

המעמד (העל)-חוקתי של המשפט המינהלי בישראל

מאת

יואב דותן*

הטענה העומדת במרכז המאמר היא כי, בניגוד להשקפה המקובלת, לב ליבה של הביקורת החוקתית בישראל מבוססת, הלכה למעשה, על דוקטרינות משפטיות שפותחו במשפט המינהלי, ואילו המשפט החוקתי שלנו - למרות הבולטות הלכאורית שלו בשיח השיפוטי לאורך העשורים האחרונים - מהווה לא יותר מאשר 'הגורת הגנה חיצונית' על סמכות בית המשפט, שבמהותה, מבוססת על התפתחויות במשפט המינהלי שלנו שהתרחשו במהלך שנות השמונים. כלומר, המוניזם המשפטי העומד ביסוד המשפט בישראל, מקורו דווקא במשפט המינהלי ובהתפתחויות שהתרחשו בו. במובן זה, השיטה החוקתית בישראל היתה ונתרה שיטה חוקתית של 'דרגה אחת' ואילו, בתוך אותה דרגה אחידה שבה פועל המשפט הציבורי שלנו, קיימות מספר דוקטרינות מינהליות, ובראשן דוקטרינת הסבירות והעקרונות הנוגעים למעמד היועצת המשפטית לממשלה, שמהווים את הבריה התיכון של המשפט הציבורי בישראל. המאמר סוקר את ההתפתחות במעמד של הדוקטרינות המינהליות הללו ואת יחסן לעקרונות המשפט החוקתי במהלך ארבעת העשורים האחרונים ואת התהליכים הפורמליים והלא-פורמליים שקיבעו את מעמדן העל-חוקתי, מעמד שהוכר באופן גלוי ופורמלי בבג"ץ הסבירות.

מבוא. א. המפכה המינהלית של שנות השמונים. ב. המהפכה החוקתית - שנות התשעים. ג. ההתפתחויות במשפט הציבורי לאחר המהפכה החוקתית. 1. המישור החוקתי הפורמלי: הרחבה וחזוק של הביקורת החוקתית על בסיס גישת הסמכות המכוננת. 2. המישור החוקתי הבלתי-פורמלי והשיח הפוליטי: פסקת ההתגברות והשתקה של שיח הסמכות המכוננת של הכנסת. 3. החוקתזיה של עקרונות המשפט המינהלי ושל מעמד היועץ המשפטי. ד. העשור האחרון. ה. המהפכה המשפטית של 2023. ו. במקום סיכום: מבט זהיר לעתיד.

מבוא

שנת 2023 תיזכר, ללא ספק, כאחת השנים הסוערות והדרמטיות בהיסטוריה הפוליטית והחוקתית של מדינת ישראל. הניסיון של ממשלת הימין הדתית-לאומנית, שהוקמה לאחר הבחירות לכנסת ה-25, לערוך שורה של שינויים הנוגעים למעמדה והיקף סמכויותיה של מערכת המשפט ביחס לסמכויות של הממשלה והכנסת ('הרפורמה' המשפטית) הציתה גל חסר תקדים של מחאה ציבורית. המחאה, ששורשיה עמוקים הרבה יותר מאשר המחלוקת הנוגעת למערכת המשפטית ונעוצים בשסעים החברתיים העמוקים בחברה הישראלית, ובראש ובראשונה השסע בין החברה החילונית-ליברלית לחברה הדתית-לאומנית, נקטעה בעקבות המלחמה שפרצה באוקטובר 2023 אחרי התקפת הדמים הרצחנית של ארגון חמאס

* פרופסור מן המניין וראש הקתדרה למשפט ציבורי ע"ש גודמן, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לדוד סגל על עבודתו המצוינת כעוזר מחקר. לגרסה מקוצרת של המאמר באנגלית ראו Yoav Dotan, "Israel's Constitutional Moment" 56 *Isr. L.Rev.* 521 (2023).

בעוטף עזה. בשלב שבו נכתבות שורות אלו, איש איננו יכול לנבא לאן מועדות פניה של המערכת הפוליטית בישראל ומה תהיה אחריתה של 'הרפורמה'. אולם, ככל שהדברים נוגעים למישור המשפט הציבורי, ההתפתחויות הנוכחיות מספקות לנו מידע מספיק על מנת להסיק מסקנות ראשוניות, ולו גם טנטטיביות, לגבי תמונת המצב של התפתחות המשפט החוקתי בישראל ויחסי הגומלין בין המשפט החוקתי למשפט המינהלי. מטרתה של רשימה זו היא אפוא להציג תמונת מצב זו על רקע ההתפתחויות ההיסטוריות בעשורים הקודמים.

ההתפתחויות הדרמטיות של השנה האחרונה מוכיחות כי התיאוריה החוקתית שפותחה בבית המשפט העליון בשלושת העשורים האחרונים – תיאוריית 'שני הכובעים' של הכנסת – התמוטטה לחלוטין, ולמעשה נעלמה במידה רבה אפילו מהרטוריקה החוקתית הנוכחית של בית המשפט. במקומה, עולה שיח שמנסה לבסס את סמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט באופן ישיר על עקרונות הדמוקרטיה. התפתחות זו כשלעצמה, איננה מפתיעה, ולמעשה ניתן לומר כי היא היתה אפילו צפויה לאור הבעייתיות האינהרנטית בתיאוריית הכובעים שהוצגה והתקבלה כתיאוריה המובילה בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי**¹. אולם, עובדה זו מעלה במלוא חריפותה את השאלה **מהי התיאוריה החוקתית הנוכחית של בית המשפט?** כלומר, מהו הבסיס העיוני על פיו נסמכת הסמכות החוקתית להתערבות בחוקי הכנסת (ובמידה מסוימת, גם בהחלטות הממשלה). בהקשר זה אטען כי שיטת המשפט הישראלי היתה ונתרה – הלכה למעשה – שיטה חוקתית מוניסטית (כלומר שיטה חוקתית של דרגה אחת – one track democracy) ולא שיטה חוקתית שמבוססת על שתי שכבות מובחנות של חוקה וחקיקה רגילה שיש ביניהן היררכיה נורמטיבית ברורה.

ההתמוטטות של תיאוריית שני הכובעים חושפת לא רק את האופי המוניסטי המובהק של השיטה החוקתית בישראל אלא גם את החשיבות של דוקטרינות מן המשפט המינהלי במערך החוקתי בישראל. בהקשר זה אטען כי, כפי שהתפתחויות האחרונות מוכיחות, לב ליבה של הביקורת החוקתית של בית המשפט מבוססת, הלכה למעשה, על דוקטרינות משפטיות שפותחו במשפט המינהלי, ואילו המשפט החוקתי שלנו – למרות הבולטות הלכאורית שלו בשיח השיפוטי לאורך העשורים האחרונים – מהווה לא יותר מאשר 'חגורת הגנה חיצונית' על סמכות בית המשפט, שבמהותה, מבוססת על התפתחויות במשפט המינהלי שלנו שהתרחשו במהלך שנות השמונים. כלומר, המוניזם המשפטי העומד ביסוד המשפט בישראל, מקורו דווקא במשפט המינהלי ובהתפתחויות שהתרחשו בו. במובן זה, השיטה החוקתית בישראל היתה ונתרה שיטה חוקתית של 'דרגה אחת' ואילו, בתוך אותה דרגה אחידה שבה פועל המשפט הציבורי שלנו, קיימות מספר דוקטרינות מינהליות, ובראשן דוקטרינת הסבירות והעקרונות הנוגעים למעמד היועצת המשפטית לממשלה, שמהווים את הברית התיכון של המשפט הציבורי בישראל.

המאמר, אם כן, עוסק בשני מישורים: המישור החוקתי בראי התיאוריה החוקתית של מדינת ישראל, והמישור המנהלי והתפתחות הביקורת השיפוטית המנהלית. טענת המאמר היא כי מישורים אלו כרוכים זה בזה, כאשר התפתחות הביקורת השיפוטית המנהלית מהווה ביטוי מובהק לאופייה המוניסטי של התיאוריה החוקתית של מדינת ישראל. יתרה מכך, ניתן

¹ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221, פס' 6–7 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995) (להלן: **עניין בנק המזרחי**); וראו יואב דותן "חוקה למדינת ישראל – הדיאלוג הקונסטטוציוני לאחר המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 149, 186–187 (1997) (להלן: דותן "חוקה למדינת ישראל").

לומר כי ההתפתחויות בתחום הביקורת השיפוטית המנהלית, עוד בטרם ההתפתחויות בתחום הביקורת השיפוטית החוקתית, הן שקיבעו את אופיה המוניסטי של שיטת המשפט בישראל. המאמר יעסוק בשני המישורים הללו תוך הדגשה כי הם קשורים האחד אל השני ומתקיימים ביניהם יחסי גומלין. שינויים והתפתחויות במישור אחד, גורמים, וגרמו, לשינויים והתפתחויות במישור השני. המסקנה הנובעת מניתוח עיוני והיסטורי זה, היא שלמשפט המנהלי בישראל, ובמיוחד לדוקטרינת הסבירות, מוענק תוקף ומעמד **על-חוקתי**. משמעותו של המונח על-חוקתי בעניין זה נגזר משני רכיבים: מעמדו של המשפט המנהלי כנורמה העליונה במשפט, וכן מקומו של המשפט המנהלי בפיתוח הרובד העל-חוקתי – התיאוריה החוקתית של מדינת ישראל. תוקפו העל-חוקתי של המשפט המנהלי, אפוא, בא לידי ביטוי הן מבחינה עיונית והן מבחינה מעשית (המעמד העליון של המשפט המנהלי בפירמידת הנורמות הישראלית) – בפסק הדין בעניין **הסבירות** שהעניק או הכיר במעמד העל-חוקתי של דוקטרינת הסבירות.²

מהלך הדיון יהיה כדלקמן. בפרק **הראשון** אביא סקירה היסטורית שבמרכזה ההתפתחויות החשובות במשפט המינהלי שלנו שאירוע במהלך שנות השמונים (שאותן אכנה 'המהפכה המינהלית'). אטען כי, בניגוד להשקפה המקובלת ולשיח השכיח הן אצל משפטנים והן אצל הציבור, ההתפתחויות המכריעות במערכת היחסים שבין הרשות השופטת לרשויות הפוליטיות אירעו במסגרת המהפכה המינהלית, ואילו חשיבותה של המהפכה החוקתית של שנות התשעים היתה משנית. היינו, בעוד שהמהפכה החוקתית נתפסה בעיני הציבור (וגם, במידה רבה, בעיני המלייה המשפטית) כמהלך דרמטי ששינה את פני המשפט הישראלי, הרי הלכה למעשה, השינויים הטקטוניים במשפט הציבורי שלנו קרו במהלך שנות השמונים, במסגרת המהפכה המינהלית. ואילו המהפכה החוקתית היתה רק מהלך משלים מצד בית המשפט (שהזרז להתפתחותו היה במידה רבה מקרי). בפרק **השני** אציג את יסודות המהפכה החוקתית. בפרק **השלישי** אמשך את סקירת התפתחות המשפט הציבורי אחרי המהפכה החוקתית. אראה כי לצד פיתוח נמרץ של **הרטוריקה** החוקתית, דאג בית המשפט לחזק, להרחיב ולבצר את תוצרי המהפכה המינהלית וזאת, בין היתר, על ידי יצירת ממשקים בין המשפט המינהלי לבין המשפט החוקתי וכן עלי ידי 'חוקתזציה' של חלק מהמכשירים המינהליים הללו. **הפרק הרביעי** יעסוק בהתפתחויות בעשור האחרון. אטען כי בתקופה זו הלחצים של המערכת הפוליטית על המסגרת שנוצרה במהפכה החוקתית גברו, ובמקביל המערכת המשפטית הגבירה את מאמציה להכין, מבעוד מועד, חלופות למסגרת הזו. **הפרק החמישי** יעסוק בהתפתחויות בתקופה האחרונה. יוזמת הרפורמה המשפטית חשפה בבת-אחת את החולשות של המסגרת החוקתית הקיימת ואילצה את בית המשפט, לזנוח כמעט לחלוטין את תיאוריית שני הכובעים, תוך ניסיון לעצב מחדש את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית באופן ישיר על עקרונות היסוד של הדמוקרטיה. גם בתהליך הנוכחי, התוצרים של המהפכה המינהלית מהווים את הדייק המרכזי שעליו נסמכת מערכת המשפט במלחמת ההגנה שלה כנגד הניסיונות לפגיעה ולצמצום סמכויותיה. אסכם בהצבעה על כיוונים אפשריים שאליהם עשויה להתפתח התיאוריה החוקתית שלנו בשנים הקרובות.

לפני שאכנס לדיון עצמו נדרשת הבהרה לגבי שתי הבחנות מינוחיות שישמשו לאורך המאמר. ההבחנה **הראשונה** נוגעת להבחנה בין שיטות חוקתיות **מוניסטיות** (של 'דרגה אחת')

² בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (להלן: בג"ץ הסבירות).

לבין שיטות דואליסטיות (של 'שתי דרגות' חוקתיות). שיטות חוקתיות דואליסטיות הן שיטות שמכירות בסמכות של הרוב בנקודת זמן אחת (T1) להגביל – באמצעות כינון חוקה כתובה ומשוריינת – את היכולת של הרוב הפרלמנטרי בנקודת זמן מאוחרת יותר (T2) לשנות הסדרים משוריינים שנקבעו בחוקה (כך למשל חוקת ארצות הברית שכוונה בסוף המאה ה-18 מגבילה מאוד את כוחו של כל רוב פרלמנטרי שעשוי להיווצר במוסדות הנבחרים של הקונגרס כיום לקבוע הסדרים העומדים בניגוד לחוקה).³ כלומר, חוקה היא מכשיר נורמטיבי שבאמצעותו ניתן לכבול את רצונו של הרוב הפרלמנטרי ולאפשר למיעוט בנקודת הזמן המאוחרת (T2) למנוע שינוי של הסדרים שנקבעו בחוקה למרות שהם נתמכים על ידי הרוב. לפיכך, חוקה היא מכשיר שמצוי במתח תמידי עם העיקרון של ממשל עצמי, שהוא עיקרון יסוד בדמוקרטיה.⁴ לעומת התפיסה הדואליסטית, קיימות גישות חוקתיות מוניסטיות. לפי תיאוריות מוניסטיות תתכן עדיין ביקורת שיפוטית שתגביל את האפשרות של הרוב הפרלמנטרי לקבל החלטות מסויימות, אך זאת לא בשל קביעות שנקבעו בחוקה אלא משום שהחלטות שנתמכות על ידי הרוב בפרלמנט הן החלטות רובניות שאינן דמוקרטיות בהיותן סותרות את עקרונות היסוד של הדמוקרטיה עצמה (למשל, החלטות לבטל את הבחירות או לדחותן לתקופה ארוכה) או משום שהן סותרות עקרונות יסוד אחרים של השיטה המשפטית.⁵ שיטות חוקתיות דואליסטיות הן, ככלל, טקסטואליות, במובן זה שהכבילה החוקתית מבוססת על טקסט חוקתי פורמלי (בדרך כלל בחוקה אחודה).⁶ לעומת זאת, שיטות חוקתיות מוניסטיות הן, ככלל, מטא-טקסטואליות (כלומר, הבסיס להגבלות אל האפשרות של הפרלמנט לחוקק חוקים מסויימים הוא עקרונות הנגזרים משיטת המשפט, אך לא דווקא מטקסט נורמטיבי כלשהו).⁷

חשוב להדגיש כי ההבדל בין תפיסה מוניסטית לתפיסה דואליסטית איננו נעוץ בשאלה האם קיימות מגבלות חוקתיות כלשהן על סמכות החקיקה של המחוקק, אלא בתפקיד של הטקסט החוקתי לעניין זה. היינו, גם שיטות חוקתיות מוניסטיות מכירות, בדרך כלל, בעובדה שהמחוקק איננו כל יכול. אלא, ששיטות דואליסטיות מייחסות תפקיד מכריע לטקסט החוקתי בהקשר זה. בשיטות דואליסטיות הבסיס להגבלת כוחו של המחוקק העכשווי (קרי ב-T2) הוא המגבלה שעוגנה בטקסט החוקתי בזמן כינון החוקה – ולא מכל סיבה אחרת. כך, למשל, בשיטה החוקתית האמריקנית קיימת מגבלה חוקתית לפיה נשיא ארצות הברית חייב להיות יליד ארצות הברית וכן 35 לפחות.⁸ העובדה שהנשיא חייב להיות יליד ארצות הברית נובעת

³ תיקון לחוקת ארצות הברית אפשרי רק אם הושג רוב בבתי המחוקקים של שני שלישי ממדינות האיחוד ורוב של שלושה רבעים בשני בתי הקונגרס הפדרליים, ראו U.S. Const. art. V.

⁴ ראו B.A. Ackerman, *The Storrs Lectures – Discovering the Constitution* 89 Yale L.J. (1984) 1045' 1013 וכן דותן – חוקה למדינת ישראל 157-159.

⁵ ראו John Hart Ely, *Democracy and Distrust* Chap. 6 (1980) וכן דותן – חוקה למדינת ישראל, 165-166. לדין מפורט ראו גם רבקה וייל, "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטי של חוקת הכלאים הישראלית" **עיוני משפט** לח 501, 505-506, 528-530 (תשע"ו).

⁶ לדוגמה לטיעון דואליסטי באופיו שאיננו מבוססת על טקסט חוקתי פורמלי ראו ברק מדינה "הזהות החוקתית של מדינת ישראל, הזכות להשתתפות שווה בהכרעות חברתיות וה'רפורמה' המשפטית", **משפט וממשל** 2024, טרם פורסם.

⁷ לניתוח מפורט ראו דותן – חוקה למדינת ישראל, 157-166.

⁸ U.S. Const. art. II, § 1, cl. 5.

משום שהדבר נקבע בחוקה ולא מכל סיבה אחרת (כגון, שהדבר עומד בניגוד לעקרונות הדמוקרטיה או ההתפתחות ההיסטורית של החברה האמריקנית וכיו"ב, אם כי מובן שעקרונות כאלה עשויים לסייע בפרשנות של הטקסט החוקתי). לפיכך, השאלה האם המגבלה החוקתית האמורה תואמת את 'עקרונות הדמוקרטיה' או לא יכולה להיות רלוונטית - אם בכלל - לדיון החוקתי רק בעקיפין לצורך פרשנות הטקסט. ומכל מקום, גם אם האמור בטקסט עומד סתירה לעקרונות הדמוקרטיים (למשל משום שהסעיף האמור בחוקה כובל את רצונו של הרוב בזמן T2 לבחור במועמד המועדף עליו, ומאפשר למיעוט להכתיב לרוב את רצונו לעניין זה) הרי הטיעון הזה **כשלעצמו** הוא בלתי רלוונטי לדיון המשפטי-החוקתי. זאת משום שהשיטה החוקתית (הדואליסטית) מכירה בלגיטימיות של כבילת רצונו של הרוב (תוך פגיעה הכרחית בעיקרון הממשל העצמי) במסגרת השיטה החוקתית. לעומת זאת, שיטות מוניסטיות אינן מכירות בלגיטימציה של כבילה חוקתית טקסטואלית ככזו, משום שהדיון בתוקף של ההגבלה על הכרעת המחוקק העכשווי נעשה תמיד מתוך התייחסות לעקרונות חוקתיים מטא-טקסטואליים מסויימים, כגון עקרונות הדמוקרטיה, והעובדה שמגבלה כזו או אחרת מעוגנת בטקסט כלשהו לעולם איננה מכרעת לעניין זה.⁹

לכן ההבחנה בין התיאוריה המוניסטית לתיאוריה הדואליסטית היא בינארית. יש כאלו שהציעו, הן בפסיקה והן בספרות,¹⁰ כי במדינת ישראל למעשה מתקיים שילוב בין המודל המוניסטי למודל הדואליסטי, אך להצעה זו אין כל אחיזה אנליטית בתיאוריה החוקתית. כפי שנאמר, גם לפי התיאוריה המוניסטית, ייתכן שיהיו הגבלות טקסטואליות, וכך אכן חוקי היסוד שלנו יכולים להיחשב ככאלה, אך עצם ההכרה ברובד מטא-טקסטואלי שומט את הקרקע מתחת לרעיון הדואליסטי שרואה בחוקה מעשה המבטא את רצונו של הריבון בנקודת זמן אחת ומעניק לה מעמד כנורמה העליונה ביותר. העמדת עקרונות על בלתי-כתובים ממעל לחוקה, הוא למעשה חזרה לתיאוריה של דרגה אחת.¹¹

ההערה השנייה עוסקת בהבחנה בין המשפט החוקתי למשפט המינהלי. כידוע, הבחנה זו רחוקה מלהיות חדה וברורה. אולם לצורך הדיון הנוכחי ניתן לומר כי המשפט החוקתי מתמקד במישור היחסים שבין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, ובביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בעוד שהמשפט המינהלי מתמקד במישור היחסים שבין הרשות השופטת לרשות המבצעת ובביקורת שיפוטית על החלטות ומעשי מינהל.¹² נקודת המוצא המקובלת

⁹ התיאוריה המוניסטית הקלאסית אף לא הכירה באפשרות לכבילת הריבון בחקיקה, אך בשלב מאוחר הוכרה האפשרות לכבילה עצמאית וביקורת שיפוטית על חקיקה, ראו ווייל, ה"ש 5 לעיל בעמ' 505. אמנם גם לאחר ההכרה במעמד חוקתי ובאפשרות לביקורת שיפוטית, התיאוריה המוניסטית מותירה אותנו עם "חוקתיות חלשה" כמאמרה של רבקה ווייל, שכן ישנם עקרונות עליונים גם על החוקה (שם, בעמ' 508). כן ראו דותן "חוקה למדינת ישראל", לעיל ה"ש 1, בעמ' 168-172 והדיון להלן בחלק ב' טקסט אחרי הערה 69.

¹⁰ ראו ווייל, ה"ש 5 לעיל בעמ' 567; וכן חוות דעתה של השופטת ברק-ארז בבג"ץ הסבירות, פס' 11 לפסק דינה. ראו להלן, ה"ש 152.

¹¹ כאמור, קו ההבחנה בין שני התחומים רחוק מלהיות ברור ולא פעם שני התחומים כרוכים זה בזה, ראו למשל, עידו פורת, "המינהליזציה של המשפט החוקתי" **עיוני משפט** לו 713, 716 (תשע"ו). הסיבה העיקרית לכך היא כי מבחינה היסטורית המשפט הציבורי שלנו התפתח בעקבות המשפט האנגלי בשנות החמישים והששים של המאה הקודמת, כלומר בתקופה שבה הן המשפט האנגלי והן המשפט הישראלי לא היתה כלל ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. לפיכך, עקרונות שנתפסים כיום כעקרונות יסוד של המשפט החוקתי ובראשם ההגנה על חירויות יסוד כגון חופש הביטוי, פותחו למעשה באותו שלב כדוקטרינות פרשניות ששייכות למשפט המינהלי

היא שהמשפט המינהלי 'כפוף' או 'נחות' מהמשפט החוקתי במישור הנורמטיבי כמובן זה שהביקורת השיפוטית על מעשי המינהל מקבלת את דבר המחוקק כנקודת המוצא – שאין עליה עוררין, בעוד שהביקורת השיפוטית החוקתית, בוחנת את התוקף הנורמטיבי של החוק עצמו. היינו, בית משפט העוסק בביקורת 'מינהלית' עוסק בעיקרו של דבר ביישום דבר המחוקק, על סמך כללי הפרשנות והעקרונות המקובלים של המשפט המינהלי, והמסגרת שבה מתנהל הליך הביקורת מוגדרת על ידי החוק ומכוונת להבטיח שהרשות המינהלית פועלת במגבלות הסטטוטורית שנקבעו על ידי המחוקק.¹³ לעומת זאת, בית משפט המוסמך לעסוק בביקורת חוקתית – מוסמך לבחון את התוקף של דבר המחוקק עצמו. לפיכך, לפחות מנקודת הראות של 'פירמידת הנורמות' הקלזיאנית,¹⁴ הביקורת השיפוטית המינהלית נעשית ב'קומה' 'נמוכה' יותר של פירמידת הנורמות, ולכן, תהליך הביקורת השיפוטית המינהלית אמור להיות כפוף, למסגרת הסטטוטורית, שהיא עצמה כפופה לעקרונות הביקורת של המשפט החוקתי.¹⁵

א. המהפכה המינהלית של שנות השמונים

במהלך שנות השמונים של המאה הקודמת עבר המשפט הציבורי שלנו מהפכה רבתה. בניגוד ל'מהפכה החוקתית' של אמצע שנות התשעים, המוקד של השינויים היה במשפט המינהלי (קרי, במישור המינהלי) ולא במשפט החוקתי (שממילא היה באותה תקופה עדיין, במידה רבה, בחיתוליו) ולכן אכנה אותה כאן בתור 'המהפכה המינהלית'. כדי להבין את ההיקף והחשיבות של השינויים שנעשו במשפט המינהלי שלנו במהלך שנות השמונים צריך להקדים מספר משפטים לגבי המצב המשפט שקדם לשנות השמונים.

בתקופה שהחלה עם קום המדינה והסתיימה בסוף שנות השבעים, המשפט המינהלי בישראל היה מבוסס בעיקרו על התשתית המשפטיות של המשפט המנדטורי ועל ההשפעה של המשפט האנגלי, וניתן לומר שהיסודות של המשפט המינהלי בישראל באותה תקופה לא היו שונים באופן ניכר מאלו של המשפט האנגלי או ממשפטן של שיטות שהושפעו ישירות

(ראו למשל בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 817 (1953) וכן המקורות המופיעים בהערה 15 להלן).

¹³ לכן, גם בשיטות שאין בהן חוקה ואין בהן ביקורת חוקתית כלל, עשויה להתפתח ביקורת שיפוטית מינהלית ענפה, וזה אכן היה המצב במדינת ישראל לפחות עד אמצע שנות השבעים, ראו האסמכתאות בהערות 16 ו-17 להלן.

¹⁴ ראו (HANS KELSEN, THE PURE THEORY OF LAW (translated by Max Knight, 1967) אין פירוש הדבר בהכרח כי עקרונות המשפט המינהלי הם חסרי כל תוקף או משמעות חוקתית. כך למשל עקרון החוקיות המינהלי נחשב, כשלעצמו לעיקרון בעל מעמד חוקתי ואף על-חוקתי במשפטנו, ראו למשל בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת פס' 54–55 לפסק דינו של השופט שטיין (להלן: בג"ץ הסבירות): "שום כנסת אינה מוסמכת לחוקק חוקים כדלקמן בין בלבוש של חוק רגיל, ובין בלבוש של חוק יסוד [...] חוק שמבטל ביקורת שיפוטית על פעולות הממשלה והכנסת, על ידי שלילת סמכותם של בתי המשפט לבחון את חוקיותן של פעולות כאמור, ולבטל פעולות והחלטות שאינן חוקיות"; באותו אופן גם יש המייחסים לעיקרון השוויון במשפט המינהלי משמעות חוקתית 'וכאמור, לא פעם קווי ההבחנה בין המשפט החוקתי והמינהלי הם עמומים' ראו יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי (כרך ב) פרק 25, פס' 25.4, (2022) (להלן: דותן ביקורת שיפוטית).

