⁹⁸

במקרה זה, בית המשפט הקנדי קבע כי השאלה ביסוד הדברים מתייחסת לפרשנות חקיקה פדרלית ולפיכך זהו נושא משפטי הנתון לסמכות בית המשפט. מנגד, הבהיר בית המשפט כי אילו הייתה השאלה עוסקת בפיקוח על העדפות המימון והתקציב של הממשלה הפדרלית – היה זה נושא בלתי שפיט.

**”השיטה הקנדית
דחתה במפורש את
תחולת דוקטרינת
’השאלה הפוליטית’
הסדורה. אולם,
ההגיונות
המרכזיים
העומדים ביסוד
הדוקטרינה אומצו
גם במשפט הקנדי.”**

תחולת דוקטרינת השפיטות במשפט הקנדי עלתה שוב לדיון בשנת 1998, בשאלת הפניה אשר עסקה בחוקיות החלטת פרובינציית קוויבק להיפרד באופן חד־צדדי מהפדרציה הקנדית. בית המשפט בחן את חוקיות ההחלטה לפי המשפט החוקתי והמשפט הבינלאומי. ממשלת קוויבק טענה כי הסוגיה בלתי שפיטה בשל אופייה הפוליטי.²⁹⁹ בית המשפט דחה טענה זו אך חזר על קביעתו כי ישנן שאלות שאינן מתאימות לדיון בבית המשפט. בית המשפט אפיין שאלות ממין זה כמשתייכות לשתי קטגוריות: (1) שאלות שלדעת בית המשפט יפגעו במעמדו ובתפקידו בשיטה החוקתית הקנדית; (2) שאלות שאינן בתחום מומחיותו של בית המשפט – החוק. לדידו, כאשר בית המשפט סבור שהשאלה שהופנתה אליו מבוססת בעיקר על שאלות לבר־משפטיות, עליו לדחות את העתירה או להתייחס רק להיבטים המשפטיים בה. בסוגיית היפרדות קוויבק, בית המשפט קבע שיתייחס בחוות דעתו רק להיבטים המשפטיים, ואחר שיובהר המצב המשפטי, אוכלוסיית קוויבק וממשלתה יוכלו להכריע ביחס לאפיקים הפוליטיים.

לסיכום, בשונה מהמשפט האנגלי והמשפט האמריקני, השיטה הקנדית דחתה במפורש את תחולת דוקטרינת ”השאלה הפוליטית” הסדורה. אולם, ההגיונות המרכזיים העומדים ביסוד הדוקטרינה אומצו גם במשפט הקנדי. במקרים רבים נערך דיון בשפיטות השאלות ולא פעם אף נדחו עתירות בשל היותן בלתי מתאימות לבירור שיפוטי. לכן, אף שלא ניתן לזהות בבירור מהם המקרים שבית המשפט הקנדי מזהה כבלתי שפיטים – ומפעם לפעם בית המשפט מתערב בשאלות העוסקות במדיניות – הרי שככלל התפיסה הנוהגת בקנדה היא כי משטר דמוקרטי מבוסס על חלוקת סמכויות בין הרשויות ותפקידו של בית המשפט אינו להכריע בשאלות של מדיניות.

3.4. סיכום

בפרק זה ביקשנו לעמוד על טיבה של דוקטרינת השפיטות במדינות המשפט המקובל, שיטה ממנה שאב המשפט הישראלי את השפיטות. ראינו כיצד המשפט האמריקאי והמשפט האנגלי ניסו לאמץ דוקטרינה סדורה בעוד המשפט הקנדי אימץ את הגיונות השפיטות מבלי לקבוע לה מבחנים ברורים ומוגדרים.

במשפט האמריקני אומצה הדוקטרינה בד בבד עם הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית בפסק הדין בעניין **Marbury** והפכה אבן יסוד במשפט האמריקני עד אשר נקבעו לה מבחנים סדורים בעניין **Baker** אשר הגבילו את המקרים שיידחו מחמת חוסר שפיטות במקרים בהם התערבות תפגע בהפרדת הרשויות ובחלוקת הסמכויות החוקתיות או כאשר אין קנה מידה משפטי להכרעה.

במשפט האנגלי הצבענו על הקשר שבין השפיטות לסמכויות הפררוגטיביות והחסינות מביקורת שיפוטית לגביהן, סמכויות שהופקדו תחילה בידי בית המלוכה במאה ה־17 והועברו בהדרגה לידי הרשות המבצעת. הראינו כי הדוקטרינה השתנתה בשני שלבים מרכזיים. תחילה, בפסק הדין בעניין GCHQ קבע בית המשפט כי החסינות מביקורת שיפוטית אינה נקבעת לפי מפעיל הסמכות אלא לפי אופי הפונקציה השלטונית המופעלת. פסק הדין בעניין **Shergill** בישר שינוי נוסף: נקבעה בו הבחנה בין ליבת חוסר השפיטות לשוליה. אף שהצבענו על כרסום מסוים בדוקטרינה בעקבות פסקי דין אלו ועד היום, הראינו כי תפיסה שיפוטית איתנה עודנה קיימת באשר לחשיבותה של השפיטות למשפט האנגלי כיום. נוסף לכך הראינו כיצד קנדה נאחזה בהגיונות המרכזיים שבבסיס דוקטרינת השפיטות על מנת לשמור על בית המשפט מהתערבות שגויה במקרים פוליטיים וערכיים.

**”אף שהמשפט
הישראלי אימץ
את דוקטרינת
השפיטות ממדינות
המשפט המקובל,
ואף נטל מהן
את חריג זכויות
האדם, ההתנערות
המעשית
מהדוקטרינה
במשפט הישראלי
נרחבת מזו
הקיימת במדינות
המשפט המקובל.”**

אם כן, נראה כי אף שהמשפט הישראלי אימץ את דוקטרינת השפיטות ממדינות המשפט המקובל, ואף נטל מהן את חריג זכויות האדם, ההתנערות המעשית מהדוקטרינה במשפט הישראלי נרחבת מזו הקיימת במדינות המשפט המקובל. אכן, בכל המדינות שציינו חל כרסום בדוקטרינה, אך בכולן ממשיך בית המשפט להדגיש את חשיבותה ולדחות תיקים באמצעותה ואין לעלות בהן על הדעת מציאות של שופטים בבית המשפט העליון שכותבים כי הדוקטרינה כבר אינה בתוקף כפי שכתב ג'ובראן. יתרה מכך. העובדה שבית המשפט בישראל אימץ דוקטרינת סבירות חובקת כול ופרשנות רחבה בדבר היקף הזכויות החוקתיות המוגנות מרחיבה את היקף שפיטות ההחלטות השלטוניות ומאפשרת לבית המשפט בישראל להתערב בכל דבר ועניין.



פרק רביעי: חלופות מדיניות

"הכנסת קוראת לבית המשפט העליון להימנע מלהתערב בנושאים ערכיים, הלכתיים, אידיאולוגיים ופוליטיים.

הכנסת קוראת לבית המשפט העליון להימנע מלהתערב בחוקים אותם חוקקה הכנסת ובסטטוס־קוו הקיים מאז יסוד המדינה.

הכנסת מכריזה כי יש להרחיב את פורום שופטי הבג"ץ ולאפשר ייצוג לכל חלקי העם.

הכנסת מתנגדת לגישת נשיא בית המשפט העליון לפיה 'הכל שפיט' במערכת המשפט"

החלטה שהתקבלה בכנסת ביום 29.11.1999.³⁰⁰

בפרק זה נבקש לבחון כמה הצעות להתמודדות עם הצורך בהשבתה של דוקטרינת השפיטות לשימוש רחב. כדי לבחון את הצורך בדוקטרינת השפיטות ככלי לאיזון בין הרשויות יש לבחון את השינויים שחלו במשפט הציבורי בכללותו.³⁰¹ הן המצדדים בשימוש בדוקטרינה, הן המתנגדים לה, נדרשים לבחינת חיוניותה נוכח יחסי הכוחות המשתנים בין הרשויות.

במסגרת הדיון דלהלן נבחן שלוש אפשרויות להתמודדות עם החסרונות שבדוקטרינת השפיטות הנוכחית. חלופה ראשונה היא שינוי המצב באמצעות התערבות חקיקתית שתגדיר נושאים כבלתי שפיטים ותוציא אותם למעשה מסמכותו של בית המשפט. חלופה שנייה מאפשרת להמשיך ולשמור על הגמישות שבהפעלת הדוקטרינה לפי שיקול דעתו של בית המשפט. האפשרות השלישית היא הפיכת סוגיית השפיטות לעניין שחובה על בית המשפט לבחון בתחילה, על הסף. בשורות הבאות נציג את החלופות השונות ונערך דיון ביתרונות ובחסרונות הגלומים בהן.

**”הצעת החוק
הבולטת
ביותר שנוגעת
לדוקטרינת
השפיטות היא
הצעת החוק
שקידם שר
המשפטים לשעבר
דניאל פרידמן
בתזכיר שפרסם
בשנת 2008.”**

4.1. החלופות

חלופה א: תיקוני חקיקה

במהלך השנים הונחו על שולחן הכנסת הצעות חקיקה להגדרת נושאים כבלתי שפיטים כתגובת-נגד של המחוקק שביקש להשיב את האיזון ליחסי הרשויות.

הצעת החוק הבולטת ביותר שנוגעת לדוקטרינת השפיטות היא הצעת החוק שקידם שר המשפטים לשעבר דניאל פרידמן בתזכיר שפרסם בשנת 2008.³⁰² פרידמן ביקש לעגן את דוקטרינת השפיטות במסגרת תיקון לחוק יסוד: השפיטה, והציע לפעול בשני מישורים: (א) הגבלת הסמכות של בית המשפט **לדון בנושאים מסוימים**; (ב) הגבלת סמכותו לתת **סעדים**. במישור הדיני, הציע פרידמן למנוע מבית המשפט לדון בנושאים שבהתאם לאופיים הדומיננטי אינם מתאימים להכרעה שיפוטית. הצעת החוק כללה רשימה פתוחה של מקרים כאלה וציינה במפורש כי בין נושאים אלה מצויים החלטות בתחום יחסי החוץ של המדינה, החלטות בדבר יציאה לפעולה צבאית, החלטות להקמת ועדת חקירה והחלטות בדבר סדרי העדיפויות והיקף ההוצאות מתקציב המדינה. במישור הסעד, הציע פרידמן למנוע מבית המשפט לתת סעדים בעתירות בנושא העמדה לדין פלילי, מינוי או העברה מכהונה של שר והחלטות ממשלה.

מלבד התזכיר של פרידמן הונחו במשך השנים הצעות חוק נוספות להתמודדות עם פסיקות קונקרטריות של בג”ץ בדומה להצעת החוק הבריטית שהוגשה כתגובה לפסק הדין שאסר על ראש הממשלה ג’ונסון לפזר את הפרלמנט.³⁰³ כבר ב־1991 הניח חבר הכנסת צחי הנגבי הצעת חוק שביקשה להוציא מסמכות בג”ץ את הסמכות לדון בהקמת יישובים ביהודה שומרון וחבל עזה מלבד בענייני הפקעת קרקעות פרטיות.³⁰⁴ ב־2000 הניח חבר הכנסת שמואל הלפרט הצעה שביקשה למנוע מבית המשפט לדון “בנושאים ערכיים מדיניים וביטחוניים אשר ממשלת ישראל או הקבינט הביטחוני מחליט בהם”.³⁰⁵ הצעות נוספות הונחו גם ב־2002 כאשר חבר הכנסת אביגדור ליברמן הציע להגביל את סמכות בית המשפט לדון בעניינים צבאיים, בעלי אופי מבצעי ומלחמתי, ולקבוע כי עניינים אלה אינם שפיטים.³⁰⁶ הצעת חוק נוספת, שיזמו אביגדור ליברמן וחברי הכנסת מטעם ישראל ביתנו, ביקשה להגביל את סמכות בית המשפט לדון בערעורים על החלטות ועדת הבחירות המרכזית בעניין פסילת (או אישור) מועמד או רשימה מלהשתתף בבחירות.³⁰⁷

**”שורה נוספת של
הצעות חוק עסקו
באי־שפיטות
חוקתית, דהיינו
הגבלת סמכות בית
המשפט לפסול
חוקים בנושאים
מסוימים.”**

**”קבוצה אחרת של
הצעות ביקשה
להגביל סעדים
בעתירות בנושאים
שנתפסו בעבר
כבלתי שפיטים –
באמצעות קביעת
איסור על הוצאת
צווים בנושאים
מסוימים.”**

שורה נוספת של הצעות חוק עסקו באי־שפיטות חוקתית, דהיינו בהגבלת סמכות בית המשפט לפסול חוקים בנושאים מסוימים. לדוגמה, במסגרת מסמך "חוקה בהסכמה" הציע המכון הישראלי לדמוקרטיה לקבוע אי־שפיטות חוקתית בעניינים הנוגעים להצטרפות לדת, סמכויות בתי הדין הדתיים בעניין נישואין וגירושין, צביון השבת ומועדי ישראל ברשות הרבים, שמירת כשרות במוסדות ממלכתיים ומתן אזרחות ישראלית לקרוביו של מי שזכאי לעלות לישראל.³⁰⁸ הצעות חוק נוספות הציעו לקבוע אי־שפיטות חוקתית ביחס לחוקים שנוגעים להגבלת הכניסה לישראל או ביחס לתוקפו של חוק האזרחות.³⁰⁹

קבוצה אחרת של הצעות ביקשה להגביל סעדים בעתירות בנושאים שנתפסו בעבר כבלתי שפיטים – באמצעות קביעת איסור על הוצאת צווים בנושאים מסוימים. ההצעה להימנע ממתן צו מאפשרת אומנם לבית המשפט לדון בתיק לגופו אך נוטלת ממנו את העוקף שבדמות מתן צו סופי. למשל, הוצע להגביל את בית המשפט מלהוציא צווים לנשיא המדינה, לכנסת או לממשלה, ובלבד שלא מדובר בעתירה נגד פעולה שנעשתה תוך ניגוד עניינים או מתוך מניעים פסולים.³¹⁰ באורח דומה הוצע להגביל את סמכות בית המשפט להוציא צווים לרשויות המדינה, למעט צווים בעניין פעילויות שנעשו בניגוד לחוק או בחריגה מסמכות, תוך משוא פנים או מטרות זרות.³¹¹ הצעה אחרת ביקשה להגביל את סמכות בית המשפט מלהוציא צווים לכנסת, צווים בנושא מינויים ופיטורין ממשרות ציבוריות, צווים לטובת אזרחי חוץ בעניינים מנהליים, וצווים בעניין החלטה לשחרר אדם ממאסר או מעצר.³¹² הצעות אחרות ביקשו להגביל את סמכותו של בית המשפט להוציא צווים בעניינים ביטחוניים הקשורים באופן ישיר לחיי אדם.³¹³

חלופה ב: ריסון שיפוטי

גם בקרב מי שמוכנים להניח כי קיים צורך באימוץ דוקטרינת שפיטות שמרנית יותר, שורת התנגדות להתערבות המחוקק. התנגדות זו נובעת מתפיסת דוקטרינת השפיטות כיצירה שיפוטית. לפי תפיסה זו, שאלת השפיטות על פי טבעה איננה ניתנת להגדרה מראש, ולפיכך לכל ניסיון לקבוע כללים נוקשים יתלוו בהכרח תוצאות לא רצויות. בין היתר, יש לחשוש כי כלל כזה ימנע מבית המשפט התערבות גם במקרים שבהם ראוי לו להתערב. לכן יש מי שתומכים בהפנמת הצורך בריסון ואימוץ מדיניות של ריסון שיפוטי ללא חקיקה מגבילה. לפי עמדה זו, יש להותיר לבית המשפט את הגמישות לצמצם את דוקטרינת השפיטות באמצעות פסיקה שמרנית ומחויבת לריסון שיפוטי.

