

הרהורים על בית המשפט העליון בעידן של "מעקפים פרוצדורליים"

מאת

יופי תירוש*

א. הקדמה: המשך עכשווי לניסוי המחשבתי החלוצי של פרופ' מאוטנר

ספרו של פרופ' מני מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי"¹, הוא ספר חלוצי שהעניק לנו כלים חשובים לחשוב בכלל על המשפט, ובפרט על המשפט הישראלי ועל האופן שבו הוא משפיע על החברה בישראל ובתורו מושפע ממנה. אני מבקשת להציע ניסוי מחשבתי: אילו נכתב לספר אפילו לנכח העשור האחרון – ובעיקר לנכח שלוש השנים האחרונות – כיצד היה מאפיין את מתודת ההנמקה ומהות ההנמקה של בית המשפט העליון בישראל?

ספרו של פרופ' מאוטנר עסק לא בתוכן הנורמטיבי של ההנמקות אלא בסגנון: הוא הצביע על מעבר משלב מוקדם ופורמליסטי, יבש וקצר, המציג תוצאות כנגזרות "מהדין", אל שלב מאוחר שבו ההנמקה ערכית, מדגישה את תכליות הדין ומבקשת לשכנע את הציבור ולהגדיל את ההפנמה שלו את ערכי שלטון החוק וזכויות היסוד. בשתי התקופות, השופטים היו מחויבים להגנה על עקרונות ליברליים, וגם בתקופה של הנמקות פורמליסטיות, הפסיקה נקטה לעתים קו אמיץ של פרשנות הדין ויישומו, קו שניתן לכנות אקטיביסטי (למשל בפסקי דין כמו שייב, בז'רנו או קול העם)².

ב. עליית המעקפים הפרוצדורליים והשלכותיה

אני מציעה כי בעשור האחרון הלך והתחזק דפוס אחר: התבססות מעקפים פרוצדורליים המאפשרים לבית המשפט להימנע מהכרעות סובסטנטיביות, מכתובת פסקי דין ומפיתוח הדין, תוך שאיפה (חסרת תוחלת) לצמצום מחלוקות ולגיבוש הסכמות. גם כאשר נכתבים פסקי דין, ההנמקה היא רזה, זהירה ולעתים אפולוגטית.

קל להבין את זהירות בגיץ' מול מתקפות ודה-לגיטימציה מצד פוליטיקאים, גופי תקשורת ומשפיענים – במיוחד נוכח רדיקליזציה בימין ונטישה של ערכי ליברליזם ואיזונים ובלמים. בית המשפט לא פועל בחלל ריק, והביקורת משולחת הרסן עליו, על אף שהיא איננה עניינית ולא מתבססת על טיעונים מהותיים, מרפה את ידיו מלפתח את הדין. ועל אף האתגר המוסדי שמולו הוא ניצב, לשיטתי, בית המשפט – כאחד ממוסדות הליברלים ההגמוניים לשעבר (בלשונו של מאוטנר) – משיל בהדרגה, גם אם מבלי דעת, את תפקידו כמגן ערכים ליברליים.

* פרופ' חברה בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב. דברים שנאמרו בכנס לכבוד כרך עיוני משפט שציין 30 שנה לפרסום "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" לפרופ' מני מאוטנר 22 בדצמבר, 2025, בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. הדברים מובאים בהרחבות ובשינויים קלים. נדיב מרדכי ושגיב ברהום תרמו תרומה משמעותית להתגבשות המחשבות שלהלן ולחידודן, ואני מודה להם עמוקות. תודה גם לעפרה בלוח נטלי דודזון, שגית מור ויניב רוזנאי שקראו טיוטות מוקדמות. הדברים מייצגים את עמדותי בלבד.

¹ מנחם מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993).

² בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399 (1951); בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

אדגיש שביקורתי היא בבחינת "נאמנים פצעי אוהבת". היא באה מתוך מחויבות לפרויקט ולא לשם דה-לגיטימציה של בית המשפט. כפי שאדגים להלן, שופטי בג"ץ נזהרים יתר על המידה מלפסוק גם בעתירות רגישות פוליטית שבהן התשובה המשפטית בהירה וניתנת להכרעה בהנמקה קצרה. מתוך חשש מהסלמה פוליטית, הם בוחרים למסמס הכרעות גם כשהאיוחיות של פעולות הממשלה היא מובהקת. אין בידי נתונים אמפיריים, אך לתחושת, השימוש במעקפים פרוצדורליים גבר במיוחד מאז פרוץ המשבר החוקתי-דמוקרטי. כדוגמה נוספת, פרופ' ברק מדינה ניתח לאחרונה את כל הביקורת השיפוטית בתחום דיני הלחימה בשנתיים החולפות, ומצא שלבית המשפט אמנם הייתה תרומה חשובה בפתרון בעיות קונקרטיות, אך הוא נמנע מהכרעות עקרוניות באשר למצב המשפטי, וניסה להביא לפתרון בעיות אגב דיון בעל פה. כדי לכתוב את מאמרו, היה על פרופ' מדינה לאתר ולנבון במסמכים קצרים של דחיות על הסף והחלטות שנכתבו באולם, כיוון שכמעט אין פסקי דין שיש בהם הנמקה מהותית.³ מדינה מנמק שבהינתן ש"הממשלה אינה מספקת לציבור פירוט נאות של עמדתה ושל נימוקה. הכנסת כמעט ולא הפעילה סמכויות פיקוח על הממשלה במהלך המלחמה... הדרך היחידה כמעט לחייב את הממשלה לספק לציבור הסבר על מדיניותה, להצדיקה ולהעמידה במבחן הביקורת, היא הדרך של ביקורת שיפוטית, שמבוססת על דיני זכויות האדם."⁴

