

## המנהליזציה של המשפט החוקתי

מאת  
עידו פורת\*

### תקציר

המאמר מבקש להציג את השינויים שחלו בעשורים האחרונים במשפט החוקתי במדינות רבות בעולם, ובכלל זה בישראל, כאימוץ ההיגיון של המשפט המנהלי אל תוך המשפט החוקתי, כלומר, כמנהליזציה של המשפט החוקתי. שינויים אלה – אשר החלו להתרחש באירופה לאחר מלחמת-העולם השנייה והתפשטו משם למדינות רבות בעולם אך לא לארצות-הברית – כוללים, בין היתר, טשטוש של ההבחנה בין זכויות לאינטרסים; ירידה בחשיבות הטקסט; ועלייה בחשיבותם של "מבחני הצדקה", ובראשם מבחני איזון ומידתיות. מאפיינים אלה הם גם בין מאפייניו של המשפט המנהלי, שעוסק באינטרסים ובזכויות גם-יחד, שמבוסס לרוב על פסיקה ולא על טקסט, ואשר מתמקד בהצדקת הפעולה המנהלית על-פי מבחני איזון ומידתיות. המאמר מציע גם הסבר היסטורי להתפתחות זו, שלפיו היא נובעת מן העובדה שבמדינות אירופה, כמו-גם בישראל, התפתח שיח הזכויות המשפטי ראשית בתוך המשפט המנהלי, וזה טבע בו את חותמו. לבסוף, המאמר מציע החלה של התזה על המשפט בישראל, שבו לא רק ההיגיון של המשפט המנהלי אומץ אל תוך המשפט החוקתי, אלא אף המערך המוסדי שלו, וזאת מכיוון שבמעבר מביקורת המנהל לביקורת החקיקה הראשית לא נוצר מערך מוסדי חדש.

### הקדמה

א. שינוי המשפט החוקתי

1. טשטוש ההבחנה בין זכויות לאינטרסים ואינפלציה של זכויות
  2. פיחות בעוצמת הזכויות
  3. זניחה של הטקסט ושל דרישת ההסכמה הרחבה, ומעבר למבחני הצדקה
  4. טשטוש ההבחנה בין ביקורת המנהל לביקורת הפרלמנט
- ב. המנהליזציה של המשפט החוקתי
1. טשטוש ההבחנה בין זכויות לאינטרסים
  2. פיחות בעוצמת הזכויות

---

\* פרופסור חבר, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. תודה לאלון הראל, למשה כהן-אליה, לברק מדינה ולמשתתפי הסימפוזיון על "משפט הפרלמנט" באוניברסיטת תל-אביב על הערותיהם המועילות. כמו-כן תודה למערכת עיוני משפט על הערות עריכה מצוינות.

3. זניחה של הטקסט ושל דרישת ההסכמה הרחבה, ומעבר למבחני הצדקה
  4. טשטוש ההבחנה בין ביקורת המנהל לביקורת הפרלמנט
  - ג. הגנאלוגיה של המשפט החוקתי
    1. התפתחות המשפט החוקתי והמשפט המנהלי בארצות הברית
    2. התפתחות המשפט החוקתי והמשפט המנהלי בגרמניה
    3. מסקנות
    - ד. הגנאלוגיה של המשפט החוקתי בישראל
    - ה. כיצד ניתן להצדיק את המנהליזציה – השלכות נורמטיביות של הדיון
    - ו. תגובה על ביקורות אפשריות
- סיכום

## הקדמה

המשפט החוקתי, ואיתו המושגים של זכויות חוקתיות וזכויות אדם בכלל, עוברים שינוי רדיקלי ברוב מדינות העולם.<sup>1</sup> זהו תהליך שתחילתו אחרי מלחמת העולם השנייה, ורק כיום חוקרים מתחילים לאפיינו ולהעריכו באופן מקיף. שינוי זה כולל ערעור על ארבע הנחות יסוד לגבי זכויות חוקתיות: (1) ההנחה שזכויות חוקתיות הן אוסף מצומצם של אינטרסים חשובים במיוחד; (2) ההנחה שזכויות חוקתיות הן שיקולים חזקים במיוחד, אשר שיקולי תועלת רגילים אינם יכולים להתגבר עליהם; (3) ההנחה שאותו אוסף מצומצם של שיקולים חזקים צריך להימצא בטקסט של חוקה שהתקבלה בהסכמה רחבה ואשר בית המשפט מפרש ואוכף אותה; (4) ההנחה שיש הבדל קטגורי בין ביקורת פעולתו של הפרלמנט לבין ביקורת פעולתן של רשויות המדינה האחרות, ושביית המשפט נזקק לחוקה על-מנת לקיים את הראשונה. כל ארבע הנחות יסוד אלה עוברות בחינה מחודשת בפסיקתם של בתי-משפט חוקתיים באירופה ובמדינות נוספות, כגון קנדה ודרום-אפריקה, וכן בפסיקתו של בית-המשפט האירופי לזכויות אדם ובפסיקתו של בית-המשפט העליון בישראל. בבתי-משפט אלה מתרחשת הרחבה דרמטית של היקף הזכויות המוגנות, תוך טשטוש ההבחנה בין זכויות לאינטרסים (הנחה 1). במקביל נרשם פיחות בעוצמה הניתנת לזכויות, כך שהכרה בפגיעה בזכות אינה מקנה יתרון משמעותי לעותר, מכיוון שניתן להתגבר עליה לעיתים גם משיקולי תועלת רגילים (הנחה 2).<sup>2</sup> נוסף על כך, בתי-משפט חוקתיים אלה מוכנים להכיר בתוקפן של זכויות חוקתיות גם כאשר קשה לייחס את מקורן לטקסט של חוקה, וכן כאשר הטקסט אינו משקף

1 המשפט החוקתי עובר שינויים משמעותיים גם בהיבטים המוסדיים שלו ובפסיקות שאינן נוגעות בזכויות. ראו בעיקר: Ran Hirschl, *The New Constitutionalism and the Judicialization of: Pure Politics Worldwide*, 75 *FORDHAM L. REV.* 721 (2006). אך אלה לא יהיו במוקד מאמר זה.

2 ניתן לטעון כי הרחבת היקף הזכות אינה משפיעה בהכרח על מידת ההגנה שניתנת לה, כלומר, על מספר המקרים שבהם תוגן הזכות בפועל מפני פגיעה. זאת, מכיוון שמידת ההגנה תלויה ביישום המבחן השני – מבחן האיזון או המידתיות, הקובע אם הפגיעה מוצדקת אם לאו. טענה זו נכונה, אך היא אינה קשורה ישירות לטענתי. זאת, משום שהרחבת ההיקף מובילה בדרך-

הליך של הסכמה רחבה בעם, והם עוסקים פחות ופחות בפרשנותו של הטקסט החוקתי, ויותר בהחלת מבחני הצדקה כלליים לפגיעה בזכות, כגון מבחני איוון, סבירות ומידתיות, שאינם מחייבים טקסט לשם החלתם (הנחה 3). לבסוף, ההבדל בין ביקורת הפרלמנט לביקורת הרשות המבצעת הולך ומיטשטש, ועל הגוף הראשון מוחלות אמות-מידה דומות לאלה המוחלות על השני (הנחה 4).

האתגר הוא לקשור בין היבטיו אלה של השינוי, לאפיין אותו, ולאחר-מכן להעריך אותו, שכן ישראל, כאמור, נוטלת בו חלק פעיל. כותבים אחדים ניסו לאפיין שינוי זה והיבטים הקשורים אליו, ולתת לו שמות. רן הירשל מדבר על "החוקתיות החדשה"<sup>3</sup>, דייוויד לו (David Law) מדבר על "משפט חוקתי גנרי"<sup>4</sup>, אלק סטון סוויט (Alec Stone Sweet) מדבר על "משפט חוקתי גלובלי"<sup>5</sup>, ולוריינ וינריב (Lorraine Weinrib) מדברת על "הפרדיגמה שלאחר מלחמת-העולם השנייה"<sup>6</sup>.

במאמר זה אבקש להדגיש היבט אחד של השינוי שלא הודגש עדיין בתיאורים קודמים – אבקש לאפיין את השינוי כ"מנהליזציה" של המשפט החוקתי, כלומר, כאימוץ ההיגיון של המשפט המנהלי אל תוך המשפט החוקתי. זאת, בניגוד (או במקביל) לטענה הידועה יותר שלפיה דווקא המשפט המנהלי הוא שעבר "חוקתיזציה" בעשורים האחרונים.<sup>7</sup> טענה זו תהיה קשורה לאפיון שמשה כהן-אליה ואני קשרנו לשינוי במשפט החוקתי כשינוי אל עבר "תרבות ההצדקה"<sup>8</sup>.

כלל לדילול בעוצמת הזכות, מכיוון שמספר גדול יותר של מקרים שבהם נכיר בפגיעה יוכרו כפגיעה מוצדקת.

3 RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES; 1 לעיל ה"ש" (Hirschl, OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004) (הירשל קושר יחדיו כמה מאפיינים של השינוי שחל במשפט החוקתי במדינות רבות – בעיקר את הנכונות הגוברת של בתי-משפט להתערב בתהליכים פוליטיים ואת עליית כוחם של בתי-המשפט – וקורא להם "חוקתיות חדשה").

4 David S. Law, *Generic Constitutional Law*, 89 MINN. L. REV. 652 (2005) (לו מוצא מאפיינים גנריים בין שיטות משפט רבות בעולם, ביניהם המידתיות, ומתאר זאת כ"משפט חוקתי גנרי").

5 Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72 (2008) (משפט חוקתי גלובלי הוא משפט חוקתי שיש בו מידה רבה של התייחסות-גומלין בין בתי-משפט חוקתיים של מדינות שונות או בין מדינות וגופים בין-מדינתיים, ואשר במסגרתו מושגים חוקתיים נהפכים למשותפים לשיטות שונות).

6 Lorraine E. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 84, 92–98 (Sujit Choudhry ed., 2007) (וינריב מתארת פרדיגמה חוקתית שהתפתחה אחרי מלחמת-העולם השנייה, ואשר מאפיינת כיום מדינות רבות, ובמרכזו תפיסה רחבה של זכויות ובחינה חוקתית דו-שלבית).

7 ראו, למשל, דפנה ברק-ארז "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" עיוני משפט כה 503, 510 (2001) (תיאור של מגמת ה"חוקתיזציה" תוך טענה כי ראוי לבחון אותה בזהירות במשפט המנהלי).

8 MOSHE COHEN-ELIYA & IDDO PORAT, PROPORTIONALITY AND CONSTITUTIONAL CULTURE 103–133 (2013); Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality and the Culture*

ההבחנה בין המשפט החוקתי למשפט המנהלי אינה פשוטה, ויש מידה רבה של חפיפה בין שני התחומים. ככלל, ניתן לומר כי המשפט החוקתי מניח בדרך-כלל קיומה של חוקה המסדירה את היחסים הבסיסיים בין רשויות השלטון ובינן לבין הפרט,<sup>9</sup> ועוסק בפירושה ובאכיפתה על כל רשויות השלטון, כולל הרשות המחוקקת, ואילו המשפט המנהלי עוסק בפעולת המנהל – הרשות המבצעת – ומבקרה על-פי עקרונות של שלטון החוק, מנהל תקין, הגינות, שקיפות, שוויון וכדומה. בהתאם לכך, המשפט החוקתי עוסק בזכויות הבסיסיות של הפרט, ואילו המשפט המנהלי ההבחנה בין זכויות לאינטרסים חשובה פחות; המשפט החוקתי עוסק בפרשנות של הזכויות המנויות בחוקה ובקביעת היקפן, ואילו המשפט המנהלי עוסק במבחנים לחוקיותה ולהצדקתה של הפעולה המנהלית, כגון מבחני הסמכה, מטרות זרות, סבירות ומידתיות; המשפט המנהלי מתרכז בהליך, ואילו החוקתי מתמקד במהות.<sup>10</sup> טענתי היא כי המשפט החוקתי מאמץ מודל מנהלי ככל שהוא מתקרב למודל שלפיו כל פעולה של המדינה המשפיעה על הפרט – ולא רק על אוסף מצומצם של אינטרסים חשובים במיוחד הנכללים בחוקה כתובה – חייבת לעמוד בסטנדרטים של הגינות, סבירות ומידתיות; חייבת לאזן באופן ראוי בין השיקולים הנכונים; חייבת להתקבל בפרוצדורה שתבטיח החלטה ראויה; וחייבת להיות מוצדקת מהסיבות הנכונות והראויות.

ביתר פירוט, אפיון השינוי העובר על המשפט החוקתי כמנהליזציה מתאים לפרמטרים השונים שנבחנו לעיל. המשפט החוקתי, כמו עמיתו המשפט המנהלי, נהפך במידה רבה למשפט שעוסק פחות בטקסט, בהיקף ובמשמעות של הזכויות, ויותר במבחנים כלליים של הצדקה החלים על המדינה בכל מעשיה, בלי הבחנה בין אינטרסים חשובים יותר לאינטרסים חשובים פחות. למעשה, במשפט החוקתי החדש, הטקסט, ככל שהוא קיים, נתפס לא אחת על-ידי בתי-המשפט לא כהזדמנות להגנה על זכויות, אלא כמגבלה המקשה עליהם להעניק הגנה מלאה יותר על זכויות, אשר היה עדיף אילו היה אפשר להשתחרר ממכבליה לחלוטין.<sup>11</sup> ההיגיון המנהלי מתיישב גם עם התופעה של עלייה בהיקף הזכויות והטשטוש בין זכויות לאינטרסים, שכן המשפט המנהלי אינו מוגבל לאינטרסים חשובים במיוחד (גם דוח חנייה יכול להתחיל הליך של ביקורת מנהלית), ואינו מדגיש את ההבחנה בין זכויות לאינטרסים.<sup>12</sup> לבסוף, הוא מתיישב גם עם תפיסה המטשטשת את ההבחנה בין הפרלמנט לרשות המבצעת,

*of Justification*, 59 Am. J. Comp. L. 463 (2011); Moshe Cohen-El iya & Iddo Porat, *Proportionality and Justification*, 64 Univ. Toronto L.J. 458 (2014)

9 אם כי אין זה תנאי הכרחי לקיומו של משפט חוקתי. לכל שיטת משפט יש חוקה במובן של "חוקה מהותית", המהווה את כלל ההסדרים הבסיסיים והיציבים של אותה שיטה, בין אם אלה עוגנו במסמך מסוים ובין אם לאו. נוסף על כך, המשפט החוקתי בישראל התפתח עוד לפני שביית-המשפט הכיר בחוקי-היסוד כבחוקה, וגם באנגליה נהוג לדבר על משפט חוקתי למרות העדרה של חוקה. עם זאת, אלה חריגים. המודל המובהק והנפוץ ביותר של משפט חוקתי הוא זה שסובב סביב חוקה כתובה.

10 ראו דפנה ברק-ארז **משפט מנהלי** כרך ב, פרק 17 (2010). כן ראו פרק ב להלן.

11 ראו להלן ה"ש 67 והטקסט שליידה.

12 ראו להלן תת-פרק ב1.

מכיוון שהמשפט המנהלי רואה בשניהם נאמנים של הציבור החייבים בעמידה בנורמות כלליות של שלטון החוק ובהצדקת פעילותן לפני הציבור.<sup>13</sup>

היתרון בתיאור השינוי כמנהליזציה נעוץ גם בכך שהוא מספק הסבר היסטורי או גנאלוגי להתפתחות המודל החדש של המשפט החוקתי בישראל ובמדינות מסוימות נוספות, דוגמת גרמניה, אך לא בארצות-הברית. בישראל ובגרמניה התפתח שיח זכויות האדם והזכויות החוקתיות תחילה בתוך המשפט המנהלי. המעבר למשפט החוקתי, ובפרט לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית באמצעות חוקה, נעשה בשלב מאוחר יותר. לכן המנגנונים הדוקטרינריים והקונספטואליים שהתפתחו בתוך המשפט המנהלי אומצו במדינות אלה אל תוך המשפט החוקתי, והמשיכו ללוות את תפיסת הזכויות גם לאחר המעבר לביקורת שיפוטית חוקתית. בארצות-הברית, לעומת זאת, התפתח שיח זכויות האדם מלכתחילה בתוך שיטה שבה הזכויות מעוגנות בטקסט חוקתי עליון. לכן בארצות-הברית התפתח מראש ההיגיון של השיח החוקתי כהיגיון פרשני הקשור באופן הדוק לטקסט. עד היום ארצות-הברית מתאפיינת בהדגשת הפרשנות החוקתית – יש שיאמרו בצורה אובססיבית – ועד היום תורות השמות דגש במשמעות המילולית או ההיסטורית של הטקסט זוכות כבולטות ובחשיבות בארצות-הברית מעל ומעבר למקובל בשיטות חוקתיות אחרות.<sup>14</sup>

בישראל המנהליזציה של המשפט החוקתי, כעניין היסטורי, היא רדיקלית במיוחד, אף מעבר למה שהתחולל בגרמניה. זאת, מכיוון שהיא נוגעת לא רק באימוץ הדוקטרינות והמעריך הקונספטואלי של המשפט המנהלי אל תוך המשפט החוקתי, אלא גם באימוץ המערך המוסדי של המשפט המנהלי. בניגוד לגרמניה, למשל, שם המעבר למודל חוקתי של זכויות לווה יצירת מערך מוסדי חדש בדמות בית-משפט לחוקה, אשר דמה במאפייניו לבית-המשפט לחוקה שהיה קיים עוד קודם לכן באוסטריה ועסק בשאלות של פדרליזם, בישראל לא נוצר כל מערך מוסדי חדש. אותו בית-משפט שעסק בביקורת מנהלית (בג"ץ), ואותם הליכים שנבנו כדי להתאים לעתירות מנהליות (עתירה, עילות-סף וצווי "עשה" ו"אל תעשה"), אומצו כפי שהם גם לגבי המשפט החוקתי. ההיגיון של המשפט המנהלי נטבע לכן גם מבחינה מוסדית בתוך המשפט החוקתי הישראלי.<sup>15</sup>

לתיאור השינוי כמנהליזציה יש יתרון נוסף: הוא מאפשר בחינה מחודשת של ההיגיון העומד מאחורי המשפט החוקתי בכלל, והוא מספק הזדמנות לבחון שאלות-יסוד לגבי הצידוקים לביקורת שיפוטית חוקתית ולגבי מהותו הייחודית של המשפט החוקתי. תיאור השינוי כמנהליזציה חושף בפרט שינוי בייחודיות של המשפט החוקתי ושל ביקורת פעולתו של הפרלמנט. כך, ביקורת פעולתו של הפרלמנט אינה נתפסת עוד כשונה באופן מהותי מביקורת פעולתו של המנהל, ועל-פי המודל החדש, הקושי הדמוקרטי הגלום בה מטושטש לטובת עקרונות כלליים הלקוחים מהמשפט המנהלי, כגון שלטון החוק, סבירות ומידתיות. במידה רבה בית-המשפט עובר באופן טבעי מביקורת הסבירות, המידתיות והפרוצדורה שהוא מחיל על פעולת המנהל לביקורת דומה שהוא מחיל על פעולתו של המחוקק.

13 ראו להלן תת-פרק ב.

14 ראו להלן ה"ש 50 והטקסט שלידה.

15 ראו באופן כללי פרק ד להלן.

וזה יהיה מהלך המאמר: בפרק א אתעד את השינוי שמתחולל במשפט החוקתי במדינות רבות, ובישראל בפרט, על-פי ארבעת הפרמטרים שנמנו לעיל. בפרק ב אסביר מדוע שינוי זה מהווה אימוץ של היגיון אשר דומה להיגיון של המשפט המנהלי – הן באופן כללי והן בישראל בפרט. בפרק ג אתאר את ההתפתחות ההיסטורית של המשפט החוקתי והמנהלי תוך התמקדות בגרמניה ובארצות-הברית, ואנסה לאשש את טענתי כי המשפט החוקתי בגרמניה, בניגוד לזה האמריקאי, התפתח מתוך המשפט המנהלי. בפרק ד אסקור את ההתפתחות ההיסטורית של המשפט המנהלי אל מול החוקתי בישראל. בפרק ה אציע התחלה של דיון בנוגע להערכה הנורמטיבית של המנהליזציה, ובפרק ו אגיב על כמה ביקורות אפשריות. שלוש הבהרות לפני הכניסה לדיון עצמו: ראשית, אין כוונתי לטעון להתאמה מוחלטת בין המשפט החוקתי במודל החדש לבין העקרונות של המשפט המנהלי. יש עקרונות של המשפט המנהלי שאינם באים לידי ביטוי בשינויים שאתאר, כשם שיש שינויים שאינם קשורים למאפיינים של המשפט המנהלי. ברצוני לדבר על התאמה כללית ועל קשר למאפיינים מרכזיים של המשפט המנהלי, אבל לא בהכרח לכולם. שנית, הטענה שלי למנהליזציה אינה באה לשלול את הטענה המוכרת יותר של חוקתיזציה של המשפט המנהלי. למעשה, שתי הטענות יכולות לתמוך זו בזו, מכיוון שהדגשים במשפט המנהלי שאדבר עליהם – בעיקר הדגשים במבחני הסבירות והמידתיות – קשורים לשינויים שהמשפט המנהלי עצמו עבר בהשפעה חוקתית. לכן התיאור הנכון יותר הוא של היזון הדדי בין שני התחומים באופן שיוצר מה שדייוויד דינאהאוז (David Dyzenhaus) מכנה "האחדות של המשפט הציבורי" (The Unity of Public Law).<sup>16</sup> עם זאת, במאמר זה אתמקד בתהליך בכיוון האחד: ההשפעה המנהלית על המשפט החוקתי. הבהרה שלישית נוגעת במונח שבחרתי בו – "מנהליזציה". מונח זה מניח התפתחות על-פני זמן ממודל חוקתי "חוקתי" למודל חוקתי "מנהלי". עם זאת, הטיעון שלי, בהיבטים מסוימים שלו, מדבר על מודל חוקתי שהתפתח מראשיתו כמודל מנהלי. אולם הדרושמעות הזו היא מכוונת. כפי שעולה גם מן ההבהרה הקודמת, שני הדברים קורים במקביל. מצד אחד, המשפט החוקתי בגרמניה ובישראל מתפתח מראש מתוך המשפט המנהלי ולכן מקבל היבטים מנהליים, אבל נוסף על כך, ההיבטים המסוימים של המשפט המנהלי שאבקש להתרכז בהם – מבחני ההצדקה, המידתיות והאיזון, הפרשנות הרחבה של הזכויות והטשטוש בין זכויות לאינטרסים – מתעצמים ומתחדדים בתוך המשפט החוקתי (והמנהלי) על-פני זמן, ולכן נכון בכל-זאת לדבר כאן על תהליך של מנהליזציה.