**”אפשרות שלישית
שאנו מבקשים
להציג כאן היא
קביעה בחקיקה
כי טענות בנוגע
לאי־שפיטות של
עתירות ייבחנו
בשלב מקדמי
בנפרד ויחייבו
הנמקה בטרם דיון
בגוף העתירה.”**

כך לדוגמה כתב אחד מן המצדדים בחלופה זו:

זכות העמידה והשפיטות – כמו העילות לביקורת על שיקול הדעת המינהלי – הן תוצאות של התפתחות פסיקתית, וזו משתנה מעת לעת בין היתר בשל זהות השופטים. לפיכך אין מקום לשינוי חקיקה בענייני זכות העמידה או השפיטות. אם דרוש שינוי, הוא יקרה באופן טבעי. כמו שכתב פעם שלמה לוי: ”דרכה של הלכה, שהיא מיטלטלת בכיוונים מנוגדים עד שלבסוף היא מתייצבת בנקודת איזון מתאימה מחוץ לעין הסערה”³¹⁴.

אין מחלוקת ששופטים יכולים להרחיב את השימוש בדוקטרינה כפי שעשו מזוז, סולברג, שטיין, ריבלין ושמגר ובכך תומכת חלופה זאת.

חלופה ג: יצירת פרוצדורה להבטחת הדיון בשאלות שפיטות על הסף

אפשרות שלישית שאנו מבקשים להציג כאן היא קביעה בחקיקה כי טענות בנוגע לאי־שפיטות של עתירות ייבחנו בשלב מקדמי בנפרד ויחייבו הנמקה בטרם דיון בגוף העתירה. על פי הצעתנו (להלן בנספח), כאשר גורם ציבורי שמשיב לעתירה סבור כי העתירה איננה שפיטה, הוא יכול לטעון בהליך נפרד נגד שפיטות העתירה. טענה זו תקפיא את ההליך עד לפרסום הכרעה מנומקת בשאלת שפיטות העתירה.

חקיקה פרוצדורלית כזו איננה שוללת את שתי החלופות הקודמות. היא יכולה לבוא לצד חקיקה תוכנית שמגבילה את סמכות בית המשפט לדון בנושאים מסוימים וגם לצד הנחה כי יש לשמור עניין זה להכרעת בית המשפט. יצירת פרוצדורה שתבטיח דיון על הסף עשויה לתמרץ פיתוח שיפוטי של דוקטרינת השפיטות.

”שופטי בית המשפט שקדמו לברק – וכן מי שפסעו בעקבות עמדותיהם של שמגר ואלון – סברו שיש להתייחס אל השפיטות כאל “עיקרון.”

העובדה שדוקטרינת השפיטות הייתה מאז ומעולם עניין ש”בחוש המומחיות של המשפטן” הובילה לטשטוש ההבחנה בין קיומם של תחומים אפורים, שאינם חד־משמעיים, לבין מקרים מובהקים שבהם אין קנה מידה משפטי להכרעה. מבקרי הדוקטרינה טענו כי אם אין בנמצא כלל אנליטי אשר מאפשר הבחנה בין מקרה שפיט לבין מקרה שאינו שפיט הרי שהכול שפיט־נורמטיבית.

כפי שראינו בפרק הקודם, שופטי בית המשפט שקדמו לברק – וכן מי שפסעו בעקבות עמדותיהם של שמגר ואלון – סברו שיש להתייחס אל השפיטות כאל עיקרון (standard) וכי העובדה שאין בנמצא הבחנה חד־משמעית בין מקרים שפיטים לשאינם שפיטים איננה סיבה לוותר על דוקטרינת השפיטות. לטעמם, כדי להכריע באמצעות איזון אימתי יש לאפשר עתירות למרות הפגיעה בהפרדת הרשויות והרעיון הדמוקרטי, נדרש השופט לעשות שימוש בחוש המומחיות שלו – באופן שיאפשר התערבות במקרי ביניים בלבד. השופטים שפיתחו – או שימרו – את דוקטרינת השפיטות יצאו מנקודת הנחה שלפיה כוחו של בית המשפט מוגבל והשופטים אינם כול־יכולים. לדידם, הן בשל תפיסת התפקיד של השופט, הן בשל מגבלות מוסדיות, בית המשפט אינו הזירה המיטבית להכרעות בכל תחום ועניין וישנם תחומים מובהקים שאינם שפיטים.

כדי לדבוק בדוקטרינה יש צורך במידה של צניעות שיפוטית שתמנע ניסיונות להסדיר כל נושא ועניין בבית המשפט כפי שציין השופט לנדוי:

השופטים של בית המשפט הישן לא העמידו את עצמם כמורי הדור. לא חשבנו שתפקידנו ללמד את הציבור ערכי יסוד או ערכי עומק של מוסר פרטי וציבורי. אין זה אומר שלא הקדשנו תשומת לב לערכים. אין זה אומר שלא היתה לנו פסיקה ערבית. אבל ידענו את המגבלות של סמכות בית המשפט. והקפדנו על כך שמה שבית המשפט קובע בנוגע לערכים ינבע מהנושאים שהובאו לפניו [...]

השופט איננו מורה דור ואיננו שליט־פילוסוף. תפקידו הרבה יותר צנוע: להיות פרשן נאמן של החוק. של רצון הציבור אשר אותו מבטאת הכנסת בהיותה מייצגת הציבור. לכן אני מאמין שתבונת השופט מחייבת אותו לזהירות, לרגישות ולשיקול דעת רב, ללא התנשאות.³¹⁵

”הניסיון להסדיר מחדש את דוקטרינת השפיטות ולהקשיחה בחקיקה נובע מתפיסת תפקיד שיפוטית דמוקרטית בדבר תפקידו של השופט ומקומו בחברה ובשלטון. באמצעות הביקורת השיפוטית על מעשי המנהל, ממלא בית המשפט תפקיד דמוקרטי חשוב – ובכל זאת סמכותו מוגבלת.”

הניסיון להסדיר מחדש את דוקטרינת השפיטות ולהקשיחה בחקיקה נובע מתפיסת תפקיד שיפוטית דמוקרטית בדבר תפקידו של השופט ומקומו בחברה ובשלטון. באמצעות הביקורת השיפוטית על מעשי המנהל, ממלא בית המשפט תפקיד דמוקרטי חשוב – ובכל זאת סמכותו מוגבלת. התערבותו בכל דבר ועניין והפיכתו לגורם מכריע בנושאים פוליטיים מערערת את יחסי הכוחות בין הרשויות והופכות את בית המשפט למממש התיאוריה האפלטונית בדבר המלך הפילוסוף.

הצעות החקיקה להגבלת סמכותו של בית המשפט מלדון בתחומים מסוימים – דוגמת התזכיר של פרידמן – מבקשות לתקן את ההשפעות השליליות של שחיקת דוקטרינת השפיטות באמצעות קביעת כלל שאוסר על התערבות בנושאים מסוימים. כלל כזה מחריג תחומים מסמכותו של בית המשפט ובכך מגביל את הביקורת השיפוטית בצורה רחבה מהמגבלה שנהגה בעבר כאשר דוקטרינת השפיטות אפשרה לשופטים להתערב על פי שיקול דעתם.

בניגוד לתפיסת הדוקטרינה כדוקטרינה שיפוטית שמעניקה סמכות עקרונית לפעולה משפטית, הצעות החוק קובעות כלל משפטי בינארי (rule). הוצאת תחומים שונים מסמכותו של בית המשפט היא תגובת נגד של המחוקק. היא משקפת את אובדן האמון בצניעותו של בית המשפט וביכולתו להטיל על עצמו ריסון עצמי מבלי להתערב בעניינים שאין לו ערך מוסף בהכרעתם. תכלית הבחירה בכלי אגרסיבי ובינארי היא ליצור איזון מחודש. המחיר הכרוך בקידום הצעה כזו הוא שמדובר בכלל חזק וקהה הבחנה. עשויות להיות לו תוצאות שליליות נלוות בדמות איסור על ביקורת שיפוטית וניהול דיונים גם במקרי ביניים שבהם יש מקום לביקורת שיפוטית. לדוגמה, קביעה כי אין מקום לביקורת שיפוטית על הליכים פנימיים בפרלמנט עלולה להביא למקרה שבו בית המשפט לא יוכל לבקר אפילו מקרים שבהם הרוב פועל בניגוד לחוק ולתקנון באופן שמונע הליך דמוקרטי – נגד המיעוט שאיננו יכול להגיב גם במישור הפוליטי.

ההתנגדות לחידוש הדוקטרינה בחקיקה נובעת מרצון לדבוק בדוקטרינת שפיטות שמנוסחת כעיקרון (standard). דוקטרינה קלאסית זו העניקה לבית המשפט את שיקול הדעת לאזן בין החשש מפני הפגיעה בעקרונות קריטיים לקיום מבנה משטר דמוקרטי לבין הצורך בהתערבות שיפוטית במקרים נקודתיים.

**”ראינו כי יש
השלכות לעצם
קיומו של הליך,
גם אם תוצאתו
מרוסנת. על פי
הצעות אלה,
יתקיים הליך אבל
יחסי הכוחות בין
הרשויות ישתנו.”**

**”אנו מניחים
שיצירת פרוצדורה
שתחייב בחינה
של טענות בדבר
אי־שפיטות על
הסף, ולא במסגרת
הדיון בגוף
העתירה, תביא
לפיתוח שיפוטי
ולהגברת העיסוק
בדוקטרינת
השפיטות.”**

הצעות החוק שאוסרות **מתן צווים** כלפי נושאי תפקידים מסוימים או בנושאים מוגדרים מבקשות ליצור איזון ממין אחר – באמצעות הליך שבו יוכלו השופטים להציג ביקורת ביחס לרשויות. הצעה זו דומה לאופי הביקורת השיפוטית שנוהגת בבריטניה בעקבות חוק זכויות האדם מ־1998 או הליכים שנהוגים בקנדה ומאפשרים לרשויות לפנות באופן מקדמי לבית המשפט בבקשה שיחווה את דעתו בשאלות משפטיות או בשאלות שבעובדה באופן אפריורי, מבלי שקיימת חובה לציית למסקנתו של בית המשפט.³¹⁶ באופן זה, בית המשפט הופך למנגנון ביקורת, והשפיטות איננה משמשת כעילת סף, אולם ההחלטה הסופית נותרת בידי הרשויות האחרות. על פי הצעות אלה, יתקיים הליך אבל יחסי הכוחות בין הרשויות ישתנו. ניתן לצפות שכך יבנה מנגנון ביקורת מאוזן יותר שהפגיעה בהפרדת הרשויות בגינו תהא פחותה.

החלופה השלישית – שאנו מציעים – מבקשת לשמור על דוקטרינת השפיטות כעיקרון מבלי להגביל את השופטים באופן מוחלט. ההצעה מבקשת ליצור תנאים אופטימליים ליצירת ריסון שיפוטי בידי השופטים במינימום התערבות חיצונית, באמצעות יצירת פרוצדורה שתחייב עיסוק בשאלת השפיטות כעילת סף. אנו מניחים שיצירת פרוצדורה שתחייב בחינה של טענות בדבר אי־שפיטות על הסף, ולא במסגרת הדיון בגוף העתירה, תביא לפיתוח שיפוטי ולהגברת העיסוק בדוקטרינת השפיטות. בניגוד למצב הנוכחי, שבו בית המשפט מקדיש התייחסות קצרה לטענות בדבר אי־שפיטות במסגרת הדיון בעתירה, יידרש בית המשפט להציע הנמקה נקודתית ועצמאית לבחינת שאלת שפיטות העתירה. ככל שייעשה שימוש בחוק החדש, ניתן לצפות לפיתוח של הדוקטרינה בידי השופטים. אולם יש להבטיח כי מי שיוכל להעלות באופן עצמאי את טענת אי־השפיטות תהא הרשות הנתקפת באופן אותנטי. כאמור, ניתן לעשות שימוש בהצעה זו בשילוב עם מגבלות אחרות שייקבעו בחקיקה והיא אינה חליפית להצעות האחרות.

ההצעות שמבקשות להסדיר את הנושא בחקיקה יוצאות מנקודת הנחה שלפיה נדרשת תגובה של המחוקק לפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות הכרוכה בשחיקת הדוקטרינה. הנחות המוצא של עקרון הפרדת הרשויות, ובראשן החשש מפני ריכוז שלטוני בידי גורם יחיד, מטילות ספק ביכולתו של בית המשפט לרסן את עצמו לאורך זמן. עוצמה שלטונית עלולה להשחית ומכאן הצורך ביצירת איזון באמצעות תגובת־נגד של המחוקק שמוטל עליו להשיב את מערכת האיזונים והבלמים לתקנה. אכן, בניגוד לדוקטרינת זכות העמידה אשר מגבילה את הגישה לבית המשפט מעותר ספציפי אך מאפשרת

הגשת עתירות על ידי עותר אחר, דוקטרינת השפיטות מונעת דיון בעתירות בלתי שפיטות ולכן נדרש כאן איזון עדין.

סקרנו כמה וכמה אפשרויות העומדות בפני מחוקק החפץ לתקן את דוקטרינת השפיטות לאור הצורך הברור והצבענו על יתרונותיהן ועל חסרונותיהן. קודם שנסיים, נבקש לשוב ולהזכיר את הצורך בהתבוננות על יחסי הכוחות בין הרשויות כמכלול. תיקון דוקטרינת השפיטות בחקיקה עשוי להצטייר כמעשה חריג, אך בשל חוסר האיזון הכללי השורר כיום יש בהחלט מקום לדון גם בהצעות כאלו, בדומה להצעות שעלו לאחרונה בבריטניה. אך גם ללא תיקוני חקיקה הטעמים שביסוד הדוקטרינה תומכים בהרחבתה.

