

השפיטות בדין הישראלי – עיון מחדש

יואב דותן*

מבוא

- א. שפיטות – מהי? הערה מתודולוגית מקדמית
- ב. הטעמים להכרה בחוסר שפיטות
- ג. התפתחות ההלכה בישראל
1. השלב המוקדם – "חוש המומחיות של המשפטן"
2. שנות השישים והשבעים – הלכת אשכנזי והדיון בערכים משפטיים וחופץ־משפטיים
3. שנות השמונים – הלכת רסלר
- ג. מבחן השפיטות של רסלר – בחינה ביקורתית
1. שפיטות נורמטיבית – תשובה מטעה לשאלה לא רלוונטית
2. פרקתה של ההבחנה בין שפיטות נורמטיבית לשפיטות מוסדית
- ה. השפיטות לאחר רסלר – שנות התשעים ואילך
1. שפיטות – הדין הראוי
2. שפיטותם של הליכים פנימיים בכנסת

מבוא

אחת השאלות המרכזיות בכל שיטה משפטית שבה קיים המוסד של ביקורת שיפוטית על מעשי השלטון היא שאלת השפיטות. דוקטרינת השפיטות, כפי שעוצבה בפסיקת בית המשפט העליון החל מאמצע שנות השמונים בפסק הדין הידוע בעניין רסלר, שחקה במידה ניכרת את עילת השפיטות כך, שהיקף הנושאים הנדונים על ידי בתי המשפט בישראל רחב בהרבה מאלו הנדונים במרבית שיטות המשפט. ברשימה הנוכחית מוצע עיון ביקורתי בדוקטרינת השפיטות הקיימת ובמיוחד בהבחנה הנוהגת בין שפיטות 'נורמטיבית' לשפיטות 'מוסדית'. טענתי היא שהשאלה של שפיטותו של עניין מסויים צריכה להיקבע

* פרופ' מן המניין ומופקד הקתדרה למשפט ציבורי ע"ש גודמן, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית. המאמר מבוסס על פרק בספרי ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי (2023).

על פי שני קריטריונים מצטברים: היתרון המוסדי שיש לבית המשפט על פני מוסדות אחרים בדיון בסוגיה והמחיר החברתי הכרוך בעצם הדיון השיפוטי באותו נושא. בחינת שאלת השפיטות בהתאם לשני הקריטריונים הללו מובילה למסקנה כי חלק מהנושאים שנדונים כיום באופן שגרתי בבית המשפט צריכים להיחשב כבלתי שפייטים. בחלקו האחרון של המאמר אדגים את הטענה על שאלת השפיטות של הליכים פנימיים בכנסת. לשם הבנת הסוגיה, אפתח בסקירת ההתפתחות ההיסטורית של דוקטרינת השפיטות במשפט הישראלי.

אחת השאלות המרכזיות בכל שיטה משפטית שבה קיים המוסד של ביקורת שיפוטית על מעשי השלטון היא שאלת השפיטות. השפיטות היא אחת הדוקטרינות שנוצרו על ידי בתי המשפט והמתחמות את גבולות העניינים שבית המשפט יכול לדון בהם.¹ במרבית שיטות המשפט החלטות בתחומים מסוימים נחשבות מחוץ לתחום הביקורת השיפוטית. תחומים אלה כוללים את: הביטחון הלאומי,² יחסי

¹ קיימות דוקטרינות נוספות שפותחו על ידי המשפט וממלאות תפקיד דומה, כגון דוקטרינת זכות העמידה, ראו להלן ה"ש 7. לצד דוקטרינות שיפוטיות שמתחמות את הביקורת השיפוטית קיימת, עקרונית, אפשרות שהמחוקק יגביל את היקף הביקורת השיפוטית בכלל או בתחומים מסוימים באמצעות חקיקה, אם כי במשפטנו אפשרות זו הוגבלה מאוד באמצעות פסיקה שהציבה מגבלות חוקתיות בנושא. ראו, למשל: בג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים לפי סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, פ"ד מה(5) 445 (1991); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003). לדיון מקיף ראו יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי (2022) פרק 7 (להלן: דותן-ביקורת שיפוטית). היה אפשר לטעון שעצם העובדה שהדוקטרינות הרלוונטיות, ובראשן שפיטות, מאפשרות לבתי המשפט לקבוע את הגבולות של תחומי אחריותם היא בעייתית (ראו, למשל B.V. Harris, *Judicial Review, Justiciability and the Prerogative of Mercy*, 62 C.L.J. 631, 634 (2003) ("There is something uncomfortable about the courts deciding the limits of their own competence"). מנגד, אפשר לטעון כי דוקטרינות כאלה, המשמשות את בתי המשפט כטכניקות "הימנעות", הן הכרחיות כדי לחסוך לבית המשפט את ההכרח להתערב בנושאים פוליטיים רגישים, דבר שעלול לשחוק את מעמד הרשות השופטת בציבור ולפגוע באמון הציבור בבית המשפט. לחשיבות של הימנעות שיפוטית מטיפול בנושאים מסוימים בשל רגישותם הפוליטית או בשל ההכרה של בית המשפט בכך שקצרה ידו מלחולל שינויים חברתיים, ראו רות גביון "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" רות גביון, מרדכי קרמיניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 87–88, 113–116 (התש"ס). לדיון בתפקידה של השפיטות כ"טכניקת הימנעות" ראו להלן סעיף ד וכן הפניות להלן, בה"ש 7.

² ראו, לדוגמה, בארצות הברית Schneider v. Kissinger, 412 F.3d 190, 193 (D.C. Cir. 2005) (תובענה נגד הנרי קסינג'ר, שכיהן כיועץ לבטחון לאומי וכמוזכר המדינה בתקופת הנשיא ניקסון, בגין מעורבותו באישור פעולות של ה-CIA בצ'ילה שבעקבותיהן הוצאו להורג קרובי משפחתם של התובעים אינה שפיטה); בקנדה Operation Dismantle Inc. v. ...

החוץ,³ ענייני הניהול הפנימי של הממשלה,⁴ החלטות מדיניות קרדינליות, כגון הכרזות מלחמה, כיבוש או החזקה בשטחים טריטוריאליים, או עשיית הסכמי שלום⁵ – נחשבות מחוץ לתחום הביקורת השיפוטית.⁶ הדוקטרינה המרכזית

R., [1985] 1 S.C.R. 441 (עתירה נגד ביצוע ניסויים בטיילים גרעיניים בקנדה נדחתה כלא שפיטה); Gilligan v. Morgan 413 U.S. 1 (1973) (א־שפיטות של תובענה בנוגע להפרת זכויות אזרח במהלך פיזור הפגנות סטודנטים על ידי המשמר הלאומי, משום שהתובענה דרשה מבית המשפט לברר טענות בדבר דפוסי האימון וההצטיידות של כוחות הביטחון); ראו באנגליה R.(Corner House Research v. Serious Fraud Office, [2009] 1 A.C. 756 (H.L.(E.)) (החלטה להפסיק חקירה שעסקה בעסקאות נשק החשודות בשחיתות בין בריטניה לערב הסעודית אינה שפיטה). וראו גם Chandler v. Director of Public Prosecutions, [1964] A.C. 763; R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Chahal, [1993] Imm.A.R. 362; R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Cheblak, [1991] 1 W.L.R. 890. וראו גם Harris, לעיל ה"ש 1, בעמ' 638 וכן מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת 106–107 (2002).

ראו, למשל, בארצות הברית U.S. v. Palmer, 16 U.S. 610 (1818); Foster v. Neilson, 27 U.S. 253 (1929) ואסמכתאות נוספות, להלן ה"ש 5. וראו, למשל, באוסטרליה Thorpe v. Commonwealth [No.3], (1997) 71 A.L.J.R. 767 (Aus. H.C.) (א־שפיטות עתירה לחיוב הממשלה לפנות לאומות המאוחדות בנוגע לקבלת חוות דעת בנוגע לסטטוס ולזכויות של המיעוט האבוריגיני); Minister for Arts, Heritage and Environment v. Peko-Wallsend, (1987) 75 A.L.R. 219 (א־שפיטות של החלטת קבינט בנוגע לסיווג של פארק לאומי כאתר מורשת עולמית לפי לאמנה בין-לאומית). כן ראו Chris Finn, *The Concept of Justiciability in Administrative Law*, in MATTHEW GROVES & H.P. LEE, AUSTRALIAN ADMINISTRATIVE LAW: FUNDAMENTALS, PRINCIPLES AND DOCTRINES 143, 151–152 (2007).

ראו למשל באנגליה Buttes Gas & Oil Co v. Hammer (No 3), [1982] A.C. 888 (HL) (סכסוך בין שתי חברות נפט המחייב את בית המשפט לקבוע קביעות לגבי זכויות להפקת נפט ופעולות לא חוקיות של ממשלות זרות במפרץ הפרסי אינו שפיט); R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Rees-Mogg, [1994] Q.B. 552 (עתירה כנגד החלטת ממשלת בריטניה לאשרר את אמנת מסטריכט היא בלתי שפיטה).

גישה כזאת לא־שפיטות של ענייני ביטחון ויחסי חוץ בוטאה בעבר גם בבית המשפט בישראל, ראו למשל בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, 181 (1973) ("הרי ענייני צבא ובטחון, כמוהם בענייני מדיניות חוץ, אינם מן הדברים הראויים להכרעת הרשות השופטת", השופט ויתקון).

ראו, למשל, Webster v. Doe, 486 U.S. 592 (1987) (עתירה נגד פיטורי עובד של סוכנות הביון בשל נטיות הומוסקסואליות); לעניין א־שפיטות של החלטה על פיטורי שר באוסטרליה ראו Stewart v. Ronalds, [2009] NSWCA 277, (2009) 76 NSWLR 99.

ראו, למשל, בארצות הברית Neely v. Henkel (No.1) (1901) (סירוב של בית המשפט להתערב ולהכריע בשאלה של חוקיות השליטה האמריקנית בקובה); cert. denied, 416 U.S. 936 (1974), Holtzman v. Schlesinger, 484 F.2d 1307 (2d Cir. 1973) (ניסיון לדון בחוקתיות של מלחמת וייטנאם); Americans United for Separation of

לעניין זה במשפט הישראלי היא דוקטרינת השפיטות.⁷ קשה להפריז בחשיבותה

Church and State v. Reagan, 786 F.2d 194 (3d Cir.), *cert. denied*, 107 S. Ct. 314 (1986) (שאלת כינון יחסים דיפלומטיים עם הוותיקן אינה שפיטה); Crockett v. Reagan, 720 F.2d 1355 (D.C. Cir. 1983) *cert. denied*, 467 U.S. 1251 (1984) קונגרס בעניין הושטת סיוע צבאי לאל-סלודור אינה שפיטה. עם זאת ואף שענייני חוץ נחשבים לדוגמה קלאסית לעניינים שאינם שפיטים, לא כל נגיעה של הסוגיה המשפטית בשאלות של יחסי חוץ הופכת את הסכסוך ללא שפיט. כך, למשל, אין מניעה שבית משפט יזקק לפרשנות של אמנה בין-לאומית אם אין הדבר סותר קביעה או פעולה של הרשות המבצעת ראו Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 211–212 (1962). וראו גם Russell W. Galloway, *Basic Justiciability Analysis*, 30 SANTA CLARA L. REV. 911, 916–917 (1990); Eric A. Posner & Cass R. Sunstein, *Chevronizing Foreign Relations Law*, 116 YALE L.J. 1170, 1200–1201 (2007); Curtis A. Bradley, *Chevron Deference and Foreign Affairs*, 86 VA. L. REV. 649 (2000). עם זאת יש הטוענים כי לאחרונה ניכרת הרחבה מסוימת של הביקורת השיפוטית בארצות הברית בתחום יחסי החוץ. ראו Ganesh Sitaraman & Ingrid Wuerth, *The Normalization of Foreign Relations Law*, 128 HARV. L. REV. 1897 (2015); Harlan Grant Cohen, *The Death of Deference and the Domestication of Treaty Law*, 2015 BYU L. REV. 1467, 1471–1483 (2016). ראו, למשל, באוסטרליה Limbo, Re (1990) 64 A.L.J.R. 241 (עתירה נגד הפלישה של אוסטרליה לשטחים אבורגיניים והשמדת האוכלוסייה האבוריג'ינית נדחתה כלא שפיטה). וראו בישראל את קביעותיו של השופט שמגר בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988), שלפיהן סוגיות קרדינליות בתחום החוץ והביטחון אינן שפיטות, שם פס' 11 רישה לפסק הדין של השופט שמגר, בעמ' 522.

האסמכתה האמריקנית העיקרית היא פרשת Baker, שם (שאף מאוזכרת בשלבים חשובים בהתפתחות הפסיקה אצלנו בנושא השפיטות, ראו פרשת רסלר, שם, בעמ' 475). בשיטות שונות יש שמות שונים לדוקטרינות העוסקות בשפיטות. התרגום לאנגלית של המונח שפיטות justiciability לא רווח בכלל בשיטות המשפט האחרות ואינו משקף את התמונה המלאה והמדויקת של המצב בסוגיה זו. כך, למשל, המונח המקובל במשפט האמריקני לסוגיה הוא political question, ואילו המונח justiciability משמש מונח סל שבו נכללות כל עליות הסף לרבות זכות עמידה, היעדר בשלות וכדומה, ראו למשל Galloway, שם. מצב דברים דומה קיים במשפט הקנדי, ראו LORNE SOSSIN, *BOUNDARIES OF JUDICIAL REVIEW: THE LAW OF JUSTICIABILITY IN CANADA* (1999). במשפט האנגלי הדין העיקרי במגבלות הענייניות של הביקורת השיפוטית בתחומים אלו נעשה דרך הדין בסמכויות הפררוגטיביות של הממשלה, שהן, בחלקן, לא שפיטות (ראו למשל Rayner Thwaites, *The Changing Landscape of Non-Justiciability*, 2016 N.Z. L. Rev. 31 (2016) 704–701. עם זאת, בעמ' 145–142. עם זאת, בעקבות פסק הדין הידוע של בית הלורדים Council of Civil Service Unions v. Minister for Civil Service, [1985] GCHQ A.C. 374, הוחלפה הגישה של אי-שפיטות כוללת של הסמכויות הפררוגטיביות של הכתר בגישה שלפיה אי-השפיטות תלויה בנושא הנדון, ראו Margit Cohn, *Form, Formula and Constitutional Ethos: The Political Question/Justiciability Doctrine in Three Common Law Systems*, 59 AJCL 675, 704–705 (2011).

לצד דוקטרינת השפיטות קיימות דוקטרינות נוספות שממלאות תפקיד דומה לשפיטות,

6

7

של השפיטות לעניין הדיון בביקורת השיפוטית. במישור העיוני דוקטרינת השפיטות מתחמת לא רק את גבולות הביקורת השיפוטית אלא גם את גבולות המשפט בכלל. היינו, עניינים שאינם שפיטים עשויים להיחשב לעניינים שמצויים מחוץ לתחום הדיון המשפטי משום שלמשפט "אין מה לומר בעניינים", ולכן הם מצויים מחוץ לתחום העיסוק של בתי המשפט.⁸ במישור המעשי דוקטרינת השפיטות כפי שפותחה בפסיקה היא אחד המרכיבים החשובים ביותר בתהליך של הרחבת הביקורת השיפוטית למן תחילת שנות השמונים.⁹ במאמר זה בכוונתי להציע עיון מחדש בדוקטרינת השפיטות, כפי שפותחה במשפטנו בעיקר החל משנות השמונים. טענתי המרכזית היא כי דוקטרינת השפיטות הקיימת מבוססת על אדנים רעועים מבחינה אנליטית וכי קיימים שיקולים כבדי משקל במישור המדיניות שמצדיקים את החלפתה. במסגרת הדיון אסקור את התפתחות ההלכה בנושא, לאחר מכן אבחן הלכה זו מנקודת מבט ביקורתית ואציע מבחן חלופי למבחנים הקיימים בפסיקה.

א. שפיטות – מהי? הערה מתודולוגית מקדמית

טרם אפנה לדיון מדוקדק במבחנים השונים שפותחו לעניין השפיטות בבתי המשפט אצלנו, ראוי להקדים הערה מתודולוגית. בסיף זה אאפיין את הקווים המתודולוגיים העיקריים של הדיון בשפיטות. קווים אלו מאופיינים במעין סתירה פנימית. מצד אחד שיטות המשפט העיקריות, רובן ככולן, מכירות בעובדה שקיימים עניינים מסוימים, שאלות מסוימות ותחומים מסוימים שראוי

במובן זה שהן מאפשרות לבית המשפט להימנע מעיסוק בנושא מסוים, כאשר מטעמים של מדיניות שיפוטית ודאגה למעמדו של בית המשפט בחברה הוא בוחר שלא לעסוק בנושא מסוים (ראו יואב דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כ 93, 121–122 (1990) והאסמכתאות שם). עם הדוקטרינות הללו ניתן למנות, למשל, גם את זכות העמידה (ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג – הביקורת השיפוטית: כללי הסף (2014) עמ' 1973 ואילך – להלן זמיר ג) וגם דוקטרינות נוספות כגון דרישת הבשלות (ראו להלן הדיון בסעיף ה, בטקסט הסמוך לה"ש 79). עם זאת השפיטות היא הדוקטרינה שמביאה לידי ביטוי באופן הישיר, הגלוי והמלא ביותר את השיקולים בנוגע ל"הימנעות" שיפוטית מלדון בנושאים או בתחומים מסוימים.

בהתאם, עניין שאינו שפיט אין הוא שפיט גם אם הוא מגיע לבית המשפט בצורה של תובענה אורחית, נזיקית או חוזית. ראו, למשל, ס' 33 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הקובע כי הערכה בנוגע למתן "ציון, תואר, פרס וכיוצא באלה" אינה נושא לדיון בבית משפט. וראו גם Sossin, לעיל ה"ש 6, בעמ' 8. והשוו הדיון להלן בסעיף 33.

ראו גם יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" רות גביוון, מרדכי קרמיצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 13–16 (התש"ס).

שהמערכת השיפוטית תימנע מלדון בהם. כפי שנראה, ההכרה הזאת קיימת גם אצל בתי המשפט בישראל, אף שההיקף הנושאי של אותם עניינים אצלנו הוא צר בהרבה מבשיטות משפט אחרות. זאת ועוד, ככלל ניתן לומר שאפשר למצוא קווי דמיון רבים (גם אם לא מלאים) בין שיטות משפט שונות באשר לסוג העניינים הנכללים בקטגוריה הזאת של עניינים שאינם שפיטים (כאמור, לעניין זה המשפט הישראלי הוא בבחינת חריג). כלומר, תחום הכיסוי הענייני של דוקטרינת השפיטות (או הדוקטרינות המקבילות לה) דומה בין שיטות משפט רבות וכולל במיוחד החלטות הנוגעות לביטחון הלאומי, ליחסי חוץ, לעניינים מדיניים קריטיים וכן למינויים או פיטורים של שרים ופקידים בכירים.¹⁰

מצד אחר, בכל שיטות המשפט קיימת עמימות רבה בנוגע להגדרה המדויקת של הקריטריונים להגדרת שאלות מסוימות כלא שפיטות. הן בתי המשפט והן הכותבים האקדמיים בשיטות השונות, מציינים חזור וציין את העובדה שקשה מאוד להגדיר בדיוק אימתי עניין מסוים הוא לא שפיט, וכי הקריטריונים לשפיטות או אי-שפיטותו של עניין מסוים "ידועים לשמצה" בחוסר הבהירות שלהם.¹¹

קיים אפוא מתח מסוים בין העובדה שמצד אחד, במישור העיוני, השאלה של הגדרת הקריטריונים לאי-שפיטות סובלת מעמימות רבה, לבין העובדה, מצד אחר, ש"השורה התחתונה" של הדיון בשפיטות מובילה פעמים רבות בתי המשפט בשיטות שונות להגיע לתוצאות דומות למדי (לפחות בנוגע לתחומים המובהקים ה"חשודים" בחוסר שפיטות, ובהם פעולות בתחום יחסי חוץ, החלטות מדיניות קרדינליות, נושאים הקשורים לגבולות וכדומה). בפרפרזה על המשפט הנודע של השופט סטיוארט בנוגע להגדרת פורנוגרפיה, ניתן לומר על לומר שקשה להגדיר מהי. עם זאת, כשנתי המשפט נתקלים בסוגיה לא שפיטה או בסוגיה

¹⁰ ראו לעיל ה"ש 2 עד 6 לעניין אי-השפיטות של עניינים הנוגעים לביטחון הלאומי, ליחסי החוץ ולחלטות קרדינליות של הממשלה בעניינים מדיניים קריטיים. ניסוח הדוקטרינה בבריטניה מבוסס על הגדרת סמכויות מסוימות של הרשות המבצעת כסמכויות פרוגרסיביות שמצויות מחוץ לתחום הביקורת של בתי המשפט, ראו למשל Thwaites, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1, 5 ואסמכתאות שם.

