

## על הסוציולוגיה והאפיסטמולוגיה של המשבר החוקתי:

### עילת הסבירות ותרבות ההצדקה

משה כהן-אליה\*

המאמר סוקר את המקורות הסוציולוגיים ואת המאפיינים האפיסטמיים שעומדים ביסוד המחלוקת הציבורית והמשפטית סביב התיקון לעילת הסבירות. ההסבר הסוציולוגי מבוסס על הצורך הפוליטי של ההגמוניה האחוס"לית, שמצויה בדעיכה דמוגרפית, לשמר את מוקדי הכוח שלה באמצעות שליטתה על מערכת המשפט בישראל. הסבר זה מתבסס על עבודתם של קימרלינג, מאוטנר, שמיר והירשל, וקושר את עבודתם זו למחלוקת על עילת הסבירות. הכסות הדוקטרינרית והמאפיינים האפיסטמיים של הצורך בשימור ההגמוניה באים לידי ביטוי ב"תרבות ההצדקה", תרבות משפטית שמחייבת את המדינה להצדיק את כל פעולותיה בפני בית המשפט על בסיס של "היגיון ציבורי". המאמר מסתיים בהערה נורמטיבית ביקורתית כנגד תרבות ההצדקה, שסובלת מבעיה של תת-אחריות דמוקרטית חמורה.

#### מבוא

העילה המינהלית של היעדר סבירות היא אחד הביטויים המובהקים ביותר של "תרבות ההצדקה", שמוזהה עם מורשתו של אהרן ברק, והיה לה ביטוי בתפיסת החוקתיות הגלובלית ששגשה בעולם עד לתחילת המאה העשרים ואחת.<sup>1</sup> תרבות זו מחייבת שהמדינה תצדיק כל פעולה שהיא עושה בבית המשפט, וזאת כביטוי של כבוד מצד המדינה כלפי האזרחים וכמימוש של זכותם להישמע, כל אימת שהם חשים שהם נפגעים מהפעלת כוח שלטוני. במאמר אקדם שתי טענות קשורות זו בזו: ראשית, שהמחלוקת העזה על עילת הסבירות משקפת מחלוקת ציבורית עמוקה בנוגע לגליטימיות של תרבות ההצדקה שמעבירה כוח רב לבתי המשפט. ושנית, שתרבות ההצדקה, ועילת הסבירות כביטוי טבוע שלה, היא כסות דוקטרינרית לניסיון של ההגמוניה הנוכחית לשמר את מוקדי הכוח שלה, לאחר שהיא איבדה שליטה במוסדות הייצוגיים בישראל. פרק א' של המאמר ימקם את תרבות ההצדקה בתוך מגמות גלובליות במשפט החוקתי של מדינות רבות. הפרק ישרטט את מאפייניה הסוציולוגיים, האפיסטמיים, והדוקטרינריים של תרבות ההצדקה בהקשר של עליית החוקתיות הגלובלית הליברלית בשנות התשעים לאחר קריסת הגוש הקומוניסטי. כמו כן, יוצגו בפרק כמה היבטים שבהם נבדלת תרבות ההצדקה מתרבות ליברל-דמוקרטית אחרת המנוגדת לה – תרבות של סמכות. תרבות של סמכות נוהגת במשפט החוקתי האמריקאי והיא מבוססת על חלוקה חדה יותר של סמכויות בין הרשויות, כשכל רשות נושאת באחריות לנעשה בגדר הסמכויות שלה. וזאת בניגוד לתרבות ההצדקה שהיא בעלת מאפיינים אורגניים יותר ומקדמת שיתוף פעולה בין הזרועות השונות של המדינה לשם הגשמת ערכים משותפים.

בפרק ב' אראה כיצד האצלת הכוח הפוליטי מהכנסת אל בית המשפט העליון שיקפה ניסיון לשמר את ההגמוניה של קבוצה סוציולוגית אחת (האשכנזים החילונים) שמצויה בדעיכה דמוגרפית, ולכן איבדה את שליטתה במוסדות הייצוגיים.<sup>2</sup> לפי ההסבר בדבר "שמירת ההגמוניה", האליטה הפוליטית של קבוצה

\* פרופסור מן המניין, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים.

<sup>1</sup> Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, 59 AM. J. COMP. L. 463 (2011).

ראו גם משה כהן-אליה "מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק" **משפט ועסקים** טו 317 (2012).

<sup>2</sup> RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF NEW CONSTITUTIONALISM* (2004); מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 503 (1993).

זו חברה לאליטות כלכליות ומשפטיות כדי להעביר כוח לבית המשפט העליון. קבוצה זו מתנגדת לשינוי בהרכב הוועדה לבחירת שופטים, כך שבחירת השופטים תהיה יותר ייצוגית, ותחת זאת מדגישה את החשיבות בשמירה על "המקצוענות" ו"הניטרליות הפוליטית" של השופטים.

רקע סוציולוגי זה יהווה תשתית בפרק ג' של המאמר להבנת התפקיד שממלאת עילת הסבירות בתוך תרבות ההצדקה. תרבות זו מתנגדת לקיומם של "חורים שחורים", קרי תחומי פעילות מדינתית שאיננה חשופה לביקורת שיפוטית. התרחבות עילת הסבירות החל משנות השמונים מ"חוסר סבירות קיצונית" ל"חוסר סבירות איזונית" משקפת את מגמת ההרחבה של הביקורת השיפוטית ומייצרת מעטפת של בקרה על כל החלטה שלטונית, ובכלל זה החלטות בעלות מאפיינים פוליטיים מובהקים כמו מינויי שרים או פעולות מבצעיות. העברת סמכויות במסגרת עילת הסבירות למוסדות ניטרליים שנושאים מאפיינים פרופסיונליים, כמו בתי המשפט, מבטאת חשדנות מצד האליטות המקצועיות כלפי ההמונים ונבחריהם, ומקדמת סולם ערכים שהוא לכאורה אוניברסלי, אבל הלכה למעשה מזוהה עם סולם הערכים של הקבוצה ההגמונית.<sup>3</sup>

מטרתו העיקרית של מאמר זה איננה נורמטיבית אלא הסברית. כלומר, להסביר את השינויים שהתרחשו מאז שנות השמונים כמהלך שנועד להשריש את תרבות ההצדקה ולשמר את ההגמוניה האשכנזית-חילונית. וכמו כן להסביר את הרפורמה המשפטית כניסיון לצמצם את היקפה של תרבות ההצדקה בישראל. עם זאת בפרק ד' אסיים ב"אזהרה נורמטיבית" בדבר הקושי שתרבות ההצדקה מעוררת בתחום האחריות הפוליטית.

