

המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות

מאת

ברק מדינה* ועשור ויצמן**

תקציר

מקובל להבחין בין שני ענפים מרכזיים של המשפט הציבורי: משפט ציבורי מוסדי ודיני זכויות האדם. אף שהבחנה בין שני התחומים אינה חדה, יש לה בסיס רחב. הפסיקה שניתנה בשני העשורים האחרונים מבטאת שניות מעניינת באשר למעמדו החוקתי של המשפט הציבורי המוסדי. מצד אחד, הוכר בפסיקה מעמד חוקתי של שורה של נורמות מוסדיות שאינן מנויות במפורש בחוקי היסוד, באופן שמוכיל להגבלה ניכרת של כוחה של הכנסת. מצד אחר, בית המשפט בחר לבסס את מעמדן החוקתי של הנורמות הללו דווקא על חוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו, באמצעות הקביעה כי לכל אדם יש זכות חוקתית לכך שהשלטון יפעל כדין. גישה זו אפשרה לבסס את מעמדן החוקתי של הנורמות המוסדיות, אך הובילה להחלה של המבחן הדו-שלבי של דיני זכויות האדם גם על חובת הציות להן. לפי מבחן זה, החובה לפעול בהתאם לנורמות המוסדיות אינה מוחלטת, אלא יש לבחון בכל מקרה ומקרה, מכוח דוקטרינת המידתיות, אם הפרת הנורמה מוצדקת, בהתחשב במכלול הנסיבות הרלוונטיות. יתר על כן, מגמה זו מוחלת בשנים האחרונות גם בנוגע לנורמות מוסדיות שמעוגנות במפורש בחוקי היסוד, מכוח מה שמקובל לכנות "פסקת הגבלה משתמעת".

חיבור זה נועד לאפיין את ההתפתחויות הללו ולהציע דיון ביקורתי בהן. בצד תמיכה בהכרה במעמדן החוקתי של הנורמות המוסדיות, חיבור זה נועד להצביע על החשיבות שבהתוויה מחדש של ההבחנה בין משפט חוקתי מוסדי לבין דיני זכויות האדם. מוצע כאן להימנע מלהחיל ביחס לנורמות המוסדיות את המבחן הדו-שלבי. ביסודה של הצעה זו מצויה הטענה כי אין מקום להניח, כמובן מאליו, שכל נורמה חוקתית צריכה להיות "סטנדרט", ולא "כלל". בהתאם לכך, המאמר עוסק במשמעות הבחירה בין כללים לבין סטנדרטים בפסיקה במשפט הציבורי.

* מופקד הקתדרה לזכויות האדם ע"ש השופט חיים ה' כהן ז"ל, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

** תלמיד לתואר בוגר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
אנחנו מודים לחברים שמסרו לנו הערות מצוינות: אורי אהרונוסון, אריאל בנדור, אהרן ברק, חנוך דגן, יואב דותן, קרן וינשל-מרגל, מרגית כהן, מרדכי קרמיניצר, טליה שטיינר ועורכי כתבי-העת.

הקדמה

- א. הכרה במעמד חוקתי של נורמות מוסדיות "בלתי־מנויות"
 - ב. דיני זכויות אדם ונורמות מוסדיות
 - ג. האיסור להעדיף אינטרסים צרים משיקולים קואליציוניים
 1. הנורמה המוסדית
 2. עיגון חוקתי של הנורמה המוסדית במסגרת הזכות החוקתית לשוויון
 3. הערכה ביקורתית של הגישה הנוהגת והצעה לעיגון חוקתי "מוסדי"
 - ד. האיסור להעדיף אינטרסים צרים של גורמים עסקיים
 1. הנורמה המוסדית
 2. עיגון חוקתי של הנורמה המוסדית במסגרת הזכות החוקתית לחופש העיסוק
 3. הערכה ביקורתית של הגישה הנוהגת והצעה לעיגון חוקתי "מוסדי"
 - ה. עקרון חוקיות המנהל והכלל בדבר הסדרים ראשוניים
 1. הנורמה המוסדית
 2. עיגון חוקתי של הנורמה המוסדית
 - ו. הפרטה של סמכויות שלטוניות
 1. הנורמה המוסדית
 2. עיגון חוקתי של הנורמה המוסדית במסגרת דיני זכויות האדם
 3. הערכה ביקורתית של הגישה הנוהגת והצעה לעיגון חוקתי "מוסדי"
 - ז. הגבלות בנוגע לסמכותה של הכנסת לקבוע הסדרים בתחום הבחירות
 1. "מחוקקת לעצמה"
 2. הנורמה המוסדית
 3. עיגון חוקתי של הנורמה המוסדית
 3. הערכה ביקורתית של הגישה הנוהגת והצעה לעיגון חוקתי "מוסדי"
- הערות סיכום: כללים, סטנדרטים וערכים בפסיקה במשפט הציבורי

הקדמה

בתקופה שקדמה למהפכה החוקתית הוכרו בפסיקה נורמות שונות שמקובל לסווגן כ"מוסדיות", כלומר, כנורמות שעניינן שיטת המשטר ואופן ההפעלה של סמכויות שלטוניות. בהעדר עיגון לנורמות אלה בחוק־יסוד או אף בחקיקה רגילה, ההכרה בחובה המשפטית לכבדן נעשתה באמצעות פיתוח של "משפט מקובל" (common law). עם זאת, בית־המשפט הסתפק לרוב בהחלת החובה לכבד את הנורמות של המשפט הציבורי המוסדי על הרשות המבצעת בלבד. בעשרים השנים האחרונות, בעקבות המהפכה החוקתית, העניק בית־המשפט לנורמות אלה מעמד חוקתי, והחיל לפיכך גם על הכנסת את החובה לכבדן. לשם כך נדרש,

מכוח הלכת בנק המזרחי,¹ למצוא עיגון לנורמות הללו בחוקי-היסוד. באופן מעניין בחר בית-המשפט לבסס את מעמדן החוקתי של הנורמות הנדונות לא במסגרת חוקי-היסוד ה"מוסדיים" (כלומר, בעיקר, חוקי-יסוד: הכנסת וחוקי-יסוד: הממשלה), אלא דווקא בדרך של פרשנות מרחיבה של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, באמצעות הקביעה כי לכל אדם יש זכות חוקתית שהשלטון יפעל כדין בהתאם לנורמות המוסדיות.

למהלך זה ביטויים רבים. כך, למשל, נפסק כי חוקים שמכוחם ניתנה עדיפות לאינטרסים של קבוצות שונות לא על יסוד שיקולים ענייניים, אלא בשל כוחם הפוליטי של נציגיגהן בכנסת, פוגעים בזכות החוקתית לשוויון, ולפיכך כפופים לביקורת שיפוטית מכוח חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמדה זו הובילה בשלושה מקרים להכרזה על בטלותה של חקיקה.² ביטוי אחר למגמה זו הוא הקביעה כי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן היבטים של עקרון הפרדת הרשויות, ובכלל זה את הכלל שלפיו הסדרים ראשוניים צריכים להיקבע בחקיקה.³ דוגמה שלישית היא הקביעה כי העיקרון שלפיו המדינה אינה רשאית להפריט סמכויות שלטוניות מסוימות הוא בעל מעמד חוקתי, שמעוגן בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מכוח הזכויות לחירות ולכבוד האדם.⁴ דוגמה נפוצה אחרת למגמה זו היא הקביעה כי הנורמה בדבר חובתו של השלטון לגלות ניטרליות (למשל, האיסור להפעיל סמכות שלטונית לשם קידום מטרות דתיות) מעוגנת בזכויות האדם (בדוגמה שכאן – במסגרת הזכות החוקתית לחופש מדת).⁵ דוגמאות נוספות יידונו בהמשך. גישה זו סוכמה על-ידי הנשיא ברק, בפסק-דינו בפרשת התנועה לאיכות השלטון (2006), בקביעה כי "חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם... [אפשרה את] בדיקת חוקתיותם של חוקים הנוגדים ערכי יסוד ועקרונות יסוד הקבועים בחוקי היסוד. זאת, בין שהקביעה בחוקי היסוד היא מפורשת (כגון פגיעה בכבוד האדם או בפרטיות), ובין שהיא משתמעת (כגון פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ועצמאות הרשות השופטת)".⁶ העיקר הוא האמור בסיפא, שלפיו חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא הבסיס להכרה במעמד החוקתי של עקרונות "מוסדיים" שונים.

ייתכנו הסברים שונים להימנעות מהסתמכות מפורשת על חוקי-היסוד ה"מוסדיים" כבסיס להכרה במעמדן החוקתי של נורמות מוסדיות, ולהעדפת עיגונה של ההכרעה במסגרת החובה

- 1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי).
- 2 בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142 (2010); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012). ראו להלן פרקים ג ו-ד.
- 3 ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 522-523 (1998), שם נקבע כי חקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו הקנתה לדוקטרינה בדבר "הסדרים ראשוניים" מעמד חוקתי, מבלי לייחד זאת למקרים שבהם ההסדר הנדון פוגע בזכות חוקתית מסוימת. ראו להלן פרק ה.
- 4 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: עניין המרכז האקדמי). ראו להלן פרק ו.
- 5 למשל, בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485 (1993).
- 6 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, פס' 73 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון).

לכבד זכויות אדם. הסבר עיקרי הוא שאיפה להשיג מידה רבה ככל האפשר של הכשר ציבורי להחלת ביקורת שיפוטית לשם אכיפת הנורמות המוסדיות על-ידי רשויות השלטון. זהו היבט שקרוב להסבר הכללי שהוצע לפריחתו של שיח זכויות האדם בעולם הדמוקרטי: עם קריסתן של האידיאלוגיות הפוליטיות המרכזיות – או לפחות בעקבות הוויכוח הציבורי הנוקב ביחס אליהן – זכויות אדם נתפסות כאפולטיטיות, בהיותן ביטוי למוסר אוניוורסלי. בלשונו של סמואל מויז, זכויות האדם הן "האוטופיה האחרונה"⁷. באמצעות רעיון זה ניתן להסביר את העובדה שבית-המשפט קבע כי לכנסת יש סמכות מכוננת וכי אירעה מהפכה חוקתית רק לאחר שנחקקו חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. הגבלת כוחה של הרשות המחוקקת הייתה צפויה לזכות במידה רבה יותר של הכשר ציבורי על-ידי הצגת ייעודה העיקרי כאכיפת החובה לכבד זכויות אדם.⁸ בדומה לכך, הכללת הנורמות ה"מוסדיות" במסגרת זכויות האדם נועדה להשיג הכשר ציבורי לאכיפה השיפוטית של הנורמות הללו, בהתבסס על מעמדן הציבורי הרם של זכויות האדם.⁹

בצד זאת אנו מבקשים להציע הסבר נוסף, שעומד במוקד חיבור זה, שעניינו העדפתו של בית-המשפט העליון להסתמך על "סטנדרטים" (standards) פתוחים ולהימנע משימוש ב"כללים" (rules) סגורים. עיקרה של ההבחנה בין שני המושגים הוא בין אפיון של נורמות בדרך שמתירה מידה רבה יחסית של שיקול-דעת לשם יישומן בכל מקרה ומקרה, תוך התחשבות במכלול הגורמים הרלוונטיים (סטנדרטים), לבין אפיון בדרך שאינה מותירה מידה ניכרת של שיקול-דעת ביישומן ואשר מאפשרת התחשבות רק בחלק מן הגורמים הרלוונטיים (כללים).¹⁰ המאפיין המובהק של דיני זכויות האדם הוא החלתם כסטנדרטים. החובה לכבד זכויות אדם אינה קובעת בעיקרה חובת פעולה מסוימת, אלא מציבה תנאים

-
- 7 SAMUEL MOYN, *THE LAST UTOPIA: HUMAN RIGHTS IN HISTORY* (2010). ביטוי קרוב לעמדה זו ניתן למצוא בדברי ההקדמה של הנשיא ברק לפסק-דינו בעניין *בנק המזרחי*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 352: "הפכנו להיות חלק ממהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים. אכן, לקחי מלחמת העולם השנייה, ובמרכזם השואה של העם היהודי, וכן דיכוי זכויות האדם במדינות טוטליטריות, העלו את זכויות האדם על ראש סדר היום העולמי." ראו ברוח זו, למשל: Adam Shinar, *Accidental Constitutionalism: The Political Foundations and Implications of Constitution-Making in Israel*, in *SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS* 207, 217–219 (Denis J. Galligan & Mila Versteeg eds., 2013).
- 8 דפוס פעולה דומה ניתן לראות בהצדקה שהוצעה, עוד קודם למהפכה החוקתית, להכרה בעילת אי-הסבירות במסגרת המשפט המנהלי. ראו, למשל, בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 447–448 (1980).
- 10 לדיון בהבחנה בין כללים לסטנדרטים ראו, למשל: FREDERICK SCHAUER, *PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE* (1991); Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 *DUKE L.J.* 557 (1992); Kathleen M. Sullivan, *Forward: The Justices of Rules and Standards*, 106 *HARV. L. REV.* 22 (1992); מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" *משפט וממשל* ט 223 (2005). התרגום המקובל של "סטנדרטים" ל"עקרונות" אינו מתאים, משום שהביטוי האחרון משמש בספרות האקדמית גם לצורך אחר – אפיון של תפיסות-יסוד – שיש לו מובן שונה מזה של סטנדרטים.

שרק בהתקיימם מותרת פגיעה בזכויות. הבירור אם התנאים הללו מתקיימים נעשה אד-הוק, בהתאם למכלול נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. הביטוי המרכזי לכך הוא החלה של מבחן דו-שלבי: תחילה מבררים אם מעשה שלטוני מסוים "פוגע" בזכות חוקתית; ואם התשובה לכך היא בחיוב, בוחנים אם הפגיעה מוצדקת.¹¹ אנו סבורים כי נטייתו של בית-המשפט העליון להכליל את הנורמות המוסדיות במסגרת דיני זכויות האדם נועדה לאפשר לו לאפיין אף אותן כסטנדרטים, ולא ככללים, ולהחיל גם ביחס אליהן את המבחן הדו-שלבי שקבוע בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בדרך זו גם החובה לכבד את הנורמות המוסדיות נהפכת ל"יחסית" בלבד, ולא מוחלטת, כך שמעשה שלטוני שמנוגד להן אינו פסול בהכרח. הפרה של נורמה מוסדית, בדיוק כמו פגיעה בזכות חוקתית, נבחנת בהתחשב במכלול הנסיבות הרלוונטיות, באמצעות החלה – במפורש או במשתמע – של פסקת ההגבלה. תמיכה בהשערה זו ניתן ללמוד מכך שבשנים האחרונות מוחלת תפיסה דומה גם על כמה נורמות מוסדיות שמעוגנות במפורש בחוקי-היסוד ה"מוסדיים". כך נקבע, למשל, לעניין הנורמות שנגזרות מסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת בדבר שיטת הבחירות לכנסת;¹² בנוגע להסדר בדבר סמכויותיו של בית-המשפט הגבוה לצדק, שמעוגן בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה;¹³ ביחס לדרישה שחוק התקציב יהיה שנתי, ולא דו-שנתי, שקבועה בחוק-יסוד: משק המדינה;¹⁴ ועוד. גם בתחומים אלה ההלכה היא שיש להחיל מבחן דו-שלבי, מכוח מה שמכונה בפסיקה "פסקת הגבלה משתמעת" (או "שיפוטית"), שאינה אלא פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁵ אף שיש הסבורים כי נכון להחיל את פסקת ההגבלה המשתמעת רק לעניין פגיעה בזכויות חוקתיות,¹⁶ הגישה שתוארה לעיל, בדבר ההכרה בכך

- 11 למשל: Frederick Schauer, *A Comment on the Structure of Rights*, 27 Ga. L. Rev. 415 (1993). ראו גם אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 77, 88-86 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015).
- 12 ראו להלן פרק ז.
- 13 למשל, בג"ץ 6654/98 הלפרין נ' פקידת הבחירות לעיריית הרצליה, פ"ד נב(5) 348, 356-360 (1998).
- 14 בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, פס' 24 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2011).
- 15 פסקי-הדין המרכזיים שעיצבו את ההלכה בדבר "פסקת הגבלה משתמעת" הם בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 70, 76 (1996); ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793, 811 (2003); בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 540 (2003); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 53 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין עדאלה). לדיון ביקורתי בהנמקה של הלכה זו ראו, למשל, אמנון רייכמן "ככה לא בוניס חוקה" עורך הדין 35, 42 (2002); הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א 59, 63, 77 (2004). להרחבה על התפתחות ההלכה, על הנימוקים העומדים ביסודה ועל היקף תחולתה ראו ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)", לעיל ה"ש 11.
- 16 שאלה זו התעוררה במפורש ולא הוכרעה בעניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 637; וכן בבג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 44 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (פורסם בנבו, 24.5.2012). אהרן ברק, בכתיבתו האקדמית, סבר כי "חזקה

שהנורמות המוסדיות מעוגנות במסגרת זכויות האדם, מוליכה לכך שבפועל גם תוקפה של סטייה מנורמות מוסדיות שמעוגנות במפורש בחוקי-היסוד נבחן בדרך של החלת סטנדרט פתוח. עמדה זו נומקה בכך שהדבר נדרש "לנוכח המשפט החוקתי הקיים כיום לאחר המהפכה החוקתית", כדי שחוקי היסוד המוסדיים "ידורן] בכפיפה אחת עם חוקי היסוד ה'חדשים' יותר... ובכך תהא הרמוניה חוקתית".¹⁷ זאת ועוד, לגישה שתוארה מצטרף גם פיתוח הדוקטרינה בדבר "בטלות יחסית". מכוחה, גם כאשר נמצא שמעשה שלטוני מפר ללא הצדקה נורמה חוקתית מוסדית, בקביעת הסעד בית-המשפט שב ומחיל סטנדרט פתוח, הכולל התחשבות בכל ההשלכות הצפויות של הכרעה שיפוטית שהמעשה אינו כדון.¹⁸

ניתן אפוא לאפיין שלושה מהלכים שלובים: הכרה בנורמות מוסדיות כבעלות מעמד חוקתי, אף שהן אינן קבועות במפורש בחוקי-היסוד, ולפיכך קביעה כי נורמות אלה מגבילות גם את הכנסת; עיגון הנורמות הללו בדרך של פרשנות מרחיבה של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך החלת הסטנדרט הפתוח של פסקת ההגבלה גם בענייני; והחלת הסטנדרט הפתוח גם על נורמות שמעוגנות במפורש בחוקי-היסוד ה"מוסדיים" ועל התוצאה המעשית של הכרעה שמעשה שלטוני אינו כדון. המהלך הראשון מבטא הרחבה של היקף הביקורת השיפוטית. לעומת זאת, שני המהלכים האחרים מבטאים הלכה למעשה ריסון שיפוטית.

ניתוח הפסיקה המוצע כאן, שנכתב לציון ארבעים שנה לכתב-העת **עיוני משפט**, מציע הערכה מחדש של כמה מן התוכנות שפותחו על-ידי מני מאוטנר במאמרו המצוטט והמשפיע ביותר על החשיבה האקדמית בישראל מבין מאות המאמרים שפורסמו באכסניה חשובה זו – "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי".¹⁹ לשיטתו של מאוטנר, השימוש הגובר של בתי-המשפט בסטנדרטים הוא שאפשר הרחבה ניכרת של הביקורת השיפוטית.²⁰ העמדה המוצעת בחיבור זה היא הפוכה: ההימנעות מאפיון הנורמות החוקתיות המוסדיות

היא – על רקע הצורך לאזן בין שלטון הרוב לזכות הפרט – שזכות חוקתית היא יחסית, ועל כן יחול עליה המבחן המשולש (שבפסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם – ב' מ' וע' ו'). לעומת זאת חזקה היא – על רקע הצורך לקיים את המבנה המשטרי והמוסדי בלא סטייה – כי הסדרים אלה (דהיינו, הסדרים משטריים או מוסדיים – ב' מ' וע' ו') הם מוחלטים. המבקש לפגוע בהם צריך לעשות כן בחוק יסוד ואינו יכול להסתפק בחוק 'רגיל' גם אם זה מקיים את המבחן המשולש" (ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)", לעיל ה"ש 11, בעמ' 97). לעמדה שונה, שלפיה יש להחיל פסקת הגבלה שיפוטית על כלל העקרונות החוקתיים ה"מופשטים", ללא תלות בהבחנה בין זכויות אדם לנורמות מוסדיות, ראו שרון וינטל "פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים" **מאזני משפט** ט 175, 182, 200 (2014).

17 בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל, פס' 16 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 12.3.2015). ראו ברוח זו גם עניין מופז, לעיל ה"ש 15, פס' 17 לפסק-דינו של השופט מצא.

18 למשל, בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 43 (2004) (להלן: עניין ארגון מגדלי העופות).

19 מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 503 (1993).

20 ראו להלן בפרק האחרון ("הערות סיכום").

כ"כללים" מוליכה להעדר אכיפה מלאה של הציות להן על-ידי רשויות השלטון. בעיקרו של דבר, הטענה המוצעת כאן היא שההחלה של דיני זכויות האדם על מכלול הנורמות המוסדיות אינה מוצדקת. יש טעמים טובים לאפיין לפחות חלק מן הנורמות – ולמעשה, אלה הנורמות שראוי לסווגן כ"מוסדיות" – כ"כללים", כלומר, כנורמות שהחובה לכבדן היא מוחלטת. הקביעה של כללים נחוצה בתחומים שבהם חשובה הנחיה ברורה של רשויות השלטון. נוסף על כך, קביעת כללים נדרשת כדי "להוציא" טעמים מסוימים מגדר אלה שיש להתחשב בהם בבחירת דרך הפעולה השלטונית הרצויה. דרישה זו אינה נובעת מאפיון אותם טעמים כפסולים אפריורית, אלא בהתבסס על הערכה שעצם ההתחשבות בהם עלולה להוביל, לפחות ברוב המקרים, להכרעה שגויה.

בהמשך נבקש להראות כי ככל שמדובר בנורמות המוסדיות שנדונות כאן, יתרונות השימוש בכללים גוברים על חסרונותיהם. אולם גם אם אין מקבלים עמדה זו, נדרש למצער לבחון מהו האפיון המיטבי של כל אחת מן הנורמות – ככלל או כסטנדרט. אין להחיל בעניינן מבחן דו-שלבי באופן אוטומטי, ללא מתן הצדקה לכך, רק משום שכך מקובל במסגרת דיני זכויות האדם. אנו מציעים להבחין בין נורמות אחדות שמוטב לעגן את מעמדן החוקתי בדרך של פרשנות מרחיבה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שנעשה בפסיקה, לבין נורמות אחדות שהמקום המתאים להן הוא דווקא במסגרת הוראותיהם של חוקי-היסוד האחרים, ה"מוסדיים". העיגון הפורמלי של הנורמה החוקתית אינו העיקר כאן, לנוכח ההכרה במעמדם הנורמטיבי הזה של כלל חוקי-היסוד. חשיבותו של הסיווג נעוצה בשאלה אם יש להחיל מבחן חד-שלבי או דו-שלבי, אם יש להחיל כלל או סטנדרט, כלומר, אם יש לקבוע כי החובה לפעול לפי הנורמות הנדונות היא מוחלטת או שיש להכיר בתנאים כלשהם אשר בהתקיימם מותרת "פגיעה" בנורמות הללו.

סדר הצגת הדברים הוא כדלקמן: תחילה מובא דיון תיאורטי, ובו שני חלקים – ביסוס ההצדקה להכרה במעמדן החוקתי של נורמות מוסדיות שאינן מעוגנות במפורש בחוקי-היסוד (פרק א), והצגת התזה בדבר הבחנה בין נורמות שמקומן בדיני זכויות האדם לבין נורמות שמוטב לעגן את מעמדן החוקתי בדרך של פרשנות מרחיבה של הוראות מתאימות בחוקי-היסוד ה"מוסדיים" (פרק ב). בעקבות זאת מוצע דיון מפורט בכמה מבין הנורמות המוסדיות שהוכרו בפסיקה כבעלות מעמד חוקתי, אף שרובן ככולן אינן מנויות במפורש בחוקי-היסוד (פרקים ג-ז). בכל אחד מן הפרקים הללו מוצגים עיקריה של הנורמה המוסדית הנדונה, העיגון המקובל בפסיקה של מעמדה החוקתי של הנורמה, הערכה ביקורתית של הגישה הנוהגת וכן פירוט של ההצעה להעדיף את עיגון הנורמה באחד מחוקי-היסוד ה"מוסדיים", בעיקר חוקי-יסוד: הכנסת וחוקי-יסוד: הממשלה. החיבור נחתם בדיון ביקורתי במגמה הנדונה כאן, באמצעות בחינת השיקולים שביסוד הבחירה בין כללים לסטנדרטים בשפיטה בתחום המשפט הציבורי.

א. הכרה במעמד חוקתי של נורמות מוסדיות "בלתי-מנויות"

המשפט הציבורי של מדינת-ישראל, כמו משפטה של כל דמוקרטיה ליברלית, כולל אוסף רחב למדי של נורמות "מוסדיות". חלקן מעוגן במפורש בחוקי-היסוד, בעיקר בחוק-יסוד: הכנסת ובחוקי-יסוד: הממשלה, ומכיוון שלמן הלכת בנק המזרחי כל חוקי-היסוד הם

בעלי מעמד חוקתי, מעמדן החוקתי של נורמות אלה אינו שנוי במחלוקת ממשית.²¹ נורמות אלה כוללות, בין היתר, את ההסדרים באשר לשיטת הבחירות לכנסת ולשיטת הממשל, את עקרונות היסוד בדבר אופן פעולתה של הכנסת, את ההוראות בדבר חקיקת חוק תקציב שנתי, את תנאי הכשירות לכהונה בכנסת ובממשלה, את אופן בחירתם וסמכויותיהם של נשיא המדינה ושל מבקר המדינה, את ההסדרים בדבר בחירת שופטים, את סמכויותיו של בית המשפט העליון ועוד. בצד נורמות אלה הוכרה בפסיקה שורה של נורמות מוסדיות שאין להן ביטוי מפורש בחוקי היסוד (ובמקרים רבים אף לא בחקיקה "רגילה"). בעבר נקבע כי נורמות אלה מגבילות את כוחה של הרשות המבצעת בלבד, אך במסגרת המהפכה החוקתית גוברת הנטייה לקבוע כי לרבות מהן יש מעמד חוקתי, כך שהן תוחמות גם את סמכותה של הרשות המחוקקת. האם מוצדק להכיר במעמד חוקתי של נורמות אלה?

ההכרה בקיומה של חובה משפטית-חוקתית לכבד את הנורמות המוסדיות נועדה להגביר את הסיכוי שההכרעות השלטוניות יהיו ראויות. כפי שציין ג'יימס מדיסון, בדברים ידועים מתוך הפרדליסט (סדרת מאמרים שפורסמה בשנת 1788 במסגרת המסע לשכנוע הציבור לתמוך בהצעת החוקה האמריקנית), "אילו משלו מלאכים בבני האדם לא היה צורך בשום ריסון לשלטון... אין ספק שתלות בעם היא הרסן הראשון במעלה לשלטון, אך הניסיון מלמד את האנושות על נחיצותם של אמצעי זהירות נוספים".²² הגברת הציות לנורמות המוסדיות מושגת בחלקה באופן עקיף, באמצעות "הנגשה" של המוסר לציבור הרחב ולנושאי משרות שלטוניות. המשפט נתפס לא אחת על ידי הציבור כאמת-מידה המחייבת את השלטון יותר מן המוסר, ולכן ה"משפוט" של הנורמות המוסדיות צפוי להגביר את הציות להן. מעבר לכך, אפיון של הפרת החובה המוסרית לכבד את הנורמות המוסדיות כמעשה בלתי-חוקתי צפוי לגרור גינוי וסנקציות חברתיות ופוליטיות, אשר לעיתים די בחשש מפניהם להרתיע את רשויות השלטון מלנהוג כך. בצד זאת, חלק לא-מובטל מן הנורמות המוסדיות הן פרי בחירה חברתית מסוימת, ובמקרים אלה ברור הצורך בקביעה שלהן מראש, מאחורי "מסך בערות", באופן שאינו ניתן לשינוי בהתאם לאינטרסים צרים של רוב מזדמן.²³ לבסוף, עיגון החוקתי של נורמות מוסדיות נחוץ כדי לאפשר אכיפה של חובת הציות להן בדרך של ביקורת שיפוטית.

- 21 למשל, בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 209 (1998); בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950, 953 (2002); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(1) 750, 755-756 (2003); בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדרו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נו(2) 102, 106 (2003); עניין בר-און, לעיל ה"ש 14, בעמ' 291-294; עניין תנועת דרוור ישראל, לעיל ה"ש 16, פס' 25 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש. ראו גם אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו 305, 307 (2003). עם זאת, ראו את עמדתו של השופט זמיר בעניין הופנונג, לעיל ה"ש 15, בעמ' 70, שם נראה כי לשיטתו הסוגיה טרם הוכרעה באופן סופי.
- 22 אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפרדליסט מס' 51, עמ' 261 (אהרן אמיר מתרגם, 2001).
- 23 ראו, למשל, רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 64 (1997); ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון משפט וממשל ו 509 (2003).

הקביעה כי יש להכיר בנורמה מסוימת כבעלת מעמד משפטי-חוקתי, כך שהיא תחייב את כלל רשויות השלטון, טעונה הצדקה שנובעת מתוכנה של אותה נורמה. הצדקה זו היא פרי פרשנות חוקתית, שצריכה להתבסס על ההערכה של מידת ההכשר הדמוקרטי שיש להכרה כזו. הכשר דמוקרטי מושג בהצטרפם יחד של שלושה רכיבים: הכשר הליכי, הכשר ציבורי והכשר מוסרי.²⁴ שני הרכיבים הראשונים עוסקים בתפיסות הציבור באשר לחובה המוטלת על הכנסת לכבד נורמות מסוימות. הכשר הליכי קיים כאשר לחובה זו יש עיגון סביר בטקסט החוקתי. ההכרה בחשיבותה של זכות ההשתתפות השווה של ציבור האזרחים בהכרעות חברתיות מוליכה לכך שתוכנה של החובה המשפטית לכבד נורמות מסוימות אמור להיקבע במסמך שנקבע על-ידי ציבור האזרחים או על-ידי נציגיו. לנוכח ההליך שבו נקבע הטקסט החוקתי, ובכלל זה המוסד שקבע את החוקה, חזקה שהטקסט החוקתי מבטא את תפיסות הציבור, ולפיכך פרשנות חוקתית היא לגטימית אם היא עולה בקנה אחד עם המובן הסביר של לשון חוקי-היסוד. הכשר ציבורי מייחס חשיבות לתפיסה החברתית המקובלת באשר לפרשנות החוקה. במסגרת זו, אף שהפרשנות המוסמכת של החוקה מסורה לבית-המשפט, ניתן משקל נורמטיבי גם לפרשנות החוקה על-ידי גורמים אחרים, פוליטיים ולא-פוליטיים כאחד. בראש ובראשונה זוהי עמדה שמייחסת משקל רב לפרשנות החוקה כפי שהיא מתבטאת בחקיקה, תחת ההנחה שההסדרים שנקבעים בחוק מבטאים את עמדת המחוקק באשר לפירושה הראוי של החוקה.²⁵ נוסף על שני סוגי הצדקות אלה, פרשנות חוקתית נבחנת גם לפי הכשרה המוסרי, על-פי ההערכה אם היא עולה בקנה אחד עם המוסר, כלומר, אם היא ניתנת להצדקה תבונית. השילוב של שלושת סוגי ההצדקות מכונן את הלגיטימציה של פרשנות חוקתית. אלה הן הצדקות מצטברות, ולפיכך ככל שההכשר ההליכי חלש יותר, קרי ככל שהטקסט החוקתי מבטא באופן משתמע בלבד את הנורמה הנדונה, כן נדרשים הכשר ציבורי והכשר מוסרי חזקים יותר לשם הצדקת הקביעה כי לנורמה יש מעמד חוקתי.

הנורמות המוסדיות שעומדות במוקד דיוננו אינן מנויות במפורש בחוקי-היסוד. לפיכך העיגון החוקתי שלהן מחייב פרשנות חוקתית מרחיבה של הוראות מתאימות בחוקי-היסוד, ומכאן ההכשר ההליכי המצומצם שיש להכרה במעמדן החוקתי. לפי גישה אחת, ראוי להעניק משקל מכריע לדרישה להכשר הליכי שניתן בדרך של קביעה מפורשת בחוקי-יסוד של נורמה מסוימת, ואין להסתפק בשתיקתה של הרשות המכוננת בעריכת פרשנות חוקתית.²⁶ איננו שותפים לעמדה זו, לפחות לא בהקשר הנדון כאן. ראשית, אין מדובר בנורמות שמעמדן

24 לדיון בשלושת הרכיבים הללו של "הכשר דמוקרטי" לביקורת שיפוטית חוקתית ראו, למשל: JACK M. BALKIN, *LIVING ORIGINALISM* 64–73 (2011); Richard H. Fallon, Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787 (2005).

25 לדיון במעמד החקיקה בפרשנות חוקתית ראו בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014), בעיקר פס' 43 לפסק-דינה של השופטת (בדימ') ארבל ופס' 27–28 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס. ראו גם עניין אבני, לעיל ה"ש 21, פס' 5 לפסק-דינו של הנשיא ברק: "לפרשנות חוקתית ניתן להיעזר בהוראות של חוק הפרשנות, עד כמה שהן משקפות תרבות משפטית המשותפת לקהילייה המשפטית הישראלית. סיוע זה יהא בעל אופי כללי ולא טכני."

26 לעמדה ברוח זו ראו, למשל, הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257, 304–314 (1997); הלל סומר "בזכות הריסון השיפוטי בתחום החוקתי" משפט ועסקים יד 155, 159–161 (2012).

החוקתי נשלל במפורש בחוקי-היסוד או שנקבעו לגביהן הוראות שמלמדות על הסדר שלילי. להבדיל מן ההיסטוריה הידועה של חקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבמסגרתה נמנעו במכוון עיגון של זכויות מסוימות, אף אין מדובר כאן בהכרעה מכוונת של הכנסת לא לכלול נורמות מוסדיות מסוימות בחוקי-היסוד. שנית, זוהי העיקר, ההכרה במעמד החוקתי של הנורמות הנדונות וזכה במידה רבה של הכשר מוסרי (וככל הנראה גם בהכשר ציבורי), מה שיוצר מידה מספקת של הכשר דמוקרטי לפרשנות חוקתית זו.