¹¹ העמימות המופלגת של דוקטרינת השפיטות היא רק אחת הסיבות לביקורת הרבה הקיימת מצד כותבים אקדמיים על הדוקטרינה. לסקירת טיעוני הביקורת ראו Cohn, לעיל ה"ש 6, בעמ' 679-682. כן ראו, באנגליה Harris, לעיל ה"ש 2, בעמ' 633 ו-Thwaites, לעיל ה"ש 6. ראו באוסטרליה: Thomas v. Mowbray, (2007) 233 C.L.R. 307 (HCA) at 354 per Gummow and Crennan JJ. (referring to non-justiciability as H.P. LEE & GEORGE "slippery term of indeterminate reference") וראו גם WINTERTON, AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL PERSPECTIVES 193 (1992), וכן Sossin, לעיל ה"ש 6, בעמ' 2 ו-132 (בנוגע להגדרת Political Question).

ששפיטותה מוטלת בספק – הם בדרך כלל מזהים את הבעיה ללא קושי מיוחד.¹² כדי להבהיר את הדיון בשפיטות ראוי לבחון קודם כול את הטעמים העקרוניים שבבסיס הדוקטרינה

ב. הטעמים להכרה בחוסר שפיטות

בפסיקה ובספרות בישראל ומחוצה לה מוזכרים זה לצד זה טעמים שבגינם שאלות הנוגעות למשל ליחסי החוץ או שאלות קרדינליות בתחום הביטחון הלאומי של המדינה (למשל הכרזת מלחמה) עשויות להיות לא שפיטות. טעם ראשון המוזכר תדירות מבוסס על דוקטרינת הפרדת הרשויות. הטענה היא שעניינים כאלה מסורים במסגרת דוקטרינת הפרדת הרשויות להכרעתה הבלעדית של הרשות המבצעת, ולכן על בתי המשפט להימנע מלדון בהם.¹³ טעם שני, המוזכר תדיר הוא היעדרם של קריטריונים משפטיים להכרעת השאלה העומדת לדיון.¹⁴ טעם שלישי נוגע לעובדה ששאלות מסוימות נוגעות לעניינים

פוליטיים רגישים ומרכזיים בחשיבותם. אלה הם עניינים שלבתי המשפט אין

¹² Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184, 197 (1964) (per J. Stewart) (“I shall not today attempt further to define [obscenity] [...] and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it [...]”)

¹³ ראו פרשת *Baker*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 210–211 (“The nonjusticiability of a political question is primarily a function of the separation of powers”) וכן שם, בעמ' 217; *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267, 277 (2004). ראו גם *Sossin*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 2.

¹⁴ כדברי השופט ברנן בעניין *Baker*, לעיל ה"ש 5 (“Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it” (שם, בעמ' 217). במשפט המינהלי האמריקני הטעם הזה מתקשר גם לפרשנות ס' 701(a)(2) ל-Administrative Procedure Act (1946) השולל ביקורת שיפוטית (מינהלית) כאשר הפעולה המינהלית נתונה לשיקול דעת מינהלי (“committed to agency discretion”) תנאי זה פורש בפסיקה כמתייחס למצבים שבהם “there is no law to apply” (ראו *Webster v. Doe*, 486 U.S. 592 (1988); *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. 821 (1985); *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1970); *Amalgamated Transit Union Int'l v. Mark Arenson*, 767 F.2d 939 (D.C. Cir. 1985). וראו, למשל, באנגליה: *Lee & Winterton*, *Judicial Review of Administrative Action* 117 (2000) ובאוסטרליה ראו *Lee & Winterton*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 247. ראו גם בניו זילנד *Curtis v. Minister for Defence*, [2002] 2 N.Z.L.R. 744 (CA) (para. 24): (“A non-justiciable issue is one in respect of which there is no satisfactory legal yardstick by which the issue can be resolved [...]”). כפי שנראה בהמשך הדיון, ניתן להטיל ספק במעמדו העצמאי של הטעם הזה. ראו להלן הדיון בסעיף ד1.

מומחיות מיוחדת בעניינם, וגם אין להם היכולת המוסדית להכריע בהם הכרעה מיטבית. לפיכך, מוטב שבתי המשפט ישאירו אותם להכרעת הרשויות הפוליטיות הייצוגיות.¹⁵ לטעם האמור לעיל מצטרפים עוד שני טעמים הכרוכים זה בזה, והם החשש שהתערבות של בית המשפט בעניינים כאלה תוביל לפוליטיזציה של השפיטה, כלומר, למצב שבו השופטים יכריעו בסוגיה לפי העדפותיהם הפוליטיות או האידאולוגיות האישיות, ובכך יובילו לאיבוד אמון הציבור במערכת המשפט.¹⁶

כל הטעמים שהובאו לעיל משמשים זה לצד זה הן בפסיקה, בשיטות שונות, והן בספרות המשפטית כטעמים שיכולים לבסס את אי-השפיטות של סוגיות מסוימות. נשאלת השאלה אילו מהטעמים הללו יכול לבסס תפיסה קוהרנטית של הדוקטרינה? ואילו טעמים מבססים את הדוקטרינה הקיימת אצלנו? כפי שנראה להלן, לאורך השנים שימשו הטעמים הללו בסיס לפיתוח הגישות השונות שהתפתחו בפסיקה, אם כי משקלם היחסי השתנה מעת לעת. להלן נסקור את התפתחות ההלכה בנושא בישראל. לאחר מכן נבחן את הפרמטרים לעיצוב הדין הראוי בסוגיה זו.

15 ראו עניין *Baker*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 212 וכן עניין *Crockett*, לעיל ה"ש 5. הטיעון לטובת השארת נושאים לא שפיטים, כגון אלו הקשורים ביחסי חוץ או בפעולות צבאיות אצל הרשויות האחרות נובע הן מהכרה בנחיתות המקצועית של הרשות השופטת בנושאים כאלה והן מההכרה במומחיות העודפת של הרשות המבצעת והמחוקקת, ראו John C. Yoo, *Treaties and Public Lawmaking: A Textual and Structural Defense of Non-Self-Execution*, 99 COLUM. L. REV. 2218, 2248 (1999). וראו גרשון גונטובניק "מחשבות על שפיטות, על ביקורת שיפוטית ועל החשש מטעויות מוסדיות" ספר מצא 219, 229 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס, רענן גלעדי עורכים) (2015).

16 ראו, למשל, דעת המיעוט של השופט פרנקפורטר בעניין *Baker*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 267 ("Disregard of inherent limits in the effective exercise of the Court's 'judicial' Power" [...] may well impair the Court's position as the ultimate organ of 'the supreme Law of the Land' in that vast range of legal problems, often strongly entangled in popular feeling, on which this Court must pronounce" וכן דברי השופט ברק פרשת *רסלה*, לעיל ה"ש 5; 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, 296–298 (2002).

ג. התפתחות ההלכה בישראל

1. השלב המוקדם – "חוש המומחיות של המשפטן"

המקרה הראשון שבו בג"ץ סירב לדון בעתירה בשל חוסר שפיטות הוא בג"ץ ז'בוטינסקי.¹⁷ העותרים ניסו לתקוף החלטה של נשיא המדינה שלא להשתמש בסמכותו על פי סעיף 9 לחוק המעבר, התש"ט-1949 ולהטיל את הרכבת הממשלה על אחד מחברי הכנסת לאחר שהממשלה המכהנת התפטרה. בית המשפט סירב לדון בעתירה וקבע כדלקמן:

"כל דבר התפקיד להרכיב ממשלה לפי סעיף 9 של חוק המעבר, תש"ט-1949 – כשמפעילים כלפיו את 'חוש המומחיות של משפטן' – נמצא לא justiciable, אינו ניתן להכרעה שיפוטית. יש כאן יחסים שלפי טיבם הם מחוץ לתחום השיפוט; הם שייכים ליחסים בין נשיא המדינה, הממשלה והכנסת, היינו לרשויות האקסקוטיבית והפרלמנטרית. כשמתעוררת שאלה של פגיעה בהוראות סעיף 9 הנ"ל, יש למצוא את התרופה באמצעים פרלמנטריים".¹⁸

אומנם פסק הדין בעניין ז'בוטינסקי נחשב לנקודת המוצא של הדיון בשפיטות במשפטנו, אך המבחן המוצע בו לזיהוי סוגיות לא שפיטות, מבחן "חוש המומחיות של המשפטן", רחוק מלספק קריטריונים בהירים לדיון בסוגיה. למעשה, ההפך הוא הנכון: המבחן הזה אופייני לדיון בשפיטות (בישראל ומחוצה לה).¹⁹ הוא מכוון לאינטואיציות של השופט היושב בדין. זאת, להבדיל מקני מידה אנליטיים ברורים, שיכולים להיות הנחיה לשופטים או למשפטנים שעסקו בסוגיה סבוכה זו לאחר מכן.

¹⁷ בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' ויצמן, פ"ד ה 801 (1951).

¹⁸ שם, בעמ' 814 (הנשיא זמורה). מעניין כי הנשיא זמורה ציטט בפסק דינו בהרחבה את ההלכות האמריקניות בעניין חוסר שפיטות בהדגישו את הדרישה הידועה של ס' 3 בחוקה האמריקנית שהרשות השופטת תדון רק בסכסוכים קונקרטיים מגובשים (cases and controversies), ראו שם, בעמ' 812.

¹⁹ ראו לעיל ה"ש 14.

2. שנות השישים והשבעים – הלכת אשכנזי והדיון בערכים משפטיים וחוצ'משפטיים

במהלך שנות השישים והשבעים היו עוד מקרים בולטים שבהם בית המשפט עסק בסוגיית השפיטות. בין היתר נדרש בית המשפט לעתירה שניסתה לאסור על השגריר המיועד של גרמניה המערבית להיכנס לישראל בטענה כי נלחם במלחמת העולם בצבא הגרמני.²⁰ הוא דחה את העתירה על הסף בקובעו כי העניין המועלה בה "אינו עניין משפטי אלא עניין פוליטי מובהק", וכי "אין הוא ניתן להיבדק על-פי קנה מידה משפטי".²¹ בית המשפט התלבט גם בשאלת השפיטות של עתירה שהעלתה לדיון את זכותם של יהודים להתפלל על הר הבית, בשל האופי המדיני הרגיש של הנושא, אך נמנע מהכרעה ישירה בנושא.²² ואולם, דומה כי פסק הדין הבולט ביותר בסוגיית השפיטות באותה תקופה הוא בג"ץ אשכנזי.²³ העותר, ששירת במילואים כקצין שריון במלחמת יום הכיפורים, עתר נגד שר הביטחון והרמטכ"ל בדרישה שיקיימו תחקיר מבצעי מקיף בנוגע לכל הליקויים שנתגלו אגב לחימה בחזית תעלת סואץ, וכי יישמו את המלצות ועדת אגרנט ויחשפו את כישלונם של הפיקוד הצבאי במהלך המלחמה. השופט שמגר, שכתב את פסק הדין העיקרי, סבר כי העתירה היא לא שפיטה, וקבע את הדברים האלה:

"דעתי היא, כי נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו – אינם שפיטים, באשר אינם הולמים כלל דיון והכרעה של ערכאות השיפוט. הוא הדין בענין דרכי הדיון וההכרעה בצבא, אימוני כוחותיו והדרכתם. [...] אין זה סביר כלל ועיקר, כי רשות שיפוטית תשקול ותכריע מהי השיטה

²⁰ בג"ץ 186/65 ריינר נ' ראש הממשלה, פ"ד יט (2) 485 (1965).

²¹ שם, בעמ' 487. וראו גם בג"ץ 242/70 לביב נ' שר האוצר, פ"ד כד (2) 313, 314 (1970), שם נקבע כי עתירה להצהרה כי "עסקת החבילה" במשק שנעשתה בין הממשלה להסתדרות והמעסיקים מונעת מהממשלה להעלות מיסים היא לא שפיטה.

²² בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד (2) 142 (1970). בית המשפט היה יכול להימנע מהכרעה ישירה בשאלת השפיטות משום שהעתירה נדחתה מטעמים אחרים. עם זאת פסק הדין ביטא חילוקי דעות מהותיים בין השופטים בנוגע לשפיטות העניין. ראו, למשל, השופט זילברג בעמ' 158 שהביע את תסכולו מחוסר הבהירות של מבחני השפיטות; השופט ויתקון שהטיל ספק בהבחנה בין טענת חוסר השפיטות לטענה נגד ההתערבות בשיקול הדעת של המשיב במקרה הנדון (שם, בעמ' 165-166); לעומתם השופט קיסטר והנשיא אגרנט סברו ששאלת אי-השפיטות מתעוררת באותו מקרה במלוא חריפותה (ראו שם, בעמ' 182 ו-215 בהתאמה).

²³ בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הביטחון, פ"ד ל (3) 309 (1976).

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-וחשבון בהתאם להוראות החוקתיות, אשר מגדירות את שרשרת הכפיפות של הדרגים הצבאיים לרשויות השלטון האזרחיות ואת הזיקה ביניהן [...]"²⁴.

הגישה שהנחתה את השופט שמגר בעניין **אשכנזי** הדגישה את המגבלות המוסדיות של בית המשפט כאשר מובאים לפניו נושאים שהם בעלי אופי מערכתי ורוחבי. כלומר, בניגוד למקרים שנדונו קודם לכן בפסיקה, המסקנה של אי-השפיטות איננה מבוססת על האופי הרגיש מבחינה פוליטית של העתירה (אם כי ניתן לטעון כי לעתירה בעניין **אשכנזי** היו גם היבטים פוליטיים משמעותיים) אלא על המגבלות המוסדיות האינהרנטיות של בית המשפט.²⁵ לעומתו, השופט ויתקון אומנם הצטרף בעניין **אשכנזי** למסקנה של היעדר שפיטות של העתירה, אך נימק את גישתו אחרת:

"אי-התערבות הרשות השופטת בענינים כאלה אינה נובעת מיחס של כניעה בפני רשויות הצבא, ואין צריך לומר שהללו אינם מעל החוק. הם אף לא טוענים כך. אי-התערבות הרשות השופטת נעוצה בכך שקני-המידות. סדר העדיפויות ומערכת הערכים המקובלים עלינו והמאפשרים לנו להעביר את מעשי השלטון האזרחי תחת שבט בקורתנו, לא בהכרח הולמים הם את צרכי הצבא הדורשים, בראש ובראשונה, מרות והחלטיות".²⁶

מן הדברים הללו עולה שלדעת השופט ויתקון, חוסר השפיטות של העתירה איננו נובע רק מהמגבלות המוסדיות של בית המשפט. הוא נובע גם מיכולתו של

²⁴ שם, בעמ' 319. והשוו לפסיקתו של בית המשפט העליון של ניו זילנד בנוגע לאי-שפיטות של החלטה מיניסטריאלית בנוגע לשינויים במבנה חיל האוויר בעניין *Curtis*, לעיל ה"ש 14.

²⁵ לדיון במגבלות המוסדיות של בית המשפט בהקשר של היקף הביקורת השיפוטית ראו דותן-ביקורת שיפוטית, פרק 5 סעיף 5.2.2.2. וראו גם גונטובניק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 25 ואילך, הסובר כי הדיון ברמת השפיטות של סוגיות ביטחון צריך להיות מושתת כולו על שאלת הכשירות המוסדית היחסית של בית המשפט מחד גיסא ושל רשויות הביטחון מאידך גיסא.

²⁶ שם, בעמ' 321 (ההדגשה הוספה).

המשפט בכלל להביא לידי ביטוי את הערכים הרלוונטיים לעולם הצבאי שבעניינה הוא מבטא ספקנות עמוקה. כלומר, ויתקון מציג עמדה שלפיה ההחלה עצמה של סטנדרטים משפטיים על המערכת הצבאית עשויה לא להתאים לצורכי הצבא. דהיינו, ששתי המערכות, זו המשפטית וזו הצבאית, פועלות זו לצד זו על סמך ערכים שונים. לפיכך, אין מקום, לפחות לא בנסיבות אותו מקרה, לכפות על המערכת הצבאית את ערכיה של המערכת המשפטית. טענת אי-השפיות נועדה לשיטתו להדגיש את ייחודיותה של המערכת הצבאית ואת העובדה שבמקרים מסוימים בית המשפט צריך להימנע מלאכוף עליה את הערכים של מערכת המשפט.²⁷ אי-השפיות שמציג השופט ויתקון מבטאת אפוא את מגבלות המשפט בכלל – במובן העמוק ביותר של המונח.²⁸

3. שנות השמונים – הלכת רסלר

שנות השמונים היו התקופה שבה אירעה מהפכה של ממש בביקורת השיפוטית. ניתן לומר שבג"ץ רסלר הוא אחד מפסקי הדין החשובים ביותר במסגרת המהפכה הזו, אם לא החשוב שבהם.²⁹ בפרשת רסלר מציג השופט ברק גישה חדשה לעניין השפיות. זוהי גישה מהפכנית שהיו לה השלכות רחבות היקף על כל הדין

²⁷ לדיון בהשלכות אפשריות של הביקורת השיפוטית על סדרי הקדימויות ומערכת הערכים של הגופים המבוקרים ראו בג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים לפי סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, לעיל הערה 1, פס' 3 (1991). דותן – ביקורת שיפוטית, פרק 2 סעיף 2.3.2.

²⁸ במובן זה דומה כי גישתו של השופט ויתקון היא הרחוקה ביותר מתפיסת "מלוא העולם משפט" של השופט ברק, הבאה לידי ביטוי מובהק פרשת רסלר, לעיל ה"ש 5, וראו להלן הדיון בסעיף 3. דוגמה נוספת למחלוקת ערכית עמוקה בסוגיית "גבולות המשפט" באה לידי ביטוי במחלוקת שבין השופטת בן-פורת לשופט ברק בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986). השופטת בן-פורת הביעה שם עמדה שלפיה אין מנוס בהכרה בכך שבמקרים מסוימים מקבלי ההחלטות בענייני ביטחון נאלצים לסטות מדרישות החוק מטעמים של ביטחון המדינה ("יש, מן הסתם, מקרים, בהם קברניטי המדינה, הנושאים באחריות לקיומה ולביטחונה, רואים בסטיות מסוימות מהחוק לשם שמירה על ביטחון המדינה הכרח-בלי-גונה", שם, בעמ' 580, ההדגשה במקור). גישה זו נשללה נמרצות בידי השופט ברק (שם, בעמ' 621–622).

²⁹ פרשת רסלר, לעיל ה"ש 5. כאן המקום לציין כי פסק הדין בעניין רסלר לא היה פסק הדין הראשון שבו החל תהליך ההרחבה של דוקטרינת השפיות. קדמו לו פסקי דין שניתנו לאחר תחילת שנות השמונים שעסקו בסוגיה. ראו במיוחד בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 38–39, פס' 12 לפסק הדין של הנשיא שמגר (1987) שבו נקבע שהחלטה של שר המשפטים שלא להסגיר עבריין לארצות הברית לפי האמנה בענייני הסגרות היא שפית. ואולם, בכל הנוגע לעיצוב מחדש, במישור המושגי והעקרוני של השפיות, אין ספק שפסק הדין בעניין רסלר הוא נקודת הציון המרכזית.

בשפיטות ובביקורת השיפוטית משלב זה ואילך. אשר על כן יש מקום להתעכב עליה בפירוט.

ביסוד גישתו של השופט ברק עומדת הבחנה חדשה המוצגת בפסק הדין בין שני מובנים של השפיטות שהם – לגישת ברק – שונים ונפרדים זה מזה: השפיטות הנורמטיבית והשפיטות המוסדית. את ההבדל בין שני המובנים הללו הסביר ברק במילים האלה:

"השפיטות הנורמטיבית באה להשיב על השאלה, אם קיימות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך העומד לפני בית המשפט. השפיטות המוסדית באה להשיב על השאלה, אם בית המשפט הוא המוסד הראוי להכרעה בסכסוך, או שמא ראוי לו לסכסוך שיוכרע בידי מוסד אחר, כגון הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת. שני מובנים אלה של השפיטות שונים הם, ומן הראוי שלא לערב ביניהם".³⁰

לאחר הצגת ההבחנה עבר השופט ברק לדיון מפורט בכל אחד מהמובנים הללו של השפיטות. ותחילה, השפיטות ה"נורמטיבית". מושג זה עוסק, אליבא דברק, בשאלה של קיום אמות מידה לפתרונן של הסכסוך המובא לפתחו של בית המשפט. מהותה של השפיטות הנורמטיבית מוצגת כך:

"השפיטות הנורמטיבית עוסקת [...] ביכולתו של המשפט ושל בית המשפט להכריע בסכסוך. השאלה אינה, אם ראוי לו לסכסוך להיות מוכרע בדין ובבית הדין, אלא אם ניתן להכריע בסכסוך בדין ובבית הדין. השפיטות הנורמטיבית אינה עוסקת איפוא במה שרצוי אלא במה שאפשר".³¹

לאחר שהבהיר את מהותה ותחום עיסוקה של השפיטות הנורמטיבית עבר השופט ברק לדון בשאלה אם ובאילו עניינים משפטיים קיימת שפיטות נורמטיבית. תשובתו לשאלה זו כלולה באחת הפסקאות הידועות יותר בכתובתו השיפוטית הענפה של ברק. הוא קובע את הדברים האלה:

³⁰ שם, בעמ' 474 (ההדגשה הוספה). הניתוח של השופט ברק הסתמך בין היתר על מאמר אקדמי (אריאל בנדור "השפיטות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפטים יז 592 (התשמ"ח)), ראו עניין רסלר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 474.