בעבר הביקורת של מאוטנר הייתה שההליכה לבית המשפט סימנה זניחה שגויה מצד המחנה הליברלי של שדות הפוליטיקה, החינוך והפריפריות הזנוחים. הוא טען, ובצדק, שבית המשפט הוא חלק מהמארג, אבל הוא לא חזות הכל, הוא כלי, אולי אפילו לא הכי חשוב, בארגז הכלים של חברה דמוקרטית.

דבריי לא נכתבים כהתרפקות על תמונת עולם ליברלית שהייתה ואיננה עוד או כמיהה לחזרה אליה. אין ספק שהליברליזם נמצא במשבר עולמי והסיבות לכך, כמו העובדה שהוא מציע חזון רזה מדי ואטומיסטי מדי, נדונו בהרחבה בספרות,⁵ ויש עוד הרבה מקום לעסוק בהן ולהבינן לנוכח המשבר החרף. אבל היום, הליברליזם סופג ביקורת עזה המחלישה את כוח אחיזתו (בישראל כמו במדינות רבות אחרות). וכיוון שבית המשפט, כמייצג את ההגנה על זכויות יסוד ליברליות ועל כלל המבנה המוסדי המאפשר שימורן של זכויות אלה, נמצא תחת מתקפה על תפקידו הליבתי – עליו לנכס מחדש את תפקידו כשומר על שלטון החוק. במילים אחרות, במובנים מסוימים, כפי שטען מאוטנר במשך שנים, אנחנו במצב של משפטיזציית-יָתֵר, כך שיותר מדי סוגיות שהיה ראוי להכריע במרחבים אחרים, כמו הפוליטי, הכלכלי והתרבותי, מגולגלים לפתחו של בית המשפט. אבל מצד שני, בהקשר של האיום על שלטון החוק, אנחנו במצב של משפטיזציית-חֶסֶר.

במצב (המורכב עבור בית המשפט) שבו הממשלה מנסה לנתץ את יסודות הדמוקרטיה הישראלית, בית המשפט שואף למראית עין של דמוקרטיה קונצנזואלית: חתירה להגיע להסכמות רחבות, הדגשת "איזון קדוש" פנימי בין ליברלים לשמרנים, והתכחשות או הכחשה של התפקיד הערכי המובהק – במיוחד בהגנת זכויות וחירויות. ההנחה (השגויה בעיניי) של בית המשפט העליון היא שאם ייעשו ויתורים פרוצדורליים לטובת טיעונים שמרניים, הפוליטיקה "תניח לבית המשפט".

³ ברק מדינה "המשפט הישראלי במלחמת עזה (2023-2025): אנטומיה של ריסון שיפוט" **משפט וממשל** ל (גרסה מ-24.7.2025) (בטרם עריכה לשונית), צפוי להתפרסם.

⁴ שם, בעמ' 1 (בתקציר).

⁵ ראו למשל אלסדייר מקינטאיר **מעבר למידה הטובה** (יונתן לוי מתרגם 2006); CHARLES TAYLOR, PHILOSOPHY AND THE ; HUMAN SCIENCE (1985); MICHAEL J. SANDEL, LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE (1982); מנחם מאוטנר **אוטונומיה ושגשוג: לקראת ליברליזם סוציאלי-דמוקרטי** (2021).

כך למשל, בדעת המיעוט שלו בפסק הדין בעניין סמכות הממשלה לפטר את ראש השב"כ,⁶ כנגד דעתם החולקת של הנשיא עמית והשופטת ברק-ארז, שכתבו פסק דין סובסטיבי המבאר את סמכויות הממשלה לפטר את ראש השב"כ, הדגיש השופט סולברג שבמצב הדברים שבו ראש השב"כ הודיע על תאריך לסיום תפקידו והממשלה ביטלה את החלטת הפיטורים, מוטב להתייחס אל העתירה כתיאורטית ולהימנע מ"להוסיף עוד, לכאן או לכאן", שאז "יצא שכרנו בהפסדנו".⁷ לשיטת השופט סולברג, ראוי לתת מקום נכבד לשיקולים כמו אמון הציבור בבית המשפט, סערת הרוחות הציבורית העזה, והמתחוות ההולכת וגוברת "אשר מאיימת – איום ממשי, קונקרטי – על מרקם החיים העדין של החברה הישראלית":

