

## פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל

מאת

עמיחי כהן ויניב רוזנאי\*

### תקציר

בעשור האחרון פועלת בישראל תנועה המבקשת לבצע שינוי חוקתי עמוק בישראל: קידום ערכים לאומיים פרטיקולריים והחלשת מערכות האיזונים והבלמים של הדמוקרטיה הישראלית. לתנועה זו לשינוי חוקתי רקע ישראלי ייחודי, אך בבסיסה היא חלק מתנועה עולמית רחבה – התנועה הפופוליסטית. תנועה זו מחלקת את הקהילה הפוליטית לשני מחנות: מחד – “אנחנו”, “העם” המחובר לארצו והפועל לקידום של אינטרסים לאומיים; ומאידך – “הם”, אליטות מנותקות המשתפות פעולה עם זרים, והפועלות לקידום של אינטרסים ליברליים וגלובליים. לתפיסתה של הגישה הפופוליסטית הדמוקרטיה מתמצית בכך שהשלטון הנבחר בבחירות – ורק הוא – מייצג את העם הריבון. לכן, מרגע שהתנועה הפופוליסטית נבחרה הרי עליה לפעול באופן חופשי מכל מגבלה, שכן המגבלות מוטלות בידי מוסדות המייצגים את עמדות האליטות ואת ערכיהן ואינן לגיטימיות. מבנה המשטר הישראלי חשוף במיוחד להשפעות של התנועה הפופוליסטית בשל כמה טעמים: ראשית, המבנה החברתי בישראל, המאופיין בשעשים חברתיים המקילים על תיאור החברה הישראלית על פי החלוקה של “אנחנו” ו”הם” ותיאור הדינמיקה שבין הקבוצות כ”עם” נגד ה”אליטות”; שנית, המבנה המוסדי של הדמוקרטיה הישראלית מעניק כוח פוליטי רב לקבוצה קטנה מאוד של אנשים – ראשי מפלגות הקואליציה – ולכן פשוט יחסית

---

\* עמיחי כהן הוא פרופסור חבר בפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו ועמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה; יניב רוזנאי הוא פרופסור חבר בבית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה, ויושב ראש משותף של הסניף הישראלי של הארגון הבינלאומי למשפט ציבורי. גרסה מוקדמת של מאמר זה הוצגה בכנס “דעיכה דמוקרטית בישראל?” במסגרת סדרת הרצאות של כתב העת “עיוני משפט” בנושא “מבט משפטי על איוונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית” (30.9.2020), בסדנת “סוגיות במשפט הציבורי” במרכז הבינתחומי הרצליה וכן בסמינר המחלקתי בבית הספר למשפטים במכללה האקדמית ספיר. נבקש להורות למארגנים ולמשתתפים באירועים אלו על הערות תורמות. תודה גם לקורא החיצוני ולחברות ולחברי מערכת כתב העת “עיוני משפט” על הערותיהם המצוינות. תודה לגב’ תמר אדרי על סיוע במחקר. לבסוף, תודה מיוחדת מוקדשת לנדיב מרדכי על סיוע בכתיבה (בייחוד של החלק בדבר המבנה החוקתי בישראל), במחקר ובהערות מועילות מאוד.

לתנועה פופוליסטית להגיע לעמדת השפעה מכרעת; שלישית, לישראל אין חוקה נוקשה, וממילא כל תנועה אידאולוגית יכולה בקלות רבה לשנות כללים ועקרונות יסוד חוקתיים של המשטר בישראל.

המאמר מנתח את השפעת התנועה הפופוליסטית בישראל. עד כה הצליח הפרויקט הפופוליסטי הישראלי רק בחלקו. ההצעות הדרמטיות ביותר שהעלו הפופוליסטים הישראליים נבלמו בכנסת. אך הבעיות המבניות מעוררות את החשש, כי בלימת התנועה הפופוליסטית בישראל היא זמנית בלבד. הפרק האחרון של המאמר סוקר את התגובה השיפוטית לפופוליזם סקירה ביקורתית, ומציע כיוונים שונים להתמודדות של בית המשפט עם תופעה זו.

88	מבוא
90	א. פופוליזם
90	1. הגדרה ומאפיינים
101	2. פופוליזם בעולם
105	ב. קטליזטורים לפריחת הפופוליזם בישראל
105	1. על דמוקרטיה מהותית ופורמלית
107	2. השסע היהודי-ערבי
111	3. ישראל הראשונה והשנייה – השסע האשכנזי-מזרחי
113	4. קבוצות בעלות עמדה אנטי-ליברלית
115	ג. פופוליזם ומבנה המשטר בישראל
116	1. הפרדת הרשויות כעקרון יסוד
117	2. הפרדת הרשויות הפוליטיות – מבט השוואתי
122	3. המצב בישראל
127	4. המבנה החוקתי הישראלי
136	ד. השפעות הפופוליזם במשפט הישראלי
138	1. ניסיונות ההגבלה של מוסדות עצמאיים שאינם נבחרים
140	2. ריכוז כוח שלטוני והחלשת האופוזיציה
141	3. השתקת שיח ביקורתית
145	4. הדרת הציבור הערבי
149	ה. התגובה השיפוטית לפופוליזם
167	סיכום

## מבוא

הדמוקרטיה הישראלית מצויה במשבר חוקתי עמוק. משבר זה ניכר בכל תחומי החיים הציבוריים – החל מכישלונה של המערכת הפוליטית בהקמת ממשלה במהלך 2019-2020 והאמון הציבורי הנמוך בגופים הפוליטיים, וכלה בניסיונות מתמשכים לשנות את מאזן

הכוחות בין הרשויות השונות בישראל, לרבות החלשתו של בית המשפט העליון. בעשור האחרון – ובייחוד מאז שנת 2015 – פועלת בעוצמה תנועה המבקשת לבצע שינוי חוקתי בכיוון הפוך מזה של המהפכה החוקתית של שנות התשעים: במקום קידום זכויות וערכים ליברליים וחיזוק מוסדות ביקורת ובראשם בית המשפט העליון – קידום ערכים לאומיים פריטקולריים והחלשת מערכות האיזון והבלימה.

לתנועה זו לשינוי חוקתי רקע ישראלי ייחודי, אך בבסיסה היא חלק מתנועה עולמית רחבה – התנועה הפופוליסטית. פופוליזם, בהתאם להגדרה שאנו מאמצים, מורכב משני אלמנטים עיקריים: ראשית, פופוליזם מנוגד לפלורליזם במובן זה שמנהיגים פופוליסטיים טוענים ש"הם, ורק הם לברם, מייצגים את העם"; שנית, הפופוליסט טוען שהפוליטיקה חייבת להיות הביטוי של "הרצון הכללי" של העם, שאינו כפוף למגבלות חוקתיות. התפיסה של עם כקהילה מוניסטית המדברת ב"קול אחד" מחלקת למעשה את החברה לשני מחנות הומוגניים אך נוגדים: העם האוטנטי – שאת רצונו מייצג הפופוליסט, והקבוצה הנוגדת המנותקת מהעם והמורכבת מזורים ומאליטה מנותקת, מושחתת ולעיתים אף בוגדת. בדמוקרטיה רבות – מברזיל בדרום אמריקה ועד להונגריה במרכז אירופה – הצליחו תנועות פופוליסטיות לזכות בשלטון, ומאז הן עסוקות בערעור היסודות של הדמוקרטיה הליברלית שהתבססה החל ממלחמת העולם השנייה.<sup>1</sup>

טענתנו, בקצירת האומר, היא זו: מבנה המשטר הישראלי חשוף במיוחד להשפעות של התנועה הפופוליסטית משורה של טעמים, העומדים ביסוד שיטת המשטר הדמוקרטי כפי שהתפתחה בישראל והאיזון העדין שבין מדינה יהודית לדמוקרטיה העומד בבסיסה. אין מדובר רק בעצם העובדה שלישראל אין חוקה נוקשה, וממילא כל תנועה אידאולוגית יכולה בקלות רבה לשנות את עקרונות היסוד של המשטר בישראל. מאפיינים חברתיים ספציפיים ומאפיינים של מוסדות המשטר בישראל מקילים על התנועה הפופוליסטית הישראלית לטעון טענות שהפופוליסטים טוענים, ומאפשרים לתנועה הפופוליסטית נקודת כניסה נוחה במיוחד אל הפוליטיקה הישראלית. עד כה הצליח הפרויקט הפופוליסטי הישראלי רק בחלקו. ההצעות הדרמטיות ביותר שהעלו הפופוליסטים הישראליים נבלמו בכנסת. אך המבנה המשטרי החשוף להשתלטות, מגמות ציבוריות ארוכות טווח של ירידה באמון ברשויות השלטון וסימנים ראשונים להשפעת התנועה הפופוליסטית על הליך החקיקה מעוררים את החשש, כי בלימת התנועה הפופוליסטית בישראל היא זמנית בלבד, וכי העתיד טומן בחובו שחיקה נוספת בדמוקרטיה הישראלית.

מטרת מאמר זה היא לתאר את התנועה הפופוליסטית הישראלית על רקע התנועה הפופוליסטית העולמית, ולהראות את ההשפעות של תנועה זו בישראל. המאמר בנוי באופן הבא: בפרק א' תוגדר תופעת הפופוליזם החוקתי ומאפייניה, והיא תודגם במדינות כגון הונגריה, הודו, פולין וטורקיה. בפרק ב' יתוארו השסעים החברתיים המהווים כר נוח

1 היקף הספרות בנושא זה בשנים האחרונות הוא עצום. ראו למשל, POPULISM AROUND THE WORLD: A COMPARATIVE PERSPECTIVE (Daniel Stockermer ed., 2018); TAKIS S. PAPPAS, POPULISM AND LIBERAL DEMOCRACY: A COMPARATIVE AND THEORETICAL ANALYSIS (2019); AUTHORITARIAN POPULISM AND LIBERAL DEMOCRACY (Ivor Crewe & David Sanders eds., 2019).

לפריחת הפופוליזם בישראל – השסע היהודי-ערבי, השסע האשכנזי-מזרחי והימצאותן של קהילות אנטי-ליברליות אך בעלות כוח פוליטי רב יחסית. בפרק ג ייטען כי המבנה הפוליטי בישראל, מבנה שבראשו ממשלה חזקה ומוסדות פוליטיים ייצוגיים אחרים מוחלשים, מבנה הנעדר מנגנוני הפרדת רשויות הקיימים במדינות אחרות ושהמבנה החוקתי שלו הוא גמיש ורוה בהיקף מגילת הזכויות שלו, מסייע ומקל על עליית התנועה הפופוליסטית בישראל. בפרק ד יפורטו השפעות הפרויקט הפופוליסטי על הסדר החוקתי. לבסוף, בפרק ה ייטען שעל אף עליית כוחו היחסי של בית המשפט העליון, הבמה המוסדית הוזנחה כאשר המהפכה החוקתית התמקדה בזכויות אדם במקום בחיזוק המוסדות החוקתיים והדמוקרטיים, וכי על רקע החולשות המוסדיות מוטל על בית המשפט תפקיד חשוב בהגנה על הדמוקרטיה מפני שחיקתה.

## א. פופוליזם

### 1. הגדרה ומאפיינים

התנועה הפופוליסטית בישראל היא חלק מן התנועה הפופוליסטית העולמית.<sup>2</sup> פופוליזם הפך לאחרונה לאחד המושגים הפופולריים בתקשורת, בספרות המקצועית ובשיח הציבורי.<sup>3</sup> לפופוליזם הגדרות רבות ומגוונות. דני פילק, חוקר הפופוליזם הבולט בישראל, הציע להבין פופוליזם כך:

”כמשפחה של תנועות חברתיות הצומחות כאלטרנטיבה למודל ההגמוני הקיים. תנועות כאלה קוראות תיגר על הפרויקט ההגמוני בחברות שבהן בולטים סכסוכים הנסובים על הדרה והכלה של קבוצות חברתיות מסוימות. משותפת לתנועות אלו ראיית החברה כמחולקת לעם ואויביו (אליטות, זרים) והבנת הדמוקרטיה בעיקר כמימוש ריבונות העם, המבטאת רצון הומוגני”.<sup>4</sup>

קאס מודה, אחד מחוקרי הפופוליזם הבולטים במדע המדינה, הציע את ההגדרה הבאה של פופוליזם:

“An ideology that considers society to be ultimately separated into two homogenous and antagonistic groups, ‘the pure people’ versus ‘the

2 לדיון בשאלה אם הפופוליזם הוא תנועה, אידאולוגיה, או מניפולציה פוליטית, ראו: Noam Gidron & Bart Bonikowski, *Varieties of Populism: Literature Review and Research Agenda* (Weatherhead Center, Working Paper No. 13-0004, 2013).

3 בדיקה קצרה ב־“Google Trends” מגלה, ששאלות בדבר ההגדרה והמשמעות של המונחים “פופוליזם”, “עליית הפופוליזם”, “תנועות פופוליסטיות”, “מפלגות פופוליסטיות”, “ימין פופוליסטי” או “שמאל פופוליסטי”, “פופוליזם לאומי” ועוד הן כולן במגמת עלייה חדה בשנים האחרונות.

4 דני פילק “הרמוס נעלם? הפופוליזם כאתגר על התפיסה הניאו-ליברלית של הפוליטי” סוציולוגיה ישראלית (כ) 13, 14 (2019).

corrupt elite', and which argues that politics should be an expression of the *volonté générale* (general will) of the people".<sup>5</sup>

מורה מתייחס לפופוליזם כאל "אידאולוגיה רזה" (a thin-centered ideology), שכן פופוליזם אינה אידאולוגיה פוליטית "עבה" כמו ליברליזם, פמיניזם, סוציאליזם וכן הלאה; אלו סובבים סביב מערכת נורמטיבית קוהרנטית של ערכים ושל עקרונות, בצירוף תפיסה מוסרית של מהות החיים הטובים. הפופוליזם הוא ניתוח של מבנה חברתי שאותו יכולים לקבל אנשי ימין ושמאל כאחד.

במאמר זה נישען על אחת ההגדרות המקובלות לפופוליזם, כפי שפותחה בידי הפילוסוף הפוליטי יאן ורנר מולר, שלפיה פופוליזם בנוי על היגיון פנימי המורכב משני אלמנטים. המרכיב הראשון הוא אנטי-פלורליזם. פופוליסטים, לפי מולר, אינם רק אנטי-אליטיסטים, אלא הם תמיד גם אנטי-פלורליסטיים. מנהיגים פופוליסטיים טוענים ש"הם, ורק הם לבדם, מייצגים את העם".<sup>6</sup> בעיניהם אין יריבים, אלא בוגדים או אליטות מנותקות. ישנה דה-לגיטימציה של האופוזיציה ומנהיגיה בטענה כי הם אינם דואגים לאינטרסים של האזרחים הפשוטים של המדינה, אלא רק לאינטרסים של האליטות הליברליות. הפופוליזם מבוסס אפוא על חלוקה ברורה של העולם בין "אנחנו" ל"הם": "הם" אלו האליטות, הזרים, הקוסמופוליטיים, המייצגים תפיסות עולם ליברליות ולרוב אנטי-לאומיות. "אנחנו" מייצגים את העם האמיתי, הפועל על פי עקרונות טבעיים ופשוטים, לרוב לאומיים.<sup>7</sup>

המרכיב השני הוא תפיסה שאינה ממוסדת של העם, שלפיה הפופוליסט מניח שיש הבנה או רצון מוניסטיים ועליונים מוסרית שאינם באים לידי ביטוי באמצעות המבנים הפורמליים של הבחירה הדמוקרטית.<sup>8</sup> תפקידו של המנהיג הפופוליסטי הוא לממש רצון לא-ממומש זה, ועל המבנים הפורמליים של הדמוקרטיה הליברלית לסגת אם הם מונעים מן המנהיג מלמלא את תפקידו. המנהיגים הפופוליסטיים אינם סומכים על המוסדות המוסרתיים של הדמוקרטיה הליברלית העומדת בינם ובין "רצון העם". לכן מנהיגים פופוליסטיים בזים לעיתים לשלטון החוק ולערכי הדמוקרטיה הליברלית. תוצאה ישירה של מרכיב זה היא פרסונליזציה חזקה של כוח, המבוטאת בכך ששליטים חזקים מצליחים לרכז בידם כוח פוליטי רב ובלתי-מוגבל כמעט.<sup>9</sup> הפופוליזם הופך דומה – גם אם לא זהה – לסמכותניות, וסימני ההיכר של הסגנון הפופוליסטי בשלטון הם השתלטות על מוסדות המדינה, שחיתות ודיכוי שיטתי של החברה

5 Cas Mudde, *The Populist Zeitgeist*, 39(3) GOVERNMENT & OPPOSITION 541, 543 (2004) ראו

גם CAS MUDDE & CRISTÓBAL ROVIRA KALTWASSER, POPULISM: A VERY SHORT INTRODUCTION 5 (להלן: (MUDDE & KALTWASSER, POPULISM: A VERY SHORT INTRODUCTION

6 JAN-WERNER MÜLLER, WHAT IS POPULISM? 3 (2016). כל התרגומים המופיעים במאמר הם של המחברים, אם לא צוין אחרת.

7 שם, בעמ' 19-20.

8 שם, בעמ' 31-32. ראו גם: Aziz Z. Huq, *The People Against the Constitution*, 116 MICH. L. REV. 1123 (2018).

9 על הפרסונליזציה של משטרים פופוליסטיים, ראו: David Landau, *Personalism and the Trajectories of Populist Constitutions*, 16 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 293 (2020) (להלן: (Landau, *Personalism*

האזרחית.<sup>10</sup> כמה מרעיונות אלו, יש להדגיש, אינם ייחודיים לפופוליזם; ואולם שילובם יוצר מערכת של דעות פופוליסטיות,<sup>11</sup> שיכולה לבוא לידי ביטוי במסגרת אידאולוגיות שונות.<sup>12</sup> יש מי שמבחינים בין זרמים באידאולוגיה הפופוליסטית: פופוליזם אנטי-ממסדי, הממוקד במאבק באליטות; פופוליזם חברתי-כלכלי, הממוקד במאבק של השכבות החלשות כבעלי הממון; ופופוליזם תרבותי, הממוקד במאבק של קבוצות המייצגות את "העם הפשוט" או את הלאום כנגד קבוצות מיעוט, מהגרים, וכוחות גלובליים.<sup>13</sup> חלוקה זו מסייעת להבנת הטעמים העומדים בבסיס הפופוליזם והקבוצות התומכות בו. אכן, במדינות רבות ובהקשרים רבים התנועה הפופוליסטית מבוססת על טענות, שהן צודקות בבסיסן, של קבוצות שנפגעו משיטת המשטר, מן השיטה הכלכלית או מפגיעה בזהותן.<sup>14</sup> כך למשל, אי-אפשר להבין את שורשי

- 
- 10 Müller, לעיל ה"ש 6, בעמ' 44-48.
- 11 ראו למשל Kirk A. Hawkins & Cristóbal Rovira Kaltwasser, *Introduction: The Ideational Approach, in THE IDEATIONAL APPROACH TO POPULISM: CONCEPT, THEORY, AND ANALYSIS 2* (Kirk A. Hawkins et al. eds., 2019).
- 12 העובדה כי פופוליזם הוא אידאולוגיה "רזה" מסבירה מדוע היא יכולה לחול במפלגות פוליטיות שונות שלהן מצעים אידאולוגיים שונים (ולעיתים אף סותרים). ראו דני פילק "פופוליזם" *מפתח* 13, 143, 147 (2018) (להלן: פילק "פופוליזם") ("לדברי מודה אידאולוגיה רזה אינה מציגה תפיסת עולם סדורה המתייחסת למכלול ההיבטים של חברה, אלא יש לה כמה מאפיינים קבועים שניתנים להיבור (ארטיקולציה) עם אידאולוגיות אחרות. מודה, אם כך, מגדיר פופוליזם כ'אידאולוגיה רזה שמחלקת את החברה לשני מחנות הומוגניים ואנטגוניסטיים, 'העם הטהור' נגד 'האליטה המושחתת', וטוענת שהפוליטיקה חייבת להיות הביטוי של 'הרצון הכללי' של העם'. מודך מצמצם את ששת המאפיינים של מקריי לשניים, והופך את ההגדרה לרלבנטית למגוון רחב של תופעות פופוליסטיות שונות").
- 13 Jordan Kyle & Limor Gultchin, *Populists in Power Around the World* (Tony Blair Institute for Global Change, 2018), [institute.global/sites/default/files/articles/Populists-in-Power-Cas Mudde & Cristóbal Rovira Around-the-World-.pdf](https://institute.global/sites/default/files/articles/Populists-in-Power-Cas Mudde & Cristóbal Rovira Around-the-World-.pdf) (להלן: Kyle & Gultchin). ראו גם: Kaltwasser, *Populism, in THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL IDEOLOGIES* 495-498 (Michael Freeden & Marc Stears eds., 2013). זרמים אלו באים לידי ביטוי והדגשה ברמות שונות ובמדינות שונות: בפולין ובהונגריה פופוליסטים מזוהים ברצון להגשים רעיונות לא-ליברליים; באיטליה פופוליסטים נלחמים בצנע כלכלי ומתנגדים למהגרים ולפליטים; בארצות הברית ובבריטניה פופוליסטים מבקשים להשיב את הריבונות הלאומית באמצעות התנתקות והיפרדות מן הקהילה הבינלאומית וממוסדות בינלאומיים; ובוונצואלה הפכו הפופוליסטים את הדמוקרטיה לשלטון אוטוקרטי. על כך שפופוליזם לובש צורות שונות, ראו גם: Anna Grzymala Busse, *Global Populisms and Their Impact*, 76 *SLAVIC REV.* S3-S5 (2017).
- 14 YASCHA MOUNK, *THE PEOPLE VS. DEMOCRACY: WHY OUR FREEDOM IS IN DANGER, AND HOW TO SAVE IT* 151-181 (2018). ראו גם: Noam Gidron & Peter A. Hall, *The Politics of Social Status: Economic and Cultural Roots of the Populist Right*, 68 *BRIT. J. Soc. Sci.* S57 (2017); Dani Rodrik, *Populism and the Economics of Globalization*, 1 *J. INT'L BUS. POL'Y.* 12 (2018).

התנועה הפופוליסטית בלי להבין את הכלכלה הפוליטית שבבסיס המרד הפופוליסטי.<sup>15</sup> טענתנו איננה כי טענות אלו אינן נכונות, או כי השיטה הדמוקרטית-ליברלית כפי שהתפתחה בסוף המאה העשרים ובראשית המאה העשרים ואחת, היא השיטה המושלמת. אך הפופוליזם, על כל זמיו, אינו ממוקד בתיקון השיטה הדמוקרטית, אלא בקידום תפיסה החותרת תחת יסודות השיטה הדמוקרטית עצמה. חתירה זו מצויה במתח מסוים עם טענות הפופוליזם, לפיהן הפופוליזם דווקא מבקש ליצור פוליטיקה שהיא יותר דמוקרטית. הפופוליזם, כפי שהוא מבקש להציג את עצמו, הוא "תגובה דמוקרטית אך לא ליברלית לעשורים של מדיניות ליברלית אך לא דמוקרטית".<sup>16</sup> מאפיין מרכזי של הפופוליזם הוא לכאורה הטענה, כי הוא מייצג את העם ישירות וכי הוא מבקש להתגבר על מכשולים שחוקתיות ליברלית מציבה לטענתו בפני שלטון העם – מכשולים הקשורים לעיגון חוקתי של נורמות, לעצמאות שיפוטית ולאופייה הסגור של מערכת המשפט. אך האם טענות אלו הופכות את הפופוליזם לדמוקרטי יותר? פופוליזם אכן עשוי להיראות כחותר לדמוקרטיה, שכן הוא מתבסס על עקרונות של ריבונות העם ושל הכרעת הרוב – עקרונות מרכזיים, ככל הנראה החשובים ביותר לרעיון המודרני של דמוקרטיה. כמו כן פופוליזם מציג את עצמו כגורם מתקן של המערכת הפוליטית, המבקש לתת קול לקבוצות מודרות שקולן אינו נשמע, ולכן ככזה המבקש להפוך את ההליך הדמוקרטי לכוללני (inclusive) יותר. לפיכך פופוליזם נתפס – באופן מוטעה ומטעה – כפרויקט דמוקרטי.<sup>17</sup>

חשוב להדגיש בשלב זה את המתח שבין הפופוליזם לבין עקרונות היסוד של הדמוקרטיה הליברלית, מתח המתבטא בכמה מישורים. ראשית, הדמוקרטיה הליברלית מבוססת אומנם על עקרון שלטון הרוב, אך גם על עקרונות נוספים המהווים מגבלות טבועות על כוחו של הרוב, כגון בחירות חופשיות ותחרותיות, הפרדת רשויות וכיבוד זכויות אדם.<sup>18</sup> גישת הפופוליזם מתמקדת בהיבטים הפורמליים או הפרוצדורליים של הדמוקרטיה. היא תופסת את הדמוקרטיה כפרוצדורלית גרידא, כלומר רק כמערכת של ממשל עצמי שבה האזרחים יכולים לקבל החלטות קולקטיביות, על פי רצון הרוב. אך מובן שדמוקרטיה כצורת ממשל אינה מסתכמת בשלטון הרוב: "חייב להיות משהו במושג הדמוקרטיה מעבר להתכנסות של שני זאבים וכבשה, המחליטים לפי הצבעת רוב על הרכב התפריט לארוחת הערב".<sup>19</sup> שלטון הרוב הוא תנאי שאין בלעדיו לקיומה של דמוקרטיה, אך אין בו די. דמוקרטיה כוללת –

15 לדיון כללי, ראו למשל: ROBERT KUTTNER, CAN DEMOCRACY SURVIVE GLOBAL CAPITALISM? (2018); BARRY EICHENGREEN, THE POPULIST TEMPTATION: ECONOMIC GRIEVANCE AND POLITICAL REACTION IN THE MODERN ERA (2018).

16 Cas Mudde, *Europe's Populist Surge*, 95 FOREIGN AFFAIRS 25, 30 (2016).

17 ראו למשל: ERNESTO LACLAU, ON POPULIST REASON ch. 4-6 (2005) (הרואה בפופוליזם פרקטיקות שבאמצעותן נוצרות תפיסות פוליטיות של "העם").

18 ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" עיוני משפט מד 5 (2021).

19 אוריאל פרוקצ'יה "החוק יתגבר על הצדק" הארץ (18.5.2019) <https://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.7249374>

וחייבת לכלול – גם הגנה על זכויות ועל עקרונות יסוד מסוימים.<sup>20</sup> אפילו המאפיין הצר ביותר של דמוקרטיה פורמלית – בחירות – חייב לכלול ערכים מהותיים. אכן, שלטון הרוב הוא הבסיס לדמוקרטיה. אך על מנת שהליך קבלת החלטות על פי הכרעת הרוב יוכל להתקיים – ולמטרת פשטות הדיון נתמקד בצורך לקיים בחירות אמיתיות והוגנות<sup>21</sup> – ערכים נוספים חייבים להתקיים, ולו ברמה מסוימת: חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, שוויון, שלטון החוק והפרדת רשויות. ערכים אלו הם חיוניים לקיומה של דמוקרטיה אמיתית, וקיומם הוא מכריע כדי להבטיח בחירות הוגנות ותחרותיות. דמוקרטיה כוללת תנאים מוקדמים שהם מהותיים למימושה.<sup>22</sup> המחלוקת, כל אימת שהיא קיימת, היא בשאלה באיזו מידה נכללים ערכים מהותיים בדמוקרטיה. לפיכך "דמוקרטיה פורמלית" גרידא אינה קיימת. לדמוקרטיה אמיתית נדרשת מהות. באופן דומה, "דמוקרטיה אי-ליברלית" אינה מתקיימת. מובן שישנו ספקטרום של ליברליות שעליו הדמוקרטיה נעה, אך מתחת לרף מסוים המשטר הלא-ליברלי פשוט אינו עוד דמוקרטי.<sup>23</sup> מבחינה זו צדק מולר בטענתו, שעצם העובדה שהשלטים החדשים בעלי הנטיות האוטוריטריות באירופה הגיעו לשלטון באמצעות בחירות חופשיות והוגנות אינה מקנה לגיטימיות דמוקרטית למאמציהם לחתור תחת הסדר הפוליטי. לכן הוא סבור, שבמקום לכנותם "אי-ליברלים" יש לכנותם כמות שהם – "א־דמוקרטים".<sup>24</sup>

שנית, התפיסה הדמוקרטית הליברלית מבוססת על ההנחה שהבעיות של המדינה המודרנית הן בעיות מורכבות, ושיש להן יותר מפתרון לגיטימי אחד. הפתרונות מתקבלים באמצעות תחרות חופשית בין רעיונות מתחרים. חלק מן התחרות הוא כמוכּן בחירות חופשיות. אך תחרות חופשית אמיתית בין רעיונות דורשת את האפשרות להתאגד ולהשמיע רעיונות מתחרים. במילים אחרות, הדמוקרטיה הליברלית דורשת הכרה של השלטון בכך שיש עמדות אלטרנטיביות, וקביעה של מוסדות "ניטרליים" שתפקידם לפקח על כך שתתקיים

20 RONALD DWORIN, A BILL OF RIGHTS FOR BRITAIN 14, 35 (1990); AHARON ראו למשל, BARAK, THE JUDGE IN A DEMOCRACY 23-26 (2009).

21 על בחירות אמיתיות, ראו: Amnon Rubinstein & Yaniv Roznai, *The Right to a Genuine Electoral Democracy*, 27(1) MINN. J. INT'L L. 143, 150-157 (2018).

22 Frank I. Michelman, *Brennan and Democracy – The 1996-97 Brennan Center Symposium Lecture*, 86 CALIF. L. REV. 399, 419 (1998).

23 השאלה מהו אותו גרעין מינימלי הדרוש לקיומה של דמוקרטיה היא כמוכּן שאלה שבמחלוקת. לניסיון להציע רף מינימלי לדמוקרטיה חוקתית, ראו Rosalind Dixon & David Landau, *Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core*, in ASSESSING CONSTITUTIONAL PERFORMANCE 268, 269 (Tom Ginsburg & Aziz Huq eds., 2016) (להלן: "We define the minimum core of a democratic constitutional order as the set of institutions, procedures, and individual rights that are (necessary to maintain a system of multiparty competitive democracy)").

24 Jan-Werner Müller, *The Problem With "Illiberal Democracy"*, SOCIAL EUROPE (Jan. 27, 2016), <https://www.socialeurope.eu/the-problem-with-illiberal-democracy> יאן-וורנר מולר "דמוקרטיה לא-ליברלית? אין דבר כזה" הזמן הזה (2018) hazmanhazeh.org.il/illiberal-democracy.



תחרות הוגנת בין הרעיונות השונים. הפתרונות המתקבלים צריכים לאזן בין גורמים ואינטרסים שונים שכולם לגיטימיים. מובן שאבן יסוד של הדמוקרטיה הליברלית, כמו של כל דמוקרטיה, היא הכרעה בידי הרוב; אך מכיוון שכמה פתרונות לכל בעיה באים בחשבון, ראוי שלרוב לא יהיה כוח בלעדי שמא הוא ירמוס עמדות לגיטימיות אחרות, ובייחוד את עמדות המיעוטים. לכן כל דמוקרטיה ליברלית כוללת מנגנונים עצמאיים והגנה מיוחדת על מיעוטים, המחייבים את הרוב השולט לנהל שיח עם המיעוט, ובייחוד עם מיעוטים מודרים, ולשמור על זכויותיהם.<sup>25</sup>

הפופוליזם מקדם תפיסה שונה בנוגע לגיטימיות של המחלוקת. המנהיג הפופוליסטי מבקש לדבר בשם האומה בכללותה, כאילו העם מדבר בקול אחד. לשם כך עליו לפתור את הסתירה שבין טענה זו ובין נוכחותם של מי שאינם מזדהים עם הפרוגרמה הפופוליסטית. הפתרון הוא פשוט: עמדות הנוגדות את תפיסת עולמו אינן לגיטימיות. מי שאיננו שותף לתפיסתו הוא במקרה הטוב "אליטיסט" המנותק מן העם ובמקרה הרע "בוגר" שיש להדירו מן הקהילה הפוליטית.<sup>26</sup> פופוליזם פועל כנגד כל אותם מוסדות המגבילים את יכולתו של הרוב לממש את תפיסתו, מתוך תפיסה שכל המגבלות הללו אינן לגיטימיות. פופוליזם גם מבקש לבטל את ההגנה המיוחדת על מיעוטים, ולהחליש אופוזיציה או תחרותיות פוליטית המגבילות גם הן את יכולתו של הרוב לבסס את שלטונו.<sup>27</sup>

במילים אחרות, בעודו נשען על עקרונות דמוקרטיים, הפופוליזם מפר ממדים יסודיים בדמוקרטיה ליברלית כמו פלורליזם, חופש ביטוי ושוויון. עבור הפופוליזם יש להבין את העם כקהילה הומוגנית בעלת זהות קולקטיבית משותפת. מנגד, עבור הדמוקרטיה הליברלית יש להבין את העם כגוף פלורליסטי הכולל אזרחים שונים וחופשיים. יש אפוא אנטגוניזם בין דמוקרטיה ליברלית ובין פופוליזם. הפופוליזם, כפי שבוג'אן בוגאריץ מתאר בצדק רב, הוא תופעה דו-פרצופית: הוא מאסף אחריו ציבור באמצעות התמקדות במושגי יסוד כמו דמוקרטיה, אחריותיות והכרעת הרוב, אך מסלף אותם.<sup>28</sup>

לכן סטפן רומנס טוען, כי בעוד שייכתן שפופוליזם פועל כמעין סימפטום המציף כשלים במערכת הדמוקרטיה הליברלית, הוא אינו יכול לשמש אמצעי מתקן ויש לראות בו איום

JAMES BOHMAN, PUBLIC DELIBERATION: PLURALISM, COMPLEXITY, AND DEMOCRACY 95- 25  
WILLIAM 106. לדין כללי על חשיבות הפלורליזם לדמוקרטיה הליברלית, ראו גם (2000)

A. GALSTON, LIBERAL PLURALISM: THE IMPLICATIONS OF VALUE PLURALISM FOR POLITICAL  
.THEORY AND PRACTICE (2002)

ILLIAM GALSTON, ANTI-PLURALISM: THE POPULIST THREAT TO LIBERAL DEMOCRACY ch. 8 26  
NADIA URBINATI, ME THE PEOPLE: HOW POPULISM TRANSFORMS DEMOCRACY: ראו גם: (2018)

(2019) ch. 2-4. (לפי המחברת הפופוליזם מבוסס על יחס ישיר בין המנהיג ובין מי שהמנהיג מגדיר כאנשים "טובים" או "צורקים" ועל נכונות המנהיג להדיר את האינטרסים שאינם בקבוצת אנשים זו).

MUDE & KALTWASSER, POPULISM: A VERY SHORT INTRODUCTION 27  
לעיל ה"ש 5, בעמ' 82.

Bojan Bugaric, *The Two Faces of Populism: Between Authoritarian and Democratic* 28  
(2019) 390, 391 (L.J. GER. L.J. 2019) (להלן: *Populism*, Bugaric, *Two Faces*).

לדמוקרטיה.<sup>29</sup> נדיה אורבינטי, מחוקרות הפופוליזם הבולטות בעולם, מצינת שמבחינה פנומנולוגית פופוליזם הוא סגנון פוליטי או מערכת רטורית מסוימת, אך למעשה השפעתו של הפופוליזם חודרת הרבה מעבר לסגנון פוליטי. בעוד שרטוריקה פופוליסטית מסוימת קיימת בכל המפלגות כמעט, פופוליזם אינו רק תנועה המבקשת להביע דעה; זוהי תנועה המבקשת כוח מדינתי שבנוי על גישה קיצונית של רובניות (majoritarianism), והיא בעלת מאפיינים מסוימים כגון עוינות כלפי ליברליזם וכלפי עקרונות של דמוקרטיה חוקתית כמו פלורליזם מפלגתי, הפרדת רשויות וזכויות מיעוט.<sup>30</sup>

ייתכן כי ממשלות מסוימות ייטו לרטוריקה פופוליסטית, על אף שהפרוגרמה הפוליטית שהן מיישמות אינה מאמצת אנטי-פלורליזם או שינוי מן היסוד של המערכת המוסרית.<sup>31</sup> ישנה גם הבחנה משמעותית בין פופוליסטים הנמצאים באופוזיציה ופופוליסטים הנמצאים בשלטון, כמו גם בין פופוליזם מן השמאל הפוליטי ומן הימין הפוליטי; פופוליזם מן הימין הפוליטי מתנגד יותר לאידיאלים של הדמוקרטיה החוקתית.<sup>32</sup> במבט גלובלי, פיפה נוריס,

Stefan Rummens, *Populism as a Threat to Liberal Democracy*, in THE OXFORD HANDBOOK OF POPULISM 554, 555 (Cristóbal Rovira Kaltwasser et al. eds., 2017) (הספר להלן: THE OXFORD HANDBOOK OF POPULISM).

Nadia Urbinati, *The Populist Phenomenon*, 51 RAISONS POLITIQUES 137, 139, 146-153 (2013); Nadia Urbinati, *Populism and The Principle of Majority*, in THE OXFORD HANDBOOK OF POPULISM 572, 571, 29, לעיל ה"ש 29, בעמ' 572.

Benjamin Moffitt & Simon Torney, *Rethinking Populism: Politics, Mediatization and Political Style*, 62 POLIT. STUD. 381, 381-382 (2014); Paris Aslanidis, *Is Populism an Ideology?*, 64 POL. STUD. 88, 95 (2016).

Mark Tushnet, *Varieties of Populism*, 20 GER. L. J. 382, 387-389 (2019). ראו למשל, את מחקרם האמפירי של רוברט הובר וכריסטיאן שימפף, שמצא כי בעוד שיש יחס שלילי הן בין פופוליזם מימין והן בין פופוליזם משמאל ובין מגבלות על כוח שלטוני ועל הפרדת הרשויות, ישנה התייחסות שונה לזכויות מיעוט בין פופוליסטים מימין ומן השמאל הפוליטי: פופוליזם מן הצד השמאלי של המפה הפוליטית קשור קשר חיובי לזכויות מיעוט, בעוד שפופוליזם מן הצד הימני קשור קשר שלילי לזכויות מיעוט, ולכן לדעת החוקרים, כאשר בוחנים את היחס שבין פופוליזם ודמוקרטיה אין לעשות זאת במנותק מן האידאולוגיה הפוליטית. Robert A. Huber & Christian H. Schimpf, *On the Distinct Effects of Left-Wing and Right-Wing Populism on Democratic Quality*, 5(4) POLITICS & GOVERNANCE 146 (2017). ראו גם את מחקרם של מיקו סלמלה וכריסטיאן וון שיב, שמנתחים את המבנים הרגשיים השונים שאליהם מכוון פופוליזם ימני ושמאלני ואת האסטרטגיות הפוליטיות השונות שמנצלות את מבני הרגשות הללו. הם מצאו הבחנה בין שני סוגי הפופוליזם: פופוליזם מן הצד השמאלי של המפה מעורר רגשות של ביוש, הוא מאפשר ליחיד לזהות את עצמו כקורבן או כנפגע ממדיניות כלכלית נאו-ליברלית, ויש בו פוטנציאל משחרר (emancipatory potential), בעוד שפופוליזם מן הצד הימני מאופיין בביוש מודחק שמתרגם פחד וחוסר ביטחון לכעס, לטינה ולשנאה כלפי מי שנתפס כ"אויב". אף ששני סוגי הפופוליזם קשורים ברגשות של פחד, של חוסר ביטחון ושל טינה, יש הבחנה ברורה בין מטרות הטינה של כל אחד מצדדי המפה. Mikko Salmela & Christian von Scheve, *Emotional Dynamics of Right-and Left-Wing Political Populism*,

מומחית לפוליטיקה השוואתית, מציעה כמה הבחנות. ראשית, פופוליזם הוא סגנון משילות שלו שלושה מאפיינים: הבסיס לסמכות הפוליטית הוא ריבונות העם (popular sovereignty) וכלל הכרעת הרוב; ערעור הלגיטימיות של הממסד (אשר יש להבינו בצורה רחבה כמתייחס למי שאוחזים בכוח כלכלי, פוליטי ותרבותי); הוא מונע בידי מנהיג הטוען שהוא מדבר בשם "העם". שנית, לא כל השליטים הפופוליסטיים הם אוטוריטריים. חלק מן המנהיגים, כמו דונאלד טראמפ, רג' טאיפ ארדואן וויקטור אורבן, עוסקים ברטוריקה לאומנית ויוצרת פחד, המנמיכה את חשיבות היחיד ומדגישה את חשיבותם של ערכים חברתיים ומסורתיים, כך למשל בענייני המשפחה, תפקידים מגדריים ודת (אפילו כאשר הם עצמם אינם פועלים לפי ערכים אלו), והמצגה עוינות כלפי מגבלות פנימיות (כמו בתי משפט וגופי פיקוח) או חיצוניות (כמו ארגונים בינלאומיים) על כוחה של הממשלה; מנהיגים אלה מבקשים להתחורר תחת הלגיטימיות של מערכת האיזונים והבלמים על הכוח השלטוני, אשר אמונה על הגנת האזרחים מפני מנהיגים חזקים בעלי נטיות סמכותניות.<sup>33</sup> ואולם ישנם מנהיגים פופוליסטיים ותנועות פופוליסטיות כמו ברני סנדרס בארצות הברית, סיריזה ביוון או פודמוס בספרד, המאמצים מצעים אנטי-אליטיסטיים אך פרוגרסיביים.<sup>34</sup> לפי גישה רחבה זו, ייתכנו גם תנועות פופוליסטיות המבקשות להגן על הדמוקרטיה ולהופכה לשוויונית יותר, לכוללנית ולרֶסְפּוֹנְסִיבִית, והיוצאות נגד שחיתות, נגד זרמים מרכזיים של מפלגות ופוליטיקאים ונגד קפיטליזם.<sup>35</sup>

לאור קשיי הבהירות והסוגים השונים של פופוליזם, יש מי שקוראים להבחין בין "פופוליזם טוב" ו"פופוליזם רע".<sup>36</sup> גאבור הלמאי, למשל, ביקש להבחין בין פופוליזם טוב שהוא דמוקרטי ומשקף יישום אמיתי של ריבונות העם ובין פופוליזם רע שהוא אוטוריטרי, דוגמת זה שצמח במרכז ובמזרח אירופה.<sup>37</sup> באופן דומה, בוגאריץ מבחין בין פופוליזם אוטוריטרי ובין פופוליזם משחרר (emancipatory), שהוא דמוקרטי ואנטי-מוסדי.<sup>38</sup> ואילו

- 
- 42(4) HUMANITY & SOCIETY 434 (2018). לדיון כללי בפופוליזם מצידה השמאלי של המפה הפוליטית, ראו גם CHANTAL MOUFFE, FOR A LEFT POPULISM (2018).
- 33 Pipa Norris, *Is Western Democracy Backsliding? Diagnosing the Risks* (HKS Faculty Research, Working Paper No. RWP17-012 14-15, 2017).
- 34 שם. ראו גם Daniel Steinmetz-Jenkins, *The Logic of Populism*, 64 DISSENT 186-189 (2017); Bart Bonikowski, *Ethnonationalist Populism and the Mobilization of Collective Resentment*, 68 BRIT. J. SOC. 189, 190 (2017); Marco D'Eramo, *They, The People*, 103 NEW LEFT REV. 129 (2017).
- 35 PIPPA NORRIS & RONALD INGLEHART, CULTURAL BACKLASH: TRUMP, BREXIT AND THE RISE OF AUTHORITARIAN POPULISM 12 (2019). Robert Howse, *Epilogue: In Defense of Disruptive Democracy – A Critique of Anti-Populism*, 17 INT'L J. CONS. L. 641 (2019).
- 36 ראו למשל Joseph Fishkin & William Fortbath, *The Anti-Oligarchy Constitution*, 94 B.U. L. REV. 669 (2014); David Fontana, *Unbundling Populism*, 65 UCLA L. REV. 1482 (2018); Tushnet, לעיל ה"ש 32.
- 37 Gábor Halmai, *Populism, Authoritarianism and Constitutionalism*, 20 GER. L.J. 296, 298-301 (2019). (Halmai, לעיל ה"ש 28).
- 38 Bugarcic, *Two Faces*, לעיל ה"ש 28.

