

**הכנס השנתי של לשכת עורכי הדין לשנת 2025**

**(28.5.2025)**

**שופט בית המשפט העליון יוסף אלרון**

**בין הקצוות – האם קיימת דרך אמצע במשפט החוקתי**

**בישראל?**

בוקר טוב לכולם,

בשנים האחרונות אנו עדים למגמת הרחבת סמכות בית המשפט העליון והתערבות גוברת מצדו בביקורת חוקתית ואפילו על-חוקתית. הרחבה זו, אשר התנגדתי לה בעקביות בחוות דעתי, מציבה אתגר של ממש אל מול עיקרון הפרדת הרשויות; מעיבה על היחסים שבין הרשות השופטת ליתר הרשויות; וגוררת "שיח קצוות" שבו בית המשפט הפך, שלא בטובתו, לזירת מאבק ציבורית, גם בהיבטים שאינם משפטיים.

בדבריי היום, אציג דרך חלופית שבה ניתן וצריך לטעמי  
לצעוד – דרך אמצע.

דרך המכירה בסמכות בית המשפט העליון – אך מבקשת  
לעשות בה שימוש מרוסן, מצומצם ומאופק; דרך אמצע  
שאינה מבקשת להחריף את עוצמת המאבק בין הרשויות,  
אלא להפחית את המתח ביניהן; כזו שאינה מובילה  
להתנגשות חריפה – אלא למיתון השיח; כזו אשר מבטאת  
ריסון ואיפוק של בית המשפט העליון, ובד בבד אינה  
מקריבה שמירה על זכויות יסוד ועקרונות דמוקרטיים  
ועומדת על קיומם.

המשפט החוקתי בישראל מתפתח מזה מספר עשורים  
באופן ובדרך של "טלאי על טלאי". חלף כינונה של חוקה  
שלמה וסדורה.

כך, החל מפשרת הררי, דרך חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חוק-יסוד: חופש העיסוק, ופסק הדין הידוע בפרשת בנק המזרחי; עד לאבני דרך משמעותיות נוספות – פסקי הדין בעניין פשרת "האוזר הנדל" ובעניין "חוק הלאום", בהם פותחו דוקטרינות על בסיסן בג"ץ מוסמך, לכאורה, להורות על בטלות חוק-יסוד או חלקו.

השלב הנוסף והמשמעותי הוא פסק הדין בעניין תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה. תיקון לפיו הוגבלה כידוע סמכותו של בית המשפט לעשות שימוש בעילת הסבירות. בפסק הדין, שניתן בהרכב של 15 שופטים של בית המשפט העליון, נפסל באופן תקדימי התיקון לחוק-יסוד.

למעלה משנה חלפה מאז ניתן פסק הדין, ועדיין הוא מעורר ויכוח ציבורי נרחב המלמד על התקופה הסוערת בה אנו מצויים במשפט החוקתי, אולי סוערת מאי פעם.

על רקע האתגרים הרבים והמורכבים הניצבים בפני המשפט החוקתי בישראל, אבקש כאמור להציג בפניכם את האפשרות, ש"אנשי הקצוות" מעדיפים להתעלם ממנה, והיא הצעידה בדרך אמצע.

משמתקבל בכנסת חוק השנוי במחלוקת פוליטית וציבורית, טרם יבשה הדיו על רישומו בספר החוקים – והנה עותרים רבים מתדפקים על דלתות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט הגבוה לצדק ומבקשים כי ימחק בפסק דינו את חקיקת הכנסת, בין אם בכובעה כרשות המחוקקת ובין אם בכובעה כרשות המכוננת.

באופן זה, עתירות אלו מבקשות להביא את בית המשפט אל תוך "המגרש הפוליטי" ויהא מי שיאמר לגרום לו להתערב בעניינים המצויים באחריות נבחרי הציבור – אשר הם החבים הסברים לבוחריהם.

שחיקת עילות הסף לסילוקן של עתירות המוגשות לבג"ץ, תרמה תרומה מכרעת להיווצרות מצב זה. נותר מעט, אם בכלל, מדוקטרינת השפיטות ומהדרישה לזכות עמידה.

