

## בג"צ ויחסי החוץ של המדינה

(בעקבות בג"צ 5167/00, וייס נ' ראש הממשלה<sup>1</sup>  
ובשולי בג"צ 3123/99, הילמן נ' השר לביטחון פנים<sup>2</sup>)

אשר מעוז\*

לאבנר – מורה ורע

- א. פרשת שיחות השלום
- ב. פרשת ה"אורינט האוס"
- ג. בין שיחות השלום לבין סגירת ה"אורינט האוס"
- ד. פסק הדין בפרשת שיחות השלום: סמכויותיה של ממשלה יוצאת
- ה. סבירות ומידתיות ביחסי חוץ
- ו. על סבירות ועל שפיטות
- ז. לקראת תפנית?

### א. פרשת שיחות השלום

ב-10 ביולי 2000 הגישה סיעת הליכוד בכנסת הצעה להבעת אי-אמון בראש הממשלה, אהוד ברק, בשל "הפסגה בווינגטון ביוזמת ראש הממשלה"<sup>3</sup>. הצעת אי-האמון התייחסה לתוכניתו של ראש הממשלה לנסוע לוועידת פסגה עם ראש הרשות הפלסטינית, יאסר ערפאת, בקמפ דייוויד, בחסותו של נשיא ארצות-הברית, ביל קלינטון, במטרה לנהל משא ומתן להסדר בין מדינת ישראל לבין הרשות הפלסטינית. לטענת סיעת הליכוד, ברק עמד "לקיים שם משא ומתן, שיקבע את גורל מדינת ישראל לשנים רבות"<sup>4</sup>. הליכוד טען, כי ברק מוביל "תהליך מסוכן ובלתי-הפיך של מסירת כמעט כל

\* פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב; עורך ראשי: משפט, חברה ותרבות – סדרת ספרים לזכרו של חיים י' צדוק בהוצאת הפקולטה למשפטים על שם בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב.

1 פ"ד נה(2) 455 (להלן: עניין וייס; פרשת "שיחות השלום").  
2 פורסם באתר הרשות השופטת <http://62.90.71.124/files/99/230/031/101/99031230.101.HTM>  
3 ד"כ 197 (תש"ס) 9586.  
4 שם, בעמ' 9601, מפי ח"כ עוזי לנדאו.

נכסיה של ישראל באפס מחיר וללא סיום הסכסוך עם העולם הערבי<sup>5</sup>. הטענה הייתה, כי "לממשלה אין כנראה רוב בכנסת, לראש הממשלה אין גיבוי של בית-הנבחרים", וכי "במצב פוליטי זה, שאין לראש הממשלה רוב, אין זה ראוי שראש הממשלה יצא לפסגה מדינית, להכרעות כל-כך גורליות וכל-כך משמעותיות למדינת ישראל"<sup>6</sup>. בתשובה ציין ראש הממשלה, כי הוא יוצא לפסגה "כדי לנסות לחזור ממנה עם הסכם שיחזק את ישראל, הסכם שיובא לאישור העם. כי העם הוא זה ששלח אותי ונתן לי את המנדט, ורק העם הוא זה שיחליט"<sup>7</sup>. בכך התכוון ראש הממשלה לעובדה, שהוא נבחר לכהונתו בבחירות ישירות, מכוח חוק-יסוד: הממשלה מתשנ"ב<sup>8</sup>, שהיה בתוקף באותה עת. הצעת אי-האמון זכתה ברוב של 54 ח"כים מול 52 מתנגדים ו-7 נמנעים<sup>9</sup>; ואולם מאחר ועל-פי סעיף 19(א) לחוק-יסוד: הממשלה נדרש רוב של חברי הכנסת בכדי להביע אי-אמון בראש הממשלה, לא נפלה הממשלה. בו בערב נסע ראש הממשלה לשיחות השלום עם ראש הרשות הפלשתינית, כאשר הוא עומד, למעשה, בראש ממשלת מיעוט של כשליש מחברי הכנסת, לאחר פרישתן של סיעות ש"ס, המפד"ל ו"ישראל בעליה"<sup>10</sup>. בשלב מאוחר יותר פרש גם שר החוץ, דוד לוי, חבר סיעת "ישראל אחת", סיעתו של ראש הממשלה, מן הממשלה<sup>11</sup>.

כעבור עשרה ימים הגיש פרופסור הלל וייס עתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק, ובה בקשה "למנוע מראש הממשלה אהוד ברק לחתום על הסכם כלשהו עם היו"ר יאסר ערפאת ו/או הארגון לשחרור פלשתינ במפגש הפסגה בקמפ דייויד לפני השגת אישורן של ממשלת ישראל ושל הכנסת"<sup>12</sup>.

משנכשלו שיחות השלום בקמפ דייויד, ביקש פרופסור וייס לתקן את עתירתו "כך שייאסר על [ראש הממשלה] לחתום כל הסכם עם היו"ר ערפאת הכרוך בויתורים טריטוריאליים ואחרים בלי לקבל את אישורן המפורש של הממשלה והכנסת – וזאת בלי לציין מקום מדויק שם עלול הסכם כזה להיחתם על-ידי הצדדים". הוא

5 שם, בעמ' 9587, מפי ח"כ אריאל שרון.

6 שם, בעמ' 9617, מפי ח"כ זבולון אורלב.

7 שם, בעמ' 9609.

8 ס"ח התשנ"ב, 214.

9 ד"כ 197 (תש"ס) 9638.

10 ראו הודעת הממשלה; שם, בעמ' 9913.

11 ד"כ 198 (תש"ס) 10949. השר שלמה בן עמי מונה למלא מקום שר החוץ ב-15 באוגוסט; ד"כ 198 (תש"ס) 11090. ראש הממשלה מינה ממלאי מקום לשרים המתפטרים ולא מחליפים, משום שמינויים אלה אינם טעונים אישור הכנסת; ראו סעיף 36 לחוק יסוד: הממשלה. לעומת זאת, מינוי שרים מחליפים טעון אישור הכנסת; ראו סעיף 3(ג) לחוק היסוד. דחיית הצעת ראש הממשלה בדבר הרכב הממשלה אף מהווה הבעת אי-אמון של הכנסת בראש הממשלה, שמשמעותה התפזרות הכנסת; ראו סעיפים 3(ד) ו-19(ב) לחוק היסוד. ראו גם דברי השר בנימין בן-אליעזר, ד"כ 198 (תש"ס) 11091.

12 עניין וייס, לעיל הערה 1.

הוסיף ועתר לקבוע שהסכם כזה, אם ייחתם "בלי שיושג תחילה אישורן של הממשלה והכנסת", הרי הוא "בטל ומבוטל".

ב-2 באוגוסט 2000 קיבלה הכנסת, בקריאה טרומית, חמש הצעות חוק התפזרות הכנסת החמש-עשרה, התשס"א-2000.<sup>13</sup> ארבע מבין ההצעות התקבלו ברוב של 61 חברי כנסת, ואילו החמישית התקבלה ברוב של 60 חברי-כנסת. ועדת החוקה, חוק ומשפט הכינה את ההצעות לקריאה ראשונה בכנסת<sup>14</sup>. ב-28 בנובמבר הובאו הצעות החוק לקריאה ראשונה<sup>15</sup>. משהתברר לראש הממשלה, כי מאחורי ההצעות ניצב רוב של חברי הכנסת, הוא הודיע על הצטרפותה של סיעת "ישראל אחת" שבראשותו להצעות<sup>16</sup>, והן התקבלו ברוב מוחץ של המצביעים (כך למשל, זכתה אחת ההצעות, זו של ח"כ ישראל כץ, ברוב של 79 מול מתנגד בודד ו-27 נמנעים)<sup>17</sup>.

ב-15 באוגוסט החליטה הכנסת לקיים דיון במליאה בשורה של הצעות לסדר היום. בין אלה: "יציאת ראש הממשלה לדיונים נוספים עם הפלסטינים בניגוד להחלטות הכנסת"<sup>18</sup>; "הלגיטימיות של ממשלת מיעוט"<sup>19</sup> ו"תרבות השלטון של ראש הממשלה"<sup>20</sup>. בדברי תשובתה, מטעם הממשלה, הבהירה השרה יולי תמיר, את ההצדקה לניהול השיחות עם הפלסטינים בניגוד להחלטות הרוב בכנסת. לדבריה, "מקור הלגיטימיות של ראש הממשלה הוא העם, ומקור הלגיטימיות של הכנסת הוא העם. הוא ילך לעם לאשר את ההסכם. וזה הדבר הראוי. ובין בחירות לבחירות, ראש הממשלה ממלא את התפקיד שהעם נתן לו לבצע כזרוע המבצעת את המדיניות שהוא הציג"<sup>21</sup>.

כנגד כך טען ח"כ בנימין אלון: "... מצד אחד זה נכון, ראש הממשלה נבחר על-ידי העם, אבל עם לא בוחר פעם בארבע שנים דיקטטור. זה לא נקרא דמוקרטיה. ראש הממשלה קיבל את המנדט מהעם, אבל הממשלה, לרבות ראש הממשלה... מקור סמכותה זה הכנסת"<sup>22</sup>. לדעתו של ח"כ אלון, "ראש הממשלה בבחירה ישירה יונק את מקור סמכותו מן העם... אבל הממשלה לא כך. הממשלה יונקת את סמכותה מן הכנסת"<sup>23</sup>. ח"כ אלון למד דבר זה מהוראת סעיף 3(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, כנוסחו אז, שלפיה השרים ממונים בידי ראש הממשלה, ואולם "מינויים טעון אישור הכנסת". הוא התחזק במסקנתו, לאור הוראת סעיף-קטן (ד), שלפיה באי-מתן אישור של הכנסת

13 ד"כ 198 (תש"ס) נספחות, עמ' 10989–10994.

14 ה"ח התשס"א 128.

15 ד"כ 200 (תשס"א) 1078.

16 שם, בעמ' 1106.

17 שם, בעמ' 1121.

18 ד"כ 198 (תש"ס), 11117.

19 שם, בעמ' 11118.

20 שם, שם.

21 שם, בעמ' 11111.

22 שם, בעמ' 11161.

23 שם, שם.

להרכב הממשלה "רואים כאילו הביעה הכנסת אי-אמון בראש הממשלה", שדינה – לאור הוראת סעיף 19(ב) לחוק-היסוד – "כהחלטת הכנסת על התפזרותה"<sup>24</sup>.  
 ב-28 בנובמבר קיבלה הכנסת בקריאה טרומית הצעת חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (תיקון – ויתור על שטחים ברוב מיוחס), התש"ס-2000<sup>25</sup>. הצעה זו קובעת, כי "הממשלה לא תותר על ריבונותה או על שליטתה בשטח כאמור בסעיף 11ב, או בחלק משטח, לרבות ויתור בתנאים שמועד קיומם בעתיד, אלא לאחר שהויתור אושר ברוב מיוחס". רוב זה הוגדר כ"רוב של 80 חברי הכנסת". סעיף 11ב לפקודה קובע: "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו"<sup>26</sup>. צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ד-1967<sup>27</sup>, קבע את תחומי ירושלים רבתי "כשטח שבו חלים המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה". הצעת החוק נועדה למנוע מן הממשלה להסכים לויתור על שטחים במזרח ירושלים<sup>28</sup>. כעבור חמישה ימים קיבלה הכנסת בקריאה טרומית את הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – סייג לחתימה על הסכם)<sup>29</sup>. הצעה זו ביקשה להוסיף את סעיף 40א לחוק – יסוד: הממשלה. סעיף זה בא למנוע מממשלת מיעוט לחתום על הסכם בינלאומי "הקובע או משנה את גבולות המדינה", או מעביר "שטח הנתון לשליטתה הצבאית של המדינה וכן שטח עליו החילה מדינת ישראל את המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה". הצעת חוק נוספת באה לאסור על ממשלת מיעוט "לחתום על הסכמים ואמנות בינלאומיות, לרבות חתימה מותנית או חתימה בראשי תיבות, אלא אם כן

24 שם, שם.

25 ד"כ 200 (תשס"א), בעמ' 1136-1137. נוסח הצעת החוק מופיע בעמ' 1212.

26 פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, ע"ר תוספת א.

27 ק"ת 2064.

28 לנפקותו של סעיף 11ב על מעמדו המשפטי של שטח שעליו הוחלו המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה, ראו: י' דינשטיין "ציון במשפט הבינלאומי תיפדה" הפרקליט כז (תשל"א) 5; י' דינשטיין "והפדה לא נפתה" או 'לא הפגנות אלא מעשים" הפרקליט כז (תשל"א) 519; י"צ בלום "ציון במשפט הבינלאומי נפתה" הפרקליט כז (תשל"א) 315, 317-318; י"צ בלום "מעמדה המשפטי של ירושלים המזרחית" ירושלים – היבטים משפטיים (ירושלים: מכון ירושלים למחקר, א' אחימאיר עורכת, תש"ם), 34; א' מעוז "רמת הגולן – חלק ממדינת ישראל?" הפרקליט מא (תשנ"ג) 50, 52-57; ל' שלף "בשולי החקיקה (באיחור מה) ובטרם פסיקה (אולי): חוק רמת הגולן – החלת המשפט ולא סיפוח" הפרקליט מא (תשנ"ג) 35-37, 43; ב' רובין "תחום תחולת המשפט, שטח המדינה ומה שביניהם" משפטים כה (תשנ"ה) 215; Y.Z. Blum, *The Juridical Status of Jerusalem – Jerusalem Papers on Peace Problems*, No. 2 (The Hebrew University 1974); A. Maoz, "Application of Israeli Law to the Golan Heights is Annexation", 20 *Brook. J. Int'l L.* (1994) 355, 359-364; L. Shelleff, "Application of Israeli Law to the Golan Heights is not Annexation", 20 *Brook. J. Int'l L.* (1994) 333, 341-344; לשאלת הסמכות לוותר על שטחי המדינה, לרבות שטחים שסעיף 11ב חל עליהם, ראו: א' רובינשטיין ר"ב מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (ירושלים ותל-אביב: הוצאת שוקן, מהדורה חמישית, תשנ"ז), 91-96; רובין, לעיל בעמ' 235-239; מעוז, לעיל עמ' 70-74; Maoz, *supra*, at 389-396.

29 ד"כ 200 (תשס"א) 1205.

החליטה הכנסת מראש ברוב של חבריה להסמיך את הממשלה לחתום על הסכם כאמור<sup>30</sup>. בדברי ההסבר להצעות החוק הובהר, כי הן באו "למנוע אפשרות של נסיון לקבוע עובדות מדיניות עם ממשלה שאין לה רוב בכנסת"<sup>31</sup>. כן הובהר, כי "גם אם באופן פורמאלי הסכם שייחתם בראשי תיבות עדיין טעון אישורה של הכנסת, מכל מקום במישור הפוליטי והמדיני, קשה יהיה מאוד לממשלה שתיבחר בעתיד להתנער מהסכמים שעליהם חתמה הממשלה שקדמה לה, ולו בראשי תיבות"<sup>32</sup>. ח"כ בנימין אלון, ממגישי הצעת החוק, הבהיר כי היא באה בשל הצהרתו של ראש הממשלה "שיש בידו סמכות משפטית ולגיטימיות ציבורית לחתום הסכם עם הפלסטינים, גם אם הכנסת תחליט על הליכה לבחירות חדשות"<sup>33</sup>. הצעה זו באה להוסיף על ההוראה שנקבעה, עוד בימיה של הממשלה שקדמה לממשלת ברק, בחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט–1999<sup>34</sup>, ולפיו "החלטת ממשלה לפיה המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח, טעונה אישור של הכנסת בהחלטה שתקבל ברוב חבריה". החוק מגדיר "החלטת ממשלה", כ"החלטה של הממשלה, בדרך של אישור אמנה או הסכם או בדרך אחרת, לרבות התחייבות לעתיד והתחייבות המותנית בתנאים". החוק מוסיף וקובע, כי "החלטת ממשלה, שאושרה על ידי הכנסת... טעונה גם אישור במשאל עם, שיתקבל ברוב הקולות הכשרים של המשתתפים במשאל", ומורה, כי הוראה זו תיכנס לתוקף "ביום תחילת תוקפו של חוק יסוד אשר יסדיר את עריכתו של משאל עם". חוק יסוד כזה טרם התקבל.

הצעות החוק התקבלו והועברו לדיון מוקדם בוועדת החוקה, חוק ומשפט<sup>35</sup>. הפעילות הפרלמנטרית לחישוקה של הממשלה במגעים להגיע להסכם עם הרשות הפלסטינית החלה זמן רב לפני כן. כך, למשל, עוד ב-17 במאי 2000, קיבלה הכנסת בקריאה טרומית את הצעת חוק שריון שלילת זכות השיבה, התש"ס–2000, ברוב של 66 חברי-כנסת<sup>36</sup>. ההצעה קבעה, כי "פליטים לא יוחזרו למדינת ישראל אלא באישור רוב של שמונים חברי הכנסת" ואסרה על הממשלה ליטול התחייבות וכן להתקשר "בהסכם העומד בסתירה להוראותיו של חוק זה". בדבריה ההסבר להצעת החוק נאמר:

30 שם, בעמ' 1207.

31 שם, שם.

32 שם, בעמ' 1206.

33 שם, בעמ' 1130.

34 ס"ח 86.

35 ד"כ 200 (תשס"א) 1270. הטיעון, כי התגבש "מנהג חוקתי מחייב", במשפט הישראלי, המחייב הבאת "אמנות חשובות" לאישור הכנסת לפני כניסתן לתוקף, "בין אם לאחר חתימתן, ובין אם לפני חתימתן, לאחר שנוסחן גובש סופית", ראו ש' שטרית "תפקיד הכנסת בכריתת אמנות" הפרקליט לו (תשמ"ו) 349, 388. לדעתו של פרופסור שטרית, אמנות אלה כוללות, בין היתר, "הסדר טריטוריאלי או ויתור טריטוריאלי", וכן "הסדרת יחסים עם מדינות בעקבות מלחמה", שם, שם.

36 ד"כ 195 (תש"ס) 7560.

"ממשלת ישראל פותחת בשיחות לקראת הסכם קבע עם הפלשתינים, בשיחות יועלה נושא פליטי 1948, 1967 (כהגדרתם). מטרת החוק למנוע אפשרות, שממשלה כלשהי תוכל בעתיד להחליט ללא אישור הכנסת, או ברוב רגיל של חברי הכנסת על שיבת פליטים לתחומי מדינת ישראל". ההצעה התקבלה בקריאה טרומית<sup>37</sup> ולאחר מכן בקריאה ראשונה<sup>38</sup>.