## א. שינוי המשפט החוקתי

המשפט החוקתי בישראל ובעולם עובר שינויי-עומק, שתחילתו לאחר מלחמת-העולם השנייה. שינוי זה מתמקד במשפט החוקתי הנוגע בזכויות, והוא מואץ בעשורים האחרונים.<sup>17</sup> השינוי דרמטי עד כדי כך שיש המאמינים כי לא ירחק היום שבו המושג "זכות", ומשמעותו

David Dyzenhaus, *Baker: The Unity of Public Law?*, in THE UNITY OF PUBLIC LAW 1 16  
(David Dyzenhaus ed., 2004).

17 לתיאורים כלליים של היבטים שונים של השינוי, מעבר לאלה שיידונו להלן, ראו את ההפניות בה"ש 3-6 לעיל.

בשפה, לא יהיו דומים עוד למושג שהכרנו בעבר.<sup>18</sup> בשינוי נוטלות חלק רוב השיטות החוקתיות בעולם, אך שיטות חוקתיות אחרות מובילות אותו או מייצגות אותו באופן מובהק יותר מאחרות, ביניהן גרמניה, קנדה, דרום-אפריקה, בית-המשפט האירופי לזכויות אדם (European Court of Human Rights; להלן: ECtHR), וגם ישראל.<sup>19</sup> יש גם שיטה חוקתית אחת העומדת מנגד, ולפחות בהיבטים מרכזיים שלה אינה שותפה לשינוי, אלא מייצגת את המודל הקודם – השיטה האמריקנית. במאמר זה אבחר לכנות את המודל האמריקני "המודל החוקתי הקלסי". בחירה זו אינה חפה מבעיות, אך היא מסתמכת על הקדימות ההיסטורית של המודל החוקתי האמריקני ביחס למודלים שהתפתחו אחרי מלחמת-העולם השנייה.<sup>20</sup> בהקדמה הצגתי ארבעה מאפיינים חשובים של השינוי. אציג אותם להלן ביתר הרחבה, ואשווה אותם למודל החוקתי הקלסי הנוהג בארצות-הברית.

### 1. טשטוש ההבחנה בין זכויות לאינטרסים ואינפלציה של זכויות

על-פי התפיסה החוקתית הקלסית, זכויות חוקתיות הן בהכרח אוסף מצומצם של אינטרסים חשובים במיוחד. לא כל אינטרס של הפרט עולה למדרגת זכות חוקתית. ההנחה בבסיס המשפט החוקתי הקלסי היא כי על אינטרס להיות בעל עוצמה מיוחדת או מסוג מיוחד – בעיקר כזה שקרוב למושגי האוטונומיה, החירות האנושית או מאפיין דומה אחר המנסה לתפוס בחובו את המהות והליבה של האנושיות – כדי להיחשב זכות חוקתית. ג'יימס גריפין (James Griffin), בספר שפורסם לאחרונה, מבטא זאת כך:

"Human rights can then be seen as protections of our human standing or, as I shall put it, our personhood... – that is, [the right] not be dominated or controlled by someone or something else (call it 'autonomy')."<sup>21</sup>

ניסוח זה מזכיר במידת-מה את הגדרתו של הנשיא אהרן ברק בדבר היקף הזכות לכבוד האדם, אשר בעקיפין אפשר לראותה גם כהגדרה של היקף הזכויות בכלל: "האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי".<sup>22</sup> הזכויות המוכרות שהתפתחו בתרבות הליברלית המערבית – הזכות לשוויון, הזכות לחופש הביטוי, הזכות לחופש הדת והמצפון, הזכות לפרטיות, הזכות לקניין ועוד – נתפסות כמגינות על ליבה זו של אנושיות ואוטונומיה. אומנם, חוקות שונות בחרו לעגן רשימות שונות של זכויות, ולהגדיר את היקפן באופן שונה, אך רובן ככולן שיקפו את התפיסה כי הכללה ברשימת הזכויות

KAI MÖLLER, THE GLOBAL MODEL OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 5, n. 16 (2012): "the linguistic meaning of the terms 'human right' or 'constitutional right' as used by the population is likely to change over time, following the developments in the courts"

18 ראו, למשל, הירשל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 721-723, הסוקר את המדינות שבהן "החוקתיות החדשה" מתבטאת, לדבריו.

19 ראו להלן בפרק ו.

20 JAMES GRIFFIN, ON HUMAN RIGHTS 32-33 (2008)

21 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 35 לפסק-דין של הנשיא ברק (2006).

החוקתיות משקפת עוצמה וחשיבות מיוחדות, וכי רשימה זו היא מצומצמת ו"יוקרתית" מטבעה.

תפיסה זו, אף שהיא מקובלת עדיין ברמה הרטורית ברוב בתי-המשפט, אינה מאפיינת עוד את המשפט החוקתי בפועל במדינות רבות, ובכלל זה בישראל. המדינה שבה האינפלציה של זכויות היא הבולטת ביותר היא גרמניה. בית-המשפט החוקתי בגרמניה הכיר בזכות "לרכוב על סוסים ביער"<sup>23</sup> ו"להאכיל יונים בפרק"<sup>24</sup> כזכויות חוקתיות. ה-ECHR, בפסק-דין *Hatton*,<sup>25</sup> הכיר בזכות להיות חופשי מזיהום רעש בהקשר של שעות המראות ונחיתות בשדה-התעופה היתרו בלונדון – זכות שכוונתה בלעג על-ידי אחד ממבקרי המגמה "זכות האדם לישון בשקט".<sup>26</sup> האינפלציה של הזכויות מתבטאת לא רק במספר הזכויות המיתוספות לרשימה, אלא גם בפרשנות לגבי היקף הזכויות הקיימות, ולמעשה אי-אפשר להפריד בין שתי סוגיות אלה.<sup>27</sup>

גם ישראל נוטלת חלק פעיל במגמה זו. ראיה אחת ברורה לכך היא הנטייה הבולטת של בית-המשפט העליון בישראל לא לדחות עתירות מן הטעם שהן אינן מצביעות על פגיעה בזכות, אלא להעביר את הבחינה החוקתית, כמעט בכל עתירה, לשלב השני, שבו בית-המשפט בוחן את עמידתה של הפגיעה בזכות במבחניה של פסקת ההגבלה.<sup>28</sup> כל הזכויות שהוכרו במסגרת חוקי-היסוד החדשים, ואף כאלה שטרם הוכרו, מקבלות בישראל טיפול מרחיב במיוחד. כך, למשל, על-פי פסיקת בית-המשפט העליון, הזכות לחופש העיסוק נפגעת כל אימת שעיסוק כלשהו עובר אסדרה (רגולציה). לדוגמה, הדרישה להפקדת ערבות כספית מצד חברות כוח-אדם על-מנת להבטיח את התשלום לעובדיהן נתפסה על-ידי בית-המשפט כפוגעת בזכות לחופש העיסוק.<sup>29</sup> כך נתפסה גם הדרישה לעמידה בבחינות ובתנאים נוספים ממי שמבקשים לעסוק בנייהול השקעות<sup>30</sup> או בעריכת-דין.<sup>31</sup> חופש הביטוי מקבל אף הוא הגנה רחבה במיוחד בדין הישראלי, המקיפה כל סוג של ביטוי, כולל ביטוי למטרות רווח,

23 .BVerfGE 80, 137 (1989)

24 .BVerfGE 54, 143 (1980)

25 *Hatton v. United Kingdom*, (2003) 37 EHRR 28, para. 96 (להלן: עניין *Hatton*).

26 GEORGE LETSAS, A THEORY OF INTERPRETATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 126 (2007).

27 כך, את פסק-הדין בעניין *Hatton*, לעיל ה"ש 25, אפשר לראות כמכיר בזכות חוקתית חדשה או לחלופין כמרחיב מאוד את היקפה של הזכות לפרטיות שמוגנת על-ידי האמנה האירופית לזכויות אדם. ניתן לבקר את הטעון בדבר הרחבת הזכויות על כך שהוא מטשטש את ההבדל בין פגיעות בליבתן של זכויות לבין פגיעות בשוליהן. להתמודדות עם טעון זה ראו להלן פרק ו.

28 לחריגים אחדים למגמה זו ראו להלן ה"ש 63, אך אלה חריגים המעידים על הכלל.

29 בג"ץ 450/97 *תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה*, פ"ד נב(2) 433 (1998) (להלן: עניין *תנופה*).

30 בג"ץ 1715/97 *לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר*, פ"ד נא(4) 367 (1997) (להלן: עניין *מנהלי ההשקעות*).

31 בג"ץ 2334/02 *שטנגר נ' יושב-ראש הכנסת*, פ"ד נח(1) 786 (2003).



כגון פרסומות,<sup>32</sup> וביטוי נמוך מבחינת ערכו הקוגניטיבי, כגון ביטוי פורנוגרפי.<sup>33</sup> גם שינוי במועד שידורה של תוכנית, כדי לא לפגוע ברגשות דתיים, נחשב במשפט הישראלי פגיעה בחופש הביטוי ובזכות הציבור לדעת.<sup>34</sup> הזכות לקניין נפגעת כמעט בכל מקרה של פגיעה באינטרס כלכלי, ובכלל זה – בניגוד למצב בארצות-הברית – כל אימת שמוטל מס,<sup>35</sup> וקיימות דוגמות רבות אחרות.

לאינפלציה זו של הזכויות תורמת הגדרתן של זכויות בשיטת המשפט הגרמנית כעקרונות (principles), ולא ככללים (rules)<sup>36</sup> – הגדרה שתקפה במידה מסוימת גם בשיטת המשפט שלנו.<sup>37</sup> זאת, מכיוון שעקרונות הם מטבעם שיקולים שגבולותיהם פתוחים הרבה יותר בהשוואה לכללים, והיקפם אינו נקבע מראש, אלא תלוי בכל מקרה בהתנגשותם באינטרסים ובזכויות אחרים. תרומה נוספת לאינפלציה מתקבלת מהטשטוש בין זכויות לאינטרסים הנובע ממבחני האיזון והמידתיות, שעליהם אעמוד בסעיפים הבאים.<sup>38</sup>

## 2. פיחות בעוצמת הזכויות

לפי הגישה הקלסית, "Rights, and human rights in particular, signal a sort of urgency or a degree of priority within the moral topography"<sup>39</sup> בשל קרבתן למהותן של האנושיות והאוטונומיה, זכויות נתפסות באופן קלסי כשיקולים בעלי קדימות מוסרית או כשיקולים חזקים במיוחד, אשר אי-אפשר להתגבר עליהן על-ידי שיקולים רגילים או שיקולי תועלת של רווח והפסד. למעשה, זהו חלק ממשמעות המושג "זכות" בשפה הרגילה, ומה שמבדיל בין הביטוי "יש לי זכות ל-x" לבין הביטוי "אני רוצה x" או "אני מבקש x". עמידותן של זכויות בפני שיקולים תועלתיים היא גם חלק מרכזי מתיאוריות פילוסופיות של זכויות, ובמאה העשרים היא מזוהה בעיקר עם תפיסתו של רונלד דוורקין, שלפיה זכויות הן

- 
- 32 בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1994).
- 33 בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004).
- 34 בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267 (2001).
- 35 לעמדתו של הנשיא ברק בנוגע להיקפן של זכויות כלכליות ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 442-444 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי).
- 36 Robert Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, 4 L. & ETHICS HUM. RTS. 19 (2010).
- 37 השוו לרביריו של הנשיא ברק בע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 658 (1999): "לא נרצה לחזור אחורה לתורות משפט של מושגים (Begriffsjurisprudenz) שבהן המסקנה עלתה, כאילו מעצמה, מתוך שיקולים אובייקטיביים. אנו מעדיפים תורת משפט של אינטרסים (Interessenjurisprudenz) ותורת משפט של ערכים (Wertungsjurisprudenz) שבהן נדרשת הכרעה 'השקפתית'..."
- 38 ראו להלן ה"ש 84 והטקסט שלידה.
- 39 Daniel Attas, *Personhood as a Ground for Human Rights: A Comment on Griffin* (עותק נמצא בידי המחבר).

קלפים מנצחים ("trumps") הגוברים על שיקולי מדיניות, <sup>40</sup> או עם תפיסתו של רוברט נוזיק, שלפיה זכויות הן "מגבלות צד" (side constraints) המוטלות על שיקולים תועלתניים. <sup>41</sup> שיח הזכויות בפילוסופיה של המוסר מתקשר באופן מסורתי לתפיסה דאונטולוגית של המוסר, השוללת תחשיב תועלתני כאשר מדובר בפגיעה בזכויות, ומן העבר האחר, השיח התועלתני מבקר גם הוא באופן מסורתי את שיח הזכויות מאז הגדיר ג'רמי בנתם זכויות כ"שטויות על קביים" (nonsense upon stilts). <sup>42</sup>

הטרנספורמציה העוברת על המשפט החוקתי מערערת גם על הנחת-יסוד זו. <sup>43</sup> טלו, לדוגמה, את הזכות לחופש העיסוק, אשר בית-המשפט בישראל הכיר בכך שהיא נפגעה כאשר מנהלי השקעות או עורכי-דין נדרשו לעמוד בבחינות רישוי. <sup>44</sup> האם ההכרה בכך שהזכות נפגעה יצרה במקרים אלה "מגבלת צד" כלשהי ביחס לשיקולים תועלתניים, או הציבה את הזכות לחופש העיסוק כשיקול בעל דחיפות או עדיפות מיוחדת אל מול שיקולים אחרים? כאשר קוראים את פסקי-הדין הרלוונטיים ניתן להתרשם כי התשובה היא שלילית. בעניין שטנגר, למשל, לאחר שבית-המשפט מכיר בכך שמשטר הרישוי של עורכי-הדין פוגע בחופש העיסוק שלהם, הוא מונה שורה של שיקולים תועלתניים שדי בהם לספק הצדקה לפגיעה זו. הוא אף אינו מנסה לטעון כי שיקולים אלה הם מכריעים או מטים את הכף באופן דרמטי לטובת הפגיעה בזכות. <sup>45</sup> כך גם לגבי הזכות לקניין שנקבע כי נפגעה בפסקי-הדין שהכיר במהפכה החוקתית – פסק-דין בנק המזרחי. הזכות לא שימשה שיקול צד או שיקול חזק במיוחד, אלא נדחתה בשל שיקול אחר שגבר עליה – במקרה זה הצורך בתוכנית הבראה כלכלית. <sup>46</sup> הנמקות מסוג זה אינן ייחודיות כמובן לבית-המשפט בישראל, אלא מאפיינות גם את פסיקתם של בתי-משפט אחרים בעולם הנוטלים חלק במודל החוקתי החדש, <sup>47</sup> אך

40 ROANLD DWORIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY xi (1977): "Individual rights are political trumps held by the individuals. Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them"

41 .ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA 29 (1977)

42 Jeremy Bentham, *Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declaration of Rights Issued During the French Revolution*, in NONSENSE UPON STILTS: BENTHAM, BURKE AND MARX ON THE RIGHTS OF MAN 46 (Jeremy Waldron ed., 1987)

43 Grégoire Webber, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights* 43 *Scholarship*, 23 CAN. J. L. & JURIS. 179 (2010) (ובר טוען כי בשיח הזכויות החדש, המבוסס על איזון ומידתיות, מעמדן של זכויות נשחק).

44 עניין מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 30; עניין שטנגר, לעיל ה"ש 31.

45 עניין שטנגר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 795-798.

46 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 35.

47 ראו, לדוגמה, את ההנמקה בעניין *Hatton*, לעיל ה"ש 25.

אין הן מאפיינות את פסיקתו של בית־המשפט העליון האמריקני, הנוטה להגדיר זכויות באופן מצומצם יותר.<sup>48</sup>

אומנם בית־המשפט הישראלי, כמו בת־משפט במקומות שונים בעולם, יצר מבחנים קפדניים יותר בהקשרים של פגיעה שקרובה יותר ל"ליבה" של הזכות או לזכות "ליבתית",<sup>49</sup> אבל אין בכך כדי למתן במידה משמעותית את הפיחות שחל בעוצמתן של הזכויות: ראשית, בישראל דווקא הנשיא ברק, המוביל את הטרנספורמציה במשפט החוקתי, דוחה גישה זו, ואינו מכיר במדרג של זכויות או של סוגי פגיעה בזכויות;<sup>50</sup> ושנית, אין במדרג כזה כדי לשנות את עצם העובדה שהשימוש במונח "זכות חוקתית" יכול לדור בטבעיות עם הגנה חלשה על הזכות ועם שיקולים רגילים לגמרי המתגברים עליה. זהו עניין של מידה. במודל החדש של המשפט החוקתי המקרים שבהם זכויות אינן מוכרות כשיקולים חזקים במיוחד, או כשיקולי צד, נעשים נפוצים יותר ויותר, כך שאפיון של זכויות כשיקולים חזקים נמצא כבר במתח עם הפרקטיקה הנוהגת. הוכחת פגיעה בזכות היא כיום רק תחילתו של דיון, ובשום אופן לא סופו, והיא אף אינה מעידה על סופו.

3. זניחה של הטקסט ושל דרישת ההסכמה הרחבה, ומעבר למבחני הצדקה

על־פי הגישה הקלסית, ועל־פי הגישה הנוהגת עדיין בארצות־הברית, בית־המשפט עוסק בעיקר בפרשנות הטקסט החוקתי ובהחלתו על המקרים המובאים לפניו. זהו תפקידו המוצהר של בית־המשפט במסגרת חלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון, וגם כאשר ברור למדי כי בית־המשפט חורג מן הטקסט, הוא משלם עדיין מס־שפתיים לטקסט החוקתי. בארצות־הברית תיאורטיקאים של המשפט עוסקים בעיקר בשאלה אחת – שאלת הפרשנות – וויכוחים בין תיאוריות חוקתיות שונות מוצגים כויכוחים בין תיאוריות פרשניות שונות של החוקה. לאחרונה טען ברי פרידמן (Barry Friedman) כי העיסוק האמריקני בתיאוריות פרשניות הוא מוגזם, וכי יש לזנוח אותו לטובת הפרשנות עצמה. כלומר, גם מי שמתנגדים לעיסוק המוגזם בתיאוריות פרשניות אינם זונחים את הרעיון שתפקידו של המשפט החוקתי הוא לפרש את החוקה.<sup>51</sup>

48 ראו, לדוגמה, את הדיון בהיקף הזכות לחופש הביטוי בארצות־הברית. בארצות־הברית נקבעו קטגוריות של ביטוי שהן מחוץ להיקפה של הזכות לחופש הביטוי, כגון "מילים לוחמניות" (Chaplinsky v. State of New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)) או "תועבה" (Miller v. State of California, 413 U.S. 15 (1973)). זאת, בניגוד לגישה הישראלית, אשר אינה מכירה בקטגוריות של ביטוי שאינן מוגנות, ומגדירה את הזכות לחופש הביטוי בצורה רחבה ביותר.

49 ראו עניין תנופה, לעיל ה"ש 29, פס' 4 לפסק־דינה של השופטת דורנר.

50 ראו את דבריו של הנשיא ברק בעניין תנופה, לעיל ה"ש 29, פס' 16 לפסק־דינו, וכן בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 442-444.

51 Sara A. Solow & Barry Friedman, *How To Talk About the Constitution*, 25 YALE J. L. & HUMAN. 69, 69 (2013) ("scholars have been consumed with the question of how the Constitution should be interpreted – what methodology should govern constitutional interpretation. In short, we have talked and talked about how to talk about the Constitution, rather than just talking about it")

הסיבה לכך היא שעל-פי המודל הקלסי, בית-המשפט יונק את הלגיטימציה שלו מן הטקסט החוקתי ומן ההסכמה הדמוקרטית הרחבה העומדת מאחוריו, ומכאן גם הדרישה הנוספת, שלפיה החוקה עצמה צריכה להתקבל בהסכמה רחבה של העם. כל בית-משפט העוסק בביקורת שיפוטית חוקתית צריך להתגבר על מה שידוע כבעיה הדמוקרטית או האנטי-רובנית (counter-majoritarian difficulty)<sup>52</sup> – העובדה שבית-המשפט הינו גוף שאינו נבחר על-ידי העם, אינו נושא באחריות (accountable) כלפיו ואינו מייצג אותו בהרכבו, ובכל-זאת בסמכותו לבטל החלטות של הפרלמנט, שהינו גוף אשר נבחר על-ידי העם, נושא באחריות כלפיו ומייצג אותו. הגישה הקלסית מתגברת על בעיה זו על-ידי התפיסה שהחוקה, אשר בעצמה התקבלה באופן דמוקרטי ובהסכמה רחבה, מהווה מגבלה שהעם עצמו מטיל על נבחריו כרצון העליון שלו, ובית-המשפט רק מיישם מגבלה זו.

נהוג להדגים נקודה זו באמצעות המשל של אודיסאוס והסירנות.<sup>53</sup> באפוס ההומרי מסופר על מפגשו של אודיסאוס עם הסירנות – אותן בנות-ים ששירתן המופלאה מפתה את הימאים להתקרב אליהן ובתוך כך לשבר את ספינתם אל הסלעים. אודיסאוס, שרצה לשמוע את שירת הסירנות אך חשש מן הפיתוי, פקד על הימאים בספינתו לסתום את אוזניהם בדונג, לקשור אותו לתורן הספינה, ולא לשעות לבקשותיו להשתחרר עד לאחר שיעברו את הסירנות. המלחים במשל זה הם בתי-המשפט, ואילו אודיסאוס הוא העם. כשם שרצונו של אודיסאוס להשתחרר מתורן הספינה מתבטל על-ידי הימאים מפני רצונו ה"גבוה יותר" לא להשתחרר, כפי שהביעו לפני כן, כך רצונו של העם באמצעות נציגיו בפרלמנט להפלות נגד מיעוטים, למשל, מתבטל על-ידי בית-המשפט מפני רצונו הגבוה יותר של העם לא להפלות נגד מיעוטים, כפי שקבע זאת לפני כן בחוקה. בית-המשפט האוכף את רצונו הגבוה של העם כנגד רצונו הנמוך של העם אינו מתערב אם כן בהליך הדמוקרטי, ולכן אין הוא אנטי-דמוקרטי או אנטי-רובני.

מן המשל עולה בבירור כי על-פי המודל הקלסי, כדי שבית-המשפט יוכל לקבל לגיטימציה לביטול חקיקה של הפרלמנט, עליו לדמות את פעולתו כמה שיותר לביצוע הוראות שאותן קיבל מהעם באמצעות חוקה כתובה. הגישה המשקפת עמדה זו באופן המובהק ביותר (אם כי לא הגישה היחידה המשקפת עמדה זו) היא הגישה האוריגינליסטית (originalism) בארצות-הברית, המפרשת את החוקה על-פי כוונתם המקורית של מנסחיה.<sup>54</sup> עמדה זו משתקפת גם בפסק-דין *Marbury*,<sup>55</sup> שבו ביסס בית-המשפט לראשונה את הסמכות לביקורת שיפוטית

52 מי שטבע את המונח היה אלכסנדר ביקל: ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (1962).

