

המעמד ה(על)-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 – הוא לא יותר מאשר "חגורת הגנה חיצונית" על סמכות בית המשפט, שבמהותה מבוססת על התפתחויות במשפט המינהלי שלנו שהתרחשו במהלך שנות השמונים. כלומר, המוניזם המשפטי שביסוד המשפט בישראל מקורו דווקא במשפט המינהלי ובהתפתחויות שהתרחשו בו. במובן זה, השיטה החוקתית בישראל הייתה ונותרה שיטה חוקתית של "דרגה אחת", ואילו בתוך אותה דרגה אחידה שבה פועל המשפט הציבורי שלנו קיימות כמה דוקטרינות מינהליות, ובראשן דוקטרינת הסבירות והעקרונות הנוגעים למעמד היועצת המשפטית לממשלה, שהם הבריח התיכון של המשפט הציבורי בישראל. המאמר סוקר את ההתפתחות במעמדן של הדוקטרינות המינהליות הללו ואת יחסן לעקרונות המשפט החוקתי במהלך ארבעת העשורים האחרונים ואת התהליכים הפורמליים והלא פורמליים שקיבעו את מעמדם 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 וחיוק של הביקורת החוקתית על בסיס גישת הסמכות המכוננת. 2. המישור החוקתי הלא פורמלי והשיח הפוליטי: פסקת ההתגברות והשתקה של שיח הסמכות המכוננת של הכנסת. 3. החוקתיות 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 שינויים הנוגעים למעמדה ולהיקף סמכויותיה של מערכת המשפט ביחס לסמכויותיהן של הממשלה ושל הכנסת ("רפורמה" 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

* פרופסור מן המניין וראש הקתדרה למשפט ציבורי ע"ש גודמן, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה 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) (להלן: "Dotan, 'Israel's Constitutional Moment'").

בעקבות המלחמה שפרצה באוקטובר 2023 אחרי התקפת הדמים הרצחנית של ארגון חמאס בעוטף עזה. בשלב שבו נכתבות שורות אלו איש איננו יכול לנבא לאן מועדות פניה של המערכת הפוליטית בישראל ומה תהיה אחריתה של ה"רפורמה". אולם ככל שהדברים נוגעים למישור המשפט הציבורי, ההתפתחויות הנוכחיות מספקות לנו מידע מספיק כדי להסיק מסקנות ראשוניות, ולו טנטטיביות, בנוגע לתמונת המצב של התפתחות המשפט החוקתי בישראל וליחסי 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 התאוריה החוקתית שפותחה בבית המשפט העליון בשלושת העשורים האחרונים – תאוריית "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 **ישירות** על עקרונות הדמוקרטיה. התפתחות זו כשלעצמה איננה מפתיעה, ולמעשה ניתן לומר כי היא אפילו הייתה צפויה בשל הבעייתיות האינהרנטית בתאוריית הכובעים שהוצגה והתקבלה כתאוריה המובילה בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי**.¹ אולם עובדה זו מעלה במלוא חריפותה את השאלה **מהי התאוריה החוקתית הנוכחית של בית המשפט**. כלומר, מהו הבסיס העיוני שעל פיו נסמכת הסמכות החוקתית להתערבות בחוקי הכנסת (ובמידה מסוימת גם בהחלטות הממשלה). בהקשר זה אטען כי שיטת המשפט הישראלי הייתה 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 הייררכייה נורמטיבית ברורה.

ההתמוטטות של תאוריית 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 – הוא לא יותר מ"חגורת הגנה חיצונית" על סמכות בית המשפט, שבמהותה מבוססת על התפתחויות במשפט המינהלי שלנו שהתרחשו במהלך שנות השמונים. כלומר, המוניזם המשפטי שביסוד המשפט בישראל מקורו דווקא במשפט המינהלי ובהתפתחויות שהתרחשו בו. במובן זה השיטה החוקתית בישראל הייתה ונתרה שיטה חוקתית של "דרגה אחת", ואילו בתוך אותה דרגה אחידה שבה פועל המשפט הציבורי שלנו קיימות כמה דוקטרינות מינהליות, ובראשן דוקטרינת הסבירות והעקרונות הנוגעים למעמד היועצת המשפטית לממשלה, שהם הבריח התיכון של המשפט הציבורי בישראל.

אם כן, המאמר עוסק בשני מישורים: המישור החוקתי בראי התאוריה החוקתית של מדינת ישראל והמישור המינהלי והתפתחות הביקורת השיפוטית המינהלית. טענת המאמר היא כי מישורים אלו כרוכים זה בזה, כאשר התפתחות הביקורת השיפוטית המינהלית היא

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 הקונסטיטוציוני לאחר המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 149, 186–187 (1997) (להלן: דותן "חוקה למדינת ישראל").

ביטוי מובהק לאופייה המוניסטי של התאוריה החוקתית של מדינת ישראל. יתרה מכך, ניתן לומר כי ההתפתחויות בתחום הביקורת השיפוטית המינהלית, עוד בטרם ההתפתחויות בתחום הביקורת השיפוטית החוקתית, הן שקיבעו את אופייה המוניסטי של שיטת המשפט בישראל. המאמר יעסוק בשני המישורים הללו תוך כדי הדגשה כי הם קשורים זה אל זה ומתקיימים ביניהם יחסי גומלין. שינויים והתפתחויות במישור אחד גורמים, וגרמו, לשינויים ולהתפתחויות במישור השני. המסקנה הנובעת מניתוח עיוני והיסטורי זה היא שלמשפט המינהלי בישראל, ובמיוחד לדוקטרינת הסבירות, מוענק תוקף ומעמד **על-חוקתי**. משמעותו של המונח "על-חוקתי" בעניין זה נגזר משני רכיבים: מעמדו של המשפט המינהלי כנורמה העליונה במשפט, וכן מקומו של המשפט המינהלי בפיתוח הרובד העל-חוקתי – התאוריה החוקתית של מדינת ישראל. תוקפו העל-חוקתי של המשפט המינהלי אפוא בא לידי ביטוי, הן מבחינה עיונית והן מבחינה מעשית (המעמד העליון של המשפט המינהלי בפיירמידת הנורמות הישראלית), בפסק הדין בבג"ץ **הסבירות** שהעניק לדוקטרינת הסבירות מעמד על-חוקתי או הכיר במעמדה.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 הייתה משנית. היינו, המהפכה החוקתית נתפסה בעיני הציבור (ובמידה רבה גם בעיני המילייה המשפטית) כמהלך דרמטי ששינה את פני המשפט הישראלי, אך הלכה למעשה, השינויים הטקטוניים במשפט הציבורי שלנו קרו במהלך שנות השמונים, במסגרת המהפכה המינהלית, ואילו המהפכה החוקתית הייתה רק מהלך משלים מצד בית המשפט (שהזרז להתפתחותו היה במידה רבה מקרי). בפרק השני אציג את יסודות המהפכה החוקתית. בפרק השלישי אמשך את סקירת התפתחותו של המשפט הציבורי אחרי המהפכה החוקתית. אראה כי לצד פיתוח נמרץ של **הרטוריקה** החוקתית דאג בית המשפט לחזק, להרחיב ולבצר את תוצרי המהפכה המינהלית, בין היתר באמצעות יצירת ממשקים בין המשפט המינהלי לבין המשפט החוקתי וכן באמצעות "חוקתיזציה" של חלק מהמכשירים המינהליים הללו. **הפרק הרביעי** יעסוק בהתפתחויות שחלו בעשור האחרון. אטען כי בתקופה זו הלחצים של המערכת הפוליטית על המסגרת שנוצרה במהפכה החוקתית גברו, והמערכת המשפטית הגבירה את מאמציה להכין, מבעוד מועד, חלופות למסגרת הזאת. **הפרק החמישי** יעסוק בהתפתחויות שחלו בתקופה האחרונה. יוזמת הרפורמה המשפטית חשפה בבת אחת את חולשותיה של המסגרת החוקתית הקיימת ואילצה את בית המשפט לזנוח כמעט לחלוטין את תאוריית שני הכובעים, בניסיון לעצב מחדש את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית ישירות 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 התאוריה החוקתית שלנו בשנים הקרובות.

² בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת** (נבו 1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות).

לפני שאיכנס לדיון עצמו נדרשת הבהרה לשתי הבחנות מינוחיות שישמשו לאורך המאמר. ההבחנה הראשונה נוגעת להבחנה בין שיטות חוקתיות מוניסטיות (של "דרגה אחת") לבין שיטות דואליסטיות (של "שתי דרגות" חוקתיות). שיטות חוקתיות דואליסטיות הן שיטות שמכירות בסמכותו 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 שכוננה בסוף המאה השמונה-עשרה מגבילה מאוד את כוחו של כל רוב פרלמנטרי שעשוי להיווצר במוסדות הנבחרים של הקונגרס כיום לקבוע הסדרים המנוגדים 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 אף שהם נתמכים בידי הרוב. לפיכך חוקה היא מכשיר שמצוי במתח תמידי עם העיקרון של ממשל עצמי, שהוא עקרון יסוד בדמוקרטיה.⁴ לעומת התפיסה הדואליסטית קיימות גישות חוקתיות מוניסטיות. לפי תאוריות מוניסטיות עדיין תיתכן ביקורת שיפוטית שתגביל את האפשרות של הרוב הפרלמנטרי לקבל החלטות מסוימות, אך לא בשל קביעות שנקבעו בחוקה אלא משום שהחלטות שנתמכות בידי הרוב בפרלמנט הן החלטות רובניות שאינן דמוקרטיות בהיותן סותרות את עקרונות היסוד של הדמוקרטיה עצמה (למשל, החלטות לבטל את הבחירות או לדחות 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 מסוימים הוא עקרונות הנגזרים משיטת המשפט, אך לא דווקא מטקסט נורמטיבי כלשהו).⁷

חשוב להדגיש כי ההבדל בין תפיסה מוניסטית לתפיסה דואליסטית איננו נעוץ בשאלה אם 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 כול-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.

³ תיקון לחוקת ארצות הברית אפשרי רק אם הושג רוב בבתי המחוקקים של שני שלישים ממדינות האיחוד ורוב של שלוש 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. 1045 (1984) וכן דותן חוקה למדינת ישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 159–157.

⁵ ראו John Hart Ely, *Democracy and Distrust* Chap. 6 (1980) וכן דותן "חוקה למדינת ישראל", לעיל ה"ש 1, בעמ' 165–166. לדיון מפורט ראו גם רבקה וייל, "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנט של חוקת הכלאים הישראלית" **עיוני משפט** לח 501, 506–505, 530–528 (2016) (להלן: וייל "עשרים שנה לבנק המזרחי").

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

⁷ לניתוח מפורט ראו דותן "חוקה למדינת ישראל", לעיל ה"ש 1, 157–166.

כך למשל בשיטה החוקתית האמריקנית קיימת מגבלה חוקתית שלפיה על נשיא ארצות הברית להיות יליד ארצות הברית וכן 35 לפחות.⁸ העובדה שעל הנשיא להיות יליד ארצות הברית נובעת מהיותה **קבוצה בחוקה** ולא מכל סיבה אחרת (כמו למשל שהדבר מנוגד לעקרונות הדמוקרטיה או להתפתחות ההיסטורית של החברה האמריקנית וכיו"ב, אם כי מובן שעקרונות כאלה עשויים לסייע בפרשנותו של הטקסט החוקתי). לפיכך השאלה אם המגבלה החוקתית האמורה תואמת את "עקרונות הדמוקרטיה" אם לאו, יכולה להיות רלוונטית – אם בכלל – לדיון החוקתי רק בעקיפין לצורך פרשנות הטקסט. ומכל מקום, גם אם האמור בטקסט סותר את העקרונות הדמוקרטיים (למשל משום שהסעיף האמור בחוקה כובל את רצונו של הרוב בזמן T2 לבחור במועמד המועדף עליו ומאפשר למיעוט לקבוע בשביל הרוב את רצונו לעניין זה) הרי הטיעון הזה **כשלעצמו** הוא לא רלוונטי לדיון המשפטי-החוקתי, משום שהשיטה החוקתית (הדואליסטית) מכירה בלגיטימיות של כבילת רצונו של הרוב (תוך כדי פגיעה הכרחית בעקרון הממשל העצמי) במסגרת השיטה החוקתית. לעומת זאת שיטות מוניסטיות אינן מכירות בלגיטימציה של כבילה חוקתית טקסטואלית **ככזו**, משום שהדיון בתוקף ההגבלה על הכרעת המחוקק העכשווי נעשה תמיד מתוך התייחסות לעקרונות חוקתיים מטא-טקסטואליים מסוימים, כגון עקרונות הדמוקרטיה, והעובדה שמגבלה כזו או אחרת מעוגנת בטקסט כלשהו לעולם איננה מכרעת לעניין זה.⁹

לכן ההבחנה בין התאוריה המוניסטית לתאוריה הדואליסטית היא בינארית. יש מי שהציעו, הן בפסיקה והן בספרות,¹⁰ כי במדינת ישראל מתקיים למעשה שילוב בין המודל המוניסטי למודל הדואליסטי, אך להצעה זו אין כל אחיזה אנליטית בתאוריה החוקתית. כפי שנאמר, גם לפי התאוריה המוניסטית, ייתכן שיהיו הגבלות טקסטואליות, וכך אכן חוקי היסוד שלנו יכולים להיחשב לכאלה, 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 לא כתובים ממעל לחוקה היא למעשה חזרה לתאוריה של דרגה אחת.¹¹

ההבחנה **השנייה** עוסקת בהבחנה בין המשפט החוקתי למשפט המינהלי. כידוע, הבחנה זו רחוקה מלהיות חדא וברורה. אולם לצורך הדיון הנוכחי ניתן לומר כי המשפט החוקתי מתמקד במישור היחסים שבין הרשות השופטת לרשות המחוקקת ובביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, ואילו המשפט המינהלי מתמקד במישור היחסים שבין הרשות השופטת לרשות המבצעת ובביקורת שיפוטית על החלטות מינהל ועל מעשיו.¹² נקודת המוצא

⁸ U.S. Const. art. II, § 1, cl. 5.

⁹ התאוריה המוניסטית הקלאסית אף לא הכירה באפשרות לכבילת הריבון בחקיקה, אך בשלב מאוחר הוכרה האפשרות לכבילה עצמאית ולביקורת שיפוטית על חקיקה, ראו ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי", לעיל ה"ש 5 בעמ' 505. אומנם גם לאחר ההכרה במעמד חוקתי ובאפשרות לביקורת שיפוטית התאוריה המוניסטית מותירה אותנו עם "חוקתיות חלשה" כמאמרה של ווייל, שכן יש 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 ה"ש 69. ראו ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 567; וכן חוות דעתה של השופטת ברק-ארז בבג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 2, בפס' 11 לפסק דינה.

¹¹ ראו להלן, ה"ש 153.

¹² 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** 713, 716 (תשע"ו). הסיבה העיקרית לכך היא

המקובלת היא שהמשפט המינהלי "כפוף" למשפט החוקתי במישור הנורמטיבי או "נחות" ממנו במובן זה שהביקורת השיפוטית על מעשי המינהל מקבלת את דבר המחוקק כנקודת המוצא שאין עליה עוררין, ואילו הביקורת 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 בחוק ומכוונת להבטיח שהרשות המינהלית פועלת במגבלות הסטטוטוריות שקבע 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 רבת. בניגוד ל"מהפכה החוקתית" של אמצע שנות התשעים, היה מוקד השינויים במשפט המינהלי (קרי במישור המינהלי) ולא במשפט החוקתי (שממילא באותה תקופה עדיין היה, במידה רבה, בחיתוליו), ולכן אכנה אותה כאן "המהפכה המינהלית". כדי להבין את ההיקף ואת החשיבות של השינויים שנעשו במשפט המינהלי שלנו במהלך שנות השמונים צריך להקדים כמה משפטים על המצב המשפטי שקדם לשנות השמונים.