כאמור, הצעת החוק התקבלה בקריאה שנייה ושלישית ב-1 בינואר 2001<sup>39</sup>. בחוק שהתקבל נדרש "אישור של רוב חברי הכנסת" להחזרת פליטים לשטח מדינת ישראל. החוק התקבל ברוב של 56 מול 12 ו-3 נמנעים<sup>40</sup>.

ב-17 במאי 2000 קיבלה הכנסת בקריאה טרומית, ברוב של 68 נגד 21, את הצעת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון) (שטח השיפוט ופעילות שלטונית)<sup>41</sup>. הצעת חוק-היסוד באה "לעגן בחוק יסוד מגבלה על שינוי שטח השיפוט העירוני של ירושלים ועל שינוי בהחלת המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל על שטח השיפוט העירוני, וכן קביעת איסור על העברת כל סוג של סמכויות שלטוניות או עירוניות בירושלים לידי כל גוף שאינו פועל מכוח חוק ישראלי"<sup>42</sup>. ההוראות האופרטיוויות של ההצעה שוריינו כך, שאי-אפשר יהיה לשנותן, "אלא בחוק יסוד שהתקבל ברוב של שמונים חברי כנסת", זאת בעוד חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל<sup>43</sup> אינו מכיל הוראות שריון<sup>44</sup>. ב-31 ביולי 2000 קיבלה הכנסת, ברוב של 71 נגד 27 וללא נמנעים, בקריאה ראשונה<sup>45</sup>, את הצעת החוק<sup>46</sup>. ב-27 בנובמבר 2000 התקבל החוק בקריאה שלישית,

37 שם, שם.

38 ד"כ 200 (תשס"א) 1012. לעיון בהצעת החוק שאושרה בקריאה ראשונה ראו: הצעת חוק שריון שלילת זכות השיבה, התשס"א-2000, ה"ח 2.

39 ס"ח תשס"א 116.

40 ד"כ 201 (תשס"א) 2450.

41 ד"כ 195 (תש"ס) 7549.

42 מתוך סעיף 1 להצעת חוק היסוד, שכותרתה "מטרת החוק", שם, בעמ' 7637.

43 ס"ח תש"ס 186.

44 על מעמדה המשפטי של ירושלים לפני חקיקתו של חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל ועל נפקותו של חוק היסוד, ראו: ס' אדלר "חוק ירושלים – תולדותיו ותוצאותיו", ירושלים – היבטים משפטיים (ירושלים: מכון ירושלים למחקר, מהדורה שנייה מורחבת, א' אחימאיר עורכת, תשמ"ג), 42; ר' לפידות חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל (ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, סדרה של פירוש לחוק-היסוד בעריכת י' זמיר, תשנ"ט), 39-61; ר' לפידות ירושלים – היבטים משפטיים (מכון ירושלים למחקר, מהדורה שנייה, 1999); מ' הירש, ד' האוסן-כוריאל, ר' לפידות ירושלים לאן? – הצעות בדבר עתידה של העיר (ירושלים: מכון ירושלים לחקר ישראל, 1994) 3-20; ח' כהן "מעמדה של ירושלים במשפט מדינת ישראל" עשרים שנה בירושלים 1967-1987 (משרד הביטחון, ירושלים) 1988; שלף, לעיל הערה 28, בעמ' 43; מעוז, לעיל הערה 28, בעמ' 59; Shellef, *supra* note 28, at 344; Maoz, *supra* note 28, at 366, 371-372.

45 ד"כ 198 (תש"ס) 10736.

46 ה"ח תש"ס 516.

ברוב של 84 ח"כים, לאחר שהממשלה הודיעה שהיא תומכת בו<sup>47</sup>. הרוב הנדרש לשינוי החוק ירד גם הוא ל"רוב של חברי הכנסת"<sup>48</sup>.

ב-10 בדצמבר 2000 הגיש אהוד ברק כתב התפטרות, מכהונתו כראש הממשלה, לנשיא המדינה<sup>49</sup>, וזו נכנסה לתוקף כעבור 48 שעות. נקבעו בחירות מיוחדות לראש הממשלה ל-6 בפברואר 2001.

בעקבות האירועים הללו ביקש פרופסור וייס לשוב ולתקן את עתירתו, כך שיינתן צו החלטי "האוסר על ראש הממשלה להמשיך במו"מ עד לבחירות – ולאחריהן עד לכינונה של ממשלה חדשה הנהנית מרוב בבית הנבחרים".

בעקבות התפטרותו של ראש הממשלה, הוגשו ארבע עתירות נוספות, שמטרתן לאסור על הממשלה להמשיך במשא ומתן עם הרשות הפלסטינית<sup>50</sup>. הדיון שבהן אוחד עם הדיון בעתירתו של וייס ונקבע בפני הרכב של שבעה שופטים.

### ב. פרשת ה"אוריינט האוס"

סיפורן של העתירות הללו אינו מתחיל בינואר 2001, ואף לא בדצמבר 2000. סיפורן מתחיל, הלכה למעשה, שנה וחצי קודם לכן, בפרשת ה"אוריינט האוס". בבניין הידוע כ"אוריינט האוס", במזרח ירושלים, ניהלה הרשות הפלשתינית, ובראשה פייסל חוסייני, פעילות מדינית. פעילות זו עמדה בניגוד לחוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (הגבלת פעילות), התשנ"ה–1994<sup>51</sup>. חוק זה נועד "להבטיח את קיום התחייבות ארגון השחרור הפלסטיני (להלן – אש"פ), בדבר הגבלת פעילות המועצה לתחומי עזה ויריחו, בהתאם להסכם, ולמנוע פעילות בעלת אופי מדיני או שלטוני, או פעילות אחרת בדומה לכך, בתחומי מדינת ישראל, ללא הסכמת ממשלת ישראל, אשר אינה מתיישבת עם כיבוד ריבונותה של מדינת ישראל על-ידי המועצה או אש"פ"<sup>52</sup>.

חוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (הגבלת פעילות) (תיקון), התשנ"ח–1997<sup>53</sup>, הוסיף איסור על המועצה הפלסטינית לקיים פעילות, שלא

47 ד"כ 200 (תשס"א) 1011.

48 ס"ח תשס"א 28.

49 ראו, "הודעת יושב-ראש הכנסת על התפטרות ראש הממשלה אהוד ברק"; ד"כ 200 (תשס"א) 1609.

50 בג"ץ 9607/00 שפטל נ' ראש הממשלה; בג"ץ 84/01 נוף נ' ראש הממשלה; בג"ץ 86/01 בוטבול נ' ראש הממשלה; בג"ץ 147/01 אליאס נ' ראש הממשלה.

51 ס"ח 85. בס"ח תשנ"ו, 34, הוחלפה "הרשות הפלסטינית" במונח "המועצה", שהוגדר כ"המועצה הפלסטינית שתכונן בהתאם להסכם".

52 סעיף 1 שכותרתו "מטרת החוק".

53 ס"ח 22.

ברשות, בתחומי מדינת ישראל. "פעילות" הוגדרה כ"פעילות בעלת אופי מדיני או שלטוני, או פעילות אחרת בדומה לכך אשר אינה מתיישבת עם כיבוד ריבונותה של מדינת ישראל".

סעיף 3 לחוק, שכותרתו "הגבלת הרשות הפלסטינית", קבע:

- (א) הרשות הפלסטינית לא תפתח ולא תפעיל נציגות, ולא תקיים אסיפה בתחומי מדינת ישראל, אלא אם כן ניתן היתר בכתב לכך מאת הממשלה או מי שהיא הסמיכה לכך; לעניין סעיף זה, "הרשות הפלסטינית" – לרבות אדם הפועל מטעמה או בחסותה או המשתמש בשמה.
- (ב) שר המשטרה רשאי בצו, לאסור את פתיחתה או הפעלתה של נציגות הרשות הפלסטינית, להורות על סגירתה או למנוע קיום אספה או פעילות, ככל שלא הותרו לפי סעיף קטן (א).

ב-9 במאי, 1999, הוציא השר לביטחון פנים, אביגדור קהלני, צווים נגד פייסל חוסני ונגד שני מנהיגים פלסטיניים נוספים המורים להם לסגור את משרדיהם ב"אוריינט האוס". צווים אלה הוצאו בהתאם להחלטה שקיבלה ועדת השרים לענייני ביטחון. החלטה זו באה לאחר שרשרת ארוכה של אזהרות שניתנו לחוסנייני ולחבריו להימנע מפעילות מדינית ב"אוריינט האוס". הטריגר להוצאת הצווים היה הזמנתם של קונסולים זרים לאירוע ב"אוריינט האוס" ביום העצמאות. ראש הממשלה, בנימין נתניהו, ראה באירוע זה פרובוקציה וקריאת תגר על שליטתה של מדינת ישראל במזרח ירושלים. בעקבות זאת מסר השר התראות למנהיגים שפעלו ב"אוריינט האוס", ולאחר מגעים ממושכים והליכי שימוע שקיים לבא כוחם, הוציא את הצווים.

יומיים לאחר הוצאת הצווים עתרה קבוצה של תושבי ירושלים, ברובם אנשי אקדמיה לבית המשפט הגבוה לצדק בבקשה למתן צו האוסר על השר לנקוט בצעדים לאכיפת הצווים – "וכל זאת כל עוד לא נשקל עניין הצווים, ואכיפתם, פעם נוספת, במועד המאוחר למועד או מועדי הבחירות לכנסת החמש עשרה ו/או לראשות הממשלה"<sup>54</sup>. העותרים ציינו, כי "אין הם מתיימרים לקבוע דבר וחצי דבר ביחס לחוקיות הפעילות נשוא הצווים המתוכננים, ומניחים, לצורך העניין, שהצווים מופנים כנגד פעילות לא חוקית". הם אף ציינו, כי היועץ המשפטי לממשלה חיווה דעתו, "שקיימות ראיות לכאורה לקיומה [של] פעילות בלתי-חוקית על-ידי המשיבים, המאפשרות, חוקית, להוציא צווים כנגדם". עם זאת הוסיפו, כי "ירושלים ואכיפת החוק בה הם עניינים מורכבים המחייבים הפעלת שיקול דעת החורג מהאות היבשה שבספר החוקים". הם אף היו נכונים להניח, כי שיקוליו של השר "ושיקוליהם של מקבלי ההחלטות", בהוצאת הצווים, "מונעים גם על-ידי שיקולים ענייניים". עם זאת הוסיפו, כי "ההחלטה בדבר מתן הצווים בעיתוי הנוכחי מונעת [ת] גם על-ידי שיקולים אלקטורליים

54 בג"ץ 3123/99 הילמן נ' השר לביטחון פנים.



זרים", ומכל מקום, כי כך היא יכולה להתפרש "על ידי חלק מהציבור". מסקנה זו למדו העותרים מן העובדה, ש"נושא ירושלים ואחדותה, והמאבק נגד הפעילות ב'אוריינט האוס', נמנים עם הנושאים המרכזיים שבמסע הבחירות של ראש הממשלה". הם למדו זאת גם מ"קצב קבלת ההחלטות", וזאת בנוסף ל"עיתוי".

העותרים לא חלקו על כך, "שהשימוש בסמכויות של ממשלה מכהנת הינו אחד מהפריווילגיות הנתונות לה במערכת בחירות". עם זאת טענו, "בעניין כה רגיש, שהשלכותיו האפשריות כה מרחיקות לכת, עד כדי סכנה לשלום הציבור, אל לה לממשלה או לשריה לקבל החלטות שאינן חיוניות שעה שאלו מונעות, חלקית, על-ידי שיקולים אלקטורליים". העותרים הוסיפו וטענו, "באופן החד והממוקד ביותר", כי "בהיעדר עילה שיש בצידה סכנה קרובה ומוחשית לשלום הציבור, ובהיעדר אינטרס ישראלי מובהק שאינו סובל דיחוי, אל לה לממשלת ישראל לנקוט בצעדים המשמשים נושא מרכזי בתעמולת הבחירות, והעלולים להביא לשפיכות דמים שמראותיה יופיעו אף הם בתעמולת הבחירות". לעומת זאת, "צו שיופעל בעוד מספר שבועות לכל היותר, ולאחר מערכת הבחירות – אפילו יהיה זה לזה שינתן היום, ואפילו אם יטמון בחובו סכנת אלימות – עשוי להתקבל בארץ ובעולם כצעד הננקט על יסוד שיקולים עניינים בלבד, דבר שכשלעצמו עשוי להפחית את החשש מפני אלימות".

ביחד עם העתירה למתן צו-על-תנאי, ביקשו העותרים מבית-המשפט להוציא "צו ביניים, במעמד העותרים בלבד, המופנה כנגד [השר לביטחון פנים], וכוחות הביטחון הנתונים לתחום אחריותו המיניסטרילית, האוסר עליהם לנקוט בצעדי אכיפה כלשהם".

העתירה הובאה בפני השופטת התורנית, דליה דורנר, והיא הוציאה, בו ביום, "צו ביניים כמבוקש, עד למתן החלטה אחרת". עם זאת, בהיות פעילותם של חוסייני וחבריו המשיכים "מושא צווי הסגירה ובה עוסקת העתירה", הורתה להם השופטת "להודיע לבית-המשפט את עמדתם ביחס לסעדים המבוקשים בעתירה". אף זמן קצוב קצבה להם השופטת דורנר למתן הודעתם – "תוך שבעה ימים ממועד ההמצאה של החלטה זו לידיהם".

הצו ניתן, ועם ישראל הלך לבחירות, שבהן נבחר אהוד ברק לראשות הממשלה. לא למותר לציין, כי הזמן שקצבה השופטת דורנר למשיבים לצורך המצאת עמדתם ביחס לעתירה, היה עד למחרת הבחירות שנערכו ב-17 במאי 1999.

לאחר הבחירות המציא עו"ד ג'ואד בולוס, בשם המשיבים, הודעה בחתימתו, ובה טען שכל מניעיו של השר לביטחון פנים בהוצאת הצווים היו פוליטיים, ושיקוליו היו בלתי-סבירים ונגועים במניעים זרים. עם זאת הביע תקווה, "שהמצאות החדשה" שנוצרה, "משהסתיימו הבחירות", נותנת תקווה ש"הבעיה" תיפתר "בהקדם".

בעקבות הדברים הללו הורה בית-המשפט למדינה להודיע – "אם סבורה היא כי העתירה עודנה מראה עילה". בתגובתו הצהיר בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, כי "מאחר שחלפו המועדים שנקבעו בעתירה (ביניהם המועד או המועדים של

הבחירות), "הרי "בנסיבות האמורות, בשלב זה העתירה נעדרת עילה על פניה", ומן הראוי למחוק אותה. לתגובתו הוסיף בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה הערה, שלפיה אין הוא נדרש לשאלה האם התקיימה עילה מלכתחילה. לאור תגובותיהם של המשיבים, ביקשו העותרים למחוק את עתירתם, ובית המשפט עשה כן. לשם השלמת התמונה יצוין, כי מיד עם הוצאת צו הביניים עתר פעיל הימין, טירן פולק, לצרפו כמשיב לעתירה. השופטת דורנר לא נענתה לבקשה והורתה להעבירה "להכרעת ההרכב שידון בעתירה".

### ג. בין שיחות השלום לסגירת ה"אוריינט האוס"

הארכתי בפרשת העתירה בעניין ה"אוריינט האוס", משום שנראה, כי העתירות בעניין שיחות השלום מקבילות לאותה עתירה, עד כי הן מתיישבות עמה, *on all four corners*, כפי שנהוג לומר בקרב משפטנים:

הימים היו ימי בחירות. נושא שיחות השלום והשגת הסכם השלום עם הרשות הפלשתינית היווה נושא מרכזי במסע הבחירות של ראש הממשלה אהוד ברק, בוודאי לא פחות משהיווה המאבק נגד הפעילות ב"אוריינט האוס" נושא במערכת הבחירות של בנימין נתניהו. אכן, גם במקרה זה אפשר להניח, כי שיקוליו של ראש הממשלה בניהול שיחות השלום "מונעים גם על-ידי שיקולים ענייניים"; ועם זאת אין להוציא מכלל אפשרות, כי ניהולן בעיתוי הנוכחי ובדחיפות המיוחדת "מונע גם על-ידי שיקולים אלקטורליים זרים", ומכל מקום, כי כך הן יכולות להתפרש "על ידי חלק מהציבור". הן היה זה ראש הממשלה עצמו, שהדגיש לא אחת, כי הוא מונע בניהול השיחות ברצון להציג בפני הבוחרים טיוטת הסכם, שתהווה את המצע עליו יתבקשו להצביע, ובכך יהוו הבחירות משאל-עם על הסכמי השלום, תוך עקיפת הכנסת הלעומתית. זאת ועוד, בעוד חסידי שיחות השלום הציגו אותן כדרך חיונית להשגת שלום וביטחון למדינת ישראל, ראו בהן מתנגדי השיחות סיכון חמור לביטחונה של המדינה, בלי שיושג השלום המקווה. אכן אין ספק, כי בניהולן של שיחות השלום, "ימים ספורים לפני הבחירות", היה בכדי ליצור "משבר אמון חמור בין חלקים נכבדים של הציבור, בארץ ובעולם, לבין מקבלי ההחלטות". הרי בנתונים אלה, בלשונה של העתירה בעניין ה"אוריינט האוס", "בהיעדר עילה שיש בצידה סכנה קרובה ומוחשית לשלום הציבור, ובהיעדר אינטרס ישראלי מובהק שאינו סובל דיחוי, אל לה לממשלת ישראל לנקוט בצעדים המשמשים נושא מרכזי בתעמולת הבחירות".

ובכל זאת, הייתה תוצאת העתירות בעניין שיחות השלום הפוכה מזו של העתירה בנושא ה"אוריינט האוס". לא זו בלבד, אלא שזכרה של עתירה זו כלל לא בא בפסק-הדין בן 18 העמודים, בנושא שיחות השלום. התמיהה על כך גוברת, משום שעניין ה"אוריינט האוס" הועלה על-ידי העותרים במקרה נשוא דיוננו, ומשום

שהשופט דורנר, מי שנתנה את צו הביניים בפרשת ה"אורינט האוס", ישבה לדין אף בפרשת שיחות השלום. יתר על כן, היא הייתה אף השופטת התורנית, שבפניה הובאה עתירתו של פרופ' וייס, אך היא נמנעה ממתן צו ביניים ואף מהוצאת צו על תנאי, ואך החליטה להעביר את העתירה לדיון בפני הרכב של שלושה שופטים. אכן השופט זמיר התייחס לפרשת ה"אורינט האוס" בעת הדיון בעתירה בנושא שיחות השלום. הוא פטר את החלטתו של בית-המשפט, באותו מקרה, בכך ששם דובר בצו ביניים, ולכן לא היה בו משום התערבות של בית-המשפט לגופה של העתירה.