## א. תרבות ההצדקה אל מול תרבות של סמכות

המחצית השנייה של המאה העשרים הייתה תור הזהב של החוקתיות ושל הביקורת השיפוטית הליברלית. ההלם, שאחז במערב לנוכח הזוועות שעוללו הנאצים, הוביל לעליית זרמים אליטיסטיים באירופה שסברו שאחד הלקחים שיש להפיק ממלחמת העולם השנייה הוא שלא ניתן לסמוך על ההמונים, שהעלו דיקטטורים לשלטון.<sup>4</sup> עבור האירופים, טוען רובנפלד, מלחמת העולם השנייה מסמנת את כישלון הדמוקרטיה, ולכן הלקח עבורם היה להעביר כוח לגורמים אליטיסטיים שקולים שיוכלו לקבל החלטות רציונליות שיבטיחו את הדמוקרטיה.<sup>5</sup> החוקתיות שלאחר מלחמת העולם השנייה הייתה כרוכה בהעברת כוחות לבתי משפט חוקתיים ועליונים שהופקדה בידם הסמכות לפרש את החוקה. החוקתיות החדשה, שהתפשטה כמו אש בשדה קוצים ברחבי העולם עם קריסת הגוש הקומוניסטי בשנת 1989, הפכה את המסמכים החוקתיים לאחד מסימני ההיכר המובהקים ביותר של הליברליזם ושל זכויות האדם.<sup>6</sup>

החוקתיות החדשה ששגשה ברחבי העולם (למעט בארצות הברית) לאחר קריסת הגוש הקומוניסטי הייתה מבוססת על מה שעידו פורת ואנוכי כינינו בעקבות אטיין מוריניק כ"תרבות ההצדקה".<sup>7</sup> מוריניק

<sup>3</sup> בפרק ג' אסתמך בהרחבה על מאמר היסוד של רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטית" תיאוריה וביקורת 7 (1994).

<sup>4</sup> אחד המייצגים האינטלקטואליים המובהקים של אליטיזם הוא שומפטר. ראו JOSEPH SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY (1942).

<sup>5</sup> Jed Rubenfeld, *Commentary: Unilateralism and Constitutionalism*, 79 N.Y.U. L. REV. 1971, 1975 (2004).

<sup>6</sup> Sujit Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 IND. L. J. 819, 825, 833 (1999); Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 VA. L.

REV. 771, 772-773 (1997); Louis Henkin, *A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects*, in CONSTITUTIONALISM, IDENTITY, DIFFERENCE, and LEGITIMACY 39, 53 (1993); Ann-Marie Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 VA. J. INT'L J. 1103, 1116-20 (2000); Anne-Marie Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 HARV. INT'L L. J. 191, 197 (2003).

<sup>7</sup> לעיל הי"ש 1. ראו גם Etienne Mureinik, *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, 10 S. AFR. J. HUM. RTS. 31 (1994).

היה פעיל זכויות אדם שנלחם כנגד משטר האפרטהייד בדרום אפריקה. כך מוריניק מתאר את שינוי התפיסה החוקתית בדרום האפריקה בעקבות קבלת החוקה החדשה בשנות התשעים :

If the new constitution is a bridge away from a culture of authority, it is clear what it must be a bridge to. It must lead to a culture of justification; a culture in which every exercise of power is expected to be justified; in which the leadership given by government rests on the cogency of the case offered in defense of its decisions, not the fear inspired by the force at its command. The new order must be a community built on persuasion, not coercion.<sup>8</sup>

כאשר מוריניק מדבר על תרבות של "סמכות" הוא למעשה מדבר על תרבות של "סמכותנות" (authoritarianism). משטר סמכותני הוא משטר ריכוזי ששולל מהאזרחים הנאה מחירויות יסוד ומונע פלורליזם רעיוני, ולכן איננו תואם רעיונות ליברליים. פורת ואנוכי הנגדנו בין שתי תרבויות פוליטיות ומשפטיות לגיטימיות בדמוקרטיית ליברליות שנוהגות בארצות הברית (תרבות של סמכות) ובחלק ניכר של מדינות העולם, באירופה, בקנדה, ובכלל זה בישראל (תרבות של הצדקה).<sup>9</sup>

הדרישה להצגת הצדקה לכל פעולה שלטונית איננה רק פרוצדורלית, אלא זוהי גם דרישה מהותית להציג הצדקה שתואמת את "ההיגיון הציבורי".<sup>10</sup> תרבות ההצדקה היא תרבות משפטית שתפסה לה אחיזה גם בשיח הציבורי. היא מחייבת את השלטון להצדיק כל אחת מפעולותיו לאו דווקא בזירות הפוליטיות, אלא אף ואולי בעיקר בפני בית המשפט העליון, קרי בפני האליטה המשפטית. תרבות של סמכות איננה שוללת הצגת דרישה שהמדינה תצדיק את פעולותיה שמגבילות את החירות, ואולם היא מייחסת משמעות מוגבלת יותר לדרישת ההצדקה המבנית, שמכוונת יותר להצבעה על מקור הסמכות לפעולותיה.

