

היסוד החוקתי של עילות הביקורת השיפוטית המינהליות

מאת

רון פוליאק*

האם קיימת מגבלה חוקתית על מעורבות המחוקק בעיצוב עילות הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי? שאלה זו הפכה רלוונטית לאחרונה בשל הניסיונות לקדם "רפורמה משפטית", ובמיוחד בעקבות התיקון לחוק-יסוד: השפיטה בעניין ביטול עילת הסבירות. ברשימה זו אטען כי קיים עיגון חוקתי לעילות הביקורת השיפוטית של המשפט המינהלי בעיקרון חוקתי מוסדי, באופן המטיל מגבלות חוקתיות ואף על-חוקתיות על ביטולן או על צמצומן. טענה זו מבוססת על שני אדנים: הראשון, ולו מוקדש החלק הראשון של הרשימה, הוא נורמטיבי וענייני אפיון עילות הביקורת ההלכתיות (הלא חקוקות), כחלק מן "המשפט המקובל" כמקור עצמאי לפיתוח המשפט המינהלי בישראל. אפיון זה קושר את העילות בקשר ענייני הדוק למוסד הרשות השופטת כבעל בלעדיות בפיתוח הלכתי (להבדיל מחקוק). האדן השני, ולו מוקדש החלק השני של הרשימה, הוא פוזיטיבי, ועניינו ניתוח פרשני של העיקרון החוקתי המוסדי של הפרדת הרשויות. ניתוח זה מלמד כי בנסיבות של "התכת רשויות", המתקיימות כיום בשיטת המשטר בישראל, נגזרת מעיקרון זה מניעה חוקתית ועל-חוקתית מהתערבות הרשויות האחרות בעיצוב עילות הביקורת השיפוטית ההלכתיות. השילוב בין האדנים מוביל למסקנה כי צמצום או ביטול של עילות ביקורת שיפוטית הלכתיות המוכרות כיום במשפט המינהלי הוא לא חוקתי בשל פגיעתו שלא כדין בעצמאות הרשות השופטת כמוסד האחראי לפיתוח העילות הללו כמקור משפט עצמאי. פגיעה כזו אינה עומדת באמות המידה החוקתיות החלות על פגיעה בעקרונות יסוד חוקתיים מוסדיים. התפיסה העקרונית שמציג מאמר זה תקפה גם לשיטות משפט מקובלות אחרות שבהן התקיימו, או מתקיימות, בתקופות מסוימות כמפורט במאמר, נסיבות של התכת רשויות, מה שמחייב את בתי המשפט לנקוט עמדה נחרצת נגד הפגיעה בעצמאותם מצד הרשויות האחרות.

מבוא. א. עילות הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי המקובל. ב. מגמות במעמד המשפט המקובל כמקור משפט עצמאי. ג. זיהוי העיקרון החוקתי המוסדי והלכת חרות. ד. עיגון עילות הביקורת המינהליות בעיקרון חוקתי מוסדי – הפרדת הרשויות. ה. הזיקה בין האדנים. ו. המחשת העיקרון המוצע באשר לביטול עילת הסבירות. ז. סיכום.

מבוא

מאמר זה מבקש לעיין מחדש בשאלת מעורבות המחוקק בעיצוב גבולות הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי. שאלה זו התחדדה בשיח הציבורי בעקבות הניסיונות לקדם מה שמכונה "רפורמה משפטית", ובייחוד פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין התיקון לחוק-יסוד:

* דוקטור למשפטים. תודה לעורכי כתב העת משפטים על הערות מצוינות. המאמר התקבל לפרסום טרם מינויי לכהונת רשם בכיר בבית משפט השלום בתל-אביב והוא משקף את עמדותי האישית בלבד.

השפיטה בעניין עלילת הסבירות.¹ פסק הדין התקדימי לא חתם את הדיון האקדמי והציבורי-פוליטי בנושא, ודומה כי הוא עוד צפוי להעסיק את מערכת המשפט, את האקדמיה ואת הציבור. על רקע התפתחויות אלה מתחדד הצורך העיוני והמעשי לבחון מהן אמות המידה החוקתיות החלות על פגיעה כזו בעילות הביקורת השיפוטית ההלכתיות (הלא חקוקות) המוכרות במשפט המינהלי.

נקודת המוצא היא המוסכמה המקובלת שלפיה אין בכוחן של עילות הביקורת ההלכתיות "להתגבר" על חקיקה נוגדת. מוסכמה זו היא פועל יוצא של הבנה (מסוימת) של עקרון הפרדת הרשויות במשפט המקובל.² במאמר זה אטען כי נקודת המוצא הזו אינה יכולה להיות נקודת הסיום. המוסכמה המקובלת ראויה לבחינה מחדש בשל התפתחויות במשפט המקובל בכלל ובמשפט החוקתי הישראלי בפרט, השמות מוסכמה זו בסימן שאלה. טענה זו מחייבת עיון בבסיס הרעיוני של עילות הביקורת ההלכתיות – **המשפט המקובל כמקור לפיתוח המשפט**. פועל יוצא של אפיון זה מחייב בחינה משלימה של הנושא גם באספקלריית **העקרונות החוקתיים המוסדיים** החלים על הרשויות השלטוניות השונות בבואן לפתח ולעצב מקורות משפט. העיקרון החוקתי המוסדי שעליו אבקש להתבסס הוא עקרון הפרדת הרשויות, ולניתוחו יוקדש עיקר המאמר. ניתוח זה מוביל למסקנה כי בנסיבות מסוימות עשויה לקום הצדקה לסטייה מהמוסכמה המקובלת, המטילה מגבלות חוקתיות ועל-חוקתיות על חקיקה נוגדת המצמצמת או מבטלת עילות ביקורת שיפוטית הלכתיות, חקיקה הגורעת מכוחו של המשפט המקובל כמקור עצמאי לפיתוח המשפט.

המאמר בנוי כך: בפרק א אמפה את עילות הביקורת השיפוטית המוכרות בישראל כחלק מרעיון הזכות המינהלית במשפט המקובל הציבורי. בפרק ב אעמוד על מגמות במעמד המשפט המקובל הציבורי כמקור משפט עצמאי במשפט המשווה ובספרות ואטען כי בעקבותיהן נחלשה המוסכמה להתגברות בחקיקה מפורשת על עילות הביקורת השיפוטית. בפרק ג אתמקד במשפט הישראלי ואציע זיהוי של העיקרון החוקתי הרלוונטי בישראל בראי היקשים והבחנות מהפסיקה הקיימת. בפרק ד אציג מודל עיוני של עקרון הפרדת הרשויות כעיקרון חוקתי מוסדי המקנה מעמד חוקתי לעילות הביקורת השיפוטית. בפרק ה אעמוד על הזיקה בין שני האדנים הנדונים במאמר, האדן הנורמטיבי (שנדון בפרק ב) והאדן הפוזיטיבי (שנדון בפרק ד). בפרק ו אישם את המודל בתיקון חוק-יסוד: השפיטה ואסרטט קווי מתאר מעשיים לבחינתו. אסיים בדברי סיכום קצרים.

¹ בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 1.1.2024) בעניין חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), ס"ח 548. התיקון הוסיף לחוק היסוד את ס' 15(ד1), הקובע כי "על אף האמור בחוק-יסוד זה, מי שביתו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא ידון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר, ולא ייתן צו בעניין כאמור; בסעיף זה, "החלטה" – כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

² יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי** כרך א 238 (2022) (דותן **ביקורת שיפוטית**); אהרן ברק "על חובנו למשפט המקובל" **מבחר כתבים** כרך ג: עיונים חוקתיים 275, 276 (2017); הבסיס הרעיוני למוסכמה זו נדון בהרחבה בפרק ב במאמר.

א. עילות הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי המקובל

את הדיון בעילות הביקורת השיפוטית ההלכתיות במשפט הציבורי בישראל יש לפתוח על רקע ההבחנה בין המשפט המינהלי למשפט החוקתי. שאלת קווי הגבול והשפעות הגומלין בין התחומים היא אחת משאלות המפתח שמעסיקות את חוקרי המשפט הציבורי לדורותיו.³ כנקודת מוצא ניתן לדמות את התחומים כשני אחים במשפחה אחת, משפחת המשפט הציבורי.⁴ אולם חרף הזיקה ה"משפחתית" המשותפת⁵ יש המבקשים להדגיש את אופיו הייחודי של כל תחום: יש שתיארו את המשפט המינהלי כאח המתפתח "בצילו" של אחיו הבכור הדומיננטי;⁶ מנגד, יש שסברו כי דווקא המשפט המינהלי מקרין דומיננטיות על המשפט החוקתי⁷ והדגישו את ייחודיותו.⁸ אחרים נמנעו מדילמת "העדפת" אחד האחים באמצעות ניסיון לטשטש⁹ את ההבחנה ביניהם ולקרובם זה לזה.¹⁰ דומה כי אין לדילמה הזו תשובה אחת "נכונה". הדבר הוא תלוי שיטת משפט ומאפיינים משפטיים. לכן מבלי להידרש

³ Gillian E. Metzger, *Ordinary Administrative Law as Constitutional Common Law*, 110 COLUM. L. REV. 479, 484 (2010); Sabino Cassese, *New Paths for Administrative Law: A Manifesto*, 10 ICON 603, 604 (2012) (Metzger, *Administrative Law*: להלן: (Metzger, *Administrative Law*)).

⁴ Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth, *Comparative Administrative Law: Outlining a Field of Study*, 28 WINDSOR Y.B. ACCESS JUST. 435, 448 (2010).

⁵ Thomas Poole, *Between the Devil and the Deep Blue Sea: Administrative Law in an Age of Rights*, in ADMINISTRATIVE LAW IN A CHANGING STATE: ESSAYS IN HONOUR OF MARK ARONSON 15, 22 (Linda Pearson et al. eds., 2008) ("Administrative law is entwined with constitutional law").

⁶ אהרן ברק **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק** כךך א: תורת הזכויות החוקתיות 350 (מסדרת פירוש לחוקי היסוד, יצחק זמיר עורך 2023) (להלן: ברק **חוקי יסוד**) ("המשפט החוקתי עומד בראש הפירמידה הנורמטיבית בישראל, והוא מהווה חלק 'כללי' לכל ענפי המשפט (פרטי וציבורי כאחד)"; דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כךך א 73 (2010) ("חוקי היסוד קובעים את העקרונות, שמהם נגזרים כלליו של המשפט המינהלי, כמקובל במדינות שבהן נוהגת חוקה") (להלן: ברק-ארז **משפט מינהלי** א). ראו גם:

Tom Ginsburg, *Written Constitutions and the Administrative State: On the Constitutional Character of Administrative Law*, in COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW 117, 117 (Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth eds., 2011) ("Administrative law is the poor relation of public law; the hardworking, unglamorous cousin laboring in the shadow of constitutional law... administrative law governs sub-legislative action, somewhat lower in the hierarchy of sources and hence in importance...").

⁷ עידו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" **עיוני משפט** לו 713, 716 (2016) ("המשפט החוקתי מאמץ מודל מנהלי ככל שהוא מתקרב למודל שלפיו כל פעולה של המדינה המשפיעה על הפרט... חייבת לעמוד בסטנדרטים של הגינות, סבירות ומידתיות"). ראו גם:

Janina Boughey, *Administrative Law: The Next Frontier for Comparative Law*, 62 INT'L & COMP. L. Q. 55, 72 (2013).

⁸ Susan L. Gratton, *Standing at the Divide: The Relationship Between Administrative Law and the Charter Post-Multani*, 53 MCGILL L. J. 477, 513 (2008).

⁹ The False Divide Between "Constitutional and Nonconstitutional Law", Metzger, *Administrative Law*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 512 ("Constitutional and Nonconstitutional Law").

¹⁰ David Dyzenhaus, *Baker: The Unity of Public Law?*, in THE UNITY OF PUBLIC LAW 1 (David Dyzenhaus ed., 2004).

למיפוי תאורטי של יחסי הגומלין המורכבים בין התחומים אתעמק במאמר זה במושג הזכות המינהלית בישראל, מושג שלטעמי עשוי לחדד את יחסי הגומלין המעשיים בשיטתנו המשפטית.

"הזכות המינהלית", כפי שהיא מכונה בישראל,¹¹ מורכבת למעשה משתי שכבות של עילות ביקורת שיפוטית כלפי רשויות מינהליות:¹² **השכבה הראשונה** עניינה עילות הביקורת השיפוטית בגין פגיעה ב"זכויות יסוד" הלכתיות¹³ שהוכרו במשפט המינהלי בישראל לפני חקיקת חוקי היסוד בעניין זכויות האדם. חלקים ניכרים בשכבה זו עברו "חוקתזיה"¹⁴ בדרך הכללתן הפרשנית תחת כנפי הזכות החוקתית לכבוד האדם ("בנותיה") והזכות החוקתית לחופש העיסוק. כך למשל עבר הדגש מן הפגיעה בשוויון "מינהלי" לפגיעה בשוויון "חוקתי",¹⁵ ומחופש העיסוק ההלכתי¹⁶ לחופש העיסוק החוקתי.¹⁷ בשל מהלך זה הביקורת השיפוטית בהקשרים אלה התמקדה פחות בשאלה אם ניתן בהחלטה המינהלית משקל הולם לזכויות היסוד, ויותר בשאלה אם זכויות היסוד הופרו, בהדגשת החלתה של פסקת ההגבלה החוקתית.¹⁸ ניתן לומר כי ההגנה על זכויות יסוד אלה אינה עוד פועל יוצא של החלת כלליו של המשפט המינהלי¹⁹ אלא של חובה חוקתית של כיבוד הזכויות החוקתיות.²⁰

¹¹ יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ג: הביקורת השיפוטית: כללי הסף 1643 (2014) (להלן: זמיר **הסמכות המינהלית** ג). ראו גם אלפרד ויתקון "הזכות המהותית במשפט המינהלי" **עיוני משפט** ט 5 (1983).

¹² אהרן ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל" **הפרקליט** נה 5, 47 (2022) ("המשפט המקובל הציבורי... כולל בחובו את זכויות היסוד ההלכתיות ואת הדינים באשר להפעלת הסמכות המינהלית וסדר הדין המינהלי") (להלן: ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל").

¹³ בג"ץ 243/62 **אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי**, פ"ד טז 2408, 2415 (1962) ("זכויות יסוד שאינן כתובות על ספר").

¹⁴ דפנה ברק-ארז "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" **עיוני משפט** כה 503, 510 (2001) (להלן: ברק-ארז "בין חוקתיות להפרטה").

¹⁵ מיכל טמיר "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביבות" **הפרקליט** מה 94, 109–111 (2001).

¹⁶ בג"ץ 1/49 **בוזרנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב 80, 83 (1949).

¹⁷ ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 40 ("אין בהוראת חוק יסוד: חופש העיסוק, לפיה הזכות לחופש העיסוק נתונה לכל אזרח או תושב' כדי למנוע את קיומה של הזכות לחופש העיסוק המעוגנת במשפט המקובל הישראלי").

¹⁸ לגישה דומה באנגליה ראו:

Jack Beatson, *Human Rights and Judicial Technique, in THE UNITED KINGDOM'S STATUTORY BILL OF RIGHTS CONSTITUTIONAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES* 163, 164 (Roget Masterman & Ian Leigh eds., 2013).

¹⁹ ברק-ארז "בין חוקתיות להפרטה", לעיל ה"ש 14, בעמ' 504; יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב: ההליך המינהלי 1163, ה"ש 65 (2011) (זמיר **הסמכות המינהלית** ב). ראו גם:

Gillian E. Metzger, *Administrative constitutionalism*, 91 TEX. L. REV. 1897, 1926-1927 (2012) ("administrative constitutionalism may serve to expand other forms of indirect judicial constitutional enforcement, as for example if courts used their ordinary administrative law review to ensure that agencies take constitutional concerns seriously (in their decisionmaking" (להלן: Metzger, *Administrative constitutionalism*)).

²⁰ ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 43 ("הרשות השופטת, המפתחת את המשפט המקובל, חייבת לכבד את הזכויות החוקתיות המעוגנות בשני חוק היסוד בדבר זכויות האדם").