53 לשימוש הקלסי בדוגמה זו ראו: JON ELSTER, *ULYSSES AND THE SIRENS: STUDIES IN RATIONALITY AND IRRATIONALITY* (1979).

54 או בווריאציות אחרות – על-פי המשמעות המקורית של הטקסט בזמן שבו ניתנה החוקה. ראו באופן כללי: ROBERT H. BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW* 1–14 (1990); Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. CIN. L. REV. 849, 863–864 (1989).

55 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) (להלן: עניין *Marbury*). פסק-הדין עוסק בהוראה טכנית יחסית בחוקה, הנוגעת בסמכותו של בית-המשפט העליון האמריקני. לא בכדי עסק

חוקתית בארצות־הברית על בסיס הרעיון שהוא בסך־הכל אוסף את ההוראות העליונות של העם (בחוקה) על ההוראות הרגילות שלו (בחוק רגיל).<sup>56</sup> המודל החוקתי החדש זונח גם את ההיגיון הזה. בתי־המשפט הפועלים על־פי המודל חשוב מכך, הם אינם מבססים את הלגיטימיות לפעולתם על הפירוש הנכון של משמעות הטקסט החוקתי ועל העובדה שהטקסט החוקתי התקבל בהסכמה רחבה של העם. המושג "זכות חוקתית" יכול להתקיים לעיתים אף ללא קיומו של טקסט כלשהו, ואין בכך משום סתירה לרעיון שמדובר בזכות חוקתית.<sup>57</sup>

פסק־הדין עצמו בסעיף חוקתי טכני יחסית, שניתן לראות בו הוראה שהעם קבע בחוקה ואשר על בית־המשפט רק להחילו במקרה שלפניו, מבלי שהחלתו תחייב פרשנות רבה. 56 ניתן לבסס לגיטימציה דמוקרטית לחוקה גם על־פי גישות אחרות לפרשנות חוקתית, כגון גישת "החוקה החיה" (living constitution), שלפיה בית־המשפט מפרש את החוק על־פי השתנות החברה וערכיה, כך שהחברה המשתנה היא שנותנת את הלגיטימציה לחוקה. אך גישות כגון אלה מספקות ביסוס דמוקרטי עקיף יותר לביקורת שיפוטית חוקתית בהשוואה לגישה האוריינליסטית, מכיוון שהן מערבות את בית־המשפט במידה רבה יותר בקביעת תוכנה של החוקה. בעוד העם יכול לבטא באופן ישיר וברור את רצונו לעדכן את החוקה כאשר הוא מתקן את החוקה, תהליך שבו בית־המשפט קורא אל תוך החוקה תוכן שאמור להתערך על־פי השתנות הזמן או החברה מערָב בהכרח החלטות נורמטיביות, ומעניק בתוך כך מקום גדול יותר לבית־המשפט. לביקורת מעין זו מן הזמן האחרון ראו: Randy E. Barnett, *We the People: Each and Every One*, 123 YALE L.J. 2576 (2014). מובן שגם אוריינליזם אינו פטור מביקורת זו, כאשר הוא מערב החלטות שיפוטיות נורמטיביות. הטענה העיקרית כאן אינה הצדקה של האוריינליזם או אף טענה כי זו הגישה המובילה בארצות־הברית, אלא הטענה היא כי בהיגיון או באתוס של האוריינליזם יש קשר הדוק יותר לציודק הדמוקרטי, ולכן יש בו משהו שמייחד את הגישה האמריקנית אל מול גישות פרשניות אחרות. מעניין שגם גישות של "חוקתיות עממית" (popular constitutionalism) שהתפתחו לאחרונה בקרב כותבים חוקתיים בארצות־הברית, כגון לרי קריימר (Larry Kramer) ומרק טשנט (Mark Tushnet), מדגישות את תפקיד העם כמקור לחוקה, וקושרות בין הרעיון בדבר חוקתיות לבין הטקסט החוקתי ופרשנותו. אלא שעל־פי גישות אלה, העם עצמו, ולעיתים המחוקק, מוסמכים לפרש את הטקסט החוקתי, ולא רק (או כלל לא) בית־המשפט.

57 כך, למשל, נהוג לדבר על משפט חוקתי גלובלי, כאשר הכוונה היא, בין היתר, לקיומו של משפט חוקתי מנהגי, שאינו קשור לטקסט מסוים. ראו Stone Sweet & Mathews, לעיל ה"ש 5. גם בית־המשפט העליון הישראלי היה מוכן להכיר באפשרות של ביטול חוקים הנוגדים זכויות שהן חלק מעקרונות־היסוד של השיטה גם בהעדר חוקה כתובה. ראו בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, פס' 30 לפסק־דינו של השופט ברק (1990) (ברעת מיעוט קבע השופט ברק כי "באופן עקרוני־תורתי, קיימת אפשרות שבית־משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסודות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק־יסוד משורייני... אין בכך פגיעה בשפיטה, שכן מתפקידה של זו לשמור על שלטון החוק, לרבות שלטון החוק במחוקק"). כך גם ניתן להסביר את קריאתן של זכויות שלא נכללו במפורש בטקסט של חוקי־היסוד כמוגנות על־ידי חוקי־יסוד מכוח פרשנות. השוו להסבר מן הזמן האחרון, המחייב ביסוס טקסטואלי של

הדבר בא לידי ביטוי, ראשית, בהעדר דרישה לחוקה בהסכמה דמוקרטית רחבה. בחלק מהשיטות החוקתיות המרכזיות במודל זה לא התקבלה החוקה בהליך של הסכמה רחבה. בגרמניה, למשל, התקבלה החוקה שלאחר מלחמת-העולם השנייה בזמן שבעלות-הברית שלטו עדיין בגרמניה. יתר על כן, המהלך נעשה ביוזמתן של בעלות-הברית והוכפף לאישורן.<sup>58</sup> אין כאן אם כן סימן לחוקה שמקורה ברצונו המלא של העם הגרמני, ובכל-זאת אין בכך כדי להעיב על תוקפה וחשיבותה בעיני בתי-המשפט בגרמניה. זכויות שמקורן באמנה האירופית לזכויות אדם או במשפט הבין-לאומי המנהגי מקבלות אף הן תוקף בתוך השיטות החוקתיות הפנימיות באירופה ובמדינות אחרות, אף שמקורן אינו בהחלטת העם ששיטתו החוקתית אימצה אותם. כך גם הנוהג של אימוץ רעיונות משיטות משפטיות זרות, והתפיסה המתפתחת כי קיים "משפט חוקתי גלובלי" (ומכאן גם ההתנגדות הרבה להחזרתם של רעיונות אלה לתוך המשפט החוקתי בארצות-הברית<sup>59</sup>). הרעיון של "חוקה" לאירופה, שכמעט הגיע לכלל ביצוע, היה אף הוא רעיון של משטר חוקתי בין-מדינתי העומד במתח עם לגיטימציה דמוקרטית. בישראל, כידוע, חוקי-היסוד שהיוו את הבסיס ל"מהפכה החוקתית" התקבלו בהליך שהיה רחוק מאוד מלשקף הסכמה רחבה בעם, אך גם כאן לא היה בכך כדי לערער את תוקפם של חוקי-היסוד בעיני בית-המשפט העליון.<sup>60</sup> הדוגמה הציונית ביותר לכך שהמודל החוקתי החדש אינו נשען על הסכמה של העם מצויה אולי בתיאורו של המלומד האמריקני ג'ד רובנפלד (Jed Rubenfeld) בנוגע לחוויותיו כמומחה שהוזמן על-ידי האיחוד האירופי לעזור בניסוח החוקה של קוסובו לאחר סיומה של המלחמה שם. כאשר התפלא באוזני עמיתיו האירופיים מדוע אין ולו נציג אחד מבני קוסובו בוועדת המומחים שבאה לנסח את החוקה, ענו לו כי הדבר רק יסרבל את הליך הניסוח ויכניס שיקולים שאינם ממין העניין.<sup>61</sup> אל מול אלה מתבלטת שוב ארצות-הברית, שבה הליך אישור החוקה היה הליך

זכות חוקתית משיקולים אינטרינזיים, ולא אינסטרומנטליים, אצל: ALON HAREL, WHY LAW MATTERS pt. III, at 147 (2014).

58 החוק הבסיסי הגרמני אומנם נוסח על-ידי ועידה חוקתית שייצגה את העם הגרמני, ואושר על-ידי הפרלמנטים של רוב המדינות הפדרליות שהרכיבו מאוחר יותר את גרמניה המערבית, אך כאמור, נדרש אישורן של המעצמות, והן גם אלה שיזמו את המהלך לכינונה של חוקה.

ראו: DONALD P. KOMMERS & RUSSELL A. MILLER, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 8–9 (3rd ed. 2009).

59 ראו, למשל: Mark V. Tushnet, *When is Knowing Less Better Than Knowing More?* 90 MINN. L. REV. 1275 (2006); Vicki C. Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109 (2005); Richard Posner, *No Thanks, We Already Have Our Own Laws: The Court Should Never View a Foreign Legal Decision as a Precedent in Any Way*, LEGAL AFF. 40 (July–Aug. 2004); Jeremy Waldron, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, 119 HARV. L. REV. 129 (2005).

60 ראו להלן פרק ד.

61 Jed Rubenfeld, *Commentary: Unilateralism and Constitutionalism*, 79 NYU L. REV. 1971, 1992 (2004) ("Committee members explained to me that involving Kosovars in

עממי ודמוקרטי באופן מובהק, וכלל אשרור של כמעט כל המדינות לאחר הליך ארוך של דיון וליבון שהקיף שדרות רחבות בעם האמריקני.<sup>62</sup> שנית, העובדה שבתי-המשפט במודל החדש מכירים בחוקות גם ללא רקע דמוקרטי קשורה גם לכך שהם עוסקים הרבה פחות בפרשנות, שהרי אם מקור הטקסט החוקתי אינו כבד-משקל בהכרח, אזי גם הניסיון לרדת לסוף דעתם של המנסחים מאבד מחשיבותו. חוסר העיסוק בפרשנות ניכר בעיצוב הדוקטרינות החוקתיות באותם בתי-משפט, ברטוריקה של פסקי-הדין ובדגשים המושמים בשלבי הניתוח החוקתי. כאמור, במודל החדש בתי-המשפט החוקתיים מתרכזים בעיקר בשלב השני של הניתוח החוקתי, כלומר, בשלב ההצדקה לפגיעה בזכות, ולא בשלב הראשון – ביסוס הפגיעה בזכות. דווקא השלב הראשון הוא שקשור לפרשנות ולטקסט החוקתי. מכאן, למשל, כאשר בית-המשפט העליון בישראל מדלג על שלב הפגיעה בזכות היישר אל ההצדקה לפגיעה, הוא מוותר על שלב הפרשנות של הטקסט החוקתי.<sup>63</sup> גם העובדה שבתי-משפט חוקתיים באירופה ובישראל אינם עוסקים באופן הדוק בכוונתם של מנסחי החוקה מעידה על ריחוק מפרקטיקה פרשנית. ג'מאל גרין (Jamal Green) מציין, בצדק, כי אוריגינליזם אינו מאפיין שיטות חוקתיות באירופה, ואף לא בחברה-המדינית.<sup>64</sup> השוו את חוסר העיסוק בישראל בכוונת המנסחים שישבו בעת הדיונים על חוקי-היסוד לגבי היקף הזכויות שנקבעו בהם עם העיסוק הנרחב בשאלה זו בפסקי-דין *Heller*, העוסק בזכות לשאת נשק הקבועה בתיקון השני לחוקה האמריקנית,<sup>65</sup> או עם הוויכוח שהתקיים בארצות-הברית

the drafting of a constitution for Kosovo was quite unnecessary and would have mired the process in factional politics”

62 יש גם עמדות שלפיהן המקור לחוקה האמריקנית אינו כה דמוקרטי, מכיוון שמי שניסחו אותה והשתתפו באישורה היו רק גברים לבנים, ומכאן שהיא הדירה נשים ושחורים. אולם עמדות כאלה מתעלמות מן ההקשר ההיסטורי, שכן מדובר בתקופה שבה מרבית אירופה נשלטה עדיין על-ידי מלוכה אבסולוטית או שכבת אצולה, כך שגם השתתפות מהסוג הזה הייתה נדירה מאוד. אפילו בקנה-מידה של היום מידת מעורבותו והשתתפותו של הציבור האמריקני בתהליך אימוצה של החוקה – כפי שהיא משתקפת בעיתונות, בספרים ובמסות מן התקופה, וכן בדיונים שנערכו אז בפרלמנטים של המדינות – היא מרשימה מאוד. לתיאור מפורט של תהליך אשרור החוקה האמריקנית ושל הדיון הציבורי שליווה אותו ראו: PAULINE MAIER, RATIFICATION: THE PEOPLE DEBATE THE CONSTITUTION, 1787–1788 (2010).

63 בתי-המשפט אינם מרבים להתעכב על שלב הפגיעה בזכות, בין היתר מכיוון שהפסיקה קבעה מבחנים רחבים מאוד להיקף הזכויות והמעייטה לקבוע קטגוריות שמוצאות מתחולת הזכות. לדוגמות ראו לעיל ה"ש 28-34 והטקסט שליידן. בפסיקה מן העת האחרונה ניתן לציין כמה פסקי-דין החורגים מנוהג זה, אך הם רק מבליטים עד כמה פסילת עתירות בשל אי-פגיעה בזכות היא נדירה. ראו את פסקי-דינו של הנשיא גרוניס בבג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 26.6.2013) (דחיית ערר שלישי על החלטת מעצר עד תום ההליכים אינה פוגעת בזכות לחירות); בג"ץ 5998/12 רונן נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 25.8.2013) (שינוי גובהה של הגמלה העתידית לגמלאי צה"ל אינו פוגע בזכותם לקניין).

64 *Jamal Greene, On the Origins of Originalism*, 88 TEXAS. L. REV. 1, 63–66 (2009)

65 *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008)

בשנות החמישים והשישים לגבי היקפה ועוצמתה של הזכות לחופש הביטוי.<sup>66</sup> בישראל, כידוע, ככל שאפשר לגזור את כוונת המנסחים של חוקי-היסוד – חברי-הכנסת – היא הפוכה לרוב מהפרשנות המרחיבה שניתנה להם על-ידי בית-המשפט.<sup>67</sup> למעשה, ככל שבת-משפט חוקתיים במודל החדש מתייחסים לטקסט, הם מתייחסים אליו פעמים רבות כאל מגבלה ומעצור מפני ביקורת שיפוטית מלאה יותר על חקיקה. כך, למשל, בבית-המשפט העליון בישראל נראה שדווקא הזכויות המנויות בחוקי-היסוד או בחקיקה מגבילות במידת-מה את אפשרותו של בית-המשפט לפרשן באופן שמרחיב את תחולתן, לעומת הזכויות שאינן מנויות בחוקי-היסוד או בחוקים, שאותן בית-המשפט חופשי לפתח כרצונו.<sup>68</sup> לכן גם לא מקובלת בבית-המשפט העליון הישראלי התפיסה של הסדר שלילי לגבי עיגון זכויות בחוקי-היסוד, כלומר, הרעיון שלפיו תחום שהעם לא בחר להגביל בו את נבחריו נשאר חופשי להכרעת הנבחרים – תורה אשר מכונה בארצות-הברית "חוקת החוקתיות" ומיוחסת בעיקר למשפטן בן המאה התשע-עשרה ג'יימס ברדלי ת'ייר (James Bradley Thayer).<sup>69</sup> במקום זאת קיימת בישראל התפיסה שלפיה אי-הכללתן של זכויות

66 בשנות החמישים והשישים של המאה העשרים התנהל ויכוח בין השופטים בלק (Black) ופרנקפורטר (Frankfurter) על הפרשנות הראויה של התיקון הראשון לחוקה. השופט בלק טען לפרשנות טקסטואלית צרה, שנובעת ממנה הגנה מוחלטת על חופש הביטוי, ואילו השופט פרנקפורטר טען כי כוונתם המקורית של המנסחים לא הייתה ליצור הגנה מוחלטת. ראו: *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

67 ראו להלן פרק ד.

68 טלו, לדוגמה, את תורת ההעדפה המתקנת הנובעת מהזכות לשוויון. אף שהעדפה מתקנת נקבעה בחקיקה, בית-המשפט פיתח גם העדפה מתקנת הנובעת מהזכות הכללית לשוויון, וכך היה יכול להגן על הזכות גם במקרים שבהם המחוקק לא בחר לעגן אותה בחוק. ראו, למשל, בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, פס' 1-4, 39-57 (1998); בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, פס' 14-29 (2001). הטקסט היווה אם כן מגבלה יותר מאשר הזדמנות. השוו גם לפסק-דינה של השופטת דורנר בבג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994), שם היא מעגנת את זכות השוויון להומוסקסואלים בתורה הכללית של השוויון, אף שכבר מצאה עיגון מפורש בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. דוגמות אלה הן דוגמות של עיגון זכויות בחוקים רגילים. מובן שהדוגמה הבולטת בנוגע לטקסט חוקתי היא פיתוח הזכויות החוקתיות גם מעבר לאלה שעוגנו במפורש בטקסט של חוקי-היסוד. גם כאן הטקסט עצמו אינו נפתס כהכרח או כמה שיוצר את סמכותו של בית-המשפט לערוך ביקורת שיפוטית, והעדרו אינו מהווה מגבלה (ראו להלן פרק ד).

69 מקורה של תורה זו עוד בכתביו של אלכסנדר המילטון, אשר קבע במסגרת כתבי הפרדליסט כי יש לבטל רק חוקים שהם "contrary to the manifest tenor of the Constitution". ראו: FEDERALIST No. 78, at 434 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1961). התורה מבוססת על ההנחה שביקורת שיפוטית על חקיקה היא חריג להליך הדמוקרטי הרגיל, ולכן עליה להתקיים רק כאשר הניגוד בין החוק לחוקה הוא מעל לכל ספק; כל ספק יפעל לטובת השארת החוק על כנו, בשל העיקרון הדמוקרטי. למאמר הקלסי המבסס תורה זו ראו: James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, 144 (1893) ("It can only disregard the Act when those who have



בחוקי-היסוד מהווה לקונה בחוקה, שבית-המשפט יכול למלא בעצמו.<sup>70</sup> לבסוף, המודל החוקתי החדש כולל תיאוריות שנקראות "פרשניות" אך שעיקר פעולתן אינה פרשנית ואינה קשורה לטקסט. כזו היא תורת הפרשנות התכליתית שפותחה על-ידי הנשיא ברק, שבה הטקסט הוא רק נקודת מוצא, וכזו היא "התכלית האובייקטיבית" של החוק, שאינה אלא איזון בין הזכויות והאינטרסים הנוגדים.<sup>71</sup>

מובן שגם בשיטות הנוטלות חלק במודל החוקתי החדש, דוגמת זו הישראלית וזו הגרמנית, יש התייחסות לטקסט החוקתי ולפרשנות שלו, ושגם גישות פרשנות מרחיבות, כגון הפרשנות התכליתית, מתחילות מן הטקסט. כמו-כן, עצם קיומו של טקסט הן בזכויות

the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, – so clear that it is not open to rational question") לגישה ביקורתית כלפי חזקת החוקתיות, המראה גם כי היא רלוונטית עדיין למשפט החוקתי האמריקני של היום, ראו: F. Andrew Hessick, *Rethinking the Presumption of Constitutionality*, 85 NOTRE DAME L. REV. 1447 (2010).

70 תפיסה זו אינה נמצאת במפורש בפסיקתו של בית-המשפט העליון, אך ניתן להסיקה מהעיקרון המפורש שעל-פיו יש לפרש את חוקי-היסוד באופן נרחב ככל האפשר (ראו, למשל, עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 22, פס' 24 לפסק-דינו של הנשיא ברק), ומתוך הפרשנות הרחבה בפועל של היקף הזכות לכבוד האדם, אשר אפשרה לבית-המשפט לקרוא לתוכו זכויות רבות שלא הוזכרו במפורש בחוקי-היסוד (ראו, למשל, שם, פס' 30-35 לפסק-דינו של הנשיא ברק).

71 דוגמה לגישה שמתגברת על מגבלות הטקסט החוקתי היא גישתה של לוריין ויינריב, שלפיה על בית-המשפט לפעול על-פי הטקסט האובייקטיבי, ולא הסובייקטיבי. כלומר, הטקסט שניתן בפועל בהליך הרמוקרטי של העם הוא טקסט מוגבל וחלקי, ובית-המשפט יכול וצריך ללכת אל מעבר לו, אל הזכויות כפי שהן מוכרות על-פי הטקסט האובייקטיבי. ראו Weinrib, לעיל ה"ש 6, בעמ' 98: "The constitution cannot be reduced to a text, to be merely interpreted: according to historical intent, understanding, or social values"

לדוגמה מהמשפט הישראלי שבהן הפרשנות התכליתית מתגברת על הטקסט ראו בש"א 1481/96 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5) 598 (1996), שבו קובע הנשיא ברק כי כאשר חוק-יסוד: השפיטה קובע בס' 18 כי ניתן לקיים דיון נוסף על עניין "שפסק בית המשפט העליון בשלושה", הכוונה היא לשלושה או לכל מספר אי-זוגי גדול יותר, וזאת בשל תכליתו של החוק. דוגמה מובהקת אחרת היא פרשנותו של הנשיא ברק בבג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(1) 750 (2003). בפס' 5 לפסק-דינו קובע הנשיא ברק כי ס' 137 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, הקובע כי "שום בית משפט" לא ייתן סעד בעניין החלטותיו של יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, צריך להתפרש על-פי חזקת התכלית הפרשנית נגד הימנעות מהפעלת ביקורת שיפוטית, קרי, כאומר "שום בית משפט פרט לבית המשפט הגבוה לצדק" (הנשיא ברק היה בדעת מיעוט בהכרעתו לגופו של אותו עניין, אך לעניין סמכותו של בג"ץ לדון בעתירה הצטרפו אליו חבריו למותב). יש לחדר כי איני טוען כאן שלטקסט אין כל משמעות לגבי הפרשנות התכליתית. אך החשיבות שלו נמוכה יותר מאשר בשיטות פרשניות אחרות, וברוב המקרים המעניינים בית-המשפט מגיע די מהר למסקנה כי הטקסט אינו מספק תשובה פרשנית, וכי התשובה תינתן על-ידי איזון בין עקרונות-היסוד של השיטה באופן ישיר, כלומר, בלי קשר לטקסט.

