

אילן סבן

פופוליזם בישראל ותגובת הנגד הפוליטית כלפי מערכת המשפט



עמיחי כהן. **מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד**. מודיעין וירושלים: כנרת זמורה דביר בשיתוף עם המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020.
348 עמודים.

ב הקדמה לספרו המצוין מספר עמיחי כהן שהרעיון לכתיבתו נבט בעת שבנו ביקש ממנו עזרה בלימודי האזרחות. ואכן, בלשון נהירה ובסגנון קולח הוא מנתח את המסגרת החוקתית והמשטרית הנוהגת בישראל ומלבן רבות מן הסערות הציבוריות המלוות את חיינו, אלו שבשנים האחרונות ביטאו קיטוב עז ותחושת אין מוצא.

הספר ראוי לשבח במיוחד על שני הישגים. ראשית, הוא מן הראשונים, בכל אופן בשיח המשפטי, שתולה את התעצמות הקיטוב בחברה הישראלית בעלייתו של גל פופוליסטי בפוליטיקה הישראלית, והוא מצלצל כאן בפעמוני אזהרה. שנית, יש בספר יותר ממתן כותרת לתהליכים או הצגה של מחלוקות עיקריות. כהן פונה לחלק הקשה יותר, זה של פירוט עמדתו כלפי התהליכים שהוא מזהה ושל הנמקת תשובותיו לסוגיות שבמחלוקת. הנמקותיו חשובות משום שהן תולדה של ידע משולב ועמוק בתאוריה פוליטית, במשפט

וחברה בישראל ובמשפט ופוליטיקה השוואתיים (בעיקר בהשוואה לארצות הברית, להונגריה, לפולין ולטורקיה).

מהם התהליכים העיקריים שהספר מתמקד בהם? הראשון, המאבק שמעניק לספר את שמו, זה שניטש בין הרשויות הפוליטיות לבין בית המשפט העליון. כהן מנסה להבהיר את תהליך התעצמותו של מאבק זה, והוא מסביר את גודל הנזק שיתרחש אם בית המשפט יוחלש עוד. השני, המאבק שעניינו חלוקת הכוח הפנימית בין שתי הרשויות הפוליטיות, הממשלה והכנסת; התהליך המתואר בספר בהרחבה הוא החלשתה המקיפה של הכנסת בידי הממשלה. התהליך השלישי הוא קיומו של מאמץ נחוש יותר מבעבר של הקואליציה ששלטה בישראל עד לאחרונה (ואולי עוד תשוב בקרוב לשלטון) להחליש גורמי בקרה נוספים, בעיקר את גורמי אכיפת החוק, את כלי התקשורת ואת ארגוני זכויות אדם. התהליך הרביעי הוא התגברות הפגיעה של הקואליציה השלטת במי שאינם "אנחנו", קרי המיעוט הערבי-פלסטיני והפוליסטינים הנתונים תחת שלטתה הצבאית של ישראל.

הספר מאיר את התו המשותף לארבעת התהליכים הללו – ארבעתם הם ביטויים מצטברים למאמץ פופוליסטי להעצים את כוחה של הקואליציה השלטת באמצעות החלשה של כל מוקד כוח אחר, שלטוני או אזרחי. ביזור הכוח הטמון בעקרון הפרדת הרשויות הוא לזרא לה. זירת המאמץ להחליש אחרים אינה רק פוליטית או משפטית – היא גם תודעתית, שכן כוח בלי לגיטימיות מאבד מעוצמתו, ולכן הפופוליסטים טורחים בעיקר על שתיים: לצבוע את מוקדי הכוח האחרים כמסוכנים, אם בודיעין, מתוך כוונה להרע, ואם מתוך תמימות מסוכנת; ולחלופין, לציירם כלא־לגיטימיים משום שהם פועלים בניגוד למהותה של "דמוקרטיה אמיתית". הפופוליסטים מקדמים בנחרצות תפיסה שלפיה הדמוקרטיה מתמצה כמעט במלואה ב"עקרון הרוב". זהו כלל ההכרעה היחיד במצבי מחלוקת בין הנציגים שאנו בוחרים בהם; ההגבלה הכמעט יחידה על נציגי הרוב היא זמניות בחירתם, משמע היכולת, ולו התאורטית, להחליפם בבחירות הבאות. כל מגבלה נוספת על כוחו של הרוב – חוקה ומגילת זכויות אדם, ביזור מוסדי של הכוח השלטוני, שמירה על קיומם של גופי בקרה אזרחיים – כל ניסיון לרסן את ניגוד העניינים של הרוב השולט (הרוצה מטבעו להמשיך בשליטתו), כל ניסיון להגן על זכויות האדם והמיעוט – כל הבלמים הללו, הנשמרים בכל הדמוקרטיות הנחשבות מתוקנות, נתפסים בעיני הפופוליסטים כמופרזים במקרה הטוב וכפסולים במקרים האחרים.