לעומת זאת זכויות היסוד ההלכתיות אשר לא זכו ל"מעמד חוקתי" כלל או כדי מלוא היקפן, כמו מרכיבים מסוימים של השוויון²¹ ושל חופש העיסוק,²² נותרו הלכתיות, והמשך פיתוחן נעשה בגדרי "המשפט המקובל הישראלי".²³ זהו מקור משפט עצמאי המוכר בשיטת המשפט בישראל²⁴ (וכמובן בשיטות משפט מקובל²⁵) ללא תלות בהכרה או בהיעדר הכרה במעמד החוקתי של הזכויות.²⁶ מקור משפט זה עומד לצד הוראות חקוקות אשר מגינות אף הן על זכויות היסוד, כמו למשל זכויות חברתיות חקוקות המחייבות גופים ציבוריים ודו-מהותיים.²⁷ שני מקורות המשפט הללו, ההלכתי והחקוק, הם חלק מן הדין המינהלי התת-חוקתי.²⁸

השכבה השנייה עניינה עילות הביקורת השיפוטית בגין פגמים בכללי המשפט המינהלי החלים על הסמכות המינהלית, על ההליך המינהלי ועל שיקול הדעת המינהלי של הרשות.²⁹ שכבה זו מתמקדת בהגנה מפני פגיעה באינטרסים מוגנים של הפרט, למשל ציפייה או

²¹ בג"ץ 3390/16 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פס' 4 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 8.7.2021) ("השוויון החוקתי הוא כאמור רחב פחות מן השוויון המינהלי").

²² ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ 595, 628 (2017).

²³ ע"פ 768/80 שפירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 357, 337 (1981). ראו גם בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 596, 581 (2006).

²⁴ ליצירת "משפט מקובל ישראלי" מקורי ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך א 186 (1992); ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 51; ע"א 180/71 לביא נ' קצין התגמולים, פ"ד כו(2), 501, 509 (1972) ("משפט מקובל" משלנו); ד"נ 29/84 קוסי נ' בנק י. ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(4) 505, 511 (1984) ("כפי שנוצר באנגליה משפט מקובל, שלא היה רק בגדר פרשנות של ביטויים, כך נוצרה גם אצלנו האפשרות העצמאית לפתח משפט מקובל, לאו דווקא תוך פרשנות ביטויים כפשוטה"); דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני, פס' 1 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור (נבו 15.1.2015) ("ניתן לעגן את קביעתנו כמשפט מקובל תוצרת ישראל, כפי שפעל ועשה בית-משפט זה לא אחת בעבר"); ע"א 1726/21 בכרי נ' מגנאגי, פס' 26 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 23.11.2022) ("בתי המשפט אשר מעצבים דוקטרינות פסיקתיות בד"ת אמות סמכויותיהם כחלק מהמשפט המקובל הישראלי").

²⁵ Will Bateman, *The Constitution and the Substantive Principles of Judicial Review: The Full Scope of the Entrenched Minimum Provision of Judicial Review*, 39 FED. L. REV. 463, 485 (2011) ("Common law theorists argue that judicial review is a process that draws its historical and conceptual roots from the common law, rather than from an implied legislative purpose").

²⁶ ברק-ארז "בין חוקתיות להפרטה", לעיל ה"ש 14, בעמ' 517; ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 39 ("אין בהעלאת מעמדם של מספר זכויות יסוד הלכתיות למעמד חוקתי כדי לשלול את תוקפן של זכויות היסוד ההלכתיות שלא הועלו למעמד זה").

²⁷ חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000; ע"א 8956/17 מנסור נ' המועצה המקומית כוכב יאיר צור יגאל, פס' 41 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 14.1.2021) ("חובת השוויון שנושאים בה גופים ציבוריים, ובכללם גופים דו-מהותיים, משתרעת לעתים מעבר לחובה ה'בסיסית' יותר שהוטלה על מכלול רחב של גופים פרטיים בחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים").

²⁸ על החקיקה הראשית והמשפט המקובל כמשפט "תת-חוקתי" ראו אהרן ברק "כבוד האדם: ניתוח חוקתי-השוואתי" ספר לבונטין: מאמרים במשפט לכבודו של אביגדור לבונטין 37, 48 (יהושע ויסמן ואח' עורכים) (2013) (להלן: ברק "כבוד האדם"); בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 21 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 8.7.2021) ("פסיקת בית המשפט – המהווה חלק בלתי נפרד מהמערכת החוקתית").

²⁹ דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 4.

הסתמכות, שאינם עולים כדי פגיעה בזכות יסוד הלכתית (ולכן אינם נכללים בשכבה הראשונה). בשכבה זו הוכרו לאורך השנים עילות הביקורת השיפוטית המסורתיות של המשפט המינהלי, כגון פגמים בחובת השימוע³⁰ או בחובה לפעול בסבירות³¹ ובהגינות.³² גם בשכבה זו, "הזכות המינהלית" של הפרט עומדת כנגד החובה המינהלית של הרשות.³³ גם בשכבה זו, כבשכבה הקודמת, לעיתים הזכות המינהלית חופפת זכות חוקתית, למשל את הזכות החוקתית להליך הוגן כזכות-בת של הזכות החוקתית לכבוד האדם.³⁴ גם כאן רק השכבה שנותרה ללא חפיפה כזו נשארה הלכתית, והמשך פיתוחה נעשה בגדרי המשפט המקובל המינהלי כמקור משפט בדין התת-חוקתי.³⁵

הפרדיגמה הדו-שכבתית הזו מייחדת למשפט החוקתי את פיתוחה של השכבה הפנימית, הגרעינית, החופפת את הזכויות החוקתיות, ולמשפט המינהלי את פיתוחה של השכבה החיצונית. כך, זכויות ועקרונות במשפט החוקתי מסרטטים למעשה את ה"רצפה" של הזכות המינהלית, ואילו המשפט המינהלי מסרטט את ה"תקרה" שלה.³⁶ לכן בעיקרו של דבר, עיקר

30 שם, בעמ' 461.

31 דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך ב 723 (2010) (להלן: ברק-ארו **משפט מינהלי** ב); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ה: עילות הביקורת המשפטית 3918 (2020) (להלן: זמיר **הסמכות המינהלית** ה).

32 זמיר **הסמכות המינהלית** ב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 997–999.

33 ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 36 ("כאשר בית המשפט מכיר באינטרס של אדם כנגד הרשות השלטונית כאינטרס המצדיק בחינה שיפוטית והוא פוסק לטובתו שכן הרשות השלטונית הפרה את כללי המשפט המינהלי, הוא מכיר בכך בזכותו של אותו אדם ובחובתה של הרשות השלטונית").

34 ברק-ארו **משפט מינהלי** א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 495; זמיר **הסמכות המינהלית** ג, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1635, ה"ש 16; אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנוחה** 870, 876 (2014); ברק **חוקי היסוד**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 352 ("עם כינונם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, הוכרה הזכות להליך הוגן כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. הזכות להליך הוגן חלה גם על ההליך המנהלי"). לזיקה ההדוקה בין עילת הסבירות לזכות החוקתית להליך הוגן באוסטרליה ובאיחוד האירופי ראו:

Mark Aronson, *The Growth of Substantive Review* 13 (2014) (SSRN 2507613); Melanie Smith, *Developing Administrative Principles in the EU: a Foundational Model of Legitimacy?* 18 EUR. L. J. 269, 283 (2012).

35 זמיר **הסמכות המינהלית** ג, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1629, 1643. ראו גם ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 41 ("כוח היצירה של המשפט המקובל באשר לזכויות יסוד לא נעצר עם כינונם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. המשפט המקובל של זכויות היסוד של האדם שהוכר בישראל לפני כינונם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ממשיך להתפתח כזכויות הלכתיות גם לאחר מכן. זכויות אדם הלכתיות שלא הוכרו בעבר עשויות להתפתח בעתיד").

36 Metzger, *Administrative constitutionalism*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1927 ("What administrative constitutionalism does reject is judicial constitutional exclusivity, under which judicial determinations represent the sole and definitive expositors of constitutional meaning. Instead, it is premised on a principle of pluralistic constitutional interpretation, wherein judicial decisions may impose constitutional floors but not constitutional ceilings, and other governmental actors have a role to play in constitutional development").
דומה בדיני הסעדים החוקתיים ראו, Sina Kian, *The Path of the Constitution: The Original System of Remedies, How It Changed, and How the Court Responded.* 87 N.Y.U. L. Rev. 132, 202–203 (2012) ("the Court would monitor and preserve a baseline of remedies

פוטנציאל הפיתוח³⁷ של עילות הביקורת השיפוטיות מצוי כיום בשכבה המינהלית, החיצונית, הרחבה מזו החוקתית.³⁸

פרדיגמה זו עשויה להסביר למשל את הדינמיקה במשפט הציבורי בישראל בין עילת הסבירות לעילת המידתיות.³⁹ קודם לעליית המידתיות החוקתית נחשבה הסבירות לעילת הסל המרכזית, והשוויה במחלוקת, להגנה על זכויות יסוד הלכתיות בשיטת המשפט המקובל.⁴⁰ אולם כיום חשיבותה של הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית נטועה בעיקר באותם חלקים שאינם "מכוסים" בעקרון המידתיות החוקתית.⁴¹ אכן, כל אימת שהוכחה פגיעה בזכות חוקתית, מקובל לראות כמקובל, במידתיות החוקתית "קונקרטיזציה" של עילת הסבירות.⁴²

in each state... The implication here is that the Court could review each system of remedies to ensure that they were sufficient to protect the constitutional right at stake").³⁷ ברק-ארז "בין חוקתיות להפרטה", לעיל ה"ש 14, בעמ' 510 ("המשפט המינהלי צריך לעבור תהליך של התפתחות מהדגשת הפן החוקתי כמרכז העשייה העיקרי שלו אל דיון בהיבטים החלוקתיים שלו... הכוונה היא לחשיבות הנודעת לדיון בהיבטים הפרוצדורליים של קבלת ההחלטה המינהלית מעבר לדרישת הסף המתחייבת מתורת זכויות האדם").

"There are also good reasons to resist erasing the doctrinal distinction between constitutional and ordinary law across the board... Judicial review of the basis for administrative decisionmaking is far more robust, rooted both in core administrative statutes and in constitutionally (informed administrative law doctrines"³⁸

לגישות השונות לדינמיקה זו ראו אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 465-465 (2010); ברק-ארז **משפט מינהלי**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 723; זמיר **הסמכות המינהלית**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 3918; גרשון גונטובניק "ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת של רשויות ציבוריות: אמות מידה שונות של הנסגה שיפוטית" (deference) **ספר עדנה ארכל** 489, 521-527 (דורית בניש ואח' עורכים 2022).

B. V. Harris, *Government "Third Source" Action and Common Law Constitutionalism*, 126 L. Q. R. 373, 380 (2010) ("Judicial review of executive action directly on the grounds of breach of common law fundamental rights was further discouraged by the dominant influence of the high-threshold *Wendensbury* test for unreasonableness as a ground for judicial review [as]... an all-encompassing test for the validity of a decision of the executive when its substance was questioned").⁴⁰

"where the ground for review is breach of fundamental rights, the) 386, 380 בעמ' 386, 380 approach should be one of proportionality rather than *Wendensbury* unreasonableness; whereas ... the latter approach may continue to have a useful future where judicial review is sought on grounds other than breach of fundamental rights")⁴¹ 3823/22 **נתיהו נ' היועצת המשפטית לממשלה**, פס' 4 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 17.7.2023) ("עילת הסבירות משקפת את החובה המוטלת על כל רשות מינהלית לקבל את החלטתה לאחר שבחנה את כלל השיקולים הרלוונטיים ונתנה להם משקל הולם... היא החובה לבחון באופן סדור את כלל השיקולים הנוגעים בדבר ולתת להם ביטוי ראוי, בהתאם למאפייני העניין ולנסיבותיו").

גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" **עיוני משפט** לא 5, 9 (2008). למהלך דומה של מעבר הדגש מסבירות למידתיות במדינות המשפט המקובל, ובייחוד בקנדה ובאנגליה ראו:

Boughey, Rights, Review and Reasonableness: The Implications of Canada's Janina New Approach to Administrative Decision-making and Human Rights for Australia, 35 SYDNEY L. REV. 283, 311 (2013); Paul Craig, *The Nature of Reasonableness Review*, 66 CURRENT LEGAL PROBS. 131, 158 (2013).

כשהוכחה פגיעה בזכות חוקתית, "המידתיות מחליפה את הסבירות".⁴³ ואולם, כשאין מוכחת פגיעה בזכות חוקתית, עומדת עילת הסבירות כעילה עצמאית ומרכזית לאיזון המתחים העיקריים במשפט המינהלי.⁴⁴ זוהי עילת הסבירות כ"זכות מינהלית" הלכתית אשר המשך פיתוחה נעשה בגדרי המשפט המקובל. עמדה על כך פרופ' ברק-ארוז:⁴⁵

דווקא מתוך התפיסה של המשפט המינהלי כתחום שבמרכזו איזון של אינטרסים... ולא רק הגנה על זכויות יסוד, נודעת חשיבות להכרה בעילות ביקורת דוגמת... הסבירות, המתמקדת באיזון הפנימי בין האינטרסים הנוגעים בהחלטה [והיא] מתאימה במיוחד להתמודדות עם סוג השאלות שהמשפט המינהלי עוסק בהן.⁴⁶

אם כן, הזכות המינהלית העצמאית היא כיום **זכות הלכתית** שהיא חלק מן המשפט המקובל.⁴⁷ אומנם זכות מינהלית זו מושפעת מן המשפט החוקתי המקרין עליה, אך היא אינה

⁴³ ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 49. ראו גם ברק-ארוז **משפט מינהלי ב**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 784–785 ("עילת המידתיות מתאימה, מעצם הגדרתה, למצבים שבהם החלטתה של הרשות היא בעלת השפעה פוגענית על זכות או על זכויות"). לגישה דומה במדינות המשפט המקובל ראו: Poole, לעיל ה"ש 5, בעמ' 41:

'What we see operating currently, taking a broad perspective, is a bifurcated system in which 'ordinary' and 'right based' judicial review operate in different ways. In terms of substantive review, *Wednesbury* unreasonableness remains the test for the former; proportionality now governs the latter'.

⁴⁴ *Bouhey, Administrative Law*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 94:

"While deference is far from a universal doctrine in administrative law, it does appear to be an increasingly common way of balancing some of administrative law's core tensions".

ראו גם גונטובניק, לעיל ה"ש 39, בעמ' 493 ("עילת הסבירות... היא עילה שאינה מתאימה להפעלת ביקורת שיפוטית על פגיעה בזכויות אדם"). לביקורת על גישה זו ראו נדב דגן "מידתיות חוקתית, סבירות מנהלית: הסדרה משפטית של שיקול דעת שלטוני בראי המשפט המקובל" **דין ודברים** טו 461, בעמ' 506–507 (2022) ("הדמיון הרב בין הסבירות והמידתיות מיתר אימוץ של המידתיות – דרישה חדשה – למשפט המנהלי, שכן די בסבירות להקפדה על שלטון החוק ולהגנה ראויה על זכויות יסוד"). לגישות נוספות ושונות לקשר בין עילת הסבירות לעילת המידתיות ראו **הסמכות המינהלית** ה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 3923–3924 ("אני נוטה לחשוב שאין מקרה שנתפס על ידי עילת הסבירות ואינו נתפס (או יכול להיות נתפס) גם על ידי עילת המידתיות או על ידי עילה אחרת. אם אומנם כך, אפשר לוותר על עילת הסבירות, בלי להפסיד דבר... צריך לתת לזמן לעשות את שלו. ייתכן כי במשך הזמן עילת המידתיות תמשיך להתרחב על חשבון עילת הסבירות עד אשר, בלי אומר ודברים, תדחק את עילת הסבירות אל מחוץ למפת הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות"); ברק-ארוז **משפט מינהלי ב**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 784 ("עילת המידתיות אינה מיתרת את עילת הסבירות, משום שהיא עוסקת, כאמור, רק בשאלות מסוימות של סבירות, אלה הנוגעות לאמצעי שבוחרת הרשות להשגת מטרתה").

⁴⁵ ברק-ארוז "בין חוקתיות להפרטה", לעיל ה"ש 14, בעמ' 514.

⁴⁶ לגישה דומה בפסיקתה של השופטת ברק-ארוז ראו עניין **נתניהו**, לעיל ה"ש 41.

⁴⁷ לגישה דומה בארצות הברית ראו:

Gillian E. Metzger, *Embracing Administrative Common Law*, 80 GEO. WASH. L. REV. 1293, 1295 (2011) ("By administrative common law, I am referring to administrative law doctrines and requirements that are largely judicially created, as opposed to those Metzger: (להלן: *Administrative Common Law*)

תלויה בו.⁴⁸ היא אימננטית להתדיינות המשפטית המינהלית⁴⁹ אשר במסגרתה מפתחת הרשות השופטת את המשפט המקובל המינהלי "בטהרתו"⁵⁰. אכן, כאשר קיים מקור חוק המגן על הזכות המינהלית במובן זה, אין נדרש פיתוח משפט מקובל הלכתי. כוחו וייחודיותו של המשפט המקובל ההלכתי מתבלטים דווקא בהיעדר עיגון חוקי פורמלי של הזכות. לכן בשיטות שבהן החקיקה המגינה על זכויות היא מעטה או חלקית, חלק נכבד מן המשפט המינהלי הוא למעשה משפט מקובל.⁵¹

המסקנה היא כי הבנת אופיין ומהותן של עילות הביקורת השיפוטית המוכרות כיום במשפט המינהלי, כחלק מן המסגרת הרעיונית של הזכות המינהלית, מצריכה עיון באופיו ובמהותו של המשפט המקובל כמקור משפט עצמאי בשיטתנו המשפטית. לכך מוקדש הסעיף הבא.