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

כי מבחינה היסטורית המשפט הציבורי שלנו התפתח בעקבות המשפט האנגלי בשנות החמישים והשישים של המאה הקודמת, כלומר בתקופה שבה הן במשפט האנגלי והן במשפט הישראלי לא הייתה 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 (ראו למשל בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 817 (1953) (להלן: עניין "**קול העם**"); וכן המקורות המופיעים בה"ש 15 להלן).

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.

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 בבג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 2, בפס' 54–55 לפסק דינו של השופט שטיין: "שום כנסת אינה מוסמכת לחוקק חוקים כדלקמן בין בלבד של חוק רגיל, ובין בלבד 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"; כך גם יש המייחסים לעקרון 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 ובראשונה, הכרה בעקרון ריבונות הפרלמנט כעקרון-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 פיתוחה של הביקורת השיפוטית נעשה אפוא, רובו ככולו, בשדה המשפט המינהלי ונסמך בראש ובראשונה על עקרון-העל של המשפט המינהלי – הוא עקרון החוקיות. המשמעות העיקרית של ביסוס הביקורת השיפוטית על עקרון החוקיות הייתה שהביקורת התבססה בראש ובראשונה 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 בניגוד לדרישות כלליות מסוימות של המשפט המינהלי.¹⁸ בד בבד במהלך שנות השישים והשבעים פיתח בית המשפט דוקטרינה מוצקה וענפה של הגנה על חירויות הפרט הבסיסיות. גם בבסיס דוקטרינה זו הייתה ההנחה שהמחוקק הוא כול-יכול מבחינת סמכותו להגביל את חירויות הפרט, אלא שבית המשפט יעשה כל מאמץ פרשני כדי להגביל את הפגיעה בחירויות.¹⁹ כלומר, הדוקטרינה הזאת לא ערערה על מושכלת היסוד של המשפט הציבורי בדבר ריבונות הפרלמנט. אומנם במהלך שנות השבעים היו ניצנים ראשונים לשינוי התפיסה הזאת ולהכרה, אם גם מהוססת ומוגבלת, ביכולתה 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 כמה וכמה 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**, לעיל ה"ש 15, פרק 4, פס' 4.2.1, ואסמכתאות בה"ש 18 שם (2022); ראו דפנה ברק-ארו **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 את הדוקטרינה הזאת של "הזכויות שאינן מנויות עלי ספר" הציג בית המשפט כבר בשנת 1949 בעניין **בז'רנו** (בג"ץ 1/49 **בז'רנו נ' שר-המשטרה**, ב 80 (1949)), ושיאה היה בפסק דינו המקיף של השופט אגרנט בעניין **"קול העם"**, לעיל ה"ש 12; 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) (להלן: **הלכת ברגמן**). אומנם שם הוכרה כאמור סמכותה 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) 560 (1977) וראו דותן **"חוקה למדינת ישראל"**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 166–168 וראו הדיון להלן בטקסט ליד ה"ש 68.

המשפטית.²¹ במסגרת הנוכחית ברצוני להתעכב בפירוט מסוים 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** העומדות בפני העותרים לבג"ץ, ובראשן **השפיטות וזכות העמידה**.²² לעניין **השפיטות**, עד לאותו שלב היו תחומי פעילות שלטונית רבים שנחשבו ללא 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 אומנם נחשבו לכאלה שעשויים להיות שפיטים, אך היקף הביקורת עליהם יהיה מצומצם ביותר, ולכן בפועל החלטות אלו יגיעו לדיון לגופו של עניין רק במקרים נדירים ויוצאי דופן. עם התחומים הללו, האחרונים, נמנו החלטות ביטחוניות הנוגעות לחירויות הפרט וגם החלטות בנוגע להפעלת סמכויות התביעה הפלילית (ראו להלן).²⁶ אולם למן פסק הדין הידוע בעניין **רסלר**²⁷ השתנתה דוקטרינת השפיטות לחלוטין. בית המשפט קבע כי הלכה למעשה אין 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 הייתה דומה, בקורים כלליים, לגישה שנהגה (ולמעשה נהגת עד עצם היום הזה) באנגליה ובחלק ניכר ממדינות המשפט המקובל.²⁹ על פי גישה זו, כדי לתקוף החלטה שלטונית על התוקף היה להראות כי יש לו עניין **אישי וישייר** בהחלטה הנתקפת. כלומר, שהחלטה

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 גביון, מרדכי קרמיניצר 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 נוסף על עניין השפיטות וזכות העמידה, בית המשפט צמצם מאוד את השימוש גם בעילות סף אחרות כגון עילת השיהוי (בג"ץ 170/87 **אסולין נ' ראש עיריית קריית 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) 313, 314 (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) (להלן: עניין שור).

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

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

²⁹ כך למשל בארצות הברית יש להוכיח "פגיעה אישית בפועל" (injury in fact) כדי לזכות בזכות עמידה (ראו *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737 (1992) 555; *Wildlife of Defenders v. L.H.W.R. WADE*, 11th ed., 2014) 590–595; *C.F. FORSYTH, ADMINISTRATIVE LAW* 590–595 (11th ed., 2014) *McKee, Standing on a Spectrum, Third Party Standing in the United States, Canada* (2011) 115, 117–118; *and 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.

השלטונית פוגעת באינטרס מובהק של העותר, כגון באינטרס כלכלי, רכוש, מקצועי וכיו"ב. עצם העובדה שהחלטה הייתה לא חוקית, ואפילו אי-חוקיותה הייתה 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 פגיעה ברגשותיו הדתיים או הלאומיים, לא היה בה 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 אידאולוגי צרוף) סייעו לבית המשפט במקרים רבים להימנע מכניסה לדיון בנושאים רגישים, כאלו שהיו שנויים במחלוקת ציבורית או כרוכים בקונפליקטים פוליטיים מובהקים.³²

אלא שלמן תחילת 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, בעניין **רסלר** הכיר בג"ץ במעמד "העותר הציבורי", כלומר באפשרותו של כל אחד מהציבור לתקוף כל החלטה שלטונית ללא מגבלה של זכות עמידה.³⁴ משלב זה ואילך השאלה היחידה שבית המשפט התמקד בה הייתה שאלת חוקיותה של ההחלטה המינהלית העומדת לדיון, ואילו שאלת הפגיעה בעותרת, או בקשר שיש לה, באופן אישי, עם מושא ההחלטה – 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 ואת הפגיעה 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 מרץ מכונות 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 ומשמים 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 מההחלטה 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 העלאה של 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 לשדר 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 7, בעמ' 461–464 לפסק דינו של השופט ברק.

³⁵ לרוב בית המשפט אינו מעלה כלל את שאלת זכות המעמד, למעט חריג אחד שבו יש נפגעים ישירים הבוחרים שלא להגיש עתירה (וגם חריג זה, בעיקרו, הוא פיתוח של השנים האחרונות): למשל בג"ץ 962/07 **לירן נ' היועץ המפשטי לממשלה** (נבו 1.4.2007); בג"ץ 6972/07 **לקסר נ' שר האוצר** (נבו 22.3.2009); בג"ץ 6698/08 **טנקרדי – העמדה לשימור המורשת הצלבנית נ' המכון לחקר המשפחה** (נבו 9.11.2010); בג"ץ 1103/10 **המשרד לענייני אסירים ומשורחריים ברשות הפלסטינית נ' השר לביטחון פנים** (נבו 23.2.2011); בג"ץ 1637/17

קשה להפריז בחשיבותו של השינוי הזה בדיני המעמד בבג"ץ כפי שהוצג בבית המשפט בעניין **רסלר**. היו לו השלכות מרחיקות לכת לא רק 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 שתי הזירות. בעניין **רסלר** נהפך בג"ץ את עצמו, כמעט בן לילה, ממוסד שיפוטי "רגיל", שתפקידו מתמצה בעיקר בהכרעה בסכסוכים משפטיים בין הפרטים לבין עצמם או בינם לבין המדינה, למוסד שדן ומכריע תדיר (שלא לומר כמעט כשגרה) בסכסוכים **קבוצתיים** הנוגעים בענייני השעה – היינו למחלוקות ציבוריות ופוליטיות. כלומר, מדובר בשינוי יסודי **בתפיסת התפקיד של בג"ץ** וביחסיו עם רשויות השלטון האחרות. מאותו רגע ואילך לא ראה בג"ץ עצמו עוד רק כמוסד שיפוטי שנועד להכריע בסכסוכים **משפטיים קונקרטיים** אלא הפך את עצמו למוסד **ביקורת כללי** שרואה עצמו מוסמך לפקח על כל פעולה של הממשלה ועל כל החלטה שלטונית, כאשר הפיקוח הזה הוא "עצמאי" במובן זה שהוא מנותק מהקשר קונקרטי כלשהו, שבו אמורה ההחלטה להשפיע ישירות על אינטרסים מוגדרים של הצדדים הפרטניים לדיון המשפטי עצמו. בשל הביטול הלכה למעשה של דרישת זכות העמידה (ובמקביל לה, ביטול מגבלת השפיטות), הרי כל החלטה שלטונית וכל מחלוקת ציבורית הפכו למעשה לנתונות לפיקוחו של בית המשפט ולאפשרות, העקרונית לפחות, של התערבותו כדי לתקן את מה שעשוי להיראות לו מעוות.³⁶ בית המשפט הפך עצמו למעשה למעין מוסד מבקר עצמאי, שיכול במידה רבה "להתחרות" 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 – היה למעשה סוג של מהפכה חוקתית, שהיקפה והשלכותיה על שיטת המשפט ועל הזירה הציבורית בישראל ועל היחסים שבין בית המשפט לרשויות הפוליטיות לא נפלו, מכל שינוי חוקתי אחר, ואולי אף עליו, לרבות "המהפכה החוקתית" של שנות התשעים. אלא שכידוע המהפכה בדיני זכות עמידה לא עמדה כשלעצמה, אלא היא הייתה חלק ממארג שלם של מהלכים שיפוטיים, שבעיקריהם שבהם נמשך לעסוק כעת.

הר שמש נ' מנהל רשות המיסים (נבו) 12.7.2017; בג"ץ 8041/18 התנועה למען איכות השלטון נ' 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: והושמו בצד, לרבות מגבלת השפיטות, סולוקה הלכה למעשה לחלוטין מעל דרכם של העותרים לבג"ץ, ולרבות מגבלות הנוגעות לסמכות בג"ץ ולעילות הביקורת במישור המהותי. סמכותו 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 בממשיקים 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 הייתה מבוססת על עילת חוסר הסמכות ועל דוקטרינת הוירס. בתחילת שנות השמונים חל שינוי טקטוני גם במישור זה עם הצגתה של עילת הסבירות האיונית בפסק הדין בעניין **דפי זהב**.³⁸ אומנם הסבירות, לפחות כמטבע לשוני, הייתה קיימת ברטוריקה של פסקי הדין גם קודם לכן. אבל הנוסחה האיונית שהציג השופט ברק בעניין **דפי זהב**, שדרשה מכל רשות שלטונית לערוך "איון" בין כלל השיקולים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה – איון שיהיה נתון לפיקוחו של בית המשפט במסגרת "מתחם" הסבירות ושלאפשר לבית המשפט להתערב בכל מקרה של חריגה מהמתחם – הייתה 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** בדבר צדקת ההחלטה או רצינותה, כשהיא "מולבשת" בכסות הכוללנית והערטילאית של טענת חוסר סבירות, 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 ובראשונה 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 ואת סוג הרשויות שהיו כפופות לביקורת בג"ץ.⁴¹ אולם בהקשר זה הייתה חשיבות מיוחדת

³⁸ בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, לה (1) 421 (1980) (להלן: **עניין דפי זהב**); לפסק הדין קדמו כמה התפתחויות במהלך שנות השבעים ולקראת סופן שבהן הייתה הרחבה מסוימת של עילת הסבירות; להרחבה ראו דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" משפטים נא 673, 678 (התשפ"א) (להלן: דותן "שני מושגים"); וכן בג"ץ 156/75 **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, באמצעות סיווג גופים עסקיים 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 שהשמיע המשנה לנשיא אלון בפסק דינו המקיף בבג"ץ 1635/90 **דודיבסקי נ' ראש הממשלה**, פ"ד מה (1) 749 (1991).

להחלת הביקורת השיפוטית על מוסד היועצת המשפטית לממשלה (היועמ"שית) ועל המערכת המשפטית של הרשות המבצעת בכללה. כידוע, היועצת המשפטית לממשלה נושאת בידיה סמכויות שלטוניות חשובות רבות, אך בהן שלוש סמכויות חשובות במיוחד: הראשונה, היועמ"שית עומדת בראש התביעה הפלילית הן מבחינת סמכויותיה הסטוטוריות בנוגע להעמדה או לאי-העמדה לדין והן מבחינת היותה הגורם הבכיר ביותר מבחינה הייררכית 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 ייצוג המדינה וכל רשויות השלטון המרכזי בכל הערכאות המשפטיות, ולפיכך עומדת היא 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 מונח הרעיון של הפרדת הרשויות. החשש הוא שהפעלת ביקורת שיפוטית על סמכויות התביעה תפגע בעצמאות התביעה מצד אחד, ובמעמד חסר הפניות של בית המשפט בהליך הפלילי, מצד שני.⁴⁴ תפיסה זו אומצה גם בישראל מאז שנות החמישים, ולפיה 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 הוסרה גם הגבלה זו על היקף הביקורת השיפוטית 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 בד בבד קבע בג"ץ כי היועץ המשפטי הוא "עצמאי" ביחס לממשלה. כלומר, שהממשלה איננה רשאית להתערב בהפעלת שיקול הדעת

⁴² סמכויות היועץ המשפטי לממשלה כוללות ארבעה מרכיבים עיקריים: ראש התביעה הכללית, ייעוץ משפטי לממשלה, ייצוג הממשלה בערכאות ושמירה על האינטרס הציבורי. להרחבה על הקשר בין הסמכויות ועל המתח ביניהן ראו רות גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה' 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 house* *WADE & reearch v. The Serious fraud Officer*, [2008] W.L.R. 568; 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) (להלן: **עניין גנור**); וכן ראו בג"ץ 425/89 **צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד מג(4) 718 (1989) (להלן: **עניין צופאן**).

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

גם למהלך האמור של בג"ץ במישור היחסים שבינו לבין מוסד היועץ המשפטי לממשלה היו השלכות עצומות ומרחיקות לכת הן על המשפט הציבורי בישראל והן על הזירה השלטונית, הבירוקרטית והציבורית. אלא שבניגוד לשני המישורים הראשונים (זכות העמידה והסבירות), שזכו להתייחסות ענפה הן בכתובה 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) הייתה התייחסות מקיפה לעומק ההשלכות והמשמעויות הענפות של המהלך של שנות השמונים. המשמעות האמיתית של הצעדים הללו של בג"ץ (קרי הקביעה בדבר ה"עצמאות" המוחלטת של היועמ"ש, על כל סמכויותיו) ועימה החלה של פיקוח שיפוטי צמוד והדוק על סמכויות היועמ"ש – היא הפיכת מוסד היועמ"ש ועימו את כל המערך הבירוקרטי-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 באמצעות פיקוח משפטי המופעל על כלל בעלי הסמכות ומקבלי ההחלטות בתוך הרשות המבצעת. ואכן, התפיסה שלפיה 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 היום-יומית של משרדי

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 ככובעו כראש התביעה הכללית היא מקובלת בעולם, אך הבעייתיות נובעת מתפיסתו כעצמאי גם ככובעו כמייצג וכיועץ. על כך ראו איתן לבונטין "מבוא ביקורתי לייצוג המדינה בערכאות" **משפטים** נב (עתיד להתפרסם). אומנם מבחינה כרונולוגית צרופה ההלכות התקדימיות בנוגע 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 **אמיחי - אורחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין**, **ראש ממשלת ישראל**, מז(5) 441 (1993) (להלן: **עניין אמיחי**)), אולם הלכות אלו הן פועל יוצא ישיר של ההתפתחויות במשפט המינהלי בשנות השמונים (ובראש ובראשונה החלת הביקורת השיפוטית על הסמכויות התביעיות של היועמ"ש, קרי עניין **גנור**, לעיל ה"ש 46). הן ניתנו לפני "המהפכה החוקתית" של פסק הדין **בנק המזרחי בלא תלות בה** ובלא קשר 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.