מהמשפט האנגלי כגון המשפט הקנדי או האוסטרלי.¹⁶ יסודות אלו כללו, בראש וראשונה, הכרה בעיקרון ריבונות הפרלמנט כעיקרון העל של המשפט החוקתי (בהיעדר חוקה כתובה), אך לצידה הכרה בצורך להבטיח את עצמאות הרשות השופטת בתור אלמנט מרכזי בשיטת המשפט המבוסס על עקרונות הפרדת הרשויות ושלטון החוק גם יחד.¹⁷ הפיתוח של הביקורת השיפוטית נעשה אפוא, רובו ככולו, בשדה המשפט המינהלי, ונסמך בראש ובראשונה על עיקרון העל של המשפט המינהלי – הוא עיקרון החוקיות. המשמעות העיקרית של ביסוס הביקורת השיפוטית על עיקרון החוקיות היתה שהביקורת התבססה בראש וראשונה על עילת חוסר הסמכות, כאשר כל העילות האחרות להתערבות שיפוטית בהחלטות שלטוניות (כגון איסור ההפליה, או אף כללי הצדק הטבעי) נסמכו למעשה על עילת חוסר הסמכות (דוקטרינת הוירס), כלומר על ההנחה שהמחוקק לא הסמיך את הרשות לפעול באופן הנוגד דרישות כלליות מסויימות של המשפט המינהלי.¹⁸ בד בבד, במהלך שנות השישים והשבעים בית המשפט פיתח דוקטרינה מוצקה וענפה של הגנה על חירויות הפרט הבסיסיות. גם בבסיס דוקטרינה זו עמדה ההנחה שהמחוקק הוא כל יכול, מבחינת סמכותו להגביל את חירויות הפרט, אלא שבית המשפט יעשה כל מאמץ פרשני על מנת להגביל את הפגיעה בחירויות.¹⁹ כלומר, הדוקטרינה הזו לא ערערה על משוכלת היסוד של המשפט הציבורי לגבי ריבונות הפרלמנט. אמנם, במהלך שנות השבעים היו ניצנים ראשונים לשינוי התפיסה הזו ולהכרה, אם גם מהוססת ומוגבלת, ביכולת של הכנסת להגביל את עצמה, לעתיד לבוא, באמצעות סעיפים משוריינים בחוקי יסוד, אך גם ההתפתחויות הללו לא חרגו בהרבה מהתבניות הכלליות של המשפט הציבורי שהיו מקובלות קודם לכן.²⁰

אל מול האופי ההדרגתי של פיתוח המשפט המינהלי עד לסוף שנות השבעים, הרי החל מתחילת שנות השמונים ביצע בית המשפט העליון שורה של מהלכים שלא ניתן לתארם אלא כדרמטיים ומרחיקי לכת, כאלו, שבתוך שנים ספורות שינו את פניו של המשפט הציבורי בישראל מן הקצה אל הקצה. העובדה שחלו במשפט הציבורי שלנו שינויים מפליגים במהלך שנות השמונים רחוקה מלהיות סוד, והתהליכים הללו כבר תוארו ונדונו לרוב בספרות

¹⁶ ראו דותן **ביקורת שיפוטית** פרק 4, פס' 4.2.1, ואסמכתאות בה"ש 18 (2022); ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** (כרך א) 67–70 (2010); וכן Daphne Barak-Erez, *Israeli Administrative Law at the Crossroads: Between the English Model and the American Model*, 40 *ISR.L.REV.* 56, 57–59 (2007).

¹⁷ ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 16, בפרק 4, פס' 4.2.1, ה"ש 22–24.

¹⁸ שם, בה"ש 27.

¹⁹ הדוקטרינה הזו של 'הזכויות שאינן מנויות עלי ספר' הוצגה על ידי בית המשפט כבר שנת 1949 בעניין **בזרנו** (בג"ץ 1/49 **בזרנו נ' שר-המשטרה**, ב 80 (1949)) ושיאה היה בפסק דינו המקיף של השופט אגרנט בעניין **קול העם** (בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, ז 871 (1953)); ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 16, בפרק 4, פס' 4.2.1, ה"ש 25.

²⁰ ראו בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, כג(1) 693 (1969). שם הוכרה אמנם כאמור הסמכות של הכנסת לכבול את עצמה באמצעות סעיפים משוריינים בחוקי יסוד אך בית המשפט דחה כל ניסיון לראות בכך עדות למעמד החוקתי של חוקי היסוד, ראו למשל בג"ץ 60/77 **רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת**, פ"ד לא(2) 538, 560 (1977) וראו דותן "חוקה למדינת ישראל", לעיל ה"ש 1, בעמ' 166–168 וראו הדיון להלן בטקסט ליד הערה 68.

המשפטית.²¹ במסגרת הנוכחית ברצוני להתעכב בפירוט מסויים רק על חלק מהמהלכים הללו, אלו שניתוח יסודי שלהם, ובמיוחד של ההשלכות של הקשרים ההדדיים ביניהם, חיוניים להצגת הטיעון הנוכחי (ואילו אל האחרים אתייחס בקיצור נמרץ בטקסט או בהערות השוליים).

המישור הראשון שבו חולל בית המשפט העליון שינויים מרחיקי לכת בדוקטרינה המשפטית נוגע לדרישות הסף העומדים בפני העותרים לבג"ץ ובראשן השפיטות וזכות העמידה.²² לעניין השפיטות, עד לאותו שלב, היו תחומי פעילות שלטונית רבים שנחשבו לבלתי שפיטים לחלוטין, כגון עניינים הנוגעים לדרכי ארגון הצבא²³ או לשירותים החשאיים, עניינים הנוגעים ליחסי חוץ,²⁴ החלטות של הכנסת בנוגע לניהול הפנימי של ענייני הבית וכיוצא באלו.²⁵ ואילו תחומים אחרים נחשבו אמנם לכאלה שעשויים להיות שפיטים, אך היקף הביקורת לגביהם יהיה מצומצם ביותר, כך שבפועל, החלטות אלו יגיעו לדיון לגופו של ענין רק במקרים נדירים ויוצאי דופן. בין התחומים הללו, האחרונים, נמנו החלטות ביטחוניות הנוגעות לחירויות הפרט וגם החלטות בנוגע להפעלת סמכויות התביעה הפלילית (ראו להלן).²⁶ אולם, החל מפסק הדין הידוע בעניין רסלר²⁷ השתנתה דוקטרינת השפיטות לחלוטין. בית המשפט קבע כי אין, הלכה למעשה, נושאים שאינם שפיטים במובן זה שבית המשפט ימשוך את ידו כליל מעיסוק בעתירות הנוגעות להם.²⁸

ואילו לעניין זכות העמידה הרי הגישה של בית המשפט עד לתחילת שנות השמונים היתה דומה, בקווים כלליים, לגישה שנהגה (ולמעשה נוהגת עד עצם היום הזה) באנגליה ובחלק ניכר ממדינות המשפט המקובל.²⁹ על פי גישה זו, על מנת לתקוף החלטה שלטונית על התוקף היה להראות כי יש לו עניין אישי וישיר בהחלטה הנתקפת. כלומר, שהחלטה השלטונית

²¹ בקליפת אגוז ראו למשל יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ: בעד ונגד מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 5 (רות גביוון, מרכזי קרמניצר ויואב דותן עורכים, התש"ס) (להלן דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ"); וכן דותן ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 16, בפרק 4, פס' 4.2.3.

²² בנוסף לעניין השפיטות וזכות העמידה, בית המשפט צמצם מאוד את השימוש גם בעילות סף אחרות כגון עילת השיהוי (בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678 (1988); וכן דותן ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 16, בפרק 4, פס' 4.2.3.

²³ ראו בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הבטחון, ל(3) 309, פס' 8 לפסק דינו של השופט שמגר (1976).

²⁴ בג"ץ 186/65 ריינר נ' ראש הממשלה, פ"ד יט(2) 485 (1965).

²⁵ למשל בג"ץ 242/70 לביב נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 314 313 (1970), שם נקבע כי עתירה להצהרה כי "עסקת החבילה" במשק שנעשתה בין הממשלה להסתדרות והמעסיקים מונעת מהממשלה להעלות מיסים היא לא שפיטה; להרחבה על דוקטרינת השפיטות באופן כללי ראו דותן ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 16, בפרק 8.

²⁶ על ביקורת שיפוטית על התביעה הכללית ראו ע"א 316/75 שור נ' מדינת ישראל, לא(1) 299 (1976).

²⁷ בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).

²⁸ לדין נרחב בנושא ראו דותן ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 16, בפרק 8, פס' 8.3.3.

²⁹ כך למשל בארה"ב יש להוכיח "פגיעה אישית בפועל" (injury in fact) על מנת לזכות בזכות עמידה (ראו *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737 (1992) 555, S.U 504, *Wildlife of Defenders v. H.W.R. WADE &* (ראו *Gwendolyn McKee*, C.F. FORSYTH, *ADMINISTRATIVE LAW* 590–595 (11th ed., 2014) *States, Canada and Standing on a Spectrum, Third Party Standing in the United States*, *Canada and Standing on a Spectrum, Third Party Standing in the United States*, 115, 117–118 (2011) *Australia*, 16 BARRY L.REV. 115, 117–118 (2011); להרחבה ראו דותן ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 16, בפרק 8, פס' 8.2.3.1, בה"ש 49.

פוגעת באינטרס מובהק של העותר, כגון באינטרס כלכלי, רכוש, מקצועי וכיו"ב. עצם העובדה שהחלטה היתה בלתי חוקית, ואפילו אי חוקיותה היתה חמורה, בולטת ואף נגועה בשחיתות, לא היה בה כשלעצמה כדי להקנות לעותר זכות עמידה.³⁰ וכך, גם העובדה שהחלטה גרמה אצל העותר תרעומת, או אפילו פגעה ברגשותיו הדתיים או הלאומיים, לה היה כדי לסייע לו לצלוח את משוכת זכות העמידה.³¹ ההגבלות הללו של זכות העמידה למקרים שבהם יש לעותרת אינטרס אישי ישיר (בדרך כלל חומרי, ומכל מקום, לא אינטרס רגשי, דתי או אידיאולוגי צרף) סייעו לבית המשפט במקרים רבים להימנע מלהיכנס לדיון בנושאים רגישים, כאלו שהיו שנויים במחלוקת ציבורית או כרוכים בקונפליקטים פוליטיים מובהקים.³²

אלא, שהחל מתחילת שנות השמונים החלה גישה זו להישחק במהירות. בג"ץ החל להכיר יותר ויותר גם במעמד של עותרים גם כאשר האינטרס שלהם בהחלטה השלטונית לא היה כרוך בפגיעה חומרית וגם כאשר העותרים היו חלק מציבור גדול, כאשר האינטרס האישי שלהם לא היה שונה מזה של כל חברי אותו ציבור רחב.³³ עד שלבסוף, בפסק הדין רסלר הכיר בג"ץ במעמד 'העותר הציבורי', כלומר באפשרות של כל אחד מהציבור לתקוף כל החלטה שלטונית, ללא מגבלה של זכות עמידה.³⁴ משלב זה ואילך, השאלה היחידה שבית המשפט התמקד בה היתה שאלת חוקיותה של החלטה המינהלית העומדת לדיון, ואילו שאלת הפגיעה בעותרת, או בקשר שיש לה, באופן אישי, עם מושא החלטה – הוצאה, הלכה למעשה, ממשרעת הדיון הבג"צית.³⁵

³⁰ דוגמה לכך היא בג"ץ 26/76 בר שלום נ' זורע, פ"ד כא(1) 796 (1977), שם דובר ברוב הראשי לשעבר שהמשיך להתגורר בדירת השרד הרבה לאחר סיום תפקידו בניגוד להוראות החוק בנושא. בית המשפט ביקר קשות את אי החוקיות והפגיעה בטוהר המידות אך דחה את העתירה בשל היעדר זכות עמידה בקובעו שהעותר "מתערב בריב לא לו"; להרחבה בעניין זה ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 16, בפרק 4, פס' 4.3.2.1.

³¹ בג"ץ 348/70 כפיר נ' המועצה הדתית אשקלון, פ"ד כה(1) (685) (1971), שם נקבע כי אין זכות עמידה לעותר שרגשותיו נפגעו מקיום מרוץ מכוניות בשבת.

³² ראו למשל שם; עוד ראו דברי השופט ויתקון בבג"ץ 40/70 בקר נ' שר הבטחון, פ"ד כד(1) 238, 247 (1970): "ככל שיש לנשוא הקובלנה אופי ציבורי יותר, והוא מן הענינים המנסרים בזירה הפוליטית ומשמשים נושא לדיונים בפני הממשלה והכנסת, כך יש להחמיר בדרישה שהקובל יהא נפגע פגיעה ממשית בתוך רשות היחיד שלו, כדי להקנות לו זכות עמידה לפני הרשות השופטת"; בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד(1) 337 (1970) (אין זכות עמידה לעותר שנפגע מהחלטה לקיים שידורי טלוויזיה בערב שבת); בג"ץ 11/79 מירקין נ' שר הפנים, פ"ד לג(1) 502 (1979) (אין זכות עמידה לעותר שנפגע רגשית מהחלטה שלא להתיר העלאת הצגת תיאטרון בערב שבת); להרחבה נוספת ראו דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 21, בעמ' 12–13.

³³ למשל עניין בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 375–376 (1981) שם הוכרה זכות העמידה של העותרים לתקוף החלטה לשרד תוכנית טלוויזיה שעסקה בתולדות המפעל הציוני בהזניחה את חלקם של בני עדות המזרח; וכן בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983) שם הוכר דה פקטו מעמד של עותרים מן הציבור לתקוף החלטה בעניין קביעת שעון קיץ בידי שר הפנים.

³⁴ עניין רסלר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 461–464 לפסק דינו של השופט ברק.

³⁵ לרוב בית המשפט אינו מעלה בכלל את השאלת זכות המעמד, למעט חריג אחד שבו ישנם נפגעים ישירים הבוחרים שלא להגיש עתירה (וגם חריג זה, בעיקרו, מהווה פיתוח של השנים האחרונות): למשל בג"ץ 962/07 לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 1.4.2007); בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר (נבו 22.3.2009); בג"ץ 6698/08 טנקרדי – העמודה לשימור המורשת הצלבנית נ' המכון לחקר המשפחה (נבו 9.11.2010); בג"ץ 1103/10 המשרד לענייני אסירים ומשוחזרים ברשות הפלסטינית נ' השר לביטחון פנים (נבו 23.2.2011); בג"ץ 1637/17 הר שמש נ' מנהל רשות המיסים (נבו 12.7.2017); בג"ץ 8041/18 התנועה למען איכות השלטון נ'

קשה להפריז בחשיבות של השינוי הזה בדיני המעמד בבג"ץ כפי שהוצג על ידי בית המשפט בעניין **רסלר**. היו לו לא רק השלכות מרחיקות לכת על המשפט הציבורי בישראל ועל שיטת המשפט בכלל, אלא גם על החיים הציבוריים, על הזירה הפוליטית, על הממשק בין הזירה המשפטית לזירה הפוליטית, ועל הממשק בין שתיהן לזירה התקשורתית. בפסק הדין **רסלר בג"ץ** הפך את עצמו, כמעט בן לילה, ממוסד שיפוטי 'רגיל' שתפקידו מתמחה בעיקר בהכרעה בסכסוכים משפטיים בין הפרטים לבין עצמם או בינם לבין המדינה – למוסד שדן ומכריע באופן תדיר (שלא לומר כמעט שגרתי) בסכסוכים **קבוצתיים** הנוגעים בענייני השעה – היינו, למחלוקות ציבוריות ופוליטיות. כלומר, המדובר בשינוי יסודי **בתפיסת התפקיד** של בג"ץ וביחסיו עם רשויות השלטון האחרות. מאותו רגע ואילך, בג"ץ לא ראה עצמו יותר רק כמוסד שיפוטי שנועד להכריע בסכסוכים **משפטיים קונקרטיים**, אלא, הפך את עצמו למוסד **ביקורת כללי** שרואה עצמו מוסמך לפקח על כל פעולה של הממשלה וכל החלטה שלטונית, כאשר הפיקוח הזה הוא 'עצמאי' במובן זה, שהוא מנותק מהקשר קונקרטי כלשהו, שבו אמורה ההחלטה להשפיע באופן ישיר על אינטרסים מוגדרים של הצדדים הפרטניים לדיון המשפטי עצמו. כתוצאה מהביטול, הלכה למעשה, של דרישת זכות העמידה (ובמקביל לה, ביטול מגבלת השפיטות), הרי כל החלטה שלטונית וכל מחלוקת ציבורית הפכו למעשה לנתונות לפיקוח של בית המשפט ולאפשרות, העקרונית לפחות, של התערבותו כדי לתקן את מה שעשוי להיראות לו כמעוות.³⁶ בית המשפט הפך עצמו למעשה למעין מוסד מבקר עצמאי, שיכול, במידה רבה ל'התחרות' במוסדות שנוצרו מלכתחילה כמוסדות המוסמכים לקיים ביקורת יזומה ושיטתית על החלטות הממשל, כגון מוסד מבקר המדינה.³⁷ מבחינה זו, ניתן לומר, שהשינוי המהפכני הזה בתפיסת זכות העמידה כפי שהוצג בעניין **רסלר** – גם לו היינו בוחנים אותו בפני עצמו – היווה למעשה סוג של מהפכה חוקתית, שהיקפה והשלכותיה על שיטת המשפט והזירה הציבורית בישראל ועל היחסים בין בית המשפט לרשויות הפוליטיות לא נפלו ואולי אף עלו על כל שינוי חוקתי אחר, לרבות 'המהפכה החוקתית' של שנות התשעים. אלא, שכידוע, המהפכה בדיני זכות עמידה לא עמדה כשלעצמה, אלא היא היתה חלק ממארג שלם של מהלכים שיפוטיים, שבעיקריים שבהם נמשיך לעסוק כעת.

ראש הממשלה (נבו 13.11.2018); בג"ץ 837/19 פוקס נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 4.2.2019); בג"ץ 2723/19 עמותת עיר עמים נ' מפקד מחוז ירושלים (נבו 19.5.2019); בג"ץ 745/21 פלוני נ' משרד המשפטים – הלשכה לסיוע משפטי (נבו 21.2.2021); בג"ץ 4341/21 פיינשטיין נ' שר הבריאות (נבו 4.7.2021).

³⁶ האמור לעיל כרוך גם בכך שמגבלות אחרות שיכלו בעבר למנוע מצב שבו בג"ץ הופך לפורום שמעביר את ביקורתו על כל החלטה שלטונית הוסרו גם הן הצידה. לרבות, מגבלת השפיטות, שסולקה, הלכה למעשה, לחלוטין מעל דרכם של העותרים לבג"ץ ולרבות מגבלות הנוגעות לסמכות בג"ץ ולעילות הביקורת במישור המהותי. הסמכות של בג"ץ על פי סעיפי החוק הרלוונטיים (כיום סעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוק יסוד: השפיטה) נוסחה מלכתחילה בהרחבה, והפרשנות של בית המשפט לסעיפים הללו סילקה הצידה גם את אותן מגבלות מעטות שנבעו מהטקסט הסטטוטורי. דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 21, בעמ' 3-4. בית המשפט גם דאג לשחוק לחלוטין את האפשרות של הכנסת להגביל את תחומי הביקורת השיפוטית או את היקפה (ראו להלן הדיון במחסומים סטטוטוריים בתת-הפרק ג-2). ואילו במישור של עילות הביקורת המהותיות הוצגה בתקופה זו עילת הסבירות האיונית שתידון בהמשך (ראו להלן בפרק א).

³⁷ לדיון מקיף בממשקים שבין הביקורת השיפוטית לביקורת של מבקר המדינה (ומוסדות ביקורת נוספים) ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 16, בפרק 3.

המישור המרכזי **השני** של השינויים שקרו בשנות השמונים (והרלוונטיים ביותר לדיון כאן) נוגע **לעילת הסבירות האיונית**. הצבעתי לעיל על העובדה שהביקורת השיפוטית בעשורים הראשונים לאחר הקמת המדינה היתה מבוססת על עילת חוסר הסמכות ודוקטרינת הורס. בתחילת שנות השמונים חל גם במישור זה שינוי טקטוני עם הצגתה של עילת הסבירות האיונית בפסק הדין בעניין **דפי זהב**.³⁸ אמנם הסבירות, לפחות כמטבע לשוני, היתה קיימת ברטוריקה של פסקי הדין גם קודם לכן. אבל הנוסחה האיונית שהוצגה על ידי השופט ברק בעניין **דפי זהב**, שדרשה מכל רשות שלטונית לערוך 'איזון' בין כלל השיקולים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה – איזון שיהיה נתון לפיקוחו של בית המשפט במסגרת 'מתחם' הסבירות – ומאפשר לבית המשפט להתערב בכל מקרה של חריגה מהמתחם – היוותה חידוש מרחיק לכת הן ביחס לתכנים של מושג הסבירות במשפטנו והן ביחס למשפטן של מדינות אחרות.³⁹ הצגת עילת הסבירות האיונית שינתה את פניו של הליך הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות משום שהיא אפשרה לבית המשפט להפעיל ביקורת כמעט על כל סוג של החלטה מינהלית, ביקורת שהייתה מנותקת במידה רבה מכל דיון בתוכן של הסמכה סטוטורית כלשהי או בשאלת הסמכות המינהלית.⁴⁰ השילוב בין השחיקה רבתי של דוקטרינות הגישה (זכות עמידה ושפיטות) להצגתה של דוקטרינת הסבירות האיונית הוביל לכך שלמעשה **כל אדם** יכול היה לתקוף בבית המשפט **כל החלטה שלטונית** כאשר עילת התקיפה יכלה למעשה להיות **כל טענה** לגבי צדקת ההחלטה או רציותה, כשהיא 'מולבשת' בכסות הכוללנית והערטילאית של טענת חוסר סבירות, וזאת ללא צורך לקשור את הטענה לטקסט סטוטורי קונקרטי כלשהו או לעילה משפטית קונקרטית ומובחנת.

המישור המרכזי **השלישי** של השינויים שקרו בשנות השמונים נוגע להרחבת **תחומי הביקורת השיפוטית** ובראש וראשונה, להחלת הביקורת השיפוטית על **מוסד היועץ המשפטי לממשלה** ועל סמכויות **התביעה הכללית והפרקליטות**. כבר הצבעתי לעיל על העובדה שבמהלך שנות השמונים בג"ץ הרחיב מאוד את היקף תחומי הפעילות השלטונית וסוג הרשויות שהיו כפופות לביקורת בג"ץ.⁴¹ אולם בהקשר זה הייתה חשיבות מיוחדת להחלת

³⁸ בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, לה (1) 421 (1980); לפסק הדין קדמו כמה התפתחויות במהלך שנות השבעים ולקראת סופן שבהן היתה הרחבה מסויימת של עילת הסבירות; להרחבה ראו יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" משפטים נא 673, 678 (התשפ"א) (להלן: דותן "שני מושגים"); וכן עניין **דקה נ' שר התחבורה**, פ"ד ל(2) 94, 102–103 (1976).

³⁹ ראו ע"א 311/57 **היועץ המשפטי לממשלה נ' דיזינגוף ושות' (שיט) בע"מ**, פ"ד יג 1026, 1037–1039 (1959); להרחבה על הדוקטרינה השלטת בטרם פסק הדין בעניין **דפי זהב**, ראו דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 38, בעמ' 676–680; גם במשפט המשווה קשה למצוא הקבלה לסבירות האיונית. לסקירה מקיפה של הדין האנגלי בדבר דוקטרינת הסבירות ראו מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחרות" **ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** 773, 781 ואילך (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013).

⁴⁰ לניתוח אנליטי והיסטורי של הניתוק בין דוקטרינת הסמכות לדוקטרינת הסבירות ראו דותן "שני מושגים", לעיל ה"ש 38, בעמ' 685–687.

⁴¹ ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 26. למעשה, בית המשפט הרחיב באותה תקופה את הביקורת השיפוטית והחיל אותה גם על רשויות שאינן חלק מהמנגנון של המדינה או של הרשויות המקומיות, וזאת באמצעות סיווג גופים נסקיים או מלכ"ריים רבים כגופים 'דו-מהותיים'. על כך ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 16, בפרק 4, ס' 4.2.3.4; וכן ביקורת חריפה בפסיקה שהושמעה על ידי המשנה לנשיא אלון בפסק דינו המקיף בבג"ץ 1635/90 **זיריבסקי נ' ראש הממשלה**, פ"ד מה (1) 749 (1991).

הביקורת השיפוטית על מוסד היועצת המשפטית לממשלה (היועמ"שית) ועל המערכת המשפטית של הרשות המבצעת בכללה. כידוע, היועצת המשפטית לממשלה נושאת בידיה שורה ארוכה של סמכויות שלטוניות חשובות, אך ביניהן יש שלוש סמכויות שהן חשובות במיוחד. הראשונה, היועמ"שית עומדת בראש התביעה הפלילית וזאת הן מבחינת סמכויותיה הסטטוטוריות בנוגע להעמדה או לאי-העמדה לדין והן מבחינת היותה הגורם הבכיר ביותר מבחינה היררכית במערכת התביעה (מעל פרקליט המדינה). השנייה, היועמ"שית היא היועצת המשפטית של הממשלה ועומדת בראש מערך הייעוץ המשפטי שבמשרד המשפטים בכל משרדי הממשלה, ולפיכך מקובל שעמדותיה המשפטיות של היועמ"שית מחייבות את כלל מערך הייעוץ המשפטי. ולבסוף, היועמ"שית אחראית גם על הייצוג של המדינה וכל רשויות השלטון המרכזי בכל הערכאות המשפטיות, ולפיכך עומדת גם בראש מערך הייצוג הממשלתי.⁴²

התפיסה המקובלת בשיטות המשפט המקובל – שישראל שייכת אליהן מבחינת המבנה של השיטה הפלילית – היא שאין מקום להפעלת ביקורת שיפוטית על סמכויות התביעה.⁴³ בבסיס תפיסה זו עומד הרעיון של הפרדת הרשויות. החשש הוא שהפעלת ביקורת שיפוטית על סמכויות התביעה תפגע בעצמאות של התביעה מצד אחד, ובמעמד חסר הפניות של בית המשפט בהליך הפלילי, מצד שני.⁴⁴ תפיסה זו אומצה גם בישראל החל משנות החמישים, ובהתאם לה הוגבלה הביקורת השיפוטית על החלטות התביעה של היועץ המשפטי למקרים קיצוניים וחריגים של חריגה ברורה מסמכות או פעולה בחוסר תום-לב.⁴⁵ אלא שבמסגרת ההרחבה המואצת של הביקורת השיפוטית בשנות השמונים גם הגבלה זו על היקף הביקורת השיפוטית הוסרה מן הדרך. בפסק הדין המנחה בעניין זה, הוא פסק הדין גנור, קבע בית המשפט כי בג"ץ יפעיל על שיקול הדעת התביעתי של היועץ המשפטי לממשלה ביקורת שיפוטית בהיקף זהה לזה שחל על כל רשות שלטונית אחרת.⁴⁶ כך בכך, בג"ץ קבע כי היועץ המשפטי הוא 'עצמאי' ביחס לממשלה. כלומר, שהממשלה איננה רשאית להתערב בהפעלת

⁴² סמכויות היועץ המשפטי לממשלה כוללות ארבעה מרכיבים עיקריים: ראש התביעה הכללית, ייעוץ משפטי לממשלה, ייצוג הממשלה בעראות ושמירה על אינטרס הציבורי. להרחבה על הקשר בין הסמכויות ועל המתן ביניהן ראו רות גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים 27, 33–47 (התשנ"ז); לסקירה היסטורית של התפתחות המוסד ראו YOAV DOTAN, LAWYERING FOR THE RULE OF LAW: GOVERNMENT LAWYERS AND THE RISE OF JUDICIAL POWER IN ISRAEL 51–86 (2014).

⁴³ פסק הדין המנחה בעניין זה במשפט האמריקאי הוא Heckler v. Chancey, 470 U.S. 821 (1985); גם במשפט האנגלי הביקורת השיפוטית על סמכויות התביעה הכללית מצומצמות ביותר, ראו R (corener Wade & Forsyth) v. The Serious Fraud Office, [2008] W.L.R. 568 (house reearch); להרחבה ראו FORSYTH, לעיל ה"ש 29, בעמ' 533.

⁴⁴ להרחבה על הפרדת הרשויות בראי ביקורת שיפוטית על רשויות התביעה ראו רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד 92 והלאה (רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, התש"ס); Ruth Gavison, *The Role of Courts in Rifted Democracies*, ISR.L.REV. 216 (1999).

⁴⁵ ראו למשל עניין שור, לעיל ה"ש 26; וכן דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 21, בעמ' 43–45; ⁴⁶ בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990); וכן ראו בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718 (1989).