אמנם ככלל, שונה מתן צו ביניים מהוצאתו של צו-על-תנאי, קל וחומר מעשייתו להחלטי. אולם כמה דברים אמורים? כאשר צו הביניים ניתן "על-מנת לשמור על המצב הקיים בעת הגשת הבקשה, כדי למנוע שיובא שינוי במצב זה לרעת אחד מבעלי-הדין או לטובתו כל עוד תלויים ועומדים ההליכים בבית [ה]משפט"<sup>55</sup>. אכן העותרים בפרשת ה"אורינט האוס" נימקו את בקשתם למתן צו ביניים בטענה, ש"אי-מתן צו ביניים עלול לייתר כליל את הדיון בעתירה". לפיכך, אם סבר בית-המשפט, כי היה בסיס לעתירה, היה מקום לתת צו ביניים, או לקבוע דיון דחוף בעתירה לגופה. במקום זאת נתנה השופטת דורנר צו ביניים שאינו מוגבל בזמן, ואילו את הדיון בעתירה ייעדה רק לאחר קיום הבחירות; והרי כל העתירה לא באה אלא בכדי למנוע בעד הממשלה מלאכוף את צווי הסגירה לפני הבחירות. לא פלא, כי בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה ציין, כי לאחר שהתקיימו הבחירות, אין עוד ערך לקיום הדיון בעתירה, שהפכה להיות עתירה תאורטית. במקרה זה לא זו בלבד, שצו הביניים שימר את המצב הקיים, אלא שהוא נתן לעותרים את מלוא הסעד לו עתרו, זאת בניגוד לכלל המקובל ביחס למתן סעדים זמניים<sup>56</sup>.

נראה, כי בהתעלמו מן ההתערבות בפרשת ה"אורינט האוס", גילה בית-המשפט חוסר-נוחות מאותה התערבות וקושי להצדיק את הימנעותו שלו מלהתערב בנושא שיחות השלום. דבר זה, מן הדין, שיעורר את השאלה, האמנם הייתה ההתערבות באותה פרשה מוצדקת. נראה הדבר, שצו הביניים שניתן אז היה לרצונו של השר לביטחון פנים ולרצונם של הממשלה ושל ראשה<sup>57</sup>. נראה הדבר, כי ראש

55 בג"צ 345/61 אל-כזאן נ' מנהל שרות השידור, פ"ד טו 2364, 2366.

56 "הכלל הוא שאין בית המשפט נותן צו ביניים בצורת 'צו עשה' או צו 'אל תעשה', אם על ידי כך נפתרת כל השאלה השנויה במחלוקת בין הצדדים, ואין יותר צורך בכירור התביעה עצמה"; המ' (ת"א) 342/49 גוטליב נ' ארמון בע"מ, פ"מ ב 280, 282. הכלל הוא, כי "עד כמה שצווי הביניים בבג"צ דומים לצווי מניעה זמניים, שניתנים בבתי המשפט הרגילים בסכסוכים פרטיים, אפשר כמובן להיעזר במבחנים הנהוגים והמקובלים בהוצאת צווי המניעה"; ר' הר-זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק (בורסי, תשנ"א), 94.

57 ערב קבלת ההחלטה בדבר צווי הסגירה פנו העותרים בבג"צ 3123/99 לשר לביטחון פנים, כי יימנע מהוצאת צווי הסגירה ומהוצאתם לפועל. בא-כוחם מסר לי, כי בטרם חתם על צווי הסגירה של ה"אורינט האוס", טרח השר לוודא, באופן בלתי-פורמלי, שאכן מתכוונים העותרים לעתור לבית-המשפט הגבוה לצדק נגד הצווים.

הממשלה, שסנט בממשלת "העבודה" שקדמה לו, על שאפשרה קיומה של פעילות פוליטית ב"אורינט האוס", מצא עצמו נאלץ לפעול, לאחר שהפעילות בו נמשכה בראש חוצות, ובמיוחד לאחר הפרובוקציה שהתרחשה ביום העצמאות. במידה רבה הפך ראש הממשלה שבוי של ההתראות והאזהרות, שכיוון כלפי שוכני ה"אורינט האוס". ספק אם הוא יכול היה להרשות לעצמו לעמוד לבחירות מבלי שיממש את התראותיו בנושא זה, שאותו הפך, בלשונה של העתירה, "[ל]נדבך המרכזי, בהא הידיעה, במסע הבחירות [שלון]". מצד שני, ספק רב האם הוא אכן היה מעוניין באכיפתם של צווי הסגירה, תוך פריצה למתחם ה"אורינט האוס" ושימוש בכוח, שעלולים היו להסתיים בהתנגשויות אלימות. אמנם, העותרים רמזו בעתירתם לכך, שראש הממשלה מתכוון לעשות שימוש באירועים האלימים לצורך תעמולת הבחירות שלו ושל מפלגתו. לכך כוונה, ככל הנראה, טענתם, כי צעדי האכיפה "עלולים להביא לשפיכות דמים, שמראותיה יופיעו אף הן בתעמולת הבחירות". עם זאת ספק הדבר אם מראות כאלה היו עשויים להועיל לראש הממשלה בקלפי. אפשר להיווכח בכך, שצו הביניים היה לרצונו של ראש הממשלה, מן העובדה שהוא נמנע מליזום פנייה לבית המשפט לביטול צו הביניים או להקדמת הדיון בעתירה לגופה. אין זאת, כי אם במתן צו הביניים השכיל בית המשפט לפתור בעיה שהסתבכה ויצאה מכלל שליטה, תוך שהיא גוררת את כל המעורבים בה למצב מסוכן. בית המשפט אפשר, למעשה, לממשלה ולראש הממשלה לרדת מן העץ שעליו טיפסו. השאלה היא האם, אכן, תפקידו של בית המשפט להוציא את הערמונים מן האש עבור רשות אחרת.<sup>58</sup> מכל מקום, נסיבות אלה עשויות להבהיר, כיצד עברה התערבותו של בית המשפט בפרשת ה"אורינט האוס" בשקט יחסי. הן אינן מצדיקות, עם זאת, את התעלמותו של בית המשפט בפסק דינו בפרשת וייס מהתערבות זו.

זאת ועוד, פרשת הסכמי השלום עסקה בבעיה ציבורית בעלת השלכות ברורות על כלל תושבי המדינה. מקצת מן העותרים אף הדגישו את היותם נפגעים במישרין מהם. כך, למשל, לא הסתפקו העותרים, באחת העתירות<sup>59</sup>, בציון העובדה, כי "הנם יו"ר וחבר מזכירות של התנועה 'שומרי ירושלים' אשר חרטה על דיגלה שמירה על ירושלים ברוח הוראות חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל". לכך הם הוסיפו בכתב-יד לפני הגשת העתירה, כי הם עותרים אף "כתושבי הרובע היהודי בירושלים", וכי "נושא העתירה קובע את גורלם האישי". שונה היה הדבר בפרשת ה"אורינט האוס". העותרים ציינו, כי הם מגישים את העתירה "כעותרים ציבוריים, העוקבים בדאגה רבה אחר המתרחש סביב בניין ה'אורינט האוס' והתוצאות החמורות שיכולות לנבוע מבצוע אמצעי האכיפה". לא זו בלבד, אלא שהם טרחו להדגיש, כי עתירתם "אינה מוגשת בשם של האישים והמשרדים שכנגדם הוצאו הצווים", אלא "בשם ציבור ישראלי גדול, תושבי ירושלים, החרדים מקבלת החלטה כה גורלית בעיתוי הנוכחי". כפי שנמסר לי

58 ראו, A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Indianapolis, 1962), 135–136.

59 בג"צ 86/01.

על-ידי ב"כ העותרים, שקלו דיירי ה"אוריינט האוס" בעצמם לעתור לבית-המשפט הגבוה לצדק כנגד הצווים, אך הם נמנעו מלעשות כן, מחשש פן יתפרש הדבר כהכרה בריבונותה של ישראל על מזרח ירושלים. לפיכך, עשו אותם העותרים משיכים בעתירתם<sup>60</sup>.

#### ד. פסק-הדין בפרשת שיחות השלום: סמכויותיה של ממשלה יוצאת

ב-25 בינואר, 12 ימים לפני מועד הבחירות המיוחדות לראש הממשלה, ניתן פסק-הדין בעתירה כנגד ניהולן של שיחות השלום. פסק-הדין דחה את העתירות ברוב דעות כנגד דעתו החולקת של השופט טירקל.

הנשיא ברק, שמפיו ניתן פסק הרוכ, דן בפסק דינו בסמכויותיה של הממשלה לאחר התפטרותו של ראש הממשלה ולקראת עריכתן של בחירות מיוחדות. הנשיא ציין, כי סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה מתשנ"ב קובע את עקרון רציפות הממשלה, וזאת עד לכניסתו לתפקיד של ראש הממשלה הנבחר<sup>61</sup>. סעיף 31 לחוק-היסוד קובע את העיקרון, כי גם לאחר התפטרותו של ראש הממשלה ממשיכים הוא ושרי הממשלה לכהן בתפקידם<sup>62</sup>. "בכך", קובע הנשיא, "מובטחת ההמשכיות והיציבות"<sup>63</sup>.

השאלה היא אם קיימות מגבלות על סמכויותיה של הממשלה היוצאת בתקופת הביניים. השופט ברק בוחן את הדגם החוקתי, שלפיו סמכותה של ממשלה יוצאת — "ממשלת מעבר", בז'רגון הנוהג — מוגבלת "לביצוען של פעולות שוטפות" של שלטון ולא להכרעה בעניינים עקרוניים בעלי השלכות ארוכות טווח"<sup>64</sup>. לדגם זה — הידוע בכינוי "Caretaker Government" ותורגם לעברית כ"ממשלה מתחזקת"<sup>65</sup> — נוהג במדינות קונטיננטליות ובחלק ממדינות המשפט המקובל. הוא נוהג במדינות בעלות משטר פרלמנטרי טהור ובמדינות שבראשן עומד ראש מדינה; הוא תופס בממשלה קבועה, שהפכה לממשלת מעבר, והוא חל על ממשלת ביניים, שמונתה

60 לזכות העמידה של עותר ציבורי מקום, שקיים עותר "קלסי" בעל זכות עמידה, ראו: א' מעוז "על גבולות השפיטות: כנסת, ממשלה, בית-משפט" פלילים ח (תש"ס), 389, 393.

61 "נערכות בחירות לכנסת ולראש הממשלה או בחירות מיוחדות, ימשיכו ראש הממשלה והשרים של הממשלה היוצאת במילוי תפקידם עד שייכנסו לכהונתם ראש הממשלה והשרים של הממשלה החדשה".

62 (א) ראש הממשלה שהתפטר או שהכנסת הביעה בו אי-אמון, ימשיך במילוי תפקידו עד שייכנס לכהונתו ראש הממשלה החדש שנבחר.

(ב) נפטר ראש הממשלה, נבצר ממנו דרך קבע למלא תפקידו, התפטר, או הועבר מכהונתו, או שהכנסת הביעה בו אי-אמון — יוסיפו השרים לכהן בתפקידם, עד שייכנס לתפקידו ראש הממשלה החדש שנבחר".

63 לעניין וייס, לעיל הערה 1, בעמ' 465.

64 שם, בעמ' 466.

65 זאת על שום ש"סמכויותיה... מצטמצמות ל... פעולות 'תחזוקה', בלבד", שם, בעמ' 470.

להנהיג את המדינה בתקופה שבין ממשלות קבועות; הוא קבוע לעתים בחוקה, ולעתים הנו פרי נוהג חוקתי; הוא נאכף לעתים על-ידי בתי-המשפט, ולעתים יש לו תוקף פוליטי גרידא.<sup>66</sup>

על ההיגיון שבהגבלת סמכויותיה של ממשלת מעבר ועל הפרמטרים לקביעת תחום סמכויותיה נכתב במדריך, שפורסם על-ידי משרד ראש ממשלת אוסטרליה:

“During the caretaker period, the business of government continues and ordinary matters of administration still need to be addressed. However, successive governments have followed a series of practices, known as the ‘caretaker conventions’, which aim to ensure that their actions do not bind an incoming government and limit its freedom of action.”<sup>67</sup>

על אלה יש להוסיף את המובן מאליו: במשטר פרלמנטרי מכהנת הממשלה מכוח אמון הפרלמנט השואב את כוחו מהכרעת העם. ממילא, אל לה לממשלה שאינה נהנית מאמון זה, לקבל החלטות הקובעות את גורלה של המדינה:

“An incumbent government, where that government has either lost the confidence of the House, or where it is unclear who can command the House’s confidence, does not have a mandate to implement new policies or take major decisions.”<sup>68</sup>

זאת ועוד,

“with the dissolution of the House, the Executive cannot be held accountable for its decisions in the normal manner”<sup>69</sup>.

ואולם, השופט ברק בוחן את המצב החוקתי בישראל, לאור הספרות המשפטית<sup>70</sup>

66 ראו: M. Laver & K. Shepsle, eds., *Cabinet Ministers and Parliamentary Government* (New York: Cambridge University Press, 1994), 291–292; J. Boston, S. Levine, E. McLeay, N.S. Roberts and H. Schmidt, “Caretaker Government and the Evolution of Caretaker Convention in New Zealand”, 28 *VUWLR* (1998) 629; C. Klein, “The Powers of the Caretaker Government: Are they Really Unlimited”, 12 *Isr. L. Rev.* (1977) 271; G. Palmer & M. Palmer, *Bridled Power: New Zealand Under MMP* (3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 1997), 33–37.

67 Australian Government — Department of the Prime Minister and Cabinet, *Guidance on Caretaker Conventions* (September 2001), available at: <http://www.dpmc.gov.au/guidelines/caretakerconventions.cfm>

68 Boston *et al*, *supra* note 66, at 638

69 *Guidance on Caretaker Conventions*, *supra* note 67

70 Klein, *supra* note 66

ולאור חוות דעתה של ועדה ממשלתית, שמונתה לדון בנושא זה<sup>71</sup>, ומגיע למסקנה, כי "המשפט החוקתי הישראלי אינו מכיר בדוקטרינה מיוחדת לפיה עם התפטרותו של ראש הממשלה, סמכויותיו שלו וסמכויותיהם של השרים... ומצטמצמות לפעולות שוטפות (פעולות 'תחזוקה') בלבד"<sup>72</sup>. יחד עם זאת, אין העובדה שמדובר בממשלה יוצאת נעדרת נפקות. לגישתו של השופט ברק, "העקרונות של סבירות ומידתיות הם עקרונות משפט כלליים החלים על פעולותיה של כל ממשלה, לרבות ממשלה יוצאת. מתחם הסבירות' הקובע את מרחב הפעולות שמעבר לו פעילותה של הממשלה אינה סבירה, חל גם לעניין פעולותיה של ממשלה יוצאת"<sup>73</sup>.

בכדי לבחון את מתחם הסבירות עלינו לעמוד על התכלית הכפולה המונחת ביסוד המשך כהונתה של ממשלה שראשה התפטר. תכלית זו – לגישתו של הנשיא ברק – הנה "למנוע 'חלל' שלטוני ולהבטיח יציבות והמשכיות"<sup>74</sup>. יחד עם זאת, "יש להתחשב במעמדו המיוחד של ראש הממשלה היוצא, אשר לכאורה עם התפטרותו אמור היה תפקידו להסתיים, אך הוא ממשיך להחזיק בו עד שייכנס לכהונתו ראש הממשלה שנבחר"<sup>75</sup>. שקלולן של שתי התכליות האמורות מוליך למסקנה, שעל הממשלה "לנהוג באיפוק הראוי למעמד של ממשלה יוצאת", ויחד עם זאת, "להבטיח יציבות והמשכיות". התוצאה הנה, ש"מתחם הסבירות של ראש ממשלה שהתפטר וחברי ממשלתו צר ממתחם הסבירות של ראש ממשלה וממשלה המכהנים כרגיל"<sup>76</sup>. כמה נבדלת שיטה זו מדגם הממשלה המתחזקת? – לדבריו של הנשיא, "השאלה שעקרונות הסבירות והמידתיות מציבים אינה אם העשייה היא שוטפת או חריגה", אלא

71 צ' ברנזון ואח', דו"ח הוועדה בעניין ממשלת מעבר (משרד המשפטים, 1977) 6.  
72 עניין וייס לעיל הערה 1, בעמ' 468. היו מי שביקשו ללמוד על הגבלת סמכויותיה של ממשלת מעבר מתוך דיוק בלשונו של חוק-יסוד: הממשלה מתשכ"ח. בעוד על ממשלה קבועה נאמר שהיא "מכהנת מכוח אמון הכנסת" (סעיף 3 לחוק-היסוד), על ממשלת מעבר נאמר, שהיא אך "תמשיך במילוי תפקידה" (סעיף 25(א) לחוק-היסוד מתשכ"ח סעיף 30(א) לחוק-היסוד תשס"א).

"It has been argued, therefore, that a legal limitation has been placed on the powers of an interim Government, and that it does not enjoy full governmental powers, but only those which are necessary to 'carry on' with its duties as the 'continuing Government.'"; E.S. Likhovskiy, *Israel's Parliament: The Law of the Knesset* (Oxford: Clarendon Press, 1971), 155.

בסעיף 3(ב) לחוק-היסוד מתשנ"ב נקבע: "ראש הממשלה מכהן מכוח היבחרו", ואילו על ראש ממשלה שהתפטר, או שהכנסת הביעה בו אי-אמון, נאמר שהוא "ימשיך במילוי תפקידו" (סעיף 31(א)). כיוצא בזה, קובע סעיף 32: "נערכות בחירות לכנסת ולראש הממשלה או בחירות מיוחדות, ימשיכו ראש הממשלה והשרים של הממשלה היוצאת במילוי תפקידם, עד שייכנסו לכהונתם ראש הממשלה והשרים של הממשלה החדשה".

73 עניין וייס לעיל הערה 1, בעמ' 468.

74 שם הערה 1, בעמ' 469.

75 שם, שם.

76 שם, בעמ' 470.