⁴⁸ ראו שם, בעמ' 1340 ("constitutionally rooted but not constitutionally required").
⁴⁹ Peter Cane, *Public Law in the Concept of Law*, 33 OXFORD J. LEGAL STUD. 649, 668, 671–672 (2013) ("common law - ie law made as a by-product of adjudication... In common law legal systems (at least), there are two main sources of law - legislation and common law. Common law is a by-product of adjudication, primarily by 'courts', especially 'superior' courts"); Henry P. Monaghan, *Marbury and the Administrative State*, 83 COLUM. L. REV. 1, 14 (1983) ("This is what courts 'do'; it is their 'job'. Thus it is part of the nondisclaimable 'judicial power' of courts").

⁵⁰ Mark Elliott & Amanda Perreau-Saussine, *Pyrrhic Public Law: Bancourt and the Sources, Status and Content of Common Law Limitations on Prerogative Power*, [2009] PUB. L. 697, 717 (2009) ("common law 'works itself pure'").

⁵¹ Metzger: *Administrative Common Law*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1310–1312:
 "Most administrative common law can find some statutory hooks-frequently the APA, but sometimes (as in Chevron) the specific substantive statutes the agency is charged with implementing... the courts apply administrative law doctrines broadly across many different substantive statutes and regulatory schemes".

ראו גם Cass R. Sunstein, *Factions, Self-Interest, and the APA: Four Lessons Since 1946*, 72 VA. L. REV. 271, 271 (1986) ("much of administrative law is common law").

ראו גם John F. Preis, *In Defense of Implied Injunctive Relief in Constitutional Cases*, 22 WM. & MARY BILL RTS. J. 1, 52 (2013) ("even though the APA created an explicit cause of action against federal officers, the federal courts have not interpreted the statute as precluding other causes of action, and appropriately so").

ראו גם ברוך ברכה "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המינהלי" ספר יצחק זמיר 161, 223 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים 2005) ("ההליך המינהלי למרות חשיבותו הערכית והמעשית בניווט היומיומי של עבודות המינהל – עדיין מוסדר בהילכותיו של בית המשפט העליון").

ב. מגמות במעמד המשפט המקובל כמקור משפט עצמאי

ישראל היא כידוע שיטת משפט מעורבת הכוללת מאפיינים של משפט מקובל.⁵² המשפט המקובל הוא מקור מרכזי בישראל ליצירת משפט כללי ומחייב גם לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט, התש"ם–1982, וכפי שכתב פרופ' יצחק זמיר:

חלק מן הסדרים הכלליים של סדרי המינהל, שנוצרו ועשו את דרכם בבתי המשפט של אנגליה, תחילה ככללי פרשנות ואחר כך ככללים מהותיים, נותרו עד היום בגדר הלכה פסוקה, לא רק באנגליה אלא גם בישראל... בתי המשפט עשויים להוסיף וליצור כללים המסדירים את דרכי הפעולה של הרשויות המינהליות. הם יכולים לעשות זאת באמצעות כלי הפרשנות, כפי שעשו בתי המשפט מאז ומתמיד, והם יכולים לעשות זאת בדרך של יצירת משפט מקובל.⁵³

פיתוח המשפט המקובל נעשה במתכונת הלכתית הדרגתית.⁵⁴ המוסכמה המקובלת במולדתו של המשפט המקובל רואה בו בעיקר מקור פרשני המאפשר לפתח את המשפט "בין הסדקים" של החקיקה.⁵⁵ אומנם אפיון המשפט המקובל ככלי פרשני מאפשר לרשות השופטת לעמוד על משמר זכויות הפרט ולפתח עילות ביקורת שיפוטית בכלים פרשניים, אך רק עד גבול מסוים – עד להוראתו המפורשת של המחוקק.⁵⁶ כלומר, מדובר בכלי פרשני המקים חזקות פרשניות לטובת הגנה על זכויות האדם, אך הן ניתנות לסתירה בחקיקה מפורשת.⁵⁷

הלכה למעשה, מוסכמה זו נחלשת במדינות משפט מקובל שבהן אין הסדר חקיקתי כולל המבטא השקפה מגובשת ואחידה למשפט המינהלי, ושבהן מתחזק מעמדו של המשפט המקובל.⁵⁸ גם במדינות מולדתו, שבהן הוא שימש מקור משפט עצמאי לצד מקורות

⁵² אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותוכנה" הפרקליט מ' 197 (1992). ראו גם: Daphne Barak-Erez, *Israeli Administrative Law at the Crossroads: Between the English Model and the American Model*, 40 Israel L. Rev. 56 (2007).

⁵³ יצחק זמיר "לקראת חוק סדרי המינהל – הצורך והמצב בישראל ובמדינות אחרות" משפטים יב 334, 345 (1982). ראו גם ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 12 ("כוחו של המשפט המקובל כמקור עצמאי ליצירת משפט לא השתנה עם חקיקתו של חוק יסודות המשפט, התש"ם-1982").

⁵⁴ Metzger, *Administrative Law*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 508 ("A dominant feature of ordinary administrative law is its common law and thus evolving character").

⁵⁵ משה לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 297 (1969).

⁵⁶ בג"ץ 44/68 המועצה המקומית ראש העין נ' שר הפנים, פ"ד כב (1) 150, 157 (1968) ("המחוקק הוא אשר הושיב את בתי המשפט על משמרת זכויות הפרט שלא ייפגעו אלא אל-פי הוראתו המפורשת").

⁵⁷ ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 33–34. ראו גם רבקה ווייל "על המגבלות האינהרנטיות על סמכות ההתגברות בחוקה הישראלית: סיפורה של ההתגברות מסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת דרך תיקונים רטרואקטיביים לחוקה וכלה בעקרונות העל" ספר אשר גרוניס 291, 296–297 (קרן אזולאי ואח' עורכים 2022); ברוך ברכה משפט מינהלי כרך ראשון 28 (1986) ("הסדריו החקיקתיים המיוחדים של המחוקק... גוברים על 'המשפט המקובל' במקרה של אי התאמה ביניהם").

⁵⁸ ברק-ארז "בין חוקתיות להפרטה", לעיל ה"ש 14, בעמ' 519–521.

נוספים,⁵⁹ עבר המשפט המקובל תהליך "קונסטרוקציונליזציה"⁶⁰. תפיסה זו כאמור לא פסחה של המשפט המקובל הישראלי בשל אפיונה של שיטתנו כמערכת משפט אחת אשר בראשה חוקי היסוד⁶¹ והדין החוקתי.⁶² להקרנה זו היו כמה השפעות על אופיו ומהותו של המשפט המקובל בישראל, מה שמטיל ספק בתקפות המוסכמה.

ראשית, נבחן מחדש האפיון של המשפט המקובל כמקור **פרשני** בלבד. בפסיקת בית המשפט העליון הובעה הדעה כי נורמה של המשפט המקובל עשויה להיחשב לנורמה המעוגנת "בחוק" במובן שמכוחו ניתן להסמיך פגיעה בזכויות חוקתיות לצורך עמידה בתנאי פסקת ההגבלה החוקתית.⁶³ קביעה זו "משדרגת" את מעמדו של המשפט המקובל בתוך שכבת הדינים התת-חוקתיים: אומנם נמוך ממעמד של חקיקה ראשית, אך גבוה מחוקה פרשנית גרידא הניתנת לסתירה בחקיקה.⁶⁴ בהמשך לכך וברוח זו הודגש בספרות מעמדו של המשפט המקובל כמקור משפטי עצמאי, ושלשונית ניתן לכלול נורמה משפטית המפותחת במשפט המקובל כ"חוק" בפסקת ההגבלה.⁶⁵ לפי גישה זו, חוק או הלכה פסוקה יוצרת דין, שפוגעים בזכות חוקתית (כולל במרכיב החוקתי של "הזכות המינהלית" כמבואר לעיל), ייבחנו במסגרת פסקת ההגבלה החוקתית. ניתן לטעון כי בפרדיגמה זו חקיקה אינה יכולה

⁵⁹ Josh Bendor & Miles Farmer, *Curing the Blind Spot in Administrative Law: A Federal Common Law Framework for State Agencies Implementing Cooperative Federalism Statutes*, 122 YALE L.J. 1280, 1290 (2012) ("Administrative law has long had many sources: substantive statutes, agency organic statutes, the common law and equity powers of the courts, agency practice and regulation, and the Constitution").

⁶⁰ Metzger, *Administrative Law*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 508–511.

⁶¹ אהרן ברק "על החשיבה הקונסטרוקציונית" **המשפט** 45, 45 (1993) ("בראש המשפט החוקתי החוקק עומדת החוקה – ואצלנו, חוקי היסוד") (להלן: ברק "על החשיבה הקונסטרוקציונית"); ברק "הקונסטרוקציונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 41 ("אין לנו שתי מערכות משפט – המערכת החוקתית מזה והמשפט המקובל מזה. יש לנו מערכת אחת בלבד. בראש מערכת זו עומדת החוקה – ואצלנו חוקי היסוד. דין זה חל לעניין כל מערכת נורמטיבית הפועלת בישראל... דין זה חל גם על המשפט המקובל. אין לו קיום מחוץ למערכת שבראשה עומדים חוקי היסוד").

⁶² ברק "על החשיבה הקונסטרוקציונית", לעיל ה"ש 61, בעמ' 54 ("מעבר למשפט החוקתי החוקק עומד המשפט החוקתי ההלכתי, אשר מפתח את המשפט החוקתי מעבר לגבולותיו של הטקסט החוקק").

⁶³ עניין **דיראני**, לעיל ה"ש 24, פס' 69 לפסק הדין של הנשיא גרוניס. ראו גם ברק "הקונסטרוקציונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 51–52.

⁶⁴ ראו במשפט האמריקאי דברים היפים גם למשפט הישראלי:

Jack M. Beermann, *Common Law and Statute Law in US Federal Administrative Law*, in ADMINISTRATIVE LAW IN A CHANGING STATE: ESSAYS IN HONOUR OF MARK ARONSON 45, 68 (Linda Pearson et al. eds., 2008) ("Duffy is incorrect insofar as he predicts that statutory law, or as he phrases it, the 'supremacy of legislation' is ascendant in administrative law... Rather, as before, pockets of administrative law are statutory and other pockets are common law and courts apparently do not feel the need to justify or even acknowledge the apparent methodological contradictions").

⁶⁵ ברק "הקונסטרוקציונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 51 ("חוקתיותה של הנורמה המעוגנת במשפט המקובל הישראלי (הפרטי והציבורי) תקבע על פי הוראותיה של פסקת ההגבלה") וכן בעמ' 47 ("כל זכות מינהלית שמקורה במשפט המקובל הישראלי, הפוגעת בזכות חוקתית, תהא חוקתית רק אם היא מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה").

עוד "לגבור" בפשטות על נורמה של המשפט המקובל, שכן היא עצמה כפופה למגבלות.⁶⁶ בדומה לזה נטען באנגלייה כי "המשפט המקובל החוקתי" מטיל מגבלות על סמכות המחוקק להגביל את עילות הביקורת המגינות על זכויות היסוד המוכרות במשפט המקובל האנגלי⁶⁷ באופן שעשוי להצדיק צעדים יוצאי דופן מטעם הרשות השופטת אשר נוגדים את המוסכמה.⁶⁸ אומנם גישה זו אינה הופכת את המשפט המקובל לשווה מעמד בחקיקה, אך מעמדו בה חזק מבגישה המסורתית.⁶⁹

שנית, הושם דגש על **המגבלות הפנימיות** בפיתוח המשפט המקובל כמקור משפט מחייב. מגבלות אלה מקורן בעקרונות היסוד של השיטה ושל המבנה החוקתי הכללי, אשר משפיעים על הפעילות השיפוטית לפיתוח הלכתי.⁷⁰ כך למשל באנגלייה הובעה בפסיקה הדעה כי הנסגת המשפט המקובל מפני קביעה חקיקה מפורשת היא מגבלה פנימית שהמשפט המקובל החיל על עצמו, ולכן השופטים רשאים לסטות מכך ולכרסם במוסכמה הנוהגת.⁷¹

⁶⁶ שם, בעמ' 42.

⁶⁷ Harris, לעיל ה"ש 40, בעמ' 380, 384-385.

"Often common law fundamental rights are referred as 'constitutional rights'... The 'constitutional rights' also suggests a 'higher order' of common law rights... label 'common law constitutionalism' subscribers... believe that the common law has the capacity to be the source of such fundamental law administered by judges. They explain the argue-for-potential of the common law to constrain even Parliament in terms of Parliament gaining its law-making capacity from the common law".

Richard Rawlings, *Review, Revenge and Retreat*, 68 MOD. L. REV. 378, 404-405 (2005).⁶⁸ ("A more modern argument could be built up in terms of common law constitutionalism, from among a large number of recent dicta... To this could be added required to act in a 'some extra-judicial musing from Lord Woolf on the courts being manner which would be without precedent' if Parliament 'did the unthinkable'. At the root of the argument was the notion, increasingly prominent in constitutional discussion, of a 'dual sovereignty' of parliament and courts based on a separation of powers involving mutual respect each for the other").

בגישה המוצעת המשפט המקובל כפוף ככלל לחקיקה ביחסים הפנימיים בין שתי הנורמות. כך, כאשר פסיקה מפתחת את המשפט המקובל ובעקבותיה באה חקיקה סותרת, יחול הכלל של דין מאוחר גובר על דין מוקדם והחקיקה תגבר. אולם על פי גישה אחרת, הרואה במשפט המקובל בעל מעמד כמעמדה של חקיקה ראשית, בכל זאת אפשר שהנורמה שבמשפט המקובל תוסיף להתקיים מכוח אימוצה כמקור משפט עצמאי. ראו: Guido Calabresi, *A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES* 2 (1982) ("granting to courts the authority to treat statutes as if they were no more and no less than part of the common law... denying to the legislators the decisive word in the making of constitutionally valid laws"); Guido Calabresi, *The Nonprimacy of Statutes Act: A Comment*, 4 VT. L. REV. 247 (1979).

⁷⁰ ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית", לעיל ה"ש 61, בעמ' 53 ("בפיתוחו של 'משפט מקובל חוקתי' יתבסס בית המשפט על עקרונות היסוד של השיטה ועל ערכיה הבסיסיים"). עוד על המגבלות הפנימיות במשפט המקובל ראו: ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 27-28.

⁷¹ ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 23-24, 42.

דעה דומה הובעה בספרות בישראל.⁷² ברוח זו הוצע לבחון מחדש את תוקפן של מגבלות פנימיות נוספות שהמשפט המקובל החיל על עצמו בדמות כללי הסף בעניינים מינהליים⁷³ תוצר המשפט המקובל,⁷⁴ בטענה כי הן כשלעצמן פוגעות בזכויות חוקתיות, ובייחוד בזכות הגישה לערכאות, ומחייבות צידוק חוקתי.⁷⁵ עוד ברוח זו, הוצע לבחון את המגבלות הפנימיות בעניין הסעדים בגין פגיעה בזכות המינהלית (במובן השכבה הראשונה כהגדרתה במאמר זה)⁷⁶ בטענה כי הן פוגעות בזכות הגישה לערכאות⁷⁷ או בזכות החוקתית להליך הוגן.⁷⁸ בדומה לזה ביטל בית המשפט העליון את הוראות ויתור העילה וייחוד העילה בחוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005 בהתבסס על דיני זכויות חוקתיות ולא על היבטים חוקתיים מוסדיים.⁷⁹

אני שותף לתפיסה העקרונית העולה מגישות אלה, אשר מעניקה לחלק מעילות הביקורת השיפוטית מעמד חוקתי בהתבסס על גישת הזכויות במשפט החוקתי. גישה זו מושתתת על עיגון של נורמות מוסדיות בפרשנות של זכויות חוקתיות המנויות בחוקי היסוד בעניין זכויות האדם.⁸⁰ זהו מודל אפשרי. אולם לשיטתי, הבסיס העיוני המתאים לענייננו אינו

⁷² ווייל, לעיל ה"ש 57, בעמ' 327 ("התגברות [חקיקתית] ככלי של פגיעה אינה יכולה לסתור את החוקה באופן כה מהותי ויסודי עד כי היא עולה כדי איום על עקרונות העל של החברה [או] על הערכים הבסיסיים ביותר של החברה, כפי שהם מוגנים על ידי סעיפי המטרה ועקרונות היסוד"). השו"ג בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996).