³¹ שם, בעמ' 474, בפס' 35 רישא.

"נקודת המוצא העיונית לבחינתה של השפיטות (או אי השפיטות) הנורמטיבית הינה התפיסה, כי המשפט הוא מערכת של איסורים והיתרים. כל פעולה הינה מותרת או אסורה בעולם המשפט. אין פעולה, שהמשפט לא חל עליה. כל פעולה נתפסת בעולם המשפט [...] כל פעולה ניתנת 'להיכלא' במסגרת המשפט [...] אכן, 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. לעתים הוא אוסר, לעתים הוא מתיר, תוך שהוא יוצר לעתים הנחה של היתר ('הכל מותר לפרט, אלא אם כן נאסר') או של איסור ('הכל אסור לשלטון אלא אם כן הותר'). אף במקום שבו קיימת 'לאקונה' במשפט, קובע המשפט דרכים למילוייה של הלאקונה. 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. הטיעון, 'העניין לא היה עניין משפטי אלא עניין פוליטי מובהק', מערבב מין בשאינו מינו. היותו של העניין 'פוליטי מובהק' אינו יכול להסיר מאותו עניין את היותו גם 'עניין משפטי'. כל דבר הוא 'עניין משפטי', במובן זה שהמשפט קובע לגביו עמדה, אם מותר הוא או אסור".³²

תוקף קביעותיו של השופט ברק בפסקה זו ובאשר לשפיטות נורמטיבית עוד יידון בהמשך הפרק. בשלב זה ברצוני להפנות את תשומת ליבו של הקורא לשלוש נקודות הנוגעות לדרך שבה מוצגת השפיטות הנורמטיבית בפסק הדין. הנקודה הראשונה היא שהשופט ברק לא מציג את שאלת השפיטות ה"נורמטיבית" (למרות שמה) כשאלה נורמטיבית (כלומר כשאלה של מדיניות או מוסר) אלא כשאלה אנליטית ותיאורית. הדברים המופיעים בציטוט למעלה יוצרים אצל הקורא רושם ברור. רושם זה הוא שקיים למעשה הכרח לוגי להכיר בכך שתמיד ובכל מצב קיימת נורמה משפטית שחלה על כל עניין ועל כל שאלה באשר הם קיימים בעולמנו. נוצר אפוא אצל הקורא הרושם הברור שה"משפט",

32 שם, בעמ' 477, פס' 36 (ההדגשה הוספה).

כמעין ישות אקטיבית, נוקט עמדה פעילה כלפי כל שאלה, פעולה או סוגיה הקיימת בעולם.

הנקודה השנייה נוגעת לקשר שבין השפיטות הנורמטיבית לבין עילת הסבירות המינהלית. לכאורה, מהקטע המצוטט למעלה לא ברור כלל מהו הקשר בין שני המונחים הללו. בהנחה שהניתוח האמור תקף, הוא תקף ללא כל תלות בשאלה של קיום עילת הסבירות וללא קשר אליה. שהרי גם בעולם שאין בו כלל סבירות, עדיין – לפי הגיון הדברים למעלה – כל פעולה אנושית בעולם נתפסת על ידי נורמה משפטית – היא עקרון החוקיות. זאת שום שהדברים המופיעים בציטוט שלפיהם המשפט חל על כל פעולה אנושית, וכי "לעיתים הוא אוסר, לעיתים הוא מתיר", מבטאים בדיוק הרב ביותר את מהותו של עקרון החוקיות המינהלי.³³ ומה עניין עילת הסבירות לכאן? אלא שמייד סמוך להצגת מושג השפיטות הנורמטיבית עבר השופט ברק לדיון מפורט בתפקיד של עילת הסבירות וקבע כי הסבירות היא נורמה בעלת תחולת-על, שחלה על כל פעולה שלטונית. זאת ועוד, הסבירות, לשיטתו של ברק, היא הנורמה שעונה, בכל מצב, על הטיעון של שוללי השפיטות, שלפיו במקרים מסוימים, כגון במקרה של החלטה לקשור קשרים דיפלומטיים, אין קיימות "אמות מידה" משפטיות לבחינת הסוגיה.³⁴ בהמשך הדיון עוד אתייחס לשאלה של הקשר בין השפיטות הנורמטיבית לסבירות. אולם בשלב זה ברצוני רק להדגיש את העובדה שהצורך של ברק להציג את עילת הסבירות כחלק אינהרנטי מהניתוח של השפיטות הנורמטיבית מעורר לכאורה תמיהה, משום שבמישור האנליטי (שהוא לכאורה המישור שמנחה את ברק בניתוח האמור) אין לו כל צורך להיזקק לדיון בסבירות. הוא היה יכול להסתפק בעקרון החוקיות, שגם הוא נורמה שחלה – לפי קו החשיבה לעיל – על כל פעולה אנושית באשר היא.

הנקודה השלישית שראוי לשים אליה לב כבר בשלב זה נוגעת ליחס שבין מושג השפיטות הנורמטיבית לבין המובן האחר של השפיטות – השפיטות המוסדית. אומנם בפסק הדין הציג השופט ברק את שני המושגים של השפיטות זה לצד זה כשני מובנים משלימים, אך דומה כי מי שקורא את פסק הדין מקבל את הרושם שהמובן של השפיטות הנורמטיבית הוא החשוב מבין השניים. השפיטות הנורמטיבית מוצגת ראשונה, ובהבלטה רבה. המקום שברק הקדיש בפסק הדין לדיון בה כפול מהמקום המוקדש לשפיטות המוסדית. למקרא פסק הדין נוצר הרושם אצל הקורא כי בשל המסקנות החותכות (וההכרחיות, לכאורה, מבחינה לוגית) במישור השפיטות הנורמטיבית השאלה של השפיטות המוסדית

³³ למהות, לתוכן ולניסוח של עקרון החוקיות המינהלי ראו דותן-ביקורת שיפוטית, פרק 11 סעיף 11.1.

³⁴ עניין רסלר, לעיל ה"ש 5, פס' 38 בעמ' 479.

היא מעין שאלה משנית בחשיבותה, שהמסקנות בעניינה מושפעות (שלא לומר נגזרות ממש) מהמסקנות החותכות והמחייבות בדבר השפיטות הנורמטיבית.³⁵ הדיון בשפיטות המוסדית נפתח אפוא בדברים האלה:

”סכסוך הוא שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שיוכרע על-פי המשפט בבית המשפט. סכסוך אינו שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שלא יוכרע על-פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט. השפיטות המוסדית עוסקת איפוא בשאלה, אם המשפט ובית המשפט הם המסגרות הראויות להכרעה בסכסוך. השאלה אינה אם ניתן להכריע בסכסוך על-פי המשפט ובבית המשפט; התשובה על שאלה זו היא בחיוב. השאלה הינה אם רצוי להכריע בסכסוך – שהוא שפיט נורמטיבית – על-פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט.”³⁶

כלומר, הקורא את פסק הדין מקבל את הרושם כי נקודת המוצא לדיון בכל סכסוך ובכל עניין שהוא היא שהוא שפיט (נורמטיבית) – ולא ”נותר” אלא להחליט אם הסכסוך שהוא שפיט – נורמטיבית – הוא שפיט גם מוסדית. לאחר הדיון המפורט והמסקנות הנחרצות בנוגע לשפיטות הנורמטיבית עבר השופט ברק, כאמור, לדון בשפיטות המוסדית. בניגוד לשפיטות הנורמטיבית, העוסקת – לשיטתו של ברק – בשאלה אם ניתן להכריע בסכסוך בבית המשפט, השפיטות המוסדית עוסקת בשאלה אם ראוי שבית המשפט יכריע בסכסוך. לצורך מתן תשובה לשאלה זו סקר ברק את הטענות העיקריים הקיימים בפסיקה ובספרות לטובת הכרה באי-שפיטותם של עניינים מסוימים, ודחה אותם אחד לאחד.

הטיעון הראשון הנדון הוא הטיעון של הפרדת הרשויות. השופט ברק דחה את הטיעון כי היזקקות של בית המשפט לנושאים פוליטיים מנוגדת לעקרון הפרדת הרשויות. זאת משני טעמים: הן משום שבמישור הפונקציונלי כאשר בית המשפט עוסק בהכרעה בסכסוך, אפילו כזה שמערב נושאים פוליטיים רגישים, הרי הוא עדיין עוסק בשיפוט, כלומר בתפקיד המוטל עליו במסגרת החוקתית של הפרדת הרשויות, והן משום שעקרון הפרדת הרשויות כולל, כידוע, את העיקרון של איזונים ובלמים. כלומר, הדרישה של איזון ובקרה הדדית בין

³⁵ ראו שם, בעמ' 474–489 לפסק הדין בעניין הדיון בשפיטות הנורמטיבית. השפיטות המוסדית נדונה בעמ' 489–497.

³⁶ שם, בעמ' 488–489, פס' 47 (ההדגשות הוספו).

הרשויות מחייבת ביקורת שיפוטית – שהיא נובעת מעקרון הפרדת הרשויות ותואמת אותו ואינה סותרת אותו.³⁷

הטיעון השני שבחן השופט ברק ודחה אותו הוא שדוקטרינת השפיטות המוסדית תואמת את עקרון הדמוקרטיה. ברק קבע כי במסגרת העיקרון הדמוקרטי כל הפעילות של הרשויות הנבחרות נעשית במסגרת החוק. על כן כאשר בית המשפט אוכף את החוק על רשויות השלטון, בכל נושא ובכל תחום שהוא – אין בכך שום סתירה לעקרון הדמוקרטי.³⁸

הטיעון השלישי המבסס את דוקטרינת אי-השפיטות הוא שעיסוק של בית המשפט בנושאים פוליטיים רגישים או "מובהקים" עלול לגרום לפוליטיזציה של השפיטה משום שהשופטים עלולים להיות מושפעים בהכרעתם מהשקפותיהם הפוליטיות או האידאולוגיות.³⁹ השופט ברק דחה את הטיעון הזה מכול וכול וקבע כי הוא "פרובלמטי ביותר",⁴⁰ משום שכאשר השופט עוסק בסוגיה המובאת לפניו – פוליטית ורגישה ככל שתהא – הוא איננו עוסק – אליבא דברק – בהיבטים הפוליטיים של הסוגיה אלא רק בהיבטים המשפטיים שלה. אשר על כן החשש לפוליטיזציה – לשיטתו – הוא חסר בסיס.⁴¹

37 שם, בפס' 50–51. השופט ברק דחה גם את הטיעון המופיע בפסיקה האמריקנית שלפיה התערבות בית המשפט בעניינים פוליטיים כרוכה באי-כיבוד של הרשויות הפוליטיות. ראו שם, בפס' 49. לא למותר לציין כי דוקטרינת הפרדת הרשויות כוללת בחובה שני רעיונות עיקריים שיש ביניהם מתח אינהרנטי מובהק: האחד הוא הצורך בהפרדה (מבנית או פונקציונלית) בין שלוש הרשויות. הרעיון השני הוא הצורך שכל אחת מהרשויות תפקח על הפעלת הסמכויות של רעותה ותבקר אותה (איוונים ועיצורים). רעיון האיוונים והעיצורים מחייב, בהכרח, פגיעה מסוימת בהפרדה הפונקציונלית. מכאן העמימות וחוסר ההיקבעות (indeterminacy) האינהרנטית המלווה את רעיון הפרדת הרשויות. כלומר, תמיד אפשר לטעון בשם דוקטרינת הפרדת הרשויות דבר והיפוכו: נגד התערבות של רשות אחת בפעולת רעותה (בשם רעיון ההפרדה) או בעד התערבות כזו (רעיון הפיקוח ההדדי). ראו M.J.C. Vile, *Constitutionalism and Separation of Powers* 19–21 (1967); T.S. Sergantich, *The Contemporary Debate about Legislative Executive Separation of Powers*, 72 *CORNELL L. REV.* 430 (1987).

38 שם, בפס' 52 לפסק הדין. מעניין כי כאשר השופט ברק מדבר על אכיפת בית המשפט את החוק כתשובה לטיעון הדמוקרטי, הוא מדבר על החוק כמונחים הקלאסיים של כללים חוקיים (ראו שם, בפס' 52: "ביקורת שיפוטית זו שומרת על פעולתה הראויה של הנוסחה הדמוקרטית. היא באה להבטיח, מחד גיסא, כי דעת הרוב תמצא את ביטוייה הראוי במסגרות המשפטיות, שנקבעו לשם כך במשטר (חוקה, חוק, חקיקת משנה, צווים), [...] ההדגשה הוספה). המונח "סבירות" אינו מוזכר בדיון הזה. ובכלל, דוקטרינת הסבירות לא מוזכרת לאורך הדיון בשפיטות המוסדית.

39 עניין **רסלר**, לעיל ה"ש 5, בפס' 53. וראו לעיל ה"ש 16 וטקסט.

40 שם, בפס' 53 רישא.

41 שם ("אכן, אפילו כאשר נושא ההכרעה הוא בעיה פוליטית-אידאולוגית, הביקורת השיפוטית היא לעולם משפטית. לא את האידאולוגיה שלו מביע השופט, אלא את

ולבסוף, השופט ברק נדרש לטיעון האחרון בסדרת הטיעונים לטובת אי-שפיטות של עניינים פוליטיים מובהקים והוא החשש לפגיעה באמון הציבור במערכת המשפט. בניגוד לטיעונים הקודמים שדחה ברק על קרבם ועל כרעייהם, את הטיעון בדבר אמון הציבור לא דחה ברק דחייה מוחלטת. הוא ציין כי אף שברי לו שהחשש שהשופטים יכריעו במחלוקות פוליטיות רגישות על פי השקפותיהם האישיות הוא חסר בסיס, הרי הוא מציין כי אינו בטוח לחלוטין כי הציבור הכללי שותף לביטחון שהוא מביע באשר לחוסר הפניות המוחלט של היושבים בדן. בהקשר זה הוא הודה כי "קשה להתעלם מהעובדה, שהציבור עשוי שלא להבחין בין ביקורת שיפוטית לבין ביקורת פוליטית, ועשוי לזהות את הביקורת השיפוטית של עניין פוליטי עם העניין עצמו".⁴² ברק הותיר אפוא פתח צר להכרה באי-שפיטות מוסדית של סכסוכים מסוימים, על רקע החשש שבמקרים "מיוחדים" עיסוק שיפוטי בעניינים פוליטיים רגישים עלול לפגוע באמון הציבור במערכת המשפט.⁴³

מסקנה זו אינה שוללת את הגישה הכללית של השופט ברק לסוגיית השפיטות המוסדית שהיא ביקורתית בעליל, כפי שיעידו דברי הסיכום האלה של הדיון בשפיטות המוסדית:

"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 אי-רציונליים'; 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".⁴⁴

תפיסתו המשפטית באשר לחוקיותה של האידיאולוגיה").

42 שם, בעמ' 495, פס' 55 רישה.

43 שם, בעמ' 496, פס' 55. עם זאת השופט ברק ציין כי גם הימנעות של בית המשפט מעיסוק בסוגיות המובאות לפניו עלולה לגרום לפגיעה באמון הציבור במערכת שלטון החוק, ראו שם, בעמ' 493 למטה. והשווה הדיון להלן בסעיף 101.1.

44 שם, בעמ' 496, פס' 56 רישה. כאן המקום לציין כי הלכה למעשה לא ידוע לי ולו על מקרה אחד לאורך הקריירה השיפוטית העשירה והארוכה של השופט ברק שבו הוא הגיע למסקנה שהסכסוך המובא לפניו איננו שפיט מוסדית. אך השווה גביון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 85-86, המציינת כי קיים אצל ברק פער בין הממד ההצהרתי בפסקי הדין לבין

ד. מבחן השפיטות של רסלר – בחינה ביקורתית

למבחני השפיטות החדשים כפי שהציגם השופט ברק בעניין רסלר הייתה השלכה עצומה על הדיון בשפיטות במשפט הישראלי. ככלל, אפשר לומר כי את ההתפתחות בדוקטרינת השפיטות במשפטנו ניתן לחלק לשתי תקופות: זו שלפני פסק דין רסלר וזו שאחריו. זאת, לא משום שגישתו של ברק לעניין השפיטות התקבלה כמות שהיא. כפי שנראה להלן, מצב הדברים בפועל רחוק מכך. שני השופטים האחרים שישבו בדין בעניין רסלר, השופט שמגר והשופטת בן-פורת, חלקו על עמדתו של ברק הן לעניין דרך הניתוח שהציע והן לעניין היקף תחולתה של הדוקטרינה.⁴⁵ וכך גם לא מעטים משופטי בית המשפט העליון, בעבר ובהווה, אינם מקבלים את גישת השפיטות הכמעט "טוטאלית", כפי שהוצגה בידי השופט ברק בעניין רסלר.⁴⁶ ואולם, ההשפעה המהפכנית של פסק דין זה נובעת מכך שברק עיצב מחדש את המסגרת האנליטית ואת השפה המושגית של הדיון בשפיטות. במילים אחרות, גם מי שחלקו על השופט ברק בדבר היקף תחולתה של דוקטרינת השפיטות עשו זאת הלכה למעשה כשהם משתמשים במסגרת האנליטית והמושגית שהוא הציג בפסק הדין. כלומר, הדיון בשפיטות, למן אותו שלב, נעשה על פי מסגרת ההבחנה בין שני מושגי השפיטות, הנורמטיבית והמוסדית.⁴⁷ אשר על כן יש חשיבות רבה לבחינה זהירה ומדוקדקת של הטיעון האמור, וכך ייעשה להלן.

כוח המשיכה של גישת השפיטות שהוצגה בעניין רסלר נובע מכך שהיא מוצגת כתבנית אנליטית, בהירה ומסודרת, בניגוד לאופי האקלקטי והעמום של הדיון בדוקטרינה בתקופה שקדמה לפסק הדין.⁴⁸ מי שרואה בדוקטרינת השפיטות בראש ובראשונה "טכניקת הימנעות" שתפקידה הוא לאפשר לבית המשפט להימנע במקרים המתאימים מלהיכנס לקלחת הפוליטית באופן שעשוי להזיק למעמדו בחברה, עשוי להיות ספקני מלכתחילה באשר לתועלת שיש

נטייתו להתערב הלכה למעשה בסוגים מסוימים של החלטות.

⁴⁵ ראו להלן סעיף ה, הטקסט הסמוך לה"ש 72 לעניין גישתו של שמגר. השופטת בן-פורת הביעה תמיכה בגישתו של שמגר, ראו עניין רסלר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 511.

⁴⁶ ראו להלן הדיון בסעיף ה.

⁴⁷ ראו, למשל, פסק דינו של שמגר בעניין רסלר, שם, בעמ' 517 למעלה, וראו קביעתו של זמיר שלפיה "אפשר לומר שהפסיקה המאוחרת קיבלה את ההבחנה שהשופט ברק עשה בין המובן הנורמטיבי לבין המובן המוסדי של מושג השפיטות", זמיר ג, בעמ' 1793.

⁴⁸ ראו, למשל, הקביעה של זמיר בספרו שלפיה "פסק דין רסלר לא ביטל את מחסום השפיטות, לא קבע כלל חדש ואף לא שינה את הכלל הקיים, אלא רק הבהיר את הכלל", זמיר ג, בעמ' 1793. עם זאת גם זמיר מודה כי קיים הבדל בין מצב השפיטות לפני ואחרי בג"ץ רסלר, לעיל ה"ש 5 וכי "הנכונות של בית המשפט לקיים דיון לגוף העניין בעתירות [...] גברה [...] מאז משפט רסלר", ראו זמיר ג, בעמ' 1817.

בהבהרה אנליטית של מושג השפיטות.⁴⁹ היינו, היה אפשר לטעון כי מלכתחילה דווקא לעמימות המושגית של השפיטות יש יתרון מבחינה זו.⁵⁰ ואולם, יהא הדבר אשר יהא, טענתי היא שהתבנית האנליטית המוצגת בעניין רסלר היא שגויה מיסודה. מחד היא מבלבלת בין שאלות וסוגיות שיש להבחין ביניהן, ומאידך היא מבחינה ומפרידה בין מושגים וטענות שאין מקום להפריד ביניהם. זאת ועוד, דווקא מראית עין של הבהירות הלכאורית של התבנית הזאת היא שמגבירה את הבלבול ואת חוסר הסדר בקרב אלה שבאו ליישם אותה לאחר מכן. לבסוף אטען כי במישור שיקולי המדיניות הדוקטרינה הזאת פוגעת קשות במטרות העיקריות ובערכים של המשפט הציבורי שלנו. להלן יוצגו הפרכות העיקריות הקיימות לדעתי בגישת השפיטות של רסלר.