פול בלוקר מבקש להבחין בין פופוליזם מכיל ומדיר, פופוליזם רפורמיסטי ומהפכני, ובין פופוליזם טרנס-לאומי ולאומי. פופוליזם מן הסוג הראשון מבקש לכלול יותר אנשים המצויים במדינה, לבצע רפורמות במוסדות הדמוקרטיה החוקתית ולא להחליפן, וליצור ציבור טרנס-לאומי שיהלום את התפתחות המוסדות הטרנס-לאומיים.<sup>39</sup>

ייחודם של הפופוליסטים החדשים אל מול השליטים הסמכותניים של אמצע המאה הקודמת הוא הפעולה במסגרת הפורמלית החוקתית והחוקתית לשם קידום מטרותיהם, מה שמכונה בידי קים ליין שפלי "Autocratic Legalism",<sup>40</sup> או "Abusive Constitutionalism" בכינויו של דיוויד לנדאו.<sup>41</sup> בניגוד לעבר, שבו ננקטו אמצעים לא-חוקיים ואף אלימים כדי להפוך את הסדר החוקתי, התמוטטות דמוקרטיית מתרחשת כיום בידי ממשלות נבחרות המנצלות לרעה את המוסדות הדמוקרטיים כדי להחליש את המוסדות ואת הערכים הדמוקרטיים עצמם. החוק כשלעצמו, כל עוד הפופוליסטים מסוגלים לשנותו, אינו הבעיה. הבעיה היא המוסדות העצמאיים כגון בתי משפט, מוסדות ביקורת ושומרי סף, המיישמים את החוק ומגבילים את יכולתם של הפופוליסטים לממש את מטרותיהם. לכן בתי המשפט הם מטרה מרכזית עבור משטרים פופוליסטיים.<sup>42</sup> כלומר, הפופוליזם מלווה בפרויקט חוקתי לשם הגשמת מטרותיו – "חוקתיות פופוליסטית" (populist constitutionalism).<sup>43</sup>

בלוקר מציין, כי למערכות של פופוליזם חוקתי ישנם ארבעה מאפיינים עיקריים. מאפיין ראשון הוא שריבונות העם משמשת טענה מרכזית בהצדקת פעולות השלטון. מכאן נובע טיעון אחר של הפופוליסטים, ולפיו מערכות ליברליות ייצוגיות שיש להן מערכת משפט חזקה נוטות להפוך את ריבונות העם לפיקציה לא-ממומשת.<sup>44</sup>

מאפיין שני הוא שכלל הכרעת הרוב משמש כלי המשילות. כוח פוליטי עבור הפופוליסטים הוא ביטוי של רצון הרוב. פופוליזם בשלטון כפרויקט פוליטי מבקש לשנות את כללי

Paul Blokker, *Varieties of Populist Constitutionalism: The Transnational Dimension*, 39 20 GER. L.J. 332, 343-345 (2019)

.Kim Lane Scheppele, *Autocratic Legalism*, 85(2) U. CHI. L. REV. 545 (2018) 40

.David Landau, *Abusive Constitutionalism*, 47 U.C.D. L. REV. 189 (2013) 41

Leah Wortham & Fryderyk Zoll, *Judicial Independence and Accountability: Withstanding Political Stress*, 42 FORDHAM INT'L. L.J. 875 (2019); Andrew Arato, *Populism, Constitutional Courts, and Civil Society*, in JUDICIAL POWER: HOW CONSTITUTIONAL COURTS AFFECT POLITICAL TRANSFORMATIONS 318 (Christine Lanfried ed., 2019) (הספר להלן: JUDICIAL POWER). 42

מאמר זה נכתב על רקע הספרות המקצועית שהרחיבה על הרעיון שלפיו "חוקתיות פופוליסטית" כוללת שני מושגים שאינם מוציאים זה את זה ומתקיימים יחדיו – בדרגות שונות של יחסי גומלין – קיום שלו סדרה של השלכות לאופיו של המשטר. ראו: Bojan Bugaric & Mark Tushnet, *Populism and Constitutionalism: An Essay on Definitions and Their Implications*, CARDOZO L. REV. (In Press); Paul Blokker, Bojan Bugaric & Gábor Halmai, *Introduction: Populist Constitutionalism: Varieties, Complexities, and Contradictions*, 20(3) GER. L.J. 291 (2019) 43

Paul Blokker, *Populism as a Constitutional Project*, 17(2) INT'L. J. CONST. L. 536, 541 (2019) (להלן: Blokker, *Populism*). 44

המשחק שינוי רדיקלי, לתקן עוולות עבר ולקיים מערכת יחסים קרובה וישירה יותר בין המוסדות הפוליטיים והחברה. בעוד שפוליטיקה פרלמנטרית וייצוגית מביאה לפרגמנטציה של החברה ולהחלשת האחדות החברתית, "הרוב" לעומתה הוא ישות אחידה שהפופוליזם השמרני משווה אותה לאומה כולה.<sup>45</sup>

מאפיין שלישי למערכות של פופוליזם חוקתי הוא שאינסטרומנטליות משמשת אסטרטגיה פוליטית. פופוליזם מתייחס למשפט ואל החוק כאל אמצעי שניתן להפעילו לטובת הפרויקט הקולקטיבי ובשמו. חוקתיות פופוליסטית נוטה למוטט את ההבחנה שבין פוליטיקה רגילה ופוליטיקה חוקתית, אשר באה לידי ביטוי בשינוי קבוע ותכוף של נורמות ושל כללים חוקתיים במסגרת הפוליטיקה היום יומית. מיטוט זה הוא תוצאה של הניסיון להפחית מן הערך של מעמד החוקה, אבן היסוד של חוקתיות ליברלית, כחוק נוקשה ועליון. התוצאה של מהלכים אלו היא כפולה: משבר של שלטון החוק (או שלטון החוקה), שמדגיש את אופיו השרירותי של המשטר הפוליטי, ונטילה שמיטאינית של הסמכות המכוננת בידי הרוב הפוליטי כדי לשחרר את העם ממגבלות משטריות. כאשר הממשלה מקבלת על עצמה את תפקיד הסמכות המכוננת, מהלך זה נוטה להיות חד-קולי, פריטוניזם-מפלגתי ומוניסטי במקום הליך מכונן שבנוי על הכללה ועל הסכמה רחבה.<sup>46</sup>

מאפיין רביעי הוא טינה כלפי המשפט וכלפי מערכת המשפט. הפופוליזם נוקט גישה ביקורתית שמגיעה גם כדי טינה של ממש כלפי חוקתיות ליברלית ומשפטית וכלפי המשפטיוציה (או המשפוט) של החברה ושל הפוליטיקה. כך למשל, הפופוליזם מבקר את הרעיון שלפיו המשפט הוא ניטרלי וא-פוליטי. כמו כן, הפופוליזם מתנגד לרעיון שריבונות נמצאת במערכת המשפט ובחוקה כמסמך המשפטי העליון (legal sovereignty), ודוגל בכך כי היא נמצאת אצל האומה או אצל העם, שנותר תמיד לא-מוגבל בידי המשפט והחוק (political sovereignty). לבסוף, שלטון החוק, אשר נתפס ברעיון הליברלי כגורם מרסן שמגביל את הממשלה, מוחלף בתפיסה קולקטיבית שבה המשפט אמור לשרת את הקהילה ואת העם.<sup>47</sup> נקודה אחרונה זו חשובה במיוחד בניתוח השפעתו של הפופוליזם. כך למשל, פרויקטים פופוליטיים לשינוי חוקתי מתמקדים בשינוי סמכויות וכללי בחירה של שופטים של בתי משפט חוקתיים במטרה להחליש את עצמאותם, להעמיס אותם ב"שופטים מטעם" ואפילו להשתלט עליהם.<sup>48</sup> בעוד שבעבר הלא-רחוק נתפסו בתי משפט כמגן בפני עריצות הרוב ובפני נטיות אוטוריטריות, כמגיני החירות ואוכפי האחרייות, כיום הפכו בתי משפט למתכוננים שקטים מן הצד או אף לשותפים לשחיקת הדמוקרטיה.<sup>49</sup>

45 שם, בעמ' 543-544.

46 שם, בעמ' 545-547.

47 שם, בעמ' 548-550.

48 David Landau, *Populist Constitutions*, 85(2) U. CHI. L. REV. 521, 526, 532-537 (2018).

49 David Kosar & Katarina Sipulova, *How משפט, ראו* *to Fight Court-Packing?*, 6(1) CONST. STUD. 133, 133-164 (2020).

David Landau & Rosalind Dixon, *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*, 53 U.C.D. L. REV. 1313, 1334-1344 (2020); Madhav Khosla, *With Freedom at Stake, Courts Are Collapsing*, NEW YORK TIMES (Sept. 9, 2020), [www.nytimes.com/2020/09/09/opinion/hungary-turkey-india-courts.html?smid=tw-share](http://www.nytimes.com/2020/09/09/opinion/hungary-turkey-india-courts.html?smid=tw-share).

מובן שלא כל המדינות מתאימות בצורה מוחלטת למודל שבלוקר מציג, אשר בא לידי ביטוי מובהק במדינות הקומוניסטיות לשעבר במרכז אירופה. במשטרים פופוליסטיים במדינות כמו הונגריה ופולין נוטרלו בזמן קצר יחסית מאפייני יסוד של הדמוקרטיה והתקפו מוסדות שלטון החוק, חירויות יסוד, כללי בחירות ותקשורת חופשית. כפי שנבהיר בהרחבה להלן, המשטרים במדינות אלו הצליחו באמצעות רפורמות משפטיות וחוקתיות למסד גרסה חדשה של משטר סמי-אוטוריטרי, בין מה שמכונה "אוטוריטריאניזם תחרותי" (competitive authoritarianism) ו"דמוקרטיה מצומצמת" (diminished democracy).<sup>50</sup> מודל זה של "חוקתיות פופוליסטית" שופך אור על החולשות העיקריות של הדמוקרטיות החוקתיות המודרניות,<sup>51</sup> וחשוב מכך, כפי שנראה בהמשך, מאפיינים אלו של הפופוליזם החוקתי חלים במידה רבה במקרה הישראלי.

כך, בדיוק רב, הציג תיאור פורנייה את הפרויקט החוקתי הפופוליסטי: דמוקרטיה חוקתית היא הפונדקאי עבור טפיל הפופוליזם. הטפיל זקוק לפונדקאי כדי לשרוד, אך ברגע שהתבסס הפופוליזם מחפש להרוס את הדמוקרטיה החוקתית שאפשרה לו להתקיים.<sup>52</sup> מאפייני הפרויקט החוקתי הפופוליסטי, המבוסס על נאמנות מוצהרת לעקרונות דמוקרטיים, תוך פעולות החותרות תחת המוסדות של הדמוקרטיה הליברלית, מקשים על זיהוי שחיקה דמוקרטית. האלמנט המרכזי של שחיקה דמוקרטית הוא ההדרגתיות המורכבת מצעדים קטנים רבים. רק לעיתים רחוקות צעדים אלו מהווים התקפה חזיתית על עקרונות היסוד של הסדר הליברלי-דמוקרטי.<sup>53</sup> כאשר כל אחד מן האמצעים, שחלקם אף לגיטימיים, נבחן בפני עצמו – קשה לומר שמדובר ב"הרס הדמוקרטיה". אך כאשר האמצעים נבחנים יחד במצטבר – ה"שלם גדול מסך חלקיו". לכן למשל, במקרה הישראלי התנהל עד לא מזמן הוויכוח – בשנת 2017 – על עצם השאלה אם יש משבר חוקתי;<sup>54</sup> נדמה כי היום ישנה הסכמה רחבה הרבה יותר כי ישראל עוברת משבר חוקתי.<sup>55</sup>

- 50 באופן כללי על אוטוריטריאניזם תחרותי ועל דמוקרטיה מצומצמת, ראו David Collier & Steven Levitsky, *Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research*, 49 WORLD POLITICS 430-451 (1997); STEVEN LEVITSKY & LUCIAN A. WAY, COMPETITIVE AUTHORITARIANISM: HYBRID REGIMES AFTER THE COLD WAR (2010).
- 51 Oran Doyle, Erik Longo & Andrea Pin, *Populism: A Health Check For Constitutional Democracy?*, 20 GER. L.J. 401-407 (2019).
- 52 Théo Fournier, *From Rhetoric to Action: A Constitutional Analysis of Populism*, 20 GER. L.J. 362, 364 (2019).
- 53 .TOM GINSBURG & AZIZ Z. HUQ, HOW TO SAVE A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY 90-91 (2018).
- 54 גילה שטופלר "מיני סימפוזיון: השתלטות חוקתית בישראל? – פתח-דבר" ICON-S-II Blog 8.6.2017. בסימפוזיון זה הובעו עמדות שונות מפי חוקרי המשפט הציבורי. גילה שטופלר, אלון הראל, נדיב מרדכי ויניב רוזנאי סברו, כי ישנן מגמות מדאיגות המצביעות לכאורה על נסגנות או על השתלטות חוקתית. לעומתם סברו ברק מדינה ועידו פורת, כי אין מדובר בהכרח בתהליך של נסגנות חוקתית וכי ישנן הצדקות שונות שיכולות להסביר ולהצדיק לפחות חלק מן ההתפתחויות האמורות. רות גביון חותמת את המיני-סימפוזיון בתגובתה לעמדות השונות, ונוטה לצד של מדינה ופורת.
- 55 כך למשל, אפילו פרופ' דניאל פרידמן, ממבקריה הגדולים של מערכת המשפט וממתנגדי

לסיכום, מחסלי הדמוקרטיה הפופוליסטיים משתמשים כיום בכלים משפטיים, עדינים והדרגתיים כדי לחסלה.<sup>56</sup> למעשה, כיום דמוקרטיות מתות בשקט ובצורה סמויה כמעט מן העין. למתבונן מבחוץ, שאינו שם לב לפרטים, מדינה המצויה בעיצומה של שחיקה דמוקרטית נראית נורמלית לחלוטין. אחרי הכול – אין טנקים ברחובות. וזו הסכנה האמיתית.

## 2. פופוליזם בעולם

תהליך הדמוקרטיזציה ששטף את העולם לאחר התפרקותה של ברית המועצות וסיום המלחמה הקרה התאפיין באימוצם ובהעמקתם של עקרונות דמוקרטיים, של זכויות האדם ושל שלטון החוק במדינות רבות בעולם, ובהעברת סמכויות נרחבת לבתי משפט חוקתיים. מאז תחילת שנות האלפיים שינה תהליך זה את כיוונו. במקומו אנו עדים למשבר של דמוקרטיות חוקתיות הבא לידי ביטוי במגמה עולמית של עליית שליטים פופוליסטיים, המשתמשים לרעה בכלים משפטיים וחוקתיים כדי לשחוק את הסדר הדמוקרטי. כך למשל, מדר החופש של Freedom House לשנת 2020 מסמן את השנה ה-14 ברציפות של שחיקת הדמוקרטיה בעולם.<sup>57</sup> שחיקה זו היא לרוב הליך הדרגתי ועדין, אך כזה שמביא עדיין לריקבון ניכר בשלושה מרכיבי יסוד של הדמוקרטיה: בחירות תחרותיות, זכויות ליברליות לחופש ביטוי והתאגדות, ושלטון החוק.<sup>58</sup> בשיאה שחיקה זו עשויה להביא לשינוי יסודי

---

ה"אקטיביזם השיפוטי", ציין בנוגע להתנגדות יושב ראש הכנסת לשעבר יולי אדלשטיין לכנס את מליאת הכנסת כדי להצביע על החלפתו, כי: "השימוש בכוחות השלטון שעוד נותרו לאדלשטיין, השימוש בהם כדי למנוע את העברת השלטון, זה ערעור הדמוקרטיה או אפילו ההרס שלה". הוא הוסיף כי הוא מקווה "שתוגש עתירה לבג"צ, ושבג"צ ידרוש מיושב ראש הכנסת לקיים את הכלל הכי יסודי שיש לנו בדמוקרטיה והוא – לאפשר לרוב לשלוט. אם זה לא יתקבל זה בפירוש הרס הדמוקרטיה" (רוני זינגר "ההתנהלות של אדלשטיין היא ערעור הדמוקרטיה ואולי גם הרס שלה" **שומרים** [www.hashomrim.org/hebrew/303](http://www.hashomrim.org/hebrew/303) 19.3.2020). בעקבות החלטת בג"ץ להורות ליושב ראש הכנסת על כינוס המליאה, תוך התערבות בהליכים פנים-פרלמנטריים, כתב פרופ' פרידמן כי "יש לברך על החלטה זו, שהיא חדה, עניינית, קולעת, ולא פחות חשוב – ניתנה במהירות הראויה" (דניאל פרידמן "הפעם, התערבות בג"ץ מוצדקת וחיונית" **ynet** 24.3.2020) [https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5700619,00.html?fbclid=IwAR241pt4ws-\(mx73RoZ6OXOPwY8M\\_Yu34Sxv\\_KwrIc--MLht8J2YJ9coZgXI](https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5700619,00.html?fbclid=IwAR241pt4ws-(mx73RoZ6OXOPwY8M_Yu34Sxv_KwrIc--MLht8J2YJ9coZgXI)

56 ראו באופן כללי: STEVEN LEVITSKY & DANIEL ZIBLAT, *How Democracies Die* (2018). לפירוט על מאפיינים אלו ומדוע הדוקטרינות הקיימות של "תיקון חוקתי לא-חוקתי" אינן בנויות להתמודד עם שינויים חוקתיים אינקרמנטליים שאינם מהפכניים, ראו Yaniv Roznai & Tamar Hostovsky Brandes, *Democratic Erosion, Populist Constitutionalism and the Unconstitutional Constitutional Amendments Doctrine*, 14(1) L. & ETH. HUM. RTS. 19, 28-30 (2020).

57 למדר, ראו [https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/FIW\\_2020\\_REPORT\\_BOOKLET\\_Final.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/FIW_2020_REPORT_BOOKLET_Final.pdf) (להלן: מדר החופש של Freedom House לשנת 2020).

58 GINSBURG & HUQ, לעיל ה"ש 53, בעמ' 43.



וכולל בשיטת המשטר של המדינה, כולל החדרת אלמנטים סמכותניים ואנטי־דמוקרטיים, כפי שאירע למשל בטורקיה, בפולין, בהונגריה ובהודו.

בטורקיה למשל, ניסיון ההפיכה הכושל בשנת 2016 אפשר לארדואן, המשמש מאז 2002 מנהיג טורקיה (תחילה כראש ממשלה ולאחר מכן כנשיא המדינה), ליישם – לרבות באמצעות שימוש בסמכויות חירום ובשינויים חוקתיים – שורה של מהלכים לחיזוק מעמדו; מהלכים אלו כוללים טיהור עמוק של הצבא מגורמים שנתפסים כמאיימים על שלטונו, נטרול יריבים בשורות המערכת המשפטית, העמקת שליטתו באמצעי התקשורת והחלשה של יריבים פוליטיים. יחד עם המגמה של הדגשת הזהות האסלאמית של טורקיה שמוביל ארדואן הובילו מהלכים אלו לשחיקת הדמוקרטיה ולהעמקת הסמכותניות בטורקיה.<sup>59</sup>

בהונגריה, הניצחון הסוחף בבחירות בשנת 2010, שהבטיח למפלגת פידס יותר משני שלישים ממושבי הפרלמנט (על אף שזכתה רק ב 52.73% מהקולות לאור שיטת הבחירות המורכבת), אפשר לראש הממשלה ויקטור אורבן לעצב מחדש את הונגריה; הוא עשה זאת באמצעות מאות חוקים, תיקונים לחוקה ואף חוקה חדשה. החוקה, אשר נכנסה לתוקף בשנת 2012, כוננה רק בידי המפלגה השלטת ובהתנגדות חריפה של האופוזיציה בהתאם לתפיסה שהרוב הוא – ורק הוא – מייצג את הריבון ויכול לעשות כל שינוי העולה על רוחו. השינויים היו דרמטיים. תחילה נשחקה מערכת הבלמים והאיזונים של המדינה, וההתקפה הקשה ביותר הייתה על מערכת המשפט: כוחו של בית המשפט החוקתי הוגבל בצורה ניכרת, כך למשל באמצעות צמצום זכות העמידה והגבלת היכולת של בית המשפט לבקר חוקים תקציביים ופיסקליים; סעיפי חוק שבוטלו כלא־חוקתיים נחקקו מחדש, הפעם כחלק בלתי־נפרד מהחוקה כדי לחסנם מפני ביקורת שיפוטית; ושיטת מינוי השופטים שונתה כך שבמקום מינויים שבהם כל המפלגות ישתתפו באופן יחסי לגודלן, הממשלה היא ששולטת במינויים. כוחם של גופי ביקורת אחרים, כמו גם של מרחב הפעולה של התקשורת, צומצמו, בין היתר באמצעות רדיפת עיתונאים שפרסמו תחקירים אשר לא היו לטעמה של הממשלה, באמצעות מינוי אנשים "מטעים" בערוצים הממלכתיים ובאמצעות הקמת רשות תקשורת בעלת סמכויות פיקוח נרחבות. גם חוקי הבחירות שוננו, כך למשל באמצעות חלוקה מחודשת של אזורי הבחירה, כדי להבטיח שממשלת השלטון תשמור על כוחה. כל אלו הביאו לשחיקה קשה של הדמוקרטיה. שינויים אלו מקבלים חיזוק באמצעות פנייה לרגשות לאומניים־דתיים. כך למשל, התיקון השביעי לחוקה משנת 2018 קובע, כי על כל גופי המדינה מוטלת החובה להגן על הזהות העצמית ועל התרבות הנוצרית של הונגריה. בהסבירו את הטרנספורמציה החוקתית הכריז אורבן, כי הונגריה המירה שברי דמוקרטיה ליברלית בדמוקרטיה נוצרית, המבטיחה את חירות העם ואת ביטחונו.<sup>60</sup>

59 לפירוט על מהלכים אלו, ראו למשל, Ozan Varol, *Stealth Authoritarianism in Turkey*, in CONSTITUTIONAL DEMOCRACIES IN CRISIS? 339 (Mark Graber et al. eds., 2018) (הספר להלן); Zafer Yilmaz & Bryan S. Turner, *Turkey's*; (CONSTITUTIONAL DEMOCRACIES IN CRISIS, 46(5) BRIT. J. MIDDLE EASTERN STUD. 691 (2019); KÜRŞAT ÇINAR, THE DECLINE OF DEMOCRACY IN TURKEY: A COMPARATIVE STUDY OF HEGEMONIC PARTY RULE ch. 2-5 (2019)

60 למחקר מייצג על תהליכים אלו, ראו András L. Pap, *Democratic Decline in Hungary: Law and Society in an Illiberal Democracy* (2018) Gábor Halmai, *An Illiberal* . להרחבה, ראו גם:



גם בפולין פירקה מפלגת החוק והצדק הפופוליסטית, שעלתה לשלטון בחודש אוקטובר 2015, בתוך זמן קצר את האיזונים והבלמים במדינה, והביאה להתמוטטות החוקה. ההפיכה המשפטית באה לידי ביטוי במגוון אמצעים משפטיים שלהם השפעה מצטברת: החלשת בלמים חוקתיים על הכוח השלטוני, בין היתר באמצעות השתלטות על מערכת המשפט ובייחוד על בית המשפט החוקתי, אשר נתפס עד אז כשחקן מרכזי באכיפת מגבלות שלטוניות ובהגנה על ההליך הדמוקרטי ועל זכויות אדם; מיזוג משרד התובע הכללי עם שר המשפטים; ודה-לגיטימציה של האופוזיציה הפוליטית. בתחום התקשורת הייתה הפיכה של התקשורת הציבורית למכשיר תועמלנות ממשלתית, בין היתר באמצעות החלפתם של מאות עיתונאים באנשי תקשורת ימניים ובמינוי תומכי המפלגה במועצות הרגולציה התקשורתית השונות, בעוד הממשלה מציעה חקיקה שמטרתה המוצהרת להביא לבזוז ול"פולניזציה מחדש" של התקשורת הפרטית. בתחום החברה האזרחית הוכפפו ארגונים ללא מטרות רווח ומכוני מחקר להגמוניה הפוליטית באמצעות הקמתם של גופי ממשל חדשים, שמטרתם לפקח על "פיתוח החברה האזרחית" ולרכז את השליטה הממשלתית על כספים שמגיעים לארגונים, בין היתר כדי לוודא שתמיכה ממשלתית תגיע בעדיפות לארגונים התומכים במורשת הנוצרית ובמסורת הלאומית. התקפה על זכויות הפרט, כגון זכות האספה וחופש הביטוי, ושינוי חוקי הבחירות הם מאפייני נוסף בשחיקת הדמוקרטיה. המוסדות האמונים על הגנת הדמוקרטיה מפני סילופה בידי רוב פוליטי זמני נוטרלו, והפכו להיות בשירות הרוב הפוליטי; בעקבות זאת הפכה הדמוקרטיה להיות פורמלית ותו לא.<sup>61</sup>

בניתוחם את השחיקה הדמוקרטית בפולין ובהונגריה, רוברט סטה ואירינאוש קרולסקי מתארים את המתרחש כ"פוליטיקה קיסרית" (Caesarean politics). פוליטיקה קיסרית מבוססת על שלושה אלמנטים: פטרונות, השתלטות ופוליטיקה מבוססת זהות מדירה. פטרונות היא מערכת שבה סמכות פוליטית מבוססת על פטרון יחיד השולט על מערכת מורכבת של "פרסים ועונשים". מכיוון שגישה פרסונלית לפטרון היא הכרחית להישרדות פוליטית ולהעשרה כלכלית, פטרונות נוטה למערכת פוליטית סגורה, הפועלת באמצעות החלשת התחרותיות הפוליטית וצבירת כוח. השתלטות על מוסדות המדינה היא המאפיין המרכזי של פוליטיקה קיסרית, כך למשל באמצעות שליטה במפלגה השולטת במוסדות

*Constitutional System in the Middle of Europe*, 2014 EUROPEAN YEARBOOK OF HUMAN RIGHTS 497; Kriszta Kovács & Gábor Attila Tóth, *Hungary's Constitutional Transformation*, 7 EUR. CONST. L. REV. 183 (2011); Sonja Priebe, *Hungary*, in CONSTITUTIONAL POLITICS IN CENTRAL AND EASTERN EUROPE 101 (Anna Fruhstorfer & Michael Hein eds., 2016); Miklós Bánkuti et al., *From Separation of Powers to a Government Without Checks: Hungary's Old and New Constitutions*, in CONSTITUTION FOR A DISUNITED NATION 237 (Gábor Attila Tóth ed., 2012); Pál Sonnevend et al., *The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: The Basic Law of Hungary*, in CONSTITUTIONAL CRISIS IN THE EUROPEAN CONSTITUTIONAL AREA: THEORY, LAW AND POLITICS IN HUNGARY AND ROMANIA 33 (Armin von Bogdandy & Pál Sonnevend eds., 2015); Renáta Uitz, *Can You Tell When an Illiberal Democracy Is in the Making?*, 13 INT'L J. CONST. L. 279 (2015).  
 61 למחקר מקיף על תהליכים אלו, ראו: WOJCIECH SADURSKI, POLAND'S CONSTITUTIONAL BREAKDOWN (2019).

מדינתיים מרכזיים, לרבות בתי משפט וחברות ממשלתיות. פוליטיקה מבוססת זהות מדירה (exclusionary identity politics) היא המאפיין הנוסף. מטרתה היא להכשיר את השינוי המשטרי. במסגרת זו יש שימוש בשיח הזהות כדי למצב את השליט או את הפטרון כראש הקהילה ההומוגנית, המוקפת באחרים מסוכנים. באמצעות פרקטיקות מדירות, האחרים (בין אם הם אזרחים ובין אם לאו) – ובייחוד מיעוטים וזרים – מוצגים כאויבים. זהות מבוססת פוליטיקה משמשת כדי לתת לגיטימציה להעצמת כוחו של השליט או של המפלגה באמצעות רפורמות של מוסדות המדינה וחקיקה שמטרתה להגביל או לשלול זכויות וחירויות.<sup>62</sup>

בהודו, הדמוקרטיה הגדולה בעולם, מפלגת השלטון הלאומנית ההינדית Bharatiya Janata, בראשות ראש הממשלה מודי, הסיטה בשנים האחרונות את הודו מהמסלול הדמוקרטי שהיה מבוסס במשך שנים על עקרונות ליברליים וחילוניים. החלשת האופוזיציה, החלשה של מערכות איונים ובלמים והשתלטות עליהן, קביעה כי דת היא בסיס להחלטה בדבר אזרחות הודית, ביטול המעמד החוקתי של קשמיר ויצירת מערכת כספית בבחירות השומרת על אנונימיות התורמים והנתרמים הם רק חלק מסדרת מהלכים הדרגתיים ושיטתיים שהביאו לפגיעה קשה בדמוקרטיה ההודית, מהלכים אשר טארונאב קאייטן מכנה: "Killing a Constitution with a Thousand Cuts"<sup>63</sup>.

אלו הן רק דוגמאות, אך המגמה של שחיקת הדמוקרטיה, כפי שמרד החופש Freedom House מתאר, היא תופעה כלל-עולמית.<sup>64</sup> כך למשל, מחקר שפורסם בשנת 2018 מצא, כי בשנת 2017 חלה ירידה במדרים דמוקרטיים ב-24 מדינות המאכלסות שלישי מאוכלוסיית העולם ובהן הודו, איטליה וארצות הברית,<sup>65</sup> וכי בין השנים 1990-2018 גדל מספר המנהיגים הפופוליסטיים בעולם פי חמישה.<sup>66</sup> נראה כאמור כי יש קשר בין שלטון פופוליסטי ובין שחיקה דמוקרטית.<sup>67</sup> השינויים שטורקיה, פולין, הונגריה, הודו ומדינות אחרות חוות הם רובניים

Robert Sata & Ireneusz Pawel Karolewski, *Caesarean Politics in Hungary and Poland*, 36(2) EAST EUR. POL. 206, 207-208 (2020)

Tarunabh Khaitan, *Killing a Constitution with a Thousand Cuts: Executive Aggrandizement and Party-State Fusion in India*, 14(1) L. & ETH. HUM. RTS. 49 (2020) 63  
Mate, *Constitutional Erosion and the Challenge to Secular Democracy in India*, in Madhav Khosla & Milan, 377, 59, לעיל ה"ש, CONSTITUTIONAL DEMOCRACIES IN CRISIS  
.Vaishnav, *The Three Faces of the Indian State*, 32(1) J. DEMOCRACY 111 (2021)

מדד החופש של Freedom House לשנת 2020, לעיל ה"ש 57. לסקירה השוואתית, ראו 64  
CONSTITUTIONAL DEMOCRACIES IN CRISIS, לעיל ה"ש 59, 339.

Anna Lührmann et al., *State of the World 2017: Autocratization and Exclusion?*, 25(8) 65  
DEMOCRATIZATION 1321-1340 (2018)

Kyle & Gultchin, לעיל ה"ש 13. 66

Jordan Kyle & Yascha Mounk, *The Populists Harm to Democracy: An Empirical Assessment* (Tony Blair Institute for Global Change, 2018), <https://institute.global/policy/populist-harm-democracy-empirical-assessment> 67  
ישראל (25.12.2019) [www.zman.co.il/67937](http://www.zman.co.il/67937): "ב-23% מתקופות שלטון הפופוליסטים חלה הידרדרות דמוקרטית משמעותית, פי ארבעה לעומת מנהיגים לא פופוליסטים". יפת מציין שם כי כאשר הפופוליסטים נמצאים בשלטון, הם מרכזים כוח שלטוני רב שמקשה על העברתם



תפיסת הדמוקרטיה כפרוצדורלית או רובנית גרידא, שלפיה הרוב הפוליטי מייצג את הריבון ולפיכך הוא כול יכול.<sup>72</sup>

גישה דומה באה לידי ביטוי בישראל; לפי כמה תפיסות פוליטיות וציבוריות, דמוקרטיה מוגשמת דרך בחירות ובאמצעות תהליך קבלת החלטות המשקף את רצון הרוב, ולא מעבר לכך. ייתכן שהדוגמה הטובה ביותר לכך באה לידי ביטוי בגישתה של שרת המשפטים לשעבר, איילת שקד, אשר בזמן כהונתה הובילה מגוון רפורמות שנועדו לצמצם את סמכויות בית המשפט ופעלה למינוי שופטים שאותם היא החשיבה כשמרנים. בתגובתה לטענות שרפורמות אלו הן איום לדמוקרטיה טענה שקד, כי "הכריזו כאן על מותה [של הדמוקרטיה] כל כך הרבה פעמים שעשוי להתקבל הרושם שאולי לא רק להתולים יש תשע נשמות, אלא גם לדמוקרטיה שלנו". לדעתה "הדמוקרטיה הישראלית בריאה כשור", והתהליכים שמתרחשים מחזקים את בסיס הדמוקרטיה הישראלית באופן המשקף את רצון הרוב.<sup>73</sup> לפני הבחירות לראשות הממשלה שנערכו בתחילת 2019 פרסמה השרה שקד סרטון תעמולה כחלק מקמפיין הבחירות, ובו היא מופיעה בפרסומת מדומה לבושם שנקרא "פשיזם". הסרטון יצא כתגובה למי שביקרו את ניסיונותיה לעצב מחדש את מערכת המשפט הישראלית, ביקורות שכללו גם האשמות בפשיזם. בסרטון השחור-לבן שקד נעה באיטיות במרחב, שערה מתנופף ברוח וברקע מתנגנת מוזיקת פסנתר רכה, בזמן שהיא לוחשת את עיקרי המדיניות שלה: "מהפכה שיפוטית", "צמצום אקטיביזם", "מינוי שופטים", "משילות", "הפרדת רשויות", "ריסון בג"צ". בעודה מתיזה על עצמה בושם הנושא את התווית "פשיזם", היא מדברת למצלמה וטוענת שהבושם תויג בשם הלא-נכון: "לי זה מריח כמו דמוקרטיה".<sup>74</sup> אומנם סרטון זה אמור להיות הומוריסטי, אך הוא משקף באופן בוטה את הרעיון שמתן כוח נוסף לרשויות הפוליטיות, תוך הגבלת כוחה של הרשות השופטת, הוא הגשמה ולא פגיעה בדמוקרטיה. אנו סבורים כי לפופוליוזם מופעים מרכזיים בישראל, הן ברטוריקה הפוליטית והן כפרויקט חוקתי. דני פילק למשל טוען, שמאז שנת 1977 תנועות פוליטיות ימניות אימצו מדיניות פופוליסטית, וכי פופוליוזם הפך למרכיב משמעותי בעיצוב הפוליטיקה הישראלית.<sup>75</sup> בספרם "Populism: A Very Short Introduction", קאס מודה וקריסטובל קלטוואסר כותבים כי

72 על הרעיון של דמוקרטיה אי-ליברלית, ראו: Fareed Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, FOREIGN AFFAIRS 22 (1997) 76(6).

73 ראו את נאום שרת המשפטים איילת שקד בוועידה השנתית של העמותה למשפט ציבורי בישראל "הדמוקרטיה בישראל – כיוונים ומגמות" ביום 1.12.2016, באתר השירותים והמידע הממשלתי, משרד המשפטים, בכתובת: [https://www.gov.il/BlobFolder/reports/minister\\_speeches/he/zikhron\\_yaakov\\_speech\\_122016.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/reports/minister_speeches/he/zikhron_yaakov_speech_122016.pdf).

74 Oliver Holmes, *Far-Right Israeli Campaign Ad Jokes of "Fascism" Perfume*, THE GUARDIAN (March 3, 2019), [www.theguardian.com/world/2019/mar/19/far-right-israeli-campaign-ad-jokes-of-fascism-perfume-ayelet-shaked](http://www.theguardian.com/world/2019/mar/19/far-right-israeli-campaign-ad-jokes-of-fascism-perfume-ayelet-shaked); ניתן למצוא את הסרטון כאן: Jonathan Caras, *Ayelet Shaked – Fascism – English Subtitles*, YOUTUBE (March 19, 2019), [www.youtube.com/watch?v=P0peSwxSEqY](http://www.youtube.com/watch?v=P0peSwxSEqY).

75 לניתוח כללי, ראו: DANI FILC, THE POLITICAL RIGHT IN ISRAEL: DIFFERENT FACES OF JEWISH POPULISM (2009) (להלן: FILC, THE POLITICAL RIGHT IN ISRAEL); דני פילק פופוליוזם והגמוניה בישראל (2006). ראו גם: Naama Weiss Yaniv & Keren Tenenboim-Weinblatt, *Israel*.

הפופוליזם הפך במאה העשרים ואחת לחלק אינטגרלי מן הפוליטיקה במזרח התיכון, בין היתר בדמוקרטיות מבוססות כמו ישראל.<sup>76</sup>

בפרק זה אנו טוענים, כי עליית התנועה הפופוליסטית הישראלית היא חלק מאותה תנועה עולמית שעליה עמדנו, אך נתונים ספציפיים הרלוונטיים לישראל מקילים על עלייתה בישראל. בפרק זה נתמקד בשטחים חברתיים בישראל,<sup>77</sup> ובייחוד בשטח היהודי-ערבי ובשטח האשכנזי-מזרחי, המהווים מצע נוח לעליית התנועה הפופוליסטית בישראל. כפי שפילק מציין, בחברות משוסעות הסמן "העם" הוא נקודת ההתייחסות לפוליטיקת זהויות, ופופוליזם הוא מאפיין מרכזי של המערכת הפוליטית.<sup>78</sup> במילים אחרות, החברה הישראלית ההטרונגית והרב-תרבותית היא כר נוח למתחים בין קבוצות שונות.<sup>79</sup> השילוב בין השטחים מאפשר לפופוליזם הישראלי לשלב בין זרמים שונים של פופוליזם: פופוליזם תרבותי-אתני ופופוליזם אנטי-ממסדי, ואף לפיתוחו של זרם חדש – פופוליזם ביטחוני. בפרק הבא של המאמר נעסוק בחולשה המבנית של הדמוקרטיה הישראלית, שאף היא מקילה על עליית הפופוליזם בישראל.

## 2. השטח היהודי-ערבי

מדינת ישראל היא כידוע מדינה רבת-שטחים. השטח הרתי-חילוני, החרדי-ציוני והשטח הערתי, כולם שטחים המעסיקים את אזרחי ישראל מיום היווסדה.<sup>80</sup> אך שטחים אלו, כמו גם הפערים הכלכליים, אינם קבועים. יש תקופות ותחומים שבהם חשיבותם של שטחים עולה או מאבדת מחשיבותה. הציבור היהודי במדינת ישראל נחשב בסך הכול לציבור בעל לכידות גבוהה ומכנה משותף רחב.<sup>81</sup>

ואולם בישראל ישנו שטח אחד קבוע, המלווה את המדינה מיום הקמתה ואשר דורות של ישראלים התקשו לפותרו, והוא השטח היהודי-ערבי.<sup>82</sup> כ-20% מאזרחי ישראל הם ערבים.

- 
- Right-Wing Populism and Beyond, in* POPULIST POLITICAL COMMUNICATION IN EUROPE 207, 210 (Toril Aalberg et al. eds., 2016).
- 76 MUDDE & KALTWASSER, POPULISM: A VERY SHORT INTRODUCTION לעיל ה"ש 5, בעמ' 39.
- 77 לדיון כללי על שטחים בישראל, ראו למשל אמנון רובינשטיין **שבטי מדינת ישראל: ביחד ולחוד** (2017); Adriana; ISRAELIS IN CONFLICT: HEGEMONIES, IDENTITIES AND CHALLENGES (Kemp et al. eds., 2004).
- 78 Dani Filc, *Populism in the Middle East, in* HANDBOOK OF GLOBAL POPULISM ch. 25 (Carlos de la Torre ed., 2018).
- 79 Dani Filc, *Political Radicalization in Israel: From a Populist Habitus to Radical Right Populism in Government, in* EXPRESSIONS OF RADICALIZATION: GLOBAL POLITICS, PROCESSES AND PRACTICES 121-122 (K. Steiner & A. Önnersfors eds., 2018).
- 80 לדיון כללי, ראו: חנן פרס ואליעזר בן-רפאל **קירבה ומריבה: שטחים בחברה הישראלית** (2006).
- 81 לדיון כללי, ראו: שמואל רוזנר וקמיל פוקס **יהדות ישראלית: דיוקן של מהפכה תרבותית** (2018).
- 82 לדיון כללי, ראו: איריס ג'רבי וגל לוי **השטח היהודי-ערבי בישראל: מקראה** (רות גביון ורפנה הקר עורכות, 2000).

הרוב היהודי והמיעוט הערבי לא הצליחו מאז הקמת המדינה להגיע להגדרה מוסכמת בדבר חזונה של המדינה. נוסחת המדינה היהודית-דמוקרטית מעולם לא הייתה מקובלת על המיעוט הערבי החי בישראל.<sup>83</sup> יתר על כן, מפלגות המייצגות את המיעוט הערבי לא היו מעולם חלק מן הממשלה בישראל.<sup>84</sup> הדרת הערבים, פילק מציינן, היא חלק מרכזי בשיח הפוליטי הפופוליסטי של מפלגת הליכוד.<sup>85</sup>

השסע היהודי-ערבי בתוככי ישראל קשור כמובן לא רק ליחסים שבין הרוב היהודי למיעוט הערבי בישראל, אלא גם לקשרים שבין המיעוט הערבי בישראל לבין מדינות ערב המצויות בסכסוך עם ישראל, ובפרט ליחסים המתוחים בין מדינת ישראל לבין הפלסטינים והרשות הפלסטינית. למעשה, חלק ניכר מן הערבים אזרחי ישראל מזהים את עצמם כפלסטינים, כלומר כבני עם שבינו לבין מדינת ישראל ישנו סכסוך.