הוא מקור לגיטימציה חשוב לסמכותו של בית-המשפט לקיים ביקורת שיפוטית חוקתית. אלא שהטענה היא טענה של מידה. ככלל, פרקטיקות שאפשר לתארן כפרשניות נעשות מרכזיות פחות, וחשיבות הטקסט מתמצה לעיתים בעצם ההסמכה שהוא נותן לבית-המשפט לדרון בזכויות, כאשר את תוכן הזכויות בתי-המשפט מפתחים בעצמם מתוך עקרונות כלליים ואוניוורסליים. במקום פרשנות, בתי-המשפט הפועלים על-פי המודל החוקתי החדש עוסקים בעיקר בשאלת ההצדקה לפגיעה בזכות, בתהליך שמטיאס קום (Mattias Kumm) מכנה "המעבר מפרשנות להצדקה"<sup>72</sup>, ואשר משה כהן-אליה ואני תיארונו כמעבר אל "תרבות ההצדקה"<sup>73</sup>. מבחני ההצדקה לפגיעה בזכות קבועים אצלנו בפסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד, וכוללים את השאלה אם הפגיעה היא בחוק שתואם את ערכי המדינה ואשר נחקק לתכלית ראויה, ובעיקר אם הפגיעה אינה עולה על הנדרש – דרישת המידתיות. מבחן המידתיות, על שלושת מבחני-המשנה שפותחו לו על-ידי בית-המשפט, נהפך לליבו של המשפט החוקתי הישראלי, וכך קרה במידה רבה גם בשיטות חוקתיות אחרות, כגון אלה של גרמניה וקנדה. כפי שאראה בהמשך, מבחנים אלה אינם דומים למבחני פרשנות המנסים לפרש טקסט חוקתי המגן על זכויות, ולמעשה הם יכולים להתקיים אף אם הזכות אינה מעוגנת בטקסט כלשהו. כפי שכבר ציינו רבים לפניי, מבחני האיזון והמידתיות גם מטשטשים את ההבחנה בין זכויות לאינטרסים, ולכן מתקשרים גם למאפיינים הראשון והשני, ועל כך אדון גם בהמשך.

#### 4. טשטוש ההבחנה בין ביקורת המנהל לביקורת הפרלמנט

ההיבט האחרון של השינוי שהתרחש במשפט החוקתי הוא טשטוש ההבחנה בין ביקורת פעולתו של הפרלמנט לבין ביקורת פעולתה של הרשות המבצעת. על-פי התפיסה הקלסית, יש פער מהותי בין ביקורת החלטותיו של הפרלמנט לבין ביקורת החלטותיה של הרשות המבצעת. כאשר בית-המשפט מבקר את פעולתה של הרשות המבצעת, במסגרת המשפט המנהלי, הוא מבקש רק לבדוק שהרשות אכן מקיימת את תפקידה כמבצעת את החלטות הפרלמנט, ואינה חורגת ממנו בפועלה ללא סמכות, למטרות שלא הוגדרו בחוק המסמיך אותה או באופן שאינו נגזר מתפקידה. בכך אין פגיעה בדמוקרטיה, אלא דווקא חיזוק שלה. לכן גם התפתחה בכל השיטות המשפטיות במערב ביקורת שיפוטית על פעולתה של הרשות המבצעת גם ללא חוקה,<sup>74</sup> והדבר אינו נתפס כמעקף של ההליך הדמוקרטי, אלא להפך – כחיזוק פיקוחם של נבחרי העם בפרלמנט על הרשות המבצעת, שאמורה לבצע את דברי הפרלמנט. לעומת זאת, ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מתעמתת ישירות עם רצון העם, כפי שהוא בא לידי ביטוי בחוקים שחוקקו נבחריו, ולכן בית-המשפט אינו

Mattias Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, 4 L. & ETHICS OF HUM. RTS. 142, 143 (2010).

73 ראו את ההפניות לעיל בה"ש 8.

74 ראו את הסקירה ההיסטורית של התפתחות המשפט המנהלי להלן בפרק ג.

מוסמך באופן עקרוני לקיימה אלא אם כן העם מסמיך אותו לכך בחוקה, ורק בהיקף שבו הוא מסמיך אותו.<sup>75</sup>

במודל החוקתי החדש ההבדל בין שני סוגי הביקורת הללו מטושטש גם הוא, ובית-המשפט מחיל על המחוקק אמות-מידה דומות לאלה שהוא מחיל על הרשות המבצעת, תוך הצנעת הבעיה הדמוקרטית הגלומה בהחלת ביקורת שיפוטית על המחוקק. הטשטוש בין ביקורת המחוקק לבין ביקורת הרשות המבצעת בא לידי ביטוי בעיקר בהחלת מבחנים שהתפתחו בתוך המשפט המנהלי בתחום של המשפט החוקתי. הטשטוש האמור בא לידי ביטוי גם ברטוריקה המלווה את החלת הביקורת השיפוטית על הפרלמנט בשיטות של המודל החדש, אשר מצניעה את הבעיה הדמוקרטית תוך שימוש במונחים שמתאימים לביקורת הרשות המבצעת – חיוזק שלטון החוק, הרעיון של שלטון החוק בכל רשויות השלטון (כולל במחוקק), מנהל תקין, הליך ראוי וכדומה.<sup>76</sup> בישראל טשטוש זה חריף במיוחד בשל העובדה שהמוסדות וההליכים המשמשים בביקורת חוקתית לפיקוח על הרשות המבצעת הם אותם מוסדות ששימשו לפני כן ומשמשים עדיין במשפט המנהלי. ארחיב בנקודות אלה בחלקים הבאים של המאמר.

## ב. המנהליזציה של המשפט החוקתי

בחלק זה אבקש לבסס את טענתי המרכזית שלפיה מכלול השינויים שתוארו לעיל מהווים תהליך של מנהליזציה של המשפט החוקתי, כלומר, אימוץ ההיגיון של המשפט המנהלי אל תוך המשפט החוקתי. מהו ההיגיון של המשפט המנהלי, וכיצד הוא שונה מההיגיון של המשפט החוקתי? אלה שאלות קשות, אשר אין להן תשובה פשוטה.<sup>77</sup> אך כל מי שמצוי בתחום כבר מזהה, כך אני מקווה, מאפיינים חשובים של המשפט המנהלי בתיאור השינויים שפירטתי לעיל. ההגדרה הכללית ביותר של המשפט המנהלי קשורה לשמו – זהו משפט העוסק במנהל, כלומר, ברשות המבצעת על כל דרגיה.<sup>78</sup> כפי שאתאר בפרקים הבאים, המשפט המנהלי התפתח באופן היסטורי מתוך הצורך לפקח על המנהל ולוודא שהוא פועל

75 ג'רמי וולדרון, למשל, אינו כולל בביקורתו החריפה על מוסד הביקורת השיפוטית את הפעולה המנהלית, מסיבות דומות. ראו: Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1354 (2006): "It might be thought that some of the same arguments apply to executive action as well: After all, the executive has some elective credentials of its own with which to oppose decisionmaking by judges. But it is almost universally accepted that the executive's elective credentials are subject to the principle of the rule of law, and, as a result, that officials may properly be required by courts to act in accordance with legal authorization. The equivalent proposition for legislators has been propounded too: Judicial review is just the subjection of the legislature to the rule of law. But in the case of the legislature, it is not uncontested; indeed that is precisely the contestation we are concerned with here"

76 ראו להלן ה"ש 101-102 והטקסט שלידין.

77 ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 10, בעמ' 11.

78 שם.

במסגרת החוק, באופן תקין, הגון, שקוף וראוי, במיוחד ככל שסמכויותיו התרחבו ואפשרו לו לפגוע בזכויות ובאינטרסים של הפרט. מתוך תפקידו זה התפתחו מאפייניו השונים של המשפט המנהלי והדרך הייחודית שבה הוא מגן על הפרט מפני השלטון. בפרק זה אנסה להראות כי מאפייני המשפט המנהלי הנגזרים מתפקידו תואמים מאוד את מאפייני השינוי במשפט החוקתי שציינתי לעיל.

## 1. טשטוש ההבחנה בין זכויות לאינטרסים

במסגרת המשפט המנהלי אין חשיבות עליונה להבחנה בין זכויות לאינטרסים. תפקידו של המשפט המנהלי הוא לוודא כי השלטון פועל במסגרת החוק ובאופן תקין, ראוי והגון. לפרט ניתנת אפשרות ליזום בחינה של פעולת השלטון כל אימת שהוא נפגע ממנה, ולצורך כך אין זה מהותי אם הפגיעה היא בזכויותיו או רק באינטרסים שלו. כפי שמציינת דפנה ברק-ארז בספרה, "כללי המשפט המינהלי מיועדים להגנה על אינטרסים של יחידים ושל קבוצות חברתיות, גם כאשר אלה לא זכו להכרה כזכויות – לא כל שכן כזכויות יסוד"<sup>79</sup>. למעשה, תחימה של בחינת רשויות המדינה לזכויות בלבד תצמצם באופן משמעותי את יכולת הפיקוח על המנהל, כפי שטוען באופן ציורי חוקר המשפט המנהלי בארצות-הברית מייקל גריווה (Michael Greve):

"[A]dministrative bodies can and do an awful lot of corrupt, stupid, irregular, lawless, and arbitrary things *without* violating someone's rights. Thus, if comprehensive judicial control of administrative legality is your objective, you have to disconnect judicial review from individual rights."<sup>80</sup>

הרחבת מושגי הזכויות המאפיינת את המודל החדש של המשפט החוקתי, ונטישת הרעיון שהם מהווים מערכת מצומצמת ואקסקלוסיבית של אינטרסים, מתאימות לכן להיגיון של המשפט המנהלי.<sup>81</sup> אכן, אם נבחן מקרוב את סוגי המקרים הנופלים תחת הקטגוריה של זכויות חוקתיות במודל החדש, נראה ביניהם סוגי מקרים שיכלו להיות מסווגים באותה מידה

79 שם, בעמ' 17-18.

80 Michael S. Greve, *Administrative Law and the Rechtsstaat: Some Thoughts*, LIBRARY OF LAW AND LIBERTY (Aug. 6, 2013), available at <http://www.libertylawsite.org/2013/08/06/administrative-law-and-the-rechtsstaat-some-thoughts/>.

81 הערה של דפנה ברק-ארז יכולה לשקף תובנה דומה מהכיוון המשלים. במאמרה (ברק-ארז, לעיל ה"ש 7, בעמ' 510) היא טוענת כי "בעוד שברוב ענפי המשפט מקובל בשנים האחרונות לדבר על 'קונסטитуציונליזציה' של התחום, דווקא המשפט המינהלי צריך לעבור תהליך של התפתחות מהדגשת הפן החוקתי כמרכז העשייה העיקרי שלו אל הדיון בהיבטים החלוקתיים שלו גם כאשר אלה אינם נוגעים בשאלות של זכויות אדם במובן המסורתי". כלומר, על-פי טענתה, המשפט המנהלי הישראלי עצמו צריך להשתחרר מאחיזת ההתמקדות בזכויות חוקתיות. במונחי החיבור הנוכחי, ברק-ארז מדברת על קיומו של צורך בישראל במנהליזציה של המשפט המנהלי עצמו. ראו את ההערה בנוגע להיזון ההדדי בין המשפט החוקתי למשפט המנהלי לעיל ליד ה"ש 16.

כשייכים לתחום המנהלי. למשל, הסוגיה של קביעת שעות הטיסה בנמל־התעופה היתרו, שנידונה בפסק־דין *Hatton*,<sup>82</sup> היא דוגמה מובהקת של מקרה שהיה מסווג בעבר תחת התחום של משפט מנהלי אך ניתוחו בפסיקתו של ה־ECtHR הוא במונחים של זכויות חוקתיות. כך גם הדוגמות שהובאו לעיל מן המשפט החוקתי הגרמני (רכיבה על סוסים או האכלת יונים)<sup>83</sup> ומן המשפט החוקתי הישראלי (תנאי הרישוי למקצוע או הפקדת ערבות כתנאי לרישיון).<sup>84</sup> כל אלה יכולים להיחשב דוגמות של מנהליזציה של התחום החוקתי.

## 2. פיחות בעוצמת הזכויות

המשפט המנהלי דורש שפעולת המנהל, כל אימת שהיא כרוכה בפגיעה בפרט, תיעשה, בין היתר, על־פי חוק ובפרוצדורה ראויה, ושיהיו לה טעמים ראויים ומספיקים. אך אין הוא דורש שהיא תיתמך דווקא בטעמים מכריעים, כבדי־משקל או מסוג מיוחד, כפי שנדרש על־פי התפיסה הראונטולוגית של זכויות במשפט החוקתי הקלסי. למעשה, המשפט המנהלי מתייחס לפגיעה באזרח כעניין הנובע באופן טבעי מפעולת הרשות, ולא כאל דבר חריג או חמור בהכרח, אלא שהוא דורש שהיא תהיה מוצדקת ותעמוד בכמה דרישות פרוצדורליות ומהותיות. לכן גם הפיחות בעוצמת הזכויות המאפיין את המודל החוקתי החדש מתאים להיגיון של המשפט המנהלי.

נהוג לסווג את המבחנים של המשפט המנהלי לשלושה: בחינת חוקיותה של הפעולה השלטונית בהתאם להסמכה בחוק; בחינת ההליך שבו התקבלה ההחלטה השלטונית; וביקורת שיקול־הדעת המנהלי עצמו. השלב השלישי כולל את המבחנים של מטרות זרות, הפליה, וכן מבחני איזון, סבירות ומידתיות. בכל השלבים הללו לא בא לידי ביטוי הצורך בשיקולים כבדי־משקל במיוחד על־מנת להצדיק פגיעה של השלטון בפרט. כפי שכבר ציינו רבים, מבחנים אלה – במיוחד מבחני איזון, סבירות ומידתיות – אינם מבחנים בעלי אופי דאונטולוגי, אלא להפך: הם מציינים את האינטרס או הזכות של הפרט באותו מישור כמו האינטרס של הרשות, ודורשים רק שהשיקולים של המדינה לא יהיו חלשים במיוחד אל מול השיקולים של הפגיעה בפרט.<sup>85</sup> במשפט המנהלי אף התפתחו המושגים "מתחם סבירות"<sup>86</sup> ולאחריו "מתחם מידתיות",<sup>87</sup> שעל־פיהם גם אם ההצדקה לפעולת השלטון אינה מספקת, הפעולה לא תיפסל כל עוד אין חריגה משמעותית מסטנדרט של סבירות. גם בזה יש משום אישוש לטענה כי הפיחות בעוצמת הזכויות המאפיין את המשפט החוקתי במודל החדש, כפי שתואר לעיל, יכול להיחשב מנהליזציה של המשפט החוקתי. יש לציין בהקשר זה כי

82 ראו לעיל ה"ש 25-26 והטקסט שלידן.

83 ראו לעיל ה"ש 23-24 והטקסט שלידן.

84 ראו לעיל ה"ש 28-30 והטקסט שלידן.

85 ביקורת מסוג זה הושמעה כלפי מבחני האיזון בארצות־הברית כבר בשנות השישים. ראו:

Laurent B. Frantz, *The First Amendment in the Balance*, 71 YALE L.J. 1424 (1962)

המגודל תרקיבל וינעמ וז סויכ ואר: Grégoire Webber, *Proportionality, Balancing, and the*

*Cult of Constitutional Rights Scholarship*, 23 CAN. J. L. & JURIS. 179 (2010).

86 בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, פס' 8 לפסק־דינו של השופט

ברק (עניין דפי זהב).

87 ראו עניין תנופה, לעיל ה"ש 29, פס' 4 לפסק־דינה של השופטת דורנר.

"מתחם מידתיות" אומץ במפורש גם במשפט החוקתי שלנו בעת החלת חוקי-היסוד, והוא מהווה מבחן מרכזי גם בפסיקתו של ה-ECtHR, שם הוא מאפשר למדינות החברות את "מרחב שיקול-הדעת" (margin of appreciation) בנוגע לפגיעה בזכויות.<sup>88</sup>

### 3. זניחה של הטקסט ושל דרישת ההסכמה הרחבה, ומעבר למבחני הצדקה

זה אולי המאפיין המרכזי הקושר בין המשפט המנהלי לבין המודל החוקתי החדש. כאמור, אחד המאפיינים הבולטים של המודל החוקתי הקלסי הוא שהצידוק לביקורת השיפוטית קשור לכך שבית-המשפט מפרש ואוכף טקסט חוקתי שהתקבל בהסכמה רחבה. המשפט המנהלי, לעומת זאת, אינו קשור בטבורו לטקסט ולפרשנותו, ופעולת בית-המשפט בעורכו ביקורת שיפוטית מנהלית אינה עסוקה בהגדרת הזכויות והיקפן (פרשנות), אלא יותר בביקורת שיקול-הדעת המנהלי (הצדקה). כפי שכותבת ברק-ארז, "המשפט החוקתי מגדיר את הזכויות שעומדות לפרט מול השלטון, אך שאלת אכיפתן של הזכויות הלכה למעשה היא, במידה רבה, עניין למשפט המינהלי... בשונה מן המשפט החוקתי, שדן בזכויות באופן מופשט יותר, תוך התמקדות במקרי מבחן עקרוניים, המשפט המינהלי מסדיר באופן מפורט את תהליך קבלת ההחלטות ברשות המינהלית".<sup>89</sup>

למעשה, במדינות רבות, ובכלל זה בישראל, התפתח המשפט המנהלי במסגרת שיטות שבהן לא היה עיגון טקסטואלי כלשהו לזכויות, ובישראל התגאה בית-המשפט בכך שהוא שהגן על זכויות במסגרת המשפט המנהלי אף ללא מגילת זכויות כתובה.<sup>90</sup> נוסף על כך, מקור הלגיטימיות לביקורת השיפוטית המנהלית אינו קשור לרעיון של הגבלה עצמית שהעם מטיל על עצמו באמצעות הוראות שהוא מקבע בטקסט, על-פי המשל של אודיסאוס והסירנות. הטעם בביקורת המנהלית הוא אכיפת "שלטון החוק" על רשויות המדינה, בדיקת תקינותה של הפעולה השלטונית והכפפתה למבחנים כלליים של פעולה תקינה – הוגנות, הליך ראוי וסבירות. כל אלה נובעים מעקרונות כלליים של ממשל תקין ושלטון החוק, ואינם מחייבים טקסט לצורך עיגונם. יש שיטות משפטיות, דוגמת השיטה האמריקנית, שבהן עקרונות המשפט המנהלי מעוגנים בחקיקה מרכזית אחת,<sup>91</sup> אך גם בשיטות כאלה הטקסט שבו מדובר קשור בעיקר להליך החל על המנהל, ולא להיקף הזכויות המהותיות של הפרט או לחובות המהותיות של השלטון.

כמו במודל החוקתי החדש, העוגן המרכזי במשפט המנהלי הוא מבחני הצדקה במקום פרשנות. קשר זה בין המודל החוקתי החדש לבין המשפט המנהלי בא לידי ביטוי בשני מאפיינים מרכזיים של המשפט המנהלי. המאפיין האחד הוא החשיבות המרכזית של דרישת ההנמקה. כך, למשל, ג'רי מֶשו (Jerry Mashaw) גורס כי "the discourse of whyness and

88 Handyside v. United Kingdom, 1 EHRR 737, ¶¶ 47–50 (Eur. Ct. H.R. 1976).

89 ברק-ארז, לעיל ה"ש 10, בעמ' 19–20.

90 ראו להלן פרקים ג ו-ד.

91 ראו: Administrative Procedure Act (APA), 60 Stat. 237 (1946).

of reason-giving is more important here [in administrative law] than anywhere else  
 "in American law"<sup>92</sup> ולפי חוקרת אחרת:

"The requirement that administrative agencies, as actors of the state, give reasons for their actions is a cornerstone of democracy. The judiciary assumes the power to regulate government actors by defining the adequacy of reasons given by administrators when implementing legislative directives."<sup>93</sup>

גם במשפט המנהלי הישראלי יש לדרישת ההנמקה מקום של כבוד במסגרת המבחנים להליך המנהלי הראוי. היא הוכרה בשלב מוקדם,<sup>94</sup> ואף קיבלה עיגון בחקיקה.<sup>95</sup> גם מבחנים נוספים של המשפט המנהלי אפשר לראות כקשורים להצדקה ולהנמקה, ביניהם זכות הטעון וזכות העיון, שמשמעותן, בין היתר, קבלת הנמקה אישית מן הרשות והיכולת לטעון כנגדה ולנסות להתנגד לה. גם המבחנים הדורשים מן הרשות איסוף מידע הינם מבחנים הקשורים להצדקה ולהנמקה ראויות. המודל החוקתי החדש אומנם אינו מאמץ את כל המבחנים הללו כלשונם, אך כפי שיתאר החלק הבא, מבחנים פרוצדורליים נהפכים לחלק מהמשפט החוקתי כאשר הם מוחלים גם על הליך החקיקה עצמו. זאת ועוד, לגבי מבחני המידתיות של המשפט החוקתי נטען על-ידי מטיאס קום כי הם מהווים למעשה מבחנים שמטרתם

Jerry L. Mashaw, *Small Things Like Reasons are Put in a Jar: Reason and Legitimacy* 92  
 Jodi L. Short, *in the Administrative State*, 70 *FORDHAM L. REV.* 17, 18 (2001)  
*The Political Turn in American Administrative Law: Power, Rationality, and Reasons*,  
 61 *DUKE L.J.* 1811, 1813 (2012): "Reason giving is central to U.S. administrative law  
 and practice. Courts and legislatures require agencies to support their actions with  
 reasons, and administrative-law scholars theorize the practice of reason giving as central  
 to constraining and legitimating administrative agencies"

Claudia Tobler, *The Standard of Judicial Review of Administrative Agencies in the U.S  
 and EU: Accountability and Reasonable Agency Action*, 22 *B.C. INT'L & COMP. L. REV.*  
 213, 213–214 (1999)

בג"ץ 143/56 אהנ"ג נ' המפקח על התעבורה, פ"ד יא 370, 372 (1957) (השופט ברנזון):  
 "מן הדין הוא שהמשיב יתן נימוקים לכל החלטה התלויה בשיקול-דעת, שיש בה כדי לפגוע  
 באזרח... הרי ההחלטה, אם היא אינה שרירותית, חייבת להיות מבוססת על עובדות, ממצאים  
 ושיקולים מסויימים, ואם כך הוא הדבר, מדוע לא יירשמו כל אלה ולא יודעו למי שהדבר  
 נוגע לו כדי שאפשר יהיה להעמידה לביקורת ולמבחן?"

חובת ההנמקה היא אחת הדוגמות היחידות במשפט החוקתי הישראלי להסדרים מנהליים  
 שעוגנו בחקיקה. ראו חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958. דפנה  
 ברק-ארז מציינת בספרה – נוסף על הטעמים האינסטרומנטליים להנמקה, הנוגעים בשיפור  
 ההחלטה המנהלית – גם שיקול מהותי: "ההנמקה מבטאת יחס אנושי ומכבד לפרט שהחלטה  
 המינהלית עוסקת בו." ברק-ארז, לעיל ה"ש 10, בעמ' 424. לטעמים מאחורי דרישת ההנמקה  
 במשפט המנהלי הישראלי ראו בג"ץ 5445/93 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד (1) 397,  
 408, פסק-דינו של השופט זמיר (1994); יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים  
 נבחרים" מחקרי משפט יט 5 (2002).