⁷³ זמיר הסמכות המינהלית ג, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1696–1697; ברק חוקי יסוד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 354.

⁷⁴ Metzger, *Administrative Law*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 509:

"the Court's rules with respect to timing and preclusion of judicial review are overwhelmingly common law-derived, rather than statutorily determined, and as a result have also developed over time".

⁷⁵ אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לוי 31 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים 2013). לזיקה בין עליות הביקורת השיפוטית לזכות הגישה לערכאות ראו עוד ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 49–50.

⁷⁶ אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 334 (2017).

⁷⁷ Paul P Craig, *Perspectives on Process: Common law, Statutory and Political*, PUB. L. 275, 281 (2010) ("application of the right of access to justice" which was a 'fundamental and constitutional principle of our legal system').

⁷⁸ ברק חוקי יסוד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 355; אהרן ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט הפלילי והדיוני" ספר מרים נאור 125, 151–153 (אהרן ברק ואח' עורכים 2023) (להלן: ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט הפלילי").

⁷⁹ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פס' 190 לפסק הדין של דעת הרוב (נבו 2005.9.6) ("הסדרי ייחוד העילה והוויתור אינם הסדרים שפגיעתם בזכויות מצויה במיתחם הכיבוד המותר לצורך מימוש תכליתו של חוק יישום ההתנתקות, ועל כן הם נמצאים מפרים את מבחן המשנה השני של דרישת המידתיות").

⁸⁰ להרחבה ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 610 ("יש להבחין בין סוגים שונים של נורמות מוסדיות. לגבי נורמות אחדות יש אכן הצדקה למצוא את עיגונן החוקתי בחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם אלה נמנות הנורמות בדבר שלטון החוק המהותי, החובה לאפשר פרסום מידע לציבור, האיסור לקדם מטרות דתיות מכוח חובתו של השלטון ליטרליות, והיבטים מסוימים של הגנה על הזכות להיבחר"), 654–655 ("מאפיין מרכזי של התפתחות המשפט הציבורי בישראל למן המהפכה החוקתית הוא פירוש זכויות האדם החוקתיות כמכילות גם את הנורמות המוסדיות המרכזיות... ניתן להוסיף שורה של נורמות מוסדיות אחרות שאף לגביהן הוחלה גישה דומה, ביניהן נורמות מוסדיות שנכללות בגדר עקרון שלטון החוק המהותי, לרבות איסור ההחלה למפרע של נורמות מסוימות, הדרישה לכלליות ועוד").

נובע מחוקי היסוד בעניין זכויות האדם אלא מחוקי היסוד המוסדיים, ובייחוד מעיקרון חוקתי מוסדי, הוא עקרון הפרדת הרשויות. בכך מציב המודל המוצע חלופה רעיונית מוסדית לגישת הזכויות במשפט החוקתי. בגישה המוצעת ההצדקה המכוננת לכללי המשפט המינהלי בשכבה החיצונית איננה בהכרח הגנה על אינטרסים של יחידים אלא דווקא הגנה על האינטרס של הציבור בהתנהלות חוקית של המשפט שבצידה גם מחויבות לחירות לפי פרדיגמת שלטון החוק.

מודל זה מתנתק מגישת "ההרחבה המתמדת" של תוכן הזכויות החוקתיות.⁸¹ בצדק זכתה גישה זו לביקורת בהקשרים קרובים, למשל בנוגע לזכות החוקתית לשוויון, שכן תוצאתה עלולה להוביל לא אחת דווקא לפגיעה בהיקף ההגנה על הפרט.⁸² אכן, הרחבת יתר של השכבה הפנימית בהתבסס על תורת הזכויות עלולה להוביל ל"קריסה" של השכבה החיצונית של הזכות המינהלית לתוך השכבה הפנימית-הגרעינית. כך עלול השלם להיות קטן מסך חלקיו, כפועל יוצא של מגבלות ואיזונים בתורת הזכויות שאינם תקפים בחלופה רעיונית מוסדית.

אם כן, המודל המוצע במאמר זה מבקש לשמר את ההבחנה בין השכבות השונות של הזכות המינהלית, והוא מתמקד, כאמור, בשכבה החיצונית. לשכבה זו שני אדנים – נורמטיבי ופוזיטיבי. האדן הראשון, הנורמטיבי, נדון בסעיף זה. עניינו מעמדו של המשפט המקובל כמקור משפט עצמאי ותפקידו של בית המשפט כמוסד שאמון על פיתוחן של עילות הביקורת השיפוטית המינהליות. האדן השני, הפוזיטיבי, עניינו חידוש מעמדן של עילות הביקורת עצמן מכוח עקרון חוקתי מוסדי. לביסוס הטענה בדין הפוזיטיבי מוקדש הסעיף הבא. לאחר מכן אבקש להדק את הקשר בין שני האדנים אשר לשיטתי כרוכים זה בזה.

ג. זיהוי העיקרון החוקתי המוסדי והלכת חרות

שיטת המשפט בישראל כשיטת משפט חוקתית אינה מבוססת רק על זכויות חוקתיות אלא גם על הסדרים מוסדיים.⁸³ אם כן, בפתח הדיון חשוב לזהות את הנורמה החוקתית הנפגעת. בפתח הדברים חשוב להבחין בין פגיעה בעילות הביקורת השיפוטית באמצעות עיצובן כדין מהותי לבין פגיעה בסמכות ערכאות השיפוט אשר מפעילות את עילות הביקורת כדין דינוני. לשון אחר, זהו קו הגבול בין הדין לבין הדיין.

⁸¹ ראו בישראל אמנון רייכמן "רבע מאה למהפכה החוקתית: תמונת מצב של החוקה בהרצה" משפטים נב 48 (זמין באתר כתב העת בקישור <https://lawjournal.huji.ac.il/article/12/1930> (הקובץ ללא עימוד, ראו סביב ה"ש 210-211: "פיתוח מהיר יחסית של בית המשפט אשר נכרך אף הוא במהפכה החוקתית: הקביעה כי הזכות לכבוד האדם היא זכות רחבה... בכך הרחיב בית המשפט שלא בהדרגה את סט הזכויות שבגין פגיעה בו ניתן לבקר חקיקה ראשית"). לטענה דומה בארצות הברית ראו

David Rudovsky, *Running in Place: The Paradox of Expanding Rights and Restricted Remedies*, U. ILL. L. REV. 1199, 1200 (2005) ("expanded rights and liberties").

⁸² יואב דותן "האם הכנסת כפופה לדרישה חוקתית לענייניות?" משפטים על אתר יב 1, 17 (2018) ("הרחבה של דרישת השוויון החוקתי אל הטריטוריה המנהלית מלווה בהחלשת ההגנות על השוויון ובהכפפת ולאיוונים למיניהם").

⁸³ עניין חסון, לעיל ה"ש 28, פס' 20 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

ייאמר מייד, חקיקה ראשית הפוגעת בסמכותן של ערכאות השיפוט אשר מפעילות את עילות הביקורת השיפוטית אינה תקדימית בישראל. בפרשת חרות⁸⁴ כבר נפסק כי חקיקה כזו היא חלק מן הדין הדיוני של סמכויות ערכאות השיפוט והיא כפופה לאמות מידה חוקתיות. באותה פרשה פורש סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת, אשר שלל את סמכות ערכאות השיפוט לדון בסעד נגד ההחלטות של ועדת הבחירות, ככזה שאינו חל על ערכאות בג"ץ⁸⁵. הוראה חקיקתית זו לא שללה עילת ביקורת מסוימת בדין המהותי אלא יצרה מחסום סטטוטורי-דיוני מפני פנייה לערכאות. בצדק כתבה פרופ' ברק-ארז כי סוגיה זו שייכת לדין המשפט הציבורי הדיוני בעניין סמכויות שיפוט⁸⁶ ולא לדין המשפט הציבורי המהותי בעניין עילות הביקורת השיפוטית. חוקתיות המגבלה הדיונית הזו נבחנה למול הנורמה החוקתית המוסדית הרלוונטית המסדירה **עניינים דיוניים של סמכויות שיפוט**. קונקרטי, למול הוראת סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, שהוא הוראה כללית המכירה בסמכות הרחבה של בג"ץ לתת "סעד למען הצדק".

לעומת זאת פגיעה בעילות הביקורת השיפוטית בדין המשפט הציבורי המהותי אינה כרוכה בהכרח בצמצום סמכות שיפוט של ערכאה מסוימת. סמכות הערכאה המוסמכת לערוך ביקורת שיפוטית עשויה להיוותר בעינה, אך היקף הביקורת השיפוטית מצטמצם או מבוטל באמצעות עיצוב של עילת הביקורת בדין המהותי⁸⁷. בדרך זו נפגע הדין להבדיל מהדין. כפי שכתבה פרופ' ברק-ארז, הדיון בהוראות מסוג זה, השוללות ביקורת שיפוטית של כל ערכאה

⁸⁴ בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יור ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003).

⁸⁵ שם, 756 ("עד כמה שקביעתו של סעיף 137 לחוק הבחירות כי 'שום בית משפט' לא ייזקק לסעדים הקבועים באותה הוראה, מתפרשת כשוללת את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, אין היא חוקתית, והיא בטלה בכל הנוגע לתחולתה על בית המשפט הגבוה לצדק"). לדיון בסוגים שונים של מחסומים סטטוטוריים חקיקתיים הפוגעים בסמכות לביקורת שיפוטית ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 222.

⁸⁶ דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי דיוני** 116 (2017) (להלן: ברק-ארז **משפט מינהלי** ד) ובייחוד בעמ' 119 ("הסדרים מסוג זה מתיימרים להגביל את היקף סמכותו של בג"ץ") ובעמ' 124 (בעניין "חקיקה המתיימרת לסייג את סמכות בג"ץ... הנשיא ברק [קבע] כי סעיף 137 אינו תקף, ככל שהוא מתיימר להגביל את סמכות בג"ץ"). ראו גם יצחק זמיר "לא הכול שפיט: מה כן?" **ספר לבונטין: מאמרים במשפט לכבודו של אביגדור לבונטין** 97, 99 (2013) ("לבג"ץ נתונה סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על כל רשות מינהלית"), ובייחוד בעמ' 100, בה"ש 4 (בפרשת חרות נקבעה ההלכה ש"חוק רגיל, שאינו חוק יסוד, אינו יכול לשלול או לצמצם את סמכות בג"ץ כפי שנקבעה בחוק יסוד: השפיטה"). להבחנה העקרונית בין דיני סמכות השיפוט הדיונית לבין דיני עילות הביקורת המהותית ראו ברק-ארז **משפט מינהלי** ד, בעמ' 119 ("מאז ומתמיד אומצה בפסיקה הגישה הגורסת כי הגבלה של סמכות בג"ץ חייבת להתבסס על חקיקה מפורשת") ובעמ' 123 ("בטרם הוכר מעמדם העדיף של חוקי היסוד... הבהיר בית המשפט העליון כי יכבד כל הגבלה חקיקתית שתוטל על סמכותו (הגם שייטה לפרש בצמצום הוראות מסוג זה)") (ההדגשות הוספו).

⁸⁷ Kent H. Barnett, *Standing For (and up to) Separation of Powers*, 91 IND. L.J. 665, 680-681 (2015) ("whether a plaintiff comes within the zone of interests of the law invoked is really a question of whether the plaintiff has a cause of action... The cause-of-action inquiry... focuses more broadly on whether the (or any) plaintiff has a right whose violation warrants judicial remedy").

שיפוטית, שייך למשפט החוקתי,⁸⁸ והוראה כזו עלולה "להיחשב לבעייתית מטעמים חוקתיים".⁸⁹ אולם מהו הבסיס הרעיוני לכך?

בראייתי, הבסיס החוקתי לביחנת סוגיה זו אינו מצוי בסעיפים 15(ג) ו-15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה, אשר עוסקים כאמור בסמכויות בג"ץ ולכן שייכים לסוגיית הדין הדיוני.⁹⁰ עילות הביקורת השיפוטית, אף שמכורתן בבג"ץ, הן חלק מן המשפט המקובל המינהלי המהותי אשר מפותח כיום ברשות השופטת בכל ערכאותיה המפעילות את המשפט המינהלי,⁹¹ הן הדין ולא הדיין. מטעם זה פרשת חרות אינה יכולה להיחשב למסדירה את הסוגיה בדין המהותי. עניינה של הלכה זו בשינוי סמכויות שיפוט דיוניות באמצעות חקיקה ראשית ולא בצמצום של עילות ביקורת שיפוטית מסוימות מביחנת תוכן.⁹² עניינה איננו בדין אלא בדיין.

מהי אפוא הנורמה החוקתית החלה על פגיעה בעילות הביקורת השיפוטית באמצעות עיצובן כדין מהותי? דרך אחת היא לבחון את הסוגיה מכיוון זכויות חוקתיות באמצעות פרשנותה של אחת הזכויות החוקתיות ככוללת בתוכה את עילות הביקורת השיפוטית. פרשנות זו אינה יכולה להתבסס על פרשת חרות, כיוון שבאותה פרשה לא עסק בית המשפט בסוגיה של פגיעה בזכות חוקתית אלא בשינוי של נורמה מוסדית באמצעות חקיקה ראשית.⁹³ אולם ניתן להמשיך את הקו הרעיוני העולה מרוח הלכת חרות ולהעמיק בסוגיית הנורמה המוסדית הרלוונטית לפגיעה בעילות הביקורת השיפוטית בדין המהותי, כלומר הנורמה החלה על פגיעה בדין להבדיל מבידיין. לדעתי, פיתוח רעיוני חלופי כזה לגישת הזכויות החוקתיות מתבקש במיוחד בכל הנוגע לפגיעה בעילות הביקורת השיפוטית שהן חלק מן הזכות המינהלית ה"עצמאית", כלומר עילות הביקורת ההלכתיות, כגון עילת הסבירות. לגישתי, פגיעה בעילות הביקורת ההלכתיות בדין המהותי מקימה פגיעה בעיקרון חוקתי מוסדי (ולא בזכות חוקתית), ועליה להיבחן על פי אמות המידה החוקתיות הרלוונטיות להצדקת פגיעה מסוג זה.

הפרק הבא יוקדש אפוא לביסוס עיוני של העיקרון החוקתי המוסדי הרלוונטי, הוא עקרון הפרדת הרשויות.

88 ברק-ארז משפט מינהלי ד, לעיל ה"ש 86, בעמ' 121–122.

89 שם, בעמ' 119.

90 ראו לעיל טקסט סביב ה"ש 84. ראו גם ברק-ארז משפט מינהלי ד, לעיל ה"ש 86, בעמ' 70–71. שאלה אחרת היא אם סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה מבסס סמכות לביקורת שיפוטית על הכנסת כמכוננת חוקי יסוד (להבדיל מביקורת שיפוטית "רגילה"). בעניין זה הובעו דעות שונות בבג"ץ התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 1. כמה שופטים נטו להשיב בחיוב (פס' 4 לפסק הדין של השופטת וילנר, פס' 3 לפסק הדין של השופטת רונן ופס' 54 לפסק הדין של השופט גרוסקופף), ואילו שופטים אחרים חלקו על כך (ראו פס' 15 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז ומנגד פס' 22 לפסק הדין של השופט מינץ ופס' 115–120 לפסק הדין של השופט סולברג). ברק מדינה "סמכות בתי-המשפט שאינם בג"ץ להחיל ביקורת שיפוטית על חוק שפוגע בזכויות האדם" משפטים (טרם פורסם) (זמין באתר כתב העת בקישור <https://lawjournal.huji.ac.il/article/12/1916>).

91 ענין חרות, לעיל ה"ש 84, בעמ' 756 ("אין בכוחה של הוראת חוק לשנות מהוראותיו של חוק יסוד").

92 על ההבחנה העקרונית בין שינוי לבין פגיעה חוקתית ראו ווייל, לעיל ה"ש 57, בעמ' 319. לדין החוקתי המוסדי החל על שינוי באמצעות חוק יסוד מתקן (להבדיל מחקיקה ראשית) ראו בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז"ד (5) 913 (1994). ראו גם ברק-ארז משפט מינהלי ד, לעיל ה"ש 86, בעמ' 116–117 ("שינוי היקף סמכותו של בג"ץ באמצעות חוק יסוד מתקן... הוא אפשרי במישור הפורמלי, אם כי ראוי שיעשה בהקשר של חשיבה כוללת על ההסדרים החוקתיים במדינת ישראל, שאמורים לקבוע את האיוונים ההדדיים בין הרשויות").