הממשלה.⁵⁰ על זה צריך להוסיף את העובדה – גם היא פרי המהפכה של שנות השמונים – שהיועמ"שית עצמאית גם בהפעלת סמכויות הייצוג שלה.⁵¹ השורה התחתונה של השילוב של הרחבת הביקורת השיפוטית עם ההשפעה של בג"ץ על שלוש 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 בעלת משקל של הממשלה או של 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 שהיא שולטת גם בסמכויות הייצוג, ורשאית, במקרים המתאימים, להודיע לבית המשפט שעמדתה 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 שנודע כעקרון 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 אף 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

⁵⁰ השינוי ברטוריקה מתבטא הן בפסיקה (למשל עניין אמיתי, לעיל ה"ש 49, בעמ' 473) והן בפרקטיקה של הייעוץ המשפטי לממשלה (למשל "מדריך פנימי לעבודת הייעוץ והחקיקה" משרד המשפטים, 8 (2017) https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/legislation_guide/he/guide.pdf (להלן: מדריך החקיקה)).

⁵¹ ראו עניין אמיתי, לעיל ה"ש 49, בפס' 41 לפסק דינו של השופט ברק; להרחבה ראו איתן לבונטין "מבוא ביקורתי לייצוג המדינה בערכאות", לעיל ה"ש 49.

⁵² כפי שנאמר, סמכות הייצוג היא בלעדית ליועץ המשפטי לממשלה, וכן גם הסמכות שלא לייצג את המדינה או אף לטעון נגדה בערכאה השיפוטית. מקרה כזה התרחש למשל בבג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993) (להלן: עניין דרעי). להרחבה על המונחול של היועץ המשפטי על הייצוג ראו דניאל פרידמן "יועץ שהוא מחוקק, שופט ותובע" ספר לבונטין 181, 197 (יהושע ויסמן, ברק מדינה וסיליה וסרשטיין פסברג עורכים) (2013) (להלן: פרידמן "יועץ שהוא מחוקק שופט וקובע"). עוד דוגמה מהזמן האחרון – אחת מני רבות – להתנגשות בין היועמ"שית לבין הממשלה בנוגע לסוגיית הייצוג היא העתירה שהוגשה לאחרונה בנוגע להפסקת תקצוב הישיבות שבהן 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 לייצג נפרד בבג"ץ, ראו יעל פרידסון, "היועמ"שית אישרה לממשלה לייצג נפרד בעתירות נגד הפטור מגיוס חרדים" הארץ (21.4.2024) <https://www.haaretz.co.il/news/law/2024-04-21/ty-article/0000018f-00ec-d64a-a9af-84efd7970000>.

⁵³ עניין דרעי, לעיל ה"ש 52, בפס' 11 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

⁵⁴ למשל שם; עניין אמיתי, לעיל ה"ש 49.

משרה, ולא פעם קיבל בית המשפט את העתירה והורה על פסילת מינויים או על הדחות של הנוגעים בדבר.⁵⁵ כאן המקום לציין כי אף שהפיקוח של בג"ץ על מינויים ועל הדחות של נושאי משרה הפך אצלנו לכמעט שגרה, הרי אין לכך מקבילה בשום שיטת משפט אחרת בעולם (לא כל שכן בשיטות המשפט הקרובות, אלו שסודות 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 עקרון 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 האיוונית והפיקוח השיפוטי על סמכויות היועצ"ש. ללא השילוב של שלוש הדוקטרינות הללו יחד – לא היה קיום לעקרון טוהר המידות.

עקרון טוהר המידות, קרי פיקוח שיפוטי באמצעות ביקורת שיפוטית מינהלית על מינויים ועל הדחות, 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 שאפשר 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 הנתונה לממשלה: הסמכות למנות או לפטר בעלי משרה (קרי הסמכות המכונה, בעגה האמריקנית, The

⁵⁵ למשל שם; עניין דרעי 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); 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, נו(2) 265 (2001); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, נו(6) 817 (2003); בג"ץ 5853/07 אמנונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, סכ(3) 445 (2007); בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (נבו 8.5.2016).

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

⁵⁷ ניסיון להביא להצגת עיקרון 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 בית המשפט מוסמך לפסול מועמדים מושחתים למשרות ציבוריות. בית המשפט העליון ההודי הדגיש את החשיבות של טוהר המידות בשירות הציבורי ואת נזקיה של השחיתות (בצינו מחקרים המעידים שלחלק ניכר מהמועמדים לפרלמנטים המדינתיים בהודו יש עבר פלילי), אך דחה את העתירה בשתי ידיים בצינו 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 שהניסיון האמריקני 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 India, וכן, *The Rise of Judicial Governance*, 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.

Power to Hire & Fire, המצויה בידיו של הנשיא).⁵⁸ היינו, אם ינסה מאן דהו באנגלייה, בקנדה או בארצות הברית לתקוף החלטת מינוי של שר או מנהל של משרד ממשלתי, או לדרוש את פיטוריו באמצעות עתירה מינהלית, לא תהיה לו זכות עמידה לכך, וממילא מינויים שלטוניים גם אינם שפיטים בכל שיטות המשפט הללו.⁵⁹ לפיכך גם לא תהיה לתוקף כל עילה חוקית לעשות זאת, משום שעילת הסבירות, במתכונתה הקיימת אצלנו וברוח תחולתה, איננה מאפשרת ביקורת כזאת, 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 עקרון טוהר המידות מראה עד כמה הלכה הביקורת השיפוטית המינהלית אצלנו והתרחקה מהמצב הקיים בשיטות משפט אחרות וממה שהיה נהוג עד 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 הייתה כל כולה תוצר של פסיקת בית המשפט.** היינו, אף שדובר בשינויים עצומים שהיו להם השפעות מרחיקות לכת על המשפט הציבורי ועל שיטת המשפט והממשל בכלל, הרי השינויים הללו לא היו קשורים לשום שינוי בתשתית הסטוטורית הרלוונטית ולא נבעו משום שינוי כזה. בתשתית הזאת לא היו בשנות השמונים כל שינויים בעלי חשיבות ודאי לא כאלה שמהם אפשר היה לגזור את המהלכים שביצע בית המשפט או שאפשר היה לתמוך בהם את המהלכים הללו. אם בכלל היו שינויים בחקיקה שיש להם רלוונטיות כלשהי למשפט הציבורי, הרי שהם היו מינוריים ושוליים, ומכל מקום, ודאי שלא ניתן לייחס להם את המהלכים שזים בית המשפט.⁶¹

ראו David M. Driesen, *Firing U.S. Attorneys: An Essay*, 60 ADMIM.L.REV. 707 (2008).
ראו לעיל, ה"ש 29.

מבחינה אנליטית טוהר האפשרות של ביקורת שיפוטית על היועמ"ש איננה הכרחית לצורך אפשרות התקיפה של מינויים או החלטות בענייני הדחות (בניגוד לזכות העמידה הציבורית והסבירות האיוניות), משום שהעתירות בנושאים אלו אינן מופנות, בדרך כלל, נגד היועמ"ש אלא נגד הגורם הממנה או הגורם המוסמך להעביר את הנוגע בעניין מתפקידו. עם זאת פיתוחו של עקרון טוהר המידות בפסיקה שלנו קשור בטבורו להתפתחות הביקורת השיפוטית על היועמ"ש וחיזוק הקשר המוסדי בין בג"ץ לבין היועמ"ש והמערך המשפטי של הממשלה הכפוף לו. אין זה מקרה שהקביעות התקדימיות החשובות באשר לעצמאות 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 עקרון טוהר המידות, ראו עניין אמיתי, לעיל ה"ש 49, פס' 42; עניין דרעי, לעיל ה"ש 52, 429. 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) עובדה התואמת היטב את האמור בטקסט על ייחודיות הפיתוח של עקרון טוהר המידות אצלנו.

השינוי היחיד בתשתית החקיקתית הרלוונטית שנעשה בשנות השמונים היה חקיקתו של חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, חוק שהטיל על בתי המשפט חובה לפרש כל דבר חקיקה לפי מסורת ישראל. אם בכלל הייתה צריכה להיות לחוק הזה השפעה כלשהי על התהליכים שתוארו לעיל, הרי היא הייתה אמורה להיות הפוכה למגמה שהנהיג בית המשפט, לפחות במובן זה שהכנסת התיימרה באמצעות החקיקה להתערב בדרך שבה בית המשפט מפרש דברי חקיקה, לרבות כאלו שבתחום 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** –

ב. המהפכה החוקתית – שנות התשעים

בתחילת שנות התשעים ניצב אפוא המשפט הציבורי בישראל כשהוא אחרי מהפכה עמוקה ורבת ממדים במישור המינהלי. קשה לחשוב ולו על פרמטר אחד של הביקורת השיפוטית המינהלית שלא עבר שינוי עמוק שכלל הרחבה רבתי של היקף הביקורת, שכלול כלי הביקורת וגיוונם והרחבה של התחומים שעליהם חל המשפט הציבורי. זאת ועוד, השלכותיה של המהפכה המינהלית של שנות השמונים השתרעו אל 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 שקיבלו הכנסת ורשויות השייכות לכנסת בעניינים הנוגעים לניהול הפנימי של בית המחוקקים (כגון החלטות של הנשיאות בנוגע למועדי הדיון בהגשת הצעות אי-אמון).⁶² בית המשפט החיל את ביקורתו גם על החלטות שמקבלת הכנסת בנוגע לזכויות של חברי הבית ולהליכים משמעתיים וכיו"ב שרשויות הכנסת מקבלות בעניינים.⁶³ גם בתחומים הללו ההלכות שנקבעו במהלך שנות השמונים היו שינוי חד והרחבה רבתי של היקף הביקורת השיפוטית לעומת המצב המשפטי קודם לכן וגם לעומת מה שהיה, ועדיין מקובל, במרבית שיטות המשפט השייכות למשפט המקובל, שם נושאים כאלה נחשבים, בדרך כלל, ללא שפטים.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 רב במהלך שנות השמונים – תחום הביקורת השיפוטית על חוקתיותה של חקיקה ראשית של הכנסת. לעומת הביקורת השיפוטית בישראל על הפרלמנט שהייתה רחבה בהרבה מזו שבמדינות המשפט המקובל האחרות, הביקורת על התוצרים של פעולת הפרלמנט, קרי חקיקה ראשית, הייתה מצומצמת ומוגבלת לגבולות המינימליסטיים שעוצבו כבר בשנות השבעים בהלכת ברגמן.⁶⁵ ניתן לומר כי באותו שלב נוצר פער בין תנופת ההרחבה של הביקורת השיפוטית כמעט על כל 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 בהמשך פרק זה). אלא שהתשתית החוקתית הטקסטואלית להפעלת ביקורת על חקיקה ראשית כמעט שלא הייתה קיימת. אומנם הכנסת חוקקה עד לאותו שלב כמה חוקי

⁶² פרשנות החקיקה 141 ואילך (התשנ"ג)). מכל מקום, בית המשפט פירש את החוק בצמצום (ראו פסק דינו של השופט ברק בע"א 546/78 בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס, לד"ר (3) 57 (1980)), ולא היו לחוק כל השלכות על התהליכים שנדונים כאן.

⁶³ 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.

⁶⁴ בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118 (1981); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 243–246 (להלן: רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי).

⁶⁵ 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 קוונטנסקי נ' כנסת ישראל (נבו) 6.8.2017.

⁶⁶ לעיל, ה"ש 20.

יסוד, אך אלו היו חוקי יסוד מבניים (שהחשובים שבהם היו חוק-יסוד: הכנסת וחוק-יסוד: הממשלה), ואלו לא כללו כמעט שום התייחסות לעקרונות היסוד של השיטה החוקתית, ולא כל שכן התייחסות כלשהי למגילת זכויות. זאת ועוד, למעט סעיפים ספורים, חוקי היסוד לא היו משוריינים,⁶⁶ וגם לעליונות הנורמטיבית שלהם ביחס לחקיקה רגילה לא היה שום ביטוי בטקסט של חוקים אלו. זאת ועוד, בהלכת **ברגמן** (ובהלכות שהלכו בעקבותיו)⁶⁷ לא היה בית המשפט מוכן להכיר בשום עליונות נורמטיבית כזאת של חוקי היסוד, והוא ביסס את התערבותו לפסילת חקיקה שנגדה את עקרון 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, בנוגע לחקיקה 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 על סמך טקסט חוקתי כלשהו – אלא מכוח עקרונות היסוד של הדמוקרטיה. אף שהטענה של העותרים בעניין זה נטענה בעלמא, ואף שההתייחסות לנושא לא נדרשה כלל לגופו של עניין, הרי ברק התייחס לטענה בכובד ראש (בצינו 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"המהפכה החוקתית" של שנות התשעים. בניגוד למהפכה המינהלית, המהפכה הזאת החלה, כידוע, במהלך של הכנסת, שכוונה ב-1992 את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת חוק-יסוד: חופש העיסוק. המהלך של הכנסת היה לא צפוי, לא סדור, ובמידה רבה לא מתוכנן.⁷¹ הוא החל בהצעות חוק פרטיות (ולא, כפי שאפשר היה לצפות, בהצעות שיזמו ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת או משרד המשפטים) שהוגשה לכנסת ונדונה בשלהי כהונתה של הכנסת ה-12 (קרי, בתקופה שבה המשמעת הקואליציונית

⁶⁶ למעט כמה סעיפים חריגים: חוק-יסוד: הממשלה; חוק-יסוד: חופש העיסוק; חוק-יסוד: משאל עם; חוק-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 לרובינשטיין ומדינה **המשפט החוקתי** לעיל ה"ש 63, שם חלק נכבד מהדיון מוקדש לסוגיה זו.

היא רופפת). גם הדרך שבה נדונו ואושרו הצעות החוק רחוקה מלהלוך את מה שאפשר היה לצפות מ"מעמד הר סיני" כיאה לכינון חוקה.⁷² הן היקף הנוכחות של חברי הכנסת בדיונים ובהצבעות והן הרוב שבו אושרו החוקים היו דלים, מה שיכול היה לעורר תהיות וטענות בדבר מידת הלגיטימציה הדמוקרטית של המהלך כולו.⁷³ ואכן, הטקסט החוקתי שהיה התוצר של המהלך סבל מחסרונות ומחולשות רבים. אומנם בפעם הראשונה בהיסטוריה של המדינה השתמשה הכנסת בסמכותה המכוננת לקביעת מגילת זכויות, אך זו הייתה מגילת זכויות מוגבלת שחסרה כמה מן הזכויות המרכזיות ביותר שאפשר היה לצפות מכל מגילת זכויות שתכיל, והכוונה בראש ובראשונה לעקרון 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 עקיב ולא ברור, בראש ובראשונה משום שהחוק העיקרי, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו 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 בנוגע לזכויות הפרט בתחומי הביטחון, המעמד האישי וכד').⁷⁴

למרות החולשות והחסרונות הבולטים של חוקי היסוד החדשים בתור טקסט חוקתי, מיהר בית המשפט להרים את הכפפה החוקתית שהשליכה לעברו הכנסת, וזמן לא רב לאחר קבלתם בכנסת הוא הציג, על בסיס חוקי הזכויות, תאוריה חוקתית דואליסטית מלאה.⁷⁵ בפסק הדין **בנק המזרחי** קבע בית המשפט כי עם קבלתם של חוקי הזכויות הפכה ישראל ל"דמוקרטיה חוקתית".⁷⁶ לפיכך הציג בית המשפט בפסק הדין – מפי השופט ברק – תזה חוקתית מקיפה, היא תזת שני הכובעים, שעל 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 וליקורות 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. הדי הביקורת על הלגיטימציה הדמוקרטית-חוקתית של המהלך החוקתי שנעשה בפרשת **בנק המזרחי** לאורך השנים ועד עצם היום הזה, ראו למשל אמנון רייכמן, "רבע מאה למהפכה החוקתית תמונת מצב של החוקה בהרצה" **משפטים** נב, 971 וה"ש 54 שם (2024) (להלן: רייכמן "חוקה 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' 984). אך השור, מדינה "הזהות החוקתית", ה"ש 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. נוסף על זה חוסר העקיבות בשר למעמד הנורמטיבי ולסוגיית השריון של חוקי היסוד החדשים (ראו גם ה"ש 66 לעיל) הוביל גם לדיון בהבחנה – לא בהירה כשלעצמה – שבין "שינוי" בחוק יסוד לבין "פגיעה" בו, ראו רובינשטיין ומדינה **המשפט החוקתי**, לעיל ה"ש 63 בעמ' 102, פס' 2.40 (מהדורה שישית, 2005).