בתנאים השוררים בישראל קיים צורך ניכר בהסדרה חוקתית של פעילותן של רשויות השלטון. התרבות הפוליטית לוקה לעיתים בהעדר ממלכתיות, ואינה מאופיינת לרוב בהכרעה מאחורי "מסך בערות". תחת זאת ניכרת העדפה של אינטרסים צרים, וזאת על יסוד טעמים קואליציוניים, קידום סיכויי הבחירה בבחירות מקדימות במפלגות, עוינות כלפי קבוצות חברתיות מסוימות ועוד.²⁷ בשל כך יש חשיבות רבה לקביעת אמות-מידה שיחייבו את הכנסת, ולא רק את הממשלה, להקצות משאבים ציבוריים בהתבסס על שיקולים ענייניים בלבד, ולהימנע מהעדפת אינטרסים צרים משיקולים שאינם מבטאים את האינטרס הציבורי. כפי שציין השופט חשין, "עומק התערבותו ותחומי התערבותו של בית-המשפט במעשי השלטון ייקבעו על-פי דרכי הנהגתו של השלטון... אשריה חברות ה-*it isn't done* מוטמעת באורחות השלטון שבה. אשריו בית-משפט שלא הוטל עליו להכריע בנושאים שתרבות ה-*it isn't done* מכריעה בהם, ובעצם הכרעה מרחיקה היא אותה מחצרו".²⁸ ייחודן של הנורמות המוסדיות הוא בכך שהן קובעות בעיקר "כללי משחק" פוליטיים, קרי, עקרונות שנועדו להבטיח את הגינותן של ההכרעות השלטוניות. ההגבלה הנובעת מהן היא במידה רבה באשר לסוג השיקולים שיש לשקול, ובמידה פחותה בלבד באשר לתוכן של ההכרעות המותרות. בשל יחסן הניטרלי של הנורמות המוסדיות לתוכן ההחלטות החברתיות ניתן לצפות למידה רבה של הסכמה עקרונית אליהן מצד הציבור, יהיו האינטרסים שלו ועמדותיו האידיאולוגיות אשר יהיו.²⁹

בפסיקה הוצע לעיתים לבסס את מעמדן החוקתי של חלק מן הנורמות המוסדיות שאינן מנויות על עקרונות-יסוד "בלתי-כתובים". זו הייתה עמדתו של המשנה לנשיא חשין ברעת המיעוט שלו בפרשת התנועה לאיכות השלטון (2006), שעסקה בחוקתיותו של חוק שלפיו הוענק פטור משירות בצה"ל לתלמידי ישיבות. השופט חשין קבע כי דינו של חוק זה בטלות, מחמת "הפרתה הקשה של האמנה החברתית המשמיעה אותנו חובה של שיוויון בנשיאה

27 לדיון מפורט בעניין זה ראו, בין היתר, מנחם מאוטנר "משבר הרפובליקניות בישראל" משפט ועסקים יד 559 (2012); אבי בראלי וניר קירר ממלכתיות ישראלית 110-117 (2011); גביון, לעיל ה"ש 23, בעמ' 113-115; איל בנבנשתי ומיכל גינורס-נוי "הבחירות המקדימות במפלגות לקראת הבחירות לכנסת והשפעתן על הדמוקרטיה בישראל" משפט וממשל ז 207, 216-222 (2004).

28 בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 917-918 (2003). הדברים נאמרו ביחס להגבלת כהונה בתפקיד שר של אדם שמואשם בפלילים.

29 ביטוי מפורט לגישה זו ניתן על-ידי רולס, בהתייחסו למה שכינה "Overlapping Consensus". ראו: JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM: EXPANDED EDITION 144 (2005).

בנטל הקיום".³⁰ גם בפרשת המרכז האקדמי (2009) בוטאה עמדה דומה על-ידי המשנה לנשיאה ריבלין, שהצטרף להכרעת הרוב כי החוק שנדון שם בטל. לשיטתו, הפרטה של סמכויות שלטוניות מסוימות פוגעת לא רק בזכויות חוקתיות שמעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שקבעה עמדת הרוב, אלא גורמת גם "פגיעה... [ש]נוגעת בשורש של המבנה החוקתי הדמוקרטי... [הנורמה הנדונה] סותרת עקרונות יסוד ראשוניים שהמבנה החברתי והחוקתי כולו נשען עליהם".³¹ ההיזקקות למקור זה, שמשמעותה ויתור מוחלט על הצורך בהכשר הליכי, עשויה להיות בלתי-נמנעת כאשר הכנסת קובעת בחוק-יסוד, ולא בחקיקה "רגילה", הסדר שסותר נורמה חוקתית. דוגמה אפשרית לכך היא הקביעה כי הכנסת תידרש לאשר את חוק התקציב רק אחת לשנתיים, ולא אחת לשנה,³² או הענקת כוח לרוב בכנסת להרחיק ממנה חבר כנסת בשל עמדותיו.³³ אולם כאשר ההסדר הנדון נקבע בחקיקה "רגילה", וזהו המקרה הטיפוסי, קיימים טעמים טובים להעדיף את העמדה המקובלת בפסיקה, שלפיה יש לבסס את המעמד החוקתי של הנורמה המוסדית הנדונה על פרשנות מרחיבה של הוראה מתאימה בחוק-היסוד, ולא להיזקק לעקרונות-יסוד בלתי-כתובים.³⁴ טעם אחד לתמיכה בעמדה המוצעת הוא ההערכה שעיקרון הנורמה בהוראה מסוימת בחוק-היסוד, אף אם הדבר כרוך בפרשנות מרחיבה שלה, מבטיח לא פעם שהנורמה תזכה בהכרה רבה על-ידי הרשויות הפוליטיות. ברוח עמדתו של יוסף רז באשר לחשיבותה של ההכרה בחובה לכבד זכויות אדם, הקביעה כי הנורמות המוסדיות מעוגנות בהוראות מסוימות בחוק-היסוד עשויה להועיל בגיבוש הסכמה חברתית רחבה לגביהן, וכדרך זו להגביר את הציות להן.³⁵ דוגמה ידועה לכך, שתידון בפירוט בהמשך, היא הפרשנות המרחיבה שניתנה

30 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 6, פס' 40 לפסק-דינו של השופט חשין. ראו גם שם, פס' 47 ו-52 לפסק-דינו של השופט חשין.

31 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 651 (פסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).

32 ראו עניין בראון, לעיל ה"ש 14, שם נדחתה עתירה נגד תוקפה של הוראת-שעה בדבר חקיקת חוק תקציב דו-שנתי, שנקבעה בחוק-יסוד. הנשיאה בינש ציינה כי "אין חולק כי מערכת היחסים שבין הממשלה לבין הכנסת בהליך אישורו של תקציב המדינה היא מערכת יחסים חשובה מאוד המבטאת את העיקרון בדבר הפרדת הרשויות. אין גם חולק כי פיקוח הכנסת על הממשלה הוא חלק מהותי של העיקרון בדבר הפרדת הרשויות" (שם, פס' 34 לפסק-דינה של הנשיאה בינש). עם זאת קבעה הנשיאה כי אין מדובר במקרה שבו נכון להחיל את דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי. לדין בדוקטרינה זו ראו, למשל, אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בכך 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכך עורכים, 2011).

33 חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44), ס"ח התשע"ו 1086, ובו נקבע ס' 42א(ג) לחוק-היסוד. במועד כתיבת שורות אלה טרם הוכרעה סוגיית תוקפה של הוראה זו.

34 ראו, ברוח זו, עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 679-680, שם קבעה השופטת חיות כי ההסתמכות על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לעיגון מעמדו החוקתי של האיסור להפריט סמכויות כליאה היא בלתי-נמנעת, שכן בלעדיה תידרש פנייה לדוקטרינה של "חוקה בלתי-כתובה", מהלך שיש לנקוט "רק במצבים חריגים וקיצוניים במיוחד... [כאשר מדובר] בחוק המזעזע את אמות הסיפים של המבנה החוקתי והדמוקרטי כולו ומאיים למוטט אותו".

35 ALON HAREL, JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 181 (1986). ראו גם, ברוח דומה: ALON HAREL, WHY LAW MATTERS (2014).

בפסיקה לסעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת. הקביעה כי הוראה זו – שלפיה הבחירות לכנסת יהיו "שוות" – מעגנת את הנורמה שעל הכנסת לשקול שיקולים ענייניים בקביעת הסדרים בתחום הבחירות, ולהימנע מלהעדיף אינטרסים של מועמדים שכבר מכהנים כחברי כנסת, תרמה רבות, כך אפשר להניח, להטמעתה של נורמה זו במערכת הפוליטית ובציבור בכללותו. טעם שני, והוא העיקרי, עוסק במידת ההכשר הדמוקרטית של העמדה המוצעת. הקביעה כי בצד הוראות חוקי־יסוד יש גם נורמות חוקתיות שנובעות מעקרונות בלתי־כתובים עלולה לחתור תחת עקרון־יסוד של המהפכה החוקתית, שלפיו הכנסת, בכובעה כרשות מכוננת, היא שקובעת את הנורמות החוקתיות. החובה לעגן את מעמדן החוקתי של הנורמות השונות בדרך של פרשנות של חוקי־יסוד, אף אם זו פרשנות מרחיבה שחורגת מן המובן הרגיל של הטקסט, מבטאת הכרה בכוחה של הכנסת כרשות מכוננת להגיב על הפרשנות השיפוטית מתוקף היותה הרשות השלטונית בעלת המילה האחרונה.³⁶

אנו סבורים כי לפחות בכל הקשור לנורמות המוסדיות שנדרונות כאן, אשר נהנות ממידה רבה של הכשר ציבורי והכשר מוסרי, אין לייחס משקל מכריע להעדרו של הכשר הליכי ניכר בכל הקשור לקביעה כי הן בעלות מעמד חוקתי. אין מניעה עקרונית לנקוט מהלך של פרשנות מרחיבה של הוראות מתאימות בחוקי־יסוד כדי למצוא בהן עיגון לנורמות המוסדיות. השאלה שמעסיקה אותנו היא אפוא מהן ההוראות בחוקי־יסוד שבהן יש למצוא את העיגון החוקתי לנורמות המוסדיות. לכך נפנה כעת.

ג. דיני זכויות אדם ונורמות מוסדיות

ההכרעה באיזה מבין חוקי־יסוד ראוי למצוא את העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות אינה יכולה להתבסס אך ורק על לשון הטקסט החוקתי, שכן ענייננו, כאמור לעיל, בנורמות שאין להן עיגון מפורש בחוקי־יסוד – הן אלה העוסקים בזכויות אדם והן אלה שמסדירים היבטים אחרים. בפסיקה נקבע כי העיגון החוקתי של נורמות מוסדיות שונות הוא בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ביסודה של קביעה זו ניצבת העמדה שלכל אורח במדינה יש אינטרס – שמוגן מכוח הזכות לכבוד האדם – בפעילותן התקינה של רשויות השלטון. ביטוי מוקדם לתפיסה זו ניתן בפסק־הדין בעניין מרכז הקבלנים (1980). השופט ברק קבע שם כך: "אין בכוחם [של העותרים] להצביע על זכות אשר כנגדה עומדת חובתה של המדינה להתקשר עמם, ואין ביכולתם להראות כי חופש העיסוק שלהם נפגע פגיעה חמורה. אך בכך לא נסתם הגולל על עתירתם... זכותם המהותית היא כי החלטתה של המדינה שלא להתקשר עמם בחוזה תהא החלטה כדין, כלומר על־פי הכללים המהותיים והדיוניים החלים על הפעלת שיקול דעת מינהלי."³⁷ עניינם של "הכללים המהותיים והדיוניים" הללו, כך נקבע, בחובתה של הרשות השלטונית "לפעול בסבירות, ביושר... ובתום לב, אסור לה למדינה

36 ראו בעניין זה, למשל, גרעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד 219–222, 256–261 (2010).

37 בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לר (3) 729, 743 (1980) (להלן: עניין מרכז הקבלנים) (ההדגשה הוספה).

להפלות, לפעול מתוך שרירות... או להימצא במצב של ניגוד עניינים".³⁸ החידוש בקביעה זו הוא בהכרה בכך שהחובה המוטלת על המדינה לפעול בסבירות מנביעה זכות של הפרט המושפע מאופן פעולתו של השלטון. עמדה מוקדמת זו סימנה את הגישה שנהייתה נפוצה מאוחר יותר, בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לפי הגישה הנוהגת כיום, תנאי להפעלת כוח שלטוני – יהא זה כוח שעניינו הגבלת חירויות, כמו במקרה של הפעלת סמכויות כליאה, או כוח הקשור להקצאת המשאבים הציבוריים ולהענקת פטור מחובות שונות – הוא שהסמכות תופעל בהתאם לכללים שנועדו לקדם תכליות שמבטאות את האינטרס של כלל הציבור (ובהתבסס על מה שמקובל לכנות, בעקבות ג'ון רולס, public reason).³⁹ הדין הוא שהפרת תנאי זה מהווה פגיעה בזכות חוקתית, לרוב בזכות לכבוד האדם. בית-המשפט מניח, בלא פירוט, כי כל הפרה של החובה לנהוג לפי אמות-מידה ענייניות או לפי נורמות מוסדיות אחרות פוגעת בכבוד האדם, מבלי להבחין בין מקרים שבהם הפגיעה היא באינטרס פרטי או מבטאת יחס פוגעני כלפי אנשים מסוימים לבין מקרים שבהם מדובר בהפרה של נורמות מוסדיות. באחד המקרים ציין המשנה לנשיאה ריבלין במפורש כי "אין מקום להבחין בין פגיעה בשוויון 'שיש לה זיקה לכבוד האדם' לבין פגיעה אחרת בשוויון. כל פגיעה בשוויון גורעת מכבוד האדם. כל הפליה מכל סוג – לאמור, הבחנה מטעמים בלתי ענייניים – יש בה פגיעה בכבוד האדם, ולפיכך יש בה פגיעה בזכות חוקתית".⁴⁰ לפי גישה זו, אחד מהיבטיו של יחס של כבוד אל הפרט הוא שהחלטות שלטוניות שמשפיעות עליו יתקבלו על יסוד שיקולים ענייניים בלבד.⁴¹

גישה זו מעוררת שני קשיים עיקריים: האחד עוסק במהותן של זכויות אדם חוקתיות, והאחר – במתודולוגיה החוקתית. באשר לקושי הראשון, גם אם מקבלים את העמדה שכבודו של אדם נפגע מכך שהכרעות שלטוניות אינן נעשות בהתאם לנורמות המוסדיות, יש להכיר בכך שזוהי פגיעה שונה במהותה מזו שמפניה נועדו זכויות חוקתיות במובן הקלסי להגן. החובה לכבד זכויות אדם מבוססת בראש ובראשונה על השאיפה למנוע פגיעה באינטרסים של הפרט, וכן על החשש שהכרעת הרוב לא תבטא התחשבות נאותה באינטרסים הללו לנוכח העובדה שהפגיעה עלולה להיגרם לאנשים מסוימים בלבד. ייחודם של מעשים שמוכרים כפגיעה בזכות חוקתית נעוץ בכך שכרוכים בהם יחס פוגעני כלפי אנשים מסוימים, התייחסות

38 שם, בעמ' 744. בחוקות מסוימות קבועות הוראות שמכירות בזכותו של אדם לכך שההליך המנהלי יהיה הוגן. דוגמה ידועה לכך היא ס' 33 לחוקת דרום-אפריקה. אך הגישה הנדונה כאן רחבה מכך, ועוסקת, כמפורט להלן, בהיבטים שעניינם תוכנה של ההחלטה המנהלית, ולא רק היבטיה ההליכיים.

39 Rawls, לעיל ה"ש 29, בעמ' 440.

40 בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פ"ד סד(2) 581, פס' 3 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2011).

41 ראו ברוח זו, למשל, יצחק בנבגי "שוויון וכבוד כאדיאליים מתחרים: השופט דורנר בעניין אליס מילר" מחקרי משפט כב 445, 460 (2006): "כשהפרט... נפגע מהתייחסות לא-שוויונית שאינה מותרת לפי העיקרון האריסטוטלי [עקרון השוויון] – התייחסות הזאת משפילה"; מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" משפט ועסקים טז 109, 119-120 (2013). לביקורת על עמדה זו ראו אביחי דורפמן "כיבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" עיוני משפט לו 111 (2013).

אליהם כאל מי שאינם שווים לאחרים, פגיעה באוטונומיה שלהם וכדומה.⁴² מאפיינים אלה נעדרים לרוב במקרים של הפרת נורמות מוסדיות. הדבר נובע מעצם הגדרתה של נורמה מוסדית כנורמה שעניינה הישיר הוא חובתו של השלטון לפעול לקידום האינטרס הציבורי. הפרתה של נורמה זו – כפי שהיה, למשל, כאשר נחקק חוק שמכוחו הוענקה חנינה רק למי שעברו עברות על רקע התנגדותם לתוכנית ההתנתקות – פוגעת בכלל הציבור, וממילא אין נלווה לה היסוד של מסר פוגעני כלפי קבוצת אנשים מסוימת. בנסיבות אלה "קבוצת השוויון הרלוונטית... היא למעשה הציבור כולו"⁴³ – קביעה שאינה עולה בקנה אחד עם האפיון המקובל של זכויות האדם בכלל ושל הזכות החוקתית לשוויון בפרט.⁴⁴ לפיכך ספק אם ניתן להסתפק בהצדקה שניתנה בסוגיה זו בפסיקה. למשל, בעניין התנועה לאיכות השלטון (2006) הצדיק בית-המשפט את הקביעה כי הפטור משירות בצה"ל שניתן לתלמידי ישיבה פוגע בכבוד האדם באופן הבא: "הפטור פוגע במעמדו של האדם המחויב בשירות צבאי כשווה בין שווים, על יסוד השתייכותו החברתית, אמונתו הדתית ואורחות חייו... הטלת חובה זו על האחד ושחרור ממנה של האחר פוגעת קשות בזכותו העצמית של האדם... היא פוגעת בכל אחד מקבוצת הרוב המחויב בשירות צבאי בשל ההפליה הקשה שהיא יוצרת כלפיו לעומת מי שתורתו אומנתו."⁴⁵ הנמקה זו מתאימה לפגיעה בקבוצת מיעוט, ואין בה כדי להצדיק אפיון של העדפה שניתנת לקבוצת מיעוט כפגיעה בכבוד האדם של בני קבוצת הרוב.

קושי שני בגישה שאומצה בפסיקה קשור למתודולוגיה החוקתית. הכללת הנורמות המוסדיות במסגרת דיני זכויות האדם הולוכה להחלת מבחן דו-שלבי לבידור תוקפו של מעשה שלטוני שאינו עולה עימן בקנה אחד. זוהי תוצאה שאינה רצויה לפחות ביחס לחלק מן הנורמות המוסדיות הללו. אנו סבורים כי הכרחי לסווג את הנורמות המוסדיות בהתאם לשאלה מהי המתודולוגיה החוקתית המתאימה ליישומן.

לפי הגישה המקובלת במגילות זכויות האדם המודרניות, החובה לכבד זכויות אדם חוקתיות אינה מוחלטת. הקביעה כי מעשה שלטוני כלשהו "פוגע" בזכות חוקתית מוליכה להחלת חוקה – מסקנת-ביניים בלבד – שהמעשה הוא בלתי-מוצדק מבחינה מוסרית ולכן אינו תקף. לשם הפרכת מסקנת-הביניים נדרשת הצדקה מהותית המתייחסת לתוכן ההחלטה, שלפיה בנסיבות המקרה הנדון, לנוכח מכלול האינטרסים הרלוונטיים, הפגיעה בזכות היא מוצדקת. הגורם העיקרי בהקשר הנדון כאן הוא שהקביעה אם פגיעה בזכות חוקתית היא מותרת נעשית ממקרה למקרה, בהתאם למכלול הנסיבות הרלוונטיות. לפיכך החובה לכבד זכויות אדם חוקתיות היא מוחלטת רק כמובן זה שתמיד מוחלטת הדרישה להצדקה מיוחדת לשם הכרה בתוקפה של פגיעה בהן, אך לא כמובן של קביעה כללית כי מעשים מסוימים

42 ראו, למשל, ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 35-51 (2016).

43 בג"ץ 1213/10 ניר נ' יור הכנסת, פס' 16 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 23.2.2012).

44 להרחבה ראו ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" משפט וממשל יז 63, 64-68 (2016) (להלן: מדינה "הזכות החוקתית לשוויון").

45 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 6, פס' 41-42 לפסק-דינו של הנשיא ברק. גישה זו יושמה גם בעניין רסלר, לעיל ה"ש 2.

אסורים בהכרח.⁴⁶ הסיבה לכך שהחובה לכבד זכויות אדם אינה מטילה איסור מוחלט לפגוע בהן היא טיבה של נורמה זו. זכויות האדם מגינות על אינטרסים מסוימים של אנשים, כלומר, על "תביעות" של הפרט – למשל, לחופש פעולה בתחומים מסוימים, להגנה על חייו ועל שלמות גופו, לאפשרות ליהנות ממשאבים שברשותו, לאפשרות גישה למשאבים שאינם ברשותו ועוד. אולם בצד האינטרסים שזכויות האדם מגינות עליהם מוכרת חשיבותם של אינטרסים אחרים אשר במקרים מסוימים ידם צריכה להיות על העליונה. מכאן שהחובה היא בעיקרה להתחשב באינטרסים המוגנים מכוח הזכויות, לייחס להם משקל נורמטיבי מתאים, להימנע מפגיעה לא-הכרחית בהם וכדומה, ולא החובה להימנע באופן גורף מפגיעה בהם. מכאן התפיסה שדיני זכויות האדם הם בעלי מאפיין מובהק של סטנדרטים, ולא של כללים: אין לפגוע באינטרסים המוגנים מכוח זכויות האדם אם אין הצדקה מספקת לכך בהתחשב במכלול הגורמים הרלוונטיים. דיני זכויות האדם מכילים אומנם כללים מסוימים, בעיקר באשר לשאלה אילו תכליות הן "תכליות ראויות" לפגיעה בזכויות, ובמסגרתם באים לידי ביטוי לעיתים גם "טעמים מוציאים", אשר שוללים התחשבות בשיקולים מסוימים;⁴⁷ אך בעיקרו של דבר הבחינה היא ממקרה למקרה, בהתאם לפחות לרוב הנסיבות השייכות לעניין. שיקולים של "סדר שני" – כלומר, שיקולים הנוגעים בהשלכות הצפויות של הכרעה במקרה נתון על התנהגותם העתידית של גורמי שלטון ושל גורמים פרטיים – הם רלוונטיים אומנם, אך אינם מוכרים לרוב כשיקולים מכריעים, שמצדיקים התעלמות מנסיבותיו של המקרה הנדון.

לעומת זאת, נורמות חוקתיות לא-מעטות – אלה שאנו מציעים לסווג כ"מוסדיות" – אמורות להטיל חובה מוחלטת על רשויות השלטון. אלה נורמות שעיקרן קביעה של "כללי משחק" פוליטיים. גם הנורמות הללו מגינות על אינטרסים שחשובים לפרט, אך הן עושות זאת באופן עקיף בלבד: הנורמות מחייבות את רשויות השלטון לפעול בהתאם להסדרים שצפויים להניב, ברוב המקרים, הכרעות שרצויות לכלל הציבור. אף שהסדרים אלה מניבים בסופו של דבר הגנה ראויה על אינטרסים שחשובים לפרט, אפיונם אינו כולל התייחסות למידת ההגנה על האינטרסים השונים שנובעת מהחלתם בכל מקרה ומקרה. הבחנה זו באה לידי ביטוי בעצם קביעת תוכנו של הנורמות מסוג זה – בין במפורש ובין בדרך של פרשנות חוקתית – על יסוד מה שמקובל לכנות "תוצאתנות של כללים", כלומר, קביעת הסדרים כלליים, מוסדות, כללי הכרעה דיוניים וכדומה שצפויים להוביל ברוב המקרים לתוצאה הרצויה מבחינה חברתית.⁴⁸ ההסתמכות על כללים אלה נעשית מתוך הכרה בכך שיהיו אומנם מקרים שבהם פעולה על-פיהם תוביל לתוצאה בלתי-רצויה, אך שיקולים של "סדר שני" מוליכים למסקנה כי מוטב להימנע ממתן היתר לחרוג מן הכללים כאשר מתברר שהתוצאה הנובעת מהם אינה רצויה. עם שיקולים אלה נמנים, בין היתר, קושי

46 למשל, משה כהן-אליה "מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק" **משפט ועסקים** טו 317 (2012); אלון הראל "זכות לביקורת שיפוטית" **משפטים** מ 239 (2010); Mattias Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, 4 *LAW & ETHICS HUM. RTS.* 141 (2010).

47 ראו מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 42, בעמ' 169–191.

48 לדיון ב"תוצאתנות של כללים" ראו, למשל: Eyal Zamir & Barak Medina, *Law, Economics, and Morality* 24–27, 196–98 (2010) והמקורות המוזכרים שם.

להעריך אם תוצאה מסוימת היא הטובה ביותר האפשרית; שאיפה להימנע מלהעניק לגורם כלשהו סמכות הכרעה בדיעבד – כאשר אין נמצאים עוד מאחורי "מסך בערות" – לגבי דרך הפעולה הרצויה, בשל חשש מהטיות ומכשלים קוגניטיביים; והערפת ודאות משפטית ועידוד הסתמכות על כללים ידועים מראש מאשר על שיקולים אחרים. הערכת התוצאות הנובעות מיישום הנורמות הנדונות – או מהפרתן – היא עניין לעיסוק הצופה פני עתיד, שעניינו ניסוח מחדש של הנורמות הרצויות, ולא קביעה אם במקרה נתון כלשהו מוצדקת סטייה מן הנורמות הקיימות.

דוגמאות פשוטות לנורמות מסוג זה הן הקביעה של שיטת הבחירות ושל שיטת המשטר. ייתכנו מקרים שבהם התוצאה שנובעת מהחלת שיטת בחירות מסוימת, כגון שיטה אזורית רובנית או שיטה ארצית-יחסית, אינה מיטבית – למשל, בכל הקשור להשגת היעדים של הבטחת ייצוג הולם לעמדות השונות בציבור, בחירת נושאי-המשרה הטובים ביותר וכדומה. אך עובדה זו, כשהיא לעצמה, אינה מצדיקה כמובן הכרה בתוקפו של שינוי בדיעבד של כללי המשחק שנקבעו, כך שתוצאות הבחירות ייקבעו בדרך שונה מזו שמוסדרת על-פי הנורמה החוקתית הרלוונטית. הדיון הנחוץ באשר לחוקיותן של תוצאות הבחירות הוא אפוא רק ביישום הכללים החוקתיים שנקבעו מראש, ולא בשאלה אם יש מקום להצדיק סטייה מהם. בדומה לכך, דיני המכרזים מבטאים העדפה מובהקת לכללים שנקבעים מראש, ואין מצדיקים סטייה מהם גם אם במקרה נתון הדבר עשוי להניב תועלת חברתית גדולה יותר. באופן כללי יותר, העיסוק בנורמות מוסדיות חוקתיות כולל בעיקרו של דבר את קביעת תוכנה של הנורמה ובחינה אם מעשה שלטוני מסוים עולה עימה בקנה אחד, ולא בבחינה אם הפרת הנורמה היא מוצדקת לנוכח מכלול הנסיבות הרלוונטיות של המקרה הנדון.

ההבחנה בין דיני זכויות אדם לבין נורמות של משפט חוקתי מוסדי אינה חדה, וכפי שכבר הובהר לעיל, יש טעמים טובים לשלב היבטים מסוימים של כללים גם במסגרת דיני זכויות האדם. חרף זאת נראה שניתן להצדיק את ההבחנה בהתבסס על מהותן של הנורמות השלטוניות הנדונות – הגנה ישירה על אינטרסים מסוימים או שימוש ב"תוצאותנות של כללים" שמניבה הגנה עקיפה בלבד על אותם אינטרסים.⁴⁹ אנו סבורים כי הבחנה זו צריכה לשמש בסיס לגיבוש מענה לשאלה באיזו הוראה בחוק-יסוד ראוי לעגן את מעמדה החוקתי של נורמה מסוימת. עמדתנו היא, אם כן, שיש להבחין בין סוגים שונים של נורמות מוסדיות. לגבי נורמות אחדות יש אכן הצדקה למצוא את עיגונן החוקתי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם אלה נמנות הנורמות בדבר שלטון החוק המהותי, החובה לאפשר פרסום מידע לציבור, האיסור לקדם מטרות דתיות מכוח חובתו של השלטון לניטרליות, והיבטים מסוימים של הגנה על הזכות להיבחר. אך נורמות "מוסדיות" אחרות, שבהן הדיון במאמר זה מתמקד, מתאימות להיכלל דווקא בקבוצה השנייה, ולהן מוטב למצוא עיגון בהוראה מתאימה בחוקי-

49 ראו, ברוח זו, אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 352 (2004): "עם העמדתם של חוקי היסוד כולם – ולא רק אלה הדנים בזכויות אדם – על רמה חוקתית-על-חוקית, מתחייבת ההכרה בפסקאות הגבלה שיפוטיות בכל אותם המקרים שבהם חוקי היסוד הללו קובעים זכויות אדם. הרמוניה חוקתית מצדיקה פיתוח פסקאות הגבלה שיפוטיות אלה לאור ההנחיה החוקתית הקבועה בפסקאות הגבלה הקבועות במפורש בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם. כאשר ההסדר החוקתי אינו נוגע כלל לזכויות אדם אין כל סיבה להניח מראש קיומה של פסקת הגבלה שיפוטית ויש לבחון כל מקרה לגופו."

היסוד האחרים. עם אלה נמנים החובה לפעול על-פי שיקולים ענייניים והאיסור להעדיף אינטרסים צרים, הגבלות לגבי סמכותה של הכנסת לקבוע הסדרים בתחום הבחירות לכנסת וכ"מחוקקת לעצמה", עקרון חוקיות המנהל והכלל בדבר הסדרים ראשוניים, וכן איסור ההפרטה של סמכויות שלטוניות מסוימות. ביתרת הדברים ננסה להדגים את התזה הכללית הזו באמצעות דיון מפורט בכל אחת מן הנורמות המוסדיות הללו.

בטרם ניגש למלאכה נחוצה הבהרה. עמדנו אינה שוללת את הצורך בהפעלת שיקול-דעת שיפוטי – הן בקביעת תוכן של הנורמות המוסדיות שאינן מנויות והן בהכרעה אם לאפיין אותן כסטנדרטים או ככללים. במסגרת חיבור זה אנו מפרטים מדוע ראוי לאפיין נורמות מוסדיות אחדות ככללים, אך זהו נדבך אחד בלבד של טיעוננו. הטענה היסודית שלנו היא שאין מקום להניח, כמובן מאליו, שכל הנורמות החוקתיות צריכות להיות מוחלטות במתודולוגיה דו-שלבית ומנוסחות לפיכך כסטנדרט. למעשה, דווקא אפיון הגורף כסטנדרט עלול לטשטש את העובדה שההכרה במעמדן החוקתי הינה תוצאה של שיקול-דעת שיפוטי שהופעל כדי לזכות בהכשר דמוקרטית. הטעם לכך הוא שסטנדרט, מעצם הגדרתו, אינו כולל קביעה מפורשת בדבר עדיפות נורמטיבית של ערכים מסוימים על אחרים. ההכרעה ממקרה למקרה, בהתחשב במכלול נסיבותיו, דוחקת לעיתים לקרן-זווית את העובדה שבית-המשפט מיישם נורמה חוקתית שנקבעה בדרך של פרשנות שיפוטית, ללא מתן הצדקה מהותית לכך. הטלת חיוב להצדיק את אפיון של נורמות חוקתיות מוסדיות ככללים או כסטנדרטים עשויה לתרום לבחינה יסודית של תוכנה של כל נורמה, לקביעת מאפייני-היסוד שלה ולבירור מידת ההכשר הציבורי והמוסרי לקביעתה.

ג. האיסור להעדיף אינטרסים צרים משיקולים קואליציוניים

דוגמה מובהקת למגמה שנדונה בחיבור זה היא הקביעה כי האיסור החל על רשויות השלטון להעדיף ללא הצדקה עניינית אינטרסים של קבוצות שיש להן כוח פוליטי מעוגן בזכות אדם חוקתית. תחילה, עד שלהי שנות השמונים בערך, הוגבלה תחולתה של נורמה זו לפעולותיה של הרשות המבצעת, והיא לא הוחלה על חקיקה ראשית. במהלך הדרגתי הוחלה הנורמה גם על הרשות המחוקקת, לאחר שנקבע כי היא בעלת מעמד חוקתי. תחילה הוטלו הגבלות על הקצאת תקציבים במסגרת חוק התקציב השנתי לא על יסוד אמות-מידה כלליות ("כספים ייחודיים"), וזאת באמצעות עיגון הנורמה בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985; אך מאוחר יותר הוחלה הנורמה באופן גורף, תוך עיגונה בזכות החוקתית לשוויון. בשורות הבאות נדון בקצרה בתוכנה של הנורמה, נבחן את התפתחות ההכרה במעמדה החוקתי, ולבסוף נציע דיון ביקורתי בגישה הנוהגת. טענתנו היא כי מוטב לעגן את מעמדה החוקתי של נורמה זו בדרך של פרשנות מרחיבה של הוראות מתאימות בחוקי-היסוד ה"מוסדיים".