**”שחיקת דוקטרינת
השפיטות התרחשה
על רקע שינויי
עומק בתפיסת
התפקיד של בית
המשפט. בית
המשפט טשטש את
ההבחנה בין סכסוך
אינדיבידואלי
לבין מחלוקת
ציבורית ונטל
לעצמו את הסמכות
להכריע במחלוקות
הציבוריות.”**

נייר זה מציג את תהליך השחיקה המהיר שעברה דוקטרינת השפיטות הישראלית מאז שנות השמונים של המאה הקודמת בעקבות התפתחותה של גישה שיפוטית בדבר היקפו חובק הכול של המשפט – ”מלוא כל הארץ משפט”. הצגנו את השחיקה ואת הקשיים הנורמטיביים שהיא מגלה, וסקרנו את האופן שבו היא משמשת במדינות אחרות בהן נוהגת שיטת המשפט המקובל.

שחיקת דוקטרינת השפיטות התרחשה על רקע שינויי עומק בתפיסת התפקיד של בית המשפט. בית המשפט טשטש את ההבחנה בין סכסוך אינדיבידואלי לבין מחלוקת ציבורית ונטל לעצמו את הסמכות להכריע במחלוקות הציבוריות משום שהשופטים זיהו עצמם כ”ארכיטקטים חברתיים” שמעצבים את החברה בישראל.³¹⁷

כתוצאה מכך, התגבר עיסוקם של שופטי בג”ץ בסוגיות הפוליטיות הטעונות ביותר. ענייני מדיניות שאופיים פוליטי ואשר נתפסו בעבר – ועודם נתפסים ברחבי העולם – כבלתי שפיטים נידונים בבג”ץ כדבר שבשגרה. דוקטרינת הסבירות והרחבת היקפן של הזכויות המוגנות שהפסיקה קראה אל תוך חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו רק החריפו את הבעיה.

השופטים – שמודעים למחירים שבית המשפט משלם בשל הרחבת התחומים שבהם הוא עוסק – ממשיכים לדון כיום בעתירות שלא היו צולחות בעבר את הסף בהיעדר שפיטות. הם עושים זאת מתוך תחושה של חוסר ברירה ומחויבות לתפקיד על אף המחיר הגבוה שהדבר גובה מבית המשפט אשר מאבד את אמון הציבור. חששם של שופטים אלה הוא מהיווצרותם של שטחי הפקר שבהם יהא שלטון החוק למרמס – בשל התרבות הפוליטית בישראל אשר מוצגת פעם אחר פעם כנעדרת מנגנוני ביקורת בלתי פורמליים אפקטיביים.

”שום מבצר לא נופל. זה פופוליזם. לא ייתכן שצד יעמוד כאן ויגיד שאם לא נקבל את עמדתו, המבצר נפל.”

”רב הפיתוי לפנות לבית המשפט לשם קבלת הכרעה פוליטית בינארית מהירה. הפיתוי גובר כאשר הפונה מקבל איתותים מבית המשפט כי אוזנו כרויה לקידום עמדות פוליטיות שהוא חפץ ביקרן. אך שחיקת דוקטרינת השפיטות פוגעת בהפרדת הרשויות וביכולתן של הרשות המבצעת והמחוקקת לפעול בתחומי מדיניות שלשמן נבחרו.”

נדמה שהדוגמה הקיצונית ביותר להמחשת השינוי שהתחולל בסוגיית השפיטות היא החלטתו של בית המשפט לדון בשאלת חוקתיות הרכבת ממשלה בידי ח"כ בנימין נתניהו תוך כדי ניהול הליכים פליליים נגדו, למרות שחוקי היסוד מאפשרים זאת. העותרים, מתנגדים פוליטיים וגורמי אופוזיציה, פנו לבית המשפט כדי שימנע מנתניהו להרכיב את הממשלה. בית המשפט דחה את הטענות לחוסר שפיטות של העתירה הגם שדחה את העתירה לגופה.

במהלך הדיון בחרה אחת מן העותרות לפתוח את דבריה בציטוט מפרי עטו של מנחם בגין: ”המשפט הבלתי־תלוי הוא למעשה המבצר האחרון של חירות האדם בימינו. בנפול מבצר המשפט אין עוד מציל לאדם הנשחק בין אבני הריחיים של השררה”. הנשיאה חיות לא אהבה את הציטוט וקטעה את העותרת במהירות: ”הטיעון לא במקום. שום מבצר לא נופל. זה פופוליזם. לא ייתכן שצד יעמוד כאן ויגיד שאם לא נקבל את עמדתו, המבצר נפל.”³¹⁸

נראה כי תפיסת המבצר האחרון מלווה את התומכים בשחיקת דוקטרינת השפיטות. נדמה כי הללו מניחים שאין כל גורם פיקוח אפקטיבי אחר בשדה הציבורי בישראל ולכן מוטלת עליהם החובה לפתוח את דלתות בית המשפט בפני כל עתירה פוליטית; נדמה כי הללו איבדו את האמון ביכולתה של המערכת הציבורית לפקח על פעולות נבחריו הציבור ולכן מניחים שבית המשפט צריך להתערב בכל נושא ועניין גם אם אין לו יתרון בהכרעת השאלות שלפניו או שהכרעתו נכנסת לתחומם של רשויות מוסמכות אחרות.

רב הפיתוי לפנות לבית המשפט לשם קבלת הכרעה פוליטית בינארית מהירה. הפיתוי גובר כאשר הפונה מקבל איתותים מבית המשפט כי אוזנו כרויה לקידום עמדות פוליטיות שהוא חפץ ביקרן. אך שחיקת דוקטרינת השפיטות פוגעת בהפרדת הרשויות וביכולתן של הרשות המבצעת והמחוקקת לפעול בתחומי מדיניות שלשמן נבחרו; ובטווח הארוך היא פוגעת בבית המשפט וביכולתו למלא את תפקידו. שחיקת דוקטרינת השפיטות מעוותת את מערכת האיזונים והבלמים בישראל ופוגעת בתשתית היסודית של השלטון וביכולתה של מדינת ישראל להתקיים כדמוקרטיה תוססת וחזקה. חמור מכך. כאשר בית המשפט עוסק בעניינים בעלי אופי פוליטי דומיננטי, אמון הציבור באובייקטיביות של בית המשפט נפגע. מוטב אפוא להתגבר על הפיתוי שבהכרעה מהירה וחדה בבית המשפט תוך השבת עטרת דוקטרינת השפיטות ליושנה.



נספח: הצעת חוק-יסוד: השפיטה – (דיון מקדים בשאלת שפיטות)

בחוק-יסוד: השפיטה, בסעיף 15(ד) אחרי פסקה (4) יבוא:

(5) ראה בית המשפט כי הוגשה עתירה או בקשה שאיננה שפיטה לא ידון בית המשפט בעתירה או בבקשה ולא יוכל להוציא צו בעניינה.

הצעת תיקון תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק

7א (א). היו הממשלה, שר משריה או הכנסת משיבים לעתירה וסבר מי מהם כטענה מקדמית כי על בית המשפט להימנע מלדון בעתירה או ליתן צו בעניינה מכיוון שלטענתו הרשות השופטת אינה הזירה המתאימה לדיון או הכרעה בעניינה, רשאי הוא להגיש לבית המשפט כתב טענות ובו יטען אך ורק לעניין זה;

(ב). הוגש כתב טענות כאמור בסעיף קטן (א), ידון בית המשפט בטענה לאלתר ויפרסם הכרעה מנומקת לעניין שאלת השפיטות בלבד; עד להכרעתו לא יתיר בית המשפט לצדדים לטעון או להמשיך ולטעון לגופו של עניין ולא ייתן החלטות לעניין העתירה לגופה.

(ג). היה המשיב לעתירה אדם או רשות הכפופים לשר משרי הממשלה או לממשלה, רשאים השר אליו כפוף המשיב או הממשלה להגיש לבית המשפט כתב טענות לפי סעיף קטן (א) ויחולו בענייני הוראות סעיף קטן (ב).



מבוא

1. בג"ץ 3125/98 עיאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נה (1) 919, 913 (1999).
 2. משה לנדוי "אקטיביזם שיפוטי" המשפט 535 (2002); Rivka Weill, *The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and its Aftermath*; On Judicially-led Constitutional Revolutions and Democratic Backsliding, 14 L. & ETHICS HUM. RTS. 227, 240 (2020) (להלן: וייל "מהפכה חוק" חית ושחיקה דמוקרטית"); וראו גם אהרן גרבר "על היסטוריה ומתודולוגיה: האם חולל ברק מהפכה והאם זה משנה" ICON-S-IL Blog (7.7.2021).
 3. זאת בשונה למשל מזכות העמידה המגבילה עותרים הרשאים לעטון טענותיהם בפני בית המשפט. באופן מסורתי השפיטות הופעלה לצד דוקטרינת זכות העמידה, כדוקטרינות המשלימות זו את זו ויוצרות מסגרת מפני עיסוק שיפוטי בעתירות שמקומן לא יכירן בבית המשפט. העובדה שדוקטרינת השפיטות מגבילה את הנושאים הניתנים לכירור בבית המשפט (להבדיל כאמור מזכות העמידה) מעמידה אותה כמכחן סף רחב יותר: ייתכנו עתירות שבמסגרתן העותר הספציפי חסר מעמד בפני בית המשפט, אך אילו יימצא עותר מתאים - תוכל הסוגיה להתברר בבית המשפט. לעומת זאת, השפיטות מונעת את הדיון בנושא באופן קטגורי וקובעת כי הוא אינו מתאים לכירור משפטי כל עיקר.
 4. להרחבה על השינוי בגישת בית המשפט העליון ראו מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו** 102-107 (2019).
 5. המילטון, מדיסון וג'יי **כתבי הפדרליסט** מס' 78 (אהרן אמיר מתרגם (2001).
 6. דניאל פרידמן **הארנק והחרב** 568-569 (2013).
 7. וייל "מהפכה חוקתית ושחיקה דמוקרטית", לעיל ה"ש 2.
 8. בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (נבו) (23.5.2021).
 9. ראו שי ניצ'נהן, שמעון נטף ואביעד בקשי **בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים: מחקר השוואתי** (נייר מדיניות 55, פורום קהלת (2019).
- ### פרק ראשון: דוקטרינת השפיטות - מאז ועד היום
10. על ההכנה בין שפיטות לכין סמכות עמד בית המשפט לאורך השנים. ראו למשל: בג"ץ 65/51 **זיבונסקי נ' נשיא מדינת ישראל**, פ"ד ה 801 (1951); בג"ץ 652/81 **שריד נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לו(2) 197 (1982).
 11. אריאל בנדור "השפיטות בבית המשפט הגבוה לצדק" **משפטים** יז 592, 595-596 (תשמ"ח).
 12. שם.
 13. ס' 15 (וג) לחוק יסוד: השפיטה.
 14. לצד זאת, החל משנת 2000 - בעקבות חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000 - הורחבה הסמכות לדון בעתירות מנהליות אף לבתי המשפט המחוזיים בשבתם כבתי משפט לעניינים מנהליים (ויש המבקשים כיום להרחיבה אף לבתי משפט השלום). אכן אין בכך כדי לצמצם את סמכותו העקרונית של בג"ץ. להרחבה בעניין זה ראו מני מוזו "רפורמה בשיפוט המנהלי בישראל: חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000" **משפט ומחשבו** 233 (2001). לעניין הרחבת סמכות הדיון בעניינים מנהליים לבתי משפט השלום ראו תזכיר חוק: חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים (ותיקון מס' 124) (בתי משפט שלום לעניינים מנהליים), התש"ף-2020.

- 15 ס' 13 ואו לחוק יסוד: נשיא המדינה; סימן 3 לדבר המלך במועצתו. ככלל, חוק רגיל אינו יכול להוציא תחולתו מפיקוח בית המשפט, ורק חוק יסוד הינו בעל מעמד משפטי נורמטיבי לעשות כן. ראו למשל בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד נו(1) 750, 755 (2003). שם נקבע כי חוק רגיל אינו יכול לצמצם הוראה של חוק יסוד. סמכויות בג"ץ מעוגנות בחוק יסוד, ולפיכך הנבלת סמכותו צריכה להיעשות במסגרת חוק יסוד. לדוגמה נוספת שבה החליטו שופטי בג"ץ כי בסמכותם לבחון החלטות בנושא פרס ישראל למרות סעיף 33 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ב:1973, המורה כי עניינו של פרס או ציון אינו נושא לדיון בבית משפט, ראו בג"ץ 8076/21 **ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א נ' שרת החינוך** (נבו 29.3.2022) ואת דעת המיעוט של השופט סולברג.
- 16 בג"ץ 428/86 **ברזילי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מ(3) 556, 505 (1986); בג"ץ 706/94 **רון נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד נ(5) 389, 412 (1999); בג"ץ 2340/21 **כרמי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 18.4.2021).
- 17 הסעיף החולף מאוחר יותר בס' 15 לחוק יסוד: השפיטה.
- 18 בג"ץ 298/70 **פולק נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד כה(2) 9, 3 (1971).
- 19 מעניין לראות כיצד בפטיקה האמריקנית אימוץ מבחן השפיטות נעשה באותו פסק דין שבו התקבלה הסמכות לביקורת שיפוטית, כפסק הדין הגור *Marbury v. Madison*. דומה כי העניינים קשורים בטבורם - עצם הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית נעוצה בהכנת הגבולות לעריכתה. בעניין זה ראו דיון בפרק השלישי.
- 20 תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984.
- 21 להרחבה בסוגי עילות הסף והיבטיהם השונים ראו: דפנה ברק־ארז **משפט מנהלי דינוי 411-276** (2017).
- 22 בג"ץ 222/68 **חונים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה**, פ"ד כד(2) 158, 141 (1970).
- 23 יואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 13 (רות גביון, מרדכי קרמינצ'ר יואב דותן עורכים 2000); עומר שפירא "על שפיטות, ביקורת שיפוטית וריסון שיפוטי: צעדים לשיקום האמון בבית-המשפט העליון" **משפט ועסקים** יא 193 (2009).
- 24 ברק־ארז **משפט מנהלי דינוי**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 306.
- 25 ביטוי נאה לעמימות זו מוצי בדברי הנשיא זילברבר בעניין **אופנהיימר**; ראו להלן בסמוך לה"ש 34.
- 26 להרחבה ראו משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדיון המנהלי" **עינוי משפט** יח(1) 5 (1989). לעניין הפרשנות המצמצמת של בית המשפט העליון ראו למשל בג"ץ 5/48 **ליון נ' גוברניק** פ"ד א 58 (1948).
- 27 **עניין זיבוטינסקי**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 813. הביטוי "חוש המומחיות של המשפטן" נטבע על ידי השופט פרנקפורטר בפסק דינו בעניין *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McCarthy*, 341 U.S. 123, 150 (1951). וראו להלן בסמוך לה"ש 34 לגבי מטבע לשון זו.
- 28 **עניין זיבוטינסקי**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 814.
- 29 שם, בעמ' 813.
- 30 בג"ץ 210/52 **מרכז רהיטי "לכל" נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד ו 795 (1952).
- 31 שם, כפס' 4 לפסק דינו של השופט חשין. ההדגשות שלנו.
- 32 שם, כפס' 5.
- 33 בג"ץ 206/53 **רוזנברג נ' שר החינוך**, פ"ד ז 919 (1953).
- 34 בג"ץ 295/65 **אופנהיימר נ' שר הפנים והבריאות**, פ"ד כ(1) 309, 328 (1966).
- 35 שם.
- 36 בג"ץ 65/186 **ריינר נ' ראש הממשלה**, פ"ד יט 485 (1965). ההדגשות שלנו.
- 37 בג"ץ 40/70 **בקר נ' שר הבטחון**, פ"ד כד(1) 238 (1970); בג"ץ 448/81 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד לו(1) 81 (1981) (להלן: **עניין רסלר הראשון**); ד"ר 2/82 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד לו(1) 708 (1982) (להלן: **עניין רסלר השני**).
- 38 בג"ץ 561/75 **אשכנזי נ' שר הבטחון**, פ"ד לז(3) 309 (1976).
- 39 שם.
- 40 ראו בג"ץ 166/85 **אוטו בית שיווק וסחר בע"מ נ' ראש עיריית תל־אביב־יפו**, פ"ד לט(4) 247 (1985).
- 41 יואל זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" **משפטים** נ 213, 222 (1971).
- 42 *Alfred Witkon, Justiciability*, 1 *Isr. L. Rev.* 40 (1966).
- 43 **עניין זיבוטינסקי**, לעיל ה"ש 10.