הפופוליסטים גם תולים בגורמי האיזון והריסון הללו את כישלונם להביא מזרז לבעיות עמוקות של מדינתם. משהו בנוסח "ניסיון, אבל כל הזמן מפריעים לנו, מאיינים את

משילותנו". מי? האליטות. בישראל: האליטות ה"אשכנזיות", השבעות, הטהרניות, העיוורות מול הסכנות הנשקפות לישראל; אלו החוברות למפלגות הערביות ("תומכות הטרור").

הדינמיקה הפוליטית והחוקתית של ישראל בשלושת העשורים האחרונים. כהן מצביע על שלוש נקודות הרות גורל על ציר הזמן:

1. המחצית הראשונה של שנות ה-90, אז קרו שתי התרחשויות מקבילות, שבעיניו היו סוג של "עסקת חבילה". מן הצד האחד הופיעה בזירה השלטונית התחזקותה של הרשות המבצעת, הממשלה, לעומת הכנסת. מן הצד האחר, הכנסת כוננה שני חוקי יסוד בתחום זכויות האדם – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. סמיכות הזמנים בין שתי ההתרחשויות אינה מקרית. כינונם של שני חוקי היסוד נועד לאזן את תוספת הכוח לממשלה מול הכנסת באמצעות העצמת כוח הנגד של הרשות השופטת בעיקר מול הממשלה. כיצד? – חוקי היסוד החדשים הובילו לפסק דין בנק המזרחי (1995), וצירוף דברים זה גיבש את "המהפכה החוקתית", שמשמעותה, בין היתר, היא סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית, כלומר סמכותו של בית המשפט להצהיר על בטלותם של חוקים הסותרים את חוקי היסוד. מכיוון שהיוזמת העיקרית של החקיקה, ובתוך כך של חקיקה הסותרת את חוקי היסוד, היא הממשלה, הרי שמדובר ברסן המופעל בעיקר כלפיה.

2. נקודת תפנית רבת חשיבות שנייה בפוליטיקה הישראלית מופיעה לאחר מערכת הבחירות בשנת 2015, אז מתעצמת החקיקה הפופוליסטית. מדובר בחקיקה מסועפת למדי. בין היתר מתקבל חוק ההסדרה (בעניין תפיסתן של קרקעות פרטיות פלסטיניות על ידי המאחזים בגדה המערבית); ו"גולת הכותרת" – כינונו של חוק יסוד: הלאום. חוק הלאום הוא המחשה עזה לפופוליזם, גם משום תוכנו, המצהיר, פחות או יותר, ש"המדינה שייכת רק ליהודים", וגם משום המסר שהוטמן בדרך שבה הוא אושר בכנסת, אמירה בנוסח "באנו למשול, ונתונה לנו הלגיטימציה לקבל הכרעות מדירות הרות עולם גם ברוב של קול אחד אם יהיה בכך צורך". ואכן, הקואליציה העבירה את חוק היסוד הזה בקולותיהם של 62 חברי כנסת תומכים מול 55 מתנגדים.

3. במאמר המשך שכתב עם ניב רוזנאי (כהן ורוזנאי, 2021) מדגיש כהן מועד שלישי חשוב, והוא השנים האחרונות ממש. בתקופה הזו ראש הממשלה בנימין נתניהו היה נתון תחת חקירה, אחר כך בשימוע ואחר כך בהליכים פליליים בגין אישומים

בשוחד, במרמה ובהפרת אמונים. "קריאת הקרב" שלו ושל תומכיו היא שמדובר בניסיון הדחה זדוני, בידי האליטות, של ראש ממשלה נבחר. זהו המועד שבו נתניהו נפרד מעכבות עבר ונתן אור ירוק ליוזמות לפגוע בעצמאותה של מערכת המשפט ובסמכות הביקורת שלה.¹ יוזמות אלו טרם צלחו, אך הן ימשיכו ללוות כצל את חיינו.