1. הנורמה המוסדית

הכרעות שלטוניות, ובכלל זה הכרעות בדבר הקצאת משאבים ציבוריים, צריכות להיות מוצדקות על יסוד שיקולים כלליים וענייניים. קיימת מחלוקת בדבר היקפו המדויק של האיסור להעדיף ללא הצדקה נאותה אינטרסים של גורמים מסוימים. שורש המחלוקת הוא בשאלה מהו היחס הרצוי בין עקרון הייצוג, שעליו מושתת המשטר הדמוקרטי, לבין חובתן

של רשויות השלטון לפעול לקידום האינטרס הציבורי. אך גם התומכים בכוחם של נבחרי ציבור לקדם אינטרסים של אנשים מסוימים מכירים בכך שכוח זה צריך להיות מוגבל. בהיבט המציאות הפוליטית, בעיקר במשטר של ריבוי מפלגות שמבוסס על הסכמים קואליציוניים, יוצרת אתגר ניכר במימוש אידיאל זה. ג'יימס מדיוסון עמד על כך כבר בשלהי המאה השמונה-עשרה, בדבריו הידועים ב"פרדליסט" מס' 10: "בכל מקום נשמעות תלונות מפי אזרחינו השקולים והמוסריים ביותר... שבמאבקים בין מפלגות יריבות מתעלמים מטובת הכלל, ושלעיתים קרובות מדי מתקבלות החלטות לנקיטת צעדים... על-פי כוחו העדיף של רוב מתנשא ובעל-עניין... רוח של פלגנות הכתימה... את מוסדות הציבור שלנו. [זוהי תוצאת פעולתם של] אזרחים, בין שהם רוב ובין שהם מיעוט בתוך הכלל, המאזרחים והפועלים מכוח דחף משותף של להט פנימי או של אינטרס, המנוגד לזכויותיהם של אזרחים אחרים או לאינטרסים הקבועים והכלליים של הציבור."⁵⁰ בהתאם לכך מוכר במשטרים דמוקרטיים רבים הצורך בהגבלה חוקתית של כוחן של רשויות השלטון להעדיף ללא הצדקה עניינית אינטרסים של קבוצות מסוימות. כך מקובל במשפט החוקתי הגרמני ובזה ההודי,⁵¹ ויש הסבורים שגם בית-המשפט העליון האמריקני מונחה בשנים האחרונות על-פי תפיסה זו.⁵² הביקורת השיפוטית לאכיפת הנורמה הנדונה נחוצה בעיקר בהסדרים שצפויים להרעיף תועלת על קבוצה מוגדרת של אנשים, שאז קיים חשש מוגבר להשפעת-יתר של קבוצת-אינטרס על החלטת השלטון.⁵³ אלה החלטות שעלולות לשקף הכרעה חברתית על-פי זהותם של האנשים הנוגעים בדבר, ולא על בסיס שקלול – לפי מבחן אובייקטיבי כלשהו – של המשקל הראוי של האינטרסים העומדים על הפרק.

לפי הגישה שפותחה במסגרת המשפט המנהלי, עוד לפני המהפכה החוקתית, על רשות שלטונית מוטלת החובה להפעיל את סמכויותיה בהתחשב בשיקולים ענייניים בלבד, כלומר,

50 הפרדליסט, לעיל ה"ש 22, בעמ' 44-45.

51 בכמה פסקי-דין הכריז בית-המשפט הגרמני לחוקה על בטלותן של הוראות, בעיקר בתחום המיסוי, לאחר שהכריע כי ההסדרים הקבועים בהן מפלים, למשל, בין סוגי עסקים שונים. ראו, לדוגמה, 1 BvL 21/12 (17.12.2014). ברוח זו פסק גם בית-המשפט העליון של הודו כי ההוראה בחוקה בדבר "equality before the law" משמעותה שאין להקצות משאבים ציבוריים באופן שרירותי: "State and/or its agencies/instrumentalities cannot give largesse to any person according to the sweet will and whims of the political entities and/or officers of the State". ראו: Akhil Bhartiya Uphokta Congress v. State of Madhya Pradesh (2011) 5 SCC 29, §31.

52 לטענה זו ולביקורת על כך ראו: David A. Strauss, *Affirmative Action and the Public Interest*, 1995 SUP. CT. REV. 1, 3; Bertrall L. Ross II, *Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial Conception of Politics*, 101 CAL. L. REV. 1565 (2013).

53 ראו, למשל: William N. Eskridge, Jr., *Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation*, 74 VA. L. REV. 275 (1988). ליישומה של גישה זו בישראל ראו עמיחי כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" משפט וממשל יא 317 (2007); ברק מדינה "משפט ציבורי" הגישה הכלכלית למשפט 565 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

להימנע מלפעול על יסוד שיקולים זרים.⁵⁴ במסגרת זו אסורה העדפת אינטרסים של ציבור הבוחרים במפלגה מסוימת – למשל, בשל שיקולים קואליציוניים – אלא אם כן יש להעדפה זו טעמים כלליים שאינם תחומים לאינטרסים הצרים של מי שזוכים ביחס המועדף. הנורמה שחייבה לפעול לפי שיקולים ענייניים בלבד, ובמסגרת זו גם אסרה להפלות, אופיינה כהסדר של משפט ציבורי מוסדי, במובן זה שתכליתה העיקרית לא הייתה להגן על אינטרסים של הפרט באופן ישיר, אלא לפקח על תקינות פעילותן של רשויות השלטון.⁵⁵

למאפיין יסודי זה של הנורמה יש שני ביטויים עיקריים. מצד אחד, הנורמה היא רחבה, במובן זה שהאיסור להפלות – כלומר, להעדיף אדם מסוים (או לפגוע בו) על יסוד שיקולים לא-ענייניים – חל בכל מקרה של יחס שונה לאנשים, יהא הבסיס להבחנה ביניהם אשר יהא. בפרט, איסור זה חל אף אם ההבחנה לא נעשתה על יסוד השתייכותו של אדם לקבוצה חברתית מובהקת, כגון היותו ערבי או יהודי, גבר או אישה וכדומה, כלומר, גם אם לא היה כרוך ביחס השונה מימד של פגיעה בכבוד האדם וחשש מעיגון תיגים חברתיים שליליים נגד בני קבוצה מסוימת. כמו-כן, מהחובה לא להפלות נבעה החלת איסור גם על מתן העדפה לאחדים, ולא רק על פגיעה ישירה באנשים מסוימים. מצד אחר, העובדה שהנורמה הנדונה לא נועדה להגן באופן ישיר על אינטרסים של הפרט הובילה לכך שבמקרים שבהם נמצא כי ההבחנה שהרשות המנהלית קובעת היא עניינית, אין נדרשת כלל הסמכה בחוק ואין מוחלות דרישות שמיועדות להבטיח הסתברות מספקת לכך שההבחנה תהא מוצדקת או איזון בין האינטרס הציבורי לבין זה הפרטי. בהתאם לכך נפסק, למשל, כי משנמצא שהפקעת קרקעות בעיר נצרת, שנועדה להקמת היישוב נצרת עילית, נעשתה משיקולים ענייניים, אין כל חשיבות לעובדה שכמעט כל הקרקעות שהופקעו היו בבעלותם של אזרחים ערבים, ואף לא נבחנה סבירותה של ההחלטה (או במינוח המקובל כיום – אם היא מידתית).⁵⁶ יחס שונה לאנשים, כשלעצמו, לא נחשב עוול, ולא הוטלו על השלטון מגבלות באשר לסוגי התכליות שלשם השגתן מותר לנקוט יחס שונה, מעבר לאלה החלות בכל מקרה של הפעלת סמכות שלטונית. המאפיין העיקרי של המבחן שהוחל הוא היותו חד-שלבי: מעשה שלטוני שמפר את הנורמה הנדונה – כלומר, הכרעה שלטונית המבוססת על שיקולים לא-ענייניים – אינו תקף, מבלי שנדרש לבחון אם ניתן בכל-זאת להצדיקו. תמציתה של הגישה המסורתית היא אפוא שהפליה, כמובנה ה"מוסדי", היא פסולה בהכרח.

ברומה לנורמות אחרות של המשפט הציבורי במהלך התקופה שקדמה למהפכה החוקתית, גם הנורמה הנדונה לא הוכרה כבעלת מעמד חוקתי. לפיכך היא שימשה בסיס לביקורת

54 לסקירה של פסיקה המבטאת גישה זו ראו יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 185-189, 192-195 (1999).

55 למשל, בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד (מו" 1) 191, 204 (1991) (השופט ברק): "יש להכיר במעמד של פלוני בפני בית המשפט הגבוה לצדק, המלין על הפליה כנגדו, גם אם תוצאתה של עתירתו לא תהא בהענקת טובת הנאה 'חיובית' לו, אלא 'בשלילת' טובת הנאה שניתנה שלא כדין לאחרים. תהא זו נחמתו של פלוני, שאף כי לא זכה לעצמו, זיכה את המדינה ברשות שלטונית המקיימת את החוק... לכל אדם הזכות שהשלטון יפעל בשוויון."

56 בג"ץ 30/55 ועדה להגנה על ארמות נצרת המופקעות נ' שר-האוצר, פ"ד ט' 1261, 1266 (1955).

שיפוטית רק על מעשיה של הרשות המבצעת וכן לפרשנות של החקיקה. בלשונו של השופט ויתקון, "מי שטוען הפליה, אין בידו להישען על הלכה כל שהיא הכתובה בחוקה, וגם בספר החוקים לא ימצא איסור מפורש; אך מקום שבית-המשפט מעביר תחת שבט ביקורתו מעשה מינהלי, רשאי הוא לשאול אם יש במעשה המבוקר משום הפליה, שכן אם לא שרירות-לב היא, לפחות יש בה רמז לשרירות-לב".⁵⁷

אולם במהלך הדרגתי הוכר מעמדה החוקתי של הנורמה האוסרת העדפת אינטרסים של אנשים מסוימים ללא הצדקה נאותה לכך, ולפיכך החלה נורמה זו נאכפת גם על הרשות המחוקקת. התפתחות זו נעשתה בשני מהלכים. המהלך הראשון כלל פיתוח של דוקטרינה שעסקה בהקצאת משאבים כספיים במסגרת הסכמים קואליציוניים. לפי נורמה זו, אסורה הקצאת משאבים – אפילו היא נעשית בחוק התקציב ובהתאם להסכם קואליציוני – לשם העדפת אינטרסים שמפלגה מסוימת מבקשת לקדם. הגורם החשוב להקשר הנדון כאן הוא שבשלב ראשון זה לא עוגנה הנורמה בגדר הזכות לשוויון, אלא כהסדר של משפט חוקתי מוסדי. מכאן שהקצאת תקציב ציבורי על יסוד שיקולים קואליציוניים היא פסולה מבלי שנדרש כלל להצביע על פגיעה באינטרס פרטי כלשהו שנפגע עקב כך. די בכך שהמעשה השלטוני אינו מבוסס על שיקולים כלליים וענייניים. תחילתה של גישה זו בפסק-הדין בעניין צבן (1989), שם קבע השופט ברק כך: "הקצאת כספי התקציב] צריכה להיעשות על-פי עקרונות של סבירות ושוויון... ומתוך שיקולים ענייניים... רק בדרך זו מובטח אמון הציבור, כי תמיכת המדינה נעשית לפי משקל העניין ולא לפי משקל המעוניין".⁵⁸ נורמה זו היא נדבך אחד במבנה רחב יותר, המיועד למנוע העדפה של אינטרסים על יסוד הייצוג שהם זוכים בו בהליך הפוליטי. היבט אחר של מגמה זו הוא, למשל, החלת ביקורת שיפוטית על הסכמים קואליציוניים, אשר מגבילה, להלכה לפחות, את כוחן של מפלגות לקדם אינטרסים של ציבור הבוחרים בהן.⁵⁹

המהלך השני הופיע מאוחר יותר, בשנת 1992, כאשר הלכת צבן עוגנה בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב. בסעיף זה נקבע כי בחוק התקציב ייקבע רק הסכום הכולל לתמיכה בסוג מסוים של מוסדות, בעוד חלוקתו של סכום זה בין המוסדות תיעשה "לפי מבחנים שוויוניים" שייקבעו על-ידי השר הנוגע בדבר, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה. זהו הסדר יוצא-דופן, שמפקיע מידי הכנסת את הסמכות לקבוע בעצמה, בחוק התקציב, לאילו מוסדות תינתן תמיכה, ואף את הסמכות לקבוע בחוק התקציב אמות-מידה לתקצוב, ומעבירה אותן לידי הרשות המבצעת, בהתבסס על ההנחה שהדבר נחוץ כדי להבטיח הקצאה לפי אמות-מידה ענייניות.⁶⁰ בית-המשפט החיל מאז, כעניין שבשגרה, ביקורת שיפוטית על המבחנים

57 שם, בעמ' 1265.

58 בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705, 706-707 (1989).

59 למשל, בג"ץ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 845 (1991), שם נקבע כי אין תוקף להתחייבויות בהסכם קואליציוני שאינן עולות בקנה אחד עם האינטרס הציבורי; בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 795, 815 (1995).

60 ראו בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני רתות, פ"ד נג(5) 337, 382 (1999) (השופט חשין): "וסעיף 3א לחוק יסודות התקציב הוא] בבחינת אנטי-תזה להלכידות שנסבו בממשל ובכנסת קודם היותו. מעיקרו נועד הוא לשרש מנהגות ודרכי-פעולה פסולים שקנו

שנקבעו לפי הוראה זו, וזאת בהתבסס על החובה לפעול לפי שיקולים ענייניים בלבד.⁶¹ בית-המשפט אף החיל ביקורת שיפוטית על חוק התקציב השנתי עצמו, כאשר נקבעה בו הוראה שהפרה את ההסדר הקבוע בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב.⁶² אולם סעיף זה מאפשר להעניק לנורמה הנדונה מעמד "מעין-חוקתי" בלבד: הוא מגביל את כוחה של הכנסת לקבוע הוראות בחוק התקציב השנתי, אך מכיוון שהוא אינו כלול בחוק-יסוד, אין בו כדי להגביל את כוחה של הכנסת לקבוע הסדרים בחקיקה ראשית "רגילה". אפשרות זו הושגה במהלך השני בהתפתחות ההכרה במעמדה החוקתי של הנורמה הנדונה, אשר יתואר בחלק הבא.

2. עיגון חוקתי של הנורמה המוסדית במסגרת הזכות החוקתית לשוויון

בעת האחרונה חל שינוי באפיון מעמדה הנורמטיבי של הנורמה הנדונה. במהלך שהחל סמוך לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק-היסוד) הוכרה הזכות לשוויון כזכות חוקתית שנגזרת מן הזכות לכבוד האדם, ולאחר-מכן, בשנים האחרונות, הורחבה הזכות לשוויון באופן שהביא לידי כך שעוגנה במסגרתה גם הנורמה ה"מנהלית" בדבר איסור העדפת אינטרסים על יסוד שיקולים פוליטיים-קואליציוניים.

ציון-הדרך הראשון בפיתוח הזכות החוקתית לשוויון הוא פסק-הדין בעניין פורז (1988),⁶³ והביטוי השלם של התפתחות זו הוא פסק-הדין בעניין מילר (1995).⁶⁴ החידוש היה בקביעה כי התייחסות שונה מסוג מסוים – במקרים הללו הדרה של נשים מחברות בגוף הבוחר את רב העיר (עניין פורז) ומשירות בצה"ל בתפקיד טייסות (עניין מילר) – מוליכה למסקנת-ביניים שההתייחסות השונה אסורה. בשני פסקי-הדין היה בית-המשפט נכון להכיר בכך שההבחנה בין נשים לבין גברים היא רלוונטית להשגת התכלית שלשמה פעלה הרשות המנהלית, אך נקבע כי עצם קיומה של שונות רלוונטית בין המינים אין בה כדי להצדיק את המדיניות שננקטה. מדיניות אשר מבחינה בין גברים לנשים יכולה להיות מוצדקת רק אם היא עומדת גם בדרישת המידתיות.⁶⁵ הלכת מילר, שנפסקה לאחר חקיקת חוק-היסוד, מבוססת במפורש על ההכרה בזכות החוקתית לשוויון, ובהתאם לכך הוחלה שם דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה שבחוק-היסוד.⁶⁶ הקביעה בפסק-הדין בעניין מילר באשר למעמדה של הזכות

להם שביתה בחוקי התקציב שחוקקו מידי שנה בשנה, ובה-בעת יועד הוא להציב דוקטרינה לדרכי פעולה נקיות מפרוטקציוניזם ומהפליה. "דרך אגב, הקונגרס האמריקני קבע הוראה דומה. לסקירה של התפתחות הדין בנושא זה ראו, למשל: Mariano-Florentino Cuéllar, *Earmarking Earmarking*, 49 HARV. J. ON LEGIS. 249 (2012).

61 ראו, למשל, בג"ץ 6634/94 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פ"ד מט(5) 45, 50 (1995).
 62 ראו, למשל, עניין התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 60, בעמ' 360, שם נקבע כי על המשיב להקצות תמיכה ציבורית באופן שוויוני, אף אם הרבר אינו עולה בקנה אחד עם ההוראה שנקבעה בחוק התקציב השנתי. כן ראו עניין יקותיאלי, לעיל ה"ש 2, שם הוכרו על בטלותה של הוראה בחוק התקציב השנתי, וזאת בהתבסס, באופן חלקי, על העליונות הנורמטיבית של ס' 3א על חוק התקציב השנתי.

63 בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988).

64 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

65 בג"ץ 953/87 פורז, לעיל ה"ש 63, בעמ' 336; עניין מילר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 119.

66 עניין מילר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 124 ו-141.

לשוויון בזכות חוקתית הייתה למעשה אמרת־אגב בלבד, שכן לא נדרשה שם החלת ביקורת שיפוטית על חוק של הכנסת. צעד זה נעשה רק בשנת 2006, בפסק־הדין בעניין עדאלה. בית־המשפט קבע שם כי ההסדר שנקבע בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התס"ג-2003, פוגע בזכות החוקתית לשוויון, לנוכח העובדה שהשפעתו השלילית היא כמעט אך ורק על אזרחים ישראלים ערבים.⁶⁷

ההנמקה שהובאה בפסיקה – במיוחד בעניין מילר – לקביעה כי הזכות לשוויון היא בעלת מעמד חוקתי חשובה במיוחד. במקרים קודמים נפסק כי הבחנה בין אנשים על יסוד השתייכותם לקבוצה חברתית מובהקת מעוררת חשד שהבחנה מבוססת על שיקולים שאינם רלוונטיים.⁶⁸ לעומת זאת, בעניין מילר נפסק כי האיסור להפלות, שעשוי לכלול גם חובה לנטרל את השונות בין קבוצות שונות, מבוסס על כך שביסוד "סוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע... עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול".⁶⁹ אפיון זה של הפליה על יסוד השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת שימש בפסק־הדין לשתי מטרות: האחת, ביסוס הקביעה מה נכלל בגדר הזכות החוקתית לשוויון המוגנת מכוח חוק־היסוד, כלומר, לצורך הקביעה של היקף הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית; והאחרת, הספקת הצדקה מהותית להחלת דרישת המידתיות, ובכלל זה החובה להתעלם משונות רלוונטית. בהתאם לכך התגבשה בפסיקה ובספרות האקדמית ההבחנה בין שוויון חוקתי לשוויון מנהלי: רק פגיעה בזכות החוקתית לשוויון מקימה עילה לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, וזו תחומה למקרים של הבחנה פוגענית על יסוד השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת; לעומת זאת, עקרון השוויון המנהלי מחייב לפעול בכל מקרה אך ורק על יסוד שיקולים ענייניים, אך זה חל על רשויות המנהל בלבד, ולא על הכנסת.⁷⁰ בלשונו של הנשיא גרוניס, "ישנן פגיעות בשוויון אשר מקימות עילה להתערבותו של בית המשפט במעשה מינהלי,

67 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 15, פס' 46 לפסק־דינו של הנשיא ברק (2006). עמדה זו זכתה בתמיכתם של לפחות שמונה מבין אחר־עשר השופטים. עם זאת, עמדת הרוב הייתה כי הפגיעה בזכות לשוויון היא כדין.

68 לגישה זו ראו, למשל, בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, פס' 9 לפסק־דינו של השופט בך (1990): "כאשר בית המשפט נתקל בהבחנה בין קבוצות, עליו לבחון בשבע עיניים, אם אין הבחנה זו מבוססת על תפיסות כוללניות סטריאוטיפיות, שאין מקורן אלא ברעה קדומה." ראו גם זמיר וסובל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 224-225.

69 עניין מילר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 132 (השופט דורנר).

70 ראו, למשל, עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, פס' 40-41 לפסק־דינו של השופט עמית (2010) (להלן: עניין הבית הפתוח) ("החובה לחלק תמיכות בשוויון וללא הפליה נגזרת... מעקרון השוויון, והפגיעה בשוויון נתפשת, בנסיבות מסוימות, גם כפגיעה בזכות חוקתית... החובה המינהלית לנהוג בשוויון היא רחבה מההגנה על הזכות החוקתית לשוויון, במובן זה שהיא כוללת מצבים שבהם ההפליה אינה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון"); בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, 27 (2001) (השופט זמיר). להבחנה בין שני ההיבטים הללו של חובת השוויון ראו גם, למשל, דפנה ברק־ארו משפט מינהלי כרך ב 678-680 (2010); אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מנהלי" ספר שמגר – מאמרים חלק א 287

מכוח סמכותו לפקח על הרשות המבצעת, אך אינן מקימות עילה להתערבותו בחקיקה ראשית בהתבסס על חוקי היסוד.⁷¹ הזכות החוקתית לשוויון הייתה אם כן בעלת שלושה מאפיינים ייחודיים. ראשית, היא חלה רק על הבחנה בין אנשים (או על הסדר שתוצאתו היא הבחנה כזו) שמבוססת על השתייכותם לקבוצה חברתית מובהקת, ולכן כמובן זה הזכות החוקתית לשוויון צרה מעקרון השוויון המנהלי. מדובר בהבחנה שגורמת פגיעה בכבודם ובאוטונומיה של בני הקבוצה, ואשר עלולה להעצים דעה קדומה שלילית בציבור נגדם. במקרים אלה מוכרת פגיעה בזכות גם אם ההבחנה מבוססת על שיקולים ענייניים, ולפיכך בהיבט זה הזכות החוקתית רחבה מהעיקרון המנהלי. שנית, במקרים שבהם נפגעת הזכות החוקתית לשוויון מוחל מבחן דר'שילבי, שמכוחו תוקפו של מעשה שלטוני שפוגע בזכות מותנה בקיומה של הסמכה מפורשת בחוק להבחין כך בין אנשים ובקיום הדרישות בדבר תכלית ראויה ומידתיות. לבסוף, נורמה זו, לנוכח מעמדה החוקתי, חלה גם על חקיקת הכנסת. אולם לא היה זה סוף-פסוק. בשנים האחרונות שונתה ההלכה ובוטלה במידה רבה ההבחנה בין שוויון חוקתי לשוויון מנהלי. הדבר נעשה כדי להעניק לנורמה המוסדית – שלפיה חובה על רשות שלטונית לפעול לפי שיקולים ענייניים בלבד – מעמד חוקתי, כך שתחול גם על חקיקת הכנסת. בעוד שבפרשת מילר (1995) נקבע כי הזכות החוקתית לשוויון מוגבלת רק לנסיבות של "ייחוס מעמד נחות למופלה",⁷² בעניין התנועה לאיכות השלטון (2006), שבו נדון החוק שעיגן את הפטור משירות בצה"ל לתלמידי ישיבות ש"תורתם אומנותם", נקבע כי הפליה היא פגיעה בזכות החוקתית גם אם "אין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה".⁷³ הנשיא ברק דחה שם במפורש את המבחן שנקבע בהלכת מילר, אשר מבטא, לשיטתו, "מודל מצמצם", אשר "מתרכז בגרעין של כבוד האדם, שעניינו פגיעות נפשיות או השפלה והשמצה".⁷⁴ המבחן החלופי נוסח באופן עמום, והושמטה ממנו ההסתמכות על תבחינים אסורים מסוימים.⁷⁵ בפסיקה מאוחרת יותר שב בית-המשפט ויישם עמדה חדשה זו, אשר זכתה אומנם בכינוי "גישת-ביניים", אך מהווה למעשה גישה מרחיבה למדי. בית-המשפט טרם הבהיר מהו אופן יישומה, ובפרט מהם המקרים שבהם תידחה הטענה להפליה, כמובן של פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, אף אם יש בהם הענקת עדיפות לאנשים אחרים ללא הצדקה עניינית לכך.⁷⁶ על כל פנים, נראה שניתן לאפיין דפוס מסוים בפסיקה שעיקרו עיגון

71 (אהרן ברק, מישראל חשין ומאיר שמגר עורכים, 2003); מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה 94, 109-114 (2000).

72 בג"ץ 2021/11 ועקנין נ' שר האוצר, פס" 17 (פורסם בנבו, 6.6.2013).

73 ראו עניין מילר, לעיל ה"ש 64.

74 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 6, פס" 38 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

75 שם, פס" 36 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

76 שם, פס" 37-40 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

76 לביקורת על חוסר הבהירות הקיים במבחן הנוהג באשר לזכות החוקתית לשוויון ובאשר להרחבת היקף פרישתה של הזכות ראו בנבגי, לעיל ה"ש 41; פינטו, לעיל ה"ש 41; סיגל קוגוט ואפרת חקאק "האם נפגעה זכות חוקתית? הצורך בקביעת גדרים ברורים לזכות חוקתית – הזכות החוקתית לשוויון כמשל" שערי משפט ז 99 (2014); מדינה "הזכות החוקתית לשוויון", לעיל ה"ש 44.

הנורמה המוסדית שאוסרת העדפת אינטרסים מסוימים ללא הצדקה עניינית לכך – אשר יוחדה בעבר להגבלת כוחן של רשויות המנהל בלבד – במסגרת הזכות החוקתית לשוויון. הגישה המרחיבה יושמה בעשור האחרון בשורה של מקרים. בית המשפט הכיר בקיומה של פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, שמגבילה לפיכך גם את סמכות החקיקה של הכנסת, אף כאשר ההבחנה לא התבססה על השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת. עם ההכרעות העיקריות נמנים פסקי-הדין הבאים: בעניין נסר (2012) הוכרז על בטלות הוראה בחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 146), התשס"ה-2005, שמכוחה הוענקו הטבות מס לתושבי יישובים אחדים אך לא לאחרים, מאחר שלא נמצאה שונות רלוונטית בין היישובים שזכו בהטבות לבין אלה שלא זכו בהן;⁷⁷ בעניין רסלר (2012) הוכרז על בטלות חוק שלפיו חובת השירות הצבאי לא הוחלה על תלמידי ישיבה;⁷⁸ בעניין ניר (2012) הוכרה הטענה כי הענקת חנינה כללית בחקיקה רק למי שהפר את החוק על רקע התנגדותו לתוכנית ההתנתקות מרצועת עזה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון;⁷⁹ ועוד.⁸⁰ כל המקרים הללו לא עסקו בהפליה על-פי אמות-המידה של הגישה ה"קלסית" באשר לזכות החוקתית לשוויון, כפי שנקבעה בעניין מילר. בית המשפט נמנע לרוב מלהבחין במפורש בין סוגים שונים של פגיעה בזכות לשוויון. בחלק מן המקרים הדבר אף נאמר במפורש, כגון בדבריה הבאים של השופטת חיות: "איני משוכנעת כי – בבואנו לבחון את חוקיותה או את סבירותה של פעולת הרשות – מן הראוי להפריד ולבצע בהקשר זה בדיקה מדורגת... בין שיקולים הנוגעים לשוויון באספקלריה חוקתית לבין שיקולים הנוגעים לשוויון באספקלריה מינהלית. שוויון הוא שוויון, ולטעמי, אין – ולא צריך שתתקיים – הפרדה דיכוטומית בין 'שוויון חוקתי' לבין 'שוויון מינהלי'...".⁸¹ הכרעה מעניינת בהקשר זה היא פסק-הדין בעניין יקותיאלי (2010), שם הוכרז על בטלות הוראה בחוק התקציב השנתי שמכוחה הוענקו קצבות הבטחת הכנסה לתלמידי ישיבה בעוד תלמידים במוסדות אחרים לא זכו בקצבה. חרף ההלכה שהוזכרה לעיל, שלפיה סעיף 3א לחוק יסודות התקציב הוא בעל מעמד מעין-חוקתי ביחס לחוק התקציב השנתי, העדיף בית-המשפט להסתמך גם במקרה זה בעיקר על הזכות החוקתית לשוויון, ולא (רק) על הנורמה ה"מוסדית" הקבועה בסעיף 3א:

"החובה לחלק את תמיכות המדינה בשוויון וללא הפליה היא נגזרת של הזכות לשוויון אשר הוכרה במשפטנו כזכות חוקתית על חוקית. ייחודה הוא בכך שנקבעו לגביה, בפסיקתו של בית משפט זה ובסעיף 3א לחוק יסודות התקציב,

77 עניין נסר, לעיל ה"ש 2.

78 עניין רסלר, לעיל ה"ש 2.

79 עניין ניר, לעיל ה"ש 43. כאן נקבע שהפגיעה בשוויון היא כרין.

80 גישה זו יושמה גם בתחומים שבהם ניתנה העדפה לאינטרסים של קבוצה מסוימת לא על יסוד שיקולים פוליטיים-קואליציוניים. למשל, בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 91-92 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 2.9.2010); עניין שליטנר, לעיל ה"ש 40; בג"ץ 8487/03 ארגון נכי צה"ל נ' שר הביטחון, פ"ד סב (1) 296 (2006); עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 721-722; בג"ץ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פס' 44 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 3.3.2009).

81 עניין הבית הפתוח, לעיל ה"ש 70, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת חיות.

התנאים הנחוצים להגשמתה בהקשר של חלוקת תמיכות מהמדינה... החובה לחלק את תמיכות המדינה בשוויון נסמכת גם על אופייה החוקתי של הזכות, היא חלק אינטגרלי ממנה... [לפיכך יש] לבחון אם הפגיעה בזכות לשוויון שיוצרת התמיכה באברכים על פי העיגון בחוק התקציב, עולה בקנה אחד עם פסקת ההגבלה שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו...⁸²

אם כן, הגישה הנוהגת היא שהזכות החוקתית לשוויון מספקת עיגון חוקתי לנורמה המוסרית שלפיה אין להעדיף, ללא הצדקה עניינית, אינטרסים של קבוצת אנשים מסוימת על יסוד שיקולים קואליציוניים או שיקולים אחרים הנובעים מן הכוח הפוליטי של נציגי הקבוצה בכנסת. אנו סבורים כי גישה זו מעוררת קשיים ניכרים, שבגינם מוטב לנקוט עמדה שונה.

3. הערכה ביקורתית של הגישה הנוהגת והצעה לעיגון חוקתי "מוסדי"

הדין הנוהג מעורר כמה קשיים, שחלקם נובעים מאופן ההנמקה של ההלכה וחלקם נובעים מן ההחלה של מבחן דו־שלבי במסגרת יישומה של הנורמה המוסרית. לנוכח קשיים אלה אנו סבורים כי מוטב למצוא את העיגון החוקתי של הנורמה הנדונה לא בגדר חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא במסגרת הוראות מתאימות בחוק־היסוד המוסדיים, ולהחיל באופן מפורש מבחן חד־שלבי ביישומה.

קושי אחד בגישה הנוהגת נובע מן הכריכה יחדיו של שתי נורמות אשר שונות במהותן, ולפיכך טעונות הצדקה נפרדת להכרה במעמדן החוקתי. במסגרת יישומה של הנורמה המוסרית, בית־המשפט מסתפק לרוב בקביעה כי העדפת אינטרסים של קבוצה מסוימת מחמת כוחה הפוליטי פוגעת בכבוד האדם. למשל, בעניין נסר ציין בית־המשפט כי הענקת הנחות במס הכנסה לתושבי יישובים מסוימים בלבד, ככל הנראה בהתבסס על הייצוג שהם זכו בו בכנסת, "מעבירה מסר חברתי מקפח ומבטל לכל אותם נישומים שהטבת המס דילגה מעל ראשיהם, ללא כל הצדקה או הבחנה עניינית... יש בכך משום זלזול בוטה במעמדו השווה של האדם בעיני הרשויות"⁸³. הצדקה זו, שהיא המקובלת לביסוס עיגונה החוקתי של הזכות לשוויון במונח הקלסי, אינה מתאימה למקרים שהנורמה הנדונה חלה עליהם. הזכות לשוויון נועדה להגן על אדם מפני פגיעה שנגרמת מיחס שלטוני שמפלה אותו מחמת השתייכותו לקבוצה חברתית מובהקת. בנסיבות אלה הפגיעה בכבוד האדם נגרמת בשל שילובם של שני גורמים: ראשית, יחסו של השלטון אל הפרט בהתבסס על השתייכותו הקבוצתית נועד לפגוע בבני קבוצתו או מבטא ייחוס של תכונות שליליות להם, כגון מסוכנות או נכונות רבה מהממוצע לפגוע באחרים, יכולת מנטלית ירודה, כישורים לקויים וכדומה; שנית, המעשה השלטוני מבטא הסתמכות על דעות קדומות באשר לתכונות שליליות של בני הקבוצה, וקיים חשש ממשי שהמדיניות השלטונית תוביל להטמעה או לחיזוק של דעות

82 עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 2, פס' 41-42 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש. ראו באופן דומה גם בג"ץ 616/11 התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 25.5.2014), שם הוכרז על בטלותה של החלטת ממשלה להעניק מלגה לתלמידי ישיבה שישתלבו במסגרת של הכשרה תעסוקתית, לאחר שנקבע כי היא פוגעת בזכות החוקתית לשוויון לא בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

83 עניין נסר, לעיל ה"ש 2, פס' 46 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש.

אלה בקרב הציבור, ובכך תגרום, באופן עקיף, לפגיעה באינטרסים מוחשיים ולא-מוחשיים של בני הקבוצה, מעבר לפגיעה הנגרמת להם ישירות עקב המדיניות עצמה.⁸⁴ שני מאפיינים אלה אינם מתקיימים במקרים הטיפוסיים שבהם ניתנת העדפה לאינטרסים של אנשים כלשהם מחמת כוחם הפוליטי של נציגיהם בכנסת. בדרך-כלל אין נלווה להעדפה כזו מסר בדבר התייחסות לשאר הציבור, שאינו זוכה בהטבה, כאל בעל מעמד מוסרי נחות. כמו-כן, ההעדפה אינה נעשית על רקע דעות קדומות שליליות נגד הציבור שאינו זוכה בהטבה, וממילא אין לצפות להשפעות שליליות עקיפות של מדיניות זו. זאת ועוד, אף אם העדפה מסוג זה פוגעת בכבוד האדם, אין ספק שמדובר בפגיעה שונה באופן יסודי מזו שנגרמת בגין הפליה המתבססת על השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת.

