

מהגנה על כללי משחק למשחק בכללים – מה קרה לביקורת השיפוטית המוסדית?

אהרן גרבר*

- א. מבוא
- ב. מאפייני החוקה
 - 2.1 ערך אינטרינזי וערך אינסטרומנטלי
 - 2.2 כללים וסטנדרטים;
- ג. ביקורת שיפוטית חדשה – משפט חוקתי ללא חוקה;
- ד. האחדת הביקורת השיפוטית
 - 4.1 הגנה על הסדרים מוסדיים מכוח זכויות
 - 4.2 פרשנות יוצרת של הסדרים מוסדיים
 - 4.3 ניתוק מוצהר ממחויבות לטקסט חוקתי;
- ה. השלכות שינוי אופי הביקורת השיפוטית המוסדית
 - ו. ההבחנה בין ביקורת שיפוטית מוסדית לביקורת שיפוטית מבוססת זכויות בפסיקת השופט מזוז
 - ז. לגיטימציה שמרנית לביקורת שיפוטית מוסדית
 - ח. המשבר שבטשטוש
 - ט. האם קיימת אפשרות אחרת? עיון תורת משפטי במשנתו של קלזן
 - י. סיכום

א. מבוא

חוקות עומדות בראש המדרג הנורמטיבי. הן מעצבות את "כללי המשחק" המוסדיים שיוצרים את מבנה רשויות השלטון, דרכי הרכבתן והיחסים ביניהן, ומגינות על זכויות. הן עושות זאת באמצעות הגדרת סמכויות משטריות וקביעת דרכי הפעלתן; הן מסדירות מנגנוני בחירות; משרטטות מגבלות על הפעלת הכוח של גופי השלטון; ומעגנות הכרה בזכויות אדם ואזרח.¹ מאז המחצית השנייה של

* אהרן גרבר הוא תלמיד לתואר שלישי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית וסגן ראש המחלקה המשפטית בפורום קהלת. תודתי לפרופ' גידי ספיר על הערותיו המועילות לטיטות ראשוניות של המאמר ולמערכת הספר.

¹ אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291, 292 (2003).

המאה העשרים התפשט במהירות ברחבי העולם מודל חוקתי בעל קווים כלליים דומים. גוף החוקה במודל זה מורכב בדרך כלל משני חלקים עיקריים – חלק שכולל הסדרים מוסדיים שמגדירים את "כללי המשחק" השלטוניים ואת סמכויות הרשויות, וחלק שני שמעגן זכויות שאסור למדינה לפגוע בהן ללא הצדקה מיוחדת.² המודל החוקתי הכפול התפשט בכל רחבי העולם במחצית השנייה של המאה העשרים, והיה לדגם החוקתי המצוי.³ לצד המבנה החוקתי בעל שני הענפים כולל המודל ערכאת ביקורת שיפוטית חוקתית שיכולה לפסול חקיקה ראשית כחלק מביקורת שיפוטית חוקתית.

לכל אחד מענפי החוקה – ענף הזכויות וענף ההסדרים המוסדיים – מאפיינים ייחודיים שגוזרים את אופי הביקורת השיפוטית המופעלת כאשר עולה טענה לפגיעה בהם. הבדל בולט משתקף באופן שבו הם מעוגנים. ככלל, הסדרים מוסדיים מנוסחים ככללים, וזכויות מעוצבות כסטנדרטים. בשל כך כאשר בית המשפט מגן על זכויות הוא מפעיל שיקול דעת רחב, ולרוב מאזן באמצעות מידתיות בין ערכים מתנגשים, כדי לקבוע אם פגיעה בזכות אפשרית בנסיבות הנתונות.⁴ השופטים בוחנים מהי הנורמה הראויה ואם הפגיעה בזכויות מוצדקת במקרה הנקודתי שלפניהם לאור חשיבות ההגנה על הזכות שעוגנה בחוקה. לעומת זאת, עד לאחרונה, כאשר בית המשפט העביר ביקורת שיפוטית בתחום המוסדי הוא, בדרך כלל, יישם כללים. השופט נדרש לבחון אם התבצעה סטייה מנורמה משפטית בינארית שנקבעה בידי מכוני החוקה תוך הפעלת שיקול דעת מוגבל בזיהוי המקרה שלפניו והכרעה במקרי קצה שבהם עולה השאלה אם הופר כלל.⁵

להסדרים מוסדיים ולזכויות חוקתיות אשר מעוגנים בחוקה מעמד חוקתי נורמטיבי זהה ועליון, אף על פי שהעיגון החוקתי שלהם נועד להגשמת תכליות שונות. ההסדרים המוסדיים יוצרים את כללי המסגרת של מערכות השלטון – והם, למעשה, "כללי משחק" שנועדו לתחום את גבולות הגזרה של המגרש

² Ruth Gavison, *What Belongs in a Constitution?*, 13 CONST. POL. ECON. 89 (2002) לצד שני החלקים הללו, חוקות רבות כוללות גם התייחסות מוגבלת לאופייה הלאומי של המדינה. ראו: Liav Orgad, *The Preamble in Constitutional Interpretation*, 8 INT'L J. CONST. L. 714, 715–718 (2010).

³ DANIEL J. GALLIGAN & MILA VERSTEEG, *THEORETICAL PERSPECTIVES ON THE ,Gavison ;SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS* 6–8 (2013) לעיל ה"ש 2, בעמ' 90.

⁴ המידתיות אומצה במוצהר במשפט החוקתי באירופה ובמרבית מדינות העולם בעוד המשפט החוקתי בארצות-הברית מאמץ דוקטרינת איוונים אחרת. ראו: Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, 8 INT'L J. CONST. L. 263, 263–286 (2010).

⁵ Gavison, לעיל ה"ש 2, בעמ' 93.

הפוליטי היום-יומי באמצעות קביעת המסגרת החוקתית שבתוכה מתנהלת הפוליטיקה "הרגילה" בהכרעות מבוססות רוב. כללי המשחק עוסקים במבנה של מוסדות שלטון ובהליכים להפעלת סמכויותיהם. בדרך כלל הם מעוגנים במבנה של כללים ולא של סטנדרטים, ולכן תפקיד הביקורת השיפוטית המוסדית הוא לבחון אם גופים שלטוניים חרגו ממסגרת הכללים שנקבעו בחוקה. פעמים רבות הכללים המוסדיים הם מ"סדר שני" וחשיבותם נובעת מההסדרה שטמונה בציות להם ומהמערכת השלטונית שהם מעצבים כמכלול, ולא דוקא מתוכנם כשלעצמו. בניגוד לכך, עיגון חוקתי של זכויות מעניק לעקרונות מסוימים מעמד נורמטיבי גבוה בשל תוכנם המוסרי העצמי. ביקורת שיפוטית מכוחם מאופיינת בשיקול דעת רחב שנדרש לשם הכרעה שיפוטית בשאלה אם בנסיבות העניין הפגיעה בעקרונות הללו מוצדקת.⁶ ההבדלים הללו באים לידי ביטוי בסגנון ניסוח סעיפי החוקה שמסדירים את התחומים השונים ובאופי של הביקורת השיפוטית ורוחב שיקול הדעת השיפוטי שנהוג בכל אחד מהם. בשל כך, באופן מסורתי, ביקורת שיפוטית מוסדית נתפסה כמרוסנת ולא עוררה את הבעיה האנטי רובנית שבהעדפת שיקול הדעת של השופטים על פני זה של נבחרי הציבור. זאת בעוד ביקורת שיפוטית במקרים של פגיעה בזכויות עוררה מתח בשל הגירעון הדמוקרטי שבמתן עדיפות להכרעה שיפוטית בשאלות ערכיות באמצעות מבחני מידתיות שמערבים שיקול דעת רחב.

אני מבקש לטעון שלמרות התכליות המקוריות השונות של שני ענפי החוקה שהביאו מלכתחילה לעיגון החוקתי, ולמרות האופי השונה של הביקורת השיפוטית מכוחן, בשנים האחרונות אפשר לזהות מגמה של התמזגות הביקורת השיפוטית מכוח שני ענפי החוקה השונים. זאת תוך טשטוש ההבדלים שהבחינו ביניהם בעבר. בשל כך יש לבחון מחדש את יכולת ההסדרים המוסדיים לממש את התכלית המייצבת שלשמה עוגנו מלכתחילה כקובעי כללי המשחק החוקתיים. בתהליך זוחל שינו השופטים את אופי הביקורת על כללי המשחק וכיום הם מפעילים שיקול דעת רחב גם במקרים של ביקורת שיפוטית מוסדית, תוך השתחררות מכבלי הוראות הטקסט החוקתי. לכן, כיום, גם הביקורת השיפוטית המוסדית סובלת מגירעון דמוקרטי חריף והוא כר פורה ליצירת משברים חוקתיים.⁷ אדרבה, טשטוש ההבחנה והיכולת השיפוטית לבקר כלל מוסדי כאילו היה סטנדרט שיפוטי מעוררת ספק בדבר היכולת של הענף המוסדי בחוקה להמשיך ולמלא את תפקידו המקורי כמתווה "כללי משחק" חוקתיים

6 ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 35–36 (מיכאלה קלי עורכת 2016).

7 ככל שבית המשפט מתייחס גם להסדרים המוסדיים כסטנדרטים מתעוררת ביקורת דומה. ראו: Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1358 (2006).

ידועים ויציבים והופך אותם מגורם מייצב לגורם שמעורר חוסר יציבות ומשברים.

במאמר אציג את השינוי שעוברת הביקורת השיפוטית המוסדית בפועל, ואסקור היבטים תורת המשפטיים שהשינוי מבטא. אסביר את חשיבות ההבחנה בין שני ענפי החוקה ואטען שטשטוש ההבחנה בין ביקורת שיפוטית חוקתית מוסדית לביקורת שיפוטית במקרים של הפרת זכויות פוגע ביכולת המשפט החוקתי המוסדי למלא את ייעודו.

לאחר עשורים ארוכים שבהן זכה העיסוק החוקתי בזכויות לפופולאריות בעוד העיסוק במשפט החוקתי המוסדי נותר משני, אפשר לזהות בפתח המאה ה-21 מגמה של הרחבת העיסוק במשפט החוקתי המוסדי.⁸ במאמר זה אני מבקש לתרום נדבך נוסף לדיון באמצעות בחינת קשרי הגומלין שבין טשטוש ההבחנה השיפוטית שבין ענפי החוקה לחוסר היציבות החוקתי הגובר.

השופט מזוז, לו מוקדש קובץ זה, הקפיד על ההבחנה בין ביקורת שיפוטית מוסדית לביקורת שיפוטית במסגרת הגנה על זכויות. בפסיקתו התריע, בכמה הזדמנויות, מפני טשטוש שיפוטי של ההבחנה בין ענפי החוקה השונים ורוחב שיקול הדעת השיפוטי שיש להפעיל כאשר עוסקים בכל אחד מהם.⁹ הוא גם ניסה לשכנע את חבריו לכס השיפוט בחשיבות שימור שני ענפי המשפט החוקתי כענפים מובחנים ונפרדים ועסק בכך בשורה של פסקי דין ובראשם עניין קוונטינסקי. במאמר אעמוד על התפיסה העולה מפסיקתו בעניין חשיבותה העיונית והמעשית של ההבחנה כמפתח לחיזוק משטר חוקתי אפקטיבי ויעיל. אלה חלקיו הבאים של המאמר: פרק ב יציג את המאפיינים של שני ענפי החוקה. פרק ג יציג את המאפיינים של הביקורת השיפוטית החדשה ובראשם

8 ראו למשל, ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ 595 (2017); דפנה ברק-ארז "לקראת דיני דמוקרטיה בישראל" עיוני משפט לג 527, 530 (2011); איתי בר-סימן-טוב "ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית הליכית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדורלי בישראל" ספר דורית ביניש 299 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, לירון קרס עורכת משנה, דפנה בר-און עריכת לשון (2018) (הספר להלן: ספר דורית ביניש). חלק מהעיסוק בנושא מתעורר במסגרת הניסיון להתמודד עם משברים חוקתיים וקריסת היציבות החוקתית. ראו למשל MARK A. GRABER, SANFORD LEVINSON & MARK TUSHNET, CONSTITUTIONAL DEMOCRACIES IN CRISIS? (2018); Tom Ginsburg, *Demographic Backsliding and the Rule of Law*, 44 OHIO N.U. L. REV. 351 (2018).

9 ראו חוות דעתו בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו) 6.8.2017; בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, 42-45 (נבו) 27.5.2018; בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 27.5.2020; בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו) 8.7.2021.

זניחת המחוייבות לטקסט חוקתי. פרק ד יציג את האופן שבו טושטשה ההבחנה בין ביקורת שיפוטית חוקתית במקרי הפרת זכויות ומקרים של פגיעה בכללי המשחק. פרק ה יעסוק בהשלכות שנובעות מהאחדת מודל הביקורת השיפוטית. פרק ו יציג את פסיקתו של השופט מזוז, ואת הקפדתו לשמור על ההבחנה בין סוגי הביקורת השיפוטית. פרק ז יסביר מדוע שמרנים נוטים להעדיף ביקורת שיפוטית הליכית ומוסדית ומדוע האחדת הביקורת השיפוטית במקרה הישראלי משבשת את הנטיה השמרנית. פרק ח יצביע על הפגיעה באמון הציבור והמחוקק שטמונה בשינוי המאפיינים של הביקורת השיפוטית המוסדית. פרק ט פוסע בעקבות ההבחנה של הנס קלזן שחזה כבר לפני שנים רבות את חוסר היכולת של מערכת נורמטיבית שיונקת את כוחה משני מקורות לגיטימציה שונים להתקיים לאורך זמן, ולבסוף אסכם.

ב. מאפייני החוקה

המבנה החוקתי המקובל ברחבי העולם מבוסס על הבחנה בין "פוליטיקה חוקתית" ל"פוליטיקה רגילה". הפוליטיקה הרגילה היא המרחב שבו מתקבלות הכרעות נורמטיביות באמצעות הרשות המבצעת והמחוקקת על פי הסמכויות שהוענקו להן. הפוליטיקה החוקתית היא המרחב שלשם שינויו נדרש שינוי של החוקה. החוקה משרטטת את גבולות המרחב שבו מתנהלת הפוליטיקה הרגילה ומפרידה בין שני המרחבים תוך שהיא מעניקה עליונות נורמטיבית לחוקה. עליונות נורמטיבית מכפיפה את הפוליטיקה היום-יומית להוראות החוקה ויוצרת מדרג נורמטיבי של נורמות. אבל במבנה החוקתי המקובל לא מסתפקים רק בעליונות, החוקה צריכה ליהנות גם מנוקשות שמתבטאת בהליך מיוחד לכינון החוקה ולתיקונה.¹⁰ הנוקשות מבטלת את החשש מניהול פוליטיקה רגילה

¹⁰ ראו עידו פורת "פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה – חוק הלאום, תורת הסמכות המכוננת, ודואליזם חוקתי" *תרבות דמוקרטית* 20, 217 (2021); בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 77 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') חיות (נבו) 1.1.2024 (להלן: בג"ץ הסבירות); רות גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" *משפטים* כח 21, 35–37 (1997); רות גביוון ואלן שפירא "מבוא" אלכסנדר המילטון, ג' ג'ון ומדיסון ג'יימס הפדרליסט ל, יא (יעל חזוני עורכת, אהרון אמיר מתרגם 2001). כידוע, ישראל יוצאת דופן, עד למהפכה החוקתית בשנות התשעים של המאה הקודמת נהגה בישראל שיטת משטר של דמוקרטיה פרלמנטרית שבה אין נורמה שעליונה על הפרלמנט. לאחר המהפכה הפכה שיטת המשפט לשיטת משטר חוקתית שחוקי-היסוד נהנים, בפועל, מעליונות נורמטיבית ללא נוקשות. מחוללי המהפכה טענו בהתחלה שהיעדר הנוקשות הוא יתרון של המבנה החוקתי החדש ומלמד על קיומה של הסכמה שאלמלא כן היו המחוקקים משנים את חוקי-היסוד. ראו דברי חבר הנסת אוריאל לין בעת ההצבעה בכנסת: "ואני אומר לחברי הבית: בואו נעשה

כפוליטיקה חוקתית באמצעות עיגונה בחוקה ומאפשרת לחוקה ליצור חיץ בין שתי המערכות. נוקשות לא מונעת את היכולת לשנות את החוקה אולם מחייבת הליך שינוי מורכב יותר מאשר הליך החקיקה הרגיל. שתי התכונות, העליונות והנוקשות, הן מאפייני הבסיס של החוקה והן שמאפשרות לה למלא את הציפיות שתולים בה כמשרטטת גבולות המגרש שעליו מתנהלת הפוליטיקה היום-יומית. כפי שהסביר המלומד אקצין:¹¹

”הבהרה נוספת של תפקוד החוקה הפורמלית ומקומה במדינה נקבל אם נשתמש בדימוי של קירות הבית בהשוואה לרהיטיו ולמחיצותיו הפנימיות. גם את הקירות ניתן להזיז בכוח... אם קיים צורך להרחיב את הבית או להכניס בו שינוי מבנה יסודיים. אבל מטבע הדברים לא ימהרו בעלי הבית לשנות את קירותיו ללא צורך מיותר וללא שיקול מעמיק. ולרוב הם יסתפקו בהתאמתו לנסיבות המשתנות על ידי הזזת רהיטים, שינוי הריהוט, או במקרים חשובים יותר, על ידי הזזת המחיצות הפנימיות. הקירות תשמשנה אפוא מסגרת, יציבה באופן יחסי, אשר בגבולותיה יתחוללו השינויים המשניים שבתוך הבית.”

הנוקשות יוצרת חיץ שמאפשר לחוקה למלא את יעודה כקובעת מסגרת יציבה שבתוכה מתנהלת הפוליטיקה היום-יומית באמצעות הגבלת החקיקה הרגילה לגבולות ההסדרים שנקבעו בחוקה.¹²

את הניסיון. הכוח לא הועבר למערכת בתי המשפט. הכוח נשאר בבית הזה. ואם חלילה יסתבר מהניסיון עם החוק הזה שאנחנו טעינו, והפרשנות הניתנת לחוק אינה על פי כוונתו האמיתית של המחוקק, יש בידי הכנסת הכוח לשנות את החוק” (פרוטוקול ישיבה 398 של הכנסת ה-12, 3788 (17.3.1992)). ראו גם דברי נשיא בית המשפט העליון השופט אהרן ברק, שציין בכנסת בכמה הזדמנויות שהכנסת יכולה לשנות את חוקי היסוד: “הכנסת רשאית לקבוע בחוק יסוד שאין ביקורת שיפוטית חוקתית, ובית-המשפט לא יוכל להפוך קביעה זו” (צבי לביא “אהרון ברק: רק הכנסת יכולה לבטל בחוק יסוד הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת” גלובס (20.11.2003) <https://bit.ly/3CcmB8f>). למחלוקת בשאלה אם המסקנה הנובעת מהיעדר הנוקשות היא שיש הצדקה להכיר בסמכות ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד, ראו: בג”ץ הסבירות, לעיל ה”ש 10, בפס’ 78 לפסק הדין של הנשיאה חיות, ובפס’ 26 לפסק הדין של השופט מינץ.

11 בנימין אקצין תורת המשטרים כרך שני 57–58 (1966).

12 כאמור הדרישה לעליונות ונוקשות מעלה שאלה בדבר ההתאמת השיטה הישראלית למודל החוקתי. בפועל נהגה בישראל שיטה שלפיה חוקי היסוד עליונים על חקיקה רגילה למרות היעדר נוקשות והליך חקיקה מיוחד. ראו: פורת “פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה”, לעיל ה”ש 10, בעמ’ 218.