1. שפיטות נורמטיבית – תשובה מטעה לשאלה לא רלוונטית⁵¹

כדי לעמוד על הבעיות הכרוכות במושג השפיטות הנורמטיבית המוצג ברסלר ראוי לשוב ולהתבונן בקטע המצוטט לעיל מדברי השופט ברק.⁵² האם באמת נכון לומר כי "אין פעולה שהמשפט לא חל עליה"? וכי "כל פעולה נתפסת בעולם המשפט"? והאם באמת "המשפט קובע [...]" עמדה? בנוגע לכל שאלה המתעוררת בעולמנו?⁵³ בניגוד לאופן שבו השופט ברק הציג את הדברים – השאלה הזאת איננה שאלה אנליטית אלא זו שאלה נורמטיבית של מדיניות.

⁴⁹ ראו, למשל, Mark Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine*, 80 N.C. L. REV. 1203, 1213 (2001–2002); Rachel Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 COLUM. L. REV. 237, 247–248 (2002), וראו הדיון אצל Cohn, לעיל ה"ש 6, בעמ' 682–683.

⁵⁰ ראו ההפניות לעיל ה"ש 1. לדיון כללי ביתרונות החברתיים והפוליטיים של הימנעות מהכרעה חד-משמעית וחזתכת במחלוקות ערכיות ופוליטיות רגישות (כגון באמצעות הכרעה שיפוטית) ראו גם Stephen Holmes, *Gag Rules and the Politics of Omission*, in PASSIONS AND CONSTRAINTS: ON THE THEORY OF LIBERAL DEMOCRACY 202 (1995).

⁵¹ השוו לקביעתו של השופט Scalia (בדעת המיעוט) בפרשת *Webster*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 608–609 שלפיה הביטוי "no law to apply" המופיע בס' 701(a)(2) ל-Administrative Procedure Act, לא יכול להיות מובן כפשוטו, שכן תמיד קיים "דין" כלשהו שחל על כל החלטה שלטונית.

⁵² לעיל המובאה בטקסט ליד ה"ש 32.

⁵³ והשוו לדבריו של השופט אלון בבג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מח(1) 749, 752 (1991). ראו גם גונטובניק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 231–232, שסובר כי יש גבולות לשפיטות הנורמטיבית, אך אלו מתייחסים לעשייה אנושית בתחום הפרטי ולא לפעולות של רשויות השלטון.

ה"משפט" איננו ישות עצמאית שיש לה רצון משלה. לכן המשפט עצמו איננו "קובע" עמדה – בנוגע לשום דבר. מי שקובע עמדות משפטיות הם אותם בני אדם שמפעילים את המשפט. השאלה הנכונה בהקשר זה היא אם אותם אנשים, שופטים, משפטנים או אחרים רוצים, או צריכים, להחיל את המשפט על סוגיה מסוימת המובאת לפנייהם. אין מדובר בהכרח אנליטי שנובע מאימפרטיב לוגי מופשט אלא בשאלה שבני האנוש שעוסקים בהפעלת המשפט צריכים לקבוע בעניינה עמדה. כלומר השאלה היא אם צריך או ראוי להחיל נורמות כלשהן על סיטואציה עובדתית מסוימת, אך אין כל הכרח אנליטי לעשות כן. נורמות משפטיות אינן חלות מעצמן על שום סיטואציה, אלא החלתן מחייבת החלטה רצונית מודעת של מי שמפעיל אותן, והשאלה היא אם רצוי או ראוי להחיל את אותן נורמות במצבים מסוימים. השאלה היא אפוא שאלה נורמטיבית של מדיניות. על כן הטיעון של ברק בעניין רסלר הוא מטעה, משום שהוא מציג שאלה שהיא במהותה נורמטיבית כשאלה אנליטית וממקד את הדיון בתשובה (הטריוויאלית) לשאלה האנליטית תוך טשטשו את האופי הנורמטיבי של השאלה המרכזית העומדת לדיון.⁵⁴

זאת ועוד, טיעון השפיטות הנורמטיבית של ברק נועד לענות על אחד הפרמטרים העיקריים של דוקטרינת השפיטות (שקדמה לרסלר) והוא ש"לא קיימים סטנדרטים משפטיים" מתאימים לדיון בסוגיות מסוימות (למשל בשל אופיו הפוליטי הדומיננטי של העניין הנדון). היינו, "אין דין שניתן להחיל אותו" (no law to apply).⁵⁵ התשובה שברק נותן לטיעון זה היא שתמיד קיימת נורמה "כלשהי" (עקרון החוקיות, דוקטרינת הסבירות) שניתן להחילה על המקרה

⁵⁴ במובן זה השאלה שהעלה השופט ברק בעניין רסלר, לעיל ה"ש 5, דומה במידה מסוימת לשאלה הלוגית, שניתן עקרונית לדון בה, והיא אם ניתן לדבר על כל סוגיה ועל כל שאלה הקיימות בעולמנו בשימוש במונחים משפטיים. אלא שהשאלה הלוגית הזאת אינה רלוונטית לדיון המשפטי. פשיטא שמבחינה לוגית אפשר לדון בכל נושא שהוא מנקודת ראות משפטית ובתוך שימוש במונחים משפטיים. ממש כשם שניתן לדון בכל סוגיה המתעוררת בעולמנו מנקודת ראות צבאית, אדריכלית או גאוגרפית וכדומה. היינו, ניתן למשל לדון ביחסים שבין הכנסת לממשלה מבחינה משפטית, כשם שניתן (ככל שהדבר ייראה מוזר) לדון בהם מבחינה צבאית (לממשלה, יש הרבה יותר גייסות משיש לכנסת) או אדריכלית (משרדי הממשלה יפים, ומעוצבים הרבה פחות ממשכן הכנסת) וכדומה. הדוגמאות הללו עשויות להיראות לקורא מוזרות או נגועות באבסורדיות. ואולם, במישור הלוגי הטהור אין הבדל בין לבין הדיון בסוגיות הללו מנקודת ראות משפטית. בשני המקרים קיימת אפשרות לוגית לקיים דיון בשימוש במונחים הלקוחים מעולם המשפט או מעולמות אחרים כאלה. והשוו לגביו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 85 וה"ש 21 שם ("אני סבורה כי למרות הכוח הלוגי של הטענה כי כל פעולה היא חוקית או בלתי חוקית, ההצגה של ברק מטעה ועושה עוול חמור לשאלת ההסדרה של ההתנהגות האנושית באמצעות המשפט בכלל, ולסוגיית הביקורת השיפוטית בפרט"). ראו גם להלן ה"ש 59.

לעיל ה"ש 14 וטקסט וראו גם לעיל ה"ש 51.

הנדון. ואולם, התשובה הזאת מעוותת במידה רבה את מהותה האמיתית של הטענה המקורית. הטענה הזאת – עמומה ולא מדויקת ככל שהייתה קיימת בפסיקת בתי המשפט – לא כוונה לכך שאין קיימת שום נורמה ערטילאית (כגון עקרון החוקיות) שהיה אפשר להחילה על אותם מצבים. היא כוונה לכך שדווקא הערטילאיות או המופשטות של הנורמות הקיימות וחוסר הבהירות שלהן הוא אחד הפרמטרים העיקריים שאותו בית המשפט צריך לשקול שעה שהוא בא להחליט אם מלכתחילה העניין מתאים להכרעה שיפוטית. כלומר, להכרעה בשאלת המדיניות הנורמטיבית אם רצוי שבית המשפט יתערב ויכריע בעניין. יש לראות אפוא את שאלת השפיטות כמכלול מורכב של שיקולי מדיניות נורמטיביים ולא כשאלה אנליטית גרידא. נקודה זו מובילה אותנו לדיון בפרכה מרכזית נוספת של הדוקטרינה של רסלר והיא הקשר שבין השפיטות הנורמטיבית לשפיטות המוסדית.

2. פרכתה של ההבחנה בין שפיטות נורמטיבית לשפיטות מוסדית

כפי שהוסבר לעיל, האדן המרכזי שעליו נשענת גישת השפיטות המוצגת בעניין רסלר הוא הבחנה חדה בין שני מובנים של שפיטות: נורמטיבית ומוסדית – שלכאורה הם מובנים מובחנים – ושיש לדון בהם בנפרד זה מזה. ואולם האם לעצם ההבחנה הזאת יש תוקף? והאם היא תורמת להבהרת שאלת השפיטות, או שהיא תורמת דווקא לעמעום ולהסתרה של השאלות האמיתיות שדוקטרינת השפיטות מעוררת? כפי שנאמר לעיל, בפסיקה ובספרות שקדמה לעניין רסלר, הדיון בקיומם של "קני מידה משפטיים" היה תת-מבחן אחד לצד קריטריונים אחרים לדיון בשפיטות, כגון מידת הפוליטיות של הסוגיה וכדומה. ואולם, בפסק הדין רסלר מוצעת הבחנה חדה בין שני מובני השפיטות כאילו מדובר בשני מושגים שאינם תלויים זה בזה או קשורים זה לזה כלל.

טענתי היא שההבחנה שעושה פסק הדין רסלר בין שני המובנים הללו של השפיטות היא שגויה ומטעה. הסיבה לכך היא שקיים קשר אינהרנטי הדוק בין רמת הבהירות והדיוק של הנורמות המשפטיות החלות על עניין מסוים ומעמדן לבין שאלת המדיניות הנורמטיבית של היזקקות בית המשפט לסוגיה במסגרת הדיון בשפיטות. היינו, רמת השפיטות הנורמטיבית של הנושא (כפי שהשופט ברק מכנה זאת) – קובעת במידה רבה את השאלה אם ראוי להיזקק לנושא – במסגרת הדיון הנורמטיבי בשפיטות המוסדית. אפשר להדגים את הקשר ההדוק והאינהרנטי בין שני המושגים הללו באמצעות הדוגמה הזאת: נניח כי הממשלה קיבלה החלטה על התחלת משא ומתן לשלום עם סוריה שבמסגרתו יידון עתידה של רמת הגולן. ונניח כי מוגשת לבית המשפט עתירה שתוקפת את חוקיותה של החלטת הממשלה על קיום המשא ומתן. עתירה כזאת בוודאי מעוררת את שאלת

השפיטות, משום שמדובר בסוגיה פוליטית רגישה ובהחלטה מדינית קרדינלית, המצויה עמוק בתוך תחום העיסוק של הרשויות הפוליטיות. לכן, אין ספק שבמרבית שיטות המשפט המוכרות לנו עתירה כזאת הייתה נדחית על הסף בשל היעדר שפיטות. ואפילו בישראל יש סיכוי גבוה שהעתירה תידחה על הסף בשל אופייה הפוליטי הדומיננטי.⁵⁶ זאת, אף על פי שאין ספק כי מבחינת השפיטות הנורמטיבית ניתן לכאורה עקרונית לדון בעתירה הזאת במסגרת דוקטרינת הסבירות (או החוקיות).

כעת הבה נשנה מעט את עובדות המקרה ההיפותטי הזה ונניח כי שנתיים לפני תחילת המשא ומתן חוקקה הכנסת חוק מיוחד הכולל הוראות מפורטות לעניין קיום משא ומתן מדיני עם סוריה, שלפיו, בין היתר, לפני תחילתו של המשא ומתן הרשמי (או לכל המאוחר מעט לאחר מכן) על הממשלה להביא את עניין עצם קיום המשא ומתן לפני הכנסת ולקבל את אישורה, ואף לקיים משאל עם בנושא.⁵⁷ האם עמדתנו באשר לשאלת השפיטות של עתירה כזאת המבקשת צו שיחייב את הממשלה להביא את העניין לפני הכנסת ולערוך משאל עם – לא תשתנה? יש לשים לב שמנקודת ראותו של השופט ברק בעניין רסלר התוספת של החוק הספציפי והמפורט (לפי הדוגמה) בנושא אינה אמורה לשנות כלל את הניתוח של השפיטות משום שהעתירה הייתה שפיטה נורמטיבית גם קודם לכן, שהרי לרשות בית המשפט עמדו הנורמות של החוקיות (האם הממשלה מוסמכת לקיים משא ומתן?) ודוקטרינת הסבירות (האם ניהול משא ומתן לשלום הוא "סביר", מנקודת ראותה של "הממשלה הסבירה"?).⁵⁸ לפיכך גם מבחינת השפיטות המוסדית לכאורה אין הבדל בין המקרים. שהרי, האופי הפוליטי ורמת הרגישות הציבורית של נושא המשא ומתן לשלום לא השתנו כלל אם נניח את התסריט של חקיקת החוק האמור. ואולם, דומני כי לכל בר-דעת ברור שהתוספת של החוק המפורט והמפורש הזה של הכנסת (כלומר השינוי ברמת הפירוט והבהירות של הנורמות, קרי במישור השפיטות ה"נורמטיבית") משפיעה ישירות ובעוצמה רבה על שאלות של מידת הרציות והלגיטימציה של התערבות בית

⁵⁶ ראו פסקי הדין להלן ה"ש 66 וכן אצל זמיר ג, בעמ' 1797. למצב במשפט ההשוואתי ראו לעיל ה"ש 5.

⁵⁷ ראו חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999 שלפיו החלטת ממשלה לוותר על שטח של המדינה תדרוש אישור של רוב חברי הכנסת וכן אישור ההחלטה במשאל עם. עם זאת, תוקף הוראה זו מותנה בחקיקתו של חוק יסוד שיסדיר את עריכת משאלי עם בישראל, חוק שעדיין לא נחקק.

⁵⁸ והשוו לקביעת השופט שמגר בעניין רסלר, לעיל ה"ש 5, שלפיה שאלת סבירות כינון יחסים מדיניים בין ישראל למדינה אחרת איננה מסוג השאלות שצריכות ויכולות להיות נושא לדיון שיפוטי אף על פי שלפי מבחן השפיטות הנורמטיבית מדובר בשאלה שפיטה, שם, בעמ' 521.

המשפט (קרי מה שמכונה השפיטות המוסדית).⁵⁹ הקשר בין שני היבטי השפיטות נובע מכך שמידת הבהירות של הנורמות המשפטיות משפיעה ישירות על היכולת של בית המשפט לפעול באופן לגיטימי במישור המוסדי. שהרי החשש הוא שהאופי הפוליטי הרגיש של הסוגיה יביא לכך שהשופטים יכריעו לפי השקפותיהם האידאולוגיות בסוגיה ולא לפי קני מידה משפטיים. ולכן רמת הלגיטימציה של התערבותם, במישור היחסים עם הרשויות הנבחרות, עלולה להיפגע, וכך גם אמון הציבור בבית המשפט. ואולם, האם ניתן לטעון ברצינות שהסכנות הללו – המבססות את השפיטות המוסדית – אינן מושפעות מסוג הנורמות שבית המשפט מחיל בכל אחד משני המקרים הללו? דומה שיש הבדל גדול מבחינת סכנת הפוליטיזציה של השפיטה והפגיעה באמון הציבור בין מצב שבו בית המשפט מורה לממשלה לקיים את מצוות החוק הברורה ולקיים משאל עם, לבין מצב שבו בית המשפט פוסל את ההחלטה לקיים משאל ומתן מדיני משום שלשיטתו אין היא סבירה. במקרה הראשון בית המשפט פשוט אוכף את החוק. זהו תפקידו לפי דוקטרינת הפרדת הרשויות, ואיש במערכת הפוליטית לא יבוא אליו בטרוניה על כך. פשיטא משום שקיום משאל העם (או קבלת אישור הכנסת) נובע מהחלטה של הכנסת עצמה, קרי של המוסדות הרבניים הנבחרים כפי שעוגנו במפורש בחוק. מובן שאי אפשר לומר את הדברים הללו על מצב שבו בית המשפט פוסל את ההחלטה ללכת למשא ומתן בשל אי-סבירות.⁶⁰

⁵⁹ והשוו בעניין זה לדברי השופט שמגר בעניין רסלר, שם, בעמ' 520 ("למרות שניתן ליישם מבחנה פורמאלית אמות מידה משפטיות, אין לראות בהן, בתחומים רבים, מענה לקושיה, כי לפי מהותה, איפיונה ותכונותיה נדרשות תשובות נוספות בתחומים, שבית המשפט איננו נפנה אליהם. האמור כאן חל ביתר שאת לגבי הבחינה של השפיטות הנורמטיבית לפי מבחני הסבירות" (ההדגשה במקור)). וכן ראו דברי השופט שמגר שם, בעמ' 521, ולפיהם "[...] המבחן הנורמטיבי [...] חובק הכול בלי לפתור מאומה". לביקורת ההבחנה בין שפיטות נורמטיבית למוסדית, ראו גם משה לנדוי "שפיטות וסבירות במשפט המינהלי" עיוני משפט יד 5, 10 (התשס"ט) וכן לעיל ה"ש 53.

⁶⁰ השוו גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 35–36, 202–203 (2005). וראו גם את פסיקתו של בית המשפט העליון של ניו זילנד שקבע כי החלטות מיניסטריות הנוגעות לשינויים במבנה חיל האוויר אינן שפיטות, אך זאת כל זמן שההחלטה אינה נוגדת קביעה ברורה בחוק, ראו עניין Curtis, לעיל ה"ש 14, בפס' 22–24. חשוב להדגיש כי אינני טוען כי חקיקת חוק ספציפי ומפורט בנושא מסוים מכריעה בכל מקרה את שאלת השפיטות הפוליטית של אותו נושא. היינו, ייתכן מאוד כי בית המשפט יחליט להימנע מלדון בנושא מדיני רגיש כמו קיום המשאל ומתן, גם אם קיימת נורמה סטטוטורית ספציפית וברורה בנושא (ראו להלן הדיון בסעיף 1 להלן). הדיון בטקסט נועד רק כדי להדגים את הטענה שיש קשר הדוק בין שני המושגים של השפיטות המוצגים ברסלר.

הדיון בדוגמה לעיל נועד להדגים את הטענה שקיים קשר הדוק ובל יינתק בין שאלת השפיטות הנורמטיבית לבין שאלת השפיטות המוסדית.⁶¹ ההפרדה האנליטית כביכול בין שתי השאלות שעשה השופט ברק בעניין רסלר מתעלמת מהקשר הזה. ובכך הבחנה זו לא רק שאינה תורמת להבהרת הדוקטרינה של השפיטות אלא למעשה מגבירה את הבלבול ואת העמימות בנוגע ליישומה של דוקטרינה זו בפסיקה ובספרות שעסקו בנושא לאחר רסלר (כפי שעוד יודגם להלן). השאלה של השפיטות הנורמטיבית אינה אפוא שאלה בינרית – או שאין שום נורמה או שיש נורמה כלשהי (סבירות) – ואז אפשר "לסמן" ליד שאלת השפיטות הנורמטיבית. אלא שזוהי שאלה של מידה ודרגה. רמת הפירוט והבהירות של הנורמות וגם מקורן הנורמטיבי הם שקובעים עד כמה הפרמטר הזה של שפיטות נורמטיבית יכול לתת מענה להתנגדויות העקרוניות לדיון שיפוטי בסוגיה. ומכל מקום, המבחן הזה הוא רק פרמטר אחד, ולא דווקא החשוב ביותר, בשאלת השפיטות האמיתית – שהיא שאלה של מדיניות שיפוטית (קרי מה שברק מכנה – שפיטות מוסדית).

ההבחנה החדה הזאת כביכול בין שני מושגי השפיטות והנתק המלאכותי שנוצר ביניהם יכולים לספק תשובה גם לתמיהה שהעליתי בנוגע לעמדת השופט ברק בעניין רסלר בחלק הקודם של הדיון, היינו בנוגע לקישור שעשה השופט ברק בין השפיטות הנורמטיבית לבין הסבירות.⁶² הסבירות בהקשר זה נועדה למלא את "החלל הנורמטיבי" העצום שגישת ברק מוליכה אליו באותם מקרים שבהם, מצד אחד, מדובר בסוגיה פוליטית רגישה, ומצד אחר אין שום נורמה קונקרטית וברורה (סטטוטורית או אחרת) שמסדירה את הסוגיה. הסבירות יוצרת כביכול מסד נורמטיבי שעליו נשענת הטענה בדבר קיום "דין" שניתן להחילו במקרים כאלה למרות רגישותם הפוליטית. אלא שכפי שהובהר כאן, המסד הנורמטיבי הזה הוא למראית עין בלבד, משום שהוא איננו יכול לפתור את הבעיות הקשות במישור השפיטות המוסדית במקרים כאלה.

ה. השפיטות לאחר רסלר – שנות התשעים ואילך

פסק הדין בעניין רסלר היה קו פרשת המים בהתפתחות דוקטרינת השפיטות במשפטנו. הוא עיצב מחדש את המבנה המושגי והאנליטי של הדיון בשפיטות וגם השפיע מאוד על השורה התחתונה של יישום הדוקטרינה. בעקבות פסק הדין

⁶¹ והשוו לעניין זה את דברי השופט פוגלמן בבג"ץ 8573/08 אורנן נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 44 (2013), שלפיהם אילולא נושא העתירה (רישום הלאום במרשם האוכלוסין) היה מוסדר ספציפית בחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 היה "ניתן לקבוע בנקל כי מדובר בסוגיה שמטבעה אינה ראויה להתברר בבית המשפט" (שם, בפס' 23).