דומה כי כאשר אין מדובר בהבחנה פוגענית על יסוד השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת שיש בה ייחוס מעמד נחות למופלה, ההכרה בכך שהזכות החוקתית לשוויון נפגעת נעשית בעיקר כאשר קיים חשש ממשי שהמעשה השלטוני הוא תוצאה של "סחר-מכר" פוליטי או הסתמכות על שיקולים אחרים שנתפסים כלא-ענייניים. אולם זאת יש לזכור: תכליתה של הנורמה המוסרית הנדונה אינה דווקא להגן על אינטרסים של מי שלא זכה בהטבה או בפטור מחובה, אלא להבטיח שהכרעות חברתיות יתקבלו בצורה מושכלת, ולא בדרך של מיקוח המבוסס על הכוח הפוליטי של נציגי אינטרסים כלשהם.⁸⁵ כך, למשל, נימק בית-המשפט בעניין ניר את נכונותו להניח (מבלי להכריע בכך) שהחוק הנדון, שבו ניתנה חנינה לקבוצה מסוימת בלבד של אנשים, פוגע בזכות החוקתית לשוויון: "התוצאה הנגרמת על-פי החוק הנדון היא קשה ואינה שוויונית, כיוון שהיא מייחדת קבוצה אחת בחברה הישראלית ומחריגה אותה מהדין הפלילי. קבוצת השוויון הרלוונטית בנסיבות אלה היא למעשה הציבור כולו, החשוף להעמדה לדין, או שהועמד כבר לדין בגין עבירות דומות."⁸⁶ בית-המשפט ציין במפורש כי הדבר נובע מן ההערכה שהסדר הנדון נועד להעדיף "קבוצה מובחנת ומובהקת, פוליטית ואידיאולוגית... הנהנית מתמיכתו של רוב פוליטי בכנסת", והעדפה זו היא בגדר "שיקול זר להחלת הדין הפלילי".⁸⁷

ההכרה במעמדה החוקתי של הנורמה הנדונה מחייבת אפוא הצדקה מהותית שונה מזו שעליה מבוססת ההכרה בחובה החוקתית לכבד זכויות אדם. קשה לחלוק על כך שהחובה לכבד זכויות אדם חלה על כל רשויות השלטון, ולעובדה שהכנסת מורכבת מנציגי הציבור אין חשיבות רבה בהקשר זה. שונים הם פני הדברים לעניין תחולתה של הנורמה הנדונה כאן. לנוכח עקרון הייצוג, החלתה גם על הרשות המחוקקת מעוררת סוגיות שונות במהותן מהחלתה על הרשות המבצעת. הקביעה כי הכנסת, חרף המשטר הקואליציוני הנוהג בה, אינה רשאית תמיד להעדיף אינטרסים שמייצגות המפלגות החברות בקואליציה אינה מובנת מאליה, והיא טעונה הצדקה. זוהי סוגיה שעיקרה הבחנה בין תפיסות פרדיגמטיות באשר למהותה

84 ראו מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 42, בעמ' 290-309.

85 ביטוי לכך שהוחלה כאן גישה של שוויון כאמצעי לקידום האינטרס הציבורי בשמירה על חוקי המשחק הפוליטיים ניתן בעניין רסלר, לעיל ה"ש 2, פס' 70 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש, אשר ציינה כי עם הטעמים להכרעה הנדונה נכללת "ההגנה על ההליך הדמוקרטי התקין".

86 עניין ניר, לעיל ה"ש 43, פס' 16 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

87 שם, פס' 14-15.

של דמוקרטיה, והבחירה ביניהן צריכה להיעשות על יסוד מכלול השיקולים הרלוונטיים לביסוס הכשר דמוקרטי להכרעה בין הגישות. חשוב להדגיש כי יקורתנו אינה מכוונת נגד ההכרה במעמדה החוקתי של הנורמה האוסרת העדפה בלתי-מוצדקת של אינטרסים מחמת שיקולים קואליציוניים; טענתנו היא רק שלשם הכרה כאמור נדרשת הצדקה שונה מזו שמוענקת להכרה במעמדה החוקתי של הזכות לשוויון או של זכויות אדם אחרות, והצדקה זו צריכה להתבסס על אפיון מתאים של עקרון הייצוג.

על כך נוסף קושי הנוגע בסוג המתודולוגיה החוקתית המוחלת. בית-המשפט אינו נוטה אומנם לציין זאת במפורש, אך עיון בפסיקה מלמד כי אופן יישומה של פסקת ההגבלה מותאם לסוג השוויון שנפגע. במקרים של פגיעה בזכות לשוויון במובנה ה"קלסי", כאשר המדיניות השלטונית מבטאת התייחסות פוגענית לאדם מחמת השתייכותו לקבוצה חברתית מובהקת, מוחל מבחן דו-שלבי. בית-המשפט בוחן אם תכליתה של המדיניות המפלה היא ראויה, ואם כן, אם הפגיעה היא מידתית. בהתאם למבחן זה נדחו, למשל, עתירות בעניין הפליה נגד נשים שנועדה להגן על אינטרסים של אנשים דתיים, על יסוד ההכרה בכך שההפליה נועדה לתכלית ראויה ושהיא מידתית.⁸⁸ התפיסה היא שהאיסור להפלות במובנו ה"קלסי" אינו מוחלט. הוא כפוף אומנם למבחן המחמיר שנקבע בפסקת ההגבלה, אך בנסיבות מתאימות ניתן להצדיקו. לעומת זאת, במקרים שבהם המעשה השלטוני הפר את הנורמה המוסדית שנדונה כאן, ייתכן שניתן לפרש את גישתו של בית-המשפט כמבטאת – מבלי לציין זאת במפורש – דוקטרינה שקרובה במהותה למבחן חד-שלבי, שלפיה העדפת אינטרסים של אנשים כלשהם מחמת שיקולים פוליטיים היא פסולה בהכרח.

ביטוי לגישה שהיא חד-שלבית במהותה ניתן בפסקי-הדין שבהם נדון תוקפה של חקיקה שמכוחה הוענקו הטבות שונות לציבור החרדי. בפסקי-דין אלה טענו נציגי המדינה כי תכליתם של ההסדרים השונים היא לקדם את האינטרס הציבורי בלימוד ישיבתי, ובאופן דומה, בכל הקשור לפטור משירות בצה"ל, לכבד את הזכות לתרבות ולחופש דת של הציבור החרדי. מכאן שאין מדובר בהפליה, אלא בהבחנה המבוססת על שונות רלוונטית. אולם בשורה של מקרים רחבה בית-המשפט נסיונות אלה לרציונליזציה או להצדקה בדעיכת של ההסדרים, לנוכח ההערכה כי הם נקבעו על יסוד תפיסה של ייצוג אינטרסים במערכת הפוליטית, ולא על יסוד בחינה עניינית של המדיניות הרצויה. לפיכך נדחתה הטענה כי התכליות שלפיהן יש לברר את תוקף ההסדרים הן הכרה באינטרס הציבורי בקיום לימודים תורניים ובזכות לתרבות של החברה החרדית: בפרשת יקותיאל (2010) נקבע הדבר במפורש,⁸⁹ ואילו בפרשות התנועה

88 למשל, בג"ץ 8756/07 עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דינים (פורסם בנבו, 3.6.2008); דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש-הממשלה נ' הופמן, פ"ד נז (3) 289 (2003); בג"ץ 3895/13 פינקל נ' ראש ממשלת ישראל, פס" 14 לפסק-דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 17.6.2013).

89 בתגובה על טענתם של נציגי המדינה כי מטרת הענקתן של הקצבאות לתלמידי הישיבה היא "אידיאולוגית", כלומר "עידוד הלימוד התורני", קבע בית-המשפט כי יש לדון בתוקפו של חוק התקציב בהתבסס על ההנחה שתכליתו היא "מתן סיוע כלכלי לאוכלוסיות נזקקות והיא מבוססת על התפישה כי המדינה היא מדינת רווחה, אשר מספקת רשת מגן למי שנוזק לה". עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 2, פס" 37 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. גישה שונה ננקטה בעניין התאחדות הסטודנטים בישראל, לעיל ה"ש 82, פס' עו-עח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

לאיכות השלטון (2006) ורסלר (2012) – באופן משתמע.⁹⁰ במקום זאת הניח בית-המשפט כי להסדרים הנדונים יש תכליות שעולות בקנה אחד עם עקרונות-יסוד כלליים, כגון סיוע שוויוני לכל מי שנזקק לכך ושוויון בגיוס לצה"ל. בהינתן קביעה זו נמצא שההסדרים הנדונים אינם תקפים, שכן הם אינם מקדמים את התכלית המיוחסת לחוק (רסלר) או שניתן להשיג את התכלית באמצעות קביעה של הסדר שאינו מפלה (יקותיאלי). תוצאתה של גישה זו היא הימנעות מדיון בסוגיות-הליכה – הלגיטימיות של הענקת העדפה לקבוצת מיעוט על יסוד אינטרס ציבורי או מכוח הכרה בזכות קבוצתית לתרבות ולחופש דת. לפחות בכל הקשור לתשלום הקצבאות, להסדר הנדון אין השלכות חמורות כלפי מי שלא זכו בקצבה, מעבר לפגיעה באינטרס הכלכלי הישיר שלהם בקבלת הקצבה, וקשה לקבוע, לפחות מבלי לנמק זאת, שתכליות שעניינן הגנה על האינטרסים של הציבור החרדי כקבוצת מיעוט תרבותית אינן יכולות להספיק כדי להצדיק הסדר כזה.⁹¹ חרף זאת אנו סבורים כי ניתן להצדיק את הכרעות בית-המשפט בסוגיה זו. הסיבה לכך היא שהתכליות שלהן טענו נציגי המדינה לא היו אלא הצדקות בדעיכה להסדרים שנקבעו מלכתחילה על יסוד אינטרסים פוליטיים. ההסדרים שמכוחם הוענקה העדפה לתלמידי ישיבה לא היו תוצאה של דיון בכנסת כאשר למכלול האינטרסים הרלוונטיים והשקלול הראוי שלהם. כלומר, הקושי אינו דווקא הפגיעה בגורם כלשהו, שקופח עקב ההחלטה השלטונית, אלא בכך שההחלטה לא נעשתה בהתאם להערכה מהו האינטרס הציבורי, תוך בחינה של מכלול האינטרסים הרלוונטיים.

על יסוד שיקולים אלה אנו סבורים כי יש מקום להבחין באופן מפורש בין שתי הנורמות החוקתיות – החובה לכבד את הזכות החוקתית לשוויון מזה, והחובה להקצות משאבים ציבוריים לפי שיקולים ענייניים מזה. לכל אחת מהן נדרשת הצדקה נפרדת, וכל אחת מהן צריכה להיות מיושמת על-פי המתודולוגיה שמתאימה לה – הראשונה במבחן דו-שלבי, כמקובל בדיני זכויות האדם, והשנייה במבחן חד-שלבי. בהתאם לכך אנו סבורים כי מוטב לעגן את מעמדה החוקתי של הנורמה המוסדית מחוץ לדיני זכויות האדם. הסיבה לכך היא שמטרתה של נורמה זו אינה להגן על אינטרסים של מי שלא זכה בהטבה או בפטור מחובה, אלא להבטיח שהכרעות חברתיות יתקבלו בצורה מושכלת, ולא בדרך של מיקוח המבוסס

90 בית-המשפט הכיר בכך שההסדר שנקבע ב"חוק טל" נועד לאפשר את דחיית השירות הצבאי בהתבסס על "הכרה בייחודיותה של החברה החרדית ובתרבותה, והכרה בערך הלימודים התורניים" (עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 6, פס' 55 לפסק-דינו של הנשיא ברק). אולם בית-המשפט הוסיף כי תכלית זו משתלבת עם תכלית אחרת, שהיא "להביא ליתר שוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי בחברה הישראלית, במובן זה שיותר גברים בני הקהילה החרדית ישרתו בסופו של יום בשירות צבאי" (שם, פס' 54 לפסק-דינו של הנשיא ברק). התכלית האחרונה היא שעמדה ביסוד הקביעה כי יש כאן פגיעה בזכות לשוויון, שכן הריון התמקד כולו בשאלה באיזו מידה החוק צפוי להוביל (כשנת 2006) או הוביל בפועל (כשנת 2012) להשגת התכלית של הגדלה ניכרת של שיעור בני הקהילה החרדית שמשרתים בצבא. לנוכח העובדה ששיעור זה נותר נמוך למדי, נקבע בעניין רסלר כי "חוק דחיית השירות אינו עומד במבחן המידתיות על פי מבחן המשנה הראשון, כלומר אין באמצעים שנקבעו בו כדי להגשים את תכליותיו, והוא הפך למעשה לכלי להנצחת המצב שהיה קיים עובר לחקיקתו" (עניין רסלר, לעיל ה"ש 2, פס' 61 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש; ההדגשה במקור).

91 לביקורת ברוח זו ראו קוגוט וחקאק, לעיל ה"ש 76, בעמ' 117–119.

על כוחם הפוליטי של נציגי אינטרסים כלשהם. זוהי נורמה מוסדית שראוי לעגנה בהוראה חוקתית מוסדית.

תחולתו של סעיף 3א לחוק יסודות התקציב היא מוגבלת, ומעמדו "מעין-חוקתי" בלבד (כלומר, הוא מגביל את הכנסת רק ביחס לחקיקת חוק התקציב השנתי, אך לא בכל הקשור לחקיקה רגילה). בחוקי-היסוד המוסדיים אין עיגון מפורש של הנורמה הנדונה. אף-על-פי-כן לא צריכה להיות מניעה עקרונית לפרש הוראות מתאימות בחוקי-היסוד בדרך מרחיבה לשם העיגון הרצוי. נציין כאן כמה חלופות לכך. אפשרות אחת היא פרשנות מרחיבה של הקביעה בסעיף 1א (א) לחוק-יסוד: משק המדינה, שלפיו "מסים, מילוות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או על פיו". את הדרישה כי הטלת מיסים – וממילא הענקת הקלות מס לקבוצות מסוימות – תיעשה "בחוק" יש מקום לפרש ככוללת גם מאפיינים מהותיים. לאפשרות זו יש תמיכה בספרות האקדמית. למשל, הובעה עמדה שהפרשנות הראויה של הדרישה שפגיעה בזכות חוקתית תיעשה "בחוק" – הקבועה בפסקות ההגבלה שבחוקי-היסוד העוסקים בזכויות אדם – כוללת גם היבטים מהותיים (ולא רק פורמליים) של שלטון החוק, כלומר, שהחקיקה צריכה לקיים היבטים שעניינם כלליות, פומביות, תחולה פרוספקטיבית ולא תחולה למפרע, וכדומה.⁹² אנו סבורים כי יש מקום להחיל פרשנות מסוג זה גם לעניין הדרישה שקביעת מיסים ותשלומי-חובה אחרים תיעשה בחוק, וזאת לנוכח תכליתה של דרישה זו.⁹³ הדרישה להסמכה בחוק נועדה להבטיח שההכרעות ייעשו באופן ענייני, ולא ישמשו לקידום אינטרסים צרים של קבוצות מסוימות בחברה. דרישה זו מנוסחת לעיתים כשאיפה שההכרעות החברתיות יתקבלו מאחורי "מסך בערות".⁹⁴ חקיקה "פרסונלית" (או "אישית") המכוונת לאנשים מסוימים – בין שהם נמנים במפורש בשמותיהם ובין שמדובר בהגדרה שהיא כללית למראית-עין אך מכוונת למעשה לאנשים מסוימים – עומדת בסתירה לעקרון שלטון החוק. חקיקה אישית מגבירה את החשש שהחקיקה בכנסת מושפעת מאינטרסים צרים של קבוצות-כוח שונות, ואינה מבטאת הערכה של חברי הכנסת באשר להסדר החברתי הרצוי לאור שיקולים כלליים. יתרונה של ההסתמכות על סעיף 1 לחוק-יסוד: משק המדינה הוא כאמור האפשרות ליישם על הנורמה הנדונה מבחן חד-שלבי, ולהימנע ממבחני האיזון שמקובלים במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לאור פסקת ההגבלה הקיימת בו.⁹⁵ בתחומים אחרים, שאינם עוסקים בהטלת מיסים ובקביעת הקלות בתחום זה, נדרש להסתמך על הוראות כלליות יותר, ובראשם סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיו "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה", וסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, שלפיו "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". אף שהוראות אלה הן הצהרות בעיקרן,

92 לתמיכה בעמדה זו ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 152-156 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט). ראו גם יניב רוזנאי "רטוראקטיביות – יותר מאשר רק עניין של זמן!" מחשבות על ניתוח חקיקה רטוראקטיבית בעקבות בג"ץ גניס" משפט ועסקים ט 395 (2008).

93 לגישה ברוח זו ראו יוסף משה אדרעי חוק-יסוד: משק המדינה 108-110 (2004).

94 למשל: Adrian Vermeule, *Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law*, 111 YALE L.J. 399-426 (2001); 399, 399-426; מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון", לעיל ה"ש 23.

95 לעמדה דומה ראו אדרעי, לעיל ה"ש 93, בעמ' 91-93.

אפיון הכנסת והממשלה כמוסדות "של המדינה" יכול לשמש בסיס פורמלי לעיגון חוקתי של הנורמה שלפיה מוטלת על רשויות השלטון החובה לפעול למען האינטרס הציבורי, והן אינן רשאיות להשתמש בסמכותן לשם קידום אינטרסים כיתתיים צרים.⁹⁶ כאמור, העיגון הפורמלי המוצע אינו תחליף לצורך בהצדקה מהותית להכרה במעמדה החוקתי של הנורמה המוסדית הנדונה, שעיקרה הצורך בביסוס הן של הכשר ציבורי והן של הכשר מוסרי לקביעה זו. אך בהנחה שהצדקות אלה קיימות, ניתן לדעתנו להשלים אותן בהכשר הליכי שמבוסס על ההוראות הכלליות שבחוקי-היסוד המוסדיים העיקריים.

לסיכום, לפי הגישה שמוצעת כאן, מעשה שלטוני – ובכלל זה חוק – שתכליתו העיקרית היא קידום אינטרסים כיתתיים משיקולים פוליטיים-קואליציוניים הוא פסול. הרשות השלטונית הרלוונטית תידרש לשוב ולבחון את ההסדר בהתבסס על שיקולים כלליים וענייניים. אכן, ייתכנו אומנם מקרים שבהם ההסדר הנדון גורם גם לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון במונחה ה"קלסי". במקרים אלה יש מקום לבחינת ההסדר גם על-פי אמות-המידה המקובלות במסגרת דיני זכויות האדם. המתודולוגיה שבה יש להחיל כל אחת מן הנורמות הללו, וממילא גם העיגון החוקתי של כל אחת מהן, הם שונים: הנורמה המוסדית היא מוחלטת, והעיגון המתאים לה הוא בהוראה מתאימה בחוקי-היסוד המוסדיים; ואילו הנורמה האחרת אינה מוחלטת, אלא כפופה למבחני האיזון שבפסקת ההגבלה, והעיגון ההולם אותה הוא בזכות החוקתית לשוויון שמוגנת מכוח חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ד. האיסור להעדיף אינטרסים צרים של גורמים עסקיים

1. הנורמה המוסדית

היבט קרוב לזה שנדון לעיל הוא האיסור להעדיף אינטרסים צרים של גורמים עסקיים בהכרעות שלטוניות בתחומים הקשורים לקביעת מדיניות כלכלית. בתחומים אלה מתעורר באופן מובהק החשש מפני השפעות אפשריות של "קבוצות-אינטרס" על הכרעותיהן של רשויות השלטון. להכרעות שלטוניות בדבר היקף חופש הפעולה של גורמים הפועלים בשוק או בדבר ההגבלות שיוטלו על מתחריהם צפויות להיות לא אחת השלכות משמעותיות על רווחיהם של תאגידים. לפיכך יש לגורמים אלה אינטרס כלכלי להשקיע סכומים כספיים ניכרים בניסיון להשפיע על תוכנן של ההכרעות הפוליטיות. נסיבות השפעה אלה כוללים מגוון רחב של אמצעים. חלקם אמצעים שאין עוררין על חוקיותם, כגון השתתפות בשיח הציבורי או הצגת נתונים עובדתיים והערכות של מומחים באשר לתוצאות הצפויות מהחלת הסדרים חלופיים שונים; אך חלקם אמצעים שחוקיותם מוטלת בספק, כגון הבטחה לממן

96 טענה קרובה נטענה בנוגע לפרשנותה של הנורמה המוסדית-החוקתית בדבר כהונת הממשלה מכוח אמון הכנסת, המעוגנת בס' 3 לחוקי-יסוד: הממשלה. פרשנות מרחיבה של נורמה זו, כך נטען, שלפיה מדובר ביחסי אמון נמשכים, ולא כאלה המתמצים רק בפעולות של מינוי הממשלה או סיום כהונתה, נדרשת בהקשרים מסוימים לשם הגשמת מחויבותה של הממשלה לפעול בהתאם לאמון הציבור ברשויות השלטון. ראו יגאל מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות אמון בדין הישראלי 185, 202-205 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016).

הוצאות בחירות (או איום לפעול לפרסום שלילי על מועמדים בבחירות), הפעלת שדלנים, ואף הבטחה להציע משרות במגזר הפרטי לנושאי משרות שלטוניות לאחר סיום תפקידם המותנית בתוכנן של ההכרעות השלטוניות שיתקבלו. במסגרת תחום המחקר המכונה "תורת הבחירה החברתית" (public choice theory) פותחו תוכנות רבות באשר לתנאים שבהם גורמים בעלי אינטרסים צפויים להצליח להשפיע על רשויות השלטון.⁹⁷ מנקודת אולסון, ואחרים בעקבותיו, ראו בהשפעתן של קבוצות-אינטרס שונות סיבה מכרעת לקריסתן הכלכלית של חברות דמוקרטיות.⁹⁸

הנורמה המוסדית העיקרית שרלוונטית להתמודדות עם התופעה היא האיסור המוטל על רשויות השלטון להתחשב בשיקולים זרים בקביעת מדיניות כלכלית. הפעלת סמכויות שלטוניות – ובכלל זה ההחלטה אם וכיצד להגביל את חופש הפעולה של גופים עסקיים – אמורה לפיכך להיעשות בהתחשב אך ורק בשיקולים ענייניים, כלומר, בשיקולים הרלוונטיים מבחינה מוסרית. גם כאן המוקד אינו דווקא הפגיעה באינטרסים פרטיים שנגרמת בגין הפרתה של הנורמה האמורה – למשל, עקב הענקת הטבות למתחרה עסקי – אלא בעיקר הפגיעה באינטרס הציבורי בהפעלה תקינה של סמכויות שלטוניות. בהתאם לכך, מכוחה של הנורמה המוסדית הנדונה מעשה שלטוני הוא פסול אם תכליתו העיקרית היא קידום אינטרסים של גורמים עסקיים כלשהם לא על יסוד שיקולים ענייניים, תהא השלכתו של המעשה על אינטרסים פרטיים אשר תהא.

בדומה לנורמות מוסדיות אחרות, גם הנורמה הנדונה הוכרה תחילה בפסיקה כנורמה של משפט מנהלי, שתחולתה מוגבלת לפעולתן של רשויות המנהל הציבורי. אולם באופן הדרגתי פותחו בפסיקה, בעיקר למן ראשית שנות השמונים, דוקטרינות מתחום המשפט המנהלי להסדרת פעילות שלטונית בתחום הכלכלי, שבאו נוסף על הדוקטרינה הכללית בדבר האיסור להתחשב בשיקולים זרים בהפעלת סמכויות שלטוניות.⁹⁹ דוגמה ידועה לכך היא התפתחות החובה להנהיג את שיטת המכרז בכל הקשור להתקשרויות של הרשות השלטונית עם ספקי שירותים ומוצרים ולמינוי נושאי-משרה.¹⁰⁰ גישה זו, שאומצה לאחר-מכן בחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, ובתקנות שהותקנו מכוחו, נומקה בפסיקה בעיקר בהתבסס על קידום האינטרס הציבורי בתקינות הפעלתן של סמכויות שלטוניות בתחום הכלכלי,

97 לדיון ראו מדינה "משפט ציבורי", לעיל ה"ש 53, בעמ' 568-573.

98 MANCUR OLSON, THE RISE AND DECLINE OF NATIONS: ECONOMIC GROWTH, STAGFLATION, AND SOCIAL RIGIDITIES (1982). ראו גם: John O. McGinnis, *The Decline of the Western Nation State and the Rise of the Regime of International Federalism*, 18 CARDOZO L. REV. 903 (1996).

99 ראו, למשל, ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב, לעיל ה"ש 70, בעמ' 635-671.

100 פסק-הדין העיקרי בעניין זה הוא עניין דפי זהב, לעיל ה"ש 9. עליו נוספות גם ההלכה שקבעה חובת פרסום מכרז בהקצאת קרקעות ציבוריות – בג"ץ 5023/91 פורו נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793 (1992); וקביעת החובה לערוך מכרז למינניים בשירות הציבורי ואיסור מינניים על בסיס זיקה פוליטית לגורם הממנה – בג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 111 (1998).

לנוכח החשש משחיתות ומפעולה על יסוד שיקולים זרים, ובמידה פחותה בלבד על יסוד החובה לכבד אינטרסים פרטיים, כגון הזכות להזדמנות עסקית שווה.¹⁰¹

2. עיגון חוקתי של הנורמה המוסדית במסגרת הזכות החוקתית לחופש העיסוק

בעקבות המהפכה החוקתית נמצא בפסיקה עיגון חוקתי גם לנורמה המוסדית הנוכחית, וזאת בעיקר במסגרת הזכות לחופש העיסוק. בעבר, בטרם הוכר מעמדו של חופש העיסוק כזכות חוקתית, הוגבל היקף פרישתו למקרים שבהם נמנעה מאדם האפשרות לעסוק בעיסוק מסוים מבלי שהיה לאיסור עיגון בחוק החרות, כפי שהיה למשל בעניין בז'רנו,¹⁰² או מכוח הענקת זיכיון בלעדי לעוסקים אחדים.¹⁰³ גישה זו באה לידי ביטוי בפסק-הדין בעניין מרכז הקבלנים, שהוזכר לעיל, שם נקבע כי הענקת הטבות לעוסקים אחדים בלבד, ללא מכרז, אינה פוגעת בחופש העיסוק של העוסקים האחרים בענף.¹⁰⁴ כיום, לאחר המהפכה החוקתית, כל הגבלה המוטלת על אופן העיסוק בתחום כלשהו, ובעיקר הענקת הטבה או פטור מחובה לעוסקים אחדים, מוכרת כפגיעה בחופש העיסוק הטעונה הצדקה על-פי פסקת ההגבלה. תחילתו של מהלך זה בעניין כלל (1994), שם נקבע כי חוק שלפיו יוענק סיוע ציבורי רק לקרנות פנסיה "ותיקות" פוגע בחופש העיסוק של בעלי קרנות פנסיה חדשות, ולפיכך כפוף לביקורת שיפוטית.¹⁰⁵ מאז יושמה גישה זו בעשרות פסקי-דין. למשל, מוכרת פגיעה בחופש העיסוק כאשר הממשלה מעניקה תנאים מועדפים לאנשים מסוימים בלבד, ולא למתחרים שלהם.¹⁰⁶ החלטתה של רשות להתקשר רק עם מספר מצומצם של ספקים, כמו גם קביעה של תנאי-סף להשתתפות במכרז שבגינם נמנעת ההשתתפות במכרז מגורמים אחדים שעוסקים בתחום הרלוונטי, נחשבות במקרים מתאימים פגיעה בחופש העיסוק של עוסקים כאמור.¹⁰⁷ מטעם דומה, גם החלטה להעביר סמכויות שלטוניות לידי של גורם

101 לדיון בהתפתחות החובה לפרסם מכרז ראו, למשל, עומר דקל מכרזים א 203-261 (2004); ברק ארזו משפט מינהלי כרך ג, לעיל ה"ש 70, בעמ' 46-52.

102 בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המטרה, פ"ד ב 80, 82 (1949). ראו גם, ברוח זו, בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399, 410 (1951); בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז (3) 337, 356 (1983).

103 למשל, בג"ץ 125/57 אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר-האוצר, פ"ד יא 1490, 1500 (1957).

104 ראו עניין מרכז הקבלנים, לעיל ה"ש 37.

105 בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח (5) 441 (1994).

106 למשל, אומנם אין מוטלת על הממשלה החובה לסייע לעבודתם של עיתונאים, אולם לנוכח העובדה שהיא בוחרת לעשות כן באמצעות הנפקת תעודת עיתונאי לעיתונאים מסוימים, אשר נהנים מהטבות שונות בזכות ההחזקה בה, אי-הענקת התעודה לאדם שעוסק בתחום העיתונות פוגעת בחופש העיסוק שלו. ראו בג"ץ 509/80 יונס נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד לה (3) 589 (1981); בג"ץ 7093/02 סרי נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח (3) 854 (2002); בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח (5) 70 (2004); בג"ץ 10324/07 שורת הדין נ' לשכת העיתונות הממשלתית (פורסם בנבו, 1.7.2008).

107 ראו בעניין זה, למשל, עע"ם 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, אגף שומת מקרקעין, פ"ד נח (3) 293, 303 (2004); בג"ץ 7217/95 עמותת חברות הסיעוד

פרטי מסוים או קביעת תנאים שמכוחם אדם אינו רשאי לעסוק בפעילות מסוימת בעבור הרשות השלטונית עשויות להיחשב פגיעה בחופש העיסוק שלו.¹⁰⁸

לפי הגישה הנוהגת בפסיקה, בעיקר מאז נחקק חוק-יסוד: חופש העיסוק, היקף פרישתו של חופש העיסוק הוא רחב מאוד. נראה שהגורם העיקרי בהכרעות השיפוטיות בסוגיה זו הוא ההערכה אם המדיניות הנדונה נעשתה על יסוד שיקולים זרים – למשל, בהשפעת לחצם של עוסקים בענף. כאשר יש יסוד סביר להניח כך, מוכרת פגיעה בחופש העיסוק, ועימה החובה לבסס את המדיניות על הסמכה מפורשת בחוק ולהצביע על הצדקה מהותית לנקיטתה. זהו, למשל, ההסבר לקביעה בפרשת אורון (2002) כי החוק שנדרן שם – שבו נקבע כי יש לראות תחנות שידור אחדות ששידרו במשך חמש שנים לפחות ללא קבלת זיכיון כמי שקיבלו רישיון – פוגע לא כדין בחופש העיסוק. כפי שנימק בית-המשפט, הפגיעה העיקרית שנגרמה עקב חוק זה היא באינטרס הציבורי בתקינות הפעלתו של שיקול-הדעת השלטוני ובשלטון החוק.¹⁰⁹ סיווגו של ההסדר כפוגע בחופש העיסוק נועד להקנות הכשר דמוקרטי להכרזה על בטלותו.

ביסוד הפרשנות המרחיבה של הזכות לחופש העיסוק אין מונחת ההנחה שעצם האסדרה השלטונית של פעילות כלכלית היא בלתי-מוצדקת לכאורה, כנהוג בדיני זכויות האדם. אין דבר רע – אף לא לכאורה – במשטר רישוי כשלעצמו, בהגבלת מונופולים כשלעצמה וכדומה. אולם החשד הוא שלנוכח קיומן של קבוצות-אינטרס מאורגנות ורבות השפעה, המדיניות השלטונית בתחומים כלכליים, היא תוכנה אשר יהא, אינה מיועדת לקדם את האינטרס הציבורי, אלא את האינטרסים של גורמים בעלי עניין. היבט זה מסביר את ייחודה של האסדרה השלטונית של פעילות כלכלית, אשר מסווגת באופן אוטומטי כמעט כפגיעה בחופש העיסוק, לעומת אסדרה של פעילויות אחרות, אשר אינן נחשבות לרוב פגיעה בזכות חוקתית, כנראה משום שלגביהן אין מתעורר באותה עוצמה החשש מפני השפעת-יתר של קבוצות-אינטרס.

בצד ההחלה של גישה מרחיבה באשר להיקף פרישתה של הזכות, בית-המשפט מכיר בקיומו של מתחם רחב למדי של שיקול-דעת לרשויות המאסדרות, ובראשן הכנסת, לקבוע הסדרים שפוגעים בחופש העיסוק. הגורם המכריע בעניין זה הוא ההערכה אם ההסדר הנדרן נקבע על יסוד מומחיות מקצועית ובהתבסס על שיקולים ענייניים. ביטוי מובהק לכך הוא ההימנעות מהחלת דרישות-הסף שמקובלות ביחס לפגיעה בזכויות חוקתיות אחרות. במקרים

בישראל נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נא(3) 574, 561 (1997); בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 681, 673 (1999). לגישה שונה ראו בג"ץ 5636/01 בקמן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נח(5) 890 (2004).

108 בג"ץ 1064/94 קומפיוטסט ראשל"צ 1986 בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד מט(4) 808, 819 (1995). לגישה שונה ראו בג"ץ 2505/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מו(1) 550, 543 (1992).

109 בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 664, 640 (2002). בית-המשפט אומנם הכיר בכך שבחוק הנדרן יש "פגיעה בחופש העיסוק של מתחרים פוטנציאליים בלי לקדם יעד חברתי כלשהו" (פס' 34 לפסק-דינו של השופט אור), אך מפסק-הדין נראה כאמור שהפגיעה העיקרית הייתה בנורמה המוסרית בדבר אופן ההפעלה של שיקול-הדעת השלטוני ושלטון החוק.

מן הסוג האחרון הדין הוא שאם קיימת אי־ודאות ממשית כאשר לשאלה אם הפגיעה בזכות החוקתית מוצדקת, הפגיעה אינה חוקתית. לא כך ביחס לחופש העיסוק, לפחות במקרים מן הסוג שנדון כאן. הקצאת הסיכון לטעות היא הפוכה לרוב, ואם אין יסוד מוצדק לסברה שקיימת חלופה סבירה להחלת ההסדר השלטוני, מוכר תוקפה של הפגיעה בחופש העיסוק בגין אותו הסדר. הביקורת השיפוטית מתמקדת בבחינת אופן הפעלתו של שיקול־הדעת השלטוני במקרים קונקרטיים, כלומר, בבחינה שהסדר מיושם כדין, ולא בדרך לא־שוויונית, ובהערכה ביקורתית של סבירותן של הוראות־המעבר, שעניינן ההחלה של תנאים חדשים על מי שכבר עוסקים במקצוע הנדון. לעומת זאת, הביקורת על תוכנם של ההסדרים היא מצומצמת למדי.¹¹⁰ דוגמה לכך היא פרשת לשכת מנהלי ההשקעות בישראל (1997). בית־המשפט קבע אומנם כי אין להחיל את אחת מדרישות הרישוי שנקבעו בחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995 – דרישת העמידה בבחינות הסמכה כתנאי לעיסוק בניהול תיקי השקעות – על מי שכבר עסק במקצוע זה לפני כניסתו של החוק לתוקף. אולם, בדומה למגמה הכללית שתוארה, אף שבית־המשפט הכיר בכך שמכלול הדרישות שנקבעו במסגרת משטר הרישוי פוגע בחופש העיסוק, הוא קבע כי פגיעות אלה מוצדקות, ובכלל זה החלתן גם על עוסקים ותיקים, והסתפק בפסילת ההחלה של תנאי אחד בלבד – הדרישה לעמוד בבחינות ההסמכה – ואף זאת רק לגבי עוסקים ותיקים.¹¹¹ כלומר, חרף ההכרה בהיקף פרישה רחב של חופש העיסוק, אם נמצא כי ההסדר הנדון נועד לקדם אינטרס ציבורי ראוי, די בכך כמעט תמיד להוביל להכרה שהפגיעה בזכות היא כדין. החריגים לגישה זו מצומצמים למדי.