לדרוש מן המדינה לשטוח את הנמקוטיה לפני מי שנפגע מפעולת המדינה. לאחרונה טען גם אלון הראל כי את הצידוק לביקורת שיפוטית חוקתית יש לראות כקשור לזכות השימוע.<sup>96</sup> המאפיין האחר, והחשוב יותר, המעיד כי המעבר מפרשנות להצדקה במשפט החוקתי קשור למשפט המנהלי הוא מרכזיותם של מבחני ההצדקה – מבחני האיזון, הסבירות והמידתיות – במשפט המנהלי. מבחנים אלה, שנהפכו למרכזיים כל-כך במשפט החוקתי, נוצרו והתפתחו במשפט המנהלי, ואף נהפכו לאחד ממאפייניו המרכזיים, עוד לפני שעברו למשפט החוקתי. כך בגרמניה, שם התפתחה המידתיות במשפט המנהלי הפרוסי (כפי שיתואר בפרק הבא), וכך בישראל, שבה התפתחו מבחני האיזון במשפט המנהלי החל בפסק-דין "קול העם", בשנת 1953,<sup>97</sup> ומבחני הסבירות והמידתיות התפתחו בו בעיקר בשנות השמונים והתשעים של המאה העשרים.<sup>98</sup>

כאן חשוב לציין עד כמה מבחני איזון, סבירות ומידתיות עומדים למעשה בניגוד לרעיון של פרשנות. לא רק שהם אינם נזקקים לטקסט לצורך ביסוסם – בין לטקסט חוקתי המעגן זכויות ובין לטקסט של חקיקה המעגן את סמכויותיה של המדינה לחתור למימוש האינטרסים שלה – הם יכולים גם לייתר טקסט כאשר הוא קיים או להגיע למסקנות המנוגדות לטקסט.<sup>99</sup> אפשר לדמות את ההבדל בין מבחני איזון ומידתיות למבחני פרשנות כהבדל בין מבט "לאחור" לבין מבט "קדימה". מבחן פרשני מסתכל לאחור אל הנורמות הקיימות ואל

96 ראו פרק ד להלן.

97 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: עניין "קול העם"). מבחני איזון המשיכו להתפתח במשפט המנהלי גם אחרי עניין "קול העם" – ראו, למשל, בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407 (1962) (להלן: עניין אולפני הסרטה). בשלב מסוים התאחדו מבחני האיזון עם מבחני הסבירות – ראו, למשל, בג"ץ 5688/92 ויכסלכבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812 (1993).

98 לעניין הסבירות ראו בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד (2) 94 (1976); עניין דפי זהב, לעיל ה"ש 86; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990). עילת המידתיות התפתחה במשפט המנהלי עוד לפני פיתוחה כחלק מפסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד בפסק-דין בנק המזרחי (לעיל ה"ש 35) – ראו בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217, 218–220 (1993); בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994). היא הופיעה גם בספרות האקדמית בהקשר של המשפט המנהלי עוד לפני פיתוחה בפסק-דין בנק המזרחי – ראו זאב סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט 507 (1990); יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109, 130–133 (1994).

99 אין הכוונה כאן לטקסט המעגן את עצם מבחני המידתיות, דוגמת ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק וס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אוימנס יש שיטות חוקתיות שבהן בית-המשפט מפרש את מבחן המידתיות ללא טקסט חוקתי מפורש המעגן אותו. זה המצב, למשל, ב"אם המידתיות גרמניה, שבה בתי-המשפט פירשו את המידתיות מתוך עקרון "שלטון החוק", ולא מתוך הטקסט. ראו: Jürgen Schwarze, *European Administrative Law* ch. V, sec. 2.1 (2006). עורר ראו: Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German: Proportionality: The Historical Origins*, 8 INT'L J. CONST. L. 263 (2010). אף אצלנו המובן המפורט של מבחני המידתיות אינו נמצא בטקסט, שקובע רק כי פגיעה בזכות צריכה להיות "במידה שאינה עולה על הנדרש". אולם לא לכך הכוונה כאן, כאמור. הטענה כאן נוגעת



השאלה מה הייתה כוונתם של מנסחיהן. מבחן איזון או מבחן מידתיות, לעומת זאת, מסתכלים קדימה אל עבר ההשלכות של יישום נורמות או החלטות מסוימות, ואל השאלה אם אלה יהיו ראויות, מוצדקות או מאוזנות. על-פי דימוי אחר, מבחני איזון ומידתיות מעבירים את בית-המשפט למצב שלפני ההחלטה של הרשות או של המחוקק, ומעמידים אותו בעמדת הרשות או המחוקק בבואם לבחון את היתרונות והחסרונות של החלטה שלטונית או דבר חקיקה. בכך מבחני איזון ומידתיות מיייתרים למעשה את המבט אחורה אל הטקסט, ואינם נסמכים עליו. הדוגמה ההיסטורית הידועה ביותר הייתה בפסק-דין "קול העם", שבו הצליח השופט אגרנט, באמצעות מבחן איזון, להתגבר על טקסט שיצר הסמכה רחבה לפגיעה בחופש הביטוי. דוגמה יפה מן הזמן האחרון היא השימוש שנעשה במבחן המידתיות לפירוש פקודת העיתונות, המסמיכה את המועצה לביקורת סרטים לצנזר סרטים: בפסק-דין בכרי<sup>100</sup> החילה השופטת דורנר את המבחן השלישי של המידתיות לצורך איזון בין הנזק שבצנזורה לבין התועלת שבה, והגיעה למסקנה כי הנזק יעלה על התועלת, מכיוון שהצנזורה מפנה תשומת-לב ציבורית לסרט ולכן רק מגבירה את העניין בו. זהו נימוק עקרוני שנראה כי יחול בכל מקרה עתידי של פסילת סרט. המידתיות, אם כן, לא רק שאינה דורשת טקסט, אלא יכולה לחתור תחתיו – הטקסט מסמיך את המועצה לערוך צנזורה, מן הסתם מתוך איזון מסוים בין שיקולים של חופש ביטוי לבין אינטרסים אחרים שעמדו לנגד עיניו של המחוקק, אך מבחן המידתיות עוקף איזון זה, ומתוך גישה ישירה אל אותם שיקולים מוביל למעשה למסקנה ההפוכה שלפיה צנזורה תהיה פסולה כמעט תמיד.

#### 4. טשטוש ההבחנה בין ביקורת המנהל לביקורת הפרלמנט

לכסוף, אפשר לראות מעבר למודל מנהלי גם בטשטוש שבין ביקורת הרשות המבצעת לביקורת הרשות המחוקקת אשר מאפיין את המודל החוקתי החדש ומוביל גם לטשטוש הבעיה האנטי-רובנית שבו. כפי שעולה מהנקודה הקודמת, דרישת ההצדקה והמבחינים של שיקול-הדעת של הרשות יכולים לחול מבחינת הגיונם על המחוקק באותה מידה שבה הם חלים על הרשות המבצעת.

כן, למשל, בפסק-דין בנק המזרחי, במסגרת ביסוס סמכותו של בית-המשפט לערוך ביקורת שיפוטית חוקתית על-פי חוקי-היסוד החדשים, השופט חשין מפרש את סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כמשקף את העיקרון של "שלטון החוק ברשות המחוקקת",<sup>101</sup> ואילו הנשיא ברק מדבר על כך ש"ביסוד הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק עומד עקרון 'שלטון החוק' או, נכון יותר, שלטון החוקה או המשפט".<sup>102</sup> הנשיא ברק מצטט בהזדמנות זו את שר המשפטים דאז צדוק, אשר אמר, בהציגו את חוק-יסוד: החקיקה, את הדברים הבאים:

---

בחוסר הצורך בטקסט שהמידתיות תחול עליו, כלומר, בפרשנות של טקסט המעגן את הזכות או לחלופין את האינטרס המוגן.

100 בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (פסק-דינה של השופטת דורנר) (2003).

101 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 35, פס' 114 לפסק-דינו של השופט חשין.

102 שם, פס' 78 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

"מסכים אני שיש להשאיר לכנסת מרחב פעולה רחב בעבודת החקיקה שלה, אך ריבונות זו אין פירושה שרירות־לב לגבי עקרונות יסוד. אני סבור שהמושג של שלטון החוק, שכולנו דוגלים בו, פירושו שהכל כפופים לחוק – הממשלה, המינהל, הנשיא, מבקר המדינה, וגם הכנסת. כשם שלרשויות האחרות ניתנה מסגרת מבוקרת של סמכויות, כך יש לתת מסגרת כזאת, אם כי רחבה יותר, גם לחקיקת הכנסת."<sup>103</sup>

המחוקק, כמו כל אחת מהרשויות, כפוף אף הוא לשלטון החוק ולעקרונות של הגינות וסבירות, וחייב, על־פי המודל החדש, להצדיק את פעולתו לפני הציבור, ובעיקר לפני מי שנפגע מפעולתו. פעולת המחוקק, כמו פעולת המנהל, צריכה להיעשות בשקיפות ובהליך ראוי, ובעיקר להיות מוצדקת מהטעמים הנכונים ולאזן כראוי בין הטעמים השונים. ראייה כזו של תפקיד בית־המשפט מצניעה את הקושי האנטי־רובני ואף מבטלת אותו. על־פי התפיסה המנהלית של המשפט החוקתי, כאשר בית־המשפט דורש הצדקה מהמחוקק, הוא אינו מתנגד לרצון העם, אלא מוודא שרצון זה מתקיים בכך שהוא מוודא כי יש צידוקים ראויים לחקיקה. לפי מודל זה, אין הבדל קטגורי בין ביקורת שיפוטית על המנהל לבין ביקורת שיפוטית על המחוקק.

הטשטוש בין ביקורת המנהל לביקורת המחוקק בא לידי ביטוי במשפט המנהלי הישראלי בכמה דרכים נוספות. בתחילת שנות השמונים ביטל בג"ץ דוקטרינות שהגנו על המחוקק מפני ביקורת שיפוטית, והחל לבקר את הכנסת בהיבטים שונים של פעולתה. בפסק־דין שריד<sup>104</sup> בוטלה הדוקטרינה שלפיה הליכים פנים־פרלמנטריים חסינים מפני ביקורת בג"ץ מכיוון שהם אינם "שפטיים". למן פסק־דין זה, החלטות כגון קביעת מועדים לישיבות של הכנסת, החלטות של הכנסת הנוגעות בהסרת חסינות או בשכר, החלטות של יושב־ראש הכנסת, תקנון הכנסת ואף הליך החקיקה עצמו<sup>105</sup> נפלו במסגרת הביקורת המנהלית של בית־המשפט העליון, והיו חשופים לסטנדרטים של סבירות החלים על כל רשויות השלטון, על־פי העיקרון של שלטון החוק במחוקק. ההבדל הקטגורי בין הפרלמנט לבין הרשות המבצעת, שאותה ירשה השיטה הישראלית מהשיטה הבריטית, נשחק בצורה משמעותית. תחילתה של המגמה היא אם כן בביקורת שיפוטית על ההליך – הליכים פנים־פרלמנטריים והליכי חקיקה; המשכה, כך אבקש לטעון, הוא בביקורת שיפוטית גם על התוצר המהותי של הפרלמנט – החקיקה. לאחר המהפכה החוקתית ממשיך בית־המשפט את אותן פרקטיקות שהתפתחו בתוך המשפט המנהלי כאשר הוא בא לבקר חוקים וכאשר הוא מפרש את חוקי־

103 ד"כ 76, 1705 (התשל"ו), מצוטט בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 420.

104 בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982).

105 בית־המשפט החיל לראשונה את הררישה להליך ראוי בהליך החקיקה בבג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 35 (1998), שם טבע השופט אור את מבחן "הפגם היורד לשורשו של עניין" בנוגע להליך חקיקה פגום, שיכול להביא לידי ביטולו של החוק. השופט ביניש, בבג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004), מתקרבת אולי יותר מכל אחד אחר לבטל חוק בשל הליך לא־ראוי, ומפתח מבחן זה, אך נמנעת בסופו של דבר מלהחילו. נמצא, אם כן, שגם בישראל החוקתיות החדשה מתאפיינת בהחלת שלטון החוק במובנו הפרוצדורלי גם על המחוקק, אבל כופפת את עצמה עדיין לסייגים שנובעים מהגישה הקודמת.

היסוד, וכך תורם לטשטוש ההבחנה בין ביקורת המנהל לביקורת הפרלמנט. כפי שצינו אחרים, בית-המשפט קרא למעשה את המבחנים שהתפתחו בתוך המשפט המנהלי לגבי זכויות אל תוך פסקות ההגבלה שבחוקי-היסוד החדשים, וכך יצר המשכיות בין פסיקותיו במשפט המנהלי שחלו על המנהל לבין פסיקותיו החדשות שחלות על המחוקק.<sup>106</sup> כפי שאציין בהמשך, במסגרת הדיון על הגנאלוגיה של התפתחות המשפט החוקתי בישראל, הדבר ניכר בצורה המובהקת ביותר בהליך הבג"צי עצמו, אשר לא השתנה כאשר בג"ץ עבר לבחון חקיקה ראשית באופן מהותי. כך, כאשר בתי-המשפט בוחנים חקיקה ראשית, הם עושים זאת בהליך שתפור למעשה למידותיו של הליך מנהלי – באמצעות צו על-תנאי ולאחר-מכן צו "עשה" – וכך נוצר גם מבחינה פרוצדורלית אותו טשטוש בין המשפט המנהלי למשפט החוקתי.

אם מהפך המוסדי נראה שהטשטוש ייחודי לישראל, הטשטוש הדוקטרינרי משותף גם לשיטות משפט אחרות. דבר זה מתבטא בעיקר בעובדה שבתי-משפט חוקתיים ברחבי העולם אימצו את מבחני המידתיות, שהם מבחנים שהתפתחו בתוך המשפט המנהלי ויועדו מלכתחילה לביקורת המנהל.

### ג. הגנאלוגיה של המשפט החוקתי

בחלק זה של המאמר אבקש לבחון את התהוותם של השינויים שחלו במשפט החוקתי במדינות רבות ובישראל, ולהציג תיאור היסטורי שלהם שמספק הסבר אפשרי לטענתי בדבר המנהליזציה של המשפט החוקתי. התיאור ההיסטורי מסביר גם מדוע לא חלה התפתחות דומה בארצות-הברית. טענתי תהיה שהפער שנוצר בין ארצות-הברית לאירופה נעוץ, בין היתר, בעובדה שבארצות-הברית התפתח המשפט החוקתי בנפרד מן המשפט המנהלי, והתפתחותו קדמה לו בשנים רבות. לעומת זאת, ברוב מדינות אירופה קדם המשפט המנהלי למשפט החוקתי (של זכויות), ובתי-המשפט פיתחו את המבחנים והתפיסות של זכויות אדם תחילה במסגרת המשפט המנהלי ורק לאחר-מכן במסגרת המשפט החוקתי. למעשה, האירופים חיקו את המודל האמריקני כאשר אימצו אף הם חוקות המגינות על זכויות אדם עם ביקורת שיפוטית, אך המערך המושגי שהם הלבישו על מודל זה היה שונה, וההיגיון שלו התפתח בתוך המשפט המנהלי. הדבר מאפיין במיוחד את המשפט בגרמניה, ובשל מרכזיותו של המודל הגרמני למודל האירופי, תהווה גרמניה את הדוגמה העיקרית שלי לגנאלוגיה של המודל החדש. אנגליה מהווה גם היא מודל שהשוואה אליו מתבקשת, בשל השפעתו הרבה על המשפט המנהלי בישראל ובשל העובדה שגם באנגליה נעשה פיתוח זכויות במסגרת המשפט המנהלי. אך באנגליה, בניגוד לגרמניה, לא התרחש מעבר מובהק למודל חוקתי, כולל חוקה כתובה עם ביקורת שיפוטית, ולכן קשה לדבר על מנהליזציה של

106 ראו פסק-דין בכרי, לעיל ה"ש 100, פסק-דינה של השופטת דורנר, שבו השיקולים הנוגעים בהסתברותה ובעוצמתה של הפגיעה כרגשות באים לידי ביטוי במבחן השלישי של המידתיות – המידתיות במובן הצר. כן ראו: Moshe Cohen-Eliya & Gila Stople, *Probability Thresholds as Deontological Constraints in Global Constitutionalism*, 49 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 75 (2010) (הטוענים כי מבחני ההסתברות המנהליים משולבים בתוך המבחן השלישי של המידתיות).

המשפט החוקתי שם. ככל שמתפתח גם באנגליה משפט חוקתי, נראה שחלק מהמאפיינים שנסקרו פה מתאימים גם לו.<sup>107</sup>

## 1. התפתחות המשפט החוקתי והמשפט המנהלי בארצות-הברית

בארצות-הברית התפתח המשפט החוקתי שנים רבות לפני התפתחותו של המשפט המנהלי. הוא התפתח באופן טבעי סביב הטקסט של החוקה משנת 1789, כולל התיקונים לחוקה שקיבעה מגילת הזכויות בשנת 1791, והמשפט האמריקני של זכויות האדם התפתח מראשיתו בהתייחס לטקסט מכונן זה. ראשית הביקורת השיפוטית בארצות-הברית, בפסק-דין *Marbury*,<sup>108</sup> לא עסקה בשאלות של זכויות אדם, אלא בשאלות של החוקה המוסדית ושל סמכויות הנשיא. גם מקרים מכוננים רבים אחרים של המאה התשע-עשרה עסקו בעיקר בשאלות של פדרליזם ושל החוקה המוסדית, אבל שאלות של זכויות נידונו בהרחבה בבית-המשפט בארצות-הברית מראשית ימיה של החוקה ובמהלך המאה התשע-עשרה. כבר בסוף המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים החלה התעוררות מואצת של פסיקה בנוגע למגילת הזכויות, כולל פסקי-דין סמינליים שנגעו בזכות לקניין, בזכות לחירות (ובכלל זה בתורה של הליך הוגן מהותי), בחופש הדיבור והאספה ועוד. דרך הניתוח של הביקורת השיפוטית הנוגעת בזכויות התפתחה באופן דומה לזו של הניתוח החוקתי המוסדי, כפי שתוארה לעיל במסגרת תיאור המודל הקלסי – התייחסות לטקסט החוקתי ופרשנות של החוקה כטקסט "משפטי", כלומר, ככזה שיוצר נורמות משפטיות מחייבות אבל עליונות, כפי שנפסק בעניין *Marbury*. מבחינה מהותית, ההתייחסות אל המגבלות שבחוקה הייתה כאל הוראות שליליות – כלומר, כמטילות מגבלות על השלטון וכמהוות חריג להליך הדמוקרטי של ייצוג באמצעות הפרלמנט – ולכן יש לפרשן בצמצום וצריך לחול לגביהן הכלל של חזקת החוקתיות, שעל-פיו יש חזקה שחוק עומד במגבלות החוקה.<sup>109</sup> כמוכן, גם בתוך המשפט החוקתי האמריקני יש גישות שונות ותפיסות שונות של זכויות, כולל תפיסות של זכויות טבעיות שאינן קשורות לטקסט. בעיקר בשנות השישים של המאה העשרים, בתקופת בית-המשפט של הנשיא וורן, ניתן לזהות גישה הדומה יותר לגישות אירופיות וקשורה לתפיסה של זכויות טבעיות, וגם כיום יש שופטים הקרובים בנטייתם לגישה האירופית, אך אלה שניונים של מידה. גם במקרים אלה המסגרת המחשבתית הכללית נטועה בתוך ההיגיון של המשפט החוקתי הקלסי, כהיגיון פרשני וכמשפט הקשור לטקסט משפטי.<sup>110</sup>

107 באנגליה לא התקבלה מעולם חוקה, אך התקבל ה-*Human Rights Act of 1998*, אשר קובע כי על המשפט הפנימי באנגליה להתאים לכללים שנקבעו באמנה האירופית לזכויות אדם, ומסמך את בית-המשפט באנגליה להכריז כי חוק אנגלי אינו תואם אותם. עם זאת, אין בסמכותו של בית-המשפט לבטל חוקים. המשפט החוקתי שהתפתח באנגליה בעקבות ה-*Human Rights Act* כולל חלק מהמאפיינים שנסקרו במאמר זה כמאפיינים את המודל החוקתי החדש, כולל מרכזיותו של מבחן המידתיות. ראו: ALAN D.P. BRADY, *PROPORTIONALITY AND DEFERENCE UNDER THE UK HUMAN RIGHTS ACT: AN INSTITUTIONALLY SENSITIVE APPROACH* 1 (2012).

108 לעיל ה"ש 55.

109 ראו לעיל ה"ש 69 וההפניות שם.

110 מבין השופטים האמריקנים המכהנים כיום בבית-המשפט העליון האמריקני, השופט סטיבן ברייר (Stephen Breyer), הנמנה עם הזרם הליברלי מבין שופטי העליון, מייצג כיום עמדה

לעומת המשפט החוקתי, המשפט המנהלי התפתח בארצות־הברית מאוחר הרבה יותר – רק בראשית המאה העשרים. כפי שכותב משפטן אמריקני בשנת 1933: “The very term ‘administrative law’ was but a generation ago deemed exotic”<sup>111</sup> לורנס פרידמן (Lawrence Friedman), היסטוריון של המשפט האמריקני, כותב כי משפט מנהלי הוא mostly a contribution of the 20th century<sup>112</sup>, והדבר מקבל ביטוי גם בכך שבארצות־הברית, בניגוד לאירופה, לא הוקמו עד לאותה תקופה בתי־משפט מנהליים נפרדים, ואף לא היה הליך מנהלי נפרד מהליכים אזרחיים או חוקתיים. ג'רי מֶשוֹ כותב:

“Until well into the twentieth century federal judicial remedies respecting administrative action took two dominant forms: either a common law action against the officer or a suit challenging the constitutionality of the administrator’s authorizing statute. From this perspective administrative law disappears into common law subjects like torts, contracts, property, and civil procedure or into constitutional law.”<sup>113</sup>

המשפט המנהלי בארצות־הברית התפתח בעיקר בעקבות עלייתן של המדינה המנהלית והרשויות (agencies) המנהליות הפדרליות – תהליך שהתרחש בחלק הראשון של המאה העשרים<sup>114</sup> והתעצם בתקופת ה"ניו דיל" (New Deal) בשנות השלושים – ולאחר־מכן בתקופת מדיניות הרווחה בשנות השישים. המשפט המנהלי התפתח בארצות־הברית מתוך החשש לאובדן לגיטימיות דמוקרטית בעקבות העצמתן של רשויות מנהליות שאינן כפופות באופן הדוק לרצון הבוחרים ואף לא לרצון נציגיהם. הכוח העצום שרכשו רשויות אלה הוביל להתפתחות הצורך בפיקוח ובמשפט מנהלי.<sup>115</sup>

---

הקרובה יותר לגישה האירופית. אך גם הוא נזהר לא לאמץ גישה אירופית במפורש, ונשאר נאמן לגישה הפרשנית האמריקנית. Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 SAN DIEGO L. REV. 367 (2009).