תנאי לשגשוגה של תרבות ההצדקה הוא טווח פעולה נרחב, אפילו טוטלי, תוך הרחבה רדיקלית של תחומי הפעילות השלטונית שנתונים לביקורת שיפוטית ושאינם כפופים לחובת ההצדקה. לכן במדינות שבהן פורחת תרבות ההצדקה חלה התרחבות רדיקלית במושגי "זכויות האדם" כך שיחולו גם על מקרים אזוטריים כמו הזכות לרכוב על סוסים בפארק,<sup>11</sup> הזכות להאכיל יונים בכיכר העיר,<sup>12</sup> הזכות לעשן מריחואנה,<sup>13</sup> והזכות לישון בשקט בלילה ליד שדה התעופה היתירו.<sup>14</sup>

הרחבה רדיקלית זו של מושגי זכויות האדם העצימה את הכוח שעבר לבית משפט דרך מנגנון הלגיטימציה של הגנה על זכויות האדם, תחום שבו נהוג להעניק לבית המשפט כוח וטו. לכך גם התווספה הרחבת החובה לכבד את הזכויות החוקתיות לא רק על המדינה אלא גם ביחסים שבין גורמים פרטיים, וזאת לצד תפיסת זכויות האדם כמטילות חובת עשה על המדינה (זכויות חיוביות). מתיאס קום מכנה את התפיסה החוקתית הזו, שמאפיינת את המשפט החוקתי הגרמני, כ"חוקה הטוטלית".<sup>15</sup> הטוטליות של

<sup>8</sup> Mureinik, שם, בעמ' 32.

<sup>9</sup> Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, PROPORTIONALITY AND CONSTITUTIONAL CULTURE (2013)

<sup>10</sup> Dyzenhaus David, Murray Hunt & Michael Taggart, *The Principle of Legality in Administrative Law*.

<sup>11</sup> *Internationalisation and Constitutionalisation*, 1 OXFORD UNIV. COMMONWEALTH L. J. 5, 29 (2001)

<sup>12</sup> BVerfGE 80, 137 (Ger.)

<sup>13</sup> BVerfGE 54, 263 (Ger.)

<sup>14</sup> BVerfGE 90, 145 (Ger.)

<sup>15</sup> *Hatton v. UK* case no 36022/97 (ECtHR, 8 July 2003)

<sup>16</sup> Mattias Kumm, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the*

*Constitutionalization of Private Law*, 7 GERMAN L.J. 341, 341 (2006)

התרבות הזו באה לידי ביטוי גם בפרשנות תכליתית (אובייקטיבית) שהיא מטא-טקסטואלית, ובהסרת חסמים מפני ביקורת שיפוטית כמו הדרישה לעילות סף, כגון שפיטות וזכות עמידה.<sup>16</sup>

ארצות הברית בידלה עצמה מתרבות ההצדקה, משום שהחוקתיות האמריקאית התפתחה הרבה לפני החוקתיות האירופית, וכבר הייתה מבוססת עוד לפני מלחמת העולם השנייה על תרבות של סמכות.<sup>17</sup> בתרבות של סמכות, הלגיטימיות של פעולה שלטונית נובעת מהעובדה שהסוכן היה מוסמך לפעול. המשפט הציבורי, על פי תפיסה זו, מתמקד בקביעת גבולותיה של הפעילות השלטונית ובניסיון להבטיח שהחלטות יתקבלו על ידי הגוף המוסמך לכך. בתרבות של סמכות, זכויות נתפסות לרוב כ"טעמים מוציאים" (תכליות פסולות כגון גזענות או סתימת פיות),<sup>18</sup> בית המשפט חייב לבסס את הלגיטימיות של פסקי הדין שלו על הטקסט החוקתי, ולא על בחינת טיבה של ההצדקה. תרבות של סמכות מקושרת לתפיסה של דמוקרטיה פלורליסטית, שרואה בפוליטיקה זירה שבה קבוצות אינטרס מתגוששות על קידום האינטרסים והערכים שלהן ועל חלוקת המשאבים.<sup>19</sup>

וכך בעוד שבתרבות ההצדקה זכויות האדם מוגדרות באופן רחב למדי, ולמעשה כוללות בקרה על כל פעולה שלטונית, בתרבות של סמכות זכויות מוגדרות באופן צר יותר, סטרוקטורלי וקטגורי. באופן זה אפשר להבין את חופש הביטוי בארצות הברית כקובע חלוקת עבודה ברורה בין הרשויות, כך שלמשלה כלל אין סמכות להתערב בשוק הדעות.<sup>20</sup> כמו כן, אפשר להבין את הזכות לשוויון כאוסרת על המדינה לפעול על פי "טעמים מוציאים", כמו למשל שיקולים גזעניים או סקסיסטיים כלפי מיעוטים.<sup>21</sup> לעומת זאת, זכויות האדם במסגרת תרבות ההצדקה מציגות תביעה לאופטימיזציה של ערכים חוקתיים, ולפיכך היקף השתרעותן הוא נרחב מאוד.<sup>22</sup>

קיים פער עמוק בין תרבות ההצדקה לבין תרבות הסמכות בנוגע ליכולת של שופטים לקבל החלטות נכונות. תרבות ההצדקה מבטאת אופטימיות בנוגע ליכולת האנושית להבחין בין אמת לבין טעות, בהדגישה את בחינתה של כל החלטה במונחים של סבירות ונכונות. הרשות השופטת נתפסת כמוסד שיש לו הכלים לבחון את הסבירות והרציונליות של החלטות שלטוניות, מכיוון שהיא חסינה באופן יחסי מפופולזים ולכן נוטה יותר להכריע על בסיס עקרוני ורציונלי. תרבות של סמכות, לעומת זאת, מגלה ספקנות לגבי התבונה האנושית והשיפוטית. ביטוי לצניעות אפיסטמולוגית כזו ניתן למצוא במימרה המפורסמת של השופט האמריקאי ג'קסון: "אנחנו איננו סופיים בגלל שאנחנו חסינים מטעויות; אנחנו חסינים מטעויות בגלל

Lorraine Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 84, 98 (Sujit Choudhry ed., 2007). הניתוח המטא-טקסטואלי נסמך על תפיסות של המשפט כמדע והקונסטואליזם, שהתבססו בגרמניה ובארצות הברית של המאה התשע-עשרה. ראו Mathias Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, 31 BOSTON COLLEGE L. REV. 837, 881 (1990) Cohen-Eliya & Porat לעיל ה"ש 1, בעמ' 489.