ד. עיגון עילות הביקורת המינהליות בעיקרון חוקתי מוסדי – הפרדת הרשויות

עקרון הפרדת הרשויות נחשב לעקרון יסוד הכרחי בכל מערך חוקתי של מדינה דמוקרטית.⁹⁴ במשפט החוקתי בישראל הוא עיקרון חוקתי מוכר משילוב של חוקי היסוד המשטריים.⁹⁵ המחלוקת היא כמובן בדבר פרשנותו. כנקודת מוצא, המודל המסורתי של עקרון הפרדת הרשויות מחייב להימנע ממתן בכורה לרשות אחת על פני רעותה בכל הנוגע לעיצוב מערכת היחסים בין הרשויות. יישומה של הגישה הקלאסית לענייננו תומך בהענקת הבכורה בעיצוב העילות לרשות המחוקקת, כפי שהסביר פרופ' דותן:

הסוגיה של היקף הביקורת השיפוטית המינהלית נוגעת לקביעת קו התיחום ומערכת היחסים בין שתי רשויות: הרשות השופטת והרשות המבצעת. תפיסה ראויה של הפרדת רשויות מחייבת כי כאשר עסקינן במערכת היחסים בין שתיים מן הרשויות, מוענק מעמד נכבד בתהליך לרשות השלישית [המחוקקת].⁹⁶

ברוח זו תומכת הגישה המסורתית בהימנעות שיפוטית מהתערבות בחקיקה המגבילה עילות ביקורת שיפוטית כדין המהות⁹⁷ ובהימנעות מפיתוח סעדים פסיקטיים בהיעדר חקיקה ראשית מפורשת.⁹⁸

ואולם, לפחות בכל הנוגע לסעדים, לא אימצה הפסיקה בישראל את המודל המסורתי של עקרון הפרדת הרשויות. כך למשל דיני הסעדים מכירים בסעד כספי בגין פגיעה שלא כדין כפרט גם ללא חקיקה ראשית מפורשת, ודי בסמכות הכללית הנתונה לרשות השופטת לפסוק

⁹⁴ Nicholas Barber, *Prelude to the Separation of Powers*, 60 CAM. L.J. 59, 60-61 (2001); Jeremy Waldron, *Separation of Powers in Thought and Practice*, 54 B. C. L. REV. 433, 435-436 (2013) ("[T]he separation of powers may remain an important principle of our political theory – indeed an important principle of the body of theory we call constitutionalism").

ראו גם ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" **עינוי משפט** מד 5, 28 (2021) (להלן: מדינה "דמוקרטיה הליכית וליברלית") ("דמוקרטיה ליברלית היא שיטה המבוססת על שלטון הרוב, אשר כפוף למגבלות טבועות. המגבלות נובעות מעקרונות היסוד של הליברליזם, בעיקר מן החובה לכבד את זכויות האדם ומעקרון הפרדת הרשויות").

⁹⁵ בג"ץ 2257/04 **סיעת חדר"ש – תע"ל נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17**, פ"ד נח 685, 704 (2004) ("מחוקי היסוד שלנו משתמעים הפרדת הרשויות, שלטון החוק ועצמאות הרשות השופטת"). ראו גם ברק "כבוד האדם", לעיל ה"ש 28, בעמ' 44-45; אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 111 (2004); מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 637 ("העיגון החוקתי של הנורמה המוסדית הנדונה צריך להתבסס על פרשנות מרחיבה של סעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת וסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה. הוראות אלה הן אכסניה מתאימה לעקרונות היסוד בדבר הפרדת רשויות וייצוג דמוקרטי"). לחשיבות עקרון הפרדת הרשויות בישראל ראו ענין **התנועה למען איכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק הדין של השופט פוגלמן, פס' 6-7 לפסק הדין של השופט עמית, פס' 32 לפסק הדין של השופט ברון, פס' 24-26 לפסק הדין של השופט רונן, פס' 7 לפסק הדין של השופט כבוב.

⁹⁶ דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 238. להרחבה ודוגמאות ראו שם בעמ' 232.

⁹⁷ Aronson, לעיל ה"ש 34, בעמ' 14-15.

⁹⁸ CAROL HARLO, COMPENSATION AND GOVERNMENT TORTS 13, 33 (1982).

סעדים חוקתיים.⁹⁹ באותה מידה יש לדחות אותה בכל הנוגע לעילות הביקורת במשפט הציבורי, מהטעמים שלהלן:

טעם ראשון מצוי בתופעת "התכת הרשויות" בישראל.¹⁰⁰ רבות נכתב על היותו של המבנה הפוליטי הקואליציוני בישראל מקים "שליטה כמעט מוחלטת של הממשלה בכנסת, הן במישור הפוליטי והן במישור ייזום החקיקה", ולכן "הממשלה יכולה לנצל את הרוב הקואליציוני האוטומטי כמעט על מנת להעביר בכנסת יוזמות חקיקה".¹⁰¹ משכך, **נופלת הנחת המוצא של הגישה המסורתית**, כאילו רק לרשות השופטת ולרשות המבצעת (להבדיל מהרשות השלישית – המחוקקת) יש עניין בעיצוב היחסים ביניהן. כיום אין חולק שלכל אחת מן הרשויות בישראל, לרבות "הרשות השלישית" (המחוקקת), יש עניין בקו התיחום של היחסים בין הרשויות בהקשר של עילות ביקורת שיפוטית.

לדעתי, שיקול "התכת הרשויות" לא רק שולל את הנחת המוצא של הגישה המסורתית אלא גם משמש בסיס עיוני לפיתוח גישה המקנה בנסיבות משבריות מסוימות את הבכורה לרשות השופטת. כך, גם באנגליה התרחשה תופעת "התכת הרשויות" בשיא תקופת כהונתה של ראשת הממשלה תאצ'ר. תקופה זו הולידה **פיתוח והעמקה פסיקתית של עילות הביקורת** אף נגד הפרלמנט. כפי שהסביר אוניל:

Once the Conservative government under Mrs Thatcher has gained a third term in office, however; it became clear that the constitutional mechanisms for controlling excesses of executive power were no longer functioning since there was no effective political opposition to which political power might be transferred. Accordingly, in order to re-establish a balance in the constitution the judges developed new forms of control of executive power. Thus the activist approach of the English bench, in particular of the House of Lords, in developing and expanding the scope and substance of

⁹⁹ אהרן ברק "פיצויים בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" **משפטים על אתר** יב 263, 269 (2019); רונן פוליאק "כבוד האדם ותרופתו" **משפטים** מז 179, 225–226 (2018).

¹⁰⁰ יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" **משפט חברה ותרבות – מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 425, 457 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016); יובל רויטמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה" **שערי משפט** ו 293, 296 (2013); **גונטובניק**, לעיל ה"ש 39, בעמ' 534 ("במסטרנו החוקתי מנגנוני הפיקוח המנהליים והפרלמנטריים על הממשלה אינם רבים ואינם אפקטיביים במידה מספקת. במקומותינו הרשות המבצעת בדרך כלל שולטת גם ברשות המחוקקת"). ראו גם בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל**, פס' יא–יד לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 6.9.2017); בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, פס' 5 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 23.5.2021) ("שליטתה של הרשות המבצעת ברשות המחוקקת"); עניין **התנועה למען איכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 1, פס' 112–116 לפסק הדין של הנשיאה חיות ופס' 23 לפסק הדין של השופט כבוב ("העובדה שבישראל קיימת זהות ותמימות דעים לא מבוטלת בין הרשות המחוקקת ובין הרשות המבצעת; וכמעט שאין גורם מאזן לכוחן המשותף מלבד הרשות השופטת").

¹⁰¹ דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 2, 27. ראו גם בג"ץ 4394/23 **שחר נ' כנסת ישראל**, פס' 9 לפסק הדין של ממלא מקום נשיא בית המשפט העליון פוגלמן (נבו 17.3.2024) ("מעריך האיוונים השברירי הקיים שבו הממשלה מחזיקה בגרעין השליטה בכנסת, גם בהתייחס לסמכויות החקיקה").

judicial review, may be seen as a more or less conscious response to what has been seen by judges to be growing dominance of Parliament by the executive... This unprecedented development of the idea of unwritten fundamental rights at common law which the courts have a duty to protect even against Parliament has received a degree of approval by certain House of Lords judges.¹⁰²

הטעם השני עניינו בתכליותיו של עקרון הפרדת הרשויות כעיקרון חוקתי.¹⁰³ עקרון הפרדת הרשויות הוא כלי קיבול לתכליות שונות שאפשר שיהיה ביניהן מתח. בתכליותיו נכללות גם התכלית של קידום חירות הפרט¹⁰⁴ והתכלית של מניעת ניצול לרעה של הרשות המבצעת את הסמכויות הנתונות לה.¹⁰⁵ ממארג תכליות זה אין נובעת חלוקת עבודה קשיחה

Aidan O'Neill, *Fundamental Rights and the Constitutional Supremacy of Community Law in the United Kingdom after Devolution and the Human Rights Act*, PUBLIC LAW 724, 734–735, 737 (2002).¹⁰²

David Dyzenhaus, *The Rule of (Administrative) Law in International Law*, 68 LAW & CONTEMPORARY PROBLEMS 127, 151–152 (2005) (“looking at the substantive values that the separation of powers are supposed to protect rather than to whether the particular arrangement of powers in a legal order has been disturbed”).¹⁰³

לגישה שלפיה עקרון הפרדת הרשויות הוא אמצעי להגנה על זכויות חוקתיות ולא להצדקת פגיעה בהן ראו: בג”ץ 3267/97 רובינשטיין נ’ שר הביטחון פ”ד נב(5) 481, 512 (1998) (“מטרתה של הפרדת הרשויות היא הגברת החירות ומניעת ריכוז כוח בידי גורם שלטוני אחד באופן העשוי לפגוע בחירות הפרט”). לגישה דומה בארצות הברית ראו: Barnett, לעיל ה”ש 87, בעמ’ 672:¹⁰⁴

Instead, it is a means for protecting. “The division of power is not an end in itself individual liberty from tyrannical government”.

וכן:

F. Andrew Hessick, *Standing, Injury in Fact, and Private Rights*, 93 CORNELL L. REV. (2008) 275, 318–319

“The principal reason for dividing powers among the three branches is to prevent tyranny and unwarranted government intrusion on individual rights”).

הנ”ל התבססו על דבריו הידועים של השופט ברנדייס:
 “[The purpose of separation of powers] was not to avoid friction but, by means of the inevitable friction incident to the distribution of the governmental powers among three Myers v. United States, 272 U.S. 52, (departments, to save the people from autocracy” (1926) 293).¹⁰⁵

לחשש מפני ניצול לרעה של סמכות הנתונה לחברי הרשות המחוקקת, כשיקול פרשני ראו בג”ץ 2334/17 יחד, רמת השרון נ’ ועדת הכספים של הכנסת, פס’ 94 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 15.6.2021) (“חשש גדול יותר באשר לאפשרות ניצולה לרעה ובכלל זאת לאפליה ושרירותיות. הדברים מקבלים משנה תוקף בעת שמדובר בגורמים פוליטיים”). לדוקטרינת מניעת שימוש לרעה בסמכות הרשות המכוננת ראו ענין שפיר, לעיל ה”ש 100, פס’ 29–43 לפסק הדין של הנשיאה חיות וכן פס’ 9–18 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז. לגישה דומה בארצות הברית ראו:

Donald Elliott, *Why Our Separation of Powers Jurisprudence Is So Abysmal*, 57 GEO. [The Framers may have had a] vision that power should “WASH. L. REV. 506, 511 (1989) (be divided and balanced creatively to prevent misuse”).

בין הרשויות. לכן המודל המודרני של עקרון הפרדת הרשויות מדגיש את חשיבותו של שיתוף הפעולה בין הרשויות ואת העובדה שבפועל כל אחת מהרשויות מפעילה שילוב של סמכויות חקיקה, שפיטה וביצוע.¹⁰⁶ המודל המודרני תומך אפוא בפירוק "חומות סיניות" בין הרשויות, בדיוק בשל החשש שמא חומות אלה יצרו "מרוץ לתחתית" ומאבקי סמכויות שיפגעו בסופו של דבר ביציבות הדמוקרטיה כולה ויערערו את ההגנה הדרושה לחירויות הפרט.¹⁰⁷ תפיסה זו תומכת ב"כיבוד הדדי" של הרשויות ביחסים ביניהן.

משמעות הדבר לענייננו היא כי עקרון הפרדת הרשויות עשוי לתמוך, בקונסטלציות מסוימות, בשותפות בין רשויות.¹⁰⁸ ואולם תפיסת הפרדת הרשויות כפרויקט של שיתוף פעולה בין הרשויות קורסת כאשר אחת מן הרשויות מבקשת להשתמש בכוחה כדי לפגוע בפונקציית ליבה של אחת הרשויות האחרות, ובכך לערער את האיזון החוקתי.¹⁰⁹ בנקודה זו

¹⁰⁶ Susan P. Sturm, *A Normative Theory of Public Law Remedies*, 79 Geo. L.J. 1355, 1 (1990) ("[E]ach branch of government necessarily exercises a mix of functions under our constitutional scheme"); Thomas O. Sargentich, *The Contemporary Debate About* 434 (1986).-*Legislative-Executive Separation of Powers*, 72 CORNELL L. REV. 430, 433
¹⁰⁷ MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW 362 (1990) ("[The dynamic conception of separation of powers focuses on] whether the branches all remain able to participate in the process of mutually defining their boundaries")

¹⁰⁸ כך למשל בשותפות בין הרשות השופטת לרשות המבצעת בעניין פרשנות חקיקה של הרשות המחוקקת, ראו Monaghan, לעיל ה"ש 49, בעמ' 27 ("empowering arrangement, responsibility for meaning" (is shared between court and agency))

¹⁰⁹ Nicholas W. Barber, *Self-Defense for Institutions*, 72 CAM. L. J 558, 571–572 (2013) ("When the constitution is working well, in both of these instances interpretation and modification – the judge will share the objective of the legislature and act to advance this policy. There is comity of aim – the policy objective that is shared by courts and legislature – and comity of mechanism – with each constitutional institution using their different capacities to advance this policy... The state needs to guard against mistaken or immoral decisions that constitutional institutions might make from time to time... This creates a form of friction, rather than cooperation, because the institutions are pursuing different aspects of the common good and modifying the acts of another body in pursuit of these goals. It may be that this can occur without antagonism arising between the bodies, but – necessarily – the body whose measure is modified will be unable to fully appreciate the merits of the change. Such an argument would present the separation of powers as requiring an invisible hand mechanism to be established by the constitution").

ראו גם אורי אהרונוסון ואח' "כשהמשלה מכוננת לעצמה: חקיקת הסבירות כניצול לרעה של שליטת הממשלה בהליך החוקתי כדי לפטור עצמה מחובות משפטיות" **ICON-S-IL Blog** (27.10.2023) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2023/10/27/271023/> ("ניצול לרעה" של "אופיו הייחודי של המשפט החוקתי בישראל שבו אין מגבלות על כוחו של הרוב הקואליציוני בכנסת לקבוע הסדרים חוקתיים"). על הקשרים נוספים של ניצול לרעה של הסמכות המכוננת ראו בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פס' 44–47 לפסק הדין של השופטת ברק-ארזי ופס' 4 סיפה לפסק הדין של השופט גרוסקופף (נבו) (18.1.2023).

הופכת הדרישה לכיבוד לדרישה לכפיפות.¹¹⁰ הדרישה לכפיפות פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות.¹¹¹ בנסיבות כאלה הפרשנות הראויה לעקרון הפרדת הרשויות היא כלי המגביל ניצול לרעה של סמכות שלטונית. חשיבותו מתחדדת בקונסטלציה משטרית של התכת רשויות. במצב זה תומכת הפרשנות המודרנית לעקרון הפרדת הרשויות בפיתוח **אמצעי "הגנה עצמית" של הרשויות**, ובכלל זה נורמה חוקתית של **מניעת התערבות של רשות אחרת ב"פונקציות ליבה" של הרשות הרלוונטית.**¹¹²

לפי גישה זו, מעקרון הפרדת הרשויות נגזר עיקרון של ריסון מפני התערבות הדדית בפונקציות ליבה של כל אחת מרשויות השלטון.¹¹³ לכן בקונסטלציה חוקתית מסוימת הוא עשוי להצדיק ריסון של הרשות השופטת מפני התערבות בחקיקה או בהחלטות מינהליות,¹¹⁴ ואילו בקונסטלציה אחרת הוא יצדיק דווקא ריסון מפני התערבות של רשויות אלה בתחומים שבאחריותה של הרשות השופטת.¹¹⁵ לפי היגיון זה נטען למשל כי התקדים הפסיקטי שייסד

¹¹⁰ להבחנה העקרונית בין כבוד לבין כפיפות ראו דנ"א 4960/19 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 23 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 4.7.2021).