במצב דברים זה מוטלת עלינו חובה של ממש לעשות כל שביכולתנו, במסגרת ד' אמותינו, להנמכת הלהבות. הכרעה בעתירות תיאורטיות, בסוגיות המצויות בליבת המחלוקת הציבורית – כאשר ממילא, מדובר בסוגיות שטופלו כדבעי על-ידי המחוקק, והוראות החוק החלטיות ומובנות לכל – אינה משרתת מטרה זו; נהפוך הוא.⁸

אלמנט מעניין בהנמקה של סולברג הוא שלשיטתו, אין טעם בכתבת פסק דין כיוון שהדין המסדיר את הנושא ברור די צורכו:

מדובר בסוגיות שטופלו כדבעי על-ידי המחוקק, והוראות החוק החלטיות ומובנות לכל... הוראות חוק השב"כ, כמו גם כללי היסוד של המשפט המינהלי – ברורים וידועים, עומדים על מכונם, וינחו את דרכנו, ואת דרכם של הגורמים הרלבנטיים הנוגעים בדבר, גם לעתיד לבוא.⁹

יש לתהות על כוח השכנוע של ההנמקה הזאת, שלפיה החוק מסביר את הדברים באופן החלטי ובהיר די הצורך, במצב דברים שבו הממשלה לא כיבדה את הוראות החוק, לא בסוגיה זאת, כפי שהעיר הנשיא עמית,¹⁰ ולא בסוגיות רבות נוספות, כפי שיודגם בהמשך.

אם מאוטנר תיאר בעבר מעבר מפורמליזם לערכים אני מציעה אפיון עדכני: **אני מציעה לדמיין דינמיקה דיאלקטית: הרצון להימנע מהכרעות ערכיות – ובעיקר ליברליות – מוליד מעקפים פרוצדורליים חלולים; ואלה, בתורם, שוחקים את ההגנה על ערכים ליברליים ומחלישים את המחויבות אליהם.**

ג. טקסונומיה חלקית של מעקפים פרוצדורליים

אתמקד בשלוש מתודולוגיות מרכזיות של "מעקפים":

1. **אי-בשלות או "התייתרות"**: מה שיניב רוזנאי כינה דוקטרינת האבוקדו: הכרזה שהעתירה מוקדמת מדי או מאוחרת מדי. כך נמנעת קביעת נורמה.

⁶ בג"ץ 54321-03-25 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (נבו 21.5.2025) (להלן: עניין פיטורי ראש השב"כ).

⁷ שם, פס' 6 לפסק הדין של השופט סולברג.

⁸ שם, פס' 5.

⁹ שם, פס' 5-6.

¹⁰ "נוכח הפגמים המשמעותיים שנפלו במסגרת קבלת ההחלטה, ובשל החשיבות שבהבהרת הדין בנסיבות העניין, סברנו שאין להתייחס לכך כאפיון שהיא כ'קצף על פני המים', ולהימנע מדיון". שם, בפתח פסק הדין של הנשיא עמית.

2. **דחיפה לפשרה מחוץ לאולם** : עידוד פשרות במקום הכרעת דין מנומקת. הדבר בלט בעתירות עקרוניות של השנתיים האחרונות (למשל סביב הליכי מינוי נציב שירות המדינה,¹¹ מינוי ראש השב"כ¹² והדחת היועמ"שית¹³). זה אולי מפחית חיכוך מידי אך יוצר מראית עין של שני צדדים קיצוניים ניצים (ומכאן עולה מסר משתמע, בעייתי כשלעצמו, שלפיו אפשר להתפשר על עקרונות דמוקרטיים), וכן של סימטריה בין צדדים שלמעשה אינם שווים-כוח או ניקיון כפיים. בנוסף, פשרות מחוץ לאולם פוטרות את בית המשפט מלשרטט את גבולות הדין.

3. **מעקב וניהול התיק במקום פסיקה** : שליחת הצדדים הביתה לנסח מתווה מוסכם, לבחון את האפשרויות ולדווח לבית המשפט, וניהול התיק כבייביסיטר של הצדדים, כפי שכינה זאת השופט בדימוס אליקים רובינשטיין.¹⁴ יש דוגמאות רבות למתווים שקרסו, כמו בין היועמ"שית לשר בן-גביר.¹⁵ דפוס זה מאפשר עקיפה מתמשכת של סדרי דין והימנעות מהנמקה, משמר פערי כוח ומעודד גרירת רגליים מצד רשויות. בינתיים, המדיניות הלא חוקית יכולה להשתרש ולהפוך נורמה, שלכאורה "עוברת בגרון" : קל יותר להשלים איתה למרות שהיא פוגענית; והשלטון יכול לטעון בדיוק את הטענה הזו בעתירה עצמה, אם יוחלט לבסוף בכל זאת לדון ולהכריע בה.