היקף ההגנה המצומצם על חופש העיסוק אינו נובע רק משיקולים שמחייבים ריסון שיפוטי, דוגמת הקושי להעריך את יעילותם של תנאי הכשירות השונים ולהשוותה ליעילותם של אמצעים חלופיים להגנה על אינטרסים ציבוריים. הטעם העיקרי להיקף מצומצם זה הוא שהגישה המרחיבה להיקף פרישתו של חופש העיסוק אינה נובעת מהכרה בחשיבות רבה במיוחד של האינטרסים הפרטיים שנפגעים עקב אסדרת פעילות עסקית. הבסיס לגישה המרחיבה הוא עיגון חוקתי של הנורמה המוסרית שעיקרה מניעת השפעה לא־ראויה של בעלי אינטרסים כלכליים על הגורמים המופקדים על קביעת המדיניות השלטונית. אם אין מתעורר חשש להשפעה פסולה, ממילא אין מוטלת מכוח הנורמה המוסרית הגבלה על היקף שיקול־הדעת של הכנסת ושל רשויות המנהל. הגבלת רשויות השלטון שנובעת מהזכות החוקתית לחופש העיסוק תחומה – מחוץ לגדרה של הנורמה המוסרית הנדונה – למקרים שבהם ההסדר השלטוני מונע אדם מלהמשיך לעסוק במקצועו ולפיכך פוגע באוטונומיה שלו, ולא רק באינטרסים כלכליים שלו. מעבר למסגרת צרה זו אין מוטלת הגבלה של ממש על חופש הפעולה של רשויות השלטון בהתוויית מדיניות כלכלית. בהתאם לכך, בחמש־עשרה השנים האחרונות לא הוכרו על בטלותו של דבר חקיקה מחמת פגיעתו בחופש העיסוק. המשמעות המעשית של הגישה שתוארה היא החלה למעשה של מבחן שקרוב במהותו למבחן חד־שלבי, אשר בוחן בעיקר את תכליתו של ההסדר הנדון ואת מידת ההשפעה שהייתה

110 למשל, ע"א 762/90 מדינת ישראל נ' סלוק, פ"ד מה(5) 815, 807 (1991); בג"ץ 6500/93 כהן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(2) 837, 842 (1994).

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

לגורמים עסקיים בעיצובו, ולא דווקא את סבירותו או את עוצמת הפגיעה באינטרסים פרטיים שונים שנגרמת בעטיו.

3. הערכה ביקורתית של הגישה הנוהגת והצעה לעיגון חוקתי "מוסדי"

הגישה שמיושמת בפסיקה בנוגע להענקת מעמד חוקתי לנורמה שאוסרת העדפת אינטרסים צרים של גורמים עסקיים על יסוד שיקולים לא-ענייניים מובילה לתוצאה רצויה. אולם הדין הנוהג מעורר קשיים, שבגינם אנו סבורים כי העיגון החוקתי הרצוי של הנורמה אינו בדרך של פרשנות מרחיבה של חופש העיסוק, אלא בדרך של פרשנות מרחיבה של הוראות מתאימות בחוקי-היסוד המוסדיים.

היבט אחד, שדומה לזה שנדון לעיל באשר לפרשנות המרחיבה של הזכות לשוויון, הוא ההכרח להבחין בין תכליות שונות של ההכרה במעמד החוקתי של חופש העיסוק. התכלית היסודית של ההגנה החוקתית על חופש העיסוק היא הגנה על חופש הבחירה של הפרט באשר לתחומי עיסוקו. במקרים לא-מעטים יש לעיסוק המקצועי היבטים מכונני-זהות, והוא מרכיב מרכזי בהגשמת האוטונומיה של הפרט. בלשונו של אהרן ברק, "באמצעות העיסוק האדם מעצב את אישיותו ואת מעמדו החברתי. טול מהאדם את חופש העיסוק ונטלת ממנו צלם האדם"¹¹². אולם תכלית זו של חופש העיסוק אינה מצדיקה התייחסות לכל הגבלה שהיא של אופן העיסוק כאל פגיעה בחופש העיסוק. הסדר שלטוני שדורש קיום תנאים כלשהם על-מנת לעסוק בפעילות מסוימת צפוי אומנם להשפיע על התועלת הכספית שתופק מן הפעילות העסקית, אך במקרה הטיפוסי אין בכך כדי לפגוע באפשרות מימושה של האינטרסים הלא-רכושיים המגולמים בהגנה על חופש הבחירה של הפרט בעיסוקו. לפיכך הקביעה כי גם אינטרסים אחרים של הפרט מוגנים מכוח חופש העיסוק טעונה הצדקה נפרדת, שעיקרה כאמור הגנה על האינטרס הציבורי, ולא הפרטי. יתר על כן, התכלית היסודית של ההכרה בזכות חוקתית לחופש העיסוק מחייבת הספקת הגנה רחבה במיוחד על האינטרסים המוגנים מכוחה, בדומה להיקף ההגנה המקובל על זכויות אחרות שמגינות על האוטונומיה של הפרט ועל זכותו לפיתוח אישיות, כגון חופש הביטוי, חופש דת וכדומה. לעומת זאת, ההרחבה הנדונה של היקף פרישתו של חופש העיסוק נועדה למטרה שונה. היא לא נועדה להגן על אינטרסים של הפרט, אלא לפקח על פעילותו של השלטון בכל הקשור להסדרת פעילות בתחום הכלכלי. משום כך אין הצדקה לקבוע היקף הגנה זהה לחופש העיסוק בכל הקשור להגנה על האינטרס הציבורי שהכרעות שלטוניות ייעשו על יסוד שיקולים ענייניים. היבט שני הוא אופן יישומה של הגישה המקובלת בפסיקה. גם אם נניח שיש הצדקה למציאת עיגון לנורמה המוסדית הנדונה במסגרת חופש העיסוק, אין זה ברור שהגישה הנוהגת באשר להיקף פרישתה של הזכות היא המתאימה. מצד אחד, בהיבטים אחדים היקף הפרישה הוא רחב מדי. מכוח התכלית הנדונה יש להכיר בכך שמעשה שלטוני פוגע בחופש העיסוק רק במקרים שבהם יש יסוד סביר לחשד שההחלטה השלטונית הושפעה באופן ממשי מלחצים שהופעלו על-ידי קבוצות-אינטרס, אם לנוכח המטרות שביסוד ההסדר הנדון

112 אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית 583 (1994). ראו גם, ברוך דומה, עניין לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, לעיל ה"ש 111, בעמ' 383; בג"ץ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מז(5) 610, 617 (1993).

ואם לנוכח תוצאותיו. אך ספק אם יש מקום להרחיב זאת לכל פעולה הקשורה לאינטרסים כלכליים, שכן הדבר אינו עולה בקנה אחד עם תכליות ההכרה בזכויות חוקתיות, שעניינן הגנה על אינטרסים פרטיים שמוכרים כחשובים במיוחד מבחינה מוסרית. מצד אחר, קיימים תחומים שבהם נחוצה דווקא הרחבה של היקף הפרישה המוכר כיום. הימנעות מהגבלת כוחו של גורם שיש לו כוח מונופוליסטי או מנקיטת צעדים אחרים לעידוד תחרות בענף אינה מוכרת כפגיעה בחופש העיסוק או בזכויות חוקתיות אחרות. אולם אלה המקרים המובהקים ביותר שקיים בהם חשש להשפעה בלתי־רצויה של בעלי אינטרסים. הפעלת לחץ על רשות שלטונית כדי שזו לא תנקוט צעדים של אסדרה או תעניק פטור מכפיפות להוראותיו של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, היא אמצעי מקובל לניצול עמדות השפעה של גורמים עסקיים, וכך יוצא שדווקא החלטות מסוג זה פטורות מביקורת ומן החובה לספק הצדקה. בשל קשיים אלה אנו סבורים כי מוטב לייחד את הזכות החוקתית לחופש עיסוק להגנה על אינטרסים פרטיים שיש להם חשיבות מוסרית רבה, כלומר, למקרים שבהם המעשה השלטוני שולל מאדם את האפשרות לעסוק במקצוע כלשהו ובכך פוגע באוטונומיה שלו. במקרים אלה נדרש לקבוע היקף הגנה נרחב לחופש העיסוק, בדומה לזה שמקובל ביחס לזכויות אחרות, ולהחיל מבחן דר־שלבי. לעומת זאת, את מעמדה החוקתי של הנורמה המוסדית הנדונה מוטב לעגן מחוץ לחופש העיסוק. הבחינה העיקרית שנדרשת אינה מהי עוצמת הפגיעה באינטרסים פרטיים, אלא מהי התכלית העיקרית של המעשה או המחדל השלטוניים. לעניין זה מוטב להחיל מבחן דר־שלבי, שבמסגרתו אין מקום להעריך אם ההכרעה השלטונית מקרמת רווחה חברתית או פוגעת בה. הבסיס לקביעה אם המעשה פסול או תקין הוא תכליתו של ההחלטה, ולא התוצאה שנובעת ממנה. דוגמה לכך היא ההכרעה בעניין אורון (2002) שהוזכרה לעיל, שם דן בית־המשפט בתוקפו של חוק שקבע כי תחנות רדיו ששידרו ללא היתר במשך חמש שנים לפחות ייחשבו כאילו קיבלו זיכיון. בית־המשפט הסתמך אומנם על חוק־יסוד: חופש העיסוק, אולם בסופו של יום ביסס את הכרעתו על הקביעה כי תכלית החוק אינה ראויה, בעיקר משום שמדובר בתכלית פרטית, קרי, הטבה עם גורמים אחרים על־חשבון אחרים.¹¹³

הנורמה החוקתית היא לפיכך מוסדית בעיקרה: על רשויות השלטון, ובראשן הכנסת, מוטלת החובה להתחשב במכלול האינטרסים הרלוונטיים ולהעניק להם משקל ראוי בעת קביעת מדיניות כלכלית. אין לקבוע הסדרים או להפעיל סמכויות לשם קידום אינטרסים צרים של עוסקים מסוימים. זוהי נורמה שהעניגן החוקתי המתאים לה הוא באחד ההסדרים המוסדיים שהוזכרו לעיל:¹¹⁴ ככל שמדובר באסדרה שמבוססת על הטלת תשלומי־חובה, לרבות אגרות, מוטב להתבסס על פרשנות מרחיבה של סעיף 1(א) לחוק־יסוד: משק המדינה; ובתחומים אחרים יש להסתמך על סעיף 1 לחוק־יסוד: הכנסת, שלפיו "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה", ועל סעיף 1 לחוק־יסוד: הממשלה, שלפיו "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". הוראות אלה, אף שהן הצהרתיות בעיקרן, יכולות לשמש בסיס לקביעה כי מוטלת על רשויות השלטון החובה לפעול לקידום האינטרס הציבורי, ולא אינטרסים עסקיים צרים. במסגרת זו מוטב להחיל כאמור מבחן דר־שלבי, ולא דר־שלבי.

113 עניין אורון, לעיל ה"ש 109, בעמ' 664.

114 ראו לעיל ליד ה"ש 92-96.

ה. עקרון חוקיות המנהל והכלל בדבר הסדרים ראשוניים

היבט מרכזי של עקרון הפרדת הרשויות הוא חלוקת הסמכויות בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. הנורמה המוסדית העיקרית בתחום זה היא חובתה של הכנסת לקבוע בחקיקה את סמכויותיהן של רשויות המנהל, ובכלל זה את "ההסדרים הראשוניים", שהם עיקרי ההכרעות המהותיות הכרוכות בהפעלת הסמכויות הללו.¹¹⁵ כבר מראשית ימיה של המדינה נקבע מעמדה ה"מנהלי" של נורמה זו, המכונה "עקרון חוקיות המנהל", שעניינה הגבלת כוחה של הרשות המבצעת לפעול בלא הסמכה לכך בחוק. עד המהפכה החוקתית היו לעיקרון זה שני מאפיינים עיקריים: מצד אחד, הוכרה תחולה רחבה שלו, שהתבטאה בהחלתו על כל מעשה שלטוני בעל חשיבות ציבורית רבה; מצד אחר, לא הוכר מעמדו החוקתי של העיקרון, כך שלא היה בו כדי להגביל את כוחה של הכנסת לאצול לרשות מנהלית סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים. בעקבות המהפכה החוקתית ניכר בפסיקה שינוי בשני המאפיינים הללו: בית-המשפט הכיר במעמדה החוקתי של הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים, וזאת בהתבסס על חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו; אך בשנים האחרונות צומצם היקף תחולתה של הדוקטרינה, ולפי הגישה המקובלת כיום היא חלה כמעט אך ורק על הפעלת סמכויות שיש בהן פגיעה בזכויות חוקתיות. כלומר, להבדיל מן המגמה הכללית שאותרה עד כה ביחס לעקרונות אחרים של המשפט החוקתי המוסדי, העיגון החוקתי של הדוקטרינה הנדונה כאן בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוביל דווקא לצמצום היקפה. בשורות הבאות נאפיין בקצרה את תוכנה של הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים, תוך הבחנה בין מעמדה המנהלי למעמדה החוקתי, ובעקבות זאת נדון בסוגיית עיגונה החוקתי הרצוי.

1. הנורמה המוסדית

הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים נועדה להגשים את היעדים העומדים ביסודו של עקרון שלטון החוק – פיקוח על פעילותן של רשויות המנהל והשאיפה למסור הכרעות ערכיות בסוגיות ששנויות במחלוקת ציבורית לגוף שבו ניתן ייצוג לעמדות הציבור. היבט אחד, שעיקרו מנהלי, במובן זה שאין נובעת ממנו הגבלה לגבי כוחה של הכנסת, עוסק בהיקף סמכותה של הרשות המנהלית. לפי עקרון חוקיות המנהל, רשות מנהלית אינה רשאית לפעול בתחומים מסוימים אלא אם כן היא הוסמכה לכך על-ידי הכנסת במפורש בחוק, בדרך של קביעת העקרונות ואמות-המידה הבסיסיים שלפיהם תופעל הסמכות. ההיבט האחר הוא חוקתי, והוא עוסק בהיקף סמכותה של הכנסת להסמיך במפורש רשות מנהלית לקבוע בעצמה את ההסדרים הראשוניים. לפי נורמה חוקתית זו, הכנסת אינה רשאית להעניק

115 להרחבה על התפתחות הדוקטרינה במשפט הישראלי ולדין במעמדה בשיטות משפט אחרות ראו גרעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 (2010); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379 (2012); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 54-50 (2010); דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 325 (2010).

שיקול-דעת רחב מדי לרשות שלטונית להכריע בנושאים בעלי חשיבות ציבורית רבה.¹¹⁶ נעמוד בקצרה על שני ההיבטים הללו.

ההיבט הראשון, המנהלי, שעיקרו הוא פרשנות החוק בנוגע להיקף סמכותה של הרשות המנהלית, מפותח למדי בפסיקה. כיום אין מכירים עוד בסייג שלפיו די גם ב"הסמכה מכללא" לפגיעה בזכויות, ותחתיו מוחלת הדרישה להסמכה מפורשת ומפורטת. דוגמה לכך היא פסק-הדין בעניין מיטרני (1983), שם נקט בית-המשפט גישה קפדנית לעניין הדרישה להסמכה בחוק, וקבע כי "אין מחוקק המשנה מוסמך לפעול... [בנושאים הקשורים להגבלתן של חירויות-יסוד] אלא אם הוקנתה לו על-ידי המחוקק הראשי סמכות ברורה, גלויה ומפורשת לטפל בסוגיה האמורה בדרך ההגבלה או האיסור".¹¹⁷ על-פי גישה זו, הסמכת רשויות המנהל בחוק להסדיר תחום כלשהו אינה כוללת, בלא לשון מפורשת מתאימה, את הסמכות לאסור על הכל לעסוק באותו תחום. הרחבה נוספת של הנורמה הנדונה נעשתה בפסק-הדין בעניין רובינשטיין (1998), שם נקבע כי לשם הכרה בסמכותה של רשות שלטונית לפעול בתחום מסוים אין די בכך שהכנסת הסמיכה אותה במפורש לעשות כן, אלא נדרש גם שבחוק המסמיך ייקבעו ההסדרים הראשוניים: "החוק הוא זה שאמור לקבוע אמות מידה לפתרון של הכרעות גורליות, עקרוניות ומהותיות לחיי הפרט. [החוק צריך לקבוע את] המיתחם שבגדריו פועלת הרשות המבצעת, ואת הכיוון, העיקרים או התכלית שאמורים להנחות את הרשות המבצעת בפעולתה".¹¹⁸ אם הכנסת נמנעה מכך, החוק מתפרש כך שאין מוכרת סמכותה של הרשות המנהלית לפעול בתחומים שבהם הדבר מבטא "הכרעות גורליות, עקרוניות ומהותיות". בהתאם לכך נקבע שם כי הסמכות שהוקנתה בחוק לשר הביטחון לפטור אנשים משירות ביטחון משתרעת רק על הענקת פטור על יסוד טעמים שאינם שניים במחלוקת ציבורית, כגון טעמים משפחתיים או בריאותיים, אך אינה כוללת סמכות להעניק פטור לתלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם". במהלך השנים הוחלה הנורמה הנדונה גם כאשר המעשה השלטוני אינו פוגע בזכות-יסוד. נפסק כי ביסוד הדרישה להסמכה בחוק, כמו-גם ביסוד הכלל בדבר הסדרים ראשוניים, עומדים לא רק טעמים הקשורים להגנה על זכויות אדם, אלא גם שיקולים הנובעים ממהותו של המשטר הדמוקרטי, שלפיהם הכרעות חברתיות עקרוניות ומשמעותיות צריכות להיעשות על-ידי גוף ייצוגי. דוגמה מרכזית לכך היא הפסיקה בנושא אכיפה שלטונית של ציות לנורמות דתיות והתחשבות בשיקולים דתיים בהפעלת סמכויות שלטוניות. אומנם, לעיתים נוקמה הדרישה להסמכה בחוק בסוגיה זו בכך שהמעשה השלטוני פגע בזכויות-יסוד, אך לרוב

116 לדיון בהבחנה זו ראו דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 115, בעמ' 399-401; ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליובא דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449, 449-451 (2012) (להלן: מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק").

117 עניין מיטרני, לעיל ה"ש 102, בעמ' 359 (ממלא-מקום הנשיא שמגר) (ההדגשה במקור). ראו גם, ברוח דומה, בג"ץ 144/72 ליפסקי-הליפי נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 719 (1973); בג"ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד יב 264, 268 (1958).

118 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 515.

הבסיס לכך היה שהתחשבות בשיקולים דתיים היא עניין שטעון הסדרה בחקיקה ראשית, לנוכח המשמעות החברתית מרחיקת-הלכת שלו.¹¹⁹

ההיבט השני של הנורמה הנדונה הוא חוקתי, ועניינו, כאמור, הגבלת כוחה של הכנסת לאצול שיקול-דעת נרחב לרשות מנהלית. גם כאן פסק-הדין המנחה הוא פרשת רובינשטיין (1998). הנשיא ברק קבע שם כי בעוד שעד חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו "המחוקק רשאי היה... להתעלם מהכלל הבסיסי [בדבר הסדרים ראשוניים]... [ו]להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע בחקיקת משנה או בהוראות מינהל הסדרים ראשוניים", לאחר המהפכה החוקתית חל שינוי במעמדה הנורמטיבי של הנורמה, והכנסת אינה רשאית עוד לסטות ממנה.¹²⁰ עם זאת, לנוכח העובדה שהחוק שנדרון שם נחקק לפני שנחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שתוקפו נשמר מכוח פסקת שמירת הדינים, נמנע בית-המשפט מלקבוע באופן מפורש מהי המשמעות וההיקף של העמדת הנורמה הנדונה במעמד חוקתי. בספרות האקדמית הובעו עמדות שונות בסוגיה זו.¹²¹

בצד הקביעה בפסיקה של הלכות עקרוניות אלה, מידת יישומן בפועל על-ידי בית-המשפט אינה אחידה. עיקר יישומן הוא ביחס למעשים שלטוניים שפוגעים בזכויות חוקתיות, ואף זאת רק ביחס להיבט המנהלי של הנורמה הנדונה, כלומר לעניין קביעת סמכותה של רשות מנהלית לפגוע בזכויות, ולא לעניין הגבלת כוחה של הכנסת. בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עוגנה במפורש, בפסקת ההגבלה, הדרישה להסמכה בחוק כתנאי להכרה בתוקפו של מעשה שלטוני שפוגע בזכויות. בהתאם לכך, לא אחת נשלל תוקפם של מעשים שלטוניים שפגעו בזכויות אדם חוקתיות מחמת העדר הסמכה מפורשת מספיף לכך בחוק.¹²² יש אומנם מקרים שבהם לא נאכפה הדרישה להסמכה מפורשת בחוק כתנאי להכרה בתוקפו של מעשה שלטוני

119 ראו, למשל, לעניין האיסור לגדל חזיר, בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש העיר, חברי המועצה וכני העיר של אזור נתניה, פ"ד ח 1524, 1531 (1954) (הנשיא אולשן): "הבעיה הזאת היא לדעתנו בעיה כללית וארצית, שאינה מיוחדת למקום מסויים, ופתרונה נתון לסמכותו הייחודית של המחוקק הארצי, אלא אם כן מצא המחוקק הארצי לנכון להעביר את כוח ההחלטה בעניין זה לסמכויות המקומיות. בהחלטה מעין זו כרוכה שאלת שלילת חופש הפרט... הכוח להגביל את חופש הפרט שאוב מרצון העם, ולפיכך הוא מסור למוסד הרשאי לדבר ולהחליט בשמו, והוא – בית המחוקקים"; בג"ץ 72/55 פריידי נ' עירית תל אביב-יפו, פ"ד י 734 (1956); בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, ירושלים, פ"ד י 40, 55 (1956); בג"ץ 231/63 רטף, הספקת מזון בע"מ נ' שר-המסחר והתעשייה, פ"ד יז 2730 (1963); עניין מיטראל, לעיל ה"ש 5.

120 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין, לעיל ה"ש 3, פס' 28 ו-31 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

121 ראו, מצד אחד, ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 92, בעמ' 151: "הוראה מפורשת בחוק עצמו כי הסדרים הראשוניים ייקבעו בחקיקת-משנה אינה חוקתית". ראו גם שם, בעמ' 148-149, וכן מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק", לעיל ה"ש 116, בעמ' 468-478. לעמדה הפוכה ראו ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 115, בעמ' 45, וכן דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש", לעיל ה"ש 115, בעמ' 443.

122 למשל, בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד (2) 479, פס' 47 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (2010); עניין לם, לעיל ה"ש 107, בעמ' 684; בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח (2) 746 (2004).

שפוגע בזכות,¹²³ ולעיתים נעשה הדבר בהתבסס על כך שהפגיעה בזכות נועדה להגן על זכות חוקתית אחרת;¹²⁴ אך אלה חריגים למגמה הכללית בפסיקה. בצד זאת, חרף מגמה זו, במישור החוקתי טרם הכריז בית-המשפט על בטלותו של חוק מחמת העובדה שלא נקבעו בו אמות-מידה מפורטות כאשר לאופן הפגיעה המותר בזכויות חוקתיות, והסתפק בתחימת סמכותה של הרשות המנהלית באמצעות פרשנות מצמצמת של החוק.

בכל הקשור להפעלת סמכויות שלטוניות שאינן כרוכות בפגיעה בזכויות חוקתיות, הגישה שנהפכה לשלטת בפסיקה בשנים האחרונות מבטאת התייחסות לדוקטרינת ההסדרים הראשוניים כאל דין רצוי בלבד. במישור החוקתי, בהתייחס למקרים שבהם הסמיכה הכנסת במפורש בחוק את הרשות המנהלית לקבוע מדיניות עקרונית, נמנע בית-המשפט מלהחיל ביקורת שיפוטית על החקיקה, והותיר ב"צריך עיון" את השאלה אם יש להכיר במעמדה החוקתי של הדוקטרינה. במקרים אחדים נעשה הדבר בהתבסס על כך שהחוק נחקק לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולפיכך הוא מוגן ממילא מכוח פסקת שמירת הדינים שבחוק-היסוד;¹²⁵ ובמקרים אחרים התבססה ההימנעות מאכיפת היבטה החוקתי של הנורמה על הקביעה כי הסמכויות שהחוק מתיר להפעיל אינן בעלות חשיבות חברתית מספקת, ועל-כן אי-אפשר לראות את החוק כמסמיך את רשויות המנהל לקבוע הסדרים ראשוניים.¹²⁶ גם במישור המנהלי, שעוסק בקביעת סמכותה של הרשות המנהלית, החלת הכלל הנדון מוגבלת למדי בתחומים שבהם אין מדובר בפגיעה בזכות חוקתית.¹²⁷ ברוח זו ציין הנשיא גרוניס

123 למשל, בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).

124 למשל, בג"ץ 3430/16 התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ נ' הממונה על שוק ההון ביטוח וחיסכון משרד האוצר (פורסם בנבו, 30.6.2016). ראו בעניין זה ברק מדינה והגר שגב "התנגשות בין זכויות: אפיון-מחדש של מהותם של איוון אנכי ואופקיי" משפטים 40 (צפוי להתפרסם ב-2017).

125 למשל, בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 58 (2002) (להלן: עניין עמותת שיח חדש).

126 למשל, בג"ץ 6061/08 ישראלי נ' משרד החקלאות, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 19.8.2009): "הפסיקה הכירה בכך שלחוקי היסוד (בדבר זכויות האדם) יש פוטנציאל להשפיע על הכלל בדבר הסדרים ראשוניים ועל אפשרותה של הכנסת להסמיך רשות מנהלית להסדיר הסדרים ראשוניים, אולם משמעותה והיקפה של השפעה זו נותר בצריך עיון... משהגעתי למסקנה... (שהחוק הנדון) אינו מסמיך את המועצה לקבוע הסדרים ראשוניים, לא מצאתי מקום להידרש לסוגיה." ראו גם בג"ץ 6051/08 המועצה המקומית ראש פינה נ' השר לשירותי הרת, פס' 26-30 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 8.5.2012).

127 ראו, למשל, בג"ץ 5413/07 פלונית נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 16.9.2007), שם נקבע כי אף ש"האכסניה הראויה" להסדרת הסוגיה היא בחקיקה, שיקולים של "תקנת הציבור" מוליכים למסקנה כי אין מקום לפסול את חוזר המנכ"ל שהסדיר את העניין. ראו גם, בהקשר דומה, בג"ץ 5785/03 גרבאן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד נח(1) 29 (2003). בבג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(2) 86 (2009), ציין בית-המשפט כי במקרים מתאימים אפשר להסדיר תחום מסוים באופן זמני בתקנות, ש"לאורן יוכל להיבחן ההסדר, כאמצעי מטרים להסדרתו בחקיקה ראשית על הצד הטוב ביותר" (שם, פס' 49 לפסק-דינה של השופטת ברלינר). ראו גם עניין המועצה המקומית ראש פינה, לעיל ה"ש 126, פס' 28 לפסק-דינו של השופט מלצר.

כי אומנם "גם כאשר לא נטענת פגיעה בזכויות אדם עדיין קיימת נפקות לכלל ההסדרים הראשוניים. אלא שבמקרה בו לא נטענת פגיעה בזכויות אדם המוגנות בחוקי היסוד, ניתן לבחון את תנאי ההסמכה המפורשת באופן מרוכך יותר".¹²⁸ על יסוד עמדה זו נפסק, בדעת רוב, כי קביעת המדיניות על-ידי הממשלה בדבר ההיקף המותר של ייצוא גז טבעי מישראל אינה טעונה הכרעה של המחוקק, וזאת לנוכח העובדה ש"כנסת עתידית, וממשלה עתידית, תוכלנה לשקול שוב את הסוגיה".¹²⁹ מאוחר יותר שב בית-המשפט ופסק כי אין מניעה שהממשלה היא שתקבע הסדרים מרכזיים בתחום משק הגז הטבעי, בלא צורך בחקיקה של הכנסת לעניין זה, אולם סייג זאת בסייג חשוב: נקבע כי לשם הגבלת כוחה שלה ושל הכנסת בעתיד לשנות את המדיניות שנקבעה נדרשת חקיקה מפורשת של הכנסת, ובהעדר חקיקה כזו הוכרז על בטלותה של התחייבות הממשלה כלפי החברות המפיקות את הגז לא לשנות את מדיניותה במשך עשר שנים.¹³⁰

אם כן, בכל הקשור להפעלת סמכויות שאינה כרוכה בפגיעה בזכויות חוקתיות ניכרת בפסיקה שניות לגבי הדרישה להסמכה בחוק: מצד אחד, בית-המשפט מכיר בכך שמשיקולים מוסדיים של הפרדת רשויות ועקרון הייצוג הדמוקרטי יש להכיר במעמדה החוקתי של הנורמה הנדונה; מצד אחר, יישומה של דוקטרינה זו מצומצם למדי, באופן שמוכיל להטלת ספק – שאף צוין במפורש בפסיקה – אם יש לה בכלל תחולה במקרים שבהם אין מדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות.

2. עיגון חוקתי של הנורמה המוסדית

הפער בין האפיון התיאורטי והעקרוני הרחב של הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים לבין יישומה המצומצם מאוד אינו מניח את הדעת. בספרות הוצעו כמה הסברים לפער זה, וביניהם הטענה שמידת האכיפה של הדוקטרינה מושפעת מהערכתו של בית-המשפט מה תהא החקיקה שתחוקק הכנסת, בהתאם לנסיבות הפוליטיות, אם תידרש להסדיר את הסוגיה הנדונה;¹³¹ והעמדה שהדרישה להסמכה בחוק נאכפת רק כאשר נמצא פגם מהותי במעשה השלטוני, אך בית-המשפט מעדיף להימנע מלקבוע כך במפורש בהתבסס על עילה מוסדית.¹³² אנו סבורים כי יש מקום להסבר נוסף לפער זה, שעניינו אפיונה של הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים כסטנדרט.

כאמור לעיל, החידוש החשוב של פסק-הדין בעניין רובינשטיין (1998) הוא הקביעה כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעניק עוגן חוקתי לדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים. ההכרעה שההסדר שנדון שם מפר את הכלל בדבר הסדרים ראשוניים התבססה על כך שזוהי סוגיה בעלת חשיבות לאומית רבה. הקביעה כי בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם

128 בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 26 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 2.7.2014).

129 שם, פס' 34 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

130 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016).

131 ראו, למשל, איל בנבנשתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים 797 (2001).

132 ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 115, בעמ' 36-42.

והירותו השתנה מעמדה החוקתי של הנורמה הנדונה מעידה כי לשיטתו של בית-המשפט, עקרון הפרדת הרשויות ועקרון הייצוג הדמוקרטי מעוגנים בחוק-היסוד.¹³³ הלכה זו נועדה אפוא להעניק לכלל בדבר הסדרים ראשוניים מעמד חוקתי שאינו מוגבל למקרים של פגיעה בזכויות חוקתיות. אולם נראה שבפועל הבחירה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כבסיס לעיגונה החוקתי של הנורמה הוביל לתוצאה ההפוכה, קרי, לצמצום תחולתה של הנורמה בהיבטיה המוסדיים. טעם אחד לכך הוא פורמלי, ועניינו פסקת שמירת הדינים שבחוק-היסוד, שבגינה אין תחולה להיבט החוקתי של הכלל ביחס לחקיקה שהייתה בתוקף בעת חקיקת חוק-היסוד. טעם נוסף הוא הסברה שיש מידה מוגבלת בלבד של הכשר דמוקרטי לפרשנות מרחיבה אשר מחילה את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו גם במקרים שבהם אין מדובר בפגיעה בזכות חוקתית. טעם שלישי הוא זה שכבר הוזכר לעיל ביחס לנורמות מוסדיות אחרות: ההסתמכות על חוק-היסוד הובילה לכך שגם הדוקטרינה הנדונה מוחלת באמצעות מבחן דר'שילבי. באופן זה, הפרת הדוקטרינה אינה מוליכה בהכרח לקביעה כי ההסדר השלטוני – יאה זה חוק שמאציל סמכויות או מעשה מנהלי שאינו מבוסס על הסמכה נאותה בחוק – הוא פסול, אלא יש להתחשב בתועלת החברתית שנובעת ממנו. כך נקבע, למשל, בפרשות שעסקו בקביעת מדיניות שלטונית על-ידי רשות מנהלית, ולא בחוק, בסוגיות כגון תרומת איברים מאדם חי,¹³⁴ איסור פרסומת פוליטית¹³⁵ ועוד.¹³⁶

המבחן שראוי להחיל בהקשר זה הוא חד-שלבי. יש מקום לבחון, בהתאם לנסיבות המקרה, אם ראוי לסווג את הסמכויות שבהן מדובר כ"הסדרים ראשוניים", לנוכח חשיבותן. אם כך הם פני הדברים, יש לקבוע כי החובה להסדיר את הסוגיה בחקיקה היא חובה מוחלטת. אכן, קיימים מצבים שבהם מדיניות שתיקבע על-ידי רשות מנהלית תהיה טובה יותר, מבחינת האינטרס הציבורי, מזו שתיקבע בחקיקה. הערכה זו יכולה להיות מבוססת גם על הטיעון שלרשות המבצעת יש יתרון מקצועי על המחוקק בקבלת החלטות בסוגיות חברתיות מהותיות או לחלופין על העמדה שרשויות המנהל מושפעות פחות, בהשוואה למחוקק, מלחצים פוליטיים ומקבוצות-אינטרס.¹³⁷ כמו-כן אין להתעלם מהעובדה שלעיתים סרבולה של החקיקה והצורך לגבש רוב בכנסת גורמים לעיכוב ממושך בהסדרת תחומים חשובים. אולם הנורמה הנדונה מבוססת על ההערכה שברוב המקרים מוטב להעניק את סמכות החקיקה באופן בלעדי למחוקק, ושראוי להימנע מלהותיר את ההכרעה בשאלה זו – אם עדיפה חקיקה או

133 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 528. לפרשנות דומה של הלכה זו ראו גם, למשל, עניין עמותת שיח חדש, לעיל ה"ש 125, בעמ' 56-59 ו-80; עניין ישראלי, לעיל ה"ש 126, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

134 עניין פלוגית, לעיל ה"ש 127, פס' טו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. כן ראו את ההפניות האחרות בה"ש 127.