"אם באיזון הכולל – המתחשב במכלול הנסיבות – נדרשים איפוק או עשייה"<sup>77</sup>. הוא מוסיף ומבהיר, כי "חובת האיפוק אינה קיימת מקום שקיים צורך ציבורי חיוני בעשייה"<sup>78</sup>. לכאורה, אבחנה זו תופסת גם בדגם של "הממשלה המתחזקת". הדגמתו של הנשיא, כי "איש אינו מעלה על הדעת כי ראש ממשלה יוצא וחברי ממשלתו אינם יכולים להגן על בטחון המדינה מפני מלחמה שפרצה רק משום שהימים הם ימיה האחרונים כממשלה יוצאת"<sup>79</sup>, הנה הדגמה טובה לפעילות של ממשלה מתחזקת. כאשר מגבילים ממשלה יוצאת בביצוע פעולות תחזוקה, אין הכוונה, שעליה לעסוק בפעילות שגרתית בלבד – מעין סיווד ושימון – ולא להגן על המדינה מפני אויב הצר עליה<sup>80</sup>. למעשה, גדר סמכויותיה של ממשלה מתחזקת אינו שונה מהותית מן הדגם שמציב השופט ברק. בסמינר על ממשלה מתחזקת, שהתקיים באוניברסיטת ויקטוריה בוולינגטון שבניו-זילנד, בשנת 1997 הייתה דעת הרוב, כי "the conventions need to be applied in a manner which ensures that there is neither an excessive use of power nor a failure by a caretaker government to exercise its legal authority where decisions are required"<sup>81</sup>.

כמה שונה מבחן זה ממבחנו של השופט ברק? עם זאת, מן הראוי לשים את הדגש לא רק על קיומו של "צורך ציבורי חיוני בעשייה", אלא על כך שקיים "צורך ציבורי חיוני" לעשות פעולה פלונית, "בתקופה זאת דווקא", כעידון שהכניס השופט טירקל למבחנו של הנשיא ברק<sup>82</sup>. זאת ועוד, בשונה מהשופט טירקל, ספק בלבי האם יש לייחד הגבלה זו למועד, "שלקראת תום התקופה" של הממשלה היוצאת דווקא<sup>83</sup>. על-פי מבחן זה לא תישמע הטענה, כי הכנסת שלא מנעה מממשלת המיעוט בראשותו של מנחם בגין לצאת למלחמה בלבנון, אינה יכולה "למנוע" מממשלת המיעוט את השלום"<sup>84</sup>, שכן "מי שחושב ששלום אסור לעשות אלא ברוב, צריך גם לומר שאולי גם מלחמה אי-אפשר לעשות אלא ברוב"<sup>85</sup>. המבחן הנכון איננו של מלחמה ושלום, אלא של חיוניות הפעולה ודחיפותה. לכן, ממשלה יוצאת תהא מוסמכת וחייבת לצאת למלחמה דוגמת מלחמת יום הכיפורים, אך לא למלחמה במתכונתה של מלחמת שלום הגליל<sup>86</sup>.

77 שם, בעמ' 469.

78 שם, שם.

79 שם, בעמ' 470.

80 מבחינה זו, ייתכן והמונח "ממשלה מתחזקת", כתרגום ל-*caretaker government* אינו מוצלח. Boston et al, *supra* note 66, at 643. Based on C. James, *Under New Sail: MMP and Public Servants* (Wellington: Institute of Policy Studies, 1997).

81 עניין וייס לעיל הערה 1, בעמ' 476.

82 שם, בעמ' 475.

83 מתוך דברי התשובה של שר המשפטים להצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון) – סייג לחתימה על הסכם; ד"כ 200 (תשס"א) 1269.

84 ד"כ 198 (תש"ס), 11163.

85 לפיכך, צדק שר המשפטים בהנחתו, "שממשלת מיעוט לא יכולה ליזום מלחמה", ד"כ 200



## ה. סבירות ומידתיות ביחסי-חוץ

כיוצא בזה, מבחן הסבירות שהציע הנשיא, אינו משכנע על פניו. משמעותו של מבחן זה, כפי שהבהיר הנשיא במקום אחר<sup>87</sup>, "כי על הרשות השלטונית לבחור אותה דרך פעולה שרשות שלטונית סבירה הייתה בוחרת בנסבות העניין"<sup>88</sup>. מבחן זה, שאפשר ונאה הוא לרשות מנהלית בכיצוע מטלותיה, ספק אם הוא יאה לממשלה, בעת שהיא קובעת את מדיניותה, במיוחד כך הדבר בקביעת מדיניות החוץ והביטחון של המדינה. כתב על כך השופט זמיר:

"במילוי תפקידו, בית המשפט מבחין בין ענייני מדיניות לבין עניינים מדיניים. מדיניות בעניינים מנהליים (למשל, מדיניות של שר מסוים לגבי מתן רישיונות מכוח חוק מסוים) מצויה בתוך תחום הביקורת השיפוטית; אך מדיניות בעניינים מדיניים (כגון, מדיניות בעניין הקשור ליחסים עם גורם מדיני מחוץ לישראל) מצויה בדרך כלל מחוץ לתחום הביקורת השיפוטית"<sup>89</sup>.

ואכן, מה עניינה של סבירות אצל שיחות השלום? האם נכונות להעביר את מתחם הר הבית לשליטה פלסטינית<sup>90</sup> נכלל במתחם הסבירות, ואילו נכונות להתפשר על השליטה במתחם הכותל המערבי יחרוג ממתחם זה<sup>91</sup>? האם ויתור על הר הבית הנו סביר, אך לא כן הר הזיתים, לפי ש"אפילו הציבור החילוני הישראלי לא יוכל לקבל ולא יוכל להבין הסכם שבו הר הזיתים אינו חלק מירושלים"<sup>92</sup>? האם נכונות לוותר על השליטה

(תשס"א) 1269. להסתייגות זו הסכים אף ח"כ אלון, מיוזמי הצעת החוק; שם, שם. ראו גם דבריו בד"כ 198 (תש"ס), 11163. יצוין, עם זאת, שלאחר מעשה, זכתה החלטתה של ממשלת בגין לצאת למלחמה לתמיכתה של הכנסת, שהסירה מעל סדר היום, ברוב של 94 נגד 3, הצעה של סיעת החזית הדמוקרטית לשלום ולשוויון "להביע אי-אמון לממשלה נוכח החלטתה לפתוח במלחמה ולפלוש ללבנון"; ד"כ 94 (תשמ"ב) 2735, 2747. השר ביילין סבר, עם זאת, שהצבעה זו, כאשר "החיילים היו כבר בשטח", אינה יכולה להיחשב ל"הסכמת האופוזיציה" ליציאה למלחמה, שכן "האופוזיציה הרגישה אז שהיא לא יכולה להצביע נגד מלחמה שכבר החלה"; ד"כ 198 (תש"ס), 11163.

87 בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (להלן: עניין רסלר).

88 שם, בעמ' 481.

89 בג"צ 8666/99 תנועת נאמני הר הבית נ' ראש היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 199, 206. על-פי מתווה קלינטון, שהתקבל על-ידי ממשלת ישראל, "הארם א-שריף" – הרחבה והמסגדים שעליה – יהיו בריבונות פלסטינית; ג' שר במרחק נגיעה: המשא ומתן לשלום 1999–2001 – עדות (ידיעות אחרונות, ר' טל עורך, 2001), 361. המתווה הכיר "בריבונות הפלסטינית על ההר ובריבונות הישראלית... הסמלית – לחלוטין נטולת משמעות מעשית – על 'קודש הקודשים', ש' בן עמי חזית ללא עורף: מסע אל גבולות תהליך השלום (ידיעות אחרונות, 2004), 459. אמנם להחלטתה לקבל את המתווה, צירפה הממשלה "מסמך הערות... אך הן היו נספח לאמירת 'הן' ברורה וחדה, לא הערות המצורפות לאמירת 'לא' מצלצלת", שם, בעמ' 388.

91 בשיחות טאבה, שהתנהלו בעקבות מתווה קלינטון, דרשה המשלחת הפלסטינית, כי השליטה הישראלית תצטמצם ל"כותל הדמעות", ולא ל"כותל המערבי" הרחב ממנו; שר, שם, בעמ' 388.

92 שר, לעיל הערה 90, בעמ' 410.

בבקעת הירדן סבירה היא, ואילו נכונות לסגת מגוש עציון אינה כזו?<sup>93</sup> והאם נכונות למסור לידיה של הרשות הפלסטינית שטחים בתחומי הקו הירוק סבירה, אם הנכונות מתייחסת לחולות חלוצה?<sup>94</sup>, אך לא לחולות זיקים? האם נסיגה מ-92% בלבד משטחי הגדה, כדרישתו של ראש הממשלה<sup>95</sup>, סבירה היא, לפי ש"אין לה כל יכולת שרידות פוליטית", ואין בה "כדי לקדם את קבלת ההסכם בקרב הציבור שלנו"<sup>96</sup>, ואילו קבלת העמדה הפלסטינית, לפיה יוותרו בידי ישראל אך 2% משטחים אלה, אינה סבירה? לא למותר לציין, כי שר החוץ, שלמה בן-עמי, עצמו הדגיש, כי "כישוראים וכיהודים הלכנו עד לגבולות הרחוקים ביותר שרשאים היינו ללכת אליהם"<sup>97</sup>, וכי החלטת הממשלה "הייתה החלטה נועזת של ממשלת שלום, שהלכה עד קוויה האדומים ביותר"<sup>98</sup>.  
לא בכדי מתריס השופט אלון:

"חוששני, כי מתוך עיון בכל אותם נושאים ופסקי-דין, שעניינם נושאים פוליטיים, צבאיים ומדיניים מובהקים שבהם מכריע [השופט ברק], בשימוש בעקרונות הסבירות ובמיתחם הסבירות, כי הפעולה השלטונית סבירה היא, ניתן היה להגיע גם למסקנה הפוכה, היינו שהפעולה השלטונית אינה סבירה"<sup>99</sup>.

מניין ייטול בית-המשפט את אמות המידה המשפטיות לבחינת סבירותה של מדיניות הממשלה בתחום זה? משיב על כך השופט ברק: "בהעדר הכוונה תחיקתית, על בית-המשפט לפנות לערכי היסוד של האומה, ל'אני מאמין' שלה או אל 'מערכת החיים הלאומיים שלו', ואל 'מקורות התודעה החברתית של העם שבתוכו יושבים השופטים'". "בעשותו כן", מדגיש השופט ברק, "תחשב בית המשפט בהשקפות המקובלות על הציבור הנאור"<sup>100</sup>. וכי במה תועיל הפנייה למקורות אלה כדי להשיב על השאלות הללו? אם ביקש הנשיא ברק ללמוד ממקורות אלה על זיקתה של האומה

93 גוש עציון הייתה אמורה להיותר בידי ישראל, אף שלפלסטינים הייתה "בעיה" עם היקפו של הגוש, שם, בעמ' 404-405.

94 על-פי מתווה קלינטון, על ישראל היה להעביר לפלסטינים "שטח השווה ל-1%-3%, ככל הנראה באזור רצועת עזה", שם, בעמ' 361. דובר על כך שיהיה זה בחולות חלוצה, אם כי ראש הממשלה "הינחה... שלא להתייחס באופן ספציפי לחולות חלוצה", שם, בעמ' 404.

95 בהנחייתו למשלחת הישראלית לשיחות טאבה, שם, בעמ' 404.

96 כטענתו של שר החוץ, בן-עמי, שר, שם, בעמ' 409. בן-עמי עצמו היה נכון להסתפק ב"סיפוח של 6%", ואילו השר יוסי שריד, שהשתתף אף הוא בשיחות טאבה, ציין כי "בסוף נסכם על 5-6 אחוזי סיפוח", שם, שם. מתווה קלינטון דיבר על כך, ש"השטח שתספח ישראל יהיה 4%-6% משטח הגדה", שם, בעמ' 360. למעשה, מציין בן-עמי, "הצעתו של ברק היתה, מבחינת, תדהמה אמיתית, העסקה המוצעת, יכלה על פניה, להתקבל על-ידי הפלסטינים כ-Swap של 1:1 בן עמי, לעיל הערה 90, 437.

97 בן עמי, לעיל הערה 90, שם, בעמ' 12.

98 בן עמי שם, בעמ' 459-460.

99 בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 771.

100 עניין רסלר, לעיל הערה 87, בעמ' 482.

למחוזות מולדתה, שמהם גילתה ממשלת ברק נכונות לסגת, אין ספק כי זו תימצא לו. כיוצא בזה, אם ביקש הוא להשכיל מהם על ערכו של השלום במסורת ישראל. ועדיין יש מקום לתהות כיצד שקלולם של אלה ייתן בידינו "מתחם סבירות" לפעולותיה של הממשלה. המבחן אינו יכול להיות מבחן של סבירות. אין בנמצא מתווה של סבירות למדיניות חוץ; זו נקבעת על-פי תפיסה מדינית, ולא על-פי מה שהנו סביר. כל עיקרו של המשטר הדמוקרטי מבוסס על כך, שהשקפות פוליטיות שונות מתחרות ביניהן על אמונו של הבוחר. הבררה ביניהן הנה אריתמטית, של ספירת קולות בקלפי, ולא ערכית<sup>101</sup>. לכאורה, מצעה של "ישראל אחת", עמו התמודדה על אמונם של הבוחרים וזכתה בבחירות, כמו גם מפלתה בבחירות שלאחר כישלונן של שיחות השלום, מצביעות על כך, שמדיניותה של ממשלת ברק לא מצאה לה תימוכין "בהשקפות המקובלות על הציבור". האם נבוא לומר, שאף-על-פי-כן הן היו נחלתו של "הציבור הנאור"<sup>102</sup>?

ההגבלה על ממשלה יוצאת אינה יכולה להיות מגבלה שבסבירות החלטותיה. המגבלה הסבירה היחידה המתקבלת על הדעת היא שלא תבצע הממשלה היוצאת מחטף מדיני. כתב על כך השופט טירקל:

"ניהול המשא והמתן המדיני בין הממשלה לבין הרשות הפלסטינית כשלעצמו – שלא לדבר על הסכמים והבנות שאולי יושגו במהלכו – עלול לכבול את ידיהם של ראש הממשלה ושל הממשלה הבאה, אם ייבחר ראש ממשלה אחר. הבחירות המיוחדות לראש הממשלה ייערכו ביום 6.2.01; לאמור, בעוד שנים עשר ימים. השאלה העומדת, אפוא, להכרעה לפנינו איננה אם המשא והמתן שמנהלת הממשלה עם הרשות הפלסטינית – שהוא ללא ספק גורלי לעתידה של המדינה – מצוי במתחם הסבירות. השאלה היא אם ניהולו של המשא והמתן בתקופה סמוכה כל כך למועד הבחירות המיוחדות, מצוי במתחם הסבירות. לעניין זה אין אנו נדרשים להכרעה כלשהי שעניינה תכניו של המשא והמתן, ההסדר המדיני הרצוי, שיקולי בטחון ושלום וכיוצא באלה. בעיני השאלה שיש להכריע בה היא אם קיים צורך ציבורי חיוני – ולשיטתי, אם קיים צורך ציבורי חיוני ביותר – לנהל את המשא והמתן בתקופה זאת דווקא. באיכוחה של הממשלה שטחו טעמים רבים ושונים מדוע אין לכבול את ידיהם של ראש הממשלה המתפטר ושל שרי ממשלתו, אך לא הצביעו על צורך ציבורי חיוני – ובעצם, לא הראו טעם כלשהו –

101 "עתירות אלה עוסקות במשא-ומתן מדיני בעל אופי פוליטי מובהק, המפלג את הציבור במחלוקת חריפה. בין שראוי לקיים משא ומתן כזה ובין שלא, ובעניין זה כל איש באמונתו יחיה"; עניין וייס לעיל הערה 1, בעמ' 480, מפי השופט זמיר.

102 לכאורה, מתבקשת תשובה שלילית לשאלה. בהתייחסו למהותו של "הציבור הנאור", כתב פרופ' ברק: "כל שנתר הוא להעמיד בפני השופט דרישה ולהטיל עליו שאיפה לאובייקטיביות. זאת מבקשת אמת המידה בדבר הציבור הנאור להשיג"; א' ברק "הציבור הנאור" ספר לנדוי כרך ב' (א' ברק וא' מזוז, עורכים, תל-אביב, תשנ"ה) 677, 684.

שיש בו כדי להצדיק ניהול משא ומתן כה חשוב וגורלי שהוא, כשלעצמו, עלול לכבול את ידיהם של ראש הממשלה שייבחר ושל שרי ממשלתו (אם לא ייבחר מחדש ראש הממשלה שהתפטר). בהעדר צורך ציבורי חיוני כזה יש לקבוע כי המשך ניהול המשא והמתן בתקופה הקצרה שנותרה עד לבחירות המיוחדות חורג ממתחם הסבירות וכי יש להפסיקו עד שייכנסו לתפקידיהם ראש הממשלה הנבחר ושרי ממשלתו<sup>103</sup>.

במיוחד כך, כאשר ברור היה שאין רוב בכנסת, אף לא בעם התומך במדיניותה של הממשלה. בעיקר בולט הדבר על רקע ניסיונו של ראש הממשלה להתעלם מן הכנסת ולנהל דיאלוג ישיר עם ציבור הבוחרים, כאילו היה לישראל משטר נשיאותי. והרי, כפי ששב הנשיא ברק והבהיר, גם בפסק-דין זה<sup>104</sup>, "אף כי ראש הממשלה נבחר בבחירות ישירות, העקרון הפרלמנטרי של פיקוח הכנסת על ראש הממשלה והממשלה ממשיך להתקיים". עיקרון זה מבוסס על "תפיסה פרלמנטרית שלפיה כהונתה של הממשלה מבוססת על אמון הכנסת", ו"הינו מרכיב חשוב במבנה המשטר בישראל"<sup>105</sup>.

### ו. על סבירות ועל שפיטות

ואף-על-פי-כן, סבורני, שלא היה מקום להתערב במעשיה של ממשלת ברק, כמו גם באלה של ממשלת נתניהו, באחרית ימיהן. זאת לא משום שמעשיהן היו סבירים או חיוניים, אלא למרות שלא היו כאלה. את ההימנעות מלהתערב היה מקום לקבוע כהגבלת סף, כמגבלה על שפיטותם של מעשי הממשלה. שפיטותם של מעשים אלה יש להותיר ליחסים, שבין הממשלה לכנסת ובינה לבין ציבור הבוחרים<sup>106</sup>. גם משפתח

103 עניין וייס לעיל הערה 1, בעמ' 475–476.

104 שם, בעמ' 473.

105 בג"ץ 6924/00 שטנגר נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נה(2) 485, 492, מפי הנשיא ברק.