מלכתחילה החוקות הראשונות, שהתפתחו במאה ה-18, התמקדו ביצירת הסדרים מוסדיים באמצעות עיגון טקסט בעל מעמד מיוחד ומוסכם שמסדיר את מנגנוני השלטון. מרבית העיסוק החוקתי הוקדש לשאלות של מנגנוני השלטון והסדרים מוסדיים שמסדירים את גבולות סמכויותיהם ואת דרכי פעולתם.¹³ גישה זו אפיינה גם את המודל הקלזיני של החוקות שהתפתחו באירופה בתחילת המאה העשרים וגם את המודל החוקתי האמריקני שכלל עיגון של חירויות אזרח וזכויות מוגנות לצד ההסדרה המוסדית שרוב החוקה הוקדשה לה. בין אם החוקות תוקנו מתוך תפיסה בדבר זכויות טבעיות ובין אם המניע לכינום היה תפיסת ממשל שביקשה למנוע ריכוז עוצמה שלטונית בידי גורם יחיד. עיגון חוקה וביקורת שיפוטית מכוחה התבססו על האמור בה ולא על המניעים של מכונייה. תחולת הזכויות נבעה מעיגונם הפורמלי בחוקה הכתובה אף על פי ששיקפו תפיסה טבעית קדם-משפטית.¹⁴ אולם לאחר מלחמת העולם השנייה המודל השתנה במהירות ומשקלה של ההגנה על זכויות אדם כחלק מהחוקה הלך וגבר. בד-בבד, זכה המודל החוקתי להצלחה מסחררת. נכון לתחילת המאה ה-21 המודל החוקתי הוא מודל משטרי חובק עולם וכמעט לא נותרו מדינות ששיטת משטרן נטולת חוקה כתובה. המודל החוקתי המצוי כולל, לצד העיגון המוסדי, הגנה אקטיבית על רשימת זכויות אדם שהלכה והתארכה. גם ההצדקה לאכיפתן ולעליונותן הנורמטיבית עברה שינוי וניתן משקל גובר למעמדן העצמאי לאור חשיבות ההגנה על זכויות אדם. המודל החוקתי החדש שהתפשט במהירות כלל גם מנגנוני ביקורת שיפוטית, שהעניקו לשופטים שיקול דעת רחב להכרעה בשאלות חוקתיות במקרים שבהם מתעורר חשד לפגיעה בזכויות באופן שהגדיל את עוצמת השופטים והשפעתם על הליכי קבלת החלטות.¹⁵

התכליות העיקריות של החוקות המודרניות נותרו ייצוב מערכת המשטר וקביעת כללי משחק ברורים למערכות השלטון, לצד הגנה על אזרח ועל זכויות אדם. אך נושא הגנת זכויות האדם הפך למרכזי הכובד של העיסוק החוקתי והוא נתפס כעיקרון משותף רחב היקף שביסוד ההסכמה על החוקה.¹⁶ כתוצאה מכך התפתחו דיני זכויות האדם במסגרת המשפט החוקתי, ובתי המשפט הרחיבו

13 ברק מדינה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 17-20.

14 ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, *READING LAW: THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS* 81 (2012).

15 Lorraine E. Weinrib, *The Post-War Paradigm and American Exceptionalism*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 84 (Sujit Choudhry ed. 2006); Tom Ginsburg, *The Global Spread of Constitutional Review*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LAW AND POLITICS 81, 81-95 (Daniel Keleman & Keith Whittington eds., 2008).

16 Mark Tushnet, *Precis: The Rights Revolution in the Twentieth Century*, 42 ISR. L. REV. 446 (2009).

מאוד את מעורבותם בשאלות הערכיות והפוליטיות שעל סדר היום הציבורי באמצעות הרחבה גוברת של ההגנה החוקתית מכוח הזכויות.¹⁷ אולם גם לאחר מהפכת זכויות האדם והרחבת הביקורת השיפוטית החוקתית לשאלות ערכיות מובהקות נותרה הבחנה ברורה בין ביקורת שיפוטית חוקתית בשאלות מוסדיות לביקורת במקרים של פגיעה בזכויות שהם שני ענפים שונים בחוקה. ההבחנה נבעה מהמאפיינים הגרעיניים השונים של שני ענפי החוקה ומהתכליות אותן הם נועדו להשיג. כדי לעצב כללי משחק ולקבוע את גבולות סמכות גופי השלטון, הסדרים מוסדיים זכו לעליונות נורמטיבית, וזכויות זכו לעליונות נורמטיבית מתוך תפיסה שרואה בהן נורמות עליונות כשלעצמן. בסעיפים הבאים אשרטט את המאפיינים השונים של כל אחד מענפי החוקה. לאחר מכן אתאר כיצד הביקורת השיפוטית החוקתית השתנתה בעקבות טשטוש ההבחנה המסורתית ביניהם.

2.1 ערך אינטרינזי וערך אינסטרומנטלי

כאשר בוחנים את ההצדקה לעגן הסדרים מוסדיים וזכויות בחוקה שנהנית ממעמד נורמטיבי עליון, אפשר לזהות שני סוגים מרכזיים של הצדקה. ניתן להצדיק את הצורך בעיגון חוקתי בשל ערך אינטרינזי (תוכי) או אינסטרומנטלי (אמצעותי). ייחוס ערך אינטרינזי לסעיף חוקה מלמד על כך שקיימת סיבה פנימית עצמאית, אינהרנטית, שמצדיקה את עיגונה החוקתי של זכות, חירות או כלל משטרי, בשל העובדה שהיא חשובה כשלעצמה. מנגד ייתכן שההצדקה לעיגון חוקתי נובעת מכך שמדובר באמצעי פרגמטי להשגת מטרה מסוימת. ככל שההצדקה לעיגון חוקתי היא אינסטרומנטלית הרי שהסעיף עוגן כעליון נורמטיבית רק כאמצעי להשגת תכלית חשובה, אף על פי שאין סיבה עצמית להעניק לו עליונות.

ככלל, להסדרים החוקתיים המשטריים יש ערך אינסטרומנטלי בלבד. לכן מגוון ההסדרים המוסדיים האפשריים בדמוקרטיה חוקתיות רחב: חוקה יכולה להגדיר משטר אוניטרי (מאוחד) או פדראלי; דמוקרטיה פרלמנטרית לגיטימית יכולה להתקיים במבנה של שני בתי פרלמנט או במבנה של פרלמנט בעל בית אחד; בחירות יכולות להיות אזוריות או ארציות; אפשר להפקיד את שיטת בחירת השופטים לערכאה החוקתית העליונה בידי נבחרי ציבור בלבד או לערב בכך גם שופטים. לכל אחת מהשיטות יתרונות וחסרונות, כאשר כולן מבקשות ליצור מערכת שלטונית אפקטיבית היכולה לפעול באופן יציב. שיטה שיוצרת

17 אהרן ברק "כבוד האדם: ניתוח חוקתי-השוואתי" מבחר כתבים ג – עיונים חוקתיים 357, 367-371 (2017) (הספר להלן: מבחר כתבים ג).

מערכת איזונים ובלמים תוך מתן אפשרות לחילופי שלטון דמוקרטיים ולהגנה על זכויות אזרח.¹⁸ אולם, כפוף לגבולות גזרה רחבים שיוצרים נקודת איזון בין יציבות שלטונית לייצוגיות, ובין ריבוי מנגנוני ביקורת למשילות ויעילות, לרוב אין מייחסים להסדר מוסדי ספציפי ערך עצמי. לכן, בדרך כלל, שיטות הממשל עוצבו לפי מסורות חוקתיות לאומיות וכל מדינה עשתה התאמות שונות כדי להגשים עקרונות כמו חיזוק משילות, יציבות, ייצוגיות, הפרדת רשויות ועוד. זאת באמצעות יצירת מארג הסדרים מוסדיים שמגשים את התכליות הללו.¹⁹ את עליונותם הנורמטיבית שואבים ההסדרים המוסדיים מעיגונם בחוקה ואין ההצדקה לעיגונם החוקתי מבוססת על התוכן העצמי של ההסדרים.²⁰ לרוב חוקות גם לא מעגנות את העקרונות ששימשו כמניע לקביעת הסדרים מוסדיים ספציפיים.²¹ העיקרון המנחה הוא יצירת מסגרת מתואמת ומאוזנת שמגשימה את עיקרון הפרדת הרשויות על שלל היבטיו, בעוד תוכן ההסדרים הוא האמצעי להשגת היעד. הנחת המוצא היא שעצם קיומם של כללי משחק מקובלים, שמונעים צבירת כוח שלטוני בידי גורם יחיד, היא התכלית של הסעיפים ולא הסדר זה או אחר.

ייחוס הצדקה אינסטרומנטלית לעיגון חוקתי של הסדרים מוסדיים לא מייתר את הדיון ביתרונות ובחסרונות של כל אחד מההסדרים ובהשפעתו על חירות האזרח והגנה מפני שימוש לרעה בכוח שלטוני, ואין בכך כי לומר שאין הסדרים מוסדיים גרועים. אך בפועל, למעט מקרים חריגים ביותר, לרוב תהיה זאת שגיאה לראות בהסדר מוסדי שנוהג במדינות דמוקרטיות הסדר שגוי כשלעצמו ויעיד על כך המנעד הרחב של הסדרים שמקובלים ברחבי העולם.²² בין כך ובין כך

18 Jan Petrov, *How to Detect Abusive Constitutional Practices*, EUR. CONST. L. REV. 1, 12 (2024): "Constitutional practices are instrumental. They serve as means to achieve ends. The ends are usually related to good governance principles such as democracy, effectiveness, or transparency"

19 יצחק גל-נור ודנה בלאנדר *המערכת הפוליטית בישראל כרך א* 303 (אלי שאלתיאל עורך) (2013).

20 גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", לעיל ה"ש 10, בעמ' 70–72.

21 ראו Jeremy Waldron, *Non-Normative Principles*, N.Y.U. SCH. OF L. PUB. L. RSCH. 19–28 (2019) PAPER.

22 ראו גל-נור ובלאנדר, לעיל ה"ש 19. לעניין זה, ראו את הביקורת על הניסיונות להעתיק הסדרים מוסדיים ממדינה למדינה בלי להכיר את הייחודיות ואת המארג הכולל של ההסדרים שבכל מדינה: Bugaric Bojan & Tushnet Mark, *Court-Packing, Judicial Independence, and Populism*, VERFASSUNGSBLOG: ON MATTERS CONSTITUTIONAL (2020); David Kosaf, Katarína Šipulová, *Comparative court-packing*, 21 INT'L J. CONST. L. 80–126 (2023).

את הדיון בשאלת קיומם של הסדרים מוסדיים שגויים יש להותיר בידי החוקק שקובע את ההסדר תוך התייחסות לתכלית לשמה עוגן. הביקורת השיפוטית בטענות להפרת הסדרים מוסדיים עוסקת בהסדר וצריכה אפוא להתמקד בשאלה אם נפגעה הוראת החוקה ולא בשאלה אם נפגעה התכלית שהוראות החוקה מבקשות להשיג.²³

לעומת זאת, עיגונן של זכויות אדם בחוקה מבוסס על תפיסה שלפיה לזכויות ערך עצמי-מוסרי ולכן עיגונן החוקתי לא יוצר את מעמדם הנורמטיבי העליון אלא מכיר בו באופן מעשי. זאת מכיוון שמדובר באמיתות אנושיות אוניברסאליות שפגיעה בהן היא שלילית כשלעצמה.²⁴ הזכויות המעוגנות ברחבי העולם מיוסדות על תפיסה בדבר קיומן של "זכויות טבעיות" מוגנות. לכן באשר לעיגון חוקתי של זכויות, החוקות מעגנות את עקרונות היסוד עצמם ולא רק את ההסדרים שנובעים מהם בשל תוכנם המהותי.

הדגמה טובה להבדל בין זכויות, שערך נתפס כאינטרינזי, ובין ההסדרים המוסדיים האינסטרומנטליים, עולה מהתבוננות באמנת ליסבון, המשמשת כ"חוקת" האיחוד האירופי. הסעיף הראשון לאמנה מבהיר כי חברי האיחוד מבססים את האיחוד על חשיבותן של זכויות מסוימות, שמחייבות את כל מדינות האיחוד, ובתי הדין של האיחוד מעבירים ביקורת שיפוטית מכוון של אותן זכויות.²⁵ לעומת זאת, קובעת האמנה כי יש לכבד את השוני המשטרי שנקבע בהסדרים המוסדיים של המדינות על פי המסורות המדינתיות.²⁶ האמנה סובלנית

John F. Manning, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, 124 HARV. L. 23

Waldron; REV. 1939, 1993 (2011), לעיל ה"ש 21.

24 ראו ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" עיוני משפט מד 5, 13 (2021); דוד אנוך ואלון הראל "עיון פילוסופי במשפט ואודותיו" דין ודברים ד 17, 26 (2008); נעמה כרמי זכויות אדם: מבוא תאורטי 49 (2018). לגישה נגדית ראו יונתן גרין "הדמוקרטיה כפי ששכחנו: רוברט דאל על דמוקרטיה וזכויות" השילוח 37, 139, 141-143 (2023).

25 Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, Dec. 13, 2007, 2007 O.J. (C 306) 1, art. 1:

"The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail"

26 שם, בס' 3a(2): "The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. It shall respect their essential State functions"

כלפי עיגון הסדרים משטריים מגוונים אך דורשת סטנדרט הגנה אחיד על רשימת זכויות מוגנות שבית הדין האירופי לצדק אוכף. ההבחנה בין הערך האינטרינזי או האינסטרומנטלי שמייחסים לחלקי החוקה השונים מסבירה מדוע ביקורת שיפוטית שבוחנת הפרת זכויות מחייבת דיון בתכליות שהביאו לעיגונה החוקתי מלכתחילה. השופט, שמעביר ביקורת שיפוטית מגן על הערך האינטרינזי שעוגן בחוקה ולא על ההסדר החוקתי כשלעצמו.

2.2 כללים וסטנדרטים

המאפיינים השונים של הזכויות החוקתיות וההסדרים המוסדיים באים לידי ביטוי גם בצורה ובמבנה לפיהם הם מעוגנים. בדרך כלל הסדרים מוסדיים מנוסחים ככללים בינאריים (rules) ולא כסטנדרטים (standard). השוני נובע מהתכלית השונה שכל אחד מענפי החוקה מבקש לממש. ההסדרים המוסדיים נועדו ליצור הסדרה של מערכת השלטון ולתחום את סמכויותיה ודרכי פעולתה. הסדרים מוסדיים אפקטיביים קובעים גבולות גזרה ברורים וודאיים, שתכליתם יציבות ולכן הם מעוצבים ככללים בינאריים. בניגוד לכך, זכויות מעוגנות בצורה של עקרונות משפטיים באופן שמעניק לבתי המשפט שיקול דעת רחב שמאפשר הכרעה על פי מכלול הנסיבות בכל מקרה ומקרה כדי לבחון אם הפגיעה בזכות מוצדקת.²⁷ שיקול הדעת הרחב בהכרעה בנוגע לזכויות הוא פועל יוצא מהתייחסות לעיגון חוקתי של זכויות כסטנדרטים²⁸

"ההבדל העיקרי בין כלל ובין סטנדרט מתבטא אפוא במידת הדיוק של התוכן הנמסר באמצעות הנורמה המשפטית: כלל הוא נורמה 'סגורה'; תוכנה של הנורמה נמסר בו מראש ברמה גבוהה יחסית של ספציפיות. הפעלתו של כלל היא טכנית; אין היא מצריכה שימוש בשיקול דעת: מפעילו של הכלל אינו נדרש לתרום תרומה מהותית כלשהי משלו לעיצוב תוכנה של הנורמה. לעומת זאת, סטנדרט הוא נורמה 'פתוחה': תוכנה של הנורמה נמסר בו, מראש באורח כללי, באופן המחייב הוספה בשלב שהוא מאוחר להתרחשות האירוע שלגביו מוחל הסטנדרט. מפעילו של

HUMBERTO AVILA, THEORY OF LEGAL PRINCIPALS (2007); RONALD DWORKIN, ראו 27
TAKING RIGHTS SERIOUSLY, 22–29, 132 (1977).

מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת-המשפט 28
של החקיקה" משפטים יז 326–325 (1988).

הסטנדרט נדרש להפעיל שיקול-דעת לצורך הכרעתו במסגרת הקריטריון הקבוע בסטנדרט. בעשותו כן הוא יוצק לתוך הסטנדרט את תוכנו הסופי, המתאים לחול בנסיבות העניין שבפניו".

לכן, הביקורת השיפוטית על כללים וסטנדרטים שונה מאוד.²⁹ כאשר נטענת טענה על פגיעה בזכות חוקתית, בתי המשפט מפעילים שיקול דעת שיפוטי רחב כדי להכריע אם הפגיעה מוצדקת לאור עליונותה הנורמטיבית של הזכות.³⁰ בישראל וברוב הדמוקרטיות החוקתיות, המתודולוגיה שאימץ בית המשפט לביקורת השיפוטית החוקתית במקרים של טענה לפגיעה חוקתית בזכויות היא המבחן הדו-שלבי. בשלב הראשון בוחן בית המשפט אם נפגעה זכות חוקתית. אם קבע בית המשפט כי ישנה הפרה לכאורה של זכות, עוברים השופטים לבחון אם הפגיעה בזכות מוצדקת. זאת באמצעות מבחני מידתיות, המפקידים בידי השופט שיקול דעת רחב.³¹ לעומת זאת, כאשר מדובר בביקורת שיפוטית המבוססת על חלקה המוסדי של החוקה, שמנוסח ככללים בינאריים, מקובל לאפשר לבית המשפט שיקול דעת מצומצם בהרבה. לפי התפיסה המסורתית, תפקידו של בית המשפט בביקורת המוסדית מוגבל לבחינה טכנית וכמעט פרוצדוראלית.³² השופט נמשל לטכנאי שנדרש ליישם הוראות ברורות; עליו להכריע אם הופרו הוראות החוקה תוך הפעלת שיקול דעת מצומצם:³³

“When the constitution promulgates the structures, offices, and procedures for governance – the rules about how laws are to be made, how offices are to be filled, and which level of government and which officials within government are to

29 אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9, 20–21 (2018); דפנה ברק-ארז "כללים, חריגים ושיקול דעת במשפט" ספר דורית ביניש, לעיל ה"ש 8, 111, 118; מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 611–675; אהרן ברק "דמוקרטיה מידתית" מבחר כתבים ג, לעיל ה"ש 17, 105, 107–110.

30 שם; ראו גם מרדכי קרמניצר מידתיות במבט ביקורתי ומשווה (מרדכי קרמניצר עורך (2016).

31 אהרן ברק "מידתיות: מתודולוגיה ודמוקרטיה" ספר אור 703, 705–707 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים (2013); ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, פס' 12 לפסק הדין של הנשיא ברק (2002); שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן.

32 Tom Ginsburg & Zachary Elkins, *Ancillary Powers of* 2; לעיל ה"ש 2, Gavison, *Constitutional Courts*, 87 TEX. L. REV. 1431, 1435 (2009).

33 Larry Alexander, *Of Living Trees and Dead Hands: The Interpretation of* 33, *Constitutions and Constitutional Rights*, 22 CAN. J. L. & JURIS. 227, 229 (2009).

have jurisdiction over which matters – the constitutional provisions in question are similar to assembly instructions that accompany gadgets or toys that we buy. They are instructions for “how to assemble a government”.