135 בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פס' 12 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2008).

136 לדיון ראו מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק", לעיל ה"ש 116, בעמ' 462-468; ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 115, בעמ' 22-23; דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 115, בעמ' 411-413.

137 לדיון בטיעון זה ראו, למשל, ספיר "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 115, בעמ' 26-28 ו-35-36; דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש", לעיל ה"ש 115, בעמ' 438-439.

החלטה מנהלית – ממקרה למקרה. ביסוד הכלל ניצבים הן שיקולים דאונטולוגיים, בדבר הבטחת זכות השתתפות שווה של הציבור בהכרעות חברתיות באמצעות נציגיו הנבחרים, והן שיקולים תוצאתיים, שלפיהם ברוב המקרים התוצאה הרצויה מבחינה חברתית תושג בדרך של הכרעה דמוקרטית, ולא בדרכים אחרות. לפי תפיסה זו, אין להותיר בידי גורם כלשהו, אף לא בידי המחוקק עצמו, את ההחלטה אם מוטב לכבד את הכלל הנדון או להעביר את סמכות ההכרעה בהסדרים ראשוניים לגורם אחר.¹³⁸ ניתן להקיש בהקשר זה מתחום קרוב שעניינו סמכותה של הממשלה – הקבועה בסעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה – להתקין תקנות שעת חירום. תקנות אלה הן חקיקת-משנה שנועדה להחליף את הצורך בחקיקה ראשית בעת מצב חירום, ואף לשנות כל חוק. לנוכח העובדה שבמדינת-ישראל מוכרז ברציפות מצב חירום למן הקמתה, רבו המקרים שבהם בחרה הממשלה להסדיר תחום כזה או אחר באמצעות תקנות שעת חירום במקום להיזקק לחקיקה של הכנסת. אף שחוק-היסוד אינו קובע במפורש שהממשלה רשאית להתקין תקנות שעת חירום רק ככל שהדבר נחוץ לנוכח מצב החירום, כך פירש בית-המשפט את סמכות הממשלה, והחיל למעשה מבחן חד-שלבי לשם כך. טענות בדבר נחיצותן של תקנות שעת חירום בהקשרים שונים נדחו על יסוד הקביעה כי הממשלה רשאית להתקין – ולהפר בכך את עקרון הפרדת הרשויות ואת הכלל בדבר הסדרים ראשוניים – רק אם מצב החירום מונע בפועל את כינוסה של הכנסת ואין כל אפשרות מעשית לחוקק אלא בדרך של התקנת תקנות שעת חירום.¹³⁹ זוהי דוגמה לכך שההסתמכות על הוראה בחוק-יסוד "מוסדי" מוליכה להחלת מבחן חד-שלבי, כפי שמתאים לדעתנו שייעשה גם בהקשר הנוכחי.

אימוץ עמדתנו מחייב – לפחות בנושאים שבהם אין מדובר בפגיעה בזכות חוקתית – להמיר את ההסתמכות על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כעוגן חוקתי של הכלל בדבר הסדרים ראשוניים בהפניה לחוק-יסוד: הכנסת ולחוק-יסוד: הממשלה. ברוח הטיעון הכללי שמוצע בחיבור זה, אנו סבורים כי העיגון החוקתי של הנורמה המוסרית הנדונה צריך להתבסס על פרשנות מרחיבה של סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת וסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה.¹⁴⁰ הוראות אלה הן אכסניה מתאימה לעקרונות-היסוד בדבר הפרדת רשויות וייצוג דמוקרטי. יש מקום

138 לדיון מפורט בעמדה זו ראו מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק", לעיל ה"ש 116, בעמ' 476-478, שם מוצע לתחום את אכיפת ההיבט החוקתי של הנורמה הנדונה למקרים של פגיעה בזכויות חוקתיות, וזאת לנוכח ההסתמכות על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כעוגן חוקתי לכלל בדבר הסדרים ראשוניים. הסתמכות על הוראות מתאימות בחוק-היסוד המוסדיים מאפשרת להרחיב את תחולתו של ההיבט החוקתי של כלל זה גם לתחומים אחרים.

139 ראו, למשל, בג"ץ 344/89 ת.ס.ה. – סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מד(1) 456, 464 (1990); בג"ץ 2740/96 שניסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נא(4) 481 (1997); בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317 (1990). לדיון בסוגיה זו ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: רשויות השלטון ואזרחות 93-957 (2005).

140 אפשרות זו לעיגון חוקתי של כלל ההסדרים הראשוניים הועלתה עליידי הנשיא גרוניס בבג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 128, פס' 23 לפסק-דינו, אך לא הוכרעה שם.

לפרש הוראות אלה כמורות כי סמכותה של הממשלה תיקבע בכפוף למעמדה כרשות מבצעת, קרי כמי שאינה רשאית לקבוע הסדרים ראשוניים, וכי סמכותה של הכנסת, כבית-הנבחרים, מחייבת אותה לקבוע בעצמה את עיקרי המדיניות השלטונית בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית.¹⁴¹ כאמור, מן הראוי ליישם כלל זה באמצעות מבחן חד-שלבי, שמשמעותו הכרה בחובה מוחלטת לקבוע הסדרים ראשוניים בחקיקה, ולא בהחלטה מנהלית.

ו. הפרטה של סמכויות שלטוניות

ההחלטה אם להפעיל סמכויות שלטוניות באמצעות גורמים פרטיים ("הפרטה") הוכרה באופן מסורתי במשפט הציבורי בישראל כמצויה בליבת שיקולי-הדעת הפוליטי של רשויות השלטון. תרמה לכך העובדה שבמישור החוקתי אין בחוקי-היסוד הגבלה מפורשת בנוגע לכוחן של הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת לבצע הפרטה. בלשונו של הנשיא ברק, "חוקי היסוד אינם תכנית לפעולה מדינית קונקרטית. הלאמה והפרטה עשויות להתקיים במסגרתם".¹⁴² אולם בפסק-הדין בעניין המרכז האקדמי (2009) נקבעה הלכה חדשה בעניין זה, ולפיה קיימת נורמה חוקתית שאוסרת הפרטה של סמכויות שלטוניות מסוימות.¹⁴³ בדומה לדפוס שתואר לעיל, גם כאן הסתמך בית-המשפט על חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו לשם עיגון חוקתי של הנורמה, ובהתאם לכך החיל את המבחן החד-שלבי שבפסקת ההגבלה. פסק-דין זה כבר נדון בהרחבה רבה בספרות האקדמית,¹⁴⁴ ולפיכך נסתפק כאן בדיון תמציתי בלבד בסוגיה זו.

141 אפשרות נוספת לעיגון חוקתי מוסדי של כלל ההסדרים הראשוניים היא בס' 3 לחוקי-יסוד: הממשלה. פרשנות מרחיבה של הסעיף מוליכה להחלת חובת אמון ממושכת של הממשלה כלפי הכנסת. נורמה זו מופרת במקרים שבהם הממשלה בוחרת להסדיר עניין כלשהו מבלי שנקבע תחילה הסדר ראשוני לגביו בחוק. ראו מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת", לעיל ה"ש 96, בעמ' 203-204.

142 עניין לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, לעיל ה"ש 111, בעמ' 386. דבריו של הנשיא ברק מבוססים על קביעה ברוח דומה של השופט הולמס מבית-המשפט העליון של ארצות-הברית בדעת המיעוט שלו בפרשת *Lochner v. N.Y.*, 198 U.S. 45, 75-76 (1905).

143 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 616 (הנשיאה ביניש).

144 מיכל טמיר ואסף הראל "על כבוד האדם והפרטה" משפטים מא 663 (2011); גדעון ספיר "הפרטת בתי-הסוהר" ספר דורית ביניש (טרם פורסם); Barak Medina, *Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization*, 8 Int'l J. Const. L. 690, 716-723 (2010); שאול ויסמן "הבג"צ בעניין 'הפרטת בית הסוהר': האם אפשר היה לכתוב את פסק הדין אחרת?" הארת דין ה 131 (2011); אלון הראל "על מגבלות ההפרטה (בעקבות בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר)" משפטים על אתר ב 1 (2011); פאינה מילמן-סיון "הפרטת בתי הסוהר בראי דיני העבודה הבין-לאומיים" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 803 (סטפן אדלר ואח' עורכים, 2012).

1. הנורמה המוסדית

רשות שלטונית מוסמכת להורות על הפרטה, שעיקרה הענקת שיקול-דעת שלטוני לגורם פרטי שפועל למטרות רווח. אולם סמכות זו כפופה לשני אילוצים מרכזיים: האחד עוסק באופן שבו יש להפעיל את הסמכות שהופרטה; והאחר קובע סוגים של סמכויות שלטוניות שאין להפריט כלל.

הגבלה אחת של הסמכות לנקוט הפרטה נועדה לספק מענה לחשש שאופן ההפעלה של שיקול-הדעת שיימסר לגוף פרטי יהיה מוטא, ויגרום בשל כך לפגיעה באינטרסים מוגנים – הן אינטרסים של אנשים פרטיים והן אינטרסים ציבוריים. החשש העיקרי הוא שגורמים פרטיים עלולים להסתמך על שיקולים הקשורים להשגת רווח כספי מהפעלת סמכותם, ולא רק על שיקולים המותרים בתחום הציבורי, ובכלל זה כיבוד זכויות האדם והגנה על האינטרס הציבורי. העובדה שנושאי-המשרה בגופים הפרטיים אינם עובדי מדינה מעצימה חשש זה, משום שהם אינם כפופים לתרבות הארגונית בשירות המדינה ולדין המשמעתי הנוהג בו. עובדי התאגיד הפרטי גם אינם זוכים לרוב בהגנה הנובעת מן הקביעות בעבודה ומן הכלל הנוהג במשפט הציבורי בדבר עצמאות שיקול-הדעת, וכתוצאה מכך הם עלולים להיות חשופים להשפעה של בעלי התאגיד לפעול למקסום רווחיו, ולא דווקא לקידום האינטרס הציבורי.¹⁴⁵ לנוכח זאת הדין הוא שתוקפה של הפרטה מותנה בכך שהחשש האמור אינו ממשי. במסגרת זו נדרש לברר בדיעבד, לאחר שההפרטה כבר נעשתה, באיזו מידה התממש החשש להפעלה לא-נאותה של הסמכות השלטונית, ועל הגוף הפרטי המפעיל את הסמכות השלטונית מוחלות נורמות של המשפט הציבורי, ובכלל זה החובה לכבד זכויות אדם.¹⁴⁶ בצד זאת – וזו הנורמה העיקרית בהקשר הנדון כאן – נדרש גם לברר מראש מהי עוצמת החשש להפעלה לא-נאותה של הסמכות השלטונית עקב ההפרטה. במסגרת זו על הרשות המנהלית שמחליטה על ההפרטה לנקוט צעדים מספיקים להקטנת הסיכון לפגיעה באינטרסים מוגנים, ובכלל זה קביעת מנגנון פיקוח נאות, החלת מערך מתאים של תמריצים לפעולתו של הגורם הפרטי ועוד. הנורמה הנדונה חלה על הפרטה של כל סמכות שהפעלתה עלולה לפגוע באינטרסים מוגנים, ובכלל זה הפרטה שכרוכה בגביית תשלום תמורת שירותים אשר קודם לכן סופקו במימון ציבורי;¹⁴⁷ וכן הפרטה שעוסקת בהענקת שיקול-דעת לגוף

145 ראו, למשל: Michael J. Trebilcock & Edward M. Iacobucci, *Privatization and Accountability*, 116 HARV. L. REV. 1422, 1435 (2003). ראו גם דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" **עיוני משפט** ל 461, 481-482 (2008) (להלן: ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה").

146 ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה", לעיל ה"ש 145, בעמ' 489-490. לתפקידו של הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית בהקשר כללי יותר ראו יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" **משפט ועסקים** ב 67 (2005).

147 יואב רותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" **משפטים** לז 287, 318-319 (2007); ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה", לעיל ה"ש 145, בעמ' 477.

פרטי להפעיל סמכויות שלטוניות, כלומר, סמכויות של פיקוח ואסדרה, הגבלת חירויות והקצאת משאבים ציבוריים.¹⁴⁸

הפסיקה עשירה בדוגמאות להכרה בהגבלה מסוג זה של סמכות ההפרטה. למשל, בעניין הנפלינג (1982), שבו נדון הסדר שהסמיך אנשים שאינם עובדי ציבור לאכוף חוק-עזר האוסר פתיחת בתי-עסק בשבתות ובמועדי ישראל, פסק בית-המשפט כי תנאי הכרחי לחוקיותו של הסדר כאמור הוא הותרת סמכויות שליטה ופיקוח בידי הרשות השלטונית על מעשיהם של הגורמים הפרטיים שלהם הואצלו הסמכויות.¹⁴⁹ נקבע שם כי הטלת מרותה של הרשות על פקחים הפועלים מטעמה נחוצה "לא רק למען השגתה של התוצאה הישירה, היינו, לשם השלטת המרות בהירארכיה הפקידותית, אלא בעיקר למען הגנתו של הציבור הרחב".¹⁵⁰ דוגמה אחרת היא עמדתם של חלק מן השופטים בפרשת המרכז האקדמי (2009), שעסקה בהפעלת בית-סוהר על-ידי תאגיד פרטי. לגישתם של השופטת פרוקצ'יה, בדעת הרוב, ושל השופט לוי, בדעת המיעוט, אין להפעיל בית-סוהר באמצעות גוף פרטי אם לנוכח מכלול הנסיבות הרלוונטיות הדבר יוצר סיכון שהפעלת סמכויות הכליאה תיעשה באופן שיפגע ללא הצדקה בזכויות האסירים. לשיטתה של השופטת פרוקצ'יה, בנסיבות שבהן הסיכון רב במיוחד – וזאת, בין היתר, לנוכח הניסיון שנצבר במדינות אחרות בתחום דומה, הסדרי הפיקוח שנקבעו בחוק ומערך התמריצים של הזכיין – יש להכיר בפגיעה בזכויות חוקתיות של מי שכפופים לסמכויות שניתנו לזכיין הפרטי אף בטרם הופעלו סמכויות אלה.¹⁵¹ לשיטתו של השופט לוי, לעומת זאת, ראוי להמתין להפעלת בית-הכלא, ורק אז לבחון אם החשש מתמשש.¹⁵² הגורם החשוב הוא שלפי גישות אלה, האילוין החל על סמכות ההפרטה נובע מן ההערכה שקיימת הסתברות גבוהה שאופן הפעלת הסמכות יפגע באינטרסים מוגנים של הכפופים לסמכות.

ההגבלה האחרת של סמכות ההפרטה היא עקרונית וכללית. הדין הוא שרשות שלטונית אינה רשאית כלל להעביר סמכויות שלטוניות מסוימות לידי גורמים פרטיים. הגבלה זו אינה עוסקת, לפחות לא באופן ישיר, בהערכת עוצמת הסיכון שהסמכות המופרטת תופעל לא כראוי, אלא בהערכה אם עצם הפעלתה של הסמכות השלטונית על-ידי גורם פרטי זוכה במידה מספקת של הכשר דמוקרטי. השופט שמגר ביטא תפיסה זו בפסק-דינו בעניין הנפלינג שהוזכר לעיל, בקובעו כי "אין זה מתקבל על הדעת, כי סמכויות סטטוטוריות יוענקו לאדם פרטי, שאיננו משרת במערכת שכוננה על-פי דין או שאינו חלק ממערכת שלטונית מוגדרת".¹⁵³ עם זאת, במקרים אחרים ננקטה גישה מרוככת יותר. כך, למשל, בנוגע למינוי של מי שאינו

- 148 למשל, דב"ע (ארצי) נא/4-5 ההסתדרות הכללית – בנק ישראל, פד"ע כב 345 (1991); בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410 (1992); בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(3) 655, 652 (2003); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 833 (2005). כן ראו דותן ומדינה, לעיל ה"ש 147, בעמ' 308-311. ראו דוגמאות נוספות המובאות בעניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 716-717.
- 149 בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' ראש עיריית אשדוד, לו(2) 537, 541 (1982).
- 150 שם, בעמ' 540.
- 151 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 663.
- 152 שם, בעמ' 716-717.
- 153 עניין הנפלינג, לעיל ה"ש 149, בעמ' 541.

עובד ציבור כנציג הרשות המקומית בוועדה לתכנון ולבנייה נקבע תחילה כי "הכלל הנוהג במינהל הציבורי הוא כי על נציג של שר או של גורם ממשלתי להיות עובד מדינה, ונציג של גוף אחר יהיה בדרך-כלל חבר הגוף שאותו הוא מייצג... כך יוכל לייצג את עמדות שולחיו וכך יהיה נתון לפיקוח מוסדי וציבורי במילוי שליחותו כמייצג אותו גוף".¹⁵⁴ אולם בדיון הנוסף שונתה תוצאה זו. נפסק כי "מידת מחויבותם של מועמדים חיצוניים לאינטרסים של הרשות אינה אלא נושא עובדתי הטעון בירור נקודתי בקשר לכל מועמד", ולפיכך נקבע כי אין לשלול באופן גורף מינוי של גורמים פרטיים כנציגי הרשות בגופים סטטוטוריים.¹⁵⁵ כידוע, בעניין זה נקבע חידוש בפסק-הדין בפרשת המרכז האקדמי (2009), שם נדונה הפרטת בתי-הסוהר. בית-המשפט קבע כי קיים "גרעין קשה" של סמכויות שלטוניות שאותן חייבת הממשלה, כרשות המבצעת של המדינה, לבצע בעצמה ושסור לה להעבירן או להאצילן לידי גורמים פרטיים.¹⁵⁶ בית-המשפט נמנע מלקבוע מהן הסמכויות שנכללות במסגרת זו, והסתפק באפיוןן של סמכויות הכליאה כבאות בגדרו של "גרעין קשה" זה, וזאת בהתבסס על הגורם האמור של העדר הכשר דמוקרטי נאות להפעלת סמכות זו על-ידי גורם פרטי. בהתאם לכך, "עצם קיום המוסד של כלא הפועל למטרות רווח מבטא חוסר כבוד למעמדם של האסירים כבני אדם, ופגיעה זו... אינה תלויה במידת הפגיעה בזכויות אדם המתרחשת בפועל בין כתלי הכלא".¹⁵⁷

2. עיגון חוקתי של הנורמה המוסדית במסגרת דיני זכויות האדם

בפסיקה שקדמה למהפכה החוקתית הוכר תוקפה המשפטי המחייב של הנורמה המוסדית הנדונה כנורמה "מנהלית" בלבד. לפי גישה זו, ההגבלות של הסמכות להפריט סמכויות שלטוניות חלות רק על הרשות המבצעת. כך, למשל, בפרשת הנפלינג ציין השופט שמגר במפורש כי הפרטה שמפרה את הנורמה היא פסולה, ולפיכך אינה תקפה, אך זאת רק "כל עוד לא קבע המחוקק מפורשות אחרת".¹⁵⁸ בהתאם לכך, רק במקרים שבהם לא נמצאה הסמכה מפורשת בחוק הביא הדבר לידי שלילת תוקפם של הסדרים שבהם נקבעה הפרטה כאמור.¹⁵⁹ יתר על כן, גם ביחס להוראה בחוק-יסוד שקובעת הגבלה כזו בתחום צר למדי של מקרים – סעיף 31(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, שלפיו שר רשאי לאצול סמכות הנתונה לו

154 בג"ץ 5848/99 פריצקי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה ירושלים, פ"ד נד(3) 5, 38 (2000) (השופטת ביניש).

155 דנג"ץ 5361/00 פלג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 145, פס' 16 לפסק-דינו של המשנה לנשיא מצא (2005). כן ראו שם, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת ביניש.

156 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 637 (הנשיאה ביניש).

157 שם, בעמ' 614 (הנשיאה ביניש).

158 עניין הנפלינג, לעיל ה"ש 149, בעמ' 541.

159 למשל, בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרינריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202, 212 (2004). ראו גם עניין פיליפוביץ, לעיל ה"ש 148, בעמ' 420-422; בג"ץ 2505/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מו(1) 543, 550-551 (1992).

לפי חוק רק ל"עובד ציבור" – נקבע כי אין לה מעמד חוקתי. היה זה בעניין נגב (1974),¹⁶⁰ שם נטען לבטלותה של הוראה בחוק התקנים, התשי"ג-1953, שבה נקבע כי השר רשאי להעביר ל"ממונה על התקינה" סמכויות מסוימות שניתנו לשר בחוק. אף שהיה ספק אם הממונה על התקינה הוא "עובד ציבור", בקביעה לקונית נדחתה הטענה כי להוראת חוק היסוד – או לנורמה המוסרית הכללית בדבר איסור הפרטה של סמכויות שלטוניות – יש מעמד נורמטיבי חוקתי, שמגביל את כוחו של המחוקק: "בענין זה אין חוק יסוד: הממשלה עדיף על חוק התקנים. להיפך, דבר היותו של חוק התקנים חוק מיוחד לעומת חוק יסוד: הממשלה שהוא חוק כללי, מקנה עדיפות לחוק המיוחד על פני החוק הכללי."¹⁶¹

השינוי היסודי בגישתו של בית-המשפט אירע בפסק-הדין בעניין המרכז האקדמי (2009). כאמור, בפסק-דין זה נקבע כי הנורמה הנדונה, על שני חלקיה, היא בעלת מעמד חוקתי, ובהתבסס על כך הוכרו על בטלותן של הוראות החוק שבהן הוסדרה הפעלת בית-סוהר על-ידי תאגיד פרטי. בית-המשפט בחן שם את האפשרות לעגן נורמה זו בדרך של פרשנות מרחיבה של סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, הקובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". הנשיאה ביניש ציינה בהקשר זה כי "בהתחשב בתפישתנו בדבר הפרשנות המרחיבה שיש ליתן להוראות בעלות מעמד חוקתי – נוטים אנו לפרש את הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה באופן המעגן ברמה החוקתית את קיומו של 'גרעין קשה' של סמכויות שלטוניות שאותן חייבת הממשלה, כרשות המבצעת של המדינה, לבצע בעצמה ושסוד לה להעבירן או להאצילן לידי גורמים פרטיים."¹⁶² אף-על-פי-כן בחרה הנשיאה ביניש לבסס את ההכרעה בדבר מעמדה החוקתי של הנורמה הנדונה על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "בשל התוצאה שאליה הגענו, אין אנו נדרשים לקבוע מסמרות באשר לפרשנותו של סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, וניתן להותיר סוגיה זו בצריך עיון. זאת ועוד, היעדרה של פסקת הגבלה מפורשת בחוק-יסוד: הממשלה מעורר את השאלה כיצד יש לבחון את חוקתיותה של הוראת חקיקה 'רגילה' שנטען כי היא מנוגדת להוראה בחוק-יסוד: הממשלה."¹⁶³ בית-המשפט קבע כי הפרטה של סמכויות כליאה פוגעת בזכויות החוקתיות לחירות ולכבוד האדם, וההסתמכות על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הובילה להחלת מבחן דו-שלבי. משנקבע כי הפרטה פוגעת בנורמה הנדונה, נבחנה השאלה אם הפגיעה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. נקבע כי הפגיעה בזכויות האסירים נועדה לתכלית ראויה, וכן שמתקיימים שני מבחני-המשנה הראשונים של דרישת המידתיות, אך מכיוון שנמצא כי החוק אינו מקיים את מבחן-המשנה השלישי, נפסק כי החוק בלתי-חוקתי.¹⁶⁴

160 ע"פ 107/73 "נגב" – תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 640 (1974).

161 שם, בעמ' 642.

162 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 637.

163 שם. גישה דומה הובעה על-ידי השופטת חיות (שם, בעמ' 679). גם השופט לוי (בעמ' 732-733) בחן את הטיעון המוסרי אך לבסוף דחה אותו.

164 שם, בעמ' 619-633.

3. הערכה ביקורתית של הגישה הנוהגת והצעה לעיגון חוקתי "מוסדי"

אף שפסק־הדין בעניין הפרטת בתי־הסוהר בישר שינוי מגמה באשר לאופייה של הנורמה האוסרת העברת סמכויות שלטוניות לידי גורמים פרטיים, מוקדם עדיין לקבוע את היקף השלכותיה.¹⁶⁵ מכל מקום, אנו סבורים כי לעניין עיגונה החוקתי של הנורמה המגבילה את סמכותה של הכנסת להפריט סמכויות שלטוניות שונות הכרחי להבחין בין שני סוגי ההגבלות שנכללים בגדרה, כפי שתוארו לעיל בת־פרק 11.

ההגבלה מן הסוג הראשון עוסקת כאמור בחשש – אשר את טיבו יש לברר לפי האופן שבו ההפרטה נעשית בפועל – שהפעלת הסמכויות על־ידי גורם פרטי תוביל לפגיעה באינטרסים מוגנים מכוח זכויות חוקתיות. זו הייתה, כזכור, גישתם של השופטים פרוקצ'יה ולוי בסוגיית הפרטתם של בתי־הסוהר. עיגונה החוקתי של נורמה זו בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מעורר קושי עקרוני. היבט זה של הנורמה הנדונה מבטא הגנה על אינטרסים פרטיים – במקרה האמור, החשש מפגיעה בזכויות חוקתיות של האסירים – והוא מתאים לבחינה במסגרת דיני זכויות האדם. אכן, בעניין זה נדרשת הכרעה באשר למועד שבו יש לקבוע כי נפגעה זכות חוקתית, וזאת בהתאם להערכת הסיכון שנשקף לזכויות חוקתיות מן ההפרטה, ובאשר למועד שבו מתאים להחיל ביקורת שיפוטית לבידור תוקפה של פגיעה זו, וזאת בהתאם לדרישת ה"בשלות".¹⁶⁶ אולם בעיקרו של דבר זהו מקרה מובהק שבו הכרעה שלטונית – במקרה זה הענקת סמכויות שלטוניות אחדות לגורם פרטי – מעוררת חשש לפגיעה באינטרסים פרטיים מוגנים, ועל־כן היא צריכה להיעשות בהתאם למתודולוגיה החוקתית המקובלת במסגרת דיני זכויות האדם.

לא כן בעניינה של ההגבלה השנייה שהוזכרה לעיל, שלפיה אסורה הפרטתן של סמכויות שלטוניות מסוימות. הקביעה כי "כליאתו של אדם בבית סוהר בניהול פרטי מנוגדת לתפישה הבסיסית של החברה בישראל"¹⁶⁷ מבטאת נורמה שהיא "מוסדית" במהותה. עניינה כלל שלפיו אין להפקיד סמכויות שלטוניות מסוימות בידי גורמים פרטיים, תהא התועלת החברתית שעשויה לנבוע מכך בהקשר מסוים אשר תהא. כפי שציין בית־המשפט במפורש, לעניין הקביעה כי ההפרטה מפרה את הנורמה החוקתית אין כל חשיבות לשאלה מהי מידת החשש לפגיעה באינטרסים של האסירים או מהי התועלת שעשויה לצמוח להם מן ההפרטה.

165 במועד כתיבתן של שורות אלה הכריע בית־המשפט העליון בשתי עתירות שבהן נטען כי יש להכריז על בטלותו של חוק, בין היתר, מכוח הכלל החוקתי בדבר הסדרים ראשוניים: בבג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 5.9.2017). נדחתה עתירה שבה נטען כי מכוח הכלל החוקתי בדבר הסדרים ראשוניים יש לבטל חוק שנועד להכשיר את פעילותה של החטיבה להתיישבות בהסדרות הציונית העולמית; ובבג"ץ 1877/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 12.9.2017) פסל בג"ץ חוק שמסדיר את הפטור מגיוס לבני ישיבות, אך ההכרעה התבססה על מבחן הקשר הרציונלי, ולא על הכלל בדבר הסדרים ראשוניים.

166 לדיון בהלכת הבשלות ראו אריאל בנדור "בשלות ועוד" משפטים על אתר ח 33 (2016); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לו 45 (2014); ילנה צ'צ'יקו "על בשלות וחוקתיות" משפטים מג 419 (2012); מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 42, בעמ' 98-106.

167 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 4, פס' 39 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש.

ביסודה של ההגבלה החוקתית הנדונה עומד אינטרס ציבורי, ולא פרטי. המתודולוגיה החוקתית ההולמת כלל זה אינה זו שמוחלת במסגרת דיני זכויות האדם. עיצובו של הכלל נעשה בהתחשב בהערכה כוללת של ההשלכות הצפויות של הפרטת סמכויות שלטוניות מסוג כלשהו, ולכן לשם קביעת תוקפה של הפרטה מסוימת אין מקום לברר את טיבה של ההפרטה הנדונה ואת התועלות הצפויות ממנה.

בהתאם לכך אנו סבורים כי ככל שמדובר בהגבלה העקרונית של הסמכות לנקוט מדיניות של הפרטה, העיגון החוקתי המתאים אינו בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא דווקא בסעיף 1 לחוק־יסוד: הממשלה.¹⁶⁸ יש בעיגון כזה ביטוי לתפיסה שההגבלה נובעת מאפיון מסוים של מהותה של הרשות המבצעת ושל סמכויות־הליכה שמסורות לה. מכאן שהעדרה של פסקת הגבלה בסעיף 1 לחוק־יסוד: הממשלה אינו צריך להיתפס כמכשול בפני החלת ביקורת שיפוטית בהסתמך על חוק־היסוד המוסדי, כפי שנקבע בפרשת המרכז האקדמי, אלא בדיוק להפך – יש בכך כדי לבטא תפיסה שהמתודולוגיה החוקתית שיש להחיל היא חד־שלבית, ולא דו־שלבית.¹⁶⁹ חשוב להדגיש כי אין נובעת מעמדתנו המסקנה שהתוצאה שנקבעה בפסק־הדין היא היחידה האפשרית: הבחינה הנדרשת, גם במסגרת מבחן חד־שלבי, היא אם ההפרטה מן הסוג שבו מדובר אכן מפרה את הנורמה הנדונה, ובהקשר זה עשויה להיות חשיבות להיקף שיקול־הדעת שנמסר לגורם הפרטי. אך משנמצא כי זהו מהלך שמפר את הנורמה, אין מקום לבחון אם ההפרטה עשויה להיות מוצדקת עקב התועלות האפשריות שהיא צפויה להניב.

ז. הגבלות בנוגע לסמכותה של הכנסת לקבוע הסדרים בתחום הבחירות וכ"מחוקקת לעצמה"

אוסף הנורמות המוסדיות האחרון שנדרן בו שונה מן הנורמות הקודמות בכך שיש לו עיגון מפורש בחוק־היסוד. דיון זה נועד להדגים ולבחון באופן ביקורתי את המאפיין הנוסף של הפסיקה בתחום הנדון, שעניינו החלה, מכוח היקש, של פסקת ההגבלה גם לעניין הפרה של נורמות שמעוגנות במפורש בחוק־היסוד המוסדיים. אלה הנורמות המגבילות את שיקול־הדעת שמסור לכנסת במסגרת סמכותה לקבוע את שיטת הבחירות, את שיטת המשטר והיבטים נלווים לכך.

168 לתמיכה באפשרות זו ראו, למשל, אלון הראל ואסף שרון "הפרטה רדיקאלית" משפטים מז (צפוי להתפרסם ב־2018); Medina, לעיל ה"ש 144, בעמ' 716-723. לגישה שונה ראו ספיר "הפרטת בתי־הסוהר", לעיל ה"ש 144.

169 לעמדה שונה ראו ברק־ארוז "המשפט הציבורי של ההפרטה", לעיל ה"ש 145, בעמ' 495: "גם אם תתקבל העמדה שלפיה יוזמת הפרטה מסוימת היא בתחומה של הגרעין הביצועי, וכי גרעין זה אסור להפרטה לפי חוק־יסוד: הממשלה, יהיה צריך עדיין להתמודד עם השאלה אם ניתן לחרוג מן הנורמה החוקתית תוך עמידה בדרישותיה של פסקת ההגבלה השיפוטית...".

1. הנורמה המוסדית

שיקולי־הדעת של הכנסת בקביעת הסדרים באשר לשיטת הבחירות לכנסת ולשיטת המשטר מוגבל מכוח שני סוגים של נורמות חוקתיות מוסדיות: האחד עוסק בתכליות המותרות של הפעלת הסמכות – הרוב בכנסת אינו רשאי לקבוע הסדרים שתכליתם העיקרית היא קידום אינטרסים שלו, כגון הגדלת סיכוייהם של חברי הכנסת המכהנים להיבחר מחדש או הנצחת סטטוס־קוו מסוים;¹⁷⁰ ואילו הסוג האחר של הגבלות מבוסס על החובה לכבד את עקרון הייצוג הדמוקרטי, שממנו נובעות דרישות שונות, ביניהן שוויון הבחירות, חשאיותן ועוד.¹⁷¹ המגבלות הללו חלות במגוון תחומים. דוגמה אחת היא כוחה של הכנסת לשלול את הזכות להיבחר לכנסת או את האפשרות לכהן כשר או כראש ממשלה בגין עילות מסוימות, כגון עבר פלילי, מגבלת גיל, כהונה במשרות ציבוריות בכירות, עמדות פוליטיות מסוימות וכדומה. סמכות זו של המחוקק מוגבלת מכוח שני סוגי הנורמות שהוזכרו: ראשית, הרוב בכנסת אינו רשאי לקבוע הסדרים מסוג זה אם כל תכליתם היא למנוע אדם מסוים מלכהן בתפקיד. נדרש שתחולתו של ההסדר תהיה רחבה וכללית, ולא פרסונלית, ושהוא יוחל באופן פרוספקטיבי – תוך קביעת הוראות־מעבר מתאימות – ולא באופן מידי. דרישות אלה מיועדות להבטיח שקביעת "כללי המשחק" תיעשה במידה שתהא קרובה ככל האפשר להימצאות מאחורי "מסך בערות", כלומר, בתנאים שבהם יש מידה מספקת של אי־ודאות באשר להשפעתו של ההסדר הנדון על אינטרסים אישיים או סיעתיים של חברי הכנסת.¹⁷² בהתאם לכך, הרוב בכנסת רשאי לקבוע, למשל, כי כהונה כראש הממשלה אפשרית במשך שתי קדנציות רצופות לכל־היותר, אך אין בכוחו של הרוב להחיל הסדר זה באופן מידי, לשם מניעת היבחרו מחדש לתפקיד של מי שכבר מכהן במשרה זו בעת קביעת ההסדר החדש. שנית, סמכותו של הרוב לקבוע הסדרים מסוג זה מוגבלת גם מכוח החובה לכבד את עקרון הייצוג. מכוח נורמה זו מוטלת על הכנסת החובה להצביע על שיקולים בעלי חשיבות נורמטיבית רבה במיוחד כדי להצדיק הסדרים שמגבילים את הציבור בקביעת נציגיו.¹⁷³ לא אחת יישם בית־המשפט נורמות מוסדיות אלה לבחינת תוקפן של הגבלות שונות שנקבעו בחקיקה בנוגע להגשת מועמדות לבחירות לכנסת. עד כה אומנם טרם נשלל תוקפן של הגבלות אלה, אך זאת רק משום שנמצא כי הן עולות בקנה אחד עם הנורמות המוסדיות. ביטוי לכך ניתן בעניין **מרכז השלטון המקומי** (1996), שם נדון תוקפו של חוק שלפיו ראשי רשויות מקומיות שלא כיהנו בעת חקיקת החוק כחברי כנסת לא יוכלו לכהן בשני התפקידים אם ייבחרו לכהן בכנסת הבאה, ואילו ראשי רשויות מקומיות שכיהנו באותה עת בשתי המשרות יהיו רשאים להמשיך בשני התפקידים. השופט חשין ביסס את עמדת המיעוט שלו, שלפיה יש להכריז על בטלותו של חוק זה, על סוג הנורמות הראשון שאופיין

170 ראו, למשל, מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון", לעיל ה"ש 23, בעמ' 525-526; יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** לא 771 (2001).