שיקול הדעת התביעתי של היועץ המשפטי לממשלה.⁴⁷ קביעה זו, כשלעצמה, לגבי עצמאות שיקול הדעת של היועמ"ש כשהוא מפעיל שיקול דעת **תביעתי** אין בה רבותה. עיקרון שלטון החוק מחייב שהפעלת שיקול הדעת התביעתי תיעשה במנותק משיקולים פוליטיים.⁴⁸ ואולם, בג"ץ לא הסתפק בקביעה זו אלא הרחיב את הקביעה לגבי עצמאות היועמ"ש גם לגבי הסמכויות האחרות הנתונות בידיו, קרי לגבי סמכויות **הייעוץ והייצוג**, שלגביהן, הקביעה שהיועמ"ש רשאי לפעול באופן המנותק מהאפשרות של קבלת הוראות או הנחיות מהממשלה רחוקה מלהיות מובנית מאליה.⁴⁹

גם למהלך האמור של בג"ץ במישור היחסים שבינו לבין מוסד היועץ המשפטי לממשלה היו השלכות עצומות ומרחיקות הן על המשפט הציבורי בישראל והן על הזירה שלטונית, הבריקורטית והציבורית. אלא, שבניגוד לשני המישורים הראשונים (זכות העמידה והסבירות) שזכו להתייחסות ענפה הן בכתיבה האקדמית והן בדיון הציבורי, ההתרחשויות במישור זה נותרו במידה רבה נחלתם של 'יודעי חן' וקשה לומר שאפילו בשיח האקדמי (שלא לדבר על השיח הציבורי הכללי) היתה התייחסות מקיפה לעומק ההשלכות והמשמעויות הענפות של המהלך של שנות השמונים. המשמעות האמיתית של הצעדים הללו של בג"ץ (קרי, הקביעה לגבי 'העצמאות' המוחלטת של היועמ"ש, על כל סמכויותיו) ביחד עם החלה של פיקוח שיפוטי צמוד והדוק על סמכויות היועמ"ש – היא הפיכת מוסד היועמ"ש ועמו את כל המערך הבריקורטי-משפטי הענף הכפוף אליו למעין 'מוצב קדמי' של הביקורת השיפוטית בתוך הרשות המבצעת. היינו, משעה שהיועצים המשפטיים – הכפופים מקצועית ישירות ליועמ"שית (ולא לשר או לראש היחידה הממשלתית הרלוונטית) – תופסים עצמם כ'עצמאים', הרי הם הופכים למעשה למעין גורמי ביקורת, שתפקידם להבטיח את החוקיות של פעולת המינהל, על ידי פיקוח משפטי המופעל על כלל בעלי הסמכות ומקבלי ההחלטות בתוך הרשות המבצעת. ואכן, התפיסה לפיה היועצים המשפטיים של כל יחידות הממשלה (ולא רק היועמ"שית עצמה או הכפופים לה במשרד המשפטים) הם 'שומרי סף' קנתה לה אחיזה מוצקה הן ברטוריקה של פסקי הדין והן בפרקטיקה היומיומית של משרדי הממשלה.⁵⁰

⁴⁷ ראו עניין **גנור**, לעיל ה"ש 46, בפס' 29–30 לפסק דינו של השופט ברק.

⁴⁸ ראו דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" **הפרקליט** לה 155 (התשמ"ג-התשמ"ד).

⁴⁹ יש לציין כי עצמאות היועץ בכובעו כראש התביעה הכללית היא מוקבלת בעולם, אך הבעייתיות נובעת מתפיסתו כעצמאי גם בכובעו כמייצג ויועץ. על כך ראו איתן לבונטין "מבוא ביקורתי לייצוג המדינה בערכאות" **משפטים** נב (עתיד להתפרסם). אמנם מבחינה כרונולוגית צרופה ההלכות התקדימיות ביחס לעצמאות הייעוץ והייצוג ניתנו בתחילת שנות התשעים ולא בשנות השמונים (ראו בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229 (1993) ובג"ץ 4287/93 **אמיתי - אורחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל**, מז(5) 441 (1993) (להלן: **עניין אמיתי**)). אולם הלכות אלו הן פועל יוצא ישיר של ההתפתחויות במשפט המינהלי בשנות הראשונה החלת הביקורת השיפוטית על הסמכויות התביעיות של היועמ"ש, קרי הלכת **גנור**, הערה 46 לעיל). הן ניתנו לפני 'המהפכה החוקתית' של פסק הדין **בנק המזרחי** ובאופן בלתי תלוי או קשור אליה. למעשה, ניצנים של ההלכות הללו מצויים עוד בשנות השמונים, ראו בג"ץ 727/88 **עווד נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב(4) 487, פס' 8 לפסק דינו של השופט ברק (1989); כן ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 16, בפרק 4, ס' 4.2.4.1, כך שלכל דבר ועניין ניתן לראות את ההתפתחויות הללו כחלק מהמהפכה המינהלית של שנות השמונים.

⁵⁰ השינוי ברטוריקה מתבטא הן בפסיקה (למשל בג"ץ 4287/93 **אמיתי - אורחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל**, שם, בעמ' 473 (1993)) והן בפרקטיקה של הייעוץ המשפטי לממשלה (למשל "מדריך פנימי לעבודת הייעוץ והחקיקה" **משרד המשפטים**, 8 (2017) (להלן: "מדריך החקיקה").

לכך צריך להוסיף את העובדה – גם היא פרי המהפכה של שנות השמונים – שהיועמ"שית עצמאית גם בהפעלת סמכויות הייצוג שלה.⁵¹

השורה התחתונה של השילוב בין הרחבת הביקורת השיפוטית וההשפעה של בג"ץ על שלושת הפונקציות העיקריות של היועמ"ש היא שלמעשה, מבחינה משפטית, יש ליועמ"שית, ודרכה לבג"ץ עצמו, שליטה (למצער פוטנציאלית) על כל תהליכי קבלת ההחלטות ברשות המבצעת. כל החלטה משמעותית של הממשלה או מי מרשויותיה כפופה לסמכויות הייעוץ של היועמ"שית (וקביעותיה בעניין מחייבות את הממשלה, עוד בטרם הגיע העניין לערכאה כלשהי), וממילא היועמ"שית גם יכולה לאכוף באפקטיביות רבה את הנחיותיה וקביעותיה משום שהוא שולט גם בסמכויות הייצוג, ורשאת, במקרים המתאימים להודיע לבית המשפט שעמדתו אינה זהה לעמדת הממשלה, או אף להותיר את הממשלה ללא ייצוג כלל בבית המשפט.⁵²

עד כה עסקתי בהתפתחויות שחלו במשפט המינהלי שלנו בשנות השמונים, כל אחת בנפרד. כעת הגיעה השעה להתייחס לאפקט המשולב של ההתפתחויות בשלושת המישורים גם יחד. אין דרך טובה יותר להדגים את האפקט המשולב הזה מאשר לדון בעיקרון שנוגע כ'עיקרון טוהר המידות' בבג"ץ (או בשמו הנפוץ יותר 'הלכת דרעי').⁵³ לפי עיקרון זה, כל החלטת מינוי שנעשית במנגנון הממשלתי (לרבות החלטות על מינוי נושאי משרה פוליטיים) כפופה לביקורת שיפוטית של בג"ץ במסגרת דרישת הסבירות, וכך גם כל החלטה להימנע מהדחה של נושאי משרה, כלומר, להשאירם במשרתם למרות שלכאורה קמה החובה להעבירם מתפקידם לפי עילת הסבירות.⁵⁴ מכוח העיקרון הזה בג"ץ דן, מאז תחילת שנות התשעים, במאות החלטות על מינוי בעלי תפקידים (בצבא, במינהל הממשלתי, ואף שרים וסגני שרים בממשלה) או בהחלטות של מי שנושאים באחריות לכך, להימנע מהדחה של אותם נושאי משרה ולא פעם בית המשפט קיבל את העתירה והורה על פסילת מינויים או הדחתם של הנוגעים בדבר.⁵⁵ כאן המקום לציין כי למרות שהפיקוח של בג"ץ על מינויים

⁵¹ ראו עניין אמיתי, לעיל ה"ש 50, בפס' 41 לפסק דינו של השופט ברק; להרחבה ראו איתן לבונטין "מבוא ביקורתי לייצוג המדינה בערכאות" משפטים נא, 35–52 (עמיד להתפרסם).

⁵² כפי שנאמר, סמכות הייצוג היא בלעדית ליועץ המשפטי לממשלה, וכך גם הסמכות שלא לייצג את המדינה או אף לטעון כנגדה בערכאה השיפוטית. מקרה כזה התרחש למשל בבג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993). להרחבה על המונופול של היועץ המשפטי על הייצוג ראו דניאל פרידמן "יועץ שהוא מחוקק, שופט ותובע" ספר לבונטין 181, 197 (יהושע ויסמן, ברק מדינה וסיליה וסרשטיין פסבירג עורכים, 2013). עוד דוגמא מהזמן האחרון – אחת מני רבות – להתנגשות בין היועמ"שית לבין הממשלה בנוגע לסוגיית הייצוג מהווה העתירה שהוגשה לאחרונה בנוגע להפסקת תקצוב הישיבות בהן לומדים אברכים (ראו בג"ץ 6198/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון (26.2.2024) שבה היועמ"שית הודיעה לממשלה כי תציג עמדה התומכת בעמדת העותרים והחליטה, אחר שקלא וטריא לאפשר לממשלה ייצוג נפרד בבג"ץ, ראו יעל פרידסון, "היועמ"שית אישרה לממשלה ייצוג נפרד בעתירות נגד הפטור מגיוס חרדים". הארץ (21.4.2024) (<https://www.haaretz.co.il/news/law/2024-04-21/ty->). <https://www.haaretz.co.il/news/law/2024-04-21/ty-> [article/0000018f-00ec-d64a-a9af-84efd7970000](https://www.haaretz.co.il/news/law/2024-04-21/ty-).

⁵³ בג"ץ 3094/93 בעניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 52, בפס' 11 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1993).

⁵⁴ למשל שם; עניין אמיתי, לעיל ה"ש 50.

⁵⁵ למשל שם; עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 52; בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, מה(1) 028 (1990); בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, נא(3) 46 (1997);

והדחות של נושאי משרה הפך אצלנו לכמעט שגרה, הרי אין לכך מקבילה בשום שיטת משפט אחרת בעולם (לא כל שכן, בשיטות המשפט הקרובות, אלו שיסודות המשפט הציבורי שלנו היו מבוססים עליהן, קרי השיטה האנגלית והשיטות הקרובות אליה).⁵⁶ אלא, שמי שמתבונן בסקירה לעיל של ההתפתחויות של מהפכת שנות השמונים יכול להבין היטב מדוע עיקרון טוהר המידות נוצר כעיקרון מרכזי המיושם חדשים לבקרים בשיטת המשפט הציבורי שלנו – אך רק אצלנו ולא בשיטות אחרות. זאת משום שהלכת דרעי אינה עומדת בפני עצמה, אלא היא מבוססת על שלושת האדנים של המשפט המינהלי שלנו שפותחו במהלך שנות השמונים: זכות העמידה הציבורית, הסבירות האיזונית והפיקוח השיפוטי על סמכויות היועמ"ש. ללא השילוב בין שלוש הדוקטרינות הללו – לא היה קיום לעיקרון טוהר המידות.

עיקרון טוהר המידות, קרי פיקוח שיפוטי באמצעות ביקורת שיפוטית מינהלית על מינויים והדחות, לא היה אפשרי בשום שיטת משפט (כגון השיטה האנגלית, הקנדית, האמריקנית, האוסטרלית וכו') משום שאף אחד מהאדנים של העיקרון הזה איננו מתקיים באותן שיטות משפט.⁵⁷ אלא, שאצלנו, השילוב של שלושת האדנים הללו הוא שאיפשר לבג"ץ לפתח, כפועל יוצא מכך, את העיקרון. ההשלכות של פיתוח העיקרון הזה הן שבג"ץ הקנה לעצמו שליטה ישירה אפקטיבית בסמכות שהיא אולי הסמכות החשובה והקריטית ביותר המצויה בידי הממשלה: הסמכות למנות או לפטר בעלי משרה (קרי הסמכות המכונה, בעגה האמריקנית, The Power to Hire & Fire והמצויה בידיו של הנשיא).⁵⁸ היינו, אם ינסה מאן-דהו באנגליה, בקנדה או בארצות הברית לתקוף החלטת מינוי של שר או מנהל של משרד

בג"ץ 932/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב-ראש הוועדה לבדיקת מינויים כבוד השופט (בדימוס), נג' (3) 769 (1999); בג"ץ 4668/01 ח"כ יוסי שריד יושב-ראש האופוזיציה נ' ראש-הממשלה אריאל שרון, נו' (2) 265 (2001); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, מר אריאל שרון, נו' (6) 817 (2003); בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט, סב' (3) 445 (2007); בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (נבו) 8.5.2016.

להרחבה ראו: Yoav Dotan, *Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances*, 19 THEORETICAL INQUIRIES L. 705, 720–724 (2018).⁵⁶

ניסיון להביא להצגת עקרון כזה נעשה בעתירה לבית המשפט העליון בהודו בעניין Manoj Narula v. Union Of India (2014) 9 SCC 1. העותרים טענו כי גם בהיעדר קביעה מפורשת בחוק או בחוקה הרי קיימים בחוקה 'עקרונות מנחים' שעל פיהם ביהמ"ש מוסמך לפסול מועמדים מושחתים למשרות ציבוריות. בית המשפט העליון ההודי הדגיש את החשיבות של טוהר המידות בשירות הציבורי ואת נזיקה של השחיתות (תוך שהוא מציין מחקרים המצביעים על כך כי לחלק ניכר מהמועמדים הפרלמנטים המדינתיים בהודו יש עבר פלילי), אך דחה את העתירה בשתי ידיים תוך שהוא מציין שבהיעדר קביעה מפורשת בחוק או בחוקה אין לו סמכות להורות לראש הממשלה או לכל גורם אחר להימנע ממינויים ממשלתיים כאלה. פסק הדין מצוטט אף בפסיקה הישראלית בבג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (נבו) 27.5.2020. יצוין כי אין זה מקרה כי הניסיון האמור נעשה דווקא בהודו (ולא למשל באנגליה או באוסטרליה) משום שבהודו קיים זכות עמידה ציבורית רחבה (ראו S.P. Gupta v. Union of India, (1981) Supp. S.C.C. 87, 90 וכן "The Rise of Judicial Governance in the Supreme Court of India" 33 B.U. Int'l L.J. 169, 178–182 (2015)). כלומר, בניגוד לשאר השיטות השייכות למשפחת המשפט המקובל כן מתקיים אחד משלושת התנאים שהוזכרו בטקסט ושאפשרו את פיתוח העיקרון בישראל.

ראו David M. Driesen, *Firing U.S. Attorneys: An Essay*, 60 ADMIM.L.REV. 707 (2008).⁵⁸

ממשלתי, או לדרוש את פיטוריו באמצעות עתירה מינהלית, הרי לא תהיה לו זכות עמידה לכך, וממילא, מינויים שלטוניים גם אינם שפיטים בכל שיטות המשפט הללו.⁵⁹ בהתאם, גם לא תהיה לתוקף כל עילה חוקית לעשות זאת, משום שעילת הסבירות, במתכונתה הקיימת אצלנו וברוחב תחולתה, איננה מאפשרת ביקורת כזו, וגם לא יעמוד לרשות העותרים המנגנון של היועץ המשפטי לממשלה, הכפוף לביקורת שיפוטית והמשמש 'שומר סף', שיכול לאכוף משטר כזה של פיקוח משפטי על מינויים.⁶⁰ הדוגמה של עיקרון טוהר המידות מראה עד כמה הלכה הביקורת השיפוטית המינהלית אצלנו והתרחקה מהמצב הקיים בשיטות משפט אחרות וממה שהיה נהוג על לסוף שנות השבעים. כל אלו הן ההשלכות של המהפכה המינהלית של שנות השמונים.

לפני סיום החלק הנוכחי יש להעיר עוד הערה אחת. **המהפכה המינהלית של שנות השמונים היתה כל כולה תוצר של פסיקת בית המשפט.** היינו, למרות שדובר בשינויים עצומים שהיו להן השפעות מרחיקות לכת על המשפט הציבורי ועל שיטת המשפט והממשל בכלל, הרי השינויים הללו לא היו קשורים ולא נבעו משום שינוי בתשתית הסטוטורית הרלוונטית. בתשתית הזו לא היו בשנות השמונים כל שינויים משמעותיים, לבטח לא כאלה שמהם ניתן היה לגזור או שניתן היה לתמוך בהם את המהלכים שביצע בית המשפט. ככל שבכלל היו שינויים בחקיקה שיש להם רלוונטיות כלשהי למשפט הציבורי, הרי הם היו מינוריים ושוליים, ומכל מקום, בוודאי שלא ניתן ליחס להם את המהלכים שיוזם בית המשפט.⁶¹

ראו לעיל, ה"ש 29.

מבחינה אנליטית טהורה האפשרות של ביקורת שיפוטית על היועמ"ש איננה הכרחית לצורך אפשרות התקיפה של מינויים או החלטות בענייני הדחות (בניגוד לזכות העמידה הציבורית והסבירות האיונית) משום שהעיתור בנושאים אלו אינן מופנות, בדרך כלל, כנגד היועמ"ש אלא כנגד הגורם הממנה או הגורם המוסמך להעביר את הנוגע בעניין מתפקידו. עם זאת, הפיתוח של עיקרון טוהר המידות בפסיקה שלנו קשור בטבורו להתפתחות של הביקורת השיפוטית על היועץ המשפטי לממשלה וחיוק הקשר המוסדי בין בג"ץ לבין היועמ"ש והמערך המשפטי של הממשלה הכפוף לו. אין זה מקרה שהקביעות התקדימיות החשובות לגבי עצמאות היועמ"ש כלפי הממשלה, המעמד המחייב של חוות הדעת שלו והסמכות שלו לייצג בבג"ץ עמדות השונות מאלו של הממשלה נעשו דווקא במסגרת העתירות המרכזיות שבהן פותח עיקרון טוהר המידות, ראו בג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטהור המידות נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מוז' (5) 441 (פס' 42) (1993); בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מוז' (429, 404) (1993). גם מבחינה השוואתית, היקף הביקורת השיפוטית על היועץ המשפטי לממשלה בישראל הוא רחב בהרבה ממה שקיים בשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות (ראו *Yoav Dotan, Should Prosecutorial Discretion Enjoy Special Treatment in Judicial Review: A Comparative Analysis of the Law in England and in Israel*, 3 PUBLIC LAW 513 (1997) *and in Israel*), עובדה שהתואמת היטב את האמור בטקסט לגבי הייחודיות של הפיתוח עיקרון טוהר המידות אצלנו.

השינוי היחיד בתשתית החקיקתית הרלוונטית שנעשה בשנות השמונים היה חקיקתו של חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, חוק שהטיל על בתי המשפט חובה לפרש כל דבר חקיקה בהתאם למסורת ישראל. אם בכלל הייתה צריכה להיות לחוק הזה השפעה כלשהי על התהליכים שתוארו לעיל הרי היא אמורה הייתה להיות הפוכה למגמה שהנהיג בית המשפט, לפחות במונח זה שהכנסת התימרה באמצעות החקיקה להתערב בדרך שבה בית המשפט מפרש דברי חקיקה, לרבות כאלו בתחום המשפט הציבורי. כלומר, הכנסת הלכה לכאורה בניגוד למגמה הפסיקתית שדגלה בהרחבת העצמאות המוסדית ומרחב התמרון של בית המשפט בכלל, ובכל הנוגע לפרשנות חקיקה בפרט (באמצעות הצגת דוקטרינת הפרשנות התכליתית, ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה** 141 ואילך (התשנ"ג)). מכל מקום, החוק פורש בצמצום על ידי בית המשפט (ראו פסק דינו של השופט

59

60

61

ב. המהפכה החוקתית - שנות התשעים

בתחילת שנות התשעים ניצב אפוא המשפט הציבורי בישראל כשהוא אחרי מהפכה עמוקה ומקיפת ממדים במישור המינהלי. קשה לחשוב ולו על פרמטר אחד של הביקורת השיפוטית המינהלית שלא עבר שינוי עמוק שכלל הרחבה רבתי של היקף הביקורת, שיכלול וגיוון כלי הביקורת, והרחבה של התחומים שעליהם חל המשפט הציבורי. זאת ועוד, ההשלכות של המהפכה המינהלית של שנות השמונים השתרעו מעבר לתחומי הביקורת השיפוטית המינהלית (קרי, הביקורת על הרשות המבצעת) וגלשו גם למישור היחסים שבין בית המשפט לכנסת – קרי, למישור החוקתי. במהלך שנות השמונים החיל בית המשפט את ביקורתו גם על החלטות שקיבלה הכנסת ורשויות השייכות לכנסת בעניינים הנוגעים לניהול הפנימי של בית המחוקקים (כגון החלטות של הנשיאות לגבי מועדי הדיון בהגשת הצעות אי-אמון).⁶² כמו כן, בית המשפט החיל את ביקורתו גם על החלטות שמקבלת הכנסת בנוגע לזכויות של חברי הבית ולהליכים משמעותיים וכיו"ב שרשויות הכנסת מקבלות בעניינים.⁶³ גם בתחומים הללו, ההלכות שנקבעו במהלך שנות השמונים היוו שינוי חד, והרחבה רבתי של היקף הביקורת השיפוטית בהשוואה למצב המשפטי קודם לכן, וגם בהשוואה למה שהיה, ועדיין מקובל, במרבית שיטות המשפט השייכות למשפט המקובל, שם נושאים כאלה נחשבים, בדרך כלל, לבלתי שפויים.⁶⁴ כלומר, למהפכה המינהלית של שנות השמונים היו השלכות רחבות היקף גם במישור של המשפט החוקתי.

אלא, שתחום אחד בולט ומרכזי של המשפט החוקתי לא עבר שינוי משמעותי במהלך שנות השמונים – תחום הביקורת השיפוטית על חוקתיותה של חקיקה ראשית של הכנסת. בעוד שהביקורת השיפוטית בישראל על הפרלמנט היתה רחבה בהרבה מאשר במדינות המשפט המקובל האחרות הרי הביקורת על התוצרים של פעולת הפרלמנט, קרי חקיקה ראשית, היתה מצומצמת ומוגבלת לגבולות המינימליסטיים שעוצבו כבר בשנות השבעים בהלכת ברנמן.⁶⁵ ניתן לומר כי באותו שלב, נוצר פער בין תנופת ההרחבה של הביקורת השיפוטית ביחס כמעט לכל החלטה שלטונית ולרבות החלטות פרלמנטריות לבין ההיעדר הכמעט מוחלט של ביקורת חוקתית על חקיקה – פער, שלא יכול היה להימלט מתשומת ליבו של בית המשפט (ראו להלן). אלא, שהתשתית החוקתית הטקסטואלית להפעלת ביקורת על חקיקה ראשית היתה כמעט בלתי קיימת. הכנסת אמנם חוקקה עד לאותו שלב מספר חוקי יסוד, אך אלו היו חוקי יסוד מבניים (שהחשובים שבהם היו חוק יסוד: הכנסת וחוק יסוד:

ברק בע"א 546/78 בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס, לד (3) 57 (1980)) ולא היו לו כל השלכות על התהליכים שנדונים כאן.

⁶² ראו בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982); בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85 (1985); בג"ץ 9070/00 לבנת נ' יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800 (2001); דותן ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 16, בפרק 3, ס' 3.2.4.

⁶³ בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118 (1981). אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 243–246 (2005).

⁶⁴ ראו איתי בר־סימן טוב "ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית הליכית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדורלי בישראל" ספר דורית ביניש 299, פרק ב (2018); וכן ראו ההלכות המרכזיות בעניין זה: בג"ץ ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004) ובג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו) 6.8.2017.

⁶⁵ לעיל, ה"ש 20.

הממשלה), ואלו לא כללו כמעט שום התייחסות לעקרונות היסוד של השיטה החוקתית, ולא כל שכן התייחסות כלשהי למגילת זכויות. זאת ועוד, למעט סעיפים בודדים, חוקי היסוד לא היו משוריינים,⁶⁶ וגם לעליונות הנורמטיבית שלהם ביחס לחקיקה רגילה לא היה שום ביטוי בטקסט החוקתי. זאת ועוד, בעניין **ברגמן** (ובהלכות שהלכו בעקבותיו)⁶⁷ בית המשפט לא היה מוכן להכיר בשום עליונות נורמטיבית כזו של חוקי היסוד, וביסס את התערבותו לפסילת חקיקה שנגדה את עיקרון השוויון של סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת אך ורק על הנמקה צרה של הכרה מוגבלת בסמכותה של הכנסת לכבול את עצמה, באמצעות שריון סעיפים בחוקי יסוד, לגבי חקיקה עתידית.⁶⁸ למרות כל המגבלות הללו, נראה היה שהפער האמור מטריד את בית המשפט, והיו סימנים ברורים לכך שבית המשפט מתחיל 'להרהר בקול רם' באפשרות של אימוץ תפיסה מטא-טקסטואלית של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. הביטוי המובהק ביותר לכך היה אמרת האגב של השופט ברק בעניין **לאור**, שבה התייחס לאפשרות של הכרה בסמכות בית המשפט לפסול חקיקה ראשית גם שלא בהתבסס על טקסט חוקתי כלשהו – אלא מכוח עקרונות היסוד של הדמוקרטיה. למרות שהטענה של העותרים בעניין זה נטענה בעלמא, ולמרות שההתייחסות לנושא כלל לא נדרשה לגופו של עניין, הרי ברק התייחס לטענה בכובד ראש (תוך ציון שהטענה בנדון 'הביכה' אותו וכי הקדיש לה 'מחשבה רבה במשך שנים רבות'),⁶⁹ ואגב דיון מפורט, מסודר, מנומק ויסודי, בליווי סקירה של הספרות העיונית בנושא. דיון, שהסתיים בקביעה כי אין מקום **'בשלב זה'** של חיינו הלאומיים לקבל את הטענה.⁷⁰

זה היה אפוא הרקע ל'מהפכה החוקתית' של שנות התשעים. בניגוד למהפכה המינהלית, המהפכה הזו החלה, כידוע, במהלך של הכנסת, שכוננה ב-1992 את חוק יסוד: כבוד האדם וחוק יסוד: חופש העיסוק. המהלך של הכנסת היה מהלך בלתי צפוי, בלתי סדור, ובמידה רבה בלתי מתוכנן.⁷¹ הוא החל בהצעות חוק פרטיות (ולא, כפי שניתן היה לצפות, בהצעות שיזמה ועדת החוקה של הכנסת או משרד המשפטים) שהוגשה לכנסת ונדונה בשלהי כהונתה של הכנסת ה-12 (קרי, בתקופה שבה המשמעת הקואליציונית היא רופפת). גם הדרך שבה נדונו ואושרו הצעות החוק רחוקה מלהלום את מה שניתן היה לצפות 'ממעמד הר סיני' כיאה

⁶⁶ למעט מספר סעיפים חריגים: חוק-יסוד: הממשלה; חוק-יסוד: חופש העיסוק; חוק-יסוד: משאל עם; וחוק-יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי (שני החוקים האחרונים נחקקו שנים רבות לאחר המהפכה החוקתית). כמו כן ס' 4, 9 (א) 441 לחוק-יסוד: הכנסת וס' 8 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, משוריינים בשריון של שמונים חברי כנסת.

⁶⁷ למשל בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת**, לז(3) 141 (1983); ע"פ 107/73 **"נגב" - תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ' מדינת ישראל**, כח(1) 640 (1974); בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, לה(4) 001 (1981).

⁶⁸ דותן "חוקה למדינת ישראל", לעיל ה"ש 1, בעמ' 190-192.

⁶⁹ בג"ץ 142/89 **תנועת לאור - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת**, מד(3) 529, 551 לפסק דינו של השופט ברק (1990) (להלן: **עניין לאור**).

⁷⁰ שם, בעמ' 554 לפסק דינו של השופט ברק (ההדגשה הוספה); וראו דותן "חוקה למדינת ישראל", לעיל ה"ש 1, בעמ' 168-172.

⁷¹ כך למשל עיון בספר המרכזי בתחום החוקתי בתקופה שלפני המהפכה החוקתית, הוא ספרו של אמנון רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהד' שלישית, התשמ"ב) מעלה כי אין כלל עיסוק במעמדה המכונן של הכנסת. והשוו לאמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: **עקרונות יסוד** (מהדורה שישית, 2005), שם חלק נכבד מהדיון מוקש לסוגיה זו.