106 על הנוהג החוקתי בדבר הגבלת סמכויותיה של ממשלת מעבר באוסטרליה, נאמר כי:

"The conventions are neither legally binding nor hard and fast rules", Guidance on Caretaker Conventions, *supra* note 67

על המגבלות המוטלות על ממשלת מעבר בקנדה, נאמר כי:

"The precise nature of this restraint is, of course, a matter of political judgement", *Boston et al. supra* note 66, at 632

בפסק דינו, בעניין וייס לעיל הערה 1, בעמ' 479, מצייין השופט זמיר, כי העותרים לא הצליחו להצביע ולו "על מקרה אחד במדינה כלשהי, בזמן מן הזמנים, שבית-משפט התערב במשא ומתן מדיני המתנהל על-ידי הממשלה ואסר עליה בצו את ניהול המשא ומתן או הצהיר, כי המשא ומתן הנו בלתי חוקי... ואני מסתכן בהשערה שהם לא מצאו משום שאין. ככל הידוע, לא היה מקרה כזה אפילו באותן מדינות, שבהן קיימת דוקטרינה הקובעת, כי לממשלה יוצאת יש רק סמכויות של ממשלת תחזוקה. ומדוע? משום שגם באותן מדינות מקובל, כי הביקורת על ניהול משא ומתן מדיני על-ידי ממשלה יוצאת, גם כאשר מושמעת טענה, כי המשא ומתן בלתי מוצדק ואף בלתי סביר, מופקדת בידי הנבחרים, או במישרין בידי הציבור, ולא בידי בית-המשפט".

בית־המשפט הגבוה לצדק את שערי לרווחה בפני כל עותר ומתלונן, וגם כשהיה נכון להעביר תחת שבט ביקורתו כמעט כל דבר ועניין<sup>107</sup>, דומה היה כי נותרו שני תחומים לפליטה, שאותם לא יעביר בית־המשפט במבחנתו. היו אלה ענייני חוץ וביטחון. כתב על כך השופט אלון, במסגרת עתירה שעסקה אף היא בשיחות שלום, שניהלה ממשלת ישראל, ושעשויות היו להביא להעברת שטחים ברמת הגולן לריבונותה של סוריה:

“בשורה ארוכה של פסיקה שיצאה מלפני בית־משפט זה נקבע, כי הנושא של אופן ניהול מדיניות חוץ על־ידי הגורמים המוסמכים לכך הוא בלתי שפיט, אין הוא ניתן ליבדק על־פי קנה מידה משפטי, ובית־משפט זה לא יתערב בכגון אלה”<sup>108</sup>.

קדם לו פסק־הדין של בית־המשפט הגבוה לצדק בפרשת צווי פינוי וסגירה של קרקעות בפתחת רפיח, “לצרכים צבאיים”<sup>109</sup>. שם קבע השופט ויתקון, כי “ענייני צבא וביטחון, כמוהם כענייני מדיניות חוץ, אינם מן הדברים הראויים להכרעת הרשות השופטת”<sup>110</sup>. כיוצא בזה, משעתר יונתן פולארד נגד ראש הממשלה, כי יימנע מלשחרר מחבלים מכלאם, במסגרת הסכם שהושג בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית, וזאת כל עוד לא שוחרר הוא עצמו מן הכלא בארצות־הברית, קבע בית־המשפט העליון נחרצות:

“מצויים אנו בתחום ההסכמים המדיניים שבין המדינה לבין גופים לבר־המדינה, והלכה מכבר היא – הלכה מקובלת ומבוססת – כי בנושאים כגון אלה של הסכמים מדיניים מובהקים עם גורמי־חוץ לא יידרש בית־המשפט לעתירות שעניינן תוכנם של אותם הסכמים. הסכמים אלה, עניינם הוא בסמכותן של רשויות מדינה אחרות, ואנו לא נורה את המדינה מה תעשה ומה לא תעשה”<sup>111</sup>.

לכסוף, בדחותו עתירה שקראה תיגר על מדיניות הממשלה להקים יישובים אזרחיים והתנחלויות בשטחים המוחזקים על־ידי צה"ל בתפיסה לוחמתית, שלא מטעמי ביטחון, אלא למטרות יישוב קבוע של אזרחים במקום, קבע בית־המשפט:

107 לניתוח ביקורתי של התופעה, ראו מעוז, לעיל הערה 60.

108 בג"ץ 4354/92 תנועת נאמני הר הבית וארץ־ישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(1) 37, 43.

109 בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169.

110 שם, בעמ' 182.

111 בג"ץ 7210/98 פולארד נ' ראש ממשלת ישראל, דינים עליון, כרך נה, 259. כיוצא בזה סירב בית־המשפט הגבוה לצדק להתערב בהסכם שבין ממשלת ישראל לבין “הארגון לשחרור פלשתיין”, שכלל שחרור אסירים ועצורים פלסטיניים, על אף שנטען, “לא־סבירות קיצונית בשיקולים, שהנחו את [הממשלה] להסכים על דבר שחרור אסירים ועצורים, וכי שחרור כזה עלול לפגוע בזכויות יסוד של אזרחים בישראל”. בית־המשפט פסק: “ההחלטה בדבר שחרור האסירים היא ממרכיבי הסכם מדיני מובהק, שהמדינה צד לה. כבר קבענו לא אחת, שבית משפט זה לא יזקק לעתירות הנוגעות להסכמים מדיניים מעין אלה, באשר נושאים אלה הם בסמכות של רשות אחרת”; בג"צ 2455/94 ארגון “בצדק” נ' ממשלת ישראל, דינים עליון, כרך לה, 744.

"יש לדחות עתירה זו, כי היא לוקה בכך שהיא מתייחסת לנושאי מדיניות השמורים לזרועות אחרות של הממשל הדמוקרטי, והיא מעלה נושא שהסממנים המדיניים שבו הם דומיננטיים וגוברים בעליל על כל קטעי הקטעים המשפטיים שבו. אופיו השליט של הנושא המועלה בעתירה הוא מדיני מובהק. היעדר התאמתו של נושא העתירה להכרעה שיפוטית בבית המשפט הגבוה לצדק נובע במקרה דנן מן השילוב של שלושה סממנים השוללים שפיטותו של הנושא: התערבות בנושאי מדיניות המצויים בתחומה של רשות שלטונית אחרת, היעדר מחלוקת קונקרטית ואופייה המדיני השליט של הסוגיה"<sup>112</sup>.

כך הוא הדין גם במדינות, שמהן שאבנו את תורת השפיטות: באנגליה<sup>113</sup> ובארצות הברית<sup>114</sup>.

אכן, גם על גישה זו עלה הכורת. בפסק דינו בפרשת רסלר<sup>115</sup> שואל השופט ברק סדרת שאלות רטוריות:

"ישאל השואל: האם בכל מקרה ומקרה החלטה של רשות שלטונית שפיטה היא? האם, למשל, לצאת למלחמה או לעשות שלום אף הן החלטות 'שפיטות' ועשויות 'להיכלא' לנורמה משפטית ולדין שיפוטי?"<sup>116</sup>.

ומשיב השופט ברק לאותו שואל אלמוני:

"תשובתי הנה בחיוב... גישתי זו מבוססת על התפיסה, כי על כל פעולה שלטונית חלה נורמה משפטית, וכי במסגרת הנורמה החלה ניתן תמיד לגבש אמות מידה וקני מידה לקביעת התנאים והנסיבות לפעולה במסגרת הנורמה"<sup>117</sup>.

ומה היא אותה נורמה, שתחול על החלטה לצאת למלחמה או לעשות שלום? במקום אחר מבהיר השופט ברק, כי "כל החלטה שלטונית – לרבות זו הנוגעת ליחסים הדיפלומטיים עם גרמניה המערבית"<sup>118</sup> – חייבת להיות סבירה. "מכאן, 'קיומה של

112 בג"צ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210, 215. השורח' כהן "לפולמוס השפיטות" קריית המשפט א (תשס"א) 5, 10: "הלכה פסוקה היא מימים ימימה שאין בית-המשפט מתערב במדיניות הממשלה, לא במדיניות החוץ ולא במדיניות כלכלית או חברתית; הוא מתערב רק אם תוך כדי יישום מדיניות הממשלה פוגעות הרשויות בזכויות חוקיות של הפרט או אם פעולה בלתי-חוקית או בלתי-מוסמכת נעשית באצטלא של 'מדיניות'".

113 ראו: E.C.S. Wade, "Act of State in English Law: Its Relations With International Law", 15 *Byil* (1934) 98, 103.

114 ראו: R.F. Nagel, "Political Law, Legalistic Politics: a Recent History of the Political", 56 *U. of C. L. Rev.* (1989), 643. *Goldwater v. Carter*, 444 *U.S.* (1980). *Question Doctrine*, 56 *U. of C. L. Rev.* (1989), 643. *U.S.* 996, 1007 (1979); *Haig v. Agee*, 453 *U.S.* 280, 292-293 (1980).

115 עניין רסלר, לעיל הערה 87.

116 שם, בעמ' 488.

117 שם, שם.

118 שאלה שנידונה בבג"ץ 186/65 ריינר נ' ראש הממשלה, פ"ד יט(2) 485.

נורמת הסבירות משמעותו קיומן של אמות מידה להערכת סבירותה של פעולה... עניין לנו בפעולה פרשנית, המחייבת מתן תוכן נורמטיבי לעקרון הסבירות וקביעת אמות מידה להתגשמותו<sup>119</sup>. במסגרת נורמה הדורשת התנהגות סבירה של השלטון, "ניתן תמיד לגבש אמות מידה עקרוניות לבחינת סבירות ההתנהגות, ועל פי אמות מידה אלה תיבחן פעולת הרשות לגופה, בלא להיזקק כלל לטיעון בדבר שפיטות (או אי-שפיטות) נורמטיבית"<sup>120</sup>.

על גישתו זו חזר השופט ברק בדברים, שפרסם שנים אחדות לאחר פרשת רסלר. כותב פרופסור ברק:

"מלוא כל הארץ משפט. מכאן, שכל בעיה הינה 'שפיטה', כלומר, מצויה נורמה משפטית הנוקטת עמדה כלפיה... על-פי גישה זו – השוללת היעדר שפיטות נורמטיבית – אין גבול לפריסתו של המשפט... אין תחומי חיים שהינם מחוץ-למשפט. אין פעולות (מעשים או מחדלים) שהמשפט אינו חל עליהם... אפילו הפעילות בעלת הגוון הפוליטי ביותר – כגון עשיית שלום או מלחמה – נבחנת באמות-מידה משפטיות"<sup>121</sup>.

חרף הדברים הללו, הלכת וייס מצעידה את תיאוריית שלילתו של היעדר השפיטות צעד רחב קדימה ומהווה מתיחתה של תיאוריית השפיטות האוניברסלית, שיסודותיה הונחו בפרשת רסלר. ראשית, בפרשת רסלר לא יושמה תיאוריה זו – לפחות לא בענייני חוץ וביטחון – והשופט ברק אך הבהיר, כי אפשר היה להגיע לתוצאות זהות, שאלהיך הגיע בית-המשפט העליון בעבר, גם מבלי להיזקק לדחייתן של העתירות על הסף בהנמקה של חוסר-שפיטות. לדעתו של השופט ברק, "באותם מקרים בהם דחה בית-משפט זה עתירות בשל אי-שפיטות מאטריאלית, היה מקום לדחותן לגוף העניין, בשל העדר עילה"<sup>122</sup>. זאת ועוד, אל הכוללות של השפיטות הנורמטיבית, הצמיד השופט ברק פתח מילוט בדמות העדר שפיטות מוסדית. פרופסור ברק מציין את הדעה, שלפיה "קיימים סוגים מסוימים של סכסוכים אשר אין זה ראוי לבית-המשפט להכריע בהם", אלא שהם "ראויים להכרעה מחוץ לבית-המשפט"<sup>123</sup>. הדגמה של סכסוכים אלה הוא "סכסוך על דבר עשיית שלום או מלחמה". ביחס לאלה, מבהיר ברק, "הטענה הינה, כי בית-המשפט אינו מוסד מתאים להכרעות אלה, וכי מן הראוי הוא שסכסוך פוליטי

119 עניין רסלר, לעיל הערה 87, בעמ' 479.

120 שם, בעמ' 488. אך ראו דבריו, במאמרו "גבולות המשפט והשפיטות" קריית המשפט ב (תשס"ב) 5, 12: "ישנם סכסוכים, שעל-פי מהותם, אינם ראויים להכרעה שיפוטית. דוגמה לכך הם סכסוכים באשר לשלום או מלחמה".

121 א' ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (תשנ"ג), 475, 485.

122 עניין רסלר, לעיל הערה 87, בעמ' 484.

123 ברק, לעיל הערה 121, בעמ' 485.

יוכרע על-ידי האורגנים הפוליטיים<sup>124</sup>. והוא מסביר: "עירוב בית-המשפט בהכרעות אלה פוגע בהפרדת הרשויות, כמשטר הדמוקרטי ובבית-המשפט עצמו. טיעונים אלה מניחים... כי העברת ההכרעה בסכסוכים אלה לאורגנים הפוליטיים משמעותה הינה שההכרעה לא תיעשה על-פי אמות-מידה משפטיות. הטענה הינה...כי אין זה ראוי... שהכרעה בסוג עניינים זה תיעשה על-ידי בית-המשפט ועל-פי המשפט"<sup>125</sup>. אכן, לגרסתו של ברק, "על פניה, טענה זו קשה היא". הימנעותו של בית-המשפט לדון בסכסוכים פוליטיים סותרת, לגישתו, "כלל בסיסי של משפט ושיפוט, כי בית-המשפט חייב להכריע בסכסוכים המובאים לפניו, ואין הוא רשאי לשלוח מעל פניו צדדים שסכסוכם מצוי בסמכותו". אדרבא, דווקא הימנעותו של שופט משיפוט "לאור אופיו הפוליטי של הסכסוך", מהווה "ביטוי למחשבה פוליטית בלתי-ראויה לשופט"<sup>126</sup>. עם זאת, לאחר שהוא דוחה את כל הטענות העקרוניות בדבר חוסר שפיטותו של הסכסוך הפוליטי, הוא מקבל את הדעה, כי "ניתן להתחשב בשיקול... של אמן הציבור בשפיטה כדי להצדיק הימנעות מהפעלת סמכות – במקום שהסמכות היא 'שיקול-דעתית' – בהכרעה בסכסוכים בעלי אופי פוליטי מובהק"<sup>127</sup>. בעקבות הדברים הללו, אף הועלתה הטענה, כי נוצר "מיתוס שלפיו 'מלוא הארץ שיפוט'", בעוד "בניגוד למיתוס הציבורי, המציאות השיפוטית היא, שלא הכל שפיט בבג"ץ"<sup>128</sup>. ואכן, עוד בשנת 1999, נקבע, כי "פסיקת בג"ץ מצביעה על מגמה עקיבה שלא לדון בנושאים שלהם אופי מדיני או צבאי מובהק"<sup>129</sup>.

יתר-על-כן, גם כאשר הוא דוחה את הטענה בדבר העדר שפיטותו של הסכסוך הפוליטי, מצייץ ברק, כי "האופי הפוליטי של הפעילות עשוי לעיתים לגבש נורמה משפטית המעניקה, על-פי תוכנה, שיקול-דעת רחב לרשות הפוליטית לפעול כרצונה. במקרה זה, חופשית הרשות הפוליטית לפעול כראות-עיניה"<sup>130</sup>. ואכן, בפרשת רסלר מצייץ ברק, בהצדיקו את שפיטותן של החלטות לצאת למלחמה או לעשות שלום, כי "גם לעניין מלחמה ושלום יש לקבוע, מהו האורגן המוסמך לקבל ההחלטה, ומהו טיב שיקוליו (למשל, איסור שחיתות אישית)"<sup>131</sup>. והוא מוסיף: "ניתן כמובן לקבוע... כי שאר הלכות שיקול הדעת המינהלי אינן חלות"<sup>132</sup>.

בפרשת וייס, אכן, נכנס הנשיא ברק "לגוף העניין", ורק משמצא כי "ניהול

124 שם, שם.  
 125 שם, בעמ' 485–486.  
 126 שם, בעמ' 486.  
 127 שם, בעמ' 487.  
 128 ז' סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית – לאחר חמישים שנה" משפט וממשל ה (תש"ס) 235, 252–254.  
 129 שם, בעמ' 252.  
 130 ברק, לעיל הערה 121, בעמ' 485.  
 131 עניין רסלר, לעיל הערה 87, בעמ' 488.  
 132 שם, שם.



המשא והמתן על-ידי ראש-הממשלה היוצא וחברי ממשלתו [אינון] חורג ממתחם הסבירות"<sup>133</sup>, דחה את העתירות לגופן. הוא לא הסתפק בבחינת סמכותה של הממשלה לנהל את שיחות השלום, אף לא בבדיקה, האם הן נוהלו לא מטעמים שבשחיתות אישית, ובחן את התנהלותה של הממשלה לגופה.

זאת ועוד, הדעה שהביע השופט ברק בפרשת רסלר, הייתה דעת יחיד ו"לא נמצא ולו גם שופט אחד בבית-המשפט העליון שהביע הסכמה לדבריו אלה"<sup>134</sup>. והנה, בפרשת וייס, כתב הנשיא ברק את דעת הרוב, והצטרפו אליו חמישה מבין ששת שופטי ההרכב הנותרים. שלושה מתוכם הצטרפו בלא להוסיף לדבריו. אף לא אחד מן השופטים נזקק במפורש לנושא השפיטות, ורק שופט אחד, השופט זמיר, נזקק לניסוח הקרוב לכך. הוא הבהיר, כי בהיות העתירה נוגעת ליחסי החוץ של המדינה, היא "מעלה עניין בעל אופי פוליטי מובהק, מסוג העניינים המופקדים, על-פי החוק ועל-פי המהות, בידי הממשלה או בידי הכנסת"<sup>135</sup>. במקרה כזה יש לבית-המשפט שיקול-דעת "לדחות את העתירה על הסף בלי לדון בה לגוף העניין", והוא יעשה כן בדרך-כלל. עם זאת, גם השופט זמיר הסכים, כי על הממשלה לפעול בתוך מתחם הסבירות, וכי בהיותה ממשלה יוצאת "מיתחם הסבירות העומד לה בהפעלת סמכויותיה עשוי להיות צר יותר", ו"כפועל יוצא מכך ההתערבות של בית-המשפט בשיקול – הדעת של ממשלה יוצאת עשויה להיות רחבה יותר"<sup>136</sup>. שופט המיעוט, השופט טירקל, הרחיק לכת והציע "שיינתן צו המורה לראש הממשלה ולממשלה להימנע מלהגיע להסכמים, הסכמות או הבנות עם הרשות הפלסטינית, בין במסמך ובין בדרך אחרת, וכן לא ליצור מחויבויות בכל דרך שהיא, במשא ובמתן המתנהל עתה, העלולים לכבול את ידיהם של ראש הממשלה ושל הממשלה שייבחרו"<sup>137</sup>.

דומה, כי בפרשות וייס והאורינט האוס התממשו כל הפגמים, שמנו מבקריה של המעורבות השיפוטית בהחלטות פוליטיות של הרשויות האחרות. בפרשת *Baker v. Carr*<sup>138</sup> פירט השופט Brennan את הנסיבות, שבהן לא יהא סכסוך שפיט:

"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; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a

133 עניין וייס לעיל הערה 1, בעמ' 472.