מלבד זאת, בעתירות חוקתיות שכאלו אין צורך ממשי במיצוי הליכים; אין צורך כי העותרים יצביעו על אינטרס ייחודי וספציפי שלהם; אפילו לא נדרש, כביכול, להמתין ולבחון את השלכות החוק או חוק היסוד אשר מבוקש לבטלו.

לא נדיר לראות על כן 4-5 עתירות דומות, המוגשות שעות ספורות או ימים ספורים לאחר שהחוק, או חוק היסוד, התקבל במליאת הכנסת, כחלק מהתופעה הידועה של "מרוץ לבג"ץ".

מדינת ישראל כידוע, משופעת בעותרים ציבוריים. התוצאה היא העברה ישירה ומיידית של סוגיות שכאמור במחלוקת ציבורית עזה, היישר ממליאת הכנסת לאולם בית המשפט העליון. לא חסרות דוגמאות לכך בשנים האחרונות ובוודאי שלא בחודשים האחרונים.

מטבע הדברים, השיח הציבורי, באופן שבו הוא מתנהל לציבור הרחב, ממוקד תוצאה – את הציבור הרחב מעניינת ה"שורה התחתונה". כלומר, האם החוק או חוק היסוד נפסל או לא.

בהמשך ישיר לכך, כל תוצאה מתפרשת כ"ניצחון" או "הפסד" לצד זה או אחר. פשרה אינה נתפשת כדבר רצוי או מבורך, אלא כ"התקפלות" או "חולשה" של מי מהצדדים. שיח מתון מתואר כ"כניעה".

מי שמגלה הבנה לעמדת השני, נתפס כ"חלש". כל צד מבקש להכניע את יריבו ולכפות עליו את עמדתו המשפטית והמוסרית.

כאשר שיח כוחני זה מחלחל לתוככי המשפט החוקתי – הנזק הוא עצום. כך עבור בית המשפט העליון, כך עבור יתר הרשויות וחשוב מכל – כך עבור הציבור הרחב.

המשפט, בשונה אולי מזירות ותחומים אחרים, אינו שחור ולבן. יש לו גוונים רבים. לרוב, מנעד האפשרויות שניצב לפני בית המשפט הוא רחב – והמשפט החוקתי אינו חריג לעניין זה.

במנעד הסעדים האפשריים, הוראה על בטלות חוק, לא כל שכן חוק-יסוד, היא סעד הניצב בקצה של הקצה – זהו הסעד המשמעותי והדרמטי ביותר.

בעבר פסלות חוק תוארה כ"נשק בלתי קונבנציונאלי".  
ספק גדול אם מי שכתב מילים אלו שיווה לנגד עיניו את  
האפשרות המעשית לביטולו של חוק-יסוד.

בהתחשב בחוסר החוקתי והחקיקתי הקיים, שבו סמכות  
בית המשפט העליון נקבעת לפי פסיקתו שלו, עמדתי תמיד  
הייתה כי עליו לנהוג בזהירות ובצניעות. בסמכותו,  
הרחבה גם כך, יש לעשות שימוש מושכל ומדוד.

במיוחד, כאשר עצם סמכותו של בית המשפט העליון  
להעניק את הסעד היא השנויה במחלוקת. למשל, כאשר  
מדובר בעתירות המבקשות להורות על בטלות סעיף מתוך  
חוק-יסוד.

סמכות זו אינה עניין של מה בכך. הרחבת סמכותו, כך שלו  
ורק לו תהיה ה"מילה האחרונה" בסוגיות חברתיות  
ומוסריות בסיסיות מעוררת קשיים רבים. עיגונה של

סמכות זו באמצעות דוקטרינות פרי הפסיקה, רק מעצימה את הקושי.

ברקע קשיים אלו, ומשעצם סמכותו של בית המשפט העליון היא שמוטלת בספק, האם נכון לעשות שימוש בסעד קיצוני של פסלות חוק או חוק-יסוד? האם נגזר על החברה בישראל להגיע לתוצאה של "הכול או כלום"?

עמדתי היא שבמקרים רבים, היכן שקיים פתרון ביניים הנסמך על טיעונים משפטיים תקפים, יש לשקול בכובד ראש פנייה לפתרון כזה. מכל בחינה שהיא, עדיף בית משפט מתון ושקול, מאשר בית משפט שש אלי קרב. בית משפט השם עצמו במוקד השיח הציבורי ומוכתם כמי שמוטה, שנוטל צד בוויכוח ציבורי/פוליטי אשר מן הראוי כי ירחיק עצמו ממנו.