שסע לאומי בתוך מדינה הוא נוח מאוד לעלייה של אידאולוגיה פופוליסטית הממוקדת בהבחנה שבין אויב וידיד, בייחוד כאשר ניתן לזהות בקלות את בני המיעוט עם אויב שיש עימו סכסוך. אחד העקרונות של אידאולוגיה פופוליסטית הוא חלוקה בין "אנחנו" ל"הם": מתחרי המנהיגים הפופוליסטיים אינם יריבים פוליטיים אלא אויבי המדינה; הציבור הפוליטי מחולק בצורה חדה וברורה בין מי ש"בעדנו" למי ש"נגדנו", ומי ש"נגדנו" הם בוגדים, מסוכנים, משתפי פעולה עם האויב וכן הלאה. מובן שתפיסה זו אינה חדשה. המשפטן הגרמני הבכיר בתקופת רפובליקת ויימאר, קארל שמיט (הידוע לשמצה בגלל תמיכתו במפלגה הנאצית מאוחר יותר), כתב בשנת 1932 בספרו "המושג של הפוליטי", שבבסיס כל פוליטיקה אמיתית ניצבת ההבחנה שבין ידיד ואויב. לפי שמיט, כל דיון בשדה הפוליטי מבוסס על עימות זה בין ידיד לאויב, חיצוני או פנימי.<sup>86</sup>

החלוקה ל"טובים" הנאמנים למדינה ול"רעים" שמבקשים להרע לה עולה בקנה אחד עם אינסטינקטים לאומיים ולאומניים.<sup>87</sup> קל יותר ליישם חלוקה לטובים ולרעים על בסיס אתני כאשר הטובים הם העם "שלי" והרעים הם בני העם "האחר".<sup>88</sup> מנהיגים פופוליסטיים נוטים לזהות את המדינה עם לאום אחד בלבד בתוכה,<sup>89</sup> והנטייה הלאומית הזאת מתורגמת

- 83 אריק כרמון באין חוקה: סיפור ישראלי 217-258 (2012).
- 84 לדיון כללי, ראו: אמל ג'מאל "תתייצוג והשתתפות פוליטית לא אפקטיבית של האזרחים הערבים בישראל" חסמים בפני שוויון הערבים בישראל 1 (שלמה חסון ומיכאל קרייני עורכים 2006).
- 85 Filc, *The Political Right in Israel*, לעיל ה"ש 75.
- 86 CARL SCHMITT, *THE CONCEPT OF THE POLITICAL* 26-39 (Expanded ed., 2007).
- 87 על הקשר שבין לאומיות ולאומניות ופופוליזם, ראו Rogers Brubaker, *Populism and Nationalism*, 26(1) *NATIONS AND NATIONALISM* 44-66 (2019).
- 88 על חשיבות נוכחותו של אויב "חיצוני" חזק לשיח הפופוליסטי, ראו Ruth Breeze, *Positioning "The People" and Its Enemies: Populism and Nationalism in AfD and UKIP*, 26(1) *JAVNOST – THE PUBLIC* 89 (2019). על המרכיב האתני בשיח הפופוליסטי של אויב וחבר, ראו Chuanxing Wang, *The "Enemy" Complex of Populism in American Ethnic Politics and Its Implications to Trump's Foreign Policy*, 2 *CHINESE POL. SCI. REV.* 345 (2017).
- 89 אין בהכרח זהות מוחלטת בין ה"עם" הלאומי ובין ה"עם" שאותו הפופוליסט טוען שהוא מייצג. פעמים רבות המנהיג הפופוליסטי מתיימר לייצג את העם כ"אנדרדוג", כ"אדם מן

לפסים מעשיים בתחום ההגירה (כך למשל, הגדר שבנה אורבן בין הונגריה לסרביה) או ביחס כלפי הקהילה הבינלאומית וכלפי ארגונים בינלאומיים (כך למשל, הפרישה הקשיחה מן האיחוד האירופי שהוביל בוריס ג'ונסון בכריטניה).<sup>90</sup> פופוליזם גם מבקש לבטל את ההגנה המיוחדת על מיעוטים, המגבילה גם היא את יכולתו של הרוב לבסס את שלטונו.<sup>91</sup> השיח הפופוליסטי משתמש בהיגיון ובטרמינולוגיה של ביטחון ובמונחים של חירום ושל סכנה קיומית.<sup>92</sup> רגשות של חוסר ביטחון, של איום ושל שנאה מודגשים ומועצמים בשיח הפופוליסטי לא רק כדי להכשיר באמצעות פחד את העלאת הסיכויים לבחירה מחדש, אלא גם כדי להכווין את המערכת הפוליטית להגבלת התחרות הפוליטית וקולות נוגדים.<sup>93</sup> לכן, קל עוד יותר לבסס את ההבחנה שבין אויב וחבר כאשר "הרעים" שייכים לעם שעימו יש סכסוך מזוין המהווה סכנה ביטחונית, ובהקשר הישראלי – המיעוט הערבי-פלסטיני. קיומו של משבר ביטחוני מתמיד מקל על שיח פופוליסטי המדגיש עליונות מוסרית בהגנה על המדינה נגד אותם איומים חיצוניים או פנימיים והמחליש את הלגיטימיות של אופוזיציה אמיתית.<sup>94</sup> מובן שישנן דמוקרטיה נוספות שבהן מתקיימים סכסוכים אלימים של הרוב עם מיעוטים אתניים.<sup>95</sup> אכן, גם חלק ניכר ממדינות אלו חוו בעשור האחרון נסיגה דמוקרטית ניכרת,<sup>96</sup> וגם במדינות אחרות פופוליסטים נבנים על חששות ועל פחדים הנובעים מביטחון לאומי.<sup>97</sup> אך בישראל הסיבה הביטחונית היא מאפיין מרכזי של הפופוליזם. כך, במחקרם

Benjamin De Cleen & Yannis Stavrakakis, *Distinctions and Articulations: A Discourse Theoretical Framework for the Study of Populism and Nationalism*, 24(2) JAVNOST – THE PUBLIC 301 (2017). ואולם קיומו של שסע אתני מרכזי מקל על הבניית ההבחנה שבין אויב וידיד.

Claudia Postelnicescu, *Europe's New Identity: The Refugee Crisis and the Rise of Nationalism*, 12(2) EUR. J. PSYCHOL. 203 (2016); Mark Copelovitch & Jon C. W. Pevehouse, *International Organizations in a New Era of Populist Nationalism*, 14(2) REV. INT'L. ORG. 169 (2019).

MUDE & KALTWASSER, POPULISM: A VERY SHORT INTRODUCTION 82  
 Thorsten Wojczewski, "Enemies of the People": Populism and the Politics of (In) Security, EUR. J. INT'L SECURITY 5 (2020)

Jef Huysmans, *Minding Exceptions: The Politics of Insecurity and Liberal Democracy*, 3 CONTEMP. POL. THEO. 321, 333 (2004)

Jonathan G. Leslie, *Netanyahu's Populism: An Overlooked Explanation for Israeli Foreign Policy*, 37(1) SAIS REV. INT'L AFF. 75, 76-78 (2017)

יש כמובן דוגמאות שונות לכך. כך למשל, הסכסוך שבין הקתולים לפרוטסטנטים בצפון אירלנד, הסכסוך שבין מוסלמים להינדים בקשמיר (ובהודו בכלל) והסכסוך שבין הטורקים למיעוט הכורדי בטורקיה. לדיון כללי, ראו: DEMOCRACY AND ETHNIC CONFLICT: ADVANCING PEACE IN DEEPLY DIVIDED SOCIETIES 80-102 (Adrian Guelke ed., 2004).

ראו למשל לעיל את הדיון בטורקיה ובהודו (בטקסט לעיל לפני ה"ש 59, ובטקסט לעיל לפני ה"ש 63).

כך למשל, בעקבות מתקפות 11 בספטמבר 2001 או עליית ארגון המדינה האיסלאמית – דאעש. ראו Gabriella Lazaridis & Wadia Khurshed eds., 2015. THE SECURITISATION OF MIGRATION IN THE EU: DEBATES SINCE 9/11



על פופוליזם בישראל יונתן לוי וש"י אגמון טוענים שהמקרה הישראלי משקף זרם של פופוליזם אשר טרם נחקר לעומק בספרות, הנשען על סוגיות ביטחוניות ואינו כלכלי או תרבותי באופיו. הם מכנים זאת "security-driven populism"<sup>98</sup>. כלומר, בעוד שבמדינות רבות, כפי שהודגש בספרות, פופוליזם פרח על רקע של מתחים כלכליים ותרבותיים,<sup>99</sup> רגשות חוסר הביטחון המזינות את הדמיון הפופוליסטי הישראלי הן בעיקר כאלו הנוגעות לביטחון לאומי; ויש לכך גם מניע אלקטורלי – ביטחון לאומי הוא נושא הנמצא במוקד העדפות הבחירה של ישראלים, וכאשר הפופוליסטים בישראל משתמשים בחרדות הקשורות לביטחון לאומי, הם נבנים על נושא מרכזי בפוליטיקה המדינתית.<sup>100</sup>

לשע הירווי-ערבי השלכה נוספות על האידאולוגיה הפופוליסטית הישראלית. כפי שנראה בהרחבה להלן, הקונפליקט הישראלי-פלסטיני משפיע גם על זיהוין של קבוצות השייכות מבחינה אתנית לקבוצה היהודית כתומכות ב"הם". ארגוני זכויות האדם וכל המתנגדים להמשך התפיסה הלוחמתית הישראלית ביהודה ושומרון נתפסים מיד כ"שייכים" לצד השני.<sup>101</sup> כל פעילות משותפת של ישראלים ופלסטינים נחשבת לשתוף פעולה עם האויב, והמשתתפים בה נחשבים לבוגדים.<sup>102</sup> פילק מציין זאת כך:

"בממד הסימבולי, המסר המרכזי של נתניהו ושותפיו בנוי על שרשרת שקילות שעל פיה דאע"ש=איראן=חיזבאללה=חמאס=פתח והרשות הפלסטינית=הפלסטינים אזרחי ישראל=השמאל, ומול שרשרת שקילות זו נמצא העם 'האמיתי' בהנהגתו של בנימין נתניהו. זוהי הקצנה של תפיסת העם כיחידה אתנו-תרבותית סגורה (ומכאן גם רדיפת מבקשי המקלט

Yonatan Levi & Shai Agmon, *Beyond Culture and Economy: Israel's Security-Driven* 98  
*Populism*, CONTEMP POL. (forthcoming 2021)

Gidron & Hall, לעיל ה"ש 14. 99

Levi & Agmon, לעיל ה"ש 98. 100

ראו: Rogenhofer & Panievsky, לעיל ה"ש 69, בעמ' 1402-1403 (Netanyahu's ethnoreligious) 101  
discourses nurture a dichotomy between an exclusively defined 'Jewish people' and their 'enemies', i.e. Israeli Arabs and their Jewish allies. Like the BJP's condemnation of opponents for alleged affinity with Pakistan, the Likud claims that 'the left loves Arabs', thereby questioning their Jewishness. Netanyahu's political opponents and critics, including the centre-left, human rights NGOs and critical news outlets, are all delegitimized as 'auto-Antisemites'... and 'enemies' of the Jewish people, albeit often being Jewish themselves. Such attempts to monopolize Jewishness and Israeli-ness to the detriment of centrist and left-wing Jews creates new moralized ruptures within (Israeli society)"

דוגמה לכך היא "טקס הזיכרון האטרנטיבי" שעורכות משפחות ישראליות ופלסטיניות, שהישראלים המשתתפים בהם מכונים "בוגדים" ו"עוכרי ישראל". ראו: יואב איתאיל "במקביל לקריאות 'בוגדים' טקס הזיכרון הישראלי פלסטיני התקיים בת"א" וואלה! (7.5.2019) <https://news.walla.co.il/item/3234916>. דוגמה נוספת היא הקמפיין של תנועת "אם תרצו" נגד "הקרן החדשה לישראל", אשר קבע שהקרן החדשה לישראל "נלחמת" לרעת כל מי שהוא "אנחנו" ולטובת כל מי שהוא "נגדנו". ראו: אריק בנדר "אם תרצו נגד הקרן החדשה לישראל: טליה, עשיתם לנו מספיק צרות" מעריב אונליין (4.4.2018) [www.maariv.co.il/news/israel/](http://www.maariv.co.il/news/israel/) Article-630612



ומהגרי העבודה, המוגדרים כ'סרטן', ובעיקר ההסתה נגד אותם 'ערבים שנוהרים בהמוניהם' להצביע). אתנאצנטריזם מדיר זה משתלב עם... צמצום מתמיד של המרחב הדמוקרטי.<sup>103</sup> לאור זאת, צודקים לוי ואגמון בטיעונם שהתמקדות רק ברטוריקה ילידנית (בדגש על שנאת זרים ולאומניות ועל רטוריקה אנטי-ערבית) מחמיצה את תנועת הדה-לגיטימציה נגד יהודים מזרמי השמאל הפוליטי, אפילו המרכזי, אשר – בהתאם להיגיון הפופוליסטי – מובחנים מישראלים יהודיים "אמיתיים" ונתפסים כישראלים יהודיים מושחתים מוסרית או בוגדניים;<sup>104</sup> דה-לגיטימציה זו היא ביטוי למונופוליות על פטריוטיזם.<sup>105</sup>

### 3. ישראל הראשונה והשנייה – השסע האשכנזי-מזרחי

שסע נוסף אשר לפופוליסטים קל להתחבר אליו בישראל הוא השסע האשכנזי-מזרחי. אף שהחשיבות שישראלים מייחסים לו היא פחותה בהרבה מאשר החשיבות המיוחסת לשסע היהודי-ערבי,<sup>106</sup> הרי שורשיו נטועים עמוק בהיסטוריה של התפתחותה של מדינת ישראל. אנו סבורים כי נוכחותו של שסע זה, ובייחוד השורשים ההיסטוריים שלו, אפשרו לתנועה הפופוליסטית הישראלית לקדם עמדה ביקורתית כלפי שורה של מוסדות ישראליים. מבחינה היסטורית שלטה הקבוצה האשכנזית-בורגנית במקדי הכוח המרכזיים של מדינת ישראל, ובכלל זה הפוליטיקה, האקדמיה, התקשורת והכלכלה הישראלית.<sup>107</sup> הקבוצה המזרחית הודרה באמצעות בידול גאוגרפי, תעסוקתי, חינוכי, סמלי ותרבותי. התנועה

103 פילק "פופוליזם", לעיל ה"ש 12, בעמ' 155.

104 Levi & Agmon, לעיל ה"ש 98. הם מציינים שם את הדוגמה הרטורית המובהקת לכך – אמירתו של בנימין נתניהו משנת 1997 כי "השמאל שכח מה זה להיות יהודים". הם מוסיפים כי התגובה של פוליטיקאים מן השמאל היהודי הפוליטי ממחישה עד כמה הדה-לגיטימציה של השמאל הפכה מרכזית בשיח הפוליטי במדינה. כך למשל, בשנת 2017, בהופעה ציבורית של מנהיג השמאל, אבי גבאי, הוא אמר את הדברים הבאים: "כ־97% המצלמה תפסה את כיבי אומר 'השמאל שכח מה זה להיות יהודים'... מה השמאל עשה בתגובה לזה? שכח להיות יהודים". על מרכיב הדת כאסטרטגיה פופוליסטית מדירה של הליכוד, ראו גם: Guy Ben Porat & Dani Filc, *Remember to be Jewish: Religious Populism in Israel, POLITICS & RELIGION* 1 (2020).

105 שם. במונח "מונופוליות של פטריוטיות" הם מפנים לדניאל בר-טל. ראו: Daniel Bar-Tal, *The Monopolization of Patriotism, in PATRIOTISM IN THE LIVES OF INDIVIDUALS AND NATIONS* 246, 250 (Daniel Bar-Tal & Ervin Staub eds., 1997).

106 לפי מדד הדמוקרטיה לשנת 2016, 68% מן הערבים ו-50% מן היהודים העריכו, כי המתח בין יהודים וערבים הוא המתח החזק ביותר בחברה הישראלית. ראו דנה בלאנדר "שסעים ישנים וחדשים בחברה הישראלית – מבט מסקרי דעת קהל" פרלמנט 81 (2018). <https://www.idi.org.il/parliaments/22242/22263>. לפי מדד הדמוקרטיה הישראלית לשנת 2019, רוב היהודים סבורים שמצב המזרחים והאשכנזים דומה בישראל של היום (המכון הישראלי לדמוקרטיה מדד הדמוקרטיה הישראלית 2019) <https://www.idi.org.il/media/13846/the-israeli-democracy-index-2019.pdf> (להלן: מדד הדמוקרטיה הישראלית 2019).

107 מנחם מאוטנר הליברלים בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו 45 (2019) (להלן: מאוטנר הליברלים בישראל).

הפוליטית של הליכוד הפכה לתנועה מכילה המונית, אשר ביקשה להרחיב את הקהילה – ברמה הסמלית – גם למזרחים המודרים.<sup>108</sup> מחקרים מראים כי גם כיום ישנו פער בין העדות השונות בישראל, כך למשל בנוגע לרכישת תואר אקדמי, אם כי פער זה הולך ומצטמצם.<sup>109</sup> לפער ברכישת תואר אקדמי גם השפעה על הצלחה כלכלית.

סעע זה חשוב בכל הנוגע לבית המשפט העליון. בעוד שכיום מערכת בתי המשפט היא מגוונת הרבה יותר,<sup>110</sup> בעבר הייתה האליטה המשפטית – ובייחוד בית המשפט העליון – מורכבת בעיקר מגברים אשכנזיים וחילוניים.<sup>111</sup> כך למשל, מתוך 25 שופטים שמונו לבית המשפט העליון עד חודש ספטמבר 1978 היו 23 ממוצא אשכנזי.<sup>112</sup> למעשה, היו מי שניסו להסביר את עצם עליית כוחו של בית המשפט ואת "האקטיביזם" השיפוטי בניסיון של ההגמוניה האשכנזית לשמור על כוחה.<sup>113</sup> במילים אחרות, יש מי שתופסים את בית המשפט העליון כמוסד המייצג את "ההגמוניה הישנה", את "אליטת שכונת רחביה", שאינה משקפת או מייצגת את הציבור בצורה נאותה, ושמשתמשת בכוחה המשפטי כדי להתגבר על הנחיתות הפוליטית שלה. מדובר, כך נטען, בקבוצה הומוגנית של יהודים אשכנזיים חילוניים וליברליים, אשר גדלו בערים גדולות ומבוססות כלכלית; לפיכך אין בבית המשפט ייצוג נאות לעמדות לאומיות-דתיות, מה שגורם להעדפת ערכים דמוקרטיים-ליברליים על פני ערכים לאומיים-יהודיים.

לפי מדד הדמוקרטיה לשנת 2019, 59% ממצביעי ש"ס, 49.5% מן החרדים ו-40% מן הצעירים בגילאים 18-24 מסכימים עם ההיגד שלפיו האליטה האשכנזית שולטת כיום

108 ראו דני פילק "אנחנו העם (אתם לא!) פופוליזם מכיל ופופוליוזם מדיר בישראל" עיונים בתקומת ישראל 20, 28, 38 (2010) (להלן: פילק "אנחנו העם"). פילק מציין שם, שבשלב מאוחר יותר התחזק בליכוד הרכיב המדיר.

109 Yinon Cohen et al., *Mizrahi-Ashkenazi Educational Gaps in the Third Generation*, 59 RES. SOC. STRATIFICATION & MOBILITY 25 (2019).

110 שם.

111 יצחק זמיר "האליטה המשפטית" המשפט יא 671, 677 (2007).

112 אליקים רובינשטיין שופטי ארץ: לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון בישראל 141 (1980).

113 RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM* 54 (2004) ("As long as Israel's secular Ashkenazi elite remained virtually unchallenged in their control of parliament, they had no reason to undermine their position by delegating power to the judiciary through the entrenchment of rights and the establishment of judicial review... But as Israel's secular Ashkenazi bourgeoisie and its political representatives increasingly lost their grip on Israeli politics, their attitude towards judicial review changed") מאוטנר סבור, כי לאחר ירידת כוחה הפוליטי והתרבותי של תנועת העבודה, בית המשפט העליון שיתף פעולה עם האליטה ההגמונית לשעבר כדי להגן על הערכים הליברליים המערביים המשותפים להם והפך לזירה חשובה לקידום ערכיה של האליטה הפוליטית ההגמונית לשעבר. ראו מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 202-203 (2008).

במדינה.<sup>114</sup> הפערים העדתיים שעליהם הצבענו וההידמות ההיסטורית של האליטה המשפטית להגמוניה האשכנזית-חילונית הישנה הם נוחים במיוחד להתפתחות הפופוליזם. ההבחנה הפופוליסטית שבין "אנחנו" ו"הם" אינה רק על בסיס לאומי או דתי, אלא בנויה גם על אנטגוניזם המבוסס על השדה חברתי-פוליטי. על כן, הדיון בפופוליזם מחייב התייחסות גם בפרספקטיבה חברתית-פסיכולוגית וחברתית-סימבולית רחבה יותר בדבר ההבניה והתפיסה של הגמוניות. השימוש ב"עם" הוא כסמן ריק, המבטא את הצורך להתייחס לאי-שוויון, להדרה ולתת-ייצוג – אמיתי או מדומיין – והמביא לקרמה סובייקט פוליטי המבקש "להשיב" לעם את כוחו או ריבונותו האבודים והטוען לייצוג רצונו האמיתי של העם נגד חסמי כוח אנטי-פופולריים שלכאורה חטפו אותו.<sup>115</sup> אחד מעקרונות הפופוליזם הוא המאבק באליטיזם. מובן שהבעיה המרכזית של הפופוליזם היא כיצד לשמר את המאבק באליטיזם. הרי כל פופוליסט שנבחר לתפקיד הופך – בהגדרה כמעט – לחלק מן האליטה הפוליטית. הפערים העדתיים מאפשרים לפופוליסטים לדגל מעל הדילמה הזו. אפשר בקלות להבנות שיח אנטי-אליטיסטי על גבי פערים עדתיים, אשר יש להם בסיס היסטורי והם תקפים במידה מסוימת גם כיום; וכשהשיח האנטי-אליטיסטי משרת גם את המטרה של החלשת מערכת המשפט, השלטון הפופוליסטי מרוויח פעמיים.

#### 4. קבוצות בעלות עמדה אנטי-ליברלית

ישראל היא דמוקרטיה צעירה יחסית, ואין בה מאות שנים של שלטון דמוקרטי. בחלקים נכבדים של הציבור הישראלי אין תחושה של חשיבות המשטר הדמוקרטי, וחלקים ניכרים בציבור אינם מחויבים כלל לדמוקרטיה ליברלית.<sup>116</sup> לא נוכל במסגרת מאמר זה לעסוק בהרחבה בכלל הקבוצות בישראל וביחסן לדמוקרטיה הליברלית. נתמקד בקבוצה אחת – המגזר החרדי בישראל.

אמנון רובינשטיין הציע הבחנה בין קהילות לא-ליברליות לקהילות אנטי-ליברליות. קהילות לא-ליברליות הן "קהילות הרוצות לשמור את מסורתן, לשונן ואורח חייהן, ותו לא". הן אינן מאורגנות ככוח פוליטי ואינן מפעילות כוח כלפי פרטים המבקשים לסטות ממנהגי הקהילה או לצאת ממנה. לעומת זאת, קהילה אנטי-ליברלית מבקשת ומצליחה "לכפות את הערכים הלא-ליברליים שלה גם על הציבור שאינו מוסיף אליה".<sup>117</sup> החברה החרדית, או למצער זרמים בולטים בה, היא בעלת תפיסה שניתן לכנותה "אנטי-ליברלית" בנוגע להסדרים הכלליים שצריכים לשרור במדינת ישראל.<sup>118</sup> תפיסה זו מתבטאת

114 מרד הדמוקרטיה הישראלית 2019, לעיל ה"ש 106.

115 Yannis Stavrakakis, *Populism and Hegemony*, in THE OXFORD HANDBOOK OF POPULISM, לעיל ה"ש 29, 535, בעמ' 539.

116 ניב רוזנאי "וולדרון בירושלים" פורום עיוני משפט מד 23-26 (התשפ"א).

117 אמנון רובינשטיין "מיעוטים לא-ליברליים ואנטי-ליברליים" משפט ועסקים יט 695, 700 (2016) (להלן: רובינשטיין "מיעוטים לא-ליברליים"). ראו גם: Amnon Rubinstein, *Unashamed*.

*Liberalism – Liberal, Illiberal and Anti-Liberal Minorities*, Pub. L. 270 (2017).

118 רובינשטיין "מיעוטים לא-ליברליים", לעיל ה"ש 117, בעמ' 716-717 ("ברור כי המפלגות החרדיות והדתיות והציבורים המשמעותיים שהן מייצגות אינם מסתפקים בשימור תרבותם,

בשורה של מאפיינים. כך למשל, 64% מן הציבור החרדי סבור, שבנוסחת המדינה ה"יהודית דמוקרטית" בישראל הרכיב הדמוקרטי חזק מדי (לעומת 20% בכלל הציבור היהודי).<sup>119</sup> יותר מ-75% מן החרדים מסכימים או מסכימים מאוד לאמירה, שלפיה "בישראל צריכות להיות לאזרחים היהודים יותר זכויות מאשר לאזרחים הלא יהודים".<sup>120</sup> כ-50% מן הציבור החרדי מתנגד לכך שנשים יהיו בעלות השפעה שווה על קבלת ההחלטות.<sup>121</sup> דוגמה מובהקת לחוסר האמון של החברה החרדית במוסדות הדמוקרטיה הליברלית הוא חוסר האמון של חברה זו בבית המשפט העליון. רוב גדול של הציבור החרדי מגלה חוסר אמון בבית המשפט העליון, ולפסיקותיו אין לגיטימיות בעיניהם. כמעט 90% ממצביעי מפלגת יהדות התורה סבורים, שיש לשלול מבית המשפט העליון את הסמכות לבטל חוקים.<sup>122</sup> במילים אחרות, הם אינם סבורים שלבית המשפט יש לגיטימיות מבחינת היקף הסמכות שלו. 85% מקרב החרדים סבורים שהחלטות שופטי בית המשפט העליון מושפעות מעמדותיהם הפוליטיות.<sup>123</sup> במילים אחרות, הם סבורים שההליך אינו לגיטימי כיוון שהוא מוטה. מונחים כגון "דיקטטורה של בג"צ" שכיחים מאוד בעיתונות החרדית.<sup>124</sup> בנימין בראון מסכם, כי למעשה "החרדים רואים בבית המשפט העליון את אחד מהגורמים המסוכנים ביותר לערכי היהדות".<sup>125</sup> במילים אחרות, בעיני החרדים, בית המשפט אינו פוסק על פי ערכים מוסריים, אלא על פי ערכים בעייתיים.

איננו סבורים שניתן לייחס את חוסר האמון בבית המשפט העליון רק לעובדה שבית המשפט נוטה לפסוק "נגד" העמדה של החברה החרדית.<sup>126</sup> כפי שמציין חיים זיכרמן, נראה שלהתנגשות בין בית המשפט העליון לחברה החרדית חברו גורמי עומק רבים. תפיסת העולם הליברלית, שבית המשפט הוא המקדם העיקרי שלה, מנוגדת ניגוד קוטבי כמעט לתפיסות חרדיות שונות באשר לשאלה כיצד העולם צריך להתנהג.<sup>127</sup>

- 
- ומשתמשים בהשפעתם כדי לממש את שאיפתם לחזק את המימד היהודי-דתי של ישראל, לרבות כפיית נורמות התנהגות דתיות על ציבור חילוני בתחומים מסוימים".
- 119 מדד הדמוקרטיה הישראלית 2019, לעיל ה"ש 106, בעמ' 33.
- 120 "ערכים דמוקרטיים בחברה החרדית" (סקר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020) (טיוטה בידו המחברים).
- 121 שם.
- 122 מדד הדמוקרטיה הישראלית 2019, לעיל ה"ש 106, בעמ' 98.
- 123 שם, בעמ' 12.
- 124 בנימין בראון מדריך לחברה החרדית: אמונות וזרמים 289 (2017).
- 125 שם.
- 126 לסקירת מלוא הפסיקות של בית המשפט אל מול החברה החרדית, ראו חיים זיכרמן "מקרי הבוחן" בג"ץ והחרדים (חיים זיכרמן וגדעון ספיר עורכים, צפוי להתפרסם ב־2021) (טיוטה בידו המחברים).
- 127 לדיון מקיף, ראו חיים זיכרמן "משפט אחד יהיה לכם: העימות המשולש של החברה החרדית עם מערכת המשפט הישראלית" משפט, חברה ותורות – המשפט והחרדים בישראל 37 (יורם מרגליות וחיים זיכרמן עורכים 2018).

החברה החרדית, אם כן, תואמת בתפיסותיה את התפיסה הפופוליסטית, המתנגדת לערכים ליברליים ולמוסדות לא-נבחרים. גם קבוצה זו, ההולכת וגדלה בישראל,<sup>128</sup> מהווה אם כן מקור לתמיכה ניכרת בעמדות פופוליסטיות. חשיבותה של קבוצה זו אינה רק מספרית, אלא נובעת גם מן האפקטיביות של הכוח הפוליטי שלה. את הקהילה החרדית בכנסת מייצגות שתי מפלגות לפחות, אשר היו שותפות בממשלה במרבית השנים מאז שנת 1977.<sup>129</sup> השסע היהודי-ערבי, השסע האשכנזי-מזרחי ועמדות הציבור החרדי הם גורמי רקע סוציולוגיים. יש להם כוח הסבר מסוים באשר לקרקע שעליה צמח הפופולזים הישראלי. שסעים קיימים בכל מדינה, אך השילוב של השסעים ייחודי לחברה בישראל.<sup>130</sup> כפי שפילק כותב,

"המבנה המורכב של האזרחות בישראל... המשלב רמות שונות של הכלה על-פי קווים אתניים ולאומיים, גרם לצמיחתן של תנועות פופוליסטיות המשלבות רכיבים מכילים ומדירים. הדינמיקה המורכבת בין הדרה והכלה קשורה למבנה חברתי שבו יש קבוצות סמי-פריפריאליות (מזרחים, עולי חבר העמים) וקבוצות פריפריאליות (פלסטינים אזרחי ישראל, מהגרי עבודה, פליטים ומבקשי מקלט). מרכזיותם של רכיבים אתנו-לאומיים בזהות היהודית, הסכסוך הלאומי הממושך והמצב הקולוניאלי המתמשך בשטחים הכבושים העמיקו את המאפיינים המדירים של הפופולזים בישראל".<sup>131</sup>

מובן שבכל מדינה שבה עלו משטרים פופוליסטיים יש גורמי רקע חברתיים היכולים להסביר עלייה זו.<sup>132</sup> אך גורמי הרקע לבדם אינם לוכדים את מלוא יכולת ההשפעה של הפופולזים על המשטר בישראל. כפי שנראה בפרק הבא של המאמר, המבנה של שיטת המשטר הישראלית גורם לכך שהפופולזים בישראל יכול להשפיע בקלות יתרה על הדמוקרטיה הישראלית.

## ג. פופולזים ומבנה המשטר בישראל

אנו טוענים כי המבנה של חלוקת הכוח הפוליטי בישראל, כמו גם החולשה המובנית של "החוקה" החלקית הישראלית, מהווים כר נוח להתפתחות הפופולזים, מכיוון שהטענות המרכזיות של הפופולזים "מתלבשות" בייחוד על החולשות של המערכת הפוליטית הישראלית.

128 המגזר החרדי מנה בשנת 2019 12.5% מתושבי מדינת ישראל. מספר זה עשוי לגדול עד כדי 16% עד לשנת 2030 (גלעד מלאך ולי כהנר שנתון החברה החרדית 2019 15 (2019)).

129 רובינשטיין "מיעוטים לא-ליברליים", לעיל ה"ש 117, בעמ' 703.

130 בחרנו שלא להתייחס כאן למתח שבין הציונות הדתית לבין ערכי הליברליזם, מתח שנדון בהרחבה אצל מאוטרן הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 107, בעמ' 209-233. אנו סבורים, שאף שבהכללה ניתן לומר שעמדות הרוב בציונות הדתית מאופיינות בתמיכה בלאומיות ובמתח מול עמדות ליברליות, אין מדובר בגישה פופוליסטית, וודאי שאין הכרח שהציונות הדתית תתמוך בגישה שכזו. חלקים ניכרים בציונות הדתית נוקטים גישה המבקשת להשתלב באליטה הקיימת בתחומי המשפט, העיתונות, האקדמיה והצבא. אכן, עמדתה של הציונות הדתית מאופיינת בשמרנות, וודאי שהיא אינה מקבלת את כל הנחות המוצא הליברליות. אך קשה לראות בציונות הדתית בכללה בסיס לפופולזים.

131 פילק "אנחנו העם", לעיל ה"ש 108, בעמ' 46.

132 לתיאור גורמי הרקע בארצות הברית, למשל, ראו Mounk, לעיל ה"ש 14, בעמ' 133-186.

במילים אחרות, לפופוליזם קל יותר להפעיל את הפרויקט החוקתי שלו בהקשר הישראלי לאור החולשות המבניות שעליהן נצביע. מובן מאליו כי כל מדינה שבה עולה שלטון פופוליסטי צריכה להידון לגופה על פי גורמי הרקע הקונקרטיים הרלוונטיים לה.<sup>133</sup> טענתנו היא כי שילוב ייחודי של גורמי רקע, כפי שתואר לעיל, מעלה מאוד את הסיכון להתחזקות של התנועה הפופוליסטית בישראל, וכי גורמים מבניים מקילים על תנועה שכזו לפעול בישראל.

## 1. הפרדת הרשויות כעקרון יסוד

אין ויכוח כי עקרון הפרדת הרשויות הוא עקרון יסוד של השיטה הדמוקרטית.<sup>134</sup> הרעיון נוסח בצורה המודרנית המוכרת לנו בידי מונטסקיה, וג'יימס מדיסון, מחשובי המנסחים של החוקה האמריקנית, העניק לו מעמד של עקרון יסוד בחוקה האמריקנית. יש כמה טעמים העומדים מאחורי עקרון הפרדת הרשויות, אך דומה שהנימוק החזק ביותר לטובת העיקרון היה נימוק החירות: על מנת להבטיח את חירותו של העם, יש ליצור כמה מוקדי כוח שיתחרו זה בזה.<sup>135</sup> נקודת המוצא של החוקה האמריקנית הייתה דבריו הברורים של מונטסקיה, שכתב כי "הניסיון מראה כי כל אדם המעוניין בכוח, עתיד להשתמש בו לרעה, ולהרחיב את סמכותו עד כמה שיוכל... ולכן נדרש כי כח יבלום כח".<sup>136</sup> במילים אחרות, כפי שכתבו מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס, מה שעמד מאחורי העיקרון של הפרדת הרשויות היה הצורך

133 כך למשל, גורם חשוב שהגביל את התנועה הפופוליסטית הישראלית היה התנגדותו של ראש הממשלה נתניהו לביצוע רפורמות במערכת המשפט. משעה שראש הממשלה החליט מסיבותיו הוא להסיר את התנגדותו לביצוע רפורמות אלו, הסיכוי להעברתן עלה. ראו למשל: "רגב: נתניהו הגן על עצמאות מערכת המשפט מפניי ומפני חבריי" הארץ (17.12.2019) <https://www.haaretz.co.il/news/elections/.premium-1.8284620>; בלם רפורמות במערכת המשפט – עד החקירות נגדו" (כאן רשת ב 25.5.2020) <https://www.kan.org.il/item/?itemid=71632>; חיים לוינסון "נתניהו מגבש חוק שימנע מבג"ץ להתערב בהחלטות של השרים והכנסת" הארץ (13.5.2019) <https://www.haaretz.co.il/news/politi/.premium-1.7225826>.

134 Jeremy Waldron, *Separation of Powers in Thought and Practice*, 54 B.C. L. Rev. 433 (2013). להיסטוריה של התפתחות עקרון הפרדת הרשויות, ראו M. J. C. VILE, *CONSTITUTIONALISM AND THE SEPARATION OF POWERS* (2nd ed. 1998).

135 הניסוח הבהיר ביותר של הנימוק הזה הוצג בידי השופט Brandeis בדעת המיעוט שלו בפסק הדין בעניין Myers v. United States 272 U.S. 52, 293 (1926) ("The doctrine of the separation of powers was adopted by the Convention of 1787, not to promote efficiency but to preclude the exercise of arbitrary power. The purpose was, not to avoid friction, but, by means of the inevitable friction incident to the distribution of the governmental powers among three departments, to save the people from autocracy") Eric Barendt, *Separation of Powers and Constitutional Government*, Pub. L. 599 (Winter 1995).

136 CHARLES DE SECONDAT BARON DE MONTESQUIEU, XI THE SPIRIT OF THE LAW 213-214 (1748).

בביזור הכוח.<sup>137</sup> מובן שהפרדת הרשויות אינה מיועדת רק לשם פיזור שרירותי של הכוח; יש היגיון בחלוקת הסמכויות בין הגופים השונים.<sup>138</sup> אך נקודת המוצא לדיון בדבר הפרדת הרשויות הוא הצורך ביצירת איוונים בין רשויות שונות.

יש להדגיש, כי נקודת מוצא זו איננה קשורה דווקא למידת הייצוגיות או לשאלה אם מדובר במוסד נבחר או ממונה. להפך, עיצובה של תורת הפרדת הרשויות בארצות הברית הגיע כנראה כתגובת נגד לכמה חוקות של מדינות שבהן הופקד הכוח כולו בידי מוסד נבחר אחד. מעצבי החוקה האמריקנית סברו, כי לא משנה אם העריצות מופקדת בידי של עריץ אחד או של גוף המונה שישים עריצים.<sup>139</sup>

במובנה המקורי, אם כן, הפרדת הרשויות נועדה לבזר את הכוח המצוי בידי הרשויות הפוליטיות, שהן הרשויות בעלות החרב והארנק, אותן רשויות שבעניינן עולה החשש האמיתי שישתלטו על משאבים ויגבילו את זכויות האזרח. הרשות השופטת לא נתפסה כבעלת יכולת אמיתית לצבור כוח, שהרי אין לה "לא חרב ולא ארנק". השאלה המרכזית הייתה כיצד להגביל את כוחה של הרשות המבצעת, ומאוחר יותר את כוחה של הרשות המחוקקת.

## 2. הפרדת הרשויות הפוליטיות – מבט השוואתי

עקרון ביזור הכוח הפוליטי הוא עקרון יסוד בכל אחת כמעט משיטות המשטר הדמוקרטי. כמעט כל מדינה דמוקרטית אימצה בחוקתה (הפורמלית או הלא-פורמלית) מנגנונים המביאים לכך שהכוח הפוליטי אינו מרוכז בידי של מוסד נבחר אחד בלבד, אלא הוא מבוזר בין כמה מוסדות. יש להדגיש כי חלוקת כוח זו נעשית בלי קשר לקיומו של בית משפט שיכול להגביל את סמכותה של הרשות המחוקקת.

מדינות שונות, כל אחת לפי אופי משטרה ומסורתה החוקתית, יצרו מנגנונים המבזרים את הכוח הפוליטי. מחקר שערך אחד ממחברי מאמר זה<sup>140</sup> מצא חמישה מנגנונים, פרט לביקורת שיפוטית, שבהם השתמשו מדינות בעולם לשם ביזור הכוח הפוליטי:

(א) **פיצול הרשות המחוקקת (Bicameralism)**. בדמוקרטיות ליברליות רבות הרשות המחוקקת מפוצלת לשני גופים, אשר לעיתים מכונים "בתים".<sup>141</sup> עצם החלוקה לבתים, המלווה לרוב במנגנוני איוון, בלימה ועיכוב, מגבילה את כוחם של המחוקקים הנבחרים.

137 עמיר פוקס ומרדכי קרמיניצר ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון 21-19 (2019).

138 Aileen Kavanaugh, *The Constitutional Separation of Powers*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL LAW 221 (D. Dyzenhaus & M. Thorburn eds., 2016).

139 GORDON S. WOOD, *THE CREATION OF THE AMERICAN REPUBLIC, 1776-1787* 447 (1969).

140 עמיחי כהן פסקת ההתגברות: איוונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט 23-12, 26-34 (2018).

141 ראו באופן כללי: אשר אריאן, דנה בלאנדר ועופר קניג בית מחוקקים נוסף לישראל (המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה, 2002). לתיאור משווה ערכני יותר, ראו: BETTY DREXHAGE, *BICAMERAL LEGISLATURES: AN INTERNATIONAL COMPARISON* (2015). כפי שמציינים המקורות המצויינים לעיל, מובן שהטעם ההיסטורי המרכזי ליצירת שני בתי מחוקקים היה הצורך בבית שייצג את האינטרסים הגאוגרפיים השונים. על כן למשל, כמעט בכל שיטה פדרלית בעולם ישנם שני בתי מחוקקים. באירופה למשל, ישנם שני בתי מחוקקים בכל המדינות הפדרליות



(ב) נשיא בעל סמכויות ביצועיות. השיטה הפרלמנטרית הנהוגה במדינת ישראל, שלפיה הרשות המבצעת מכהנת מכוח האמון שניתן בה בידי הרשות המחוקקת, נהוגה רק בחלק מן הדמוקרטיות בעולם. בחלק אחר של הדמוקרטיות נהוגה שיטה, שבה בראש הרשות המבצעת עומד נשיא הנבחר באופן עצמאי ונפרד מהבחירות לרשות המחוקקת.<sup>142</sup> במדינות אחרות נהוגים משטרים נשיאותיים למחצה, ובהן הנשיא נבחר באופן עצמאי, אך הממשלה צריכה לזכות ברוב ברשות המחוקקת.<sup>143</sup> בחלק ניכר מן המדינות שבהן יש נשיא נבחר, הנשיא יכול להגביל את סמכות החקיקה של הפרלמנט. בשל העובדה שהנשיא נבחר בנפרד מן הבחירות לפרלמנט, ובכל מקרה הוא אינו זקוק לאמונו, בחירות של הנשיא יוצרות מוקד כוח נפרד. ממילא, הן לפרלמנט והן לנשיא יכולות להיות עמדות שונות, והעברת חוקים וקביעת מדיניות דורשות במקרים רבים פשרה ביניהם. אולם מחקרים מראים כי אין בהכרח הבדל גדול בין השיטות. כפי שמציין קורט ווילאנד, מחשובי החוקרים של הפופוליזם בדרום אמריקה ובאירופה, דווקא פרלמנטריזם – כמסגרת מוסדית – חשוף יותר לשינויים של כללים משפטיים מאשר משטרים נשיאותיים, לאור מערכות האיזון והבלאימה החלשות יותר ולאור מספר שחקני הווטו הקטן יותר.<sup>144</sup>

(ג) פדרליזם. מדינות פדרליות מתאפיינות בחלוקת כוח בין הממשל המרכזי לבין היחידות הנמצאות "מתחתיו".<sup>145</sup> חלוקת סמכויות זו, המעוגנת בחוקה, יוצרת מגבלה מובנית על סמכות

---

(שם, בעמ' 6). אך כבר ג'יימס מדיסון סבר ב"הפדרליסט" שיש צורך בשני בתי מחוקקים מבחינה מהותית, ולא רק כייצוג של המדינות המרכיבות את הברית. ראו ג'יימס מדיסון "הפדרליסט מס' 62" בתוך אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט 312, 310 (אהרן אמיר מתרגם, 2001).

142 במחקרו המקיף טוען ארנר לייפהארט, כי למעשה אין כיום אף מדינה מלבד בריטניה הפועלת על פי כל מאפייני שיטת "וסטמינסטר". AREND LUPHART, PATTERNS OF DEMOCRACY: GOVERNMENT FORMS AND PERFORMANCE IN THIRTY-SIX COUNTRIES 26 (2nd ed. 2012). על המיזוג שבין השיטה הנשיאותית לפרלמנטרית, ראו Richard Albert, *The Fusion of Presidentialism and Parliamentary*, 57(3) AM. J. COMP. L. 531 (2009).

143 ראו את מחקרו המוקדם של מוריס דיברז'ה Maurice Duverger, *A New Political System Model: Semi-Presidential Government*, 2(8) EUR. J. POL. RES. 165 (1980) וכן את מחקרו המקיף של רוברט אלגי על משטרים חצי-נשיאותיים: ROBERT ELGIE, SEMI-PRESIDENTIALISM: SUB-TYPES AND DEMOCRATIC PERFORMANCE (2011). למבט השוואתי, ראו Andriy Tyushka, *Semi-Presidential Systems*, MPECCoL (2018), [oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e630](http://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e630).