Edwin Borchard, *French Administrative Law*, 18 IOWA L. REV. 133, 134 (1933) 111

פרידמן כותב כך: “In hindsight, the development of administrative law seems mostly a contribution of the 20th century”<sup>112</sup> LAWRENCE M. FRIEDMAN, *A HISTORY OF AMERICAN LAW* 439 (2nd ed. 1985).

Jerry Mashaw, *Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787–1801*, 115 YALE L.J. 1256, 1258 (2006) 113

THEODORE J. LOWI, *THE END OF LIBERALISM* 128 (1969): “Delegation of power did not become a widespread practice or constitutional problem until government began to take on regulatory functions. The first century was one of government dominated by Congress and virtually self-executing laws” 114

לטיעון דומה לגבי הסיבות להתפתחותו של משפט מנהלי בין־לאומי ראו את מאמרו של איל נבכנישתי – Eyal Benvenisti, *The Interplay Between Actors as a Determinant of the Evolution of Administrative Law in International Institutions*, 68 LAW & CONTEMP. PROBS. 319, 319–322 (2005) – שבו הוא טוען כי המשפט המנהלי הבין־לאומי התפתח כתגובה על הסמכויות הנרחבות שהוענקו לרשויות המנהליות הבין־לאומיות ולנוכח חוסר הפיקוח עליהן. 115

לסיכום, אם כן, אף שמטרותיו של המשפט המנהלי האמריקני דומות לאלה של עמיתו האירופי – פיקוח על רשויות המדינה והכפפתן לשלטון החוק – כתחום עצמאי הוא מהווה התפתחות מאוחרת יותר מאשר עמיתו האירופי. בחלקו הוא נבלע על-ידי הדומיננטיות של המשפט החוקתי האמריקני, ובעיקר, לענייננו, ה"אתר" שבו התפתחו זכויות אדם בארצות-הברית היה המשפט החוקתי, ולא המנהלי. מכאן ניתן להבין אולי מדוע איננו רואים תהליך מקביל של מנהליזציה בארצות-הברית כפי שרואים באירופה. מעניין שבין השופטים כיום הקרובים בעמדתם לעמדה האירופית נמצא השופט סטיבן ברייר (Stephen Breyer), אשר קודם למינויו לבית-המשפט העליון היה מרצה למשפט מנהלי באוניברסיטת הרווארד בארצות-הברית.

## 2. התפתחות המשפט החוקתי והמשפט המנהלי בגרמניה

בניגוד לארצות-הברית, בשיטות המשפטיות המרכזיות באירופה הקונטיננטלית – גרמניה, צרפת<sup>116</sup> ואיטליה<sup>117</sup> – התפתח המשפט המנהלי שנים רבות לפני המשפט החוקתי. הדוגמה המרכזית שבחרתי להתרכז בה היא גרמניה, בשל מרכזיותו של המשפט החוקתי הגרמני וההשפעה הרבה של המודל הגרמני באירופה ומחוץ לה, כולל בישראל. כמו-כן, המשפט החוקתי הגרמני הוא בין השיטות המובילות והמובהקות מבחינת אימוץ המאפיינים של המודל החוקתי החדש, כפי שתוארו לעיל.<sup>118</sup>

בגרמניה התפתח המשפט המנהלי במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה – שנים רבות לפני המשפט החוקתי, שתחילתו רק אחרי מלחמת-העולם השנייה. יסודותיו של המשפט המנהלי הגרמני מוקדמים למעשה עוד יותר, ואפשר למצוא אותם בהתבססות על עקרון שלטון החוק (Rechtsstaat) בפרוסיה של סוף המאה השמונה-עשרה. בשנת 1974 התפרסם ה"Allgemeines Landrecht", אשר קובע בסעיף 10(2) כי את כוח המדינה (police power) ניתן להפעיל רק על-פי הסמכה בחוק ורק ככל שהדבר הכרחי לשמירה על הסדר הציבורי.<sup>119</sup> בכך ניטע הבסיס לעיקרון היסודי של המשפט המנהלי בדבר חובת המנהל

116 המשפט המנהלי הצרפתי החל להתפתח בשנת 1800, עם הקמת ה-Conseil d'Etat על-ידי נפוליאון. ראו Borchard, לעיל ה"ש 111.

117 באיטליה נהוג לייחס את תחילתו של המשפט המנהלי לתחילתה של איטליה המאוחדת, שאז הוקמה גם מועצת המדינה (Council of State), אם כי המדינה המאוחדת הושפעה גם מהמשפט המנהלי שהיה קיים במדינות שלפני האיחוד, ובעיקר מזה של סרדיניה. ראו: Bernardo Giorgio Mattarella, *Administrative Law in Italy: An Historical Sketch* (2010), available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2199888](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2199888).

118 ראו Möller, לעיל ה"ש 18, בעמ' 15-17, המאפיין את המשפט הגרמני כמקרה מובהק של המודל הגלובלי של זכויות. גם בשיטה הצרפתית התפתחה ההגנה על זכויות אדם דרך המשפט המנהלי שנים רבות לפני שהגיעה למשפט החוקתי, למעשה רק בשנת 1971. בנוגע לשיטה האנגלית ראו לעיל ה"ש 106 והטקסט שליטה.

119 Stone Sweet & Mathews, לעיל ה"ש 5.

לעגן פגיעה באזרח בהסמכה בחוק (שלטון החוק), ואף לעקרון המידתיות, הקובע כי פגיעה תתאפשר רק אם היא הכרחית.<sup>120</sup>

ראשיתו הרשמית של המשפט המנהלי הגרמני היא עם הקמתם של בתי-המשפט המנהליים במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה בכמה מדינות באימפריה הגרמנית של ביסמרק, ובעיקר בפרוסיה. בתי-משפט אלה הוקמו לאחר שנים רבות של ויכוחים ודיונים פנימיים בפרוסיה, והיוו ניצחון לזרם הליברלי בתרבות הפוליטית הגרמנית.<sup>121</sup> מראשית פעולתם ביססו בתי-המשפט המנהליים בגרמניה פסיקה מרשימה מבחינת מידת ההגנה שהיא מספקת לזכויות אדם. בין פסקי-הדין המנהליים המרגימים את התפתחות ההגנה על הזכויות במסגרת המשפט המנהלי ניתן למנות את פסק-דין *Kreuzberg* משנת 1882, שהגן על זכות הקניין כאשר פסל תקנה עירונית בברלין שאסרה בנייה שחוסמת את ראייתם של מונומנטים לאומיים, מן הטעם שרק פגיעה בשלום הציבור יכולה להצדיק שימוש בכוח השיטור של המדינה, ולא טעמים אסתטיים.<sup>122</sup> שני פסקי-דין חשובים נוספים היוו פיתוח ברור של חופש הביטוי וחופש האספה במסגרת המשפט המנהלי. האחד פסל הגבלות שהטילה המשטרה על הפגנה של המפלגה הסוציאליסטית, מן הטעם שהמשטרה לא הצביעה על סכנה לשלום הציבור,<sup>123</sup> ובאחר פסל בית-משפט מנהלי צנזורה שהוטלה על מחזה שביקר את הקפיטליזם בגרמניה, מן הטעם שלא הוכחה סכנה לפגיעה בשלום הציבור.<sup>124</sup> בהעדר חוקה אפקטיבית בתחום זכויות האדם, נהפך אם כן המשפט המנהלי לזירה המרכזית להגנה על זכויות ליברליות בגרמניה, וזאת לא באמצעות טקסט, אלא באמצעות עקרונות כלליים של שלטון החוק ושל מידתיות.<sup>125</sup>

המשפט החוקתי הגרמני של זכויות אדם, לעומת זאת, הוא התפתחות מאוחרת הרבה יותר. חוקה הכוללת ביקורת שיפוטית בנוגע לזכויות נכפתה למעשה על גרמניה לאחר מלחמת-העולם השנייה כמייצגת את "צדק המנצחים" – ארצות-הברית. לחלופין, על-פי תיאור מחמיא יותר, היא אומצה על-ידי גרמניה עצמה כלקח מהנאציזם וכדרך למנוע את חזרתו של משטר טוטליטרי באמצעים דמוקרטיים.

120 יש לציין כי המושג "שלטון החוק" קיבל בגרמניה משמעות שונה מאשר באנגליה, עם הגש גדול יותר בתפקיד המדינה בעיצוב החיים במדינה. ראו: LEONARD KRIEGER, *THE GERMAN IDEA OF FREEDOM* 460 (1957). ראו גם את הדיון בפרק ה' להלן. לדיון בהשפעתו של עקרון "שלטון החוק" הגרמני על הדין הישראלי ראו עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית-המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא 259, 292-294 (1998).

121 Kenneth F. Ledford, *Formalizing the Rule of Law in Prussia: The Supreme Administrative Law Court, 1876-1914*, 37 *CENTRAL EUR. HIST.* 203, 212 (2004).

122 353 (1882) *PROVGE (Decisions of the Prussians Administrative Law Court)* 9 מצוטט אצל: MAHENDRA P. SINGH, *GERMAN ADMINISTRATIVE LAW IN COMMON LAW PERSPECTIVE*: אצל: (2nd ed. 2001).

123 VERNON L. LIDTKE, *THE OUTLAWED PARTY: SOCIAL DEMOCRACY IN GERMANY 1878-1890*, 241-262 (1966).

124 ראו Ledford, לעיל ה"ש 121, בעמ' 220.

125 לדיון בהתפתחותה של עילת המידתיות במשפט המנהלי המוקדם, ולהשוואתה לדוקטרינת האיזון שהתפתחה במקביל בארצות-הברית, ראו Cohen-Eliya & Porat, לעיל ה"ש 99.

לגרמניה הייתה אומנם חוקה בתקופות שקדמו למלחמת-העולם השנייה, ובכלל זה החוקה של רפובליקת ויימר, שכללה הגנה על זכויות,<sup>126</sup> אך בתי-המשפט בגרמניה מעולם לא נטלו חלק בפרקטיקה מגובשת של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית הפוגעת בזכויות. לאחר מלחמת-העולם השנייה לחצו כאמור בעלות-הברית על גרמניה לאמץ חוקה שתכלול מגילת זכויות עם ביקורת שיפוטית. אף שהיה זה תכתיב שגרמניה לא הייתה חופשית לסרב לו, היה לה עדיין חופש לעצב את המבנה הפנימי של ההסדר החוקתי. כפי שיתואר גם בהמשך, המבנה שאומץ הוא אפוא שילוב של התפיסה האמריקנית של ביקורת שיפוטית עם המבנים המוסדיים שהתפתחו במשפט הגרמני ובמשפט האוסטרי לפני מלחמת-העולם השנייה. בהתאם לכך הוקם בית-משפט לחוקה, ששופטיו נבחרים בפרוצדורה שונה מזו הנהגת לגבי שופטי בתי-המשפט הרגילים, ואשר תפקידו היחיד הוא בחינת חוקתיותם של חוקים, על-פי המודל האוסטרי שייסד הנס קלזן (Hans Kelsen).<sup>127</sup>

חשובה מכך, לענייננו, היא העובדה שבית-המשפט הגרמני, כשם שהתאים את המודל האמריקני של ביקורת שיפוטית למסורת המשפטית הגרמנית מבחינת מבנה המוסדות, עשה כך גם מבחינת הדין המהותי והפסיקה. פסיקתו של בית-המשפט החוקתי הגרמני מעידה כי הבחירה לא הייתה בנייתו מהמסורת של זכויות אדם שהתפתחה במשפט המנהלי במשך המאה התשע-עשרה וברפובליקת ויימר, ובאימוץ מודל פסיקתי שיהיה דומה יותר למודל האמריקני (המבוסס על פרשנות של טקסט, מדינה ניטרלית בעלת כוחות מצומצמים, וזכויות שליליות שמתפרשות בצמצום). במקום זאת הבחירה הייתה בהמשכיות, ובית-המשפט החוקתי הגרמני אימץ את המסורת שהתפתחה במשפט המנהלי הגרמני, ואף את המבנים והמערכת המושגית שהתפתחו בו.<sup>128</sup>

אחד הסממנים המובהקים לאימוץ ההיגיון של המשפט המנהלי בתוך המשפט החוקתי הגרמני הוא אימוץ מבחן המידתיות שהתפתח בתוך המשפט המנהלי הפרוסי. מבחן זה לא רק אומץ, אלא נהפך למבחן המרכזי במשפט החוקתי הגרמני, ובעקבותיו גם במשפטם של בית-המשפט האירופי לזכויות אדם (ECtHR) ושל בית-הדין האירופי לצדק (ECJ), וכן

126 על-פי מילר וקורמר, החוקה של רפובליקת ויימר כללה הגנה נפלאה על זכויות, ולהלכה הייתה זו החוקה האידיאלית לזכויות אדם. אכן, חלק גדול מחוקה זו אומץ מאוחר יותר על-ידי גרמניה שלאחר מלחמת-העולם השנייה, ומהווה עד היום חלק מ"החוק הבסיסי" הגרמני (החוקה הגרמנית לזכויות אדם). RUSSELL A. MILLER & DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY (3rd ed. 2012).

127 שם, בעמ' 368-381.

128 עם תום מלחמת-העולם השנייה המליץ לאונרד קריגר כי גרמניה תאמץ את המודל האמריקני של ניטרליות מדינית. ראו: LEONARD KRIEGER, THE GERMAN IDEA OF FREEDOM: HISTORY OF A POLITICAL TRADITION 470 (1957): "Dominant now is an attitude which views the state as a morally neutral, purely utilitarian organization of public power" עם זאת, הצעתו של קריגר לא התקבלה בסופו של דבר. הפרויקט הלאומי של החדרת ערכים חדשים של שוויון וכבוד האדם, במקום הערכים של המשטר הנאצי, הייב מדינה פעילה שאינה ניטרלית מבחינה ערכית, וגם תאם את אופי המשפט הגרמני שלפני המלחמה, ולכן זה המודל שנבחר בסופו של דבר. ראו: Donald P. Kommers, *German Constitutionalism: A Prolegomenon*, 40 EMORY L.J. 837, 852-853, 861 (1991).



במשפטן של שיטות חוקתיות רבות אחרות, כולל זו הישראלית. המבחן אומץ אף שאין לו אזכור טקסטואלי בלשון הבסיסית של החוקה הגרמנית, ואף שאין מקורות משפטיים אחרים המחייבים את השימוש בו. חרף זאת היה אימוצו טבעי, ולא נלוותה אליו התנגדות כלשהי.<sup>129</sup> זאת, בין היתר, כך סביר להניח, מכיוון שהמבחן היווה המשכיות להיגיון השיפוטי בנוגע לזכויות אדם שעל-פיו נהג המשפט המנהלי הגרמני במשך שנים רבות. מאפיין נוסף של המשפט הגרמני שניתן לשער כי נעוץ, בין היתר, במנהליזציה הוא העדרו של ויכוח משמעותי בשאלת הלגיטימיות של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, דוגמת זה המתקיים בארצות-הברית ובחבר-המדינות. פיתוח זכויות אדם באמצעות המשפט המנהלי, כפי שתואר בפרק הקודם, מטשטש את ההבחנה בין ביקורת המחוקק לביקורת הפרלמנט, ומצניע לכן את הבעיה הדמוקרטית שבביקורת הפרלמנט.

### 3. מסקנות

התהליך של השתנות המשפט החוקתי והתרחקותו מהמודל האמריקני אל עבר מודל המושפע מן המשפט המנהלי – המתאפיין בירידת ערך הטקסט, במעבר למבחני הצדקה, בהרחבת תחולתן של זכויות, בטשטוש בין זכויות לאינטרסים ובטשטוש הייחודיות שבביקורת הפרלמנט – הושפע מן העובדה שבמדינות המובילות את השינוי קדם המשפט המנהלי למשפט החוקתי. ההיגיון של המשפט המנהלי נטמע בתוך צורת השיפוט של זכויות ובתוך עצם התפיסה שלהן, וכך גם המערך המושגי שלפיו בתי-המשפט מפקחים על שיקול-הדעת של הרשויות, ובכלל זה של הרשות המחוקקת, ובכך מחזקים את האחריות הדמוקרטית, ואינם משיתים מגבלה על הדמוקרטיה. המשפט האמריקני, שבו התפתח המשפט המנהלי מאוחר יותר ובנפרד מהמשפט החוקתי, לא עבר תהליך דומה, ועל-כך שימר את הגישה הרואה זכויות חוקתיות כנורמות משפטיות מבוססות-טקסט אשר שואבות את הלגיטימיות שלהן מהרצון העליון של העם ומהוות חריג להליך הדמוקרטי הרגיל.

## ד. הגנאלוגיה של המשפט החוקתי בישראל

בפרק הקודם תוארו שתי תבניות: התבנית האמריקנית, שבה זכויות מעוגנות בחוקה כתובה הקיימת זה שנים ארוכות, ובתי-המשפט מפתחים את משפט זכויות האדם בהתייחס לטקסט החוקתי; ולעומתה התבנית הגרמנית, שבה, בהעדר חוקה עם מגילת זכויות ובהעדר ביקורת שיפוטית, בתי-המשפט מפתחים הגנה על זכויות במסגרת המשפט המנהלי, ומאוחר יותר מחילים את התפיסה שהתפתחה שם גם במסגרת המשפט החוקתי. בחלוקה זו בין שתי התבניות, ישראל שייכת באופן מובהק לזו השנייה, הגרמנית.

בישראל, הרבה לפני שבית-המשפט הכיר בזכותו לביקורת שיפוטית באמצע שנות התשעים, ובהעדר חוקה כתובה ועיגון טקסטואלי חוקתי לזכויות, התפתחה ההגנה על זכויות האדם במסגרת המשפט המנהלי והפיקוח המנהלי על רשויות השלטון. כידוע, החל

129 ראו COHEN-ELIYA & PORAT, לעיל ה"ש 8, בעמ' 14.

בשנותיו הראשונות פיתח בית המשפט מגילת זכויות פסיקתית במסגרת המשפט המנהלי.<sup>130</sup> פעילותו של בית המשפט לביסוס זכויות חוקתיות הייתה קשורה – במידה מסוימת בדומה למודל הגרמני – לעיקרון של שלטון החוק. בית המשפט ערך בדיקה קפדנית במיוחד של פעולות שלטון שפגעו בזכויות, ובחן שהן נעשו על-פי הסמכה מפורשת בחוק, למטרות ההסמכה בלבד ועל-פי הפרוצדורה שנקבעה בהסמכה. כך, כבר בשנותיו הראשונות ביטל בית המשפט פעולה של הרשות שפגעה בחירות העיסוק של אדם ללא הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית,<sup>131</sup> ביטל פעולה של הרשות שמנעה העסקת מורה מסיבות שלא היו חלק מההסמכה לפעולת הרשות,<sup>132</sup> וביטל אף צו מעצר מנהלי שהוצא נגד חשודים בטחוניים בגלל פגם פרוצדורלי באופן שבו ניתן צו המעצר.<sup>133</sup>

נדבך חשוב בפיתוח ההגנה המנהלית על זכויות היה החדרת מבחני איזון וסבירות, ומאוחר יותר גם מידתיות, לתוך המבחנים המנהליים, וזאת כהמשך לעיקרון של שלטון החוק. גם כאן, בדומה לגרמניה, השתרשה התפיסה כי לא זו בלבד שהרשות אינה רשאית לפגוע בזכויות בהעדר הסמכה מפורשת בחוק, אלא שאסור לה לפגוע בזכויות גם בהתקיים הסמכה אלא אם כן הדבר נדרש לצורך השגת מטרתה של ההסמכה, ולא מעבר לכך, ותוך איזון ראוי בין מטרותיה לבין השיקולים של זכויות אדם. פסק-הדין הראשון שביסס זכויות באמצעות מבחן איזון הוא פסק-דין "קול העם", שאיזן בין זכויות לאינטרסים באמצעות פרשנות של הטקסט המסמיך (פירוש פקודת העיתונות המסמיכה את שר הפנים לסגור עיתון באופן שמחייב איזון ראוי בין שלום הציבור לחופש הביטוי).<sup>134</sup> ההמשך היה בשנות השישים, בשורה של פסקי-דין שעסקו בהחלטות של המועצה לביקורת סרטים ומחזות ובצנזורה על סרטים ומחזות, תוך שימוש במבחני האיזון ישירות על שיקול-הדעת המנהלי ללא התיווך של פרשנות מילות החוק,<sup>135</sup> ולאחר-מכן בשנות השמונים והתשעים בפיתוח עילת הסבירות ועילת המידתיות.<sup>136</sup>

פסיקות אלה החדירו נורמות של מנהל תקין ושלטון החוק, מצד אחד, והחלו לבסס תפיסה של זכויות אדם, מצד אחר. גבול ההתערבות היה פעולתו של המחוקק, ובית המשפט דחה במפורש נסיונות להקנות לו כוח להחיל ביקורת שיפוטית גם על הרשות המחוקקת, מתוך שיקולים של דמוקרטיה והפרדת רשויות ובהעדר הסמכה מפורשת לכך בחוקה כתובה.<sup>137</sup> אך פיקוח על פעולת המנהל סיפק כר נרחב לביסוס זכויות.

130 ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 10, בעמ' 9-10: "בישראל, החל מהקמת המדינה, הלכה התפתחותו של המשפט המינהלי יד ביד עם התפתחותו של המשפט החוקתי ואף תרמה לו (דרך פיתוחה של מגילת זכויות פסיקתית שהוחלה, בראש ובראשונה, על הרשות המבצעת)."

131 בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80 (1949).

132 בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399 (1951).

133 בג"ץ 7/48 אל-כרכוטלי נ' שר-הבטחון, פ"ד ב 5 (1949).

134 עניין "קול העם", לעיל ה"ש 97.

135 ראו עניין אולפני הסרטה, לעיל ה"ש 97.

136 ראו את ההפניות בה"ש 98 לעיל.

137 ההלכה נקבעה באחד מפסקי-הדין הראשונים של בית-המשפט העליון – בג"ץ 5/48 ליון נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 58 (1948).