¹¹¹ Cane, *Understanding Administrative Adjudication*, in ADMINISTRATIVE LAW IN Peter A CHANGING STATE: ESSAYS IN HONOUR OF MARK ARONSON 273, 295 (Linda Pearson et al. eds., 2008) ("Administrators have an incentive to want to control adjudication of disputes that arise between them and the citizens affected by their decisions. One of the most basic purposes of judicial independence and the separation of judicial power is to make it harder for administrators to control adjudicators and adjudication, and in that way to pursue social goals at unacceptable expense to the interests of adversely affected individuals").

¹¹² Barber, לעיל ה"ש 109, בעמ' 576–577. לגישתו בנסיבות אלה התערבות של רשות אחת בענייניה של רשות אחרת פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות. השו"ב נ"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פס' 58 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 26.10.2023).

¹¹³ Ryan D. Newman, *From Bivens to Malesko and Beyond: Implied Constitutional Remedies and the Separation of Powers*, 85 Tex. L. Rev. 471, 503 (2006) ("a more holistic evaluation of its effect on the autonomy and independence of the other branches").

המחבר מדגים, שם בעמ' 507, יישום גישה זו בקשר לתפקיד הרשות השופטת ביני הסעדים החוקתיים: "To illustrate, even a clear congressional directive to bar all Bivens claims without providing any other remedies would violate the deference principle by invading the judicial prerogative to ensure the enforcement of constitutional rights. Lacking any deference to the Judicial Branch, such a high-handed act by Congress would amount to a complete usurpation of the judicial role".

¹¹⁴ הקונסטלציות השונות מלמדות כי הדבר קשור למבנה המוסדי של השיטה, כלומר הוא קשור גם לנתונים מוסדיים מבניים, אך יש גם היבטים של תרבות פוליטית שהיא תלויה זמן ומקום. למשל, אם הכלי של משמעת קואליציונית יאבד מכוחו, או לחלופין אם יתפתחו הרגלים של שיתוף פעולה קואליציה-אופוזיציה על סוגיות של טוב הממשל או עיצוב חוקתי, לכאורה יפחת הצורך במעורבות שיפוטית דווקא באכיפת חובות מינהליות. תודה לקורא החיצוני שהאיר נקודה זו. וכפי שכתבו חלק משופטי הרוב בעניין **התנועה למען איכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 1, עמדתם בדבר הסמכות לביקורת שיפוטית של חוקי יסוד – כמו גם רף הביקורת – תלויה בין היתר בהיעדרו של חוק-יסוד: החקיקה, וההלכה עשויה להשתנות אם התנאים החוקתיים ישתנו (ראו פס' 203 לפסק הדין של הנשיאה חיות, פס' 29–31 לפסק הדין של השופט עמית).

¹¹⁵ השו"ב: Newman, לעיל ה"ש 113, בעמ' 502, בהקשר של פגיעה ביני הסעדים החוקתיים:

את הביקורת השיפוטית על חוקים בארצות הברית הוא פועל יוצא של המשפט המקובל החוקתי, כלומר הוא בעל מעמד חוקתי,¹¹⁶ ועקרון הפרדת הרשויות שולל את סמכות המחוקק לבטל הלכה זו.¹¹⁷ בדומה לזה פעל בית המשפט העליון באוסטרליה. באחת הפרשות נדרש בית המשפט לחוקתיותו של חוק ששלל את עילת הסבירות בביקורת שיפוטית בענייני הגירה מבית המשפט הפדרלי. נפסק כי הדבר לא מונע מהערכאות הנמוכות ליישם עילות ביקורת שיפוטית החופפות בתכליתן לעילה שנשללה, אף שהמחוקק ביקש למנוע תוצאה כזו¹¹⁸. אכן, המודל המודרני של עקרון הפרדת הרשויות במשפט המקובל אינו מכיר עוד בעליונות מוחלטת ונטולת חריגים של המחוקק¹¹⁹. הוא נמנע מלתת פרשנות הנותנת תוקף להוראות חקיקה השוללות עילות ביקורת שיפוטית באופן שרירותי¹²⁰.

categorically barring the Court from implying a damages remedy...would have "constrained the Court's independence to decide cases and controversies properly before it".

LOUIS L. JAFFE, *JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTION* 321 (1965) ("There is in our society a profound, tradition-taught reliance on the courts as the ultimate guardian and assurance of the limits set upon [administrative] power by the constitutions and legislatures").¹¹⁶

הנ"ל מובא אצל Monaghan, לעיל ה"ש 49, בעמ' 32–33. ראו גם:

Abram Chayes, *The Supreme Court 1981 Term*, 96 HARV. L. REV. 4, 59–60 (1982).
Thomas W. Merrill, *The Common Law Powers of Federal Courts*, 52 UNIV. CHI. L. REV. 1, 60 (1985) ("Brown would be an example of Monaghan's constitutional common law, not constitutional law proper. Yet no one contends that Brown is subject to it is the 'supreme law, congressional override; indeed, according to the Supreme Court of the land' as much as if it were written into the Constitution itself").¹¹⁷

Aronson, לעיל ה"ש 34, בעמ' 26–28.¹¹⁸

Metzger, *Administrative Law*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 511.¹¹⁹

"Congress enjoys extensive power to control the contours of ordinary administrative law notwithstanding its constitutional dimensions. To be sure, there may be limits to efforts by Congress to exempt agencies wholesale from ; such congressional authority duties of explanation or to preclude judicial review of broad swaths of agency action would likely face judicial resistance".

Bateman, לעיל ה"ש 25, בעמ' 488.¹²⁰

("Common law constitutionalism is a broad church and within its walls can be found a variety of theorists. Some argue that the common law contains principles of morality that authorise judges to invalidate legislation that contravenes those principles. Others hold that, rather than declare a law invalid, the judiciary can ameliorate the more extreme aspects of a law by a process of 'constructive interpretation'. On this view sovereign power is 'bi-polar', with courts having a co-equal role in the creation of norms with Parliament").

Judith Resnik, *Constitutional Entitlements to and in Courts: Remedial Rights in an Age of Egalitarianism: The Childress Lecture*, 56 ST. LOUIS U. L.J. 917, 985 (2012) ("Judge Wolff explained the state's approach, a statute 'may modify or abolish a cause of action that had been recognized by common law or by statute' as long as doing so is not 'arbitrary or unreasonable'").¹²⁰

אם כן, לפי הפרשנות המודרנית של עקרון הפרדת הרשויות, תכלית חשובה המונחת בבסיסו היא ליחד לכל רשות שלטונית "פונקציות ליבה" שמממשות את הסמכות הייחודית לה, בראי כשירותה המוסדית¹²¹ ויתרונותיה היחסיים למול הרשויות האחרות.¹²² בכל הנוגע לרשות השופטת, פונקציות הליבה שלה הן הכרעה בשאלות משפטיות¹²³ משיקולים של מומחיות ומקצועיות משפטית,¹²⁴ ובייחוד, אך לא רק, פיתוח של משפט מקובל בהקשרים של פגיעה בזכויות¹²⁵ ובאינטרסים מוגנים של הפרט.¹²⁶ מכאן שעיצוב עילות ביקורת שיפוטית הוא אחד מ"פונקציות הליבה" של כל רשות שופטת הפועלת בשיטה של משפט מקובל.¹²⁷ למעשה, מדובר באחת מן התכליות של מוסד ההתדיינות השיפוטית עצמו.¹²⁸ שיקול זה תומך במתן בכורה לרשות השופטת בעיצוב עילות הביקורת השיפוטית כחלק מפיתוח המשפט המקובל¹²⁹ ובהענקת הגנה חוקתית מפני פגיעה בהן.¹³⁰

¹²¹ גונטובניק, לעיל ה"ש 39, בעמ' 508 ("בתי המשפט הם אלה הכשירים יותר מוסדית לאכוף את החוקה"), 525 ("בית המשפט הוא בעל הכשירות והאחריות לבדוק שאמצעים אלה עומדים באמות מידה חוקתיות במקרה של פגיעה בזכויות אדם. זוהי מומחיותו ואף חובתו").

¹²² Bruce G. Peabody & John D. Nugent, *Toward a Unifying Theory of the Separation of Powers*, 53 AM. U. L. REV. 1, 25–27 (2003).

ראו גם: Waldron, לעיל ה"ש 94, בעמ' 466.

¹²³ Barber, לעיל ה"ש 109, בעמ' 574:

"The courts, whose officers are normally selected for their legal expertise and which focus on disputes between parties, have the skills and the information required to protect individual rights... The courts operate to prevent error, protecting individuals from the mistaken acts of the legislature".

¹²⁴ Owen Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 STAN. L. REV. 739, 754 (1982).

¹²⁵ Barber, לעיל ה"ש 109, בעמ' 565; Poole, לעיל ה"ש 5, בעמ' 19–20.

¹²⁶ Barnett, לעיל ה"ש 87, בעמ' 685; Jonathan R. Siegel, *The Institutional Case for Judicial Review*, 97 IOWA L. REV. 1147, 1165–1169 (2012).

¹²⁷ Harold J. Krent, *Separating the Strands in Separation of Powers Controversies*, 74 VA. L. REV. 1253, 1255 (1988).

¹²⁸ Cane, לעיל ה"ש 111, בעמ' 294–295:

"Administration is primarily collective and distributive; adjudication is primarily individualistic and corrective. In adjudication the individual is put in the spotlight (this is what the basic procedural features of adjudication are designed to achieve), whereas in administration individuals figure more anonymously as members of social groups or of society as a whole... Put crudely, in the political world and the administrative process, individuals are statistics. In the court or tribunal, the individual is a person".

ראו גם: דפנה ברק ארו "פתח דבר: לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט" **עיוני משפט** לט 5 (2016).

¹²⁹ לזיקה ההדוקה בין רעיון המשפט המקובל לבין עקרון הפרדת הרשויות ראו: Merrill, לעיל ה"ש 117, בעמ' 8.

¹³⁰ Metzger, *Administrative Common Law*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1296–1297:

"Administrative common law serves an important function in our separation of powers system, a system that makes it difficult for Congress or the President to oust the courts as developers of administrative law".

הטעם השלישי עניינו פרשנות חוקתית מתוך מבט רחב, הבוחן את האחריות המוטלת על הרשות השופטת לפתח עילות ביקורת במשפט המקובל כחלק מן המבנה של שיטת משפט חוקתית שבה מוטלת על הרשות השופטת חובה בסיסית לבקרה ולפיקוח על רשויות השלטון האחרות. כפי שכתבה פרופ' Metzger:

a constitutional duty to supervise... draws on ... the preeminent basis [of] constitutional structure... the duty to supervise inferred from the hierarchical ordering and accountability relationships evident in the Constitution. Such structural reasoning frequently appears in separation of powers analysis.¹³¹

חובה בסיסית זו מופעלת על ידי הרשות השופטת מקום שבו קיימת תת-בקרה מצד הרשויות האחרות.¹³² בהקשר הישראלי, בהתחשב בתופעת "התכת הרשויות", הגורעת כאמור מן הבקרה ההדדית בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת, מימוש מלאכת הבקרה על ידי הרשות השופטת, בין היתר באמצעות עילות הביקורת השיפוטית,¹³³ הוא קריטי. הנקודה החשובה כאן היא כי תנאי מקדמי למימוש חובה זו הוא **אי-התלות המוסדית של הרשות המבקרת במערכות שאותן היא מבקרת**.¹³⁴ מובן הוא כי הרשות השופטת אינה יכולה למלא חובה חוקתית מבנית זו כאשר הרשויות האחרות פועלות בשיתוף פעולה לפגוע בפונקציות הליבה שלה.¹³⁵

בנקודה ארכימדית זו מתלכדים עקרון הפרדת הרשויות ועקרון עצמאות הרשות השופטת.¹³⁶ התלכדות זו מעניקה לרשות השופטת הגנה חוקתית מפני פגיעה ביכולתה

Gillian B. Metzger, *The Constitutional Duty to Supervise*, 124 YALE L.J. 1836, 1874 (2014).¹³¹

שם, 1909.¹³²

Aronson, לעיל ה"ש 34, בעמ' 17–18.¹³³

דו"ח **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 69 ("מה שמייחד את הביקורת השיפוטית... הוא רמה גבוהה של אי-תלות מוסדית ואוטונומיה ביחס למערכת שאותה הם מבקרים") וכן בעמ' 71 ("כל היתרונות האמורים של הביקורת השיפוטית נובעים כאמור בראש ובראשונה מאי-תלותה של המערכת המשפטית ומן האוטונומיה שלה ביחס לרשויות השלטון האחרות. אי-תלות זו היא המבטיחה שבית המשפט יוכל לאכוף על רשויות השלטון, ללא פניות, את החוק ואת עקרונות המשפט הציבורי"); יואב דותן, "תמיד צריך ביקורת! או 'מי צריך ביקורת?' – הרהורים על הביקורת השיפוטית מנקודת ראות של 'יעילות מוסדית' **היבטים בביקורת רשויות המדינה: כתבים ואסופת מאמרים לכבודו ולזכרו של השופט אליעזר גולדברג** 355, 366 (חני אופק-גנדלר, אהרן ברק, ענת הרוויץ עורכים 2023).

אליהו מצא "האחריות השיפוטית" **ספר אליהו מצא** 995–996, 997 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2015) ("עצמאותה של מערכת השפיטה מהווה אחד ממרכיביה היסודיים של הפרדת הרשויות, עליה מבוסס המשטר הדמוקרטי"). עוד על עקרון עצמאות הרשות השופטת, ראו: שמעון שטרית "ביחד ולחוד: העצמאות השיפוטית בראי יחסי הגומלין בין נשיא בית המשפט העליון ובין שר המשפטים" **ספר מרים נאור** 235, 236–239 (אהרן ברק ואח' עורכים 2023).

Waldron, לעיל ה"ש 94, בעמ' 462; ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית", לעיל ה"ש 61, בעמ' 56; וכן: Ran Hirschl, *The Rise of Comparative Constitutional Law: Thoughts on Substance and Method*, 2 INDIAN JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 11, 15 (2008).¹³⁶

להכריע בסכסוכים משפטיים,¹³⁷ לרבות סכסוכים בין הפרט לרשות המינהלית, באמצעות פיתוח עצמאי של עילות הביקורת המוכרות במשפט המקובל הציבורי. על רקע זה, במדינות שבהן נוהג משפט מקובל חוקתי, שלטת כאמור התפיסה כי גם הסדר חקיקתי כולל, המבטא השקפה מגובשת ואחידה למשפט המינהלי, אינו מונע פיתוח עילות ביקורת חדשות על ידי הרשות השופטת במסגרת התדיינות משפטית.¹³⁸ טעם זה קושר אפוא את עיצובן של עילות הביקורת השיפוטית ההלכתיות במשפט המקובל עם תפיסות עומק של דמוקרטיה.¹³⁹

¹³⁷ Newman, לעיל ה"ש 113, בעמ' 511–513:

"courts derive their competence to impartially interpret and apply the law in specific cases or controversies from their insulated position within the constitutional scheme... courts are competent to remedy constitutional violations... where the dispute demands an immediate and impartial resolution to effectuate the constitutional rights at issue in a specific case... if a given controversy involves a specific legal dispute between two parties, then courts are best suited to adjudicate the facts, apply the law, and supply a remedy".

¹³⁸ ראו לעיל, בטקסט סביב ה"ש 58. לגישה זו בארצות הברית ראו:

Jack M. Beermann, *Common Law and Statute Law in US Federal Administrative Law* in ADMINISTRATIVE LAW IN A CHANGING STATE: ESSAYS IN HONOUR OF MARK LAW, ARONSON 45, 46–47 (Linda Pearson et al. eds., 2008) ("US federal courts behave like common law courts, creating administrative law based on principles and policies that may or may not be consistent with the language, structure and history of the APA... this law is then applied using the common law method of elaboration and development, so that doctrinal systems governing important areas of administrative law become so well developed that it becomes virtually unnecessary even to refer to the text of the APA when deciding cases concerning APA provisions").

לגישה הרואה בחקיקה כלי לפירוט והעמקה של עילות ביקורת שיפוטית, להבדיל מצמצום שלהן, ראו: Bateman, לעיל ה"ש 25, בעמ' 505:

"parliaments should be free to establish statutory systems of administrative law review that diverge from the grounds of review as they exist at common law. Such statutory systems of review often impose *more demanding levels of rationality and accountability* than the common law grounds of review, and would thus be readily accommodated by the proposed non-arbitrariness principle".