יכולתי לספק דוגמאות נוספות, כמו ההשלמה הבעייתית של בג"ץ עם הפרקטיקה של מחלקת הבג"צים – בעתירות שנמשכות שנים, בבוקר הדיון מודיעה המדינה שהיא מקבלת את העתירה וכך מתייחר הצורך בפסק דין. אבל זה אחרי שנים של עינוי דין וגם אובדן זמן שיפוטי יקר בהתכוננות לדיון. או הגישה המקלה והכמעט אוטומטית לבקשות דחיה מצד המדינה בהגשת תגובות לעתירות (למשל, בעתירה לאפשר ביקורים של הצלב האדום במתקני הכליאה שבהם מוחזקים עזתים, בג"ץ אישר 19 בקשות דחיה של המדינה להגשת תגובה לעתירה, אישורים שמשמעותם הימנעות מהכרעה מהו הדין ועיכוב במתן סעד ממשי, ככל שסעד כזה נובע מן הדין).¹⁶ קבלת בקשות דחיה חוזרות ונשנות היא תופעה רווחת גם בעתירות חוזרות שמבקשות לקיים את הפסיקה המקורית (הדוגמה המובהקת היא פרשת הפרטת בתי הסוהר)¹⁷ ועוד. אבל דומני שהתמונה ברורה.

התוצאה : אין תקדימים מנחים, שלצד עיצוב הדוקטרינה גם יש להם אפקט דקלרטיבי. ואם אין דין ברור, גם אין תנאים למאבק מצד צדדים שונים, פוליטיים או אזרחיים, לשינוי או לשימורו של הדין. כשפסקי דין מסתיימים בשורה על פשרה, העותרים הבאים מתחילים מאפס השחקנים החוזרים (הרשויות) נהנים מהיעדר הלכה, וההגנה על זכויות נשחקת.¹⁸ גישה זו גם מניחה שלארגונים ולעותרים ציבוריים יש משאבים בלתי מוגבלים והם יכולים להרשות לעצמם לחזור לבית המשפט שוב ושוב על פני שנים רבות. דמינו קרן פילנתרופית

¹¹ בג"ץ 37830-08-24 מכון לואיס ברנדייס לחברה, לכלכלה ולדמוקרטיה, המסלול האקדמי המכללה למינהל מיסודה של הסתדרות הפקידים בתל אביב נ' ממשלת ישראל (נבו 12.5.2025).

¹² ראו בג"ץ 18133-06-25 גואילי נ' המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי) (נבו 1.7.2025) (החלטה למתן שהות נוספת לקיום מגעים בין מזכיר הממשלה ובין הייעוץ המשפטי לממשלה).

¹³ בג"ץ 18225-06-25 גילון נ' ממשלת ישראל (נבו 14.12.2025).

¹⁴ השוו Joanne Scott & Susan Sturm, *Courts as catalysts: Re-Thinking the Judicial Role in New Governance*, 13 COLUM. J. EUR. L. 565 (2006), והמלצותיהן לבתי המשפט כיצד לבחון האם פשרות הן ראויות (למשל השתתפות ושקיפות).

¹⁵ ראו פסי' 10 לתגובה מקדמית מטעם היועצת המשפטית לממשלה בבג"ץ 9037-08-24 הכהן נ' ראש הממשלה (1.1.2026) ("כפי שיפורט בהמשך, על מנת למצות את הכלים שבידי ראש הממשלה והייעוץ המשפטי לממשלה ולנסות להעמיד ערובות והגנות לפעולתה העצמאית המקצועית והממלכתית של המשטרה [...] גובש מסמך עקרוני, אשר קבע גדרות וסייגים בממשק בין השר לביטחון לאומי לבין משטרת ישראל (להלן : מסמך העקרונות). מסמך העקרונות הוגש לבית המשפט והשר התחייב לפעול לפיו. אולם, העקרונות המוסכמים והעבודה על הנהלים לחוד והמציאות לחוד [...] פעל השר בניגוד להתחייבויותיו המפורשות, הסייגים והגדרות שלהם הסכים").

¹⁶ בג"ץ 1537/24 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל.

¹⁷ בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).

¹⁸ מארק גאלאנטר "מדוע "אלה שיש להם" נוטים להצליח : הרהורים על גבולות השינוי המשפטי" מעשי משפט ד 15 (2011).

השוקלת האם לתמוך בארגון זכויות. למה שהיא תתמוך אם הארגון מציג רק שורה חוזרת ונשנית של הפסדים בעתירות בתחום מסוים? ומפרספקטיבה אישית, לפעמים זה לא רק עניין של מימון אלא של אנרגיה של פעילות ופעילים "משוגעים לדבר", שגם אליה יש תחושה שבג"ץ מתייחס לעתים כאל משאב בלתי מוגבל.¹⁹

ד. פרשת חקירת הדלפת הסרטון משדה תימן

בפרשת חקירת הדלפת הסרטון משדה תימן, כזכור, השר לוי ניצל את משבר הדחף-לגיטימציה שנוצר לאחר גילוי הקשר בין הפצ"ר לבין הדלפת הסרטון, ודחה שוב ושוב את עמדת היעוץ המשפטי שלפיה אין לו סמכות למנות חוקר, או שסמכותו מוגבלת לדרישות המינימום שבית המשפט הגדיר. לתוך הקלחת הוא הוסיף תיאוריות קונספירציה משלהבות, למשל שגם היועמ"שית מעורבת בהדלפה, ביחד עם אימוץ של עמדות משפטיות שסוטות מהדין, ושלמעשה היה ראוי להוריד אותן מסדר היום המשפטי מייד. אבל זה לא מה שקרה, לא בזירה הציבורית, ולצדדי – גם לא באולם בית המשפט.