44	בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל , פ"ד כו(2) 169, 181 (1973).
45	מיכל שקד משה לנדוי: שופט 412 (2012).
46	בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון , פ"ד לנ(2) 113, 126 (1979).
47	שם, בעמ' 123 לפסק הדין.
48	בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל , פ"ד לרו(1) 1 (1979).
49	עניין רסלר הראשון , לעיל ה"ש 37, בפס' 7 לפסק דינו של השופט כהן.
50	בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים , פ"ד לרו(1) 429 (1980). ההדגשה שלנו.
51	עניין רסלר , לעיל ה"ש 37, בעמ' 475. לפסק הדין חשיבות גם בנוגע לשתיקת זכות העמידה כמבחן סף. למעשה, הדוקטרינות קשורות זו לזו בקשר הדוק ופותרות יחדיו את הדלת בפני נושאים ציבוריים שבעבר לא נידונו בין כותלי בית המשפט. להרחבה בעניין זכות העמידה ראו אהרן ברק זכות העמידה במשפט הציבורי בישראל (נייר מדיניות 51, פורום קהלת 2019).
52	ראו עניין נקר , לעיל ה"ש 37 (בעניין זה עיקר הדין התמקד בזכות העמידה של העותר): עניין רסלר הראשון , לעיל ה"ש 37, עניין רסלר , לעיל ה"ש 37; בג"ץ 179/82 רסלר נ' שר הביטחון , פ"ד לו(4) 421 (1982).
53	ראו דפנה ברק-ארו "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" הפרקליט נ 3 (2008).
54	עניין רסלר , לעיל ה"ש 37, בעמ' 475.
55	שם, בעמ' 488-489.
56	שם, בפס' 36 לפסק דינו של השופט ברק. ההדגשות שלנו.
57	אהרן ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 477, 477 (תשנ"ג).
58	אהרן ברק "גבולות המשפט והשיפוט" קריית המשפט ב 5 (2002). ראו גם אריאל בנדור וזאב סגל עושה הכונעים 138 (2009).
59	עניין רסלר , לעיל ה"ש 37, בעמ' 483.
60	אהרן ברק "תשעה מן העליון: הרהורים שלאחר השפיטה" עלי משפט ז 133 (תשס"ט).
61	ראו למשל נישת השופט ברק בבג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל , פ"ד סכו(1) 507 (2006). שם הסביר ברק כי "היקפה של דוקטרינת חוסר השפיטות המוסדית בישראל אינו ניכר. על גבולותיה אין הסכמה. כשלעצמי, סבור אני כי יש להכיר בה אך בגבולות מצומצמים מאוד" (שם, בפס' 50 לפסק הדין).
62	עניין רסלר , לעיל ה"ש 37, בפס' 56 לפסק דינו של השופט ברק. ההדגשות שלנו.
63	היו שביקרו את השימוש באמון הציבור כנקנה מידה לקביעת שפיטות עתירה. ראו למשל חיים הי' כהן "לפולמוס השפיטות" קריית המשפט א 5 (2001). לדידו, אין להתבסס על אמון הציבור כמבחן לקביעה אם ראוי שבית המשפט יעסוק בעתירה, שכן לעיתים הציבור מזדעק אף כי המקרה דורש התערבות שיפוטית.
64	השימוש בביטוי "מלוא כל הארץ משפט" נעשה על ידי ברק בנתיבתו האקדמית בלבד אך הפך למטבע לשון שגורה לתיאור דוקטרינת השפיטות של ברק. ראו אהרן ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 475, 477 (1993). במהלך דיון ב'3 במאי 2021 בבג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה שבחן אם ניתן להטיל את הרכבת הממשלה על נאשם בפלילים התפתח דין ודברים מעניין בין עו"ד מיכאל ראבלו בא כוחו של נתניהו לנשיאה חיות בשאלה האם בית המשפט קבע בעבר ש"מלוא כל הארץ משפט" כשחיות עמדה על כך שבית המשפט מעולם לא קבע כך. אכן, כפועל בית המשפט קבע שאין חוסר שפיטות נורמטיבי וברק הסביר בנתיבתו האקדמית שהיעדר חוסר שפיטות נורמטיבית נובע מהעובדה שמלוא כל הארץ משפט.
65	עניין רסלר , לעיל ה"ש 42, בעמ' 491.
66	ראו אהרן ברק מבחר כתבים ד: על בית המשפט ושופטיו 394-395 (2017).
67	ברק מדינה "על פגיעה בזכות חוקתית ועל יחלית ראויה" משפט ועסקים טו 281, 288 (2012).
68	עניין עיאד , לעיל ה"ש 37, בפס' 11 לפסק דינו של הנשיא שמגר.
69	עניין רסלר , לעיל ה"ש 37, בפס' 11 לפסק דינו של הנשיא שמגר.
70	מאיר שמגר תם ולא נשלם 196-198 (2015).
71	עניין רסלר , לעיל ה"ש 37, בפס' 9 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

- 72 שם, בפס' 6. מבחן זה חזר ושימש את בית המשפט מאוחר יותר גם בעניין **ברגיל** (להלן ה"ש 117) ובעניין **עיאד** לעיל ה"ש 1.
- 73 ראו אב סגל "בניץ במרקם החברה הישראלית: לאחר חמישים שנה" **משפט וממשל** 252, 235 (2000): "לדעת השופט שמגר - ונראה שזוהי הגישה המקובלת בפסיקת בניץ והיא הנושאת עמה כוח שכנוע רב יותר - עניינים אלה אינם צריכים כלל, ומעיקרם, להיבחן בבית המשפט, הואיל ואינם שפיטים, אין לגביהם קניימדיה משפטיות והם מעוררים שאלות שאופיין הדומיננטי איננו משפטי".
- 74 ברק'ארו "מהפכת השפיטות", לעיל ה"ש 53, בעמ' 6.
- 75 בסוגיה זו עסקו רבים בהרחבה ובהעמקה. בין היתר ראו יואב דותן "שני מושגים של ריסון וסכירות" **משפטים** נא (טרם פורסם); נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" **השילוח** 18 37 (2019); מרגית כהן "עילת אי-הסבירות כמשפט המנהלי: היבטים השואותיים והערות נורמטיביות אחרות" **ספר אור** 773 (אהרן ברק, רון סוקול ועודו שחם עורכים 2013); לנדוי "על שפיטות וסכירות", לעיל ה"ש 17.
- 76 ראו בניץ 389/80 **דפי זהב נ' רשות השידור**, פ"ד (להו) 421 (1980). בפסק דין זה פותחה העילה המובחנת.
- 77 דני"פ 5387/20 **רותם נ' מדינת ישראל** (ובנו 15.12.2021), בפס' 7 לחוות דעתו של השופט שטיין.
- 78 עניין **דויקאט**, לעיל ה"ש 48. את התנגדותו ביטא עוד בניץ 389/80 **דפי זהב נע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד (להו) 421 (1980).
- 79 שמגר **תם ולא נשלם**, לעיל ה"ש 70, בעמ' 196-198.
- 80 בניץ 1635/90 **זירובסקי נ' ראש הממשלה**, פ"ד (מהו) 768, 749 (1991).
- 81 לדברי השופט אלון: "נראה לי מקום יש להטיל ספק רב בכל המבנה שבנה חברי בסוגיית השפיטות ובהבחנה שהבחין בין השפיטות הנורמאטיביות טיבית והשפיטות המוסדיות. הבחנה זו לא תמיד מובחנת היא היטב אף בדברי חברי, ויש שדבריו כשפיטות הנורמאטיביות משתרבבת שפיטות מוסדית, לפי הגדרתו. הבחנה זו יפה היא, אולי, לעין אקדמי ולחידוד משפטי, אך נושא השפיטות עניינו, לפי עצם מהותו, בתחום עולם העשייה המשפטית והשיפוטית" (שם, בעמ' 1745).
- 82 גישתו של השופט אלון מבקשת להעמיד את מושג השפיטות בהקשרו המשפטי הכולל, כפי שהוא משתקף בתחומי משפט אחרים. כך למשל, בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 נקבע כי הסכמים למתן ציונים אינם שפיטים, מתוך ההנחה הבסיסית שלפיה הסכמים מסוג זה אינם מתאימים לבידור משפטי. להרחבה בעניין זה ראו גבריאלה שלו "הסכמים בינלאומיים" **משפטים** לב 3 (2002).
- 83 עניין **זירובסקי**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 745. ההדגשה שלנו.
- 84 עניין **רסלה**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 518-519; שמגר **תם ולא נשלם**, לעיל ה"ש 62, בעמ' 196-198.
- 85 לנדוי "על שפיטות וסכירות בדן המנהלי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 12-13. במאמר זה פירט לנדוי את התנגדותו לנישת ברק בפסק הדין בעניין **רסלר** והתייחס באופן מעמיק לשימוש בסכירות בדן המנהלי. להרחבה בעניין הסכירות נעילה להתערבות בית המשפט בדן המנהלי ראו יואב דותן "סכירות וריסון במשפט המנהלי" **בלוג רשות הרבים** (31.12.2020).
- 86 רות נביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 86 (רות נביון, מרדכי קרמיצר ויואב דותן עורכים 2000).
- 87 המונח "לכלוא" לקוח מתוך פסק דינו של השופט זילברג, עניין **חוגים לאומיים**, לעיל ה"ש 13.
- 88 נביון מביאה בדבריה את בניץ 721/94 **אל על נ' דנילוביץ** פ"ד (מחו) 749 (1994) כדוגמה לכך. בפסק הדין חייב בית המשפט את חברת אל-על להעניק תסבה שהוענקה לבני זוג של דיילים גם לבן זוגו של דייל. ההכרעה בסוגיה לגופה הייתה משפטית "למהדרין" לפי נביון, אולם בפסק הדין התייחסה השופטת דורנר באריכות לשאלת "מהות הזוגיות" שכלל לא נדרשה להכרעה לגופה. תפיסת "הכול שפיט" עומדת בבסיס נכונותו של בית המשפט להכריע בשאלות מהותיות כגון זו, אף למעלה מהצורך. ראו בדבריה של נביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ", לעיל ה"ש 86, בעמ' 86.
- 89 ראו למשל בניץ 5470/17 **מוחמד נ' שר הביטחון** (ובנו 19.10.2018). (להלן: עניין **מוחמד**) שם נדחתה עתירה נגד הקמת יישוב בשטחים שמעבר לקו הירוק בקביעה שהעתירה אינה שפיטה מוסדית; בניץ 769/02 **הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד (סב) 507 (2006) שם נידונה "היקפה של דוקטרינת השפיטות המוסדית"; בניץ 9156/06 **פולק נ' חברי הכנסת ה-17**, פס' 8 לפסק דינו של השופט זיבארן (ובנו 14.11.2006); בניץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פס' 75 לפסק הדין (ובנו 9.6.2005); בניץ 11298/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת**, פס' 49 לפסק דינו של הנשיא ברק (ובנו 23.2.2005); בניץ 9070/00 **לבנת נ' יושב ראש ועדת חוקה חוק ומשפט**, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא ברק, פ"ד (נה) 800 (2001); בניץ 9056/00 **קליינר נ' יושב ראש הכנסת**, פס' 9 לפסק דינו של השופט אור, פ"ד (נה) 703 (2001); בניץ 3921/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 60 לפסק דינו של השופט עמית (ובנו 12.7.2021).
- 90 ברק'ארו "מהפכת השפיטות", לעיל ה"ש 53, בעמ' 27.
- 91 ראו למשל בניץ 4981/17 **שרגאי נ' ראש המטה הכללי** (ובנו 3.9.2019). שם דחה בית המשפט עתירה להורות לרמטכ"ל לנכס ועדה מסכ"לית ולרן בהענקת צ"ש לחייל צה"ל שנהרג בעת ביצוע מעשה גבורה. בית המשפט דחה את העתירה בקובעו כי החלטת הרמטכ"ל אינה חורגת ממתחם הסכירות והמידתיות ולאחר מכן בקובעו כי מתן פרס וצ"ש אינו נושא לדיון בבית המשפט.