⁶² ראו הדיון לעיל בסעיף ג טקסט ליד ה"ש 34.

ההיקף הענייני של התחומים שהוכרו כשפיטים במשפט הישראלי התרחב מאוד הן לעומת היקף פריסתה של דוקטרינת השפיטות בתקופה שקדמה לפסק הדין רסלר והן כשמשווים את המצב בישראל למצב ברוב שיטות המשפט.⁶³ כפי שהודגם לעיל, תפיסת השפיטות שהשופט ברק עצמו אחז בה, ושהוצגה בפסק הדין, הייתה מרחיקת לכת מבחינת רוחב התפרסותה, שהרי ברק קבע במפורש בפסק דינו, כי לא רק שלשיטתו השפיטות הנורמטיבית קיימת ומתפרסת על כל נושא וסוגיה שבעולם, אלא שגם נכונותו להכיר באי-שפיטות מוסדית צומצמה למקרים מיוחדים ונדירים (והוא לא יישמה, למיטב ידיעתי, הלכה למעשה, מעולם).⁶⁴

ההלכה שהתפתחה בעניין זה לאחר עניין רסלר בשנות התשעים ואילך לא תאמה בהכרח את התפיסה היישומית הרחבה הזאת של ברק. ניתן לזהות בפסקי הדין השונים גישות שונות של שופטים שונים. ככלל, ניתן לומר שלא פעם דחה בית המשפט מטעמים של שפיטות או מטעמים דומים (ראו להלן) עתירות שעסקו בעניינים מדיניים רגישים, כגון מדיניות ההתיישבות ביהודה ושומרון,⁶⁵ עתירות נגד ניהול משא ומתן מדיני עם סוריה או נגד חתימת הסכמי אוסלו,⁶⁶ עתירות שנגעו לחילופי שבויים או עסקאות לשחרור מחבלים אסירים הכלואים בישראל⁶⁷ ועניינים מדיניים רגישים אחרים.⁶⁸ כמו כן בית המשפט דחה מטעמים דומים עתירות שנגעו לעניינים רגישים בתחום המעמד האישי, כגון עתירות להנהגת נישואין אזרחיים⁶⁹ ועתירות בנוגע לשינוי התפיסה הקיימת בחוק לעניין המרשם האישי.⁷⁰ עם זאת, המסגרת האנליטית שהוליכה לדחיית העתירות

63 ראו לעיל ה"ש 2 עד 6.

64 ראו לעיל ה"ש 44 וטקסט לידה.

65 בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993); בג"ץ 3125/98 עיאר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נה(1) 913 (1999); והשוו דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 103–112.

66 בג"ץ 4354/92 תנועת נאמני הר הבית נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(1) 37 (1993) (עתירה כנגד ניהול משא ומתן עם סוריה); בג"ץ 4877/93 ארגון נפגעי הטרור הערבי נ' מדינת ישראל (נבו) 12.9.1993 (עתירה נגד החתימה על הסכמי אוסלו).

67 ראו למשל בג"ץ 7523/11 אלמגור – ארגון נפגעי טרור נ' ראש הממשלה (נבו) 17.10.2011; בג"ץ 7712/05 פולארד נ' ממשלת ישראל (נבו) 8.6.2006 (עתירה לצו שיחייב את הממשלה לפעול לשחרור פולארד).

68 למשל, בג"ץ 3507/02 אגודת צדק תרדוף נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3) 37 (2002) (עתירה למעצרו של יאסר ערפאת). וראו לאחרונה בג"ץ 831/22 קו לעובד נ' ממשלת ישראל (השופט שטיין, פס' 7) (נבו) 20.7.2022 (אי-שפיטות של עתירה לחייב את המדינה לחתום על הסכם בין-לאומי בילטרלי). ראו גם הדיון אצל זמיר ג, בעמ' 1798 ואסמכתאות שם.

69 בג"ץ 4058/95 בן מנשה נ' שר הדתות, פ"ד נא(3) 876, 878 (2002).

70 פרשת אורן, לעיל ה"ש 61 (עתירה לרישום העותרים במרשם האוכלוסין כשייכים

מטעמים של היעדר שפיטות וגם העמדה הקונקרטית בעניין מקומה של דוקטרינת השפיטות הייתה רחוקה מלהיות אחידה, וניתן בהקשר זה לזהות גישות וגוונים שונים בפסיקה.

כשהדברים אמורים על נכונותו של בית המשפט להשתמש הלכה למעשה בדוקטרינת השפיטות **כעילת סף**, דומה שניתן לזהות בפסיקה שתי גישות עיקריות: האחת, שעדיין אוחות בשפיטות כעילה לדחייה על הסף, והאחרת ששוללת את התפקיד הזה של השפיטות וממירה את טענת השפיטות בגישה שלפיה בית המשפט ידון בכל עניין, פוליטי ורגיש ככל שיהא לגופו, אם כי היקף התערבותו לגוף העניין יהיה מוגבל יותר בעניינים כאלה.⁷¹

הגישה הראשונה, שגם אחרי פסק הדין **רסלר** מוסיפה לאחוז בשפיטות כעילת סף, הייתה נחלתם של מרבית שופטי בית המשפט העליון. גישה זו רווחה תקופה שפסק דין **רסלר** נפסק, וגם בשנים הסמוכות לאחר מכן. כבר ציינתי לעיל את העובדה שגם בפרשת **רסלר** עצמו לא היו שופטי ההרכב האחרים מוכנים, הגם שהצטרפו לפסק דינו של השופט ברק, לקבל את גישתו כמות שהיא. במיוחד אמורים הדברים על הנשיא שמגר. אומנם שמגר קיבל את ההבחנה שעשה השופט ברק בין שני מובני השפיטות, אך הדגיש לאורך פסק דינו את הסיכונים שבהיסחפות אחרי הניתוח של השפיטות הנורמטיבית ואת המרכזיות של שיקולי מדיניות שיפוטית בניתוח השפיטות המוסדית.⁷² הוא נותן בפסק דינו תשובה משלו לשאלת השפיטות המוסדית. לשיטתו, המבחן הקובע הוא **האופי הפוליטי הדומיננטי** של הבעיה המובאת אל פתחו של בית המשפט. היינו, מקום שבו בית המשפט סובר שהעניין המובא לפניו הוא בעל אופי מדיני דומיננטי, הרי העובדה שיש לאותו עניין גם היבטים משפטיים אינה צריכה למנוע מבית

ללאום הישראלי).

⁷¹ לטעון כי גם באנגליה ובאוסטרליה קיימת שחיקה מסוימת בדוקטרינת השפיטות והפסיקה מבחינה בין גישה של שפיטות "מוציאה" (כלומר היעדר שפיטות מוחלטת של נושאים מסוימים) לבין שפיטות אד הוק, שלפיה עניינים מסוימים הם לא שפיטים *prima facie*, ראו Thwaites, לעיל ה"ש 6, בעמ' 6 ו-9. לישום הגישה השנייה בדין האנגלי ראו Shergill v. Khaira, [2014] U.K.S.C. 33, [2015] A.C. 359, 376-377 (בנוגע לאי-שפיטות של מחלוקת בדבר תכנים של דוקטרינה דתית), וראו הדיון אצל Thwaites, שם, בעמ' 11. וראו גם ההבחנה של Harris, לעיל ה"ש 1, בעמ' 644 בין אי-שפיטות "ראשונית" ל"משנית" וכן [2010] Paul Daly, *Justiciability and Political Question Doctrine*, PUBLIC LAW 160, 162-164. לתמיכה בדוקטרינה רכה של אי-שפיטות (אד הוק) בארצות הברית ראו למשל Martin H. Redish, *Judicial Review and the "Political Question"*, 79 NW. U. L. REV. 1031, 1060 (1985) לעיל ה"ש 6, בעמ' 679-680.

⁷² ראו עניין **רסלר**, לעיל ה"ש 5, פס' 11-13 לפסק הדין של השופט שמגר, בעמ' 521-524 וה"ש 59 לעיל.

המשפט לדחות את העתירה על הסף בשל היעדר שפיטות (מוסדית).⁷³ כפי שאראה מייד, למבחן "האופי המדיני הדומיננטי" שהציב שמגר הייתה השפעה רבה על הפסיקה לאחר פרשת רסלר. לצד עמדתו המסויגת של שמגר, הרי לפחות עד לתחילת שנות התשעים הייתה גישת השפיטות ה"טוטאלית" שהציג השופט ברק בעניין רסלר רחוקה מלהיות מקובלת על מרבית שופטי בית המשפט העליון. בלט בהתנגדותו לגישת ברק המשנה לנשיא דאז השופט אלון, שביקר בגלוי את גישתו המרחיבה של ברק, בהצביעו על הקשר הבעייתי שבין סוגיית השפיטות לדוקטרינת הסבירות,⁷⁴ כשהוא עצמו דוחה עתירות בעניינים מדיניים רגישים על הסף בטענה שאינן שפיטות.⁷⁵ גישה זו, שלפיה עתירות בעניינים מדיניים רגישים דינן להידחות על הסף באה לידי ביטוי גם אצל שופטים אחרים במהלך שנות התשעים וגם לאחריהן.⁷⁶

אלא שאף גישתו המרחיבה של השופט ברק לעניין השפיטות לא קנתה לה אחיזה אצל כל שופטי בית המשפט העליון, הרי לשפת השפיטות החדשה שהציג בפסק הדין רסלר הייתה השלכה רבה על הלך החשיבה והפסיקה – גם אצל אותם שופטים שלא היו מוכנים לאמץ את גישתו. מלבד העובדה שלאחר רסלר חל תהליך הדרגתי, אך מהיר, של הרחבת השפיטות בבג"ץ בכלל, הרי למינוח של פסק הדין רסלר הייתה השפעה לא מועטה גם על פסיקתם של אותם שופטים שלא היו מוכנים לוותר לחלוטין על דוקטרינת השפיטות. השפעה זו באה לידי ביטוי בכך שבהדרגה השתנתה הטרמינולוגיה לעניין זה, והמונח שפיטות הולך ונעלם בהדרגה מהשפה שבה בית המשפט משתמש. הסחף אחרי הטיעון האנליטי של השופט ברק בעניין רסלר לעניין השפיטות הנורמטיבית הטוטאלית של כל סוגיה משפטית, גרם לכך שגם כאשר השופטים רוצים להימנע מלדון בסוגיות מסוימות, הם נמנעים מלקרוא לילד בשמו ולהשתמש במונח שפיטות.

73 ראו שם, פס' 12.

74 הניסוח המפורט ביותר של גישתו של השופט אלון מצוי בפרשת ז'רזבסקי, לעיל ה"ש 53, שעסק בשאלת שפיטותו של הסכם קואליציוני. בפסק דינו, אלון דן ביסודיות בשאלת השפיטות ותקף שם ישירות את עמדתו של השופט ברק, על כל מרכיביה, ראו שם, בעמ' 751–754, פס' 8–13.

75 ראו פרשת תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל, לעיל ה"ש 66 (עתירה נגד ניהול משא ומתן מדיני עם סוריה). השופט שלמה לזין הצטרף לעמדת השופט אלון בדבר דחייה על הסף. השופט אור נמנע מהביע עמדה לשאלת השפיטות).

76 ראו, למשל, פרשת ארגון נפגעי הטרור הערבי הבינלאומי (נטע), לעיל ה"ש 66 (עתירה כנגד הסכמי אוסלו); בג"ץ 8666/99 נאמני הר הבית נ' רובינשטיין, פ"ד נד(1) 144, פס' 5 לפסק הדין של השופט זמיר (2000) (עתירה נגד חפירות שביצע הווקף בהר הבית); בג"ץ 6029/99 פולרד נ' ראש הממשלה ושר הביטחון, פ"ד נד(1) 241 (2000); בג"ץ 8542/17 אקרמן נ' ממשלת ישראל פס' 5 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 9.12.2018) (עתירה כנגד העברת כספים לארגון החמאס בעזה).

היינו, גם כשהשופטים דחו עתירות על הסף בשל הרגישות הפוליטית של העתירה, הרי בהדרגה השתנתה השפה. במקום לדבר על חוסר שפיטות בית המשפט אימץ יותר ויותר שימוש במונחים חלופיים. הפרקטיקה הנפוצה ביותר בהקשר זה היא השימוש במונח "האופי הפוליטי הדומיננטי" של הנושא הנדון, לפי המבחן שאימץ השופט שמגר בעניין **רסלר**. המונח הזה (ומונחים דומים) הופך אצל חלק מהשופטים למעין תחליף למונח השפיטות ועילה לדחייה על הסף של העתירה בלי להזכיר במפורש את המונח חוסר-שפיטות.⁷⁷ זאת ועוד, גם כאשר אותם שופטים שאימצו את הגישה הצרה (יחסית) לסוגיית השפיטות של שמגר משתמשים מפורש במונח שפיטות, הרי השימוש הזה נעשה תוך אימוץ המסגרת האנליטית שהוצגה על ידי השופט ברק בעניין **רסלר**, כלומר, תוך שימור ההבחנה בין השפיטות הנורמטיבית לשפיטות המוסדית.⁷⁸

לצד השינוי בטרמינולוגיה של השפיטות הביא המפץ של פסק הדין **רסלר** לתופעה נוספת והיא שלא פעם בית המשפט משתמש בעילות סף אחרות כדי להשיג הלכה למעשה את התוצאה של אי-היזקקות לעתירות ודחייתן על הסף בשל אופיין הפוליטי הרגיש. שתי העילות הבולטות בהקשר זה הן טענת העתירה הכללית וטענת היעדר הבשלות. טענת הכלליות, משמעה שאין מקום לדון בעתירות כנגד אקטים מינהליים כלליים (כגון חוק, תקנה או אף מדיניות כללית) קודם שהרשות יישמה את הנורמה על מקרה קונקרטי נתון. הטענה הזאת

⁷⁷ ראו למשל פרשת **עיאד**, לעיל ה"ש 65 (השופט שטרסברג כהן) (עתירה נגד תוכנית בינוי שנועדה ליצור רצף אורבני בין ירושלים למעלה אדומים); בג"ץ 4704/06 **עמותת הפורום המשפטי למען ארץ ישראל נ' המושל הצבאי ביהודה ושומרון**, פס' 5 לפסק הדין של השופט גרוניס (נבו 15.6.2006) (עתירה נגד העברת נשק ותחמושת לרשות הפלסטינית); בג"ץ 2164/09 **יש דין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (נבו 26.12.2011) (עתירה נגד פעולת מחצבות ישראליות בשטחים); ודנג"ץ 316/12 **יש דין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (נבו 25.7.2012) (באותו עניין); בג"ץ 7307/98 **פולק נ' ממשלת ישראל** (1998) (עתירה לפרסום שמות אסירים המועמדים לשחרור במסגרת עסקת שבויים). זוהי גם הגישה שבה אווזו זמיר בספרו, כאשר הוא מאמץ את מבחן "האופי הפוליטי הדומיננטי" של השופט שמגר, כמבחן הראוי לבחינת שאלת השפיטות המוסדית, ראו זמיר ג, בעמ' 1796–1798. לצד "האופי הפוליטי הדומיננטי" חלק מפסקי הדין עושים שימוש בטרמינולוגיה דומה לאותה מטרה, ראו למשל בג"ץ 2455/94 **ארגון "בצדק" נ' ממשלת ישראל** (נבו 4.5.1994) (אי-היזקקות לעתירות הנוגעות בהסכם לשחרור אסירים משום שמדובר בהסכם מדיני שהוא "בסמכות של רשות אחרת").

⁷⁸ דוגמה טובה לכך היא פסק דינו של השופט מזוז בבג"ץ 2952/20 **ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 27.5.2020) שבו עמדה לדיון השאלה אם ניתן להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חה"כ בנימין נתניהו לאחר הגשת כתבי האישום הפליליים כנגדו. מזוז היה היחיד מבין תשעת שופטי ההרכב שעשה שימוש בדוקטרינת השפיטות בהקשר לשאלה הנדונה, תוך שהוא מאמץ את גישתו של הנשיא שמגר בעניין **רסלר**, אך גם תוך שימור ההבחנה בין השפיטות הנורמטיבית למוסדית (ראו פס' 7 לפסק דינו).

שימשה את בג"ץ לדחייה על הסף של עתירות בולטות בתחילת שנות התשעים בנושאי ההתנחלויות⁷⁹ וגם בנושא נוהלי הפתיחה באש, השימוש באמצעי חקירה קיצוניים נגד חשודים בטרור ובנושאים רגישים נוספים.⁸⁰ בד בבד במהלך השנים האחרונות השתמש בג"ץ בעילת היעדר הבשלות, שמצדיקה דחיית עתירה נגד דברי חקיקה או החלטות מינהליות שעדיין לא יושמו בפועל כדי שלא להיזקק לעתירות רגישות מבחינה פוליטית.⁸¹ בג"ץ גם דוחה לא פעם עתירות על הסף בקביעה ש"אין עילה" לדון בה או להתערב במעשי הממשלה.⁸²

אל מול הגישה שעדיין אוהזת בתפיסת השפיטות (במופעה השונים) כעילת סף עומדת גישה אחרת בפסיקה. גישה זו מצמצמת את התפקיד של השפיטות עד כדי שלילתה המוחלטת – הלכה למעשה. אומנם השופטים שאוחזים בגישה הזאת מוכנים לעיתים להכיר ב"האופי הפוליטי הדומיננטי" של הסוגיה המובאת לפנייהם, אך זאת רק כדי לומר שהאופי האמור של העתירה איננו שולל מדעיקרא את הביקורת השיפוטית אלא רק מצמצם אותה כשבית המשפט בא לדון בנושא

79 ראו אסמכתאות לעיל בה"ש 65. לדיון במהותה של עתירה כללית ראו 1901/94 לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מז(4) 403, 411–415 (1994); בג"ץ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 180 (1998).

80 ראו: בג"ץ 873/89 הס נ' שר הבטחון (נבו 6.11.1994); בג"ץ 2581/91 סלאחת נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 837 (1993). וראו גם בג"ץ 2164/09 יש דין, לעיל ה"ש 77, שם בג"ץ דחה את העתירה הן בשל אופייה הפוליטי והן בשל היותה כללית וכוללנית, וגם מטעמי שיהוי (ראו שם, בפס' 6 לפסק הדין של הנשיאה ביניש). לדיון כללי בעילת הסף של עתירה כללית כתחליף לשפיטות ראו דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית-המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 7.

81 ראו, למשל, בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (נבו 5.1.2012) (השופט נאור) (שם התעוררה שאלת החוקתיות של הוראות חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א–2011 ("חוק הנכבה"), המסמך את שר האוצר להטיל סנקציות תקציביות על מוסדות שמציינים את יום העצמאות כיום אבל. בית המשפט דחה את העתירה כ"בלתי בשלה" משום שהחוק טרם יושם, ואין לדעת מתי ואיך ייושם בפועל על ידי הממשלה (פס' 28) בציינו במפורש כי הבשלות היא "בין הכלים העומדים לרשות ביהמ"ש לויסות הפניות אליו" (פס' 33); בג"ץ 2311/11 סבא נ' הכנסת (נבו 17.9.2014) (איי-בשלותה של עתירה נגד חוקתיותו של החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א–2011 ("חוק ועדות הקבלה"), שלפיו הוענקה סמכות לוועדות קבלה של יישובים קהילתיים שהוקמו על אדמת מדינה להתנות קבלת מועמדים המבקשים להתגורר ביישוב בהתאמתם "למרקם החברתי-תרבותי של היישוב"). וראו גם רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז' 45 (2014).

82 ראו, למשל, בג"ץ 7191/14 מק נ' שר הביטחון (נבו 18.2.2015) (עתירה שהממשלה תיתן הצהרה לעניין מחויבותה לפעול לפי האמנה למניעת הפצה של נשק כימי); בג"ץ 5212/16 גונן נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 16 סיפה (נבו 7.7.2016) (עתירות נגד החלטת הקבינט לתמוך בהסכם הפיוס עם טורקיה). וראו הדיון אצל זמיר ג, בעמ' 1809–1812.