מדוע בית המשפט כל כך חשוב בדמוקרטיה ומה מעצים את חשיבותו אפילו יותר במדינת ישראל? כהן מציג כאן עבודה מאירת עיניים של משפט השוואתי. הוא בדק את המסגרת המשטרית בכל המדינות שהארגון Freedom House סיווג כדמוקרטיות ומצא שבכולן, למעט ישראל, מתקיים ביזור כוח נוסף על הפרדת הרשויות השגורה – כלומר, מנגנון פנימי או חיצוני נוסף, מעבר לכוח השמור לפרלמנט ולמערכת המשפט, המרסן את הממשלה או את המפלגה השלטת. ואלו המנגנונים הנוספים הקיימים באותן מדינות, לבד או במצטבר: פיצול בית המחוקקים לשני בתים; נשיא שנבחר ישירות בידי הציבור במקביל לבחירות לפרלמנט; מבנה פדרלי של המדינה; בחירות אזוריות, ולא יחסיות; חברות של המדינה בארגון בינלאומי כלכלי חזק; או חברות באמנה לזכויות אדם שלשם שמירתה הוקם בית משפט שהמדינה נתונה לשיפוטו. בקרב 66 המדינות שכהן בחן, ישראל נמצאת בבדידות לא־מזהרת: בישראל, שלא כמו בשום מדינה דמוקרטית, מערכת המשפט היא הגורם המאזן היחיד בהכרעות שהממשלה או הממשלה והכנסת הכפופה לה מקבלות.

מצב דברים זה מספק הצדקה מוגברת להפקדת הסמכות לביקורת על תוקפם של חוקים בידי בית המשפט. יתר על כן, ובייחוד לנוכח התעצמות הגל הפופוליסטי, מתגבשת כאן גם הצדקה לביקורת שיפוטית יוצאת דופן – בהתקיים נסיבות יוצאות דופן – על **תוקפם של חוקי יסוד**. הניתוח החשוב של כהן מורה כי הכוחות הפופוליסטיים אינם צפויים להיעצר אלא אם יבלמו; ולכן אם תוענק לחוקי יסוד חסינות מביקורת, הפופוליסטים לא יהססו להעביר דרכם את מהלכיהם.

במאמרם המשותף עומדים כהן ורוזנאי על ההבדל בין ארצות הברית, ובכלל זה הליך תיקון החוקה התובעני מאוד שלה, לבין הקלות הבלתי נסבלת של האפשרות לשנות חוקי יסוד בישראל. רוב קטן, ובכמה מהמקרים רוב קטן מן הרוב של 61 חברי כנסת, יכול לערער מן היסוד את כללי המשחק ואת ערכיה החוקתיים של ישראל, אלא אם תוצב לו הגבלה בדמות דוקטרינה שמאפשרת ביקורת שיפוטית גם על חוקי יסוד.

1 בעניין זה ראו למשל לוינסון, 2019.

לבסוף, הערות משלי. הן אינן גורעות מגודל ההישג שבספר. הן רק הזמנה לכהן לבחון נקודות אחדות בניתוחו.

פרק י"ב של הספר עוסק ב"בית המשפט והשטחים". זהו פרק חשוב אך תובנותיו חלקיות. דומה כי נקודת המוצא של כהן – ויש להודות, גם של רבים אחרים – היא שישאל, למרות 50 ויותר השנים האחרונות, נותרה דמוקרטיה. אני מתקשה להצטרף לעמדה זו. וביתר פירוט: אני סובר שאימתן משקל מספיק להערתו שלהלן גורע מיכולתנו לנתח בשלמות את הדינמיקה הקשה שכהן פורש לפנינו.

אשר לגדה המערבית ומזרח ירושלים – אנו נתונים במצב קולוניאלי. זהו מצב חולה. והינה מעגל המחלה: מדינה או עם משתלטים על טריטוריה המיושבת בידי בני אדם אחרים; הללו אינם נעשים אזרחיה של המסגרת המדינית השולטת בטריטוריה כי אם נשלטים; אם את ההשתלטות מבצעת מדינה מבחוץ, היא נהפכת למדינה-אֵם, שכן אזרחיה באים להתיישב בטריטוריה ההיא; השליטה וההתיישבות – והנישול והקיפוח הנלווים להן – ואי-הענקת ההגנה של האזרחות לילידים הנשלטים מולידות התנגדות, שנעשית בשלב מסוים אלימה ורצחנית; אלימות זו מזמינה מהלכי דיכוי נוספים; במעגל המתעצם של אלימות הדדית המדינה השולטת עושה מעשים קשים – הן כלפי נשלטים המתקוממים והן כלפי אזרחיה המתנגדים למדיניותה; היא מתקטבת, הלחצים מבחוץ מתעצמים, יציבותה הפנימית מתערערת, והאיזון בין מוסדותיה השלטוניים נשחק. כך קרה, לדוגמה, לצרפת באלג'יריה, וכך אירע בבריטניה, בסוף המאה ה-19 ובראשית המאה ה-20, מול אירלנד.