144 ראו Kurt Weyland, *Populism's Threat to Democracy: Comparative Lessons for the United States*, 18 PERSPECTIVE ON POLITICS 389, 393 (2020). לבחינה אמפירית, ראו José Cheibub, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy* (2007).

145 כמה מן הדמוקרטיות החשובות בעולם הן פדרציות: כך ארצות הברית, גרמניה, קנדה, אוסטרליה, בלגיה ועוד. המדינות בעולם אינן פועלות רק בהתאם לשני המודלים המובהקים – מדינות פדרליות או מדינות אוניטריות ("אחודות") טהורות (כמו ישראל). בין שני המודלים ישנם כמה הסדרי ביניים, שבמסגרתם ניתנות למחוזות זכויות ניכרות. בריטניה היא דוגמה מעניינת, שכן בעבר היא לא פעלה כפדרציה, ובעשורים האחרונים כוחן של היחידות הגאוגרפיות המרכיבות



הרשויות המרכזיות.<sup>146</sup> יתר על כן, פדרליזם יוצר מוקד נוסף של דמוקרטיה רובנית – ברמת המחוז. כך, הממשל המרכזי אינו היחיד היכול לטעון ללגיטימיות רובנית.<sup>147</sup> פדרליזם הוא מקור משמעותי לעמידות חוקתית (constitutional resilience). סופן של המפלגות הדומיננטיות במקסיקו, בהודו ובמלזיה החל כאשר מפלגת השלטון הפסידה ברמת המדינה. באמצעות הגדלת מספר הממשלות הנבחרות באופן דמוקרטי ויצירת רוב פוליטי גדול יותר שבכוחו לבחור ממשלות שונות הפדרליזם מרחיב את האפשרויות לבחירה אלקטורלית. מצב זה מאפשר למפלגות פוליטיות שמפסידות ברמה הלאומית לנצח עדיין ברמה המדינתית באמצעות תמיכתו של רוב פוליטי אחר. זאת ועוד, המדינות הן מקור פוליטי חשוב למפלגות לחיזוק יכולתן להתחרות בפוליטיקה הלאומית. להכשרה ולמומחיות פוליטית הנרכשת ברמה המדינתית בצירוף בסיס התמיכה הפוליטית במדינות יש חשיבות רבה בפוליטיקה הלאומית.<sup>148</sup> מבנה זה מהווה מחסום משמעותי מפני פופולזים, המבוסס על ההנחה שהעם מדבר בקול אחד.

(ד) שיטת בחירות אזורית. בשיטת בחירות אזורית הנציגים נבחרים בידי תושבי אזור מסוים. יש מקרים שבהם לכל אזור נציג אחד, ובמקרים אחרים המדינה מחולקת לכמה אזורים, שמכל אחד מהם נבחרים כמה נציגים יחסית לגודל האוכלוסייה שבאותו אזור.<sup>149</sup> נבחרי האזור משמשים הן חברים במפלגה כלל-ארצית והן נציגי האזור. לענייננו ההשפעה העיקרית של שיטת בחירות אזורית היא ביצירת מקור כוח נוסף בפרלמנט, משני טעמים עיקריים: הצורך של הנציגים להתחשב בנעשה באזור הבחירה שלהם והלגיטימציה שיש להם להביע עמדה שונה מן העמדה המפלגתית המרכזית, בהסתמך על הייחוד של האזור שלהם.<sup>150</sup> (ה) גופים בינלאומיים. סמכות קבלת ההחלטות של מדינות דמוקרטיות רבות מוגבלת בידי ארגונים בינלאומיים אזוריים שלהם סמכות קבלת החלטות גם בניגוד לעמדת המדינה.<sup>151</sup>

אותה – צפון אירלנד, סקוטלנד ולאחרונה אפילו ויילס – הולך וגדל. ספרד היא דוגמה נוספת למדינה שמאמצת רכיבים פדרליים מובהקים.

.STEFAN VOIGT, CONSTITUTIONAL ECONOMICS: A PRIMER 65 (2020) 146

147 ראו LJPHART, לעיל ה"ש 142, בעמ' 174.

148 Sujit Choudhry, *How to Save a Constitutional Democracy: A Comment by Sujit Choudhry*, VERFBLOG (March 10, 2019), [verfassungsblog.de/how-to-save-a-constitutional-democracy-a-comment-by-sujit-choudhry/](http://verfassungsblog.de/how-to-save-a-constitutional-democracy-a-comment-by-sujit-choudhry/)

149 לדיון כללי בשיטות בחירות אזוריות אל מול יחסיות, ראו ניר אטמור שיטות לבחירת בתי נבחרים דמוקרטיים (2010).

150 לעניין האחריות של נציג כלפי תושבי האזור שממנו הוא נבחר, ראו שם, בעמ' 26. כך למשל, בארצות הברית תמכה נציגה רפובליקנית במדינה ליברלית יחסית ברפורמת הבריאות של אובמה, וסנטור דמוקרטי ממדינת מערב וירג'יניה הדרומית הצביע בעד מינויו של השופט קבנו, מועמדו של הנשיא טראמפ, לבית המשפט העליון. להרחבה על בעיית האחריות בהיעדר אלמנט אזורי, ראו גם את מאמרו של מתן גוטמן "המדינה הקואליציונית: 'חותמת הגומי' ו'להקת המעורדות' – על רמיסת הכנסת על ידי הממשלה" (טרם פורסם, עותק אצל המחברים) (להלן: גוטמן "המדינה הקואליציונית").

151 כל מדינות העולם חתומות על הסכמים ועל אמנות בינלאומיות, אך בדרך כלל מדינות המצטרפות להסכמים אלו אינן מוותרות על סמכות קבלת ההחלטות שלהן מעבר לאמור במפורש בהסכם

בעניין זה יש לשים לב בעיקר לשני סוגים של ארגונים. סוג אחד הוא האיחוד האירופי, המכפיף את עשרים ושבע המדינות החברות בו לשורה ארוכה מאוד של כללים שהוא קובע בכל תחום של חיי המדינה.<sup>152</sup> רק לשם ההמחשה, חוק מועצת אירופה דורש בסעיף 3 מכל מדינה החברה במועצה "לקבל את העקרונות בדבר שלטון החוק ובדבר הענקת זכויות אדם וחירויות יסוד לכל אדם הנמצא בתחום שיפוטה", ואף מוסיף בסעיף 8 כי כל מדינה החברה במועצת אירופה שהפרה את סעיף 3 בצורה חמורה עשויה להיות מושעת.<sup>153</sup> סעיף 7 לאמנה בדבר האיחוד האירופי מאפשר להשעות זכויות של מדינה חברה אשר הפרה בצורה חמורה ומתמשכת את ערכי האיחוד האירופי המפורטים בסעיף 2, שהם כבוד האדם, החירות, הדמוקרטיה, השוויון, שלטון החוק וזכויות האדם, לרבות זכויות מיעוטים.<sup>154</sup> בעקבות השינויים המשפטיים והחוקתיים שהתרחשו בהונגריה החל משנת 2010, ואשר הפכו את הונגריה מדמוקרטיה ליברלית למדינה שאינה ליברלית, הביע הפרלמנט האירופי את דאגתו בדבר הלימתם של שינויים אלה לערכי האיחוד האירופי. בחודש ספטמבר 2018 קיבל הפרלמנט האירופי החלטה בדבר קיומה של סכנה מיידית להפרה חמורה מידי הונגריה של הערכים שהאיחוד האירופי מבוסס עליהם, ופתח לראשונה בהליכים מכוח סעיף 7 לאמנה בדבר האיחוד האירופי.<sup>155</sup>

הסוג השני של ארגונים הוא בתי דין אזוריים לזכויות אדם, ובייחוד בית הדין האירופי לזכויות אדם ובית הדין האמריקני לזכויות אדם, אשר יש להם השפעה ניכרת על התנהלות של מדינות דמוקרטיות רבות בתחום זכויות האדם.<sup>156</sup> אנו מתמקדים כאן בבתי דין אזוריים

הבינלאומי. מאז תום מלחמת העולם השנייה כמעט כל מדינות העולם מוגבלות בידי מועצת הביטחון של האו"ם, אשר לה הסמכות לחייב את המדינות להימנע מפעולות מסוימות המאיימות על השלום ועל הביטחון בעולם. אך ההתערבות של מועצת הביטחון בפעולות בתוך המדינה, ודאי שבתוך מדינה דמוקרטית, היא מינימלית. דוגמה דומה לארגון בינלאומי שיש לו פוטנציאל להשפעה מסוימת הוא בית הדין הפלילי הבינלאומי (International Criminal Court). אך גם כאן המעורבות של בית דין זה בהתנהלות של מדינות דמוקרטיות היא מינימלית ביותר. כזכור, ענייננו המרכזי במאמר זה הוא פעילותן של מדינות דמוקרטיות.

152 ראו למשל, Towards a Federal Europe (Alexander H. Trechsel ed., 2013); Robert Schütze, FROM INTERNATIONAL TO FEDERAL MARKET: THE CHANGING STRUCTURE OF EUROPEAN LAW (2017).

153 Statute of the Council of Europe 1949, 87 U.N.T.S. 103, E.T.S. 1  
154 Consolidated Version of the Treaty on European Union, O.J. C 326, 19-20 (Oct. 26, 2012).

155 European Parliament Res. on a Proposal Calling on the Council to Determine, Pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the Existence of a Clear Risk of a Serious Breach by Hungary of the Values on Which the Union is Founded, Eur. Parl. Doc. 2017/2131(INL) (Sep. 12, 2018).

156 על ההשפעה של אמנות ושל בתי משפט על-לאומיים על הדין החוקתי הפנימי, ראו יניב רוזנאי "משפט על-לאומי, גלובליזציה והסמכות המכוננת – ראשית עיון ומגמות השוואתיות" משפט וממשל כב 1 (2021). ראו גם Øyvind Stiansen, *Delayed But Not Derailed: Legislative Compliance with European Court of Human Rights Judgments*, 23(8) INT'L J. HUM. RTS. 1221 (2019).

בעלי סמכות שיפוט, שכן המדינות ככלל מחויבות לציית לפסיקותיהם, מה שמקנה לגופים אלו חשיבות גדולה כגורם בולט או מאזן לעומת חברות באמנות בלי סמכות שיפוט.<sup>157</sup> ההבדלים שבין המבנים הפוליטיים אשר נסקרו כאן אינם קוסמטיים. יש להם השלכות חשובות הנוגעות לשאלה כיצד הדמוקרטיה מתפקדת, קולותיהם של מי מובאים בחשבון ומיוצגים בצורה טובה, כיצד החלטות מתקבלות, מה היחס שבין הכרעה רובנית וזכויות מיעוט והיכולת של הממשל לפעול בצורה יעילה.<sup>158</sup> למעשה, מגוון המגבלות האמור הוא מחסום משמעותי מפני ריכוז הכוח, שהוא מרכיב חשוב במשטר הפופוליסטי. כך למשל, ווילאנד קובע, כי שיטה פרלמנטרית שבה בית אחד וגמישות חוקתית חשופה יותר להשתלטות פופוליסטית. הונגריה למשל, שבה משטר פרלמנטרי ובית מחוקקים אחד שהוא בעל סמכות לשנות את החוקה, ללא חלוקה פדרלית, הייתה מגרש נוח להשתלטות פופוליסטית. בשל כך ווילאנד סבור, כי הסכנה להשתלטות פופוליסטית על ארצות הברית נמוכה יחסית. כוחו של הנשיא טראמפ לפעול הוגבל בידי המבנה החוקתי הקשיח, שני בתי מחוקקים וחלוקת הכוחות הפדרלית שבארצות הברית.<sup>159</sup> בדומה לכך, בעת משבר הקורונה, כאשר נשיא ברזיל בולסנרו התעלם ממחלת הקורונה, היו אלו מושלי המחוזות בברזיל והרשות המחוקקת שאיחדו כוחות על מנת לנווט את המאבק בקורונה.<sup>160</sup> לעומת זאת, חלק מהליך הפיכתה של

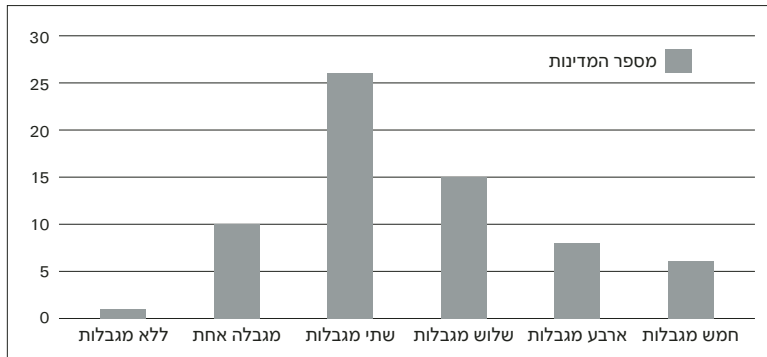
157 כרוגמה, ראו למשל את החלטת בית המשפט האירופי לזכויות אדם מיום 22 בדצמבר 2020 בעניין Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2), App. No. 14305/17 (Dec. 22, 2020), hudoc.echr. coe.int/spa?i=001-187961. פרשה זו עסקה במעצרו של חבר הפרלמנט הטורקי דמירטאש, לאחר חסינותו הפרלמנטרית וחסינותם של חברי פרלמנט נוספים בוטלה באמצעות תיקון לחוקה בשנת 2016. בית המשפט האירופי מצטט שם בהסכמה את חוות הדעת של ועדת ונציה, שלפיה התיקון החוקתי החד-פעמי ואד הומינם מהווה "שימוש לרעה" בהליך התיקון החוקתי, וקובע כי אכן מדובר בשימוש לרעה בהליך התיקון החוקתי. בית המשפט מציין גם, כי כבר קבע בעבר ששינויים חוקתיים המכוונים כלפי אישים ספציפיים מנוגדים לשלטון החוק, תוך הפניה לפסיקתו בעניין הרחת נשיא בית המשפט העליון בהונגריה בפרשת Baka v. Hungary [GC], no. 20261/12, § 117 (June 23, 2016). על פרשה זו, ראו David Kosar & Katarína Šípulová, *The Strasbourg Court Meets Abusive Constitutionalism: Baka v. Hungary and the Rule of Law*, 10 HAGUE J. RULE OF LAW 83 (2018). בית המשפט האירופי קבע, כי היות שמדובר בשינוי פרסונלי לנסיבות אד הוק שאותן לא היה אפשר לצפות, הפגיעה בחופש הביטוי של העותר אינה יכולה להיחשב כאילו נעשתה "בחוק או לפיו" ("prescribed by law") במובן זה שהיא אינה עומדת בדרישת הצפיפות (foreseeability) ולכן אסורה. על פסק הדין, ראו Başak Çalı, *The Whole Is More than the Sum of its Parts: The Demirtaş v Turkey (No 2) Grand Chamber Judgment of the ECtHR*, VERFBLOG (Dec. 24, 2020), <https://bit.ly/3sNxnHQ>.

158 RICHARD A. CLUCAS & MELODY ELLIS VALDINI, *THE CHARACTER OF לניתוח כללי, DEMOCRACY – HOW INSTITUTIONS SHAPE POLITICS* (2015).

159 Weyland, לעיל ה"ש 144, בעמ' 389.

160 Emilio Peluso Neder Meyer & Thomas Bustamante, *Authoritarianism Without Emergency Powers: Brazil Under COVID-19*, VERFASSUNGSBLOG (Apr. 3, 2020).

הורו לדמוקרטיה פופוליסטית קשור לריכוז הכוח השלטוני בידי הרשות המבצעת המרכזית ולהחלשת מדינות המחוז והרשות המחוקקת והשופטת.<sup>161</sup> כדי להבין את היקף המגבלות הפוליטיות על סמכות קבלת ההחלטות של המדינה נסקרו 66 מדינות שדורגו בידי הארגון Freedom House כ"מדינות חופשיות", כלומר דמוקרטיות.<sup>162</sup> בכל מדינה נבדק אם מתקיימות אחת או יותר מן ההגבלות שמנינו: פיצול בית המחוקקים, נשיא, פדרליזם, בחירות אזוריות, ארגון בינלאומי כלכלי חזק, או חברות באמנה לזכויות אדם שלשם שמירתה הוקם בית משפט.



### תרשים 1: מגבלות פוליטיות על סמכות החקיקה במדינות דמוקרטיות

התמונה העולה מהגרף היא ברורה לחלוטין. בשש מדינות קיימות חמש מן המגבלות. ב-26 מדינות קיימות שתי מגבלות. רק במדינה אחת – ישראל – אין כל מגבלה פוליטית מבנית, פנימית או חיצונית על הרשות המחוקקת.

### 3. המצב בישראל

ישראל היא ייחודית בהיעדר מגבלות על סמכויות החקיקה של הכנסת. למעשה, השליטה בכנסת היא בידי "גרעין השליטה" של הקואליציה, השולטת הן בכנסת והן בממשלה.<sup>163</sup> גרעין

161 Khosla & Vaishnav, לעיל ה"ש 63.

162 מדד Freedom House כולל 88 מדינות המדורגות כמדינות חופשיות, אלא שכרבע מהן (22) הן מדינות קטנות מאוד. מדינות אלה מתחלקות לשלוש קבוצות: מדינות איים באוקיינוס השקט, מדינות איים באזור הקריבי ונסיכויות לשעבר ששמרו על עצמאות – ולו פורמלית – באירופה. הן הוצאו מהמחקר משתי סיבות. ראשית, אף שהן מוגדרות מדינות במובן פורמלי, בפועל הן אינן יחידות פוליטיות עצמאיות לגמרי בכל המובנים. כך למשל העבירו מונקו וליכטנשטיין את סמכות ניהול יחסי החוץ שלהן למדינות "הגדולות" שלידן. שנית, מספרם הקטן של התושבים (במחקר לא נכללו מדינות שיש בהן פחות מ-250 אלף תושבים) מחייב צמצום נרחב בהיקף הממשלה כפונקציה של עלותה הישירה. ברור שמדינה קטנה אינה יכולה לשאת על גבה מחיר גבוה מדי של ממשלה. ממילא המבנה המשטרי של מדינות אלו משקף את היקף המשאבים המוגבל שהן יכולות להקדיש לממשל, ולא תפיסה חוקתית מעמיקה.

163 מתן גוטמן תיאיר זאת כשליטה של הממשלה בכנסת. ראו מתן גוטמן יחסי הגומלין בין הכנסת לממשלה, והחוקה המנהלית המוסדית (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה",

שליטה זה מורכב מקבוצה קטנה מאוד של מקבלי החלטות העומדים בראש מפלגות. גרעין שליטה זה מחזיק במשרות החשובות בממשלה, וכן מפעיל שליטה בכנסת באמצעות כמה מנגנונים עיקריים:

(א) **ועדת השרים לענייני חקיקה.** זהו מנגנון קבלת החלטות ממשלתי, אשר למעשה מאפשר לגרעין השליטה הקואליציוני להטיל וטו על כל חקיקה בכנסת כמעט, ואשר הופך את הכנסת, כדבריהם של עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר, ל"סוכנות החקיקה של הממשלה"<sup>164</sup>.  
 (ב) **חוק ההסדרים.** מאז שנת 1985 מלווה את התקציב השנתי חוק שהממשלה מביאה לאישור הכנסת בכל שנה לצד חוק התקציב, המאגד תיקוני חקיקה רבים שהממשלה רואה צורך באישורם בכנסת כדי ליישם את מדיניותה ואת תוכניותיה הכלכליות. חוק ההסדרים נבדל מחקיקה אחרת בכך שהוא מקבץ חוקים ותיקוני חקיקה בנושאים שונים, ועל אף שהוא כולל לעיתים רפורמות משקיות מרחיקות לכת (גם כאלו שאינן הכרחיות להעברת התקציב), הוא מתקבל בהליך מזורז יחסית. לכן יש מי שטוענים, כי "הליך חקיקתו של חוק ההסדרים מפקיע את הסמכות לחוקק חוקים מחברי הכנסת, ומעביר אותה לקבוצה שלא נבחרה על-ידי הבוחר הישראלי, ואשר פועלת ללא שום פיקוח וביקורת תוך יצירת 'גירעון דמוקרטי' בדמוקרטיה הישראלית"<sup>165</sup>.

(ג) **משמעת קואליציונית.** בהתבוננות בהסכמים הקואליציוניים ובקווי היסוד של הממשלות מאז קום המדינה ועד לימינו אפשר להבחין בשינוי שחל בכל הנוגע להגבלת חופש הפעולה של חברי הכנסת מקרב סיעות הקואליציה. במשך השנים, ובייחוד מאז אמצע שנות התשעים של המאה הקודמת, ההסכמים הקואליציוניים מטילים מגבלות של ממש על הפעילות הפרלמנטרית של חברי הקואליציה, ומכפיפים את חופש הפעולה שלהם להסכמה של מנגנון המכונה "הנהלת הקואליציה", המורכב מנציגי סיעות הקואליציה.<sup>166</sup>

---

אוניברסיטת בר-אילן, התשע"ט). לדעתנו תיאור זה, שאומץ גם בידי אחרים, כך למשל בידי פוקס וקרמניצר, לעיל ה"ש 137, בעמ' 75-76, אינו לוכד את העוצמה של ריכוז הכוח בישראל בידי קבוצה מצומצמת של פוליטיקאים העומדים בראש מפלגות, ואשר מידת הביקורת עליהם בידי מוסדות פנים-מפלגתיים או חוץ-מפלגתיים היא קטנה ביותר. המונח "גרעין השליטה הקואליציוני" מתאר בצורה מדויקת יותר את המציאות הזו. לדיון בשליטת הממשלה בכנסת, ראו גם Yaniv Roznai & Liana Volach, *Law Reform in Israel*, 6(2) THEORY & PRAC. LEG. (2018) 291-320; גיל ברניגר "הממשלה המחוקקת" השילוח 18, 93 (2020).

164 פוקס וקרמניצר, לעיל ה"ש 137 בעמ' 75-76. פוקס וקרמניצר מביאים נתונים שלפיהם בכנסת ה-20, 77% מהצעות החוק שאושרו בוועדת השרים לענייני חקיקה הפכו לחוקים, לעומת 3% מהצעות החוק הפרטיות (שם בעמ' 77, בה"ש 214).

165 טל גולן "הגירעון הדמוקרטי של חוק ההסדרים ושחיקתה של מדינת-הרווחה הישראלית" **משפט וממשל** יא 247, 250 (2007). ראו גם: דוד נחמיאס וערן קליין **חוק ההסדרים: בין כלכלה לפוליטיקה** 19-21 (המכון הישראלי לדמוקרטיה – נייר עמדה, 1999).

166 מתן גוטמן "שליטתה של הממשלה על הכנסת והסכם קואליציוני כשריון חוקתי" **ICON-S-IL Blog** (30.4.2019) <https://bit.ly/3aE3Zxg>.

(ד) מינוי יושבי ראש של ועדות. זהו מנגנון המאפשר לגרעין השליטה הקואליציוני לשלוט בהליכים בכנסת באמצעות יושבי ראש של ועדות שהם נאמנים לראש המפלגה.<sup>167</sup> (ה) שליטה מפלגתית. לצד מפלגות דמוקרטיות, ישנן בישראל מפלגות שבהן ראש המפלגה הוא בעל סמכויות מפלגיות: הוא עומד בראש מוסדותיה השונים של המפלגה, מקבל את ההכרעות החשובות לבדו ומחליט על סדר הרשימה של חברי המפלגה בבחירות ועל התפקידים השונים שיקבלו. רבות מן המפלגות שהוקמו בשנים האחרונות אימצו דגם מפלגתי שכזה, וגם מפלגות דמוקרטיות יותר חיזקו בשנים האחרונות את כוחו של ראש המפלגה על חשבון המוסדות הדמוקרטיים, תוך החלשת עקרונות הייצוגיות והפרדת הרשויות.<sup>168</sup> שילוב של המאפיינים הללו מקנה לגרעין השליטה של הקואליציה כוח רב בממשלה ובכנסת. יש לציין, כי בעבר היו בישראל מנגנונים דמוקרטיים נבחרים שהגבילו את כוחה של הכנסת: מנגנונים כמו ההסתדרות הכללית,<sup>169</sup> המפלגות האידאולוגיות המגוונות<sup>170</sup> ואף הקואליציה עצמה. אך מנגנונים אלו נחלשו עם השנים, וממילא יכולתם להגביל את

167 לאחרונה נתקלנו בתופעה ייחודית של יושבת ראש ועדה שאינה נשמעת לתכתיבי הקואליציה. חברת הכנסת יפעת שאשא-ביטון ניצלה את המצב הייחודי שנכפה על הכנסת עקב הקמת ממשלת האחדות בשנת 2020, ולא אישרה את הוראות הממשלה בנוגע למגבלות פתיחת עסקים מסוימים עקב מגפת הקורונה. אלא שמעשיה של חברת הכנסת שאשא-ביטון אינם אלא יוצא מן הכלל המעיד על הכלל. ראו למשל, שלמה פיוטרקובסקי "שאשא-ביטון גיבורה בע"מ" מקור ראשון (27.7.2020) <https://www.makorishon.co.il/opinion/250947/> ("מפגן עצמאות כמו זה שהפגינה השבוע ועדת הקורונה בראשותה של ח"כ יפעת שאשא-ביטון מזמן לא נראה בכנסת. ראשי ועדות הכנסת מטעם הקואליציה מעולם לא תפקדו ככובות, אולם בדרך כלל, לפחות בנושאים כבדי משקל, לא התקבלה אצלם החלטה חשובה בלי הגעה להסכמה בין חברי הכנסת ובין הממשלה והשרים. מטבע הדברים, הבעיה צצה כמובן היכן שאין מצליחים להגיע להסכמות, ובשנים האחרונות נוצרה אצל מקצת משרי הממשלה תפיסה מעוותת שלפיה חברי הכנסת של הקואליציה עובדים אצל הממשלה... תפיסת העולם הזאת, שקנתה לה שביתה בעיקר אצל שרי הליכוד, היא שיאו של תהליך שנמשך שנים אך התעצם מאוד בעשור האחרון. ההסכמים הקואליציוניים הכפיפו את חברי הכנסת של הקואליציה להחלטותיהם של פורומים ממשלתיים, ובראשם ועדת השרים לענייני חקיקה. בד בבד השתנתה ברירת המחדל של התנהלות חברי הכנסת: ממצב שבו הכלל הוא הצבעה חופשית והחריג הוא הטלת משמעת סיעתית או קואליציונית, עברה הכנסת להתנהלות תחת משמעת הצבעות, שבה חופש הצבעה הוא המצב החריג... לכן יש משהו משמח בהכרזת העצמאות הפרלמנטרית של יו"ר ועדת הקורונה. סוף-סוף יש פה כנסת עצמאית שיוודעת לעמוד על שלה ומייצגת את העם מול הרשות המבצעת בלי מורא").

168 מורן קנרלשטיין-היינה המעמד החוקתי של ראש הממשלה במשטרים פרלמנטריים פרק ה (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראילן, 2020).

169 כך למשל, במסגרת התוכנית הכלכלית ליציאה מן המשבר הכלכלי של שנות השמונים הייתה הממשלה צריכה להגיע להסכם עם ההסתדרות באשר לתוכנית הייצוג הכלכלית. ראו שאול אמסטרדמסקי "24 השעות ששינו לנו את החיים" כלכליסט (30.6.2015). [newmedia.calcalist.co.il/30years/index.html](http://newmedia.calcalist.co.il/30years/index.html)

170 כך למשל, במפלגת הליכוד בראשית שנות התשעים הייתה קבוצת שרים שכוננו "החישוקאים", אשר ביקשו להגביל את יכולת התמרון של ראש הממשלה ויושב ראש הליכוד יצחק שמיר

השלטון נחלשה מאוד; מרגע שמנהיג המפלגה הסכים למדיניות מסוימת, נדיר מאוד שמישהו ממפלגתו יחלוק עליו.

אפשר להשוות זאת למצב בארצות הברית. בארצות הברית, נוסף לבחירות לנשיאות הנערכות אחת לארבע שנים, נערכות בחירות לבית הנבחרים ככל שנתיים וכן בחירות לסנאט, שחבריו נבחרים לתקופה של שש שנים. על מנת שעמדה מסוימת תוכל לשלוט בכל המוסדות הנבחרים עליה לנצח במערכת בחירות לשלושה מוסדות. גם אם מפלגה אחת מצליחה להשתלט על שלושת המוסדות הנבחרים, עדיין כוחה מוגבל מאוד, שכן כוח רב עודנו מצוי בידי המדינות, שחלק גדול מהן נשלט בידי המפלגה האחרת; כמעט בלתי אפשרי למפלגה אחת ליצור רוב בכל מוקדי השליטה החשובים.

בתוך גרעין השליטה הקואליציוני יש חשיבות מיוחדת לראש הממשלה, אשר לו מוענקות בתקנון הממשלה סמכויות רבות המקנות לו שליטה מלאה כמעט על הליכי קבלת ההחלטות בממשלה ובוועדותיה. לצד הסמכות לקבוע את סדר היום, נתונות בידי הסמכות להורות ליושב ראש ועדת שרים למנוע דיון או קבלת החלטה מסוימת בוועדות שרים והסמכות לעכב ביצוע החלטה של ועדות שרים בעורר.<sup>171</sup> מובן שהשליטה בהליך ובסדר היום מאפשרת לראש הממשלה להשפיע גם על המהות ועל תוכן של החלטות הממשלה.<sup>172</sup> אך מעבר לסמכויות שנתונות לו בתקנות הממשלה, התרבות הפוליטית והמסורת של מוסד ראש הממשלה בישראל – בין היתר לאור השליטה המרכזית בהחלטות בתחום הביטחון – התפתחה בצורה שמעניקה בידי כוח רב, אף שמבחינה חוקתית פורמלית נותרה האחריות משותפת.<sup>173</sup> לעובדה שיש בישראל רק מוסד נבחר אחד, הנשלט בידי קבוצה קטנה, משמעות גדולה מאוד מבחינת גגיעותה של ישראל להשתלטות פופוליסטית. הפופוליזם כאידאולוגיה מבוסס על הטענה שלפיה התנועה הפופוליסטית והמנהיג הפופוליסט הם המייצגים האמיתיים של העם האורגני. היות שהעם אינו "מדבר בקול אחד", תפיסה זו נשענת ברוב המקרים על טענת "הרוכב" – "the winner takes it all". כיוון שכך קבע הרוב, הרי זהו הייצוג הנכון של עמדת העם.<sup>174</sup> שיטה משטרית כפי שישנה בישראל, שיש בה רק מוסד אחד "נבחר", משמעה שהפופוליסטים יכולים לטעון את הטענה הזו ביתר קלות, כיוון שיש רק מערכת בחירות אחת שעליהם לנצח. ברגע שניצחו את מערכת הבחירות הזו, הם שולטים במוסד היחיד החשוב בעיניהם – הכנסת. רק בידי הפופוליסטים ישנה "לגיטימציה הבחירות בידי העם", שהיא הלגיטימציה היחידה החשובה בעיניהם.

טיעון מרכזי נגדי הוא שבניגוד למדינות רבות אחרות, השיטה הרב-מפלגתית בישראל, שבה הממשלה מורכבת מקואליציה של מספר רב של מפלגות, משמשת גורם מרסן לפופוליזם.<sup>175</sup>

במשא ומתן במסגרת תהליך מדריד. ראו צבי לביא "כמו בימים הטובים?" גלובס (19.8.2004) [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=825895](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=825895)

171 קנדלשטיין-היינה, לעיל ה"ש 168, בעמ' 26.

172 שם, בעמ' 162-163.

173 שם, בעמ' 167-169.

174 Wolfgang Merkel & Felix Scholl, *Illiberalism, Populism and Democracy in East and West*, 25(1) POLITOLOGICKÝ ČASOPIS – CZE. J. POL. SCI. 28, 38 (2018)

175 ראו למשל Simona Weinglass, *Israel's Coalition System is Crucial Check on Netanyahu's Populism, Expert Says*, THE TIMES OF ISRAEL (Mar. 5, 2019), [www.timesofisrael.com/](http://www.timesofisrael.com/)



טיעון זה נחלש כאשר מדובר בקואליציה הומוגנית יחסית מבחינת הרכבה, אך חשוב יותר – לא בטוח שההרכב הקואליציוני יהיה בהכרח גורם מאזן ולא גורם שמביא להקצנה; הרבר תלוי בשותפות הקואליציוניות. לא ברור כלל שמפלגות "לשון המאזניים" מן הצד הימני של המפה הפוליטית או המפלגות החרדיות, שהן בעלות תפיסה שכינינו "אנטי-ליברלית", ישמשו גורם ממתן; ייתכן שדווקא להפך – מפלגות אלו, שגורל הקואליציה בידן, יהיו הגורם שידחוף לשחיקת הדמוקרטיה.<sup>176</sup>

בהקשר זה חשוב לשוב ולהדגיש את מעמדו ואת סמכויותיו של ראש הממשלה, בייחוד לאור היעדר הגבלת כהונה. בהינתן ההתחזקות של ראשי ממשלה, כהונתם הארוכה של ראשי ממשלה בעלי נטיות אוטוריטריות כמו הון סן בקמבודיה וויקטור אורבן בהונגריה והליכי "הנשיאותיזציה" של שיטות פרלמנטריות מן העת האחרונה, התעוררה בספרות השאלה אם לא ראוי להגביל את משך כהונה של ראשי ממשלה בדומה להגבלה המקובלת על כהונות נשיאותיות.<sup>177</sup> מבחינה דמוקרטית רעיון זה של הגבלת כהונה הוא חשוב, שכן מחקרים מראים שלראשי ממשלה מכהנים – כמו לנשיאים – יש יתרון מובנה בבחירות (לאור ההטיה של "incumbency advantage"). כמו לנשיאים, גם ראשי ממשלה משתמשים במשרדם ובסמכויותיהם כדי להישאר בתפקיד וכדי לחזק את כוחם. לכן, לאור הקושי להדיחם מתפקיד או להחליפם בבחירות, אין הברל משמעותי בעניינים אלו בין משטרים נשיאותיים ומשטרים שבראשם עומד ראש ממשלה.<sup>178</sup> כפי שלנדאו תיאר לאחורונה, מאפיין מרכזי של משטרים פופוליסטיים הוא מידת הפרסונליזם הגבוהה שלהם. המשטר הוא ריכוזי מאוד בנוגע למנהיג, והקשר הכריזמטי שבין המנהיג לתומכיו הוא חשוב ביותר. אפילו המשטרים הפופוליסטיים שנמצאים במערכות הפרלמנטריות הם פרסונליים באופיים. פרסונליזם זה, לנדאו טוען, מתקיים גם כאשר לפופוליסטים במשטרים פרלמנטריים במקומות שונים בעולם, לרבות בישראל. לנוכח האיום שראשי ממשלה פופוליסטיים מציבים כלפי הדמוקרטיה, אי-הגבלת כהונה עשוי להיות מחדל בעייתי, ויש צורך לחשוב על חידוש מוסדי בתחום זה. הסתמכותה של המערכת הפרלמנטרית על המפלגה, הנחשבת לרוב כסגולה המסייעת לייצב את המערכת הפוליטית, עשויה במקרה של ראשי ממשלה בעלי שליטה חזקה במפלגה דווקא להעמיק את הנטיות האוטוריטריות.<sup>179</sup>

176 [israels-coalition-system-is-crucial-check-on-netanyahus-populism-expert-says/](https://www.israels-coalition-system-is-crucial-check-on-netanyahus-populism-expert-says/) המצב בישראל הוא של "שלטון מיעוטים", שבו מפלגות קטנות מכתיבות את קבלת ההחלטות בקואליציה ובממשלה ואת עמדתן בנושאים מהותיים, לעיתים על אף התנגדות של רוב חברי הכנסת. ראו אמנון רובינשטיין ואדם וולפסון באין ממשלה: איך לתקן את קלקולי המשטר. 31-40 (2012).

177 Stephen Gardbaum, *The Counter-Playbook: Resisting the Populist Assault on Separation of Powers*, 59(1) COLUM. J. TRANSNAT'L L. 1 (2020).

178 Jose Antonio Cheibub & Alejandro Medina, *The Politics of Presidential Term Limits in Latin America*, in *THE POLITICS OF PRESIDENTIAL TERM LIMITS* 517, 520 (Alexander Baturo & Robert Elgie eds., 2019).

179 Landau, *Personalism*, לעיל ה"ש 9. בעניין הגבלות כהונה במשטרים נשיאותיים והניסיונות לבטלן או להתחמק מהן, ראו Rosalind Dixon & David Landau, *Constitutional End Games: Making Presidential Term Limits Stick*, 71 HASTINGS L.J. 359 (2020); Mila Versteeg



## 4. המבנה החוקתי הישראלי

התוצאה של ריכוז הכוח בידי קבוצה קטנה של בעלי כוח פוליטי היא, כי המגבלה היחידה על סמכות המרוכזת בידי מעטים נתונה בידי בית המשפט.<sup>180</sup> תוצאה זו כשלעצמה משחקת לידי כוחות פופוליסטיים, אך היא עוד מתחזקת לאור העובדה שהמגבלות ה"חוקתיות" המצויות בידי בית המשפט בישראל הן חלשות במיוחד.

במאמר זה לא ניכנס לעצם ההצדקה למגבלות חוקתיות על המשטר הדמוקרטי, שהן שונות ומגוונות.<sup>181</sup> חשוב לציין עם זאת, כי כמעט בכל המדינות הדמוקרטיות בעולם ישנן מגבלות על יכולתה של הרשות המחוקקת לחוקק. למעשה, רק בשתי מדינות דמוקרטיות מבין אלו שנבדקו (בריטניה וניו זילנד) אין מגבלות חוקתיות; בבריטניה ישנן הגבלות פוליטיות פנימיות כפי שצוינו לעיל וכן שייכות לארגון על-לאומי, ובניו זילנד יש בחירות אזוריות למחצה.<sup>182</sup>

אך מובן שעצם קיומה של מגבלה חוקתית אינו מלמד על עוצמת ההגנה החוקתית הניתנת. חוקות העולם נבדלות זו מזו בקשיחותן (עד כמה קל או קשה לשנותן) ובהיקפן (על כמה זכויות הן מגינות). חוקות מוגדרות כנוקשות או כגמישות בהתאם להליך השינוי החוקתי שלהן.<sup>183</sup> חוקות יכולות לכלול קשיחות מוחלטת, כמו למשל בגרמניה, שם אסור לשנות את החוקה באופן שפוגע בכבוד האדם וביסודות הדמוקרטיה, או בצ'כיה, שם אין לשנות את החוקה באופן שפוגע בשלטון החוק במדינה דמוקרטית.<sup>184</sup> הגבלות אלו נועדו להגן הגנה הרמטית על עקרונות היסוד של החוקה ועל זהותה. המגבלות יכולות להיות גם הליכיות; רובן המוחלט של חוקות העולם כוללות מנגנונים נוקשים לשינויים חוקתיים, כגון רוב של שני שלישים לפחות מחברי הפרלמנט, אישור של המדינות בפרוצדורות, אישור במושבי פרלמנט שונים, אישור במשאל עם ועוד.<sup>185</sup> ככל הידוע לנו אין מערכת חוקתית

et al., *The Law and Politics of Presidential Term Limits Evasion*, 120 COLUM. L. REV. 173 (2020).

180 אכן, יש בשיטה הישראלית מוסדות נוספים שבידם סמכות, כגון מוסדות רגולציה, הייעוץ המשפטי לממשלה, השלטון המקומי ועוד. ואולם מוסדות אלו כולם כפופים לכנסת, אשר לה – כמוסד האוחז בלעדית בסמכות המחוקקת והמכוננת – עליונות מוסדית.

181 על היחס ועל המתח שבין דמוקרטיה וחוקתיות, ראו את אסופות המאמרים: CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY (Jon Elster et al. eds., 1988); CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY (Richard Bellamy ed., 2017).

182 ראו גם ניב רוזנאי "חלופות לביקורת שיפוטית, או: 'מה, אנגליה והולנד הן לא דמוקרטיות?'" <https://bit.ly/3xkJaka> (8.8.2020) IDC Law Blog

183 על חוקות נוקשות וגמישות, ראו Yaniv Roznai, *Rigid (Entrenched) / Flexible Constitutions*, in MPEoCCL (Rüdiger Wolfrum et al. eds., 2018).

184 Yaniv Roznai, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017) ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017); שרון וינטל פסקאות נצחיות בחוקה: הסטנדרט הנורמטיבי המחמיר בכינון סדר חוקתי חדש (2005).

185 ריכרד אלברט, CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: MAKING, BREAKING, AND CHANGING CONSTITUTIONS (2019) RICHARD ALBERT, CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: MAKING, BREAKING, AND CHANGING CONSTITUTIONS (2019).