171 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 139, בעמ' 644-649.

172 ראו, למשל, Vermeule, לעיל ה"ש 94, בעמ' 399-426.

173 ראו, למשל: Einer Elhauge, *Are Term Limits Undemocratic?*, 64 U. Chi. L. Rev. 83 (1997).

לעיל. לשיטתו, החוק הנדרן פסול משום שמשמעותו היא ש"הכנסת מחוקקת לעצמה, תוך שהיא מייטיבה עם חבריה ובה בעת מרעה היא עם מי שאינם חבריה".¹⁷⁴ בית-המשפט נדרש לסוג השני של המגבלות בפרשת מופז (2003), שם נקבע כי כוחה של הכנסת לקבוע תנאים בעניין הכשירות להיות מועמד בבחירות לכנסת מוגבל מכוח חובתה לכבד את זכותו של כל אזרח להתמודד בבחירות ומכוח עקרון הייצוג.¹⁷⁵ דיון מפורט בשני סוגי המגבלות הללו הובא גם בעניין גוטמן (2015), שעסק בהעלאת אחוז החסימה. הנשיא (בדימ') גרוניס עמד שם על החובה שמוטלת על הכנסת לכבד את מה שאפיין כ"עקרון הייצוג החוקתי", שממנו "נובעת חובה ליצור תנאים שיאפשרו ייצוג של קבוצות מיעוט בכנסת",¹⁷⁶ ואילו השופט רובינשטיין הדגיש את המגבלה מהסוג הראשון, בציינו כי נטה לקבוע שהעלאת אחוז החסימה אינה כדין, לנוכח "החשש כי לפחות במידה מסוימת נבע [התיקון לחוק] מטעמים לא כשרים של הדרת הרשימות הערביות, וזו יכלה להיות גם התוצאה בפועל אף לגבי מי שנעדר כוונות כאלה".¹⁷⁷

קבוצת מקרים שנייה שבה מיושמות הנורמות המוסדיות שנדרונות כאן נוגעת בהחלטות להקדים או לרדות את מועד הבחירות לכנסת. הגבלה בנוגע להארכת תקופת הכהונה נקבעה במפורש בסעיף 9א(א) לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיו "הכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת ואם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן; תקופת ההארכה לא תעלה על הזמן המתחייב מהנסיבות האמורות". נראה כי בית-המשפט העליון מוסמך להחיל ביקורת שיפוטית על קביעה של הכנסת – בחוק המאריך את תקופת כהונתה – כי אכן התקיימו "נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן". כפי שציין השופט חשין בהקשר קרוב, "העיקרון המורה אותנו על עריכתן של בחירות לאחר תקופת כהונה הקצובה מראש ובמועדים קבועים מראש – הוא עקרון התשתית, וכוחו נעלה על כל שאר עקרונות והוראות במשפט הבחירות".¹⁷⁸ באשר לסמכותה של הכנסת להקדים את מועד הבחירות וכך לקצר את תקופת כהונתה, החשש העיקרי הוא שמועד הבחירות ייקבע לפי אינטרסים צרים של רוב מזדמן. בית-המשפט ציין בהקשר זה, בעניין משגב (1999), כי "סמכות הכנסת לקבוע את מועד הבחירות לכנסת הבאה, לפי סעיף 35 לחוק-יסוד: הכנסת, אף היא, ככל סמכות, אינה בלתי-מוגבלת", אם כי הוא לא מצא פגם במועד שנקבע באותו מקרה.¹⁷⁹

174 בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, פס' 20 לפסק-דינו של השופט חשין (1996).

175 עניין מופז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 809.

176 עניין גוטמן, לעיל ה"ש 17, פס' 34 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.

177 שם, פס' א' לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

178 דנג"ץ 1913/97 מואסי נ' שר הפנים, פ"ד נב(2) 49, 65 (1998). בעניין אחר ציין השופט חשין, באמרת-אגב, כי כאשר אין מדובר בשעת חירום, חוק המאריך את תקופת כהונתה של כנסת פלונית "יהיה בלתי חוקי בעליל... ואפילו יצביעו עבורו כל מאה ועשרים חברי הכנסת (אשר יאמרו להאריך את כהונתם שלהם)". עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 544. לעמדה דומה ראו: David Kretzmer, *Judicial Review of Knesset Decisions*, 8 TEL AVIV U. STUD. L. 95, 144–55 (1988).

179 בג"ץ 102/99 משגב נ' הכנסת, פס' 6 לפסק-דינו של השופט זמיר (פורסם בנבו, 17.1.1999).

לבסוף, תחום שלישי, שנדון בהרחבה בפסיקה, עוסק בהגבלות לגבי כוחה של הכנסת לקבוע הסדרים בנוגע לאופן עריכת הבחירות – למשל, בנושאים של הקצאת מימון המפלגות והקצאת זמנים לתעמולת הבחירות. כוחה של הכנסת לקבוע הסדרים מסוג זה מוגבל גם הוא מכוח שני סוגי הנורמות שהוזכרו. ראשית, הרוב בכנסת אינו רשאי להשתמש בכוחו לשם הגדלת סיכויי ההצלחה בבחירות של רשימות מסוימות – למשל, להעדיף רשימות שכבר מיוצגות בכנסת על רשימות חדשות או להעדיף את האינטרסים של מפלגות גדולות על אלה של מפלגות קטנות. בהתאם לכך, הסדרים שנמצא כי תכליתם העיקרית היא העדפת אינטרסים צרים הוכרו בטלים. כך, למשל, בעניין כהן (1992) הדגיש בית-המשפט כי הכרעתו בדבר שלילת תוקפו של ההסדר שנדון שם נובעת ממסקנתו כי ההסדר החדש נקבע כדי לסייע לסיעה מסוימת;¹⁸⁰ ובעניין אגודת דרך ארץ (1981) ביסס הנשיא לנדוי את מסקנתו בדבר בטלותו של חוק שנועד לשנות את אופן ההקצאה של מכסת שידורי התעמולה בעיקר על כך שבמסגרת הדיון בכנסת לא הובעה כל התייחסות לאינטרסים של רשימות חדשות שאינן מיוצגות בכנסת.¹⁸¹ לעיתים דרישה זו מנוסחת בפסיקה כמכוונת לכך שההסדר יהיה "הוגן".¹⁸² שנית, קביעתם של הסדרים אלה כפופה גם לחובות הנובעות מעקרונות הייצוג הדמוקרטי. העיקרון המנחה הוא שהקצאת המשאבים הציבוריים בין הרשימות צריכה להיעשות באופן "שוויוני" או באופן המבטיח "מתן הזדמנות שווה" או "שוויון בסיכויים". התפיסה שאומצה בפסיקה היא כי אין מדובר בשוויון "פורמלי", כלומר בהקצאה אחידה של משאבים בין כל הרשימות, אלא בשוויון "מהותי", שבמסגרתו יש להתחשב בצרכים של הרשימות השונות.¹⁸³

מדובר אם כן באוסף רחב למדי של נורמות מוסדיות, אשר שימשו לא אחת להחלת ביקורת שיפוטית על הכרעותיה של הכנסת. כידוע, אלה הנורמות היחידות שמעמדן החוקתי הוכר עוד לפני המהפכה החוקתית, והספקות הם מהו העיגון החוקתי המתאים

180 בג"ץ 2060/91 כהן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מו(4) 319, 322 (1992) (השופט גולדברג): "לא באה ההגדרה של יחידת המימון אלא לגרום לכיסוי גרעונות הבחירות שצברה סיעת הליכוד... איש מבין המשיבים... לא הציג לפנינו כל הסבר עובדתי אחר, שהיה בו להצדיק את ההגדרה האמורה."

181 בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 9-10 (1981) (הנשיא לנדוי): "כשעצמי, מוכן הייתי להרחיק לכת בקבלת הכרעתה של הכנסת... במה דברים אמורים: כאשר יש לנו סימן כלשהו, שהכנסת אכן נתנה את דעתה על זכויותיהן של רשימות חדשות. לזה לא מצאתי סימן כלשהו ב'היסטוריה החקיקתית' הקצרה של חוק התיקון... נוכח הדברים הללו ראיתי עצמי נאלץ להסיק את המסקנה, שהצעת חוק התיקון... הוצגה לפני הכנסת, בכל הקריאות, תוך התעלמות גמורה מן הבעיה החשובה של שמירת שוויון הסיכויים של רשימה חדשה... מכיוון שכך, אין לרון בה בעתירות אלה על-פי החזקה, שהכנסת לא חרגה [מסמכותה]."

182 למשל, עניין הופנונג, לעיל ה"ש 15, בעמ' 66 (השופט זמיר): "שאלת המפתח היא, עדיין, אם נפגע השוויון בסיכויים שבין רשימות המועמדים. על שאלה זאת יש להשיב... תוך התייחסות לערכים שיש להם חשיבות בהקשר זה: מהות הדמוקרטיה, שעליה לתת הזדמנות נאותה לדעות ולאינטרסים שונים להגיע לכלל ייצוג והשפעה, באופן הוגן, ללא ניצול של עמדות כוח על ידי גופים חזקים וללא קיפוח של קבוצות חלשות."

183 ראו, למשל, עניין אגודת דרך ארץ, לעיל ה"ש 181, בעמ' 8 (הנשיא לנדוי).

להן – ובעיקר, כאמור, מהי המתודולוגיה החוקתית שבה יש ליישמן – לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

2. עיגון חוקתי של הנורמה המוסדית

לפי הגישה המסורתית, העיגון החוקתי של הנורמות הנדונות הוא בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ובפרט בהוראה הקבועה שם שלפיה "הכנסת תיבחר בבחירות... שוות". גישה זו יושמה לראשונה בפרשת ברגמן (1969), שם הוכרז על בטלותו של חוק שמכוחו הוענק מימון ציבורי רק למפלגות שהיו מיוצגות בכנסת היוצאת. השופט לנדוי קבע בעניין זה כי "עקרון השוויון שבסעיף 4... חייב להתבטא גם בשוויון הסיכויים של רשימות המועמדים השונות המתחרות בבחירות לכנסת".¹⁸⁴ בית-המשפט קבע כי לנוכח הסיפא של סעיף 4, חוק שפוגע בעקרון השוויון בבחירות לכנסת יהיה תקף רק אם נחקק בתמיכתם של שישים ואחד חברי כנסת לפחות בכל שלוש הקריאות.¹⁸⁵ עמדה זו יושמה בשורה של פסקי-דין. בארבעה מקרים נוספים הוכרז על בטלותם של הסדרים – בשלושה מהם הוכרזה בטלותו של חוק, ובאחד הוכרזה בטלות החלטה של ועדת הכספים של הכנסת.¹⁸⁶ לגישה זו שלוש מאפיינים עיקריים: ראשית, לנוכח ההסתמכות על סעיף 4, הנורמה החוקתית הגבילה את כוחה של הכנסת רק כאשר דובר בהסדר שאינו עולה בקנה אחד עם הדרישה שתוענק למתמודדים בבחירות לכנסת הזדמנות שווה להיבחר, אך לאו דווקא בתחומים האחרים שבהם הנורמות הנדונות כאן עשויות לחול, כגון לעניין הכשירות לכהונה בכנסת או בממשלה. שנית, הוחל מבחן הד-שלבי, שבו מבררים אם ההסדר הנדון פוגע בעקרון השוויון אם לאו, מבלי לברר אם הפגיעה מוצדקת. לבסוף, חרף המבחן החד-שלבי, הסדר שפוגע בשוויון נמצא ככל-זאת תקף אם תמכו בו שישים ואחד חברי כנסת לפחות.¹⁸⁷ ההסתמכות על סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת אפשרה להעניק תוקף חוקתי לנורמות שמגבילות את כוחה של הרשות המחוקקת בקביעת הסדרים בתחומים הקשורים לשיטת הבחירות לכנסת. עם זאת, לשונו של סעיף 4, הן ברישא והן בסיפא, אינה מתאימה לכך באופן מלא. ההכרה בקושי זה, על שני חלקיו, הובילה לצמצום ההיזקקות בפסיקה לסעיף 4, ולעיגון הולך וגובר של העקרונות החוקתיים הנדונים כאן במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הדבר נעשה בשני היבטים עיקריים: ביטול ההסתמכות על הסיפא של סעיף 4, והחלה תחתיו

184 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969).

185 שם, בעמ' 700.

186 שלושת המקרים שבהם הוכרזה בטלותו של חוק הם עניין אגודת דרך ארץ, לעיל ה"ש 181; בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983); ובג"ץ 142/89 תנועת לאור – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מר(3) 529 (1990) (להלן: עניין תנועת לאור). המקרה הרביעי, שבו נפסלה מטעם דומה החלטה של ועדת הכספים של הכנסת, הוא בג"ץ 2060/91 כהן, לעיל ה"ש 180.

187 ראו בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794 (1973); בג"ץ 410/91 בלום נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מו(2) 201 (1992), לעניין תיקון לחוק-יסוד: הכנסת; בג"ץ 4329/91 סער נ' ועדת חוקה חוק ומשפט כולל יו"ר הוועדה בכנסת (פורסם בנבו, 21.10.1991), לעניין העלאת אחוז החסימה; וכן עמדת השופט ברק בעניין תנועת לאור, לעיל ה"ש 186, פס' 25 לפסק-דינו.

של פסקת הגבלה "שיפוטית"; והסתמכות על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לשם עיגון הנורמות הנדרונות בתחומים שאינם עוסקים ישירות בבחירות לכנסת.

ההיבט הראשון שבו צומצמה ההסתמכות על סעיף 4 הוא החלת המבחן הדו-שלבי של פסקת ההגבלה במסגרתו. בסיפא של הסעיף נקבע כי "אין לשנות" את האמור ברישא – ובכלל זה את הקביעה כי הבחירות לכנסת יהיו שוות – אלא בחוק שזכה בתמיכתם של שישים ואחד חברי כנסת לפחות. לפני המהפכה החוקתית שימשה הוראה זו בסיס להגבלה צורנית של כוחה של הכנסת אף בלא הכרעה בדבר מעמדן החוקתי של כלל ההוראות שבחוקי-היסוד.¹⁸⁸ לשם כך ננקט פירוש מרחיב של התיבה "אין לשנות", כך שזו תכלול גם "פגיעה" בלבד בעקרון השוויון, כלומר, קביעת הסדר בתחום הבחירות – כגון ביחס למימון המפלגות או להקצאת הזמנים לתעמולת הבחירות – שיש בו הפרה של הדרישה להעניק הזדמנות שווה לכל המתמודדים בבחירות. לאחר המהפכה החוקתית, שבה נקבע כי הוראת הרישא של סעיף 4 מגבילה את כוחה של הכנסת מעצם העובדה שהיא נכללת בחוק-יסוד, נהפך הסיפא דווקא לגורם שמחליש את ההגבלה, שכן מהיצמדות לפירוש הקודם נובע היתר גורף לכנסת לסטות מן העקרונות החוקתיים הנדרונים, ובלבד שתומכים בכך שישים ואחד מחבריה לפחות. בפסיקה התגבשה העמדה שפרשנות זו של הסעיף אינה מספקת הגנה נאותה מפני שימוש לרעה בכוחו של הרוב. לפיכך במהלך הדרגתי נשלל תוקפו של הסיפא של סעיף 4, ותחתיו מוחלת כיום הדרישה להצדקה מהותית לפגיעה בשוויון הבחירות לכנסת, בהתאם למבחניה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הקושי הגלום בהסתפקות במבחן "צורני" בוטא על-ידי הנשיא ברק כבר בעניין תנועת לאור¹⁸⁹ (1990), שעסק בשימוש לרעה בכוחו של הרוב על-מנת להגדיל למפרע את מימון המפלגות לשם כיסוי הגרעונות שצברו המפלגות הגדולות לאחר שחרגו מן התקציב שנקבע להן; ושוב בעניין בלום¹⁹⁰ (1992), בעניין שלילת הזכות להיבחר מאדם המחזיק באזרחות נוספת מלבד זו הישראלית. הנשיא ברק ציין בשני המקרים כי העובדה שחוק שפוגע בשוויון נחקק בתמיכתם של רוב חברי הכנסת אינה מספיקה לשם הצדקתה, ולכן אין לשלול את האפשרות לאכוף על הכנסת גם בנסיבות אלה את החובה לפעול על-פי הנורמות הנדרונות כאן, אך נמנע מליישם זאת בשל החשש שהדבר יהיה בבחינת חריגה מן "הקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית".¹⁹¹ סמוך לאחר המהפכה החוקתית שונה הדין הנוהג, ועמדתו של הנשיא ברק אומצה בהתבסס על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. תחילה, בעניין הופנונג (1996), העלה השופט זמיר את האפשרות להחיל את פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כדי לברר אם חוק – אשר לא עמד במבחן ה"צורני" שבסיפא של סעיף 4 – פוגע כדין בעקרון השוויון.¹⁹² בעקבות זאת

188 ראו בעניין זה, למשל, אריאל בנרור "שריין וחוקה: פסק-דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" משפטים לא 821 (2001). ראו גם את עמדתו של השופט זמיר בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש

1, בפס' 2 לפסק-דינו, וכן את עמדתו של השופט חשין באותו עניין, בפס' 58 לפסק-דינו.

189 עניין תנועת לאור, לעיל ה"ש 186.

190 עניין בלום, לעיל ה"ש 187.

191 עניין תנועת לאור, לעיל ה"ש 186, בעמ' 554; עניין בלום, לעיל ה"ש 187, בעמ' 205.

192 עניין הופנונג, לעיל ה"ש 15, בעמ' 70. קיים ספק בנוגע לעמדתו של השופט זמיר: מצד אחד, הוא ציין כי "השוויון [בבחירות לכנסת] אינו צריך הגנה מוחלטת, מעבר להגנה המוקנית לזכויות

התגבשה ההלכה שפגיעה בעקרון השוויון המעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת היא כדין אם ורק אם היא מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נציין שני ביטויים עיקריים להלכה החדשה בעניין זה: בעניין מופז (2003) נדחתה הטענה לפגיעה שלא כדין בזכות להיבחר בזכות לשוויון בבחירות, אף שהסדר שנדון שם פגע בזכויות ולא נהנה מתמיכתם של רוב חברי הכנסת. בית-המשפט קבע כי הבירור הנחוץ הוא אם הפגיעה בשוויון נועדה לתכלית ראויה ואם היא מידתית, ומשנמצא כי כך הם פני הדברים באותו מקרה, נדחתה הטענה לבטלות החוק שעמד על הפרק, חרף פגיעתו בשוויון הבחירות לכנסת.¹⁹³ חשיבותו העיקרית של פסק-הדין גלומה בקביעה שגם הזכויות הקבועות בחוק-היסוד המוסדיים הן זכויות יחסיות.¹⁹⁴ על כך נוספת ההכרעה בעניין גוטמן (2015), שעסק בהעלאת אחוז החסימה בבחירות לכנסת. הנשיאה נאור קבעה כי העלאת אחוז החסימה פוגעת ב"עקרון השוויון" הקבוע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, והוסיפה את עמדתה – שזכתה בתמיכת רוב השופטים שם – כי "גם כאשר העלאת אחוז החסימה נעשית

היסוד של האדם, שכן גם השוויון, כמו זכויות היסוד של האדם, אינו בגדר זכות מוחלטת" (שם), כלומר, החלת פסקת ההגבלה נועדה לקביעת היקף ההגנה על הזכות לשוויון בבחירות לכנסת; מצד אחר, בהמשך אותה פסקה נראה שהשופט זמיר מתייחס להיקף פרישתה של הזכות: "פגיעה בשוויון המהותי, בהקשר של הבחירות לכנסת, היא פגיעה בשוויון הסיכויים שאינה עומדת במבחן המשולש: ערכי המדינה, תכלית ראויה ומידתיות" (שם). הנשיא ברק סבר שהחלה, בהיקף, של פסקת ההגבלה צריכה להיעשות לשם בירור אם הפגיעה בשוויון היא כדין, כלומר, שיש להחיל מבחן דריש-לבי, כמקובל ביחס לזכויות האדם (שם, בעמ' 75-76). להרחבה בעניין זה ראו ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)", לעיל ה"ש 11, בעמ' 79-81 וכן 92 (הערה 110).

193 עניין מופז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 804-812. פני הדברים מורכבים מעט יותר. בפסק-הדין נדונו שתי טענות נגד תקפותו של ס' 1 לחוק תקופת צינון למשרתים בכוחות הביטחון (תיקוני חקיקה), התשס"א-2001: פגם אחד נובע מכך שס' 1 – שמכווחו הוארכה תקופת הצינון שבמהלכה אין אדם רשאי להיות מועמד בבחירות לכנסת – לא זכה בתמיכתם של יותר משישים חברי כנסת, ועל-כן, מאחר שהוא אינו עולה בקנה אחד עם ההוראה החוקתית בס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת בדבר שוויון הבחירות לכנסת, הוא אינו תקף; ופגם נוסף נובע מכך שס' 1 סותר גם את ס' 6 ו-7 לחוק-היסוד. שבוע לאחר חקיקת ס' 1 נחקק חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 33), אשר נחקק ברוב של שישים ואחד חברי כנסת ונועד לתקן את הפגם השני בדרך של תיקון ס' 7. בית-המשפט הניח כי אם התיקון לחוק-היסוד אכן תיקן את הפגם השני, אזי ממילא הוא תיקן גם את הפגם הראשון (ראו פס' 12 לפסק-הדין). אולם בהמשך פסק-הדין החיל בית-המשפט פסקת הגבלה שיפוטית לבירור תוקפו של ס' 1 לחוק, כדי לבחון אם פגיעתו בעקרון השוויון היא כדין. מכאן שאין זה ברור אם החלת המבחן הדריש-לבי של פסקת ההגבלה נועדה להצדיק פגיעה בשוויון שלא נחקקה ברוב הנחוץ לפי הסיפא של ס' 4, כפי שהיה בעניין הופנונג, לעיל ה"ש 15, או שמא נעשה הדבר חרף העובדה שהחוק התקבל ברוב הדרוש. כמפורט בגוף המאמר, בפסיקה מאוחרת הועדפה הפרשנות השנייה. עוד ראו בעניין זה אביגדור קלגסבלד "מהלכת רובינשטיין עד ספר רובינשטיין – על פירושו העדכני של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת" משפט ועסקים יד 183 (2012).

194 ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)", לעיל ה"ש 11, בעמ' 78.

ברוב מיוחס, עדיין על ההוראה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית¹⁹⁵. בית-המשפט ציין שם כי מהלך זה נדרש כדי שחוקי-יסוד: הכנסת "ידור בכפיפה אחת עם חוקי היסוד ה'חדשים' יותר... ובכך תהא הרמוניה חוקתית"¹⁹⁶. בהתאם לכך, ההלכה כיום היא שתוקפו של חוק שנשען כי יש בו פגיעה בעקרון השוויון שבסעיף 4 לחוקי-יסוד: הכנסת ייקבע לפי מבחן דו-שלבי: תחילה יש להכריע אם החוק פוגע בשוויון; ואם התשובה לכך היא בחיוב, תוחל פסקת ההגבלה שבחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כדי לבחון אם הפגיעה בשוויון מוצדקת, וזאת בין אם החוק נחקק בתמיכתם של רוב חברי הכנסת ובין אם לאו.

ההיבט השני שבו צומצמה ההסתמכות על סעיף 4 לחוקי-יסוד: הכנסת נוגע בעיגון הנורמות הנדונות בתחומים שאינם עוסקים ישירות בבחירות לכנסת. הרישא של סעיף 4 קובע את מאפייני-היסוד של שיטת הבחירות, ובכלל זה כי הבחירות לכנסת יהיו "שוות". אין זה ברור אם די בהוראה זו לעגן את העקרונות החוקתיים הנדונים כאן, בדבר הבטחת עקרון הייצוג ומניעת שימוש לרעה בכוחם של חברי הכנסת במכלול התחומים שהוזכרו, ביניהם קביעת אחוז חסימה והטלת הגבלות על זכותם של אנשים מסוימים להיות מועמדים או על משך הכהונה של הכנסת וחבריה. בפסיקה ננקטה תחילה גישה מרחיבה לעניין משמעותה של הקביעה כי הבחירות יהיו "שוות", ונקבע כי מכוחה נדרש להבטיח לא רק "קול אחד לכל אחד", אלא גם הזדמנות שווה לכל הרשימות.¹⁹⁷ אולם בשנים האחרונות בית-המשפט נוטה להסתמך במידה הולכת וגוברת על דיני זכויות האדם דווקא, ובעיקר על הזכות החוקתית לשוויון שנגזרת מן הזכות לכבוד האדם וכן על הזכות החוקתית לבחור ולהיבחר.

ההכרעה בהיבט זה מובהקת פחות מזו שתוארה לעיל באשר לביטול-למעשה של הסיפא של סעיף 4, אך יש לה ביטויים לא-מעטים בפסיקה. נציין את העיקריים שביניהם: בעניין **הופנונג** (1996), שבו נבחן תוקפו של חוק שעסק במימון מפלגות, קבע בית-המשפט כי היקף ההגנה על עקרון השוויון בבחירות לכנסת צריך להיות דומה לזה שמוחל על הזכות החוקתית לשוויון.¹⁹⁸ דברים מפורשים יותר נקבעו בעניין **מרכז השלטון המקומי** (1996), שעסק בתוקפו של חוק שפגע בזכות להיבחר, ואשר התעורר לגביו חשד לשימוש לרעה בכוחו של הרוב לשם הערפת אינטרסים של חברי כנסת מכהנים על אלה של מועמדים חדשים. בית-המשפט דחה את הטענה כי יש בהסדרים הנדונים פגיעה בעקרון השוויון שמעוגן בסעיף

195 עניין **גוטמן**, לעיל ה"ש 17, פס' 2 לפסק-דינה של הנשיאה נאור. ראו ברוח זו, בין היתר, גם את עמדותיהם באותו עניין של השופטים ג'ובראן (שם, פס' 12-16 לפסק-דינו), מלצר (שם, פס' 6 (ב) לפסק-דינו) ורובינשטיין (שם, פס' א לפסק-דינו). השופטים פוגלמן וחיות הותירו עניין זה ללא הכרעה.

196 שם, פס' 16 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

197 ראו, למשל, עניין **ברגמן**, לעיל ה"ש 184, בעמ' 698-699; עניין **אגודת דרך ארץ**, לעיל ה"ש 181, בעמ' 7-8 (הנשיא לנדוי) ר-15 (השופט ברק); בג"ץ 141/82 **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 186, בעמ' 148-149; עניין **מרכז השלטון המקומי**, לעיל ה"ש 174, פס' 12-13 לפסק-דינו של השופט חשין; עניין **הופנונג**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 65-67. ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 139, בעמ' 642-649; עניין **תנועת לאו"ר**, לעיל ה"ש 186, בעמ' 538; בג"ץ 2060/91 **כהן**, לעיל ה"ש 180, פס' 2 לפסק-דינו של השופט גולדברג.

198 עניין **הופנונג**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 70.

4, או לכל-הפחות הותירה ללא הכרעה.¹⁹⁹ במקום זאת נקבע כי ההכרעה צריכה להתבסס על הזכות להיבחר (או על הזכות החוקתית לשוויון), שבעניינה מוחלת בהיקש פסקת ההגבלה.²⁰⁰ בדומה לכך, בעניין מופז (2003), שעסק בסוגיה קרובה, נמנע בית-המשפט מלהכריע אם הגבלת הזכות להיבחר כפופה לדרישה שהבחירות יהיו "שוות" הקבועה בסעיף 4, והחיל ביקורת שיפוטית על החוק בהסתמך, בהיקש, על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁰¹ לבסוף, בעניין גוטמן (2015), שעסק בהעלאת אחוז החסימה שהייתה עלולה לפגוע בקבוצות מיעוט בחברה, ובעיקר בציבור הערבי, קבעו לפחות חלק מן השופטים כי יש לבחון את תוקפו של ההסדר הנדון מנקודת-מבט של הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון.²⁰² מגמה דומה עולה גם מן הגישה שננקטת בשנים האחרונות בפסיקה בהתייחס ליישומה של הוראת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת בנוגע לשלילת הזכות להיבחר: גוברת ההכרה בכך שהפעלת הסמכות מכוח הוראה זו פוגעת בזכויות חוקתיות, ולפיכך מוחלים הדינים המקובלים במסגרת זו.²⁰³

3. הערכה ביקורתית של הגישה הנוהגת והצעה לעיגון חוקתי "מוסדי"

הגישה הנוהגת בפסיקה באשר לנורמות הנדונות כאן מתאפיינת באי-בהירות למן המהפכה החוקתית. אי-הבהירות אופפת הן את עיגון החוקתי והן את המבחן שיש להחיל

199 עניין מרכז השלטון המקומי, לעיל ה"ש 174, בעמ' 495 (השופט גולדברג): "שוויון התחרות בין המבקשים להיבחר כמועמדים לרשימה לכנסת, אינו נכנס לגדרו של ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ועל-כן חוק הפוגע בשוויון זה אינו חייב להתקבל ברוב של חברי הכנסת." השופט זמיר הסתפק בקביעה כי בכל מקרה החוק שנדון שם לא פגע בעקרון השוויון, ולפיכך נמנע מלהכריע בסוגיה זו (שם, פס' 4 לפסק-דינו). רק השופט חשין, בדעת מיעוט, קבע כי יש לפרש את ס' 4 באופן מרחיב ולכלול בו גם הגבלה לגבי כוחה של הכנסת לשלול את הזכות להיבחר (שם, פס' 13 לפסק-דינו).

200 שם, פס' 12-13 לפסק-דינו של השופט גולדברג.

201 עניין מופז, לעיל ה"ש 15, בעמ' 806.

202 עניין גוטמן, לעיל ה"ש 17, פסק-דינו של השופט הנדל: "הנשיא גרוניס] הדגיש במפורש כי הביקורת החוקתית שערך נשענת על סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, ולא על הזכות לשוויון הנגזרת מכבוד האדם... אינני חולק על כך במקרה הנדון... עם זאת, חשוב להבהיר, גם לגבי מקרים עתידיים, שיתכן מצב שבו גם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – בהיבט השוויון – יהיה מה לומר בסוגיית שינוי השלטון... כיום, שינוי של עקרונות המשטר הדמוקרטי – על הקשר ההדוק שלו לזכויות האדם – עשוי להיכנס תחת המטריה של פגיעה בכבוד האדם ובשוויון...". ראו גם שם, פס' 1 לפסק-דינו של השופט פוגלמן. לעומת זאת, בעניין סער, לעיל ה"ש 187, שעסק גם הוא בהעלאת אחוז החסימה, ציין בית-המשפט כי "יש לכאורה יסוד לטענתו של העותר כי קביעת אחוז חסימה עלולה לפגוע בעקרון השוויון, שהוא מרכיב רב חשיבות בשיטת הבחירות לכנסת כפי שנקבעה בסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת", אך דחה את העתירה לנוכח העובדה שהחוק זכה בתמיכתם של רוב חברי הכנסת.

203 ראו, למשל, עניין ולנר, לעיל ה"ש 59, בעמ' 802-803; א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 16, 18, 22 (2003); א"ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה נ' זועבי, פס' 7 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 20.8.2013). עוד ראו בעניין זה ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 92, בעמ' 179 (הערה 55) 328-327.

ביחס להוראות חוק שנמצא כי אינן עולות עימן בקנה אחד. נראה כי ניתן לצמצם את איי-הבהירות הזו, ולו במידת-מה, באמצעות הבחנה בין שתי הנורמות החוקתיות שתוארו, כך שביחס לכל אחת מהן תוחל מתודולוגיה חוקתית מתאימה.