134 מ' מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5 (1994) 25, 32.

135 עניין וייס לעיל הערה 1, בעמ' 478–79.

136 שם, בעמ' 478.

137 שם, בעמ' 477.

138 369 U.S. 186 (1961).

court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question"<sup>139</sup>.

אחד התחומים המובהקים, שבהם מתקיימים התנאים האמורים, הנו תחום יחסי החוץ של המדינה. כותב על כך השופט Brennan:

"There are sweeping statements to the effect that all questions touching foreign relations are political questions. Not only does resolution of such issues frequently turn on standards that defy judicial application, or involve the exercise of a discretion demonstrably committed to the executive or legislature; but many such questions uniquely demand single-voiced statement of the Government's views"<sup>140</sup>.

נראה, כי כל הטעמים הללו התקיימו בעתירות אלה: הן עסקו ביחסי החוץ – או אף ביחסי החוץ המעורבים בנושאי ביטחון – של המדינה; הן התייחסו לנושאים המסורים לשיקול דעתה של הרשות המבצעת ולפיקוחו של בית הנבחרים; המדובר היה בתחומים, שבהם אין בית המשפט מסוגל להגיע להחלטות עצמאיות מבלי להביע בכך חוסר כבוד לרשויות הללו; והיו אלה, ללא ספק, תחומים שבהם מן הראוי שהמדינה תדבר בקול אחד. לבסוף, דובר בתחום הכפוף לשיקולים פוליטיים ובנושאים, שהמשפט נעדר כלים להתמודד עמם.

את ההצדקה להתערב בהחלטת הממשלה להמשיך בשיחות השלום עם הרשות הפלסטינית תלה השופט טירקל בעובדה, כי "היום אין הכנסת מסוגלת, מטעם כזה או אחר, לממש את סמכות הביקורת שלה"<sup>141</sup>. עובדה היא כי "לא עלה בידיהם של 61 חברי-כנסת – על אף היותם רוב חברי-הכנסת – לקדם את חקיקתה של הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – סייג לחתימת הסכם), שמטרתה למנוע את התקדמותו של המשא והמתן המדיני"<sup>142</sup>. הסיבה לכך הנה ש"בפועל 'תקועה' ההצעה בבכני הכנסת וועדותיה. היום אין הכנסת מסוגלת, מטעם כזה או אחר, לממש את סמכות הביקורת שלה"<sup>143</sup>.

<sup>139</sup> *ibid.*, at 217. בהתייחסו לדברים הללו, כותב השופט ויתקון, בפסק-דינו בבג"צ 222/68 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2), 141, 165: "יש מקום לבדוק אם הסכסוך נופל לגדר הדברים, אשר אי-אפשר להכריע בהם בלי הכרעה מדינית תחילתית הנתונה בעליל לשיקול דעת בלתי-שיפוטי".

<sup>140</sup> *Supra* note 138, at 211.

<sup>141</sup> עניין וייס, לעיל הערה 1, בעמ' 476.

<sup>142</sup> שם, שם. להצעת חוק-היסוד, ראו, לעיל טקסט להערה 29.

<sup>143</sup> שם, שם.

השופט שלמה לויין הצטרף אף הוא לדעה, שלפיה "רשאי בית-המשפט להתערב במעשה של ממשלה יוצאת החורג באופן משמעותי וחד-משמעי מתחום פעולתה המקובל של ממשלה יוצאת". למרות זאת, החליט השופט שלא להפוך את הצווים-על-תנאי למוחלטים וזאת בשל "שיקול הדומה למעין קיומו של סעד חלופי", זאת משום שלא שוכנע "שאינן בכוחה של הכנסת להתערב", ו"בהיות נושא העתירה נתון למחלוקת פוליטית חריפה בציבור"<sup>144</sup>.

ספק, האם ההנחה העובדתית, שעליה השתית השופט לויין את מסקנתו, נכונה. מן הסקירה, שהובאה בראש המאמר, עולה שהכנסת, אכן, התקשתה למנוע מן הממשלה להמשיך במשא ומתן עם הרשות הפלסטינית, חרף העובדה שרוב חברי-הכנסת התנגדו להלך<sup>145</sup>. במצב דברים אשר כזה, משכילנו השופט טירקל, "נותרה אפוא חרב הביקורת רק בידי בית-משפט זה. אין הוא רשאי לחשוך את עצמו מן הדין ולמשוך את ידיו מן ההכרעה"<sup>146</sup>. במצב דברים אשר כזה, "הגיעה שעתו של בית-המשפט העליון להיות ה'נביא' ולומר את דברו"<sup>147</sup>.

על אף שנראית הנחתו של השופט טירקל, מסקנתו אינה משכנעת. גם במצב דברים אשר כזה, על בית-המשפט לעמוד בפיתוי ולא לבוא במקומה של הכנסת<sup>148</sup>. אכן,

144 שם, בעמ' 474. דומה דעתו של הנשיא ברק. לדבריו, "למרות התפטרותו של ראש-הממשלה קיימת בידי הכנסת סמכות רחבה של פיקוח על ראש-הממשלה וממשלתו", שם, בעמ' 473.

145 הנשיא ברק מציין, כי גם לאחר התפטרות הממשלה, "הכנסת החמש-עשרה ממשיכה לכהן", והיא "יכולה להמשיך בביקורתה על פעולותיה של הממשלה היוצאת", שכן "בידיה הכלים הדרושים לכך". עם זאת, הוא מסכים, שאף כי "משעה שהודיע ראש-הממשלה על התפטרותו נחלשת האפקטיביות של הפיקוח על פעולתו, ככל שמדובר ביכולת להביא לעריכתו של בחירות מיוחדות". הנשיא מזכיר בהקשר זה את הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון) – סייג לחתימת הסכם). אשר "לא קודמה בהליכי החקיקה", למרות שהיא נתמכה בידי רוב חברי הכנסת. אך הוא מוסיף וכותב: "איננו נוקטים כל עמדה... באשר לכלים האחרים העומדים לרשות הכנסת". שם, בעמ' 475.

146 שם, בעמ' 476.

147 שם. פרופסור בנבנישתי טען, כי "בית המשפט רגיש ליחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בישראל ומבקש ליצור איזון לכוחה הרב של הממשלה, תוך כיבוד כללי ההכרעה בדמוקרטיה". בנבנישתי מציין, כי "ככל האפשר הוא מבקש להסדיר מבחון את כללי ההכרעה מבלי להשתתף בהכרעה עצמה". עם זאת, "בית המשפט התערב כאשר הנסיבות הפוליטיות הביאו לכשלונה של האופוזיציה בכנסת להיות כלב השמירה של הממשלה", א' בנבנישתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא (תשס"א) 797, 798.

148 אינני דן כאן בסוגיה, שאף היא מעוררת בעיות מתחום השפיטות, של יכולתו של בית-המשפט להתערב כדי להסיר את המכשולים מיכולתה של הכנסת לבצע את תפקידה בביקורת על הממשלה. בנושא זה אימץ בית-המשפט הגבוה לצדק "אמת מידה המתחשבת במידת הפגיעה, הנטענת במרקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי", בג"צ 652/81 שריד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו (2) 197, 204. ראו גם: בג"צ 73/85 סיעת כך נ' הלל, פ"ד לט(3) 141; בג"צ 482/88 רייסר נ' הלל, פ"ד מב (3) 142; בג"צ 1179/90 סיעת ר"צ נ' עלי, פ"ד מד(2) 31; בג"צ 4064/95 פורת נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מט(4) 177; בג"צ 6124/95 זאבי נ' יושב ראש הכנסת (לא פורסם); בג"צ 9070/00 לבנת נ' רובינשטיין, פ"ד נה(4) 800 (להלן: עניין לבנת); בג"צ 9056/00 קליינר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד

"אין ספק כי ריבוי העתירות לבית-המשפט הגבוה לצדק בעניינים המסורים לכאורה להכרעתן של רשויות אחרות מהווה מפגן של אמון ברשות השופטת. בה-כעת תופעה זו מצביעה על חוסר אמון ברשויות האחרות, על 'חולשת התרבות הפוליטית, שיש והגיעה לכלל ליקוי מאורות פוליטי'".<sup>149</sup> זו הנה אף "תוצאה של חולשה פוליטית של הרשויות האחרות". כל אלה יצרו "חלל פוליטי שבית-המשפט נכנס לתוכו ורכש לעצמו מעמד מרכזי בחברה הישראלית"<sup>150</sup>. המצווה "במקום שאין אנשים השתדל להיות איש"<sup>151</sup> לא נאמרה לבית-המשפט. בהשיגו את תחומיהן של הרשויות האחרות, פוגע בית-המשפט בהן ופוגע אף בעצמו, שכן "המשטר הדמוקרטי בנוי על קיומן של שלוש רשויות חזקות, הפועלות כל אחת בתחומה"<sup>152</sup>. כפי שציינתי במקום אחר, ניכוסם של סכסוכים פוליטיים לרשות השופטת, פוגע בלגיטימציה הציבורית של הרשויות האחרות ומשבש את פעילותן; בד בבד, אף מפחית הדבר מאחריותן הציבורית של אותן רשויות, ביוען כי מעשיהן יעברו תחת שבט ביקורתן של בית-המשפט<sup>153</sup>. בית-המשפט עצמו אינו ערוך למשימה זו; מומחיותו במשפט ולא במדינאות. הכרעות פוליטיות, אשר מטבען הן "מושא לדיונים ולפשרות", מוכפפות לנורמות משפטיות, שמטיבן נותנות "פתרונות חדים לבעיות"<sup>154</sup>. באשר לרשות השופטת עצמה, הרי, כדימויו של הנשיא לנדוי, ביוורדו לזירה הפוליטית ובנוקטו עמדה, "בית-המשפט כאילו נוטש את מקומו הראוי לו", ושופטיו נעשים "בעלי פלוגתה במחלוקת הציבורית". בכך מסכן בית-המשפט את מקומו הראוי לו, מעל למחלוקת המפלגות את הציבור"<sup>155</sup>. התוצאה הנה, כי –

"בהכריעו בשאלות שנויות במחלוקת ציבורית, בית-המשפט נוקט עמדה במסווה של עילה אובייקטיבית של סבירות. לא ייפלא שהכרעה זו מציבה את בית-המשפט בליבה של המחלוקת, ומונעת צד שדעתו נדחתה להזדהות עם בית-המשפט. עובדה היא כי מאז גברה מעורבותו של בית-המשפט בעניינים אלה תכפו גם ההתקפות עליו"<sup>156</sup>.

טלו, למשל, את פרשת האוריינט האוס לעומת עתירת וייס. בראשונה התערב בית-המשפט והעניק לעותרים, למעשה גם אם לא להלכה, את מלוא הסעד לו עתרו. בשנייה מיאן בית-המשפט להתערב. אמת הדבר, אפשר ליצור הבדל בין

נה(4) 703 (להלן: עניין קליינר). ראו, כללית, ס. נבות "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחודש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" מחקרי משפט יט(תשס"ג) 721, 773–776.  
 149 מעוז, לעיל הערה 60, בעמ' 412. הציטוט הוא מפסק דינו של השופט אלון בפרשת ז'רוז'בסקי, לעיל הערה 99, בעמ' 760.  
 150 מעוז, שם, שם.  
 151 אבות, ב, ה.  
 152 מעוז, לעיל הערה 60, בעמ' 412.  
 153 שם, בעמ' 413.  
 154 שם.  
 155 בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 521.  
 156 מעוז, לעיל הערה 60, בעמ' 424–425.

השניים: העתירה בפרשת האוריינט האוס נשאה ממד של דחיפות, והעותרים אף איימו בשפיכות דמים שתרחש, אם בית-המשפט יימנע מלהושיט להם סעד<sup>157</sup>. ממד דחיפות אשר כזה נעדר, לכאורה, מפרשת שיחות השלום. בית-המשפט היה מודע, עם זאת, לעובדה "כי ניהול המשא והמתן המדיני בין הממשלה לבין הרשות הפלסטינית כשלעצמו – שלא לדבר על הסכמים והבנות שאולי יושגו במהלכו – עלול לכבול את ידיהם של ראש-הממשלה ושל הממשלה הבאה, אם ייבחר ראש-ממשלה אחר"<sup>158</sup>. היא הדבר כאשר יהיה, אין ספק, שהגישה השונה שהפגין בית-המשפט בשני המקרים, יש בה כדי לגרור תשואות ממחנה פוליטי אחד וביקורת ממשנהו. גם אם להאשמה של בית-המשפט "ב'פוליטיזציה' של הכרעתו השיפוטית... אין כל בסיס... היא עשויה בכל זאת למצוא אוזן קשבת אצל חלק מן הציבור"<sup>159</sup>. על בית-המשפט להישמר מלהציב עצמו בעמדה כזו<sup>160</sup>.

157 מעניין, עם זאת, כי כעבור כשנתיים (10/8/01) נסגר האוריינט האוס, בעקבות פיגוע בירושלים, מבלי שנורתה אף רייה. אין זה אומר, כמובן, כי גם השתלטות על הבית בשנת 1999 הייתה מסתיימת בדרך דומה.

158 עניין וייס לעיל הערה 1, בעמ' 475, מפי השופט טירקל. בן-עמי כותב, בספרו: "אין לי ספק שצירנו, גם אם במחיר אישי כבד, את המפה של השלום העתידי", לעיל הערה 90 בעמ' 12. בהתייחסו לטקטיקה הישראלית, שלפיה הצעה שלא באה עליה הסכמתה של הרשות הפלסטינית תוסר משולחן הדיונים, כותב פרופסור רבינוביץ: "ידעו הישראלים והפלסטינים כאחד, שמרגע שוויתור מסוים או רעיון כלשהו הונחו על שולחן המשא ומתן, אין עוד לבטל את רישומם, אף אם 'נמשכו' חזרה באורח פורמלי", א' רבינוביץ חבלי שלום: ישראל והערבים (1948–2003) (אור יהודה: דביר, תשס"ד), 138.

159 ברק, לעיל הערה 121, בעמ' 486–487.

160 ביקורת דומה אפשר למתוח על החלטותיו של בית-המשפט הגבוה לצדק בעתירות, שביקשו לבטל החלטות בדבר הענקת פרס ישראל. במקרה הראשון שבא בפניו (בג"צ 2205/97 מאסלה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נא(1) 233), החליט בית-המשפט לבטל את החלטת השר, אשר אישרה מתן פרס ישראל בתחום העיתונות לשמואל שניצר, ולהחזיר את הדיון בהענקת הפרס לוועדת השופטים לדיון חוזר, זאת בשל העובדה שהשופטים לא היו מודעים להרשעתו בבית הדין לערעורים בענייני אתיקה של מועצת העיתונות בפרסום מאמר, שכלל האשמות בלתי-מבוססות על רקע קבוצתי ועדתי. בית-המשפט החליט כך חרף הוראתו המפורשת של חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, סח 694 המחסנת החלטה למתן פרס מפני התערבותו של בית-המשפט. כעבור שנה התבקש בית-המשפט לבטל החלטה להעניק את פרס ישראל לסופר עמוס עוז, וזאת בשל מאמר שפרסם, שכלל פגיעה קשה בציבור המתנחלים (בג"ץ 1933/98 הנדל נ' שר החינוך והתרבות והספורט, פדאור 98(2) 748). הפעם נדחתה העתירה בנימוק שלא נטען ולא הוכח, כי ועדת השופטים לא הייתה מודעת למאמר, בעת שהחליטה על הענקת הפרס. ספק רב, אם הוועדה, שהורכבה מאנשי ספרות, הייתה מודעת למאמר המדובר. בולט הדבר שבית-המשפט חיפש מוצא מהלכת מאסלה. עם זאת, גררה ההחלטה ביקורת על בית-המשפט, כי הוא הושפע ממניעים פוליטיים בקבלת החלטתו.

באחרונה דחה בית-המשפט הגבוה לצדק עתירה לשלול את פרס ישראל מהפסל יגאל תומרקין בשל התבטאויותיו והתנהגותו הברוטה (בג"ץ 2769/04 יהלום נ' שרת החינוך והתרבות, פ"ד נח(4) 823), ואולם, במקרה זה, החזירה השרה את ההחלטה לוועדה, וזו חזרה ואשררה את החלטתה, בהיותה מודעת לטענות שהועלו כנגד תומרקין.

המאפיין את המעורבות שהפגין בבית-המשפט בפרשת וייס, הנו כי חוזרת על עצמה התופעה, שלפיה נדחתה דוקטרינת אי-השפיטות "אך למראית עין" והומרה "בכללים אחרים שפיתח בית-המשפט, המונעים אותו מלהתערב בנושאים 'בלתי-שפיטים'"<sup>161</sup>. המציאות הנה, "שקיים פער בין הרטוריקה של הבג"צ לפיה 'מלוא הארץ משפט' לבין הריסון שנוקט בג"צ בפרקטיקה"<sup>162</sup>. גם אם להלכה קבעו רוב השופטים, כי סוגיית ניהול המשא והמתן בין ממשלת ישראל לבין הרשות הפלסטינית שפיטה, הם הסיגו דעתם מפני החלטת הממשלה. הנשיא ברק קובע, אמנם, כי "ישאל עצמו בית-המשפט – במסגרת הביקורת השיפוטית על סבירות החלטותיה ועל מידתיותן של החלטות ממשלה – אם החלטתה של הממשלה היא החלטה שממשלה סבירה רשאית לקבלה"<sup>163</sup>. עם זאת, "היקף הביקורת השיפוטית יושפע מהיקפה של הסמכות המינהלית". כך הדבר במיוחד, "לעניין הכרעות בשאלות עקרוניות של מדיניות"<sup>164</sup>. הסיבה לכך היא, כי "הבחירה בין דרכי המדיניות היא עניין לממשלה, והפיקוח על המדיניות הוא עניין מובהק לכנסת. הבחירה בגדרי מיתחם הסבירות אינה צריכה להיעשות על-ידי בית-המשפט"<sup>165</sup>. אשר-על-כן, "ההכרעה בשאלה זו – שמרכיביה הדומיננטיים הם פוליטיים, והמצויים במרכז המחלוקת החברתית בישראל – צריכה להיעשות בשיח הפוליטי בישראל, באמצעות האורגנים של הכנסת או הצבעת העם"<sup>166</sup>. ממילא, "מידת ההתערבות בכגון דא תהא במקרים חריגים"<sup>167</sup>. למעשה, מלבד הקביעה הסתמית, שלפיה "לא שוכנענו כי בסוגיה שלפנינו ניהול המשא והמתן על-ידי ראש-הממשלה היוצא וחברי ממשלתו חורג ממתחם הסבירות"<sup>168</sup>, לא עשה בית-המשפט דבר בכדי לבחון סבירותה של

161 מעוז, לעיל הערה 60, בעמ' 431.