לכינון חוקה.⁷² הן היקף הנוכחות של חברי הכנסת בדיונים ובהצבעות, והן הרוב שבו אושרו החוקים היה דל, באופן שיכל לעורר תהיות וטענות לגבי מידת הלגיטימציה הדמוקרטית של המהלך כולו.⁷³ ואכן, הטקסט החוקתי שהיה התוצר של המהלך סבל משורה ארוכה של חסרונות וחולשות. אמנם, בפעם הראשונה בהיסטוריה של המדינה הכנסת עשתה שימוש בסמכותה המכוננת לקביעת מגילת זכויות, אך זו היתה מגילת זכויות מוגבלת שחסרה כמה מן הזכויות המרכזיות ביותר, שניתן היה לצפות מכל מגילת זכויות שתכיל, והכוונה בראש וראשונה לעיקרון השוויון ולזכויות הפוליטיות המרכזיות: חופש הביטוי וחופש הדת. זאת ועוד, גם בכל הנוגע לעיגון המעמד הנורמטיבי של חוקי הזכויות, התוצר הסופי היה חסר, מקוטע, לא עקבי ולא ברור וזאת בראש וראשונה משום שהחוק העיקרי, חוק יסוד: כבוד האדם לא החיל כל שריון דיוני, ודווקא חוק יסוד: חופש העיסוק הכיל סעיף שריון כזה וגם משום שחוקי היסוד העניקו חסינות לחקיקה קודמת (לרבות חקיקה פוגענית ביחס לזכויות הפרט בתחומי הביטחון, המעמד האישי וכד').⁷⁴

למרות החולשות והחסרונות הבולטים של חוקי היסוד החדשים בתור טקסט חוקתי, הרי בית המשפט מיהר להרים את הכפפה החוקתית שהשליכה לעברו הכנסת וזמן לא רב לאחר קבלתם בכנסת הוא הציג, על בסיס חוקי הזכויות, תיאוריה חוקתית דואליסטית מלאה.⁷⁵ בפסק הדין **בנק המזרחי** קבע בית המשפט כי עם קבלתם של חוקי הזכויות הפכה ישראל ל"דמוקרטיה חוקתית".⁷⁶ בהתאם, בית המשפט הציג בפסק הדין – מפי השופט ברק – תיזה חוקתית מקיפה, היא תיזה שני הכובעים, על פיה הכנסת, שעה שהיא מחוקקת חוקי יסוד פועלת כרשות מכוננת, ולכן התוצרים של פעולתה מהווים חוקה, שהיא עליונה מבחינה

⁷² על הליך כינון חוק היסוד כבוד האדם וחירותו וביקורת עליו ראו יהודית קרפ "חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" **משפט וממשל** א 323 (התשנ"ג) (להלן: קרפ "ביוגרפיה של מאבקי כוח").

⁷³ ראו שם, בעמ' 327, ה"ש 11. הדי הביקורת על הלגיטימציה הדמוקרטית-חוקתית של המהלך החוקתי שנעשה בפרשת **בנק המזרחי** נמשכו לאורך השנים ועד עצם היום הזה, ראו למשל אמנון רייכמן, "רבע מאה למהפכה החוקתית תמונת מצב של החוקה בהרצה" **משפטים** * 12-13 * והערה 54 שם (2023) (להלן: **רייכמן – חוק בהרצה**) ("... ככל שבית המשפט נסמך בפרשת בנק המזרחי על חקיקתה של הכנסת ולא על יצירה שיפוטית עצמאית, אין מנוס ממסקנה לפיה יש קושי בקביעה שבשנת 1992 גיבשה הכנסת בישראל מדרגה נורמטיבית חדשה וכוללת.", שם בעמ' 13). אך השוו, מדינה, הערה 6 לעיל (עמ' 30 ואילך) הטוען כי למרות האמור המהלך החוקתי של 1992 נעשה "בהסכמה רחבה".

⁷⁴ ראו דותן "חוקה למדינת ישראל", לעיל ה"ש 1, בעמ' 179–182. בנוסף חוסר העקביות לגבי המעמד הנורמטיבי וסוגיית השיריון של חוקי היסוד החדשים (ראו גם ה"ש 66 לעיל) הוביל גם לדיון בהבחנה – לא בהירה כשלעצמה – שבין 'שינוי' לבין 'פגיעה' בחוק יסוד, ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 63 **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.** בעמ' 102, פס' 2.40 (מהדורה שישית, 2005).

⁷⁵ לדיון מפורט ראו דותן שם, בעמ' 172–175.

⁷⁶ דברי הנשיא ברק בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1: "ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. עתה הצטרפנו לקהילת המדינות הדמוקרטיות (ובהן ארצות-הברית, קנדה, גרמניה, איטליה, דרום-אפריקה) אשר להן מגילת זכויות אדם (Bill of Rights) חוקתית. הפכנו להיות חלק ממהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים". מהלך זה של בית המשפט היה רחוק מלהיות מובן מאליו או תוצאה 'טבעית' של חקיקת חוקי הזכויות בשנת 1992, ראו **רייכמן – חוק בהרצה**, הערה 73 לעיל, בעמ' 6*.

נורמטיבית על פני חקיקה רגילה ולפיכך מוענקת לבית המשפט סמכות לפסול חקיקה רגילה הנוגדת את תכנים של חוקים אלו.⁷⁷

לאור ה'חסך' שהיה קיים בתחום הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית (במיוחד בהשוואה לרוחב המשרעת של הביקורת השיפוטית בכל שאר התחומים), ולאור העובדה שקבלת חוקי הזכויות העניקה לבית המשפט הזדמנות נוחה ל'סגור את הפער' בתחום, אין זה מפתיע, שבית המשפט בחר לנצל את ההזדמנות של קבלת חוקי הזכויות ולהציג על בסיסם תיאוריה חוקתית, שהכירה, בסמכותה של הרשות השופטת להעביר תחת שבט ביקורתה חקיקה ראשית של הכנסת. הבחירה של בית המשפט בהצגת תיאוריה חוקתית טקסטואלית, על בסיס חוקי הזכויות, היא מובנת לאור היתרונות הרבים של תיאוריה כזו על פני החלופה המטא-טקסטואלית (שהוצגה, כאמור לעיל, בעניין לאור) או על פני השארת המצב הקיים של היעדר ביקורת חוקתית בכלל.⁷⁸ ואולם, כבר בשלב שבו הוצגה הגישה החוקתית החדשה בעניין **בנק המזרחי** היה ברור שבית המשפט כותב שטר – ששובר בצידו. כלומר, היה ברור כי הביסוס של הסמכות החוקתית של בית המשפט, והביקורת השיפוטית החוקתית על הטקסט של חוקי הזכויות נשא בחובו חסרונות קשים וסכנות לא מעטות לעצם קיומו ושרידותו של הפרויקט החוקתי. זאת, לא רק משום שהטקסט החוקתי הזה עצמו היה חסר ופגום, אלא בעיקר משום שבד בבד עם נטילת הסמכות לביקורת חוקתית בידי בית המשפט גם הכיר בסמכות המכוננת של הכנסת לשנות ולעצב את תכניו של הטקסט החוקתי הזה – קרי את תכני החוקה. כלומר, על פי התיאוריה של **בנק המזרחי** הפה שיצר את החוקה והקים את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית – הוא גם הפה שרשאי לאסור, להגביל, לסרס או אף לבטל כליל את מגילת זכויות, את מוסד הביקורת השיפוטית או כל עיקרון חוקתי אחר. זאת ועוד, הסכנה בנדון היא חריפה עוד יותר אם מביאים בחשבון את הקלות שבה הכנסת יכולה לחוקק חוקי יסוד, בהיעדר כל מגבלות דיוניות או דרישות לרוב מיוחד כלשהו. במלים בוטות יותר, ניתן לומר, שבאותה עת שבית המשפט הציג את התיאוריה החוקתית של הסמכות המכוננת בעניין **בנק המזרחי** הוא הפעיל למעשה סוג של פצצת זמן חוקתית, והפקיד את הנפץ או המתג המפעיל של אותה פצצה בידיה של הכנסת. לפיכך, מאותו רגע ואילך, ניתן לתאר את כל התפתחות היחסים שבין בית המשפט לבין הרשויות

⁷⁷ בהתאם לתאוריית שני הכובעים שאומצה בדעת הרוב בפסק הדין, ראו לעיל ה"ש 1. אמנם, השופט שמגר ביסס את הכרעתו על תיאוריה אחרת – תיאוריית הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת – שלפיה הכנסת היא כל יכולה, ולכן יכולה גם להגביל את עצמה (שם, בפס' 32 לפסק דינו של הנשיא (בדימו') שמגר). וכן השופט חשין שהציג את דעת המיעוט ששללה את המעמד החוקתי של חוקי היסוד – כלומר חשין שלל את עמדת הרוב לפיה חוקי הזכויות הפכו את ישראל לשיטה חוקתית של שתי דרגות והמשיך לדגול בעמדה שישראל היתה ונשארה דמוקרטיה של דרגה אחת. השופט חשין דוחה בפסק דינו הן את תיאוריית שני הכובעים של השופט ברק (שם, בפס' 9 לפסק דינו) והן את תיאוריית הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת (שם, בפס' 99 לפסק דינו). במלים אחרות, פסיקת המיעוט של חשין בעניין **בנק המזרחי** הציגה גישה חוקתית שהיא מוניסטית ומטא-טקסטואלית (ראו הערה 4 לעיל) המהווה חלופה לתיזה הדואליסטית שבית המשפט אימץ, ראו דותן "חוקה למדינת ישראל", לעיל ה"ש 1, 174–176.

⁷⁸ ליתרונות של הגישה הטקסטואלית על פני הגישה המטא-טקסטואלית ראו דותן "חוקה למדינת ישראל", לעיל ה"ש 1, 177–179.

הפוליטיות כמערכת יחסים שנובעת וכרוכה בטיפול באותה פצצה חוקתית מתקתקת.⁷⁹ היינו, תיאורית הסמכות המכוננת שהוצגה בעניין **בנק המזרחי** העלתה באופן מיידי את השאלה האם ומתי עלולה הכנסת לעשות שימוש בעייתי (לפחות מנקודת הראות של בית המשפט) בסמכותה המכוננת – וכיצד יגיב בית המשפט אל מול התפתחות כזו. כניסוחו הקולע של השופט זמיר, בעקבות **בנק המזרחי** הופקד בידי כל אחד מהצדדים ל'דיאלוג החוקתי' נשק בלתי קונבנציונלי, והשאלה שעלתה מיד לחלל האוויר היתה כיצד יפעל כל צד אל מול צעדים לא קונבנציונליים כאלה מן הצד השני.⁸⁰

ג. ההתפתחויות במשפט הציבורי לאחר המהפכה החוקתית

בחלק הנוכחי אסקור את ההתפתחויות במשפט הציבורי בתקופה שלאחר המהפכה החוקתית כלומר בשני העשורים שלאחר פסיקת בית המשפט בעניין **בנק המזרחי**. אטען כי בתקופה זו אירעו כמה תהליכים מקבילים. חלק מהתהליכים הללו התרחש במישור המשפטי הפורמלי והיה גלוי לכל מי שעסק בדוקטרינה המשפטית שפיתח בית המשפט העליון, וחלק אחר מן התהליכים הללו היה הרבה פחות פורמלי ובוטל לעין. התהליכים מהסוג האחרון התרחשו בעיקרם (אם כי לא באופן בלעדי) במשפט המינהלי ובעיקר **בתפר** שבין המשפט המינהלי למשפט החוקתי. אטען כי חלק מהפיתוח של הדוקטרינה של המשפט הציבורי נועד להעניק לכללי המשפט המינהלי, ובראשם לדוקטרינת הסבירות, **מעמד חוקתי**. תהליכים חשובים אחרים אירעו במישור נוסף והוא בממשק שבין המשפט הציבורי לשיח הפוליטי. אטען כי במישור הזה התרחשו תהליכים רבי עוצמה של **השתקה** של שאלות מסויימות ודיון בסוגיות מסויימות באופן שיצר פער ניכר בין הדוקטרינה החוקתית הפורמלית, שלכאורה המשיכה לעמוד בתוקפה ללא שינוי, לבין האופן שבו נתפסה הדוקטרינה הזו בשיח הפורמלי המשפטי והתקשורתי. התהליכים הללו נועדו לחזק ולתקף את התוצרים של המהפכה החוקתית, באופן

⁷⁹ תיאור זה איננו מתאר בדיעבד את המצב בהסתכלות לאחור מנקודת המבט של הרפורמה המשפטית, אלא למן הרגע הראשון היה ברור כי זהו המצב, ראו דותן **חוקה למדינת ישראל**, לעיל ה"ש 1, 187–200; כאן המקום לציין כי בית המשפט עצמו היה מודע היטב לבעייתיות הזו, עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, פס' 58 לפסק דינו של הנשיא ברק; באותו הקשר ראו גם עידו פורת, "פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה – חוק האום, תורת הסמכות המכוננת ודואליזם חוקתי" **תרבות דמוקרטית** 20, 217, 250 (2021) (להלן: פורת "פוליטיקה חוקתית").

⁸⁰ ראו דבריו של השופט יצחק זמיר בבג"ץ (ירושלים) 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, נ(3) 485 (1996): "אכן, כיום הלכה היא שחוקי היסוד הקנו לבית המשפט סמכות לבטל חוקים. סמכות זאת היא, לדעתי, חיונית בחברה נאורה, ובמיוחד כך בישראל, שבה תרבות השלטון טרם הכתה שורשים עמוקים. יש לשמור עליה היטב, כדי שניתן יהיה לעשות בה שימוש במקרה הראוי. אך דווקא בשל כך יש להיזהר מאוד שלא תהיה כעושר השמור לבעליו לרעתו. כבר אמר הנשיא ברק, שהסמכות של בית-משפט לבטל חוקים דומה ל**נשק בלתי קונבנציונלי**" (הדגשה הוספה). כאן המקום לציין כי החולשות הללו של תיאוריית שני הכובעים היו ברורות כבר בשלב שבו ניתן פסק הדין (לרבות לבית המשפט עצמו ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 38 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') שמגר וכן שם, בפס' 43(ג) ו-58 לפסק דינו של הנשיא ברק), וכך גם המחירים שהמערכת החוקתית אצלנו תאלץ לשלם בעתיד בגינה. כבר לאחר פסק הדין ציין כותב שורות אלו כי "יהיה הדבר אשר יהיה — כל ניסיון של בית-המשפט להגביל מכאן ואילך את כוחה המכונן של הכנסת יהיה חייב לכאורה להיעשות על בסיס מטא-טקסטואלי" וכי נטישת התיאוריה תהיה קשה במיוחד ותדרוש הסבר "יצטרך להינתן על רקע פוליטי מתוח ופרובלמטי, שיווצר בכל קונסטלציה מהסוג שפורט לעיל, כזו שתשמש רקע להתנגשות בין בית-המשפט ובין הכנסת", ראו דותן – חוקה למדינת ישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 186–187.

שיחפה או למצער יצניע את נקודות התורפה העיקריות של דוקטרינת הסמכות המכוננת מבחינת המערכת המשפטית, ובכך ייצרו חגורת הגנה נוספת – פוליטית בעיקרה – שתקשה על כל מי שיבקש לנצל את נקודות התורפה הללו על מנת להחליש את הסמכות החוקתית של בית המשפט. להלן אתייחס לתהליכים הללו כסדרם.

1. המישור החוקתי הפורמלי: הרחבה וחזוק של הביקורת החוקתית על בסיס גישת הסמכות המכוננת

במישור הפורמלי בתקופה שלאחר המהפכה החוקתית בית המשפט פיתח במרץ ובהתמדה את הדוקטרינה שנקבעה בעניין **בנק המזרחי** באופן שהרחיב מאוד את היקף הביקורת השיפוטית החוקתית. ההרחבה הזו באה לידי ביטוי בשורה של מישורים שנוכיר כאן את העיקריים שבהם. המישור הראשון נוגע למעמד הנורמטיבי של חוקי היסוד, כלומר לשאלת העליונות הנורמטיבית והשריון שלהם ביחס לחקיקה רגילה. כזכור, בתקופה שקדמה למהפכה החוקתית בית המשפט סירב בעקביות לקבל את הטענה שחוקי יסוד נהנים, מעצם מעמדם כחוקי יסוד, מעליונות נורמטיבית על פני חקיקה רגילה. הנכונות של בית המשפט להתערב בחקיקה של הכנסת שסתרה הוראות בחוקי יסוד התמצתה במצבים שבהם חקיקה כזו סתרה הוראות משוריינות בחוקי יסוד והתבססה על התיאוריה של סמכות הכנסת לכבול את עצמה באמצעות שריון פורמלי-דיוני בחוקי יסוד.⁸¹ גישה זו השתנתה כאמור בפסק הדין **בנק המזרחי**. בית המשפט קבע כי חוקי היסוד נהנים ממעמד נורמטיבי עליון על פני חקיקה רגילה במובן זה ששינוי של חוק יסוד חייב להיעשות אך באמצעות חוק יסוד.⁸² כן נקבע כי חקיקה שפוגעת בזכויות הכלולות בחוקי הזכויות צריכה לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה, כלומר שחוקים אלו נהנים משריון 'מהותי'.⁸³ אולם לאור התשתית הרעועה והלא עקבית של חקיקת היסוד, הקביעות הללו הותירו שאלות פתוחות רבות לגבי המסגרת החוקתית של חוקי היסוד, ובמיוחד לגבי מעמדם של חוקי יסוד שלא נכללו בהן כל הוראות שריון. בעניין **בנק המזרחי** נקבע כי חוקי יסוד לא משוריינים אינם נהנים מעליונות נורמטיבית כלשהי ביחס לחקיקה רגילה.⁸⁴ אולם, קביעה זו שונתה בפסיקה מאוחרת יותר שבה נקבע כי כל ההוראות הכלולות בחוקי היסוד, לרבות אלו שלא נכללו בהן כל הוראות שריון נהנות מעליונות נורמטיבית במובן זה שהוראה בחוק רגיל איננה יכולה לעמוד בסתירה להוראה בחוק יסוד.⁸⁵

⁸¹ למשל עניין **ברגמן**, לעיל ה"ש 20; עניין **נגב**, לעיל ה"ש 67; הדבר התבטא גם באמרות אנב שדחו את התיאוריה החוקתית של פרופ' קלוד קליין, ראו דותן "חוקה למדינת ישראל", לעיל ה"ש 1, בעמ' 167, ה"ש 28.

⁸² עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 39 (א) לפסק דינו של הנשיא (בדימ') שמגר; שם, בפס' 59 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁸³ עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 65 לפסק דינו של הנשיא ברק. קביעה זו רחוקה מלהיות מובנת מאליה. כך למשל ברק עצמו ציין במאמר שפרסם לאחר חקיקת חוקי הזכויות כי אפשרות פרשנית חילופית היא לקבוע כי חקיקה רגילה המאוחרת לחוקי הזכויות יכולה לפגוע בזכויות בתנאי שתעשה זאת במפורש, ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א 9, 21–22 (התשנ"ב); את מניפת האפשרויות מעלה גם הנשיא (לשעבר) שמגר בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 39 (ב) לפסק דינו.

⁸⁴ עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 65 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁸⁵ ע"ב 92/03 מופז נ' **יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, נז(3) 793, (2003); בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, נז(1) 750, (2003). ההתפתחות הזו ייתרה כמעט לחלוטין את הצורך לדון בשאלה שהוצבה בעניין **בנק המזרחי** לגבי ההבחנה בין

בד בבד, בית המשפט קבע כי גם חוקי היסוד שאינם משוריינים ואין בהם כל הוראות מפורשות המקנות להם עליונות נורמטיבית כוללים 'פסקת הגבלה שיפוטית' שמחילה על חקיקה הסותרת אותם את המשטר של פסקאות ההגבלה של חוקי הזכויות.⁸⁶ בכך, הושלם למעשה מהלך שהפך, בדרך פרשנית, את חוקי היסוד כולם – למרות השוני הבולט בתכנם, בנסיבות של קבלתם, ובהסדרים שקבעה (או נמנעה מלקבוע) הכנסת לגבי יחסם לחקיקה רגילה – לרובד חוקתי שנהנה מעליונות נורמטיבית מלאה על חקיקה רגילה.⁸⁷

המישור השני שבו הורחבה מאוד הדוקטרינה החוקתית נוגע להיקף של הביקורת החוקתית מבחינת הזכויות המוגנות. כידוע, חוקי הזכויות כוללים רשימה חלקית ביותר של זכויות המעוגנות בהם, רשימה שאינה כוללת זכויות פוליטיות יסודיות כגון חופש הביטוי וחופש הדת. בחוקי הזכויות אין גם התייחסות לעיקרון השוויון. אלא שבית המשפט, בשורה ארוכה של הלכות, הרחיב מאוד את התחולה של ההגנה החוקתית על ידי פרשנות מרחיבה שהעניק למונח 'כבוד האדם' שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שיכלול גם פגיעות בזכויות שאינן מנויות בחוק.⁸⁸ נקבע, אמנם, שלא כל פגיעה בשוויון ולא כל פגיעה הביטוי ייחשבו לפגיעה בכבוד האדם, אולם פגיעות חמורות בזכויות הללו, כגון הפליה על רקע דתי, מוצא לאומי, מגדר וכיו"ב ייחשבו לפגיעה בכבוד האדם, ולפיכך, פגיעות כאלו צריכות לעמוד בדרישות של חוקי היסוד ובמיוחד בדרישות פסקת ההגבלה.⁸⁹ בד בבד, הורחבה מאוד הזכות לכבוד האדם כך שתכלול שורה ארוכה של זכויות שאינן נחשבות לזכויות הפוליטיות

⁸⁶ 'שינוי' לבין 'פגיעה' בחוק יסוד, ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 63 שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת, בעמ' 102, פס' 2.40 (מהדורה שישית, 2005) וראו הערה 74 לעיל.

⁸⁷ בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, נ(3) 057, פס' 11–14 לפסק דינו של השופט זמיר (1996); להתפתחות ההלכה באופן מפורט ראו אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 78–85 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015).

⁸⁸ היו שכינו את המהלך הזה "מהפכה חוקתית שניה", ראו אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות? משפט וממשל ו 305, 307 (התשס"ג); וראו גם אמנון רייכמן "ככה לא בונים חוקה" עורך הדין 35, 45 (2003).

⁸⁹ השוו פורת "פוליטיקה חוקתית", לעיל ה"ש 79, בעמ' 249 ("שופטים אחדים בבית המשפט העליון, ובעיקר הנשיא ברק, זיהו את הפוטנציאל שבחקיקת חוקי היסוד משנת 1992 ולמעשה בחרו להשלים את יצירתה של חוקה עם מגילת זכויות שלמה באמצעות מהלך פרשני.")

⁸⁹ למשל בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, מח(3) 353, פס' 2 לפסק דינו של השופט אור (1994) ("על כן, יש לכלול במסגרת 'כבוד האדם וחירותו' את השוויון, חופש הביטוי, חופש האמונה והדת, חופש היצירה, האסיפה וההתאגדות. כל אלה הם ביטוי לכבוד האדם וחירותו במדינה יהודית ודמוקרטית"); וכן בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, מח(5) 501 (1994); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, סא(1) 619, פס' 25–43 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, סא(2) 202, פס' 23–29 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, סה(2) 44 (2012); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, סה(3) 1 (2012).

הקלאסיות כגון הזכות למשפחה,⁹⁰ לנישואין,⁹¹ ולאיימוץ.⁹² הרחבה נוספת של המונח 'כבוד האדם' נעשתה על מנת לכלול בו זכויות חברתיות-וכלכליות לרבות הזכות למגורים,⁹³ הזכות לקיום מינימאלי בכבוד,⁹⁴ הזכות לחינוך,⁹⁵ לחשמל⁹⁶ ועוד.⁹⁷

מישור שלישי שבו עשה בית המשפט צעדים להרחבת היקף תחולת של הביקורת השיפוטית החוקתית נוגע לפרשנות המונח 'פגיעה' בזכות. אם בשלב הראשון פגיעה בזכות נשמרה רק למקרים ברורים ומצומצמים בהם יש פגיעה ברורה בזכות יסוד,⁹⁸ הרי שעתה פעולות ומעשים רבים מוגדרים כפגיעה בזכות.⁹⁹ למעשה ניתן לומר כי הפסיקה כבר כמעט איננה נדרשת לשאלה המקדימה במסגרת פסקת ההגבלה – האם אכן מתקיימת פגיעה – אלא מסתפקת במעבר ישיר למבחני האיזון.¹⁰⁰

מישור נוסף שבו בית המשפט הרחיב בדרך פרשנית את היקף התחולה של הדוקטרינה החוקתית נוגע לתחולה של חוקי הזכויות במישור הזמן. בחוק יסוד כבוד האדם נקבעה במפורש פסקת שמירת דינים שנועדה לשריין חקיקה קודמת של הכנסת מפני תחולת חוק היסוד.¹⁰¹ אלא, שכבר באותה שנה שבה נפסקה ההלכה בעניין בנק המזרחי קבע בית המשפט

⁹⁰ ראו עניין גלאון, לעיל ה"ש 89; רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פס' 42 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו) 7.10.2010; בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 13.6.2006; בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאיימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים, פס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 21.4.2005.

⁹¹ עניין עדאלה, לעיל ה"ש 89; בג"ץ 7444/03 בלאל מסעוד דקה נ' שר הפנים, פס' 11–17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 22.2.2010.

⁹² ראו בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאיימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים, פס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 21.4.2005; בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פס' 17–25 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 24.3.2009.

⁹³ ע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, נט(4) 769 (2004); ע"א 9120/09 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' פלקסר (נבו) 15.9.2011.

⁹⁴ בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, ס(3) 464 (2005); בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, נט(1) 729 (2004).

⁹⁵ בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (נבו) 6.2.2011; בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, סג(2) 398 (2009).

⁹⁶ בג"ץ 4988/19 רונצווייג מויסה נ' הרשות לשירותים ציבוריים חשמל (נבו) 20.1.2022.

⁹⁷ להרחבה ולפירוט הזכויות השונות שעוגנו בפסיקה ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 329, 334–336 (2014).

⁹⁸ ניתן לראות כי בפסק הדין בנק המזרחי, לעיל 1, המבסס את מבחני המשנה של פסקת ההגבלה השופטים מתעכבים רבות על השלב המקדים של שאלת הפגיעה ולא מיד עוברים למבחני האיזון.

⁹⁹ ראו לעיל, ה"ש 89.

¹⁰⁰ למשל עניין גלאון, לעיל ה"ש 89, שם השופט לוי פורט מהו המנגנון של פסקת ההגבלה אך משמיט את החלק המאפיין את הפגיעה.

למשל ראו את ניתוחו של אהרן ברק מידתיות במשפט 135–140 (2010) ביחס למבחני פסקת ההגבלה ולהיקף הפגיעה הדרוש על מנת לעבור לשלב השני של הבחינה החוקתית – מבחני המידתיות ("ההגבלה או הפגיעה מתרחשת בכל מצב שבו רשות שלטונית אוסרת או מונעת מבעל הזכות להגשימה כדי מלוא היקפה. לעניין זה אין כל חשיבות לשאלה אם הפגיעה היא קשה או קלה; אם היא בליבה של הזכות או באזור האפולולית שלה...[לעניין זה אין הבדל בין הגבלה או פגיעה מקיפה לבין הגבלה או פגיעה צרה].