- 92 ראו למשל בג"ץ 5708/10 **נפתלי נ' מפכ"ל המשטרה** (נבו) 31.3.2011 ובג"ץ 1722/05 **קרן נ' מפכ"ל המשטרה** (נבו) 23.1.2006 שבהם נידונו עתירות נגד פיסורי שוטרים. השופט גיזראן סבר כי "ענייני כוח אדם בגופים היררכיים ומיוחדים, כגון הצבא והמשטרה, מסורים לשיקול דעת הרשויות המוסמכות ומידת התערבותו של בית משפט זה בעניינים אלה, מועטה" (שם, כפס' 30; ההדגשה שלנו). ראו גם בג"ץ 6029/99 **פולארד נ' ראש הממשלה**, פס' 9 לפסק דינו של השופט זמיר, פ"ד נד(1) 241 (2000) (להלן: **עניין פולארד הראשון**).
- 93 יעקב צמח "בעיית אישפיטות הליכים הפרלמנטריים" **עיוני משפט** ג 754, 752 (1973); סוזי נבות "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחודש בפקוח שיפוטי על הליכים פנים פרלמנטריים" **מחקרי משפט** יט 768, 721 (2003).
- 94 צמח "בעיית אישפיטות", לעיל ה"ש 85, בעמ' 755-758.
- 95 בג"ץ 306/81 **שרון נ' ועדת הכנסת**, פ"ד לה(4) 118 (1981).
- 96 שם, בעמ' 126.
- 97 שם.
- 98 עניין **שריד**, לעיל ה"ש 10, כפס' 4 לפסק הדין.
- 99 שם, כפס' 9 לפסק הדין.
- 100 בג"ץ 73/85 **סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לט(3) 141 (1985).
- 101 בג"ץ 742/84 **כהנא נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לט(4) 85 (1985).
- 102 בג"ץ 620/85 **מיערי נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מא(4) 169 (1987).
- 103 בג"ץ 1843/93 **פנחס נ' כנסת ישראל**, פ"ד מט(1) 661 (1995); בג"ץ 11298/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת**, פ"ד נט(5) 865 (2005).
- 104 ראו בג"ץ 7322/20 **מפלגת מרצ נ' יו"ר הכנסת** (נבו) 13.1.2021.
- 105 בג"ץ 5258/21 **ביטן נ' כנסת ישראל**, פס' 21 (נבו) 25.10.2021. בדבריה ציטטה הנשיאה חיות את חוות דעתו של השופט עמית בעניין **אדלשטיין ולהלן ה"ש 107**.
- 106 בג"ץ 4956/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פס' 20 לחוות דעתו של השופט עמית ופס' 1 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו) 20.8.2020.
- 107 בג"ץ 2144/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת**, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (נבו) 23.3.2020 (להלן: **עניין אדלשטיין**).
- 108 התערבות השופטים הביאה את יו"ר הכנסת אדלשטיין לסרב לכנס את המליאה ולהתפטר. לדיון בהליך והשלכותיו ראו יונתן גרין "בג"ץ אדלשטיין - הערת פסיקה" **משפטים על אתר** יז 90 (תשפ"ב); רבקה ווייל "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגיית יחסי הכוחות בין כנסת לממשלה בישראל" **עיוני משפט** וצפוי להתפרסם.
- 109 עניין **ריינר**, לעיל ה"ש 36, כפס' 4 לפסק הדין.
- 110 בג"ץ 4354/92 **תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל נ' ראש הממשלה**, פס' 7 לפסק דינו של השופט אלון, פ"ד מז(1) 37 (1993).
- 111 עניין **פולארד הראשון**, לעיל ה"ש 92.
- 112 שם, כפס' 11 לפסק דינו של השופט זמיר.
- 113 בג"ץ 7712/05 **פולארד נ' ממשלת ישראל**, פס' 9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 8.6.2006. ההדגשה שלנו. מנגד, השופטות נאור וחיות (כתוארן אז) ביקשו להותיר את שאלת השפיטות כ"צריך עיון" והצטרפו להכרעת השופטת פרוקצ'יה רק בדבריה בנוגע לעניין הנידון. דברים דומים ביטאה פרוקצ'יה במקומות אחרים. ראו להלן בהפניות שבה"ש 123.
- 114 בג"ץ 8902/05 **עמותת "שמשי" ליהודי עיראק נ' ראש הממשלה**, פס' יג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו) 5.5.2010.
- 115 בג"ץ 7710/05 **בר חן נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 927 (2005).
- 116 עניין **אשכנזי**, לעיל ה"ש 38, כפס' 8 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) שמגר.
- 117 בג"ץ 4481/91 **ברניל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז 210, 215 (1993).
- 118 עניין **עיאד**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 918 לפסק הדין.
- 119 בג"ץ 5872/01 **ברכה נ' ראש הממשלה**, פ"ד נו(3) 1 (2002). ראו גם בג"ץ 8990/02 בג"ץ 8990 / 02 **אלוף פיקוד דרום**, פס' 7 לפסק דינו של השופט מצא, פ"ד נו(4) 193 (2003); בג"ץ 10042/04 **נירית - ישוב קהילתי כפרי נ' שר הבטחון** (נבו) 21.2.2005 (להלן: **עניין נירית**).

- 120 בג"ץ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל (נבו) 1.2.2006; 1; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(51) 807 (2004); בג"ץ 7957/04 מראענה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005); בג"ץ 5488/04 מועצת מקומית אלאם נ' ממשלת ישראל (נבו) 13.12.2006.
- 121 ראו בג"ץ 4219/02 גוסינ' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608 (2002); ראו גם בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פ"ד ס(11) 521 (2009).
- 122 עניין גוסינ', לעיל ה"ש 121, בפס' 4 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 123 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העיוניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס(1) 507, פס' 49 לפסק הדין (2006) (להלן: עניין הוועד נגד עיוניים).
- 124 שם, בפס' 50 לפסק הדין.
- 125 שם.
- 126 שם, בפס' 51 לפסק הדין.
- 127 בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פס' 6, פ"ד נח(5) 385 (2004) וראו גם בפסקת הפתיחה: "המשיב מבקש כי נדחה את העתירה. הוא מדינאי כי במקום עדיין מתנהלות פעולות לחימה נרחבות. נערכים קרבות עם גורמים חמושים. במצב דברים זה נדרשת זהירות רבה בהפעלת ביקורתו השיפוטית של בית המשפט על התנהלות כוחות הביטחון, מדובר בפעילות המצויה על גבול תחום השיפוט המוסדי [...] מטרת הלחימה היא לפגוע בתשתית הטרור הפלסטינית באזור זה, ובכלל זה לאתר מנהרות המשמשות להברחת אמצעי לחימה; לעצור פלסטינים המבוקשים בגין פעולות טרור; לאתר אמצעי לחימה הנמצאים באזור רפיח. במסגרת פעולות צה"ל באזור רפיח התנהלו קרבות עם גורמים חמושים. כנגד כוחות צה"ל הופעלו מטענים רבים. נורתה עליהם אש מכלי נשק שונים, וכן התקימה פעילות לחימה אינטנסיבית בין צה"ל לבין הגורמים החמושים. בטיעוניהם בכתב ובעל-פה ציינו באי כוחו של המשיב כי במסגרת הלחימה נעשה מאמץ רב על ידי כוחות צה"ל להתחשב בצורכי האוכלוסייה המקומית ולמזער ככל האפשר את הפגיעה באוכלוסייה האזרחית, וכי נקבעו מראש גורמי קישור ותיאום לעניין זה. עם זאת המצב במקום הוא סבוך, שכן המחבלים עושים שימוש בכתים הפלסטיניים במקורות לירי. הם פועלים מתוך האוכלוסייה הפלסטינית, וכתוצאה מכך מקשים על הצבא להתמודד עם קשיים אלה. על אף זאת הצבא ממלא את תפקידו כלפי האוכלוסייה האזרחית ועושה הכול כדי להקטין את נזקיה". ראו גם בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פ"ד ס(1) 521 (2009) שניתן תוך כדי מבצע עופרת יצוקה וקדם לו.
- 128 בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פס' 8, פ"ד נח(5) 385 (2004).
- 129 ראו למשל עניין הוועד נגד עיוניים, לעיל ה"ש 123; בג"ץ 474/02 תאבת נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 30.1.2011. גם הנשיאה חיות אימצה גישה זו בכמה מקרים; ראו עניין מוחמד, לעיל ה"ש 89.
- 130 עניין אשכנזי, לעיל ה"ש 38.
- 131 בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 30.11.2006.
- 132 בג"ץ 3261/06 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (נבו) 31.1.2011.
- 133 בג"ץ 466/07 גלאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס(2) 44 (2012). המשנה לנשיאה ריבלין הרחיב בפסק הדין בנוגע לסיבה שבגינה יש לדחות לדעתו את דוקטרינת השיפוט המסורתית ולאמץ את גישת מנעד שיקול הדעת השיפוט. לדידו, המחוקק הישראלי מותרל בתפקידו לחוקק חוקים ונעדר משילות. לכן, בית המשפט נאלץ להמיר את הדוקטרינה כזו שתאפשר לו לפקח באופן הדוק יותר על פעילות הרשויות הדמוקרטיות הנוספות. ראו בפס' 10'18 לפסק דינו של המשנה לנשיאה. כיוון שלאור רשלנות המחוקק בהסדרת חקיקה מספקת יש צורך לדעת ריבלין בביקורת שיפוטית מוגברת.
- 134 בג"ץ 8008/20 נבר נ' הפרקליט הצבאי הראשי (נבו) 24.4.2022; בג"ץ 3003/18 יש דין מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פס' 61 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (נבו) 24.5.2018; בג"ץ 5551/08 שליט נ' ממשלת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט לוי (נבו) 23.6.2008 (23.6.2008) דוגמאות נוספות ראו אצל ליאורה בילסקי "תפקידו של המשפט במאבק בטרור" המשפט ט 195, 197-201 (2004).
- 135 בג"ץ 5212/16 גונן נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 13 לפסק דינו של השופט גיזבראן (נבו) 17.7.2016. ההדגשה שלו.
- 136 ראו כתבי הפרדיליטס, לעיל ה"ש 5. אלפרד ויתקון, "תקציב המדינה כראי השיפטה" משפטים י 367 (תש"ם).
- 137 ס' 36 לחוק יסוד: הכנסת.
- 138 גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 345 (תשס"ח); ויתקון "תקציב המדינה כראי השיפטה", לעיל ה"ש 136, בעמ' 369. השופט ויתקון הסביר שם כי: "בית המשפט בסמכותו כנגד בניינים מנהליים דן בסכסוכים בין האזרח והשלטון, ואילו התקציב: לתפיסתי: הוא כולו עניין שבין הכנסת והממשלה, בין הרשות המחוקקת ובין הרשות המבצעת. הייתכן שסכסוך בין שני גופים אלה יעלה ויידון בבית המשפט הגבוה לצדק? אמנם, לאחרונה המחלתי להאמין שאצלנו הכל אפשר. כמה ימים לפני פרישתי עסקתי בסכסוך בין שני שרים (בעניין קביעת מחיר פרי הדר לתעשיינים) ורק ברגע האחרון (ואולי בלחץ המשפט התלוי) הכריעה הממשלה בין השניים. אך אין ספק בדבר, השליטה הנתונה בידי הפרלמנט על תקציב, הביקורת והסמכות לאשר או שלא לאשר תקציב, היא רזו חלק מהתפקיד הליגיסלטיבי של הכנסת, וכפי שאני מבין את תורת השיפוט, לומר ההבחנה בין סכסוכים הראויים להידון בבית המשפט ובין סכסוכים שאינם ראויים להידון כזה, אין בית משפט מתערב בעניין השייך לתחום החקיקה".

- 139 ויתקון "תקציב המדינה בראי השפיטה", לעיל ה"ש 136; דפנה ברק-ארו "אכיפתו של תקציב המדינה וחוויה המנהלית"
המשפט א 253 (1993); הי"מ 73/79 **סאיטקס קורפוריישן נ' שר האוצר**, פ"ד לג(2) 593 (1979); בג"צ 363/71 **טחנת קמח "דגן" נ' שר
המסחר והתעשייה**, פ"ד כו(1) 292; בג"ץ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(3) 729 (1980).
- 140 ראו עניין **אופנהיימר**, לעיל ה"ש 34; בג"ץ 548/85 **דלין נ' בניד בנק ישראל**, פ"ד לט(4) 303 (1985); בג"ץ 5871/92 **מיטראל בע"מ נ' שר
המסחר והתעשייה**, פ"ד מזו(1) 521 (1993); בג"ץ 5629/91 **ועד המפיצים והמשווקים של התרופות בישראל נ' שר הבריאות**, פ"ד מזו(2)
287 (1993).
- 141 עניין **מרכז רהיטי לכל**, לעיל ה"ש 30.
- 142 בג"ץ 113/52 **זקס נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד ו 696 (1952).
- 143 בג"ץ 366/81 **לשכת מפעילי אוטובוסים לתיר נ' שר האוצר**, פ"ד לו(2) 115 (1983).
- 144 בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פס" 13 לפסק הדין, פ"ד נו(1) 235 (2002).
- 145 בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל**, פס" 45 לפסק הדין (נבו) 27.9.2004.
- 146 בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פס" 14-16 (נבו) 12.12.2005.
- 147 שם, בפס" 1-3 לפסק דינו של השופט לוי. במאמר מוסגר יוער כי גישתו הקיצונית של השופט לוי ביחס לפריצת גבולות עילת השפיטות הובעה גם
ביחס לעתירה נגד תוכנית ההתנתקות, במסגרתה דחה טענות באשר לאופי הפוליטי של ההחלטה על תוכנית מדינית זו. לדידו, "סוגיות המקפלות
בתוכן היבטים פוליטיים - ואף כאלו שבמרכון תוכניות מדיניות מסוימים שונים - נדונו בפני בית משפט זה תוך שהודגש כי אמות המידה לבחינתן
אינן פוליטיות, כי אם משפטיות". בדעת המיעוט שכתב, סבר לוי כי יש לבטל את תכנית ההתנתקות על אף ההתערבות במדיניות הממשלתית. ראו
בג"ץ 1661/05.
- 148 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 761 (2005). מנגד הוא הביע עמדה עקרונית הפוכה ביחס להתערבות במדיניות
ממשלתית, בדעת המיעוט שכתב בעניין **הפרטת בתי הסוהר**. להלן ה"ש 149.
- 148 בג"ץ 8397/06 **ווסר נ' שר הביטחון**, פס" 11 לפסק הדין, פ"ד סב(2) 198 (2007).
- 149 בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פס" 13 לחוות דעתה של השופטת נאור, פ"ד סג(2)
545 (2009) (להלן: עניין **הפרטת בתי הסוהר**): "אין בפרשנות שניתנה לזכות ליחירות' בענייננו כדי להשליך על אופייה של 'החוקה הכלכלית'
בישראל או לענן את ערכיה של מדינת ישראל כימדינת רווחה' [...] אין בפסק דיננו, לטעמי, סטייה מנקודת המוצא של זייטרליות חוקתית' בהקשר
של כלכלה פוליטית וראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא (4) 367, 386 (1997). כל שנאמר בענייננו הוא,
בתמצית, כי בתחום המשפט הפלילי, העברת הסמכות לאכיפת החוק הפלילי ולשמירה על הסדר הציבורי בשלב הכליאה, כאשר עסקינן בסמכות
בעלת מרכיב דומיננטי של שיקול דעת לשימוש בכוח מרות, מן המדינה לגורם פרטי מוטה רווח, פוגעת בזכות החוקתית ליחירות. עליה לעמוד
בתנאי פסקת ההגבלה".
- 150 בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סאו(1) 1 (2006) (להלן: עניין **קביעת
הטבות מס לאזורי עדיפות לאומית**).
- 151 ראו לדוגמה בג"ץ 4124/00 **יקותיאלי נ' השר לענייני דתות**, פ"ד סד(1) 142 (2010) שבו נדחתה הבטחת הכנסה לאברכים מטעמים של פגיעה
בשוויון וכן פסיקה שביטלה עדיפות בתמיכה לגופי תרבות שיופיעו ביהודה ושומרון מטעמי שוויון ופגיעה בחופש הביטוי: בג"ץ 7647/16 **האגודה
לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט** (נבו) 13.5.2020.
- 152 בג"ץ 434/09 **דודוב נ' שר הבריאות** (נבו) 3.5.2009.
- 153 בג"ץ 4862/18 **המיום הרב מגורי למיגור העישון, נ' שר האוצר** (נבו) 4.2.2019.
- 154 ראו למשל בג"ץ 1146/20 **שחר נ' מדינת ישראל** (נבו) 10.1.2021; בג"ץ 8433/19 **אדם טבע ודין נ' הוועדה לבדיקת מינויים בחברות
ממשלתיות** (נבו) 30.12.2020; בג"ץ 8359/20 **אמות השקעות נ' ממשלת ישראל** (נבו) 3.12.2020.
- 155 עניין **רסלר**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 483.
- 156 עניין **אמות השקעות**, לעיל ה"ש 146.
- 157 בג"ץ 8136/20 **י.ג. היכלי מלכות נ' ממשלת ישראל**, פס" 8 לפסק הדין (נבו) 18.12.2020.
- 158 ראו בג"ץ 6939/20 **עידן נ' ממשלת ישראל** (2.2.2021) שם נקבע כי אין למכור מוצרים שאינם חיוניים בחנויות חיוניות שנפתחו בזמן סגר
הקורונה. וכן בג"ץ 1107/21 **שמש נ' ראש הממשלה** (17.3.2021).
- 159 ראו לעיל ליד ה"ש 72.
- 160 ראו עניין **נירית**, לעיל ה"ש 119, בפס" 6 לפסק דינו של השופט עדיאל.
- 161 עניין **מוחמד**, לעיל ה"ש 89, בפס" 24 לפסק הדין.