⁷⁵ לדיון מפורט ראו דותן "חוקה למדינת ישראל", לעיל ה"ש 1, 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 ממחפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים". מהלך זה של בית המשפט היה רחוק מלהיות מובן מאליה או תוצאה טבעית של חקיקת חוקי הזכויות בשנת 1992, ראו רייכמן "חוקה בהרצה", לעיל ה"ש 73, בעמ' 976.

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

בשל ה"חסך" שהיה בתחום הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית (במיוחד לעומת רוחב המשרעת של הביקורת השיפוטית בכל שאר התחומים) ובשל העובדה שקבלת חוקי הזכויות העניקה לבית המשפט הזדמנות נוחה "לסגור את הפער" בתחום, לא מפתיע שבית המשפט בחר לנצל את ההזדמנות של קבלת חוקי הזכויות ולהציג על בסיסם תאוריה חוקתית שהכירה בסמכותה של הרשות השופטת להעביר תחת שבט ביקורתה חקיקה ראשית של הכנסת. בחירתו של בית המשפט בהצגת תאוריה חוקתית טקסטואלית על בסיס חוקי הזכויות היא מובנת לאור היתרונות הרבים של תאוריה כזאת 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 ביסוס של הסמכות החוקתית של בית המשפט ושל הביקורת 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 תוכני החוקה. כלומר, על פי התאוריה 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 הזכויות, 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 מיוחס כלשהו. במילים בוטות יותר ניתן לומר שבאותה עת שבית המשפט הציג את התאוריה 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 הפוליטיות כמערכת יחסים שנובעת מטיפול באותה פצצה חוקתית מתקתקת וכרוכה בו.⁷⁹ היינו, תאוריית הסמכות המכוננת שהוצגה בעניין **בנק**

⁷⁷ לפי תאוריית שני הכובעים שאומצה בדעת הרוב בפסק הדין בעניין המזרחי ראו לעיל ה"ש 1. אומנם השופט שמגר ביסס את הכרעתו על תאוריה אחרת – תאוריית הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת – שלפיה הכנסת היא כול-יכולה, ולכן יכולה גם להגביל את עצמה (שם, בפס' 32 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) שמגר). וכן השופט חשין שהציג את דעת המיעוט ששללה את המעמד החוקתי של חוקי היסוד – כלומר חשין שלל את עמדת הרוב שלפיה חוקי הזכויות הפכו את ישראל לשיטה חוקתית של שתי דרגות והמשיך לדגול בעמדה שישיראל הייתה ונשארה דמוקרטיה של דרגה אחת. השופט חשין דחה בפסק דינו הן את תאוריית שני הכובעים של השופט ברק (שם, בפס' 9 לפסק דינו) והן את תאוריית הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת (שם, בפס' 99 לפסק דינו). במילים אחרות, פסיקת המיעוט של חשין בעניין **בנק המזרחי** הציגה גישה חוקתית שהיא מוניסטית ומטא-טקסטואלית (ראו ה"ש 4 לעיל) שהיא חלופה לתזה 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 שם, בעמ' 177–179.

⁷⁹ תיאור זה אינו מתאר בדיוק את המצב בהסתכלות לאחור מנקודת המבט של הרפורמה המשפטית, אלא למן הרגע הראשון היה ברור כי זהו המצב, ראו שם, בעמ' 187–200; כאן המקום לציין כי בית המשפט עצמו היה

המזרחי העלתה מייד את השאלה אם ומתי עלולה הכנסת לעשות שימוש בעייתי (לפחות מנקודת הראות של בית המשפט) בסמכותה המכוננת, וכיצד יגיב בית המשפט אל מול התפתחות כזאת. כניסוחו הקולע של השופט זמיר, בעקבות **בנק המזרחי** הופקד בידי כל אחד מהצדדים ל"דיאלוג החוקתי" נשק לא קונוונציונלי, והשאלה שעלתה מייד לחלל האוויר הייתה כיצד יפעל כל צד אל מול צעדים לא קונוונציונליים כאלה של 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 ובולט 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 הממשק שבין המשפט הציבורי לשיח הפוליטי. אטען כי במישור הזה התרחשו תהליכים רבי עוצמה של **השתקה** של שאלות מסוימות ודיון בסוגיות מסוימות באופן שיצר פער ניכר בין הדוקטרינה החוקתית הפורמלית, שלכאורה המשיכה לעמוד בתוקפה ללא שינוי, לבין האופן שבו נתפסה הדוקטרינה הזאת בשיח הפומבי המשפטי והתקשורתי. התהליכים הללו נועדו לחזק ולתקן את התוצרים של המהפכה החוקתית באופן 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 להחלשת הסמכות החוקתית של בית המשפט. להלן אתייחס לתהליכים הללו כסדרם.

מודע היטב לבעייתיות זו, עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 58 לפסק דינו של הנשיא ברק; באותו הקשר ראו גם עידו פורת "פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה – חוק הלאום, תורת הסמכות המכוננת ודואליזם חוקתי" **תרבות דמוקרטית** 20, 217, 250 (2021) (להלן: פורת "פוליטיקה חוקתית").

ראו דבריו של השופט יצחק זמיר בבג"ץ 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 **לנשק בלתי קונבנציונלי**" [ההדגשה הוספה]. כאן המקום לציין כי החולשות הללו של תאוריית 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 (בדימוס) שמגר וכן שם, בפס' 43(ג) ו-58 לפסק דינו של הנשיא ברק), וכך גם המחירים שהמערכת החוקתית אצלנו תיאלץ 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 התאוריה תהיה קשה במיוחד ותדרוש הסבר ש"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.

1. המישור החוקתי הפורמלי: הרחבה וחיזוק 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** מה שהרחיב מאוד את היקף הביקורת השיפוטית החוקתית. הרחבה זו באה לידי ביטוי בכמה וכמה מישורים, ונזכיר 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 סירב בית המשפט בעקיבות לקבל את הטענה שחוקי יסוד נהנים, מעצם מעמדם כחוקי יסוד, מעליונות נורמטיבית על פני חקיקה רגילה. נכונותו של בית המשפט להתערב בחקיקה של הכנסת שסתירה הוראות בחוקי יסוד התמצתה במצבים שבהם חקיקה כזאת סתרה הוראות משוריינות בחוקי יסוד והתבססה על התאוריה 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 יש לעשות אך באמצעות חוק יסוד.⁸² כן נקבע כי על חקיקה שפוגעת בזכויות הכלולות בחוקי הזכויות לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה, כלומר שחוקים אלו נהנים משריון "מהותי".⁸³ אולם בשל התשתית הרעועה והלא עקיבה של חקיקת היסוד הקביעות הללו הותירו שאלות פתוחות רבות בעניין המסגרת החוקתית של חוקי היסוד, ובמיוחד בעניין מעמדם של חוקי יסוד שלא נכללו בהם 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 בהם כל הוראות שריון, נהנות מעליונות נורמטיבית במובן זה שהוראה בחוק רגיל איננה יכולה לסתור הוראה בחוק יסוד.⁸⁵ 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

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

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

⁸³ שם, 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 חלופית 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) ברק "המהפכה החוקתית"; את מניפת האפשרויות מעלה גם הנשיא (לשעבר) שמגר בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 39 (ב) לפסק דינו.

⁸⁴ שם, 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 הזאת יתרה כמעט לחלוטין את הצורך לדון בשאלה שהוצבה בעניין **בנק המזרחי** בדבר ההבחנה בין "שינוי" בחוק יסוד לבין "פגיעה" בו, ראו רובינשטיין ומדינה **המשפט החוקתי**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 102, פס' 2.40 (מהדורה שישית, 2005) וראו ה"ש 74 לעיל.

המשטר של פסקאות ההגבלה של חוקי הזכויות.⁸⁶ בכך הושלם למעשה מהלך שהפך, בדרך פרשנית, את חוקי היסוד כולם – למרות השוני הבולט בתוכם, בנסיבות של קבלתם ובהסדרים שקבעה (או נמנעה מלקבוע) הכנסת באשר ליחסם לחקיקה רגילה – לרובד חוקתי שנהנה מעליונות נורמטיבית מלאה על חקיקה רגילה.⁸⁷

המישור השני שבו הורחבה מאוד הדוקטרינה החוקתית נוגע להיקף 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 גם אין התייחסות לעקרון השוויון. אלא שבית המשפט הרחיב מאוד בהלכות רבות את תחולתה של ההגנה החוקתית בפרשנות מרחיבה שהעניק למונח "כבוד האדם" שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כדי שיכלול גם פגיעות בזכויות שאינן מנויות בחוק.⁸⁸ אומנם נקבע, שלא כל פגיעה בשוויון ולא כל פגיעה בחופש 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 לפגיעות כאלו לעמוד בדרישות של חוקי היסוד, ובמיוחד בדרישות פסקת ההגבלה.⁸⁹ בד בבד הורחבה מאוד הזכות לכבוד האדם שיהיה בה כדי לכלול זכויות רבות שאינן נחשבות לזכויות הפוליטיות הקלאסיות, כגון הזכות למשפחה,⁹⁰ לנישואין⁹¹ ולאומין.⁹² הרחבה נוספת של המונח "כבוד האדם" נעשתה כדי

⁸⁶ בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, (נ3) 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).

⁸⁷ היו שכינו את המהלך הזה "מהפכה חוקתית שנייה", 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).

⁸⁸ השור 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) (להלן: עניין עדאלה); 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).

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' שירות בתי הסוהר, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 13.6.2006; בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ 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 לאימוץ 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.

לכלול בו זכויות חברתיות-כלכליות, לרבות הזכות למגורים,⁹³ הזכות לקיום מינימלי כבוד,⁹⁴ הזכות לחינוך,⁹⁵ לחשמל⁹⁶ ועוד.⁹⁷

מישור שלישי שבו עשה בית המשפט צעדים להרחבת היקף תחולתה של הביקורת השיפוטית החוקתית נוגע לפרשנות המונח **פגיעה בזכות**. אם בשלב הראשון פגיעה בזכות נשמרה רק למקרים ברורים ומצומצמים שבהם 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 – אם 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 וחירותו 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 בעניין **גנימאת**, כי חרף סעיף שמירת הדינים יש לפרש חוק שחוקק בטרם חוק היסוד לאור עקרונות חוק היסוד ובאופן התואם אותו.¹⁰²

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 רחובצווייג מויסה נ' הרשות לשירותים ציבוריים חשמל (נבו) 20.1.2022.

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

⁹⁸ ניתן לראות כי בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, המבסס את מבחני המשנה של פסקת ההגבלה, השופטים מתעכבים רבות על השלב המקדים של שאלת הפגיעה ולא עוברים מייד 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. ראו למשל את ניתוחו של אהרן ברק **מידתיות במשפט** 135–137 (2010) בנוגע למבחני פסקת ההגבלה ולהיקף הפגיעה הדרוש כדי 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 האפלולית 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 וחירותו טרם הובא לאישור הכנסת כלל החוק סעיף פרשנות שלפיו חקיקה קודמת "תפורש לאור עקרונות חוק היסוד" (הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ה"ח התשנ"ב 60). להרחבה על פסקת שמירת הדינים ועל הפשרה 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).

¹⁰² 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 שלפיהם פסקת שמירת הדינים לא תעמוד לעולם, ו"לא מן הנמנע כי תגיע העת שבה לא יעמוד לה עוד

לפיתוח הדוקטרינה המשפטית היו השלכות גם מעבר לגבולות הדוקטרינה עצמה במישורים רבים שנתייחס אליהם כאן בקצרה. לדוקטרינה החוקתית שפיתח בית המשפט היו השלכות מרחיקות לכת על הליכי החקיקה בכנסת ועל פרקטיקות הפעולה של הביורוקרטיה המשפטית של הממשלה. אומנם טענה רווחת היא כי הלכה למעשה, "בשורה התחתונה" מספר המקרים שבהם בית המשפט התערב בפועל לפסילת חוקים של הכנסת איננו גדול במיוחד (במושגים מוחלטים או לעומת המצב 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 על תוכני החקיקה של הכנסת עוד הרבה לפני שהחקיקה מגיעה לשלביה הסופיים ומובאת לפני בית המשפט.¹⁰⁴ נוסף על זה, 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

2. המישור החוקתי הלא פורמלי והשיח הפוליטי: פסקת ההתגברות והשתקה של שיח הסמכות המכוונת של הכנסת

לצד התהליכים האמורים של יצירה, עיגון וחיזוק של קונוונציות חוקתיות שונות בפסיקת בית המשפט או בהתבסס על פסיקת בית המשפט (קרי במישור התאוריה החוקתית) היו תהליכים דומים של חיזוק התוצרים של המהפכה החוקתית בתודעה הציבורית באופן שלכאורה אינו מבוסס כלל על דוקטרינה פורמלית כלשהי, אלא כל כולם התקיימו במישור

כוחה" (בג"ץ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ברון (נבו 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 רטמן "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-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 רחב 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, "Israel's Constitutional Moment", לעיל ה"ש 42, בעמ' 87–118.

¹⁰⁴ העובדה שלכנסת ייעוץ משפטי עצמאי איננה מובנת מאליה, ולמעשה עד שנת 2000 לא היה כלל לכנסת ייעוץ משפטי עצמאי (עד שנוסף לחוק הכנסת פרק 1). הסיבה לכך היא שמנגנון מסוג זה מעלה שאלות רבות בנוגע להפרדת רשויות ולכפיפות הרשות המחוקקת לרשות השופטת, ראו קרן הורוביץ ואיתי בריסמן טוב "היועץ המשפטי לכנסת ומקומו בהפרדת הרשויות בהליכי החקיקה" **עיוני משפט** 276, 286–291 (התשפ"א).

¹⁰⁵ המהפכה החוקתית לא נותרה בקרן זווית אלא השפיעה על השיח החוקתי במדינת ישראל והוטמעה כמעט במלואה 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 נגד הספר, ראו ג'ודי ניר מוזס שלום ורענן שקד "להיות אזרחים בישראל": תלמידת תיכון מובילה מאבק נגד ספרי לימוד של קהלת" **ynet** 20.3.2023 <https://www.ynet.co.il/news/article/s1x11bvxi1h>

הפוליטי והתקשורת. ¹⁰⁶ הדוגמה הבולטת ביותר לתהליך כזה היא התפתחות השיח על פסקת ההתגברות. כידוע, חוק-יסוד: חופש העיסוק מכיל הוראה מיוחדת בדבר האפשרות להתגבר על הוראות החוק, ואילו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו איננו מכיל הוראה דומה. ¹⁰⁷ בכנסת נעשו במהלך השנים ניסיונות שונים להוסיף פסקת התגברות גם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וניסיונות אלה נתקלו בהתנגדות פוליטית נרחבת כמו גם בביקורת נמרצת מצד מרבית הפרשנים המשפטיים. ¹⁰⁸ התפתח אצלנו ויכוח ציבורי אינטנסיבי בשאלה אם 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 בנוגע 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 באמצעות תיקון חוק היסוד, תיקון שניתן לעשותו לכאורה ברוב רגיל (אפילו של שני חברי כנסת כנגד אחד וכד'). ¹¹⁰ במילים אחרות, מי שמתייחס בכובד ראש לדוקטרינה החוקתית הפורמלית אינו יכול שלא לתמוה מה להם לחברי הכנסת, למשפטים, לאישי הציבור ולאחרים לנהל ויכוח ציבורי עז כל כך בשאלה אם 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 באמצעות תיקון או סיוג של חוק היסוד עצמו – לכאורה ללא כל מגבלות פורמליות וברוב רגיל. במילים אחרות, לא ניתן להבין את המחלוקת הציבורית בנוגע לפסקת ההתגברות אלא על בסיס **הנחה מקדמית** מסוימת – שהייתה מקובלת כנראה, למצער במשתמע, על כל הצדדים לדיון – והיא שהכנסת **איננה** יכולה לתקן (שלא לומר לבטל) את חוק היסוד תוך כדי שימוש בסמכותה המכוננת כדי להתגבר על פסיקה של בית המשפט. בין שהנחה הזאת התבססה על ניתוח משפטי (שהוביל

¹⁰⁶ בהקשר זה ראו לעיל, ה"ש 104–105.