בביקורת שיפוטית מבוססת זכויות, הבוחנת סטנדרטים, בית המשפט נדרש להפעיל שיקול דעת רחב כדי להכריע אם חקיקה ראשית פוגעת בזכות באופן שעלול להיות שונה מההכרעה של נבחרי הציבור. לכן מתעוררת שאלת הלגיטימציה הדמוקרטית של ביקורת שיפוטית שמתערבת בהכרעת המחוקק בביקורת שיפוטית על סטנדרטים. כאשר כלי העבודה השיפוטי הוא מבחני מידתיות או מבחני איזון שמובילים לסטיה מהכרעת נבחרי הציבור. בביקורת שיפוטית מוסדית בית המשפט בוחן אם הופר הכלל ותו לא. לכן, הקושי האנטי רובני המפורסם, שנובע מהיעדר לגיטימציה דמוקרטית להעדיף הכרעות של שופטים על פני נבחרי ציבור, מתעורר במקרים של ביקורת שיפוטית על סטנדרטים שכוללים הכרעות ערכיות ולא בביקורת שיפוטית על כללים שהפורו.³⁴ כאשר עוסקים בביקורת שיפוטית מוסדית, ונטען שהופר כלל מוסדי שעוגן בחוקה, בית המשפט בוחן כללים בינאריים ומיישם אותם. מעורבותו מוגבלת ואינה חורגת מהתפיסה הרגילה של בית המשפט כגורם שבוחן אם התבצעה סטיה מנורמה בעלת תוקף. לכן, באופן מסורתי הביקורת השיפוטית המוסדית לא נתפסה כשנויה במחלוקת ולא עוררה התנגדות. כפי שהסבירה גביון:³⁵

“It is important to note that, in distinction with the situation concerning rights and credos, there is no serious argument against judicial review of the ‘institutional’ part of constitutions. This consensus is based on the fact that the provisions of the constitution in these matters are relatively clear, and that there is a necessity that there will be an authoritative arbiter of the disputes that do arise. Moreover, while decision of issues of these sorts may have tremendous political impact, institutional questions are usually not as emotionally charged and as controversial as matters of basic values and of human rights”.

.ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH (1962)

Gavison, לעיל ה"ש 2, בעמ' 93-94; ראו גם: משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל" הפרקליט כז 30, 33 (1971). להלן אסקור שורה של דוגמאות ואת המתודולוגיה שמשמשת את בית המשפט ביתר פירוט.

34

35

אולם, עיון בנעשה בערכאות החוקתיות ברחבי העולם מלמד על תמורות שהביקורת החוקתית המוסדית עברה בעשורים האחרונים. ספק אם התיאור של גביון עדיין משקף את המציאות. בתי המשפט שינו את יחסם לביקורת שיפוטית מוסדית והיא קיבלה מאפיינים של ביקורת שיפוטית על זכויות. השופטים מפעילים כיום שיקול דעת רחב גם בשאלות של פגיעה בהסדרים מוסדיים, תוך שהם מרחיבים את ההגדרה של זכויות באופן שכלול גם תחומים מוסדיים, או שהם מאמצים דוקטרינות ודרכי פרשנות שמאפשרים הפעלת שיקול דעת רחב גם כאשר הם מעבירים ביקורת שיפוטית מוסדית על סמכויות הרשויות וגבולות סמכותן.³⁶ המקרים האלה לוו במאבק ציבורי ופוליטי ומלמדים על קיומן של מחלוקות עמוקות באשר להצדקה הדמוקרטית של השופטים להפעיל ביקורת שיפוטית מוסדית. זאת באופן שמלמד על מחלוקת בדבר תפקידה של הביקורת השיפוטית המוסדית וההצדקה שלה. בניגוד לעמדה שהציגה גביון לפני כשלושים שנה, כיום ביקורת שיפוטית מוסדית מעוררת גם היא שאלות קשות בדבר הכשל האנטי רובני והעדפת הכרעה שיפוטית מוסדית על פני הכרעה של נבחרי ציבור.³⁷

טרם אפנה לעיון בדרכים שפיתחו בתי המשפט החוקתיים לטשטוש ההבחנה בין ביקורת חוקתית מוסדית לביקורת חוקתית במקרים של פגיעה בזכויות, אבקש לעמוד על המאפיינים העכשוויים של הביקורת השיפוטית על זכויות.

ג. ביקורת שיפוטית חדשה – משפט חוקתי ללא חוקה

כדי להבין את השינוי שעובר המשפט החוקתי המוסדי בעשורים האחרונים אני מבקש להתבונן בטשטוש הגובר של ההבחנה בין ביקורת שיפוטית במקרים של פגיעה בזכויות לבין פגיעה בהסדרים חוקתיים מוסדיים.³⁸ כפי שנראה, בתהליך איטי התפתח מודל ביקורת שיפוטית אחוד המשמש הן לביקורת שיפוטית

36 ראו כיצד בתי משפט חוקתיים באירופה פסלו תקציבי מדינות: Federico Fabbrini, *The Euro-crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective*, 32 BERKELEY J. INT'L L. 64 (2014).

37 המתח מגיע לשיאו בשאלה המוסדית בדבר גבולות סמכות בתי המשפט והמכונן כפי שהן באות לידי ביטוי בשאלת אימוץ דוקטרינת תיקון חוקתי לא חוקתי.

38 אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" **ספר אליהו מצא** 77, 97 (אהרן ברק ואח' עורכים 2015): "דומה שהשוני בעניין זה בין פגיעה בזכויות חוקתיות לפגיעה בהסדר מוסדי או משטרי הוא בנקודת המוצא"; שם, בה"ש 131, מעיר ברק כי: "על רקע הבחנה זו יתעורר הצורך להבחין בין נורמות משפטיות הקובעות זכויות לבין נורמות משפטיות הקובעות הסדרים משטריים או מוסדיים. הבחנה זו אינה פשוטה כלל ועיקר". ראו גם מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 610: "ההבחנה בין דיני זכויות אדם לבין נורמות של משפט חוקתי מוסדי אינה חדה"; וכן דפנה ברק-ארז, לעיל ה"ש 8, בעמ' 530.

במקרה של פגיעה בזכויות והן במקרים של פגיעה בהסדרים מוסדיים חוקתיים. כתוצאה מכך המאפיינים הייחודיים שהבחינו בעבר בין הענפים החוקתיים טושטשו ובתי המשפט יצרו כלים שמאפשרים להם להתייחס גם להסדרים מוסדיים כאל סטנדרטים שמוצדק להגן עליהם מטעמים אינטרינזיים. אך כדי להבין את היקף השינוי לו אנו עדים בתחום המוסדי עלינו לבחון את המאפיינים של הביקורת החוקתית העכשווית על זכויות.

הביקורת השיפוטית החוקתית שונה כיום מהביקורת שנהגה בעבר בתחומי הזכויות. בשנים האחרונות אנו עדים לירידה בכוחו הנורמטיבי של הטקסט החוקתי ולעליה במספר השופטים הרואים בקביעת נורמות חוקתיות חלק מתפקידם. בניגוד לתפיסה שראתה בעבר את השופטים בערכאות החוקתיות כשומרי החוקה שבוחנים אם התבצעה סטייה מהוראותיה, ישנה מגמה גוברת שרואה את השופטים כמעצבי הנורמה החוקתית ואת תפקידם בקביעת נורמות חוקתיות ראויות ולא רק באכיפתם. הדבר בא לידי ביטוי בתפיסת התפקיד השיפוטי ובהרחבת התחומים שבהם עוסקים שופטים בערכאות חוקתיות במסגרת ביקורת שיפוטית חוקתית.³⁹

מאז ומעולם העניק המבנה של עיגון חוקתי של זכויות כסטנדרטים לשופטים שיקול דעת נרחב כשנדרשו להכריע אם הופרו זכויות חוקתיות. שופטים פיתחו מגוון טכניקות פרשניות שסייעו להם למתוח את גבולות הטקסט החוקתי כדי לקבוע מהן הנורמות הראויות על פי עולם הערכים שלהם. ברם, הטקסט החוקתי עדיין הגביל אותם, להלכה ולמעשה.⁴⁰ בעבר היה ברור שבית המשפט מחויב לטקסט החוקתי ועל יסודו הוא מעביר ביקורת שיפוטית. אך הנחת מוצא בסיסית זו כבר אינה בתוקף.⁴¹ בעשורים האחרונים ירד כוחו של הטקסט החוקתי כמקור הנורמטיבי שביסוד המשפט החוקתי, ותחת זאת שופטים החלו להעביר ביקורת שיפוטית תוך הסתמכות על מקורות נורמטיביים חלופיים. התוצאה היא שינוי בתפיסת תפקיד בתי המשפט החוקתיים והפיכתם לשחקני מפתח בתחומים שלא היו בעבר בתחומם. כתוצאה מכך מעורבותם במחלוקות הערכיות הפוליטיות המרכזיות שמפלגות את החברה גברה.⁴²

39 להצגת התיאוריה החוקתית המצדיקה זאת, ראו מדינה, לעיל ה"ש 24.

40 הטקסט הגביל את השופטים למרות מחלוקות על שיטת הפרשנות החוקתית שיש לאמץ, ראו: Alex Stein, *Probabilism in Legal Interpretation*, 107 IOWA L. REV. 1389 (2022).
 כן ראו: אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" מבחר כתבים ג, לעיל ה"ש 17, 29, 53.

41 מדינה, לעיל ה"ש 24.

42 Ran Hirschl, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, ANNU. REV. POLIT. SCI. 11, 93 (2008).

מלומדים שונים הצביעו על השינוי העמוק שעובר המשפט החוקתי והשפעתו הגוברת על סדר היום הציבורי וייחסו אותו לשורה של הסברים. כשמתבוננים על הביקורת השיפוטית החוקתית ברחבי העולם אפשר לזהות מגמה ברורה של הרחבה שיפוטית של תפקיד השופטים בעיצוב הסדרים חוקתיים, באמצעות הפעלת שיקול דעת רחב במסגרת הגנה על זכויות בשילוב עם הרחבת היקף הנושאים שבהם הם דנים. ישנה הסכמה על קיומה של התופעה וישנן גישות שונות ביחס לשאלה מהו הגורם העיקרי שהביא לשינוי התפקיד השיפוטי במסגרת ביקורת שיפוטית חוקתית שיוצרת נורמות. יש מי שהצביעו על מעורבות טריבונלים בין-לאומיים וגלובליזציה שיפוטית כגורם העיקרי שהביא להרחבת שיקול דעתם של השופטים, תוך זיהוי משפט בין-לאומי ומשפט משווה סלקטיבי כמקור נורמות חלופי לחוקות מדינתיות.⁴³ אחרים הצביעו על זניחת הריסון שנהג בעבר ומנע עיסוק בשאלות פוליטיות ובשאלות מדיניות עקרונית באופן שאפשר לבית המשפט להתערב בשאלות שנתפסו בעבר כבלתי שפיות. כתוצאה מכך גדל מספר הנושאים הפוליטיים שמגיעים להכרעת בית המשפט.⁴⁴ גישות אחרות הצביעו על פרקטיקה של ריקון המשמעות הקונקרטי של זכויות והרחבת היקפן ללא גבול. זאת באמצעות הפעלת שיקול דעת שיפוטי יוצר במסגרת נוסחאות האיזון לבחינת הצדקת הפגיעה בנורמות חוקתיות, כך הורחב היקף הזכויות המוגנות וכלל זכויות ואינטרסים שלא עוגנו במפורש בחוקה, דבר שמאפשר לזהות כל אינטרס זכות.⁴⁵ הלגיטימציה להרחבת תחומי המשפט החוקתי ולהגדלת כוחם של

43 HALMAI GABOR, PERSPECTIVES ON GLOBAL CONSTITUTIONALISM: THE USE OF FOREIGN AND INTERNATIONAL LAW (2014); David S. Law, *Generic Constitutional Law*, 89 MINN. L. REV. 652 (2005); לו דיבר על יצירתו של משפט חוקתי גנרי שכולל הגנה חוקתית חזקה על זכויות מהדור הראשון ממניעים כלכליים.

44 RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004); Ran Hirschl, *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, 75 FORDHAM L. REV. 721 (2006) הירשל התמקד במעורבות הרבה של מערכת המשפט בנושאים השנויים במחלוקת ציבורית עמוקה אותה הוא מכנה "מגה פוליטיקה". כתוצאה מכך, הפך בית המשפט למכריע בנושאים שבעבר היו מחוץ לתחום המשפטי כמו הכרעות ערכיות בדבר זהות לאומית הכרעות בדבר קיומן של חוקות, התערבות בתוצאות בחירות ובקביעת מדיניות עקרונית.

45 Kai Moller, *The Global Model of Constitution Rights*, 2-17 (2012). מולר הצביע על איבוד המשמעות המקורית של המונח "זכות" תוך טשטוש ההבחנה בין זכויות חוקתיות לכל אינטרס חשוב אחר באופן שהביא להכרה בשורה של זכויות כמו, לדוגמה, הזכות החוקתית להאכיל ציפורים בפארק השכונתי שהוכרה בפסיקה הגרמנית: 80 BVerfGE 137 (1989). לדוגמה מישראל ראו את חוות דעתו של השופט מלצר שהכיר בזכות אדם לשידור ציבורי בישראל: בג"ץ 2996/17 ארגון העיתונאים בישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' ראש הממשלה, פס' 39 לפסק דינו (נבו) 23.1.2019.

השופטים בעיצוב נורמות חוקתיות נמצאה בתפיסה תורת משפטית-ליברלית שלפיה עליונותה של החוקה נובעת מעקרונות מוסריים חיצוניים לחוקה, ולכן תפקיד השופט לקדםם תוך טשטוש ההבחנה בין דין ראוי ודין מצוי.⁴⁶ יש שזיהו את הרחבת המעורבות השיפוטית כתהליך שבו אימצו השופטים את הנחות המוצא של המשפט המינהלי של שיטת המשפט המקובל, המעניק לבית המשפט לגיטימציה לפתח מנגנוני ביקורת שיפוטית מינהלית בהסתמך על "כללי צדק טבעי" גם בתחומי המשפט החוקתי באופן שמעניק לשופטים אפשרות לקבוע נורמות חוקתיות חדשות.⁴⁷

הצד השווה שבכל ההסברים בדבר הטעם לשינוי תפיסת התפקיד של השופטים בערכאות החוקתיות הוא שהם מצביעים על עליית המשקל של שיקול הדעת השיפוטי לצד ירידת קרנו ומעמדו המחייב של הטקסט החוקתי כמסמך היסוד שעל פיו מועברת ביקורת שיפוטית. הטקסט החוקתי שהתקבל בהליך מקובל, מוסכם ובעל הכשר דמוקרטי, ושנתפס בעבר כתנאי הכרחי חוקתי לזיהוי נורמה חוקתית תקפה, כבר לא נתפס ככזה. אדרבה, לעיתים הטקסט החוקתי נתפס ככובל לחינם את השופטים, הנזקקים לפיתוח דוקטרינות משפטיות שיאפשרו להתעלם או להתגבר על המפורש בו בלי לעורר ביקורת ציבורית ותוך פיתוח מקורות לגיטימציה חדשים.⁴⁸

אבל הדיון הוא לא רק על הלגיטימציה של השופטים. למעשה השינוי במשפט החוקתי משליך על תפקיד החוקה ויכולתה לממש את התקוות הפרגמטיות שתולים בה מלכתחילה. רבים מזהים באופן אינטואיטיבי, ובהשפעת החוקה האמריקנית ותיאוריות אמנה חברתית, את הלגיטימציה של החוקה לשמש מקור נורמטיבי עליון בשל ההסכמה הרחבה לה זכתה בהליך כינונה. אולם

46 מדינה, לעיל ה"ש 24.

47 עידו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" עיוני משפט לו 713, 714 (2016): פורת מצביע על כך שנורמות מהמשפט המינהלי הופכות לעילות לביטול חקיקה ראשית. זאת מתוך תפיסה שלפיה אין הבדל עקרוני בין הרשות המחוקקת והמבצעת בכפפותם לעקרון שלטון החוק אף על פי שבמשפט המינהלי היכולת לפתח דין מוגבלת להסכמת המחוקק ואילו במישור החוקתי היא מופעלת כדי לרסן את החלטת המחוקק. ראו גם: אריאל ארליך "ביקורת שיפוטית על חקיקה שלא מכוח חוקי היסוד – בעקבות פסקי הדין בעניין החוק למניעת הסתננות" משפטים על אתר יא 33, 36–38 (2018).

48 פורת, שם, בעמ' 716; כן ראו: ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוונר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" דין ודברים ג, 399, 418 (2005). מדינה מצביע על האופן שבו אהרן ברק קורא אל תוך החוקה נורמות 'משתמעות' בשביל: "[...] להתאים את הנורמות המשפטיות הקיימות למתחייב מן המוסר [...] כלומר למתחייב מעקרונות היסוד של הליברליזם".

אין זה נכון שהסכמה רחבה היא תנאי הכרחי לקיומה של חוקה אפקטיבית.⁴⁹ במקרים שונים חוקות הונחתו על מדינות על ידי כוחות כובשים והצליחו למלא את תפקידם באפקטיביות כשהחוקה פועלת כמנגנון תיאום שקובע כללי משחק ומבהיר לשחקנים את גבולות סמכויותיהם. אבל התנאי ההכרחי לקיומו של מבנה חוקתי מתפקד היה, עד לאחרונה, קיומו של טקסט חוקתי שיש הסכמה שהוא מחייב, ולא משנה מה הסיבה לכך ואם זה נובע מתוכנו או רק כדי להבטיח מנגנון תיאום אפקטיבי.

ההסברים השונים להרחבה השיפוטית שעובר המשפט החוקתי בתחום הזכויות מלמדים שהמודל החוקתי החדש מתקשה לשמש מודל מתאם מכיוון שהטקסט החוקתי מאבד מסמכותו. השופטים מפעילים ביקורת שיפוטית רחבה שאינה נשענת על הטקסט החוקתי, תוך הישענות על מקורות הצדקה חיצוניים וסלקטיביים. גם אם נקבל את הטענות בדבר מקור שמעניק לגיטימציה חלופית לנהוג כך, והכשר שמבוסס על צדק ומוסר,⁵⁰ צריך לבחון אם האופי החדש של הביקורת השיפוטית מאפשר מימוש של התכליות לשמן פותחה החוקה מלכתחילה.

כתוצאה מהתפתחותו של המודל החוקתי החדש להגנה על זכויות, אשר ניתק את המחויבות לטקסט החוקתי, לטשטוש ההבחנה בין ביקורת שיפוטית חוקתית מוסדית וביקורת שיפוטית במקרים של פגיעה בזכויות השלכות משמעותיות במיוחד. קיומה של תיאוריה חוקתית שמרחיבה את טווח האפשרויות של בית המשפט ומשחררת אותו ממחויבות לטקסט החוקתי בתחום המוסדי מעוררת את הכשל האנטי רובני גם שם, ובחריפות יתרה. המשפט החוקתי, על שני ענפיו, הפך למנגנון שבאמצעותו מקדמים ערכים. מנגנון זה מתמקד בתוצאות הרצויות, ולא בהכרח בדין המצוי. משם קצרה הדרך אפילו לקריאה של דוקטרינות "משתמעות" אל תוך החוקה המוסדית ולהכרה שיפוטית בנורמות מוסדיות יצירות פסיקה במעמד חוקתי שמעולם לא עוגנו בחוקה תוך יצירה שיפוטית שמעניקה ושוללת סמכות מרשויות שלטוניות ובהם בית המשפט עצמו או רשויות שנאבקות עימו על סמכויות.