162 א' פורת בעיית השפיטות של הפעילות המבצעית (עבודת גמר לקראת תואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, תשס"א), 40. כך נוצרה "אי-שפיטות מוסווית" (שם, בעמ' 35), "אי-שפיטות בכיסוי" (סגל, לעיל הערה 128, 295), או "חוסר שפיטות מעשית" (מ' קרמניצר ר"ר שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות הביטחון הכללי – הרע במיעוטו?" משפט וממשל ד(תשנ"ח), 667, 682–683). ראו גם: י' דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כ(תשנ"ו) 93; א' בנבנשתי "נגרש ונשמע" משפט וממשל א(תשנ"ב-תשנ"ג) 441, 444–445; מ' קרמניצר "עתירת המגורשים: השלטון והחוק" פלילים ד(תשנ"ד) 7, 29.

"According to the 'law in the books', the Supreme Court shows great willingness to intervene in political life... In practice, or from the perspective of 'law in action', Israeli politics runs its course almost unaffected by symbolic victories in the Supreme Court". D. Barak-Erez, "Judicial Review of Politics: The Israeli Case", 29 *Journal of Law and Society* (2002) 611, 628.

163 עניין וייס, לעיל הערה 1, בעמ' 470.

164 שם, בעמ' 471.

165 שם, בעמ' 472.

166 שם, שם.

167 שם, שם.

168 שם, שם.

ההתנהלות של הממשלה. בית-המשפט לא הניח כל תשתית עובדתית לקביעתו, כפי שעשה, למשל, בפרשת דוויקא<sup>169</sup>, לעניין בחינת המניע הדומיננטי שמד מאחורי החלטת הממשלה לתפוס מקרקעין באלון מורה, כביכול לצרכים צבאיים. למצער, היה על בית-המשפט לדרוש ולקבל נתונים בכדי להגיע למסקנה זו<sup>170</sup>; זאת הוא לא עשה<sup>171</sup>.

ולמרות זאת, טורח הנשיא ברק להוסיף, בשולי החלטתו, שלא להתערב בניהול שיחות השלום, את הערת האזהרה הבאה:

"ודוק: גישתנו אינה כי אין מקום לביקורת שיפוטית. גישתנו הינה, כי במסגרת הביקורת השיפוטית, ועל פי תפישותיה שלה, מן הראוי הוא, במצב הדברים כפי שהוא ניצב בפנינו, ועל פי מאפייניהן של השאלות המיוחדות הניצבות לפנינו, כי הביקורת על הכרעותיה של הממשלה היוצאת תעשה בכנסת"<sup>172</sup>.

על הדברים הללו חזר השופט ברק בהזדמנות מאוחרת יותר. בחודש מרץ 2001 קיימה הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן, בשיתוף עם מרכז ג'ולסון לישראליות יהדות ודמוקרטיה, כנס בנושא "בית המשפט העליון". במסגרת הכנס הצגתי את עיקרי התזה העומדים בבסיסו של מאמר זה. בדברי תשובתו אמר השופט ברק<sup>173</sup>:

"עכשיו יש כמובן ביקורת על פסק הדין שלי בווייס, שאני השתמשתי במושג 'מתחם הסבירות'. מעוז דיבר על זה והוא חושב שמבחן הסבירות לא מתאים. אני לא רוצה להיכנס לויכוח על זה, אני חושב שמבחן הסבירות ועוד איך מתאים, זה רק אומר שבעניינים של מדיניות חוץ זהו מתחם רחב מאד וקשה מאד להיכנס למתחם. אני מניח שאם הייתי מוכיח לך שאהוד ברק קיבל שוחד בשביל לנהל את המו"מ עם הפלשתינים, היית רץ כמו נשוך נחש, היית רץ לבית המשפט מיד. והיו אומרים לך 'אני מצטער מאד זה לא שפיט, אני מצטער

169 בג"צ 390/79 דוויקא נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1.

170 במסגרת זו היה, לכאורה, מקום להעניק משקל לעובדה, שהממשלה קיבלה את מתווה קלינטון "תוך התנגדות גורפת של הצבא", (בן-עמי, לעיל הערה 90, בעמ' 459), שגרס כי הוא יוביל, באורח "כמעט בלתי-נמנע", לעימות מזוין עם הפלסטינים לאחר הנסיגה (שר, לעיל הערה 90, בעמ' 368). היה גם מקום להתחשב בהתנגדותו של ראש השב"כ למתווה קלינטון, שם, בעמ' 367.

171 אם מתייחס השופט ברק לעצם ניהול המשא והמתן על-ידי הממשלה היוצאת ולא לתוכן ההסדרים, שאליהם היא עשויה להגיע, הרי אין זו שאלה של סבירות, אלא של סמכות.

172 עניין וייס, לעיל הערה 1, בעמ' 473. אורנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי מציינות, כי העתירה שנדונה בפרשת וייס עמדה בתנאים של אי-שפיטות מוסדית, שנקבעו בפסיקתו של בית-המשפט העליון, ואף-על-פי-כן היא לא נדחתה *on the basis of institutional non-justiciability per se*"; O. Ben-Naftali, and K.R. Michaeli, "Justice-Ability: A Critique of The Alleged Non-Justiciability of Israel's Policy of Targeted Killings", 1 *JICJ* (2003) 368, 375.

173 תדפיס מילולי מהרצאת הנעילה של הנשיא ברק, 21/3/2001.

מאד זה מתחם הסבירות'. היית אומר: 'מה אתה מדבר? הוא מקבל שוחד! בוודאי שזה שפיט'. אני, לכן, לא הסברתי את זה במונחים של אי-שפיטות. זמיר הסביר את זה במונחים של אי-שפיטות. אפשר כך ואפשר כך. צריכים לדעת על מה אנחנו מדברים".

עמדה זו ביטא הנשיא ברק גם בהזדמנויות אחרות. בריאיון, שאותו העניק לביטאון לשכת עורכי-הדין, עורך הדין, בשנת 1996, הוא אמר:

"עשרות עתירות הוגשו במשך השנים מאז הסכמי אוסלו א' ואוסלו ב' ובחלקן ישבתי. העתירות נדחו. איך נימקתי את זה? באף עתירה לא כתבתי שזה לא שפיט, משום שאני הרי חושב שזה שפיט. דחיתי בנימוק של העדר עילה. שאלתי את העותר, מה הנימוק שלך? אז הוא אמר, אני חושב שההסכם רע למדינה. אף אחד מהעותרים לא הרים את הנטל להראות שהחלטה לחתום על ההסכם חרגה ממתחם הסבירות. לכן, אין עילה להתערבות וכל המחלוקת על השפיטות מיותרת"<sup>174</sup>.

התוצאה הנה, כי אף שבית המשפט – למעט השופט טירקל ולמעט המשנה לנשיא, שלמה לוין, שהיה קרוב לדעתו בהערכת תקינות התנהלותה של הממשלה – לא היה נכון להתערב במדיניותה של הממשלה, הוא לא ניאות להשמיט מידי כליל את הזכות לבקר אותה.

מפני מה נהג כן?

ראשית, משום שהדבר היה עומד בסתירה לתורת השפיטות הכוללת מבית מדרשו של הנשיא ברק. ושנית – והדבר משתלב במגמה האמורה – בית המשפט רצה להותיר בידי את היכולת להתערב במקרים קשים במיוחד<sup>175</sup>.

היחיד מבין השופטים שראה לנכון לדחות את העתירה על הסף, היה השופט זמיר. הוא עשה כן לא "משום שלבית-המשפט אין סמכות להתערב בעניין כזה". אדרבא, "יש לו סמכות. אך הסמכות כרוכה בשיקול-דעת... להחליט אם ראוי בנסיבות המקרה שיתערב בעניין כזה"<sup>176</sup>. בהחליטו שלא להתערב, כותב השופט זמיר: "בדרך כלל, לבית המשפט... אין כשירות להעריך אם משא-ומתן מדיני זה או אחר הנו סביר,

174 ו' הרצברג פ' מרינסקי ר"י פסטינגר, מראיינים, "נשיא בית המשפט העליון פרופ' אהרן ברק: דיברתי על מהפכה חוקתית כדי להסב תשומת לב", עורך הדין, גיליון 1 (מאי 1996), 11, 19.  
175 השוו דבריו של השופט ברק, בפסק דינו בפרשת רסלר, לעיל הערה 87, בעמ' 506–509. לביקורת על גישה זו, ראו: א' מעוז, "משפט חוקתי", ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב–תשנ"ג (תל-אביב: ועד מחוז תל-אביב – לשכת עורכי-הדין, א' רוזן-צבי, עורך, תשנ"ד) 143, 163. ראו גם, דותן, לעיל הערה 162, בעמ' 133. דותן אף מעלה את האפשרות, שמעורבים בכך "טעמים של תדמית ויוקרה", כאשר בית-המשפט מעדיף "לבצע את הנסיגה... בדרכי עקיפין ובמשתמע; [ולא] להודות בגלוי שהוא נסוג בו מהמגמה שאפיינה את פסיקתו בשנות השמונים".

176 לעיל הערה 1, בעמ' 479.



או שמא הוא חוצה את הגבול של מתחם הסבירות, ואסור לבית המשפט לקחת על עצמו את האחריות הכרוכה במתן צו האוסר על משא-ומתן מדיני<sup>177</sup>. ועוד הוא מוסיף, כי "הביקורת על ניהול משא-ומתן מדיני על ידי ממשלה יוצאת... מופקדת בידי בית הנבחרים, או במישרין בידי הציבור, ולא בידי בית המשפט"<sup>178</sup>.

הנמקתו של השופט זמיר לחוסר נכונותו לדון בעתירות לגופן מקיפה את שני יסודותיה של הלכת השפיטות – השפיטות הנורמטיבית והשפיטות המוסדית. למרות זאת, נמנע זמיר מלהיזקק למונח זה בשמו המפורש, אולי כדי לא להדגיש את חילוקי הדעות בין תפיסתו שלו לבין זו של הנשיא ברק<sup>179</sup>.

בסרבו למשוך ידיו מן העיסוק בעתירה על הסף, שוב נמצא בית המשפט משלם את מחירה של אי-ההתערבות: חרף האזהרות שבהן הוא מלווה את פסק דינו<sup>180</sup>, נמצא בית-המשפט מכשיר ממילא את מדיניותה של הממשלה, בראותו אותה, למצער, כאינה חורגת ממתחם הסבירות. בעשותו כן, אף ימצא, בעיני הציבור, כמעניק ברכתו לאותה מדיניות<sup>181</sup>. היתרון בהימנעותו של בית-המשפט מלדון בעתירה לגופה הוא בכך, שהיא

177 שם, עמ' 479–480.

178 שם, עמ' 479. ודוק! מתחולתה של דוקטרינה בדבר הגבלת סמכויותיה של ממשלת מעבר, לא זו בלבד שאין מתחייבת ביקורת שיפוטית, אלא הדוקטרינה עצמה אף עשויה, שלא לחייב במישור המשפטי. כך על הגבלתה של ממשלה מתחזקת נאמר במדריך של משרד ראש הממשלה האוסטרלי, כי *The conventions are neither legally binding nor hard and fast rules, supra note 67*.

179 השו, דותן לעיל הערה 162, בעמ' 134. בהקשר זה, מבקר דותן את פסק-דינו של הנשיא שמגר בפרשת ברגיל, לעיל הערה 112. לדעתו, "הנשיא... נמנע מלהזכיר בפסק-דינו את המונח שפיטות במפורש, אף-על-פי שנוסח פסק-הדין... דומה להפליא לניסוח של דוקטרינת השפיטות המוסדית"; שם, בעמ' 132. ספק, האם ביקורתו של דותן על הנשיא שמגר נכונה. השופט שמגר מציין, במפורש, בעמ' 215 לפסק-דינו, כי "היעדר התאמתו של נושא העתירה להכרעה שיפוטית בבית המשפט הגבוה לצדק נובע במקרה דנן מן השילוב של שלושה סממנים השוללים שפיטותו של הנושא". שניים, מבין השלושה, הם: "התערבות בנושאי מדיניות המצויים בתחומה של רשות שלטונית אחרת... ואופיה המדיני השליט של הסוגיה". על אלה נוסף הטעם של "היעדר מחלוקת קונקרטית". בראיון ל-ה"ש, גיליון 31 (יולי 1996), שם, עמ' 4, "ראיון: שופט בית המשפט העליון יצחק זמיר", נמנע השופט זמיר מלהתייחס, במישרין, לשאלה בדבר גישתו לטיעון שהכל שפיט. עם זאת, הוא הצהיר, כי "יש גבולות ברורים ומוסמכים להתערבותו של בית המשפט העליון בנושאים שהרשות המבצעת אחראית עליהם" (שם, בעמ' 7).

180 "במסגרת הביקורת השיפוטית על סבירות החלטותיה ועל מידתיותן של החלטות ממשלה – אם החלטתה של הממשלה היא החלטה, שממשלה סבירה רשאית לקבלה. בית-המשפט לא ישאל עצמו איזו החלטה היה הוא מקבל, אילו פעל הוא כממשלה", עניין וייס, לעיל הערה 1, בעמ' 470.

181 בפסק-דינו בפרשת רסלר, אף מודה השופט ברק, כי "חרף ביקורת זו על דוקטרינת 'אי השפיטות המוסדית', קשה להתעלם מהעובדה, שהציבור עשוי שלא להבחין בין ביקורת שיפוטית לבין ביקורת פוליטית, ועשוי לזהות את הביקורת השיפוטית של עניין פוליטי עם העניין עצמו; הוא עשוי לזהות קביעה שיפוטית, כי פעולה שלטונית היא חוקית, עם עמדה שיפוטית, כי פעולה שלטונית היא ראויה. הוא עשוי לגרוס... כי קביעה שיפוטית, שפעולת שלטון היא סבירה, שקולה כנגד קביעה שיפוטית, שאותה עמדה היא ראויה; הוא עשוי לזהות את ההכרעה המשפטית עם העמדה הפוליטית", לעיל הערה 87, בעמ' 495.

חוסכת ממנו "את הצורך לנקוט עמדה כלשהי לגופו של עניין". כתוצאה מכך, "אף אחד מן הכוחות הפוליטיים אינו יכול לפרש את פסיקת בית-המשפט כתומכת בעמדתו ולעשות בה שימוש במסגרת המאבק הציבורי". לעומת זאת, כאשר דוחה בית-המשפט תקיפתו של הסדר שלטוני לגופו, הרי "פסיקתו מהווה נקיטת עמדה בוויכוח הציבורי לטובת הצד שמתנגד לשינוי של אותו הסדר"<sup>182</sup>. זאת ועוד, בית המשפט יתקשה מאוד לתרץ את התערבותו בפרשת ה"אוריינט האוס", לנוכח ההימנעות מלעשות כן בנושא שיחות השלום. עובדה היא, כי בית-המשפט אף ויתר על הניסיון לאבחן בין השניים.

## ז. לקראת תפנית?

האם חזר בו הנשיא ברק מפסק דינו בפרשת וייס?  
 כמחצית השנה לאחר שזו נפסקה, שב השופט ברק והתייחס אליה, באחד מפסקי-דינו, וכתב:

"אכן, אנו מכירים באי-שפיטות – מוסדית; אנו מכירים בכך שלא כל סכסוך שבית-המשפט מוסמך להכריע בו ראוי לו לבית-המשפט להכריע בו... כך, למשל, נפסק (מפי השופט זמיר) כי... סכסוך שעניינו השאלה אם לאחר התפטרות ראש-הממשלה מוסמכת הממשלה לנהל משא ומתן עם הרשות הפלסטינית בענייני שלום אינו שפיט"<sup>183</sup>.

על הדברים הללו, בדבר אי-שפיטות מוסדית, חזר הנשיא ברק, בפסק דינו בפרשת קליינר<sup>184</sup>. הפעם דחה הנשיא עצמו עתירה נגד יושב-ראש הכנסת, שסירב לדרישה לראות בהצבעה על הצעת חוק פרטית הבעת אי-אמון בראש-הממשלה, וזאת מחמת חוסר שפיטות מוסדית. הוא עשה כן מבלי לדון בגופה של העתירה, וזאת חרף העובדה שיושב-ראש הכנסת אף לא העלה טענה בדבר חוסר שפיטותה של העתירה. כתב השופט ברק:

"במצב הדברים הרגיל, שבו עניין לנו ברשות מינהלית רגילה, היינו בודקים... את טענות הצדדים לגופן, תוך שהיינו קובעים אם המינהל פעל כדין. אך המקרה שלפנינו אינו מקרה רגיל. המשיב הוא יושב-ראש הכנסת, והעתירה נוגעת לפעולתו באשר לדרכי ההצבעה במליאת הכנסת. במצב דברים זה על העותר להתגבר על מכשול מקדמי שעניינו שפיטותה (המוסדית) של העתירה. עליו לעשות כן חרף העובדה שיושב-ראש הכנסת לא העלה עניין זה בתצהיר

182 דותן, לעיל הערה 162, בעמ' 136, בעקבות Bickel, supra note 58, at 214–216.

183 עניין לבנת, לעיל הערה 148, 812.

184 עניין קליינר, לעיל הערה 148, 708.

התשובה שהגיש בפנינו. אכן, בית-המשפט יעלה מיוזמתו הוא טענות הקשורות לחוסר שפיטות מוסדית. בעניינים אלה אין בית-המשפט חי מפי הצדדים. האם העתירה שפיטה? ודאי שהיא שפיטה נורמטיבית. עניין לנו בפירושו של סעיף 36 לתקנון הכנסת... זוהי שאלה טיפוסית להכרעה שיפוטית תוך שימוש בכלים הפרשניים המקובלים על בית-המשפט. אך האם העתירה שפיטה מוסדית? האם ראוי לו לבית-המשפט – להבדיל מהכנסת עצמה – להכריע בסכסוך שבין העותר לבין המשיב? התשובה על שאלה זו הינה כי העתירה אינה שפיטה, אלא אם כן ההחלטה של יושב-ראש הכנסת, שלפי הטענה אינה חוקית, פוגעת באופן ממשי במרקם החיים הדמוקרטיים וביסודות המבנה של המשטר... על-פי מבחן זה, העתירה שלפנינו אינה שפיטה (מוסדית). אפיונה של הצעה כהצעה שניתן לראות הצבעה בגינה כהצבעת אי-אמון בראש-הממשלה, הוא עניין פרלמנטרי פנימי... אין בהחלטת יושב-ראש הכנסת – אפילו נניח כי אינה כדוין – משום פגיעה ממשית במרקם החיים הדמוקרטיים וביסודות המבנה של המשטר. כל תוצאה אינה אלא זו שהצבעת אי-האמון תצטרך להידחות לזמן קצר, ובמהלכו תימצא הדרך הפרלמנטרית להביע אי-אמון בראש-הממשלה<sup>185</sup>.