Rubinfeld, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1986. עבור האמריקאים, מלחמת העולם השנייה מסמלת את ניצחון הדמוקרטיה על הדיקטטורות האירופיות. ברוח דומה טוען שאוור כי הסיבה שארצות הברית אימצה עמדה שונה בהשוואה לתרבות ההצדקה הגלובלית היא שהמשפט החוקתי האמריקאי כבר היה מעוצב לפני מלחמת העולם השנייה, ואילו המשפט החוקתי האירופי התחיל להתעצב רק לאחריה. ראו Frederick Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 49, 68 (Georg Nolte ed., 2005); Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 29, 32 (Michael Ignatieff ed., 2005).

Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L. J. 711, 720, 722 (1994).

19 לתמיכה בתפיסה של דמוקרטיה פלורליסטית ראו ROBERT DAHL, A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY (1959) DAVID HELD, MODELS OF DEMOCRACY, 125-58 (3d ed. 2006).

20 Jed Rubinfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767, 830-32 (2001).

21 Mark Kelman, *Market Discrimination and Groups*, 53 STAN. L. REV. 833, 834-45 (2001).

22 ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (J. Rivers trans., 2009); Matthias Kumm, *What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in LAW, RIGHTS AND DISCOURSE: THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY 131, 136-137 (George Pavlakos ed., 2007).

שאנחנו סופיים".<sup>23</sup> מאמירה זו עולה כי מה שנתפס כנכון או כחוקי נקבע על ידי האדם שמוסמך לקבל את ההחלטה הסופית, ולא מתבוננתה כפי שהיא נבחנת על ידי שופטים.

בהשוואה לתרבות של הצדקה, תרבות של סמכות מייחסת משקל גדול יותר לטקסט החוקתי, כמי שקובע את חלוקת הסמכויות בין הרשויות השונות ואת הכוח שהן יכולות להפעיל על האזרחים.<sup>24</sup> מדינות אירופה, שבהן נהוגה תרבות ההצדקה, מתאפיינות בעקרון הפרדת רשויות המבוסס על תפיסה אורגנית של המדינה, שלפיה כל זרועות המדינה, ובכלל זה האזרחים, פועלות בשיתוף פעולה ובהרמוניה כדי להגשים ערכים משותפים. לעומת זאת, התפיסה האמריקאית, המאופיינת בתרבות של סמכות, נוטה להפרדה חדה יותר בין הרשויות, כך שכל רשות נדרשת לשאת באחריות לתוצאות פעולתה בתחומי הסמכות שעליהם היא מופקדת.<sup>25</sup>

אחד מביטוייה הטבעיים של תרבות ההצדקה היא עילת המידתיות. עילה זו היא דוקטרינה משפטית שצמחה במשפט המינהלי הפרוסי של המאה התשע-עשרה והפכה להיות המקרה הבולט ביותר של "הגירת רעיונות חוקתיים" ברחבי העולם – עילת המידתיות מבטאת במידה רבה את המהות של תרבות ההצדקה.<sup>26</sup> אם אכן, כפי שטוען רוברט אלקסי, הזכויות החוקתיות הן עקרוניות שיש למקסם (בלשונו: תביעה לאופטימיזציה), אז המידתיות היא הכלל החוקתי היחיד בחוקה, שכל תכליתו היא לייצר אופטימיזציה של הזכויות החוקתיות.<sup>27</sup> המידתיות היא מכשיר של הצדקה הנהנה מתחומי השתרעות נרחבים, אשר מחייב המצאת הצדקה לכל פעולה שלטונית. לכן היא מתפקדת היטב בסביבה של תרבות ההצדקה, שמתאפיינת בהיעדרם של "חורים שחורים" ובהסרתם של מחסומים פרוצדורליים. נוסף על כך, פעולתה של המידתיות אינה כרוכה בעיקרה בפרשנות של הטקסט החוקתי, אלא בבחינה שיפוטית של ההיגיון שמאחורי ההצדקה השלטונית. המידתיות היא נסיבתית ואינה "סוגרת" הכרעות. במובן זה אין היא מבוססת על תפיסה קלאסית של סופיות, אלא על הנחה שניתן לפתוח מחדש את הדיון לגבי הכרעות שכבר ניתנו. בהיות המידתיות כלי להערכת ההיגיון הציבורי שביסוד ההסדר המשפטי, היא נטועה בתוך תפיסה של דמוקרטיה דליברטיבית, שהיא הביטוי הדמוקרטי לתרבות ההצדקה. לכן טענתי בעבר שהמידתיות טבועה בתוך תרבות ההצדקה, והיא איננה מתאימה לתרבות של סמכות,<sup>28</sup> על כן ניסיונות ישירים של אנשי אקדמיה<sup>29</sup> וניסיונות עקיפים של שופטים אמריקאים<sup>30</sup> לשלב את עילת המידתיות במשפט החוקתי האמריקאי לא צלחו עד כה, והדוקטרינה הזו איננה חלק אינטגרלי משיטת המשפט האמריקאית. לסיכום, תרבות ההצדקה מעבירה כוחות רבים יותר לבתי המשפט להכריע בשאלות פוליטיות, גם אם הלכה למעשה בית המשפט איננו מתערב בהכרעות פוליטיות כעניין שבשגרה. ההתמקדות בעילת המידתיות כנורמת-על חוקתית מאצילה סמכויות של שיקול דעת נרחבות לבית המשפט בהיקפים גדולים.

Brown v. Allen, 344 U.S. 443, 540 (1953). ("we are not final because we are infallible; we are infallible because we are final.")<sup>23</sup>

Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. CIN. L. REV. 849, 863–64 (1989)<sup>24</sup>. ההבדלים בין תרבות ההצדקה לבין תרבות הסמכות אינם בינאריים אלא ליניאריים. כלומר, גם בתרבות של סמכות, בתי המשפט נדרשים לעיתים לשאלות של הצדקה בנוגע לסמכות, דהיינו זה עניין של דרגה ולא של סוג. לטענה בדבר קיומם של ביטויים של תרבות של הצדקה גם במשפט החוקתי האמריקאי, ראו Adam Shinar, *Method and Culture in American Constitutional Law: A Critique of Proportionality and Constitutional Culture*, 10 JERUSALEM REV. LEG. STUD. 137 (2014).

Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 SAN DIEGO L. REV. 367, 388–390 (2009)<sup>25</sup>.  
Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, 8 INT'L J. CONST. L. 263 (2010)<sup>26</sup>.