יודגש כי הרטוריקה השיפוטית לא מכריזה בפומבי על ביטול המחויבות לטקסט החוקתי ועל פיתוח ביקורת שיפוטית חוקתית שמבוססת על נורמות חיצוניות לחוקה.⁵¹ השופטים מודעים לצורך בלגיטימציה ציבורית ועושים מאמצים להציג את הביקורת השיפוטית כמבוססת על הטקסט החוקתי. אולם

Alon Harel & Adam Shinar, *Two Concepts of Constitutional Legitimacy*, 12(1) 49
GLOB. CONST. 80, 100–104 (2023).

שם. 50

יואב דותן "רטוריקה ואימפקט בפסיקת בית המשפט העליון – הערות לספרו של מני מאוטנר 'הליברליזם בישראל'" *ICON-S-IL-Blog* (24.5.2021) <https://katzr.net/2d162a> 51

כאשר שופט יוצר נורמות חוקתיות חדשות ומתאר אותן ככאלה שנכתבו בחוקה ב"דיו סתרים", או פוסל תיקונים חוקתיים על סמך "נתונים חוקתיים" עמומים שכתובים בין השורות של החוקה,⁵² נחשפת העובדה שהשופטים לא מחוייבים לטקסט החוקתי. בחינה ביקורתית של הביקורת השיפוטית החוקתית-המוסדית מלמדת על ירידת קרנו של הטקסט החוקתי, שהפסיק לשמש מסגרת מחייבת לשופטים. אלה מפעילים שיקול דעת רחב המעניק להם כוח כמעט בלתי מוגבל להגדיר את הנורמה החוקתית וממילא גם את כללי המשחק.

לרוב הדיון על הסמכויות השיפוטיות מתבצע ביחס לביקורת שיפוטית בהגנה על זכויות. עד כה לא הוקדשה תשומת לב מספקת להשפעת השינויים הללו על יכולתו של המשפט-החוקתי-המוסדי למלא את תפקידו המקורי. זאת משום שהאופי של הביקורת השיפוטית-המוסדית לא עורר מתח ובשל העובדה שהיכולת של השופטים נגזרה מהסמכות שהוקנתה להם בחוקה הכתובה. אולם בהקשר החוקתי-מוסדי, זניחת המחוייבות השיפוטית לטקסט מעוררת ביתר שאת שאלות נוקבות בדבר מקור הלגיטימציה של השופטים לקבוע לעצמם את גבולות הגזרה, ופוגעת בתכליות העיקריות של ההסדרים המוסדיים בחוקה כקובעים כללי משחק משטריים ברורים הקבועים מראש, שאחד מתפקידיהם החשובים הוא שרטוט מבנה שלטוני יציב וודאות משפטית.

כאשר המודל החדש של הביקורת השיפוטית מופעל במסגרת ביקורת על פגיעה בזכויות ישנן הצדקות להפעלתו בשל הטעמים שהביאו מלכתחילה לעיגון זכויות בחוקה כדי להגן על הפרט מול השלטון. המענה הקלאסי לקושי מבוסס על הרעיון של הסכמה לכבילה עצמית בטקסט חוקתי. זאת בדומה ליוליסס שקשר עצמו לתורן הספינה כדי שלא יתפתה לסירנות.⁵³ אולם מענה זה אינו מתאים לפרקטיקה החדשה של הפעלת שיקול דעת שיפוטי רחב בהקשרים מוסדיים שאינם מבוססים על הטקסט החוקתי שכבל את השופטים בעבר וייצג הסכמה והצדקה לכבילה. כאשר המודל החדש מופעל על החלקים המוסדיים בחוקות יש לתור אחר מקור לגיטימציה חדש להשתחררות מכבלי הטקסט החוקתי

⁵² אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" מבחר כתבים ג, לעיל ה"ש 17, 319, 331: "מבנה החוקה אינו יכול להוסיף שורות לטקסט אך הוא יכול לתת מובן משתמע למה שכתוב 'בין השורות' של הטקסט"; אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 361, 378 (דוד האן ואח' עורכים 2011): "הלשון המשתמעת כתובה בטקסט בדיו נסתר. היא כתובה 'בין השורות'"; ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)", לעיל ה"ש 38, בעמ' 90: "הנורמה החוקתית המשתמעת אינה נורמה שבסיסה הוא בלתי כתוב. היא אינה חלק מהחוקה הלא כתובה. בדיבור מטאפורי ניתן לומר [...] כי 'לשונו המשתמעת של הטקסט כתובה בין השורות בדיו בלתי נראה'".

⁵³ ראו BICKEL, לעיל ה"ש 34; גדעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד 70-80 (2010).

ולבחון את תוצאותיו לאור המאפיינים המוסדיים והתכלית השונה שהביאה מלכתחילה לעיגון חוקתי של הענף המוסדי בחוקה. בפועל תוצאת הרחבת שיקול הדעת השיפוטי בתחום המוסדי היא פגיעה ביציבות וביכולת של החלק המוסדי בחוקה לשמש מנגנון תיאום הקובע את כללי המשחק, וערעור על קיומם של כללי משחק מחייבים, התכלית שלשמה זכה בעליונות נורמטיבית מלכתחילה.

ד. האחדת הביקורת השיפוטית החוקתית

כעת אבקש לתאר את המתודות השיפוטיות ששימשו את השופטים כדי להרחיב את שיקול הדעת השיפוטי ולעצב את הענף המוסדי בחוקה. כידוע, הלגיטימציה של בתי המשפט להפוך החלטות של מחוקקים באמצעות הכרעה בשאלות שעניינן היקף הזכויות המוגנות והצדקת הפגיעה בהן שנויה במחלוקת עיונית מפורסמת בשל הכשל האנטי רובני שבביטול שיפוטי של הכרעות נבחרי הציבור.⁵⁴ אך למרות הקושי התיאורטי, בפועל, בתי המשפט ברחבי העולם התרגלו להפעיל ביקורת שיפוטית מבוססת שיקול דעת שיפוטי רחב במקרים של פגיעה בזכויות. הביקורת הובילה לעיסוק נרחב בכשל הדמוקרטי ולמחלוקות על אודות רוחב שיקול הדעת שבתי המשפט יכולים להפעיל. אולם, כאמור, התפיסה הנהוגה כיום ברוב מוחלט ממדינות העולם הכירה בפועל בלגיטימציה שיפוטית עקרונית להפעיל שיקול דעת רחב במסגרת הגנה על זכויות תוך ביטול חקיקה ראשית. ההצדקה לכך נשענת על שני סוגי טיעונים. הראשון הוא טיעון מהותי בדבר חשיבות ההגנה על זכויות, כמבטאות ערכי מוסר "טבעיים" קדם-משפטיים.⁵⁵ והשני הוא טיעון פוזיטיבי שלפיו מדובר בכבילה עצמית של המחוקק. הריבון, בעזרת נציגיו, הוא שככל את ידיו שלו, על ידי מתן עליונות נורמטיבית לזכויות שעוגנו בחוקה שמעניקה לבית המשפט שיקול דעת רחב להכריע באיזה מקרים הפגיעה בזכויות מוצדקת גם אם הותיר לשופט שיקול דעת רחב במסגרת מבחני המידתיות והאיזונים.⁵⁶ כפי שהסבירה גביון,⁵⁷ בעבר כאשר עותרים טענו לפגיעה בכלל מוסדי הסתפקו בתי המשפט בהכרעה בינארית בדבר קיומה של סמכות חוקתית הקבועה בחוקה, בלי שהתעוררה בעיית הכשל האנטי רובני. אך כיום כאשר בית המשפט מפעיל שיקול דעת רחב לבחון באיזה מקרים פגיעה בהסדרים מוסדיים אפשרית נדרשת הצדקה אחרת.

54 שם; ראו גם Waldron, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1353.

55 Harel & Shinar, לעיל ה"ש 49.

56 גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" משפטים 349, 352 (2007).

57 Gavison, לעיל ה"ש 2.

החלקים המוסדיים בחוקות נתפסו ככללים ולא כעקרונות וערכם אינו אינטרינזי אלא אינסטרומנטאלי. לכן קשה להצדיק שיקול דעת רחב בקביעה אם הופר הכלל, שלרוב נוסח באופן בינארי, וקשה להצדיק את ההסדר המוסדי כשלעצמו מכיוון ואינו נתפס כמשקף צדק או "זכות טבעית".

למרות זאת בית המשפט הרחיב את שיקול דעתו גם כאשר בחן הסדרים חוקתיים מוסדיים. הוא עשה זאת בעזרת מתודות משפטיות שאפשר לחלקן לשלוש קבוצות עיקריות הנבדלות ביחסן לטקסט החוקתי. באמצעות הרחבת מושג הזכות ודיון בהסדרים מוסדיים כזכויות מוכרות, באמצעות דיון בהסדרים מוסדיים תוך אימוץ מתודות של פרשנות יוצרת ואיתור מושגי סתום מוסדיים, ובאמצעות זניחה מוצהרת של המחויבות לטקסט החוקתי המוסדי.

4.1 הגנה על הסדרים מוסדיים מכוח זכויות

המתודה הראשונה באמצעותה הורחב שיקול הדעת השיפוטי במסגרת ביקורת שיפוטית מוסדית מבוססת על זיהוי העיגון החוקתי של ההסדרים המוסדיים כחוסים תחת היקף ההגנה של זכויות חוקתיות ולא כהסדרים מוסדיים עצמאיים.⁵⁸ משכך בית משפט שבוחן אם ישנה פגיעה בהסדר החוקתי המוסדי פועל באמצעות ביקורת שיפוטית בעלת מאפיינים של הגנה על זכויות.

באמצעות מודל של זכויות שמכיר בהגנה חוקתית שמשתרעת על "גרעין" הזכות לצד "פריפריה" רחבה, אפשר להרחיב את ההסדרים ה"פריפריאליים" שמוגנים מכוח זכות חוקתית. לא מדובר באפשרות תיאורטית, בתי משפט ברחבי העולם, באמצעות גמישות רבה בזיהוי זכויות, מזהים אינטרסים רבים כזכויות חוקתיות. כתוצאה מכך אפשר לזהות גם הסדרה מוסדית של סמכויות השלטון בראי זכויות. בדרך זו, מקבלים גם הסדרים מוסדיים אופי של סטנדרט-עיקרון חוקתי יחסי. זיהוי הסדר מוסדי כמוגן מכוח זכות מעניק לשופטים הצדקה להעביר ביקורת שיפוטית כאשר נטען כי ההסדרים הופרו באמצעות מבחני המידתיות תוך השענות על הלגיטימציה של החוקה ושל זכויות האדם. כך קונה בית המשפט שיקול דעת נרחב גם ביחס להסדרים אלו, תוך הפיכתם לחלק מדיני הזכויות.

זיהוי הסדרים מוסדיים כמוגנים מכוח זכויות אפשרי ויש לכך שתי סיבות עיקריות. מצד אחד בתי המשפט ברחבי העולם מעניקים פרשנות רחבה מאוד לזכויות חוקתיות ומרחיבים מאוד את תחולתם. מצד שני מבחינה אנליטית מופשטת אין הבחנה חד-משמעית בין הסדרים מוסדיים חוקתיים לזכויות. אי אפשר להתבסס רק על סעיף בחוקה שבו עוגנו, או על הנושאים אותם הוא

⁵⁸ על מתודה זו ראו בהרחבה מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8.

מסדיר. אפילו בחוקות שכוללות חלקים מובחנים של מגילות זכויות אפשר לזהות בתוך מגילות הזכויות הסדרים מוסדיים. לכן אפשר לזהות כמעט כל פגיעה באינטרס או הסדר חוקי כלשהו כפגיעה בזכות כאשר משנים את הרזולוציה ואת רמת ההפשטה. היכולת לטשטש את ההבחנה בין הסדרים מוסדיים לזכויות מאפשרת ביקורת שיפוטית בעלת מאפיינים של זכויות. טענה לפגיעה בהסדר מוסדי שנדונה כסטנדרט מאפשרת לבית המשפט לקבוע את גבולותיו ואת יישומו בנסיבות הנוכחיות תוך הפעלת שיקול דעת רחב.

שימוש במתודה זו מצוי במקרים שבהם בתי המשפט דנים בשינויים מבניים שעלולים לפגוע בסמכויות השופטים. אך אפשר למצוא שימוש דומה בהקשרים נוספים. שופטים מעבירים ביקורת שיפוטית על כללים באשר לסמכויות הרשות השופטת באמצעות דיונים על היקף הזכות להליך הוגן והפגיעה בעצמאות השפיטה, ולא תחת הענף המוסדי של הסדרת יחסי הרשויות וקביעת כללי המשחק.⁵⁹ דוגמה בולטת לכך התרחשה בשנים האחרונות בבית הדין האירופי לזכויות אדם. בשורה של עתירות בהן התבקש בית הדין לבחון את השינויים החוקתיים שהתרחשו סביב מינוי שופטים בפולין.⁶⁰ בית המשפט הצדיק את התערבותו בכך שמדובר בהגנה על זכויות אף על פי שאין בסמכותו לבחון הסדרים חוקתיים מוסדיים של המדינות החברות בארגון. השופטים הסבירו שהם בוחנים את חוקת פולין בפריזמה של הזכות להליך הוגן, הואיל והשינויים המוסדיים שמשפיעים על איוש בתי המשפט בפולין פוגעים בעצמאות השופטים.⁶¹

בדוגמה אחרת, מישראל, נדונו גבולות סמכותם של שרים לקבוע הסדרים ראשוניים כיישום של הפגיעה בזכות לכבוד. בית המשפט דן בנושא מוסדי

59 ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית", לעיל ה"ש 52, בעמ' 320.

60 MAŁGORZATA SZULEKA, MARCIN WOLNY & MARCIN SZWED, THE CONSTITUTIONAL CRISIS IN POLAND 2016–2015 (2016)

61 *Grzęda v. Poland [GC]*, App. No. 43572/18, Eur. Ct. H.R. (2022) ראו גם C-619/18

R, Commission v. Poland, 17 Dec. 2018: "In particular, the present action for failure to fulfil obligations was brought in view of the doubts entertained by the Commission as to the ability of the Sąd Najwyższy (Supreme Court), following those legislative amendments, to continue to rule in compliance with the fundamental right of any individual to have access to an independent court, as enshrined in Article 47 of the Charter of Fundamental Rights. It must be recalled that the requirement of judicial independence forms part of the essence of the fundamental right to a fair trial, a right which is of cardinal importance as a guarantee that all the rights which individuals derive from EU law will be protected and that the values common to the Member States set out in Article 2 TEU, in particular the value of the rule of law, will be"

מובהק – מה הן גבולות סמכותה של הרשות המבצעת. השופט ברק הסביר שמעמדו של הכלל שלפיו הכנסת היא שצריכה לקבוע הסדר ראשוני, המבוסס על עיקרון הפרדת הרשויות, שודרג בעקבות חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שעוסק בזכויות פרט. לטענתו, היעדר פיקוח על עבודת המינהל יפגע בעיקרון שלטון החוק, שנועד להגן על חירות האזרח. לכן הגנה על כלל ההסדרים הראשוניים מוצדקת מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶² ההנמקה של ברק חושפת את היכולת השיפוטית לזהות כל הסדר מוסדי כהפרה של זכות. דוגמאות נוספות אפשר למצוא בניסיונות להתערב בהסדרים מוסדיים של חלוקת הטבות מס, תמיכות ותקציבים, ובביקורת שיפוטית על הסדרי תקציב בטענה לפגיעה בשוויון.⁶³

4.2 פרשנות יוצרת של הסדרים מוסדיים

האפשרות השנייה להרחבת שיקול הדעת המוסדי מבוססת על פרשנות הטקסטים החוקתיים המסדירים נושאים מוסדיים. שלא כבמסלול הראשון, שבו מעבירים השופטים ביקורת שיפוטית בשאלות מוסדיות באמצעות זיהוין כזכויות והעברת ביקורת שיפוטית במסלול הזכויות שמאפשר ביקורת שיפוטית בעלת שיקול דעת רחב (מידתיות), כאן מייצרים השופטים הסדרים חדשים. השופט מתיימר להישען על הטקסט החוקתי-המוסדי, אולם למעשה, באמצעות הענקת משמעות נורמטיבית לסעיפים עמומים או באמצעות הענקת מעמד חוקתי משתמע לדוקטרינות חיצוניות לטקסט החוקתי, השופט יוצר נורמות חוקתיות חדשות. כאשר מדובר בנורמות עמומות השופט יוצר אותן וגם קונה שיקול דעת בשאלה כיצד ובאיזה נסיבות להפעיל אותן תוך יצירת סטנדרטים מוסדיים חדשים. כך, לדוגמה, אפשר ליצוק לטקסטים חוקתיים מופשטים, העוסקים באופייה הדמוקרטי של מדינה או בחשיבות שלטון החוק, כמעט כל תוכן מוסדי

⁶² בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, פס' 23 לפסק הדין של השופט ברק (1998): "האדן השני שעליו נשענת הדמוקרטיה (המהותית) הוא שלטונם של ערכים, ובהם הערכים של הפרדת רשויות ושלטון החוק שעליהם עמדת. על אלה יש להוסיף ערך שלישי ומרכזי, הלא הוא זכויות האדם. בין כל אלה קיימים קשרים הדוקים. הפרדת הרשויות אינה ערך בפני עצמה. היא לא נועדה להבטיח יעילות. מטרתה של הפרדת הרשויות היא הגברת החירות ומניעת ריכוז כוח בידי גורם שלטוני אחד באופן העשוי לפגוע בחירות הפרט" (ההדגשה במקור). לדוגמה נוספת, ראו את הדין באפשרות לקבוע איסור חוקתי על הפרטת בתי סוהר בישראל מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: בג"ץ הפרטת בתי הסוהר).

⁶³ ראו לדוגמה: בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט (נבו 13.5.2020).