גישתי זו באה לידי ביטוי גם בפסק הדין בעניין הסבירות (בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (1.1.2024)).

באותו פסק דין סברתי, בשונה מיתר חברי ההרכב, כי גם אם לבית המשפט העליון הסמכות להורות על בטלות חוק-יסוד – הרי שאין הצדקה לעשות בה שימוש בשלב זה.

סברתי אז, ועודני סבור, כי לו תיקון 3 לחוק-יסוד השפיטה, היה נותר על כנו עד לעצם היום הזה, ספק גדול אם היה מתרחש שינוי כלשהו במערך האיזונים הקיים ובסופו של יום הדבר לא היה פוגע באזרחי ישראל.

עילת הסבירות, שחוותה עדנה מפתיעה למדי בקיץ שנת 2023, אינה העילה שעליה המשפט המנהלי קם ונופל. מדובר בעילה, אחת מני רבות, אשר בתי המשפט עושים בה שימוש.

מעבר לכך, בספרות המשפטית נמתחה ביקורת עקבית על כך שבית המשפט עושה בעילה זו שימוש מופרז. הלכה למעשה, המקרים שבהם עילת הסבירות לבדה חורצת את גורל תיק כזה או אחר הם נדירים, אולי אפילו נדירים מאוד.

כמעט למותר לציין, כי אם המשמעות הסופית של התיקון הייתה צמצום עילת הסבירות להיקפה בימים עברו, הרי שההצדקה לביטולו מתאינת לחלוטין.

משכך, בפסק דין קצר למדי בהשוואה לחבריי וחברותיי, נימקתי כי העתירות ממילא אינן "בשלות" להכרעה ויש לדחותן.

כידוע, דוקטרינת ה"בשלות" זו אחת מהדוקטרינות המבקשות להפחית, באופן מוצהר ומכוון, את המתח בין הרשויות. היא נועדה להבטיח שהתערבות בחקיקה, על

אחת כמה וכמה חקיקת יסוד, תיעשה אך ורק אם אכן פני הדברים כנטען בעתירה.

כלומר, דבר החקיקה יבחן על ציר הזמן במהלכו התיקון יפורש ומהן השלכותיו בפועל, ורק לאחר זאת נבחן אם יש ממש בטענות העותרים ואם ראוי לעשות שימוש בכלי הדרסטי של פסילת חוק או חוק-יסוד.

אם החששות שהוצגו בעתירות יתבדו – הרי, ממילא נחסכה התנגשות מיותרת בין הרשויות. ציינתי בפסק הדין:

”דומה שבית משפט זה נקלע פעם נוספת, שלא בטובתו, לליבת המחלוקת הציבורית בישראל.

המלאכה השיפוטית מזמנת ליושב בדין אתגרים רבים. מהגדולים שבהם, הוא לדעת מתי לנהוג בריסון ובאיפוק. [...] את משאביו, לרבות בכל הקשור לאמון

הציבור בבית המשפט, על בית משפט זה לשמור למקרים המתאימים לכך. הצמצום המסוים שנעשה בסמכויות בתי המשפט אשר היקפו כלל לא ברור בעת הזו, אינו מבין מקרים אלו".

כאמור, עמדתי לא התקבלה. את התוצאה מעוררת המחלוקת של בג"ץ הסבירות, ברוב של 8 נגד 7 שופטים, כמו גם את עיתוי פסק הדין – כולם מכירים.

דוגמא נוספת ומובהקת לטעמי למקום שבו בית המשפט הרחיב, שלא לצורך, את סמכויותיו שלו היא בפסק הדין בעניין שפיר (בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021)). פסק דין זה עסק במה שכונה "פשרת האוזר הנדל".

במסגרתו, נבחן הסדר שנקבע במסגרת הוראת שעה בחוק-יסוד, ובו למעשה ניתנה לממשלה "ארכה" להעברת התקציב.