Cohen-Eliya & Porat, *The Construction of Constitutional Rights*, 4 L. & ETHICS HUM. RTS. 19, 39 (2010)<sup>27</sup>; ראו גם Robert Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, 4 L. & ETHICS HUM. RTS. 19, 39 (2010). לעיל ה"ש 1.

כהן-אליה "המידתיות ותרבות ההצדקה", לעיל ה"ש 1.<sup>28</sup>  
Jamal Greene, *Forward: Rights as Trump?*, 132 HARV. L. REV. 28 (2018); Vicki C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, 124 YALE L.J. 3094 (2015)<sup>29</sup>.

בכמה מקרים ניסה השופט ברייר להחדיר את המידתיות למשפט החוקתי האמריקאי, והציג זאת כאילו היא תמיד הייתה שם. ראו, Nixon v. Shrink Mo. Gov't PAC, 528 U.S. 377, 377 (2000); District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570, 690 (2008); United States v. Alvarez 132 S. Ct. 2537 (2012) ראו לעמדה דומה של השופטת קגן ראו 402 (2000).

זאת לעומת תרבות של סמכות, שתוחמת את שיקול הדעת השיפוטי באמצעות תפיסת זכויות קטגורית, כסוג של כללים, ובאמצעות הקפדה רבה יותר על עילות הסף, כגון זכות עמידה, שפיטות, ובשלות.

## ב. השורשים הסוציולוגיים של תרבות ההצדקה בישראל

את המשבר החוקתי יש למקם בהקשר של מאבק חברתי על שליטה ועל ערכים במדינת ישראל. ברוך קימרלינג אפיין בעבר את הסוציולוגיה של הקבוצה ההגמונית בישראל, שאותה הוא כינה אחוס"לים (אשכנזים, חילונים, ותיקים, סוציאליסטים, לאומיים).<sup>31</sup> כיום הסוציאליזם או הלאומיות פחות מאפיינים את הקבוצה הזו, שרואה עצמה כנטועה בחשיבה מערבית ליברלית וסוציולוגית ומתאפיינת בנטייה לתפיסות קוסמופוליטיות ומקצועות חופשיים שמאפשרים נידודת גלובלית גדולה יותר בהשוואה לקבוצות חברתיות אחרות בישראל.<sup>32</sup> בעוד שהיהודים האשכנזים היו הרוב המכריע של היהודים בתקופת היישוב, כיום האחוז שלהם באוכלוסייה משתווה לזה של יוצאי עדות המזרח, ונוסף על כך, קבוצה זו מצטמצמת דמוגרפית בהשוואה לקבוצות אחרות, בעיקר הדתיים והמסורתיים בימין.<sup>33</sup>

מאוטנר והירשל, כל אחד בתורו, המחישו את הקשר שבין החשש מאובדן הגמוניה של קבוצת האחוס"לים או מה שמאוטנר מכנה "ההגמוניה החילונית-ליברלית" לבין העלייה בכוחו של בית המשפט העליון בישראל.<sup>34</sup> בתמצית, הטענה היא שקבוצה זו פעלה להעצים את כוחו של בית המשפט העליון ולהעביר אליו כוח הכרעה גם בשאלות פוליטיות, וזאת כדי להבטיח שהאינטרסים והזכויות של הקבוצה תובטחנה. צורך פוליטי זה פגש את השופט ברק, שמונה בסוף שנות השבעים לשופט בבית המשפט העליון. ברק פיתח תפיסה רחבה בנוגע לתפקיד המשפט והמשפטנים בחברה. כך הציג ברק את תפיסתו המשפטית עוד בשנת 1977:

כמשפטנים, איננו מוגבלים לפירושו ולהפעלתו של הדין הקיים. אנחנו חוד החנית בשאיפה לדין רצוי יותר, וטוב יותר [...] אנחנו הארכיטקטים של השינוי החברתי. לנו הכישורים לבנות שיטה משפטית טובה יותר, צודקת יותר. אנחנו איננו רואים את תפקידנו מוגבל לטכנאות משפט. אנחנו רואים את תפקידנו ככולל את המדינאות המשפטית.<sup>35</sup>

המעבר שבוצע בישראל מתרבות של סמכות לתרבות של הצדקה העצים את כוחו של בית המשפט העליון על חשבון המוסדות הייצוגיים בשלושה גלים עיקריים: הראשון, בשנות השמונים, שבא לידי ביטוי במה שמאוטנר כינה "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים".<sup>36</sup> שלב זה כלל בין היתר את עליית התכלית האובייקטיבית על פני הסובייקטיבית או הטקסטואלית בפרשנות חוקים, שחיקת עילות הסף, כמו היעדר

<sup>31</sup> ברוך קימרלינג "מדינה, הגירה והיווצרותה של הגמוניה (1948-1951)" *סוציולוגיה ישראלית* (1) 167 (1999); ברוך קימרלינג *קץ שלטון האחוסלים* (2001).

<sup>32</sup> גדי טאוב *ניידים וניחים: מאבקן של האליטות כנגד הדמוקרטיה הישראלית* (2020).  
<sup>33</sup> לתיקוף הנחות היסוד של קימרלינג לנוכח המשבר החוקתי של 2023, ראו יצחק ששון ויוסי הרפז "האם הדמוגרפיה תכריע? יחסי כוח בין המגזרים בישראל שלאחר שלטון האחוסלים" *סוציולוגיה ישראלית* כ(2) 161 (2023). בעוד שבתקופת היישוב העברי מנתה האוכלוסייה האשכנזית כ-77 אחוזים מכלל היהודים בארץ ישראל, כיום יהודים ממוצא אשכנזי מונים כ-30 אחוזים בלבד מכלל האוכלוסייה היהודית בישראל והאחוז שלהם באוכלוסייה משתווה לזה של יהודים יוצאי עדות המזרח. ראו *Where are Ashkenazi Jews Today*, BRITANNICA, <https://www.britannica.com/question/Where-are-Ashkenazi-Jews-today>.

<sup>34</sup> לעיל ה"ש 3.  
<sup>35</sup> אהרן ברק "שלטון החוק" *קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים תשל"ו: חידושים והתפתחויות בחקיקה ובמשפט* 15 (שמעון שטרית עורך 1977). הציטטה מובאת אצל שמיר "הפוליטיקה של הסבירות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 11.