לגופו של עניין.⁸³ לפיכך, הם היו מוכנים לדון לגופן של העתירות גם בעניינים מדיניים רגישים, כגון החלטת ממשלה על הפסקת הבנייה בשטחים,⁸⁴ העברת כספים לרשות הפלסטינית,⁸⁵ ניהול משא ומתן מדיני בממשלת מעבר,⁸⁶ עסקאות חילופי שבויים,⁸⁷ כניסת יהודים להר הבית⁸⁸ וכיוצא באלה.⁸⁹ בעשור האחרון הולכת ומתגבשת הכרה מודעת של בית המשפט בקיומן של שתי הגישות הללו, ושופטים שונים מביעים במפורש את עמדתם לטובת גישה זו או האחרת.⁹⁰

⁸³ ראו, למשל, בג"ץ 4064/95 פורת נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מט(4) 177, 179 (1995) (השופט ברק) (עתירה בנוגע לקביעת סדר היום של הכנסת בידי יו"ר הכנסת); בג"ץ 2136/95 גוטמן נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מט(4) 845, 852 (1995) (השופט ברק) (עתירה נגד איסור שהוטל על פעילים בתנועת "כך" לבקר בכנסת); בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455, פס' 11 לפסק הדין של השופט ברק (2001) (עתירה נגד ניהול משא ומתן מדיני בממשלת מעבר ערב בחירות); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(6) 817 (2003) (עתירה נגד מינוי שר שנחשד בפלילים); בג"ץ 659/07 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון (נבו 29.1.2007) (עתירה להפסקת הליך מינוי של הרמטכ"ל בשל אי-סיום עבודתה של ועדת חקירה ממלכתית) (השופט ביניש). וראו גם עמוס שפירא "על שפיטות, ביקורת שיפוטית וריסון שיפוט" משפט ועסקים יא 193, 198, 206–212 (התשס"ט). המחלוקת בין שתי הגישות בישראל תואמת, במידה מסוימת, מגמה כזאת שקיימת במשפט המשווה, ראו אסמכתאות לעיל ה"ש 71.

⁸⁴ בג"ץ 4400/92 המועצה המקומית קרית ארבע חברון, פ"ד מח(5) 597 (1994).

⁸⁵ בג"ץ 1169/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ראש הממשלה, פס' 20 לפסק הדין של השופט פרוקצ'יה (נבו 15.6.2009).

⁸⁶ בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 83.

⁸⁷ בג"ץ 5754/07 לוי נ' ראש הממשלה (נבו 4.7.2007) (השופט רובינשטיין); בג"ץ 5413/13 אלמגור ארגון נפגעי טרור נ' ממשלת ישראל, פס' ג' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 13.8.2013).

⁸⁸ בג"ץ 530/01 יוגב נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד נו(1) 22 (2001) (השופט ברק).

⁸⁹ ראו, למשל, בג"ץ 7712/05 פולארד, לעיל ה"ש 67 (עתירה לחיוב הממשלה לפעול בנתיב מוגדר כדי להביא לשחרורו של פולארד היא שפיטה עקרונית – השופט פרוקצ'יה בפס' 9).

⁹⁰ ראו בג"ץ 7712/05 פולארד הנ"ל, שם (השופט פרוקצ'יה הביעה תמיכה בגישה המרחיבה בציינה את העובדה שאין צורך להכריע בין הגישות לצורך העתירה הנדונה); בג"ץ 8902/05 עמותת "שמש" ליהודי עיראק נ' ראש הממשלה (נבו 5.5.2010) (השופט רובינשטיין בפס' יג הביע תמיכה בגישה המרחיבה); בג"ץ 5312/16 גונן, לעיל ה"ש 82 (עתירה נגד הסכם הפיוס עם טורקיה, שם קבע השופט ג'ובראן בפס' 13 כי "עיון בפסיקה מגלה כי כלל אי-השפיטות נדחה, הלכה למעשה, מפני הכלל בדבר קיומה של סמכות מצומצמת להתערבותו של בית משפט זה"). אך השוו בג"ץ 5316/16 בן ארי, לעיל ה"ש 82, שם קבע השופט מזוז, בעתירה אחרת באותה פרשה עצמה, כי "עתירה זו ראוי היה לה שתידחה על הסף בהיעדר כל עילה להתערבות של בית משפט זה".

ראוי לציין כי אף שלא פעם הפסיקה פוסחת על שתי הסעיפים בנוגע לשתי הגישות הללו,⁹¹ הרי ההבדל ביניהן אינו טרמינולוגי גרידא ואינו עניין של מה בכך, משום שלפי הגישה המרחיבה, האופי הפוליטי הדומיננטי של העתירה איננו עילה לדחיית העתירה על הסף. כלומר, לפי גישה זו, כל עתירה, באשר היא, היא שפיטה עקרונית (לפי הקווים הכלליים של גישת השופט ברק בעניין רסלר). אלא שבית המשפט יהיה מוכן לצמצם את התערבותו, לגופו של עניין, לאחר שהחליט לדון בעתירה ודן בטענות המועלות בה.⁹² ההבדל בין שתי הגישות הללו הוא אפוא קרדינלי. במישור העקרוני, הגישה המרחיבה איננה מוכנה להכיר בקיומם של תחומים שבהם – מלכתחילה – אין לביקורת השיפוטית תחולה. כלומר, זו גישה שמקבלת את ההיגיון של תפיסת השפיטות שהציג השופט ברק בעניין רסלר – במלוא היקפה. גם מבחינה מעשית ההבדל בין שתי הגישות הללו הוא רב, שהרי כל הרבותא בתפיסה שלפיה דוקטרינה מסוימת משמשת עילת סף היא שגם בהנחה שהעתירה מוצדקת לגופו של עניין, עדיין על בית המשפט להימנע מלדון בה.⁹³ כלומר, תפיסה כזו מבוססת על טעמים עקרוניים ובראשם החשש שמעמדו של בית המשפט כגוף א-פוליטי הנהנה מתמיכה ציבורית קונצנזואלית עשוי להיפגע מעצם הדיון בעתירה לגופה וללא קשר לתוצאתה. הגישה האומרת כי האופי הרגיש של העניין הנדון לא ימנע את הדיון לגופו של עניין שוללת למעשה מדעיקרא את הטעמים העקרוניים שבבסיס דוקטרינת השפיטות (ובמובן זה, היא תואמת היטב את הרוח העולה מדברי ברק בפסק הדין רסלר).⁹⁴

ו. שפיטות – הדין הראוי

כדי לעצב את המבחן הראוי לעניין השפיטות, ראוי לחזור ולהזכיר את מושכלות היסוד בנוגע לתפקידה של הדוקטרינה וטעמיה העקרוניים. הרעיון שבבסיס דוקטרינת השפיטות – כעילת סף – הוא שיש עניינים מסוימים שראוי שבית המשפט לא ייזקק להם מלכתחילה. כדי לקבל את הרעיון של השפיטות צריך להסכים עם הטענה שבמקרים מסוימים, או באשר לתחומים מסוימים, אל לו לבית המשפט להיכנס לדיון בעתירה, גם בהנחה שהטענות בעתירה עשויות

91 ראו, למשל, בג"ץ 6029/99 פולארד, לעיל ה"ש 76, פס' 11 לפסק הדין של השופט זמיר; בג"ץ 7712/05 פולארד, לעיל ה"ש 67, פס' 9 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה; בג"ץ 6063/08 שחר נ' ממשלת ישראל (נבו 8.7.2008). וראו זמיר ג, בעמ' 1813; גונטובניק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 225.

92 והשוו גונטובניק, שם, בעמ' 224 המכנה גישה זו "אי שפיטות רכה".

93 ראו הדיון להלן בסעיף ו.

94 ראו הדיון לעיל בסעיף ג3.

להיות תקפות לגופו של עניין. כלומר, המצדד בשפיטות אוחז בהשקפה של **שלעצם הדיון בבית המשפט יש מחירים חברתיים**, ובמיוחד הפוליטיזציה של השפיטה והפגיעה באמון הציבור, כאלה שבמקרים מסוימים ראוי להימנע מהם. היינו, שהנוק שנגרם לערכים המוגנים בדוקטרינה **מעצם הדיון השיפוטי בעתירה** עולה במידה ניכרת על התועלת החברתית. תועלת זו נובעת מכך שבית המשפט ידון בהחלטה המנהלית ואף יתערב בה ויפסול אותה. זאת, גם באותם מקרים שבהם פסילה כזאת מבוססת על הפרה (אפשרית) של כללי המשפט המינהלי לגופו של עניין (ובהנחה שכללים אלו חלים, מלכתחילה, על התחום הרלוונטי).⁹⁵ ומכאן שעל מי שאוחז בשפיטות להניח כי בתחומי פעולה מסוימים מוטב שבית המשפט לא ידון בעתירות גם במחיר של השלמה עם האפשרות של הפרות מסוימות של כללי הדין המינהלי באותם תחומי פעולה. אפשר כמובן להסכים או לא להסכים עם טענה זו שבבסיס דוקטרינת השפיטות, אך ההסכמה לה היא תנאי הכרחי להמשך הדיון.⁹⁶

מהם אפוא השיקולים שצריכים לעצב את גבולות דוקטרינת השפיטות? דומה שהשיקולים העיקריים לעניין זה הם שיקולים של **כשירות מוסדית יחסית** ושיקולים של תועלות ומחירים חברתיים הנובעים משיקולים אלו. מנקודת ראות כזאת, השפיטות קשורה לשאלה הכללית של הכשירות המוסדית היחסית של בית המשפט ביחס למוסדות אחרים שבהם מתקבלות הכרעות חברתיות ולעומת מוסדות ביקורת אחרים ומנגנוני תיקון חברתיים חלופיים.⁹⁷ אלא שמה שמייחד את הדיון בשפיטות בהקשר זה הוא שבניגוד לדיון בשאלה של היקף התערבות בית המשפט לגופו של עניין, השפיטות עוסקת בשאלה של הכשירות המוסדית היחסית – ושל התועלות והמחירים החברתיים – של **עצם הדיון השיפוטי** בנושאים מסוימים.

אחד הטיעונים הבולטים שהועלו בפסיקה נגד דוקטרינת השפיטות נוגע לחשש לפגיעה באמון הציבור במערכות השלטון בכלל ובמערכת המשפט בפרט. כבר הזכרתי לעיל את חוסר האהדה הבולט שגילה השופט ברק לטעמים שבבסיס השפיטות.⁹⁸ בין היתר ההתנגדות לשפיטות מבוססת על הטענה שדווקא הסירוב של בית המשפט להיזקק לעתירות בתחומים מסוימים פוגע בהחלה של שלטון

95 ראו לעיל ה"ש 28 וטקסט לידה.

96 והשוו הדיון אצל Thwaites, לעיל ה"ש 6, בעמ' 20.

97 ראו דותן-ביקורת שיפוטית, פרק 2 בסעיף 2.1.3 ופרק 3 בסעיף 3.1. ואכן, לעיתים, הטיעונים המועלים לטובת דוקטרינת השפיטות דומים מאוד לאלו הנוגעים בשאלת היקפו של עקרון הריסון, ובהם האופי "הרב-קודדי" של בעיות מסוימות, ראו למשל Harris, לעיל ה"ש 1, בעמ' 641.

98 הדיון לעיל בס' 33 טקסט החל מה"ש 37 ואילך.

החוק על אותם תחומים ויפגע אפוא גם באמון הציבור בבית המשפט.⁹⁹ השאלה של היחס שבין פסיקות בית המשפט לרמת האמון בו היא שאלה מורכבת, שיש לה גם היבטים אמפיריים מובהקים.¹⁰⁰ אולם דומה כי העמדה של ברק בנקודה זו מבוססת על ההנחה שהציבור פיתח ציפיות מבית המשפט להתערב בכל מקרה של טענה להפרה של הדין בכל תחום פעולה שלטוני שהוא. ובמובן זה, עמדתו היא במידה רבה בגדר הנחת המבוקש, משום שאם בית המשפט אינו נוהג להתערב בתחומי פעולה מסוימים, כגון בעניינים מדיניים מובהקים, הרי סירוב של בית המשפט להיכנס לדיון בעתירה בעניינים כאלה שתובא לפניו לא יגרום לשום פגיעה בציפיות של הציבור. נניח לדוגמה שבתי המשפט בשוודיה אינם נוהגים להתערב כלל בשום החלטה מדיניות כללית של הממשלה, וכל ההחלטות הממשלתיות שם נמצאות לחלוטין מחוץ לתחום העיסוק של בתי המשפט.¹⁰¹ אשר על כן, אם תוגש עתירה לבית משפט שוודי בנוגע לעניין מדיני מובהק, קשה להניח שדחייתה על הסף תגרום אכזבה כלשהי לציבור השוודי או תפגע באמון הציבור שם (וסביר להניח, אם בכלל, שההפך הוא הנכון). מכאן שאם בית המשפט בישראל הרגיל את הציבור לכך שהוא נענה לכל עתירה בכל תחום שהוא ומפעיל ביקורת שיפוטית, הרי ייתכן מאוד שלפחות חלק מן הציבור יתאכזב אם בית המשפט יחדל בשלב מסוים לעשות כן. במובן זה דומה שהטענה של השופט ברק בעניין רסלר היה מעין נבואה שנועדה להגשים את עצמה. ואולם, אין בטיעון הזה כדי להשיב לטענה העקרונית שהעיסוק השיפוטי בעניינים פוליטיים רגישים עלול לדרדר את בית המשפט היישר לתוך הקלחת הפוליטית, ובכך לפגוע במעמדו כמוסד שיפוטי א-פוליטי שנהנה מרמה גבוהה של תמיכה קונצנזואלית בציבור.¹⁰²

אולם מלבד הטיעון האמור בדבר החשש לפגיעה באמון הציבור דומה שקבלת טענת השפיטות פירושה הסכמה לכך שקיימים עניינים מסוימים שבהם החשש מהמחירים החברתיים של עצם הדיון בעתירה עולה על התועלת החברתית הצפויה מהחלת הביקורת השיפוטית על אותם סוגי החלטות ותחומי פעולה

⁹⁹ ראו השופט ברק בעניין רסלר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 495, פס' 54. לחשש ששחיקה של דוקטרינת השפיטות בבית המשפט תוביל לאובדן אמון הציבור ראו למשל, עמדת השופט גולדברג בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 811–812 (1995); וכן עמדת השופט אלון בפרשת ז'רובסקי, לעיל ה"ש 53, בעמ' 763.

¹⁰⁰ ראו להלן ה"ש 114.

¹⁰¹ איני טוען שזה בהכרח המצב בפועל במשפט המינהלי השוודי, ראו Henrik Wenander, *Sweden: Deference to Administration in Judicial Review* (paper presented at the XXth Congress of International Academy of Comparative Law (AIDC/IACL) 2018, Fukuoka, Japan) <https://bit.ly/3xkmHVx>.

¹⁰² ראו גביוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 86, 102–107 וכן Harris, לעיל ה"ש 1, בעמ' 634.

שלטוניים המוגדרים "לא שפיטים". בשל החשיבות החברתית הכללית של הביקורת השיפוטית¹⁰³ ובשל העובדה שהכרה באי־שפיטות פירושה שלילה מקדמית של הביקורת השיפוטית, דומה שסרטוט גבולותיה של דוקטרינת השפיטות צריך להיעשות בזהירות, ולהביא בחשבון את מחיר הטעות לעניין זה. כך, לדוגמה, ניתן לטעון כי בשל התפיסה המקובלת בדבר היתרון המוסדי הבולט של בתי המשפט בכל הנוגע להגנה על חירויות הפרט, הרי תחומים ועניינים הנוגעים לחירויות הפרט צריכים תמיד להיות שפיטים.¹⁰⁴ מנגד, אין פירוש הדבר שלא ניתן לזהות מראש תחומים שבהם ההכרה באי־שפיטות היא מתבקשת ולקבוע עקרונות כלליים בנוגע אליהם. ויש מקום לגיבוש מבחנים לצורך זיהוי התחומים הרלוונטיים ליישום מבחן השפיטות.

לאור הניתוח שהוצג עד כה, ניתן כעת להציע מסגרת מובנית לקבלת החלטות בשאלת השפיטות. נראה כי ההחלטה בדבר אי־שפיטות של סוגי החלטות מסוימים צריכה להתקבל על סמך בחינה משולבת של שתי קטגוריות של שיקולים:

א. מהם היתרונות המוסדיים היחסיים של בית המשפט (או היעדרם) על פני הרשויות האחרות בכל הנוגע לגיבוש פתרון לסוגיה;

ב. מהם המחירים החברתיים של עצם ההיזקקות לנושא (כגון המחיר של הכנסת בית המשפט לוויכוח בעניינים פוליטיים רגישים והפגיעה באמון בו).

באשר לשיקולים של כשירות מוסדית יחסית, דומה כי מסקנה בדבר אי־שפיטות של החלטות שלטוניות מסוימות מוצדקת רק באותם מצבים שבהם הנחיתות המוסדית של בית המשפט היא חזקה ומובהקת. יש לזכור כי שיקולים של כשירות מוסדית יחסית הם הקיימים גם בבסיס קביעת גבולות התערבותו של בית המשפט לגופו של עניין (כלומר בקביעת היקפו של עקרון הריסון).¹⁰⁵ במילים אחרות, היה אפשר עקרונית לטעון כי באותם מקרים שבהם בית המשפט סובל מכשירות מוגבלת לקבל החלטות בתחום מסוים – ניתן להביא לידי ביטוי

¹⁰³ ראו דותן-ביקורת שיפוטית, פרק שני סעיף 2.3.

¹⁰⁴ ראו דותן שם, בסעיף 2.3.1. והשוו, גונטובניק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 221; Harris, לעיל ה"ש 1, בעמ' 636. השוו, למשל, את גישת בית המשפט העליון באוסטרליה, שהיה מוכן לחרוג מגישתו הכללית בדבר אי־שפיטות של עניינים הנוגעים ביחסי חוץ ופעולות של ממשלות זרות בתובענה לפיצויים בגין פגיעה קשה בחירויות הפרט של אדם שנעצר, נחקר ועונה במדינות שונות, כאשר לרשויות האוסטרליות הייתה מעורבות בחקירה כזאת, ראו Habib v. Commonwealth, [2010] F.C.A.F.C. 12, (2010) 183 F.C.R. 62, והדיון אצל Thwaites, לעיל ה"ש 6, בעמ' 14–15 וכן Stephen Tully, Habib v. Commonwealth: Clarifying the State of Play for the Act of State?, 32 SYDNEY L. REV. 711 (2020).

¹⁰⁵ ראו הדיון אצל דותן-ביקורת שיפוטית בפרק 5 בסעיף 5.3.2 והדיון שם בפרק 2 בסעיף 2.3.

את השיקולים הללו באמצעות גיבוש דוקטרינה מרוסנת של ביקורת, אך לא לשלול מלכתחילה את הביקורת השיפוטית מדעיקרא על כל ההחלטות מאותו סוג.¹⁰⁶ ואולם, טיעון זה לא נותן תשובה נאותה לכל המצבים ולכל התחומים האפשריים. היינו, באותם מקומות שבהם ניתן לקבוע כי מלכתחילה בית המשפט נמצא בנחיתות מוסדית מובהקת, כמו למשל באשר לבחינת תוקפם ורציותם של הסכמים מדיניים, או בהחלטה אם לנקוט פעולה צבאית, עשוי להיות יתרון לגישה שתשלול מדעיקרא את שפיטות הנושא, מתוך שילוב של כמה שיקולים:¹⁰⁷ ראשית, הנחיתות המוסדית של בית המשפט פירושה שהסיכוי שבית המשפט יוכל לתקן באופן מיטבי או מועיל החלטות פגומות של הרשויות המוסמכות הוא קטן, משום שכאמור בית המשפט נמצא בנחיתות מובהקת מבחינת הכשירות שלו לקבל או להעריך החלטות בתחומים אלו; שנית, גם בהנחה שחלק מההחלטות של הרשויות המוסמכות בתחומים הללו הן פגומות, הרי הסיכוי שבית המשפט יצליח לזהות בהצלחה את המקרים הללו הוא קטן.¹⁰⁸ ולבסוף, הנזק שעלול לנבוע מהתערבות שיפוטית מוטעית או מיותרת בתחומים הללו הוא רב.¹⁰⁹

אלא שהדיון בשפיטותם של סוגי החלטות מסוימים אינו יכול להיות שלם בלי להביא בחשבון את הקטגוריה השנייה של השיקולים הנוגעת למחירים החברתיים של עצם הדיון השיפוטי בסוגיות מסוימות. אלו הם השיקולים המיוחדים לסוגיית השפיטות והמבחינים את הדיון בה משיקולים הנוגעים להיקף הביקורת השיפוטית ככלל. להכפפה של החלטות שלטוניות מסוימות לביקורת שיפוטית יש בהכרח מחירים חברתיים מסוימים.¹¹⁰ מחירים אלו כוללים בין היתר את העלויות הישירות של הביקורת השיפוטית (במונחים של זמן ומשאבים כלכליים) וכן השלכות של קיום הביקורת לרבות פורמליזציה, בירוקרטיזציה של הליכי קבלת ההחלטות ופגיעה ביעילותם.¹¹¹ בדרך כלל שיקולים כאלה, עם כל חשיבותם, אין בהם כדי להצדיק שלילה מדעיקרא של הביקורת השיפוטית באמצעות דוקטרינת השפיטות, ואולם קיימים תחומי

¹⁰⁶ אכן זוהי אחת הגישות המקובלות בפסיקה, ראו לעיל הדיון בסעיף ה טקסט אחרי ה"ש 83. מנגד, ניתן לטעון כי אחד החסרונות של העברת בחינת השאלה של הכשירות המוסדית היחסית לשלב הדיון לגופו של עניין קשורה למגבלות הכשירות של בית המשפט בנוגע לבחינת השאלה הזאת (קרי בחינת מגבלות הכשירות עצמן), ראו ADRIAN VERMEULE, JUDGING UNDER UNCERTAINTY 3-4 (2006).