נורמה אחת היא זו העוסקת בתכליות המותרות של הפעלת הסמכות לקבוע הסדרים בדבר שיטת הבחירות ושיטת המשטר. כאמור, הדין הוא שהרוב בכנסת אינו רשאי לקבוע הסדרים שתכליתם העיקרית היא קידום אינטרסים שלו, כגון הגדלת סיכוייהם של חברי הכנסת המכהנים להיבחר מחדש או הנצחת סטטוס-קוו מסוים. לעניין זה נראה שיש מקום לפסוע בעקבות הגישה המסורתית, וברוח הדיון שהובא לעיל ביחס לנורמות המוסדיות האחרות מוטב להחיל מבחן דר-שלבי. העיגון המתאים לנורמה מוסדית זו, בהסדרים הקשורים במישרין או בעקיפין לבחירות לכנסת, הוא ברישא של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. במקרים מתאימים ניתן להסתמך בהקשר זה גם על סעיף 5 לחוק-יסוד: הכנסת, בכל הנוגע בזכות לבחור לכנסת, ועל סעיפים 6 ו-7 לחוק-היסוד, לעניין הזכות להיבחר. הגורם החשוב כאן הוא ההחלה של מבחן דר-שלבי, שמשמעותו היא שהנורמה מוחלטת. הכנסת אינה רשאית לקבוע הסדרים בתחום הבחירות לכנסת שתכליתם העיקרית היא קידום אינטרסים של הרוב בכנסת, תהא התועלת הציבורית שנובעת מהסדרים אלה אשר תהא. באותה מידה, ההוראות הקבועות בסיפא של סעיף 4 לחוק-היסוד (בדבר האפשרות "לשנות" את עקרון השוויון בחוק שהתקבל בתמיכתם של רוב חברי הכנסת) ובסעיף 7 לחוק-היסוד (לעניין האפשרות לקבוע בחוק הגבלות לגבי הזכות להיות מועמד בבחירות לכנסת) צריכות להתפרש באופן שאינו שולל את מעמדה החוקתי המוחלט של הנורמה הנדונה. משמעות הדרישה שהסדרים שמפירים את עקרון השוויון בבחירות לכנסת או פוגעים בזכות לבחור ולהיבחר ייקבעו בחוק צריכה להיות שתנאי הכרחי לתוקפם של הסדרים אלה הוא שתכליתם העיקרית היא כללית, ולא קידום אינטרסים של הרוב בכנסת. במילים אחרות, יש מקום לפרש את הדרישה לקיומו של "חוק" גם כעניין מהותי, ולא רק פורמלי, כך שהסדר כזה שנקבע לשם קידום אינטרסים צרים אינו מקיים את הדרישה האמורה. משום כך, גם אם תמכו בהצעת חוק מסוימת יותר משישים ואחד חברי כנסת, אין בכך כדי לרפא את הפגם שעניינו הפרת הנורמה החוקתית הנדונה. התוצאה היא שעניינו של הסיפא של סעיף 4 הוא בהוראת נוקשות בלבד, כלומר בשינוי בחוק-יסוד של ההסדר הקבוע ברישא, ואין לראות בו פסקת התגברות.²⁰⁴

הנורמה החוקתית האחרת עוסקת בחובה לכבד את עקרון הייצוג הדמוקרטי. זוהי דרישה עצמאית, שמיתוספת על הדרישה הראשונה, והיא רלוונטית לכן במקרים שבהם נמצא שתכליתו העיקרית של ההסדר הנדון היא ראויה, כלומר, שעניינה קידום אינטרס ציבורי ראוי, ולא אינטרסים של הרוב בכנסת. בנוגע לנורמה זו אי-אפשר להימנע מהחלת מבחן דר-שלבי, וזאת משום שבצד עקרון הייצוג מוכרים עקרונות-יסוד חוקתיים נוספים, שאף בהם יש להתחשב בתחמת סמכותה של הכנסת. בהקשר זה מוטב לקבוע סטנדרט – ולא כלל – שבמסגרתו יש להתחשב בעקרונות-היסוד השונים, שעשויים להוליך לתוצאות מנוגדות. כך, למשל, העלאת אחוז החסימה עשויה להיות נחוצה מכוח עקרונות בדבר הגברת המשילות ויציבות הממשלה. לעניין זה יש הצדקה להחיל, בהיקש, את פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם

204 ראו ברוח זו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 92, בעמ' 184-186. לגישה שונה ראו וינטל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 224-226.

וחירותו. יש להעניק לעקרון הייצוג מעמד נורמטיבי דומה לזה שניתן לחובה לכבד זכויות חוקתיות. כאמור לעיל, הקביעה כי חוק פוגע בזכות חוקתית משמעותה מסקנת-ביניים או חזקה שהחוק פסול. נובעות ממנה גם הקצאה מסוימת של הסיכון לטעות, הקצאה של נטל ההוכחה על הטוען לפגיעה מוצדקת בזכות החוקתית ועוד. לנוכח מעמדו הייחודי של עקרון הייצוג בשיטת המשטר הדמוקרטי, והזיקה הקרובה בינו לבין זכויות האדם לבחור ולהיבחר, אנו סבורים כי יש לנקוט גישה דומה בנוגע להסדר שסותר את הנורמה הזו.²⁰⁵ יש לקבוע לגביו חזקה אי-חוקתיות, שמשמעותה דומה, ובכלל זה הקצאה מתאימה של הסיכון לטעות ושל נטל ההוכחה. בנוגע לנורמה זו אין כנראה חשיבות מכרעת לשאלה אם יש למצוא לה עיגון חוקתי בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת ובהוראות המשלימות אותו, בסעיפים 5, 6 ו-7 לאותו חוק-יסוד או ישירות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מכוח ההכרה בכך שהזכות לכבוד האדם מאגדת בתוכה את מכלול הזכויות הרלוונטיות: הזכות לבחור, הזכות להיבחר, חופש ההתאגדות, חופש הביטוי וזכויות חוקתיות אחרות. העיקר הוא שהפגיעה בעקרון הייצוג צריכה להיחשב דומה במהותה לפגיעה בזכות חוקתית, ועקב כך יש להחיל – אם במישרין ואם בהיקש – את פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הערות סיכום: כללים, סטנדרטים וערכים בפסיקה במשפט הציבורי

חיבור זה נועד להצביע על החשיבות שבהתוויה מחדש של ההבחנה בין משפט חוקתי מוסדי לבין דיני זכויות האדם. ההבחנה בין שני התחומים אינה חדה, שכן ביסוד ההכרה באילוצים שונים הנובעים מדיני זכויות האדם עומדים לא אחת גם אינטרסים ציבוריים, ובה-בעת האינטרס הציבורי אינו אלא אוסף של אינטרסים פרטיים. עם זאת, להבחנה זו יש בסיס רחב. מבחינה עיונית, תכליתם העיקרית של דיני זכויות האדם היא הגנה על אינטרסים חשובים במיוחד של הפרט, דווקא משום שהם מובחנים מן האינטרס הציבורי הכללי. מבחינה פוזיטיבית, חוקותיהן של מדינות דמוקרטיות כוללות לרוב הסדרים העוסקים בהיבטים מוסדיים – שעיקרם עיגון המחויבות לשלטון החוק, לעקרונות-יסוד של משטר דמוקרטי ולחובה לפעול לקידום האינטרס הציבורי – המעוגנים בנפרד מההסדרים העוסקים בחובה לכבד את זכויות האדם.

במישור הפוזיטיבי ביקשנו להראות כי מאפיין מרכזי של התפתחות המשפט הציבורי בישראל למן המהפכה החוקתית הוא פירוש זכויות האדם החוקתיות כמכילות גם את הנורמות המוסדיות המרכזיות. במישור הנורמטיבי טענו כי ראוי שמהפכה חוקתית תעסוק לא רק בעיגון מעמדה החוקתי של החובה לכבד את זכויות האדם, אלא גם בעיגון נפרד ועצמאי של מעמדן החוקתי של הנורמות המוסדיות העיקריות. המשפט החוקתי המוסדי

205 ברוח זו טען אלקסי כי אין מניעה עקרונית שנורמה חוקתית כלשהי, בין שהיא נורמה של זכויות אדם ובין שהיא נורמה מוסדית, תנוסח כסטנדרט, ויחל לגביה לפיכך מבחן דו-שלבי. Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights 47 (Julian Rivers trans., 2002). לדיון ביקורתי בעמדה זו ראו: Aharon Barak, Legal Philosophy and Basic Rights: Robert Alexy's System (Martin Borowski et al. eds., forthcoming).

קובע את "כללי המשחק" של המשטר הדמוקרטי, ולאפיון מפורט של הוראותיו – בדרך של קביעת הסדרים מתאימים בחוקי-היסוד ובאמצעות פרשנות חוקתית הולמת פרי פיתוח הפסיקה – יש חשיבות רבה לשם כינון חברה צודקת. בהתאם לכך, אנו סבורים שקיימת הצדקה רבה לגישה – אשר מוחלת באופן הולך וגובר בפסיקה – של הכרה במעמדן החוקתי של נורמות שונות מן המשפט הציבורי המוסדי. בהיבט אין הצדקה בעינינו לקביעה כי העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות שאינן מנויות במפורש בחוקי-היסוד נמצא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו דווקא, ולא בחוקי-היסוד ה"מוסדיים", ועימה להחלה של פסקת ההגבלה לשם קביעת תוקפה של הפרת נורמות אלה.

גישה זו בנוגע לעיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות, שהוחלה בפסיקה באופן משתמע לרוב ובלא דיון מפורש, יושמה על מגוון רחב של נורמות, אשר רק חלקן הוצגו באופן מפורט ברשימה זו. עליהן ניתן להוסיף שורה של נורמות מוסדיות אחרות שאף לגביהן הוחלה גישה דומה, ביניהן נורמות מוסדיות שנכללות בגדר עקרון שלטון החוק המהותי, לרבות איסור ההחלה למפרע של נורמות מסוימות, הדרישה לכלליות ועוד;²⁰⁶ החובה לאפשר פרסום מידע לציבור, לרבות האינטרס של הציבור בקבלת מידע שמצוי בידי רשויות השלטון, אשר מקובל לאפיין כנכללים בגדר זכות חוקתית ל"חופש מידע";²⁰⁷ האיסור להפעיל סמכויות שלטוניות לשם קידום מטרות דתיות, מכוח חובתו של השלטון לניטרליות, שאף מעמדו החוקתי מעוגן בדרך-כלל בגדר דיני זכויות האדם, מכוח הזכות ל"חופש מדת";²⁰⁸ ובהקשר דומה, האיסור המוטל על השלטון, מכוח חובתו לניטרליות, לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי עקב העדפת

206 כך, למשל, בניגוד למקובל במדינות רבות, בשיטת המשפט הישראלית אין עוגן חוקתי ישיר – לא במישור האזרחי ולא בזה הפלילי – לנורמה המוסדית האוסרת חקיקה רטרואקטיבית. יש לנורמה זו ביטויים רק בחקיקה רגילה, כגון ס' 3 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס' 10(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, וס' 17 לפקודת הפרשנות. לפי הגישה המקובלת בפסיקה, ההגנה החוקתית על נורמה זו נגזרת מחוקי-היסוד העוסקים בזכויות האדם. ראו, למשל, בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הביטוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004). לדיון ראו רוזנאי, לעיל ה"ש 92, בעמ' 419-429; אהרן יורן "המהפכה החוקתית במיטת בישראל" משפטים כג 55 (1994).
207 למשל, הנורמה המוסדית בדבר חובת השלטון לאפשר פרסום מידע לציבור, שנובעת מהאינטרס הציבורי בקבלת מידע (ואשר הוכרה, למשל, בבג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, 361 (1990)), מוגנת כיום מכוח הזכות החוקתית ל"חופש מידע", שנכללת בזכות לחופש הביטוי (ראו, למשל, בג"ץ 3989/11 תנועת נאמני הר הבית בארץ ישראל נ' ועדת הכנסת לביקורת המדינה, פס' 7 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 27.12.2012)). לכן מוחל מבחן הוודאות הקרובה גם על סירוב למסור מידע מכוח ס' 17(א) לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958, "לאור החיוניות של הזכות למידע לתקינות ההליך הדמוקרטי והקשר ההדוק שבינה לבין חופש הביטוי" (שם, פס' 15).

208 מכוחה של הנורמה בדבר ניטרליות של השלטון מבחינה דתית, שמכונה "הפרדת הדת מהמדינה", המדינה אינה רשאית להזדהות עם דת מסוימת ולהעניק עדיפות למאמיני דת אחת על אחרים. לפי הגישה הנוהגת בפסיקה, נורמה זו נכללת בזכות חוקתית ל"חופש מדת". היא מגינה על האינטרס של הפרט לא להיות כפוף לסמכות שלטונית שמופעלת מטעמים דתיים, אף אם מבחינת תוכנו אין המעשה השלטוני מגביל אינטרס שמוגן מכוח זכות חוקתית. ראו, למשל, עניין מיטראל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 507; רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 1 (2003); בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים

עמדות פוליטיות מסוימות – איסור שמעוגן בזכות החוקתית לחופש הביטוי.²⁰⁹ כאמור, גם כאשר לנורמות מוסדיות שהעיון החוקתי שלהן לא התבסס במפורש על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוחל לא אחת בפסיקה מבחן דו-שלבי שמבטא סטנדרט, ולא כלל. על הדוגמאות שהובאו לעיל ניתן להוסיף, בין היתר, את ההלכה בעניין הנורמה החוקתית שמחייבת לקיים הליכי חקיקה נאותים, שלגביה נקבע כי במסגרת הברור מה דינה של הפרת הנורמה יש להתחשב, מכוח הלכת הבטלות היחסית, "ובשאלה אם היה החוק עשוי שלא להתקבל לולא הפגם... במידת ההסתמכות על דבר החקיקה, בהיקף הציפיות הסבירות שהוא יצר ובתוצאות שינבעו מהכרזה על בטלותו".²¹⁰

בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38 (2005).

209 למשל, בבג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.4.2015) נבחן תוקפו של החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, שמטיל אחריות נזיקת וקובע הגבלות מנהליות שונות נגד מי שמפרסם ביוזעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, כמשמעו בחוק. השופט דנציגר קבע, בדעת מיעוט, כי ההגבלות שהוטלו בחוק הנדון על חופש הביטוי הפוליטי "מפרות את" הניטראליות אשר צריך שתהא מנת חלקה של המדינה בעת שהיא פועלת כ'רגולטור' של שוק הדעות. התערבות זו ב'כללי המשחק' מסכנת את שוק הדעות ואת זרימת המידע החופשית. היא פוגעת בהליך הדמוקרטי. היא חותרת תחת ההגנה אשר מקנה חופש הביטוי מפני עריצות הרוכ" (שם, פס' 18-19 לפסק-דין). חרף אפיון זה של החוק בחן אותו השופט דנציגר על-פי מבחניה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

210 עניין ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 18, בעמ' 43 (השופטת ביניש). ברוח דומה ראו גם בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577 (2004). לאחר השלמת המאמר הכריע בית-המשפט באופן שדווקא הולם את יישומו של טיעונו הכללי בהקשר של הנורמה המוסדית שמגבילה את הליכי החקיקה בכנסת. היה זה בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2017). לעומת הלכת ארגון מגדלי העופות, שהתבססה על הקביעה כי החוק שנדון שם פוגע בזכות החוקתית לקניין, בעניין קוונטינסקי, שעסק בהוראות חוק בדבר מס ריבוי דירות, נקבע כי הפגם בהליך החקיקה מפר נורמה מוסדית – עקרון הפרדת הרשויות – ולא נדונה כלל השאלה אם ההסדר פוגע בזכות חוקתית: "את הביקורת השיפוטית עשינו על סמך עקרון יסוד מובהק של שיטת משפטנו: הפרדת הרשויות; ממנו משתלשלת זכות ההשתתפות, אשר באה לידי ביטוי באופן מעשי במתן האפשרות לכנסת לנהל הליכי חקיקה בהתאם לשיקול דעתה, ובחובתה של הרשות השופטת לפקח על כך שאפשרות זו אכן עמדה לה, לכנסת, ולא סופלה" (שם, פס' 109 לפסק-דין של השופט סולברג; ההדגשה במקור). השופט מזוז, בדעת מיעוט, עמד על כך שפסילת החוק מכוח עקרון הפרדת הרשויות בלבד מהווה סטייה מההלכה המקובלת: "על הטוען לביטולו או לבטלותו של חוק בגין פגם בהליכי חקיקתו להצביע על הנורמה החוקתית שהופרה – נורמה המעוגנת בחוק יסוד, או למצער על פגיעה מהותית וקשה בעקרונות יסוד של משטרנו החוקתי הנוגעים להליך החקיקה המשתמעים מחוקי היסוד... אין בענייננו טענה כי בהליכי החקיקה של החוק הופרה הוראה הקבועה בחוק יסוד... " (שם, פס' 13-14 לפסק-דין של השופט מזוז; ההדגשה במקור). דרך אגב, במישור העקרוני השופט מזוז מבטא עמדה דומה לזו שמוצעת במאמר, בדבר מהותן הייחודית של הנורמות המוסדיות: "להבדיל מנורמות העוסקות בזכויות אדם, המנוסחות ככלל ברמת הפשטה

אין זאת אלא שניכרת בחירה שיטתית של בית-המשפט להחיל ביקורת שיפוטית בתחום המשפט הציבורי בדרך של מבחן דו-שלבי. עמדה זו באה לידי ביטוי בכך ש"פסקת ההגבלה הפכה זה מכבר לעקרון איזון שפרץ את גדרות חוקי היסוד שקבעו אותה. היא הוחלה על פגיעה בחוקי יסוד, שבהם היא אינה מצוינת במפורש; היא הופעלה על מעשי הרשות גם מחוץ לגדר התחולה של חוקי היסוד".²¹¹ הנטייה להחיל מבחן דו-שלבי היא למעשה רק ביטוי אחד לעדיפות המוחלטת כמעט שניתנת בפסיקה בישראל – בעיקר במשפט הציבורי – להסתמכות על סטנדרטים, ולא על כללים. בשורות הבאות אנו מבקשים להרחיב מעט את הדיון בבחירה זו בין כללים לסטנדרטים, שהיא בעלת חשיבות רבה בעיצוב המשפט החוקתי. לבחירה בין סטנדרטים לכללים יש תפקיד מרכזי בעיצוב שיטת המשפט. במסגרת המשפט הציבורי השימוש בסטנדרטים מטיל על הרשות השלטונית את החובה לבחון, בכל מקרה ומקרה לפי מכלול נסיבותיו, אם ראוי לציית לנורמה החוקתית הנדונה או שמא מוצדק להפר אותה. לעומת זאת, השימוש בכללים נועד להטיל על רשויות השלטון חובה מוחלטת לפעול בהתאם לנורמה שנקבעה. רשויות השלטון אינן רשאיות – הן בעת ההכרעה כיצד לפעול והן בעת ההערכה בדיעבד, במסגרת הביקורת השיפוטית, אם המעשה השלטוני תקף – להצדיק הפרה של הנורמה לנוכח השלכותיה החברתיות הצפויות. הדרישה "להוציא" שיקולים מסוימים מגדר אלה שיש להתחשב בהם בעת ההכרעה כיצד על השלטון לפעול אינה נובעת מאפיון הטעמים הללו כפסולים כשהם לעצמם, אלא משיקולים של "סדר שני", כלומר, מההערכה שעצם ההתחשבות בטעמים אלה עלולה להוביל, לפחות ברוב המקרים, להכרעה שגויה.

הבחירה בין כללים לסטנדרטים נדונה בהרחבה רבה בספרות האקדמית. חלק אחד של הדיון, שהובא בעיקר במסגרת הניתוח הכלכלי של המשפט, מוקדש להצבעה על הקשר בין בחירה זו לבין שני סוגים של יעדים חברתיים של המשפט: מצד אחד, כללים מובילים למידה רבה יותר של ודאות באשר לתוכנו של הדין, ולפיכך הם מאפשרים להשיג הכוונה רבה יותר של הפרטים ורשויות השלטון בנוגע לדרך ההתנהגות הרצויה, וזו מאפשרת, בתורה, הסתמכות הרדית של הפרטים על התנהגותם בעתיד של זולתם, על כל התועלות הנובעות מכך; מצד אחר, סטנדרטים מניבים, על-פי הטענה, מידה רבה יותר של הלימה בין ההסדר הרצוי לבין תוכנו של הדין, בזכות האפשרות לקבוע את הנורמה המשפטית בהתחשב במכלול הנסיבות הרלוונטיות של המקרה.²¹² היבט אחר של הדיון בסוגיה זו מעניק חשיבות לאפשרות שגם מי שמופקד על קביעת הכללים או על הפעלת שיקול-הדעת ביישום

גבוהה המחייבת פרשנות, התאמה למציאות המשתנה וגזירת זכויות-משנה קונקרטיות מזכויות עקרוניות כלליות (כגון כבוד האדם), הרי שנורמות מוסדיות-דיוניות אמורות מטבע הדברים להיות קונקרטיות ומפורשות. נורמות חוקתיות מוסדיות ודיוניות הן למעשה 'כללי המשחק' של הדמוקרטיה לפיהם מחויבות לפעול רשויות המשטר הדמוקרטי. כללים כאלה מטבעם צריכים להיות כתובים וברורים, ואין בהם בדרך כלל גם מקום לאיזונים" (שם, פס' 11 לפסק-דינו של השופט מזוז; ההדגשות במקור).

211 יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39, 95 (2005). ראו גם ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)", לעיל ה"ש 11, בעמ' 78-84.

212 ראו, למשל, Kaplow, לעיל ה"ש 10; Eric Posner, *Standards, Rules, and Social Norms*, 21 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 101 (1997).

הסטנדרטים – בעיקר השופטים – עלול לשנות ואף להיות חשוף להטיות שנובעות מכשלים קוגניטיביים שונים, מלחצים פוליטיים ומגורמים אחרים.²¹³ בהתאם לכך, ההכרעה הנחוצה בין כללים לסטנדרטים נעשית בעיקרה בהתבסס על שיקולים מ"סדר שני", כגון הערכת כשירותם של מוסדות חברתיים שונים לאמוד בצורה נאותה את ההשלכות החברתיות של הכרעות שלטוניות.

בצד זאת, דיון בבחירה בין כללים לסטנדרטים פותח גם במסגרת הגישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies), שפרחה החל במחצית השנייה של שנות השבעים של המאה הקודמת. עיקרה של גישה זו הוא ההצבעה על כך שנורמות משפטיות מבוססות על הכרעות ערכיות מסוימות – למשל, על הבחירה בין גישה אינדיווידואליסטית לגישה אלטרואיסטית בדיני חוזים, או בין תפיסות שונות של שוויון או של חופש ביטוי בדיני זכויות האדם. לפי גישה זו, הבעיה היסודית בתפיסה המשפטית המקובלת (באותה עת) היא שההכרעות הערכיות הללו נותרות סמויות, משום שאין להן ביטוי מפורש בנורמות המשפטיות שמנסחות בדרך של כללים משפטיים "סגורים". הכללים המשפטיים אינם כוללים אזכור מפורש של מערכת הערכים שעליה הם מושתתים. למעשה, תכלית קביעתם היא ליצור הפרדה כזו בין הנורמות המשפטיות לבין ההכרעות הערכיות שהובילו אליהן. אך מחירה של גישה זו, כך הטענה, בהסתרה של מערכת הערכים שהפרשנות השיפוטית מושתתת עליה. מכאן צמחה הביקורת על העדפת השימוש בכללים על סטנדרטים בעולם המשפט. ביטוי מרכזי של ביקורת זו הוא מאמרו פורץ־דרך של דנקן קנדי *Form and Substance in Private Law Adjudication* – אחד החיבורים המשפטיים המשפיעים ביותר שנכתבו במחצית השנייה של המאה העשרים.²¹⁴ קנדי עמד על כך שלבחירה בין כללים לסטנדרטים בדיני חוזים (שאופיינה כבחירה בין נורמות שעניינן "צורה" לאלה שעוסקות ב"מהות") יש השלכות פוליטיות ניכרות. קביעתו של קנדי נומקה על יסוד שתי טענות עיקריות. האחת, שתקפותה מוגבלת לתחומי משפט מסוימים, היא שעצם הבחירה לאפיין נורמות משפטיות בדרך של כללים משקפת תפיסה של צדק היסטורי, בעוד אפיון של הנורמות כסטנדרטים מבטא העדפה של תפיסת צדק אלטרואיסטית, שעיקרה שיקולי צדק חלוקתי והגינות. להקשר הנדון כאן חשובה טענתו השנייה של קנדי, שהיא כללית יותר, ולפיה הבחירה להתבסס על כללים נועדה להסתיר את ההכרעות הערכיות העומדות ביסודה של בחירה זו. לשיטתו, ההסתמכות על כללים "סגורים" – למשל, היבטים של "צורה" בדיני חוזים – היא שאפשרה לשופטים לאמץ תפיסת צדק פסולה או לכל־הפחות שנויה במחלוקת, בחירה שלא הייתה אפשרית מבחינה ציבורית ופוליטית אילו נאלצו השופטים להודות במפורש כי זו תפיסת הצדק שמנחה אותם. הביקורת אינה מכוונת לכך שלשופטים מסור שיקול־דעת לבחור מערכת ערכים מסוימת. קנדי הוטרד מכך שבאמצעות השימוש בכללים מתאפשר להסתיר את תוכנה של מערכת הערכים שנבחרה, בלא צורך לספק, בכל הכרעה מחדש, הצדקה לבחירה זו. כידוע, דוורקין סבר כי למרות זאת אין מניעה לזהות את תפיסות הצדק

213 ראו, למשל, ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 48, בעמ' 195-206; Jonathan S. Masur, *Probability*; *Thresholds*, 92 IOWA L. REV. 1293 (2007).

214 Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685 (1976).

שהשופטים מסתמכים עליהן בהכרעותיהם, באמצעות בחינה של מכלול הנורמות הרלוונטיות בתחום מסוים.²¹⁵ למעשה, כך בדיוק עשה קנדי עצמו כאשר בחן את דיני החוזים בארצות-הברית. אך זוהי בחינה מורכבת שכרוכה בקשיים ניכרים, מלאכה שמיועדת ל"הרקולס משפטי". מכאן קצרה הדרך לתזה היסודית של הגישה הביקורתית למשפט, שלפיה יש להעדיף שימוש בסטנדרטים, הן משום שהם מאפשרים ליישם תפיסות צדק שמדגישות שיקולים של הגונות וצדק חלוקתי, אך בעיקר משום שהם הופכים את ההכרעות הערכיות של השופטים לגלויות, דבר המוליך לכך שהם חשים מחויבים להצדיק כל פסיקה ופסיקה בדרך של היזקקות מפורשת לתפיסות הצדק הבאות בחשבון ובחירה ביניהן.

מני מאוטנר, במאמרו החלוצי "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", פסע צעד נוסף בכיוון זה. מאוטנר הצביע על כך שהגישה הנוהגת בפסיקה בישראל החל בראשית שנות השמונים בערך מבטאת, הלכה למעשה, אימוץ של הגישה הביקורתית למשפט, במובן זה שניכרת בפסיקה היזקקות גוברת לשימוש בסטנדרטים, שתוצאה בלתי-נמנעת מכך היא מתן ביטוי מפורש למערכת הערכים שמנחה את בית-המשפט בהכרעותיו. כמו מאמרו של קנדי, חלק-הארי של מאמרו של מאוטנר עסק במשפט הפרטי. עם זאת, נטען שם כי התזה הכללית של המאמר תקפה גם במשפט הציבורי. המאמר פורסם בשנת 1993, זמן קצר לפני שנקבעו השלכותיה של המהפכה החוקתית, ובמידה לא-מעטה הוא חזה אותן, לפחות בכל הקשור להתחזקות הצפויה במעמדן של זכויות האדם החוקתיות במשפט הציבורי בישראל. לשיטתו של מאוטנר, "עליית הערכים במשפט הישראלי פירושה שהתחזק מעמדן של זכויות האזרח... במשפט הישראלי".²¹⁶

בעיקרו של דבר, טיעונו של מאוטנר ביחס למשפט הציבורי כלל שלושה מרכיבים בסיסיים: ראשית, בית-המשפט מצא כי הגיעה העת לשנות את תפיסת-היסוד שלפיה עוצב המשפט הציבורי בישראל. התפיסה המקורית ביטאה את ריבונות הכנסת והימנעות מהכרה במגבלות חוקתיות בנוגע לסמכותה. ביסודה של גישה זו העמדה ש"אין הרשות השופטת אמורה לעסוק בהכרעות ערכיות".²¹⁷ אולם בית-המשפט הכיר בכך שהכנסת אינה צפויה להשלים את כינון החוקה, ובעיקר התגבר הצורך – על יסוד תפיסת-העולם הערכית של שופטי בית-המשפט העליון – בהגבלת כוחן של רשויות השלטון. מאוטנר עמד על כך ש"שנות השמונים התאפיינו בעלייתם של פרטיקולריזם קיצוני ו'קבוצות-אינטרס' בפוליטיקה הישראלית. המקח-הממכר הקואליציוני והתקציבי, שהתנהל בצורות שונות כמעט בלא הפסקה במשך כל העשור, גילה דפוס-פעולה המתאפיין ביצירת קואליציות ובריתות אד-הוק, לא לצורך קידומן של מטרות ציבוריות כלליות, אלא לצורך קידום אהדדי של מטרותיהם הפרטיקולריות השונות של השותפים".²¹⁸ על כך נוספה ההערכה – שאותה הדגיש מאוטנר בכתיבה מאוחרת יותר – שעם חילופי האליטות בחברה הישראלית אין מובטחת עוד מחויבותן של רשויות השלטון לעקרונות-היסוד הליברליים, ובראשם החובה לכבד את זכויות

215 Ronald Dworkin, *Hard Cases*, 88 HARV. L. REV. 1057 (1975)

216 מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", לעיל ה"ש 19, בעמ' 525.

217 שם, בעמ' 543.

218 שם, בעמ' 585.

האדם, להתייחס לכל בני-האדם כאל שווים ולנהוג בסובלנות.²¹⁹ לפיכך, וזהו המרכיב השני בטיעונו של מאוטנר, נדרש בית-המשפט לנטוש את דרך ההנמקה הפורמליסטית ולהיזקק לסטנדרטים. הכללים של המשפט הציבורי שנהגו קודם לכן עוצבו על רקע תפיסת-עולם שלא התאימה עוד לנסיבות החדשות, והיה נחוץ לקבוע מערכת נורמות חדשה ולהצדיק את השינוי באמצעות היוזקות מפורשת למערכת הערכים שאמורה להנחות מעתה את בית-המשפט.²²⁰ לבסוף, מאוטנר סבר כי המסגרת העיקרית שבאמצעותה הוחלו הנורמות החדשות הללו היא דיני זכויות האדם.²²¹

אפיון זה של התפתחות הפסיקה שימש מקור לא-אכזב לניתוחים רבים ולהשוואות בין בית-המשפט ה"ישן", הפורמליסט, לבין בית-המשפט ה"חדש", שאחרי שנות השמונים, ואין הסכמה חד-משמעית בספרות האקדמית באשר למאפיינים שונים של ההשוואה הזו. אך עיקר ענייננו כאן הוא במישור הנורמטיבי שבאפיון שהציע מאוטנר להתפתחות הגישה הנוהגת בפסיקה בתחום המשפט הציבורי. אנו חולקים על הסברה כי אפיון הנורמות החוקתיות ככללים משמעותי בהכרח כבילה מועטה יותר של רשויות השלטון לעומת זו שמושגת באמצעות השימוש בסטנדרטים. למעשה, במקרים לא-מעטים ההפך הוא הנכון, וזאת בעיקר ביחס לנורמות מוסדיות.

הסתמכות על כללים "סגורים" אומנם מאפשרת לשופטים לנקוט ריסון שיפוטי, בלא צורך להצדיק זאת באמצעות הפניה למערכת ערכים מתאימה, אך בה-בעת היא מאפשרת גם גישה הפוכה, שמבטאת ריסון של הרשויות הפוליטיות. בהינתן בחירה בהשקפה שמכירה בהצדקה להחיל אילוצים מוחלטים על הרשויות הפוליטיות, ובכלל זה על הכנסת, לשימוש בכללים יש יתרונות מובהקים. כאמור לעיל, הכללים מספקים הנחיה ברורה יותר לרשויות השלטון ולציבור הרחב באשר למותר ולאסור. ככל שמדובר בתחום של קביעת נורמות מוסדיות, אין חשיבות רבה להטמעה של מערכת ערכים מסוימת, אלא רק להכרה בכך שיש לכבד את כללי המשחק שנקבעו מראש ואת הדרישה לכלליות. החשיבות של מתן ה'כוונה ברורה היא רבה במיוחד בהקשר של משפט ציבורי. נוסף על כך, השימוש בכללים נועד לכבול גם את שיקול-הדעת של בית-המשפט עצמו. כללים פוטרים את בית-המשפט מן הצורך לבחון אם קיימים שיקולים חזקים מספיק שעשויים להצדיק הפרה של כללי המשחק במקרה נתון. כבילה עצמית מסוג זה עשויה לתרום לכך שלא יוכר תוקפן של הפרות בלתי-מוצדקות עקב לחצים פוליטיים או הטיות שונות בפעולתו של בית-המשפט. על רקע ערעור האמון הציבורי בבית-המשפט ובמערכת הערכים הליברלית, הבחירה לאפיין נורמות חוקתיות מוסדיות ככללים עשויה דווקא להגביר את האפקטיביות של בית-המשפט בהגבלת כוחן של רשויות השלטון.

219 מאוטנר "משבר הרפובליקניות בישראל", לעיל ה"ש 27.

220 מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", לעיל ה"ש 19, בעמ' 585: "במסגרת התחזקותה של הגישה הלא-פורמליסטית בפסיקה של שנות השמונים, הדגיש בית-המשפט מאוד את חשיבותם של הערכים והעקרונות הכלליים, האמורים לשמש עיקרי-אמונה ארוכי-טווח ובלתי-משתנים של ישראל. הדגשה זו יכולה להתפס כניסיון של בית-המשפט להכפיף את המערכת הפוליטית והשלטונית לאמות-מידה כלליות, שעל-פיהן יישפטו מעשיה."

221 שם, למשל, בעמ' 543.

בה־בעת אין לשלול את האפשרות שההסתמכות על סטנדרטים משמשת "טכניקת הימנעות", כלומר, שהיא נועדה לאפשר לבית־המשפט להימנע מלהכריז על בטלותם של הסדרים שסותרים נורמות חוקתיות. לעיתים הדבר נובע מן ההכרה בחשיבות של הותרת מרחב פעולה לרשויות הפוליטיות בפרשנותן של הנורמות המוסדיות, לנוכח העובדה שתוכן של נורמות אלה מצוי עדיין בתהליכי גיבוש, ולנוכח ההכשר הדמוקרטי המצומצם יחסית שיש להכרה במעמדן החוקתי עקב העדר עיגון מפורש שלהן בחוק־היסוד.²²² אך לעיתים השימוש בסטנדרטים נועד לאפשר לבית־המשפט להימנע מלאכוף חובת ציות לנורמות המוסדיות בשל חששו שאכיפה כזו תביא לידי פגיעה במעמדו הציבורי. משמעות הדבר היא שדווקא השימוש בסטנדרטים מבטא רצון לשמור על האפשרות לנקוט ריסון שיפוטי במקרים מתאימים, בעוד השימוש בכללים עשוי להבטיח הגנה רחבה יותר על שלטון החוק.

222 לדיון ברוח זו בהקשר האמריקני ראו: Aziz Z. Huq & Jon D. Michaels, *The Cycles of Separation-of-Powers Jurisprudence*, 126 YALE L.J. 346, 353–54 (2016).