<sup>36</sup> מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 2. ראו גם מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" *עיוני משפט* כו(2) 645 (2002) (נטען שחברי הקבוצה היהודית-חילונית-ליברלית נתקפו בחרדה בעקבות התמוטטות ההגמוניה שלהם בשנת 1977 ואותרו על ידי הגמוניה חדשה שקראה תיגר על תרבותם. הקבוצה פעלה להעביר כוחות לבית המשפט העליון ולמינהל הציבורי של המדינה ולכן גם לא ביקרה את הפסיקה האקטיביסטית של בית המשפט העליון בשנות השמונים למרות החדשנות שהייתה בה).

שפיטות והיעדר זכות עמידה, ואת הסבת עילת היעדר סבירות מעילה המתייחסת למקרי קצה נדירים, לעילה של מה שסולברג כינה "סבירות איזונית", קרי, החלפת שיקול דעתו של מקבל ההחלטות בנוגע לטיב האיזון הראוי, ובכלל זה התערבות בתחום המינויים.<sup>37</sup> הגל השני הוא שלב "המהפכה החוקתית" שפירש בהרחבה, אף מעבר לכוונת חברי הכנסת, את המשמעות של חוקי היסוד על זכויות האדם משנת 1992, באופן שמזכיר את מה שמתיאס קום כינה: "החוקה הטוטלית".<sup>38</sup> פרשנות מרחיבה של "הזכות לכבוד האדם" כך שתכלול סדרה רחבה מאוד של זכויות אדם שאינן מנויות, החלת החוקה על גורמים פרטיים, ופיתוח המובן החיובי של זכויות האדם.<sup>39</sup> הגל השלישי התחולל לאחר פרישתו של ברק מבית המשפט העליון, והוא כלל פיתוח הכלים לביקורת שיפוטית על חוקי היסוד עצמם, בין שמדובר במקרים שבהם הפוליטיקאים "משתמשים לרעה בסמכות מכוונת", קרי חובשים במרמה את מגבעת "הרשות המכוונת" כאשר למעשה הם פועלים כמחוקקים, ובין שמדובר בביקורת שיפוטית מהותית על תוכנם של חוקי היסוד.<sup>40</sup>

תיאוריות של "שוק הבחירה" מתחום מדעי המדינה מלמדות שכשאליות פוליטיות של קבוצות סוציולוגיות מבינות שהן לא תישארנה בשלטון, או אז יש להן אינטרס להעביר כוחות למוסדות שמתאפיינים בסולם ערכים דומה ובמאפיינים דמוגרפיים מקבילים.<sup>41</sup> ביפן, שבה מפלגה אחת שלטה כמעט ארבעים שנה מאז מלחמת העולם השנייה, לא היה אינטרס להעביר כוח למערכת המשפטית, וזהו אחד ההסברים לכך שהעצמאות השיפוטית והכוח לביקורת שיפוטית ביפן הם חלשים יותר בהשוואה למדינות המערב.<sup>42</sup> הירשל טוען שמצב דברים כזה התקיים בישראל עד לשנת 1977. המתחרים של מפא"י ההיסטורית על הגמוניה עוד טרם הקמת המדינה היו הרוויזיוניסטים (ברובם: אשכנזים חילונים) מימין. המעבר של המזרחים בשנת 1977 לליכוד ולאחר מכן לש"ס, לצד שינויים דמוגרפיים שהגדילו את הנתח של האוכלוסייה הדתית והמסורתית במדינה, יצר איום מסוג חדש על ההגמוניה האשכנזית-חילונית-ליברלית, הפעם מאוכלוסיות דתיות, חרדיות ומסורתיות, שעם השנים החלו לדחוק גם את האליטה האשכנזית החילונית הרוויזיוניסטית, בעלת המאפיינים הליברליים, שהנהיגה את הימין. על יסוד תיאוריה של "שימור ההגמוניה" הירשל טוען כי העברת הכוחות לבית המשפט העליון סביב המהפכה החוקתית שירתה את קבוצת האשכנזים החילונים, שהייתה לה דומיננטיות סוציולוגית מובהקת בבית המשפט העליון. כך הקבוצה הייתה יכולה להבטיח את ערכיה, והיא פעלה לפיכך באופן נחוש כדי להבטיח אמת מידה מקצועית בבחירת שופטים והשתמשה ברוב המקצועי בוועדה לבחירת שופטים כדי להבטיח את "המקצוענות" על חשבון "הייצוגיות" של בית המשפט העליון.<sup>43</sup>

בין היתר הירשל מראה שבחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חברו יחדיו אליטה פוליטית (שמבקשת לשמר כוח על ידי העברת כוח ממוסדות דמוקרטיים שבהם יש לה ייצוג הולך ונחלש למוסדות שיפוטיים), אליטה כלכלית (שרואה בהגנה על חירויות כלכליות דרך לקדם אג'נדה נאו-ליברלית); והאליטה המשפטית (שמבקשת לחזק את ההשפעה הפוליטית ואת המוניטין הבינלאומי שלה). הוא מציין שמבין 32 חברי הכנסת שתמכו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (18 עבודה, 8 ליכוד, 6 מרצ), 28 מתוכם הצביעו באופן

<sup>37</sup> נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" **השילוח** 18 (2020).

<sup>38</sup> Kumm, לעיל ה"ש 15.

<sup>39</sup> הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997).

<sup>40</sup> בג"ץ 5555/18 **חסון ואח' נ' הכנסת** (נבו 18.7.2021), ביקורת שיפוטית מהותית על תוקפם של חוקי יסוד; בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (נבו 23.5.2021), ביקורת שיפוטית בגין שימוש לרעה בסמכות מכוונת.

<sup>41</sup> J. Mark Ramseyer, *The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach*, 23 J. L. STUD. 721, 722,

(1994) 740; דוגמה נוספת לכך בישראל אפשר למצוא בהחלטה 666 של הממשלה ה-17 "תפקידי הוועדה לתכנון ולתקצוב"

(1977.6.6), של השמאל, לאחר שהפסיד בבחירות 1977, להעביר סמכויות נרחבות לוועדה לתכנון ולתקצוב (הות"ת) כדי

להבטיח את עצמאותה מול הדרג הפוליטי, כלומר: מול ממשלת הימין.