¹⁰¹ ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנוסחו הראשוני של חוק-יסוד כבוד האדם טרם הובא לאישור הכנסת, החוק כלל סעיף פרשנות לפיו חקיקה קודמת "תפורש לאור עקרונות חוק היסוד" (הצעת חוק יסוד: כבוד האדם

בעניין **גנימאת**, כי חרף סעיף שמירת הדינים פרשנות חוק שחוקק בטרם חוק היסוד צריכה להיעשות לאור עקרונות חוק היסוד ובאופן התואם אותו.¹⁰²

לפיתוח של הדוקטרינה המשפטית היו גם השלכות מעבר לגבולות הדוקטרינה עצמה בשורה ארוכה של מישורים שנתייחס אליהם כאן בקצרה. לדוקטרינה החוקתית שפיתח בית המשפט היו השלכות מרחיקות לכת על הליכי החקיקה בכנסת ועל פרקטיקות הפעולה של הבריורקטיה המשפטית של הממשלה. אמנם, טענה רווחת היא כי הלכה למעשה, 'בשורה התחתונה' מספר המקרים שבהם בית המשפט התערב בפועל לפסילת חוקים של הכנסת איננו גבוה במיוחד (במושגים מוחלטים או בהשוואה למצב במדינות אחרות).¹⁰³ אבל אין ספק כי ליצירה ולפיתוח של הדוקטרינה החוקתית המקיפה בבית המשפט היו השלכות מרחיקות לכת על הליכי החקיקה ועל הייעוץ המשפטי בכנסת. כלומר, לביקורת החוקתית יש השפעה ניכרת אל תכני החקיקה של הכנסת עוד הרבה לפני שהחקיקה מגיעה לשלביה הסופיים ומובאת לפני בית המשפט.¹⁰⁴ בנוסף, לפיתוח הדוקטרינה החוקתית היו השלכות רחבות היקף על הספרות הענפה בתחום המשפט החוקתי שהתפתחה אצלנו בעקבות המהפכה החוקתית, על השיח הציבורי ואפילו על התכנים של מערכת החינוך.¹⁰⁵

102 וחירותו, ה"ח התשנ"ב 60). להרחבה על פסקת שמירת הדינים ועל הפרשה שהושגה לשם חקיקת חוק היסוד ראו יהודית קרפ "ביוגרפיה של מאבקי כוח", לעיל ה"ש 72; וכן רבקה ווייל "אבולוציה, רבולוציה וזהות החוקתית המסוכסכת של ישראל: סיפורה של שמירת הדינים במבט השוואתי" **ICON-S-IL Blog** (2021). בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, פס" 9 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995) ("על-כן, יש לו, לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, השפעה פרשנית על הדין הישן. אמת, חוק היסוד אינו יכול לשנות את תוקפו של הדין הישן. אך חוק-היסוד צריך להשפיע על מובנו של הדין הישן"). לאחרונה נשמעים קולות בפסיקה לפיהם פסקת שמירת הדינים לא תעמוד לעולם ולא מן הנמנע כי תגיע העת שבה לא יעמוד לה עוד כוחה" (בג"ץ 7339/15 **האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים**, פס" 3 לפסק דינה של השופטת ברון (נב 31.8.2017)).

103 ראו למשל מצד אחד Guy Lurie and Yuval Shany, *Invalidations of Laws in Israel in a Comparative Perspective* 49 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 261 (2019); ומצד שני שמחה רוטמן "איבדו את הבלמים: האקטיביזם השיפוטי של בג"ץ לא עוצר" **מידה** 23.4.2018 <https://mida.org.il/2018/04/23/איבדו-את-הבלמים-האקטיביזם-השיפוטי-של-בג-ב/>. ככלל הדיון בהיקף ההשפעה שיש לבתי משפט על מציאות נתונה איננו יכול להתמצות בבחינה מספרית המתמקדת רק במספר היחסי או המוחלט של מקרים שבהם בית המשפט התערב, באמצעות צו אופרטיבי בפסק דין סופי ופסל את החקיקה או את פעולה הרשות המינהלית. הפער בין המספר היחסי של התערבות בפסקי דין סופיים לבין היקף ההשפעה בפועל הוא חריף במיוחד בבג"ץ, משום שחלק גדול מאוד מההליכים בבג"ץ מסתיימים בפשרות מחוץ לכותלי בית המשפט או בנסיגה, חלקית או מלאה, של הרשות השלטונית מעמדתה המקורית. לדיון מקיף ראו Dotan, לעיל הערה 42, 87-118.

104 העובדה שלכנסת ייעוץ משפטי עצמאי איננה מובנת מאליה ולמעשה עד שנת 2000 כלל לא היה לכנסת ייעוץ משפטי עצמאי (עד שנוסף לחוק הכנסת פרק ז). הסיבה לכך היא שמנגנון מסוג זה מעלה שאלות רבות ביחס להפרדת רשויות ולכפיפות הרשות המחוקקת לרשות השופטת, ראו קרן הורוביץ ואיתי בריסמן טוב "היעוץ המשפטי לכנסת ומקומו בהפרדת הרשויות בהליכי החקיקה" **עיוני משפט** מד 276, 286-291 (התשפ"א).

105 המהפכה החוקתית לא נותרה בקרן זוית אלא השפיעה על השיח החוקתי במדינת ישראל, והוטמעה באופן כמעט מלא בשיח הפוליטי. אף בספרי לימוד מקצוע האזרחות בבתי הספר העל-יסודיים פרקים שלמים מוקדשים לנושא ולהצגת המשטר החוקתי של מדינת ישראל, ראו **להיות אזרחים במדינת ישראל: במדינה יהודית ודמוקרטית** 305-317 (התשע"ו); בעת כתיבת שורות אלו וכחלק מהמאבק הכולל על רקע הרפורמה המשפטית מתחולל מאבק נוסף כנגד הספר, ראו ג'ודי ניר מוזס שלום ורענן שקד "להיות אזרחים בישראל":

2. המישור החוקתי הבלתי-פורמלי והשיח הפוליטי: פסקת ההתגברות והשתקה של שיח הסמכות המכוננת של הכנסת

לצד התהליכים האמורים של יצירה, עיגון וחיזוק של קונבנציות חוקתיות שונות בפסיקת בית המשפט או בהתבסס על פסיקת בית המשפט (קרי במישור התיאוריה החוקתית), היו תהליכים דומים של חיזוק התוצרים של המהפכה החוקתית בתודעה הציבורית באופן שלכאורה אין לו שום ביסוס על דוקטרינה פורמלית כלשהי, אלא כל כולם התקיימו במישור הפוליטי והתקשורתי.¹⁰⁶ הדוגמא הבולטת ביותר לתהליך כזה הוא התפתחות השיח על פסקת ההתגברות. כידוע, בעוד שחוק יסוד: חופש העיסוק מכיל הוראה מיוחדת בדבר האפשרות להתגבר על הוראות החוק, הרי חוק יסוד: כבוד האדם: איננו מכיל הוראה דומה.¹⁰⁷ בכנסת נעשו במהלך השנים ניסיונות שונים להוסיף פסקת התגברות גם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניסיונות שנתקלו בהתנגדות פוליטית נרחבת כמו גם בביקורת נמרצת מצד מרבית הפרשנים המשפטיים.¹⁰⁸ התפתח אצלנו ויכוח ציבורי אינטנסיבי בשאלה האם יש מקום לקבוע פסקת התגברות ואם כן מה יהיה תוכנה (ובמיוחד, באיזה רוב תוכל הכנסת 'להתגבר' על קביעות של בית המשפט).¹⁰⁹

אלא, שמנקודת ראות חוקתית-דוקטרינרית המחלוקת הציבורית הערה ביחס לפסקת ההתגברות היא לכאורה תמוהה. הרי, על-פי המסגרת שנקבעה בעניין בנק המזרחי הכנסת מוסמכת ויכולה להתגבר בקלות (בין מראש ובין בדיעבד) על כל פסיקה של בית המשפט העליון על ידי תיקון חוק היסוד, תיקון שניתן לעשותו, לכאורה, ברוב רגיל (אפילו של שני חברי כנסת כנגד אחד, וכד').¹¹⁰ במלים אחרות, מי שלוקח ברצינות את הדוקטרינה החוקתית הפורמלית, לא יכול שלא לתמוה מה להם לחברי הכנסת, למשפטנים, לאישי הציבור

תלמידת תיכון מובילה מאבק נגד ספרי לימוד של קהלת" [ynet](https://www.ynet.co.il/news/article/six1ibvxi1h) 20.3.2023 <https://www.ynet.co.il/news/article/six1ibvxi1h>

¹⁰⁶ בהקשר זה ראו לעיל, ה"ש 104–105.

¹⁰⁷ ראו ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; לסיבה שחוק-יסוד כבוד האדם אינו מכיל הוראה דומה ראו קרפ "ביוגרפיה של מאבקי כוח", בה"ש 78.

¹⁰⁸ ראו הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג), פ/1891/18; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג), פ/1406/19; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג), פ/1944/19; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג), פ/2115/20; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג), פ/4005/20; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - פסקת ההתגברות), פ/5219/20; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - פסקת ההתגברות), פ/459/25.

¹⁰⁹ למשל עמיר פוקס "מהי פסקת ההתגברות? המדריך המלא" [המכון הישראלי לדמוקרטיה](https://www.idi.org.il/articles/46267) 8.11.2022 <https://www.idi.org.il/articles/46267>; שלמה פיטרקבסקי "הפחד הגדול של השמאל: כל מה שרצית לדעת על פסקת ההתגברות" [מקור ראשון](https://www.makorishon.co.il/opinion/538595) 3.11.2022 <https://www.makorishon.co.il/opinion/538595>

האיך" הארץ 10.11.2022 <https://www.haaretz.co.il/opinions/2022-11-10/ty-article-opinion/premium/00000184-60d1-dab5-a58e-ffd132270000>. לשם הגילוי הנאות יצוין כי הח"מ היה בין מי שתמכו בחקיקת של פסקת התגברות המוגבלת בתנאים מסויימים, ראו יואב דותן, "מי מפחד מחוק עוקף בג"ץ? הארץ" 6.11.2014.

¹¹⁰ ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 63 שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת, בעמ' 78: "הייחוד הוא בכך שאין נהוגה כל פרוצדורה מיוחדת להפעלת הסמכות (לפחות ככל שמדובר בסמכות לתקן את החוקה)".

ולאחרים לנהל ויכוח ציבורי עז כל כך בשאלה האם פסקת התגברות היא לגיטימית ברוב של 61, 65 או 70 חברי כנסת, כאשר, על פי המסגרת החוקתית הפורמלית שלנו הכנסת הייתה רשאית, בכל עת, להתגבר על פסיקת בית המשפט על ידי תיקון או סיוג של חוק היסוד עצמו – לכאורה ללא כל מגבלות פורמליות וברוב רגיל. במלים אחרות, לא ניתן להבין את המחלוקת הציבורית בנוגע לפסקת ההתגברות אלא על בסיס הנחה מקדמית מסויימת – שהייתה מקובלת כנראה, למצער במשתמע, על כל הצדדים לדיון – והיא שהכנסת איננה יכולה לתקן (שלא לומר לבטל) את חוק היסוד תוך עשיית שימוש בסמכותה המכוננת על מנת להתגבר על פסיקה של בית המשפט. בין אם ההנחה הזו התבססה על ניתוח משפטי (שהוביל למסקנה שלכנסת אין סמכות לערוך שינויים בחוק היסוד, למצער אין סמכות לערוך כל שינוי בו היא חפצה – ניתוח שאין לו לכאורה שום בסיס פורמלי לאור המסגרת שהותוותה בעניין **בנק המזרחי**) ובין אם היא התבססה על ניתוח פוליטי, שלפיו הכנסת 'לא תעז' לערוך שינויים בחוק היסוד עצמו, או שניסיון כזה של הכנסת ייתקל בתגובה של בג"ץ (שוב, לכאורה ללא בסיס כלשהו בדוקטרינה הפורמלית הקיימת, ראו להלן) – הרי הקונבנציה הזו הפכה לחלק מהמציאות החוקתית בישראל בעשורים שלאחר המהפכה החוקתית.¹¹¹

3.ג. החוקתיזציה של עקרונות המשפט המינהלי ושל מעמד היועץ המשפטי

התהליך של הרחבה וביסוס של התוצרים של המהפכה החוקתית במישור החוקתי היה בעיקרו תהליך פורמלי וגלוי. הוא בא לידי ביטוי בפסיקה ענפה ומפורטת של בתי המשפט ובספרות המשפטית. אולם לצד התהליך הזה התקיים תהליך נוסף שהיה הרבה פחות בולט לעין בהשוואה לתהליך הראשון. כוונתי להתפתחויות מסויימות במשפט המנהלי ובעיקר **בתפר** שבין המשפט המינהלי למשפט החוקתי שבעיקרן נועדו להקנות לעקרונות מסויימים של המשפט המינהלי, ובראשם דוקטרינת הסבירות האיזונית, מעמד חוקתי או מעין-חוקתי. התהליך הזה התקיים גם הוא, בעיקרו, במישור המשפטי הפורמלי. אבל הבולטות שלו בשיח המשפטי, ולא כל שכן, בשיח הציבורי הכללי, היתה נמוכה הרבה יותר. כלומר, דובר בשורה של התפתחויות משפטיות דוקטרינריות, שבחלקן נעשו באופן עקיף ואף מובלע או מוצנע. במיוחד, **הקשרים** שבין ההתפתחויות הללו, והאפקט **המצטבר** שלהן נותרו הרחק ממוקד הדיון בפסיקה ובספרות המשפטית.

ההתפתחות הראשונה בהקשר זה נוגעת לסוגיית **המחסומים הסטטוטוריים (ouster clauses)**. אלו הם ביטויים שונים המופיעים בחקיקה ובאמצעותם המחוקק מבקש לשלול את אפשרות הביקורת השיפוטית או להגביל אותה ביחס לסוגי החלטות מינהליות מסויימות.¹¹² כאלו הם למשל סעיפי חוק שבהם נקבע שהחלטות מסויימות הן 'סופיות' או שהן נתונות לשיקול דעתו 'המוחלט' של מקבל החלטה וכיו"ב.¹¹³ התפיסה המקובלת בשיטות המשפט המשווה היא שככלל, המחוקק מוסמך עקרונית לשלול או להגביל את הביקורת השיפוטית **המנהלית**, או לעצב את היקף הביקורת ואת עילות הביקורת וסדריה (אם

¹¹¹ וראו למשל רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 85, בעמ' 121 המדגישים כי "...המסורת הציבורית היא העשויה להקנות להסדרים חוקתיים מסויימים - כתובים ואף בלתי כתובים - "נוקשות" מעבר לזו הקבועה במפורש בחוקי-היסוד" (ההדגשה במקור).

¹¹² לדיון כללי ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 16, בפרק 7.

¹¹³ לסקירה ראו שם, בס' 7.1.

כי ההיסטוריה מלמדת כי בתי המשפט תמיד השכילו לפרש בצמצום נמרץ תניות מגבילות כאלו).¹¹⁴ זו היתה גם התפיסה ששררה במשפט שלנו עד לסוף שנות השמונים.¹¹⁵ אולם בתחילת שנות התשעים החל במשפט שלנו תהליך במסגרתו נשחקה המשמעות הפרשנית של כל הנוסחאות הסטטוטוריות הללו עד דק, כך שלמעשה הן חדלו להוות כל אינדיקציה לכוונת המחוקק לגבי קיומה או היקפה של הביקורת.¹¹⁶ המהלך הזה הושלם לאחר המהפכה החוקתית, כשבית המשפט קבע בעניין **חרות** כי כל הגבלה על הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות מהווה פגיעה **בסמכות השיפוט** של בג"ץ, ולפיכך, עומדת בסתירה להוראות המסמיכות את בג"ץ בחוק יסוד: השפיטה.¹¹⁷ כאן המקום לציין כי מבחינה אנליטית הקישור שעשה בית המשפט בין שאלת היקף הביקורת השיפוטית במישור המשפט המהותי לבין שאלת **סמכות השיפוט** של בג"ץ עומד על כרעי תרנגולת. מהעובדה שטריבונל כלשהו, כגון בג"ץ הוא בעל הסמכות לדון בהליכים לתקיפת החלטות מסוימות אין נובעת מסקנה כלשהי לגבי העילות המהותיות שבהן יש לעשות שימוש במסגרת הביקורת. מכל מקום, הקישור הזה איננו מקובל בשיטות משפט אחרות, כגון שיטת המשפט האמריקנית הפדרלית שיוזעת להבחין היטב בין השאלה של היקף הביקורת על החלטות שלטוניות במישור המשפט המינהלי לבין השאלה של חלוקת הסמכויות בין בית המשפט לרשויות האחרות במשפט החוקתי.¹¹⁸

¹¹⁴ PAUL P. CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW 885 (7th ed., 2012) ("Ever since Coke, ראו למשל Holt and Mansfield laid the foundations for judicial review the legislature has attempted to prevent those principles from being applied. Various formulas have been inserted into legislation with the intent of precluding judicial intervention. These efforts have not been successful as the courts have time and again restrictively construed such legislation"); וכן הדין בדותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 16, בפרק 7, ס' 7.2.

¹¹⁵ שם, בס' 7.2.1, 7.2.2.

¹¹⁶ ראו בג"ץ 294/89 **המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים לפי סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה**, פ"ד מה(5) 445 (1991) (קביעה בחוק לפיה "אין אחרי ועדת העררים ולא כלום" אינה מונעת את ביקורת בג"ץ ואין בה כדי להגביל את היקף הביקורת); בבג"ץ 680/88 **שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי**, פ"ד מב(4) 617 (1989) (כנ"ל לגבי הענקת שיקול דעת "סובייקטיבי" למשיב בתקנות ההגנה לשעת חירום); בבג"ץ 758/88 **קנדל נ' שר הפנים**, פ"ד מו(4) 505 (1992) (פטור מחובת ההנמקה איננו מהווה ראייה לכוונת המחוקק להגבלת היקף הביקורת השיפוטית) וראו דותן-ב"ש, סעיף 7.2.3.

¹¹⁷ בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נו(1) 750 (פס' 4-5) (2003).

¹¹⁸ ראו *Bowen v. Michigan Academy of Family Physicians*, 476 U.S. 667, 672-673 [1986] ("Subject to constitutional constraints, Congress can, of course, make exceptions to the historic practice whereby courts review agency action. The presumption of judicial review is, after all, a presumption, and 'like all presumptions used in interpreting statutes, may be overcome by', inter alia, 'specific language or specific legislative history that is a reliable indicator of congressional intent', or a specific congressional intent to preclude judicial review that is 'fairly discernible' in the detail of the legislative scheme") (quoting *Block v. Community Nutrition Institute*, 467 U.S. 340, 349, [1984] 351 וראו גם 2131, 2140-2141 S.Ct. *Cuozzo Speed Technologies, LLC v. Lee*, 136 S.Ct. 2131, 2140-2141 (2018). לדין מפורט ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 16, בפרק 7, ס' 7.3, וה"ש 71-74 שם.

השורה התחתונה של ההתפתחות הזו היא שכל ניסיון של הכנסת להגביל או להסדיר את דרכי הביקורת השיפוטית המינהלית – מעורר בהכרח שאלה חוקתית, כלומר, חייב להיעשות אגב הפעלת סמכותה המכוננת של הכנסת לתיקון חוקי היסוד. ומכאן נובעת גם באופן בלתי נמנע המסקנה שהעילות והסדרים המופעלים כיום בביקורת השיפוטית המינהלית – ובראשם עילת הסבירות – נהנים למעשה ממעמד חוקתי, משום שכל ניסיון של הכנסת להגביל או לצמצם אותם בחקיקה רגילה ייחשב על ידי בית המשפט לפגיעה בסמכות השיפוט של בג"ץ, המעוגנת בחוק יסוד: השפיטה.

קו התפתחות שני שגם הוא מאופיין בכך שהוא מבוסס במידה חלקית לפחות על קונבנציות שנוצרו בשיח המשפטי והציבורי יותר מאשר על יסודות משפטיים דוקטרינריים ברורים נוגע למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה.¹¹⁹ כפי שהראיתי לעיל השינוי 'הטקטוני' לעניין זה נעשה כבר בשנות השמונים משום שכבר בסוף שנות השמונים קבע בג"ץ כי היועמ"ש הוא עצמאי כלפי הממשלה כשהוא מפעיל את סמכויותיו כראש התביעה הפלילית ואת כפיפותו לביקורת שיפוטית.¹²⁰ אולם, במהלך שנות התשעים, בעניין אמיתי קבע בג"ץ לראשונה כי עמדותיו הפרשניות של היועמ"ש "משקפת" את עמדת הממשלה וכי היועמ"ש רשאי להציג בפני בית המשפט את עמדתו שלו גם אם עמדת הממשלה (או עמדת רשות מוסמכת כלשהי שאותה הוא מייצג) היא בפועל שונה.¹²¹ הקביעות הללו בעניין אמיתי לא נסמכו על הוראה סטטוטורית כלשהי והיו בגדר אמרת אגב מובהקת.¹²² אולם פסיקה מאוחרת יותר חזרה והדגישה את האופי 'המחייב' של חוות הדעת של היועץ המשפטי, כלומר, את העובדה שרשויות הממשלה חייבות לפעול על פיהן (כל עוד ערכאה משפטית לא פסקה אחרת), ואת הסמכות של היועמ"ש שלא לייצג את הממשלה בבג"ץ (ואף למנוע מהממשלה ייצוג נפרד, כאשר היועמ"ש מחליט להציג בבג"ץ עמדה שונה מזו של הממשלה או השרים הנוגעים בדבר).¹²³ הקביעות הללו של בית המשפט מעוררות שאלות נכבדות הן במישור

¹¹⁹ יצוין כי ההתפתחויות במישור הזה אינן קשורות מבחינה אנליטית למהפכה החוקתית. כפי שהראיתי לעיל השינוי הטקטוני לגבי מעמד היועמ"ש ויחסו לממשלה הוא תוצאה של פסיקה מסוף שנות השמונים (ראו חלק א לעיל טקסט ליד ה"ש 51). אולם, מבחינה כרונולוגית עיקר ההתפתחויות הללו אירעו בתקופה שבין המחצית השנייה של שנות התשעים לבין העשור הראשון של שנות האלפיים.

¹²⁰ עניין גנור, לעיל ה"ש 46; עניין צופאן, לעיל ה"ש 46.

¹²¹ עניין אמיתי, לעיל ה"ש 50; וראו גם בג"ץ 73/85 סיעת כן נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד (3) 141, 152 (1985) (שם מופיעה קביעה כזו בצורה אגבית כשבג"ץ דן בסמכויות יושב ראש הכנסת).

¹²² השופט ברק מציין כי הדיון בסוגיה הוא "אך בשולי הדברים" (עניין אמיתי, לעיל ה"ש 50). לא למותר לציין כי קביעה זו של השופט ברק נסמכה על דו"ח ועדת המשפטים לבידיקת סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962) (ועדת אגרנט) אלא שהעמדה המובעת בדו"ח הועדה לעניין זה היא הפוכה (ראו דו"ח ועדת אגרנט, בעמ' 448–489: "תשובתנו לשאלה הנ"ל [קרי לשאלת המעמד המחייב של עמדת היועמ"ש] היא: אם כי אין כל הוראה מפורשת בחוק בעניין הנדון, הרי מחייב הסדר הטוב במדינה כי בדרך כלל תתייחס הממשלה לחוות הדעת המשפטית של [היועץ המשפטי] כאל חוות דעת המשקפת את החוק הקיים. עם זאת רשאית הממשלה, תוך צאתה מן ההנחה האמורה, להחליט כיצד עליה לפעול במקרה המסוים לפי שיקול דעתה שלה...") [ההדגשות שלי, י.ד.]. וראו גם איתן לבונטין, ייצוג המדינה בבית המשפט 69–71 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית 2009).

¹²³ ראו למשל בג"ץ 3495/06 הרב הראשי לישראל, הרב מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (נבו 30.7.2007); בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פס' 34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (נבו 12.10.2008) בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ'

החוקתי של מערכת היחסים שבין הממשלה הנבחרת ליועמ"ש, והן במישור שלטון החוק, משום שעמדה זו מאפשרת ליועמ"ש להותיר את הממשלה או כל רשות שלטונית אחרת ללא ייצוג של עמדתם בבית המשפט. השאלות הללו מחריפות עוד יותר לאור הבסיס הסטטוטורי הרעוע של אותן קביעות. אולם, למרות שהדוקטרינה הזו ביחס לסמכויות הייעוץ והייצוג של היועמ"ש פותחה על ידי בית המשפט, רובה ככולה, באמרות אגב שלא היה להן בסיס סטטוטורי ברור, ולמרות שהקביעות הללו זכו לביקורת מסויימת בספרות המשפטית,¹²⁴ הרי ניתן לומר שהמעמד של סמכויות היועמ"ש במישור הייעוץ והייצוג התגבש כחלק אינהרנטי ומרכזי של שיטת המשפט הציבורי בישראל. זאת משום שבפרקטיקות הביורוקרטיות הפנימיות של הממשלה, כמו גם בשיח הציבורי הכללי, עמדות היועמ"ש נתפסות כהוראות שעל פיהן יישק דבר, וככל שהממשלה מבקשת לערער על עמדות אלה, הרי בפועל היא נדרשת לעשות זאת בפני בית המשפט עצמו. כלומר, בהתאם לקווים שהותוו על ידי הדוקטרינה עצמה.¹²⁵

בדומה לתהליך החוקתיזציה שעברו עקרונות המשפט המנהלי, כפי שנטען לעיל, כך מעמד היועמ"ש עבר תהליך חוקתיזציה משלים. כפי שנאמר, עקרונות המשפט המנהלי הפכו מהוראות סטטוטוריות שעל בית המשפט להוציא אל הפועל, לעקרונות העוסקים בסמכויות בג"ץ עצמו – וכך למעשה לחלק ממערך הפרדת הרשויות במדינה – ולכן קיבלו תוקף ומעמד חוקתי.¹²⁶ התהליך שעבר מוסד היועמ"ש והפיכתו למעין ערכאת ביקורת מקדמית של בית המשפט בתוך הרשות המבצעת ולישומר סף' על פעולותיה,¹²⁷ הקנו גם לר מקום בתוך מערך האיזונים והבלמים של המדינה, וכפועל יוצא מכך – מעמד שהוא – למצער – דה-פקטו – חוקתי. לא למותר לציין, שאחד מתפקידיה המרכזיים של היועמ"ש כיום הוא האחריות לעמידה של הרשות המבצעת בכללי המשפט המנהלי והסמכות למנוע פעולות שבעיניה מעוררות קושי. הפיכת חוות דעתו של היועמ"שית בהקשר זה למחייבת, יחד עם החוקתיזציה של עקרונות המשפט המנהלי מעניקות גם ליועמ"שית מעמד חוקתי לפחות במונח זה שכל

מועצת מקרעי ישראל, פס' 48 לפסק דינה של השופטת ברוך (נבו) 14.11.2016). עמדה זו הוחלה על הנחיות היועמ"ש, כשבג"ץ קבע כי ההנחיות מחייבות את כל רשויות הממשלה ראו ע"א 3350/04 **מנכל משרד הפנים נ' שנין**, פס' 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (2007).

¹²⁴ ראו למשל לבונטין **ייצוג המדינה בבית המשפט**, לעיל ה"ש **שגיא** **והסימניה אינה מוגדרת**. בעמ' 69–71; וכן איתן לבונטין ורות גביון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" **ספר שמגר** חלק א: מאמרים 221 (2003).

¹²⁵ למשל "מדריך החקיקה", לעיל ה"ש 50; וכן דינה זילבר "המון דברים יפים ראו עניי": מחלקת הבג"צים כאתר של חינוך משפטי" **מעשי משפט** ט(1) 157 (2017); יהודה יפרח "המדריך למהפכן הציבורי על פי דינה זילבר" **מקור ראשון** 27.6.2018 <https://www.makorrishon.co.il/opinion/58183>; תהליך זה גרם גם לתופעה של בקשת ייצוג עצמאי של הממשלה בערכאות: ראו למשל עניין **אמיתי**, לעיל ה"ש 50; וכן אבישי גרינצייג "בג"ץ דחה את בקשת השר אמיר אוחנה לייצוג עצמאי ולא של היועמ"ש" **גלובס** 18.10.2020 <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001346135>; וכן בעתירה שהוגשה בגין צמצום עילת הסבירות, חן מענית "בהרבמיארה אישרה לממשלה לייצוג פרטי בעתירות נגד החוק לביטול עילת הסבירות 'נוכח פערי העמדות'" **הארץ** 16.8.2023 <https://www.haaretz.co.il/news/law/2023-08-16/ty-article/premium/00000189-fdd1-db58-asad-fddd36c70000>. וראו הדיון להלן טקסט אחרי

הערה 165.

¹²⁶ ראו הדיון בפרק הנוכחי טקסט ליד ה"ש 117 לעיל.

¹²⁷ ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 51.