- 162 בג"ץ 8171/09 יוסף נ' מועצת התכנון העליונה במינהל האזרחי, פס' 34 לפסק הדין (נבו) 20.11.2011.
- 163 עניין ברזיל, לעיל ה"ש 117, בעמ' 215.
- 164 עניין עימד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 915.
- 165 בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 7 לפסק דינו של השופט מוזו (נבו) 27.05.2020.
- 166 בג"ץ 10042/16 קוונטיסקי נ' כנסת ישראל, פס' 44 לפסק דינו של השופט מוזו (נבו) 16.8.2017.
- 167 שם, בפס' 46.
- 168 שם, בפס' 38 לפסק הדין.
- 169 שם, בפס' 52 לפסק הדין.
- 170 ע"א 8573/08 אורן נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 44, פס' 22 לפסק הדין (2013).
- 171 ה"פ (מחוזי ירושלים) 6092/07 אורן נ' משרד הפנים, פס' 38 לפסק הדין (נבו) 15.7.2008.
- 172 בג"ץ 2152/20 משולמי נ' הרבנות הראשית לישראל, פס' 2 לפסק הדין (נבו, 22.03.2020); בג"ץ 2199/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר המתמטיקה, חקר מדעי המחשב נ' שר החינוך, פס' 10 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו) 12.8.2021 (בפסק הדין לא הוזכר סולברג במפורש את מבחן האופי הדומיננטי אך זיהה כי מדובר בשאלה לבר-משפטית שיש להותירה להכרעת הציבור); בג"ץ 3921/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 22.07.2021 ואף בו זיהה השופט סולברג כי מדובר בעניין הנתון לסמכות הממשלה, אך מבלי להזכיר את מבחן האופי הדומיננטי במפורש).
- 173 בג"ץ 2940/18 הס נ' הרמטכ"ל (נבו) 12.4.2018.
- 174 בג"ץ 1308/17 עיריית סולדא נ' הכנסת, פס' 11 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו) 19.6.2020.
- 175 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועמ"ש, פס' 21 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו) 11.1.2012.
- 176 בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל, פס' 18 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו) 5.2.2012
- 177 מאוטר הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 106.
- 178 בג"ץ 6120/19 כהן נ' יד ושם (נבו) 17.7.2020.
- 179 בג"ץ 8542/18 אקרמן נ' ממשלת ישראל, פס' 4 לפסק דינו של השופט שטיין (נבו) 19.12.2018.
- 180 ברק-ארו "מהפכת השפיטות", לעיל ה"ש 53, בעמ' 26.
- 181 בג"ץ 8145/19 ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 12 לפסק הדין (נבו) 2.1.2020.
- 182 נעם סולברג "הלכת דרעי-פנחסני בראי עילת הסבירות" בלוג רשות הרבים (16.1.2022).
- 183 ראו לדוגמה בג"ץ 6949/21 חנין טנטורי נ' ממשלת ישראל (נבו) 19.12.2021. השופט סולברג דחה עתירה נגד תקנות הקורונה על הסף, מטעמים של מעשה בית דין וחוסר מיצוי הליכים, ולגופה - בהיעדר עילה להתערבות בשיקול דעתם המקצועית של מומחי משרד הבריאות - אולם נמנע מלדחות את העתירה על הסף בהיעדר שפיטות.

פרק שני: שחיקת דוקטרינת השפיטות – ביקורת ודיון

- 184 חיים ה' כהן המשפט 396 (1999).
- 185 מאוטר הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 97-93.
- 186 משה גורלי "השופט בדימוס שמגר: "לא הכל שפיט" וזו דעת רוב שופטי בית המשפט העליון; השימוש בכינוי מהפכה חוקתית הוא שניאה" *TheMarker* 13.3.2003.
- 187 Jeremy Waldron, *Separation of Powers in Thought and Practice*, 54 B.C.L. Rev. 433, 438 (2013).
- 188 עלי זלצברגר "דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל" *כלילים* ה' 149, 153 (1996).
- 189 יצחק גליון ודנה בלאנדר *המערכת הפוליטית בישראל* א' 264-265 (2013).
- 190 מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט: תגובה למאמרו של השופט חיים כהן זל ולהרחורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" *המשפט* ט 491, 497-498 (2004).
- 191 טובה צימיקי "רוב האזרחים לא סומכים על הרשות השופטת: אמון הציבור בשפל חסר תקדים" *ynet* 3.11.2021 וכן נדיב מרדכי "2020 מול 2005: תמונת הראי של אמון הציבור בבית המשפט" *המכון הישראלי לדמוקרטיה* (18.1.2021).

- 192 אהרן גרבר ויהונתן גבעתי "כיצד השיפעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט" **משפטים** נג חלק ו (צפוי להתפרסם 2022).
- 193 יו"ר הכנסת לא ציינת להחלטה שהורתה לו לאפשר לח"כ מאיר כהנא להניח הצעות חוק גזעניות; ראו בג"ץ 669/85 **כהנא נ' הלל**, פ"ד מ(4) 393 (1986). ועדת הכנסת בחרה שלא לציית גם להחלטת בית המשפט שהורתה על הסרת חסינותו של ח"כ גורלובס-קי; ראו בג"ץ 5372/05 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת** (נבו) 9.10.2005. ולאחרונה סירב יו"ר הכנסת יולי אדלשטיין לציית לפסיקת בג"ץ שהורתה לו לכנס את המליאה בניגוד לפרשנותו לחוק ולתקנון; ראו בג"ץ 2144/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יו"ר הכנסת** (נבו) 25.3.2020. ויונתן גרין "בג"ץ אדלשטיין - הערת פסיקה" **משפטים על אתר** יז (2021).
- 194 ראו לדוגמה אורי אהרונוסן "אייקיום החלטות בג"ץ כנשל מוסדי: הצעה למודל של אכיפה שיפוטית" **משפט ועסקים** יט 1271-1272 (2016); שי דותן "מוניטין ואסטרטגיה בבית המשפט העליון" **משפט ועסקים** כב 827, 849-852 (2020).
- 195 ראו עע"מ 3717/18 **פרץ נ' הוועדה הבוחנת של לשכת עורכי הדין בישראל**, פס"ו (נבו) 10.6.2018. "ישוּב, כריסואל החוזר על עצמו מדי כחצי שנה, נדרש בית משפט זה לערעורים שעניינם ביקורת שיפוטית על בחינות לשכת עורכי הדין. 15 עתירות הוגשו לבית משפט קמא, ובמסגרתן תן תקפו העותרים 27 שאלות מתוך 85 שאלות הבחינה. בפנינו הונחו 11 ערעורים על פסק דינו של בית משפט קמא, אשר 9 מהם נדונו במאוחד במסגרת פסק דין זה".
- 196 ראו בג"ץ 2199/21 **ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר המתמטיקה, חדר מדעי המחשב נ' שר החינוך** (נבו) 8.4.2021. "עומדות רגלינו כמעט ערב יום העצמאות ושוב נדרשים אנו, בכחינת ריטואל חוזר ונשנה, לעסוק בפרס ישראל, אכן, יש להצר על כך שפרס זה יוקרתי ובעל מוניטין ואירוע מאחד ומרומם לב כמו טקס פרס ישראל, הופך כמעט באופן קבוע למקור מחלוקת ופילוג".
- 197 ראו בג"ץ 546/01 **סכנ נ' שר הביטחון** (נבו) 26.7.2001. "העותר העמיד שאלה שעל פניה היתה ראייה לכירור. לפיכך הוצא צו על תנאי בעתי"רה. ואולם העיון בתצהירי התשובה שהוגשו מטעם המשיבים שיכנע אותנו כי אין עילה ראייה להתערבות בית המשפט בהסדר הנוהג בצבא בנושא העתירה. משהונחה דעתנו, כאמור, הנוגד מחליטים לבטל את הצו על תנאי ולדחות את העתירה".
- 198 כפי שמגדיר גרשון גונטובניק "מחשבות על שפיטות על ביקורת שיפוטית ועל החשש מסעויות מוסדיות" **ספר מצא** 232 (2015).
- 199 יובל יעוז "קרב משפטי במשקל כבד" **הארץ** 18.12.2007. לדחיית טענת שפיטות בענייני ביטחון ראו בג"ץ 3003/18 **יש דין נ' ראש המטה הכללי של צה"ל** (נבו) 24.5.2018; במסגרת הדיון נדחתה בקשת המדינה לדחיית עתירה בנוגע להוראות הפתיחה באש של צה"ל בהפגנות האלימות בנבול רצועת עזה על הסף מסעמי חוסר שפיטות. ראו גם גונטובניק "מחשבות על שפיטות על ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 15, בעמ' 219. במהלך מגפת הקורונה הכריזו השופטים כנגד עמדת גורמי המקצוע הרפואיים, וכך לדוגמה פסלו השופטים את המגבלות שהטילה ממשלת ישראל על יציאה וכניסה לישראל מחשש לכניסת וריאנטים נוספים בתקופת הקורונה בטרם כניסת וריאנט הדלתא. ראו עניין **שמש**, לעיל ה"ש 158. לעניין התערבות בעניינים שדורשים מומחיות הלכתית ראו אביעד הכהן "בג"ץ או בד"ץ? מעורבות שיפוטית בסוגיות הלכתיות - מגבלותיה, היקפה ותוצאותיה" **משפט ועסקים** יד 395 (2012).
- 200 ראו לדוגמה עתירה שהקפאה את הריסת הבתים בציר כיסופים שמהם תקפו לימים המחבלים את סלי חטואל ובנותיה; בג"ץ 1556/02 **הדאן נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה** (נבו) 19.2.2002.
- 201 אליחי שילה ואח' **ללא גלימה: שיחות עם שופטי בית המשפט העליון** 187-188 (2017).
- 202 עניין **רסול**, לעיל ה"ש 37, בפס" 55 לחוות דעתו של השופט ברק.
- 203 ברק'ארו "מהפכת השיפוטות", לעיל ה"ש 53, בעמ' 14.
- 204 עניין **רסול**, לעיל ה"ש 37, בפס" 55 לחוות דעתו של השופט ברק.
- 205 ראו לדוגמה אהרן ברק "גבולות המשפט והשיפוט" **קריית המשפט** 5, ב 12 (2002).
- 206 לדוגמאות ראו את שאלת קיומה של פסקת הגבלה שיפוטית בחוקי היסוד נעדרי פסקת הגבלה נגון לאחרונה בעניין **שמש**, לעיל ה"ש 158, בפס" 23.
- 207 מדו"חות שנתיים שהפרקליטות מפרסמת מתברר כי בלמעלה ממחצית מהעתירות העותר מקבל את מבוקשו באופן חלקי או מלא במהלך הדיונים ללא פסק דין. ראו נסעאל בנדל "הכירו את האקטיביזם השקט" **מקור ראשון** 25.7.2018. וכן אסנת מנדל "על עבודת הפרקליט במחלקת הבר"צים" **מעשי משפט** 5, ב 58-59 (2009). ראו לדוגמה כיצד בית המשפט נמנע במשך שנים מלהגביר כשאלת קיומו של איסור עצמאי על הפרטה מכוח ס' 1 לחוק יסוד: הממשלה, בבג"ץ 9518/16 **הראל נ' כנסת ישראל** פס"ו מו (15.9.2017).
- 208 אליקים רובינשטיין "לב שומע: על מעשה השיפטה" **ספר דנציגר** 59 (עידו באום ולימור ז'רגוטמן עורכים, 2020).
- 209 ראו לדוגמה לעניין הכרה ביהדותו של מי שהתגייר בישראל במסגרת שאינה אורתודוקסית בבג"ץ 11013/05 **דגן נ' שר הפנים** (1.3.2021): פסק הדין מפרסם לאחר 16 שנים שבהן המתווה השופטים למחוקק וראו בחוות דעתה של השופטת ברק'ארו ובחוות דעת המיעוט של סולברג בפס" 3.
- 210 ס' 27 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 וכן יהונתן גבעתי וישראל רוזנברג "כיצד בוחרים שופטי בית המשפט העליון את חבריהם להרכב" **משפטים** נא 840-837, 807 (2022) לאחרונה הסביר השופט מוזס כיצד הוזז מהרכבי הריסות בתי מחבלים בשל התנגדותו לפרקטיקה. ראו גידי וייץ "מיני מוזס הדהים את כולם כשפרש מהעליון: נעת הוא מוכן לספר מדוע" **הארץ** 23.12.2021.
- 211 ממשלת החילופים של נתניהו וגנץ נפלה ביום 23 בדצמבר 2020 לאחר שלא עבר תקציב ותוצאה מכך נערכו בחירות לכנסת. ב'3 ביוני 2021