¹³⁹ זמיר **הסמכות המינהלית** ה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 3285 ("הביקורת השיפוטית היא מוסד חיוני בכל מדינה דמוקרטית. היא יכולה לשמש מבחן: מדינה אינה דמוקרטית אם אין בה ביקורת שיפוטית עצמאית, מקיפה ונגישה. במדינת ישראל, שבה המערכת של בלמים ואיזונים רופפת יותר מאשר בדמוקרטיה אחרות, הביקורת השיפוטית חשובה במיוחד"). ראו גם בג"ץ 294/89 **המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים לפי חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה**, פ"ד מה(5) 450, 445 (1991) ("סמכות השיפוטית של בתי המשפט השונים היא מיסודות המשטר הדמוקרטי של מדינת ישראל. טול ממשטר דמוקרטי את סמכות השיפוט של בתי המשפט, ונטלת ממנו את אופיו הדמוקרטי ואת נשמתו. בהיעדר ביקורת שיפוטית אין לקיים את שלטון החוק... ללא ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת מתערערת הפרדת הרשויות, עמה נפגמת חירות האדם, ונפגמים היסודות של משטר חופשי"); א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' חבר הכנסת אחמד טיבי**, פ"ד נ"ז(4) 1, 23 (2003), שם נמנו כעקרונות דמוקרטיים בסיסיים – "בחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם [...] קיום הפרדת רשויות; שלטון החוק; ורשות שופטת עצמאית". ראו גם עניין **התנועה למען איכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 1, פס' 31 לפסק הדין של השופט כשר.

המסקנה הנובעת משלושת הטעמים לעיל היא כי צמצום עילות הביקורת השיפוטית בחקיקה עלול לעלות כדי פגיעה בהיקפו של העיקרון המוסדי החוקתי בדבר הפרדת רשויות.¹⁴⁰

ה. הזיקה בין האדנים

בנקודה זו אבקש להדגיש את הזיקה ההדוקה בין מסקנת הפרק הקודם, המסכמת את האדן הפוזיטיבי, לבין האדן הנורמטיבי בחלק הראשון של המאמר בעניין זיקת עילות הביקורת למשפט המקובל. לשיטתי, שני האדנים כרוכים זה בזה בתלות הדדית, בשלושה אופנים עיקריים:

ראשית, האדן שנדון בחלק הראשון של המאמר למעשה מגולם במושג "פונקציית הליכה" שנדון בחלק השני של המאמר, שבו מבסס המודל המוצע נורמה חוקתית מוסדית של מניעת התערבות רשות ב"פונקציות ליבה" של רעותה. אכן, פונקציית ליבה מרכזית של הרשות השופטת בישראל היא פיתוח המשפט המקובל, המשמש מקור משפט עצמאי לפיתוח עילות הביקורת השיפוטית. פונקציית ליבה זו קריטית במיוחד בכל הנוגע לשכבה החיצונית של עילות הביקורת המינהליות, כלומר זו שאינה מכוסה בתורת הזכויות, כיוון שהיא מגשימה את תפקידה של הרשות השופטת לאזן ולבלום את הרשויות האחרות מלפגוע בפרט באותם הקשרים שבהם לא ניתן לטעון לזכות מפורשת או משתמעת המעוגנת בחוקה. במודל המוצע תפקיד זה הוא חובה חוקתית מוסדית החלה על הרשות השופטת ללא תלות בתורת הזכויות. הוא מרכיב חשוב בתפיסה דמוקרטית רחבה המושתתת על הפרדת רשויות. במסגרת זו, עצמאותה של הרשות השופטת היא קריטית כדי לאפשר לה לפתח, במסגרת הנורמטיבית של המשפט המקובל, את עילות הביקורת הדרושות לאיזונים ובלמים. אכן, המידה שבה הרשות השופטת תממש בפועל את פונקציית הליכה הזו תלויה בנסיבות ובשיקולים שונים (כגון הערכת קיומה של "התכת רשויות"), אולם כוחה עומד לה כעניין פוזיטיבי ונורמטיבי לעשות כן בכל שעה כפונקציית ליבה.

שנית, האדן שנדון בחלק הראשון של המאמר, בהקשר של חיזוק מעמדו של המשפט המקובל, יכול להיתרם מהישענות תאורטית על מודל הפרדת הרשויות אשר נדון בחלק השני

¹⁴⁰ לגישה קרובה ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 415, 420 (2016). פרופ' מדינה מתבסס על תפיסת הזכות החוקתית, להבדיל מהמוצע במאמר זה, שמתבסס על עיקרון חוקתי מוסדי. לגישת פרופ' מדינה, ניתן לייחס לעילת הביקורת השיפוטית בעניין סבירות מעמד חוקתי על סמך פרשנות הזכות החוקתית לכבוד האדם, כמחייבת יחס של כבוד אל הפרט ("יחס של כבוד אל הפרט משמעותו שהחלטות שלטוניות המשפיעות עליו יתקבלו על יסוד שיקולים עניינים בלבד", שם בעמ' 420), חובה החלה על כל הרשויות כולל הרשות המחוקקת (שם, בעמ' 419, 255–256). הצעתי במאמר זה שונה. היא אינה מבוססת על הזכות החוקתית לכבוד האדם. היא מתבססת על עילת הסבירות כחלק מן המשפט המקובל, שלו, אני טוען, יש מעמד חוקתי מוסדי. יצוין כי במאמר אחר (מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 22) הציע פרופ' מדינה לאפיין נורמה מוסדית שעניינה "איסור להעדיף אינטרסים צרים משיקולים קואליציוניים" ולעגן את מעמדה החוקתי בדרך של פרשנות חוקי היסוד המוסדיים (שם, בעמ' 611–615). להבנתי, הצעה זו אינה עוסקת בעילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית אלא בסוגיה של הקצאה עניינית של משאבים ציבוריים (ראו שם, בעמ' 614 ו-617, וכן בעמ' 622–623, שם הסבירו מדינה וויצמן כי "יש מקום להבחין באופן מפורש בין שתי הנורמות החוקתיות – החובה לכבד את הזכות החוקתית לשוויון מזה, והחובה להקצות משאבים ציבוריים לפי שיקולים ענייניים מזה... מטרתה של נורמה זו... להבטיח שהכרעות חברתיות יתקבלו בצורה מושכלת, ולא בדרך של מיקוח המבוסס על כוחם הפוליטי של נציגי אינטרסים כלשהם".

של המאמר. אכן, אותן התפתחויות היסטוריות בארכיטקטורה החוקתית של המשפט המקובל בשיטות משפט אחרות שבהן התקיימו, בתקופות מסוימות, נסיבות של התכת רשויות, מה שהוביל לחיזוק מעמדו של המשפט המקובל, מתיישבות עם חובה חוקתית מוסדית על בתי המשפט לנקוט עמדה נחרצת נגד הפגיעה בעצמאותם על ידי רשויות השלטון האחרות בחקרי מקרה (case study). מהלך זה יורד לשורש המשפט המקובל כמקור משפט עצמאי שהוא מסגרת נורמטיבית שדרכה מיישמת הרשות השופטת את החובה החוקתית המוסדית המוטלת עליה כנגזרת של עקרון הפרדת הרשויות המודרני.

שלישית, גם הנסיבות שנזכרו בדיון באדן הנורמטיבי בחלק הראשון של המאמר, שבהן הרשות השופטת נטתה לבחון מחדש את המגבלות הפנימיות בפיתוח המשפט המקובל, כרוכות, בעיקרן, בנסיבות שבהן הפרדת הרשויות נחלשה, בשל אותם מצבים של "התכת רשויות" וניסיונות של הרשות המבצעת לפגוע בפונקציית הליבה של הרשות השופטת. מצבים משבריים כאלה, אשר מחלישים את המנגנונים הדמוקרטיים ומערערים את יציבות הבלמים והאיזונים הדמוקרטיים, עשויים לחייב את הרשות השופטת, כפי שהודגם באנגליה, לבחון מחדש מוסכמות מקובלות. במיוחד היא נדרשת לבחון מחדש את אותן מוסכמות שנשענו על התשתית המשפטית שקדמה למשבר ולנקוט, במקרים המתאימים, עמדה נחרצת יותר כלפי אלו שהמשך שימורן במצב המשברי עלול להחמיר את הסיכון הנשקף לערכי הליבה שעליהם אמונה הרשות השופטת במשטר דמוקרטי.

הניתוח עד כאן מלמד כי עילות הביקורת של המשפט המינהלי המוכרות כיום במסגרת הרעיונית של "הזכות המינהלית" במשפט המקובל הציבורי בישראל הן בעלות מעמד חוקתי המעוגן בעיקרון חוקתי מוסדי – עקרון הפרדת הרשויות. אין משמעות הדבר כי לרשות המחוקקת אסור לחוקק הסדרים של משפט מינהלי, אלא רק שאסור לה לשלול את כוחה של הרשות השופטת לקיים ביקורת שיפוטית מינהלית בתנאים שבהם הדבר נחוץ כדי לממש את תפקידה במערך רשויות השלטון. בגישה זו אין למשל מניעה עקרונית לחוקק קודיפיקציה של נורמות קיימות במשפט המינהלי המקובל.¹⁴¹ אולם מוצע כי גריעה מנורמות אלה, למשל באמצעות שלילת עילות קיימות או קביעה כי רשימת העילות בחוק ממצה את עילות הביקורת המינהלית, תיבחן על פי אמות המידה המוצעות במאמר.

חשוב להוסיף כי מן הטענה כי עילות הביקורת המינהלית הן בעלות מעמד חוקתי שמעוגן בעקרון הפרדת הרשויות אין נובע כי העילות הללו חסינות בפני ביקורת או בפני עיון מחדש. כאמור, אמת המידה המוצעת במאמר זה מבקשת להגן חוקתית אך ורק מפני פגיעה בעילות שהן חלק מפונקציית הליבה של הרשות השופטת. ההגנה החוקתית מפרשת במודל זה על "עילות ליבה" שקשה לחלוק על שפיתוחן מגשים פונקציית ליבה שיפוטית. מבחן עזר לכך עשוי להיות תפוצתן של העילות הללו במשפט המשווה בשיטות המשפט המקובל. מבחן

¹⁴¹ דיון בסוגיה זו ובתמריצים לחוקק לשפר את הדין, לחדד אותו או להתנסות במודלים חלופיים של משפט מינהלי חורג ממאמר זה. להרחבה ראו גיל לימון, אביטל שטרנברג ושרה גולד "הסדרת המשפט המנהלי בחקיקה" **ICON-S-IL Blog** (27.4.2023) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2023/04/27/270423>; יואב דותן "הצעת חוק סדרי המנהל: קודיפיקציה, פוליטיקה ומנהל" **ICON-S-IL Blog** (22.6.2023) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2023/06/22/22062023> ("קודיפיקציה של כללי המשפט המנהלי עשויה לא רק שלא לתרום לפיתוח הדין אלא שהיא עלולה להסיג לאחור התפתחויות ערכיות בפסיקת בתי המשפט ולייצר הגבלות פורמליסטיות מיותרות על פעולת רשויות המנהל").

איכותני זה יבטיח גם שההגנה החוקתית לא תתפרז על עילות ביקורת שגויות או שרירותיות.¹⁴²

אם כן, בפרק הבא אבקש להדגים את יישום המודל המוצע במציאות הישראלית.

ו. המחשת העקרון המוצע באשר לביטול עילת הסבירות

חקיקת התיקון לחוק-יסוד: השפיטה בעניין ביטול עילת הסבירות הפכה את השאלה שנדונה במאמר לשאלה מעשית. משזכינו בפסק דין מעמיק של בית המשפט העליון העוסק בנושא חוקתיות התיקון,¹⁴³ אתמקד בחלקים הרלוונטיים בפסק הדין אשר מהדהדים את המודל המוצע, ולאורם אבקש לעמוד על תרומתו של המודל המוצע בתוספת הנמקה רעיונית לתוצאה שנפסקה. פרק זה מוקדש אפוא לסרטוט קווי מתאר ראשוניים לניתוח חוקתיות התיקון בראי המודל המוצע, כדוגמה ליישום התזה, שתובנותיה עשויות להיות רלוונטיות לפסיקה עתידית ולעילות אחרות שלא נדונו בפסק הדין.

המודל המוצע במאמר מסליל את בחינת חוקתיות התיקון לחוק-יסוד הכנסת לתורת שלושת השלבים הנוהגת בשיטתנו החוקתית¹⁴⁴ כפי שיפורט להלן.

בשלב הראשון עונה המודל המוצע על זיהוי העיקרון החוקתי הנפגע וזיהוי הפגיעה הזאת. לפי המודל המוצע, נקודת המוצא היא כי חקיקה ראשית או חקיקת יסוד הקובעת שרשות מסוימת כפופה לביקורת שיפוטית בסטנדרט נמוך מעילות הביקורת השיפוטית המוכרות כיום בדין המהותי, מקימה "פגיעה"¹⁴⁵ (להבדיל משינוי) בעיקרון החוקתי של הפרדת הרשויות כפרשנותו לעיל, כיוון שהיא גורעת מהיקפה של עילת הביקורת השיפוטית הקיימת כיום בדין המהותי במשפט המינהלי הנוהג. אולם אין זו נקודת הסיום של בחינת קיומה של "פגיעה", כיוון שכאמור, יש לוודא כי הפגיעה היא ב"עילת ליבה". בכל הנוגע לביטול עילת הסבירות, קשה לחלוק על שמדובר בפגיעה בעילת ליבה.

בנקודה זו אבקש להתעכב על תרומת המודל המוצע לליבון שתי טענות שהעלו תומכי התיקון בניסיון להדוף את טענת הפגיעה. הטענה הראשונה היא כי התיקון אינו מקים פגיעה כיוון שהוא אינו מבטל את החובה המינהלית לפעול בסבירות אלא רק את הביקורת השיפוטית בגין הפרתה.¹⁴⁶ לפי טענה זו, כביכול אין מדובר בפגיעה ב"זכות מינהלית":

¹⁴² למשל, בתחום עילות הסף בבג"ץ, בהוספת מגבלות על מיצוי הליכים בעתירות חוקתיות (בג"ץ 5261/20 בן מאיר נ' הכנסת, פס' 6 לפסק הדין של השופט מינץ (נבו 20.8.2020), או הדרישה להצטרפות לעתירה קיימת (בג"ץ 5322/21 כספי נ' ממשלת ישראל, פס' 2–4 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 14.9.2021)). תודה לקורא החיצוני שהאיר נקודה זו.

¹⁴³ עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 1.

¹⁴⁴ לשיקולים לפסקת הגבלה שיפוטית בעניין פגיעה בהסדרים מוסדיים-שלטוניים ראו ברק חוקי יסוד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 26–27; אהרן ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כרך ד: הביקורת השיפוטית 1782 (יצחק זמיר עורך 2023). לתקדים להחלת פסקת הגבלה שיפוטית בהקשר של פגיעה בעקרון יסוד מוסדי, להבדיל מבזכות חוקתית, ראו בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה - מדינת ישראל, פס' 2 לפסק הדין של הנשיאה נאור (נבו 12.3.2015).

¹⁴⁵ למונח "פגיעה" בזכות חוקתית ראו אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119, 148 (2018).

¹⁴⁶ עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 1, ס' 301 לכתב התשובה <https://www.idi.org.il/media/21591/annulment-of-reasonableness-cause-response-of-kneset.pdf>

החובה המינהלית קיימת ומולה נותרה עומדת, כביכול, זכותו המינהלית של הפרט. **המודל המוצע כאן מבהיר עד כמה טענה זו שגויה.** הזכות המינהלית במובן המוצע במאמר זה איננה אך חובה או כלל שחלים על הרשות המינהלית. הזכות המינהלית היא חלק מן המשפט המקובל הציבורי, ולכן גריעה של הביקורת השיפוטית היא גריעה מכוחה של הרשות השופטת לפתח את המשפט המקובל הציבורי.

המודל המוצע מבהיר כי גם טענתם של תומכי התיקון בדבר "חוסר בשלות" הבחינה החוקתית של התיקון¹⁴⁷ היא שגויה. המודל המוצע אינו כרוך בבחינה תוצאתית של פגיעה בזכות חוקתית. הוא אינו מצריך "מדידה" של כוחן היחסי של עילות הביקורת המוכרות כיום במשפט המינהלי, ואם עילות ביקורת אחרות עשויות לתת מענה לאינטרס המוגן בעילת הביקורת הקונקרטי שבוטלה. הגישה המוסדית המוצעת כאן אינה תוצאתית ולכן אינה מחייבת הוכחת "חור שחור" במשפט.¹⁴⁸ בגישה המוצעת כל צמצום של עילות הביקורת השיפוטית בחקיקה או בחקיקת יסוד עולה כדי פגיעה בהיקפו של העיקרון המוסדי החוקתי בדבר הפרדת רשויות¹⁴⁹ בשל תכליתו של עיקרון זה בקונסטלציה המשטרית של התכת רשויות להסרת מגבלות על פונקציית ליבה של הרשות השופטת, ובכלל זה על כוחה לפתח את עילות הביקורת במשפט המקובל המינהלי.