דמוקרטית שבה כל שינוי חוקתי, תהא עוצמתו אשר תהא, מתאפשר באמצעות רוב רגיל בהליך החקיקה הרגיל בפרלמנט. במובן זה החוקה הישראלית היא גמישה בצורה קיצונית.<sup>186</sup> חוקות גמישות מאוד, בניגוד אולי לתפיסות מסורתיות בדבר יציבות חוקתית, מחזיקות מעמד שנים רבות. ואולם אם גמישות זו מוקצנת, היא חותרת תחת הרעיון של חוקתיות כמגבלה על הפוליטיקה הרגילה.<sup>187</sup>

זאת ועוד, אלמנט הקשור לקשיחות הוא מגבלות של זמני המתנה שונים (מגבלות טמפורליות). כך למשל, באיטליה יש להמתין שלושה חודשים לפחות בין דיוני הפרלמנט על תיקון חוקתי טרם קבלתו.<sup>188</sup> המגבלות ההליכיות והטמפורליות נועדו לוודא כי השינוי החוקתי נדון בדיון רציני וכי הוא מבטא רצון עמוק של הציבור והסכמה רחבה, ולא גחמה רגעית של רוב פוליטי שרירותי. הן מבטאות את ההבחנה שבין פוליטיקה יום יומית של אינטרסים צרים וקצרי טווח ובין פוליטיקה חוקתית של אינטרסים רחבים וארוכי טווח.<sup>189</sup> בישראל אין הגבלות מהותיות מפורשות,<sup>190</sup> מגבלות טמפורליות או מגבלות הליכיות על שינויים חוקתיים.<sup>191</sup> אריאל בנדור כתב כבר לפני זמן רב על אודות "הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי היסוד ותיקונם",<sup>192</sup> ולכך יש להוסיף כי גרעין השליטה הקואליציוני השולט בהליך החקיקה מפעיל משמעת קואליציונית גם בחקיקת יסוד.<sup>193</sup> רק בשנת 2020 נערכו תשעה תיקונים לחוקי יסוד, ומאז שנת 2013 התקבלו 28 תיקונים לחוקי יסוד ועוד שלושה חוקי יסוד חדשים,<sup>194</sup> כלומר יותר שינויים חוקתיים מאשר לאורך כל ההיסטוריה

- Suzie Navot, *Israel, in How Constitutions Change – A Comparative Study* 191 (Dawn 186  
Oliver & Carlo Fusaro eds., 2011) (להלן: *Navot, Israel*).
- ZACHARY ELKINS ET AL., *THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS* 82 (2009) 187
- Richard Albert, *Time and Change in Constitutional* Art. 138 *CONSTITUZIONE [Cost.]* (It.) 188  
*Amendment, in TIME, LAW, AND CHANGE – AN INTERDISCIPLINARY STUDY* 67, 72 (Sofia  
Ranchordas & Yaniv Roznai eds., 2020).
- William Partlett & Zim Nwokora, *The Foundations of Democratic Dualism: ראו, למשל,* 189  
*Why Constitutional Politics and Ordinary Politics Are Different*, 26 *CONSTELLATIONS*  
177 (2019).
- לשאלת ההגבלות המהותיות המשתמעות על שינויים חוקתיים בישראל, ראו למשל אהרן ברק  
"תיקון של חוקה שאינו חוקתי" *ספר גבריאל בכך* 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכך  
עורכים 2011).
- להוציא כמה הוראות בודדות הדורשות רוב מיוחד. ראו *Navot, Israel*, לעיל ה"ש 186; סוזי  
נבות "נוקשות חוק היסוד" *הקומנטר על חוק יסוד: הלאום* (צפוי להתפרסם ב-2021).
- אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" *משפט וממשל* ב 443, 444-447 (1994) (להלן:  
בנדור "פגמים").
- ראו אמנון רובינשטיין ויובל גבע "השימוש במשמעת פוליטית בעת כינון חוקי-יסוד" *ICON-*  
*S-IL Blog* (25.3.2020). <https://bit.ly/3vf71jt>
- אנו מודים לניר קוסטי על הנתונים. לסקירה של שינויים חוקתיים (כינון חוקי יסוד ותיקונים  
לחוקי יסוד) לפי כנסות, ראו גם דוח של הכנסת חקיקה בכנסת ה-20 *בראי שבעים שנות*  
*חקיקה במדינת ישראל – נתונים ומגמות* (30.4.2019) <https://main.knesset.gov.il/News/>  
PressReleases/pages/press30.04.19.aspx; וכן עמיר פוקס "השינויים התכופים בחוקי היסוד"  
*המכון הישראלי לדמוקרטיה* (17.1.2021) [www.idi.org.il/articles/33479](http://www.idi.org.il/articles/33479)

האמריקנית.<sup>195</sup> שינויים לחוקי יסוד מתקבלים לעיתים בהליך מזורז של יום וחצי, כפי שהיה למשל במקרה של תיקון מס' 5 לחוק-יסוד: הממשלה בעניין סגן שר, שעבר בכנסת ביום 10 בינואר 2018 בתוך 35 שעות.<sup>196</sup>

אפילו בנושאים הדרמטיים ביותר בחייה של אומה, כמו למשל ההסדר בעניין יציאה למלחמה, שינויים חוקתיים מתבצעים במהרה וללא כל דיון ציבורי או פוליטי ראוי ועמוק. בסוף חודש אפריל 2018 אישרה מליאת הכנסת תיקון לסעיף 40 לחוק-יסוד: הממשלה, הקובע כי לא רק פתיחה במלחמה תבוצע מכוח החלטת ממשלה, אלא גם נקיטת פעולה צבאית משמעותית העלולה להוביל ברמת הסתברות קרובה לוודאי למלחמה תהיה מכוח החלטת ממשלה. התיקון אפשר לממשלה להחליט על אצילת סמכותה זו לוועדת שרים, והוסיף וקבע מניין חברים בקבינט בעת קבלת החלטה בדבר יציאה למלחמה או נקיטת פעולה צבאית משמעותית העלולה להוביל ברמת הסתברות קרובה לוודאי למלחמה. התיקון הוסיף וקבע כי ראש הממשלה ושר הביטחון יכולים לחרוג ממנימום זה במקרים קיצוניים, ובעצם להחליט לבדם על יציאה למלחמה (וייתכן אף שיהיה מדובר באדם אחד בלבד שיחליט על כך). אחד ממחברי מאמר זה תיאר את השינוי בחוק-יסוד: הממשלה בנושא הסמכות להחליט על יציאה למלחמה כך: "התיקון נעשה בחופזה, באופן חלקי בלבד", כאשר חלק מהשינויים נעשו "תוך כדי תנועה, במהלך ההצבעה במליאה" אחרי כמה שעות דיונים.<sup>197</sup> השינוי החוקתי הזניח שאלות דרמטיות כאשר לחיזוק הקבינט ולהסדרת דרכי פעולתו או כאשר לחיזוק המועצה לביטחון לאומי: "כל אלו, הם נושאים משמעותיים מאין כמוהם שלא טופלו במהלך החקיקה החפז, שבו ראינו שינוי חוק יסוד העוסק בחיים ומוות, ללא דיון מעמיק ורציני... הדיון המהותי על שינוי חוק היסוד בתפקיד הכי חשוב של המדינה, יציאה למלחמה, התנהל במשך שלוש שעות ברוטו".<sup>198</sup> אחרי שהתיקון זכה לביקורת פוליטית, אישרה הכנסת בחודש יולי את תיקון מס' 7 לחוק-יסוד: הממשלה אשר ביטל את סעיף 40(א) לחוק-יסוד: הממשלה, סעיף שדרש כאמור מניין בעת קבלת החלטה בדבר יציאה למלחמה, וכן את הסייג המתיר לראש הממשלה ולשר הביטחון לקבל את ההחלטה במניין מצומצם יותר. כלומר, בתוך חודשיים וחצי התקבלו שני שינויים חוקתיים לכלל החוקתי הדרמטי ביותר בחייה של אומה – כלל היציאה למלחמה – בלי דיון ציבורי או מקצועי רציני ומעמיק.

- 195 לחוקה האמריקנית התקבלו 27 תיקונים מאז כניסתה לתוקף. לסקירה מקיפה, ראו: R. Vile, ENCYCLOPEDIA OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS, PROPOSED AMENDMENTS, AND AMENDING ISSUES, 1789-2015 (4th ed. 2015). לדיון בשאלה כמה תיקונים התקבלו לחוקה האמריקנית, ראו: Sanford Levinson, *Accounting for Constitutional Change (Or, How Many Times Has the United States Constitution Been Amended?)* (a) <26; (b) 26; (c) >26; (d) all of the above), 8 CONST. COMMENT. 409 (1991).
- 196 עמיר פוקס "רק בישראל משנים חוקה באופן הזוי" הארץ (17.1.2018) <https://www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.5744040>. הצעת החוק פורסמה ביום 1 בינואר 2018.
- 197 עמיחי כהן "יש רק סיבה אחת לתיקון החפז בחוק יסוד הממשלה" הארץ (1.5.2018) <https://www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.6048968>.
- 198 שם.

גם התיקון לחוק-יסוד: הממשלה בעניין ממשלת החילופים,<sup>199</sup> שבה מכהנים ראש ממשלה וראש ממשלה חלופי בעת ובעונה אחת, הוא דוגמה טובה לשינוי משטרי מהותי עבור אינטרסים פוליטיים צרים. מדובר בשינוי משטרי משמעותי, שמשפיע עמוקות על שיטת המשטר, אשר נתפר למידותיהם של שני פוליטיקאים ולנסיונות ספציפיות בלי בחינה קוהרנטית של סעיפי חוק היסוד ובלי חשיבה לטווח ארוך. בעקבות תיקון זה כתב המשנה לנשיאה בדימוס אליקים רובינשטיין את הדברים הבאים:

"אילו קם חבר הכנסת יזהר הררי לתחיה היום, חוששני שהיה אומר 'לא אל הנער הזה התפללתי'. מפעל חוקי היסוד... מצוי במידה רבה במדרון... הכנסת, הכתובת לכינונם של חוקי היסוד, למרבה הצער אינה מייחסת חשיבות לחוקתיותו של הטקסט החוקתי. חוקי היסוד הממשליים בחלקם מתוקנים כמעט כאילו היו חוק עזר משני ברשות מקומית. טלאי על גבי טלאי, הכל לפי צרכי שעה פוליטיים... אין זה חדש עמנו. זילות חוקי היסוד החלה מכבר. אך המגמה מתעצמת והולכת למגינת הלב, והגיעה לשפל חדש בתיקון חוק-יסוד: הממשלה בהסכם הקואליציוני האחרון".<sup>200</sup>

שינויים אלו עולים בקנה אחד עם מאפייני הפרויקט החוקתי הפופוליסטי אשר תיארונו בפרק הראשון, ובייחוד עם רעיון האינסטרומנטליות כאסטרטגיה פוליטית הפועלת כדי למוטט את ההבחנה שבין פוליטיקה יום יומית ופוליטיקה חוקתית וכדי להפחית מערכה של החוקה, בין היתר באמצעות שינויים תכופים של כללים חוקתיים עבור אינטרסים פוליטיים צרים.<sup>201</sup>

ההשלכות של מתן היתר למחוקק לשנות זמנית את הכללים החוקתיים, כל אימת שימצא לנכון ורק לשם נוחיות פוליטית רגעית ונסיונות פרטניות, הן לא פחות מסכנה למשטר החוקתי-דמוקרטי בישראל; היתר שכזה חותר תחת ה־"raison d'être של דמוקרטיה חוקתית – קביעת כללים קבועים המגבילים את כוחן של רשויות השלטון.<sup>202</sup> מתן היתר לשינויים חוקתיים זמניים המותאמים לנסיונות פרטניות רק כדי לעקוף מגבלות חוקתיות הוא תקדים מסוכן לפירמידת הנורמות הישראלית; הוא מאותת למחוקק – החובש גם את הכובע המכונן – כי הוא יכול לשנות את חוקי היסוד של המדינה עבור אינטרסים פוליטיים צרים, רגעיים, ותועלתניים. אם זה אפשרי פעם אחת הרי זה אפשרי תמיד; כך, הכנסת תרגיש חופשייה לשנות את חוקי היסוד לשם אותם אינטרסים, להשעות את סמכויות בג"ץ לתקופה זמנית אם החלטותיו אינן נאות בעיני רצון הרוב הפוליטי הרגעי, לשנות זמנית את סמכויותיו של נשיא המדינה, לשנות את המגבלות המוטלות על המחוקק (כך למשל הגשת תקציב במועד,

199 חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), התש"ף-2020, ס"ח 34.

200 אליקים רובינשטיין "החוקתיות במדרון: זילות ודורסנות, והניתן להעלות את אבנו של סייזופוס לפסגת ההר" **ICON-S-IL Blog** (24.1.2021) <https://bit.ly/32G4EtM>.

201 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 46.

202 לדיון באשר לחקיקת יסוד פרסונלית, ראו מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" **חוקים** יב 173, 202-205 (2018). על שימוש לרעה בחוקי יסוד, ראו ניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוקי יסוד" **ספר אליקים רובינשטיין** 1349 (אהרן ברק ואח' עורכים) (2021).

שאם לא כן הכנסת מתפזרת, כפי שקרה לאחרונה<sup>203</sup>), לשנות זמנית את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם אם הם מהווים מכשול בפני מטרות פוליטיות ועוד. ערעור הוודאות והיציבות החוקתית היסודית למטרות פוליטיות מסכן את הדמוקרטיה עצמה, לא פחות. יש מי שיטענו כי בית המשפט עצמו אחראי למצב, שכן חוקי היסוד לא היו אמורים לשמש חוקה ובית המשפט הוא שפסק שלחוקי היסוד מעמד חוקתי, ולכן זו אינה הפתעה ששינויים חוקתיים מתקבלים בהתאם לצרכים קואליציוניים צרים.<sup>204</sup> איננו מקבלים טענה זו, משום שלא תמיד כך היה המצב: עוד לפני המהפכה החוקתית, מאז שנת 1958 ועד שנת 1990, התקבלו בסך הכול 28 שינויים פורמליים בחוקי היסוד (כינון חוקי יסוד חדשים ותיקון חוקי יסוד ישנים) – מספר זהה לשינויים החוקתיים שנעשה רק מאז 2013;<sup>205</sup> וגם לאחר המהפכה החוקתית לא כך בהכרח היה המצב. כך למשל, בין השנים 2004–2012 התקבלו בסך הכול חוק יסוד אחד וחמישה תיקונים לחוקי יסוד.

האמת היא, שכדי להבין את העיקרון אין אפילו הכרח בחוקה פורמלית. בשנת 1867 כתב וולטר בג'ט על החוקה האנגלית – שאינה חוקה פורמלית אלא אוסף של חוקים, של פסקי דין ושל קונוונציות – כי היא בנויה על שני אלמנטים אשר חייבים להתקיים בכל חוקה: "היעיל" ו"המכובד". ההיבט של כיבוד הוא שיוצר את הסמכות ואת האמון. רק כאשר יש סמכות ואמון (המכובד) ניתן להפעיל את הסמכות (היעיל).<sup>206</sup> "כיבוד" היא מילת המפתח. נוסף על הליך השינוי החוקתי או בנפרד ממנו ישנו מה שמכונה בספרות "תרבות תיקון" (amendment culture). לעיתים, גם אם ההליך הוא גמיש יחסית, החוקה תיחשב נוקשה משום שהשחקנים הפוליטיים לא יעלו על דעתם לשנות לעיתים תכופות את כללי המשחק החוקתיים.<sup>207</sup> במילים אחרות, נוקשות חוקתית אינה רק מוסדית, אלא גם ביטוי של גישה (attitudinal) ושל עובדות (factual).<sup>208</sup> כך למשל, בריטניה, הנחשבת כבעלת חוקה גמישה לאור היעדר חוקה פורמלית שקשה לשנותה, היא למעשה בעלת חוקה נוקשה; נוקשות זו

203 ראו את חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה), שדחה את מועד חקיקת חוק התקציב השנתי לשנת 2020 עד ליום 23 בדצמבר 2020. בעתירה שהוגשה נגד תיקון זה נטען כי מדובר בשימוש לרעה בחוק יסוד. ראו בג"ץ 5969/20 שפיר נ' כנסת ישראל (החלטה למתן צו על תנאי מיום 24.11.2020).

204 אייל גרונר "האחריות של בית המשפט העליון" דיומא (31.12.2020) <https://bit.ly/3err0ov>.  
205 נתונים שאסף ניר קוסטי. נתונים אלו אינם כוללים שינויים חוקתיים משתמעים שנערכו בחקיקה רגילה, ולכן אינם משקפים בצורה מוחלטת את המצב החוקתי.

206 WALTER BAGEHOT, THE ENGLISH CONSTITUTION 5 (2nd ed. 1872).

207 ראו Tom Ginsburg & James Melton, *Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty*, 13(3) INT'L. J. CONST. L. 686-713 (2015).

208 Xenophon Contiades & Alkeme Fotiadou, *Models of Constitutional Change, in ENGINEERING CONSTITUTIONAL CHANGE: A COMPARATIVE PERSPECTIVE ON EUROPE, CANADA AND THE USA* 417, 458-459 (Xenophon Contiades ed., 2013).

נובעת מתרבות חוקתית המחייבת שחקנים להראות ריסון עצמי בסוגיות חוקתיות.<sup>209</sup> חוקי היסוד שלנו, המשמשים חומר ביד היוצר, הם יעילים אך אינם מכובדים.<sup>210</sup> נתון נוסף שיש להביא בחשבון הוא היקף הזכויות המוגנות. מובן שאין בהכרח הלימה מוחלטת בין מספר הזכויות המוגנות בחוקה ומידת כיבודן או מימושן הלכה למעשה.<sup>211</sup> ואולם הגנה חוקתית על זכויות בחוקה החרוטה מחריגה שורה של עניינים מהדיון הפוליטי ה"רגיל".<sup>212</sup> במבט השוואתי, היקף הזכויות המוגנות בישראל הוא קטן ביותר יחסית לדמוקרטיה אחרות. מסקנה זו עולה למשל מפרויקט המחקר ההשוואתי של החוקרים טום גינסבורג, זאקרי אלקינס וג'יימס מלטון – Comparative Constitutions Project.<sup>213</sup> כך אפשר ללמוד גם ממחקרם של דיוויד לאו ומילה ורסטיג, כי בניגוד לשנת 1950, אז היה מספר הזכויות הממוצע שעוגן בחוקות בעולם מתחת ל-20, כיום הוא עומד על כ-35 זכויות.<sup>214</sup> בישראל ישנן רק עשר או אחת עשרה זכויות מוגנות, מספר קטן ביותר יחסית לדמוקרטיה ליברליות אחרות,<sup>215</sup> כך שניכר מן הנתונים שישראל היא מקרה חריג בעולם הדמוקרטי. הקלות של התיקון החוקתי בישראל<sup>216</sup> ורזונה היחסי של מגילת זכויות האדם בישראל משתלבות בשיטת העבודה הפופוליסטית. פופוליזם רואה בניצחון בבחירות, ואפילו הוא

Xenophon Contiades & Alkeme Fotiadou, *The Determinants of Constitutional Amendability: Amendment Models or Amendment Culture?*, 12 EUR. CONST. L. REV. 192 (2016).

210 בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פס" 5 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 6.9.2017) (להלן: עניין בג"ץ 8260/16) ("על הרשות המכוננת לכבד את הנורמות שאותן היא יוצרת בכובעה זה, ולהבטיח כי שינויים בכללי המשחק שמתווה החוקה יבוצעו בהליך ראוי, תוך שקיפות ואחריותיות כלפי הציבור... כבוד החקיקה קשור קשר אמיץ לכבוד המחוקק ולכבוד החוק. חוק יסוד אינו עומד באותו מדרג כחוק רגיל. הכרעת המחוקק להגדיר חוק כחוק יסוד מחייבת גם אותו... רצינות העניין דורשת התייחסות בהתאם... במידה מסוימת אף אפשר לומר שזהו הפן המשטרי של כבוד האדם וחירותו").

211 ראו ADAM CHILTON & MILA VERSTEEG, *HOW CONSTITUTIONAL RIGHTS MATTER* (2020). מובן שעניין זה מתחזק כאשר מביאים בחשבון חוקות הנחשבות כ-"sham". להרחבה על עניין זה, ראו DAVID S. LAW & MILA VERSTEEG, *Sham Constitutions*, 101 CALIF. L. REV. 863 (2013).

212 לדיון כללי בעניין זה, ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 17-25 (2016).

213 ראו comparativeconstitutionsproject.org/. לפרויקט נוסף שיעלה בקרוב, ראו constitutions.org/.

214 David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CALIF. L. REV. 1163, 1194-1201 (2011).

215 חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מגן על שבע זכויות: הזכות לחיים והזכות לשלמות הגוף, כמו גם הזכות לכבוד האדם, מוגנות בס' 2 ו-4 לחוק היסוד; זכות קניין מוגנת בס' 3; הזכות לחירות מוגנת בס' 5; זכות הכניסה והיציאה מישראל מוגנת בס' 6; הזכות לפרטיות מוגנת בס' 7. חוק יסוד: חופש העיסוק מגן על הזכות לחופש העיסוק. חוק יסוד: הכנסת מגן על הזכות לבחור (בס' 5) ועל הזכות להיבחר (בס' 6). ככל שהשוויון בבחירות נחשב ל"זכות", הרי גם זכות זו מוגנת בחוק יסוד: הכנסת (ס' 4).

216 בנדור "פגמים", לעיל ה"ש 192.

ברוב קטן מאוד, הוכחה לתמיכת העם ולצדקת טענותיו. אם אכן קל מאוד לתקן את החוקה, הפופוליסטים ייטו לבצע תיקונים שכאלו על מנת לקדם את מטרותיהם, בלא להתחשב בטענות כלליות של "כבוד להליך החוקתי" שאינן מעוגנות במגבלה פורמלית. כפי שטום גינסבורג ועזיז חוק מציינים, הדרך הראשונה הזמינה לשחיקת הדמוקרטיה היא שינויים חוקתיים פורמליים שנועדו להחליש את האופוזיציה הפוליטית ואת הפלורליזם הדליברטיבי.<sup>217</sup> כך נהג ויקטור אורבן בהונגריה, כאשר הוא ניצל את העובדה שמפלגתו זכתה בשני שלישים מן המושבים בפרלמנט על מנת לבצע שינויים חוקתיים משמעותיים.<sup>218</sup> חוקה גמישה חשובה אפוא יותר לשחיקה דמוקרטית באמצעות שינויים חוקתיים. ואכן, בישראל שונו חוקי היסוד פעמים רבות מאז שנת 2013, לעיתים אף כהוראות שעה, על מנת להשיג אינטרסים פוליטיים-קואליציוניים צרים ורגעיים ולצורך נוחות פוליטית של הממשלה, כך למשל בהעברת תקציב דו-שנתי, בביטול ההגבלה על מספר השרים ובמינוי ראש ממשלה חלופי.<sup>219</sup>

מדוע אם כן, למרות הטענות הרבות נגד ההתערבות השיפוטית, לא שינו עד כה הפופוליסטים את חוקי היסוד הנוגעים לזכויות האדם, על אף הביקורת הרבה שהם העבירו על פסיקת בית המשפט לאור חוקי היסוד? מדוע לכל הפחות לא חוקקה "פסקת ההתגברות"?<sup>220</sup> ברמה הפוליטית העובדתית התשובה על כך ברורה. בממשלות נתניהו החל משנת 2009 היה תמיד מרכיב אחד שלא אפשר שינוי מוחלט של כללי המשחק בתחום זה: מפלגת "התנועה" של ציפי ליבני בממשלת נתניהו 2009-2013; מפלגת "יש עתיד" בממשלת נתניהו 2013-2015; ומפלגת "כולנו" בממשלת נתניהו 2015-2019. כולן העמידו קו אדום

217 GINSBURG & HUQ, לעיל ה"ש 53, בעמ' 91.

218 Yaniv Roznai, *Constitutional Transformations: The Case of Hungary*, in CONSTITUTIONALISM .IN CONTEXT (David Law ed., forthcoming 2021).

219 Nadav Dishon, *Temporary Constitutional Amendments as a Means to Undermine the Democratic Order – Insights from the Israeli Experience*, 51 ISR. L. REV. 389 (2018).

220 ראו, למשל, יובל שני "הקדמה" בתוך יניב רוזנאי ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל 10-12 (2021): "כיום המאבק בסמכות הביקורת השיפוטית בכלל ובביקורת החוקתית בפרט הוא 'נושא דגל' בכמה מפלגות וממוקם גבוה בסדרי העדיפויות של פוליטיקאים בכירים. גם השיח הציבורי בנושא התלהט מאוד, והטענות נגד כוחו העודף של בית המשפט ונגד ההטיה הפוליטית שלו כביכול תופסות מקום נכבד בסדר יומה של התקשורת המסורתית. טענות אלה מקבלות גם חשיפה רבה ברשתות החברתיות... נראה אפוא כי הכוח המניע את הביקורת על הביקורת החוקתית במתכונתה הנוכחית הוא התובנה שבמציאות הפוליטית בישראל הבחירות לכנסת מובילות בעקביות לממשלות שמבוססות על מפלגות ימין, שמשתפות פעולה עם מפלגות חרדיות ו/או מפלגות מרכז. בנסיבות אלה הביקורת החוקתית, שמתבעה מגבילה את כוחו של הרוב להעביר הסדרים חוקתיים שהוא חפץ בהם, נראית בעיני חלק מהציבור כהגבלה עקבית על כוחו של הימין הפוליטי לממש את מדיניותו... וכן על יכולתו לשמר את יציבות שלטונו באמצעות חקיקה בנושאים חשובים לשתופיו הקואליציוניים... לפי תפיסה זו בית המשפט מייצג – לפחות בהשוואה לרוב בכנסת – 'מבצר ליברלי' שניצב בדרכה של הממשלה, ויש להחליש את כוחו כדי לאפשר לה לקדם ביעילות את מדיניותה"; וראו דיון לעניין פסקת ההתגברות, שם, בעמ' 154-175.



בפני שינוי עמוק של כללי המשחק, והתנגדו להצעות לכיטול חוקי היסוד. אם זהו ההסבר, הרי כל מה שעומד בפני שינוי חוקתי דרמטי בישראל הוא מספר קטן של מנדרטים שחסרו לבנימין נתניהו על מנת להקים ממשלה שאיננה מגבילה את יכולתו לתקן את חוקי היסוד.<sup>221</sup> אורי אהרונסון טוען שסיבה מרכזית לאי־שינוי חוקי היסוד היא, שפסקות בית המשפט אשר אפשרו פסילה של חוקים וכן ביטול של חוקים לאורך השנים יצרו "סטטוס קוו" נורמטיבי חדש, שהמערכת הפוליטית מתקשה לסטות ממנו.<sup>222</sup> לדעתו של אהרונסון אם כן, ההגנה בישראל על ההסדר החוקתי חזקה יותר מן ההסדר הפורמלי המאפשר את ביטולו ברוב רגיל, ולמעשה ההסדר יציב למדי. גם אם אהרונסון צודק בניחוח שלו, הרי הטעמים שהוא מונה להתקבעות ההסדר – המסורת, החשש של חברי הכנסת מפני שינוי והמשקולות הפרוצדורליות המוטלות על הכנסת – הם בדיוק מסוג אלו שהפופוליסטים אינם רואים בהם מחסום אמיתי מפני שינוי. במילים אחרות, סביר להניח שאהרונסון צודק שמפלגות פוליטיות רגילות, בייחוד אלו האוחזות באידאולוגיה שמרנית, היו נרתעות מפני שינוי המצב החוקתי בלי קשר לשאלת הרוב הנדרש, אך צורת הפעולה השמרנית איננה נכנעת למגבלות מעין אלו. על כל פנים, תהיה אשר תהיה הסיבה לאי־שינויים של ההסדרים החוקתיים בהקשר של זכויות האדם מאז שנת 1995, אנו סבורים שהתנועה הפופוליסטית תוכל לשנות את ההסדרים הללו אם ייווצר לכך רוב מתאים.

טענת ביקורת אחת שיכולה להישמע כנגד הטענה כי בישראל מספר קטן של זכויות מוגנות היא "טענת מגילת הזכויות השיפוטית". לפי הטענה, העובדה שברמה הנומינלית מגילת הזכויות שלנו כוללת רק כמה זכויות בודדות אינה משקפת את המצב במציאות. טענה זו מתבססת על שני טעמים: טעם אחד הוא העובדה שעוד לפני כינונם של חוקי היסוד החדשים בג"ץ הגן על מגילת זכויות שיפוטית;<sup>223</sup> הטעם האחר והעיקרי הוא העובדה שלאחר המהפכה החוקתית נקט בית המשפט פרשנות חוקתית, שיש מי שיראו בה "אקטיביסטית", אשר הרחיבה מאוד את מגילת הזכויות (בעיקר סביב הזכות לכבוד האדם). כפי שמציין גדעון ספיר בספרו, מגילת הזכויות החוקתית הורחבה באמצעות פרשנות חוקתית של הזכויות המעוגנות וגזירת זכויות נוספות, ולכן היא גדולה בצורה ניכרת ממגילת הזכויות החרוטה.<sup>224</sup> ברמת הפשטה נמוכה, אכן ישנן זכויות נוספות – לא־מנויות – הזכות להגנה

221 בבחירות שנערכו בישראל בחודש מרץ 2019 כמעט שהוקמה ממשלה שכזו. גוש הימין בממשלה היוצאת, שכמעט כולו תמך בשינויים במערכת המשפט, זכה ברוב המנדטים, אך תנועת "ישראל ביתנו" בחרה שלא להצטרף לקואליציה משיקולים אחרים. רק אלפי קולות בודדים עמדו בין תנועת "הימין החדש" לכניסה לכנסת עם ארבעה מנדטים, כך שנתניהו היה יכול להקים ממשלת ימין המחויבת לשינוי המצב בנוגע לחוקי היסוד.

222 אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס־קוו כקושי אנט־רובני" עיוני משפט לו 509 (2016).

223 להצגה כללית, ראו את הדיון שעורך אדם שנער בהגנה השיפוטית על זכויות חוקתיות בישראל: Adam Shinar, *Idealism and Realism in Israeli Constitutional Law, in CONSTITUTIONALISM AND THE RULE OF LAW* 257 (Ernst Hirsch et al. eds., 2018).

224 ראו גדעון ספיר המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד 107–110 (2010). על הזכויות שאינן מנויות, ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (התשנ"ז).

חוקתית מסוימת מכוח הכללתן תחת הזכות המעוגנת לכבוד האדם.<sup>225</sup> ואולם יש לציין כי מדובר רק בהיבטים מסוימים של זכויות אלו, ולא בהגנה חוקתית המוקנית לזכויות אלו כזכויות עצמאיות.<sup>226</sup> מכל מקום, מדובר בפרשנות שיפוטית שיכולה להתהפך ולהשתנות בפסיקה עתידית. אי-אפשר להשוות הגנה זו להגנה חוקתית מפורשת במגילת זכויות נוקשה. ברמת הפשטה גבוהה, טענה זו מוכרת בספרות החוקתית-השוואתית כהבדל שבין חוקה כמוכנה הצר ("החוקה הפורמלית" – Capital-C Constitution) לבין חוקה כמוכנה הרחב ("החוקה המטריאלית" – Small-c constitution) בהגנה על זכויות.<sup>227</sup> החוקה כמוכנה הצר היא ההסדרים הנומינליים הקבועים בחוקה החרוטה. החוקה כמוכנה הרחב נוגעת לשורה של נורמות חוקתיות מחייבות שאינן מופיעות בטקסט החוקתי החרוטה, אך קיימות בשיטת המשפט בצורה שהיא חוקתית גם כן.<sup>228</sup>

בהקשר של הדיון בפופולזם, טענה זו רק מחזקת את העמדה הפופוליסטית. הטענה הפופוליסטית הבסיסית כלפי בתי המשפט היא כי בתי המשפט, כמוסדות לא-נבחרים שאינם מייצגים, משמרים ערכים שהציבור אינו תומך בהם. מגילת הזכויות השיפוטית רק מחזקת

225 שם; אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 303–329 (2014).

226 הגישה שהתקבלה בבית המשפט לפרשנותו של המונח "כבוד האדם" היא גישת ביניים שלפיה אין לפרש את "כבוד האדם" כמונח חובק כול, אשר כל זכויות האדם נכללות בו, אך גם אין לפרשו ככולל הגנה רק על זכויות הנמצאות בגרעין המצומצם ביותר של הכבוד, כגון פגיעות גופניות ונפשיות, השפלה וכדומה. מודל הביניים קובע, כי "כבוד האדם" יכול לכלול רק זכויות אשר קשורות לכבוד האדם קשר ענייני הדוק. כך למשל, היבטים מסוימים של הזכויות לשוויון ולחופש ביטוי הוכרו במידה מסוימת כנכללים ב"כבוד האדם". ראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 682–683 (2006); בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200 (2006). לעומת זאת, הזכות לאיכות סביבה ראויה אינה נכללת ב"כבוד האדם" ולפיכך אינה מוגנת חוקתית. ראו בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 518, 503 (2004). בית המשפט העליון ציין, כי היקפן של זכויות שאינן מנויות במפורש בחוק היסוד כזכות המוגנת חוקתית עשוי להיות מצומצם מזה שהיה אילו דובר בזכויות המנויות במפורש בחוק היסוד. ראו בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פס' 41 לפסק דינו של השופט ארבל (פורסם בנבו, 17.9.2014), בעניין פטור מ"לימודי הליבה" למוסדות חינוך חרדיים שלומדים בהם תלמידי כיתות ט' עד י"ב. חלק מן השופטים קבעו שם כי על אף חשיבותם של לימודי ליבה תיכוניים, העותרים לא הוכיחו שישנה פגיעה בזכות יסוד חוקתית (כך למשל, השופטים הנדל, פוגלמן וגרוניס).

227 לדיון חוקתי-שוואתי בעניין זה, תוך שימוש במתודולוגיה של סקר מומחים והתייחסות למקרה הישראלי, ראו Adam Chilton & Mila Versteeg, *Small-c Constitutional Rights*, (Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2019-67, Nov. 20, 2019), [ssrn.com/abstract=3490919](https://ssrn.com/abstract=3490919).

228 לאופרצינוליזציה של המושג, ראו David S. Law, *Constitutions*, in THE OXFORD HANDBOOK OF EMPIRICAL LEGAL RESEARCH 376 (Peter Cane & Herbert M. Kritzer eds., 2010). לדיון ברבר שינוי החוקה הקטנה (או שאינה כתובה), ראו RICHARD ALBERT, YANIV ROZNAI, AND RYAN C. WILLIAMS, *AMENDING AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION* (forthcoming 2021).

את הטענה הזו. העובדה שבית המשפט העליון הרחיב את ההגנה על הזכויות באמצעות שימוש בפרשנות מרחיבה של הזכות ל"כבוד האדם", למשל, רק מחזקת את הטענה הזו.<sup>229</sup> בתי משפט שיש להם עבר ותדמית של אקטיביזם שיפוטי כמו בית המשפט העליון הישראלי פותחים פתח גם לטענה נוספת של הפופוליזם – והיא התבססות על טענות "פשוטות" הנובעות מן השכל הישר של העם. הפופוליזם אינו מעריך מורכבות ודורש פשטות, שקיפות, מיידיות ואמיתות הנתפסות כמוכנות מאליהן. אלו מלוות בדרך כלל בנימה אנטי-אינטלקטואלית הנותנת עדיפות ל"שכל הישר" על צורות מורכבות יותר של ידע ושל מומחיות.<sup>230</sup> עקרונות משפטיים של איזונים ושל מידתיות, האופייניים לשיטת המשפט הישראלית, עומדים בניגוד לעמדה זו. כך הוא למשל, כאשר בית המשפט העליון משתמש בנוסחות איזון כ"סבירות" וכ"מידתיות" לצורך פיקוח על החלטות המדינה בדבר הריסות בתים של מחבלים והגבלתן. בית המשפט העליון מעולם לא אסר לחלוטין על הריסת בתי מחבלים, אך הוא דורש הפעלת כלים של מידתיות.<sup>231</sup> הפוליטיקה הפופוליסטית איננה מוכנה לקבל עמדה מאוזנת שכזו. בשיח הפופוליסטי, הכרעה של שופטי בית המשפט מרודדת להכרעה פוליטית ותו לא. קביעה של בית המשפט, כי פעולת המדינה פוגעת בזכות חוקתית בצורה שאינה מידתית, מצוירת כעמדה פוליטית המשקפת רק את עמדתו הסובייקטיבית-ערכית של השופט אשר אינה עדיפה מעמדתם הערכית של נציגי הרוב כפי שנבחרו בבחירות דמוקרטיות.<sup>232</sup>

השסעים החברתיים, בצירוף המבנה המשטרי המרכז כוח שלטוני והנעדר מערכות נוקשות של איזון ובלמים, יחד עם המבנה החוקתי הגמיש ומגילת זכויות האדם הרזה מהווים כרונו לפרוץ הפופוליזם בישראל. בפרק הבא נמחיש באמצעות כמה דוגמאות את השפעות הפופוליזם בישראל.

## ד. השפעות הפופוליזם במשפט הישראלי

את השינויים שעברו לאחרונה על המשפט החוקתי בישראל ואת ההצעות המרכזיות לשינויים נוספים, אשר יפורטו בפרק זה, אנו מציעים להבין בדיוק על רקע תנועת הפופוליזם ושחיקת הדמוקרטיה. כוחות פופוליסטיים משמעותיים צברו בשנים האחרונות כוח פוליטי בישראל. החלטת היועץ המשפטי לממשלה להעמיד לדין את ראש הממשלה נתניהו רק

229 טענה דומה הושמעה באשר להונגריה ולבית המשפט החוקתי שם, שפיתח את מושג "החוקה הבלתי-נראית". ראו Katalin Füzér, *The Invisible Constitution – The Construction of Constitutional Reality in Hungary*, 26(4) INT'L J. Soc. 48 (1996); Anras Sajó, *Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary*, 15(2) OJLS 253 (1995); Gábor Halmai, *Silence of Transitional Constitutions: The "Invisible Constitution" Concept of the Hungarian Constitutional Court*, 16(3) INT'L J. CONST. L. 969 (2018)

230 Rogers Brubaker, *Why Populism?*, 46(5) THEOR. SOC. 357 (2017); MATTHEW D'ANCONA, *POST-TRUTH – THE NEW WAR ON TRUTH AND HOW TO FIGHT BACK* (2017)

231 גיא הרפז ועמיחי כהן "הריסת בתים בביקורת בג"ץ: יש (בית) שופטים בירושלים" *משפט וממשל* יט 43 (2018).

232 ראו ניב רוזנאי ואדם שנער "מומחיות כמשפט" *מומחיות ומקצועיות* (צפוי להתפרסם ב-2021).

עודדה כוחות אלו, שכן כעת כבר היה מבחינתם המאבק בין האליטות לבין העם משורטט בקווים חדים וברורים.<sup>233</sup> לפי תפיסה זו, האליטה מבקשת לשמר את כוחה בשלטון, ומשתמשת בכל האמצעים – לרבות העמדה לדין – נגד נציגו הנבחר של "העם". לפי תיאורם של אריה פרליגר ועמי פדהצור, השיח של הימין הקיצוני מקדם תפיסת עולם פופוליסטית שלפיה רצון העם אינו בא לידי ביטוי, בשל השליטה של האליטה השמאלנית בתקשורת, בחברה האזרחית, בהשכלה הגבוהה ובשפיטה.<sup>234</sup> תיאור זה הוא מדויק, למעט העובדה שאין מדובר בשיח של הימין הקיצוני בלבד אלא בזרם מרכזי המקובל על שכבות רחבות. מובן שעמדות נגד האליטות נשמעו בישראל גם בתקופות קודמות. אלא שבשנים האחרונות גבר כוחן היחסי במוסדות השלטון, עלו כוחות פוליטיים ואינטלקטואליים שמרניים, והתחזקה יכולתם והמוטיבציה שלהם לפעול במסגרת חקיקתית וחוקתית.<sup>235</sup> כמו כן, אם חושבים על ההתפתחויות במדינות כמו הונגריה ופולין כפרויקט אנטי-ליברלי וכתגובה שמרנית לשליטה הליברלית-משפטית של הליכי הטרנספורמציה בעידן הפוסט-קומוניסטי,<sup>236</sup> ניתן להבין גם בהקשר זה את עליית הפופוליזם כתגובה נגד שמרנית למהפכה החוקתית.<sup>237</sup>

אפשר לחלק בצורה גסה את המאמץ הפופוליסטי במישור החקיקה בישראל לארבעה חלקים: הניסיון להגביל את המוסדות העצמאיים שאינם נבחרים, ובראשם בית המשפט העליון; ריכוז כוח שלטוני והחלשת האופוזיציה; ניסיונות השתקה של ביקורת; וחוקים המדירים את המיעוט הערבי. מאמצים אלו הם שונים ומגוונים, ועמדנו עליהם בהרחבה במקומות אחרים.<sup>238</sup> בפרק זה נסקור אותם אפוא בקצרה בלבד. חשוב לציין, כי איננו טוענים שכל אחד מדברי החקיקה או מיוזמות החקיקה שאנו סוקרים אינו ראוי בפני עצמו; ייתכן

233 לדיון בשאלת האפשרות של הדחה שיפוטית של ראש ממשלה מכהן, ראו רבקה ווייל "האם הדחה שיפוטית של ראש ממשלה בישראל היא חוקתית?" משפט וממשל כא 49 (2020); דניאל בן-אוליאל "העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו" משפט וממשל כא 7 (2020); דניאל פרידמן "הלכת דרעי-פנחסי ועקרונות יסוד ביני פרשנות" פורום עיוני משפט מד (התש"ף). ולדיון כללי בדבר הדחה שיפוטית של אישי ציבור בישראל, ראו Yoav Dotan, *Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances*, 19(2) THEORETICAL INQ. L. 705 (2018)

234 Arie Perliger & Ami Pedahzur, *The Radical Right in Israel*, in THE OXFORD HANDBOOK OF THE RADICAL RIGHT 667, 676 (Jens Rydgren ed., 2018). ראו גם Weiss Yaniv & Tenenboim-Weinblatt, לעיל ה"ש 75, בעמ' 210.

235 על עליית השמרנות הישראלית כהסבר לפופוליזם ולשחיקה דמוקרטית, ראו Rafi Reznik, *The Rise of American Conservatism in Israel*, 8 PENN. ST. J.L. & INT'L AFF. 383 (2020).

236 Paul Blokker, *Populist Counter-Constitutionalism, Conservatism, and Legal Fundamentalism*, 15 EUR. CONST. L. REV. 519, 521 (2019).

237 עמיחי כהן *מלחמות הבג"ץ – המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד* פרק ג (2020) (להלן: כהן *מלחמות הבג"ץ*); GARY J. JACOBSON & YANIV ROZNAI, *CONSTITUTIONAL REVOLUTION* 183-223 (2020).

238 כהן *מלחמות הבג"ץ, לעיל ה"ש 237, שם*. Yaniv Roznai, *Israel – A Crisis of Liberal Democracy?*, in CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN CRISIS? 355-376 (Mark A. Graber et al. eds., 2018); Nadiv Mordechai & Yaniv Roznai, *Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel*, 77(1) MD. L. REV. 244-471 (2017).

כי בנסיבות מסוימות הסדר כזה או אחר הוא ראוי או לגיטימי, אך בנסיבות של פוליטיקה פופוליסטית ושל שחיקת הדמוקרטיה הוא מקבל משמעות שונה.<sup>239</sup> כמו כן, כפי שצינו בפרק הראשון של המאמר, אחד האלמנטים המרכזיים בפופוליזם ובשחיקת הדמוקרטיה הוא אינקרמנטליות של אמצעים מינוריים יחסית, אשר כשלעצמם מהווים רק לעיתים רחוקות התקפה חזיתית על עקרונות היסוד של הדמוקרטיה הליברלית החוקתית; ואולם רק כאשר אמצעים אלו נבחנים באופן מצטבר, האפקט הוא דרמטי במובן של "שלם הגדול מסך חלקיו". כמות מצטברת של חריגה הדרגתית ועדינה מקווי היסוד של הדמוקרטיה עשויה להביא לשינוי איכותי שמשמעו הפיכת הסדר החוקתי – כלומר הכמות הופכת לאיכות.<sup>240</sup> לפיכך יש לבחון את האמצעים השונים שאנו מתארים בראייה מצטברת.

### 1. ניסיונות ההגבלה של מוסדות עצמאיים שאינם נבחרים

בראש המאמצים של התנועה הפופוליסטית הישראלית עומדת הגבלת מעמדו של בית המשפט העליון. בית המשפט העליון מייצג את כל מה שמפריע לפופוליסטים בדמוקרטיה הישראלית – ביקורת על ההליך הפוליטי ופיקוח על הפעלת הכוח של המדינה. בית המשפט הוא מוסד עצמאי, ומתוקף כך חופשי יותר לבטל לעיתים הכרעות של המוסדות הנבחרים. הגבלות אלו על כוח ההכרעה הפוליטי-רובני נתפסות בעיניים פופוליסטיות כלא-דמוקרטיות וכלא-לגיטימיות, שכן הן חותרות תחת "רצון העם" הבא לידי ביטוי בהחלטות פוליטיות של הגופים הייצוגיים. לא זו בלבד שבית המשפט נתפס כמי שפועל בניגוד לרצון העם, אלא – חמור מכך – הוא נתפס כמי שמייצג "אליטה מנותקת", המעדיפה ערכים אוניברסליים על הערכים הלאומיים.<sup>241</sup> שרת המשפטים לשעבר, חברת הכנסת איילת שקד, היטיבה לבטא תפיסה זו. כך למשל, בנאומה בכנס העמותה למשפט ציבורי בחודש דצמבר

גם גילה שטופלר "חוקתיות סמיליברלית ואיוונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית" עיוני משפט מד 171 (2021).