באמצעות היתלות בעיקרון הפרדת הרשויות, שלטון החוק או עצמאות השפיטה.⁶⁴ כך לדוגמה נטען בישראל, כי בשל קיומו של מוסד מבקר המדינה, קיימת מניעה חוקתית להקמת מנגנוני ביקורת על שופטים או על הפרקליטות תוך טענה לאיסור חוקתי על קיומה של ערכאת ביקורת פרט למבקר המדינה. זאת בשל קביעת חוק-היסוד שלפיה "ביקורת המדינה נתונה בידי מבקר המדינה".⁶⁵ בדומה לכך, שופטי בית המשפט העליון דנו באפשרות לקבוע כי הסעיף הראשון – סעיף המהות – בחוק-יסוד: הממשלה הוא בעל משמעות נורמטיבית האוסרת על הפרטה בנסיבות שבית המשפט יקבע.⁶⁶ בית המשפט אף עקף את הוראות חוקי היסוד וקבע שעל ראש הממשלה חובה לפטר שר שהוגש נגדו כתב אישום, תוך הבחנה בין הסמכות שהחוק מקנה ובין שיקול הדעת שעל ראש הממשלה להפעיל לאחר שיצר כלל מוסדי חדש שמגביל את שיקול דעתו של ראש הממשלה.⁶⁷ כך, באמצעות כללי פרשנות המבחינים בין סמכות ובין שיקול דעת, קנה בית המשפט יכולת התערבות נרחבת בליבת כללי המשחק של הפוליטיקה הישראלית וניסח אותה כסטנדרט עמום. בית המשפט הגן על הסטנדרט החדש שיצר גם לאחר שהכנסת תיקנה את חוק היסוד במטרה למנוע פרשנות זו.⁶⁸

לצד החלת נורמה של סבירות או שימוש בפרשנות תכליתית בית המשפט יכול לייחס לביטויים עמומים כמו "דמוקרטיה", "צדק" ו"הפרדת רשויות" משמעות נורמטיבית קונקרטית שמעניקה לו שיקול דעת בלתי מוגבל לגבי יישומן ואפשרות ליצור נורמות מוסדיות חדשות ברות אכיפה.⁶⁹ כאשר בית המשפט "מזהה" באמצעי פרשני סטנדרט מוסדי הוא יוצר את הנורמה, קובע מתי ובאיזה נסיבות תופעל וקונה לעצמו שיקול דעת רחב מאוד

64 Waldron, לעיל ה"ש 21, מצביע על הבעייתיות ומתנגד לכך.
 65 ס' 1 לחוק-יסוד: מבקר המדינה. ראו גם: מרים בן-פורת חוק יסוד: מבקר המדינה 144 – 145, 288–280 (יצחק זמיר עורך 2005); אליעזר גולדברג בחינת פעולות נציבות הביקורת על מערך התביעה פס' 53 (2017); עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 9, שם נקבע בדעת הרוב כי אפשר לפסול חקיקה ראשית בשל פגיעה בעיקרון ההשתתפות ועיקרון הפרדת הרשויות למרות היעדר עיגון של דרישה כזאת בטקסט החוקתי הפורמלי. בג"ץ הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 62.
 66 בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993).
 68 דניאל פרידמן הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה 110 (יהודה יערי עורך 2013).
 69 לתמיכה בזיהוי מושגי שסתום מוסדיים, ראו: בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש – תע"ל נ' יושבת-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685, 703 (2004); ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית", לעיל ה"ש 52, בעמ' 330–331, מצביע על קיומה של התופעה ביחס למושגים כמו שלטון החוק והפרדת רשויות בגרמניה, דרום אפריקה וקנדה.

כדי לקבוע את יחסי הכוחות בין הרשויות במקרה הנתון. זאת, בניגוד למקרים של ביקורת שיפוטית מוסדית כמו עניין ברגמן⁷⁰ שבו בית המשפט הפעיל שיקול דעת כדי לקבוע אם יש בחוק פגיעה בשוויון בבחירות ולכן הפעיל ביקורת מוסדית בינארית על קביעה של המחוקק. עצם הקביעה שכאשר ישנה פגיעה בשוויון נדרש רוב מיוחד לחקיקת החוק נקבעה בחקיקה ומרגע שנקבע שיש פגיעה בשוויון השופט מיישם כלל וקובע שיש לחוקק את החוק ברוב מיוחד. מדובר בביקורת שיפוטית בעלת אופי שונה לחלוטין.

להישענות על פרשנות החלקים המוסדיים בחוקות יתרון רטורי שיוצר לגיטימציה. השופט מציג את הפעלת שיקול הדעת הרחב כמעוגן בחוקה או בעקרונות מוסכמים אף על פי שלא מדובר בהסדר קונקרטי שזכה לעיגון חוקתי. כאמור, מלבד יצירת הנורמות, בית המשפט יכול להפעיל פרשנות תכליתית משתמעת מהחוקה על נורמות מוסדיות קיימות. כך יכולים השופטים לייחס לטקסט החוקתי את הפרשנות שמביאה לתוצאה שבה הם מעוניינים בכל מקרה ומקרה. השימוש בפרשנות תכליתית וזיהוי מונחי סתום חוקתיים ליצירת הסדרים מוסדיים שומר על חזות של כלל משפטי קבוע. אך באמצעות ההחלטה אם לזהות נורמה מוסדית בטקסט ובאילו תנאים, בית המשפט הופך את ההסדרים המוסדיים לגמישים ומבטל את היכולת של ההסדרים המוסדיים למלא את תפקידם המקורי בקביעת גבולות הגזרה של הרשויות והגדרת סמכויות. כך למשל חוק-יסוד: הכנסת קובע בסעיף 7א באילו מקרים ניתן לפסול רשימות או מועמדים לכנסת. אך פרשנות תכליתית שלו מאפשרת לבית המשפט לסטות מההסדר החוקי, על פי שיקול דעתו, תוך יצירת שורה של מבחנים שהפעלתם תלויה בשיקול דעתם הבלעדי של השופטים, ועלולה להשתנות ממקרה למקרה באופן בלתי שוויוני.⁷¹ בשל כך הכלל המוסדי באשר למגבלות על השתתפות בבחירות הופך מכלל שנקבע על ידי מחוקק חוקי היסוד לסטנדרט שמופעל על פי שיקול דעתם של השופטים.

4.3 ניתוק מוצהר מהמחויבות לטקסט חוקתי

לצד שתי הדוקטרינות שמעוגנות בטקסט החוקתי ויונקות את תוקפם מענף הזכויות או מהענף המוסדי החוקתי, קיימות דוקטרינות שמנתקות את המחויבות לטקסט החוקתי ומעניקות לשופטים שיקול דעת מוצהר לעיצוב הסדרים מוסדיים. זאת באמצעות מחיקה או יצירה של כללי משחק מוסדיים,

⁷⁰ בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969).

⁷¹ ראו למשל א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף, פס' 19 לפסק הדין של השופט מינץ (נבו 18.7.2019).

יצירי פסיקה, שלהם מיוחס מעמד חוקתי. דוקטרינות שיפוטיות שמשתייכות לקטגוריה השלישית מבוססות על הנחת מוצא שלפיה עיגון בטקסט החוקתי אינו תנאי הכרחי לקביעת נורמות מוסדיות חוקתיות. כך, בית המשפט מוותר על רטוריקה ומראית עין של הישענות על הנורמות שנקבעו בחוקה, ומעצב נורמות חוקתיות לפי עקרונות עצמאיים שיונקים את תוקפם מהצדקות מוסריות עצמאיות.

דוגמה לכך היא החלת "פסקת הגבלה שיפוטית", קרי, יצירה שיפוטית שקובעת שיש להפעיל את מבחני המידתיות גם ביחס להסדרים מוסדיים בינאריים. בית המשפט מעתיק את פסקת ההגבלה שנקבעה בנוגע לזכויות וקורא אותה אל תוך הסעיפים המוסדיים וכך, באמצעותה, הופך כללים לסטנדרטים שיש לבחון את הפגיעה בהם באמצעות הליך דו-שלבי שכולל מבחני מידתיות והפעלת שיקול דעת שיפוטי רחב. באמצעות קביעה בדבר "פסקת הגבלה שיפוטית" בית המשפט יכול לבחון כל כלל שהיה בינארי והופיע בחוקי היסוד ולהחליט באילו מקרים יש להתחשב בו ובאילו מקרים אפשר להתעלם ממנו. בישראל היו אפילו מי שהציעו ללכת צעד קדימה ולהוסיף פסקת הגבלה שיפוטית לכל חוקי היסוד, באופן שיהפוך את כל ההסדרים המוסדיים ליחסיים. זאת תוך שינוי ממשי של המבנה החוקתי המוכר לנו והפיכת הענף המוסדי של החוקה לנטול כללים בינאריים לחלוטין, ללא כל לגיטימציה דמוקרטית או יכולת לטעון שמדובר בכבילה עצמית, במקרה שבו השופט יוצר את הכלל באופן עצמאי וחד-צדדי.⁷²

גם דוקטרינות כמו "תיקון חוקתי בלתי חוקתי" או "שימוש לרעה" בחקיקת יסוד המספקות לגיטימציה לבית המשפט לפסול טקסטים חוקתיים על בסיס עקרונות יסוד שאינם מעוגנים בחוקה, מעניקות לשופטים כלי שמאפשר להם לעצב את החוקה על פי השקפתם באמצעות מחיקת תיקוני חוקה ומשחרר אותם ממראית עין של מחויבות לטקסט החוקתי.⁷³ ההצדקה להפעלת דוקטרינות

⁷² ראו את גישתו של השופט לוי, שביקש להטמיע פסקת הגבלה שיפוטית בכל חוקי היסוד: בג"ץ הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 62, בפס' 16 לפסק דינו. ראו גם בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 25–37 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (נבו 12.3.2015); בג"ץ 5744/16 בן מאיר, לעיל ה"ש 9, בפס' 5 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר; בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פס' 19 (השופטת ברק-ארז), 64–65 (הנשיאה חיות) (נבו 23.5.21). ראו את עמדתה של השופטת ברק-ארז, שסברה כי במצבי חירום אפשר לפגוע בהסדרים מוסדיים חוקתיים באמצעות חוק רגיל. זאת כחלופה לשינויים זמניים בחוקי היסוד המוסדיים על פי פסקת הגבלה שיפוטית, מול דעתה החולקת של הנשיאה חיות, שהבהירה כי שאלת העתקת פסקת הגבלה שיפוטית לכלל ההסדרים המוסדיים בחוקי היסוד נותרה בצריך עיון.

⁷³ YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 6 (2017); Tom Ginsburg, *The Jurisprudence of Anti-*

כאלה מעוררת קושי מיוחד כאשר הן מופעלות על ידי שופטים במקרים של מאבק סמכויות בין שופטים לנבחרי ציבור. התערבות שיפוטית ביחסים המורכבים שבין הרשויות באמצעות הפקדת סמכות על-חוקתית מוצהרת לעיצוב חוקה בידי השופטים אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה בדבר חוקה עליונה נורמטיבית מכוח סמכות הכינון שהוענקה למכונני החוקה. תפיסה זו עמדה בעבר ביסוד ההתמודדות עם בעיית האנטי רובניות של החוקה. ההצדקות לאימוץ דוקטרינות שיפוטיות על-שיפוטיות יכולות להתבסס רק על הצדקות מתחום "משפט הטבע", ונדרשת הנחה שלפיה מדובר בהסדר ראוי בשל יתרון מוסדי שיש לבית המשפט ליצירת כללי משחק מוסדיים אד-הוקים באופן שנוגד את ההצדקות הקלאסיות לעיגון חוקתי ולביקורת שיפוטית מבוססת פרשנות טקסטית.⁷⁴

לפי המופעים הקיצוניים של הדוקטרינה בית המשפט יכול לפסול טקסט חוקתי שאינו עולה בקנה אחד עם ערכי יסוד שנלמדים ממקורות חיצוניים לחוקה או מהמבנה הבסיסי שלה, מבנה שבית המשפט יודע לאתר ולזהות באמצעות "נתונים חוקתיים".⁷⁵ הניסיונות להשתמש בדוקטרינות אלה בישראל מדגישות את הביקורת הקלאסית כנגד אימוץ משפט טבע, גם אם נניח תיאורטית את קיומו של משפט טבע שקודם למשפט. בפועל אין הסכמה אפילו בין הפילוסופים לגבי החובות המעשיות שמשפט הטבע מחייב.⁷⁶ אף על פי שדוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי נדחתה במפורש במרבית המדינות המערביות, היא אומצה בישראל בעניין הסבירות.⁷⁷

Erosion, 66 DRAKE L. REV. 823, 840–843 (2018) לעניין שימוש לרעה בחוק יסוד, ראו עניין שפיר, לעיל ה"ש 72.

⁷⁴ יתרונו המוסדי של בית המשפט בהעברת ביקורת שיפוטית נובע מתפיסת מומחיות בפרשנות טקסטית ואי-תלות. ראו: יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי כרך א 33–34 (טלי פלד עורכת, יהודית ידלין עריכת לשון 2022).

⁷⁵ ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 52, בעמ' 377: "תפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית הוא להגן על החוקה והדמוקרטיה. ההגנה על החוקה אינה אך הגנה כלפי חוקים הפוגעים בו. ההגנה על החוקה הינה גם כלפי תיקונים בה הפוגעים בבסיסה. אלה כאלה אינם עולים בקנה אחד עם רעיון החוקה ועם הסמכות לשנותה. מי שמבקש להביא שינוי במבנה הבסיסי של חוקה צריך לעשות כן לא בדרך של תיקון החוקה, אלא בדרך של כינון חוקה חדשה. הסמכות המכוננת חייבת לפעול בגדריה של עקרונות היסוד ובגדריו של מבנה היסוד של החוקה הקיימת. שעה שהן משנות את עקרונות היסוד ואת המבנה הבסיסי הן משמיטות את הקרקע החוקתי עליו הן נשענות. תפקידו של בית המשפט הוא להגן על המבנה הבסיסי וערכי היסוד של החוקה. על כן מוצדק הוא להכיר בסמכותו לבחון אם תיקון החוקה הוא חוקתי".

⁷⁶ ראו את המחלוקת הנרחבת בין השופטים בעניין הסבירות בשאלת הצורך בהתערבות. וראו יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט 83 (מהדורה שנייה 2019).

⁷⁷ Roznai, לעיל ה"ש 73; *The ubiquity of Unwritten*, Aileen Kavanagh,

כדאי לשים לב לכך ש"התיקון החוקתי הבלתי חוקתי" היא דוקטרינה מוסדית באופייה משום שהיא מגדירה את סמכות השופטים כעליונה על מכוון החוקה ואת המגבלות של החוקה. אולם מלבד המשמעות העקרונית של הדוקטרינה בעיצוב יחסי הכוחות בין הרשויות ובהצבת מגבלה לסמכות השופטים, בדרך כלל "התיקון החוקתי הלא-חוקתי" משמש לביקורת שיפוטית בטענה לפגיעה בהסדרים מוסדיים בינאריים ולא להגנה על זכויות. בתי המשפט לא זקוקים לדוקטרינת התערבות כה נוקשה במקרים שבהם הם יכולים לבקר את התיקון החוקתי באמצעות פרשנות או מידתיות. רק כאשר ההסדר החוקתי מנוסח ככלל בינארי שהשופט רוצה לבטל הוא נזקק לדוקטרינה שתאפשר מחיקה מוצהרת של טקסט חוקתי. ואכן, עיון בשימוש שנעשה בדוקטרינה בארץ ובעולם מגלה כי הרצון להשתמש בה מתעורר במקרים שבהם בית המשפט מבקש להתערב בהסדר החוקתי בניגוד לכלל בינארי שנקבע בו.⁷⁸

אימוץ דוקטרינות כמו "תיקון חוקתי בלתי חוקתי" ו"שימוש לרעה" בחוק יסוד לצד היכולת לקרוא אל תוך טקסט חוקתי דוקטרינות משתמעות, משלימים, במוצהר, את ניתוק המחויבות לטקסט החוקתי. ההרחבה מעניקה לבית המשפט את הכלים שמאפשרים לו לכתוב ולמחוק טקסטים חוקתיים באמצעות קריאה משתמעת של התניות מובנות המגמישות את הכללים המוסדיים לפי התוצאה הרצויה לשופט. ההרחבה גם יוצרת היררכיה ברורה בין הטקסט לפרשן ומבהירה שהדין נתון למרותו של הדיין. השופט הוא יוצר הדין ולא הכפוף לו. כשאין מגבלה קשיחה שמכפיפה את השופט לחוקה, שלטון החוק הופך משלטונם של חוקים לשלטונם של אנשים.

כאשר בית המשפט מתנתק מהכפיפות לטקסט חוקתי הוא מעורר את הכשל האנטי רובני במלוא חריפותו ואי אפשר להציג את שיקול הדעת השיפוטי ככבילה עצמית. כאשר הדבר נוגע לכללי המשחק של השיטה הפוליטית, שמטרתם יצירת מסגרת ידועה ויציבה, הקושי גובר וכללי המשחק כבר לא יכולים למלא את יעודם המקורי. אימוץ הדוקטרינות האלה משלים את המהפך. מתכלית של ייצוב המערכת השלטונית הופכות הדוקטרינות האלה את החוקה ואת הדיונים על הפעלתן לגורם שמלבה חוסר יציבות, חוסר אפקטיביות שלטונית ומאבקים בין הרשות השופטת לנבחרי הציבור.

Constitutionalism, 21 INT'L J. OF CONST. L. 968, 968-975 (2023).

⁷⁸ Roznai, לעיל ה"ש 73; וראו בדוגמאות בישראל שבהן דובר בהגבלת סמכויות השופטים ובתיקון תקציב דו-שנתי.

ה. השלכות שינוי אופי הביקורת השיפוטית המוסדית

שלטון החוק עומד ביסוד קיומה של כל שיטת משפט דמוקרטית. אחד ממאפייניו הם היכולת לצפות את הדין באמצעות קיומה של מערכת כללים קבועה וידועה.⁷⁹ הענקת עליונות חוקתית לחלקים המוסדיים בחוקה מבוססת על הצורך במערכת של כללים מוסדיים ידועים וברורים שיוצרים את המסגרת השלטונית של המדינה ומגבילים את השלטון. החלק המוסדי בחוקה מגדיר את סמכויות הרשויות ומבהיר לכל גוף שלטוני את גבולות סמכויותיו, קובע את אופי המשטר ומעגן את שיטת הממשל. קביעת הענף המוסדי בחוקה נועדה להעניק לכללי המשחק עליונות ויציבות שיבטיחו, בין היתר, בהירות ויכולת לצפות את הכללים שביסוד השלטון כדי שיוכלו למלא את תפקידם.

אימוץ מודל ביקורת שיפוטית מוסדית יחסי, כאשר בוחנים טענות לפגיעה בענף החוקתי המוסדי, בדומה לביקורת במקרים של פגיעה בזכויות, משנה לחלוטין את האופי של כללי המשחק החוקתיים והופך אותם מכללים לסטנדרטים. אם בית המשפט מחזיק ביכולת להכריע בכל מקרה ומקרה מהו ההסדר המוסדי המחייב בנסיבות הנתונות, כללי המשחק נעשים עמומים וגמישים ונעשה קשה לזהות את הכללים כתוצאה מכך חוסר היציבות גובר. הוא גובר בשל חוסר הבהירות והעובדה שכל כלל יכול להשתנות ובשל העובדה שהיעדר גבולות גזרה ברורים מתמרץ את הגורמים המוסדיים לנסות ולפעול להרחבת סמכויותיהם ולהרחיב את כוחם באמצעות עיצוב גבולות הגזרה באופן שמקדם את האינטרסים המוסדיים שלהם.

הפיכת הכללים המוסדיים לעקרונות וחוסר המחויבות לטקסט החוקתי המוסדי שומטים את הקרקע מתחת לבסיס הרעיוני של המשפט החוקתי המוסדי כמגדיר כללי משחק. בניגוד לביקורת שיפוטית על פגיעה בזכויות שעוגנו בחוקה בגלל הערך האינטרינזי שמייחסים לזכויות ולדרישה להצדקה מיוחדת במקרים של פגיעה בהם, ההסדרים המוסדיים עוגנו בחוקה במטרה ליצור מדרג נורמטיבי שיקבע את כללי המשחק, יצרו מסגרת ברורה של איזונים ובלמים ויתרמו ליציבות שלטונית. לכן האחדת הביקורת השיפוטית ואימוץ מאפיינים של ביקורת שיפוטית יחסית ביחס לכל הסדר מוסדי משנה את תפקידם ופוגעת בתכלית המוצהרת שהביאה מלכתחילה לעיגון חוקתי של הסדרים מוסדיים ככללי משחק קבועים שכלל גופי הממשל מתאימים את עצמם אליהם ובאמצעותם משורטטים גבולות המגרש הפוליטי. הביקורת השיפוטית

⁷⁹ Lon L. Fuller, *The Morality of Law* 39 (1964); אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל ה' 375, 387 (2000).