נמצא, אם כן, שהאתר להתפתחותן של זכויות אדם במשפט הישראלי היה המשפט המנהלי, ואתר זה, כפי שניסיתי לטעון במהלך מאמר זה, השפיע גם על הדרך שבה נתפסו הזכויות ועל סגנון הביקורת השיפוטית בנוגע לזכויות. בית-המשפט מעולם לא ביסס זכויות אדם בישראל על בסיס טקסטואלי, והמתודה שלו לביסוס זכויות לא הייתה פרשנית, מכיוון שלא היה טקסט כלשהו המגן על זכויות שהיה אפשר לפרשו. לפיכך תפיסת הזכויות שהתפתחה בישראל לא הייתה קשורה למסורת פרשנית כמו זו שהתפתחה בארצות-הברית.<sup>138</sup> כפי שציניתי במקום אחר, העדר טקסט המעגן זכויות השפיע גם על המובן של מבחני איזון בישראל בהשוואה לארצות-הברית. בישראל שימשו מבחני איזון להחזרת זכויות לתוך המשפט הציבורי. בארצות-הברית, לעומת זאת, הזכויות היו קיימות, אך מכיוון שהן קיבלו בטקסט הגנה מוחלטת, האיזון מול אינטרסים אחרים הוביל דווקא לפיחות בעוצמתן.<sup>139</sup> נוסף על כך, ההגנה על זכויות נעשתה בישראל בד בבד עם הגנה על אינטרסים אחרים ועם הגנה על שלטון החוק באופן כללי, לעיתים תוך טשטוש הגבולות ביניהם, מכיוון שאלה כמו אלה הם חלק ממטרותיו של המשפט המנהלי. גם בכך היה כדי להשפיע על תפיסת הזכויות בישראל. לבסוף, ההגנה על זכויות התאפיינה, במיוחד החל בשנות השמונים, במרכזיותם של מבחני הצדקה, כגון מבחני האיזון, הסבירות והמידתיות. לחידוד התיאור שלעיל ניתן לומר כי מאפיינים אחרים של הפסיקה החוקתית בישראל נשאו אופי מנהלי מראשיתם – בעיקר העיגון הלא-טקסטואלי של הזכויות – ואילו אחרים, דוגמת מבחני האיזון ואחר כך מבחני המידתיות, התחדרו עם השנים.<sup>140</sup> כאשר עברה ישראל מהעידן המנהלי לעידן החוקתי, לא יצר המעבר נתק מן המסורת המנהלית של הגנה על זכויות, אלא להפך: הוא התאפיין בהמשכיות – קו המאפיין את המשפט הישראלי בכללותו, החל בהחלטה שהתקבלה בראשית ימי המדינה להמשיך את המסורת המשפטית שהתפתחה בתקופת המנדט<sup>141</sup> – כך שההיגיון שהתפתח במשפט המנהלי נשמר גם במעבר לעידן החוקתי.

מעבר לנטייה הטבעית של המשפט הישראלי לשמור על המשכיות, תרמו למנהליזציה של המשפט החוקתי שני נתונים נוספים שקשורים לדרך התפתחותו. הנתון האחד הוא הדרך שבה התקבלה ה"חוקה" הישראלית החדשה. גם כאן הסיפור ידוע: ישראל מעולם

138 אומנם, לא אחת נדרש בית-המשפט לפרש חוק במסגרת המשפט המנהלי, אך כמעט תמיד היה זה חוק המסמך את הרשות לפגוע בזכות, ולא חוק המעגן זכויות, ומכאן שלגבי זכויות לא התפתחה במשפט המנהלי מסורת שמבוססת על פרשנות.

139 עידו פורת "שישים שנות איזון: על המעבר מאיזון משני לאיזון מהותי בפסיקת בית-המשפט העליון" משפט ועסקים י' 347 (2009).

140 המעבר מהסמכה לאיזון במשפט החוקתי נתפס לא אחת כמעבר בכיוון ההפוך מזה שאני מתאר, כלומר, כהליך של חוקתיזציה של המשפט המנהלי. כאמור, איני מבקש להתווכח עם אפיון זה. טענתי היא בעיקר על-דרך ההשוואה עם המודל החוקתי האמריקני. מבחני האיזון והמידתיות, שהתפתחו במשפט המנהלי/החוקתי בישראל עוד לפני ההכרה בחוקי-היסוד כחוקה, מהווים את אחד המאפיינים של המודל שאני מכנה "המודל המנהלי", שכליבו הדרישה להצדקה של כל פעולה שלטונית הפוגעת באינטרס של האזרח.

141 Yoram Shachar, *History and Sources of Israeli Law*, in INTRODUCTION TO THE LAW OF ISRAEL 1 (Amos Shapira & Keren C. DeWitt-Arar eds., 1995).

לא אימצה חוקה במלוא מובן המילה, אלא עברה למודל חוקתי באמצעות פירוש מרחיב של שני חוקי-יסוד משנת 1992 אשר עיגנו לראשונה גם זכויות אדם וכלל פסקות הגבלה הרומזות על עליונות – חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוקי-יסוד: חופש עיסוק. כפי שצוין קודם, דרך קבלתם של שני חוקי-יסוד אלה הייתה רחוקה מאוד מהליך של הסכמה רחבה בעם, דיון ציבורי והשתתפות רחבה של כל שדרות הציבור, כמו בארצות-הברית, למשל. חוקי-היסוד התקבלו תוך נוכחות מצומצמת של חברי-כנסת, מבלי שרובם הבינו כי הם מצביעים על סעיפים ב"חוקה" או יוצרים שינוי משמעותי כלשהו במבנה השלטוני בישראל, וללא בולטות תקשורתית כלשהי.<sup>142</sup>

לבית-המשפט בישראל לא הייתה אפוא האפשרות לבחור במודל פרשני אמריקני, מכיוון שמודל כזה מחויב על-פי הגיונו הפנימי לחוקה שהתקבלה בהליך דמוקרטי משמעותי ועם בסיס לגיטימציה רחב. מעבר לכך, בית-המשפט גם לא היה מעוניין לפרש את הזכויות המנויות בחוקי-היסוד החדשים על-פי "כוונת המנסחים", כפי שעושה המודל הפרשני האמריקני, מכיוון שפרשנות כזו הייתה מובילה להיקף מצומצם בהרבה של הזכויות המוגנות מזו שבית-המשפט היה מעוניין בה. כידוע, רשימת הזכויות שנכללה בשני חוקי-היסוד משנת 1992 הייתה תוצאה של פשרה עם הסיעות הדתיות, אשר ביקשו לא לכלול בה זכויות העלולות לפגוע בסטטוס-קוו, כגון הזכות לשוויון, הזכות לחופש הדת ולחופש מדת, והזכות לחופש הביטוי.<sup>143</sup> אילו פירש בית-המשפט את חוקי-היסוד על-פי כוונת המנסחים, הוא לא היה יכול לעשות את המהלך שבו הכניס זכויות אלה לתוך חוקי-היסוד בדרך פרשנית. המודל שנשאר אם כן הוא המודל האירופי של הצדקה, שבו לטקסט החוקתי יש משמעות משנית בלבד, והוא אינו המקור העיקרי לגיטימציה של הביקורת השיפוטית.

*הנתון הנוסף שתרם למנהליזציה הוא העובדה שבשל אופיו האינקרימנטלי וה"זוחל" של המעבר מהמודל המנהלי לזה החוקתי, ובהעדר מהלך מסודר שבו ישראל מאמצת חוקה, מעולם לא התקבלה בישראל החלטה על המודל המוסדי הראוי לקיום ביקורת שיפוטית, ולא נוצר למעשה כל מערך מוסדי חדש שאמור לטפל בעתירות חוקתיות. במקום זאת נעשה שימוש במערך הקיים – המערך של בג"ץ, שנבנה כדי לטפל בעתירות מנהליות.*

כלומר, ההיגיון של המשפט המנהלי נשאב לתוך המשפט החוקתי בישראל גם מבחינה מוסדית, משום שגם לאחר המעבר למודל חוקתי של ביקורת חקיקה ראשית נותרו המוסדות וההליכים של המשפט המנהלי ללא כל שינוי. במובן זה, המנהליזציה של המשפט החוקתי בישראל היא רדיקלית אף יותר ממקבילתה במשפט החוקתי הגרמני, שכן המשפט החוקתי הגרמני אומנם אימץ במידה רבה את ההיגיון שנשאב מהמשפט המנהלי, אך הוכנס לתוך מבנה מוסדי חדש שהיה תפור למידותיו של המשפט החוקתי, וכלל בית-משפט לחוקה והליכים ייחודיים ומוסדרים לתקיפה חוקתית של חוק.

למנהליזציה כפן המוסדי בישראל יש כמה השלכות שחשוב לתת להן את הדעת, אך אדון בהן כאן בקצרה בלבד, מכיוון שהן קשורות רק בעקיפין לתזה המרכזית בדבר התפיסה

142 לתיאור ביקורתי של הליך קבלתם של חוקי-היסוד משנת 1992 ראו גדעון ספיר *המהפכה החוקתית: עבר, הווה, עתיד* (2010) וכן רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" *משפטים* כח 21, 95-111 (1997).

143 ראו גביון, שם, בעמ' 95-111.

המנהלית של זכויות חוקתיות. ראשית, עתירה לפסילת חוק בישראל, מבחינת ההליך שלה, היא בדרך-כלל עתירה ל"עשה" או צו "אל תעשה" בהליך בג"צ, כלומר, בהליך מנהלי. אומנם אפשרית גם תקיפה עקיפה של חוק במסגרת הליך אזרחי או פלילי, אך מקרים אלה הם נדירים יותר, ומכיוון שבית-המשפט העליון מעדיף לרכז את הביקורת השיפוטית על חקיקה אצלו, הוא גם אינו מעודד תקיפות עקיפות היכולות להידון גם בבית-המשפט הנמוכים יותר.<sup>144</sup> מבחינת הגיונו, ההליך הבג"צ מתאים למשפט המנהלי, שבו העותר מבקש לצוות על פקיד של הרשות המבצעת לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה במילוי תפקידו, אך הוא נראה מלאכותי כאשר מדובר בעתירה נגד תוקפו של חוק.<sup>145</sup> דבר זה נכון במיוחד לגבי האפשרות – שהתפתחה אף היא בהקשר של מנהליזציה של המשפט החוקתי – לתקוף חוק בתקיפה מופשטת, כלומר, בלי קשר למקרה ספציפי שבו הוא מופעל, ואף לפני שהוא מופעל. במקרים כאלה אין כל רשות שמבקשים ממנה לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה, אלא מה שמתבקש הוא ביטולו של החוק. ככל שניתן צו על-תנאי, למשל, הוא אמור להיות מופנה כלפי הכנסת בדרישה שתנמק מדוע לא תבטל את החוק, אך לא זו כמובן הדרך שבה עתירות נידונות בישראל.

שנית, נדמה שהכלים שניתנו לבג"ץ במסגרת הגדרת סמכויותיו בחוק-יסוד: השפיטה לא הותאמו לרעיון שהוא יוכל לפסול חוק. הדבר נוגע בעיקר בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, המאפשר לבג"ץ לתת "סעד למען הצדק" בעניינים "אשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר". הוראה זו, כאשר היא מוחלת גם על אפשרות פסילתו של חוק, נותנת לבג"ץ סמכות רחבה למדי לפסול חוקים.

נקודה זו קשורה לנקודה נוספת הנוגעת בעילות-הסף. יחד עם אימוץ ההליך בבג"ץ אל תוך המשפט החוקתי המתהווה, אומצו גם עילות-הסף שהתפתחו בו, ואיתן גם ההלכות שנקבעו לגביהן. הלכות אלה, כפי שהתפתחו במהלך שנות השמונים במסגרת המשפט המנהלי, כללו שחיקה משמעותית בעילות-הסף, אשר הביאה לידי כך שניתן לדון בישראל, במסגרת המשפט המנהלי, גם בעתירות מופשטות (בעקבות השחיקה בעילת הקונקרטיזציה),<sup>146</sup> וגם כאשר לא נפגע אדם מסוים מהפעולה המנהלית והעותר הוא עותר ציבורי (בעקבות השחיקה בדרישת העמידה).<sup>147</sup> הלכות אלה זכו בדיון נרחב כאשר הן התפתחו במשפט המנהלי, ובכלל

144 פסק-דין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 35, הוא דוגמה לכך, מכיוון שבית-המשפט העליון ביקר במסגרתו את בית-משפט השלום על כך שביטל חוק בתקיפה עקיפה, ומאז נקלט המסר, ובתי-משפט נמוכים ממעטים מאוד לפסול חוקים. על תקיפה עקיפה וביקורת שיפוטית "ביזורית" בישראל ראו אורי אהרונוסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" משפט וממשל טז 9 (2015).

145 אומנם יש מידה מסוימת של מלאכותיות בניסוח זה גם בעתירות מנהליות שיכולות להיות מופנות נגד תוקפה של תקנה, אך נראה שהמלאכותיות היא חריפה במיוחד כאשר התקיפה היא של תוקפו של חוק.

146 דג"ץ 4110/92 הס' נ' שר הביטחון, פ"ד מח(2) 811 (1994) (תקיפה מופשטת של הוראות פתיחה באש).

147 ראו בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988) (זכות עמידה בעניין גיוס בחורי ישיבות), שם נשחקה לראשונה זכות העמידה, וכן עניין גנור, לעיל ה"ש 98 (העמדה לדין של ראשי הבנקים בשל פרשת ויסות המניות).

זה נמתחה עליהן ביקורת.<sup>148</sup> אך כאשר הן מועברות גם למשפט החוקתי, מדובר ב"עליית מדרגה" בהשפעתן: גם נגד חוק יכול לעתור כל אדם, ולא רק אדם שנפגע; וגם נגד חוק אפשר להגיש עתירה מופשטת, כלומר, אף אם החוק לא יושם עדיין במקרה ספציפי. התוצאה היא אפשרות לדון בעתירות נגד חוק באופן מופשט, כמו בשיטות אירופיות, אך מבלי שנוצר מבנה מוסדי מיוחד שמתאים לסוג כזה של עתירות, אלא תוך השארת המודל הקודם.<sup>149</sup> יש לציין כי המעבר בשנות התשעים מן המשפט המנהלי למשפט החוקתי התרחש לאחר שגם המשפט המנהלי עצמו עבר שינויים המדגישים את המאפיינים שהתרכזו בהם במאמר זה. דבר זה נכון במיוחד לגבי הדגשת מבחני ההצדקה – מבחן הסבירות ומאוחר יותר מבחן המידתיות – במסגרת המשפט המנהלי החל בשנות השמונים על-חשבון מבחנים אחרים, כגון מבחן הסמכות או מבחן המטרות הזרות.<sup>150</sup> לכן אימוץ מודל המשפט המנהלי במשפט החוקתי התרחש לאחר שזה כבר עבר בעצמו שינוי שחידד את המאפיינים שהזכרתי. בכך ניתן לראות את ההיזון ההדדי בין החוקתיזציה של המשפט המנהלי לבין המנהליזציה של המשפט החוקתי, שעליו דיברתי בהקדמה.

## ה. כיצד ניתן להצדיק את המנהליזציה – השלכות נורמטיביות של הדיון

עיקר מטרתו של המאמר היא תיאור ואפיון של התהליך שבו אימץ המשפט החוקתי במדינות רבות ובישראל את ההיגיון של המשפט המנהלי, ולא דיון נורמטיבי בתהליך זה. עם זאת, לקראת סיום אני מבקש לסמן בקווים כלליים את תחילתו של דיון כזה בשתי נקודות: כיצד ניתן להצדיק ביקורת שיפוטית במודל החוקתי שעבר מנהליזציה, ומהם האתגרים הייחודיים לישראל בהקשר זה.

הכרה בתהליך המנהליזציה היא גם הכרה בכך שהמודל החוקתי החדש, כולל זה הנוהג בישראל, אינו יכול לבסס את הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על הצידוקים של המשפט החוקתי הקלסי, קרי, על שילוב של הרעיון שבית-המשפט רק אוכף את המגבלות שהעם הטיל על עצמו עם הרעיון שהוא מתרכז בזכויות כשיקולי צד דאונטולוגיים על פעולת המדינה. לכן הוא חייב למצוא צידוק אחר לביקורת השיפוטית וכן פתרון אחר לבעיה הדמוקרטית או האנטי-רובנית. בפרקים הקודמים רמזתי לצידוקים אפשריים כאלה הקשורים לצידוקים של המשפט המנהלי, וכאן הייתי רוצה לחדד נקודות אלה. יש לפחות ארבע מסגרות נורמטיביות קשורות היכולות לספק צידוקים כאלה – תרבות ההצדקה, הזכות לשימוע, תורת ה-public

148 ראו את חלקה של רות גביון בספר רות גביון, מרכזי קרמניצר ויואב רותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (2000).

149 ראו ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות – בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מג 419 (2012), וכן רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת עיוני משפט לז 45 (2014). ראו גם את הדיון בפרק ה להלן בשאלה כיצד ניתן להצדיק את המנהליזציה.

150 ראו לעיל ליד ה"ש 97-98.

reason ותפיסה אורגנית של המדינה. הערכת המנהליזציה תלויה לכן גם בהערכת יכולתן של מסגרות לספק צידוק לביקורת שיפוטית.

אחד הצידוקים האפשריים לביקורת שיפוטית תחת המודל המנהלי נעוץ במה שמשה כהן-אליה ואני כינינו "תרבות ההצדקה", בהמשך לביטוי שטבע המשפטן החוקתי הדרום-אפריקני אטיין מוריניק (Etienne Mureinik). על-פי תרבות ההצדקה, תפקידו העיקרי של בית-המשפט הוא לדרוש מרשויות המדינה – מכל רשויות המדינה – להצדיק את פעולותיהן כאשר הן פוגעות בפרט, ודוק: בכל מקרה של פגיעה בפרט, ולא רק במקרה של פגיעה בזכות.<sup>151</sup> ככל שהרשות לא הצדיקה את פעולתה באופן מספק, בית-המשפט יכול לבטל את החלטתה. תרבות ההצדקה מתאימה במיוחד למודל המנהלי, אשר מתרכז בעצמו בהצדקה, כפי שתאירתי. הרעיון של דרישת ההצדקה הוא רעיון אינטואיטיבי ורבע-עוצמה. מדוע שלא נדרוש, כאזרחים, מן המדינה ומרשויותיה להצדיק את פעולותיהן לפנינו בכל הזדמנות? ומדוע שלא נמנה גוף שיבחן זאת בפועל ויציב מראה בפני המדינה ורשויותיה כל אימת שאנו חושדים כי פעולותיהן אינן מוצדקות? תפיסה זו מתיישבת היטב עם התפיסה כי רשויות המדינה ונבחריו פועלים כ"נאמנים" של הציבור, וכי אין להם אינטרסים או רצונות משל עצמם, אלא רק אינטרסים ורצונות של הציבור שאותו הם משרתים. גישה זו מתיישבת גם עם תפיסות של אוטונומיה: כל פגיעה באוטונומיה של אדם טעונה הצדקה, והצדקה זו צריכה להיות מספקת. מדוע שנתיר לרשויות המדינה לפגוע באוטונומיה שלנו, אפילו בעניינים טריוויאליים, ללא צידוק מספיק?<sup>152</sup> הביקורת השיפוטית, ובעיקר מבחני הסבירות והמידתיות, מגומקים על-פי תרבות ההצדקה בכך שהם מאלצים את הרשות לספק לנו הצדקות ראויות. מטיאס קום מדבר בהקשר זה על מבחני המידתיות כמייצרים "ערעור סוקרטי" על פעולת המדינה.<sup>153</sup> כאשר בתי-המשפט מבקשים מהמדינה להראות כי היא איזנה כראוי בין השיקולים השונים, ולא פגעה בפרט מעבר לנדרש, הם נכנסים למעשה לדיאלוג עם המחוקק שמטרתו לאלצו להבהיר לנו, ולעצמו, מה היו השיקולים שעמדו מאחורי החקיקה, ואם אלה מספקים הצדקה מספקת לפגיעה בפרט. השיטה מכונה "סוקרטית" משום שהיא דומה לדרך שבה הוביל סוקרטס את בני-שיחו לחשיפת ההנחות שמאחורי עמדותיהם, ובתוך כך גם לחשיפת הפרכות שבהן. הרעיון של תרבות ההצדקה והדיאלוג הסוקרטי מספקים הצדקה למודל המנהלי מכיוון שהם אינם קשורים לטקסט ולהסכמה דמוקרטית רחבה מאחוריו, וגם אינם מחויבים לרעיון של זכויות כאוסף מצומצם של שיקולי צד.

צידוק קשור הוא הצידוק שפיתח אלון הראל בנוגע לזכות השימוע.<sup>154</sup> על-פי מודל השימוע, הביקורת השיפוטית מוצדקת מן הנימוק שכבוד ראוי לאדם כיצור אוטונומי מחייב אותנו לשמוע את טענותיו ולספק לו הזדמנות לשנות את החלטה כאשר מעשה שלנו

151 ראו תת-פרק א3 לעיל.

152 לעמדה דומה ראו MÖLLER, לעיל ה"ש 18, בעמ' 73-94, המבסס את הזכויות החוקתיות כולן על הזכות לאוטונומיה ועל הדרישה להצדקה.

153 Kumm, לעיל ה"ש 72.

154 Yuval Eylon & Alon Harel, *The Right to Judicial Review*, 92 Va. L. Rev. 991 (2006); אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" משפטים מ 239 (2010).

פוגע בו ובזכויותיו. בתי־המשפט מספקים צורך זה כאשר הם כופים את המחוקק לשמוע כל אדם שנפגע מפעולתו ומאפשרים לפרט להציג את טענותיו בנוגע לחקיקה הפוגעת בו. גם צידוק מסוג זה נראה מתאים למודל המנהלי. זכות השימוע מקורה במשפט המנהלי, וגם היא אינה קשורה לטקסט ולצידוק הקלסי לביקורת שיפוטית. אלון הראל מדבר בעיקר על פגיעה בזכויות, אך נראה שאפשר להחיל את ההיגיון של זכות שימוע גם על פגיעה באינטרסים, כפי שנעשה במשפט המנהלי.

התיאוריה שמספקת אולי את העיגון העמוק ביותר למודל החוקתי שעבר מנהליזציה היא התיאוריה של public reason מבית־מדרשו של ג'ון רולס.<sup>155</sup> על־פי ה־public reason, הלגיטימציה להפעלת כוח על־ידי המדינה קשורה להסכמת הנשלטים. מאחר שבמציאות אי־אפשר להשיג הסכמה של כל הנשלטים לכל פעולה כופה של המדינה, תורת ה־public reason דורשת כי מעשים כופים של המדינה ייעשו לכל־הפחות מסיבות שאנשים סבירים יוכלו להסכים להן בעיקרון. כך, למשל, שיקול כלכלי הוא שיקול שכל האנשים יכולים להסכים לו בעיקרון; לא כן השיקול "אלוהים נגלה אליי בחלום ואמר לי לעשות כך", משום שמי שאינו מאמין באל אינו יכול להיות שותף לו. מטרת הביקורת השיפוטית תהיה אם כן לברר מהן מטרות המדינה בחקיקה, באותם אופנים שבהם הדברים נבחנים על־פי תרבות ההצדקה והמודל הסוקרטי, ולברר שהן אינן מסוג המטרות שאנשים סבירים לא היו יכולים להסכים להן.