¹⁰⁷ ראו ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; לסיבה שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מכיל הוראה דומה, ראו קרפ "ביוגרפיה של מאבקי כוח", לעיל ה"ש 72.

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 התגברות), פ/5219/20; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – פסקת התגברות), פ/459/25.

¹⁰⁹ למשל עמיר פוקס "מהי פסקת ההתגברות? המדריך המלא" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 8.11.2022 <https://www.idi.org.il/articles/46267>; שלמה פיוטרקבסקי "הפחד הגדול של השמאל: כל מה שרצית לדעת על פסקת ההתגברות" **מקור ראשון** 3.11.2022 <https://www.makorrishon.co.il/opinion/538595>; נדב קישון "פסקת ההתגברות: זה לא המה, זה 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 מאלה שתמכו בחקיקת של פסקת התגברות המוגבלת בתנאים מסוימים, ראו יואב דותן, "מי מפחד מחוק עוקף בג"ץ?" **הארץ** 6.11.2014.

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

למסקנה שלכנסת אין סמכות לערוך שינויים בחוק היסוד, למצער אין לה סמכות לערוך כל שינוי שבו היא חפצה – ניתוח שאין לו לכאורה שום בסיס פורמלי בשל המסגרת שהותוותה בעניין בנק המזרחי – ובין שהיא התבססה על ניתוח פוליטי שלפיו הכנסת "לא תעז" לערוך שינויים בחוק היסוד עצמו, או שניסיון כזה של הכנסת ייענה בתגובה של בג"ץ (שוב לכאורה ללא בסיס כלשהו בדוקטרינה הפורמלית הקיימת, ראו להלן), הרי הקונוונציה הזאת הפכה לחלק מהמציאות החוקתית בישראל בעשורים שלאחר המהפכה החוקתית.¹¹¹

3. החוקתיזציה של עקרונות המשפט המינהלי ושל מעמד היועץ המשפטי

התהליך של הרחבה ושל ביסוס תוצריה 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 מהתהליך הראשון. כוונתי להתפתחויות מסוימות במשפט המינהלי, ובעיקר בתפר שבין המשפט המינהלי למשפט החוקתי שבעיקרן נועדו להקנות לעקרונות מסוימים של המשפט המינהלי, ובראשם דוקטרינת הסבירות האזונית, 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, הייתה פחותה הרבה יותר. כלומר, דובר בכמה וכמה 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 מסוימות.¹¹² כאלו הם למשל סעיפי חוק שבהם נקבע שהחלטות מסוימות הן "סופיות" או שהן נתונות לשיקול דעתו ה"מוחלט" של מקבל ההחלטה וכיו"ב.¹¹³ התפיסה המקובלת בשיטות המשפט המשווה היא שככלל, המחוקק מוסמך עקרונית להגביל את הביקורת השיפוטית המינהלית או לשלול אותה, או לעצב את היקף הביקורת ואת עילות הביקורת וסדריה (אם כי ההיסטוריה מלמדת כי בתי המשפט תמיד השכילו לפרש בצמצום נמרץ תניות מגבילות כאלו).¹¹⁴ זו הייתה גם התפיסה ששררה במשפט שלנו עד לסוף שנות השמונים.¹¹⁵

¹¹¹ וראו למשל שם, בעמ' 121 המדגישים כי "...המסורת הציבורית היא העשויה להקנות להסדרים חוקתיים מסוימים – כתובים ואף בלתי כתובים – נוקשות" מעבר לזו הקבועה במפורש בחוק-היסוד" (ההדגשה במקור).

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

¹¹³ לסקירה ראו שם, בס' 7.1.

¹¹⁴ ראו למשל PAUL P. CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW 885 (7th ed., 2012) ("Ever since Coke, 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 הדיון בדותן ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 16, בפרק 7, ס' 7.2.

¹¹⁵ שם, בס' 7.2.1, 7.2.2.

אולם בתחילת שנות התשעים החל במשפט שלנו תהליך שבמסגרתו נשחקה המשמעות הפרשנית של כל הנוסחאות הסטטוטוריות הללו עד דק, כך שלמעשה הן חדלו להיות כל אינדיקציה לכוונת המחוקק בנוגע לקיומה או להיקפה של הביקורת.¹¹⁶ המהלך הזה הושלם לאחר המהפכה החוקתית, כשבית המשפט קבע בעניין **חרות** כי כל הגבלה על הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות היא בבחינת פגיעה **בסמכות השיפוט** של בג"ץ, ולפיכך סותרת את ההוראות 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 בנוגע לעילות המהותיות שבהן יש להשתמש במסגרת הביקורת. מכל מקום, הקישור הזה איננו מקובל בשיטות משפט אחרות, כגון שיטת המשפט האמריקנית הפדרלית שיודעת 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

השורה התחתונה של ההתפתחות הזאת היא שכל ניסיון של הכנסת להגביל את דרכי הביקורת השיפוטית **המינהלית** או להסדיר מעורר בהכרח שאלה **חוקתיות**, כלומר יש לעשותו 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 אותם או לצמצמם בחקיקה רגילה ייחשב על ידי בית המשפט לפגיעה בסמכות השיפוט של בג"ץ, המעוגנת בחוק-יסוד: השפיטה.

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) (להלן: "עניין המוסד לביטוח לאומי") (קביעה בחוק שלפיה "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 באשר להענקת שיקול דעת "סובייקטיבי" למשיב בתקנות ההגנה לשעת חירום); בג"ץ 758/88 **קנדל נ' שר הפנים**, פ"ד מו(4) 505 (1992) (פטור מחובת ההנמקה איננו ראייה לכוונת המחוקק להגבלת היקף הביקורת השיפוטית) וראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 15, סעיף 7.2.3.

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

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, *Cuozzo Speed Technologies, LLC v. Lee*, 136 S.Ct. 2131, 349, 351 [1984]) וראו גם, 2140–2141 (2018). לדיון מפורט ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 16, בפרק 7, ס' 7.3, וה"ש 71–74 שם.

קו התפתחות שני, שגם הוא מאופיין בכך שהוא מבוסס במידה חלקית לפחות על קונוונציות שנוצרו בשיח המשפטי והציבורי יותר מאשר על יסודות משפטיים דוקטרינריים ברורים, נוגע למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה.¹¹⁹ כפי שהראיתי לעיל, השינוי ה"טקטוני" 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, קבע בג"ץ בעניין אמיתי לראשונה כי עמדותיו הפרשניות של היועמ"ש "משקפות" את עמדת הממשלה, וכי היועמ"ש רשאי להציג לפני בית המשפט את עמדתו שלו גם אם עמדת הממשלה (או עמדת רשות מוסמכת כלשהי שאותה הוא מייצג) היא שונה בפועל.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 ה"מחייב" של חוות הדעת של היועץ המשפטי, כלומר את העובדה שעל רשויות הממשלה 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 של השרים הנוגעים בדבר).¹²³ הקביעות הללו של בית המשפט מעוררות שאלות נכבדות הן במישור החוקתי של מערכת היחסים שבין הממשלה הנבחרת ליועמ"ש והן במישור שלטון החוק, משום שעמדה זו מאפשרת ליועמ"ש להתיר את הממשלה או כל רשות שלטונית אחרת ללא ייצוג של עמדתם בבית המשפט. השאלות הללו מחריפות עוד יותר בשל הבסיס הסטטוטורי הרעוע של אותן קביעות. אולם אף שהדוקטרינה הזאת בנוגע לסמכויות הייעוץ והייצוג של היועמ"ש פותחה בבית המשפט, רובה ככולה, באמרות אגב שלא היה

¹¹⁹ יצוין כי ההתפתחויות במישור הזה אינן קשורות מבחינה אנליטית למהפכה החוקתית. כפי שהראיתי לעיל, השינוי הטקטוני במעמד היועמ"ש וביחסו 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 כח נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141, 152 (1985) (שם מופיעה קביעה כזו בצורה אגבית כשבג"ץ דן בסמכויות יושב ראש הכנסת).

¹²² השופט ברק מצייין כי הדיון בסוגיה הוא "אך בשולי הדברים" (עניין אמיתי, לעיל ה"ש 49). לא למותר לציין כי קביעה זו של השופט ברק נסמכה על דוח ועדת המשפטים לבדיקת סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962) (ועדת אגרנט), אלא שהעמדה המובעת בדוח הוועדה לעניין זה היא הפוכה (ראו דוח 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 בירושלים 2009).

¹²³ ראו למשל בג"ץ 3495/06 הרב הראשי לישראל 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' מועצת מקרקעי ישראל, פס' 48 לפסק דינה של השופטת ברון (נבו 14.11.2016). עמדה זו הוחלה על הנחיות היועמ"ש, כשבג"ץ קבע כי הנחיות מחייבות את כל רשויות הממשלה, ראו ע"א 3350/04 מנכ"ל משרד הפנים נ' שגן, פס' 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו 13.6.2007).

להן בסיס סטטוטורי ברור, ואף שהקביעות הללו זכו לביקורת מסוימת 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 הברורקטיות הפנימיות של הממשלה, כמו גם בשיח הציבורי הכללי, עמדות היועמ"ש נתפסות כהוראות שעל פיהן יישק דבר, ואם הממשלה מבקשת לערער על עמדות אלה, הרי בפועל היא נדרשת לעשות זאת בפני בית המשפט עצמו. כלומר, לפי הקווים שהתוותה הדוקטרינה עצמה.¹²⁵

בדומה לתהליך החוקתיזציה שעברו עקרונות המשפט המינהלי, כפי שנטען לעיל, כך מעמד היועמ"ש עבר תהליך חוקתיזציה משלים. כפי שנאמר, עקרונות המשפט המינהלי 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 ול"שומר סף" על פעולותיה¹²⁷ הקנו גם לו מקום בתוך מערך האזיונים 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 המינהלי והסמכות למנוע פעולות שבעיניה מעוררות קושי. הפיכת חוות דעתה של היועמ"ש בהקשר זה למחייבת והחוקתיזציה של עקרונות המשפט המינהלי מעניקות גם ליועמ"ש מעמד חוקתי, לפחות במובן זה שכל ניסיון של הכנסת לפגוע – ולו באמצעות חקיקת יסוד – במעמדה של היועמ"ש או בהיקף סמכויותיה צפוי להיתקל בהתנגדות של בג"ץ שתהיה מבוססת על אדנים דומים לאלו שהובילו לפסילת התיקון לחוק היסוד בבג"ץ הסבירות.¹²⁸

¹²⁴ ראו למשל לבונטין **ייצוג המדינה בבית המשפט**, לעיל ה"ש 122 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 עיניי: 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 49; 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 "בהרב-מיארה אישרה לממשלה ייצוג 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-dbd58-ad-fddd36c70000>. וראו הדיון להלן ה"ש 139.

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

¹²⁷ ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 51. התפיסה לפיה תפקידו של בג"ץ הוא להגן על "שומרי סף" התחזקה מאוד בפסיקה בתקופה האחרונה, ראו בג"ץ 37830-09-24 **מכון לואיס ברנדייס לחברה, לכלכלה ולדמוקרטיה נ' ממשלת ישראל** פס' 29 ו-62 לפסק דינו של הנשיא עמית והשוו פס' 89 לפסק דינו של המשנה לנשיא סולברג (בדעת מיעוט) (12.5.2025).

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, בסמכויות היועמ"ש כשומרת סף ועל יכולתה לפקח על חוקיותן של פעולות השלטון בכלל ועל טוהר המידות בנוגע למינויים ממשלתיים בפרט, ראו בג"ץ

העובדה שדוקטרינת הסבירות (וגם דוקטרינות מינהליות אחרות לרבות אלו הנוגעות למעמד היועמ"ש) זכו – בעקבות המהלכים האמורים – גם אם בעקיפין – למעמד חוקתי נותרה במידה רבה מוצנעת. היינו, אומנם זוהי תוצאה הכרחית של ההתפתחויות שתוארו לעיל, אבל מסיבה זו או אחרת השרשרת הסיבתית הזאת לא זכתה להתייחסות מפורשת בפסיקה, וגם בכתובה האקדמית היא זכתה להתייחסויות מעטות שלא הבלטו אותה במיוחד.¹²⁹ ייתכן שהסיבה לכך היא שגם מי שתמכו במהלכים הללו חשו שהיסודות הדוקטרינריים שלהם אינם חזקים במיוחד, ולכן מוטב 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 בכתובה 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 מחד גיסא העניקה לבית המשפט סמכות חוקתית לבקר חקיקה ראשית של הכנסת, ומאידך גיסא היא הכירה בסמכות המכוננת של הכנסת לעצב את תכנון 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 הייתה מוגבלת ולטנטית. כלומר, הכנסת

¹²⁹ הסבירות, לעיל ה"ש 2 פס' 85–94 לפסק דינו של השופט עמית; פס' 39–40 לפסק דינה של השופטת רונן; פס' 28 לפסק דינה של השופטת ברון ופס' 40, 43 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

¹³⁰ ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 419, ס' 2.103 (2016), שם המחבר טוען כי יש להחיל למעשה את עילת הסבירות המינהלית 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 פרוץ 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). מאלפת היא העובדה ששני הספרים העיקריים בתחום המשפט המינהלי – זה של יצחק זמיר וזה של דפנה ברק-ארז – אינם כוללים דיון מובחן ומקיף בסוגיית המחסומים הסטטוטוריים. ראו למשל יצחק זמיר הסמכות המינהלית 3285 (2017), שדן בעניין המוסד לביטוח לאומי (ראו לעיל, ה"ש 116) במסגרת הדיון הכללי בביקורת שיפוטית בצטטו 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 באמצעות 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 (התשנ"ד) (דיון בסבירות כעיקרון של פרשנות חוקתית); וכן דותן ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 16, בעמ' 238–239. מובן שהמצב בתחום זה השתנה אחרי הצגת הרפורמה המשפטית. וראו הדיון להלן, טקסט אחרי ה"ש 166 להלן. לטיעון שלפיו "הלכת הסבירות היא 'משטר משפט' 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 (15.4.2024).

(והמשלה) נמנעה מלהשתמש בסמכות המכוננת שלה כדי לעצור, או להסיג לאחר, את המהלכים שיזם 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 להשתמש בסמכותה המכוננת של הכנסת כדי לשנות את מאזן הכוחות בין הרשות השופטת לרשויות הפוליטיות. חלק מהניסיונות כווננו להגבלת היקף סמכויותיו של 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 כווננו לשינוי התכנים של הטקסט החוקתי. היוזמה החשובה ביותר (והמצליחה יחסית) במישור הזה היא חקיקתו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.¹³⁵ המטרה המוצהרת של יוזמי הצעת החוק הייתה להתגבר על פסיקה של בית המשפט העליון (במיוחד פסיקה שנגעה לתחום השוויון של אזרחי המדינה הערבים),¹³⁶ ומההצעה הושמטה במכוון ההתייחסות לעקרונות השוויון שנכללה בנוסח הצעת החוק המקורית.¹³⁷ אומנם בסופו של דבר היה הנוסח הסופי של הצעת החוק שהובא לאישור הכנסת מרוכך יותר, בעיקר בשל הלחץ של נציגי היעץ המשפטי לממשלה,¹³⁸ אולם אין ספק כי הוראות חוק יסוד זה והרוח הכללית העולה ממנו, והמכוונת להדגיש את האופי היהודי של המדינה (ואיתו העליונות של הסדרים הנוגעים ללאום היהודי בתחום ההגדרה העצמית, העלייה וההתיישבות), מצויות במתח ניכר ביחס להוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (למצער כפי שפורשו בבית המשפט העליון). ואכן,

¹³² היעדר 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 שיזם בית המשפט. לא פעם זכו המהלכים הללו לביקורת נמרצת מצד חוגים פוליטיים, ראו שם, בעמ' 523–524, ובעיקר ה"ש 49. 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 אף שלא הייתה חייבת לעשות כן, ראו שם, בעמ' 526–527 ואסמכתאות שם. 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 חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום).