239 כך למשל, מייקל היין, שבחן באיזו מידה ביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה יכולה לסייע בהגנה על הדמוקרטיה, ציין כי כאשר תיקונים חוקתיים משנים את אופן הארגון של מערכת המשפט מכזה שנשלט בידי השופטים עצמם למודל של ניהול בידי הרשות המבצעת, תיקונים שכאלו חייבים להיות מוכרים כחוקתיים ואין לבטלם. Michel Hein, *The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe, in COURTS, POLITICS AND CONSTITUTIONAL LAW: JUDICIALIZATION OF POLITICS AND POLITICIZATION OF THE JUDICIARY* 187, 193 (Martin Belov ed., 2019). איננו משוכנעים שאמירה זו נכונה בכל הנסיבות. הגבלת העצמאות השיפוטית היא אחת האינדקציות ל"רגרסיה חוקתית". בהתאם לכך, כדי להגן על הסדר הדמוקרטי במלואו, ייתכן שתהיה הצדקה חזקה להחלת הדוקטרינה של "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" בייחוד במקרים הנוגעים לעצמאות השיפוטית ולהפרדת הרשויות. ראו Roznai & Hostovsky Brandes, לעיל ה"ש 56.

240 ראו Yaniv Roznai, *The Straw that Broke the Constitution's Back? Qualitative Quantity in Judicial Review of Constitutional Amendments, in CONSTITUTIONALISM: OLD DILEMMAS, NEW INSIGHTS* 147 (Alejandro Linares-Cantillo et al. eds., 2021).

241 Alon Harel & Noam Kolt, *Populist Rhetoric, False Mirroring, and the Courts*, 18(3) Int'l J. Const. L. 746 (2020).

2017 תקפה השרה שקד את שופטי בית המשפט העליון בטענה שפסיקותיהם מנותקות מצורכי העם, בציינה כי "הדמוקרטיה הישראלית בורחת מהעם. הדבר נובע מפחד עמוק וקמאי מהעם ומריחוקן של חלק מהאליטות הישנות ממציאות החיים", וכי "בריחתה של הדמוקרטיה מהעם מתקיימת במרחק הגון מהרחוב וניזונה מחוסר היכרות מספקת איתו, עם צרכיו, חולשותיו, תסכוליו, יתרונותיו, יופיו ומאוויו".<sup>242</sup> לפי ביקורת זו, הרשות השופטת מקדמת תפיסת עולם פוליטית על פני תפיסות אחרות במסווה של פסיקה אובייקטיבית, תוך שימוש ברטוריקה שנחזית להיות אובייקטיבית וניטרלית כמו "סבירות" או "מידתיות".<sup>243</sup> דוקטרינות אלו ואחרות, כגון "עקרונות יסוד של השיטה", משמשות בידי בית המשפט כלי הבולם את רצון העם והמרכז כוח שלטוני בידי מערכת המשפט.<sup>244</sup>

ההצעות מן השנים האחרונות להגבלת כוחו של בית המשפט העליון בישראל הן שונות ומגוונות:<sup>245</sup> צמצום זכות העמידה בפני בג"ץ; צמצום השפיטות ועילות ההתערבות בבג"ץ; שינוי של הליך בחירת שופטי בית המשפט העליון; שינוי עקרון ה"סניוריטי", שלפיו מינוי לנשיאות בית המשפט העליון נעשה לפי ותק ועוד. עיקר המאמצים התמקדו בהצעות לחקיקת "פסקת התגברות" (כללית, בחוק יסוד: השפיטה, או פרטנית, כתיקון לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), שתאפשר לכנסת להפוך החלטות של בית המשפט לפסול חוקים או שתמנע ממנו מלכתחילה לדון בחוקים מסוימים. בתקופה האחרונה, לאור ממשלת החילופים הרחבה שבין הליכוד וכחול-לבן, ירדו הצעות קונקרטיות אלו לעת הזו מסדר היום, אך הן נמצאות כל העת ברקע.<sup>246</sup>

לצד הניסיונות להגביל את בית המשפט ישנם מאמצים חקיקתיים נוספים המבקשים להגביל מוסדות עצמאיים אחרים המשמשים שומרי סף. דוגמה אחת היא הצעה לשינוי שיטת המינוי של יועצים משפטיים במשרדי הממשלה – מוועדת מכרזים מקצועית למינוי באמצעות ועד איתור שלמעשה תישלט בידי השר, הצעה שעליה כתב יצחק זמיר כי מדובר בהצעה "נגד שלטון החוק" המסוכנת אף יותר מפסקת התגברות;<sup>247</sup> דוגמה אחרת

242 אחיה ראב"ד וטובה צימוקי "שקד נגד השופטים: 'הדמוקרטיה בורחת מעם'; חיות: 'אמירות מבישות נגד שופטים'" *Ynet* (21.12.2017) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5060242,00.html>.

243 שאול שארף "שופט פוליטי בחברה דמוקרטית" מאזני משפט יד (צפוי להתפרסם ב־2021).  
244 יונתן (ג'וני) גרין "בתגובה ל'על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים' מאת השופט נעם סולברג" *השילוח* 19 24 (2020).

245 ראו בהרחבה רון, קרמניצר ושני, לעיל ה"ש 69, בעמ' 64-71.  
246 כפי שיושב ראש הקואליציה ציין לאחרונה על רקע פסיקת בג"ץ בעניין פינוי בנייה לא-חוקית במצפה כרמים, "חקיקת פסקת התגברות צריכה להיות תנאי להמשך קיום הממשלה". ראו יהודה שלזינגר "ח"כ מיקי זוהר: 'פסקת התגברות צריכה להיות תנאי להמשך קיום הממשלה'" *ישראל היום* (28.8.2020) <https://www.israelhayom.co.il/article/795631>.

247 יצחק זמיר "חוק היועמ"שים: הצעת החוק נגד שלטון החוק" *הארץ* (1.2.2018) <https://www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.5785167>; יהונתן ליס "שופטי עליון בדימוס נגד חוק מינוי היועמ"שים של שקד: 'מסוכן יותר מפסקת התגברות'" *הארץ* (25.6.2018) <https://www.haaretz.co.il/news/politics/1.6202384>.

היא חקיקה מוצעת, המבקשת לצמצם את סמכויות מבקר המדינה לבצע ביקורת בזמן אמת ואת הסוגיות שבעניינן הוא יכול לפתוח בבדיקה.<sup>248</sup> הצעות אלו משקפות את ההיגיון הפופוליסטי המתנגד ל"אליטה ליברלית" השואבת את כוחה מהשכלתה וממעמדה המקצועי. השלטון הפופוליסטי טוען, שבאמצעות גופים "טכנוקרטיים" שאינם נבחרים, כמו רשויות עצמאיות בעלות מומחיות, האליטות אוזרות הלכה למעשה במוסדות השלטון ומקדמות את סדר יומן בעוד שהעם מודר ממוסדות אלה.<sup>249</sup> המאבק נגד מערכות המשפט ושומרי הסף הוא חלק מתנועה משולבת שיוצאת נגד ריכוז כוח שלטוני ונקודות וטו בידי מערכות מקצועיות וביורוקרטיות שאינן נבחרות, בד בבד עם עליית תנועות ומפלגות פופוליסטיות הפונות ישירות אל "העם" כדי להביא למוביליזציה נגד מוסדות ואליטות קיימים.<sup>250</sup> זהו הן כלי להתנגדות לאליטה ליברלית שנטען כלפיה שהיא מבקשת לכפות על החברה ערכים ליברליים-אוניברסליים תוך עקיפת ההליך הדמוקרטי, והן כלי להחלשת מערכות משפט עצמאיות העשויות לשמש מנגנון איזון ובלימה של הכוח השלטוני.<sup>251</sup>

## 2. ריכוז כוח שלטוני והחלשת האופוזיציה

אחד ממאפייני הפופוליזם הוא executive aggrandizement – חיזוק הרשות המבצעת.<sup>252</sup> בשנים האחרונות אנו עדים לריכוז כוח שלטוני בממשלה ובידי ראש הממשלה. כך, בשלב מסוים, ראש הממשלה נתניהו אחז בה בעת בחמישה תפקידים מיניסטריאליים (ראש ממשלה, שר החוץ, שר התקשורת, שר הכלכלה והשר לשיתוף פעולה אזורי). בג"ץ קבע בעניין זה, כי בעוד שמבחינה טכנית פרקטיקה זו היא חוקית, היא אינה תורמת לדמוקרטיה.<sup>253</sup> שינויים בתקנון הממשלה משנת 2012 מעניקים לראש הממשלה סמכויות רבות, המקנות לו שליטה מלאה כמעט על הליכי קבלת ההחלטות בממשלה ובוועדותיה, וגם – בזכות המעמד המרכזי שניתן לראש הממשלה בנוגע לפעילותה של ועדת השרים לענייני חקיקה – מעמד מרכזי כלפי הכנסת.<sup>254</sup>

248 גיא לוריא ועמיר פוקס "צמצום סמכויות מבקר המדינה" המכון הישראלי לדמוקרטיה [www.idi.org.il/ministerial-committee/20783](http://www.idi.org.il/ministerial-committee/20783) (18.2.2018)

249 L. ROSANVALLON, *DEMOCRATIC LEGITIMACY: IMPARTIALITY, REFLEXIVITY, & PROXIMITY* (Arthur Goldhammer trans., 2011).

250 Christopher Bickerton & Carlo Invernizzi Accetti, *Populism and Technocracy: Opposites or Complements?*, 20(2) CRI. REV. INT'L SOC. & POL. PHIL. 186-206 (2017)

251 להרחבה על התקפת הפופוליזם על המומחיות המשפטית, ראו רוזנאי ושנער, לעיל ה"ש 232.

252 על היחס שבין חיזוק הרשות המבצעת ושחיקת הדמוקרטיה, ראו Yaniv Roznai, *Legislated Rights, Democratic Erosion and the Rise of Executive Power*, 21(1) JER. REV. L. STUD. 129 (2020).

253 בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.4.2016).

254 קנרלשטיין-היינה, לעיל ה"ש 168, בעמ' 6. ראוי לציין שתהליך הפוך כמעט התרחש בבריטניה, שם התקבל לפני כעשור חוק ששלל מראש הממשלה את הסמכות – שהייתה נתונה לו עד אז מכוח קונבנציה – לפזר את הפרלמנט. חוק זה התקבל בין היתר על רקע טענות למניפולציה



מדובר לא רק בריכוז כוח בידי ראש הממשלה אלא בממשלה כמוסד, ובניגוד להפרדת רשויות בריאה, היא מחזקת בשנים האחרונות את כוחה מול המחוקק תוך הפחתת נקודות בקרה ובלימה והחלשת האופוזיציה. דוגמה מרכזית היא הרפורמה בתקציב המדינה. הכנסת מפקחת כידוע על פעילות הממשלה, ואישור תקציב המדינה אחת לשנה הוא אחד ממנגנוני הפיקוח העיקריים של הרשות המחוקקת על הרשות המבצעת. כשם שהאפשרות להביע אי-אמון בממשלה – המביאה להתפטרות הממשלה – היא אלמנט הכרחי במשטר פרלמנטרי,<sup>255</sup> כך גם הליך אישורו של תקציב המדינה מבוסס על מערכת יחסים חשובה בין הממשלה לכנסת, המבטאת את עקרון הפרדת הרשויות ואת הפיקוח של הכנסת על הממשלה. ואולם כחלק משחיקת תפקיד הפיקוח של הכנסת והחלשת הפיקוח הציבורי שינתה הממשלה – באמצעות סדרה של תיקונים חוקתיים זמניים – את כלל התקציב השנתי לתקציב דו-שנתי, עד שבג"ץ קבע כי פרקטיקה זו מהווה שימוש לרעה בחוקי יסוד ואסר על שימוש בהוראות שעה כדי לשנות את התקציב משנתי לדו-שנתי.<sup>256</sup> רפורמה חוקתית זו באמצעות תיקונים זמניים פגעה פגיעה חמורה ביכולת הפיקוח של הכנסת על הממשלה.

יכולתה של הכנסת לפקח על הממשלה וסמכותה של האופוזיציה לאתגר את הממשלה הוחלשה עוד יותר בשנת 2014 עם אימוץ מודל אי-אמון קונסטרוקטיבי טהור, שלפיו ניתן להפיל ממשלה רק לאחר שגובשה ממשלה חלופית בעלת רוב מוכח.<sup>257</sup> משמעותו של שינוי זה היא כי הסיכוי להפיל את הממשלה, שהיה נמוך ממילא, הפך נמוך עוד יותר. האופוזיציה בישראל מורכבת מכמה סיעות הנמצאות לא אחת בקטבים שונים של הקשת האידאולוגית, מה שמחליש את כוחה.<sup>258</sup> גם הכלים המוסדיים העומדים לרשותה הם חלשים יחסית; ואכן, מחקר שבחן את גודלה ואת לכידותה של האופוזיציה הפרלמנטרית בישראל יחסית לדמוקרטיות פרלמנטריות אחרות מצא שהיא חלשה בצורה שמקשה על קריאת תיגר אמיתית על הממשלה ועל הצגת אלטרנטיבה שלטונית.<sup>259</sup>

### 3. השתקת שיח ביקורתי

יחד עם החלשת האופוזיציה, אחת מדרכי הפעולה הראשיות של הפופוליוזם היא השתקה של כל דיון ביקורתי על השלטון באמצעות ערעור על הלגיטימיות שלו. במדינות שונות השתקה זו באה לידי ביטוי בניסיונות להשתלט על התקשורת הציבורית ולאיים על תקשורת

בבחירת מועד הבחירות מצד ראשי ממשלה, ונועד לרסן את כוחם. ראו Fixed-Term Parliaments Act 2011, c.14 (UK). VERNON BOGDANOR, THE COALITION AND THE CONSTITUTION (2011) 114.

255 קלוד קליין "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריוזם בישראל" משפטים 308, 313 (התשל"ג-התשל"ד).

256 עניין בג"ץ 8260/16, לעיל ה"ש 210.

257 ס' 28 (ב) לחוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 1), התשע"ד-2014, ס"ח 346 (מיום 19 במרץ 2014). ראו טל לנטו "מתחת למכ"ם: אי-אמון קונסטרוקטיבי בישראל" עיונים – כתב עת רב-תחומי לחקר ישראל 33, 280 (2020).

258 יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" משפטים לח(2) 217, 224 (2008).

259 אור טוטנאור "האופוזיציה הפרלמנטרית בישראל במבט השוואתי" פוליטיקה: כתב עת ישראלי למדע המדינה וליחסים בינלאומיים 23, 73, 97 (2014).

פרטית שהיא ביקורתית כלפי השלטון. הרצון לשלוט בתקשורת ולערוך את הלגיטימציה של עיתונאים ביקורתיים קיים גם בישראל.<sup>260</sup> כך, דוח ה-Freedom House לשנת 2017 מציין מפורשות, כי בעוד שישראל נהנתה באופן היסטורי מענף תקשורת פלורליסטי ותוסס, בעיות שונות הביאו לירידה בחופש העיתונות בשנים האחרונות.<sup>261</sup> פרט לתקשורת, ניתן לראות ניסיונות לשלול ממבטאי דעות הפוגעות בממשלה ובאידאולוגיה שלה מימון מכספי ציבור. דוגמה לכך היא הצעת החוק של שרת התרבות דאז מיירי רגב שכונתה "נאמנות בתרבות", ולפיה יוקנו לשר הממונה על התרבות סמכויות של צנזור תרבות, המגביל מימון ציבורי למוסדות תרבות לפי תוכן פעילות התרבות, תוך שימוש בשיקול דעת המבקש לכאורה להגן על ערכיה של המדינה ועל כבוד סמליה. הצעה זו, כך נראה, נועדה "לייצר צנזורה עצמית שתמנע כל ביקורת שהיא על המדינה או מוסדותיה".<sup>262</sup> כאשר "הממשלה משתמשת בכוח הכלכלי שלה כדי לעוות ולנתב את השיח הציבורי באופן שיכטיח את הישירותה בשלטון", מדובר במימון סלקטיבי שאינו ראוי ובפגיעה בחופש הביטוי.<sup>263</sup>

בדוגמאות לחקיקה המשתיקה קולות ביקורתיים אפשר למנות את "חוק הנכבה",<sup>264</sup> שלפיו שר האוצר יכול להפחית תקציב של גוף המקבל מימון מהמדינה עד פי שלושה מן ההוצאה שהוציא הגוף לשם קיום פעולה "שאינה נתמכת" על פי לשון החוק. ההוצאות המצדיקות הפחתת תקציב הן אלה: 1. שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; 2. הסתה לגזענות, לאלימות ולטרור; 3. תמיכה במאבק מזוין או במעשה טרור של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל; 4. ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל; 5. מעשה של השחתה או ביזוי פיזי הפוגע בכבוד דגל המדינה או סמל המדינה. הסתה לגזענות, לאלימות או לטרור או תמיכה במאבק נגד מדינת ישראל היא בהחלט מעשה שראוי לשלול, מעשה המהווה גם עבירה פלילית. אף ביזוי הדגל הוא עבירה פלילית בארץ. בהקשרים האלה חקיקת "חוק הנכבה" היא לגיטימית, אך מה הטעם לחקיקה הפוגעת בתקצוב של המוסד כאשר אפשר פשוט להעמיד את מבצעי העבירה לדין?

260 זכורה כמובן אמירתה של שרת התרבות והספורט דאז, מיירי רגב, בדיון בוועדת השרים לחקיקה בעניין הקמת תאגיד שידור ציבורי: "מה שווה התאגיד אם אנחנו לא שולטים בו? השר צריך לשלוט. מה, נעמיד כסף ואז הם ישרו מה שהם רוצים?". לירן מלכי "מיירי רגב: 'מה שווה התאגיד אם אנחנו לא שולטים בו?'" כלכליסט (31.7.2016) <https://www.calcalist.co.il/marketing/articles/0,7340,L-3694416,00.html>

261 Freedom House, *Freedom of the Press 2017: Press Freedom's Dark Horizon*, 9-10 (2017). [freedomhouse.org/report/freedom-press/freedom-press-2017](https://freedomhouse.org/report/freedom-press/freedom-press-2017). הדוח מציין שם מפורשות התקפות אישיות תכופות של ראש הממשלה נתניהו ודובריו על אנשי תקשורת ועיתונאים, מה שתרם לאווירה עוינת כלפי העיתונות.

262 עדנה הראל-פיש "נאמנות בתרבות רק בישראל – כפיים!" המכון הישראלי לדמוקרטיה (8.11.2018) <https://www.idi.org.il/articles/24765>. ראו הצעת חוק התרבות והאמנות (תיקון מס' 2), התשע"ט-2018, ה"ח הממשלה 1261.

263 שירה נגר "מימון דעות, דמוקרטיה והחוק הישראלי: הקדמה למאמרו של אוון פיס" מעשי משפט ט 239, 240 (2018).

264 חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011.

לכאורה יש טעמים לשימוש בסנקציות מנהליות במקביל לסנקציות פליליות, כגון קושי באכיפה ובהעמדה לדין פלילי ופגיעה בהרתעה עקב אכיפת חסר. אולם נדמה כי סעיפים 1 ו-4 מבהירים מהי הסיבה האמיתית לחוק – יצירת אפקט מצנן של צנזורה עצמית מראש של ביטויים מסוימים. ודוק, זהותה של ישראל כמדינה יהודית ומשמעותו של יום העצמאות אינם מתקבלים בקרב האזרחים הערביים. "חוק הנכבה" מתיימר להשתיק את העמדות של כחמישית מאזרחי ישראל בנושאים אלו, אך מכיוון שחופש הביטוי הוא עקרון יסוד בדמוקרטיה הישראלית, החוק מעמיד מנגנון המסתיר את כוונתו העיקרית. עיקר הבעיה בחוק אינו הסנקציה המפורשת, כי אם האפקט המצנן שגלום בחוק: החוק מביא ליצירת הבחנה בין מה שמותר ומה שאסור להגיד, או ליתר דיוק – מה שעדיף שלא להגיד, כך שבסופו של דבר הוא מונע דיון. עתירה שהוגשה נגד "חוק הנכבה" נדחתה מטעמי "חסר בשלות". בעת שנדרונה העתירה שר האוצר עדיין לא הפעיל את סמכותו, ובית המשפט סבר שהוא אינו יכול להעריך אם החוק אכן ייאכף בצורה השוללת את חופש הביטוי.<sup>265</sup> בכל הכבוד, איננו בטוחים שבית המשפט צדק בפסיקתו. מטרת החוק איננה ששר האוצר יפעיל את הסנקציה; להפך, אם הוא יפעיל אותה – משמע שהחוק נכשל. מטרת החוק היא שמנהלי מוסדות ציבוריים יבינו את הרמז. החוק אמור להשיג את מטרתו ללא אכיפה, אלא רק מכוח ההרתעה הטמונה בו. בזמן שהשופטים מחכים להפעלת הסנקציה, החוק מסמן את גבולות השיח.

דוגמה נוספת היא "חוק החרם",<sup>266</sup> המטיל הן אחריות נזיקית (בין פרטים) והן סנקציות מנהליות (בין הפרט למדינה) על כל מי שמפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, לרבות על אדם או על מוסד מחמת זיקתו לאזור הנמצא בשליטת ישראל.<sup>267</sup> בעתירה נגד החוק הכשיר בג"ץ את החוק, פרט לסעיף הפיצוי העונשי אשר נפסל בנימוק שהוא יוצר אפקט מצנן ופוגע יתר על המידה בחופש הביטוי.<sup>268</sup> רבקה ווייל מתארת בעין ביקורתית את שני החוקים הללו – "חוק הנכבה" ו"חוק החרם" – כהרחבה של תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל כדי להגן ביתר שאת על אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה.<sup>269</sup> מובן כי האלמנט המצנן ביטוי ביקורתי נושא בחובו גם סכנה לדמוקרטיה. לבסוף חשוב להזכיר חקיקה המבקשת להגביל ארגוני זכויות אדם וליצור דה-לגיטימציה שלהם. ארגוני זכויות אדם מאתגרים את הפופוליסטים. פעילות ביקורתית כלפי השלטון והגבלת כוחו הן האתוס של ארגונים אלו. ארגונים אלו מציבים חלופה לעמדת השלטון, נעזרים במשפט בינלאומי ובסיוע בינלאומי (של ארגונים דומים ושל מדינות שונות), ונסמכים על ערכים אוניברסליים ולא על ערכים לאומיים; כלומר הם משתמשים בדיוק

265 בג"ץ 3429/11 בוגרי תיכון הערבי אורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2012).

266 חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011.

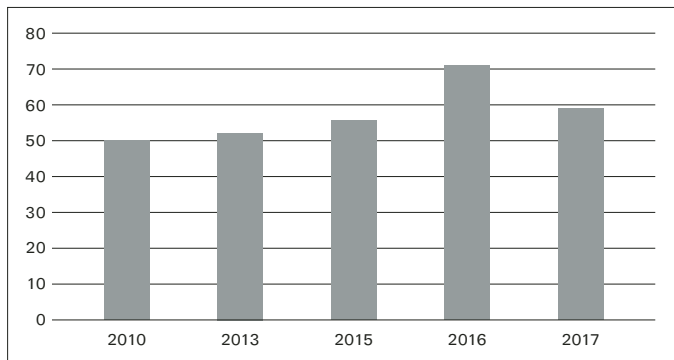
267 ראו Lior A. Brinn, *The Israeli Anti-Boycott Law: Balancing the Need for National Legitimacy Against the Rights of Dissenting Individuals*, 38 BROOK. J. INT'L L. 345 (2012); אסף יעקב וגליה שניבוים "חרם, משפט ומרחב ציבורי – מחשבה מחודשת על אסדרה של חרמות בעקבות חוק החרם" עיוני משפט מב 531 (2020).

268 בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.4.2015).

269 רבקה ווייל "עיון מחודש בתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל" דין ודברים י 345, 361 (2017).

בכלים שהפופוליסטים מתנגדים להם. בשנת 2008 חוקקה הכנסת תיקון לחוק העמותות, ולפיו עמותה המקבלת תרומה מ"ישות מדינית זרה" בסכום העולה על 20,000 שקלים חדשים צריכה לדווח על כך בסוף השנה לרשם העמותות.<sup>270</sup> בשנת 2011 הורחבה החובה ב"חוק חובת גילוי לגבי מי שנתמך על ידי ישות מדינית זרה", אשר נודע כ"חוק השקיפות". על פי החוק החדש על העמותה לדווח מיידית על כל תרומה מישות מדינית זרה, וגם היא וגם רשם העמותות צריכים לפרסם את דבר התרומה.<sup>271</sup> בתיקון נוסף משנת 2016 נקבע, שעמותה שרוב המימון שלה מגיע מישות מדינית זרה צריכה להצהיר על כך בכל פרסום שלה ובכל פנייה בכתב לחברי הכנסת.<sup>272</sup>

קהל היעד של החוק ברור: כמעט כל הארגונים הישראליים שעיקר מימנם מגיע מישויות מדיניות זרות עוסקים בזכויות של פלסטינים או של מבקשי מקלט – "בצלם", "הוועד הציבורי נגד העינויים", "מרכז לקידום פליטים אפריקאים" ועוד. המשותף לכולם הוא העמדה הביקורתית שהם מביעים נגד הממשלה בנושא שקל לאגד את הציבור נגדו – תמיכה בזר. נראה כי חקיקה כגון זו מצליחה לפגוע בלגיטימיות של הביקורת מצד ארגונים אלה. כפי שניתן לראות בסקרים,<sup>273</sup> בעוד שבשנת 2010 רק 50% מהציבור היהודי הסכימו עם האמירה שארגוני זכויות אדם גורמים נזק למדינה, בשנת 2016 עלה המספר ל-70% וירד למעט פחות מ-60% בשנת 2017. הקשר שבין החקיקה נגד ארגוני זכויות האדם לבין הלגיטימיות שלהם בציבור ברור. בשנה שחוק השקיפות עבר בכנסת – 2016 – נרשם זינוק בהתנגדות לפעילות של ארגוני זכויות האדם.



## תרשים 2: מסכימים שארגוני זכויות האדם והאזרח כמו 'האגודה לזכויות האזרח' ו'בצלם' גורמים נזק למדינה (% , יהודים)

270 ס' 36 לחוק העמותות (תיקון מס' 11), התשס"ח-2008, ס"ח 152.

271 ס' 2, 4-5 לחוק חובת גילוי לגבי מי שנתמך על ידי ישות מדינית זרה, התשע"א-2011.

272 ס' 5 לחוק חובת גילוי לגבי מי שנתמך על ידי ישות מדינית זרה (תיקון מס' 1), התשע"ו-2016, ס"ח 1054.

273 סקרי מדד הדמוקרטיה הישראלית, המכון הישראלי לדמוקרטיה, האחוזים מתוך הציבור היהודי. ראו המכון הישראלי לדמוקרטיה מדד הדמוקרטיה הישראלית 2017 138 (2017). <https://www.idi.org.il/media/9684/israeli-democracy-index-2017-he.pdf>

נדמה לנו שמה שקרה כאן תואם לחלוטין את מודל ההשפעה של הפופולזים. העלייה של התנועה הפופוליסטית הביאה לדרישה מתמשכת לפעול נגד ארגוני זכויות אדם, שנתפסים כמייצגים את האליטות הליברליות. הלחץ על הפוליטיקאים הביא לחקיקה נגדם. בהליך החקיקה הקצינו הפוליטיקאים את ההאשמות נגד הארגונים כהצדקה לחקיקה. התוצאה הייתה שהעוינות הציבורית כלפיהם רק התגברה.

אפשר כמובן לטעון שהמצב הפוך: ארגוני זכויות האדם השתמשו בשיח קיצוני ושיתפו פעולה עם גורמים זרים ולכן איבדו את אמון הציבור, הציבור שינה את עמדתו בנוגע לארגוני זכויות האדם, והמערכת הפוליטית הגיבה לשינוי. בכל זאת נדמה לנו, שבמקרה הזה לא קשה לראות מה גרם למה. כפי שמראה התרשים, בשנת 2010 סברו כמחצית מהנשאלים מהציבור היהודי שארגוני זכויות האדם אינם מזיקים למדינה. מכיוון שפעילות הארגונים הללו לא השתנתה מהותית בשנים שלאחר מכן, ההסבר שמטיל את האחריות על הארגונים הוא חסר בסיס. לעומת זאת, האווירה הציבורית השתנתה מאוד. הפתיחות והסובלנות כלפי ביקורת וכלפי דעות שונות הצטמצמו. החקיקה הפופוליסטית של הכנסת השפיעה על הציבור וגרמה לו לזהות את ארגוני זכויות האדם כחלק מה"הם", הפועלים "נגדנו", כלומר כאויבי המדינה.

#### 4. הדרת הציבור הערבי

במהלכי השתקת הביקורת והחלשת האופוזיציה שלובה תנועה להדרת המיעוט הערבי. דוגמה לכך היא תיקון לסעיף 7(א) לחוק יסוד: הכנסת, אשר מרחיב את העילות לפסילת מועמדים לבחירות לכנסת באמצעות הבהרה כי הן כוללות לא רק מעשים אסורים לפי הסעיף אלא גם התבטאויות;<sup>274</sup> דוגמה נוספת היא תיקון לחוק יסוד הכנסת, המאפשר לכנסת ברוב מיוחד של 90 חברי כנסת להדיח חבר כנסת התומך במאבק מזוין נגד ישראל או המסית לגזענות.<sup>275</sup> אולם נראה כי פסגת המאמצים באה לידי ביטוי בחקיקת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (או בכינויו "חוק הלאום") בחודש יולי 2018.<sup>276</sup> מאז אישורו בכנסת ברוב של 62 מול 55 חברי כנסת עורר חוק הלאום מספר עצום של ויכוחים אקדמיים ופוליטיים.<sup>277</sup> על פי מחקר של יובל פלדמן מאוניברסיטת בר-אילן ונטע

274 חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 46), ס"ח 516. מובן שיש בתיקון זה גם משום הגנה על המיעוט הערבי לאור תחולתו על הסתה לגזענות, אולם ברי כי ההשפעה על נציגי המיעוט הערבי היא ניכרת, שכן בעוד שהסתה לגזענות מהווה עבירה פלילית, התבטאות בעניין שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית היא כבר הוראה מעורפלת מאוד, שעשויה להיות בעלת אפקט מצנן משמעותי.

275 חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44), ס"ח 1086. עתירה נגד חוקתיותו של התיקון נדחתה בבג"ץ 5744/16 שחר בן מאיר נ' הכנסת, פס' 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות (פורסם בבנו, 27.5.2018).

276 Menachem Mautner, *Protection of Liberal Rights Amidst a 'War of Cultures' (Kulturkampf)* 276 *Between Secular and Religious Groups*, 48 *ISR. YRB. HUM. RTS.* 137 (2018). ראו גם: Alon Harel, *Basic Law: Israel as the Nation State of the Jewish People*, in *NATIONALITIES PAPERS* 262 (2021).

277 ראו את אסופת המאמרים האקדמיים האלו: *DEFINING ISRAEL: THE JEWISH STATE, DEMOCRACY, AND THE LAW* (Simon Rabinovitch ed., 2018); *Israel Dialectics – Basic Law: Israel*

ברק קורן ונעם גידרון מן האוניברסיטה העברית, בעוד שבעיני הציבור היהודי חוק הלאום קובע את המובן מאליו ולא ברור מה הקושי שבו, הרי בעיני ערבים ודרוזים הוא מהווה פגיעה ניכרת במעמדם.<sup>278</sup>

מבט ראשון חוק הלאום אכן נראה כחוק הקובע אמיתות ציוניות בסיסיות. הסעיף הראשון שלו עוסק בזכותו של העם היהודי להגדרה עצמית. הסעיפים הבאים עוסקים בסמל, בדגל ובהמנון המדינה, בירושלים כבירת המדינה, בעברית כשפת המדינה ובמשימה הלאומית של קיבוץ גלויות ושל דאגה ליהודים החיים מחוץ לישראל. החוק קובע שהמדינה תתמוך בהתיישבות יהודית, וששבת הוא יום המנוחה הרשמי. במילים אחרות, זהו חוק שכל ציוני אמור לתמוך בו. ואולם, מבט מעמיק יותר והשוואה לחוקי יסוד אחרים מגלים תמונה שונה מעט. האזכור היחיד בו של ערבים תושבי המדינה הוא הפגיעה במעמדה של השפה הערבית: לא עוד שפה רשמית, אלא שפה בעלת "מעמד מיוחד" – הגדרה עמומה שטיבה אינו ברור.<sup>279</sup> בכמה סעיפים אחרים היעדרם של לא־יהודים הוא מובהק: כאשר נאמר בסעיף 1 שהעיקרון הבסיסי הוא ההגדרה העצמית של העם היהודי ושמימושה הוא ייחודי לעם היהודי, מובן מאליו שלציבור הערבי אין זכות להגדרה עצמית לאומית;<sup>280</sup> בסעיף 7, שעוסק בחובתה של המדינה לקדם התיישבות יהודית, מכלל הן אתה שומע לאו – המדינה צריכה לקדם התיישבות יהודית אך אינה חייבת לקדם התיישבות לא־יהודית.<sup>281</sup> החוק גם מקבע את מעמדה

as the Nation-State of the Jewish People (Special Section), 25(3) ISR. STUD. 130-266 (2020).

Neta Barak-Corren et al., *The Provocative Effect of Law: Majority Nationalism and Minority Discrimination*, 15(4) J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 951 (2018). לפי מדר השלום החדושי של המכון הישראלי לדמוקרטיה ואוניברסיטת תל־אביב, ההתפרסם בחודש יולי 2018, הציבור הישראלי חצוי בשאלת נחיצותו של חוק הלאום בתזמון הנוכחי: 47% סברו שלא היה צורך לחוקק את החוק, לעומת 45% שסברו שהיה צורך בו. רוב של 52% מקרב היהודים סברו שהיה צורך לחוקק את החוק, לעומת 84% מן הערבים שלא סבורים כך. חשוב לציין עם זאת שרוב הישראלים (61.5%) סברו שהיה ראוי לכלול בחוק הלאום התייחסות לערך השוויון. ראו אפרים יעד ותמר הרמן "רוב הציבור הישראלי בעד הוספת ערך השוויון לחוק הלאום" המכון הישראלי לדמוקרטיה (31.7.2018) [www.idi.org.il/articles/24309](http://www.idi.org.il/articles/24309).

279 ראו מיטל פינטו "מדוע חוק־יסוד הלאום כן משנה לרעה את מעמדה של השפה הערבית בישראל" **ICON-S-IL Blog** (31.10.2018) <https://bit.ly/3nfpstl>; מיטל פינטו "שפה שסועה: בין מעמד רשמי למעמד מיוחד של השפה הערבית בישראל" **תרבות דמוקרטית** 20 (צפוי להתפרסם ב־2021).

280 לדיון בסעיף זה, ראו Tamar Hostovsky Brandes, *Basic Law: Israel as the Nation State of the Jewish People: Implications for Equality, Self-Determination, and Social Solidarity*, 29 MINN. J. INT'L L. 65 (2020); תמר הוסטובסקי ברנדס "הזכות להגדרה עצמית בחוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי" **תרבות דמוקרטית** 20 (צפוי להתפרסם ב־2021).

281 לדיון בסעיף זה, ראו למשל רוגית לוי־שנור ואדם שנער "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקת?" **תרבות דמוקרטית** 20 (צפוי להתפרסם ב־2021); מנאל תותריג'ובראן "חוק יסוד הלאום: פרשנות סעיף ההתיישבות היהודית בראי עקרונות השוויון" **קומנטר מאמרים על חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי** (צפוי להתפרסם ב־2021); חיים זנברג

של השפה העברית כשפת המדינה (סעיף 4). סעיפים אלו, טוענים רבים ממתנגדי החוק, עלולים לפגוע קונקרטי בזכויותיהם של לא־יהודים וליצור אפליה ספציפית של ערבים. דיון מרכזי על נוסח החוק עוסק בהיעדרו של עקרון השוויון מהחוק.<sup>282</sup> אנו סבורים כי הכשל המרכזי של חוק הלאום אינו עקרון השוויון במובנו הקונקרטי והפרטי, אלא ההדרה של כל מי שאינו יהודי מקבוצת האוכלוסייה הזכאית לקרוא למדינה "שלה". בכל חוקה דמוקרטית בעולם שבה המדינה מוגדרת כמדינת לאום, יש לצידה תמיד הכרה מפורשת במיעוטים ובזכויותיהם.<sup>283</sup> אין מדינת לאום דמוקרטית המדירה את המיעוטים מחוץ הרוב. כאשר חוק הלאום מתאר בסעיפיו השונים את החזון של מדינת ישראל, המסקנה היא שהוא מתיימר להחליף את החזון של מגילת העצמאות, אשר ביקש מן הערבים "ליטול חלקם בבניין המדינה", בחזון המעלים מתוכו את הערבים. בתמצית החזון הזה מוזכרים היהודים בלבד, והמסקנה מכאן היא שחזונה של מדינת ישראל הוא חזון מדיר ולא מכיל, מפריד ולא מחבר. חוק הלאום מייצג את התנועה הפופוליסטית הישראלית בשני מובנים מרכזיים. ראשית, הוא מופנה כלפי האוכלוסייה היהודית. חוק הלאום אינו מתייחס מפורשות לאוכלוסייה הערבית (מלבד התייחסות משתמעת לעניין שינוי מעמדה של השפה הערבית) או לעצם העובדה שבמדינת ישראל קיימים מיעוטים. בכך הוא תורם תרומה ניכרת להגדרת ה"אנחנו", שהיא כאמור חלק מהותי מן התפיסה הפופוליסטית. ה"אנחנו" הישראלי הוגדר בחוק כתואם במלואו כמעט את הלאום היהודי. החוק מסמן לכל יהודי בישראל את היותו חלק מ"אנחנו", העומד בניגוד ל"הם" של המיעוטים.

חוק הלאום הוא פופוליסטי במובן נוסף, עמוק יותר, כלפי הציבור הערבי בישראל. בניגוד לחוקי היסוד משנת 1992, החוק אינו כולל כל אזכור של מגילת העצמאות, וגם לא את הנוסחה של "מדינה יהודית ודמוקרטית" – נוסחת האיזון שהייתה הבסיס להתקיימות הדמוקרטיה הפלורליסטית במדינה שיש בה מרכיב לאומי חזק ביותר. נוסחת ה"יהודית ודמוקרטית" ייצגה את מחויבותו של הרוב היהודי להתחשב בעמדתם של המיעוטים ולנהל איתם שיח על זכויותיהם. במילים אחרות, נוסחה זו והמחויבות המשתמעת לעקרון השוויון הנגזרת מן ההפניה לעקרונות מגילת העצמאות אפשרה למיעוטים בישראל להרגיש שהם חלק מן המדינה, ולו חלק משני. חוק הלאום, אם כן, הוא ציון דרך בשינוי פניה של ישראל מדמוקרטיה פלורליסטית למדינה שבה הרוב יכול "להכריע" את המיעוט. גם צורת החקיקה של חוק הלאום הייתה אופיינית לתנועות ולמשטרים פופוליסטיים. החוק עבר בתמיכת רוב לא־גדול. לאחר סחר־מכר פוליטי ארוך הצליחו תומכי החוק לגייס

הצעת פירוש לסעיף 7 לחוק הלאום: 'התיישבות יהודית' קומנטר מאמרים על חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (צפוי להתפרסם ב־2021).

Suzie Navot: *A New Chapter in Israel's "Constitution": Israel as the Nation State of the Jewish People*, VERFBLOG (Jul. 27, 2018), [verfassungsblog.de/a-new-chapter-in-israels-constitution-israel-as-the-nation-state-of-the-jewish-people/](http://verfassungsblog.de/a-new-chapter-in-israels-constitution-israel-as-the-nation-state-of-the-jewish-people/) ("even though the Basic Law states what seems to be a picture of reality, it is, still, very problematic. Not because of what is included within it, but mainly for what is missing from it: the idea of a democratic state and the principle of equality")

283 שם. ראו גם מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס "הצעת חוק יסוד 'ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי': האם צריך להקים מחדש את המדינה היהודית?" גילוי דעת 7, 133, 137–138 (2015).



בקושי את חברי הקואליציה לתמיכה בו, והאופוזיציה התייצבה נגדו כאיש אחד.<sup>284</sup> כלומר, בחקיקת חוק הלאום, בניגוד לחוקי היסוד של זכויות האדם, לא היה שיתוף פעולה בין קואליציה לאופוזיציה וניסיון ליצור חוק שיבטא את זהותם של כלל אזרחי המדינה.<sup>285</sup> יש בחוק לא רק "אצבע בעין" כלפי הציבור הערבי, אלא גם "אצבע בעין" כלפי האופוזיציה – "הנה לכם"; כמו אמרו מעצביו של החוק, "אנו יכולים להשיג רוב של שישים ואחד חברי כנסת, וברוב הזה נעשה כל מה שבא לנו". זוהי הגישה הפופוליסטית של "The winner takes it all". היבט זה תואם באופן מוחלט את מאפייני הפרויקט החוקתי הפופוליסטי אשר סקרנו בפרק הראשון של המאמר: כלל הכרעת הרוב ככלי המשילות המבטא את רצון העם וריבונותו, ונטילת הסמכות המכוננת בידי הממשלה והפעלתה באופן פרטיזני-מפלגתי ומוניסטי במקום הליך כוללני הבנוי על הסכמה רחבה.<sup>286</sup>

למעשה, התפיסה הפופוליסטית יכולה לספק הסבר מדוע חקיקת חוק היסוד נעשתה בצורה זו בכוונת מכוון: מטרת המחוקקים, כפי שאנו משערים אותה על רקע התפיסה הפופוליסטית, הייתה לגרום לכך שהאופוזיציה תצביע נגד החוק, כדי לסמן את חבריה כמי ששומרים על האינטרסים של הערבים ולא של היהודים. על כן הוצאו מן החוק האזכור של מגילת העצמאות ושל היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. אילו נשאר בחוק אזכורים אלה, המופיעים למשל בנוסח קודם של הצעת חוק היסוד שהציעו חברי הכנסת איילת שקד, יריב לוין ורוברט אילטוב משנת 2013, סביר להניח שחלק ניכר מחברי האופוזיציה היו מצביעים בעדו. אלא שאז היה החוק מאבד את ערכו ככלי להבריל בין הטובים לרעים.<sup>287</sup>

לסיכום, התנועה הפופוליסטית הישראלית הצליחה להביא לשורה של שינויים אלו המהווים חלק מהליך של נסיגה חוקתית וניסיון להפיכת נגד למהפכה החוקתית. אכן, חלק מהצעות החקיקה שסקרנו לא התממשו כדי חקיקה של ממש; אך אנו סבורים כי אין בכך כדי להפחית משמעותית מחשיבותן, שכן הצעות אלו משפיעות על השיח הציבורי, ממחישות את כוונת הממשלה ועשויות להבשיל כדי חקיקה.<sup>288</sup>

284 חבר הכנסת אלי אלאוף מסיעת "כולנו" אמר בריאיון לעיתון "גלובס" כי הצביע בעד החוק רק בשל המשמעת הקואליציונית. ראו סטלה קורין ליבר "ללא משמעת קואליציונית הייתי מצביע נגד חוק הלאום": אלי אלאוף נפרד מ'כולנו' אחרי קדנציה אחת "גלובס (28.3.2019) [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001279929](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001279929)

285 חשוב לציין בהקשר זה, כי בעוד שחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו לא נחקק ברוב גדול (32 מול 21 ונמנע אחד), אופן הליך החקיקה שלו שיקף קונצנזוס ושיתוף פעולה בין מפלגות פוליטיות ובין אופוזיציה וקואליציה, בניגוד להליך חקיקת חוק הלאום. ראו אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי היסוד" משפט ועסקים יד – משפט ואדם 79, 87 (2012).