הופכת ממנגנון שנועד לאכוף את השמירה על הכללים למנגנון שיוצר כללים חדשים.

תומכי האחדת הביקורת ומי שקוראים לשופטים לאמץ דוקטרינות שיפוטיות שיאפשרו הגמשה של כללי המשחק מצדיקים את המהלך בכך שגם עיקרון הפרדת הרשויות וכללי המשחק של הדמוקרטיה נועדו בסופו של יום להגן על זכויות.⁸⁰ לשיטתם הטשטוש נובע מהיעדרה של הבחנה מהותית בין זכויות לבין הסדרים מוסדיים. ההסדרים המוסדיים והזכויות נועדו שניהם לקידום תפיסות טוב ומוסר ומיסודות על תפיסה המכירה במערכת נורמטיבית של ערכים ועקרונות שעליהם מבקשת החוקה להגן.⁸¹

אולם עמדות כאלה אינן מבחינות בין המניע שהביא לפיתוח עיקרון הפרדת הרשויות לבין עיגון ההסדרים הספציפיים בטקסט חוקתי ואינן מתחשבות בתוצאה שנוצרת מהמשחק בכללים. בניגוד לעיגון חוקתי של זכויות, העיגון החוקתי של ההסדרים המוסדיים מעגן הסדרים ספציפיים ולא את הרעיונות והתכליות שלשמן הם פותחו. לכן הם עוצבו ככללים ולא כעקרונות שעל בית המשפט לבחון אם קיימת הצדקה מיוחדת לפגיעה בהם. אין אפשרות לקיים שיטת משפט שאינה מבוססת על מערכת נורמטיבית ידועה וברורה של כללי משחק. לכן ההסכמה על המחוייבות לחוקה היא ביחס להסדרים המוסדיים הספציפיים שקבועים בה והם שנהנים ממעמד חוקתי ולא העקרונות שעמדו מלכתחילה מאחוריהם.

בעיה נוספת בהפיכת הכללים המוסדיים לעקרונות נעוצה בעוצמה השלטונית שמוענקת לבית המשפט כאשר מייחסים לו שיקול דעת רחב בתחומי המשפט החוקתי המוסדי. תהא אשר תהא עמדתנו באשר לעוצמה המרוכזת בידי בית המשפט בתחום הזכויות שמיוחס להן ערך אינטרינזי, אם בית המשפט הולך וקונה לעצמו שיקול דעת חזק גם בתחום של כללי המשחק המוסדיים, הדבר מחייב דיון נפרד בתופעה ובהצדקתה. כפי שראינו, הפתרונות הרגילים להתמודדות עם בעיית הכשל האנטי רובני ובהם הטיעונים לטובת הפקדת שיקול דעת נרחב בידי בית המשפט, ובראשם התפיסה שלפיה תפקיד השופטים לקדם טוב אינטרינזי בתחום הזכויות, או התפיסה בדבר כבילה עצמית והפקדת סמכויות בידי בית המשפט מחשש לרגעי משבר בהם תאבד המסגרת את פיכתה בדומה ליוליסס שחשש מהסירנות, אינם תקפים בתחום המוסדי בשל תכליתו ומאפייניו. הביקורת השיפוטית המוסדית הפקידה בידי השופטים את

80 ראו ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית", לעיל ה"ש 52.

81 Harel & Shinar, לעיל ה"ש 49; מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית", לעיל ה"ש 24.

הסמכות לבחון אם הופר כלל ולא את הקביעה בדבר נקודת האיזון המצדיקה הפרה שלו.

בהיעדר מענה לכשל האנטי רובני, הפיכת הענף המשפטי המוסדי ליחסי, ליציר פסיקה ולתלוי בשיקול דעת השופטים מעוררת קושי כבד במישור הדמוקרטי, הואיל והשופטים אינם נבחרו ציבור ואינם עומדים לבחירות חוזרות. היא מבטאת פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות ובצורך במנגנוני איזונים ובלמים, בשל הפקדת הכוח לקבוע את גבולות סמכות השיפוט בידי השופטים עצמם. לא מדובר רק בדיון תיאורטי, אפשר לשער שאם מגמה זו תימשך נצפה בהתגברות המתח בין הרשויות הנבחרות ובתי המשפט באשר לכללי המשחק הבסיסיים בדמוקרטיה ולמשברים חוקתיים שיסובו סביב שאלת בעל זכות המילה האחרונה.⁸²

יתרה מכך, אפילו ניצור שיטה שמעניקה לבית המשפט לגיטימציה להפעיל שיקול דעת שיפוטי נרחב ביחס ליישומם של כללי המשחק תוך הגמשתם והפיכתם מכללים לסטנדרטים יחסיים, המהלך מעמיד בסכנה את היכולת שלהם למלא את התפקיד לשמו עוגנו בחוקה מלכתחילה. כל עוד תיפקדו ההסדרים המוסדיים ככללים הם שימשו עוגן שמסדיר את כללי המשחק הדמוקרטי והשרו יציבות על מערכת השלטון. שיקול הדעת הרחב שבית המשפט מקנה לעצמו בפרשנות ההסדרים המוסדיים ובמסגרת הביקורת שיפוטית על סמך הסדרים אלו הופך הסדרים אלו ליחסיים ומשתנים ובכך פוגע בתכליות הללו.

המגמה שתוארה וטשטוש ההבחנה בין ביקורת שיפוטית מוסדית לביקורת שיפוטית מבוססת זכויות מתרחשת בדרך כלל בלי שבית המשפט מקדיש לה תשומת לב ישירה. חריג לכך אפשר לזהות בישראל בפסיקותיו של שופט בית המשפט העליון בדימוס השופט מני מזוז שבלט בעמידתו על ההבחנה התיאורטית שבין ביקורת שיפוטית חוקתית במסגרת הגנה על זכויות ובין ביקורת שיפוטית חוקתית מוסדית. כעת אציג את עמדתו כפי שהוצגה בפסיקתו.

1. ההבחנה בין ביקורת שיפוטית מוסדית לביקורת שיפוטית מבוססת זכויות בפסיקת השופט מזוז

השופט מזוז מעולם לא חשש לאתגר את העמדות המקובלות בבית המשפט העליון גם כאשר נותר בדעת מיעוט. הוא ראה את ליבת העיסוק השיפוטי החוקתי בהגנה על זכויות, ובחווה דעתו לא חשש לסטות מעמדות מקובלות. לכן

⁸² משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י' 521, 536 (2007).

נתפס כשופט אקטיביסט.⁸³ אולם עיון בחוות הדעת שכתב בענייני ביקורת שיפוטית מוסדית מלמד על תפיסת עולם סדורה בדבר הצורך בהבחנה ברורה בין ביקורת שיפוטית מוסדית ובין הגנה על זכויות חוקתיות.⁸⁴ בניגוד למגמה הרווחת שיוצרת מודל ביקורת שיפוטית אחיד, מזוז עמד על ההבדלים היסודיים בין ביקורת שיפוטית חוקתית מוסדית לביקורת במסגרת טענה להפרת זכויות. בתיקים שבהם נדרש לביקורת שיפוטית על הסדרים מוסדיים, ביקש להימנע מביקורת חוקתית שאינה מבוססת על הטקסט החוקתי.

השקפת עולמו של השופט מזוז באשר למאפייני הביקורת השיפוטית שראוי לאמץ בשאלות מוסדיות באה לידי ביטוי בכמה פסקי דין וזכתה לפיתוח בדעת היחיד שכתב בעניין קוונטינסקי. פסק דין זה פסל הסדר מס מיוחד שנקבע בחוק ביחס למי שבבעלותו דירות רבות. דעת הרוב הביאה, לראשונה, לביטולה של חקיקה ראשית מחמת פגמים שנפלו בהליך החקיקה מטעמים הליכיים. זאת בניגוד לפסקי דין שבהן בוטלה חקיקה בשל תוכנה. שופטי הרוב סברו כי הליך החקיקה פגע באופן חמור בזכות ההשתתפות המהותית של חברי הכנסת ולכן פסלו את החוק תוך יצירת מגבלה פרוצדוראלית על סמכות הכנסת לחוקק, מגבלה שזכרה לא בא בחוקי היסוד. השופט מזוז סבר שאין טקסט חוקתי שמאפשר לבית המשפט לבטל את החוק מטעמים פרוצדוראליים, וכתב חוות דעת מיעוט מפורטת שבה הציג את עמדתו בדבר חשיבות ההבחנה בין ביקורת שיפוטית מוסדית שעניינה שמירה על כללי המשחק ונקיטת ריסון, ובין ביקורת שיפוטית שמגינה על זכויות ומאופיינת בשיקול דעת רחב. מזוז התריע מפני גלישה של בית המשפט משמירה על כללי המשחק לבקרה ופיקוח על איכות דיוני הכנסת ועבודת המחוקקים. הוא הסביר שטשטוש ההבחנה בין מאפייני הביקורת השיפוטית המוסדית להגנה על זכויות יפגע בהפרדת הרשויות ויעורר שורה של בעיות נורמטיביות ומעשיות.⁸⁵

לפי מזוז, המבנה של ההסדרים המוסדיים שמנוסחים ככללים מנחה את השופטים להפעיל ביקורת שיפוטית בינארית במקרים שבהם הופרה נורמה מוסדית שנקבעה בחוקי היסוד:⁸⁶

83 רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פס' 10–14 לפסק הדין של השופט מזוז (נבו 19.8.2019); בג"ץ 6826/20 דויקאת נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פס' 5 לפסק הדין של השופט מזוז (נבו 25.10.2020); ראו גם חגי שלזינגר "בין פרשות קוונטינסקי ושפיר" **ICON-S-IL Blog** (21.7.2021) <https://did.li/F3kgT>, שמציג את השופט מזוז כמי שפסיקותיו נתפסות כליברליות ואקטיביסטיות.

84 ראו במובאות בה"ש 9 לעיל.

85 עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 9, בפס' 4 לפסק הדין של השופט מזוז.

86 שם, בפס' 8.

"[...] כאשר מדובר בהפרה של הוראה מוסדית-דיונית בחוקה, תוצאת ההפרה אמורה להיות, בדרך כלל, בינארית; ככל שחוק אכן סותר הוראה כזו בחוקה החוק אינו תקף, בכפוף לדיני הסעד החוקתי, וככלל אין בכגון דא מקום לאיזונים" (ההדגשה במקור).

זאת בניגוד למקרים שבהם נבחנת פגיעה בזכות חוקתית, ואז על בית המשפט לנקוט ביקורת שיפוטית דו-שלבית הבוחנת גם את השאלה אם ההפרה מוצדקת בנסיבות העניין:⁸⁷

"כאשר מדובר בחוק הפוגע בזכות אדם המעוגנת בחוקה, אין די בקביעה שהחוק אכן פוגע בזכות האדם בה מדובר כדי להביא לבטלותו, אלא נדרשת בחינה של השאלה האם מדובר בפגיעה מוצדקת (חוקתית), בהתאם לאמות המידה הקבועות בחוקה (אצלנו, כאמור – בפסקת ההגבלה); זאת, למעט מקום בו מדובר בפגיעה בזכות המוגדרת בחוקה כזכות מוחלטת, שלא ניתן לפגוע בה בשום תנאי" (ההדגשה במקור).

השופט מזוז הסביר גם את השלכות ההבדלים האלה על שיטת הפרשנות שינקטו השופטים כאשר הם מעבירים ביקורת שיפוטית ואת התכלית שביסוד המבנה השונה. לדבריו, נורמות העוסקות בזכויות אדם נוסחו מלכתחילה על ידי מחוקק היסוד כמושגי שסתום ברמת הפשטה ועמימות גבוהה באופן שמאפשר לבית המשפט ליצוק לתוכם תוכן, לפרש ולהתאים אותם למציאות החיים המשתנה. בניגוד לכך, נורמות משטריות נועדו לקבוע גבולות גזרה לשחקנים המוסדיים, ולכן הן מנוסחות באופן מדויק ומתחם ההתערבות של השופטים קטן:⁸⁸

"[...] להבדיל מנורמות העוסקות בזכויות אדם, המנוסחות ככלל ברמת הפשטה גבוהה המחייבת פרשנות, התאמה למציאות המשתנה וגזירת זכויות-משנה קונקרטיות מזכויות עקרוניות כלליות (כגון כבוד האדם), הרי שנורמות מוסדיות-דיוניות אמורות מטבע הדברים להיות קונקרטיות ומפורשות. נורמות חוקתיות מוסדיות ודיוניות הן למעשה 'כללי המשחק' של הדמוקרטיה לפיהם מחויבות לפעול רשויות המשטר הדמוקרטי. כללים כאלה מטבעם צריכים להיות כתובים וברורים, ואין בהם בדרך כלל גם מקום לאיזונים" (ההדגשות במקור).

87. שם.

88. שם, בפס' 11.

השופט מזוז לא נעל לחלוטין את הדלת בפני התערבות שיפוטית על יסוד עקרונות לא כתובים. לשיטתו, ישנם מקרי קצה שבהם הדבר יתאפשר. אבל הוא הדגיש כי הדבר ייתכן רק במקרים חריגים ביותר, במקרים שבהם נפגעים עקרונות יסוד "מובהקים ברורים ומוסכמים על הכול".⁸⁹ מזוז מזהה סטיה שיפוטית ממבנה משפטי פוזיטיבי יציב באמצעות פסילת חקיקה, בלי להסתמך על טקסט חוקתי, כפעולה שיפוטית שהלגיטימיות שלה מוטלת בספק. הוא ראה מקום לאפשר זאת רק כאשר ישנו מקור לגיטימציה חלופי בדמות נורמה שתוקפה "מוסכם על הכול". אין ספק שיש קושי מעשי לזהות נורמה כזאת, ולמרות הפתח שמוזו השאיר, ניכרת הסתייגותו החריפה מהפרקטיקה. הקו המנחה שהציג בעניין קוונטינסקי אינו חד-פעמי. בשורה של מקרים שבהם נדונה ביקורת שיפוטית מוסדית אפשר לזהות את התנגדותו המנומקת מפני טשטוש ההבחנה בין ביקורת שיפוטית מוסדית וביקורת שיפוטית כאשר זכויות אדם נפגעים.

כשמבינים את הקפדה של השופט מזוז להבחין בין ביקורת שיפוטית מוסדית וביקורת שיפוטית במסגרת הגנה על זכויות אין זה מפתיע שהוא מתגלה בפסיקתו כמתנגד בולט לשימוש בדוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי בישראל.⁹⁰ בדומה לכך הוא גם הסתייג מאימוץ פסקת הגבלה שיפוטית לבחינת פגיעה בהסדרים מוסדיים.⁹¹ בכמה הזדמנויות הוא גם עמד על הבעייתיות שבהפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד מכוח עקרונות בלתי כתובים ומגלישה של השופט לתפקידו של המכוון כמעצב נורמות חוקתיות. מזוז חזר בפסיקתו על חשיבות ההבחנה בין ביקורת חוקתית במסגרת הגנה על זכויות, שם תפקידו של בית המשפט להפעיל שיקול דעת רחב במסגרת האיזונים החוקתיים ובין הדווקנות והצורך ביישום מדויק של כל נורמות שנקבעו בטקסט החוקתי בהקשרים מוסדיים. הוא הסביר כי יש צורך לנקוט גישות פרשניות שונות על פי סוג הביקורת השיפוטית החוקתית:⁹²

"כאשר מדובר בהוראה חוקתית-מוסדית, מתחייבת פרשנות דווקנית של לשון החוק, ואין מקום לחרוג מהסדר שנקבע על ידי פרשנות מרחיבה, או לעריכת איזונים, כפי הנעשה בנוגע להוראות בחוקה שעניינן זכויות אדם, המנוסחות מטבע הדברים באופן כללי ומופשט" (ההדגשה במקור).

89 ש.ם.

90 עניין בן מאיר, עניין חסון ועניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 9.

91 עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 9, בפס' 8 לפסק הדין של השופט מזוז.

92 עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 9, בפס' 4 לפסק הדין של השופט מזוז.

את התנגדותו העקבית לשימוש בדוקטרינת "התיקון החוקתי הבלתי חוקתי" ולחידוש עילות בלתי כתובות כמקור נורמטיבי לביקורת שיפוטית מוסדית הוא תלה בשוני שבין ביקורת שיפוטית על זכויות לבין המאפיינים של ההסדרים החוקתיים המוסדיים. זאת לאור תכליתם כמחוללי יציבות וקובעי גבולות גזרה חוקתיים.

למרות עמדתו העקרונית והתיאורטית, השופט מזוז היה ער לפער שבין התיאוריה ובין היישום שלה בשדה המשפט החוקתי בישראל. בשל האופן שבו התפתח המשפט החוקתי בישראל כתוצאה מהכרה במעמד החוקתי של חוקי היסוד המוסדיים באופן חד-צדדי, בהיעדר חוקה וללא כוונת מכוון, קיים פער ממשי בין התיאוריה למציאות.⁹³ העובדה שאין הליך כינון מיוחד של חוקי יסוד בישראל והעובדה שלא נוצרו מלכתחילה כטקסט חוקתי עליון, מביאים לשינויים חוזרים דווקא בחוקי היסוד שקובעים את הכללים המוסדיים. "הקלות הבלתי נסבלת" לתקן את הטקסט החוקתי,⁹⁴ ואי-השלמת ההליך החוקתי, הביאו את השופט מזוז, בדיונו בבקשה שדנה במעמד "חוק הלאום", להכיר בחיוניות יצירת מגבלות מסוימות, בדמות פרשנות עקרונית יסוד, על הפעלת הסמכות המכוננת בכל הנוגע לזהות הלאומית של המדינה. אולם, הוא הגביל את האפשרות להשתמש בפרשנות כזו למקרי קצה, והציג את המגבלה כפרשנות של הטקסט החוקתי ולא כהתעלמות מחוקי היסוד והצהרה על הכפפת חוקי היסוד לשופט ותוך מודעות לבעייתיות.

טשטוש ההבחנה בין ביקורת שיפוטית חוקתית מוסדית לבין ביקורת שיפוטית במקרים של פגיעה הובילו לתמיהה של חברי ההרכב כלפי עמדת מזוז בעניין קוונטינסקי. השופט סולברג שכתב את דעת הרוב הקשה על הפער בין הגישה השיפוטית של מזוז בענייני זכויות לעומת הגישה השמרנית שהפגין כאשר ערך ביקורת שיפוטית מוסדית חוקתית:⁹⁵

"[...] עד שחושש חברי לפגיעה בריבונותה של הכנסת, גבי דידי החשש כבד עוד יותר כאשר בביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק עסקינן. נקל לו לחברי לפסול חוק של הכנסת על שום תוכנו, אולם קשה בעיניו לעשות כן בשל העדר כל אפשרות מעשית לחברי הכנסת להשתתף באופן מהותי בהליך החקיקה. עיגונו של כבוד האדם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מחסן את הביקורת השיפוטית מפני פגיעה בריבונותה של הכנסת, יותר

93 ראו ה"ש 10 לעיל.

94 אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443, 444-446 (1994).

95 עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 9, בפס' 109 לפסק הדין של השופט סולברג.

מאשר ביקורת שיפוטית שעניינה אינו בתוכן, אלא בהליכי החקיקה".