אלא שהדיון בעתירה התקיים לאחר שכבר חולקו הכספים הרלוונטיים, ודאי רובם הגדול; כך שספק אם הייתה חשיבות מעשית ולו חשיבות כלשהי לדון בעתירות אלה ועל אחת כמה וכמה לקבלן.

בכל זאת, בית המשפט בחר להכריע בעתירה ואף לקבוע קביעות חדשניות במשפט החוקתי, או ליתר דיוק העל-חוקתי, המפתחות דוקטרינות המבקשות להקנות לבית המשפט העליון סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד ואף לפסול אותם.

לאורך ולרוחב עמודים רבים, בית המשפט הרחיב ושב והרחיב את סמכותו על בסיס דוקטרינות שנויות במחלוקת פרי פסיקתו, וכל זאת במקרה שבו לא הייתה להכרעתו משמעות אופרטיבית כלשהי.

באותו עניין כתבתי:

“דיון בסוגיות תיאורטיות עלול להביא להתנגשות מיותרת בין הרשות השופטת לרשויות השלטון האחרות, באופן שבו פוטנציאל הנזק הגלום בכך רב על התועלת”.

אף כאן הליכה בנתיב הצנוע יותר, גם אם זה היה כולל הבעת ביקורת על אופן השימוש בחוקי יסוד, הייתה בוודאי עדיפה.

דוגמא נוספת ומובהקת לאפשרות לצעוד בדרך ביניים, ולהימנע מסעד דרסטי כאשר אין בו צורך, ניתן לראות בפסק הדין בעניין תיקון פקודת המשטרה (בג"ץ 8987/22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (2.1.2025)).

המעין לעומק בפסק הדין ימצא כי פסילת אחד מסעיפי התיקון נבעה לטעמי מחשש, תיאורטי לחלוטין, כי תיקבע

מדיניות חקירות הסותרת מדיניות העמדה לדין שתיקבע היועצת המשפטית לממשלה. על כן, נפסל סעיף החוק המקנה לשר סמכות לקבוע מדיניות כללית בתחום החקירות.

הכיצד תוצאה זו עדיפה על פני בחינה קונקרטי של מדיניות כלשהי, לכשתתקבל, והתאמתה למגבלות הדין? האם לא ניתן היה להמתין עד אשר תגובש מדיניות ותפורסם לבחינת הציבור הרחב? האם הדין לא מחייב אותנו להניח כי שר, יהא אשר יהא, יעשה שימוש כדין בסמכויותיו? ואם השר לא יעשה כן – מדוע להרחיק לכת למשפט החוקתי כאשר קיים סעד במישור המינהלי?

כפי שציינתי שם: "עלינו להיזהר עד מאוד שמא כל חוק שנוי במחלוקת המתקבל על ידי הכנסת יהפוך למעין 'חוק על תנאי' עד אשר יאושרר על ידי בית משפט זה לאחר דיון והכרעה בעתירות הרבות אשר יוגשו לבטח".

במקום לגדוע את סעיף החוק באמצעות שימוש בכלים  
מהמשפט החוקתי, ניתן היה לעשות שימוש בכלים  
מהמשפט המנהלי, ביום שבו תתקבל מדיניות חקירות  
אשר תעורר קושי אל מול מדיניות העמדה לדין.

אולם, בית המשפט לא ראה להמתין לאותו יום שייתכן  
שלא היה בא, אלא בחר לבטל את סעיף החוק באופן מידי.  
מעין בטלות חוק כצעד "מניעתית". לא עוד מוצא אחרון –  
אלא למעשה צעד ראשון.

במקרה זה, כבמקרים נוספים, השיח המשפטי הוסט  
לטענות בדבר התערבות השר באירועים כאלו ואחרים.  
התערבות שגם אם הייתה, אינה מצמיחה "סעד" חוקתי של  
ביטול חוק.

התערבות שאין בינה לבין סעיף החוק המקנה לשר סמכות  
לקבוע מדיניות חקירות כלשהי – דבר וחצי דבר.

התערבות שכזו היתה אסורה לפני התיקון לפקודת המשטרה וגם אחריו. מה ההיגיון אפוא בפסילת החוק עצמו?

אכן, כמעט תמיד ישנה דרך אמצע, מדודה ושקולה. דרך שיסודותיה המשפטיים איתנים, ולפעמים איתנים הרבה יותר, מדרכים דרמטיות ממנה המובילות לשיח ציבורי המקבע מחלוקת ופילוג.