J. Mark Ramseyer, Eric B. Rasmusen, *Why are Japanese Judges so Conservative in Politically Charged Cases*,

95 AM. POL. SCI. REV. 331 (2001).

<sup>43</sup> Hirschl, לעיל ה"ש 2, בעמ' 99-50.

קבוע כנגד מימון לחינוך דתי, 25 הצביעו בעד הפרטה, ו-26 מתוכם היו אנשי מקצועות חופשיים. כל המתנגדים היו קומוניסטים, חרדים, דתיים ומפלגות ימין קיצוני. הירשל מסביר שאצילת כוח למערכת המשפטית שירתה את האינטרסים של הקבוצה ההגמונית וזאת לנוכח שילוב של העובדה שהמוניטין של המערכת המשפטית בנוי על מקצוענות, ניטרליות פוליטית, ותנאי רקע הוא שההגמוניה שולטת על הליכי המינוי של השופטים.<sup>44</sup>

המשבר החוקתי של 2023 הוא ביטוי למאבק כוח בין קבוצות חברתיות על שליטה במדינה. שליטה זו איננה מתמצית בשליטה במוסדות הייצוגיים, אלא גם במוסדות שאמורים להיות ניטרליים כמו בתי המשפט. ככל שמוסדות אלה לקחו לעצמם יותר כוח, כך הלכו וגברו הלחצים הפוליטיים מהצדדים שמרגישים שהם המפסידים הקבועים (הימין, אם משום שהיה בשלטון רוב הזמן, ואם משום שהוא באופוזיציה ומבקש לתקוף את מדיניות הממשלה מימין) להניע שינוי. הדבר בא לידי ביטוי בירידה תלולה באמון הציבור בבית המשפט העליון וכן בתפיסה פרטיזנית (תנועתית) של האמון בו. בשנת 2022 כ-84 אחוזים מתומכי מפלגות השמאל הפגינו אמון בבית המשפט, ורק 26 אחוזים מתומכי מפלגות הימין.<sup>45</sup> העברת הכוחות המסיבית לבית המשפט העליון, כשקבוצות אוכלוסייה רחבות מיוצגות בו בחסר, לא התבצעה ללא התנגדות של המערכת הפוליטית. הצעות שונות להחזרת כוחות למערכת הפוליטית הועלו עם השנים, ובעיקר ההצעה לקבוע פסקת התגברות שתאפשר למחוקק את המילה האחרונה בשאלות חברתיות-פוליטיות.<sup>46</sup> עד למשבר החוקתי של 2023, השינוי האופרטיבי המרכזי במערך הכוחות בין המחנות היה התיקון לחוק-יסוד: השפיטה שמציב דרישה לרוב מיוחס לצורך בחירת שופטי בית משפט עליון בישראל, שינוי שחייב למעשה הסכמה בין הפוליטיקאים לבין שופטי בית המשפט העליון.<sup>47</sup> התיקון הוביל לכך שנבחרו שופטים שמרנים לצד ליברלים, ולצמיחת מחנה שמרני בבית המשפט העליון, דבר שלא היה קיים בעבר בהיקפים כאלה. לתביעה ההולכת ומתגברת לגיוון בית המשפט העליון התלוותה עלייה משמעותית ברמות הקיטוב הפוליטי הרגשי בישראל, רמות גבוהות יותר מאלה שנרשמו סביב הבחירות המקטבות בארצות הברית בשנת 2016 בין הילארי קלינטון לדונאלד טראמפ.<sup>48</sup> העלייה בקיטוב הפוליטי מבטאת את הלחץ ההולך וגובר לכיוון של הפרטיזניות (תנועתיות) הן בנוגע להליך הבחירה של השופטים והן בנוגע לעיצוב הדוקטרינה המשפטית.

בתחילת שנת 2023 ביקשה קואליציית מפלגות הימין לקדם שני סוגי מהלכים בהיקף נרחב: המישור הראשון הוא החלשה, קרי החזרת כוחות מבית המשפט העליון למוסדות הייצוגיים, כמו למשל באמצעות קביעת פסקת התגברות שמאפשרת למחוקק, ברוב רגיל או ברוב של 61 חברי כנסת, להפוך פסילת חוקים בבג"ץ; ביטולה המוחלט של עילת הסבירות במשפט המינהלי; ביטול החובה לנהוג על פי חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה; ודרישה לפסילת חוקים בהחלטה שהיא פה אחד בקרב כלל השופטים. המישור

<sup>44</sup> שם, בעמ' 53, 58. הירשל מסתמך גם על נתונים לגבי הגידול בכוח הפוליטי של הקבוצות שאינן מזוהות עם האחוס"לים, אלא על גידול בנציגות הפוליטית של החרדים, הדתיים הלאומיים, והמזרחים בכנסת, ודעיכה בייצוג של חברי הכנסת שמזוהים עם הקבוצה ההגמונית לשעבר.

<sup>45</sup> תמר הרמן ואחי' מדד הדמוקרטיה הישראלית 2022 73 (2022). גבעתי וגרבר טוענים שהסיבה לירידה באמון הציבור בבית המשפט העליון קשורה למהפכה החוקתית שמזוהה עם השופט אהרן ברק. ראו אהרון גרבר ויונתן גבעתי "כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט?" משפטים נג (צפוי להתפרסם).

<sup>46</sup> לסקירת ההצעות ולהערכתן, ראו עמיחי כהן פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט (2018).

<sup>47</sup> ראו את דברי ההסבר להצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 51) (רוב מיוחד למינוי שופט בית המשפט העליון), התשס"ח-2008 (הצעת החוק המתפרסמת בזה באה להבטיח כי הצעת הוועדה בדבר מינוי של שופט בית המשפט העליון, ובמובחן ממינוי של שופט בערכאות אחרות, תיעשה על יסוד הסכמה רחבה בין חברי הוועדה).