286 Blokker, *Populism*, לעיל ה"ש 44.

287 ראו, באופן דומה, את דבריו של בן-דרור ימיני בכנס שנערך במרכז הבינתחומי הרצליה בנושא "חוק הלאום בראי זהות, משפט ופוליטיקה", 17.12.2018, בכתובת [www.youtube.com/watch?v=RQb-HwJ2IHU&index=7&t=0s&list=PL9-p81jhjE\\_UeUB5RWoRga-OKHy3a8p0I&app=desktop](http://www.youtube.com/watch?v=RQb-HwJ2IHU&index=7&t=0s&list=PL9-p81jhjE_UeUB5RWoRga-OKHy3a8p0I&app=desktop).

288 ראו אילן סבן "תגובת-הנגד הפוליטית למהפכה החוקתית" המרחב הציבורי 13, 21-22 (2017-2018) ("תגובת-נגד אינה מתמצית בגיבוש שינוי פורמלי, מפורש, של הדין. הרי

איננו טוענים שמופעים אלו של פופוליזם הביאו להפיכתה של ישראל לדמוקרטיה פופוליסטית. טענתנו היא כי המבנה החברתי והחוקתי הישראלי מהווה כר נוח לעליית הפופוליזם בישראל. יתר על כן, סדרה של הצעות חוק שעלו בכנסת ה-18 (2009–2013) ובכנסת ה-20 (2015–2019) איימו לפגוע פגיעה ניכרת במבנה הדמוקרטיה הליברלית בישראל.<sup>289</sup> אמת, חלק גדול מאותם חוקים לא עברו בכנסת, אך בלימתם הייתה תלויה בשחקני וטו קואליציוניים משתנים. הגורמים החברתיים והמבניים וירידת האמון במוסדות הדמוקרטיה הישראלית הם הקובעים את מגמות הפוליטיקה החוקתית הישראלית.

## ה. התגובה השיפוטית לפופוליזם

בישראל גרעין השליטה הקואליציוני שולט הלכה למעשה ברשות המחוקקת; בה בעת אין חלוקת כוחות פוליטית אמיתית בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת, והיעדרה של חוקה נוקשה מאפשר לבצע שינויים בחקיקת יסוד "בקלות בלתי-נסבלת", בשילוב של מגילת זכויות רזה במיוחד. כל אלה הביאו לכך שהתנועה הפופוליסטית עמדה בפני מחסומים נמוכים במיוחד בעלייה לשלטון ובהנעת הפרויקט הפופוליסטי. מאפיינים אלו מעמידים את בית המשפט העליון בעמדה ייחודית של ה"בלם" האחרון בפני הפופוליזם. ואולם חלק מן הבעיה נטוע בתגובה השיפוטית לפופוליזם. המהפכה החוקתית הייתה מהפכה של זכויות אדם.<sup>290</sup> הכלים החוקתיים שעוצבו בה מאפיינים הגנה אנטי-רובנית

התבטאויות של גינוי ושל איום מצד אליטות פוליטיות רבות עוצמה צופנות השפעה הן על השופטים והן על החברה והתרבות שבתוכן השופטים פועלים. שנית – וזו הנקודה העיקרית – השפעתם של המהלכים הנזכרים בכנסת ובשיח הציבורי גְּדֵלָה משום שהאיום המושמע נעשה לא רק תכוף יותר, אלא גם ממשי יותר... האיום המפורש בתגובת-נגד פוליטית עזה כלפי בית המשפט נושא עימו אמינות, שכן בית המשפט העליון יכול להיטיב לשַׁעֵר – מתוך התבוננות בחקיקה שהתקבלה בשנים האחרונות – אילו מבין ההצעות הנוספות לשינוי חוקים או חוקי יסוד (עלולות להתקבל). ראו גם ברוח דומה רון, קרמניצר ושני, לעיל ה"ש 69, בעמ' 90 ("אומנם חלק נרחב מהאמצעים שננקטו בהונגריה ובפולין לא הסתכמו בהצעות חוק גרידא אלא אושרו על ידי הפרלמנטים, ואילו בישראל מרבית האמצעים שננקטו נעצרו בשלבים שונים אך לא הבשילו. ואולם אנו סבורים כי חרף הברל זה אין להתייחס בקלות ראש להצעות החוק האנטי-ליברליות בישראל ולפטור אותן בכותרת "הצהרות חוק" – משל היו טקסטים חסרי משמעות. יש להן השפעה על דעת הציבור ועמדותיו, ומה שהיום הוא בגדר הצעה שלא עברה – עלול להפוך לחוק של מחר").

289 דנו לעיל בחלק מן החוקים. לפירוט באשר להצעות החוק ולחקיקה שעברה, ראו: עמיר פוקס, דנה בלאנדר ומרדכי קרמניצר חקיקה אנטי-דמוקרטית בכנסת ה-18 (2015); האגודה לזכויות האזרח "צמצום המרחב הדמוקרטי בישראל – הכנסת ה-20: תמונת מצב" (אוקטובר 2018) <https://law.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2018/10/anti-democratic-legislation1018.docx>. ראו גם עמיר פוקס "עשור של חקיקה אנטי דמוקרטית" המכון הישראלי לדמוקרטיה <https://www.idi.org.il/articles/29388> (25.12.2019).

290 סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דרישה בכלים מוסדיים" משפטים על אתר יב 99, 101 (התשע"ח) (להלן: נבות "הדיאלוג החוקתי"). יהושע (שוקי) שגב "העצמת שיח הזכויות החוקתיות בעקבות המהפכה החוקתית: האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם" משפט ועסקים

של יחידים. ההגנה החוקתית התפרסה אומנם על מנעד צר של זכויות, אך המתודולוגיה החוקתית הובילה אותנו להסתכל על כל בעיה במונחים של פגיעה בזכויות ובחוקתיותה. כפי שדפנה ברק־ארז מציינת, "המחלוקת בנושא 'המהפכה החוקתית' וטיב ההגנה על זכויות־יסוד השתלטה על השיח החוקתי, ודחקה לקרן זווית שאלות חשובות אחרות. דווקא בשנים אלה חלה התפתחותם העיקרית של דיני הדמוקרטיה בעולם".<sup>291</sup> אלא שהאתגרים הנוכחיים אינם נוגעים – באופן בלעדי – להגנה על זכויות אדם, אלא ל"דיני הדמוקרטיה" ממש ולחוקה המוסדית שלנו.

אך נדמה כי דווקא בסוגיות חוקתיות־משטריות שונות נקט בית המשפט העליון ריסון שיפוטי עודף. אין אנו טוענים כי בית המשפט לא נתן כלל את דעתו לסוגיות מבניות או מוסדיות. כלל וכלל לא. איל בנבנישתי העיר כבר מזמן על כך שבית המשפט היה רגיש לדינמיקה הפוליטית ולמערכת היחסים שבין הרשויות.<sup>292</sup> אלא שבאופן מסורתי נמנע בית המשפט העליון מלעשות חוקתיזציה של היחסים בין הרשויות, למסד אותה בתקדימים ולהגביה אותה לרמת העקרונות והאיזונים באותה המידה שבה הוא שכלל את היוריספרודנציה בתחום ההגנה (החשובה והחיונית) על זכויות האדם שפותחו במהלך התקופה של המהפכה החוקתית. צדק אפוא בנבנישתי בקריאתו, כי "יש להתייחס למאמצים לבצר את הבלמים והאיזונים שנתהוו – או לפגוע בהם – באותה מידה של רצינות שבה מתייחסים למאמצים לקידום זכויות אדם".<sup>293</sup>

יש דוגמאות רבות להיעדרו של פיתוח חוקתי מספק של החוקה המוסדית. כך למשל, "כלל ההסדרים הראשוניים" שעוצב בסוף שנות התשעים<sup>294</sup> כמעט שאינו בא לידי שימוש בפסיקת בית המשפט העליון.<sup>295</sup> כך לשם ההמחשה, בעניין היקף ייצוא הגז שנקבע בהחלטת ממשלה נמנע בית המשפט מלקבוע כי הכרעה זו מצריכה הסמכה מפורשת בחקיקה, אף על פי שהכרעות בעניין זה הן "ערכיות שבערכיות וציבוריות שבציבוריות... הכרעות שבשל טיבן

טז 235, 237 (התשע"ד) ("יש הרואים בהעצמת שיח הזכויות בעקבות המהפכה החוקתית מהפכה של ממש: מהפכת הזכויות"). שגב מטיל שם ספק עד כמה ישנו קשר הכרחי בין המהפכה החוקתית לבין שיפור אמיתי מהותי במצבן של זכויות האדם בישראל.

291 דפנה ברק־ארז "לקראת דיני דמוקרטיה בישראל" עיוני משפט לג, 527, 542 (2011).

292 ראו איל בנבנישתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא 797 (2001).

293 שם, בעמ' 819.

294 לדיון בכלל ההסדרים הראשוניים, ראו גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 (2010); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקתיות החדש" משפטים מב 379 (2012); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449 (2012).

295 ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ 595, 634 (2017) ("בכל הקשור להפעלת סמכויות שלטוניות שאינן כרוכות בפגיעה בזכויות חוקתיות, הגישה שנהפכה לשלטת בפסיקה בשנים האחרונות מבטאת התייחסות לדוקטרינת ההסדרים הראשוניים כאל דין רצוי בלבד. במישור החוקתי, בהתייחס למקרים שבהם הסמיכה הכנסת במפורש בחוק את הרשות המנהלית לקבוע מדיניות עקרונית, נמנע בית־המשפט מלהחיל ביקורת שיפוטית על החקיקה, והותיר ב'צריך עיון' את השאלה אם יש להכיר במעמדה החוקתי של הדוקטרינה").

ראוי שימצאו מקומן בחקיקה ראשית מטעם נציגי העם בכנסת".<sup>296</sup> כך גם בעניין מתווה הגז, שם נקבע כי אין צורך בחקיקה ראשית לעיגונו, על אף חשיבותו הציבורית.<sup>297</sup> בית המשפט גם נמנע לקבוע גבולות לכוחה של הממשלה באופן כללי. כך, בעניין חוקתיות ההפרטה של סמכויות מאסר נמנע בית המשפט – בהרכב מורחב – מפיתוח דוקטרינה שתבסס על סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, שלפיו "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה", ושתגדיר מפורשות מהם הרכיבים האופרטיביים המהווים "גרעין קשה" של סמכויות שלטוניות אשר מהן הממשלה אינה יכולה להתפרק.<sup>298</sup> בית המשפט גם נמנע מלקבוע גבולות לסמכויות הממשלה בנושאי חוץ וביטחון,<sup>299</sup> ולא התערב בריכוז כוח אצל ראש הממשלה כאשר ראש הממשלה כיהן במקביל בארבעה משרדים שונים מלבד משרד ראש הממשלה.<sup>300</sup> זאת ועוד, על אף אמירות חריפות בנוגע לחקיקת ההסדרים, הפוגעת פגיעה קשה בעקרונות יסוד של הליכי החקיקה,<sup>301</sup> עד לאחרונה נמנע בית המשפט מלהתערב בחקיקה דורסנית של הממשלה. במאמרו "המדינה הקואליציונית" מתן גוטמן מספק דוגמאות רבות לגישתו המרוסנת של בית המשפט בנושאים מוסדיים שונים, כגון הגבלת עצמאותם של חברי הכנסת, הליכים פנים-פרלמנטריים והליכי חקיקה ועקיפת הכנסת בידי הממשלה.<sup>302</sup> ייתכן שריסון זה גרר את התחושה אצל הרשות המבצעת, כי לכל הפחות באשר לחוקה המוסדית הישראלית "הכול מותר".<sup>303</sup>

אנו מסכימים אפוא עם מסקנתו של גוטמן, כי בית המשפט לא הקפיד "במידה הראויה על איוון הכוחות בין הכנסת לממשלה; הוא לא שמר במידה נאותה על מעמדה של הכנסת אל מול כוחה הדורסני של הממשלה; בגישה מרוסנת בתחום המוסדי – להבדיל מתחום

296 בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 33 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 2.7.2014).

297 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016).

298 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009). על פרשה זו, ראו Barak Medina, *Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization*, 8 INT'L J. CONST. L. 690 (2010); Hillel Sommer & Guy I. Seidman, *Courts, Prisons, Budgets and Human Dignity: An Israeli Perspective*, 8 L. J. Soc. Just. 135 (2017).

299 כך למשל, בית המשפט לא התערב בקביעת הממשלה שמלחמת לבנון השנייה אינה "מלחמה" כמובן של חוק-יסוד: הצבא. ראו בג"ץ 6204/06 ביילין נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 1.8.2006). באופן כללי באשר לגבולות ההתערבות של בית המשפט העליון בנושאי ביטחון, ראו עמיחי כהן וסטיאורט כהן יורים ושופטים: בטחון ומשפט בישראל 242-244 (2014).

300 בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.4.2016).

301 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

302 גוטמן "המדינה הקואליציונית", לעיל ה"ש 150.

303 כפי שציינה הנשיאה נאור בעניין הריסון והאיפוק השיפוטי בכל הנוגע לחוק ההסדרים, שבו הפעילה הרשות המבצעת דורסנות כלפי הכנסת וכלפי הליכי החקיקה בה: "יתכן שמנהגו זה יצר תחושה כי 'הכל מותר', ולא היא". ראו בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 6.8.2017).

השמירה על זכויות הפרט – תרם בית המשפט במידה בלתי מבוטלת לשגשוגה של המדינה הקואליציונית. המשפט החוקתי הישראלי נעדר פיתוח של כללים מוסדיים ונורמטיביים למיתון כוחה 'המכבשי' העז והמוחץ של הממשלה".<sup>304</sup> כפי שהעיד הנשיא בדימוס אשר גרוניס בכנס אקדמי, הוא עצמו כשופט לא נתן מספיק את הדעת על התפקיד של בית המשפט בהגנה על הרשות המחוקקת מפני הרשות המבצעת.<sup>305</sup>

למעשה התמקד בית המשפט בהגנה על זכויות אדם, ולא פיתח דוקטרינות מורכבות בנוגע ליחסי הרשויות ובסוגיות חוקתיות-משטריות-מוסדיות. לפיכך התעוררה התהייה, "האם לא הזנחנו את היסודות שבלעדיהן לא נוכל באמת להגן על זכויות?"<sup>306</sup> שהרי אלו הם הערכים המוסדיים והמבניים, כפי שלימדנו מרטין רדיש, אשר נועדו ליצור מסגרת שבה מערכת המבוססת על זכויות יכולה לפרוח. הזנחה שיפוטית של הערכים המוסדיים העומדים בבסיס שיטת המשטר מאיימת על יסודות התאוריה הפוליטית של החוקה הדמוקרטית.<sup>307</sup> ובעוד שביקורת שיפוטית שמתמקדת במוסדות ובהליכים נתפסת אולי כעניין טכני או חסר חשיבות, הרי לביקורת שיפוטית על ההסדרים המוסדיים – האופוזיציה, מערכת האיזונים שבין הרשויות הפוליטיות, הליך החקיקה ועוד – חשיבות נורמטיבית גדולה לחברה ולמשטר הדמוקרטי כולו.<sup>308</sup>

המציאות הקיימת, שבה מנהיגות פוליטית חזקה "מדלגת" על מוסדות חוקתיים ייצוגיים ובראשן הכנסת באופן שמהווה סכנה למבנה הדמוקרטי הבסיסי של ישראל, מחייבת חשיבה מחודשת באשר לתפקיד בית המשפט בחברה ולאופן הפעלת סמכויותיו:

"חיינו הלאומיים" דורשים בעת הזאת, הגנה נחושה יותר על החוקה המוסדית. ברמה הנורמטיבית, ההבנה שהסדר החוקתי הליברלי אינו כה יציב ומצוק כמו שחשבנו מחייבת חישוב מסלול מחדש וקוראת להתמקדות בהגנה על הנורמות והרכיבים החוקתיים שמגנים על כללי המשחק הדמוקרטיים, הבחירות, הפרדת הרשויות, חיזוק הייצוגיות והגנה על שומרי הסף, הגנה על השירות הציבורי, עצמאות רגולטורית וכן, גם הגבלת הכוח השלטוני של הרשות המבצעת והעומד בראשה בדרכים שלא ידענו עד היום בחיינו הלאומיים".<sup>309</sup>

בהגנה זו יש לבית המשפט תפקיד מרכזי. תפקיד זה הוא חשוב במיוחד, שכן חייבת להיות קורלציה בין ההתנהגות השלטונית ואופן כיבודה את כללי המשחק הפוליטיים והתגובה

304 גוטמן "המדינה הקואליציונית", לעיל ה"ש 150, בעמ' 31.

305 אירוע מקוון לכבוד צאת ספרו של פרופ' עמיחי כהן "מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד" (אוניברסיטת תל אביב, 22.11.2020, [www.youtube.com/watch?v=gHW2SC6wBzI](https://www.youtube.com/watch?v=gHW2SC6wBzI)).

306 נדיב מרדכי ויניב רוזנאי "על נסגנות חוקתית וחיינו הלאומיים" ICON-S-IL Blog (8.6.2017) <https://bit.ly/2RVH0aD>.

307 .MARTIN H. REDISH, THE CONSTITUTION AS POLITICAL STRUCTURE (1995).

308 ראו למשל איתי בריסימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לז' 645 (2016) בהקשר של חשיבות הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה לדמוקרטיה הישראלית; ולעניין החשיבות של ביקורת שיפוטית פרוצדורלית להגנה סובסטנטיבית על זכויות ועל עקרונות, ראו איתי בריסימן-טוב "מהפכה או המשכיות? מקומו של פסק דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל יט 271 (2018).

309 מרדכי ורוזנאי, לעיל ה"ש 306.

השיפוטית.<sup>310</sup> התגובה השיפוטית הראויה לפופולזם צריכה להיות בשני מישורים עיקריים: במישור הזכויות חייבת להיות הגנה חזקה לחופש הביטוי ולזכויות פוליטיות; במישור המבני-מוסדי בית המשפט חייב לפתח את החוקה המוסרית הישראלית ולהגן עליה. עליו להגן על הכנסת, על הפרדת הרשויות, על האופוזיציה הפרלמנטרית ועל כללי הבחירות. כל אלו הונחו יחסית מאז המהפכה החוקתית, הנחשבת כמהפכה של זכויות, אולם הקשר שבין מוסדות וזכויות הוא כאמור הדוק.<sup>311</sup>

את שני המישורים הללו ניתן לחלק לארבעה היבטים מרכזיים בתפקיד ההגנה השיפוטית על הדמוקרטיה. ההיבט הראשון נוגע להגנה על התהליך הדמוקרטי עצמו, דהיינו הצורך להבטיח שהתהליך הצר של בחירות תחרותיות ושל שלטון הרוב בדמוקרטיה נשמרים באופן אמיתי, הוגן ושווה.<sup>312</sup> כך למשל, החלטה שיפוטית שניתנה לאחרונה ברפובליקת מלאווי, אשר נגעה למחלוקת בחירות, הביאה בהצלחה לבחירות חוזרות שבהן ניצח פוליטיקאי מן האופוזיציה את השליט המכהן ובהתאם החלפה שלטונית.<sup>313</sup> ההיבט השני נוגע להגנה על זכויות הפרט, ובעיקר על זכויות המיעוט אל מול עריצות הרוב.<sup>314</sup> ההיבט השלישי הוא היבט

310 ראו למשל את דברי השופט חשין בבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 917-918 (2003) ("עומק התערבותו ותחומי התערבותו של בית-המשפט במעשי השלטון ייקבעו על-פי דרכי הנהגתו של השלטון... אשריה חברה שתרכות ה־it isn't done מוטמעת באורחות השלטון שבה. אשריו בית-משפט שלא הוטל עליו להכריע בנושאים שתרכות ה־it isn't done מכריעה בהם, ובעצם הכרעתה מרחיקה היא אותה מחצרו"). ראו גם עניין בג"ץ 8260/16, לעיל ה"ש 210, פס' לה לפסק דינו של השופט רובינשטיין ("הריסון אותה נוקטת הרשות המכוננת בתיקון החוקה מחייב גם ריסון מצד בית המשפט; ואולם נרמה שהמשך הטבעי לדברים אלה, הוא שככל שהרשות המכוננת אינה נוקטת היא עצמה ריסון של ממש כבואה לתקן את עקרוניתה החוקתיים של המדינה, נכוונותו של בית המשפט לבקרה – רחבה יותר").

311 Ozan Varol, *Structural Rights*, 105 GEO. L.J. 1001 (2016)

312 השוו זאת עם התאוריה של ג'ון אילי על ביקורת שיפוטית, שלפיה ביקורת שיפוטית צריכה להתמקד בתהליך הפוליטי ולהבטיח שיהיה לה ייצוג שווה בו. בתי המשפט צריכים להתערב כאשר התהליך הפוליטי נכשל, כאשר בעלי הכוח מונעים זאת כדי לשמר את הסטטוס קוו או כאשר הממשלה מונעת ממיעוטים את אותה הגנה שהיא מעניקה לרוב. ראו JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980). מבטא גישה זו בבית המשפט העליון היה הנשיא אשר גרוניס. ראו איתי בר-סימן טוב "ג'ון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי" *דין ודברים* ט 67 (2015).

313 Peter Mutharika & Another v. Chilima & Another (Msca Con. App. No. 1) MWSC 1 (2020). ליכולת של בית המשפט להגן על הדמוקרטיה התחרותית, ראו גם Aziz Z. Huq & Tom Ginsburg, *Democracy Without Democrats*, 6 CONST. STUD. 165 (2020).

314 Minh Tuan Dang, *Constitutional Protection of Fundamental Rights: Comparative Analysis of the American and European Model of Constitutional Review*, in THE ROLE OF COURTS IN CONTEMPORARY LEGAL ORDERS 189 (Martin Belov ed., 2019). ראו גם RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 85 (2nd ed. 1978). השאלה אם ביקורת שיפוטית היא הכרחית להגנה על זכויות היא מורכבת. גם המחוקקים יכולים להגן על זכויות. ראו למשל GRÉGOIRE WEBBER ET AL., LEGISLATED RIGHTS: SECURING HUMAN RIGHTS

ההגנה על הפרדת הרשויות והשמירה על כך שרשות אחת לא תדרוס את הרשות האחרת. דוגמה לתפקודו של בית המשפט כמגן על עקרון הפרדת הרשויות הוא במקרה שבו בית המשפט פוסל החלטה של הרשות המבצעת, כאשר היא חותרת תחת סמכותה של הרשות המחוקקת. דוגמה ערכנית לכך התרחשה בפרשת *R v. The Prime Minister* (פרשת Miller (No 2)),<sup>315</sup> שנדונה בבית המשפט העליון של בריטניה. בפרשה זו נדרש בית המשפט העליון להחליט אם עצתו של ראש הממשלה, אשר המליץ למלכה להשעות את הפרלמנט, הייתה בלתי-חוקית. בית המשפט העליון קבע, שעצת הממשלה למלכה בדבר השעיית הפרלמנט היא בלתי-חוקית אם השלכותיה הן מניעה או סיכול – ללא הצדקה מספקת – של יכולת הפרלמנט לבצע את תפקידיו החוקתיים כמחוקק וכגוף המפקח על הממשלה. במקרה שכזה בית המשפט יתערב.<sup>316</sup> בפרשה זו הגן בית המשפט על עקרון הפרדת הרשויות.<sup>317</sup> ההיבט הרביעי בתפקיד ההגנה השיפוטית על הדמוקרטיה נוגע להגנה על עקרונות היסוד של הסדר החוקתי, למשל באמצעות ביקורת שיפוטית על שינויים חוקתיים הפוגעים בעקרונות היסוד של הסדר החוקתי, בין אם הם מוגנים במפורש או במשתמע מן החוקה.<sup>318</sup>

על הטענה כי בתי המשפט יכולים למעשה לשמש מגיני הדמוקרטיה נמתחה בישראל ביקורת מצד פוליטיקאים ואינטלקטואלים ציבוריים. אלו סוברים כי אין להסמיך את בית המשפט לבחון חוקי יסוד, וטענתם היא כי שינויים חוקתיים שביקשו להרוס את הדמוקרטיה לא יקרו; ובכל מקרה, כאשר חוק יסוד העלול באמת לפגוע בדמוקרטיה יחוקק, ביטולו בידי בית המשפט לא יעזור בהגנה על הדמוקרטיה, משום שהשלטון פשוט יתעלם מהחלטת בית המשפט.

כך, שרת המשפטים לשעבר איילת שקד טענה בנאום פומבי: "איני מקבלת את ההנחה המובלעת בכל הדיונים האלה כאילו בית המשפט מחזיק בעדיפות מוחלטת על הפרלמנט בתחום ההגנה על זכויות האדם. כאילו הפרלמנט הוא זה שתולה את הג'ינג'ים על עמודי השמל ובית המשפט עובר עמוד-עמוד ומוריד אותם ממנו".<sup>319</sup> אם הפרלמנט יחוקק חוק שיקבע "שיש לתלות את כל הג'ינג'ים", טענה שקד בנאום אחר בפני מליאת הכנסת, בית המשפט לא יצליח לעזור מכיוון שהחברה הפכה למושחתת מדי:

---

THROUGH LEGISLATION (2018). אף על פי כן, ברור שלבתי המשפט תפקיד משמעותי בהגנה על זכויות. לניתוח שכזה, ראו Terrance Sandalow, *Judicial Protection of Minorities*, 75 MICH. L. REV. 1162 (1977); Wojciech Sadurski, *Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights*, 22(2) OXFORD J. LEGAL STUD. 275 (2002).

315 R v. The Prime Minister [2019] UKSC 41.

316 שם, בפס' 50. על היכולת של מבחן זה לחזק את ההגנה השיפוטית על הדמוקרטיה, ראו Tarun Khaitan, *The Supreme Court Ruling: Why the Effects Test Could Help Save Democracy (Somewhat)*, LSE Blog (Nov. 24, 2019), blogs.lse.ac.uk/brexit/2019/09/24/the-supreme-court-ruling-why-the-effects-test-could-help-save-democracy-somewhat/.

317 עניין R v. The Prime Minister, לעיל ה"ש 315, בפס' 34.

318 Roznai, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS, לעיל ה"ש 184, בפרק 7 ו-8.

319 ראו את הרצאתה של השרה איילת שקד בכנס פורום קהלת בנושא "חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום היהודי" (מרכז מורשת מנחם בגין, 9.10.2018, [www.youtube.com/watch?v=moXqrpg4skQ](http://www.youtube.com/watch?v=moXqrpg4skQ)).



"ביום שכנסת ישראל תחוקק חוק שאומר שלחרדים או לערבים או לנשים אין זכות הצבעה, בית המשפט לא יושיע אותנו מהריקבון. כשחברה נרקבת ככה, גם בית המשפט נרקב. וראינו את זה מההיסטוריה, ראינו את זה כבר בהיסטוריה המודרנית. במצבים כאלה, לצערי, גם באיטליה וגם בגרמניה, בית המשפט, חזק ככל שיהיה, לא עזר. לא עזר... כנסת ישראל לא תידרדר לשפל כזה. ואם, חס וחלילה – זה לא יהיה בדור שלך, זה לא יהיה בדור של הילדים שלנו. אבל אם, חס וחלילה, חס וחלילה, המדינה שלנו תידרדר לשפל הזה, בית המשפט לא יושיע אותה. בית המשפט לא יושיע אותה... כנסת ישראל מעולם לא חוקקה חוק גזעני. וביום – אני חושבת שהיום הזה לא יבוא. אני לא מאמינה שהיום הזה יבוא. אבל ביום שהיום הזה יבוא אותה כנסת ארורה גם לא תציית לכג"ץ. זה יהיה חורבן המדינה שלנו".<sup>320</sup>

טיעון זה מציג סברה מוטעית, הנופלת לדיכוטומיה המדומה (false dichotomy)<sup>321</sup> של כישלון הדמוקרטיה: או שמתקיימת דמוקרטיה המתפקדת באופן מושלם, או שיש כישלון מוחלט, דוגמת ויימאר. אך זה כמעט לעולם אינו המקרה; השפעתו של בית המשפט על הדמוקרטיה אינה נמדדת בחוק היפותטי שהופך מדינה מדמוקרטיה לאוטוקרטיה, אלא היא נמדדת – באופן הדרגתי וגדל – על פי סדרת החלטות שיפוטיות בחייה של אומה. כפי שיוג'ין רוסטו מציין, בעוד שאמת היא כי אף בית משפט אינו יכול להציל חברה מהרס, בפעולתו יכול בית המשפט לשחרר כוחות דמוקרטיים דומיננטיים בחברה ולעודדם.<sup>322</sup> ההבחנה הדיכוטומית שבין דמוקרטיה המתפקדת באופן מושלם לבין כישלון מוחלט של המשטר הדמוקרטי היא כאמור מוטעית. למעשה, בין שני קצוות אלו יש מנעד רחב שבו בתי המשפט יכולים לשמש מעין "סימן עצור" או להוות "פסי האטה" כנגד רפורמות חוקתיות וחוקתיות שנועדו לחתור נגד הסדר הדמוקרטי או לשחוק אותו. לעיתים קרובות החלטות שיפוטיות שבהן בית המשפט מכריז על תיקונים חוקתיים ככלתי-חוקתיים, כאלו אשר יפגעו פגיעה ניכרת בסדר החוקתי-דמוקרטי, עשויות להאט יוזמות אוטוריטריות – גם אם לא לעצור אותן לחלוטין – עד ששחקנים פוליטיים אחרים יעלו לשלטון.<sup>323</sup>

320 פרוטוקול ישיבה 361 של הכנסת ה-20, 38-41 (17.9.2018). גדי טאוב המשיך בקו מחשבה זה כשכתב את הדברים הבאים: "אם חלילה יפסיקו ערכיו של הרוב להיות דמוקרטיים – כמו בתסריטי האימה שנוזקים לאוויר במסגרת הוויכוח, המתארים כיצד הרוב יחליט לגזול את זכות ההצבעה של ערבים, שמאלנים או ג'ינג'ים – אז שום בית משפט לא יוכל למנוע את חורבן הדמוקרטיה". גדי טאוב "הרוב יחליט על ערכי היסוד שלו" הארץ (11.10.2018) <https://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.6550428>

321 PATRICK J. HURLEY, A CONCISE INTRODUCTION TO LOGIC (2011)

322 Eugene V. Rostow, *The Democratic Character of Judicial Review*, 66 HARV. L. REV. 193, 210 (1952).

323 Rosalind Dixon & David Landau, *Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment*, 13(3) INT'L J. CONST. L. 606, 613-623 (2015)

במקום אחר הרחיב אחד ממחברי מאמר זה על השימושים השונים שיש לביקורת שיפוטית של תיקונים חוקתיים בהגנה על הדמוקרטיה במדינות שונות.<sup>324</sup> דוגמה ראשונה לכך היא פסיקה מטייוואן, שם קבעו ביום 24 במרץ 2000 שופטי בית המשפט החוקתי בעניין Interpretation No. 499, שהתיקון החמישי לחוקת טיייוואן אינו חוקתי. בין יתר הוראותיו, התיקון שנחקק (בהצבעה חשאית) ביום 4 בספטמבר 1999 האריך את כהונת חברי האספה הלאומית בשנתיים נוספות. שופטי בית המשפט החוקתי ביססו את פסילת התיקון בכך שהוא מפר עקרונות חוקתיים בסיסיים שהם יסוד קיומה של החוקה.<sup>325</sup> בזכות החלטה זו נשמר הסדר הדמוקרטי-חוקתי בטייוואן. כך, ברטרופסקטיבה של עשרים שנים נכתב לאחרונה על פסק הדין, כי לא תהיה זו הגזמה לומר שפסיקה זו הייתה אבן דרך אשר סימנה את הדמוקרטיזציה ואת החוקתיזציה של טיייוואן, שכן מאז אף פוליטיקאי אינו מעז לנסות להאריך את כהונתו.<sup>326</sup>

דוגמה שנייה מגיעה מקולומביה. לאחר שבית המשפט החוקתי בקולומביה אפשר לנשיא קולומביה לשעבר אוריבה לתקן את החוקה כך שיתאפשר לו להמשיך לכהונה שנייה ברציפות, בשנת 2010 פסל בית המשפט החוקתי משאל עם בשאלה אם לתקן את החוקה באופן שיאפשר לנשיא אוריבה להתמודד לכהונה שלישית ברציפות.<sup>327</sup> בית המשפט החוקתי קבע, שכהונה שלישית ברציפות של נשיא תרכז את סמכויות הביצוע, תגרום נזק חמור לאיזונים ולבלמים המוסדיים על כוחו של הנשיא ותכפה על האופוזיציה הפוליטית להתחרות במגרש משחקים שהוא מוטה מאוד. בהתאם לכך, רפורמה שכזאת תהיה מה שבית המשפט מכנה החלפה חוקתית (constitutional replacement) אסורה ובלתי-חוקתית – כלומר, עוצמת הסתירה החוקתית תהא זהה להחלפת החוקה בחוקה חדשה. משניתן פסק דין זה, עזב הנשיא אוריבה את התפקיד בשקט. בהחלטה שיפוטית זו מילא בית המשפט החוקתי תפקיד מרכזי בהגנה על הדמוקרטיה בקולומביה כנגד שחיקתה.<sup>328</sup>

דוגמה שלישית מגיעה מסלובקיה, שם פסק בית המשפט החוקתי של סלובקיה ביום 30 בינואר 2019 לראשונה בהיסטוריה שלו, שתיקון חוקתי הוא "בלתי-חוקתי" ולכן בטל. התיקון שנבקע כי אינו חוקתי נגע לאיסוף מידע על שופטים ועל מועמדים לשפיטה בידי רשויות הביטחון. בית המשפט החוקתי קבע, כי לחוקה ליבה מהותית משתמעת (an implicit)

Yaniv Roznai, *The Uses and Misuses of Constitutional Unamendability*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL CHANGE 150 (Xenophon Contiades & Alkmene Fotiadou eds., 2020)

J.Y. Interpretation No. 499 (24.3.20), cons.judicial.gov.tw/jcc/en-us/jep03/show?expno=499  
David S. Law & Hsiang-Yang Hsieh, *Judicial Review באופן כללי*.  
*of Constitutional Amendments: Taiwan*, in CONSTITUTIONALISM IN CONTEXT (David S. Law ed., forthcoming 2021)

David K.C. Huang & Nigel N.T. Li, *Unconstitutional Constitutional Amendment in Taiwan: A Retrospective Analysis of Judicial Yuan Interpretation No. 499 (2000)*, 15 U. PA. ASIAN L. REV. 42 (2020)

Decision C-141 of 2010; MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA & DAVID LANDAU, COLOMBIAN LAW: LEADING CASES 352 (2017)

Dixon & Landau, *Competitive Democracy*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 268-276.

(substantive core) הכוללת את עקרונות הדמוקרטיה ושלטון החוק, לרבות הפרדת רשויות ועצמאות שיפוטית. אפילו חוקים חוקתיים, כך נקבע, אינם יכולים לפגוע בליבה המהותית המשתמעת של החוקה; ואם בית המשפט החוקתי מזהה פגיעה שכזו, יש בסמכותו לקבוע כי החוק החוקתי אינו חוקתי ובטל.<sup>329</sup> בכך השתמש בית המשפט החוקתי הסלובקי בפעם הראשונה בהיסטוריה של אירופה בדוקטרינה של הגבלות משתמעות כדי לבטל תיקון חוקתי.<sup>330</sup> אכן, דוגמאות אלו אינן מדמוקרטיות ליברליות מערביות ותיקות ומבוססות שאליהן היינו רוצים להידמות או שמהן היינו רוצים בהכרח ללמוד. אולם כאן ראוי להאיר, מדוע רעיון ההגבלות המשתמעות על תיקונים לחוקה ציץ במדינות אלו דווקא. הצורך השיפוטי בדוקטרינות של הגבלות משתמעות על תיקונים חוקתיים מתעורר בעיקר במצבים הבאים: כאשר הליך התיקון החוקתי הוא גמיש יחסית (ולא נוקשה כמו למשל בארצות הברית או בקנדה); כאשר יש שליטה או דומיננטיות של מפלגת שלטון או של הרשות המבצעת בהליך השינוי החוקתי (כמו למשל בהונגריה, שם מרגע שזכתה מפלגת השלטון ברוב של שני השלישים הדרוש לתיקון החוקה, היא החלה לשנות את החוקה פעמים רבות ולצרכיה המפלגתיים הצרים); כאשר אין הגבלות מפורשות בחוקה דוגמת פסקאות נצחיות (הקיימות בכ- 40% מחוקות העולם); כאשר אין מגבלות על-לאומיות אפקטיביות דוגמת האמנה האירופית לזכויות אדם, שאותה אשררו ארבעים ושבע המדינות החברות במועצת אירופה, הכפופות להחלטות בית המשפט האירופי לזכויות אדם; וכאשר אין תרבות שלטונית עמוקה ומבוססת, שכן לעיתים "תרבות התיקון", כפי שציינו לעיל, חשובה יותר לנוקשות החוקתית מאשר מגבלות הליכיות פורמליות.<sup>331</sup> מכל מקום, מקרים אלו ממחישים שעם הסמכות לבקר ואף לפסול תיקונים חוקתיים<sup>332</sup> יש לבתי המשפט את היכולת הפוטנציאלית

Tomáš Lalík, *The Slovak*, ראו *Judgment (Nalez) no. PL. ÚS 21/2014-96* על פסק דין זה, 329  
*Constitutional Court on Unconstitutional Constitutional Amendment (PL. ÚS 21/2014)*,  
 16 EUR. CONST. L. REV. 328 (2020)

Lech Garlicki & Yaniv Roznai, *Introduction: Constitutional Unamendability in Europe*, 330  
 21 EUR. J.L. REFORM 217, 218 (2019). בעקבות פסק דין זה ביקש הפרלמנט של סלובקיה  
 להגביל את סמכותו של בית המשפט לבטל תיקונים לחוקה. ראו יניב רוזנאי "מבט השוואתי  
 על שלילת סמכות הביקורת השיפוטית על תיקונים לחוקה" *IDC Law Blog* (27.11.2020)  
<https://bit.ly/3ejWDQE>

Yaniv Roznai, *Why There? Explanatory Theories and Institutional Features* להרחבה, ראו 331  
*Behind Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia*, in *THE LAW AND POLITICS*  
*OF UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN ASIA* (Rehan Abeyratne & Ngoc  
 Son Bui eds., forthcoming 2022)

חשוב לציין שלא רק באמצעות ביקורת שיפוטית על שינויים חוקתיים בתי משפט בולמים או 332  
 מאיטים רפורמות ששוחקות את הסדר הדמוקרטי. עצם האפשרות שבית משפט יתערב בחקיקה  
 חוקתית ויפסול תיקונים חוקתיים מסייעת בהגנה על הסדר הדמוקרטי ex-ante, עוד בהליך  
 החקיקה עצמו, כאשר מחוקקים שוקלים את ההשפעה של תיקונים מוצעים על עקרונות יסוד  
 חוקתיים וממתנים את ההצעות מחשש שהן יבוטלו בידי בית המשפט. להרחבה על טענה זו,  
 ראו Yaniv Roznai, *Who will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of*

להגן על הדמוקרטיה.<sup>333</sup>

דיוויד לנדאו הראה לאחרונה, כיצד מאמץ שיפוטי ניכר בהקשר של דמוקרטיה שבריריות בדרום הגלובלי מכוון כדי לתקן כשלים במערכת הדמוקרטית-פוליטית ולשפרה. הוא מכנה זאת "תורת משפט דינמית". לפי לנדאו,

"Judicial role and constitutional design in new democracies often work off of the premise that democratic institutions should be distrusted, and not just to protect insular minorities but also to carry out majoritarian will. Judges and constitutional drafters in these countries are notably unconcerned with the classic countermajoritarian difficulty or the dilemma of courts imposing on democratic space and taking on legislative roles. This is because they are focused on a different problem: how to make democratic institutions work better. Courts and other non-

*Judicial Review and Protection of Democracy*, 29 WM. & MARY BILL RTS. J. 327, 348-

(2020) 355 (להלן: *Roznai, Who will Save the Redheads?*).

333 במחקר שערך לאחרונה חקר מייקל היין ביקורת שיפוטי של תיקונים חוקתיים ב-49 מדינות אירופיות בעלות חוקות נוקשות, משנת 1945 עד שנת 2016. הוא מצא 154 החלטות הנוגעות לחוקתיות של תיקונים חוקתיים, ולפי הניתוח שלו ב-44 החלטות (28.6%) הוכרזו תיקונים כלא-חוקתיים באופן מלא (16.9%) או חלקי (11.7%), בעוד שב-110 החלטות (71.4%) אושרו התיקונים במלואם. רוב מוחלט של המקרים (137 מקרים – 89%) היו במדינות שחוקתיהן כוללות "פסקת נצחיות" – כלומר הגבלה מפורשת על תיקונים חוקתיים. מבין 44 ביטולי החקיקה היו 38 בהתבסס על הגבלות מפורשות, בעוד שחמש החלטות התקבלו על בסיס עילות הליכיות והחלטה אחת התבססה על עליונות המשפט הבינלאומי. עד שנת 2016 לא בוטל אף תיקון על בסיס הגבלות משתמעות על סמכות התיקון החוקתי. היין מראה שם, כי ב-13 החלטות ביטלו בתי המשפט תוקף של תיקונים חוקתיים בשל חריגות הליכיות או בשל הפרה מהותית של הגבלות חוקתיות מפורשות על תיקונים חוקתיים. הוא מציין שבמקרים אלו בתי המשפט תרמו תרומה יעילה להגנה על הסדר הדמוקרטי. עם זאת הוא מוסיף, כי יכולתם של בתי המשפט להגן על הסדר הדמוקרטי אינה מושלמת. בשש החלטות ריסנו בתי המשפט את עצמם מלבטל את התיקונים החוקתיים שהם בחנו, אף על פי שהם הפרו לכאורה את הליך התיקון החוקתי, את המשפט הבינלאומי או את ההגבלות המפורשות על תיקונים לחוקה. מתוך שישה מקרים אלו הפכו ארבעה תיקונים להיות חלק מן החוקה (שני תיקונים לא נחקקו בסופו של דבר). במקרים אלו היין סבור כי בית המשפט נמנע מלמנוע נזק לסדר החוקתי-דמוקרטי. כאשר ליתר ההחלטות שבהן בוטלו תיקונים חוקתיים, היין סבור כי היו מקרים של התערבויות שיפטיות אקטיביסטיות גם כאשר ההחלטה התבססה על הגבלות מפורשות, מן הטעם שהוראות אלו הגנו על עקרונות מופשטים (כמו למשל שלטון החוק או עצמאות שיפוטי) הניתנים למגוון רחב של פרשנויות מתחרות. לדעתו, מוטב היה שבית המשפט יסיג את שיקול דעתו אל מול זה של מתקן החוקה. אומנם ייתכן שבמקרים מסוימים פרשנות שכזו הייתה מוצדקת לשם הגנה על הסדר החוקתי; אך מכל מקום מחלוקת זו אינה משפיעה על כך שגם אם בתי המשפט נקטו פירוש מסוים של עקרון יסוד חוקתי, אין משמעות הדבר שפרשנות זו לא סייעה בהגנה על הסדר הדמוקרטי מפגיעה בעקרונות החוקתיים הבסיסיים. כלומר, לטיעון שבתי המשפט יכולים לסייע להגן על הסדר הדמוקרטי – גם אם לא באופן אידיאלי – יש תמיכה אמפירית מסוימת. ראו Hein, לעיל ה"ש 239, בעמ' 194-201.

democratic institutions often see their role within such a regime as dynamic in nature: they aim to improve the performance of political institutions through time"<sup>334</sup>.