בשלב השני עונה המודל המוצע על אמות המידה החוקתיות לצידוק הפגיעה. במודל המוצע, היות שמדובר בעיקרון חוקתי מוסדי, שאובות אמות המידה מן הדין הנוהג בישראל לצידוק פגיעה בעיקרון חוקתי מוסדי. על פיהן, חקיקה הפוגעת בעיקרון מוסדי המעוגן בחוק יסוד צריכה לעמוד בתנאים שקבע חוק היסוד לכך, בין במתכונת של הוראת שריון פורמלית, כבחלק מחוקי היסוד המוסדיים, ובין במתכונת של פסקת הגבלה מפורשת, כבחוקי היסוד בעניין זכויות האדם,¹⁵⁰ או משתמעת.¹⁵¹ ואולם אמות מידה אלה חלות על פגיעה בעיקרון מוסדי חוקתי באמצעות חקיקה. הן אינן חלות על פגיעה בעיקרון חוקתי מוסדי באמצעות

¹⁴⁷ שם, ס' 293. לדיון בסוגיה זו בענין התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 1, ראו פס' 8–22 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹⁴⁸ לגישה של "חורים שחורים" במשפט המינהלי ראו:

David Dyzenhaus, *Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?*, 27 CARDOZO L. REV. 2005, 2006 (2006) ("a lawless void, a legal black hole, in which the state acts unconstrained by law.")

בדומה לזה ראו הביטוי "תחומים מתים" בבג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 638–639 (1989). לרעיון של "חורים אפורים" (להבדיל משחורים), כלומר אזורים שבהם המשפט חל במידה מזערית, ראו: Adrian Vermeule, *Our Schmittian Administrative Law*, 122 HARV. L. REV. 1096 (2009). לדיון בסוגיה זו בעניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 1, ראו פס' 161 לפסק הדין של הנשיאה חיות, ולעומתה פס' 79 לפסק הדין של השופטת וילנר.

¹⁴⁹ השוו לאמת המידה להוכחת פגיעה בזכות חוקתית: ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 78, בעמ' 159–160 ("לענין קיומה של פגיעה אין חשיבות לשאלה אם הפגיעה היא חמורה או קלה, ובלבד שאינה של 'מה בכך'. זהו הדין לעניין הפגיעה בכל זכות חוקתית").

¹⁵⁰ ברק-ארז משפט מינהלי ד, לעיל ה"ש 86, בעמ' 125.

¹⁵¹ ע"ב 92/03 מופז נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793, 811 (2003); אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 77 (אהרן ברק ואח' עורכים 2015).

חוק יסוד. לכן בצדק פסקה הנשיאה חיות כי אין להחיל במקרה זה את פסקת ההגבלה¹⁵² ולא ניתן להצדיק את הפגיעה במתודולוגיה זו.

מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המודל המוצע אשר מזהה את הפגיעה בעיקרון של הפרדת הרשויות. בדרך זו הוא מאפשר להחיל כאן לא רק את אמות המידה החוקתיות החלות על הכנסת כרשות מחוקקת¹⁵³ אלא גם אמות מידה על-חוקתיות החלות על הכנסת כרשות מכוננת. דיון באמות המידה העל-חוקתיות החלות על סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת, שקנו אחיזה בפסיקה קודמת של בית המשפט העליון¹⁵⁴ ובספרות¹⁵⁵ נערך בהרחבה בפסק הדין, אשר קבע הלכה חשובה בנוגע לגבולות סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת ובנוגע להחלת ביקורת שיפוטית על סמכות זו. אני סבור כי גם בסוגיות אלה יש ליתן מקום מרכזי לעקרון הפרדת הרשויות,¹⁵⁶ כפי שהודגש בפסקי הדין של שופטי הרוב שתמכו בביטול

¹⁵² ענין התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 1, פס' 92 לפסק הדין של הנשיאה חיות. לגישה שלפיה יש להימנע מהחלת פסקת הגבלה משתמעת במקרה של פגיעה בנורמות מוסדיות, כך שהלכה למעשה החובה לכבד נורמה מוסדית היא מוחלטת ולא יחסית, ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 601 ("ההחלה של דיני זכויות האדם על מכלול הנורמות המוסדיות אינה מוצדקת. יש טעמים טובים לאפיין לפחות חלק מן הנורמות – ולמעשה, אלה הנורמות שראוי לסווגן כ'מוסדיות' – כ'כללים', כלומר, כנורמות שהחובה לכבדן היא מוחלטת") וכן בעמ' 609 ("נורמות חוקתיות לא-מעטות – אלה שאנו מציעים לסווגן כ'מוסדיות' – אמורות להטיל חובה מוחלטת על רשויות השלטון. אלה נורמות שעיקרן קביעה של 'כללי משחק' פוליטיים... כלומר, קביעת הסדרים כלליים, מוסדות, כללי הכרעה דיוניים וכדומה שצפויים להוביל ברוב המקרים לתוצאה הרצויה מבחינה חברתית ההסתמכות על כללים אלה נעשית מתוך הכרה בכך שיהיו אומנם מקרים שבהם פעולה על-פיהם תוביל לתוצאה בלתי-רצויה, אך שיקולים של 'סדר שני' מוליכים למסקנה כי מוטב להימנע ממתן היתר לחרוג מן הכללים כאשר מתברר שהתוצאה הנובעת מהם אינה רצויה").

¹⁵⁴ ראו עניין שפיר, לעיל ה"ש 100, פס' 3 לפסק הדין של השופט עמית ("בהיעדר 'כללי משחק' ובהיעדר מערכת איזונים ובלמים לכוחה הרב של הרשות המבצעת בישראל על פני הרשות המחוקקת והמכוננת, ראוי ורצוי להכיר בכך שניתן להציב גבולות בנוגע לשימוש והפעלת הסמכות המכוננת"); עניין חסון, לעיל ה"ש 28, פס' 27 לפסק הדין של הנשיאה חיות ("בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימות מגבלות – צרות ביותר בהיקפן – על סמכותה של הרשות המכוננת, המתמצות בשלילת זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית") ופס' 14 ו-16 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז ("יש בסיס לסבור כי ההכרה באפשרות לבקר (באופן מוגבל ומתוחם) חקיקת יסוד מבוססת דווקא על העובדה שהפרויקט החוקתי בישראל נמצא עדיין בשלבי התהוות... אני עצמי נוטה לשימוש בטרימינולוגיה שהיא אף מצמצמת יותר – ומציעה להתייחס לחוק יסוד שמהווה 'שבירת כלים', במובן של הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית"); ענין התנועה לטוהר המידות, לעיל ה"ש 112, פס' 14–16 לפסק הדין של השופט שטיין.

¹⁵⁵ אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9 (2018); אהרן ברק "הסמכות המכוננת הראשונית וההגבלות המוטלות עליה" משפט ועסקים כח 123, 144 (2023); ברק "הקונסטיטיונליזציה של המשפט המקובל בישראל", לעיל ה"ש 12, בעמ' 26–27 ("חוקתיותו של חוק יסוד הפוגע בזכויות אדם המעוגנות במשפט המקובל הישראלי תבחן על פי המגבלות על כוחה של הכנסת כאספה מכוננת"); מדינה "דמוקרטיה הליכית וליברלית", לעיל ה"ש 94, בעמ' 11 ("הכרה בכך שחוקי היסוד הם רק 'מעין חוקה'... מאפשרת להחיל מידה רבה יותר של ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד עצמם, מעבר למקובל במסגרת ביקורת שיפוטית על חוקה כתובה ממש"); שטרית, לעיל ה"ש 135, בעמ' 253 ("עקרון העצמאות השיפוטית כעיקרון על חוקתי").

¹⁵⁶ עניין שפיר, לעיל ה"ש 100, פס' 23 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז ("הכנסת, בעת שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת, אינה מוסמכת להחליף את תפקידה של אף אחת משלוש רשויות השלטון האחרות – הרשות המבצעת, הרשות השופטת והרשות המחוקקת. על כן, שימוש לרעה בחוק יסוד מבחינה זו יהא, ככלל, מצב

התיקון בשל פגיעתו במסגרת הרעיונית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁵⁷ שופטים אלה הובילו את שלילת התיקון לחוק-יסוד: הכנסת כלא מוצדק באמות המידה העל-חוקתיות הרלוונטיות לכך. בעשותם כן העניקו בצדק הגנה חזקה, כמעט אבסולוטית ולא יחסית, לפונקציית הליבה של הרשות השופטת, כבר בשלב השני של תורת שלושת השלבים. **המודל המוצע עונה גם על השלב השלישי, הוא שלב הסעדים החוקתיים.** לפי המודל המוצע, יש לבחון תחילה סעד חוקתי של פרשנות התיקון באופן המרפא או ממתן את הפגיעה.¹⁵⁸ פרשנות כזו צריכה להיות הגיונית, בראי לשון התיקון ותכליתו,¹⁵⁹ ובהיעדרה נדרש סעד חוקתי הולם אחר. על פני הדברים קשה ליישב את לשונו המפורשת והגורפת של התיקון לחוק היסוד במידה המרפאת את הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות כעיקרון חוקי **מוסדי**, להבדיל מהגישה החלופית, הבוחנת את התיקון בראי גישת הזכות החוקתית, אז אולי תיתכן פרשנות המקיימת את השכבה הגרעינית של הזכות המינהלית באמצעות שימור עילות הביקורת האחרות.¹⁶⁰ כפי שהוסבר לעיל, המודל המוסדי המוצע אינו מבוסס על בחינה תוצאתית. לכן בראייתו בצדק קבעו שופטי הרוב שתמכו בביטול התיקון בקביעה כי אין רלוונטיות ל"כוונון מחדש" פרשני של התיקון בהסתמך על עילות הביקורת השיפוטית האחרות שנתרו¹⁶¹ (למול השופטים שנמנעו מכך מאחר שסברו כי ניתן לפרש את התיקון

שבו נעשה ניסיון להכתיר בכותרת חוק יסוד הסדר המבקש 'לפלוש' באופן מובהק לתחומיה של אחת מרשויות אלה").

¹⁵⁷ עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 1, פס' 103 ו-141 לפסק הדין של הנשיאה (בדימוס) חיות, פס' 9 לפסק הדין של ממלא מקום הנשיאה של בית המשפט העליון פוגלמן, פס' 80 לפסק הדין של השופט עמית, פס' 25-26 לפסק הדין של השופטת רונן, פס' 95 לפסק הדין של השופט כבוב, פס' 32 לפסק הדין של השופטת (בדימוס) ברון, פס' 55 ו-61 לפסק הדין של השופט גרוסקופף, פס' 12 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

¹⁵⁸ לפרשנות כסעד חוקתי ראו ברק, לעיל ה"ש 76, בעמ' 310-311 וכן: Eric S. Fish, *Constitutional Avoidance as Interpretation and as Remedy*, 114 MICH. L. REV. 1275, 1292 (2015) ("Creative interpretations as remedies").

¹⁵⁹ שם, בעמ' 1312 ("one might distinguish between interpretations that are incorrect but plausible and those that are incorrect and implausible").

¹⁶⁰ לגישה שלפיה ביטול חקיקתי של עילת ביקורת שיפוטית עשוי להיות חוקתי, ובלבד שנשמרת נורמה שלטונית מחייבת של "מניעת שרירותיות", ראו: Bateman, לעיל ה"ש 25, בעמ' 504:

"arbitrariness need not be determined solely by reference to the grounds of review as they are understood at common law. Thus, excluding a ground of review, such as natural justice, in relation to a statutory power but providing for a code of review, may save a law from invalidity, since the power cannot be exercised arbitrarily... if there is an alternative system of reviewing the exercise of a statutory power that can circumscribe the power within identifiable limits then no question of validity arises".

ראו גם:

Leighton McDonald, *The Entrenched Minimum Provision of Judicial Review and the Rule of Law*, 21 PUB. L. REV. 14, 29-31 (2010).

¹⁶¹ עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 1, פס' 121 לפסק הדין של הנשיאה (בדימוס) חיות, פס' 12-21 לפסק הדין של ממלא מקום הנשיאה פוגלמן, פס' 120-123 לפסק הדין של השופט עמית, פס' 5-6 לפסק הדין של השופטת רונן, פס' 86-89 לפסק הדין של השופט כבוב, פס' 19-24 לפסק הדין של השופטת (בדימוס) ברון, פס' 66-72 לפסק הדין של השופט גרוסקופף, פס' 63-64 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

פירוש שיצמצם את פגיעתו¹⁶²). נוכח הפגיעה המוסדית, הלא מוצדקת, כבר בשלב השני של תורת שלושת השלבים, הסעד החוקתי המתבקש הוא השבת עילת הביקורת השיפוטית שבוטלה כדי מלוא היקפה, כפי שהייתה מוכרת בשיטתנו לפני התיקון. בצדק קבעה כך דעת הרוב אשר תמכה בביטול התיקון. אכן, רק סעד כזה יאשש את ההגנה החוקתית מפני פגיעה בבכורה הנתונה לרשות השופטת בעיצוב עילות הביקורת השיפוטית כחלק מפיתוח המשפט המקובל, הגנה הנגזרת מעקרון הפרדת הרשויות כהבנתו במאמר זה.

כאמור בפתח פרק זה, הדברים הובאו כאן בתמצית כדוגמה ליישום התזה שתובנתה עשויות להיות רלוונטיות לפסיקה עתידית ולעילות אחרות שלא נדונו בפסק הדין. כך למשל עשויה התזה לחול על עילות נוספות שיכולות להיחשב "עילות ליבה" בקונסטלציות מסוימות שיצדיקו החלת המתודולוגיה לעיל על פגיעה בהן. דיון יישומי בעילות קונקרטריות נוספות חורג ממסגרת המאמר הנוכחי.

ז. סיכום

הטענה המרכזית במאמר היא כי קיימת מגבלה חוקתית על מעורבות המחוקק בעיצוב עילות הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי. מגבלה זו נובעת מעקרון יסוד חוקתי מוסדי, הוא עקרון הפרדת הרשויות. המודל המוצע במאמר גוזר ממנו הגנה חוקתית לעילות הביקורת ההלכתיות (הלא חקוקות) המוכרות כיום במשפט המקובל המינהלי בישראל. הגנה זו נובעת מן התפיסה המודרנית של עקרון הפרדת הרשויות, ביחוד, אך לא רק, בנסיבות שבהן קיימת תופעה משטרית של התכת רשויות. התפתחויות היסטוריות בארכיטקטורה החוקתית של המשפט המקובל בשיטות משפט אחרות, שבהן התקיימו בתקופות מסוימות נסיבות של התכת רשויות, חייבו את בתי המשפט לנקוט עמדה נחרצת נגד הפגיעה בעצמאותם על ידי רשויות השלטון האחרות בחקרי מקרה. מהלך זה יורד לשורש המשפט המקובל כמקור משפט עצמאי, ויש בו כדי לערער את המוסכמה המקובלת בדבר חולשתו של המשפט המקובל.

המודל המוצע מעניק הגנה דו-שכבתית למושג הזכות המינהלית. הוא מגן הן על שכבת עילות הביקורת השיפוטית ההלכתיות, שזכו למעמד חוקתי כנגזרת של פרשנות זכות חוקתית, והן על אלו שלא זכו למעמד כזה כנגזרת של זכות חוקתית. זו הגנה רחבה מזו הנובעת מן החלופה הרעיונית המבקשת לעגן את עילות הביקורת השיפוטית במושג הזכות החוקתית. הגישות אינן מוציאות זו את זו, ואין מניעה כי ההגנה לשכבה הבסיסית, הגרעינית, תישען על אחד המודלים או על שניהם. אולם ההגנה העודפת, לשכבה החיצונית, נשענת רק על המודל המוצע, שבכוחו להגן על שכבה זו גם מפני התיקון לחוק-יסוד: השפיטה, כמוצע במאמר זה. המסגרת הרעיונית-הצדקתית למתודולוגיה המוצעת במאמר עשויה לחזק בבסיס רעיוני נוסף את פסיקתו התקדימית של בית המשפט העליון בדעת רוב בבג"ץ הסבירות, אשר בעקבותיה הושבה עילת הסבירות "לחיקו של המשפט המינהלי"¹⁶³, וככזו היא רלוונטיות גם לניתוח פגיעה בעילות ליבה אחרות.

¹⁶² גישת הפרשנות המקיימת עמדה בלב פסקי הדין של השופטות וילנר (שם, פס' 37–43 לפסק דינה) וכנפי-שטייניץ (פס' 30–38 לפסק דינה).

¹⁶³ בג"ץ 8910/22 פטרושקה נ' נתניהו, פס' 12 (ג) לפסק הדין של השופט עמית (נבו 21.2.2024).