¹⁰⁷ ראו לעיל ה"ש 2 עד 6.

¹⁰⁸ השוו הדיון אצל VERMEULE, לעיל ה"ש 106, בעמ' 9-10, 46-49.

¹⁰⁹ השוו, גונטובניק, לעיל ה"ש 15, לעניין החלטות מבצעיות, בעמ' 239 ו-243.

¹¹⁰ ראו דותן-ביקורת שיפוטית, פרק 2 סעיף 2.3.2.

¹¹¹ שם, שם.

פעילות שלטוניים מסוימים שבהם עצם המעורבות השיפוטית, כלומר עצם הבאת העניין לדיון שיפוטי, גובה מחיר חברתי כבד, שלא תמיד יש הצדקה לשלם אותו. לדוגמה, החלת הביקורת השיפוטית על החלטות מבצעיות של הצבא או על החלטות מדיניות רגישות בתחום הביטחוני או בתחום יחסי החוץ עשויה לשאת עימה עלויות חברתיות כבדות (כגון עיכוב וסרבול של החלטות צבאיות מבצעיות, פורמליזציה של הליכי קבלת החלטות מבצעיות וחשיפה של מגעים מדיניים רגישים) גם אם בית המשפט בסופו של דבר יימנע מלהתערב לגופו של עניין.¹¹²

נוסף על כך, לעצם הדיון בשאלות פוליטיות רגישות ונתונות במחלוקת עלולים להיות מחירים חברתיים כבדים במישור של פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט, משום שדיון שיפוטי בשאלות הללו – אפילו אינו מוביל בסופו של דבר להתערבות בתוצאה הסופית – עלול לטעת בציבור את הרושם שבית המשפט מבקש להתערב בקלחת הפוליטית, ושהשופטים כופים את השקפותיהם האידאולוגיות והפוליטיות האישיות על הרשויות הנבחרות. למשל, מבחינת הרושם שהדבר יוצר בציבור, יש הבדל גדול בין מצב שבו בית המשפט אומר על שאלה פוליטיות רגישות (כגון ההתנתקות או ההחלטה לצאת למבצע צבאי או החלטה לעניין מינוי או פיטורים של שר בממשלה) "אנחנו מוסמכים להחליט בנושא – אך החלטנו לא להתערב", לבין מצב שבו בית המשפט דוחה את העתירה על הסף וקובע כי "אין זה עסקו של בית המשפט".¹¹³ במקרה הראשון הציבור עלול לקבל את הרושם שבית המשפט – שהוא לפי הצהרותיו שלו "בעל הבית" בנושא – החליט שלא להתערב פשוט משום שהוא תומך – מבחינה פוליטית – בהחלטה המדינית העומדת לדיון. ולעניין זה לא יועילו הצהרות השופטים כי הם בוחנים רק את ההיבטים המשפטיים של הנושא וכדומה. במקרה השני בית המשפט דוחה את העתירה על הסף, בלי לדון בה כלל, ובכך הוא מבהיר לכול כי אין לו דריסת רגל בנושא.¹¹⁴

¹¹² השוו את עמדתו של השופט ויתקון בפרשת אשכנזי, לעיל ה"ש 26.

¹¹³ ואכן, אחת הביקורות המקובלות נגד גישת השפיטות המרחיבה אצלנו היא שלרטרקיה הרחבה שבית המשפט משתמש בה יש מחיר כבד מבחינת שחיקת אמון הציבור בבית המשפט. ראו, למשל, זמיר ג, בעמ' 1816–1818, המבקר את הגישה הרטרקיה המרחיבה של בית המשפט לעניין זה. ראו גם מנחם מאוטנר הליברליזם בישראל 150–151 (2019).

¹¹⁴ השאלה של הקשר שבין פסיקת בתי משפט לבין רמת אמון הציבור בהם היא מורכבת, ויש לה היבטים אמפיריים סבוכים (לצד היבטים נורמטיביים נכבדים). ראשית, הציבור הכללי, שאינו מומחה לענייני משפט, מקבל מידע מוגבל ביותר על פסיקת בתי משפט (גם כשמדובר בבתי משפט עליונים וגם כשמדובר בהכרעות עקרוניות, כאלה שמעוררות עניין ציבורי). כלומר, החלטות בתי המשפט מתווכות לציבור בידי מומחים משפטיים ובעיקר בתקשורת (ראו למשל Brandon L. Bartels & Christopher D. Johnston, *On the Ideological Foundations of Supreme Court Legitimacy in the American Public*, 57

חשוב להדגיש כי ההחלטה בדבר שפיטות או אי-שפיטות של עניינים מסוימים צריכה להיות החלטה ברמה מוסדית כוללת. כלומר, אין זו יכולה להיות החלטה שיפוטית שמתקבלת על יסוד שיקולים הנוגעים לנסיבות של מקרה קונקרטי נתון, משום שגישה כזאת (שהיא אחת הגישות המקובלות בפסיקה אצלנו), שלפיה בית המשפט יבחן את שפיטות הנושא על בסיס העובדות הקונקרטיות והשיקולים הפרטיקולריים לאותו מקרה פירושה, הלכה למעשה, שאין מדובר בהחלה של מבחן של שפיטות אלא בקביעה קונקרטית של אי-התערבות לגופה של ההחלטה הספציפית.¹¹⁵ כמו כן חשוב להדגיש כי ההחלטה בעניין סרטוט גבולות השפיטות צריכה להתקבל על סמך שילוב בין שתי הקטגוריות של השיקולים דלעיל. היינו, ייתכנו מצבים שבהם השיקול הנוגע לנחיתות המוסדית היחסית של בית המשפט הוא דומיננטי, ואילו השיקול של הנוק שנגרם מעצם הדיון הוא מוגבל – ולהפך.¹¹⁶

(AMERICAN J. OF POLITICAL SCIENCE 184 (2013)). לפיכך אין כל ודאות כי סוג ההנמקה המשפטית שבה בית המשפט משתמש בכלל מגיע לידיעת הציבור, ולא כל שכן משפיע על עמדת הציבור ועל רמת האמון בבית המשפט. שנית, ההשקפה המקובלת בקרב החוקרים היא שעמדות הציבור בנוגע לפסיקה בתי משפט עליונים ורמת האמון בבית המשפט איננה בהכרח מושפעת ישירות מהחלטות קונקרטיות כלשהן, אלא שקיימת תמיכה ציבורית כללית במוסדות שיפוטיים (diffuse support) שאינה בהכרח מושפעת מרמת ההסכמה של הציבור עם תוכנה של פסיקה קונקרטית זו או אחרת (specific support) (ראו James L. Gibson & Gregory A. Caldeira, *Blacks and the United States Supreme Court: Models of Diffuse Support*, 54 J. POL. 1120, 1126 (1992); Gregory A. Caldeira & James L. Gibson, *The Etiology of Public Support for the Supreme Court*, 36 AM. J. POL. SCI. 635, 637 (1992)). מסיבות אלו רצוי להימנע מלהניח הנחות גורפות בדבר ההשלכות של אימוץ גישה כזאת או אחרת לדוקטרינת השפיטות על אופן הציבור בבית המשפט. עם זאת, ובכלל הזהירות המתבקשת, לא יהיה מופרך להניח – לפחות כל זמן שאין קיימות ראיות מחקריות לסתור – כי אימוץ שיטתי ועקיב של דוקטרינה כזו או אחרת בדבר שפיטותם של עניינים פוליטיים רגישים או כאלו השנויים במחלוקת ציבורית עשוי להשפיע, בטווח הארוך, על עמדת הציבור כלפי מוסדות שיפוטיים ועל רמת האמון בהם. חיזוק משמעותי לטענה כי קיים קשר סיבתי ישיר בין הרחבת היקף ההתערבות של בג"ץ בהחלטות שלטוניות בשנות השמונים והתשעים לבין הירידה באמון הציבור בבית המשפט ניתן לאחרונה במחקר אמפירי שבחן את השינויים ברמת אמון הציבור בבית המשפט בישראל ובמדינות אחרות תוך בחינת התיקוף האמפירי של טענות בנוגע לגורמים שונים שעשויים להיות אחראים לירידה באמון, ראו יהונתן גבעתי ואהרן גרבר "כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט" **משפטים** נג 277 (2024).

115 ראו הדיון לעיל בסעיף ה' טקסט אחרי ה"ש 83.

116 ראו הדיון באי-שפיטות פרסים ותחרויות למיניהן, טקסט להלן החל מה"ש 126.

השימוש במבחן המשולב האמור יכול, לדעתי, להסביר מדוע, למשל במקרה המפורסם של *Baker*¹¹⁷ (שהוא פסק הדין המרכזי של בית המשפט העליון האמריקני בסוגיית השאלה הפוליטית) הכריע בית המשפט לבסוף כי הסוגיה העומדת לפניו היא שפיטה. העתירה באותו עניין עסקה בפרקטיקות לא חוקתיות בנוגע לקביעת אזורי הבחירות על ידי רשויות הממשל במדינת טנסי.¹¹⁸ אין ספק שהשאלה שהובאה לפני בית המשפט העליון הייתה שאלה פוליטית רגישה מאין כמוה (ולכן היה מחיר חברתי מסוים להיזקקות של בית המשפט לסוגיה), ואולם במישור של הכשירות המוסדית היחסית, כשמדובר בהקפדה על נוהלי הבחירות ועל עקרון השוויון בבחירות, מקובל להניח שלבתי המשפט יש יתרון מוסדי מובהק על פני הרשויות הפוליטיות הנבחרות, בשל העובדה שבית המשפט נהנה מאי-תלות גבוהה בהרבה מזו של אותן רשויות, ולכן הוא יכול לדון ללא פניות בשאלות הנוגעות להליכי הבחירות ולתקינות ההליכים הדמוקרטיים בכלל.¹¹⁹

השימוש במבחן הזה יכול להסביר גם מדוע בית המשפט העליון בישראל לא היה מוכן לדון בשאלה העקרונית הכללית של חוקיות ההתנחלויות בשטחים, אך הוא כן מוכן לדון בעתירות קונקרטיות נגד הפקעת מקרקעין פרטיים לצורך בנייה בהתנחלויות.¹²⁰ ובדומה לזה, מדוע בית המשפט היה מוכן לדון בשאלות רגישות הקשורות למעמד האישי ולשאלה "מיהו יהודי", כאשר את השאלות הללו העלו עותרים קונקרטיים שמעמדם האישי היה תלוי בפסיקת בית

117 לעיל ה"ש 5.

118 התופעה של מניפולציות באזורי בחירה כדי להשפיע על הכוח האלקטורלי היחסי של קבוצות מסוימות (המכונה ב'רגון' האמריקני gerrymandering) היא תופעה רווחת בפוליטיקה האמריקנית (כמו גם בשיטות דמוקרטיות אחרות המבוססות על בחירות אזוריות). החידוש שבעניין *Baker*, לעיל ה"ש 5, היה בכך שבית המשפט היה מוכן להכיר בשפיטות של תובענות נגד פרקטיקות כאלו כאשר הרקע להן היה הפליה גזעית, ואולם היוריספרודנציה של בית המשפט בתחום זה רחוקה מלהיות ברורה. ראו, למשל: Laughlin McDonald, *The Looming 2010 Census: A Proposed Judicially Manageable Standard And Other Reform Options For Partisan Gerrymandering*, 46 HARV. J. OF LEGIS. 243 (2009); Vordman Carlisle Traywick III, *Back to the Drawing Board*, 31 SEP.S.C.LAW 52 (2019).

119 ראו דותן ביקורת שיפוטית, פרק 2 סעיף 2.3.1 וכן פרק 5 סעיף 5.3.3.

120 השווה האסמכתאות לעיל בה"ש 65 (הימנעות מדיון בשאלת חוקיות ההתנחלויות) וכן ראו: בג"ץ 390/79 *דיוקאט נ' ממשלת ישראל*, פ"ד (לד) 1 (1979); בג"ץ 7891/07 *תנועת "שלום עכשיו" ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון* (נבו) 18.11.2013 (חוקיות בנייה במאחזים ביהודה ושומרון); בג"ץ 9669/10 *קאסס נ' שר הביטחון* (נבו) 8.9.2014 (פינוי בתים שנבנו על קרקע פרטית בשטחים); בג"ץ 1308/17 *עיריית סילוואד נ' הכנסת* (נבו) 9.6.2020 (פסילת חוק שנועד להכשיר בנייה על מקרקעין פרטיים של תושבי השטחים).

המשפט,¹²¹ אך סירב לדון בשאלות כלליות עקרוניות הנוגעות לדרכי רישום המעמד האישי בישראל.¹²² ההבדל בין העמדות של בית המשפט בעתירות השונות אינו נובע מהאופי הפוליטי של השאלות, משום שבכל המקרים הללו דובר בשאלות רגישות מאין כמוהן מבחינה פוליטית ובסוגיות שהיו שנויות במחלוקת קשה בציבור. אלא שבחלק מהמקרים (כגון כאשר הופקעה קרקע פרטית במסגרת בניית התנחלות) נקרא בית המשפט להגן על חירויות הפרט הבסיסיות, כלומר הוא נקרא לפסוק בנושאים שבעניינם יש לו יתרון מוסדי מובהק, והמצויים אפוא עמוק בתוך הטריטוריה ה"טבעית" שלו. לכן הגם שהדין לגוף העניין נושא עימו מחירים מבחינת החשש להכנסת בית המשפט לסוגיות פוליטיות רגישות, הרי הצד השני של המשוואה, קרי התועלת החברתית הנובעת מהתערבות בית המשפט, מצדיקה את ההיזקקות לעתירה.¹²³ לעומת זאת כשמדובר בביקורת שיפוטית על החלטות המדיניות עצמן, הרי לפי מבחני השפיטות שהוצעו לעיל, כל הטעמים מצביעים לטובת השארתן לא שפיטות. היינו, בית המשפט סובל מנחיתות מוסדית יחסית קשה בנוגע לקבלת החלטות כלליות בתחום מדיניות החוץ והביטחון, וגם טעמים הנוגעים לחשש לפוליטיזציה של השפיטה ולפגיעה באמון הציבור מעצם העיסוק השיפוטי בשאלות כאלו – עומדים בכל תוקפם.¹²⁴

¹²¹ בג"ץ 72/62 רופאייזן נ' שר הפנים, פד טז 2428 (1962); בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970).

¹²² ראו פרשת אורנן, לעיל ה"ש 61. במובן זה קיים קשר בין רעיון השפיטות לבין הדוקטרינות של עתירה כללית והיעדר בשלות, שגם הן שוללות דיון בשאלות משפטיות כלליות או מופשטות טרם הגיען לשלב היישום הקונקרטי במקרים אינדיווידואליים, ראו הדין לעיל בסעיף ה טקסט ליד ה"ש 79.

¹²³ והשוו הדין אצל זמיר ג, בעמ' 1804–1806; ואצל גונטובניק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 239. לא למותר לציין כי כאשר עסקינן בהגנה על חירויות הפרט הבסיסיות הרי גם בשיטות שבהן דוקטרינת השפיטות היא מצירה הרבה יותר מאשר אצלנו, בתי המשפט נטו להכיר בשפיטות של תובענות, גם כאשר הדבר אילץ אותם להתערב בנושאים רגישים של יחסי חוץ, פעולות ביטחוניות וכדומה, ראו באנגליה Belhaj v. Straw, [2017] 2 W.L.R. 456 (SC) וכן באוסטרליה, לעיל ה"ש 104. וראו הדין אצל Thwaites, לעיל ה"ש 6, 10.

¹²⁴ דוגמה טובה להחלטה מוטעית בעניין זה היא, לדעתי, פסק הדין של בג"ץ בעניין ההתנתקות מחבל עזה. שם דחה בית המשפט את הטענה כי העתירות נגד החלטת הממשלה בגין ההתנתקות הן לא שפיטות (ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' נכסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 73–75 וכן פס' 7–8 לחוות דעת המיעוט של השופט א' לוי (2005)). ההנמקה לדחיית טענת השפיטות הן של דעת הרוב והן של דעת המיעוט הייתה כי ההתנתקות (והחוק שענין אותה) פוגעת בחירויות הפרט של המתגוררים בחבל עזה שייאלצו להתפנות ממקום מגוריהם ולאבד את רכושם בעקבות ההחלטה (ראו שם, פס' 75. שופט המיעוט אף הגדיל לעשות ודחה את טענת אי-השפיטות בשל הפגיעה "בזכויות היסוד של הפרט והכלל", שם, בפס' 8 לפסק הדין

יש לשים לב כי במסגרת המבחן המוצע כאן השאלה של מידת קיומן של אמות מידה משפטיות קונקרטיות היא רק מבחן משנה של שני המבחנים העיקריים המוצעים בעניין הכשירות המוסדית היחסית של בית המשפט והמחירים החברתיים של ההיזקקות לסוגיה. היינו, קיומו של חוק ספציפי מפורט בסוגיה כלשהי (בשונה ממצב שבו בית המשפט צריך להפעיל את נורמת הסבירות העמומה) עשוי להיות רלוונטי ביותר להחלטה בדבר שפיטות הסוגיה. ראשית, כאשר עסקינן ביישום נורמה משפטית ברורה (כגון חוק או תקנות) יש לדבר השפעה ישירה על הכשירות המוסדית היחסית של בית המשפט לדון בעניין, משום שבתי המשפט הם מוסדות שמטבעם נועדו, בראש ובראשונה, ליישם נורמות משפטיות קיימות (שנוצרו בעיקר על ידי המוסדות הפוליטיים הייצוגיים). שנית, קיום נורמה סטטוטורית מפורשת גם מפחית, בדרך כלל, במידה ניכרת את המחיר החברתי של עצם הדיון בסוגיה, משום שקיום נורמה סטטוטורית קונקרטית וברורה הוא הצדקה לדיון שיפוטי לפרשנות הנורמה ואכיפתה, וגם מקטין את החשש שהתערבות בית המשפט תהיה מושפעת מההשקפות הפוליטיות האישיות של השופטים ותגרום פגיעה באמון הציבור.¹²⁵ עם זאת רמת הקונקרטיות של הנורמות החלות על הנושא (מה שמכונה בפסיקה השפיטות הנורמטיבית) אינה בהכרח שיקול המכריע את סוגיית השפיטות. היינו ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם למרות קיומו של חוק ספציפי וברור, הסוגיה הנדונה תהיה רגישה כל כך מבחינה פוליטית, עד שייתכן שעל בית המשפט יהיה להימנע מלדון בעתירות באותו נושא, משום שהמחיר החברתי מבחינת הפגיעה באמון הציבור בבית המשפט עשוי להיות כבד – ולהפך.

המבחן המוצע כאן עשוי להצדיק אי-שפיטות של עניינים מסוימים הגם שאינם מצויים בתוך הטריטוריה של עניינים פוליטיים רגישים במיוחד. טלו

של השופט לוי). לדעתי עמדת בית המשפט בעניין זה בטעות יסודה משום שהיא מבלבלת בין השאלה של שפיטותה של החלטת המדיניות הכללית על ההתנתקות לבין השאלה של הזכויות הקונקרטיות של הנפגעים מההחלטה. גם החלטה לצאת למלחמה עשויה לפגוע בזכויות של אזרחים שונים, כגון מי שגויסו לצבא או מי שעלולים להיפגע בגופם או ברכושם מהפעילות הצבאית, אך הדבר לא הופך את עצם ההחלטה על היציאה למלחמה לשפיטה. אלא שבית המשפט יכול לדון בהשלכות הקונקרטיות הישירות של ההחלטה על זכויות אינדיווידואליות של עותרים קונקרטיים. לפיכך ההחלטות בגין החרמת הרכוש של המתגיישים בעזה ושיעור הפיצויים המגיעים להם צריכות להיחשב להחלטות שפיטות (ולא במפתיע, נושא הפיצויים עוגן בחוק כשהוא מפורט, ולרבות הליכי התקפה והביקורת השיפוטית על ההחלטות הקונקרטיות בנושא, ראו חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 – מה שהבטיח היטב גם את רמת השפיטות הנורמטיבית של שאלות הנוגעות לתשלום הפיצויים). לעומת זאת ההחלטה עצמה על ההתנתקות היא שאלה שצריכה להיחשב ללא שפיטה מדעיקרא.

ראו לעיל הדיון בסעיף 27 טקסט ליד ה"ש 56.