חוק נציב התלונות על השופטים קובע שחל על הנציב איסור לעסוק בכל משרה או תפקיד אחר.²⁰ בדיון, במקום לכתוב החלטה מהירה המבהירה שמינוי השופט קולה הוא חריגה ברורה מלשון החוק המסמך אותו כנציב תלונות הציבור על השופטים, השופטים הפצירו בצדדים "לגלות אחריות ציבורית" ולהגיע למתווה מוסכם תוך 48 שעות, או שיינתן פסק דין.²¹ מעשי הבאים של השופט קולה, שביקש חומרי חקירה, ושל השר לוי, מעידים שאין עיגון במציאות לציפייה מלויין להתנהלות אחראית.

בהיעדר הסכמה, בפסק הדין שנאלצו לכתוב, השופטים אמנם פסלו את מינוי השופט קולה, אך קבעו שלשר יש סמכות למנות חוקר אם יהיה עובד מדינה בכיר ומשפטן.

השופטים קיבלו את טענת השר לוי כי שאין מדובר בהתערבות פוליטית בהליכי חקירה, כי הוא רק ימנה, הוא לא יכתוב כיצד החקירה מתנהלת. "מובן שלאחר העברת הסמכות" כותבת השופטת וילנר, "ניתק הקשר בין השר לבין עובד המדינה שאליו הועברה הסמכות". המשפט הזה נצמד אמנם להנחה (פורמליסטית וארכאית) ששר מתפרק מהסמכות שלו אחרי העברה שלה. אבל זוהי הנחה נאיבית, המתעלמת כמעט כליל מהרכיבים האלמנטריים של חקירה פלילית, ומהדינמיקה שבה היא מתקיימת "בחיים האמיתיים". הקושי של השר לוי למצוא חוקר שייקח על עצמו את התפקיד מחליש עוד יותר את ההנחה שהיעדר פוליטיזציה של החקירה הזאת הוא אפשרי. כך, ראינו בית משפט שמדגיש שוב ושוב עד כמה המקרה שלפנינו נולד ב"נסיבות נדירות",²² "רחוק שנות אור ממקרים רגילים [...] מקרה קצה ייחודי"²³ – כדי לזנוח את העיקרון הפשוט שדרג פוליטי לא יתערב בסמכות מעין שיפוטית, וקל וחומר לא בחקירה פלילית.

בסיום פסק הדין כותבת השופטת וילנר כי למרות פסק הדין, "לא ננעל השער להגעה לפתרון מוסכם, אשר ייחנה מהכשר ציבורי רחב וינמיך את גובה הלהבות בשיח הציבורי".²⁴ אשרי המאמינים, נוכח העובדה שיומיים

¹⁹ ראו יופי תירוש "הסיפור של המאבק בהפרדה בין המינים באקדמיה: גילוי, מיפוי, הנעת שינוי" **מעשי משפט** י 107 (2019).

²⁰ חוק נציב התלונות על השופטים, התשס"ב–2002, ס"ח 590.

²¹ בג"ץ 3545-11-25 **בוארון נ' היועצת המשפטית לממשלה**, פס' 5, 27–29 לפסק הדין של השופטת וילנר (נבו 16.11.2025).

²² שם, פס' 48 לפסק הדין של השופטת וילנר.

²³ שם, פס' 8 לפסק הדין של השופט שטיין.

²⁴ שם, פס' 82 לפסק הדין של השופטת וילנר.

אחרי מתן פסק הדין לזין ממנה את השופט המחוזי בדימוס יוסף בן-חמו, תוך הפרה בוטה של הוראות פסק הדין, כיוון שבן-חמו איננו עובד מדינה בכיר.

עוד בלטה בדיון (ובהקשר זה צילומי הדיונים והידיעה של שופטות ושופטים שיכולים לשדר דברים נחרצים שלהם ברשתות או במהדורות רק גורמת להם להצניע עוד ועוד את הביקורת נגד הממשלה, גם במהלך הדיון) – הזהירות המופלגת של ההרכב, ובעיקר של השופטת וילנר, מלהטיל רבב במי מהמעורבים,²⁵ ולהזכיר כמעט כל רגע בדיון עד כמה השופט קולה הוא ישר דרך, למרות שאף אחד לא חלק על כך. הדיון נגד מינויו של בן חמו בסוף נובמבר לוהה בבלגן באולם ובהוצאת הנוכחים שהתפרצו שוב ושוב.

הבקשה לדיון נוסף התקבלה חלקית: ההיבט יידון העקרוני בהרכב רחב, אך ביחס למקרה הקונקרטי ההחלטה נותרה. בענייני (ובהשראת דברי טליה ששון),²⁶ עצם קידום רעיון סמכות השר למנות תובע לחקירת היועמ"שית פותח פתח לפוליטיזציה של אכיפת החוק – שער להתערבות פוליטית בהליכים פליליים, מתעלם ממשוא הפנים של השר ושם בו את מבטחו. בנוסף, התוצאה של תחיתת הדיון הנוסף להיבט העקרוני יוצרת מצב של קבלה למעשה של מינוי שעשוי להתברר כבלתי חוקי בדיון הנוסף.