ניסיון של הכנסת לפגוע – ולו באמצעות חקיקת יסוד – במעמדה של או בהיקף סמכויותיה צפוי להיתקל בהתנגדות של בג"ץ שתהיה מבוססת על אדנים דומים לאלו שהובילו לפסילת התיקון לחוק היסוד בבג"ץ הסבירות.¹²⁸

לא למותר לציין כי העובדה שדוקטרינת הסבירות (וגם דוקטרינות מינהליות אחרות לרבות אלו הנוגעות למעמד היועמ"ש) זכו – כתוצאה מהמהלכים האמורים – גם אם בעקיפין – למעמד חוקתי – נותרה במידה רבה מוצנעת. היינו, זוהי אמנם תוצאה הכרחית של ההתפתחויות שתוארו לעיל, אבל, מסיבה זו או אחרת, השרשרת הסיבתית הזו לא זכתה להתייחסות מפורשת בפסיקה, וגם בכתיבה האקדמית היא זכתה להתייחסויות מעטות שלא הבליטו אותה במיוחד.¹²⁹ ייתכן שהסיבה לכך היא שגם מי שתמכו במהלכים הללו חשו שהיסודות הדוקטרינריים שלהם אינם חזקים במיוחד, ולכן עדיף להימנע מדיון ישיר ונוקב בסוגיה, כל זמן שהכנסת מצידה לא עשתה ניסיונות ישירים להתערבות בהיקף הביקורת השיפוטית המינהלית.¹³⁰ בד בבד כן הופיעו בשיח המשפטי, במיוחד בכתיבה האקדמית, ביטויים לכך שעקרונות המשפט המינהלי, ובראשם עיקרון הסבירות, נהנים ממעמד על-חוקי (אם גם לא חוקתי ממש), אם כי גם ביטויים כאלה לא הושמעו בריש גלי, ולא הפכו לחלק מהדוקטרינה הפורמלית, המוצהרת, של בית המשפט.¹³¹

ד. העשור האחרון

הצבעתי לעיל על העובדה כי המהפכה החוקתית העניקה, מחד גיסא, לבית המשפט סמכות חוקתית לבקר חקיקה ראשית של הכנסת, אך מאידך גיסא היא גם הכירה בסמכות המכוננת

¹²⁸ לא למותר לציין בהקשר זה כי בנימוקים שהובילו את דעת הרוב בבג"ץ הסבירות לפסול את התיקון לחוק היסוד ניתן מעמד מרכזי לעובדה שקבלת התיקון תפגע, בין היתר, גם בסמכויות היועמ"שית כשומרת סף ועל יכולתה לפקח על חוקיות פעולות השלטון בכלל ועל טוהר המידות בנוגע למינויים ממשלתיים, ראו בג"ץ **הסבירות**, פס' 85-94 לפסק דינו של השופט עמית; פס' 39-40 לפסק דינה של השופטת רונן; פס' 28 לפסק דינה של השופטת ברוך ופס' 40, 43 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

¹²⁹ ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** 419, ס' 2.103, שם המחבר טוען כי יש להחיל למעשה את עילת הסבירות המנהלית גם על דברי חקיקה. וראו גם דברי השופט סולברג ב בג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו 12.9.2017): "גישתו של פרופ' מדינה מבקשת, הלכה למעשה, להחיל את עילת הסבירות על החקיקה הראשית של הכנסת, בתואנה כי חקיקה בלתי סבירה פוגעת בכבוד האדם"; להרחבה בעניין זה ראו יואב דותן "האם הכנסת כפופה לדרישה חוקתית לענייניות?" **משפטים על אתר** יב, 28 (התשע"ח).

¹³⁰ מאלפת היא העובדה ששני הספרים העיקריים בתחום המשפט המינהלי – זה של יצחק זמיר וזה של דפנה ברק-ארוז אינם כוללים דיון מובחן ומקיף בסוגיית המחסומים הסטטוטוריים. ראו למשל יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** 3285 (2017), שדן בעניין **המוסד לביטוח לאומי** (לעיל, ה"ש 82) במסגרת הדיון הכללי בביקורת שיפוטית תוך ציטוט מפסק הדין שמדגיש את החיוניות של מוסד הביקורת השיפוטית לקיום הדמוקרטיה; והשוו לדותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 16, בפרק 7. מובן שמצב הדברים השתנה בשנת 2023 עם הצגת הרפורמה המשפטית שתקפה ישירות את המעמד של עילת הסבירות על ידי שימוש בסמכות המכוננת של הכנסת ואף חוקקה את החוק לצמצום עילת הסבירות, ראו להלן בפרק ה.

¹³¹ ראו למשל, אהרן ברק, **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** 227–228 (דיון בסבירות כעיקרון של פרשנות חוקתית); וכן, ה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת**. לעיל. מובן שהמצב בתחום זה השתנה אחרי הצגת הרפורמה המשפטית. וראו הדיון להלן טקסט אחרי הערה 165. לטיעון לפיו "הלכת הסבירות היא 'משטר משפטי' עמוק ומבוסס שהתבסס בישראל לאורך מעל ארבעה עשורים" ראו נדיב מרדכי "איך צריך להבין את בג"ץ הסבירות: חמישה סיפורים סוציו-פוליטיים" **ICON-S-IL Blog** (15.4.202).

של הכנסת לעצב את התכנים של הטקסט החוקתי (לכאורה לפחות) ללא כל מגבלה. בשני העשורים הראשונים שלאחר המהפכה החוקתית היה נדמה כי המהלך החוקתי של בית המשפט 'הצליח' במובן זה, שבית המשפט הרחיב מאוד את היקף הביקורת החוקתית (כמתואר לעיל) – אך התגובה של הרשויות הפוליטיות למהלכים הללו היתה מוגבלת ולטנטית. כלומר, הכנסת (והממשלה) נמנעו מלעשות שימוש בסמכות המכוננת של הכנסת על מנת לעצור, או להסיג לאחור, את המהלכים שיוזם בית המשפט להרחבת היקף הפיקוח החוקתי שלו עליהן.¹³²

אולם, בעשור האחרון החל מצב הדברים להשתנות. הביקורת במערכת הפוליטית על האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט נעשתה גלויה ובוטה יותר, וכך גם הקריאות לנקיטת צעדים להגבלת סמכויותיו של בית המשפט.¹³³ בד בבד, הלכו ורבו בכנסת הניסיונות לעשות שימוש בסמכות המכוננת של הכנסת על מנת לשנות את מאזן הכוחות בין הרשות השופטת לרשויות הפוליטיות. חלק מהניסיונות כונו להגבלת היקף סמכויות בית המשפט, כאשר הבולטים שבהם היו הניסיונות החוזרים ונשנים לחוקק פסקת התגברות שתאפשר לכנסת להפוך על פיהן החלטות של בית המשפט לפסילת חקיקה.¹³⁴ חלק אחר מהם כונו לשינוי התכנים של הטקסט החוקתי. היוזמה החשובה ביותר (והמצליחה יחסית) במישור הזה היא חקיקתו של חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (חוק הלאום). המטרה המוצהרת של יוזמי הצעת החוק הייתה להתגבר על פסיקה של בית המשפט העליון (במיוחד פסיקה שנגעה לתחום השוויון של אזרחי המדינה הערבים),¹³⁵ ומהצעה הושמטה במכון ההתייחסות לעיקרון השוויון שנכללה בנוסח הצעת החוק המקורית.¹³⁶ אמנם, בסופו של דבר, הנוסח הסופי של הצעת החוק שהובא לאישור הכנסת היה מרוכך יותר, בעיקר כתוצאה

¹³² העדר התגובה של הכנסת לדוקטרינה השיפוטית גרם לחלק מהכותבים לטעון כי בעקבות המהפכה החוקתית נוצר סטטוס קוו חוקתי, כזה שאיננו מאפשר לכנסת כיום להחזיר את הגלגל לאחור, ראו אורי אהרונוסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** לו 509, 511 (2016). אין פירוש הדבר שהרשויות הפוליטיות היו בהכרח שבעות רצון מהמהלכים שיוזם בית המשפט. לא פעם המהלכים הללו זכו לביקורת נמרצת מצד חוגים פוליטיים, ראו שם, בעמ' 523–524, ובעיקר ה"ש 48. לסקירת מקרים ספציפיים והצעות חוק שביקשו להתגבר על פסיקת בית המשפט ראו שם, בעמ' 525–526. אהרונוסון מציין שלא רק שהצעות אלו לא זכו להצלחה ממשית, אלא שלא פעם הכנסת (ביוזמת משרד המשפטים) תיקנה חקיקה קיימת כדי ליישם פסיקה של בית המשפט למרות שלא הייתה חייבת לעשות כן, ראו שם, בעמ' 526–527 ואסמכתאות שם.

¹³³ ראו למשל מורן אזולאי "הכנסת נגד העליון: שורת חוקים לצמצום כוחו" **ynet** 20.10.2013 <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4442703,00.html>; מורן אזולאי "הצעת החוק שנועדה להגביל את ארגוני השמאל" **ynet** 12.5.2017 <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4961099,00.html>; טובה צימוקי ומורן אזולאי "שקד ובנט מקדמים חוק יסוד נגד פסילת החוקים בבג"ץ" **ynet** 15.9.2017 <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5016821,00.html>; "יריב לוי, סדין אדום" **הארץ** 29.4.2019 <https://www.haaretz.co.il/opinions/editorial-articles/2019-04-29/ty-article-opinion/premium/0000017f-e65a-d97e-a37f-f77f99d60000>.

¹³⁴ ראו לעיל ה"ש 108.

¹³⁵ הפסיקה המרכזית בעניין היא בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, נד (1) 258 (2000); עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 89; עוד ראו פורת "פוליטיקה חוקתית", לעיל ה"ש 79, בעמ' 245, ובעיקר ה"ש 110–111.

¹³⁶ שם, בה"ש 108,

מהלחץ של נציגי היועץ המשפטי לממשלה.¹³⁷ אולם, אין ספק כי הוראות חוק יסוד זה והרוח הכללית העולה ממנו, והמכוונת להדגיש את האופי היהודי של המדינה (ואת העליונות של הסדרים הנוגעים ללאום היהודי בתחום ההגדרה העצמית, העלייה וההתיישבות) מצויים במתח ניכר ביחס להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (למצער כפי שפורשו על ידי בית המשפט העליון). ואכן, בית המשפט נדרש למאמץ פרשני ניכר כדי לפרש את חוק הלאום באופן שמתיישב עם הוראות חוק-יסוד כבוד האדם.¹³⁸

ההתפתחויות הללו בכנסת ובמערכת הפוליטית לא נעלמו כמובן מבית המשפט והלחץ שהפעילו הרשויות הפוליטיות על היסודות (הרעועים מלכתחילה) של תיאורית הסמכות המכוננת חייבה אותו להתחיל ולשקול את תגובתו לאפשרות שהכנסת תעשה שימוש בסמכויות הכינון שלה לפגיעה ישירה (ואולי אף לחיסול) התוצרים של המהפכה החוקתית. אם בשני העשורים שלאחר המהפכה החוקתית התמקד בית המשפט בעיקר בפיתוח והרחבה של הביקורת החוקתית על בסיס תיאורית הסמכות המכוננת (קרי, הרחבה של הביקורת על פי חוקי הזכויות), הרי בעשור האחרון, הוא נאלץ להתמקד בניסיונות להגן על התוצרים הללו, תוך פיתוח חלופה לתיאורית הסמכות המכוננת, ומתוך מודעות לכך שהתיאוריה הזו עלולה לקרוס כליל אל מול שימוש בוטה של הכנסת בסמכותה המכוננת. לפיכך, ההתפתחויות המרכזיות במשפט החוקתי לאורך העשור הזה לא נעשו במישור של הרחבת הביקורת החוקתית על בסיס חוקי היסוד, אלא במישור של ניסיונות לפתח תיאוריות חילופיות שיוכלו להצדיק התערבות שיפוטית להגבלת כוחה המכונן של הכנסת.

דוקטרינה אחת שאומצה בפסיקת בג"ץ היא דוקטרינת 'השימוש לרעה' בסמכות המכוננת. דוקטרינה זו התמקדה בהיבטים ההליכיים של חקיקת חוקי יסוד. אחת החולשות הבולטות בתיאוריה שאימצ בית המשפט בעניין **בנק המזרחי** הייתה שהכנסת, בשעה שהיא מחוקקת חוקי יסוד, לא נדרשה לשום דרישות הליכיות מיוחדות. על פי הגישה שאומצה, די בכך שהכנסת מכתירה חוק מסוים בכותרת 'חוק יסוד' על מנת להקנות לו מעמד חוקתי.¹³⁹ הקלות שבה גישה זו אפשרה לכנסת לקבל חוקי יסוד, ובכך לשנות את תכני 'החוקה' הועמדה למבחן כאשר נדונה חוקיותה של הפרקטיקה של חקיקת חוקי תקציב דו-שנתיים, שהתבססה על תיקון שהוכנס בחוק יסוד: משק המדינה, בצורה של 'הוראת שעה'. בפעם הראשונה שהעניין הובא לפני בית המשפט, בפרשת **בר-און**¹⁴⁰ בית המשפט הסתפק בהצבעה על הבעייתיות שבפרקטיקה הזו ועל הזילות הכרוכה בפרקטיקה הזו של ביצוע תיקונים חוקתיים

137 שם, בעמ' 253–254, וה"ש 108–109.

138 ראו בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל** (2021) (להלן: **עניין חסון**); בד בבד, בעשור האחרון גברה המודעות של המערכת הפוליטית ושל הציבור בכלל להשפעה הניכרת שיש למוסד היועמ"ש ולמערכת המשפטית הממשלתית בכללה על עיצוב המדיניות הציבורית. לפיכך, גברו מאוד הקריאות להגבלת כוחה של המערכת המשפטית הממשלתית באמצעות פיצול מוסד היועמ"ש ובאמצעים אחרים. ראו למשל תזכיר חוק היועץ המשפטי לממשלה והתובע הכללי (הפרדת סמכויות, מינוי כהונה והוראות שונות), התשס"ח-2008; ליאון שלף "הפרדת סמכויות - היועץ המשפטי לממשלה כתובע וכפוליטיקאי" **קריית המשפט** ב 53 (התשס"ב); פרידמן "יועץ שהוא מחוקק, שופט ותובע", לעיל ה"ש 52; דניאל פרידמן **הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה** (2013) (להלן: **הארנק והחרב**).

139 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 55–58 לפסק דינו של הנשיא ברק; וכן ראו ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", לעיל ה"ש 85, בעמ' 19–20.

140 בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, סד (3) 275 (2011).

באמצעות הוראות שעה.¹⁴¹ ואולם, כשחזרה הכנסת והמשיכה להשתמש באותה פרקטיקה, התערב בית המשפט בפרשת **המרכז האקדמי**¹⁴² וקבע כי היא מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת.¹⁴³

דוקטרינת 'השימוש לרעה' נועדה להגביל את הכנסת במישור הדיוני, ובמקרים שבהם נעשה שימוש 'קל מדי' בסמכות המכוננת. הדוקטרינה הזו לא יכולה להועיל במקרים שבהם הכנסת תעשה שימוש מודע ומתוכנן, באופן מסודר ובכוונת מכוון, על מנת לסתור, באמצעות כוחה המכונן, את היסודות הערכיים של המהפכה החוקתית. לפיכך, כבר בתחילת העשור הקודם בית המשפט התחיל להרהר בקול רם, באפשרות לאמץ דוקטרינות אחרות, מרחיקות לכת יותר, שיוכלו להגביל את כוחה המכונן של הכנסת. בין היתר, בית המשפט החל לרונן במפורש באפשרויות, שעד לאותו שלב היו בעיקר נחלתם של תיאורטיקנים חוקתיים,¹⁴⁴ כגון התיאוריה בדבר האפשרות להתערבות שיפוטית ב'תיקון חוקתי בלתי חוקתי',¹⁴⁵ באפשרות להגבלת כוחה המכונן של הכנסת על בסיס 'עקרונות היסוד של השיטה המשפטית',¹⁴⁶ או

¹⁴¹ שם, בפס' 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; וכן שם, בפס' א-ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

¹⁴² בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל** (נבו 6.9.2017). וראו גם בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** פס' 42 ו-67 לפסק דינה של הנשיאה חיות (23.5.21) (שם נקבע מבחן משולב של דרישות על פיהן בית המשפט יכול לקבוע האם הנורמה הנדונה "...מתאימה להיכלל במסגרת חקיקת היסוד...") וכן שלגבי נורמות שאינן עומדות בדרישות הללו יבחן בית המשפט האם קיים 'צידוק' להכללתן במסגרת חקיקת היסוד, שם בפסק 43-45. ראו גם ברק מדינה, "החוקתיות של התיקון בעניין הנבצרות" **בלוג אייקון** (25.10.23).

¹⁴³ שם, בפס' לב-לד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. עם זאת הסעד שבית המשפט העניק לעותרים היה סעד של בטלות פרוספקטיבית, כלומר, קביעה ששימוש נוסף בפרקטיקה הזו מצד הכנסת יוביל לפסילתה באופן מיידי, ראו שם, בפס' לד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. למרות שתיאורית השימוש לרעה בסמכות המכוננת מכוננת לכאורה רק למישור הדיוני של השימוש בסמכות המכוננת, כלומר לשימוש בסמכות המכוננת לגבי נושאים או מצבים שאינם מתאימים להיות מוסדרים בחוקה, הרי בספרות המשפטית כבר נשמעים קולות שמציעים להרחיב אותה גם למצבים נוספים, לרבות למצבים שבהם השימוש בסמכות המכוננת נעשה לפתרון של סכסוכים פוליטיים או ממניעים פוליטיים, ראו מדינה, שם.

¹⁴⁴ ראו Yaniv Roznai, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS 143-144 (2016); Yaniv Roznai and Serkan Yolcu, *An unconstitutional amendment – the Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision*, 10(1) INT.J.CONST.L 175 (2012); David Landau, *Abusive Constitutionalism*, 47 UCDL REV. 189 (2013); אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **ספר גבריאל בן** 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011).

¹⁴⁵ ראו עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 140, בפס' 31-33 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. בעניין **חסון**, לעיל ה"ש 138, דחה בית המשפט את האפשרות להזיק דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי לאור העובדה שהדוקטרינה מבוססת על ההבחנה בין כינון חוקה לבין תיקונה של חוקה קיימת, ולאור העובדה שבישראל הליך כינון החוקה עדיין לא הושלם. ראו שם, בפס' 14 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁴⁶ ראו עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 140, בפס' 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "אכן, אף אני סבורה כי קיימים עקרונות יסוד, העומדים בבסיס קיומנו כחברה ומדינה, אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה – ומוטב אם לא יתרחש לעולם – יידרש בית המשפט להכריע האם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה – כמדינה יהודית ודמוקרטית. המקרה שלפנינו אינו מקרה כזה." כאן המקום לציין כי לקביעה בדבר מהותה הבסיסית של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית כמשליכה על קיומם של עקרונות על חוקתיים שיוכלים לגבור, עקרונות, על כל נורמה הסותרת אותם (כולל, לכאורה גם נורמה המעוגנת בחוקי יסוד) יש עיגון לפחות בפסק דין מוקדם אחד, הלוא הוא הלכת **ירדור** הידועה (ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית,

מכוח שימור 'המבנה הבסיסי' של החוקה הקיימת.¹⁴⁷ הרעיונות הללו הובעו, בתחילה, כרעיונות תיאורטיים באמרות אגב, תוך שבית המשפט מדגיש את תקוותו כי הצורך ביישום של רעיונות כאלה בצורת דוקטרינות נורמטיביות מחייבות לא יגיע לעולם.¹⁴⁸ אולם ככל שחלפו השנים, וככל שהאיומים מצד המערכת הפוליטית על המסגרת החוקתית נעשו ברורים ובוטים יותר, כך החריף גם הטון של בית המשפט והנכונות שלו ליישם דוקטרינה על-חוקתית כזו נעשתה מפורשת יותר.¹⁴⁹ ובסופו של דבר, בתחילת העשור הנוכחי, בפרשת **חסון**, החליט בית המשפט להפוך את התיאוריה להלכה מחייבת, וקבע מפורשות הלכה לפיה סמכותה המכוננת של הכנסת מוגבלת למסגרת המתחייבת מהיותה של ישראל מדינה יהודית דמוקרטית.¹⁵⁰

התיאוריות והטיעונים האקדמיים שעליהם ניתן לבסס את הטענה לגבי הגבלת כוחה החוקתי של הכנסת הם שונים ומגוונים, אבל מה שמשותף לכולם הוא שהם מצויים במתח ניכר – שלא לומר בסתירה רעיונית ישירה – לתיאוריית הסמכות המכוננת שעליה ביסס בית המשפט את המהפכה החוקתית במשך יותר משני עשורים.¹⁵¹ קשה מאוד לפאר ולרומם את 'סמכותה החוקתית' של הכנסת, ואת מעמדה של 'החוקה' שהיא העניקה לציבור בישראל – ובאותה נשימה לקבוע כי חוקה זו היא מוגבלת וכפופה, ל'עקרונות על' שאין להם ביסוס בטקסט החוקתי עצמו – ושאינם נזקקים לביסוס כזה כלל, משום שהם עומדים במעלה נורמטיבית גבוהה יותר מאותו טקסט חוקתי. במלים אחרות, מי שמחזיק בתיאוריה של העקרונות העל-חוקתיים כעקרונות היסוד של השיטה המשפטית שלנו, איננו יכול לייחס חשיבות רבה מדי לסמכותה המכוננת של הכנסת, ולחוקי היסוד שהם התוצר של הפעלת הסמכות הזו. למעשה, מי שמחזיקים בתיאוריה כזו שלפיה הכנסת מוגבלת, מעצם היותה של ישראל מדינה יהודית דמוקרטית, לשורה של עקרונות יסוד על-חוקתיים, אינם נזקקים כלל לעקרונות החוקתיים המעוגנים בחוקי היסוד, שממילא, כמו חקיקה רגילה, כפופים לאותם עקרונות על-חוקתיים.¹⁵² ומכאן, שקבלת גישת 'עקרונות העל' בעניין **חסון** הופכת, הלכה

פ"ד יט (3) 365, 189–390 (1965); וראו גם הדיון בעניין **לאור**, לעיל; וכן הדיון בעניין **חסון**, לעיל ה"ש 138, בפס' 21 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁴⁷ ראו למשל בג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת**, פס' 23 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 27.5.2018).
¹⁴⁸ למשל ראו עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 140, בפס' 34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; וכן עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 142, בפס' לד-לה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

¹⁴⁹ ראו למשל שם, בפס' לה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין; שם, בפס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן; ושם, בפס' 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

¹⁵⁰ עניין **חסון**, לעיל ה"ש 138, בפס' 27 לפסק דינה של הנשיאה חיות. אם כי גם שם, בית המשפט נמנע, בסופו של דבר מפסילתו של חוק הלאום כשקבע שניתן ליישב, בדרך פרשנית, בין קביעות החוק לבין המסגרת העל-חוקתית של מדינה יהודית דמוקרטית ("פרשנות מקיימת").

¹⁵¹ ואכן, הטעמים המובאים על ידי הנשיאה חיות בעניין **חסון** לאימוץ התיאוריה העל-חוקתית מדגישים במפורש את החולשות של תיאוריית הסמכות המכוננת, ראו שם, בפס' 34 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁵² כפי שאכן מציין בצדק השופט מינץ (בדעת המיעוט שלו) בבג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת** (פס' 26, 29) (2023). חלק מהניסיונות להציג תיאוריה חוקתית חדשה טוענים כי לאור ההתפתחויות האחרונות יש לנו כעת "חוקה של שלוש דרגות", קרי, חקיקה, חוקי יסוד, ומעליהם 'עקרונות על-חוקתיים', ראו למשל אהרן ברק, "הסמכות המכוננת הראשונית וההגבלות המוטלות עליה" **משפט ועסקים** כח 123, 144-146 (תשפ"ג) (סמכותה המכוננת של הכנסת כפופה ל'עקרונות העל' הבאים לידי ביטוי בהכרות העצמאות); 'שרון וינטל "ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד כמהלך הכרחי ובלתי הפיך בישראל כדמוקרטיה של שלושה מסלולים"

למעשה, על פניה את ההכרעה החוקתית שאומצה על ידי דעת הרוב בפרשת **בנק המזרחי** משום שהיא נוטשת את הגישה הדואליסטית של שני הכובעים לטובת תיאורית עקרונית היסוד שהיא, במהותה, תיאוריה מוניסטית.¹⁵³ אמנם נראה שבית המשפט איננו בשל להתנער כליל מתיאוריית שני הכובעים (ולו משום שהדבר עשוי לגרור תהיות רציניות לגבי העקביות התיאורטית של ההלכה הפסוקה), אולם ברור שהתיאוריה הזו הולכת ונדחקת לקרן זווית כתיאוריה שולית שעצם הדיון בה מביא, מבחינת בית המשפט, יותר נזק מתועלת.

ה. המהפכה המשפטית של 2023

ימים ספורים לאחר השבעתה של הממשלה ה-37 שהוקמה בעקבות הבחירות לכנסת ה-25 הכריז שר המשפטים על כוונת הממשלה לקדם חקיקת תכנית שכונה "הפרומה המשפטית".¹⁵⁴ התכנית כללה ארבעה רכיבים עיקריים: **הראשון**, שינוי רדיקלי של שיטת בחירת השופטים בכל הערכאות ושל נשיא בית המשפט העליון באופן שיעניק לקואליציה המכהנת שליטה בוועדה למינוי שופטים;¹⁵⁵ הרכיב **השני** כלל הגבלה ניכרת של הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית וזאת הן באמצעות שלילה מוחלטת של סמכות בית המשפט לבקר את תוקפם של חוקי יסוד, הן באמצעות דרישת רוב מיוחד (לפי הגרסה האחרונה של

הכנס השנתי השמיני של ICON-S ישראל <https://www.youtube.com/watch?v=VIQRAPfGkLs>. הלכה למעשה הטיעונים הללו הם חזרה לתיאוריה של דרגה אחת, שכן כל תיאוריה המציבה עקרונות על בלתי-כתובים כרובד העליון של המערך

החוקתי היא תיאוריה של דרגה אחת.

¹⁵³ ואכן, שלא במפתיע, בעניין **חסון**, לעיל ה"ש 138, בית המשפט מקים לתחייה את תיאוריית עקרונות היסוד הבלתי כתובים והעל-חוקתיים שבדעת **המיעוט** של השופט חשין בפרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 99 לפסק דינו. ראו עניין **חסון**, לעיל ה"ש 138, בפס' 26 לפסק דינה של הנשיאה חיות; שם, בפס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל; וכן שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט סולברג (המדגיש במפורש את המתח שבין תפיסת 'הדמוקרטיה של דרגה אחת' בגישתו של חשין לבין גישת הסמכות המכוננת שאומצה בדעת הרוב בעניין **בנק המזרחי**). להבחנה בין מוניזם לדואליזם ראו טקסט אחרי הערה 4 לעיל ואסמכתאות שם. ההכרה בכך שאימוץ גישת עקרונות העל מהווה נטישה של תיאוריית שני הכובעים ניכרת היטב גם בפסקי הדין של השופטים בעניין **התנועה לאיכות השלטון**, ולא רק אצל שופטי המיעוט (ראו השופט מינץ, שם וכן השופט סולברג בפס' 66 לפסק דינו, שם) אלא גם אצל חלק משופטי הרוב, ראו למשל קביעות השופט כרוב בפס' 20, שם

¹⁵⁴ שר המשפטים מננע מלפרסם את התכנית כתזכיר חוק. במקום זאת הופצה על ידו טיוטה לא רשמית של התזכיר, שהוכנה ללא תיאום כלשהו עם אגף החקיקה במשרד המשפטים. ראו תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט) ותזכיר הצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון – הוועדה לבחירת שופטים) שהופצו ב-11.1.2023.