מסגרת נורמטיבית אחרונה המספקת צידוק למודל המנהלי היא תפיסה אורגנית של המדינה, אשר רואה קשר אורגני בין הרשויות השונות של המדינה, ותופסת אותן כמשרתות בצוותא אותו גוף. מסגרת זו שוברת את העוינות בין החוקה לבין המחוקק, ומציגה את בית־המשפט כשותף למחוקק במלאכת פירושה ויישומה של החוקה, ולא כאויבו של המחוקק. תפיסה זו מסתמכת, בין היתר, על העובדה שבאופן היסטורי כוונו החוקות למחוקקים, שתפקידם היה ליישם את החוקה. כך גם לפי הוגים שונים, החל בג'ון לוק. לפי התפיסה האורגנית, קיום הזכויות הוא תפקידה של המדינה. המדינה על רשויותיה השונות – המחוקקת והמבצעת – היא האתר להגנה על זכויות, והתפיסה כי המדינה היא דווקא אויבת הזכויות הינה שגויה. אלא שלזכויות יש לתת פירוש ומובן ספציפיים במקרים שונים, ולשם כך נדרש בית־משפט שיעזור במלאכה זו. מכאן שבית־המשפט אינו נדרש לצידוק מיוחד לפעילותו זו, ואינו עושה בכך מעשה שאינו דמוקרטי. מיטיבה לתאר תפיסה זו המשפטנית הקנדית ויינריב, בתארה את מה שהיא מכנה "הפרדיגמה של אחרי מלחמת־העולם השנייה":

“Even though the postwar paradigm reconfigures the disposition of state authority to the primacy of constitutional principles, the judiciary is not to treat rights as absolute negations of otherwise plenary state authority. Nor is there a simple transfer to the courts of the political power or prerogatives withheld from elected representatives. Rather, the legitimate and complementary institutional strengths of legislatures, the

155 ראו, למשל: John Rawls, *The Idea of Public Reason Revisited*, 64 U. CHI. L. REV. 765 (1997).



executive, and the courts operate co-operatively within the overarching framework of the objective normative order."<sup>156</sup>

מטרת הדיון דלעיל הייתה להציג את האופן שבו אפשר להעריך את המודל החוקתי החדש שעבר מנהליזציה. עלינו להכיר בכך שעל־מנת להצדיקו יש להשתמש באחד הטיעונים שלמעלה או בטיעונים דומים, ולנהל דיון בהערכה שלהם. למרות כוח השכנוע הרב שבכל אחד מהצידוקים האלה, ניתן להצביע גם על בעיות לא־פשוטות ביכולתם לספק צידוק לביקורת שיפוטית ולהתגבר על הבעיה הדמוקרטית. תרבות ההצדקה והדיאלוג הסוקרטי מצניעים את העובדה שבסופו של דבר הדיאלוג עם בית־המשפט מסתיים בהכרעה – של בית־המשפט. הדימוי של דיאלוג הוא לכן חלקי בלבד, ומצניע את כוחו של בית־המשפט לכפות את דעתו על המערכת הפוליטית בסוף ההליך.<sup>157</sup> ביקורת דומה אפשר להציג נגד הזכות לשימוע. במשפט המנהלי הזכות לשימוע מתקיימת כאשר האדם נשמע, אך ההחלטה נשארת אצל הרשות. במקרה של ביקורת שיפוטית, לעומת זאת, האדם שנשמע מציג את עמדתו לא לפני המחוקק, אלא לפני בית־משפט, ובית־המשפט – ולא המחוקק – הוא גם בעל המילה האחרונה. מכאן שהרעיון של שימוע מצניע גם הוא את העובדה שבסופו של דבר יש כאן העברת כוח לבית־המשפט.<sup>158</sup> התורה של public reason נתקלת אף היא בשורה של ביקורות בספרות,<sup>159</sup> ולאחרונה ביקר אותה דוד אנוך בטענה כי היא חוטאת ב"אידיאליזציה" בלתי־מוצדקת, בכך שהיא מבקשת הסכמה רק מ"אנשים סבירים" וב"תנאים אידיאליים".<sup>160</sup> ואילו התפיסה האורגנית של המדינה יכולה לחטוא גם היא באידיאליזציה מסוג אחר – של היחסים בין הרשויות כמבוססים על אמון ושיתוף־פעולה – ומכל מקום יש לשאול אם היא מתאימה לתרבות הפוליטית כפי שהתפתחה בישראל.

לסיום אבקש להתייחס לאתגר מרכזי של תהליך המנהליזציה שהוא ייחודי לישראל. בצד האתגרים הנורמטיביים שנמנו לעיל, קיים בישראל אתגר חשוב נוסף, והוא העובדה שחרף המעבר מהמשפט המנהלי לחוקתי לא אומצה בה מסגרת מוסדית חדשה. למודל החוקתי שעבר מנהליזציה יש עוצמה מיוחדת אל מול המודל הקלסי, משום שהוא רחב בהרבה בתחולתו ומשוחרר יחסית ממגבלות הטקסט. כסוג של איזון דמוקרטי, אימצו מדינות שונות באירופה מודלים מוסדיים המחילים אחריות דמוקרטית גדולה יותר על בתי־המשפט החוקתיים מאשר על בתי־המשפט הרגילים. כך, ברוב בתי־המשפט החוקתיים באירופה השופטים נבחרים על־ידי שילוב של גורמים שונים בתוך המערכת הפוליטית, כהונתם מוגבלת לכמה שנים, ולעיתים הם באים מתוך השרדות הפוליטיות (ואף חוזרים

156 Weinrib, לעיל ה"ש 6, בעמ' 92.

157 יש לציין כי אין זה כך בכל השיטות החוקתיות. שיטות חוקתיות עם ביקורת שיפוטית חלשה, דוגמת זו שבקנדה, חשופות לכך פחות, וכאלה שבהן היא הצהרתית בלבד – אלה שבאנגליה ובניו־זילנד, למשל – חשופות לכך עוד פחות.

158 לביקורות נוספות על ביסוסה של הביקורת השיפוטית על רעיון השימוע ראו אביחי דורפמן "זכות השימוע: אתיקה בין־אישית, מוסר פוליטי ומה שביניהם" משפטים מ 279 (2010).

159 ראו, למשל: Joseph Raz, *Disagreement in Politics*, 43 Am. J. Juris. 25 (1998).

160 David Enoch, *Against Public Reason*, in 1 OXFORD STUDIES IN POLITICAL PHILOSOPHY (112 David Sobel, Peter Vallentyne & Steven Wall eds., 2015).

אליהן בתום כהונתם), ולא רק מתוך השדרות המשפטיות. נוסף על כך, בחלק מאותם בתי-משפט יש גם מגבלות הנוגעות בהליך הביקורת השיפוטית – רק עותרים מסוימים רשאים לעתור, לעיתים רק בפרקיי-זמן מסוימים, ועוד. כפי שכבר ציינו אחרים, בישראל לא לווה המעבר מהמודל המנהלי לחוקתי צעדים של חיזוק האחריות הדמוקרטית מבחינה מוסדית או הטלת מגבלות הליכות,<sup>161</sup> ולפיכך הצדקת הביקורת השיפוטית במודל החדש בישראל מעמידה לפנינו אתגר ייחודי.

## 1. תגובה על ביקורות אפשריות

בפרק זה אבקש להתמודד עם כמה ביקורות אפשריות על המודל שפיתחתי במאמר.

1. גם בחוקה האמריקנית בתי-המשפט אינם נצמדים לטקסט החוקתי – אין ספק שגם במשפט האמריקני התפתחו מבחנים רבים שרחוקים מאוד מן הטקסט החוקתי ואשר קשה מאוד לבססם על הטקסט, החל בתפיסות של הליך הוגן מהותי שהתפתחו במאה התשע-עשרה, המשך במבחנים המורכבים מאוד של חופש הביטוי, אשר בוודאי אי-אפשר לגזור את כולם מן המילים הספורות שבתיקון הראשון לחוקה האמריקנית, וכלה בזכות לפרטיות, שהיא כולה פרי פיתוח פסיקתי, בלי עיגון כלשהו בטקסט. זו הרי הביקורת העיקרית של שופטים אוריגינליסטים וטקסטואליסטים נגד פסיקות רבות של בית-המשפט העליון האמריקני, ועם זאת אפילו הם, בפסיקותיהם, משתמשים לא אחת במבחנים שאין להם עיגון בטקסט או בכונת המנסחים. נוסף על כך, מושגי הזכויות שבחוקה הם במכוון כלליים ועמומים, ולכן מיועדים להשלמה ולפיתוח על-ידי בית-המשפט – כך בכל שיטות המשפט וכך גם בארצות-הברית. כל אלה טענות נכונות. עם זאת, הטענה העיקרית שהתייחסתי אליה במאמר נוגעת בבסיס הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית ושל החוקה, כפי שהוא נתפס בזרם החשיבה העיקרי בשיטת המשפט. בסיס הלגיטימציה בארצות-הברית קשור עדיין לטיעון דמוקרטי, ולכן בהכרח לקיומו של טקסט חוקתי עם הסכמה רחבה שנעוץ במקום מסוים ובזמן מסוים – כזה שמשקף את רצונו העליון של העם האמריקני. למעשה, תופעה מעניינת מן הזמן האחרון היא שאפילו משפטנים מן הזרם הליברלי שנהגו לתמוך בשיטות פרשניות שאינן קשורות לטקסט נהפכים לאוריגינליסטים. גם הם, כך אני מציע, מבקשים את הלגיטימציה שההסכמה הרחבה מאחורי הטקסט החוקתי נותנת במשפט האמריקני.

2. גם בחוקות אירופיות בתי-המשפט אינם חופשיים להתעלם מהטקסט החוקתי – טענה זו היא טענת-ראי לקודמתה. על-פיה התיאור של המשפט החוקתי במדינות דוגמת גרמניה, קנדה או ישראל ככזה שבו לטקסט אין כל משמעות הוא מוגזם. חוקות אירופיות ואחרות כוללות סעיפים רבים, ובתי-המשפט עוסקים בפירושם וחשים מוגבלים על-ידי הטקסט הקבוע בהם. קריאת פסק-דין קנדי, למשל, נותנת את התחושה כי הטקסט החוקתי

161 ראו, לדוגמה, יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות – מבט השוואתי" משפט וממשל י' 489 (2007).

מהווה אף מרכיב גדול יותר בהחלטה מאשר הטקסט במשפט החוקתי האמריקני.<sup>162</sup> זאת, בין היתר, מכיוון שחוקות חדשות, דוגמת זו הקנדית, הן בדרך-כלל מפורטות יותר מאשר החוקה האמריקנית. גם כאן התשובה, כך נראה לי, היא שמדובר בעניין של מידה ושל בסיס הלגיטימציה. אכן, טענה שלפיה לטקסט אין כל משמעות אינה נכונה. אך המידה שבה בתי-המשפט מבססים את הלגיטימיות של פעולתם על הטקסט שונה באירופה, בקנדה ובישראל מאשר בארצות-הברית. די בקריאת דבריה של לוריין ויינריב שהובאו למעלה ליצור תחושה ברורה שכך הוא הדבר.<sup>163</sup> אומנם, בית-המשפט העליון הקנדי נוטה להזכיר סעיפי חוקה בפסיקותיו יותר ממקבילו האמריקני, אך ליבו של הניתוח החוקתי בקנדה נשאר שלב ההצדקה והמידתיות, ושלב זה במהותו, כך ניסיתי לטעון, אינו פרשני ואינו קשור לטקסט.<sup>164</sup>

3. אין זה נכון לתאר את המשפט המנהלי כמשפט שאינו קשור לטקסט – ניתן לטעון כי המאמר מייחס קשר הדוק מדי בין המשפט המנהלי להעדרו של טקסט. העדר טקסט אינו מהותי להגדרתו של המשפט המנהלי, ואינו משמש מאפיין מרכזי בהבחנה בינו לבין תחומי משפט אחרים. נוסף על כך, המשפט המנהלי עוסק בהרחבה בפרשנות הטקסט של החוק המסמיך את הרשות, על-מנת לבדוק שהרשות לא חרגה מן ההסמכה או ממטרותיה. לבסוף, יש שיטות עם משפט מנהלי שבהן המשפט המנהלי מעוגן בטקסט של חוק. על כך ניתן להשיב, ראשית, כי ככל שהמשפט המנהלי עוסק בפרשנותו של החוק המסמיך, כמעט תמיד אין מדובר בחוק המעגן זכויות, אלא בחוק המאפשר פגיעה בזכויות.<sup>165</sup> מקור העיגון לשיקולי הזכויות אינו בטקסט, ובכך השוני בין המשפט המנהלי לחוקתי (הקלסי). גם חוקים דוגמת ה-Administrative Procedure Act האמריקאי, המעגנים את פעולת הרשות בחוק, אינם עוסקים בהגדרת זכויות ובקביעת היקפן, אלא בעיקר – כשמו של החוק – בפרוצדורה שחלה על המנהל.<sup>166</sup> שנית, ההיבט שאותו ראיתי כמהותי להבחנה בין המשפט החוקתי למנהלי הוא דרך הניתוח ומקור הלגיטימציה – אם הוא פרשני (חוקתי) או קשור להצדקה (מנהלי). היבט זה, כך נראה לי, יכול להבחין בין שני התחומים.

4. אין אינפלציה של זכויות; יש מקרים במרכז הזכות ומקרים בשוליים – לפי טיעון זה, מקרים דוגמת אלה שהבאתי מן המשפט החוקתי הגרמני והאירופי – רכיבה על סוסים, האכלת יונים או שינה בשקט – אינם מעידים על הרחבת היקף הזכויות. הם רק

162 השוו את פסק-הדין הקנדי R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697 (דיון בחופש הביטוי וב-Hate Speech סביב פיטורים של מורה מכחיש שואה) למקבילו האמריקני R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992) (דיון ב-Hate Speech סביב העמדה לדיון בגין העמדת צלב בווער כסמל לשנאת שחורים). פסק-הדין הקנדי עוסק בפירוט בסעיפים השונים של הצ'רטר הקנדי, ואילו פסק-הדין האמריקני אינו עוסק כמעט כלל בטקסט של החוקה האמריקנית, אלא רק בפסקי-דין שפירשו את החוקה.

163 ראו Weinrib, לעיל ה"ש 6, בעמ' 98, ואת הציטוט משם לעיל בה"ש 70.

164 אכן, בפסקי-דין Keegstra, לעיל ה"ש 162, עיקר הדיון המשפטי מתרכז במבחן המידתיות, ולא כך במקבילו האמריקני R.A.V., לעיל ה"ש 162.

165 ראו, לדוגמה, עניין "קול העם", לעיל ה"ש 97, ואת משמעות הטקסט ופרשנותו באותו מקרה.

166 ראו לעיל ה"ש 91 והטקסט שלידה.

מהווים מקרים "קשים" או אזוטריים של החלת העקרונות הקיימים בזכויות הקלסיות – הזכות לחופש העיסוק, הזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיה הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם. על טענה זו יש להשיב, ראשית, כי להנמקה של בית-המשפט החוקתי יש חשיבות. בית-המשפט החוקתי בגרמניה או באיחוד האירופי מתייחס לפעולות אלה כאל אינטרסים חוקתיים מוגנים, ובכך מגביר את התחושה שהחוקה מגינה על אינטרסים רבים. אך חשוב מכך, מה שמבדיל מקרים אלה ממקרים שיכולים להתיישב עם התפיסה החוקתית הקלסית אינו אופיים הייחודי או הציורי, אלא האפשרות המעשית לשים גדרים לזכות כאשר מקרים כאלה כלולים תחת חסותה. את המאפיין הראשון שציינתי, בדבר אוסף מצומצם של זכויות, יש לקרוא יחד עם המאפיין השני, דהיינו, שמדובר באינטרסים שקרובים במיוחד לליבה של האוטונומיה, ואשר מהווים סוג של מגבלות צד על שיקולי מדיניות ועל ההליך הדמוקרטי הרגיל. קשה לראות איך האינטרסים המוגנים במקרים שמצוינים למעלה נופלים תחת הקטגוריה של אינטרסים חשובים במיוחד או כאלה שמהווים מגבלות צד על ההליך הדמוקרטי הרגיל. לכל-הפחות דרוש מהלך צידוקי נוסף מעבר לטענה שהמחוקק לא איזן כראוי בינם לבין שיקולי מדיניות נוגדים.

5. גם המשפט האמריקני כולל מבחני הצדקה, איזון ומידתיות – קיים ויכוח עד כמה ארצות-הברית אכן שונה משאר השיטות החוקתיות, דהיינו, ויכוח בשאלת ה-"American Exceptionalism".<sup>167</sup> תפיסות במסגרת ויכוח זה המצניעות את ההבדלים בין ארצות-הברית לשאר העולם מצביעות על כך שגם בארצות-הברית יש מבחנים רבים שמתרכזים בהצדקה ואשר דומים מאוד למבחני המידתיות, כגון מבחן האיזון שהתפתח במשפט החוקתי האמריקני.<sup>168</sup> משה כהן-אליה ואני עסקנו רבות בסוגיה זו, ובספרנו טענו כי גם אם מבחנים דומים למידתיות קיימים בארצות-הברית, מקומם בתוך המערך החוקתי שונה מאוד, ומרכזי הרבה פחות מאשר באירופה.<sup>169</sup>

167 המונח "American Exceptionalism" מופיע לראשונה כבר אצל אלקסיס דה-טוקוויל בראשית המאה התשע-עשרה: (J.P. ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *DEMOCRACY IN AMERICA* 455–456 (Mayer ed., George Lawrence trans., Garden City, New York: Doubleday, Anchor Books 1969). לריונים עכשוויים בהקשר של המשפט החוקתי האמריקני ראו: Steven G. Calabresi, "A Shining City on a Hill": *American Exceptionalism and the Supreme Court's Practice of Relying on Foreign Law*, 86 B.U. L. REV. 1335 (2006); Michael Ignatieff, *Introduction: American Exceptionalism and Human Rights*, in *AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS* 1 (Michael Ignatieff ed., 2005); Harold Hongju Koh, *On American Exceptionalism*, 55 STAN. L. REV. 1479, 1483 (2003).

168 סטיבן גרדבאום, למשל, מבקש למצוא מבנים של פסקת הגבלה המאפיינים משפט חוקתי אירופי גם במשפט החוקתי בארצות-הברית: Stephen Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, 54 UCLA L. REV. 789 (2007). אלק סטון סוויט מבקש למצוא את מקורות המידתיות האירופית גם בארצות-הברית: Jud Mathews & Alec Stone Sweet, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, 60 EMORY L.J. 797 (2011).

169 ראו COHEN-ELIYA & PORAT, לעיל ה"ש 8, בעמ' 44–64.

6. המשפט האמריקני אינו מודל חוקתי "קלסי", אלא מודל חוקתי חריג – ניתן לערער על השיוך של מאפייני המודל האמריקני למונח "המשפט החוקתי הקלסי". כך, למשל, הדרישה שזכויות יהיו מעוגנות בטקסט שמקורו בהסכמה רחבה של העם אינה קיימת בתפיסות של זכויות טבעיות, שהן ללא ספק תפיסות קלסיות של זכויות.<sup>170</sup> אפשר אם כן לטעון שהשיטה האמריקנית היא החריג, ולא המודל הקלסי.<sup>171</sup> אך נראה לי שגם קביעות כאלה אינן מתיישבות עם הדרך הרגילה שבה נהוג לחשוב על המשפט החוקתי. אומנם זכויות טבעיות הן מושג עתיק שאינו קשור לטקסט, אבל המשפט החוקתי כפרקטיקה הנוהגת בבתי-משפט היה קשור לפני מלחמת-העולם השנייה באופן הדוק לטקסט של חוקה. נוסף על כך, ארצות-הברית היא למעשה המדינה היחידה שבה נהגה לפני מלחמת-העולם השנייה שיטה חוקתית עם ביקורת שיפוטית בנוגע לזכויות, כך שהמודל שהיא ייצגה היה, לפחות במובן פשוט זה, המודל הקלסי.

## סיכום

במאמר זה ניסיתי לקשור בין המאפיינים של שיטות חוקתיות חדשות, ובכלל זה מאפיינים שהולכים ומתחדדים בשיטה החוקתית הישראלית, לבין גישה לזכויות שמקורה במשפט המנהלי. את הרעיון הזה כיניתי "המנהליזציה של המשפט החוקתי", והוא קשור גם לעובדה שבשיטות אלה התפתחו זכויות במסגרת המשפט המנהלי עוד לפני שאומצה חוקה עם מגילת זכויות. מטרת ההשוואה הייתה בעיקרה היריסטית – להאיר את המודל החוקתי החדש באור חדש בשל הצגתו כמודל מנהלי. תקוותי היא כי הצגה זו תפתח פתח נוסף להבנת השינויים שחלו בתפיסת המשפט החוקתי, ובתפיסת הזכויות בכלל, בשיטות החוקתיות שהתפתחו אחרי מלחמת-העולם השנייה אל מול השיטה הוותיקה יותר, האמריקנית. המשפט החוקתי החדש מבקש לבחון ולהצדיק כל פגיעה בכל אינטרס של הפרט, והוא עושה זאת על-פי מבחנים כלליים, שיפוטיים, של תקינות המעשה השלטוני, בדומה לאופן שבו המשפט המנהלי, ללא חוקה, בודק תדיר את תקינות פעולתו של השלטון. נקודת שיא של התפתחויות כאלה יכולה להיות היווצרותו של משפט חוקתי על-מדינתי – כזה שאינו תלוי בחוקה מסוימת של מדינה כזו או אחרת, אלא יונק מתפיסות אוניוורסליות של זכויות ומחיל זכויות באמצעות מבחני איזון ומידתיות. מצב כזה יוכל להיחשב המנהליזציה האולטימטיבית של המשפט החוקתי, אם כי אנחנו רחוקים עדיין מלהגיע אליו.

170 ראו: THOMAS AQUINAS, SUMMA THEOLOGIAE (E.A. Livingstone ed., Oxford: Oxford University Press 2006) (Question 94 of the Prima Secundae).

171 ויינריב, למשל, טוענת כי הגישה בארצות-הברית לקראת סוף המאה העשרים, ובעיקר הגישה האורייגניליסטית, מהווה בן חורג למהות של זכויות חוקתיות, ומפללת לזמן שבו ארצות-הברית "תחזור לעצמה". ראו Weinrib, לעיל ה"ש 6. גם בתוך השיטה החוקתית האמריקנית מתנהל ויכוח בשאלה מהי הגישה ה"קלסית", שמתרכז בעיקר סביב השאלה עד כמה תפיסה אורייגניליסטית מאפיינת את הפסיקה המוקדמת של בית-המשפט העליון האמריקני, ולא גישות אחרות, כגון גישת "החוקה החיה" (living constitution). מכיוון שהוויכוח כולו כרוך במחלוקות אידיאולוגיות ופוליטיות, קשה לעיתים להעריכו. מכל מקום, האפיונים שאני מאמץ אינם חורגים מתפיסה מקובלת בקרב פרשנים רבים לגבי אפיון המשפט החוקתי האמריקני.