ה. דוגמאות נוספות מהשנים האחרונות למעקפים פרוצדורליים

השוואה בין גישתו של בג"ץ בעניין התפילה בהפרדה מגדרית בכיכר דיזינגוף בתל אביב בפעם הראשונה שהפרשה הגיעה לאולם בית המשפט (לקראת יום הכיפורים תשפ"ד, ממש לפני השבעה באוקטובר, 2023), ובפעם השנייה שבה הגיעה לבג"ץ (לקראת יום הכיפורים תשפ"ה), מדגימה אף היא את התבססות הדפוס של מעקפים פרוצדורליים שמחליש את ההגנה על הערכים. בפעם הראשונה שהנושא הונח לפתחו, בג"ץ נימק בקצרה, בשל לוח הזמנים הדוחק, אך פסיקתו הייתה נחרצת: ברירת המחדל היא שהפרדה מגדרית פוגעת בשוויון ולכן ככלל, אסור לרשות ציבורית לנקוט בה (למעט במקרים חריגים שעברו את המבחנים החוקיים והחוקתיים).²⁷ לכן התפילה בהפרדה אסורה. לעומת זאת, בשנה העוקבת, ולמרות שארגון ראש יהודי שיזם את התפילה הפר את הוראות בג"ץ בשנה הקודמת ומתח חציצה המורכבת מדגלי ישראל, שופטי בית המשפט נכנסו לאולם, על פי התרשמותי, בשאיפה כמעט מוצהרת שלא לכתוב פסק דין. הוצאת הצדדים מהאולם לגבש פשרה היא, כאמור, פרקטיקה שכוחה. אבל הוצאתם מהאולם 5 פעמים למיטב זכרוני, איננה חזון נפרץ בדיונים בבג"ץ. לא ברור על בסיס מה יש לשלוח צדדים להתפשר כשהדין נוטה במובהק לצד אחד, ולא קמה במקרה זה תשתית עובדתית שונה מזו שעליה הסתמך בג"ץ בפסיקתו ההחלטית והבהירה בשנה הקודמת. משכשלו מאמצי הצדדים להתפשר, פסק הדין נכתב, ואת אשר יגורנו בא לנו: הוא הניב הסדרים נורמטיביים עמומים, המכרסמים בזכות לשוויון מגדרי.²⁸ למשל, נקבע שאפשר יהיה להתפלל בהפרדה באזור השימוש הציבורי שלו הוא פחות אינטנסיבי מאשר כיכר דיזינגוף, וזאת בתדירות מוגבלת (שלא הוגדרה) ובפריסת אתרים מוגבלת (שגם שיעורה לא הוגדר בפסק הדין).²⁹

²⁵ "אין ספק שנציב תלונות הציבור על שופטים השופט (בדימוס) אשר קולה, עומד בתבחינים הרלוונטיים". שם, פס' 81 לפסק הדין של השופטת וילנר.

²⁶ טליה ששון "לא טובת האזרח או המדינה מעניינת את הממשלה, אלא רק טובת חבריה" **הארץ** (9.12.2025). <https://perma.cc/T6ZK-HNDS>

²⁷ עע"מ 7174/23 **פורום חירות וכבוד האדם בישראל נ' עיריית תל אביב-יפו**, פס' 5 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 22.9.2023).

²⁸ עע"מ 66315-09-24 **לינור נ' עיריית תל אביב-יפו** (נבו 2.4.2025).

²⁹ להרחבה ראו יופי תירוש "אחדות, אבל לא בכל מחיר" **אופקים** 7, 57, 58–61 (2025).

יחס של כבוד לממשלה – ובעיקר לשר ליון – מתבטא דווקא בלהתייחס אליו ברצינות: להביט במה שהוא עושה ולהקשיב למה שהוא אומר שיעשה ולהפנים את הסיכון. תחת זאת, בית המשפט עושה לו אינפנטיליזציה, מפציר בו לנהוג באחריות ציבורית, ונמנע מהכרה בעוצמת האיום. הוא נשען על תפיסות ישנות, שהיום אין להן אחיזה במציאות, כמו חזקת התקינות המנהלית, ממלכתיות וריסון עצמי, תוך ציפייה להתנהלות סבירה, ולכן מבליג מול נציגי הממשלה. אבל במחיר הפיכתו לבית משפט של הסכמות – הסכמות שאי אפשר להשיג עם מי שמלכתחילה מסרבים לקבל את כללי המשחק הבסיסיים – בית המשפט מפקיר את סמכותו להוציא מלפניו הכרעות בעלות אופי נחרץ, ערכי וצופה פני עתיד. בית משפט של "פלסטרים" רק דוחה את ההתמודדות עם הבעיות הרציניות המונחות לפתחו. בכך הוא מזין את אש ההתקפות נגדו.