¹⁵⁵ לפי ההצעה, בוועדה יכהנו 11 חברים: 3 שרים, 2 חברי-כנסת מהקואליציה ו-1 מהאופוזיציה, 3 שופטי בית-המשפט העליון ו-2 נציגי ציבור שיבחר שר המשפטים. הסדר זה מעניק לממשלה שבעה קולות, בעוד שלפי ההצעה, הרוב הדרוש לבחירת שופט, לרבות לבחירת נשיא בית-המשפט העליון, אף אם אינו מכהן עדיין כשופט, הוא שישה קולות. במהלך הזמן, ובמסגרת המו"מ שנוהל בחסות נשיא המדינה עם נציגי האופוזיציה הוצעו הצעות אחרות על ידי נציגי הקואליציה, אך ככולן נשמר העיקרון של שימור הרוב של הקואליציה בהליך בחירת השופטים. ראו למשל אבישי גרינצייג "מתווה הנשיא: ללא רוב לקואליציה בוועדה לבחירת שופטים וללא פסקת התגברות" **גלובס** 15.3.2023 <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001441493>; אנה ברסקי "אי ההתקדמות בשיחות בית הנשיא – ההישג של הרצוג" **מעריב** 7.5.2023 <https://www.maariv.co.il/journalists/Article-1009762>

12 מתוך 15 השופטים בבית המשפט העליון) לפסילת חקיקה רגילה, והן באמצעות חקיקה של פסקת התגברות שתאפשר לכנסת ברוב של 61 ח"כים לבטל כל החלטה של בית המשפט בדבר בטלותה של חקיקה רגילה; הרכיב השלישי נגע לביטולה של עילת הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה; הרכיב האחרון כלל שינוי רדיקלי במעמדה של היועצת המשפטית לממשלה ושל היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה כך שהליך מינויים יעשה על ידי הגורם השלטוני הרלוונטי (הממשלה או השר), הגדרתם כמשרות אמון ושליטת התוקף המשפטי המחייב של חוות דעתם.¹⁵⁶

מתוך התכנית המוצעת כמו גם מהאופן שבה הוצגה בגלוי, בפומבי ותוך זמן קצר אחרי השבעת הממשלה בלשו כמה עובדות. ראשית, שבניגוד ליוזמות הפוליטיות ולהצעות שהוצעו במהלך השנים שהתייחסו להיבטים מסויימים של מערך הביקורת השיפוטית,¹⁵⁷ אדריכלי התכנית התכוונו לקעקע לחלוטין הן את תפיסת הביקורת השיפוטית כפי שפותחה והורחבה על ידי בית המשפט מאז תחילת שנות השמונים – בכללותה. שנית, שהממשלה ראתה בתכנית את הבריה התיכון של מדיניותה, ובהתאם הייתה מוכנה להשקיע תשומות פוליטיות ניכרות בישומה.¹⁵⁸ ולבסוף, שאדריכלי התכנית היו מודעים היטב לחשיבות של

¹⁵⁶ באותה נשימה הודיע שר המשפטים גם כי הרכיבים שהוצגו על ידו הם בבחינת "השלב הראשון" בתכנית הכללית להגבלת הביקורת השיפוטית וכי בשלבים הבאים יכללו רכיבים נוספים לרבות הגבלת זכות העמידה והשפיטות, <https://www.youtube.com/watch?v=RzLEgHeAwPU>. שלושת ההסדרים הראשונים נכללו בהצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק), ה"ח הכנסת 949, שהוגשה מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ב- 5.3.2023. ואושרה בקריאה ראשונה, בקולות חברי הקואליציה בלבד, ב-13.3.2023. ההסדר הרביעי נכלל בהצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות), ה"ח הכנסת 32; ובהצעת חוק בתי-המשפט (תיקון מס' 105) (הוראות לעניין הוועדה לבחירת שופטים), התשפ"ג- 2023, ה"ח הכנסת 34. שתי ההצעות הללו הוגשו אף הן מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. הן הונחו על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה ב-13.2.2023. ואושרו בקריאה ראשונה ב-20.2.2023 בקולות חברי הקואליציה בלבד; שתי הצעות החוק אושרו בוועדה והונחו לקריאה שנייה ושלישית ב-27.3.2023. נוסח ההצעות לקריאה שנייה ושלישית זמין כאן: https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls2_2113226.pdf; ההסדר היועצים המשפטיים נכלל בטיט הצעת חוק מטעם יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, שעד למועד כתיבת שורות אלה טרם הונחה על שולחן הכנסת: טיוטת הצעת חוק-יסוד הממשלה (סמכות הממשלה והשרים לקבוע את עמדתם המשפטית בפעולתם השוטפת ובפני ערכאות שיפוטיות). לעומת זאת, לאחרונה הכנסת תיקנה את חוק יסוד: השפיטה באופן שנועד לשלול את סמכות בתי המשפט, ובראשם בג"ץ, לבקר בעילת הסבירות את החלטות הממשלה והחלטות שרים, ראו חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 3 – ביטול עילת הסבירות) (מיום 24.7.2023). בבג"ץ הסבירות (ראו בג"ץ 5658/23 בג"ץ הסבירות, הערה 15 לעיל) בית המשפט הכריע כי התיקון אינו חוקתי וחורג מעקרונות הליבה של החוקה נוסח ישראל.

¹⁵⁷ למשל הצעתו של שר המשפטים יעקב נאמן שנדחתה, ראו פרידמן **הארנק והחרב**, לעיל ה"ש 138, בעמ' 211–212; וכן הצעתו של שר המשפטים דניאל פרידמן לצמצום הביקורת השיפוטית שנדחתה אף היא, ראו נועם שרביט "שר המשפטים, דניאל פרידמן, הורה לגבש הצעת חוק שתגביל את סמכויות בג"ץ בביטול חוקים" **גלובס** 26.2.2007. <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000186739>.

¹⁵⁸ מנגד נטען כי הרפורמה המשפטית כלל לא הוזכרה בקמפיין הבחירות וכי המצביעים לא ידעו שעל כך הם מצביעים. על הויכוח בדבר אזכור הרפורמה במהלך קמפיין הבחירות ראו ירון אברהם "בקואליציה טוענים שהמצביעים ידעו על הרפורמה המשפטית: כך נשמע נתניהו תוך כדי הבחירות" **N12** 15.1.2023; וכן <https://www.facebook.com/watch/?v=899580711484018>; עוד ראו שרשרת טוויטר העוסקת בשאלה זו <https://twitter.com/hkim14050017/status/164173876657753410>; באותו הקשר גם הועלתה הטענה כי ראש הממשלה בנימין נתניהו מקדם את התוכנית רק בשל מצבו המשפטי וכי הוא מצוי

ההיבטים המינהליים במערך הביקורת השיפוטית הנוכחית, שהרי שניים מתוך ארבעת הרכיבים המרכזיים של התכנית לא התייחסו כלל למישור של המשפט החוקתי, אלא נגעו ישירות במערך המינהלי של הביקורת השיפוטית: עילת הסבירות ומעמד הייעוץ המשפטי לממשלה. היינו, מי שהגו את התכנית לא השלו את עצמם ששינויים במערך הביקורת השיפוטית החוקתית עשויים כשלעצמם להבטיח את הצלחתה, אלא הם הבינו שההיבטים המינהליים של מערך הביקורת השיפוטית הם רכיבים קריטיים במערך הביקורת השיפוטית הנוכחי שיש להם מעמד מעין-חוקתי עצמאי, ולפיכך, אי אפשר להניח ששינויים במישור החוקתי לבדם יבטיחו את אפשרות השינוי של רכיבים אלו כפועל יוצא של השינויים במישור המשפט החוקתי, אלא, שיש צורך לקעקע את יסודות המשפט המינהלי כתנאי הכרחי להצלחה של המהלך החוקתי כולו.

כמעט למותר לציין כי מנקודת הראות של המערכת המשפטית, ובית המשפט בראשה, עצם הצגת התכנית הקיצונית והשאפתנית הזו יוצרת שורה של בעיות קרדינליות. הבעיות הללו הן בראש וראשונה בעיות מעשיות ופוליטיות, משום שהתכנית כוללת קיצוץ חד בסמכויות הרשות השופטת ומערך הייעוץ המשפטי גם יחד, ומאיימת באופן ישיר על הן על עצמאות בתי המשפט והן על עצמאות מערך הייעוץ המשפטי. אולם מעבר לכך, התכנית הזו גם יוצרת בעייה קשה למי שתומך בשיטת הקיימת של הביקורת השיפוטית משום שהיא מאתגרת את תפיסות היסוד של המשפט החוקתי והמינהלי כאחד. במישור המשפט החוקתי הפורמלי התכנית מבוססת כל כולה על הפעלת סמכותה המכוננת של הכנסת – כפי שהוכרה, פותחה והועלתה על נס על ידי בית המשפט עצמו במשך למעלה משני עשורים – קרי, תיזת שני הכובעים. כלומר, אדריכלי התכנית אינם צריכים לעשות שום מאמץ אינטלקטואלי מיוחד כדי להעניק לעצמם לגיטימציה להנהיג רפורמות חוקתיות. כל שהם צריכים לעשות הוא להסתמך על סמכותה המכוננת של הכנסת, כפי שהוכרה על ידי בית המשפט באינספור פסקי דין לאחר המהפכה החוקתית. במלים אחרות, השטר שנכתב על ידי בית המשפט בפרשת **בנק המזרחי** מוצג כעת בפני המערכת המשפטית במלואו – ולפירעון מידי. לפיכך, הבעיה בהקשר זה מונחת לפתחם של מתנגדי התכנית למצוא טיעונים ותימוכין שיכולים להצדיק שלילה או הגבלה של הסמכות הזו – באופן שאין לו לכאורה כל ביסוס בתיאורית שני הכובעים עצמה.¹⁵⁹

אלא, שהצגת התכנית באופן שבו הוצגה, מאתגרת את מתנגדי הרפורמה גם במישור המשפט המינהלי ובמיוחד באותו **תפר** שבין המשפט המינהלי לחוקתי. זאת משום שהתכנית תוקפת ישירות את הרכיבים המרכזיים של מערך הביקורת השיפוטית המינהלית ומחייבת את תומכי הגישה הקיימת להתמודד ישירות עם השאלה מהו המעמד החוקתי של יסודות הביקורת השיפוטית המבוססים על הפיתוח רב השנים של המשפט המינהלי. אם עד כה

בניגוד עניינים חמור, ראו למשל יובל קרני "אחרי שכבר הודו בקשר בין משפט נתניהו לרפורמה - ראשי הקואליציה מתכחשים לו" **ynet** 2.2.2023 <https://www.ynet.co.il/news/article/syv2e4ynj>.
¹⁵⁹ הבעיה התעוררה באופן ישיר וחריף במיוחד ביולי 2023 לאור החלטת הממשלה לקדם בשלב הראשון רק את הצעת החוק לביטול ביקורת הסבירות על החלטות של הדרג הפוליטי באמצעות תיקון חוק-יסוד: השפיטה. כלומר, השאלה של המעמד החוקתי של עילת הסבירות המינהלית התעוררה במלוא התוקף, ראו יקיר אדמקר "נתניהו וראשי הקואליציה החליטו: צמצום עילת הסבירות תקודם כבר החודש" **וואלה!** 19.6.2023 <https://news.walla.co.il/item/3587666>; הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות), ה"ח הכנסת 968.

רכיבים מרכזיים של המשפט המינהלי בהקשר זה היו מבוססים לא פעם על החלטות ממשלה, חצאי אמירות בפסיקה, וטכניקות שונות של השתקה (כגון לגבי המעמד של מוסד היועמ"ש ראו לעיל) – הרי כעת התכנית המוצעת מחייבת את תומכי הגישה הקיימת 'לחשוף את הקלפים' ולהציג בגלוי תשובות לשאלה מדוע אסור לכנסת – ולא כל שכן בכובעה המכונן – להכניס שינויים במשפט המינהלי לגבי מוסדות ודוקטרינות שאין להם כל מעמד חוקתי פורמלי כגון מערך הייעוץ המשפטי (בתצורתו הקיימת) ועילת הסבירות המינהלית. ודומה שברור לכל כי את התשובה לשאלה הזו אי אפשר למצוא תוך שימוש בתיאוריה החוקתית הקיימת של שני הכובעים.

על רקע זה לא יפלא כי מי שבחן את הניסיונות של מתנגדי התכנית להציג טיעונים חוקתיים תיאורטיים שנועדו לקעקע את סמכותה החוקתית של הכנסת לעגן בחקיקת יסוד את היסודות המוצעים של הרפורמה זיהה בוקה ומבולקה. מבין שלל הטיעונים והרעיונות שהועלו חדשות לבקרים בכתיבה האקדמית והפובליציסטית – חלקם מופרכים על פניהם ואף תמוהים¹⁶⁰ – ניתן היה לזהות שני קווים עיוניים מרכזיים. הקו הראשון התמקד בטיעון כי קיים רובד מסויים של עקרונות יסוד על-חוקתיים המגבילים את סמכותה המכוננת של הכנסת בין באופן מוחלט,¹⁶¹ ובין בכל הנוגע לאפשרותה להכניס שינויים או תיקונים במערך החוקתי הקיים. כלומר, שקיים 'שלד' על חוקתי מסויים (core) של ערכי יסוד שלא ניתן לתרוג מהם ולו באמצעות תיקון 'החוקה' שלנו.¹⁶² הקו השני התמקד ישירות בטיעון

¹⁶⁰ כך למשל נטענו במסגרת העתירה כנגד החוק לביטול עילת הסבירות שורה של טענות הליכיות שאין להן עיגון ולו מינימלי לא בחוק, בתקנון הכנסת או בכל מקור פורמלי אחר. בין היתר נטען שהצעת החוק – שהוגשה על ידי ועדת הכנסת – היתה חייבת לעבור קריאה טרומית (טענה שאין לה כל עיגון בתקנון הכנסת), ראו סעיפים 433-435 לעתירת התנועה לאיכות השלטון, לעיל הערה 156; שנמנעה מחברי הכנסת 'השתתפות ראווה' בהליכי החקיקה (ראו עתירת התנועה לאיכות השלטון, שם, סעיפים 444 ואילך), למרות שהתיקון נדון בשורה ארוכה של ישיבות של ועדת הכנסת שבה השתתפו לא רק חברי הכנסת אלא נציגי הממשלה, מומחים חיצוניים ונציגי ציבורי שונים (בית המשפט נמנע מלהוציא צו-על-תנאי ביחס לטענות ההליכיות כנגד החוק, ראו בג"ץ 5685/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל, הערה 168 להלן). וראו גם למשל אורי אהרונוסון, דורין לוסטיג, איתי בר-סימן-טוב, עדן ישראלי לוי, רונית לוי-שנור ואיסי רוזן-צבי, "כשהממשלה מכוננת לעצמה: חקיקת הסבירות כניצול הרעה של שליטת הממשלה בהליך החוקתי כדי לפטור עצמה מחובות משפטיות", בלוג אייקון 27.10.23 (טיעון לפיו העילה לפסילת התיקון בעניין הסבירות היא "ניצול הרעה" של "אופיו הייחודי של המשפט החוקתי בישראל שבו אין מגבלות על כוחו של הרוב הקואליציוני בכנסת לקבוע הסדרים חוקתיים").
¹⁶¹ זוהי הגישה שאומצה על ידי בית המשפט בעניין חסון, לעיל ה"ש 138, בפס' 27 לפסק דינה של הנשיאה חיות, לפיה מגבלה החלה על הכנסת לאמץ חקיקת יסוד השוללת את "זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית".

¹⁶² אחד הטיעונים המוכרים בעניין זה הוא הטיעון של ניב רוזנאי המבחין בין סמכות חוקתית מקורית לבין סמכות חוקתית 'נגזרת' המוגבלת מעצם מהותה לקווי היסוד של החוקה המקורית' ראו YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017). טיעון נוסף שניתן לשייכו למסגרת הזו הוא טיעונו של ברק מדינה שלפיו במדינת ישראל קיימת 'זהות חוקתית' נתונה שלא ניתן לחרוג ממנה או לשנותה ללא הסכמה ציבורית רחבה, ראו ברק מדינה "הזהות החוקתית של מדינת ישראל" הערה 4 לעיל. דומה שהגישה שאומצה בעניין חסון, שם, שייכת כאמור גם היא למסגרת הרעיונית הזו. לאחרונה הוצג טיעון על-חוקתי נוסף שניתן לשייכו לזרם הזה בפסיקת היחיד של השופט שטיין בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (26.10.23) (שעסק בחוקיותו של תיקון מס' 53 לחוק הרשויות המקומיות בחירות שהסיר את המגבלה שהייתה מוטלת על יושבי ראש או חברי ועדות ממונות מלהציג את מועמדותם לתפקיד ראש הרשות

הדמוקרטי. כלומר, הטענה היא שקעקוע יסודותיה של הביקורת השיפוטית – כפי שמוצע במסגרת 'הרפורמה' – עומד בסתירה ישירה לעקרונות הדמוקרטיה, שלפיהם קיימות מגבלות על כוחו של הרוב לפגוע באמצעות חקיקה בזכויות היסוד של המיעוט ובעקרון כבוד האדם – וזאת במנותק מהשאלה של קיומה של חוקה או של תוכנו של טקסט חוקתי (או על-חוקתי) כלשהו.¹⁶³

דיון מקיף ביסודות העיוניים של כל אחד מקווי החשיבה הללו, בהשלכות המעשיות הפוטנציאליות שלהם על הדין בישראל או ביחסים המורכבים שביניהם חורג מגדר רשימה זו.¹⁶⁴ לצורך הדיון הנוכחי ניתן להסתפק בקביעה כי יהיו התכנים וההשלכות שלהם אשר

הרלוונטית בבחירות שיערכו ברשות לאחר מינויים). שטיין קבע כי הכרזת העצמאות מהווה את 'הנורמה הבסיסית של מדינת ישראל ולפיכך, אין לכנסת סמכות לחרוג – ולו באמצעות הפעלת סמכותה המכוננת – מהעקרונות המעוגנים בהכרזה. השוני, במישור העיוני, בין גישתו של שטיין לבין תפיסת 'עקרונות היסוד' שהתקבלה בעניין **חסון** הוא שגישה זו היא גישה טקסטואלית מובהקת המייחסת לטקסט של הכרזת העצמאות עצמו מעמד חוקתי (ראו פס' 14-16 לפסק דינו של שטיין). גישה שטיין נותרה במובהק עמדת יחיד ששום שופט אחר לא הצטרף אליה והשופט סולברג הסתייג ממנה במפורש ובאופן נמרץ תוך שהוא קובע שגישה זו סותרת חזיתית את הגישה החוקתית שבית המשפט העליון דגל בה לאורך שלושת העשורים האחרונים, ראו שם, בפס' 36-39 לפסק דינו של השופט סולברג. לאמרות קודמות בפסיקה שמייחסות מעמד על-חוקתי להצהרת העצמאות ראו בג"ץ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד מח(5), 448, פס' 27 לפסק הדין של השופט לוי (1994) (במיעוט) ("הצהרת מבוא זו שבחוקי היסוד הנ"ל לא לתפארת המליצה נחקקה עלי ספר, אלא היא באה לבטא, והפעם לא כמשאלת לב וכ'אני מאמין' מופשט, כי מגילת העצמאות הייתה לעקרון יסוד חוקתי, מחייב... באו חוקי יסוד אלה והביאו לשינוי דרמטי במעמדה של מגילת העצמאות, בכך שאינה עוד רק מקור לפרשנות, אלא היא עצמה הייתה למקור עצמאי לזכויות אדם, שהרי נעמיד את המחוקק הישראלי ככוננו חוק יסוד בחזקת מי שאינו משחית מילותיו לריק ואינו מאחז עיניים, אלא מבקש ליתן בידי האזרח בישראל מגילת זכויות אורח ברמה חוקתית על-חוקית"; והשוו בג"ץ 1554/95 **עמותת "שוחרי גילת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד ג(3), 8, פס' 37 לפסק הדין של השופט אור (1996) ("ככל שידיעתי מגעת, ההתייחסות היחידה בפסיקה למגילת העצמאות כמקור ליצירת זכויות אדם נעשתה בבג"צ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח'... **השופט ד' לוי מחווה דעתו... כי הוראה זו חוללה שינוי במעמדה הנורמטיבי של מגילת העצמאות**. ממקור פרשני הפכה מגילת העצמאות למקור עצמאי לזכויות אדם... דברים אלה נאמרו אגב אורחא" (ההדגשה אינה במקור). לטיעונים נוספים שהובאו בספרות לגבי מעמדה העל-חוקתי של הכרזת העצמאות ראו עלי זלצברגר "תקנות ההגנה המנדטוריות ומעמדה של הכרזת העצמאות" **משפטים ראשונים – שיחות בעקבות פסקי דין של בית המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו**) 41, 45 דפנה ברק-ארז עורכת, Michal Tamir, *The Declaration of Independence as a Transitional Constitution*: (1991); *The Case of Israel*, 8 Middle East L. & Governance 57 (2016); צבי כהנא, "הכרזת העצמאות כ'חוקת על'" **ICON-S-IL Blog** (5.12.2023).

¹⁶³ תפיסה מוניסטיית כזו תואמת היטב את הגישה שהוצעה על ידי השופט חשין בדעת המיעוט שלו בעניין **בנק המזרחי**, הסובר כי ישנם עקרונות בלתי כתובים המגבילים את סמכותה של הכנסת ראו הערה 76 לעיל וכן הערה 4 לעיל. קו טיעון נוסף שהולך וצובר תאוצה הן בפסיקה והן בספרות המשפטית מתמקד בטענה שלכנסת אסור לעשות שימוש בסמכות המכוננת לשם התגברות על קשיים פוליטיים או לפתרון קשיים פוליטיים נקודתיים או כשהשימוש בסמכות מוכוון לצרכים של אדם מסויים או קבוצה פוליטית מסויימת. ראו למשל בג"ץ 8948/22 **שיינפלד נ' הכנסת** (18.1.23) פס' 44-47 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; פס' 4 סיפה לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

¹⁶⁴ לדיון בתיאוריות חוקתיות מוניסטייות שונות שעשויות להיות רלוונטיות לדיון ובהשוואה ביניהן ראו וייל, הערה 4 לעיל וכן צבי כהנא, "בטון (ב)חסון? על שאלת התגבשותה של ליבה חוקתית נצחית בישראל" **ICON-S-IL Blog** (29.11.2023).

יהיו, ברור בעליל כי הם אינם מתיישבים (בלשון המעטה) עם תיאוריית שני הכובעים. היינו, מבחינת אלו המנסים לתקוף את הלגיטימיות החוקתית של מהלכי הרפורמה, תיאוריית הסמכות המכוננת לא רק שאינה יכולה להוות משענת, אלא היא מהווה מהמורה רצינית שיש לעבור אותה (רצוי, מבלי להשאיר עקבות). ואכן, שלא במפתיע, מי שבוחן את השיח החוקתי הנוכחי של מתנגדי הרפורמה, ייווכח כי השימוש בשפת שני הכובעים נעלם במטה קסם – כלא היה. את מקומו מחליף שיח חוקתי המתייחס ישירות לעקרונות הדמוקרטיה ולזהותה הבסיסית של ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית.¹⁶⁵

אלא, שהאתגר העומד בפני מתנגדי הרפורמה הוא אף חריף יותר משום שהם נדרשים כעת להציג לא רק תיאוריה חוקתית שתצדיק את הגבלת סמכותה המחוקקת והמכוננת של הכנסת – כאחד, אלא גם עיגון חוקתי משכנע גם להסדרים המינהליים המהווים, כפי שתואר לעיל, את הברית התיכון של הביקורת השיפוטית אצלנו ובראשם עילת הסבירות ומעמדה של היועצת המשפטית לממשלה. היינו, אפילו יצליחו מתנגדי הרפורמה להציג – למרות היעדר חוקה פורמלית – טיעונים עיוניים משכנעים שיצדיקו התערבות שיפוטית להגנה על עקרונות הדמוקרטיה, חירויות היסוד ועצמאות הרשות השופטת – עדיין קשה לראות כיצד נגזרות מהעקרונות הללו מסקנות שימנעו מהכנסת לצמצם את הביקורת השיפוטית המינהלית בעילת הסבירות ו/או את סמכויות הייעוץ המשפטי לממשלה, המעוגנות (אם בכלל) בחקיקה רגילה או בפסיקה 'מינהלית' מובהקת של בית המשפט.¹⁶⁶ אלא, שהעובדה שיוזמי הרפורמה כיוונו את חיציהם בראש וראשונה ישירות אל ההסדרים הללו – ובאמצעות חוקי יסוד – מחייבת את מי שתוקף את ההסדרים הללו לטעון באופן מפורש כי הם מהווים חלק מהמשפט החוקתי שלנו. ואכן, משהכנסת חוקקה לאחרונה את התיקון לחוק יסוד: השפיטה שמגביל באופן מפורש את האפשרות לעשות שימוש בעילת הסבירות כנגד החלטות של נבחר ציבור,¹⁶⁷ אין העתירות שהוגשו כנגד התיקון נאלצו להתמקד בטענה שלכנסת – גם בכובעה המכוון – אין סמכות לצמצם את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות.¹⁶⁸ עוד לפני שניתן פסק הדין של בג"ץ בעניין היה ברור כי המעמד החוקתי (ואף העל-חוקתי) של עילת הסבירות הוכר כבר, הלכה למעשה, על ידי בית המשפט משום שנשיאת בית המשפט העליון קבעה את הדין

¹⁶⁵ למשל ראו נייר עמדה מס' 9 בנושא סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד (נייר עמדה 9, פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה (2023) https://221fecf6-5588-4c13-998e-7da055e5279b.usrfiles.com/ugd/221fec_ab2d77c77f9a4e2ea81a8e7ad413625e.pdf וראו

למשל בהקשר זה נאומה של הנשיאה אסתר חיות "ריסוק מערכת המשפט" (הרצאה בכנס של העמותה למשפט ציבורי בישראל, ירושלים, 12.1.2023), והנאום של השופט בדימוס מנחם מזוז "איך תשפיע ההפיכה המשפטית על זכויות האדם בישראל" (הרצאה במסגרת כנס "הארץ" והאגודה לזכויות האזרח, 29.1.2023). בשני הנאומים המונחים 'חוקי יסוד' או 'סמכות מכוננת' אינם מוזכרים ולו פעם אחת, בעוד שהמונח דמוקרטיה מוזכר שוב ושוב; חלק מהכותבים האקדמאיים אף מציינים במפורש את 'מותה' של תיאוריית שני הכובעים, ראו למשל רונית לויין-שנור "החלטת הררי הגיעה לקיצה" *ICON-S-IL Blog* (2023).

¹⁶⁶ ראו לעיל הערה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת. וטקסט.

¹⁶⁷ ראו חוק יסוד: השפיטה, תיקון מס' 15, הערה 156 לעיל.

¹⁶⁸ ראו בג"ץ 5658/23 בג"ץ הסבירות, (לכתבי העתירות ראו <https://www.idi.org.il/articles/50635> וראו גם עמיחי כהן, "הדין בבג"ץ על ביטול עילת הסבירות", 7.9.2023 אתר המכון לדמוקרטיה (<https://www.idi.org.il/articles/50635>).

בעתירות הללו להרכב חסר תקדים של כל שופטי בית המשפט.¹⁶⁹ ואכן, בפסק הדין המקיף שניתן בבג"ץ הסבירות הכיר בית המשפט (אם גם ברוב דחוק של 8 שופטים מול 7) בכך שביטול של עילת הסבירות האיזונית מהווה פגיעה ב'ליבה' של עקרונות היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית ולכן לכנסת אין סמכות לנקוט בצעד כזה גם כשהדבר נעשה תוך שימוש בסמכותה המכוננת בחוק יסוד.¹⁷⁰ בכך הכיר בית המשפט במוצהר ובגלוי במעמדה העל-חוקתי של עילת הסבירות האיזונית והבהיר לכל שכל ניסיון לצמצם את עילת הסבירות או לעצב את תכניה מצריך, לא רק תיקון של 'החוקה' בישראל, אלא אף תיקון חוקתי כזה שנדרש לתאום את הערכים העל-חוקתיים של שיטת המשפט שלנו.¹⁷¹ לפיכך, ניתן לומר שבעוד שבעבר המעמד המיוחד (העל-סטטוטורי) של עילת הסבירות ושל היועץ המשפטי לממשלה היו בבחינת נושא מוצנע שניתן היה ללמוד עליו 'בין השורות' הרי כעת, עם הצגת 'הרפורמה' – המעמד החוקתי (ואף העל-חוקתי) של ההסדרים המינהליים הללו מוכר באופן גלוי על ידי כל – ומהווה את 'זירת ההתגוששות' החוקתית העיקרית בין הממשלה והכנסת לבית המשפט.¹⁷²

את הסקירה של ההתפתחויות החוקתיות בישראל בשנת 2023 אי אפשר לסיים ללא התייחסות להתפתחות שהיא אולי הגורם החשוב ביותר במארג החוקתי בישראל העכשווית: תנועת המחאה. גל המחאה שהתחיל מיד לאחר הודעת השר לויין על הרפורמה המשפטית והתמיד מאותו שלב ועד לפרוץ המלחמה בעזה הוא מהמקיפים והעוצמתיים שהיו בישראל אי פעם, והוא חסר תקדים לפחות מבחינת ההתמשכות העוצמתית שלו לאורך כ-8 חודשים. מידי שבוע הפגינו ברחבי המדינה מאות אלפי נשים וגברים מכל שכבות הציבור בעשרות (ולעיתים במאות) אתרים שונים ברחבי המדינה.¹⁷³ המחאה הורכבה משורה ארוכה של

¹⁶⁹ היינו, ברור של עילת הסבירות היתה נחשבת במשפטנו לכלל 'רגיל' של המשפט המינהלי – לא היה שום ספק בכך שהמחוקק (ולא כל שכן, הרשות המכוננת) רשאים לעצב את הכללים בעניין כרצונם וללא שום מגבלה (ראו הדין לעיל אחרי הערה 12). כך במשפט המשווה העיקרון השולט הוא שכל שמדובר בביקורת שיפוטית מינהלית – ולהבדיל מביקורת לאכיפת הוראות החוקה – המחוקק ראשי לעצב את היקף הביקורת המינהלית ודרכיה ללא כל מגבלה, ראו דותן – ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 16, 234–236 והפניות שם וכן לעיל ה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.** וטקסט לידה.