¹³⁶ 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' 254, ובעיקר ה"ש 110–111.

¹³⁷ שם, בה"ש 108.

¹³⁸ שם, בעמ' 253–254, וה"ש 108–109.

בית המשפט נדרש למאמץ פרשני ניכר כדי לפרש את חוק האיום פירוש שמתיישב עם הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹³⁹ ההתפתחויות הללו בכנסת ובמערכת הפוליטית לא נעלמו כמובן מבית המשפט, והלחץ שהפעילו הרשויות הפוליטיות על היסודות (הרעועים מלכתחילה) של תאוריית הסמכות המכוננת חייבה אותו להתחיל ולשקול את תגובתו לאפשרות שהכנסת תשתמש בסמכויות הכינון שלה לפגיעה ישירה (ואולי אף לחיסול) של התוצרים של המהפכה החוקתית. אם בשני העשורים שלאחר המהפכה החוקתית התמקד בית המשפט בעיקר בפיתוח ובהרחבה של הביקורת החוקתית על בסיס תאוריית הסמכות המכוננת (קרי הרחבה של הביקורת על פי חוקי הזכויות), הרי בעשור האחרון הוא נאלץ להתמקד בניסיונות להגן על התוצרים הללו תוך כדי פיתוח חלופה לתאוריית הסמכות המכוננת, ומתוך מודעות לאפשרות שהתאוריה הזאת תקרוס 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 תאוריות חלופיות 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 בתאוריה שאימץ בית המשפט בעניין **בנק המזרחי** הייתה שהכנסת, בשעה שהיא מחוקקת חוקי יסוד, לא נדרשה לשום דרישות הליכיות מיוחדות. על פי הגישה שאומצה, די בהכרתה של הכנסת חוק מסוים בכותרת "חוק יסוד" כדי להקנות לו מעמד חוקתי.¹⁴⁰ הקלות שבה גישה זו אפשרה לכנסת לקבל חוקי יסוד, ובכך לשנות את תוכני ה"חוקה", 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**,¹⁴¹ הסתפק בית המשפט בהצבעה על הבעייתיות שבפרקטיקה זו ועל הזילות הכרוכה בפרקטיקה זו של ביצוע תיקונים חוקתיים באמצעות הוראות שעה.¹⁴² ואולם, כשחזרה הכנסת והמשיכה להשתמש באותה פרקטיקה,

¹³⁹ ראו בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל** (2021) (להלן: עניין **חסון**); בד בבד גברה בעשור האחרון המודעות של המערכת הפוליטית ושל הציבור בכללו 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 ושרה** (2013) (להלן: **הארנק והחרב**).

¹⁴⁰ עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 55-58 לפסק דינו של הנשיא ברק; וכן ראו ברק "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 85, בעמ' 19-20.

¹⁴¹ בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, סד(3) 275 (2011).

¹⁴² שם, בפס' 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; וכן שם, בפס' א-ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

התערב בית המשפט בעניין **המרכז האקדמי**¹⁴³ וקבע כי היא בגדר שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת.¹⁴⁴

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

¹⁴³ בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל** (נבו 6.9.2017) (להלן: **עניין המרכז האקדמי**); 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 שעל פיהן בית המשפט יכול לקבוע אם הנורמה הנדונה "... מתאימה להיכלל במסגרת חקיקת היסוד..." וכן שכשמדובר בנורמות שאינן עומדות בדרישות הללו יבחן בית המשפט אם קיים "צידוק" להכללתן בחקיקת היסוד, שם בפסק הדין 43-45; ראו גם ברק מדינה, "החוקתיות של התיקון בעניין הנבצרות" **ICON-S-IL Blog** (25.10.23).

¹⁴⁴ **עניין המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 143, 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 זו מצד הכנסת יוביל לפסילתה מיד, ראו שם, בפס' לד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. אף שתאוריית השימוש לרעה בסמכות המכוננת מכוונת לכאורה רק למישור הדיוני של השימוש בסמכות המכוננת, כלומר לשימוש בסמכות המכוננת בנוגע לנושאים או למצבים 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.

¹⁴⁵ ראו Yaniv Roznai, *UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS* 143-144 (2016); (להלן: Yaniv Roznai, *UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS*); 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** כן 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל כן עורכים, 2011).

¹⁴⁶ ראו **עניין בר-און**, לעיל ה"ש 141, בפס' 31-33 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; **בעניין חסון**, לעיל ה"ש 139, דחה בית המשפט את האפשרות להזיק לדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי בשל העובדה שהדוקטרינה מבוססת על ההבחנה בין כינון חוקה לבין תיקונה של חוקה קיימת, ובשל העובדה שבישראל הליך כינון החוקה עדיין לא הושלם. ראו שם, בפס' 14 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

המשפטית",¹⁴⁷ או מכוח שימור "המבנה הבסיסי" של החוקה הקיימת.¹⁴⁸ הרעיונות הללו הובעו בתחילה כרעיונות תאורטיים באמרות אגב, כשבית המשפט מדגיש את תקוותו כי הצורך ביישום רעיונות כאלה בצורת דוקטרינות נורמטיביות מחייבות לא יגיע לעולם.¹⁴⁹ אולם ככל שחלפו השנים, וככל שהאיומים מצד המערכת הפוליטית על המסגרת החוקתית נעשו ברורים ובוטים יותר, כך החריף גם הטון של בית המשפט ונכונותו ליישם דוקטרינה על-חוקתית כזו נעשתה מפורשת יותר.¹⁵⁰ ובסופו של דבר, בתחילת העשור הנוכחי, בפרשת **חסון**, החליט בית המשפט להפוך את התאוריה להלכה מחייבת וקבע מפורשות הלכה שלפיה סמכותה המכוננת של הכנסת מוגבלת למסגרת המתחייבת מהיותה של ישראל מדינה יהודית דמוקרטית.¹⁵¹

התאוריות והטיעונים האקדמיים שעליהם ניתן לבסס את הטענה על הגבלת כוחה החוקתי של הכנסת הם שונים ומגוונים, אבל מה שמשותף לכולם הוא שהם מצויים במתח ניכר – שלא לומר בסתירה רעיונית ישירה – עם תאוריית הסמכות המכוננת שעליה ביסס בית המשפט את המהפכה החוקתית במשך יותר משני עשורים.¹⁵² קשה מאוד לפאר ולרומם את "סמכותה החוקתית" של הכנסת ואת מעמדה של ה"חוקה" 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 מזו של אותו טקסט חוקתי. במילים אחרות, מי שמחזיק בתאוריה 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 הזאת. למעשה, מי שמחזיקים בתאוריה שלפיה הכנסת מוגבלת, מעצם היותה של ישראל מדינה יהודית דמוקרטית, לכמה וכמה עקרונות יסוד על-חוקתיים, אינם נזקקים כלל

¹⁴⁷ ראו עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 141, 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 שיכולים לגבור, עקרונית, על כל נורמה הסותרת אותם (כולל לכאורה 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**, פ"ד יט(3) 365, 189–390 (1965)); וראו גם הדיון בעניין **לאור**, לעיל; וכן הדיון בעניין **חסון**, לעיל ה"ש 139, בפס' 21 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁴⁸ ראו למשל בג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת**, פס' 23 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 27.5.2018).

¹⁴⁹ ראו למשל עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 141, בפס' 34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; וכן עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 143, בפס' לד–לה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין.

¹⁵⁰ ראו למשל שם, בפס' לה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין; שם, בפס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) ג'ובראן; ושם, בפס' 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

¹⁵¹ עניין **חסון**, לעיל ה"ש 139, בפס' 27 לפסק דינה של הנשיאה חיות. אם כי גם שם נמנע בית המשפט 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").

¹⁵² ואכן, הטעמים שמביאה הנשיאה חיות בעניין **חסון**, לעיל ה"ש 139 לאימוץ התאוריה העל-חוקתית מדגישים במפורש את החולשות של תאוריית הסמכות המכוננת, ראו שם, בפס' 34 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

לעקרונות החוקתיים המעוגנים בחוקי היסוד שממילא, כמו חקיקה רגילה, כפופים לאותם עקרונות על-חוקתיים.¹⁵³ ומכאן שקבלת הגישה של "עקרונות-העל" בעניין חסון הופכת, הלכה למעשה, לחלוטין את ההכרעה החוקתית שאומצה על ידי דעת הרוב בפרשת **בנק המזרחי**, משום שהיא נוטשת את הגישה הדואליסטית של שני הכובעים לטובת תאוריית עקרונות היסוד, שבמהותה היא תאוריה מוניסטית.¹⁵⁴ אומנם נראה שבית המשפט איננו בשל להתנער כליל מתאוריית שני הכובעים (ולו משום שהדבר עשוי לגרור תהיות רציניות בדבר העקיבות התאורטית של ההלכה הפסוקה), אולם ברור שהתאוריה הזאת הולכת ונדחקת לקרן זוית כתאוריה שולית שעצם הדיון בה מביא, מבחינת בית המשפט, נזק יותר משהוא מביא תועלת.

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 תוכנית שכינה אותה "הרפורמה המשפטית".¹⁵⁵ התוכנית 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;¹⁵⁶ הרכיב **השני** כלל הגבלה ניכרת של הביקורת

¹⁵³ כפי שאכן מציין, בצדק, השופט מינץ (בדעת המיעוט שלו) בבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 2 פס' 26, 29. חלק מהניסיונות להציג תאוריה חוקתית חדשה טוענים כי בשל 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 בהכרזת העצמאות); שרון וינטל "ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד כמהלך הכרחי ובלתי הפיך בישראל כדמוקרטיה של שלושה מסלולים" **הכנס השנתי השמיני של ICON-S ישראל** <https://www.youtube.com/watch?v=VIQRAPfGkLs>. הלכה למעשה הטיעונים הללו הם חזרה לתאוריה של דרגה אחת, שכן כל תאוריה המציבה עקרונות-על לא כתובים כרובד העליון של המערך החוקתי היא תאוריה של דרגה אחת.

¹⁵⁴ ואכן, שלא במפתיע, בעניין **חסון**, לעיל ה"ש 139, בית המשפט מקים לתחיה את תאוריית "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 139, 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 ה"ש 4 לעיל ואסמכתאות שם. ההכרה בכך שאימוץ גישת עקרונות-העל היא נטישה של תאוריית שני הכובעים ניכרת היטב גם בפסקי הדין של השופטים **בבג"ץ הסבירות**, לעיל ה"ש 2, 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 כבוב, שם, בפס' 20.

¹⁵⁵ שר המשפטים נמנע מלפרסם את התוכנית כתזכיר חוק. במקום זאת הוא הפיץ 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.

¹⁵⁶ לפי ההצעה, בוועדה יכהנו 11 חברים: שלושה שרים, שני חברי כנסת מהקואליציה ואחד מהאופוזיציה, שלושה שופטי בית המשפט העליון ושני 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 עדיין אינו מכהן כשופט, הוא שישה קולות.

השיפוטית על חקיקה ראשית הן באמצעות שלילה מוחלטת של סמכות בית המשפט לבקר את תוקפם של חוקי יסוד, הן באמצעות דרישת רוב מיוחד (לפי הגרסה האחרונה של 12 מתוך 15 השופטים בבית המשפט העליון) לפסילת חקיקה רגילה והן באמצעות חקיקה של פסקת התגברות שתאפשר לכנסת לבטל ברוב של 61 ח"כים 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 ייעשה על ידי הגורם השלטוני הרלוונטי (הממשלה או השר), הגדרתם כמשרות אופן ושליטת התוקף המשפטי המחייב של חוות דעתם.¹⁵⁷

מתוך התוכנית המוצעת כמו גם מהאופן שבה הוצגה בגלוי, בפומבי וזמן קצר אחרי השבעת הממשלה בלשונו כמה עובדות: ראשית, שבניגוד ליוזמות הפוליטיות ולהצעות שהוצעו במהלך השנים שהתייחסו להיבטים מסוימים של מערך הביקורת השיפוטית,¹⁵⁸ אדריכלי התוכנית התכוונו לקעקע לחלוטין הן את תפיסת הביקורת השיפוטית כפי שפותחה והורחבה על ידי בית המשפט מאז תחילת שנות השמונים – בכללותה; שנית, שהממשלה

במהלך הזמן ובמסגרת המשא ומתן שנוהל בחסות נשיא המדינה עם נציגי האופוזיציה הוצעו הצעות אחרות על ידי נציגי הקואליציה, אך בכולן 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>.

¹⁵⁷ באותה נשימה הודיע שר המשפטים גם כי הרכיבים שהיו הצגים הם בבחינת "השלב הראשון" בתוכנית הכללית להגבלת הביקורת השיפוטית, וכי בשלבים הבאים ייכללו 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 בנוגע ליועצים המשפטיים נכלל בטיזת 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 ולפני ערכאות שיפוטיות). לעומת זאת לאחרונה תיקנה הכנסת את חוק-יסוד: השפיטה תיקון שנועד לשלול את סמכות בתי המשפט, ובראשם בג"ץ, לבקר בעילת הסבירות את החלטות הממשלה ואת החלטות שרים, ראו חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 3 – ביטול עילת הסבירות) (מיום 24.7.2023). בבג"ץ הסבירות (ראו בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 2) הכריע בית המשפט כי התיקון אינו חוקתי וחורג מעקרונות הליכה של החוקה נוסח ישראל.

¹⁵⁸ למשל הצעתו של שר המשפטים יעקב נאמן שנדחתה, ראו פרידמן **הארנק והחרב**, לעיל ה"ש 139, בעמ' 211–212; וכן הצעתו של שר המשפטים דניאל פרידמן לצמצום הביקורת השיפוטית שנדחתה אף היא, ראו נועם שרכיט "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>.

ראתה בתוכנית את הבריה התיכון של מדינותה, ולפיכך הייתה מוכנה להשקיע תשומות פוליטיות ניכרות ביישומה.¹⁵⁹ ולבסוף, שאדריכלי התוכנית היו מודעים היטב לחשיבותם של ההיבטים המינהליים במערך הביקורת השיפוטית הנוכחית, שהרי שניים מתוך ארבעת הרכיבים המרכזיים של התוכנית 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 התוכנית 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 התוכנית הקיצונית והשאפתנית הזאת יוצר בעיות קרדינליות רבות. הבעיות הללו הן בראש ובראשונה בעיות מעשיות ופוליטיות, משום שהתוכנית כוללת קיצוץ חד בסמכויות הרשות השופטת ובמערך הייעוץ המשפטי גם יחד, ומאיימת ישירות הן על עצמאות בתי המשפט והן על עצמאות מערך הייעוץ המשפטי. אולם מלבד זאת, התוכנית הזאת גם יוצרת בעיה קשה למי שתומך בשיטת הקיימת של הביקורת השיפוטית משום שהיא מאתגרת את תפיסות היסוד של המשפט החוקתי והמינהלי כאחד. במישור המשפט החוקתי הפורמלי התוכנית מבוססת כל כולה על הפעלת סמכותה המכוננת של הכנסת – כפי שהוכרה, פותחה והועלתה על נס על ידי בית המשפט עצמו במשך יותר משני עשורים – קרי תזת שני הכובעים. כלומר, אדריכלי התוכנית אינם צריכים לעשות שום מאמץ אינטלקטואלי מיוחד כדי להעניק לעצמם לגיטימציה להנהיג רפורמות חוקתיות. אין הם צריכים אלא להסתמך על סמכותה המכוננת של הכנסת, כפי שהוכרה בבית המשפט באין-ספור פסקי דין לאחר המהפכה החוקתית. במילים אחרות, השטר שכתב בית המשפט בפרשת **בנק המזרחי** מוצג כעת לפני המערכת המשפטית במלואו – ולפירעון מיידי. לפיכך הבעיה בהקשר זה מונחת לפתחם של מתנגדי התוכנית למצוא טיעונים ותימוכין שיכולים להצדיק שלילה או הגבלה של הסמכות הזאת – באופן שאין לו לכאורה כל ביסוס בתאוריית שני הכובעים עצמה.¹⁶⁰

¹⁵⁹ מנגד נטען כי הרפורמה המשפטית לא הוזכרה כלל במסע הבחירות, וכי המצביעים לא ידעו שעל כך הם מצביעים. על הוויכוח בדבר אזכור הרפורמה במהלך מסע 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/1641738766577553410>; באותו הקשר גם הועלתה הטענה כי ראש הממשלה בנימין נתניהו מקדם את התוכנית רק בשל מצבו המשפטי, וכי הוא מצוי 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>.