הפרדה מגדרית במוסדות כמו האקדמיה או הכשרות מקצועיות, לדוגמה, הוצגה כאמצעי זמני שיוביל לשילוב. היום ברור שזו הייתה תפיסה שגויה. כל מעוז שנכבש והונהגה בו הפרדה, שימש נקודת יציאה להשתלטות על המעוז הבא. מהתואר הראשון לתארים המתקדמים, מהפרדה רק לחרדים להפרדה לכל דיכפין, מהפרדה כאמצעי זמני להפרדה מגדרית כזכות יסוד לתרבות. כך גם במקרה שלפנינו: ההנחה שקצת ויתורים של בג"ץ, שאורך רוח להתנהגות משולחת הרסן של הממשלה וזרועותיה, יפיסו את דעתו, ירגיעו אותן, היא אשליה. ההנחה שמעט ויתורים ירגיעו את הממשלה היא, בעיניי, אשליה המזכירה דינמיקת הורים-ילדים: לאחר כניעה לטנטרום, הדרישות רק מתעצמות. עכשיו לא מספיק שיקנו לי אופניים, אלא עליהם להיות חשמליים ומתקפלים.

עם זאת, אני איני טוענת שהשופטים (ודאי הליברליים) ויתרו על עקרונותיהם ומצפונם. בעיניי הם חשים שאינם יכולים לפסוק על פי הבנתם את הדין – ולכן פונים למעקפים פרוצדורליים. מחפשים הסכמות, וכשכבר נאלצים לפסוק, עושים זאת בזהירות אפולוגטית. לגישה של השקטת המחלוקת בנימוקים כמו עיתוי לא נכון של העתירה, חתירה לפשרה, מתווים ודחיות יש מחיר נורמטיבי: עמעום ערכים, שחיקת הגנות מוסדיות, בלבול ציבורי, והעצמת "שחקנים חוזרים" כמו שרי הממשלה בבית המשפט.

להדגמת הנקודה הזאת נחתה לחיקנו כפרי בשל הדרמה מימים אלה ממש: שאלת סמכותו של שר הבטחון לסגור את גלי צה"ל. חוות הדעת של המשנים ליועמ"שית קבעה שהמלצות הוועדה לסגירת גלי צה"ל נטולות בסיס עובדתי, נגועות בפוליטיזציה של חברים בוועדה, שהסמכות להחליט על סגירה נתונה על פי חוק לכנסת, ובעיניי בעיקר, שההמלצות צריכות להיבחן לאור הפגיעה הצפויה בחופש העיתונות: סגירת מחצית משידורי הרדיו הציבורי בשנת בחירות, ובהינתן שגם עצמאותו של תאגיד השידור הציבורי נתונה למתקפות ועומדת על אדנים רעועים.³⁰ חוות הדעת מזהה, אם כן, את מה שרוזנאי והוסטובסקי ברנדס כינו, בכתיבתם על בג"ץ הסבירות, "ההקשר הרחב של השחיקה הדמוקרטית".³¹ יש לקוות שבג"ץ לא יסתכל רק על צלחת הפטרי

³⁰ "הצעת מחליטים בנושא "סגירת תחנת השידור הצבאית 'גלי צה"ל'" (חוות דעת של המשנים ליועצת המשפטית לממשלה – משפט ציבורי-חוקתי ומשפט ציבורי-מנהלי 22.12.2025).

³¹ תמר הוסטובסקי ברנדס ויניב רוזנאי "ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד: עד כמה ה"הקשר" רלוונטי?" המכון הישראלי לדמוקרטיה **פסק דין הסבירות עיונים ראשונים: בעקבות בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת 137**, 140 (סוזי נבות וענת טהון אשכנזי עורכות 2024); Tamar Hostovsky Brandes & Yaniv Roznai, *When the First Brick falls*; (2024) *of the Fortress of Democracy: Dealing with the First Slice of the 'Salami Tactic' for Eroding Democracy*, 19 ASIAN J. COMPAR. L. 535 (2024); Yaniv Roznai & Tamar Hostovsky Brandes, *Democratic Erosion, Populist Constitutionalism, and the Unconstitutional Constitutional Amendments Doctrine*, 14 L. & ETHICS HUM. RTS. 19 (2020).

המונחת על שולחנו, אלא גם, אם להמשיך את הדימוי של הנשיא עמית בבג"ץ הסבירות,³² ייקח בחשבון גם את הצלחות שבדרך אל השולחן, ימתח את הקו בין הנקודות ויזהה את הפגיעה האנושה בחופש הביטוי הנשקפת מסגירת התחנה בנסיבות כאלה, וינפק תחת ידיו פסיקה בהירה ונחרצת. הימנעותו הראשונית של בג"ץ מהוצאת צו על תנאי בעתירה, בנימוק שסגירת גל"ץ מתוכננת למרץ והדיון בעתירה נקבע לינואר, הייתה בעייתית בהינתן ששר הבטחון הורה כבר בסוף דצמבר להודיע לעובדי התחנה על פיטורים ולשבץ את חיילות וחיילי התחנה בתפקידים ביחידות צבאיות אחרות.³³ ועם זאת, הנחייתו של הנשיא עמית לשר הבטחון להשיב על הבקשה לצו ביניים, וזאת אחרי שצו הביניים לא הוצא בשלב הראשון, מלמדת אולי על שינוי מגמה מעודד.