השופט סולברג תמה על הפער שבין ביקורת שיפוטית מוסדית לביקורת במסגרת הגנה על זכויות על פי מזוז. אולם בניגוד לפתולוגיה החוקתית הישראלית שנובעת מהצורה החריגה שבה התפתח משפט חוקתי ללא חוקה תוך כדי מהפכה שיפוטית חד-צדדית, מזוז ניסח עמדה עקרונית שמבקשת לשמור על ההבחנה ועל המאפיינים השונים של הביקורת השיפוטית המוסדית ודיני הזכויות כדי שחוקי היסוד יוכלו לממש את התקוות שתולים בהם. מזוז לא הוטרד מהפעלת ביקורת שיפוטית מכוח חוקי היסוד המוסדיים או מהאופן שבו קידמו השופטים מהפכה חוקתית בישראל אלא מאופי הביקורת השיפוטית שמועברת על פי התיאוריה החוקתית העכשווית ומהשאלה אם כללי המשחק המעוגנים בחוקי היסוד יוכלו לממש את התקוות שבגינם יוחס להם מעמד חוקתי מלכתחילה.

ז. לגיטימציה שמרנית לביקורת שיפוטית מוסדית

הפליאה על הגישה המרוסנת שנקט השופט מזוז בנושאים מוסדיים מתעוררת בשל העובדה שהוא תומך בהפעלת שיקול דעת שיפוטי רחב על תוכן ההסדרים כאשר מדובר בהגנה על זכויות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעומתו, סולברג ביטא עמדה מרוסנת שיוצאת מנקודת ההנחה המוסדית שלפיה ביקורת שיפוטית הליכית ומוסדית נהנית מלגיטימציה מרובה מאשר ביקורת שיפוטית במסגרת הגנה על זכויות.

עמדתו של סולברג מבוססת על תפיסה שמזהה ביקורת שיפוטית הליכית ומוסדית כמרוסנת יותר.⁹⁶ מי שפיתח תיאוריה חוקתית ובה תמיכה בביקורת שיפוטית הליכית הוא ג'ון הארט איליי שפיתח גישה מרוסנת לביקורת שיפוטית במענה לבעיה האנטי רובנית והגירעון הדמוקרטי שנובע מהתערבות שיפוטית וביטול החלטות של נבחרים ציבור בשל תפיסה ערכית שונה.⁹⁷ התיאוריה החוקתית של איליי תרה אחר הצדקה דמוקרטית לביקורת שיפוטית מוגבלת ומצדיקה שימוש בביקורת שיפוטית חוקתית והתערבות שיפוטית במטרה להבטיח הליך נאות. כדי להבטיח הליך נאות, ביקורת שיפוטית מוצדקת במקרים

⁹⁶ ראו חגי שלזינגר "חוק יסודות המשפט החוקתי? על השורשים השמרניים בפרשת קוונטינסקי" משפטים נג (טרם פורסם).

⁹⁷ John Hart Ely, *Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review*, 37 MD. L. REV. 451 (1978); איתי בר-סימן-טוב "ג'ון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התיאוריה החוקתית של איליי" דין ודברים ט 67, 71-75 (2015).

של פגיעה בהליך הפוליטי וכאשר נפגע ייצוג הולם של מיעוטים. לאור זאת גישתו כלפי הביקורת השיפוטית מרוסנת יחסית לתיאורטיקנים של המשפט החוקתי שהצדיקו ביקורת שיפוטית לקידום תפיסות טוב כמו דוורקין או ברק.⁹⁸ איליי מכיר בחשיבותה של הביקורת השיפוטית כמנגנון להתגברות על כשלי שוק דמוקרטיים שיש להפעיל במשורה רק כאשר מתגלה כשל.⁹⁹ רק במקרים שבהם המנגנון הדמוקרטי כושל מתעוררת הצדקה לביקורת שיפוטית, והוא מעדיף להימנע מביקורת שיפוטית חוקתית ערכית כל עוד אין כשל. לפי השקפתו של איליי, יש מקום לביקורת שיפוטית הליכית במקרים של עושה המיעוט. הקושי הדמוקרטי שמתעורר בעקבות ביקורת שיפוטית הליכית פחות מהקושי שמתעורר במקרים של ביקורת שיפוטית מהותית. איליי לא מבחין בין כללים לסטנדרטים ובין נושאים מוסדיים להגנה על זכויות, אולם ההצדקה להתערבות שיפוטית שנשמרת לעניינים שבהליך מעניקה מעמד מיוחד לביקורת מוסדית שמופעלת לרוב על עניינים שבהליך, לצד ביקורת במקרים של פגיעה בשוויון ההזדמנויות שמוסדר לרוב בהקשרים מוסדיים.

אימוץ העמדה שביסוד התיאוריה המרוסנת של איליי, המעניקה לגיטימציה לביקורת שיפוטית הליכית ומעדיפה אותה על פני ביקורת שיפוטית מהותית לצד מקרים של פגיעה במיעוט (שוויון) ממסגרת ביקורת הליכית כמרוסנת. ייתכן שנקודת המוצא הזאת היא שהובילה את שופטי הרוב בעניין קוונטינסקי לתהות על הקוהרנטיות של העמדות שהציג השופט מזוז. שופטי הרוב התקשו ליישב בין הבחירה של מזוז לשלול ביקורת שיפוטית הליכית ולקבל את המהפכה החוקתית וביקורת שיפוטית חוקתית המבוססת על תוכן באמצעות מבחני המידתיות בלי שהבעיה האנטי רובנית מטרידה אותו. אם ביקורת שיפוטית מוסדית מעוררת פחות קשיים מבחינת הלגיטימציה הדמוקרטית, התקשו שופטי הרוב להבין מדוע מזוז תמך בביקורת שיפוטית מהותית אך התנגד לביקורת שיפוטית מוסדית שאינה מבוססת על חוקי היסוד.

אולם, כפי שראינו, מזוז עקבי בשיטתו. יתרונה של הביקורת ההליכית והמוסדית לא נובע רק מהצדקת התערבות במקרה של כשל שוק אלא גם מהמאפיינים הבינאריים של ההסדרים החוקתיים המוסדיים ותפיסת התפקיד של השופט בביקורת שיפוטית מוסדית. כאשר בית המשפט מעביר ביקורת שיפוטית הליכית ומוסדית על בסיס טקסט חוקתי שעוצב ככללים ולא כעקרונות בעיית

98 אהרן ברק "על תפקידי כשופט" משפט וממשל ז' 33, 44 (2004).

99 Ely, לעיל ה"ש 97, בעמ' 486: "The approach to constitutional adjudication recommended here is akin to what might be called an 'antitrust' as opposed to a 'regulatory' approach to economic affairs – rather than dictate substantive results it intervenes only when the 'market,' in our case the political market, is malfunctioning".

הכשל האנטי רובני פחותה. ברם, כאשר מדובר בביקורת הליכית שמנוסחת כעיקרון, או שמעולם לא עוגנה במקור נורמטיבי חוקתי, אובדת הלגיטימציה השיפוטית והכשל האנטי רובני מתעצם בייחוד כאשר הביקורת מועברת על הליך קבלת החוק.

באופן מסורתי ביקורת מוסדית נתפסת כביקורת חוקתית שמרנית שאינה שנויה במחלוקת, אך שמרנותה נובעת מהמאפיינים הייחודיים של הביקורת המוסדית. כשמוותרים על המאפיינים האלה אובדת שמרנותה ויתרונה ומורע כוחה. כשמדובר על עיצוב כללי המשחק תוך כדי המשחק ללא מקור בטקסט בעל מעמד נורמטיבי גבוה, קשה לזהות לגיטימציה מוגברת לביקורת מוסדית על פני ביקורת זכויות. שינוי כללי המשחק אינו שמרני ואינו מוצדק. התוצאה עלולה להיות אבסורדית. כך, לדוגמה, הסביר השופט סולברג בעניין קוונטינסקי, כי הוא משלים לקונה בנוגע לקיומו של כלל מוסדי חוקתי שמאפשר פסילת חקיקה בהיעדר טקסט חוקתי מוסדי שמאפשר זאת. ניסיון שיפוטי לזהות ולהשלים לקונות מוסדיות במעמד חוקתי באמצעות שיקול דעת שיפוטי הוא ניסיון שיפוטי לשרטט טקסט חוקתי ולכתוב את כללי המשחק החוקתיים באופן חד-צדדי בלי שקיימת לכך לגיטימציה דמוקרטית.

עמד על כך הנשיא לשעבר לנדוי, שדבק במדיניות משפטית מרוסנת, ותמך בביקורת שיפוטית חוקתית רק ביחס להסדרים המוסדיים, תוך התנגדות לעיקרון של עיגון זכויות אדם חוקתיות שיאפשרו לבית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית מכוחם.¹⁰⁰ לנדוי הציע לקדם בישראל חוקה משטרית רזה שתסתפק בעיגון הסדרים מוסדיים ותקבע את כללי המשחק הדמוקרטים בלבד, ללא עיגון חוקתי של זכויות. הוא התנגד לניסיונות של ברק לייחס לחוקי היסוד מעמד חוקתי שיאפשר לבית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית מהותית באמצעות הפעלת שיקול דעת רחב. לנדוי הסביר כי יש להעניק לבית המשפט את הסמכות להעביר ביקורת שיפוטית בעניינים של מבנה וצורה, בניגוד לביקורת על תוכן המהותי של פעילויות מוסדות השלטון. הוא תלה זאת במאפיינים המיוחדים של ההסדרים המוסדיים: "המדובר אינו בעניינים בהם כרוכים שיקולים פוליטיים אלא בהפעלת הוראות מסגרת מכניות, בדרך הפרשנות המשפטית, עליה אמונים בתי המשפט מטבע בריאתם".¹⁰¹ אך מכלל ההן אפשר ללמוד לאו. כאשר הביקורת השיפוטית המוסדית משנה את פניה וכבר לא מדובר בביקורת שיפוטית "טכנית" אין מקום לביקורת שיפוטית על ההסדרים המוסדיים ואין לזהותה כביקורת שיפוטית מרוסנת.

¹⁰⁰ לנדוי, לעיל ה"ש 36. ראו גם: אהרן ברק "הרצאה לזכרו של השופט משה לנדוי" מבחר כתבים ד – על בית המשפט ושופטיו 389 (2017); מדינה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 42–50.

¹⁰¹ לנדוי, שם.

לנדוי תמך בהבחנה בין ביקורת שיפוטית על פי הוראות מקור נורמטיבי שקובע כללים לביקורת שיפוטית מבוססת שיקול דעת רחב, והסביר באמצעותה את פסיקתו בעניין ברגמן. לנדוי פסק בברגמן על פי הוראות חוק היסוד, בלי להפעיל שיקול דעת משמעותי, ויישם הוראות טכניות של הסדר מוסדי תוך הדגשה שמבחינת התוכן בית המשפט לא יפסול את החוק לו יחוקק על פי התנאים שנקבעו בחוק היסוד.¹⁰² בניגוד לכך, בפסקי הדין שבאו בעקבות המהפכה החוקתית השופטים יצרו את מבחני המידתיות שאפשרו להם לקבוע כיצד לנהוג בכל מקרה ומקרה על פי שיקול דעתם.

לדעתי גישתם המרוסנת של איליי ולנדוי לביקורת השיפוטית ההליכית והמוסדית תלויה בשמירה על מאפייני הביקורת המוסדית. כאשר אלו נזנחים, מאבדת הביקורת את הלגיטימציה הדמוקרטית, ובמקרים רבים אף מעוררת את הכשל האנטי רובני ביתר שאת. כאשר התיאוריה החוקתית שבה אוחזים השופטים מטשטשת את ההבחנה בין ענפי הביקורת השיפוטית שהופכת לזהה, חוקה מוסדית רזה לא תועיל.

ביחס לביקורת שיפוטית מוסדית מזוז מציג עמדה משפטית פוזיטיביסטית קלסית. מקור התוקף של המדרג הנורמטיבי נובע מהנורמה העליונה שמעוגנת בחוקה, המשמשת כנורמה הבסיסית של המערכת, לפי תיאורו של קלזן, או כנורמה העליונה שזכתה להכשר ציבורי על פי כלל ההכרה של הארט.¹⁰³ כתוצאה מכך, אין מקום לסטייה מההסדרים המוסדיים שנקבעו בחוקה ואין לבית המשפט לגיטימציה ליצור כללי משחק חדשים מדעתו. פעולה כזאת מעוררת קשיים דמוקרטיים ועיוניים חריפים.

אולם לצד הדיון העקרוני, ישנם גם טעמים מעשיים לבחירה של השופט מזוז להימנע מהפעלת שיקול דעת שיפוטי רחב בתחום המוסדי. בהזדמנויות שונות הוא הסביר את הבעייתיות שנוצרת משימוש יתר בכלים משפטיים על חשבון מאבקים ציבוריים חברתיים ופוליטיים:¹⁰⁴

"בהזדמנויות שונות בעבר, בעת כהונתי כיועץ המשפטי לממשלה, עמדתי על כך כי אין לראות במשפט את חזות הכל, וכי לצד המשפט יש מקום גם לנורמות חברתיות-ציבוריות-אתיות [...].

המערכת המשפטית והנורמות המשפטיות אינן יכולות להיות ואינן צריכות להיות 'שחקניות' בלעדיות בעיצוב הנורמות בחברה,

102 עניין ברגמן, לעיל ה"ש 70; מיכל שקד משה לנדוי: שופט 303-330 (מולי מלצר עורך 2012).

103 אנגלרד, לעיל ה"ש 76, בעמ' 47-50.

104 עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 9, בפס' 2 ו-3 לפסק הדין של השופט מזוז.

ובעיקר נכון הדבר בתחום הנורמות של הזירה הציבורית. ל'משפטיזציה' של נורמות בזירה הציבורית יש מחירים לא מבוטלים".

שימוש יתר בביקורת שיפוטית, בדגש על ביקורת שיפוטית מוסדית המתערבת בכללי המשחק המוסדיים שמגבילים את גבולות הגזרה של הזירה הציבורית, מנוונת את מנגנוני הביקורת האחרים הקיימים בחברה דמוקרטית ויוצרת ניכור כלפי המערכת המשפטית. בית המשפט לא אמור לפתור כל בעיה חברתית ציבורית, הוא לא נועד לכך ואין לו יכולת לעשות זאת. יתרה מכך, הניסיון להכריע בנושאים שבמרכון מחלוקת פוליטית גובה מבית המשפט מחיר יקר. ביקורת שיפוטית מוסדית שעוסקת בגבולות הסמכות של גופים פוליטיים עוסקת בשאלות שבליבת המחלוקת הפוליטית. כאשר בית המשפט נתפס כגורם פוליטי נוסף הוא מתקשה בהגנה על זכויות אדם.¹⁰⁵ הצעתו של מזוז להקפיד על ההבחנה בין ביקורת שיפוטית מוסדית לביקורת על זכויות נועדה להחזיר את בית המשפט לתחומו הטבעי ולאפשר לו להגן על זכויות אדם בלי שכוחו יוגבל. לצד הקשיים העקרוניים שבהתערבות שיפוטית נרחבת בשאלות מוסדיות, למערכת המשפט יש גם אינטרס מוסדי מובהק להישמר מכניסה לתחומן של רשויות אחרות ולהימנע מקביעת כללי המשחק בשביל לא לשלם על כך מחירים באובדן אמון הציבור.

ח. המשבר שבטשטוש

הטשטוש בין ביקורת שיפוטית במקרים של הגנה על זכויות ובין פגיעה בהסדרים מוסדיים שאומץ בישראל ומאפשר לבית המשפט העליון להפעיל שיקול דעת רחב בביקורת שיפוטית מוסדית מאיים גם על השלמת פרויקט החוקה הישראלית. מאז המהפכה החוקתית ישנם קשיים פוליטיים לקדם את חוק-יסוד: החקיקה שיסדיר את יחסי הרשויות בישראל ויצור איזון מוסכם בין הרשויות. אף על פי שיש הסכמה רחבה על הצורך בחוק-יסוד: החקיקה, רעיונות שונים בדבר הדוקטרינות וההסדרים שהוא צריך לכלול שנויים במחלוקת ציבורית ופוליטית זה שנים והליך חקיקתו נבלם. בין שמדובר ביצירת מנגנון מיוחד לכינון חוקי יסוד ותיקונם ובין שמדובר במנגנוני התגברות ומינוי שופטים, או שמירת דינים.

¹⁰⁵ דברים שנשא השופט מזוז בערב השקת ספרו של ברק מדינה "דיני זכויות האדם בישראל" באוניברסיטה העברית. ראו: "זכויות האדם בישראל – לאן? השקת ספרו של פרופסור מדינה 'דיני זכויות האדם בישראל'" יוטיוב 14:50 (6.3.2017) <https://bit.ly/4hLc1FQ>. להמחשת המחיר שבכניסה לתחומים פוליטיים מובהקים ראו יונתן גרין "בג"ץ אדלשטיין – הערת פסיקה" משפטים על אתר יז 90 127–129 (2022).

ההבנה שבית המשפט מפתח דוקטרינות שמאפשרות לו להתגבר על כל כלל משחק שייקבע בטקסט חוקתי תהא אשר תהא צורת הניסוח שלו, במגמה להשליט את ההסדרים הראויים בעיניו, מסכנת את היכולת להגיע להסכמות על עיגון הסדרים מוסדיים חוקתיים מוסכמים ומעוררת חשש לפגיעה בדמוקרטיה הישראלית תוך יצירת בית משפט שאינו כפוף למחוקק או מכוונן החוקה.¹⁰⁶ אפשר לזהות דוגמה טובה לכך באופן שבו השופטת ענת ברון התייחסה בעבר לפסקת שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפסקה היא הסדר מוסדי מובהק שאפשר את התמיכה הפוליטית שהייתה דרושה לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בשל החשש של חלק מחברי הכנסת שחוק היסוד עלול לפגוע בהסדרים שנקבעו בחקיקה הישראלית כגון דיני הנישואין והגירושין נקבע בחוק היסוד סעיף שמירת הדינים המפורסם.

אף על פי כן, כאשר הוגשה עתירה נגד חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, אשר קובע שענייני נישואין וגירושין בישראל נמצאים תחת שיפוטם של בתי הדין הרבניים, ציינה השופטת ברון כי:

"מוסד הנישואים האזרחיים מצוי בלב הקונפליקט הישראלי שבין דת למדינה, והוראת שמירת הדינים היוותה מעין פשרה פוליטית שאפשרה את הנעתה של מהפכה חוקתית בישראל. ואולם לא מן הנמנע כי תגיע העת שבה לא יעמוד לה עוד כוחה של הוראת שמירת הדינים לבלום תהליכים חוקתיים, ובפרט את בחינת התאמת דיני המעמד האישי למציאות בת ימינו ולפסיפס החברתי-תרבותי-דתי שממנה היא מורכבת.

ביקורת שיפוטית מעין זו כבר הביאה להכרה בנישואים בין זוגות בני אותו מין במדינות רבות ברחבי העולם.¹⁰⁷

לפי ברון כוחה של הפשרה הפוליטית שעמדה ביסוד פסקת שמירת הדינים "לא יעמוד" אל מול תהליכים חוקתיים. כלומר, ברון סבורה שמבחינה עקרונית השופטים יכולים לפעול בניגוד להוראות הכללים המוסדיים שבחוקה כאשר הם סבורים שאינם צודקים. השופט הנדל חלק על דבריה ועמד על הבעייתיות שבקריאת תגר על הפשרות הפוליטיות שביסוד ההסכמה:¹⁰⁸

106 רבקה ווייל "כרוניקה של כשלון ידוע מראש: למה לא הייתי יושבת בוועדה הדנה בחוק-יסוד: החקיקה?" ICON-S-IL Blog (5.5.2022) <https://did.li/c4kgT>.