¹⁶⁰ הבעיה התעוררה באופן ישיר וחרף במיוחד ביולי 2023 בשל החלטת הממשלה לקדם בשלב הראשון רק את הצעת החוק לביטול ביקורת הסבירות על החלטות של הדרג הפוליטי באמצעות תיקון חוק-יסוד: השפיטה. כלומר, שאלת 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.

אלא שהצגת התוכנית באופן שבו הוצגה מאתגרת את מתנגדי הרפורמה גם במישור המשפט המינהלי ובמיוחד באותו **תפר** שבין המשפט המינהלי לחוקתי, משום שהתוכנית 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 רכיבים מרכזיים של המשפט המינהלי בהקשר זה היו מבוססים לא פעם על החלטות ממשלה, על חצאי אמירות בפסיקה ועל טכניקות שונות של השתקה (כגון בדבר המעמד של מוסד היועמ"ש ראו לעיל) – הרי כעת התוכנית 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** בנוגע למוסדות ולדוקטרינות שאין להם כל מעמד חוקתי פורמלי כגון מערך הייעוץ המשפטי (בתצורתו הקיימת) ועילת הסבירות המינהלית. ודומה שברור לכול כי את התשובה לשאלה זו אי אפשר למצוא אגב שימוש בתאוריה החוקתית הקיימת של שני הכובעים.

על רקע זה לא ייפלא כי מי שבחן את הניסיונות של מתנגדי התוכנית להציג טיעונים חוקתיים תאורטיים שנועדו לקעקע את סמכותה החוקתית של הכנסת לעגן בחקיקת יסוד את היסודות המוצעים של הרפורמה זיהה בוקה ומבולקה. מתוך שלל הטיעונים והרעיונות שהועלו חדשות לבקרים בכתיבה האקדמית והפובליציסטית – חלקם מופרכים על פניהם ואף תמוהים¹⁶¹ – אפשר היה לזהות שני קווים עיוניים מרכזיים: הקו הראשון התמקד בטיעון כי קיים רובד מסוים של עקרונות יסוד על-חוקתיים המגבילים את סמכותה המכוננת של הכנסת בין לחלוטין,¹⁶² ובין בכל הנוגע לאפשרותה להכניס שינויים או תיקונים במערך החוקתי הקיים. כלומר, שקיים "שלד" על-חוקתי מסוים (core) של ערכי יסוד שלא ניתן

¹⁶¹ <https://news.walla.co.il/item/3587666>; הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות), ה"ח הכנסת 968.

כך למשל נטענו בעתירה נגד החוק לביטול עילת הסבירות כמה טענות הליכיות שאין להן עיגון ולו מינימלי לא בחוק, לא בתקנון הכנסת ולא בכל מקור פורמלי אחר. בין היתר נטען שעל הצעת החוק – שהגישה ועדת הכנסת – היה לעבור קריאה טרומית (טענה שאין לה כל עיגון בתקנון הכנסת), ראו סעיפים 433–435 לעתירת התנועה לאיכות השלטון, בעניין **הסבירות**, לעיל ה"ש 2; שנמנעה מחברי הכנסת "השתתפות ראויה" בהליכי החקיקה (ראו עתירת התנועה לאיכות השלטון, שם, סעיפים 444 ואילך), אף שהתיקון נדון בישיבות רבות של ועדת הכנסת שבה השתתפו לא רק חברי הכנסת אלא גם נציגי הממשלה, מומחים חיצוניים ונציגי ציבורי שונים. אל הטענות הללו התייחסה גם היועמ"ש בסעיף 420 לתשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה בבג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (3.9.2023) "במקרה שלפנינו, ספק אם הטענות לפגמים בהליכי החקיקה ולפגיעה בעיקרון ההשתתפות מצדיקות הושטת סעד חריג כפי שנעשה בעניין קוונטינסקי". (וראו גם למשל אורי אהרונוסון, דורין לוסטיג, איתי בר-סימן-טוב, עדן ישראלי לוי, רונית לוי-שור ואסי רוזן-צבי, "כשהממשלה מכוננת לעצמה: חקיקת הסבירות כניצול לרעה של שליטת הממשלה בהליך החוקתי כדי לפטור עצמה מחובות משפטיות", **ICON-S-IL Blog** (27.10.23) (טיעון שלפיו העילה לפסילת התיקון בעניין הסבירות היא "ניצול לרעה" של "אופיו הייחודי של המשפט החוקתי בישראל שבו אין מגבלות על כוחו של הרוב הקואליציוני בכנסת לקבוע הסדרים חוקתיים").

¹⁶² זוהי הגישה שאימץ בית המשפט בעניין **חסון**, לעיל ה"ש 139, בפס' 27 לפסק דינה של הנשיאה חיות, ולפיה מגבלה החלה על הכנסת לאמץ חקיקת יסוד שוללת את "זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית".

לחרוג מהם ולו באמצעות תיקון ה"חוקה" שלנו.¹⁶³ הקו השני התמקד ישירות בטיעון הדמוקרטי. כלומר, הטענה היא שקעקוע יסודותיה של הביקורת השיפוטית – כפי שמוצע במסגרת ה"רפורמה" – סותר ישירות את עקרונות הדמוקרטיה שלפיהם קיימות מגבלות על כוחו של הרוב לפגוע באמצעות חקיקה בזכויות היסוד של המיעוט ובעקרון כבוד האדם – במנותק מהשאלה של קיומה של חוקה או של תוכנו של טקסט חוקתי (או על-חוקתי) כלשהו.¹⁶⁴

163 אחד הטיעונים המוכרים בעניין זה הוא הטיעון של יניב רוזנאי, המבחין בין סמכות חוקתית מקורית לבין סמכות חוקתית "נגזרת" המוגבלת מעצם מהותה לקווי היסוד של החוקה המקורית, ראו ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL AMENDMENTS לעיל ה"ש 145. טיעון נוסף שניתן לשייכו למסגרת זו הוא טיעונו של ברק מדינה שלפיו במדינת ישראל קיימת "זהות חוקתית" נתונה שלא ניתן לחרוג ממנה או לשנותה ללא הסכמה ציבורית רחבה, ראו מדינה "זהות החוקתית של מדינת ישראל" ה"ש 6 לעיל. דומה שהגישה שאומצה בעניין חסון, לעיל ה"ש 139, שייכת כאמור גם למסגרת הרעיונית הזאת. לאחרונה הוצג טיעון על-חוקתי נוסף שניתן לשייכו לזרם הזה בפסיקת היחיד של השופט שטיין בבג"ץ 5119/23 **התנועה לטוהר המידות ו' הכנסת** (26.10.23) (שעסק בחוקיותו של תיקון מס' 53 לחוק הרשויות המקומיות בחירות שהסיר את המגבלה שהייתה מוטלת על יושבי ראש או על חברי ועדות ממונות שלא להציג את מועמדותם לתפקיד ראש הרשות הרלוונטית בבחירות שיערכו ברשות לאחר מינויים). שטיין קבע כי הכרזת העצמאות היא 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, לעיל ה"ש 139, הוא שגישתו זו היא גישה טקסטואלית מובהקת המייחסת לטקסט של הכרזת העצמאות עצמו מעמד חוקתי (ראו בפס' 14-16 להסבר דיון של שטיין). גישה שטיין נותרה במובהק עמדת יחיד ששום שופט אחר לא הצטרף אליה, והשופט סולברג הסתייג ממנה במפורש ונמרצות וקבע שגישתו 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 לשני 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 אזרח ברמה חוקתית על-חוקתית"; והשוו בג"ץ 1554/95 **עמותת "שוחרי גילת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נ(3), 8, פס' 37 לפסק הדין של השופט אור (1996) ("ככל שידיעתי מגעת, ההתייחסות היחידה בפסיקה למגילת העצמאות כמקור ליצירת זכויות אדם נעשתה בבג"ץ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח'... **השופט ד' לוי מחווה דעתו... כי הוראה זו חוללה שינוי במעמדה הנורמאטיבי של מגילת העצמאות**. ממקור פרשני הפכה מגילת העצמאות למקור עצמאי לזכויות אדם... דברים אלה נאמרו אגב אורחא" (ההדגשה אינה במקור)). לטיעונים נוספים שהובאו בספרות בנוגע למעמדה העל-חוקתי של הכרזת העצמאות ראו עלי ולצברגר "תקנות ההגנה המנדטוריות ומעמדה של הכרזת העצמאות" **משפטים ראשונים – שיחות בעקבות פסקי דין של בית המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו** 41, 45 (דפנה ברק-ארד עורכת) (1991); Michael Tamir, *Declaration of Independence as a Transitional Constitution: 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).

164 תפיסה מוניסטית כזאת תואמת היטב את הגישה שהציע השופט חשין בדעת המיעוט שלו בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1 הסובר כי יש עקרונות לא כתובים המגבילים את סמכותה של הכנסת, ראו ה"ש 76 לעיל וכן ה"ש 5 לעיל. קו טיעון נוסף שהולך וצובר תאוצה הן בפסיקה והן בספרות המשפטית מתמקד בטענה שלכנסת אסור

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.¹⁶⁵ לצורך הדיון הנוכחי ניתן להסתפק בקביעה כי יהיו התכנים וההשלכות שלהם אשר יהיו, ברור בעליל כי הם אינם מתיישבים (בלשון המעטה) עם תאוריית שני הכובעים. היינו, מבחינת אלו המנסים לתקוף את הלגיטימיות החוקתית של מהלכי הרפורמה, תאוריית הסמכות המכוננת לא רק שאינה יכולה לשמש משענת, אלא היא אף מהמורה רצינית שיש לעבור אותה (רצוי מבלי להשאיר עקבות). ואכן, שלא במפתיע, מי שבוחר את השיח החוקתי הנוכחי של מתנגדי הרפורמה ייווכח כי השימוש בשפת שני הכובעים נעלם כבמטה קסם – כלא היה. את מקומו מחליף שיח חוקתי המתייחס ישירות לעקרונות הדמוקרטיה ולזהותה הבסיסית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁶⁶

אלא שהאתגר העומד בפני מתנגדי הרפורמה הוא אף חריף יותר, משום שהם נדרשים כעת להציג לא רק תאוריה חוקתית שתצדיק את הגבלת סמכותה המחוקקת והמכוננת של הכנסת כאחד, אלא גם עיגון חוקתי משכנע להסדרים המינהליים שהם, כפי שתואר לעיל, הבריה 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, על חירויות היסוד ועל עצמאות הרשות השופטת – עדיין קשה לראות כיצד נגזרות מהעקרונות הללו מסקנות שימנעו מהכנסת לצמצם את הביקורת השיפוטית המינהלית בעילת הסבירות או את סמכויות הייעוץ המשפטי לממשלה, המעוגנות (אם בכלל) בחקיקה רגילה או בפסיקה "מינהלית" מובהקת של בית המשפט.¹⁶⁷ אלא שהעובדה שיוזמי הרפורמה כיוונו את חיציהם בראש ובראשונה ישירות אל ההסדרים הללו – ובאמצעות חוקי יסוד – מחייבת את מי שתוקף את ההסדרים הללו לטעון **במפורש** כי הם חלק מהמשפט החוקתי שלנו. ואכן, משהכנסת חוקקה לאחרונה את התיקון לחוק-יסוד: השפיטה, שמגביל במפורש

להשתמש בסמכות המכוננת לשם התגברות על קשיים פוליטיים או לפתרון קשיים פוליטיים נקודתיים, או כשהשימוש בסמכות מוכוון לצרכים של אדם מסוים או של קבוצה פוליטית מסוימת. ראו למשל בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פס' 44–47 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 18.1.23); פס' 4 סיפה לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

¹⁶⁵ לדיון בתאוריות חוקתיות מוניסטיות שונות שעשויות להיות ולוונטיות לדיון ובהשוואה ביניהן ראו וייל "עשרים שנה לבנק המזרחי", לעיל ה"ש 5 וכן צבי כהנא, "בטון (ב)חסון? על שאלת התגברותה של ליבה חוקתית נצחית בישראל" *ICON-S-IL Blog* (29.11.2023).

¹⁶⁶ 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, ואילו המונח "דמוקרטיה" מוזכר שוב ושוב; חלק מהכותבים האקדמיים אף מציינים במפורש את "מותה של תאוריית שני הכובעים, ראו למשל רונית לוי-שנור "החלטת הררי הגיעה לקיצה" *ICON-S-IL Blog* (2023).

¹⁶⁷ ראו לעיל טקסט ליד הערה 120.

את האפשרות להשתמש בעילת הסבירות נגד החלטות של נבחר ציבור,¹⁶⁸ העתירות שהוגשו נגד התיקון נאלצו להתמקד בטענה שלכנסת – גם בכובעה המכוון – אין סמכות לצמצם את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות.¹⁶⁹ עוד לפני שניתן פסק הדין של בג"ץ בעניין היה ברור כי המעמד החוקתי (ואף העל-חוקתי) של עילת הסבירות כבר הוכר הלכה למעשה על ידי בית המשפט משום שנושאת בית המשפט העליון קבעה את הדיון בעתירות הללו להרכב חסר תקדים של כל שופטי בית המשפט.¹⁷⁰ ואכן, בפסק הדין המקיף שניתן בבג"ץ הסבירות הכיר בית המשפט (אם גם ברוב דחוק של שמונה שופטים מול שבעה) בכך שביטול של עילת הסבירות האזונית מהווה פגיעה ב"ליבה" של עקרונות היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולכן לכנסת אין סמכות לנקוט צעד כזה גם כשהדבר נעשה תוך כדי שימוש בסמכותה המכוננת בחוק יסוד.¹⁷¹ בכך הכיר בית המשפט במוצהר ובגלוי במעמדה העל-חוקתי של עילת הסבירות האזונית והבהיר לכול שכל ניסיון לצמצם את עילת הסבירות או לעצב את תכניה מצריך לא רק תיקון של ה"חוקה" בישראל אלא אף תיקון חוקתי כזה שנדרש לתאום את הערכים העל-חוקתיים של שיטת המשפט שלנו.¹⁷² לפיכך ניתן לומר שבעבר המעמד המיוחד (העל-סטוטורי) של עילת הסבירות ושל היועץ המשפטי לממשלה היו בבחינת נושא מוצנע שאפשר היה ללמוד עליו מבין השורות, ואילו כעת, עם הצגת ה"רפורמה", המעמד החוקתי (ואף העל-חוקתי) של ההסדרים המינהליים הללו מוכר בגלוי לכול – והוא בבחינת "זירת ההתגוששות" החוקתית העיקרית בין הממשלה והכנסת לבית המשפט.¹⁷³

את הסקירה של ההתפתחויות החוקתיות בישראל בשנת 2023 אי אפשר לסיים ללא התייחסות להתפתחות שהיא אולי הגורם החשוב ביותר במארג החוקתי בישראל העכשווית:

- 168 ראו חוק-יסוד: השיטה, תיקון מס' 15; ה"ש 157 להלן.
- 169 ראו בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 2; ראו עמחי כהן, "הדין בבג"ץ על ביטול עילת הסבירות", 7.9.2023 אתר המכון לדמוקרטיה <https://www.idi.org.il/articles/50635>, וההפניות שם לכתבי העתירה.
- 170 היינו, ברור שלו הייתה עילת הסבירות נחשבת במשפטנו לכלל "רגיל" של המשפט המינהלי, לא היה שום ספק בכך שהמחוקק (ולא כל שכן הרשות המכוננת) רשאי לעצב את הכללים בעניין כרצונו וללא שום מגבלה (ראו הדיון לעיל אחרי ה"ש 12). כך במשפט המשווה העיקרון השולט הוא שכשמדובר בביקורת שיפוטית מינהלית – ולהבדיל מביקורת לאכיפת הוראות החוקה – המחוקק רשאי לעצב את היקף הביקורת המינהלית ואת דרכיה ללא כל מגבלה, ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 16, 234–236 והפניות שם וכן לעיל ה"ש 113 לעיל וטקסט לידה.
- 171 ראו בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 2 (בפס' 176–179 לפסק דינה של הנשיאה חיות שכתבה את דעת הרוב; בפס' 99 לפסק דינו של השופט עמית). בית המשפט דחה את האפשרות להבחין בין המונחים השונים של עילת הסבירות, שם, בפס' 126 לפסק דינה של הנשיאה חיות והשוו לעמדת המיעוט למשל בפסק דינה של השופטת וילנר, שם בפס' 10–16.
- 172 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 היא חלק "מהנתונים החוקתיים", ולפיכך לא ניתן לפגוע בה אלא "בהסכמה רחבה". ההכרה במעמד העל-חוקתי אצל חלק משופטי הרוב באה לידי ביטוי גם בקביעה כי עילת הסבירות הייתה תמיד הברית התיכון של הביקורת השיפוטית בישראל, ולכן נודע לה, מלכתחילה, מעמד עליון (למשל שם, בפס' 33–38 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארד), ואצל חלקם היא באה לידי ביטוי בטענה שלא ניתן להפריד בין הסבירות האזונית לבין סבירות של מופרכות שנגזרת ישירות מעקרונות 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 (בדימוס) ברון).
- 173 ראו טקסט ליד ה"ש 129 לעיל.