- כוננה ממשלה חדשה ורק כ־12 ביולי 2021 פורסם פסק הדין בבג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (נבו) 112.7.2021. חוק ההסדרה חוקק בכפואר 2017 אולם פסק הדין שביטל אותו פורסם רק ביוני 2020 בהרכב ממשלתי שלא היה מאפשר תיקון של החוק. ביטול המדיניות של השרה לשעבר רגב למתן בונוס במבחני התמיכה למוסדות תרבות שיופיעו ביהודה ושומרון הוא כנראה המקרה המובהק ביותר. פסק הדין שפורסם במאי 2020 בבג"ץ 7647/16 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט** (נבו) 13.5.2020 ביטל את המדיניות של השרה בעתירה שהוגשה ארבע שנים קודם לכן: יום אחד בלבד לפני שסיימה את כהונתה כשרת התרבות לאור חילופי השלטון.
- 212 כאשר נשאל ברק בדבר הסוואת נימוקים של אי־שפיטות באמצעות רטוריקה של ריסון בהתערבות הוא התנגד לכן בחריפות: "הדרך הואת לא מקובלת עלי. בית המשפט צריך לבדוק אם יש או אין עילה משפטית" (אריאל כנדור וזאב סגל **עושה הכוננים** 138 [2009]). ראו גם ע"כ 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה**, פס"ד 15 לפסק דינו של הנשיא שמגר, פ"ד לט(2) 225 (1985): "ביטוי העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים - לפי החלטותיהם, שיקוליהם ומאוייהם הבלתי מוגבלים - אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכול ואשר מחייבות את הכול במידה זהה. העיצוב של הגדרת הזכות ואף הכללתה בחוק אינם סוף המסך מבחינת יצירתה של ההגנה היעילה, כי קיומה של הזכות אינו מובא בכך למיצוי. ההגשמה של הזכויות, הלכה למעשה, מתבטאת בכיבוד על ידי הפעלתן הלכה למעשה, באופן שווה וולא הפליה פסולה. ערכו וכוחו של חוק המעניק זכויות הם בכך, שהזכויות הקבועות בו אינן רק בגדר רעיון מופשט, נאה ברוחו ובמגמתו, אלא בכך שהות הכתובה בו היא בגדר המוחשי והמצוי, שהוא מופעל לפי אמות מידה של שוויון בין שווים, שאין סוטים ממנו כעטיים של טעמים פטולים ואחרון במניין אם כי לא כחשיבות, גם בכך שבמקרה של פגיעה בזכויות יזכה כל נפגע ליחס שווה ולטיפול זהה".
- 213 ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוונר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" **דין ודבר** ג 399, 410 (2003).
- 214 יניב רוזנאי **ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעינון הביקורת השיפוטית בישראל** 205'204 (נייר מדיניות 154, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2021).
- 215 בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 49, 481 (1998); בג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנ"ס** (נבו) 12.9.2017.
- 216 דנג"ץ 3660/17 **התאחדות הסוחרים והעצמים הכללית נ' שר הפנים** (נבו) 26.10.2017.
- 217 בג"ץ 781/15 **אדו"ר פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים**, פס"ד 10'9 (נבו) 11.7.2021.
- 218 ראו לדוגמה לעניין פינוי מירון בג"ץ 8887/06 **אל־נאנאת נ' שר הביטחון** (נבו) 2.8.2011.
- 219 **עיריית סלואד**, לעיל הי"ש 174, בפסקה 77 לפסק דינה של הנשיאה חיות. הנשיאה חיות (שם, פס"ד 77 לפסק דינה) קבעה כי התכלית המערכתית של הכשרת בנייה בלתי חוקית ביהודה ושומרון אינה תכלית ראויה, ואילו השופט סולברג חלק עליה (בפס"ד 25 לחוות דעתו): "סעיף המטרה של החוק משמיע לנו שתי תכליות מרכזיות. התכלית האחת היא תכלית מדינית־לאומית. האם תכלית זו היא תכלית ראויה? התשובה לכך אינה מ־פסית, זוהי שאלה של השקפה פוליטית. ההכרעה אם תכלית מדינית מעין זו היא ראויה, אם לאו, היא הכרעה הצריכה להתקבל 'באמצעות נבחרים העם; אלה הכריעו כי ההתיישבות הישראלית באזור היא ערך ראוי' [...] מן הטעם הזה טענה גם הנכנסת, שמדבריה הבאתי לעיל, כי 'חוק ההסדרה נוגע בנימים הרגישים ביותר של המחלוקת הפוליטית והמדינית ביחס לשטחי יהודה ושומרון'". ראו גם בג"ץ 3303/20 **מוחמד נ' שר הביטחון** (טרם ניתן פס"ד אך בית המשפט כפה פשרה) שבו מבקשים העותרים להורות למשרד הביטחון להקצות קרקעות מדינה גם לפלסטינים בניגוד למדיניות הנהוגה.
- 220 בג"ץ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל** (נבו) 27.3.2016.
- 221 עניין **קוונטינסקי**, לעיל הי"ש 166.
- 222 ראו טל שניידר "הממשלה מסכנת את הכנסת הרבה יותר מבית המשפט" **גלובס** 21.4.2018. שניידר מראיית שם את אייל יונן ששימש כיועץ המשפטי של הכנסת וכן הוא מספר לה: "היה ניסיון לאשר את הצעת החוק [חוק יסוד הלאום] לקריאה הראשונה, תוך דילוג על שלב הדיונים בוועדה. פסק הדין בעניין מיסוי דירה שלישי שימש אותי כדי לעצור את הניסיון הזה".
- 223 ביזדי מלץ "מנדלבליט: העברת חיסונים למדינות זרות טעונה אישור של הממשלה" **הארץ** 1.3.2021.
- 224 לעניין קביעת הוראות הפתיחה באש ומעורבות היועצים המשפטיים ראו בג"ץ 3003/18 **יש דין מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל**, פס"ד 48 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו) 24.5.2018: "הוראות הפתיחה של כוחות הביטחון במרחב המכשול הביטחוני של רצועת עזה, הן מסוגות, ולא הוצגו לנו, כאמור, בשל התנגדות העותרים כי נעניין בהן, לצד קבלת הסברים רלבנטיים לנביהן כמעמד צד אחד. זה המקום לציין כי, כפי שנמסר לנו, נוסח הוראות הפתיחה באש אושר על ידי הפרקליט הצבאי הראשי, ועל ידי היועץ המשפטי לממשלה". לעניין פעילות צה"ל תחת אש ראו כיצד ברק מסביר במסגרת בג"ץ נגד פעילות צה"ל בניין בזמן מבצע חומת מגן שבו בית המשפט נמנע מלהתערב באופן פורמאלי כי הפעילות מתנהלת על פי הוראות המשנה ליועמ"ש מר בלס (בג"ץ 3114/02 **ברכה נ' שר הביטחון**, פ"ד נו(3) 11, 12 (2002) "כללי המשפט חלים תמיד ומידי. נמסר לנו מפי מר בלס, כי בכל פעולותיהם מונחים גורמי הצבא על ידי הפרקליט הצבאי הראשי. כך צריך להיות. גם בתקופת לחימה יש לקיים את הדברים החלים על לחימה. גם בתקופת לחימה יש לעשות הכול כדי להגן על האוכלוסייה האזרחית".
- 225 להמחשה ציורית ראו את פרדוקס הערמה שעליו עמד השופט הנדל: רע"פ 6477/20 **שחם נ' מדינת ישראל**, פס"ד 12 לחוות דעתו של השופט הנדל (נבו) 11.11.2021.

פרק שלישי: דוקטרינת השפיטות בראי המשפט המשווה

- 226 בשונה מישראל, סמכויות הרשות השופטת בארצות הברית מעוגנות בחוקה כתובה שבה נקבע כי: "The judicial power shall extend to all cases [...] [and] to controversies" (U.S. Const. art. III) "Controversies" ו"Cases" המונחים "Cases" ו"Controversies" פורשו כמקרים סמכות לבית המשפט לעסוק בכל המקרים שבהם מתעורר סכסוך ממשי בין צדדים קונקרטיים שיש להכריע בו. זאת, להוציא מקרים שבהם חוות דעתו של בית המשפט תשמם כייעוץ תיאורטי גרידא, שאינו נצרך להכרעה בסכסוך קונקרטי בין צדדים ממשיים (Advisory Opinion). למעשה, כבר בשנת 1793 פנו הנשיא ג'ורג' וושינגטון ומוזכר המדינה תומס ג'פרסון לבית המשפט בבקשה כי יחווה דעתו בשורת שאלות תיאורטיות בנוגע לתפקידה של ארצות הברית בסכסוך שהתנלע בין בריטניה וצרפת. במקרה זה השיבו שופטי בית המשפט כי אין להם הסמכות להביע דעתם בסוגיה שכן מדובר בייעוץ תיאורטי שאינו מצוי בסמכותו של בית המשפט. כל זאת, בשונה ממדינות אירופיות, דוגמת צרפת, שבהן רשאי בית המשפט לזווג דיון בשאלות שהכרעה בהן אינה נחוצה להכרעה בסכסוך בין צדדים ממשיים.
- 227 **כתבי הפדרליסט, לעיל ה"ש 5.**
- 228 "[Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court". Chief Justice John Marshall, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 170 (1803). בשל חשיבות הדברים נביא את מקורם הלועזי: "[Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court"]
- 229 **שם, נעמ' 166.** "The subjects are political. They respect the nation, not individual rights, and being entrusted to the executive, the decision of the executive is conclusive"
- 230 **שם, נעמ' 166.**
- 231 Rachel E. Barkow, *More Supreme than Court: The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 Colum. L. Rev. 237, 240 (2002)
- 232 להרחבה ראו Gwynne Skinner, *Misunderstood, Misconstrued, and Now Clearly Dead: The Political Question Doctrine as a Justiciability Doctrine*, 29 J.L. & Pol. 427, 434 (2014)
- 233 Underhill v. Hernandez, 168 U.S. 250, 253 (1897); *Oetjen v. Central Leather Company*, 246 U.S. 297, 302-03 (1918); *Williams v. Suffolk Insurance Co.*, 38 U.S. 415, 420 (1839). לפסיקה נוספת ראו *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250, 253 (1897); *Oetjen v. Central Leather Company*, 246 U.S. 297, 302-03 (1918).
- 234 *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1940) (plurality).
- 235 *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433, 454 (1939). יודגש כי העתירה אכן נידונה לנופה, בהתייחס לסענות המהותיות, על אף קביעתו של בית המשפט כי מדובר בשאלה פוליטית בלתי שפיטה.
- 236 *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962). בתרגום המחברים: (1) לשון החוקה מעניקה את סמכות ההחלטה במפורש לרשות פוליטית. (2) היעדר קנה מידה שיפוטי להכרעה בסכסוך. (3) היעדר אפשרות להכריע בסכסוך מבלי לקבוע את המדיניות באופן שבכירור אינו נתון לשיקול דעת שיפוטי. (4) ההכרעה שיפוטית תביע חוסר כבוד לרשויות האחרות. (5) במקרים נדירים, כשהתקבלה החלטה פוליטית בנסיבות העניין יש להישמע לה. (6) ההכרעה בידי בית המשפט, המקבילה להחלטת גורמי הממשל, תגרום מכונה לגורם הממשלתי.
- 237 **שם, נעמ' 210, 217.**
- 238 בעקבות צמצום דוקטרינת השפיטות בעניין **Baker** היו שהספידו את הדוקטרינה, אך בית המשפט הדגיש כי היא עוגנת עומדת בעינה וקבע את אי-שפיטות הסוגיה באמצעות הקריטריונים שהוגדרו בעניין **Baker**: "because this doctrine has been held inapplicable to certain carefully delineated situations it is no reason for federal courts to assume its demise"
- 239 *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1, 10 (1973).
- 240 *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993). כאותו מקרה נידון עניינו של שופט בית המשפט המחוזי הפדרלי (District court), וולטר ניקסון, שהורשע בפלילים בבין שבועת שקר אך סירב להתפטר. בעקבות זאת, ועדה בסנאט ערכה לו שימוע והדיחה אותו מתפקידו. ניקסון טען כי הוא לא נשפט כפי שדורש סעיף ההדחה בחוקה.
- 241 **שם, נעמ' 229-230.**
- 242 ראו, Elad Gil, *Judicial Answer to Political Question: The Political Question Doctrine in the United States and Israel*, 23 B.U. PUB. INT. L.J. 245, 262 (2014); Jared P. Cole, *THE POLITICAL QUESTION DOCTRINE: JUSTICIABILITY AND THE SEPARATION OF POWERS* (Congressional Research Service, 2014); Gwynne Skinner, *Misunderstood, Misconstrued, and Now Clearly Dead: The Political Question Doctrine as a Justiciability Doctrine*, 29 J.L. & Pol. 427 (2014).
- 243 *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).
- 244 ראו למשל: Rachel E. Barkow, *More Supreme than Court - The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 Colum. L. Rev. 237, 300 (2002) ("The Supreme Court's failure even to consider the political question doctrine reflects a broader trend in which the Court overestimates its own powers and prowess vis-d-vis the political branches. The political question doctrine itself cannot coexist with the current Court's views of how interpretive power is allocated under the Constitution"); Erwin Chemerinsky, *Bush v. Gore Was Not Justiciable*, 76 NOTRE DAME L. R. 1093 (2001).