אצלנו כבר נרצח ראש ממשלה. הקדימה את הרצח מחתרת יהודית שהפנתה את רצחנותה כלפי פלסטינים, והתרחשו שתי אינתיפאדות שהשנייה שבהן הייתה אלימה בהרבה מן הראשונה. אלימות בין-קהילתית פנימית והרג אזרחים מפגינים-ערבים בידי המשטרה אירעו אף הם. בד בבד ישראל עוברת, כאמור לעיל, תהליכים של קיטוב, אי-יציבות ושחיקה של ערכים ושל מוסדות. כהן נוגע במצב הקולוניאלי מעט מדי ובכך מחסיר עיון חשוב בגורם מרכזי המשפיע על הסוגיות שהספר מציג כה בבהירות.

אדגים את טענתי זו בדוגמה אחת, שהצגתי במקום אחר (סבן, 2018). אני קושר את תגובת הנגד הפוליטית בישראל שהופנתה כלפי בית המשפט גם לביקורת הבינלאומית המתחזקת על הלגיטימיות של מדיניות ישראל כלפי הפלסטינים וכלפי אזרחיה הערבים-הפלסטינים. לנוכח התעצמות הביקורת, אני קושר את תגובת הנגד הפוליטית בישראל שהופנתה כלפי בית המשפט גם לביקורת הבינלאומית ולביקורת הפנימית המתחזקות על

הלגיטימיות של מדיניות ישראל כלפי הפלסטינים וכלפי אזרחיה הערבים-הפלסטינים. לנוכח התעצמות ביקורת זו, הממשלה אינה מוכנה בשום אופן להסכין עם מצב שבו בית המשפט מאמץ את טעמי הביקורת או את חלקם. נקודה זו מסבירה לדעתי מדוע הממשלה אינה ממהרת לאמץ את "פסקת ההתגברות", שכהן עוסק בה בהרחבה. מדובר ביכולתה של הכנסת להעניק חסינות לחוק שנפסל על ידי בית המשפט אם תגייס לצורך זה רוב מיוחד בכנסת. ואולם פסילת חוק משום שהוא לא-חוקתי מעבירה מסר משפטי וערכי – של האוטוריטה המשפטית העליונה במדינה – שאותו כבר אי-אפשר למחוק באמצעות פעולה עוקבת בזירה הפוליטית והמשפטית בדמות "התגברות". החלופה המועדפת היא, לפיכך, באמצעות רטוריקה מתלהמת והצעות חוק מאיימות, להרתיע את בית המשפט מלפסול הכרעות רגישות על יסוד אימוץ כזה או אחר של טענות ביקורת חריפות. ורתיעה אכן מתרחשת תכופות.

ולבסוף, הערה מכיוון אחר, שוב בעניינה של פסקת ההתגברות. הערתי זו נשאבת מתובנותיו העמוקות של הספר בעניין הגישה הפופוליסטית. קשה לפופוליסטים לקבל את פסקת ההתגברות מטעם נוסף: הוויכוח העיקרי המושמע בשיח הציבורי הוא בין נוסחה הדורשת רוב "מתגבר" של 70 חברי כנסת לבין הסתפקות ברוב של 65. ואולם כל "פשרה" שתסכים לכך שהפעלת ההתגברות מותנית ביותר מ"רוב" (61) של חברי כנסת תתנגש בלב העמדה הפופוליסטית, שלפיה הדמוקרטיה מתמצה, כמעט כליל, בעיקרון של הכרעת הרוב.

מקורות

כהן, עמיחי, ויניב רזנאי (2021). [פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל](#). עיוני משפט מד, 169–87.

לוינסון, חיים (2019, 13 במאי). [נתיניהו מגבש חוק שימנע מבג"ץ להתערב בהחלטות של השרים והכנסת. הארץ](#).

סבן, אילן (2018). [תגובת-הנגד הפוליטית ל"מהפכה החוקתית"](#). [המרחב הציבורי](#) 13, 13–37.



ד"ר אילן סבן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
דוא"ל: isaban@research.haifa.ac.il