ניתן היה לוותר על הרחבת סמכותו של בית משפט זה בעניין שפיר; ניתן היה להמתין לבחון את השלכות תיקון 3 לחוק-יסוד: השפיטה, טרם ביטולו; וניתן היה לראות איזו מדיניות חקירות כללית ועקרונית תיקבע, טרם פסילה גורפת של סמכות השר מתוך החשש כי תנוצל לרעה.

התועלת האמיתית בכך שבית המשפט יבחר לנהוג בדרך הריסון והאיפוק, היא בכוח שהיא מקנה לו לצורך התערבות באותם מקרים אשר אכן מצדיקים זאת. יש היבטים דמוקרטיים אשר אין להתפשר עליהם.

על כן, אף אני הבעתי את עמדתי לא אחת כי אם נגזר על בית המשפט להתערב בחקיקת יסוד, הרי שיש להותיר זאת למקרים חריגים וקיצוניים בלבד, שבהם הדבר עלול לפגוע בזכויות היסוד של הפרט, וכמוצא אחרון בלבד.

יש לקוות כי יום זה לעולם לא יגיע. אך אם תגיע השעה לכך, זהו המקום שבו בית המשפט העליון נדרש לעמוד איתן בהגנה על חירויות וזכויות הפרט. זהו המקום שבו בית המשפט משמש כמזור האחרון עבור האזרח. זהו המקום שבו אין להתפשר. בין כך לבין צמצום מסוים של השימוש ב"עילת הסבירות" – קיים מרחק רב מאוד.

דבריי היום נאמרים כשופט בבית המשפט העליון מזה כמעט 8 שנים, וכשופט בכלל הערכאות מזה למעלה משלושה עשורים, לרבות נשיא בית משפט מחוזי.

בכל תפקידיי תמיד ראיתי לנגד עיני את החשיבות המכרעת של אמון הציבור במערכת המשפט ואני שב ומציין כי ללא אמון – אין מערכת המשפט יכולה לתפקד. מבחינה זו, כניסת בית המשפט העליון לסוגיות אשר בליבת המחלוקת הציבורית, שלא לצורך, נושאת עמה מחיר של ממש.

על מחיר זה עמדתי בפסק דיני בשנת 2021, בעניין שפיר:

”יש שיאמרו כי בראייה ארוכת טווח, גישה מעין זו המבקשת להעניק לבית המשפט עוד ועוד סמכויות, כאשר הגבולות לכוחו הולכים ומטשטשים, תביא לפגיעה באמון הציבור בו – ולבסוף גם להחרפת השחיקה בציות להכרעותיו.”

מטבע הדברים, הציבור אינו מבחין באופן חד וברור בין ההכרעה בסוגיות חוקתיות לבין ההכרעה בערעורים אזרחיים או פליליים.

שעה שנסדקת תדמיתו של בית המשפט, כך שיש התופסים את שופטיו ככאלו המוטים פוליטית ופוסקים מסיבות שאינן משפטיות, קשה להשיב את המצב לקדמותו.

ההתפתחויות במשפט החוקתי בשנים האחרונות רק חידדו והמחישו את הצורך בהסדרה מושכלת, שקולה ונבונה של הליך החקיקה ומעמדם של חוק וחוק-יסוד.

בהקשר זה, אשוב על הדברים שכתבתי בעתירה חוקתית נוספת, לעניין הסדר ה"נבצרות" שנקבע בתיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה:

"במצב הדברים שנוצר, אין לי אלא להצטרף לקריאה לכינונו של חוק יסוד: החקיקה. אולם, עד שזה יכונן, שומה עלינו לנהוג בריסון ואיפוק מתוך הכרה במגבלות סמכויותינו. כשלעצמי, איני מוכן לוותר על התקווה שאזרחי מדינת ישראל, באמצעות נבחריהם, יעצבו בכנסת חוקה ראויה שבה נוכל להתגאות בלב שלם ואשר תשקף באופן הולם את כלל חלקי החברה הישראלית; עליהם מוטלת המלאכה – ולא על בית משפט זה."

תודה על ההקשבה, המשך כנס פורה.