תנועת המחאה. גל המחאה שקם מייד לאחר הודעת השר לזיון 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 כשמונה חודשים. מדי שבוע הפגינו ברחבי המדינה מאות אלפי נשים וגברים מכל שכבות הציבור בעשרות (ולעיתים במאות) אתרים שונים ברחבי המדינה.¹⁷⁴ המחאה הורכבה מארגוני פעולה אזרחיים רבים והקיפה גם מגזרים מקצועיים רבים, המגזר המשפטי, הפיננסי, הקמעונאי, תעשיית הטכנולוגיה, המגזר הרפואי, מערכת ההשכלה הגבוהה, החינוך ועוד. היא כללה פעילות ענפה (מאורגנת וספונטנית כאחת), לרבות – נוסף על ההפגנות – צעדות פומביות, שביתות שבת, מחאות מול מוסדות ציבור ובתי מגורים של פוליטיקאים, חסימות כבישים ועוד פעילויות רבות ומגוונות.¹⁷⁵ זאת ועוד, המחאה הקיפה גם שדרות רחבות בתוך שירותי הביטחון ובמיוחד חלק ניכר ממשרתי המילואים ביחידות העילית של הצבא (במיוחד ביחידות המודיעין וחיל האוויר).¹⁷⁶ העוצמה של גל המחאה באה לידי ביטוי גם בהשפעה שיש לה במישור הבין-לאומי (במיוחד על עמדת הממשל האמריקני ביחס לרפורמה).¹⁷⁷ ניתן לומר כי העוצמה של תנועת המחאה הפכה אותה לשחקן פוליטי מרכזי שהייתה לו השפעה הן על פעולות הממשלה והן על העמדות ועל הפעולות של כל שאר השחקנים בזירה הפוליטית.¹⁷⁸ אף שהממשלה מיצבה את הרפורמה המשפטית בראש סדר העדיפויות הפוליטי

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ אדיר ינקו "עליית מדרגה במחאת הרופאים: היום - שביתה כללית במערכת הבריאות" 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/bje6xcfh2; "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>.

¹⁷⁶ לי נעים "מחאת המילואימנים ביחידה 8200: 'לא נגיע עד שתבוטל המהפכה השלטונית'" N12 5.3.2023; https://www.mako.co.il/news-politics/2023_q1/Article-c4bbab038f2b681027.htm; "מגן הדור" עצומה אתר מבית סולידריות ישראלית ו"בואו" (16.6.2025) <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.

¹⁷⁷ שחר ברדיצ'בסקי "המסר הדרמטי של ביידן 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 האידיאליזם השימושי של נתניהו'" ynet 18.1.2023; "פרשן ה'ניו יורק טיימס': המסר של ביידן 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>.

¹⁷⁸ 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

שלה, ואף שהיא נהנתה מרוב קואליציוני מוצק בכנסת (קרי הייתה לה שליטה אפקטיבית ברשות המכוננת), הרי במשך יותר משמונה חודשים לאחר הצגתה (ועד לפרוץ המלחמה) היא לא הצליחה להעביר בכנסת את מרבית הרכיבים המרכזיים של הרפורמה.¹⁷⁹ עובדה זו נובעת באופן ישיר ובלעדי מעוצמתה של תנועת המחאה שהצליחה, לפחות בינתיים, למנוע את הוצאתה של תוכנית הרפורמה מן הכוח אל הפועל.¹⁸⁰

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 זה שנים בחברה הישראלית, ובראש ובראשונה לשסע בין הציבור הליברלי והחילוני לציבור הדתי

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>.

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). אומנם גם תיקון זה בוטל בבג"ץ, ראו לעיל, ה"ש 157.

הדוגמה החזקה ביותר לכוחה של המחאה הייתה בלילה שלאחר פיטורי שר הביטחון 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 שמחיוף "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 לסגת 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>.

ובינתיים התוכנית של הממשלה לשנות את הרכב הוועדה למינוי שופטים כך שיכלול רוב קואליציוני נכשלה בשל בחירת נציגת האופוזיציה (חברת הכנסת קרין אלהרר) לוועדה ("דרמת ענק בכנסת: נציגת האופוזיציה אלהרר נבחרה לוועדה לבחירת שופטים" **ynet** 14.6.2023 <https://www.ynet.co.il/blogs/knessetvotes>), וגם תוצאות הבחירות ללשכת עורכי הדין, שגם שם הממשלה נחלה כישלון חרוץ, עמיר קורץ "עו"ד עמית בכר זכה בבחירות בלשכת עו"ד בפער עצום: השיג 73% תמיכה" **כלכליסט** 21.6.2023 https://www.calcalist.co.il/local_news/article/hjnufgx003).

— שני אלו הפכו את תוכנית הממשלה לשינוי מיידי של הרכב הוועדה למינוי שופטים לכמעט בלתי אפשרית. ההשפעה הניכרת של המחאה על יכולת הממשלה לקדם את התוכנית 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.ynet.co.il/news/article/rydn8uqa3>).

הלגיטימציה של בית המשפט העליון בישראל ראו Or Bassok, *The Schmitelsen Court*, 21 German *L.J.* 131 (2020). לאחרונה הצליחה הממשלה להעביר תיקון לחוק יסוד: השפיטה המשנה את דרך בחירת נציגי לשכת עורכי הדין לוועדה למינוי שופטים ומבטל את הרוב המיוחד שנדרש כיום למינוי שופטי בית המשפט העליון ראו חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) התשפ"ה-ה'2025 מיום 1.4.2024, ואולם, הואיל וכניסתו לתוקף של התיקון נקבעה רק לאחר תחילת כהונתה של הכנסת ה-26 אין לו השפעה מיידי על הרכב הוועדה וההשלכות המעשיות שלו תלויות למעשה בתוצאות הבחירות הבאות. כנגד התיקון הוגשו עתירות לבג"ץ שעדיין תלויות ועומדות בעת כתיבת שורות אלו, ראו צבי זרחיה, "הכנסת אישרה את החוק לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים", **כלכליסט** (27.3.2025) https://www.calcalist.co.il/local_news/article/byoxfimpje

הלאומני והחרדי.¹⁸¹ אולם עצם העובדה כי המערכת המשפטית, ובראשה בג"ץ, הפכה למוסד המסמל יותר מכול את מהות הדמוקרטיה מבחינת חלקים נרחבים בציבור הישראלי,¹⁸² הופכת על פניהן לא מעט הנחות יסוד הכרוכות בדיון החוקתי אצלנו. מכל מקום, לא ניתן להתעלם מעובדה זו כשאנו באים להעריך ולנתח את מהותה של ה"חוקה" העכשווית של מדינת ישראל.¹⁸³ שהרי, הדיון החוקתי בישראל של היום איננו דיון בפרשנות של סעיף זה או אחר במסמך משפטי כלשהו, אלא הוא מתייחס לרבדים העמוקים ביותר ולמרכיבים הבסיסיים ביותר של היחסים בין רשויות השלטון השונות ובין לבין הציבור הרחב.¹⁸⁴ וברובד הזה היחסים שבין רשויות השלטון השונות לבין הציבור שאותו הן משרתות כמו גם קונוונציות פוליטיות ותרבותיות הן חשובות לא פחות מהתכנים של טקסט משפטי פורמלי כלשהו או של פסק דין של בית המשפט.¹⁸⁵ בפרפרזה על שאלתו הידועה של סטאלין על מספר הדיווידיות העומדות לרשות האפיפיור הסתבר – להפתעת כל המומחים – כי לימינו של בג"ץ עומדות לא מעט "דיווידיות" חזקות, נחושות ומאורגנות לקראת המאבק על היחסים שבין הרשויות הפוליטיות לבין הרשות השופטת. ומי שמסרטט את הקווים החדשים של החוקה של מדינת ישראל, המתעצבים לנגד עינינו בימים אלו ממש, אינו יכול להתעלם מעובדת בסיס זו. לפיכך ניתן לומר כי אף שהתאוריה החוקתית שפיתח בית המשפט העליון בשנות התשעים אולי מונחת על כרעי תרנגולת, ואף 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 בתאוריות הקיימות,¹⁸⁶ 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.¹⁸⁷

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

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

183 בהקשר זה ראויה לאזכור התאוריה של הזכויות החוקתיות הלא כתובות ('small c constitution'), שלפיה החוקה כוללת גם זכויות יסוד שאינן כתובות בה במפורש אלא מצויות ב"התרבות 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 FERREJOHN, A 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).

184 לדיון מקיף בחשיבותה של דעת הקהל ושל תגובת 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).

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

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

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

ו. במקום סיכום: מבט זהיר לעתיד

טענתי המרכזית לאורך המאמר הייתה שהברית התיכון של המשפט החוקתי בישראל לא היו הסדרים החוקתיים שגובשו מאמצע שנות התשעים ("המהפכה החוקתית") אלא הסדרים שגובשו בעיקרם במשפט המינהלי שלנו בשנות השמונים, ובראשם עקרון הסבירות והסדרים הנוגעים למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה. הסדרים אלו קיבלו בהדרגה, ובאמצעות תהליכים שהיו בחלקם לא פורמליים ומבוססים על אמרות בפסיקה ועל קונוונציות 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 ה"רפורמה" המשפטית, העמידו למבחן את התוקף הפורמלי של הסדרים אלו ואילצו את בית המשפט לבחון ישירות את היחס שבינם לבין הדוקטרינה החוקתית הפורמלית (תאוריית "שני הכובעים"). פסיקת בית המשפט בעניין בג"ץ הסבירות מתקפת היטב את הטענה האמורה, משום שהיא חושפת בעת ובעונה אחת הן את 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 על תאוריית שני הכובעים ואף איננו מתיישב עימה.

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 ביטחוניים ופוליטיים יוצר אי-ודאות כללית בנוגע להתפתחויות פוליטיות וחברתיות, ולו בעתיד הקרוב. על רקע זה קשה מאוד להעריך (שלא לומר לנבא) גם את ההשלכות ואת התוצאות של ההתפתחויות של 2023 ואת אחריתה של "המהפכה המשפטית". עם זאת ניתן 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 לבד מהכנסת וייערך בתנאים של קונצנזוס ציבורי רחב). כידוע, הניסיונות לכונן חוקה לישראל נמשכים מאז קום המדינה אך ללא הצלחה.¹⁸⁸ וגם בתקופה האחרונה, על רקע

¹⁸⁸ 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 יהיה חוק יסוד. ואכן, במשך השנים שלאחר מכן כוננה הכנסת כמה 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 שבמסגרתה נערכו דיונים רבים בין השנים 2003 ו-2006, <https://main.knesset.gov.il/activity/constitution/pages/constopenings.aspx>.

המשבר החוקתי, היו יוזמות כאלו לכינון חוקה שלא הבשילו.¹⁸⁹ אומנם על רקע הכאוס הפוליטי, המשבר הביטחוני והשסעים העמוקים בין חלקים שונים בציבור הסיכוי לקידום יוזמה כזאת נראה בשעה זו קלוש, אך ההיסטוריה מוכיחה כי לעיתים דווקא משברים ומצבי קיצון הם המובילים לכינון חוקות.¹⁹⁰ 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.

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. בשל המתחים הפוליטיים והחברתיים הקשים שעל גביהם מתנהלת מערכת היחסים בין המערכת המשפטית לפוליטית כיום ובשל הניסיון של העבר הקרוב צריך להיות אופטימיסט קיצוני (שלא לומר פנטזיונר) כדי להאמין שבג"ץ הסבירות יהיה המילה האחרונה במרוץ הסמכויות בין הכנסת לבית המשפט. המשך המצב הנוכחי פירושו שבידי כל צד למאבק מצויים "כלי נשק לא קונוונציונליים",¹⁹¹ כאשר כל אחת מהרשויות פועלת בכל "סיבוב" להגדלת עוצמת הכלים שבהם היא משתמשת תוך כדי 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 היא 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.¹⁹² חקיקה כזו, אם תיעשה בהסכמה של הכוחות הפוליטיים העיקריים עשויה להציב "כללי משחק" מוסכמים לחלוקת הסמכויות בין הכנסת והממשלה לבין בית המשפט ולרפות, במידה מסוימת לפחות, את המתחים שבין הרשויות. אולם בניגוד להערכות הרווחות,¹⁹³ ספק אם מהלך כזה יוכל לספק יציבות חוקתית

¹⁸⁹ 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-1.6.2023> <https://www.premium/00000188-7605-dd65-abae-761d6cb90000>. (למען הגילוי הנאות: הח"מ השתתף בדיוני קבוצה זו).

¹⁹⁰ למשל החוקות בארצות הברית ובצרפת שאומצו סמוך 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).

¹⁹¹ ראו לעיל, ה"ש 80 והטקסט לידה.

¹⁹² הצעת קבוצת שטרן ל"חוקה רזה" מתמקדת אפוא בעיקר בהליך החקיקה של חוקי יסוד ובכינון חוק-יסוד: חקיקה, ראו ה"ש 189 לעיל.

¹⁹³ 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 יעזו "חוק יסוד החקיקה נמצא בהישג יד ויכול להפוך את המשבר החוקתי לרגע מכונן" **זמן** (7.4.2023) <https://www.zman.co.il/385858/popup>.

לאורך זמן, מכמה סיבות: ראשית, מהלך כזה איננו חורג מהמסגרת החוקתית הנוכחית, כלומר המצב של היעדר חוקה פורמלית "אמיתית" יימשך כשאנו מסתפקים ב"תחליף" לחוקה – של חוקי היסוד; שנית, ולפיכך, מהלך כזה אמור להחזיר אותנו למסגרת חוקתית דואליסטית "חלקית" שתתבסס שוב על תזת "שני הכובעים". אלא שהמסגרת החוקתית הזאת כבר "נפרצה" בעקבות האירועים של השנים האחרונות. היינו, לפחות מנקודת הראות של בית המשפט הדיון החוקתי על פי חוקי היסוד צפוי להוסיף ולהיות 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.

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>