ספרות עכשווית מדגישה את הדיאלוג האפשרי שבין הצפון הגלובלי והדרום הגלובלי: היא מראה כיצד דוקטרינות שיפוטיות שהתפתחו במדינות הדרום הגלובלי – כמו הודו, קולומביה ודרום אפריקה – לאור צרכים ייחודים לביסוס שלטון חוק יציב בדמוקרטיות מערביות<sup>335</sup> יכולות להיות רלוונטיות וחשוב שיהיו רלוונטיות גם לדמוקרטיות מבוססות; היא מפרטת כיצד דוקטרינות אלו יכולות לסייע לדמוקרטיות המבוססות להתמודד עם אתגרים כגון פופוליזם וחוסר יציבות דמוקרטית.<sup>336</sup> בהקשר זה יש גם לבית המשפט העליון הישראלי מה ללמוד. ואכן, אפשר למצוא דמיון מסוים בין התפתחויות אחרונות בישראל ובין הנעשה בדרום הגלובלי. כך למשל פסק הדין בעניין קוונטינסקי, הנוגע למס ריבוי דירות; בית המשפט העליון ביטל בעניין זה באופן תקדימי חוק בשל פגם בהליך החקיקה.<sup>337</sup> פרקטיקה שיפוטית שכזו מוכרת כבר בבית המשפט החוקתי בקולומביה, שביטל חקיקה במקרים שהקונגרס לא פעל בהתאם להליכי החקיקה הפנימיים שלו, או כאשר הוא נמנע במכוון מלדון בנושאים משמעותיים באחד משלבי הדיון כדי לצרפם בשלב מאוחר יותר. במקרים אלו ביקש בית המשפט החוקתי בקולומביה להפוך את התנהגות המחוקקים לרציונלית יותר, ולנסות לשפר את איכות ההתדיינות בהליך החקיקה.<sup>338</sup> דוגמה אחרת היא

334 David Landau, *A Dynamic Theory of Judicial Role*, 55 B.C. L. REV. 1502-1503 (2014) (להלן: Landau, *A Dynamic Theory*). על תפקיד בית המשפט בדמוקרטיות שבריריות, ראו SAMUEL ISSACHAROFF, FRAGILE DEMOCRACIES: CONTESTED POWER IN THE ERA OF CONSTITUTIONAL COURTS 9 (2015).

335 על בתי משפט אלו, ראו CONSTITUTIONALISM OF THE GLOBAL SOUTH – THE ACTIVIST TRIBUNALS OF INDIA, SOUTH AFRICA, AND COLOMBIA (Daniel Bonilla Maldonado ed., 2013).

336 ראו למשל Michaela Hailbronner & David Landau, *Introduction: Constitutional Courts and Populism*, I-CONNECT (Apr. 22, 2017), <http://www.icconnectblog.com/2017/04/introduction-constitutional-courts-and-populism/> ("The challenge of populism is thus ripe for Global South-Global North dialogue, perhaps indeed with the rich experience of the Global South serving as a major source of ideas for the north") למידה הדדיות בין הצפון והדרום הגלובלי בהקשר החוקתי, ראו גם Michaela Hailbronner, *Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South*, 65 AM. J. COMP. L. 527 (2017); Michaela Hailbronner, *Overcoming Obstacles to North-South Dialogue: Transformative Constitutionalism and the Fight Against Poverty and Institutional Failure*, 49 VERFASSUNG UND RECHT IN ÜBERSEE 253, 259 (2016); THE GLOBAL SOUTH AND COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (Philipp Dann et al. eds., 2020).

337 עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 299.

338 Landau, *A Dynamic Theory*, לעיל ה"ש 334, בעמ' 1512-1522. על ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה בקולומביה בהשוואה לישראל, ראו גם: Tzipi Zipper & Reut Dahan, *To Review, or Not to Review? A Comparative Perspective of Judicial Review Over the Legislative Process*, 7 INDON. J. INT'L & COMP. L. 329, 330, 358-363 (2020).

הפיתוח הדוקטרינרי של שימוש לרעה בסמכות המכוננת, כפי שהתרחש בעניין התקציב הדרושנתי, שבעניינו ציין השופט אליקים רובינשטיין כי "במקום שמזוהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטכסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני 'הליכה החוקתית' ו'קדושתה', חשיבותה המשפטית והערכית".<sup>339</sup> פיתוח דוקטרינרי זה דומה בהיבטים רבים לתורת המשפט בדרום הגלובלי, המבקשת להגן על עקרונות יסוד חוקתיים מפני שימוש לרעה,<sup>340</sup> והוא נראה הולם בהינתן המבנה החוקתי השברירי של ישראל אשר עליו עמדנו בהרחבה. כפי שדיוויד לנדאו ודיוויד בילצ'יץ מציינים,

"Courts working in systems with flexible amendment rules but in contexts where there are powerful and unrestrained executives or political forces may feel pressure to police the use of the constitutional amendment rule itself. This is consistent with evidence... that the unconstitutional constitutional amendment doctrine, allowing courts to strike down attempted constitutional changes if they are inconsistent with the 'basic structure' of the existing constitution... has proven to be one of the most successful recent exports in the field of comparative constitutional law".<sup>341</sup>

שאלת הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד ותיקונם, שהיא מורכבת מאוד, חייבת להיות מושפעת – למצער במידה מסוימת – מן הקושי או מן הקלות היחסית של הליך התיקון של אותה חוקה ומזהותם של השחקנים המעורבים בהליך השינוי החוקתי. ככל שהליך החקיקה של נורמות חוקתיות מצוי בידי אותו אורגן שלו ניתנת סמכות החקיקה הרגילה, והליך החקיקה אינו מאתגר יותר מאשר חקיקה רגילה, צריכה להיות נכונות גדולה יותר לקבל ביקורת שיפוטית על תיקוני חקיקה. לא כן במדינות שבהן הליך התיקון החוקתי הוא מורכב, כוללני ודליברטיבי באופן שמבקש להבטיח כי ישנה הבחנה בין הפוליטיקה היום יומית, שבה שולטים האינטרסים הצרים וקצרי הטווח, ובין הפוליטיקה החוקתית, ובהתאם תקטן הנכונות לקבל ביקורת שיפוטית. בישראל, בהיעדר חוקה נוקשה, החשש מפני שימוש

339 עניין בג"ץ 8260/16, לעיל ה"ש 210, פס' ל לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

340 "In an increasing number of) 1519 countries, courts have invented this doctrine on their own, arguing that the 'basic structure' or 'fundamental principles' of the constitution may not be changed by amending the constitution. This doctrine of unconstitutional constitutional amendments is, for most American lawyers, a stunning display of judicial overreach, but it has been adopted by courts in countries including India, Colombia, Brazil, Pakistan, Bangladesh, Nepal, Portugal, the Czech Republic, Taiwan, and Peru. Uses in Colombia and India suggest that it may have at least limited value in protecting democracy against some kinds of (threats".

341 David Landau & David Bilchitz, *The Evolution of the Separation of Powers in the Global South and Global North*, in *THE EVOLUTION OF THE SEPARATION OF POWERS: BETWEEN THE GLOBAL NORTH AND THE GLOBAL SOUTH* 1, 6 (David Bilchitz & David Landau eds., 2018).

לרעה בסמכות המכוננת הוא גדול יותר; שכן חוקי היסוד ניתנים לכינון ולשינוי ב"קלות בלתי-נסבלת", בעוד בית המחוקקים – הנשלט הלכה למעשה בידי הממשלה – מורכב מבית אחד, ללא בית שני מאזן, ללא מגבלות פרוצדורליות הולמות על הליך החקיקה, ובהיעדר מערכת פוליטית של איזונים ובלמים דוגמת מערכת פדרלית, שיטת בחירות אזורית או כפיפות למשפט על-לאומי. במצב דברים זה של חסר במערכת האיזונים והבלמים, הנכונות המשפטית להתערב חייבת להיות גדולה יותר.<sup>342</sup>

אומנם, יש גבולות ליכולת של בית המשפט להגן על הדמוקרטיה, בייחוד במדינות מתפתחות שיצאו משלטון אוטוריטרי.<sup>343</sup> בתי משפט אינם מנגנון הבטיחות המושלם עבור השמירה על הסדר הדמוקרטי. אך בתי המשפט יכולים בכל זאת למלא תפקיד משמעותי בהגנה על הדמוקרטיה. ונבהיר, תמיכה בדמוקרטיה היא תפקיד עיקרי ולגיטימי של הרשות השופטת.<sup>344</sup>

רק בשנים האחרונות, שבהן "נחצו קווים אדומים ברמיסת מעמדה של הכנסת על ידי הממשלה",<sup>345</sup> בית המשפט העליון מנסה לפתח דוקטרינות כאלו: כך למשל בעניין מיסוי דירה שלישית, שבו נפסל לראשונה חוק בשל פגם בהליך החקיקה;<sup>346</sup> בעניין חוק המרכולים, שבו הועצמה הסמכות של הרשויות המקומיות;<sup>347</sup> בעניין מתווה הגז, שבו פסל בית המשפט את כבילת שיקול דעתו של המחוקק;<sup>348</sup> ובעניין התקציב הדו-שנתי,<sup>349</sup> שבו הגן בית המשפט על הכנסת כגוף מפקח ועמד על חובתה של הממשלה להגיש לאישורה של הכנסת תקציב אחת לשנה. כך כמוכח נהג בית המשפט העליון גם בעניין יושב ראש הכנסת,<sup>350</sup> שבו הוא התערב באופן תקדימי בעניינים פנימיים של הכנסת, וכפה את כינוס המליאה לשם בחירת יושב ראש הכנסת לאור דרישת רוב חברי הכנסת. בית המשפט ציין שם, כי "הסירוב הנמשך לאפשר הצבעה במליאת הכנסת על בחירתו של יו"ר קבוע לכנסת, חותר תחת יסודות התהליך הדמוקרטי. הוא פוגע במובהק במעמדה של הכנסת כרשות עצמאית וכן בתהליך המעבר

Suzie Navot & Yaniv Roznai, *From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of* 342  
*Constituent Power in Israel*, 21 EUR. J.L. REFORM. 403 (2019)

TOM GERALD DALY, *THE ALCHEMISTS: QUESTIONING OUR FAITH IN COURTS AS DEMOCRACY-BUILDERS* (2017) 343

Luis Roberto Barroso, *Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The* 344  
*Roles of Constitutional Courts in Democracies*, 67(1) AM. J. COMP. L. 109, 142 (2019)

David Prendergast, *The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism*, 20(2) GER. L.J. (2019) 345

גוטמן "המדינה הקואליציונית", לעיל ה"ש 150, בעמ' 31.

עניין קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, לעיל ה"ש 303.

דג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 26.10.2017).

בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016).

עניין בג"ץ 8260/16, לעיל ה"ש 210.

בג"ץ 2171/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (פורסם בנבו, 23.3.2020).



השלטוני וככל שנוקפים הימים מאז השבעת הכנסת ה־23, מקבלים הדברים משנה תוקף",  
 כשברקע ישנו החשש מפני מניעת חילופי שלטון מסודרים בישראל.<sup>351</sup>  
 בפרשות אלו בית המשפט מתחיל למקם את עצמו כמגן החוקה המוסרית, כמגן הפרדת  
 הרשויות ואף כמגן הכנסת מפני הדורסנות של הרשות המבצעת.<sup>352</sup> בפרט כמה אמירות של  
 שופטים מן העת האחרונה, ובהן של המשנה לנשיאה מלצר, מגלות הבנה לחשש מפני שחיקת  
 הדמוקרטיה ורצון לבלום ניסיונות אלו. כך למשל, בפסק הדין בעניין הרכבת הממשלה ציין  
 השופט מלצר (בדעת יחיד) לעניין הוראות ההסכם הקואליציוני, כי חלוקת התפקידים של  
 ראשי הוועדות בכנסת, שלפיה לאופוזיציה יינתן רק יושב ראש אחד של ועדה מוועדות  
 הכנסת, גורעת ממעמדה של האופוזיציה, שהיא "נרדף חשוב במשטר הדמוקרטי שלנו"  
 ומכרסמת בזכויות הפרלמנטריות של האופוזיציה. לפי השופט מלצר, "כרסום זה עלול לפגוע  
 במרקם החיים הדמוקרטי ולכן הוא אסור, ולפיכך יש להוציא גם לגביו, לשיטתי 'מעין התראת  
 בטלות'".<sup>353</sup> בפסק הדין של בית המשפט העליון העוסק בחוקיותם של מבחני התמיכה של  
 משרד התרבות שנועדו לתמרץ מוסדות תרבות להופיע בפריפריה וביהודה ושומרון, אפשר  
 לזהות עמדה ביקורתית של דעת הרוב באשר לגישת "חופש המימון".<sup>354</sup> עמדה זו מתייחסת  
 לשימוש בכלי התקצוב לצורך עידוד יצירות תרבות מסוימות או לצורך תמרוץ שלילי  
 לביטויים פוליטיים מסוימים כפגיעה בחופש הביטוי ובחופש היצירה האומנותית. המשנה  
 לנשיאה מלצר אף מפנה לרעיון "אי־ההנצחה" של אדם שנער,<sup>355</sup> המכוון לחובת הרוב שלא  
 להציב מכשולים לביטויים המתנגדים לעמדותיו האידאולוגיות: "יש בסעיפי התיקון גם מה  
 שד"ר שנער מכנה התעלמות מ'עקרון אי־ההנצחה', שדורש כי הממשלה, או שריה לא ינסו  
 לבצר באמצעות 'חופש המימון', במישרין או בעקיפין, את תפיסות הגורמים הפוליטיים  
 המרכיבים את הממשלה ולהבטיח את המשך שלטונם".<sup>356</sup> אמירות אלו הן חשובות, שכן הן  
 מזהות את החשש בשחיקה אינקרמנטלית ומשולבת של הסדר הדמוקרטי ומבקשות לבלומה.  
 ואולם ייתכן כי ההתערבות של בית המשפט העליון היא מעט מדי והגיעה מאוחר מדי.

351 ראו רבקה ווייל "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגיית יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה  
 בישראל" עיוני משפט מד 321, 351 (2021). לביקורת על פסק הדין, ראו גם יונתן גרין "בג"ץ  
 אדלשטיין – הערת פסיקה" משפטים על אתר יז (2021).

352 Yaniv Roznai, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of*  
*the Knesset*, 51(4) VRÜ 415 (2018-2019). ראו גם גילה שטופלר "בית המשפט העליון ככלם  
 מפני השתלטות עוינת של הממשלה על סמכויות הכנסת" *ICON-S-IL Blog* (25.3.2018)  
<https://bit.ly/3gGScsx>.

353 בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 15  
 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 27.5.2020).

354 ראו אורי אהרונוסון "חופש המימון' והמשפט החוקתי: הערות על פסק הדין של בג"ץ בנושא  
 מבחני התמיכה" *ICON-S-IL Blog* (26.5.2020) <https://bit.ly/3xn6air>.

355 אדם שנער "חופש הביטוי, חופש המימון ועקרון אי־ההנצחה" משפטים על אתר יב 29 (2018);  
 Shinar, *Democratic Backsliding*, לעיל ה"ש 69.

356 בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט, פס' 79 לפסק  
 דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 13.5.2020).

נקודה זו היא חשובה במיוחד. בתי המשפט העומדים בפני פופולזם נוטים באופן טבעי להירתע מעימות. פופוליסטים הרי נוטים לתקוף את מערכת המשפט ורואים בה מטרה, ולכן עימות של בתי משפט עם כוח פוליטי פופוליסטי עלול לגבות מהם מחיר מוסרי כבד ולהוביל – להלכה או למעשה – לאיזון יכולתם להגן על היציבות הדמוקרטית ולמלא את התפקיד המוקצה להם במסגרת חלוקת הסמכויות. עימות בין בית המשפט למערכות הפוליטיות יוביל ככל הנראה להסלמה, שבה סביר להניח שמערכת המשפט תפסיד. כפי שכותבים רוזלינד דיקסון וסמואל יששכרוב, אין יסוד להניח שבמאבק בין בית המשפט לכוח הפוליטי ידו של בית המשפט תהיה על העליונה; יש דוגמאות רבות של בתי משפט שניסו לפעול מול רשויות מבצעות חזקות מדי, וספגו פגיעה קשה.<sup>357</sup> לפיכך, בכל העולם המערבי בתי המשפט מאמצים מגוון שיטות כדי להימנע מעימות שכזה; כך למשל, בתי משפט נוטים להתמקד באלמנט הלאומי של המשפט החוקתי ולהסתמך עליו, ובתי משפט נוטים גם לאמץ טקטיקות שונות של פשרה, דוקטרינות של "אי־שפיטות" או דחיית הכרעות.<sup>358</sup> גם בישראל היה לאחרונה שימוש רחב בדוקטרינות של "חוסר בשלות"<sup>359</sup> ושל "התראת בשלות".<sup>360</sup> כיצד יכול עיכוב בהליך קבלת ההחלטות השיפוטיות, כפי שדיקסון ויששכרוב מדגימים במאמרם, לשמש אסטרטגיה יעילה בטווח הארוך?<sup>361</sup> בטווח הקצר יש בוודאי יתרונות לגישה הזאת. ראשית, דחייה מקנה לגיטימציה גדולה יותר להתערבות עתידית. ניתן אפוא לטעון, שאחת הסיבות להצדקת הפסיקה בעניין התקציב הדרו־שנתי בישראל או בעניין אוריבה בקולומביה היא שבית המשפט נמנע מהתערבות בעתירות הקודמות. שנית, מובן שאם יש פחות פסיקות "מקוממות" של בית המשפט, יהיו פחות התקפות עליו. אך הפופולזם תוקף את בית המשפט לא בגלל פסיקה מסוימת, אלא מתוך רצון לכטל את עצם מעמדו כמוסד המפקח על המערכת הפוליטית והמבקר אותה. לכן אנו סבורים כי אין תוחלת לניסיונות אלו.

- 
- Rosalind Dixon & Samuel Issacharoff, *Living to Fight Another Day: Judicial Deferral* 357  
*in Defense of Democracy*, WIS. L. REV. 683, 689 (2016). דוגמה אחת לכך היא רוסיה,  
 שבה ילצין השעה את בית המשפט החוקתי לאחר מחלוקת פוליטית טעונה מאוד. ראו Lee  
 Epstein et al., *The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance*  
*of Democratic Systems of Government*, 35 L. & SOC. REV. 117, 151 (2001).
- Erin F. Delaney, *Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative* 358  
*Perspective*, 66 DUKE L.J. 1 (2016).
- ראו מאור ליברמן והרס רכטמן "דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה בראי בג"ץ 3166/14 גוטמן  
 נ' היועץ המשפטי לממשלה" הארת הדין יא 1 (התשע"ו); ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות"  
 משפטים מג 419 (2012); אריאל בנדור "בשלות ועוד בעקבות בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת;  
 בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל; בג"ץ 5239/11 אבנרי נ'  
 הכנסת" משפטים על אתר ח 33 (התשע"ו); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית  
 חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז 45 (2014).
- ראו נבות "הדיאלוג החוקתי", לעיל ה"ש 290; חנן מלצר ואוריאל רוזנברג "התראת הבטלות:  
 דוגמה לדרך האמצע של השופט א' רובינשטיין" ספר אליקים רובינשטיין 1175 (אהרן ברק  
 ואח' עורכים 2021).
- Dixon & Issacharoff, לעיל ה"ש 357, בעמ' 731.

הבעיה בגישה זו בעידן של פופוליזם ושל שחיקה דמוקרטית היא שייתכן שהנסיגה החוקתית תהיה כה חדה, עד שכאשר בית המשפט יבקש לחדול מגישה אסטרטגית של "ירידה לבונקר" ולבלום מהלכים מסוימים, יהיה זה מאוחר מדי והריקבון במוסדות הדמוקרטיים יהיה כה עמוק שלא יהיה אפשר לתקנו.<sup>362</sup> כפי שמתיאס קום ציין בריאיון עימו, הניסיון ההשוואתי מלמד שניסיונם של בתי משפט לפעול באופן אסטרטגי, לסגת אחורה ולדרת לבונקר המטפורי עד אשר יעבור זעם לא עלה יפה. אסטרטגיה זו מבוססת על התקווה שהסערה תחלוף, ובית המשפט יחזור לתפקוד הולם במועד מאוחר יותר. גישה זו, לדעתו של קום, מאפשרת לשחקנים הפוליטיים לפגוע בסדר החוקתי ולשנותו בצורה בלתי-הפיכה. לכן קום טוען שעל בתי המשפט לעשות את עבודתם כרגיל, וגם אם הם נתונים ללחץ של הרשויות הפוליטיות – לא להתכופף אלא להמשיך ולהפעיל את סמכותם המלאה כדי להגן על הדמוקרטיה אף אם "ירידה לבונקר" נתפסת כאפשרות האטרקטיבית יותר.<sup>363</sup> עמדה דומה הביע הנשיא אהרן ברק. בריאיון לכנס הדמוקרטיה השנתי ע"ש ירון אזרחי מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה נשאל אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון בדימוס, כיצד מערכת המשפט צריכה להתמודד עם התקפות ועם דה-לגיטימציה. הוא ענה כך: "בית המשפט לא צריך להיכנס לבונקר. יש פה התקפה על בית המשפט, מפגיזים אותו. אל לו להיכנס לבונקר ולהמתין לימים יותר טובים. צריך לעמוד זקופים – אם יורים עליך, צריך להמשיך לתת את אותם פסקי דין שהיית נותן אילו לא היו יורים עליך".<sup>364</sup>

היתרון שבהתמדה ובמתן פסקי דין באופן רגיל, אפילו פסיקות ששחקנים פוליטיים דומיננטיים לא יאהבו, הוא שפסיקות שכאלה יכולות לתת מוטיבציה לכוחות שונים לפעול להגנת הדמוקרטיה. טום גינסבורג, למשל, הראה כיצד בתי משפט ברחבי העולם מחילים מנגנונים שונים כדי להגביל נסיגה דמוקרטית. אף על פי כן, כפי שהוא מציין, במאבק על הגנת הדמוקרטיה "בתי המשפט אינם הגיבורים הגדולים", ותפקידם מצומצם בעיקר להספקת מידע לציבור ולאליטות; נקיטת מרב הפעולות למניעת שחיקה דמוקרטית מוטלת על אחרים. אך שופטי בית המשפט, כשהם מדברים בקול ברור ונחוש, מאפשרים לשחקנים האחרים לעשות זאת.<sup>365</sup>

ואין לטעות: פעולה בנסיבות של שחיקת הדמוקרטיה עשויה להביא לסכנה אמיתית של נטרול בית המשפט. אולם אם בית המשפט לא ינסה למלא את הפונקציה הניטרלית שלו, האפשרות שהוא ימלא תפקיד בונה בנרמול הפוליטי היא קטנה; ומוכן שכאשר בתי המשפט נוהגים "עסקים כרגיל", זה מקשה על ההצדקה "לנטרל" אותם. אי-אפשר להאשים את השופטים כאשר הם עושים את עבודתם.<sup>366</sup> יש טיעון חשוב נוסף בעד המשך הפעלתה

362 ראו Roznai, *Who will Save the Redheads?* לעיל ה"ש 332.

363 הריאיון של קום זמין אצל Yonah Jeremy Bob, *When Under Pressure, Judges Should Not Back Off from Doing Their Job*, JERUSALEM POST (May 30, 2019), <https://www.jpost.com/Israel-News/When-under-pressure-judges-should-not-back-off-from-doing-their-job-591041>.

364 יהונתן ליס "אהרן ברק: מפגיזים את בית המשפט, אך אסור שייכנס לבונקר – הוא חייב לעמוד זקוף" **הארץ** (28.10.20) <https://www.haaretz.co.il/news/law/.premium-1.9270055>.

365 Tom Ginsburg, *The Jurisprudence of Anti-Erosion*, 66 DRAKE L. REV. 823, 840 (2018).

366 שם.

של הסמכות השיפוטית כרגיל במקום "ירידה לבונקר". בזמן שהרשויות הפוליטיות יכולות להשיב גמול או לסרב להסכים עם ההחלטה השיפוטית או לעקוף אותה, החלטת בית המשפט נוטלת את הלגיטימיות של האמצעי הננקט. כאשר בית המשפט פועל בשיטת "העסקים כרגיל", הוא לכל הפחות מונע "מצג של חוקתיות" מן האמצעים החוקתיים והמשפטיים.<sup>367</sup> אכן, בתי המשפט אינם יכולים להציל את הדמוקרטיה לבדם. עצמאות שיפוטית, השאלה אם בית המשפט נהנה מלגיטימציה נמשכת, השאלה כמה חזקות ותומכות הן החברה האזרחית או האופוזיציה, המצב והשלב שבהם נמצאת הדמוקרטיה במדינה, כל אלה יכולים להיות גורמים רלוונטיים להצלחה או לכישלון.<sup>368</sup> אך כאשר השופטים מפעילים את מלוא סמכותם כדי להגן על הדמוקרטיה, לכל הפחות הם עשו כל מה שבאפשרותם כדי להצילה. כפי שסמואל יששכרוב מציין, התקווה היא שהעידן של עליית כעס פופוליסטי וחוסר תפקוד של דמוקרטיה הוא זמני; אך כל עוד הוא נמשך, יש צורך עז במעורבות שיפוטית עם היסודות המוסדיים של הממשל הדמוקרטי.<sup>369</sup>

במעורבות זו, רק לשם ההמחשה, סמכות בתי המשפט לבחון תיקונים חוקתיים היא חשובה במיוחד.<sup>370</sup> היות שמנגנון מרכזי של תהליך השחיקה הדמוקרטית הוא תיקונים פורמליים לחוקה, דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" או דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת", הקובעות גבולות מסוימים לשינויים חוקתיים רשמיים, יכולות לשמש כלי יעיל לחסום או לעכב ניסיונות מסוג אלה של פגיעה בדמוקרטיה בדרך של שינויים חוקתיים.<sup>371</sup> אבל האם אין חשש שהפעלת דוקטרינה כאמור, שתחזק את דימויו האקטיביסטי של בית המשפט, רק תגביר את ההתנגדות אליו ותוביל לתגובת נגד (backlash) אשר תביא לתוצאה הפוכה של החלשת הפופולזם ושל חיזוק הדמוקרטיה? כמענה לחשש זה ראוי לציין ברמה כללית יותר, שאיננו מקבלים את הטענה שלפיו אילו היה בית המשפט מרוסן יותר, לא היה צורך בתגובת נגד פוליטית. הבסיס הרעיוני שעליו מסתמך השלטון הפופוליסטי הוא שהרוב מייצג את העם הריבון הכול יכול, ולפיכך מגבלות על כוח הרוב, כמו ביקורת שיפוטית,

,Lech Garlicki, *Constitutional Court and Politics: The Polish Crisis*, in JUDICIAL POWER 367  
לעיל ה"ש 42, 141, בעמ' 160.

Arato, "The way to oppose populist authoritarianism and its attack on courts requires a strategy that is both legal and political, based on the mutual support of associations and initiatives of civil society and courts") 368  
Jeffrey K. Staton et al., *Can Courts be Bulwarks of Democracy* (V-Dem Working Paper No. 2018:71, 2019), <https://ostromworkshop.indiana.edu/pdf/seriespapers/2019spr-colloq/staton-paper.pdf> ("Democratic states should be made less vulnerable to breakdown in the presence of strong civil societies, which empower courts and incentivize them to be willing to render independent decisions")

Samuel Issacharoff, *Judicial Review in Troubled Times: Stabilizing Democracy in a Second-Best World*, 98 N.C. L. REV. 1 (2019) 369

ראו עמיחי כהן "תיקון חוקתי לא-חוקתי בעידן של פוליטיקה פופוליסטית – בעקבות ספרו של ניב רוזנאי "Unconstitutional Constitutional Amendments משפט וממשל כא 335 (התש"ף). 370

Roznai & Hostovsky Brandes, לעיל ה"ש 56. 371

אינן לגיטימיות ויש להחלישן או להסירן. גם ריסון שיפוטי לא ישביע אפוא את תיאבוננו של שלטון החותר להסרת כל מגבלות שהן על כוחו השלטוני. פרט לבית משפט שיהיה חותמת גומי, לעולם לא יהיה אפשר לרצות שלטון שכזה.<sup>372</sup>

ברמה קונקרטיית יותר לעניין הפעלת סמכויות של ביקורת שיפוטית אפילו על נורמות חוקתיות, ראוי לציין כי כאשר יש בידי בית המשפט סמכויות כאמור, החשש מפני "גמול" פוליטי אפשרי הוא פחות, כיוון שבית המשפט יכול לנקוט גישה כנה (sincere) בפסיקותיו החוקתיות מבלי להביא בחשבון שיקולים אסטרטגיים מסדר שני. גישה זו מקנה לבית המשפט את החופש להחליט בתיקים לפי העדפות המדיניות שלו במקום לחפש אחר הפתרון השני הטוב ביותר, משום שהוא אינו צריך להתחשב בהתגברות עתידית או במתקפת נגד.<sup>373</sup> סמכות זו משחררת את בית המשפט מחישובים אסטרטגיים, ומאפשרת לו להתמקד בעוצמה הנורמטיבית של הנימוק החוקתי-ערכי.

אם הניתוח שלנו של הפופוליזם בכלל ושל הנעשה בישראל בפרט הוא נכון, ישנה סיבה חשובה נוספת לכך שבתי המשפט חייבים להתערב בחוקים פופוליסטיים הפוגעים במוסדות המבקרים והמשמשים גופי איזון ובלימה, בחופש הביטוי ובעצמאות הביקורת. כפי שראינו, בישראל ישנו למעשה רק מוסד פוליטי אחד בעל כוח והוא הממשלה, ולכן הדרך להעביר חוקים פופוליסטיים, לרבות שינויים חוקתיים היא קלה במיוחד. החוקים האלה הם מרכיב חשוב במעגל המזין את הפופוליזם: הם מביאים להשתקת השיח הביקורתי ולהחלשת האופוזיציה וגופי ביקורת ממוסדים. בכך חוקים אלו מקטינים את הסיכוי שהכוחות התומכים בדמוקרטיה הפולרליסטית יצליחו לעצור את עליית הפופוליסטים. בית המשפט הוא הגוף היחיד שיכול לקטוע את המעגל באמצעות בלימת החקיקה הפופוליסטית. רק אם יצליח בכך, תיבלם העלייה בכוחו של הפופוליזם.

372 ראו למשל את אנגליה, אם הדמוקרטיה, שבה בית המשפט הוא חלש במבט השוואתי יחסי, שכן הוא אינו מוסמך לבטל חקיקה אלא רק להכריז על אי-התאמתה לחוק זכויות האדם. זהו מודל שאליה שואפת גם תנועת השמרנות הישראלית. כך, באפריל 2018 הכריז ראש הממשלה נתניהו שהמודל הקנדי של פסקת התגברות הוא "חלש מדי" ושראוי לקדם "מודל בריטי", שלפיו תישלל סמכות בתי המשפט לפסול חוקים. ובכן, גם באנגליה הכוחות השמרניים קוראים לקיצוץ כנפי בית המשפט. לאחרונה, לאחר החלטתו שאסרה את השעיית הפרלמנט, חברי פרלמנט מן המפלגה השמרנית קראו לבטל את בית המשפט העליון. גם היועצת המשפטית לממשלה החדשה, סואלה ברורמן, ביקשה "לקחת בחזרה מבתי המשפט את השליטה". זאת ועוד, מכון המחקר "Policy Exchange" יצא ב"פרויקט הכוח השיפוטי" הקורא להגבלת סמכויות בית המשפט, לשליטת הרשות המבצעת במינוי שופטים ולהפיכת בית המשפט העליון לערכאת ערעור שתתמקד רק ביישוב סכסוכים. עליית כוחה של הרשות השופטת, נטען, מאיימת על המשילות, על הדמוקרטיה ועל שלטון החוק. לפי הפרויקט לא ראוי שבית המשפט יבחן החלטות של הפרלמנט או את שיקול הדעת של הרשות המבצעת. במילים אחרות, השמרנים מבקשים סמכות מוחלטת עבור הרשויות הפוליטיות. ראו יניב רוזנאי "אשליות על ריסון שיפוטי" ישראל היום (1.4.2020) <https://www.israelhayom.co.il/opinion/747867>.

373 Nicola Tommasini, Pedro Riccetto & Yaniv Roznai, *When Backlashes & Overrides Do Not Scare: The Power to Review Constitutional Amendments and the Case of Brazil's Supreme Court*, 8 INT'L J. HUM. RTS. & CONST. STUD. 80 (2021)

## סיכום

כפי שביקשנו להראות במאמר זה, השסעים בחברה הישראלית, ובייחוד השסע היהודי-ערבי, מקל על פוליטיקת זהויות מדירה. השסע האשכנזי-מזרחי מקל על השתלטות חוקתית באמצעות הצגת מוסדות המדינה כנציגי אליטה אשכנזית ישנה שיש להחליפה. ראש ממשלה חזק, המכהן תקופה ארוכה לצד מה שקראנו "גרעין השליטה" של הקואליציה, דומה במידה רבה למאפיין הפטרונות. ולבסוף, המבנה המשטרי הישראלי, הנעדר מנגנונים נוקשים – פנימיים או חיצוניים – של איזונים ובלמים מקל על השתלטות על מוסדות פיקוח ובקרה ועל חקיקת חוקים המשתקים ביקורת. לאור כל אלו, ישראל מהווה קרקע נוחה לפוליטיקה פופוליסטית שאינה מסתכמת אך בשיח פופוליסטי, אלא מלווה בפרויקט חוקתי שנועד להשפיע על הסדר החוקתי הישראלי.

נשאלת השאלה מה ניתן לעשות לנוכח תיאור מצב דברים זה. בין אם פופוליזם נתפס כמחלה של הדמוקרטיה הליברלית או רק כסימפטום לחולי הדמוקרטיה הליברלית, נדמה כי התרופה חייבת להיות משולבת; בראש ובראשונה, חלק מן התרופה הוא חזוקה החוקה המוסדית.<sup>374</sup> אם ניתן לעשות זאת בעיצוב חוקתי – עדיף. לעיתים העיצוב החוקתי עצמו, הכולל את המרכיבים הבאים, יכול לשמש בלם משמעותי בפני התנועה החוקתית הפופוליסטית: מנגנון קשיח יחסית של הליך השינוי החוקתי, מנגנונים מורכבים של בחירת שופטים והדחתם, מערכות נוקשות של איזונים ובלמים, אופקיים ואנכיים, ועוד. כל אלו יכולים לסייע, גם אם לא בצורה מושלמת, נגד ניסיונות לחתור תחת הדמוקרטיה החוקתית. העיצוב החוקתי יכול גם לסייע לענות על צורכי הציבור, שמרגיש כי הוא אינו מיוצג וכי ריבונותו "נחטפה ממנו", להשתתף בצורה פעילה יותר בהליך הדמוקרטי. כך למשל, הלן לנרמור הציעה כי הפתרון למשבר הדמוקרטיה הוא יותר דמוקרטיה – יצירת אספות עממיות שבהן תינתן גישה ישירה לציבור שייבחר באופן רנדומלי להשתתף בקבלת ההחלטות.<sup>375</sup> נדמה כי המאבק נגד פופוליזם המבקש לאמץ דמוקרטיה א-ליברלית אכן מצריך למצוא דרכים להסיר את המכשולים שהחלישו את הדמוקרטיה המודרנית ולעודד השתתפות אזרחית עמוקה ורחבה יותר.<sup>376</sup> אך אין משמעות הדבר כי המשפט ובתי המשפט אינם ממלאים תפקיד.

במאבק להגנה על הדמוקרטיה יש גם לבית המשפט ולמערכת המשפט תפקיד חשוב. באמצעות ביקורת שיפוטית והאפקט המקדים שלה בית המשפט יכול לסייע בהגנה על הדמוקרטיה – הן במובנה ההליכי, השם דגש על בחירות תחרותיות, והן במובנה המהותי, כשיטת ממשל הכוללת נוסף על תהליכי קבלת החלטות רובניים גרעין של זכויות יסוד,

374 Halmai, *Populism*, לעיל ה"ש 37.

375 HÉLÈNE LANDEMORÉ, OPEN DEMOCRACY: REINVENTING POPULAR RULE 375  
 FOR THE TWENTY-FIRST CENTURY (2020). להצעה דומה בהקשר הישראלי, ראו רבקי רב"ש  
 "אספות עם לסוגיות חוקתיות" השילוח 22, 53 (התשפ"א). לטיעון נגדי המבקש לצמצם את  
 המנגנונים להצבעת הציבור ולהקנות יותר כוח למומחים טכנוקרטיים, ראו  
 GARETT JONES, 10% LESS DEMOCRACY: WHY YOU SHOULD TRUST ELITES A LITTLE MORE AND THE MASSES  
 A LITTLE LESS (2020).

376 ראו את הסיכום של  
 SHERI BERMAN, DEMOCRACY AND DICTATORSHIP IN EUROPE: FROM THE  
 ANCIEN RÉGIME TO THE PRESENT DAY 398-408 (2019).

שלטון חוק והפרדת רשויות. לא רק זאת, אלא שהדיון המשפטי מביא עימו דיון ציבורי, שהוא מנגנון מעכב המאפשר לעם, לפוליטיקאים ולחברה האזרחית לשקול מחדש שינויים משפטיים וחוקתיים, ואם יש צורך – להתנגד להם. באמצעות פסיקותיו בית המשפט יכול גם לחנך ולהסביר על קושי אפשרי לדמוקרטיה העולה מחקיקה מסוימת או מתיקון חוקתי. בכך מוסרת פאסאדה של חוקתיות ממעשים או מרפורמות מסוימים אשר יש בכוחם לפגוע בדמוקרטיה. מאז המהפכה החוקתית התמקדו בתי המשפט ככלל בהגנה על זכויות ליברליות, אך לא פיתחו את ההגנה החוקתית בצורה מספקת. רק לאחרונה ניתן לזהות ניצני שינוי בהבנה השיפוטית בדבר חשיבות ההגנה על החוקה המוסדית.

נכון, כוחו של בית המשפט – כמו כל כלי משפטי – הוא מוגבל. אך אין משמעות הדבר שיש לרוקנו מכוח. לבתי המשפט יש תפקיד חשוב במניעת התליכים מסוימים, אך הם לבדם אינם יכולים להציל את הדמוקרטיה. בסופו של דבר, "Constitutions cannot save democracy: only democrats can"<sup>377</sup>. הדברים תקפים גם לבתי המשפט ולהגנה על הדמוקרטיה. אלמנט חשוב הוא הזמן. תפקיד המשפט והמוסדות המשפטיים בהגנה על הדמוקרטיה הוא גם תלוי בשלב עליית הפופוליזם. כאשר הפופוליזם מצוי בשלב מתקדם, מוסדות משפטיים יתקשו. ואולם בשלבים מוקדמים של עליית פופוליזם אוטוריטרי, עיצוב חוקתי ובתי משפט יכולים לשמש מעין "פס האטה", הבולם או המאט את התפוררות הדמוקרטיה הליברלית.<sup>378</sup>

לבסוף, יש לחזק את ההערכה לערכי הדמוקרטיה החוקתית נגד התקפות פופוליסטיות כחלק ממהלך של חינוך ציבורי נרחב.<sup>379</sup> ההכרה בחשיבות הדמוקרטיה החוקתית תלויה בסופו של דבר בעם עצמו, בחברה, בתרבות ובחינוך שלה. תרבות דמוקרטית היא קריטית. נורמות דמוקרטיות שאינן כתובות, כגון ריסון עצמי פוליטי ומשחק הוגן, חשובות אף יותר להגנת מוסדות דמוקרטיים מאשר מגבלות מוסדיות.<sup>380</sup> אי-אפשר לשקול נורמות חוקתיות במנותק מן ההקשר הפוליטי והחברתי הספציפי שלהן. רק בתוך הקשר שכזה ניתן להבין כיצד נורמות חוקתיות יכולות לתמוך בדמוקרטיה ובתפקיד המשפט. כאשר שחיקה דמוקרטית מתרחשת, הנורמטיביות של המשפט החוקתי נכשלת, כישלון שמרחיב את הפער בין החוקה למציאות

377 GINSBURG & HUQ, לעיל ה"ש 53, בעמ' 240. לשם השוואה, צ'ילטון וורסטיג מצאו כי הימצאותם של בתי משפט עצמאיים אינה מספיק לברה כדי למנוע פגיעה שלטונית בזכויות אזרח, וכי זכויות חוקתיות אינן זוכות להגנה טובה יותר במדינות עם בתי משפט עצמאיים המפעילים ביקורת שיפוטית. הסיבה המרכזית לפרדוקס לכאורה זה היא שאכיפת זכויות נופלת בסופו של דבר על האזרחים עצמם. ראו Adam S. Chilton & Mila Versteeg, *Court's Limited Ability to Protect Constitutional Rights*, 85 U. CHI. L. REV. 297 (2018).

378 Bojan Bugaric, *Can Law Protect Democracy? Legal Institutions as "Speed Bumps"*, 11 HAGUE J. RULE OF LAW 447, 450 (2019).

379 Fournier, לעיל ה"ש 52.

380 LEVITSKY & ZIBLATT, לעיל ה"ש 56, בעמ' 7.



החוקתית.<sup>381</sup> אך שיח ההגנה על ערכי הדמוקרטיה והמשפט הציבורי אינו יכול להיות רק נחלתו של בית המשפט; עליו להיות נוכח גם ברחובות.<sup>382</sup> ליאורה לזרוס מציינת בצדק, כי:

“The fight to stem the tide of authoritarianism depends on establishing a defence of the rule of law which has real purchase on the public imagination. This narrative must be capable of persuading the broader public of the essential value of constitutionalism. If we fail to establish this counter-narrative, liberal democracy as a whole is threatened”.<sup>383</sup>

מי שחשוכה לו הדמוקרטיה הליברלית, חייב לקום להגנתה ולהגנת אחרים מפני פופוליסטים, שבעודם מנצחים בבחירות חותרים תחת הדמוקרטיה לעתיד.<sup>384</sup>

---

Andras Jacab, *What Can Constitutional Law Do against the Erosion of Democracy and the Rule of Law? On the Interconnectedness of the Protection of Democracy and the Rule of Law*, 6 CONST. STUD. 5 (2020)

Julian Scholtes, *The Complacency of Legality: Constitutionalist Vulnerabilities to Populist Constituent Power*, 20 GER. L.J. 351 (2019)

Liora Lazarus, *Brexit in the Supreme Court: When Populists Attack the Rule of Law, Everyone Loses*, THE CONVERSATION (Sept. 27, 2019), [https://theconversation.com/brexit-in-the-supreme-court-when-populists-attack-the-rule-of-law-everyone-loses-124302?fbclid=IwAR2GsL\\_g3HozjmRNv7eIL-efq9Tft8K7dL\\_RE4-merzceWcXA7vjb8ob28s](https://theconversation.com/brexit-in-the-supreme-court-when-populists-attack-the-rule-of-law-everyone-loses-124302?fbclid=IwAR2GsL_g3HozjmRNv7eIL-efq9Tft8K7dL_RE4-merzceWcXA7vjb8ob28s)

Kim Lane Scheppele, *The Opportunism of Populists and the Defense of Constitutional Liberalism*, 20 GER. L.J. 314, 331 (2019)