107 בג"ץ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים, פס' 3 לפסק הדין של השופטת ברון (נבו 31.8.2017).

108 שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט הנדל.

"המשפטן, בוודאי השופט, אינו יכול להתעלם מהוראת שמירת הדינים. זאת, במיוחד ביחס לדיני המשפחה. נדמה כי תחום זה בכלל, וסעיפים 1 ו-2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים בפרט, עמדו לנגד עיני המחוקק ברגע המכונן של חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זוהי פשרה פוליטית שאפשרה את הבאת חוק היסוד לעולם. התרומה וההשפעה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מאז כינונו לפני כ-25 שנים ברורים לכל. אך טול מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו את פסקת שמירת הדינים ונטלת את קיומו – ולו מבחינת הנכונות של הרשות המכוננת להעניק הגנה חוקתית לזכויות המעוגנות בו".

הנדל הבהיר שביקורת שיפוטית אשר מאפשרת לבית המשפט למתוח את כללי המשחק ללא גבול תמנע כל יכולת להגיע להסכמה על ניסוח חקיקת יסוד מוסדית שכפופה לעמדת השופטים. ברון אינה היחידה שסבורה כי חוקי היסוד נתונים למרותו של השופט, גם כאשר בית המשפט התערב בחקיקת יסוד ופסל את התיקון בעניין הסבירות הבהירה הנשיאה חיות כי אם יקבע בישראל מתווה נוקשה יותר לחקיקת חוקי יסוד יהיה מקום לחשיבה מחודשת של בית המשפט בשאלת סמכותו לבקר חקיקת יסוד. מדבריה עולה שלשיטתה בית המשפט הוא בעל הסמכות להעביר תחת ביקורתו את חקיקת חוקי היסוד העתידיים ובהם חוק יסוד החקיקה, ולהחליט באופן עצמאי אם לקבל את תוכן ההסדרים שיעוגנו בהם.¹⁰⁹

הקפדה על ההבחנה בין ביקורת שיפוטית מוסדית לביקורת שיפוטית במסגרת הגנה על זכויות תוך שמירה על מאפייניהם המקוריים, היא צעד חיוני שיאפשר את קידום חוק-יסוד: החקיקה החסר. חלק מהקושי להשלים את מפעל החוקה הישראלי נובע מחוסר האמון של נבחרי הציבור, והציבור ששלח אותם, כי יוכלו להגיע להסכמות פוליטיות שיכובדו על ידי בית המשפט. החשש מפני התערבות שיפוטית שתעצב מחדש את הכללים המוסדיים שיקבעו כחלק מפשרה ציבורית מונע כל יכולת להסדיר את יחסי הרשויות בישראל בעזרת כללים מוסדיים שיקבעו נבחרי הציבור. נדרש אמון ציבורי בכך שבית המשפט יכבד את הכללים שיקבעו ולא ימהר לעצב אותם מחדש תוך שימוש בטרוריקה שמציגה את השינויים כקבועים בחוקה או כתיקון חוקתי לא-חוקתי. טשטוש המאפיינים השונים של שני ענפי החוקה ועיצב כללי המשחק בידי השופטים מקשה אפוא גם על היכולת להגיע לפשרות מוסכמות ולהתקדם לקראת השלמת הפרויקט החוקתי בישראל.

109 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 10, בפס' 88 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') חיות.

ט. האם קיימת אפשרות אחרת? עיון תורת משפטי במשנתו של קלזן

דרך נוספת לבחון את טשטוש ההבחנה בין ביקורת שיפוטית חוקתית בשני ענפי המשפט החוקתי היא להתבונן באופי ההנמקות השיפוטיות בענף המוסדי ובענף ההגנה על זכויות. הטשטוש מבטא מעבר מהנמקה פורמליסטית שמיוסדת על תורת משפט פוזיטיביסטית בתחום החוקתי המוסדי להנמקה ערכית שמיוסדת על תורת משפט נטורליסטית-טבעית גם בתחום המוסדי. בעשורים האחרונים ההנמקה השיפוטית הבחינה בין הנמקה ערכית בתחום של דיני זכויות האדם לבין הנמקה פורמאליסטית בתחום המוסדי אולם הבחנה זו הלכה ונשחקה.¹¹⁰

מי שצפה את קריסת המבנה המשפטי שכולל תפיסות משפטיות מקבילות שיונקים את תוקפם ממקורות שונים, הוא הנס קלזן. לפי התיאוריה בדבר הנורמה הבסיסית שפיתח קלזן, החוקה צריכה להתבסס על תפיסת משפט פוזיטיבית טהורה ועצמאית שיונקת את כוחה מהנורמה הבסיסית ולא מתוכן הנורמות.¹¹¹ הנורמה הבסיסית היא שמעניקה למערכת המשפט תוקף אובייקטיבי מחייב. אולם היא חיצונית למערכת המשפט ואין לזהות בין שאלת תקפות החוק לשאלת תוכנו. לפי קלזן החיפוש אחר מקור לגיטימציה לעשייה השיפוטית או לציות לחוק לא יכול לחרוג מעבר לפירמידת הנורמות ובראשה החוקה שהעניקה למערכת את תוקפה, ואינו נובע מתוכן הנורמות או מהמניע לעיגולם אלא מהתוקף הפורמלי של המקור המשפטי שמטיל חובת ציות.

בניגוד לכך, מקור הלגיטימציה במערכת משפט שמעניקה לנורמות תוקף על בסיס צדק נובע מתיאוריה חוקתית שמעניקה לגיטימציה לפעולות שמקדמות ערכים שחיצוניים למערכת המשפט.¹¹²

בניגוד לתיאוריה הפוזיטיבית הטהורה של קלזן, מהפכת זכויות האדם, שהביאה להתפשטות אימוץ חוקתי של זכויות ברחבי העולם יוסדה על עקרונות משפט הטבע שממנו נובעות זכויות אדם ואזרח שעוגנו בחוקה, לצד כללי משחק מוסדיים שזכו ללגיטימציה ומעמד חוקתי בשל ההסכמה בה כוננו. המודל החוקתי שהתפתח במאה העשרים ינק אפוא את תוקפו משני מקורות שונים במקביל, מערכת נורמטיבית "טבעית" בדבר המוסרי והצודק שבאה לידי ביטוי בעיגון חוקתי של זכויות, לצד מערכת פוזיטיבית שכוחה נובע מהסכמה ציבורית

110 לתיאור התופעה בישראל ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 660.

111 HANS KELSEN, PURE THEORY OF LAW 220 (Max Knight transl., 1967).

112 Harel & Shinar, לעיל ה"ש 49; מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית", לעיל ה"ש 24.

רחבה שהעניקה לה את מעמדה הנורמטיבי העליון. המודל החוקתי שהתפשט בעולם לאחר מלחמת העולם השנייה נוצק בתבנית המודל החוקתי האמריקני תוך אימוץ תפיסת הזכויות לצד תפיסה פוזיטיבית באופן שהביא לעיגון של חוקות שמיוסדות על שני אדנים שונים ומנוגדים.

מלכתחילה סבר קלזן שמערכת משפטית פוזיטיבית, ובכלל זה החוקה, שניצבת בראש המערכת יכולה לשאוב את כוחה ממקור לגיטימציה יחיד בלבד. מקורות ההצדקה של מערכת המשפט משקפות תפיסה תורת משפטית בדבר המשפט, גבולותיו וכוחו. לכן קיים מתח שאי אפשר ליישבו כאשר מתיימרים להציג מערכת משפטית אחת שיונקת את כוחה משני מקורות תורת-משפטיות בו-זמנית. לדברי קלזן, אין זה אפשרי ששתי מערכות נורמטיביות יפעלו במקביל מכוח נורמות שונות ויהיו תקפות באותו הזמן. לכן סבר כי מערכת משפט שמיוסדת על תיאוריה פוזיטיבית, ומערכת משפט שמקבלת את קיומו של משפט טבע כמסגרת משפטית תקפה, לא יכולות לדור בכפיפה אחת. לדעתו, סופה של מערכת שכוללת רכיבים שיונקים את כוחם ממשפט הטבע ומערכת פוזיטיבית במקביל הוא שאחד מהמקורות יתמוגג לתוך המקור השני:¹¹³

”כל ניסיון ליצור יחס בין שני מכלולי הנורמות – בתור שתי מערכות בעלות תוקף – יוביל למיזוגה של האחת כמערכת הנמוכה בתוך השניה כמערכת העליונה; המשמעות תהיה לתפוס את המשפט הפוזיטיבי כמשפט טבעי, או את המשפט הטבעי כמשפט פוזיטיבי”.

התהליך שקלזן חזה משתקף בטשטוש ההבחנה בין שני ענפי המשפט החוקתי שהתרחש בעשורים האחרונים באופן איטי. ואכן, קלזן הדגיש שתהליך המיזוג והטשטוש מתבצע בלי שמוקדשת לכך תשומת לב בתהליך זוחל: ”יש שפע של ניסיונות כאלה שבהם גוברת המגמה (שאינן לדכאה) של ההכרה לאחדות המושא, ולרוב בלי שהמלומדים מודעים לכך”.

אפשר להשתמש בהבחנות של קלזן כדי להבין את התופעה החוקתית של שינוי האופי של הביקורת השיפוטית המוסדית לה אנו עדים כיום. כפי שהצגתי בתחילת המאמר, חלקי החוקה נועדו לממש תכליות שונות ושואבים את כוחם ממקורות לגיטימציה שונים. אם התיאור שלנו נכון, אפשר לזהות מגמה של האחדת הביקורת השיפוטית ואימוץ מודל ביקורת שיפוטית חדש שמשחרר את השופטים ממחויבות לטקסט החוקתי. זאת תוך שאיבת לגיטימציה ישירה

¹¹³ הנס קלזן אלוהים, מדינה, טבע, אדם: הנס קלזן על תאולוגיה פוליטית ומשפט טבעי 138–139 (יצחק אנגלרד עורך ומתרגם 2010).

ממקורות שחיצוניים למערכת המשפט גם במקרים של ביקורת שיפוטית מוסדית, אנו עשויים למצוא בהבחנתו של קלזן את ההסבר לתופעת המיזוג. שתי מערכות נורמטיביות שונות לא יכולות להתקיים זו לצד זו בו-זמנית. לכן מרגע שהשופטים אימצו ביקורת שיפוטית חוקתית ותפיסת תפקיד שמבוססת על קידום צדק ומוסר בתחום הזכויות החל תהליך מיזוג נורמטיבי שטשטש את ההבחנה בין ענפי החוקה והביא לאיחוד הביקורת השיפוטית תוך הגמשת כללי המשחק והכפפתם לשופט.

בניגוד לדבריו, האוחזים בתפיסות תורת משפטיות טבעיות שמבוססות על מוסר ולגיטימציה שיונקת את כוחה ממערכת המוסר סבורים שהכרעה על בסיס מוסר נדרשת רק במקרי קצה חריגים בהם מתגלה סתירה בין שתי המערכות הנורמטיביות. אך במרבית הזמן ניתן להתנהל על פי המערכת הפוזיטיבית המקובלת.

הפער בין תפיסה שיפוטית שמאמצת את עמדותיו של קלזן לבין שופטים המאמצים תורת משפט טבעית שמקדמת מוסר מוצג לעיתים כפער עיוני-מהותי שאינו מעשי. זאת בשל היכולת של בית המשפט להסתמך על שיקולים ערכיים שמוצגים כפרשנות.¹¹⁴ לעיתים נטען שבאמצעות טכניקה פרשנית נשמרת המסגרת הפוזיטיבית מבחינה פורמלית והפער המעשי בין שופטים שאוחזים בתפיסת עולם פוזיטיביסטית לבין מי שסבורים שהשופט יכול להסתמך על מקורות לגיטימציה חיצוניים מזערי עד לא קיים בפועל.

אולם ירידה לפרטי התיאוריה הקלזיאנית מלמדת שיש הבדל מעשי של ממש בין שתי האסכולות המשפטיות, הבדל שלא תמיד מקבל את תשומת הלב הראויה. הפער לא מתבטא רק במקרי הקצה אלא בתפיסת התפקיד השיפוטית וביכולת לפעול במסגרת של כללי משחק מוסדיים. לפי תפיסת משפט הטבע תפקידו של השופט לקדם את הערכים הנכונים והוא יכול להגמיש כל כלל משפטי. לכן הפער בין המשפט הרצוי על פי השופט היושב לדין למשפט המצוי הולך ונשחק. בניגוד לכך התפיסה הפוזיטיבית מורה לשופט כי הוא כפוף לדין ומבקשת לחזק את מעמדו של כללי משחק ידועים וצפויים. קלזן מסביר לנו שהבדל הזה חותר תחת יסודות עבודת השופט ומערר אותן עד שהוא מביא לקריסת התפיסה הפוזיטיבית. כאשר בית המשפט מאמץ תורת משפט טבעית משתנה תפיסת תפקיד השופטים והם משנים את תפיסת תפקידם ועוברים לקדם את הרצוי והראוי ואינם מחוייבים עוד לדין הקיים. האחדת מנגנוני הביקורת השיפוטית מתאימה לתיאוריה שהציג קלזן ומלמדת על פער מעשי ממשי שאינו עיוני בלבד.¹¹⁵

¹¹⁴ אנגלרד, לעיל ה"ש 76, בעמ' 85.

¹¹⁵ ישנה הבחנה בין התפיסה המקורית של קלזן שהצגתי לבין התפיסה המאוחרת שהציג

כפי שראינו, ישנן שתי שאלות שונות בדבר היחס בין חלקי החוקה. שאלה אחת עוסקת במקור הלגיטימציה של השופטים כאשר הם מעבירים ביקורת שיפוטית שאינה מבוססת על הטקסט החוקתי. שאלה אחרת, פרגמטית יותר, נוגעת ליכולת של החלקים המוסדיים בחוקה לממש את יעודם. התיאוריה הטהורה של קלזן בדבר קיומה של מערכת נורמטיבית פוזיטיביסטית סגורה אינה עוסקת רק בשאלת הלגיטימציה, שייתכן שהפער המעשי ביישומה קטן, ככול שבית המשפט מקדם ערכים תוך הצגתם כפרשנות. התיאוריה הטהורה של קלזן מלמדת אותנו שמערכת משפט שבה מחזיק השופט בתפיסה שלפיה אינו כבול לדין כפי שהוא בא לידי ביטוי בטקסטים משפטיים, תוביל למיזוג ולקריסת מערכת נורמטיבית פוזיטיבית אל מערכת משפט הטבע. ההתנגשות מתבטאת לא רק במקרי הקצה שבהם יש מחלוקת בין מערכת המוסר למערכת הפוזיטיבית אלא גם ביחסו של השופט למערכת הכללים. שופט שמאמץ תפיסת עולם שלפיה הכללים לא מחייבים אותו משום שהוא כפוף למקורות חוץ-משפטיים ולא לחוק, חושב אחרת על התפקיד שלו, מאמץ תפיסה שונה של שלטון החוק ומאמץ פרשנות ודוקטרינות שיוצרות בסופו של דבר מיזוג בין המערכות. נראה כי בחלוף יותר מיובל שנים, תחזיתו של קלזן בדבר מיזוג המערכות אחת אל רעותה בלי שמלומדי המשפט יתנו לכך את הדעת הולכת ומתממשת ומחזקת את ההבחנה שהציג באשר ליחס של מערכות משפטיות מקבילות וההיתכנות לקיום מקביל שלהם.

ט. סיכום

המבנה החוקתי שהתפשט ברחבי העולם לאחר מלחמת העולם השנייה כולל שני חלקים עיקריים. חלק מוסדי שמכונן את כללי המשחק ויוצר את גבולות הגזרה שבתוכם מתנהל המשחק הפוליטי היום-יומי וחלק של זכויות. בעבר נהגה ביקורת שיפוטית בעלת מאפיינים מובחנים ביחס לכל אחד מענפי החוקה שהתבטאה ברוחב שיקול הדעת השיפוטי שהופעל. כיום אנו חוזים במגמה של מיזוג ואיחוד הביקורת השיפוטית למודל חדש שבו השתחררו השופטים ממחויבות לטקסט החוקתי והם מעצבים בעצמם הסדרים חוקתיים ולא מסתפקים בבחינה בינארית אם הופרו. מאמר זה מבקש להדגיש את התופעה ולבקר השפעות תיאורטיות ומעשיות שליליות שנובעות ממנה.

בערוב ימיו שלפיה ייתכנו שתי מערכות נורמטיביות תקפות שמתקיימות במקביל שכן מערכות נורמטיביות אינן קיימות במציאות ולכן אי אפשר להתייחס אליהן כאל אמיתיות או שקריות. ראו אצל אנגלרד, שהעדיף את גרסתו הראשונה של קלזן: אנגלרד, לעיל ה"ש 76, בעמ' 57; IZHAK ENGLARD, RELIGIOUS LAW IN THE ISRAEL LEGAL SYSTEM; 33-46 (1975).

טשטוש ההבחנה בין ביקורת שיפוטית מוסדית וביקורת שיפוטית במסגרת הגנה על זכויות התבצע באמצעות מספר מתודות שיפוטיות. בראש ובראשונה, באמצעות הרחבת היקף ההגנה מכוח זכויות חוקתיות גם לעבר תחומים והסדרים שנתפסו בעבר כהסדרים מוסדיים. בנוסף על כך השופטים נוקטים דוקטרינות פרשניות שמאפשרות להם לייחס משמעות נורמטיבית מחייבת למושגי שסתום ובאמצעותם מפעילים שיקול דעת רחב כדי לקבוע מתי ובאיזה תנאים פגיעה בהסדרים מוסדיים אפשרית. לבסוף שופטים גם מקדמים במוצהר דוקטרינות שיפוטיות שמכריזות בגלוי על היעדר מחויבות לטקסט חוקתי בתחום המוסדי. זאת באמצעות דוקטרינות כמו התיקון החוקתי הלא-חוקתי שמאפשרות מחיקת טקסט חוקתי או כתיבת סעיפי חוקה עצמאיים באמצעות דוקטרינות בדבר זיהוי של סעיפים "משתמעים" שמאפשרים לשופטים ליצור הסדרים מוסדיים ולטעון לעליונותם הנורמטיבית על פני החקיקה הראשית.

המגמה החדשה של האחדת הביקורת השיפוטית מעמידה בספק את היכולת של החלק המוסדי בחוקה למלא את ייעודו המקורי בכינון מערכת משטר יציבה ומעוררת את הכשל האנטי רובני בצורה חריפה בהקשר המוסדי. שופטים שמבקשים לקבוע את כללי המשחק תוך כדי משחק ללא לגיטימציה דמוקרטית זקוקים להצדקה נורמטיבית ולמקורות לגיטימציה חלופיים ונדרשת הצדקה ולגיטימציה שתתאים לשדה המוסדי והתכליות לשמן עוגנו מלכתחילה בחוקה. המענה המקובל לבעיית הכשל האנטי רובני, שמצביע על ערכם המהותי של זכויות האדם או על כבילה עצמית שעמדה ביסוד החוקה, מותאם לביקורת שיפוטית במקרה של פגיעה בזכויות ולא במקרה של פגיעה בהסדרים מוסדיים. לכן אין במענה המקובל להקהות את חריפות הכשל שמועצם בהקשר המוסדי. השופט מזוז שהיה ער לחששות האלה הקפיד על שמירת הבחנה בין סוגי הביקורת השיפוטית ובצדק. טוב יהיה אם שופטים בישראל וברחבי העולם יאמצו את ההבחנה הברורה עליה הקפיד.