את פסיקתו השתית הנשיא על הלכת שריד<sup>186</sup>, "אשר על-פיה אנו נוהגים (ראו, לאחרונה בג"צ 9070/00 ח"כ לבנת נ' יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט)<sup>187</sup>". הייחוד בדברים הללו בולט על רקע העובדה, שבפרשת שריד לא השתמש השופט ברק במינוח של אי-שפיטות כדי לתרץ את חוסר התערבותו של בית-המשפט בהחלטתו של יושב-ראש הכנסת. הוא נהג כן חרף העובדה, שבא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, דורית בייניש, ביקשה מבית-המשפט לקבוע, כי "סדרי עבודתה של הכנסת הם עניינים בלתי שפיטים", בהיותם "עניין ריבוני של הכנסת ובעלי אופי פוליטי מובהק", וכי "החלטתו של יושב-ראש הכנסת אינה שפיטה, ועל-כן אל לו לבית המשפט לדון בעתירה לגופה"<sup>188</sup>.

דברים אלה משתלבים בהצהרות נוספות משל הנשיא ברק, שיש בהן משום מיתון התבטאויותיו בזכות השפיטות האוניברסלית. כך, למשל, במושב שכותרתו הייתה "הכל שפיט?"<sup>189</sup>, במסגרת הכינוס השנתי של לשכת עורכי-הדין, במאי 2001, הוא אמר:

"מקובל עלי כאמור, לכל בעיה אנושית יש פתרון משפטי, לא מקובל עלי שכל בעיה משפטית צריכה למצוא את פתרונה במערכת בתי המשפט, לא הכל

185 שם, בעמ' 707–708.

186 עניין שריד, לעיל הערה 148.

187 עניין קליינר, לעיל הערה 148, בעמ' 708.

188 עניין שריד, לעיל הערה 148, בעמ' 200.

שפיט ואני אומר את זה, וחוזר ואומר את זה, אבל זה לא עוזר לי, עד סוף ימי הכל שפיט הזה ירדוף אחרי... אינני סובר שכל בעיה משפטית צריכה למצוא את פתרונה במערכת בתי המשפט... כאן אני אומר בכל משפט, לא מלוא הארץ משפט בגלל הקונוטציות, אבל יש גם שפיטות מוסדיות, אני מסכים שלא בכל צריך בית המשפט לפסוק"<sup>189</sup>.

ואכן, כבר בסוף שנת 1999, אמר ברק:

"אני לא טוען שהכל שפיט. אני לא יכול לומר שאף פעם לא אמרתי את זה, אולי פעם כן אמרתי את זה, אבל אני לא חושב את זה... בוודאי שלא הכל שפיט"<sup>190</sup>.

מה הוא שגרם לשופט ברק למתן את התבטאויותיו, ואף לבצע, לכאורה, נסיגה מדעות שהביע בעבר?

נראה שחברו לכך מספר גורמים:

אין ספק, כי התגובות שבהן נתקלה התזה שלו, בזכות השפיטות האוניברסליות, היא שגרמה לו להרהר מחדש בתבונה שבקידומה<sup>191</sup>. כבר ראינו, שדעתו לא התקבלה על דעת חבריו לכס־השיפוט<sup>192</sup>. יתר־על־כן, היא נתקלה בהסתייגות בקרב הקהילה האקדמית, שמקרבה בא<sup>193</sup>. כיוצא בזה, נתקלה עמדה זו בעוינות מצד הרשויות הפוליטיות והובילה לגינויים מצד הכנסת<sup>194</sup>, ואף ליוזמות חקיקה, שנועדו להצר

189 "ברק: עד סוף ימי 'הכל שפיט' הזה ירדוף אחרי", עורך הדין, גל' 22 (יוני 2001) 28, 32.  
190 "השופט ברק מפתיע: אני לא טוען שהכל שפיט", עורך הדין, גיליון 10 (נובמבר 1999) 10.  
191 השוו דבריו, בריאיון ל־עורך הדין, לעיל הערה 174, בעמ' 19: "נעשיתי יותר חכם, יותר בשל... לצערי, השתמשתי בביטוי, שקומם עלי עם ועדה ללא עוול בכפי, ובלי שיש לזה תוצאות מעשיות כלשהן".

192 ראו פסק־דינו של השופט זמיר, עניין וייס, לעיל טקסט להערות 176–178; דברי השופט אלון, בעניין ז'רז'בסקי, לעיל הערה 99, 761–765; דברי השופט חשין, בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב־ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 822–823; דברי השופט גולדברג, שם, בעמ' 807–809; ש' לויין "האם יש זכות עמידה לזכות העמידה?", הפרקליט לט 453; וראו, מאוטנר, לעיל הערה 134, שם.

193 ראו: דותן, לעיל הערה 162; א' רוזן־צבי "כי המשפט לאלוהים הוא": על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו" עיוני משפט יז (תשנ"ב–תשנ"ג) 5; ר' שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול־דעת ככוח שיפוטי", תיאוריה וביקורת 5 (1995) 7; מאוטנר, לעיל הערה 134; מ' מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" אלפיים 16, עמ' 45–72; מעוז, לעיל הערה 60; ד' ברק־ארז "השפיטות של הפוליטיקה" פלילים ח (תש"ס) 369. דומה, כי לביקורות שנשמעו בכנס בנושא "בית המשפט העליון", במרץ 2001, נודעה השפעה מיוחדת על עמדתו, וזאת בשים לב לעיתויו של השינוי הרטורי בפסיקתו (חלק ניכר מן ההרצאות, שהושמעו בכנס פורסמו בכרך יט(2) (תשס"ג) של מחקרי משפט.

194 בנובמבר 1999 קיבלה מליאת הכנסת החלטה שבה קבעה, כי היא "מתנגדת לגישת נשיא בית־המשפט העליון, שלפיה 'הכל שפיט' במערכת המשפט", וקראה לבית־המשפט העליון "להעמיק את השיח המתמיד בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת כדי למנוע עימותים

את צעדיו של בית-המשפט העליון<sup>195</sup>. הועלתה הדעה, כי זה הנו השיקול החשוב מבין השיקולים הקוראים, שלא להתערב בעניינים פוליטיים, הגם שאין הוא זוכה כמעט להתייחסות בפסיקה<sup>196</sup>. לבסוף, אין להתעלם מן "השחיקה במעמדו הציבורי של בג"צ", שהוביל ל"התקפה חסרת תקדים על בית המשפט העליון ועל שופטיו"<sup>197</sup>. והרי, כבר בפסק-דינו, בפרשת רסלר, הכיר השופט ברק בלגיטימיות של אי-השפיטות המוסדית, "במקרים מיוחדים, שבהם החשש מפני פגיעה באמון הציבור בשופטים יעלה על החשש מפני פגיעה באמון הציבור במשפט"<sup>198</sup>.

האם תמשיך הפסיקה להתפתח בכיוון זה?

ספק רב; בדברים, שפרסם לאחר מתן פסקי-הדין בפרשות לבנת ו-קליינר, חזר אמנם הנשיא ברק על הצהרתו, כי "לא הכל שפיט"<sup>199</sup>. ועם זאת, הוא אינו מסתיר את תמיכתו בהרחבת גבולותיה של השפיטות המוסדית.

כותב השופט ברק:

"הנני מעדיף – עד כמה שהדבר אפשרי – לבחון כל טענה לגופה ולהתמודד עמה במישור של העילה (כלומר, אם הרשות השלטונית פעלה כדין או הפרה אותו) ולא במישור של חוסר שפיטות. מצאתי כי במקרים רבים שבהם דחו חבריי עתירות תוך שימוש בעיקרון של חוסר-שפיטות, דחיתי אני את העתירה בהנמקה שהפעולה השלטונית הייתה במסגרת הסמכות תוך הפעלה סבירה של הסמכות, ומטעם זה דין התביעה להידחות. כך למשל בעתירה אחת התעוררה השאלה אם ממשלה שאינה נהנית מאמון הכנסת – כגון ממשלה המכהנת

מיותרים בין שתי הרשויות". היא גם קראה לרשות השופטת, בתוך "כל רשויות השלטון בישראל", "לגלות רגישות ציבורית, פוליטית ואנושית עליונה בכל מעשיהן והחלטותיהן, בייחוד אם הן מתייחסות לפעולתה של רשות שלטונית אחרת"; ד"כ 188 (תש"ס) 1912. ב-13/1/04 קיבלה הכנסת החלטה, לפיה היא "רואה בדאגה גלישת בית-המשפט העליון לנושאים שבמובהק הנם בתחום הסמכות של הרשות המבצעת והמחוקקת". ההחלטה הוסיפה וקבעה, כי "על יסוד של כבוד לרשות השופטת ככלל ולבית-המשפט העליון בפרט, מתריעה הכנסת מפני המשך מגמה זו העלולה להתפתח למשבר חוקתי בישראל"; פרוטוקול סטנוגרפי של ישיבות הכנסת, 93, המושב השני, הישיבה התשיעים-ושלוש של הכנסת השש-עשרה, בעמ' 293.

195 ראו עניין ולנר, לעיל הערה 192. ראו גם: י' דותן "חוקה למדינת ישראל" משפטים כח (תשנ"ז) 149, 194; י' דותן "האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה" משפט וממשל ה(תש"ס) 117, 157-158; פורת, לעיל הערה 162, בעמ' 35; א' רובינשטיין וב' מדינה, לעיל הערה 28, בעמ' 437-438.

196 י' זמיר משפט ופוליטיקה – ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, י' זמיר, עורך, תשנ"ג), 209, 223. לביקורת על הלגיטימיות של גישה זו ועל מידת ממשיותו של החשש, ראו: א' בנדור "השפיטות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפטים יז(תשמ"ח) 592, 628. ראו גם כהן, לעיל הערה 112, בעמ' 6.

197 פורת, לעיל הערה 162, בעמ' 33, הערה 256.

198 עניין רסלר, לעיל הערה 87, בעמ' 496.

199 א' ברק שופט בהברה דמוקרטית (חיפה וירושלים: הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, כתר רינבו, 2004), 276.

עד לבחירות בעקבות התפטרות ראש המשלה – מוסמכת לנהל משא ומתן מדיני בתקופת המעבר עד לבחירות. השופט י' זמיר דחה את העתירה משום שבנסיבות העניין היא בלתי שפיטה. אני דחיתי את העתירה משום שלא הוכח שהמשלה פועלת מחוץ למתחם הסבירות"<sup>200</sup>.

ובמקום אחר הוא כותב:

"... לכשעצמי מעדיף אני לדחות עתירה בשל העדר עילה ולא בשל אי-שפיטות מוסדית. ככל אותם מקרים שבהם חבריי לבית המשפט דחו עתירות בשל אי-שפיטות מוסדית, מצאתי אני כי עניין לנו במתחם סבירות נרחב, כאשר גם הפעולה השלטונית המותקפת וגם הפעולה שהעותרים טוענים לה הן במסגרת המתחם. במצב דברים זה דין העתירה להידחות, שכן הפעולה היא כדין, בלא צורך לנקוט עמדה בשאלת אי-השפיטות. לדעתי דרך זו ראויה היא, שכן היא מגבירה את אמון הציבור ברשויות השלטון ומאפשרת לבית המשפט העליון להגשים את תפקידו בחברה דמוקרטית"<sup>201</sup>.

ומוסיף השופט ברק:

"אני מודע לביקורת הקיימת על גישתי<sup>202</sup>. לגישתי יש כמובן כמה חסרונות. עם זאת לדעתי באיזון הכולל יתרונותיה עולים על חסרונותיה"<sup>203</sup>.

במאמר קודם<sup>204</sup> מציין הנשיא ברק, כי קיימות "הוראות חקוקות הקובעות במפורש אי-שפיטות מוסדית"<sup>205</sup>. בצד אלה הוא מונה "הלכות פסוקות, הקובעות סוגים של ענינים שאינם שפיטים מוסדית". כותב הנשיא: "נפסק לאחרונה מפי חלק משופטי בית המשפט העליון... כי סכסוך באשר לסמכותה של ממשלה יוצאת לנהל משא-ומתן על הסדר קבע עם הפלשתינים, אינו שפיט מוסדית"<sup>206</sup>. והוא מסכם:

"ברור, איפוא, כי ישנם סוגים של סכסוכים שאינם שפיטים מוסדית, כלומר בתי-המשפט לא ידונו באותם סכסוכים ולא יקבעו עם מי הדין"<sup>207</sup>.

200 שם, בעמ' 275.

201 שם, בעמ' 283. דברים דומים הוא כתב במאמרו: "Forward: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", 116 *Harv. L. Rev.* 16, 97 (2002). אם כי שם הוא

איננו מזכיר לא את הלכת וייס ולא את הלכת קליינר.

202 כאן מפנה הנשיא למאמרי על השפיטות, לעיל הערה 60, ולמאמרה של ד' ברק-ארוז, לעיל הערה 192.

203 ברק לעיל הערה 199, בעמ' 283.

204 ברק, לעיל הערה 120, בעמ' 11.

205 להדגמת הדברים מאזכר הנשיא את סעיף 33 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ואת סעיף 2 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924, חא"י, כרך ג', 2805.

206 לעיל הערה 120, בעמ' 11.

207 שם, שם.

עם זאת, ככלל, "רוב רובם של הסכסוכים – לרבות סכסוכים שיש להם השלכות פוליטיות – ימצאו את הכרעתם בבית-המשפט"<sup>208</sup>. ישנם רק חריגים "מעטים ונדירים, שבהם הסכסוך אינו שפיט מוסדית". מקרה כזה הוא כאשר "הדין הקיים אינו קובע נורמה להכרעה בסכסוך", שאז "בית-המשפט יצטרך... למלא את החסר, ולקבוע נורמה חדשה על-פיה יוכרע הסכסוך שהוא במהותו בעל אופי פוליטי". במקרה כזה, "קיים חשש רציני, שהשפיטה תואשם בפוליטיזציה של הכרעותיה", שאז "יש מקום לשקול הימנעות משיפוט". על אלה מוסיף השופט ברק מקרה, שבו "הנורמה המשפטית קיימת, אך הפעלתה על סכסוך בעל מאפיינים פוליטיים כרוך בשיקול דעת שיפוטי רחב"<sup>209</sup>.

מסתבר, כי, לדעתו של השופט ברק, ניהול משא ומתן על הסדר קבע, בידי ממשלה יוצאת, אינו נמנה עם החריגים הללו. לגישתו קיימת "נורמה להכרעה בסכסוך", היא נורמת הסבירות, ונראה שאף החריג, בדבר שיקול הדעת השיפוטי הרחב, לא ימנע את מעורבותו של בית-המשפט<sup>210</sup>.

למעשה, אף הנסיגה בעמדתו של הנשיא ברק, שהסתמנה בפסקי-הדין שלו בפרשות לבנת וקליינר, הייתה טקטית יותר מאשר אסטרטגית, ולא היה בה להביא לשינוי מהותי בהיקף מעורבותו של בית-המשפט.

מאחר והתפיסה המקובלת כיום הנה, שאי-שפיטות אין משמעה חוסר-סמכות של בית-המשפט, אלא ההחלטה שלא להפעיל את סמכותו<sup>211</sup>, הרי שהיקפה נתון לשיקול דעתו של בית-המשפט. הוא יכריע בה "על-פי ניסיון החיים השיפוטי ועל-פי חוש המומחיות של השופט"<sup>212</sup>. מכאן, שלרוב ימצא בית-המשפט, שהעתירה שפיטה מקום שהיה מתערב בהחלטה השלטונית, ערב פסיקתן של הלכות לבנת וקליינר: "היקפה של הביקורת השיפוטית קשור לא רק לרשות שבה מדובר (ובענייננו, הכנסת) אלא גם לסוג הפעילות העומדת לבחינה"<sup>213</sup>. בהפעילו את שיקול דעתו, אפשר להניח, שבית-המשפט לא יתערב בשאלה של ניהול יחסי חוץ על-ידי ממשלה, לרבות ממשלה יוצאת, כפי שאף נהג למעשה בפרשת וייס. ועם זאת, אין להמעיט בחשיבותו של השינוי הרטורי, שהסתמן בגישתו של בית-המשפט, שינוי שכאמור מסתמנת כבר חזרה ממנו. לא זו בלבד, שאפשר היה לצפות להתעצמות הריסון השיפוטי, גם אם בשולי הדברים, אין להתעלם אף מן השינוי בהנמקה האפשרית לדחייתן של

208 שם, בעמ' 12–13.

209 שם, בעמ' 12.

210 את ההנמקה שהעלה השופט Brennan לאי-שפיטותה של השאלה הפוליטית (בפרשת *Baker v. Carr* לעיל הערה 138) דוחה ברק כ"אינה משכנעת כלל ועיקר" לעיל הערה 199, בעמ' 280. ראו גם Barah *supra* note 201, at 102.

211 "שאלת היקפו של שיקול-הדעת בקיום ביקורת שיפוטית שונה משאלת הסמכות", עניין לבנת, לעיל הערה 148, בעמ' 810, מפי הנשיא ברק.

212 עניין רסלר, לעיל הערה 87, בעמ' 496.

213 עניין לבנת, לעיל הערה 148, בעמ' 809, מפי הנשיא ברק.

העתירות. דבר זה עשוי היה להביא לצמצום ההתנגשויות בין הרשות השופטת לשאר הרשויות, התנגשויות שלעתיים קרובות אינן בעלות נפקויות מעשיות, אך נזקן למערכת השיפוטית, כמו גם לרשויות האחרות, רב<sup>214</sup>. לא פחות משמעותית אמורה הייתה להיות התוצאה, שבית-המשפט לא ימצא עצמו נותן הכשר, בעיני הציבור, להחלטה שלטונית, בלי שבחן אותה למעשה, ובלי שהתכוון לתת הכשר כזה. יש להצטער על הנסיגה מן העמדות, שהובעו בפרשות לבנת ו-קליינר.

ראוי כי בית-המשפט יאזין בתשומת-לב לאמיתה, שקבע השופט זמיר, בפסק דינו בפרשת וייס:

“בדמוקרטיה יש לבית המשפט תפקיד חשוב מאד, אך תפקיד מוגבל, ואין הוא אמור או מסוגל לפתור כל תקלה ולהושיע בכל משבר”<sup>215</sup>.

214 ראו, מעוז, לעיל הערה 60, בעמ' 424.

215 עניין וייס, לעיל הערה 1, בעמ' 479.