¹⁷⁰ ראו בג"ץ 5658/23 **בג"ץ הסבירות**, הערה 15 לעיל (פס' 179–176 לפסק דינה של הנשיאה חיות שכתבה את דעת הרוב; פס' 8, 99 לפסק דינו של השופט עמית (1.1.2024)). בית המשפט דחה את האפשרות להבחין בין המונחים השונים של עילת הסבירות (שם בפס' 126 והשוו לעמדת המיעוט למשל בפסק דינה של השופטת וילנר, שם בפס' 10–16).

¹⁷¹ כפי שצוין בחוות הדעת של שופטי המיעוט, ראו השופטת וילנר, שם בפס' 73 והשופטת כנפי שטייניץ בפס' 51. וראו למשל את קביעתו של השופט גרוסקופף, שם בפס' 77 לפסק דינו כי הסבירות מהווה חלק 'מהנתונים החוקתיים' ולפיכך לא ניתן לפגוע בה אלא 'בהסכמה רחבה'. ההכרה במעמד העל-חוקתי אצל חלק משופטי הרוב באה לידי ביטוי גם בקביעה עילת הסבירות היוותה תמיד את 'הבריה התיכון' של הביקורת השיפוטית בישראל ולכן נודע לה, מלכתחילה, מעמד עליון (למשל שם, בפס' 33–38 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז) ואצל חלקם היא באה לידי ביטוי בטענה שלא ניתן להפריד בין הסבירות האיזונית לבין סבירות של מופרכות שנגזרת ישירות מעיקרון החוקיות (ראו למשל שם, בפס' 5–10 לפסק דינה של השופטת רות רונן; שם, בפס' 14 לפסק דינו של מ"מ הנשיא פוגלמן; שם, בפס' 20 לפסק דינה של השופטת (כדימו') ברון).

¹⁷² ראו טקסט ליד הערה **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.** לעיל.

¹⁷³ אורי סלע, ארז הראל, יואב איתאל ושלומי הלר "ההפגנות נגד המהפכה המשפטית נכנסות לשבוע ה-30: 'עד שנחזיר את ישראל להיות דמוקרטית' וואלה! 29.7.2023; "המחאה נגד הרפורמה המשפטית" ויקיפדיה https://he.wikipedia.org/wiki/המחאה_נגד_הרפורמה_המשפטית.

ארגוני פעולה אזרחיים והקיפה גם שורה ארוכה של מגזרים מקצועיים, המגזר המשפטי, הפיננסי, הקמעונאי, תעשיית הטכנולוגיה, המגזר הרפואי, מערכת ההשכלה הגבוהה, החינוך ועוד. היא כללה פעילות ענפה (מאורגנת וספונטנית) כאחת לרבות, בנוסף על ההפגנות, גם צעדות פומביות, שביתות שבת, מחאות מול מוסדות ציבור ובתי מגורים של פוליטיקאים, חסימות של כבישים ועוד שורה ארוכה ומגוונת של פעילויות.¹⁷⁴ זאת ועוד, המחאה הקיפה גם שדרות רחבות בתוך שירותי הביטחון ובמיוחד חלק משמעותי ממשרתי המילואים ביחידות העילית של הצבא (במיוחד ביחידות המודיעין וחיל האוויר).¹⁷⁵ העוצמה של גל המחאה באה לידי ביטוי גם בהשפעה שיש לה במישור הבינלאומי (במיוחד על עמדת הממשל האמריקני ביחס לרפורמה).¹⁷⁶ ניתן לומר כי העוצמה של תנועת המחאה הפכה אותה לשחקן פוליטי מרכזי שהייתה לו השפעה הן על פעולות הממשלה והן על העמדות והפעולות של כל שאר השחקנים בזירה הפוליטית.¹⁷⁷ למרות שהממשלה מיצבה את הרפורמה המשפטית בראש סדר העדיפויות הפוליטי שלה ולמרות שהיא נהנתה מרוב קואליציוני מוצק בכנסת (קרי, הייתה לה שליטה אפקטיבית ברשות המכוננת) – הרי במשך יותר משמונה חודשים לאחר הצגת (ועד לפרוץ המלחמה), היא לא הצליחה להעביר בכנסת את מרבית הרכיבים המרכזיים של הרפורמה.¹⁷⁸ עובדה זו נובעת באופן ישיר ובלעדי מעוצמתה של

- ¹⁷⁴ אדיר ינקו "עליית מדרגה במחאת הרופאים: היום - שביתה כללית במערכת הכריאות" **כלכליסט** 25.7.2023 https://www.calcalist.co.il/local_news/article/sj116kn2qn; "מבצע ניגוד עניינים: מחאות נגד ההפיכה המשטרית מול בתי שרים וח"כים" **כלכליסט** 10.8.2023 https://www.calcalist.co.il/local_news/article/bj6excfh2; "משת"פים של הדיקטטורה: אלפים הפגינו מול בתיים של שרים וח"כים מהקואליציה, צירים מרכזיים נחסמו ברחבי הארץ" **ישראל היום** 6.7.2023 <https://www.israelhayom.co.il/news/local/article/14360160>.
- ¹⁷⁵ לי נעים "מחאת המילואימניקים ביחידה 8200: 'לא נגיע עד שתבוטל המהפכה השלטונית'" **N12** 5.3.2023 https://www.mako.co.il/news-politics/2023_q1/Article-c4bbab038f2b681027.htm; <https://miluimnikim.co.il>; יואב לימור "כ-450 יוצאי שב"כ במכתב חריף: 'הרפורמה המשפטית - הפיכה משטרית' **ישראל היום** 21.2.2023 <https://www.israelhayom.co.il/news/politics/article/13720754>; "רמטכ"לים, ראשי שב"כ ובכירי מוסד לשעבר: 'מגבים את מי שהשהו את התנדבותם למילואים' **כלכליסט** 22.7.2023 https://www.calcalist.co.il/local_news/article/h1mwndt5h.
- ¹⁷⁶ שחר ברדיצ'בסקי "המסר הדרמטי של בידן לרה"מ נתניהו: 'אל תחוקק ללא הסכמה רחבה'" **מעריב** 19.7.2023; "פרשן בכיר ב'ניו יורק טיימס' קורא לביידן להתערב במהפכת המשפט: 'שיכריזו שלא נהיה האידיולטים השימושיים של נתניהו'" **ynet** 18.1.2023; "פרשן ה'ניו יורק טיימס': המסר של בידן לנתניהו - 'בבקשה עצור את החקיקה המשפטית'" **גלובס** 19.7.2023 <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001452710>; "המחאה בניו יורק נגד הרפורמה המשפטית: 'הממשלה מייצרת בעיות בקנה מידה בינלאומי'" **מעריב** 5.6.2023 <https://www.maariv.co.il/news/politics/Article-1012568>.
- ¹⁷⁷ ראו למשל שירי חביב ולדהורן "12 שבועות של מחאה, זה מה שקרה לכלכלה" **גלובס** 28.3.2023 <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001442434>; וכן השתתפותם של אנשי המחאה הבכירים במשא ומתן בבית הנשיא, איתמר אייכנר "הסכמות טכניות בהידברות על המהפכה המשפטית, המבחן האמיתי: אחרי פסח" **ynet** 10.4.2023 <https://www.ynet.co.il/news/article/rkvnqjzz3>.
- ¹⁷⁸ הרכיב היחיד שכן עבר עד כה בחקיקה את הכנסת הוא ביטול עילת הסבירות, ראו חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 3 – ביטול עילת הסבירות) (מיום 24.7.2023). אמנם גם תיקון זה בוטל בבג"ץ, ראו לעיל, ה"ש 156.

תנועת המחאה שהצליחה, לפחות בינתיים, למנוע את הוצאתה של תכנית הרפורמה מן הכוח אל הפועל.¹⁷⁹

אין ספק כי, בראייה היסטורית וסוציולוגית, ההסבר להיווצרות המחאה איננו יכול להתמצות בדיון בסמכויות הרשות השופטת או במישור החוקתי בכלל. אלא, לתנועת המחאה יש שורשים פוליטיים, חברתיים ותרבותיים שקשורים לשסעים העמוקים הקיימים מזה שנים בחברה הישראלית, ובראש וראשונה לשסע בין הציבור הליברלי והחילוני לציבור הדתי הלאומני והחרדי.¹⁸⁰ אולם, עצם העובדה כי המערכת המשפטית, ובראשה בג"ץ, הפכה למוסד המסמל יותר מכל את מהות הדמוקרטיה מבחינת חלקים נרחבים בציבור הישראלי,¹⁸¹ הופכת על פניה לא מעט הנחות יסוד הכרוכות בדיון החוקתי אצלנו. מכל מקום, לא ניתן להתעלם מעובדה זו כשאנו באים להעריך ולנתח את מהותה של 'החוקה' העכשווית של מדינת ישראל.¹⁸² שהרי, הדיון החוקתי בישראל של היום איננו דיון בפרשנות של סעיף זה

¹⁷⁹ הדוגמה החזקה ביותר לכוחה של המחאה הייתה בלילה שלאחר פיטורי שר הבטחון גלנט. המחאה עצרה את כל החקיקה וגם פיטורי השור עצמו, "ליל מחאה היסטורי בישראל: כך קרא הציבור לעצור את המהפכה המשפטית" N12 27.3.2023 https://www.mako.co.il/news-politics/2023_q1/Article-2e6d44299312781027.htm; וכן ראו אלעד שמחויף "אחד ביום: להבין את מחאת הטייסים N12 18.7.2023 https://www.mako.co.il/news-podcast_n12/one_a_day/Article-6c72bd5e9756981026.htm; מחאות אלו ורבות נוספות גרמו לממשלה ליסוג מהכוונה המקורית של העברת הרפורמה בבת-אחת ולעבור למדיניות של 'שלב שלב' במה שכונה "שיטת הסלמי", ראו יהודה שלזינגר ואמיר אטינגר "שיטת הטיפות במקום שיטת הסלמי": כך מתוכנן להעביר את שאר סעיפי הרפורמה המשפטית" **ישראל היום** 17.7.2023 <https://www.israelhayom.co.il/news/politics/article/14396027>; ובין היתר, התכנית של הממשלה לשנות את הרכב הוועדה למינוי שופטים כך שיכלול רוב קואליציוני נכשלה, לאור בחירת נציגת האופוזיציה (חברת הכנסת קרין אלהרר) לוועדה וגם תוצאות "דרמת ענק בכנסת: נציגת האופוזיציה אלהרר נבחרה לוועדה לבחירת שופטים" **ynet** 14.6.2023 <https://www.ynet.co.il/blogs/knesetvotes>; וכן הבחירות ללשכת עוה"ד שגם שם הממשלה נחלה כישלון חרוץ, עמיר קורץ "עו"ד עמית בכר זכה בבחירות בלשכת עוה"ד בפער עצום: השיג 73% תמיכה" **כלכליסט** 21.6.2023 https://www.calcalist.co.il/local_news/article/hjnufgx003 – שני אלו הפכו את תכנית הממשלה לשינוי מידי של הרכב הוועדה למינוי שופטים לכמעט בלתי אפשרית. ההשפעה הניכרת של המחאה על יכולת הממשלה לקדם את התכנית ניכרת גם בדברי דוברי הממשלה, ראו למשל "ראש המל"ל: המחאה הייתה הגורם הכי אפקטיבי בעצירת המהפכה המשפטית" **ynet**, 4.9.23, <https://www.ynet.co.il/news/article/rydn8uqa3>; "ראש המל"ל הנגבי: המחאה הייתה הגורם הכי אפקטיבי בעצירת המהפכה המשפטית", N12 (4.9.23) <https://www.n12.co.il/?partner=Newsheaderlogo>. לניתוח עיוני המציג את תמיכת הציבור כבסיס הלגיטימציה של בית המשפט העליון בישראל ראו Or Bassok, *The Schmitelsen Court*, 21 German L.J 131 (2020).

¹⁸⁰ על כך ראו מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל** פרק א (2019).

¹⁸¹ במחאה הנוכחית מודגשת ביתר שאת התפיסה כי בג"ץ והעצמאות השיפוטית הן סמל הדמוקרטיה בישראל, ראו למשל "מה עומד מאחורי הרפורמה המשפטית?" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 28.2.2023 <https://www.idi.org.il/events/48057>.

¹⁸² בהקשר זה ראוי לאזכור התיאוריה של הזכויות החוקתיות הבלתי כתובות ('small c constitution'), שלפי החוקה כוללת גם זכויות יסוד שאינן כתובות בה במפורש אלא מצויות ב'תרבות החוקתית' של המדינה (המתבטאת בעיקר בפרשנות בית המשפט), ראו Adam Chilton & Mila Versteeg, *Small-c Constitutional Rights*, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 894 (2019); WILLIAM ESKRIDGE & JOHN FERRELL, A

או אחר במסמך משפטי כלשהו, אלא הוא מתייחס לרבדים העמוקים ביותר ולמרכיבים הבסיסיים ביותר של היחסים בין רשויות השלטון השונות ובינם לבין הציבור הרחב.¹⁸³ וברובד הזה, היחסים שבין רשויות השלטון השונות לבין הציבור שאותו הן משרתות כמו גם קונבנציות פוליטיות ותרבותיות הן חשובות לא פחות מאשר התכנים של טקסט משפטי פורמלי כלשהו או פסק דין של בית המשפט.¹⁸⁴ בפרפראזה על שאלתו הידועה של סטאלין לגבי מספר הדיביזיות העומדות לרשות האפיפיור – הסתבר – להפתעת כל המומחים – כי לימינו של בג"ץ עומדות לא מעט 'דיביזיות' חזקות, נחושות ומאורגנות לקראת המאבק על היחסים שבין הרשויות הפוליטיות לבין הרשות השופטת. ומי שמשרטט את הקווים החדשים של החוקה של מדינת ישראל, המתעצבים לנגד עינינו בימים אלו ממש – לא יכול להתעלם מעובדת בסיס זו. לפיכך, ניתן לומר כי למרות שהתיאוריה החוקתית שפיתח בית המשפט העליון בשנות התשעים מונחת אולי על כרעי תרנגולת, ולמרות ששיח המשפט הציבורי אצלנו לוקה בסתירות פנימיות קשות, הרי דומה כי במהלך השנים השיח הזה קיבל, בעיני הציבור הישראלי, חיים משל עצמו. ומה שיכול אולי להיחשב בעיני האנליטיקן החוקתי כמיתוס שאין לו ביסוס עיוני מוצק בתיאוריות הקיימות,¹⁸⁵ הפך במהלך השנים לאתוס מרכזי בעיני חלקים נרחבים בציבור הישראלי. ובמובן זה – כקביעתה הידועה של פרופ' רות גביון – 'המהפכה החוקתית' היא אולי נבואה שתצליח בסופו של דבר להגשים את עצמה.¹⁸⁶

1. במקום סיכום: מבט זהיר לעתיד

טענתי המרכזית לאורך המאמר הייתה שהבריא התיכון של המשפט החוקתי בישראל לא היו הסדרים החוקתיים שגובשו החל מאמצע שנות התשעים ('המהפכה החוקתית') אלא הסדרים שגובשו בעיקרם במשפט המינהלי שלנו בשנות השמונים ובראשם עיקרון הסבירות והסדרים הנוגעים למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה. הסדרים אלו קיבלו בהדרגה, ובאמצעות תהליכים שהיו בחלקם לא פורמליים ומבוססים על אמרות בפסיקה וקונבנציות משפטיות ופוליטיות – שלא תמיד היה להם ביטוי מפורש וגלוי בדוקטרינה המשפטית – מעמד שהוא דה-פקטו מעמד חוקתי מרכזי במשפט הציבורי שלנו. אלא, שהתהליכים הפוליטיים בשנתיים האחרונות ובראשם 'הרפורמה' המשפטית, העמידו למבחן את התוקף הפורמלי של הסדרים אלו ואילצו את בית המשפט לבחון ישירות את היחס בינם לבין הדוקטרינה החוקתית הפורמלית (תיאוריית 'שני הכובעים'). פסיקת בית המשפט בעניין בג"ץ הסבירות מתקפת היטב את הטענה האמורה משום שהיא חושפת בעת ובעונה אחת הן את

REPUBLIC OF STATUTES: THE NEW AMERICAN CONSTITUTION 1-20 (2013); Stephen E. Sachs, The "Unwritten Constitution" and Unwritten Law, 5 UNIVERSITY OF ILLINOIS L.REV. 1797 (2013).

¹⁸³ לדין מקיף בחשיבות של דעת הקהל ותגובת הציבור בתוצאות של מאבקים בין הרשויות השונות על היקף סמכויותיהן ראו Eric Posner and Adrian Vermeule, *Constitutional Showdowns*, 156 U. PA. L. REV. 991 (2008).

¹⁸⁴ ראו LEARNED HAND, THE SPIRIT OF LIBERTY (1952).

¹⁸⁵ דותן "חוקה למדינת ישראל", לעיל ה"ש 1.

¹⁸⁶ רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה? משפטים כח 21, 140–147 (התשנ"ז).

החולשות הבולטות של גישת שני הכובעים והן את העובדה שמתחת לדוקטרינה החוקתית הפורמלית קיים רובד של נורמות מינהליות, שבית המשפט העניק להם, הלכה למעשה, תוקף על-חוקתי, ובאופן שאיננו מסתמך, ואף איננו מתיישב עם תיאוריית שני הכובעים. השאלה היא, כעת, לאחר האירועים של שנת 2023, לאן מועדות פניו של המשפט החוקתי בישראל? מצב המלחמה שבו נתונה ישראל מאז אוקטובר 2023 דחק את הדיון החוקתי ביחסים שבין הרשות השופטת לרשויות הפוליטיות לשולי העיסוק הציבורי והקצב שבו מתרחשים אירועי קיצון בטחוניים ופוליטיים יוצר אי-ודאות כללית ביחס להתפתחויות פוליטיות וחברתיות ולו בעתיד הקרוב. על רקע זה קשה מאוד להעריך (שלא לומר לנבא) גם את ההשלכות והתוצאות של ההתפתחויות של 2023 ואת אחריתה של 'המהפכה המשפטית'. ניתן, עם זאת, להצביע על שלוש אפשרויות עיקריות העומדות על הפרק בכל הנוגע להסדרת יחסי הכוחות בין בית המשפט לבין הכנסת והממשלה.

האפשרות הראשונה היא שדווקא הסיטואציה המשברית שבה מצויה כיום המדינה במישור הפוליטי, החברתי והחוקתי כאחד תוביל לכינון חוקה אמיתית למדינת ישראל (קרי, חוקה פורמלית, משוריינת, שתכונן בהליך חוקתי מיוחד שיערב את הציבור וגורמים נוספים מעבר לכנסת וייערך בתנאים של קונצנזוס ציבורי רחב). כידוע, הניסיונות לכונן חוקה לישראל נמשכים מאז קום המדינה וללא הצלחה.¹⁸⁷ וגם בתקופה האחרונה, על רקע המשבר החוקתי, היו יוזמות כאלו לכינון חוקה שלא הבשילו.¹⁸⁸ אמנם, על רקע הכאוס הפוליטי, המשבר הביטחוני, והשסעים החזקים בין חלקים שונים בציבור, הסיכוי לקידום יוזמה כזו נראה בשעה זו קלוש, אך מאידך, ההיסטוריה מוכיחה כי לעיתים דווקא משברים ומצבי קיצון הם אלו המובילים לכינון חוקות.¹⁸⁹ מובן כי מהלך כזה צפוי להוביל לפתרון מרבית השאלות הפתוחות ביחסים שבין בית המשפט לממשלה ולכנסת, והוא עשוי, בהסתברות גבוהה, להפוך את השיטה שלנו לשיטה חוקתית דואליסטית כהלכתה, לייצב את מערכת היחסים שבין הרשויות ולשכך את המתחים ביניהן.

¹⁸⁷ החלטת הררי עצמה משנת 1950, היא למעשה הניסיון הראשון, שהיווה פשרה בעניין כינון חוקה לישראל וקבע כי החוקה תכונן פרקים פרקים כאשר כל אחד מאותם פרקים יהווה חוק יסודי. במשך השנים לאחר מכן הכנסת אכן כוננה מספר חוקי יסוד מוסדיים. בסוף שנות השמונים אף הועלתה הצעה מפי שר המשפטים לחוקק חוק יסוד: זכויות אדם. בד בבד עם הניסיונות לכונן חוקי יסוד בנושא זכויות אדם ועם התפתחות הפסיקה בעניין, עלתה המודעות של הציבור לנושא החוקתי. כך למשל בשנת 2000 נעשה ניסיון מצד המכון הישראלי לדמוקרטיה לכונן חוקה, ראו המכון הישראלי לדמוקרטיה **חוקה בהסכמה** (2000) <https://www.idi.org.il/media/4569/constitution-by-consensus.pdf>; וכן יוזמתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת לכינון חוקה בהסכמה במסגרתה נערכו דיונים רבים בים השנים 2003 ל-2006, <https://main.knesset.gov.il/activity/constitution/pages/constopening.aspx>.

¹⁸⁸ ראו למשל הצעתה של פרופ' נטע ברק-קורן העומדת בראש קבוצה המציעה לבחור ולכנס מחדש אספה מכוננת לישראל, <https://www.asefam.org/proposal>; וכן הצעתו של פרופ' ידידיה שטרן שעמד בראש 'קבוצת שטרן' לכינון 'חוקה רזה', ראו ידידיה שטרן 'הדוב הישראלי אמנם הקיץ בזעם אבל לישראל דרושה חוקה רזה' **הארץ** (1.6.2023) <https://www.haaretz.co.il/opinions/2023-06-01/ty-article-opinion/premium/00000188-7605-dd65-abae-761d6cb90000>.

(למען הגילוי הנאות: הח"מ לקח חלק בדיוני קבוצה זו).
¹⁸⁹ למשל החוקות בארה"ב ובצרפת שאומצו בסמוך לאחר המהפכות שעברו המדינות ומתוך משבר חוקתי חריף, ראו Martin A. Rogoff, *A Comparison of Constitutionalism in France and the United States*, 49 ME. L. REV. 21 (1997).

האפשרות השנייה, ההפוכה, היא המשך המצב הקיים. כלומר, המשכו של המשטר החוקתי הנוכחי שבו אין לנו חוקה ואף לא תשתית נורמטיבית יציבה ומוסכמת שעל בסיסה מתנהלת מערכת היחסים בין הרשויות. לאור המתחים הפוליטיים והחברתיים הקשים שעל גביהם מתנהלת מערכת היחסים בין המערכת המשפטית והפוליטית כיום והניסיון של העבר הקרוב צריך להיות אופטימיסט קיצוני (שלא לומר פנטזיונר) כדי להאמין שבג"ץ הסבירות יהווה את המילה האחרונה במרוץ הסמכויות בין הכנסת לבית המשפט. המשך המצב הנוכחי פירושו שבידי כל צד למאבק מצויים 'כלי נשק לא קונבנציונליים',¹⁹⁰ כאשר כל אחת מהרשויות פועלת בכל 'סיבוב' להחרפת עוצמת הכלים שבהם היא עושה שימוש, תוך ערעור על עצם הלגיטימציה של הסמכות החוקתית של הצד האחר. במצב דברים זה, האפשרות היחידה לקיום יציבות חוקתית כלשהי מבוססת על 'מאזן אימה' הדדי (שכשלעצמו מבוסס לא רק על הסמכויות הפורמליות של כל צד, אלא גם על התמיכה הפוליטית והציבורית בכל רקע נתון) והחשש ל'מחטפים חוקתיים' הוא פרמננטי. לאור העובדה שאחת המטרות העיקריות של חוקה ומשפט חוקתי בכלל הוא הסדרה יציבה של מערכת היחסים בין הרשויות, לא ניתן לתאר את המצב הקיים אלא כדיסטופיה חוקתית מוחלטת.

האפשרות השלישית היא אפשרות ביניים, קרי מהלך חוקתי מוגבל, במסגרת החוקתית הקיימת, לחקיקתו של חוק יסוד: החקיקה על ידי הכנסת.¹⁹¹ חקיקה כזו, אם תעשה תוך הסכמה של הכוחות הפוליטיים העיקריים עשויה להציב 'כללי משחק' מוסכמים לחלוקת הסמכויות בין הכנסת והממשלה לבין בית המשפט ולשכך, במידה מסוימת לפחות, את המתחים שבין הרשויות. אולם, בניגוד להערכות הרווחות,¹⁹² ספק אם מהלך כזה יוכל לספק יציבות חוקתית לאורך זמן וזאת מכמה סיבות. ראשית, מהלך כזה איננו חורג מהמסגרת החוקתית הנוכחית, כלומר, המצב של היעדר חוקה פורמלית 'אמיתית' יישך, תוך שאנו מסתפקים ב'תחליף' לחוקה – של חוקי היסוד. שנית, ובהתאם, מהלך כזה אמור להחזיר אותנו למסגרת חוקתית דואליסטית 'חלקית' שתתבסס שוב על תזת 'שני הכובעים'. אלא, שהמסגרת החוקתית הזו כבר 'נפרצה' בעקבות האירועים של השנים האחרונות. היינו, לפחות מנקודת הראות של בית המשפט, הדיון החוקתי על פי חוקי היסוד צפוי להמשיך להיות כפוף ל'עקרונות על' מטא-טקסטואליים אמורפיים (דבר שעשוי להשליך גם על יחסן של הרשויות הפוליטיות למסגרת הזו), כלומר, דומה ש'השד יצא מהבקבוק' בהקשר זה. לפיכך, הגם שאפשרות זו נראית אולי כפתרון ביניים ראוי שעשוי להרחיק אותנו במידת מה מהסכנות הגלומות בהמשך המצב הקיים, ספק אם הוא עשוי להוות פתרון אמיתי לאורך זמן לכשלים החוקתיים שבהם מתחבטת שיטת המשפט שלנו כיום.

¹⁹⁰ ראו לעיל, ה"ש 80 והטקסט לידה.

¹⁹¹ הצעת קבוצת שטרן ל"חוקה רזה" מתמקדת אפוא בעיקר בהליך החקיקה של חוקי יסוד ובכינון חוק יסוד: חקיקה. ראו לעיל, ה"ש 188.

¹⁹² ראו למשל גדעון סער "הכנסת צריכה לחוקק סוף סוף בהסכמה רחבה את חוק יסוד: החקיקה" ערוץ 7 (1.1.2024) <https://www.inn.co.il/news/625017>; יובל יועז "חוק יסוד החקיקה נמצא בהישג יד ויכול להפוך את המשבר החוקתי לרגע מכונן" זמן (7.4.2023) <https://www.zman.co.il/385858/popup>; אהרן ברק "חוק יסוד: החקיקה הוא הבסיס החסר לנו" הארץ (17.8.2023) <https://www.haaretz.co.il/opinions/2023-08-17/ty-article/.premium/0000018a-02f5-dbc5-a59f-53ff390b0000>.