עניין Bush , לעיל ה"ש 243, בעמ' 129 (Souter, J., dissenting).	245
שם, בעמ' 111: "None are more conscious of the vital limits on judicial authority than are the members of this Court, and none stand more in admiration of the Constitution's design to leave the selection of the President to the people, through their legislatures, and to the political sphere. When contending parties invoke the process of the courts, however, it becomes our unsought responsibility to resolve the federal and constitutional issues the judicial system has been forced to confront"	246
העתירה הובאה בידי אורח ארצות הברית המתגורר בישראל שביקש כי בדרכונו יירשם כי מקום לידתו הינו "ירושלים, ישראל", לפי חוק שחוקק הקונגרס. מחלקת המדינה האמריקנית סירבה לרשום את מקום הלידה נכ, בהתאם למדיניותה שלא להכיר בריבונות ישראל על ירושלים.	247
.Zivotofsky v. Sec'y of State, 571 F.3d 1227, 1231 (D.C. Cir. 2009); Zivotofsky v. Sec'y of State, 511 F. Supp. 2d 97 (D.D.C. 2007).	248
.Zivotofsky v. Clinton, 132 S. Ct. 1421, 1432 (2012) (Alito, J., concurring)	249
שם, בעמ' 1437.	250
שם, בעמ' 1441.	251
.Vieth v. Jubelirer, 541 U.S. 267 (2004)	252
.Rucho v. Common Cause, No. 18-422, 588 U.S. ____ (2019)	253
בחיפוש המונח "political question" בפסקי דין פדרליים שהתפרסמו החל מתחילת שנת 2000 במאגרי המידע של westlaw עולות מעל 1,800 חוצאות. אף מבלי שכל פסקי הדין הללו יקבעו שהעתירה בלתי שפיתה. ברי אפוא כי ישנו עיסוק נרחב ומהותי בסוגיית השפיטות בפסקי דין מנין זה.	254
Ahmed Salem Bin Ali Jaber v. United States, 861 F.3d 241, 430 U.S. App. D.C. 82, 2017 U.S. App. LEXIS 11672, 2017 WL 2818645	255
.El-Shifa Pharm. Indus. Co. v. United States, 607 F.3d 836, 391 U.S. App. D.C. 51, 2010 U.S. App. LEXIS 11585	256
Alaska v. Kerry, 972 F. Supp. 2d 1111, 2013 U.S. Dist. LEXIS 133687, 2013 WL 5269760	257
.Made in the USA Foundation v. United States, 242 F.3d 1300 (11th Cir. 2001)	258
Schroder v. Bush, 263 F.3d 1169, 2001 U.S. App. LEXIS 19055, 2001 Colo. J. C.A.R. 4333	259
Margit Cohn, Form, Formula and Constitutional Ethos: The Political Question/Justiciability Doctrine in Three Common Law Systems, 59 AM. J. COMP. L. 675, 702 (2011)	260
להרחבה ראו: ANTHONY W. BRADLEY & KEITH D. EWING, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 261 (16th edition, 2014)	261
.Mark Elliott, <i>Judicial Power and the United Kingdom's Changing Constitution</i> , 36 U. QUEENSLAND L.J. 273, 275 (2017)	262
שיקול הביטחון הלאומי שבנינו אסרה המדינה על העובדים להתאגד, בית המשפט נמנע מהתערבות בסוגיה. יישום עקרון השפיטות כפי שקבע בית המשפט, אישפוטותן של החלטות ציבוריות או פוליטיות, הוביל אפוא לקביעה כי במקרה הנידון אין מקום להתערבות שיפוטית.	263
Council of Civil Service Unions v. Minister for Civil Service [1985] A.C. 374 (ולהלן: GCCHQ).	263
באופן קונקרטי, בית המשפט קבע כי לאור שיקול הביטחון הלאומי שבנינו אסרה המדינה על העובדים להתאגד, בית המשפט נמנע מהתערבות בסוגיה. יישום עקרון השפיטות כפי שקבע בית המשפט, אישפוטותן של החלטות ציבוריות או פוליטיות, הוביל אפוא לקביעה כי במקרה הנידון אין מקום להתערבות שיפוטית.	264
ראו Rayner Thwaites, <i>The Changing Landscape of Non-Justiciability</i> , 2016 N.Z. L. Rev. 31 (2016)	264
עניין GCCHQ , לעיל ה"ש 263, בעמ' 418 לפסק דינו של הלורד רוסקיל.	265
.The Human Rights Act 1998	266
"As I understand it, it is now common ground that if a Convention right requires the court to examine and adjudicate upon matters which were previously regarded as non-justiciable, then adjudicate it must"	267
R (Gentle) v. Prime Minister [2008] AC 1356, [60]	267
העתירה נדחתה לגופה שכן לא התקיימה פגיעה בזכויות המוגנות. "As I understand it, it is now common ground that if a Convention right requires the court to examine and adjudicate upon matters which were previously regarded as non-justiciable, then adjudicate it must"	267
ראו למשל R (Aguilar Quila) v. Secretary of State for the Home Department [2012] AC 621	268
מדיניות אשרות השהייה בבריטניה שנועדה לצמצם נישואין בכפייה, לאור הזכות לחיי משפחה המעוגנת בסעיף 8 לאמנה; R (Tigere) v. Secretary of State for Business, Innovation and Skills [2015] 1 WLR 3820	268
שבנו בחן בית המשפט העליון אם הגבלת הלואות סטודנטים טיאליות למי ששהה בבריטניה בשלוש השנים שלפני לימודיו והשתקפה בה עד תחילתם היא אפליה כמשמעותה בסעיף 14 לאמנה.	268
Sherrill v. Khaira [2014] UKSC 33, 42 [2015] AC 359	269
במסגרת הדין בסמכות מנהיג דתי של קהילה הינדית בבריטניה התעוררה שאלת זהותו של המנהיג הרוחני. בערכאות דלמטה נקבע כי העתירה מעוררת שאלה בנושאים דתיים, שאינם שפיטים, ולפיכך נדחתה. בית הלורדים דחה את טענת אישפוטות והסכים לדון בטענות לגופן. להרחבה ראו Rayner Thwaites, <i>The Changing Landscape of Non-Justiciability</i> , 2016 N.Z. L. Rev. 31, 36 (2016)	269
.Buttes Gas & Oil Co v Hammer (No 3) [1982] AC 888 (HL)	270

	שם, בפס' 40	271
	.Belhaj & Rahmatullah (No 1) v Straw & Ors [2017] UKSC 3	272
states involved, or "Even if one could say that such treatment reflects some policy of the various foreign	נדבני השופט מאנט: indeed of the United Kingdom, it goes far beyond any conduct previously recognised as requiring judicial abstention... But I see no reason why English law should refrain from scrutinising their conduct in the course of adjudicating upon claims against other parties involved who enjoy no such immunity here, where the alleged conduct involves almost indefinite detention, combined .with deprivation of any form of access to justice and, for good measure, torture or persistent ill-treatment of an individual"	273
That the Freedom of Speech and Debates or Proceedings in Parlyament ought not to b impeached or"	נלשון מנילת הזכויות: "questioned in any Court or Place out of Parlyament על הליכים פנים פרלמנטריים" מחקרי משפט יס 721, 730 (2003).	274
R. (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland ((2019) UKSC 41)	יודגש כי לראש הממשלה אין סמכות להכריז על פגרה בעצמו אלא באמצעות "ייעוץ" למלכה שתפזר את הפרלמנט במסגרת הפרוגנטיבה המלכותית. אולם, לפי המסורת הבריטית על המלכה לקבל את עצת ראש הממשלה, וכך אכן קרה.	275
The High Court of England and Wales (Court of England and Wales)	מדובר למעשה בשני ערעורים על החלטות שהתקבלו בערכאות נמוכות יותר. באחד, אשר הוגש לכית המשפט הגבוה של אנגליה וויילס (The High Court of England and Wales), הוחלט שהעניין בלתי שפיט. בשני, שהוכרע באותו יום בבית המשפט לערעורים בסקוטלנד, הוחלט שהעניין שפיט ושהחלטת בלתי חוקית כשל המניעים הפסולים של ראש הממשלה.	276
שם, בפס' 50 לפסק הדין	("that a decision to prorogue Parliament will be unlawful if the prorogation has the effect of frustrating or preventing, without reasonable justification, the ability of Parliament to carry out its constitutional functions as a legislature and .as the body responsible for the supervision of the executive")	277
JOHN FINNIS, THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE SUPREME COURT'S PROROGATION JUDGMENT, WITH SUPPLEMENTARY NOTES (Oxford Legal Studies Research 2020); MARTIN LOUGHLIN, THE CASE OF PROROGATION: THE UK CONSTITUTIONAL COUNCIL'S RULING ON APPEAL FROM THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT (Policy Exchange 2019)	ראו	278
	שם, נעמ' 21	279
.Delve and Glynn v. Secretary of State for Work and Pensions [2020] EWCA Civ 1199		280
A v Secretary of State for the Home Department [2005] 2 AC 68, [29]		281
.The Draft Fixed-term Parliaments Act 2011 (Repealed) Article 2–3		282
.Operation Dismantle v. The Queen, 1985 CanLII 74 (SCC), [1985] 1 S.C.R. 441		283
	עמ' 465	284
.Chaoulli v. Quebec (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 791, 872	ראו למשל	285
.Geoffrey Cowper and Lorne Sossin, Does Canada Need a Political Questions Doctrine?, 16 SUPREME COURT L. REV. 343 (2002)		286
.Lorne M. Sossin, BOUNDARIES OF JUDICIAL REVIEW: THE LAW OF JUSTICIABILITY IN CANADA (2nd Edition 2012) fn 2, at 145-200		287
.BCSC 1342, 59 B.C.L.R. (4th) 38, [2007] 1 W.W.R. 331 2006		288
	שם, בפס' 47 ו' 49	289
.(Misdzi Yikh v Canada, [2020] FC) No 1109, 2020 FC 1059, [2020] ACF no 1109, 474 CRR (2d) 53		290
	שם, פס' 47	291
	שם, פס' 57	292
.La Rose v Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2008] IADD No 1851, [2008] DSAI no 1851, para 40		293
	שם, פס' 48	294
Reference re Same-Sex Marriage, 2005 CFLG para 26,001 (8-9)		295
Reference Re Canada Assistance Plan (BC), 1991 CanLII 74 (SCC), [1991] 2 S.C.R. 525		296

פרק רביעי: חלופות מדיניות300 ראו גם אצל חיים ה' כהן "למולמוס השפיטות" **קריית המשפט** 5 (2001).301 על הצורך בבחינה מחודשת וחוזרת של נקודת האיוון בין הרשויות ראו "אהרן ברק: 'מוכן לבטל את עילת הסבירות'" **כיכר השבת** (18.12.2019).

302 תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון - שפיטות), התשע"ח 2008.

303 ראו לעיל בפרק הקודם בסעיף השני.

304 הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון): סייג לבג"ץ, התשנ"א 1991 פ 2494. על פי דברי ההסבר, "נושא ההתיישבות בארץ ישראל אינו עניין משפטי - אלא סוגייה מדינית ופוליטית. רק המוסדות העליונים של המדינה, הכנסת והממשלה, מוסמכים לעצב את אופיו והיקפו של מפעל ההתיישבות העברית, שהוא נשמת אפה של הציונות כבר למעלה ממאה שנים. החוק המוצע יטרפד את מגמתה של תנועת 'שלום עכשיו' להפקיע את סמכות ההחלטה בנושאי ההתיישבות מידי הממשלה הנבחרת - ולכפות אותה על בתי המשפט אשר לא לשם כך נועדו. החוק החדש יאפשר לרשות השיפוטית לשמור על מעמדה המיוחד ואמינותה בעיני הציבור - ולהימנע מנקיטת עמדה בשאלות פוליטיות טהורות השנויות במחלוקת".

305 הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון) סעיף 15 סמכות בית המשפט העליון) פ 1898.

306 הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון - הגבלת סמכות ודין, התשס"ב 2002, פ/3726.

307 הצעת חוק יסוד: הכנסת (תיקון - שלילת סמכותו של בית המשפט מלהתערב בהחלטת ועדת הבחירות המרכזית לעניין אישור או פסילת מועמד או רשימה מלהשתתף בבחירות), התשע"ה 2015, פ/4172/20.

308 המכון הישראלי לדמוקרטיה **חוקה בהסכמה** 164 (2005).

309 הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - ביקורת שיפוטית על הגבלת הכניסה לישראל) התשע"ז 2006, פ/815/17; הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - חוק האזרחות והכניסה לישראל), התשע"ט 2009, פ/1078/18.

310 הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון - הפרדת רשויות), התשע"ו 2016, פ/2863/20.

311 הצעת חוק הגדרת סמכויות הרשות השופטת, התשס"ז 2007, פ/2717/17; הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון - הגדרת סמכויות הרשות השופטת) התשס"ז 2007, פ/2799/17.

312 הצעת חוק יסוד: הגבלת סמכויות הרשות השופטת, התשס"ב 2002, פ/4121/15.

313 הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון - סמכויות בית המשפט הנבוא לצדק), התש"ע 2010, פ/2018/18; הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון - סמכויות בית המשפט הנבוא לצדק) התשע"א 2011, פ/3416/18.

314 יניב רוזנאי **ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעניון הביקורת השיפוטית בישראל** 204-205 (נייר מדיניות 154, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2021).

315 ארי שביט "מדינה על הטיטניק: ראיון עם משה לנדוי" **הארץ** (16.10.2000).

316 R. (Elan-Cane) v. Sec'y of State for the Home Dep't [2021] UKSC 56. ראו בהרחבה בפרק הקודם.

סיכום

317 אהרן ברק, "שלטון החוק" **חידושים והתפתחויות בחקיקה ובמשפט: קובץ ההרצאות בימי העניון לשופטים תשל"ז** 25 (שמעון שטרית עורך, 1977): "אנחנו הארכיטקטים של השינוי החברתי. לנו הכישורים לבנות שיטה משפטית טובה יותר, צודקת יותר. אנחנו איננו רואים את תפקידנו כמונבל לסכנאות המשפטית; אנחנו רואים את תפקידנו ככולל את המדינאות המשפטית".

318 יעל פרידסון "הנשיאה חיות לעותרים נגד נתניהו: גם אם לא נקבל עמדתכם - המכרז לא נופל" (3.5.2020). ynet.

פורום קהלת

פורום קהלת הוא מכון מחקר השוכן בירושלים ופועל לעיגון מעמד הקבע של ישראל במדינת הלאום של העם היהודי, לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית, קידום חירות הפרט ועידוד יישום עקרונות השוק החופשי בישראל. הפורום איננו מפלגתי ונשען על מקורות עצמאיים פרטיים ללא מימון ישיר או עקיף ממדינת ישראל או מכל ישות מדינית אחרת. כל תוצרי הפורום מוגשים למקבלי ההחלטות ולציבור ללא תמורה.



פורום קהלת (ע"ר)

רח' עם ועולמו 8

ירושלים, 9546306

טל' 02-6312720

office@kohelet.org.il

www.kohelet.org.il

ISBN 978-965-7674-99-4



9 789657 674994