125

לדוגמה עתירות שמנסות להכניס את בית המשפט להכרעה בתחרויות שונות, כגון חידון התנ"ך העולמי,¹²⁶ הענקת פרס ישראל,¹²⁷ תחרות מלכת היופי או אפילו בתוכנית ריאליטי בערוץ טלוויזיה פופולרי.¹²⁸ דומה שהמבחן המשובל שמוצע כאן שולל התערבות של בית המשפט בהליכים כאלה ופיקוח שיפוטי עליהם. אך השיקולים כאן שונים במידה מסוימת מאלו הנוגעים לסוגיות מדיניות רגישות. ראשית, מבחינת הכשירות המוסדית היחסית ניתן לומר שקני המידה המשמשים להכרעה בעניינים כאלה רחוקים מאוד מכל קנה מידה משפטי מקובל, ולכן אין לבית המשפט שום יתרון מוסדי באשר להכרעה בהם. בד בבד יש מחיר חברתי מסוים לעיסוק של בית המשפט בהכרעה בעניינים הרחוקים מאוד מתחומי העיסוק המשפטיים המקובלים, בעיקר בשל הצורך להכפיף את מערך השיקולים הקיימים בהליכים כאלה לקני מידה משפטיים, וגם, אולי, לזילות של תדמית בית המשפט אם ייכנס לעיסוק בהן.¹²⁹ ומובן שגם כאן קיומן של נורמות משפטיות ברורות המסדירות את התחום (למשל, לו תקנון פרס ישראל היה מוסדר בתקנות של שר החינוך) היה בו כדי לשנות את התמונה בעניינה של עתירה שהייתה מושתתת על אותן נורמות משפטיות קונקרטיות.¹³⁰

¹²⁶ ראו, למשל, ע"א 338/65 מדינת ישראל נ' קראסניאנסקי, פ"ד כ(2) 281 (1966).
¹²⁷ ראו, למשל: בג"ץ 2205/97 מסאלה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נא(1) 233 (1997); בג"ץ 2769/04 יהלום נ' שר החינוך, פ"ד נח(4) 823 (2004); בג"ץ 2454/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' שרת החינוך (נבו 17.4.2008); בג"ץ 2324/11 גיל נ' שר החינוך (נבו 26.4.2011); וכן דניאל פרידמן "שפיטות החלטות בענייני פרס ישראל" המשפט ה 181 (2000); מאיר הופמן "שפיטות החלטות בענייני פרס ישראל – עד מתי?" המשפט ח 557 (2003).

¹²⁸ בהקשרים מסוימים ניתן לכאורה להצדיק את אי-שפיטותם של הליכים כאלה משום שהם, בחלקם לפחות, אינם נעשים על ידי רשויות ציבוריות. ואולם, כידוע, הפסיקה אצלנו החילה את דרישות המשפט הציבורי גם על גופים ועל הליכים שאינם רשויות שלטוניות מובהקות, ראו: בג"ץ 731/86 מיקרו דף בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987); ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשון לציון, פ"ד נג(3) 600 (1999), וראו יצחק זמיר, הסמכות המינהלית מהדורה שנייה מורחבת כרך א 526–527 (2010). ומכאן ששאלת השפיטות של חלק מההליכים הללו בעינה עומדת.
¹²⁹ ישאל השואל: האם יש לדבוק בעמדה כזאת השוללת מדעיקרא את שפיטותם של הליכים כאלו גם במקרים חמורים שבהם מתברר כי קבלת ההחלטה בתחרות הייתה נגועה בשוחד או בפגם חמור אחר? לדעתי, גם במקרה כזה אין הצדקה לחרוג מתפיסת אי-השפיטות של נושאים כאלה בכל הנוגע להליכי ביקורת שיפוטית. מובן שקיימים כלים משפטיים אחרים בתחום המשפט הפלילי או האזרחי שיכולים לתת מענה הולם לתיקון של פגמים חברתיים חמורים במקרים המתאימים.

¹³⁰ והשוו פרשת יהלום, לעיל ה"ש 127, בעמ' 831, שם ציין השופט מצא כי יש לראות בתקנון פרס ישראל "מסכת של הנחיות פנימיות שפורסמו על ידי שר החינוך במטרה להסדיר נושאים שונים הקשורים בהענקת פרסי ישראל". והשוו גם הדיון אצל זמיר ג, בעמ' 1799.

ז. שפיטות של הליכים פנימיים בכנסת

לסיום הדיון אדגים את השלכותיו של הניתוח שהוצע כאן על הסוגיה של התערבות בג"ץ בהליכים הפנימיים של הכנסת. בעבר הייתה מקובלת אצלנו ההשקפה כי הליכים פרלמנטריים פנימיים בכנסת הם לא שפיטים.¹³¹ תפיסה זו של אי-שפיטות התבססה על עקרון הפרדת הרשויות ועל הכבוד ההדדי שבין הרשות השופטת לרשות המחוקקת. זוהי גם התפיסה המקובלת בכל שיטות המשפט הקרובות לשיטת המשפט בישראל.¹³² אלא שבמסגרת המהפכה בביקורת השיפוטית של שנות השמונים שונתה תפיסה זו. בבג"ץ שריד¹³³ קבע השופט ברק כי עיקרון שלטון החוק מחייב כי הליכים פנים-פרלמנטריים בכנסת יהיו כפופים לביקורת שיפוטית אם כי היקף הביקורת יהיה מצומצם למקרים

¹³¹ ראו יעקב צמח "בעיית אי-שפיטות ההליכים הפרלמנטריים" עיוני משפט ג 752, 759–760 (התשל"ג–התשל"ד).

¹³² ראו לגבי המצב באנגליה R v. Parliamentary Commissioner for Standards ex p. Al Fayed, [1998] 1 W.L.R. 669; H.W.R. WADE & C.F. FORSYTH, ADMINISTRATIVE LAW 538 (11th ed. 2014) ("For obvious constitutional reasons there can be no judicial review of parliamentary proceedings of any kind"). בארצות הברית קיימת דוקטרינה קשיחה ולפיה תקינותם של הליכים בקונגרס שקדמו לקבלת חוקים וחתימתם בידי הנשיא הם לא שפיטים, ראו: Marshall Field & Co. v. Clark, 143 U.S. 649, 672 (1892); United States v. Munoz-Flores, 495 U.S. 385 (1990); Ittai Bar-Siman-Tov, *Legislative Supremacy in the United States?: Rethinking the "Enrolled Bill" Doctrine*, 97 GEO.L.J. 323 (2009); Hanah Metchis Volokh, *A Read the Bill Rule for Congress*, 76 MO. L. REV. 135, 162 (2011). הליכים פנים-פרלמנטריים נחשבים למקרה קלאסי שנופל לגדר דוקטרינת "השאלה הפוליטית" (political question) ראו עניין Baker, לעיל ה"ש 5, בעמ' 214, 217.

למצב בקנדה ראו: Dixon v. Canada (Governor in Council), [1997] 3 F.C. 169, para 17–20 (Can. C.A.); LORNE SOSSIN, BOUNDARIES OF JUDICIAL REVIEW: THE LAW OF JUSTICIABILITY IN CANADA 166–167 (1999).

בניו זילנד קיימת הלכה של היעדר שפיטות של נושאים הכרוכים בדיונים של הפרלמנט ראו: Prebble v. Television New Zealand Ltd., [1995] 1 A.C. 321 (PC); Boscawen v. Attorney-General, [2009] N.Z.C.A. 12, [2009] 2 N.Z.L.R. 229.

בשונה משיטות משפט קונטיננטליות מסוימות, כגון בגרמניה ובספרד, שבהן קיימת ביקורת על הליכים פנים-פרלמנטריים (לסקירה ראו סוזי נבות "עשרים שנה למבחן שריד": עיון מחדש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" מחקרי משפט יט 721, 740–745 (התשס"ב–התשס"ג)), אלא שהביקורת הזאת נעשית בידי שופטים של בית המשפט החוקתי הנבחרים לתפקידם, במדינות אלו, לתקופה קצובה בידי חברי הפרלמנט עצמם (ראו יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות – מבט השוואתי" משפט וממשל י 489, 502–504 (2007)).

¹³³ בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982).

שבהם החלטת הכנסת פוגעת פגיעה ממשית "במרקם החיים הפרלמנטריים" ככנסת או שיש בה פגיעה "בערכים מהותיים של המשטר החוקתי".¹³⁴ אף שהחלטת בית המשפט בעניין שריד נוסחה כביכול במונחים של ביקורת מצומצמת, ההשלכה המיידית שלה במישור המעשי הייתה רחבת היקף. מאותו שלב ואילך, עתירות בנוגע להחלטות בתחום הניהול הפנימי של הכנסת, דרכי הדיון בהצעות אי-אמון, דרכי קביעת סדר היום של הדיונים, החלטות בנוגע למינוי ראשי ועדות בכנסת, הפניית נושאים מסוימים לטיפול בוועדה מסוימת ולא בוועדה אחרת של הכנסת וכיוצא באלה עניינים פנים-פרלמנטריים – כל אלה הפכו לחזון נפרץ.¹³⁵ העתירות הללו, רובן ככולן, ולמעט חריגים מעטים ביותר (ראו להלן) נדחו בבית המשפט, אך ברוב המקרים, לאחר שבית המשפט דן בהן לגופן, בצורה מפורטת יותר או פחות.¹³⁶ בסופו של דבר מכל העתירות הרבות שהביאו את חברי הכנסת (או גורמים אחרים) להתדיין זה עם זה בבית המשפט, קיבל בית המשפט הלכה למעשה במהלך השנים עתירות שאפשר למנות אותן בקלות באצבעות יד אחת.¹³⁷

134 שם, בעמ' 203–204.

135 ראו, למשל: בג"ץ 482/88 רייסר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מב(3) 142 (1988); בג"ץ 1179/90 סיעת ר"צ, התנועה לזכויות האזרח ולשלום נ' ממלא מקום יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(2) 31 (1990); בג"ץ 1956/91 שמאי נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מה(4) 313 (1991); בג"ץ 4064/95 פורת נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מט(4) 177 (1995); בג"ץ 9070/00 לבנת נ' יושב ראש ועדת חוק ומשפט של הכנסת, פ"ד נה(4) 800 (2001); בג"ץ 9056/00 קליינר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נה(4) 703 (2001); בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נט(1) 577 (2004). וראו לאחרונה בג"ץ 4273/21 ארבל נ' יושב ראש הכנסת (נבו 29.6.2021). לדיון כללי ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 60, בעמ' 240, וכן Yoav Dotan & Menachem Hofnung, *Legal Defeats – Political Wins: Why Do Elected Representative Go to Court?* 38 COMPARATIVE POLITICAL STUDIES 75 (2005).

136 ראו רובינשטיין ומדינה, שם; Dotan & Hofnung, שם.

137 למעשה, עד לאחרונה לפחות, שני המקרים היחידים שבית המשפט היה מוכן להתערב ישירות בפסק דין בהחלטה של מוסדות הכנסת בנוגע להליכים הפנים-פרלמנטריים היו מקרים שבהם מוסדות הכנסת ניסו להגביל את הפעילות הפנים-פרלמנטרית של סיעת הימין הקיצוני של מאיר כהנא כדי למנוע ממנו להעלות הצעות חוק גזעניות (כאלו שהיו הזור לאחר מכן לתיקון בחוק-יסוד: הכנסת, שמנע את האפשרות של סיעות כאלה להעמיד עצמן לבחירה לכנסת מלכתחילה) ראו בג"ץ 73/85 סיעת כח נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141 (1985) (התערבות בג"ץ בהחלטה של הנשיאות שלא לאפשר הגשת הצעת אי-אמון מטעם סיעת יחיד); בג"ץ 669/85 כהנא נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מ(4) 393 (1986) (התערבות בג"ץ בהחלטת נשיאות הכנסת שלא להניח הצעות לסדר שהגיש העותר בשל אופיין הגזעני). מקרה נוסף שבו בית המשפט התערב הוא בג"ץ 5711/91 פורי נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מו(1) 299 (1991), אך שם ההתערבות הושתתה על כך שפעילות המשיבים הייתה מנוגדת לקביעת בג"ץ בפסק דין קודם בנושא. וראו

לכאורה, ההשקפה שתומכת בפיקוח שיפוטי הדוק על פעילות הכנסת יכולה לראות בכך דווקא עדות להצלחה של הגישה השיפוטית הנוכחית. זאת, הן מבחינת הבטחת השלטתו של "שלטון החוק" על בית המחוקקים¹³⁸ והן מהבחינה, שלכאורה לפחות, נראה כי בית המשפט מיישם הלכה למעשה את הגישה המוצהרת שלו. לפי גישה זו, אומנם הליכים פנים-פרלמנטריים הם שפיטים, אך היקף הביקורת מצומצם למקרים קיצוניים בלבד.¹³⁹ ואולם, לדעתי, גישה כזאת מתעלמת לחלוטין מהרציונל הבסיסי של הדיון בשפיטות. היינו, מהעובדה שעצם הדיון לגופו של עניין בתחומים רגישים מבחינה פוליטית נושא עימו מחירים חברתיים כבדים, גם בהנחה שהיקף ההתערבות של בית המשפט בפועל, בפסק דין, הוא מצומצם ונדיר יחסית.¹⁴⁰ ודומה שאין תחום שמדגים טענה זו טוב יותר מהתערבות בג"ץ בהליכים פנים-פרלמנטריים. שהרי, התוצאה של קו הפסיקה שהתחיל בהלכת שריד היא שחדשות לבקרים, ולעיתים עשרות פעמים בשנה, מתייצבים חברי כנסת זה מול זה באולם בית המשפט כדי להתדיין על נושאים שקשורים במובהק לניהול הפנימי של הפרלמנט שלנו. היינו, עתירות לבג"ץ הפכו למכשיר פרלמנטרי כמעט שגרתי. באמצעות מכשיר זה, מנסים חברי כנסת (וגם גורמים אחרים, שהם בעלי עניין בדיוני הכנסת), להשפיע על מהלך הדיונים בבית המחוקקים. מטרתם להשיג יתרונות פוליטיים שונים, לרבות למשל חשיפה תקשורתית, בנצלם את הבמה שמעניק להם בג"ץ.¹⁴¹

לאחרונה גם בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (נבו) (23.3.2020) (התערבות בג"ץ בהחלטת יו"ר הכנסת לדחות את כינוס מליאת הכנסת לצורך בחירת יושב ראש קבוע בעקבות הבחירות, וראו להלן ה"ש" 143. אני מוציא מכלל הדיון כאן את נושא הביקורת השיפוטית על החלטות מעין-שיפוטיות העוסקות בזכויות אינדיבידואליות של חברי כנסת, כגון בנושאי הסרת חסינות וכיוצא באלה המעורר שאלות אחרות (ראו בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (1) 118 (1981) וכן רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 60, בעמ' 243 ואילך).

ראו למשל עניין שריד, לעיל ה"ש 133, בעמ' 202–204; פרשת לבנת, לעיל ה"ש 135, בעמ' 811, 813.

ראו, למשל, גישת נבות, לעיל ה"ש 132, בעמ' 785 ואילך; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 60, בעמ' 237 (המתארים את פיקוח בג"ץ על הכנסת כנשלט על ידי תפיסה של "מתחם רחב של סבירות"). והשוו בנדור, לעיל הערה 30, בעמ' 609–616.

יוער כי בחינת ההשלכות של הביקורת השיפוטית רק באספקלריה של פסקי דין שבהם בית המשפט התערב אינה מדויקת משום שהיא מתעלמת מהעובדה שלעיתים קרובות התערבות בג"ץ נעשית בדרך של אכיפת פשרה על הצדדים, ועניין פורז, לעיל ה"ש 137, יכול לשמש דוגמה טובה לכך (ראו הביקורת על פסק הדין אצל רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 60, בעמ' 241–242). לדיון בהשלכות של ביקורת בג"ץ בדרך של פשרות ראו גם יואב דותן "קדם בג"ץ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" משפט וממשל ז' 159 (2004).

ראו Dotan & Hofnung, לעיל ה"ש 135.

כזכור, השופט ברק הצהיר בעניין שריד כי מטרתו של הפיקוח השיפוטי היא למנוע פגיעות חמורות "במרקם החיים הפרלמנטריים"¹⁴² ונשאלת השאלה הבאה: האם היה אפשר לחשוב על פגיעה חמורה יותר באותו "מרקם חיים פרלמנטריים" של הכנסת ממצב שבו, לעיתים קרובות חברי הכנסת, במקום להתייצב זה מול זה בבית המחוקקים ולהיאבק ולהתנצח על עמדותיהם הפוליטיות. במקום זאת, הם מתייצבים זה מול זה באולם בית המשפט כשהם "חמושים" בעורכי דין, וכאשר הוויכוח מתנהל, במקום באולם המליאה או בחדרי הוועדות, באולם בית המשפט, וכאשר הפורום שמכריע במחלוקות הללו – הוא שופטי בג"ץ?

במילים אחרות, טענתי היא כי עניין שפיטות ההליכים הפנים-פרלמנטריים הוא דוגמה טובה לכך שה"תרופה" שמציעה הגישה המרחיבה בבג"ץ גרועה בהרבה מן ה"מחלה" שאותה היא מתיימרת לרפא. ההתערבות השיפוטית עצמה גורמת למרקם החיים הפרלמנטריים, לפעולה התקינה של מוסדות הפרלמנט שלנו ולמעמדה של הכנסת בציבור, נזק גדול משגורמים אותם חוליים פוטנציאליים או אמיתיים שאותה היא מתיימרת לרפא. מנקודת ראות חברתית כוללת דומה כי לו היה בג"ץ מושך את ידיו כליל מעיסוק בעניינים כאלה, אולי פה ושם, היו מוסדות הכנסת פוגעים, לעיתים נדירות, בעקרונות יסוד כאלה או אחרים (כמו בשתי העתירות בעניין כהנא וסיעת כך שהוזכרו לעיל). אך עדיין מנקודת ראות של הדמוקרטיה הישראלית בכללה ושל השמירה על התפקוד הראוי של בית המחוקקים היה עדיף "לספוג" את ההפרות הללו מלשלם את המחירים המשולמים בפועל, עשרות פעמים בשנה, בשל הפגיעה בתפקוד התקין של הפרלמנט ובמעמדו הציבורי – בעקבות הפיקוח האינטנסיבי של בג"ץ.

זאת ועוד, אפילו מי שאינו מקבל את הטענות שהצגתי לעיל יכול לאמץ גישת ביניים, שלפיה עתירות בנוגע להליכים פנימיים הן ככלל לא שפיות, אלא אם כן הן מעלות, על פניהן, שאלה רצינית הנוגעת בפגיעה קשה בעקרונות יסוד חוקתיים.¹⁴³ לו היה בית המשפט מקבל את הגישה הזאת, הרי לכל הפחות היה

¹⁴² ראו עניין שריד, לעיל ה"ש 133.

¹⁴³ לקטגוריה הזאת ניתן לשייך את בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 137, שם התערב בית המשפט בהחלטה של יו"ר הכנסת לדחות את הדיון במליאה בבחירת יו"ר הכנסת – שנועד להחליף אותו עצמו – בעקבות תוצאות הבחירות לכנסת ה-23. התערבות בית המשפט נועדה להגן על העיקרון הדמוקרטי הבסיסי של מימוש רצון הרוב (כפי שבא לידי ביטוי בבחירות) כנגד צעד שעשה יושב הראש המכהן לנצל את סמכותו למנוע את מימוש רצון הרוב. כלומר, עסקין לכאורה במצב קלאסי שבו התערבות בית המשפט נועדה להבטיח את פעולתם של "ערוצי השינוי הדמוקרטיים" (facilitating the channels of political change) ראו JOHN HART ELY, DEMOCRACY (AND DISTRUST 105 et. seq (1980), דבר שהודגש היטב בפסק הדין (בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל, שם, פס' 3 סיפה ופס' 6 לפסק הדין של השופט

אפשר למנוע את מרבית הנזק שנגרם כיום לכנסת. היינו, גישה כזאת הייתה מבהירה כי ככלל עניינים הנוגעים להליכים פנים-פרלמנטריים הם לא שפיטים, ובכך היא יכולה לסלק מעל סיפו של בית המשפט את מרביתן המכרעת של העתירות הללו, ועדיין היה נשאר לבית המשפט פתח – אומנם צר ונדיר – להתערב ולדון לגופו של עניין באותם מקרים חמורים. אלא שגישת השפיטות המרחיבה הנוהגת בבג"ץ כיום אינה מוכנה לוותר על הפיקוח השוטף של בית המשפט ועל ההתערבות התדירה בענייניה של הכנסת. ודומה שהדבר נובע מכך שאין קיימת אצל האוחזים בגישה ההכרה במחירים החברתיים של השפיטות הרחבה, או שחוסר האמון שלהם במוסדות הנבחרים אצלנו הוא כה עמוק, עד שלשיטתם כדאי לשלם את המחירים הללו כדי למנוע "קטסטרופות" שינבעו, כביכול, מ"התרת הרסן" השיפוטי שאליו נאלצה הכנסת להתרגל מאז תחילת שנות השמונים.

עמית, דברי השופט פוגלמן, פס' 9 לפסק הדין של השופט מלצר).