הדיון באולמות בית המשפט הפך, לטענתי, למיצג פרפורמטיבי. התיאטרון הבג"צי מעניק מיקרופונים פתוחים וסבלניים גם לטענות מופרכות וחסרות בסיס בדיון או בעקרונות המשפט הישראלי ולהתפרצויות חסרות תקדים ושלוחות רסן באולם. לפנינו קואופטציה: שילוב של כוח מתנגד לגיימי-לכאורה בתוך הפרוצדורה, במחיר זניחת הערכים שעל שמירתם אָמון בג"ץ. לו היינו מביטים בקטעי וידיאו דומים בשפה אחרת, היינו משערים שמדובר ברפובליקת בנות בדרום אמריקה או באפריקה. בכך משתקפת, למרבה הצער, הפנמה של חלק מהאידיאולוגיה של ההפיכה המשטרית.

לדעתי, אנו עדות ועדים למה שעשוי להתברר כעיצומו של מעבר שבו ההגנה על ערכים ליברליים ננטשת – תחילה בהימנעות, ובהמשך אולי בזניחתם או אף בקידום ערכים לא-ליברליים. זה משתקף בספרי על הפרדה מגדרית³⁴ וגם בהתפתחותו ההגותית של מני, והשינוי שעבר ביחס לאליטה הדתית, מהערכה לשברון לב, ובספרו **למות ולהרוג בשביל מדינה (רב-תרבותית)**.³⁵ חששי הוא התבססות הגמוניה שיפוטית שמרנית, שימוש באותם כלים ערכיים שבנה אהרן ברק כדי להטות את המטוטלת אל "טוב משותף" יהודי-לאומני. אם כך יקרה, ייתכן שאף נראה חזרה לשיח ערכים – אך עם הטיה שיטתית לערכים שמרניים.

וזה אפילו לא פורמליזם, כיוון שלא ברור אם יש לבית המשפט סמכות מן הדין לכוון להסכמות על פני הכרעה בדיון, להתאמץ להשיגן ו"לקפוץ על הרימון" כדי לא לעורר מחלוקת ציבורית או ביקורת נגדו. פורמלית, שופטים צריכים לשפוט על פי דין. והדין כולל הן כללים והן עקרונות וערכים.

1. אפילוג

בנקודה זו יש לשאול: האם זה כיוון דטרמיניסטי, או שיש מה לעשות כדי לבלום את המגמה?

מהכתיבה מהשנים האחרונות על יחסי משפט ופופוליזם, למשל מאמרן של עפרה בלוך ונטלי דודזון ב-*TIL*,³⁶ עולה שמשטרים פופוליסטיים מדכאים שיח ערכי ומחזקים "פוזיטיביזם קיצוני" – לשון החוק (שעוצבה לצורכיהם) כקריטריון יחיד. ואכן, בשנתיים האחרונות, עמדות משפטיות מטעם הממשלה מצייתות לפוזיטיביזם עיוור ופשטני. מול זה, תפקידנו כמשפטנים ומשפטניות – ותפקידם של שופטים ושופטות – הוא להדהד ערכים: להזכיר שהמשפט והחוקה לא נשענים רק על רובנות רגעית.

³² בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 107 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 1.1.2024).

³³ בג"ץ 69557-12-25 ועד עובדי גלי צה"ל נ' ממשלת ישראל (נבו 24.12.2025).

³⁴ יופי תירוש הופרדנו כך: מורה נבוכים להפרדה מגדרית (2025).

³⁵ מנחם מאוטנר **למות ולהרוג בשביל מדינה (רב-תרבותית)** (2023).

³⁶ Ofra Bloch & Natali R. Davidson, *Countering Authoritarian Populists' Legal Theory*, 26 THEORETICAL INQUIRIES L. (forthcoming 2025), <https://perma.cc/QT7V-7G4X>

האפילוג שאני מציעה לספרו של מני, אם כן, מתאר שלב חדש: נסיגה מהערכים אל פרוצדורות עוקפות. השאלה היום אינה האם נכון לנקוט הנמקה פורמליסטית או ערכית כדי להגן על ערכים דמוקרטיים ליברליים – אלא האם בית המשפט מוכן לומר בקול ברור, בין שבאופן לקוני ובין שבאופן "עבה", אילו ערכים מתנגשים, היכן הקווים האדומים, ומה אומרים דיני המשפט הציבורי, או שמא ימשיך לקוות להסכמות מדומות המסתירות ויתור ערכי.

אני לא מציעה, אם כן, חזרה לפורמליזם הישן אלא אזהרה מפני "פורמליזם-לייט" במסווה פרוצדורלי. זה אולי מגן זמנית על בית המשפט מפני זעם פוליטי, אך שוחק את סמכותו הערכית, את תקדימיו, את ההגנה על זכויות ואת ההגנה על שיטת המשטר הדמוקרטית בישראל (עד כמה שהיה מדובר בדמוקרטיה פגומה עוד טרם ההפיכה המשטרית). מול פוזיטיביזם פופוליסטי, התגובה הראויה היא נחישות ערכית.