<sup>48</sup> יאיר אמיתי ואחי' קיטוב פוליטי בישראל, 2022-1992 22 (2023) (רמות הקיטוב בשנת 2022 עמדו על דרגת אינטנסיביות 6 ואילו במהלך בחירות 2016 בארצות הברית הם עמדו על 4.7).



השני של הרפורמה ביטא שאיפה להשתלטות: מתן שליטה לקואליציה על בחירת שופטים ועל מינוי יועצים משפטיים.<sup>49</sup>

המהלך הקיצוני והחריג שאפיין את הרפורמה המשפטית, שהניעו שר המשפטים לוי ויו"ר ועדת החוקה של הכנסת רוטמן, בשילוב עם הסכמים קואליציוניים בין מפלגות ימין לבין ימין קיצוני, הסכמים שבהם ניתן למצוא ביטויים לניסיון להשליט בישראל גישה שאיננה ליברלית, יותר לאומית ויותר דתית<sup>50</sup> – כל אלה עוררו חשש בקרב הקבוצה ההגמונית פן הניסיון להחליש את בית המשפט העליון ו/או להשתלט עליו יפגע בערכים הליברליים שמרביתם חולקים. החשש של מחנה מתנגדי הרפורמה, חברי הקבוצה ההגמונית, היה ששינוי בחלוקת הכוח שבין הכנסת לבין בית המשפט העליון ישמש פלטפורמה לשינוי ערכי עמוק במדינה, בדומה לתהליכים דומים שהתקיימו גם בהונגריה ובפולין בעשור האחרון.<sup>51</sup> בקרב מחנה זה התיקון החוקתי בנוגע לעילת הסבירות נתפס כצעד ראשון בשיטת הסלמי לקראת תהליך של "ריקבון דמוקרטי" או "שחיקה דמוקרטית".<sup>52</sup>

המקור לחשש לפגיעה בערכים ליברליים מובן, אולם החשש לפגיעה במבנה הדמוקרטי של המדינה פחות מובן. במאמר זה אינני מתכוון לדון לעומק בתוקפו של חשש זה. די אם אומר שביסודו עומדת הנחת עבודה בדבר קשר לוגי והכרחי בין ליברליזם לבין דמוקרטיה.<sup>53</sup> זוהי הנחת עבודה בעייתית עבור חברה דמוקרטית פלורליסטית, שאמורה להכיר בכך שלא כל האזרחים הם ליברלים, וחלקם מחזיק בסולם ערכים שמרני ולא ליברלי.<sup>54</sup> נוסף על כך, המחקר ההשוואתי מלמד שצדדים פוליטיים "מפסידים" (הצד הבלתי מסופק מהתוצאות הפוליטיות של ההכרעות המשפטיות) במדינות דמוקרטיות רבות (כמו הדמוקרטים בארצות הברית לאחר ההשתלטות השמרנית על בית המשפט העליון האמריקאי והמפלגה השמרנית בבריטניה לאחר פסקי הדין של בית המשפט העליון הבריטי בעניין הברקזיט) משתמשים בכלים של החלשה או השתלטות.<sup>55</sup> במילים אחרות, בעוד שלכאורה בהונגריה ובפולין אירע תהליך של "ריקבון דמוקרטי", בארצות הברית ובבריטניה לא אירע תהליך כזה על אף השימוש בכלים של השתלטות. ניתן לטעון שממשלת ישראל פעלה כפי שהצד המפסיד פועל בבריטניה ובארצות הברית – שתי המדינות עם ההיסטוריה הדמוקרטית הרצופה הארוכה ביותר מבין כל מדינות העולם.

<sup>49</sup> לסקירת ההצעות ולהערכתן ראו משה כהן-אליה ועידו פורת "ניו דיל למערכת המשפט" **ICON-S-IL Blog** (2.12.2022) <https://katzr.net/0ae7cd>.

<sup>50</sup> ראו כדוגמה "הסכם קואליציוני ליצירת ממשלה לאומית" **הכנסת** פרק דת ומדינה וזהות יהודית (28.12.2022) <https://main.knesset.gov.il/mk/government/Documents/CA37-RZ.pdf>, לשאר ההסכמים הקואליציוניים, ראו <https://main.knesset.gov.il/mk/government/pages/coalitionagreements.aspx>.

<sup>51</sup> Kim Lane Scheppele, *Autocratic Legalism*, 85 U. CHI. L. REV. 545 (2018); TOM DALY, DEMOCRATIC DECAY: CONCEPTUALISING AN EMERGING RESEARCH FIELD (2019); Aziz Huq & Tom Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65 UCLA L. REV. 78 (2018).

<sup>52</sup> JAN-WERNER MÜLLER, WHAT IS POPULISM? (2016); BENJAMIN MOFFITT, THE GLOBAL RISE OF POPULISM (2016); Nadia Urbinati, *Democracy and Populism*, 5 CONSTELLATIONS 110 (1998); David Landau, *Populist Constitutions*, 85 U. CHI. L. REV. 521 (2018); STEPHEN LEVITSKY & DANIEL ZIBLATT, HOW DEMOCRACIES DIE: WHAT HISTORY REVEALS ABOUT OUR FUTURE (2018); Aziz Huq, Tom Ginsburg & Mila Versteeg, *The Coming Demise of Liberal Constitutionalism?* 85 U. CHI. L. REV. 239 (2018) חלקלקים ונקיניקי סלמי: מספר נקודות על יחס בין פעולות ספציפיות לבין מהלכים כלליים יותר, בענייני המהפכה המשטרית, ובכללי" **ICON-S-IL Blog** (27.8.2023) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2023/08/27/270823>.

<sup>53</sup> "הדמוקרטיה הליברלית בישראל: הערכת מצב" **ICON-S-IL Blog** (8.6.2017) <https://katzr.net/d38670> (8.6.2017); Jan-Werner Müller, *The Problem with Illiberal Democracy*, SOCIAL EUROPE (2016) בישראל ראו ברק מדינה "סימפוזיון בנושא פסקת ההתגברות – חלק א': הכנסת אינה מוסמכת להגביל את בג"ץ" **ICON-S-IL Blog** (5.12.2022) <https://katzr.net/114146>. ("סמכות הכנסת מוגבלת מכוח החובה לכבד עקרונות יסוד של דמוקרטיה ליברלית"). ראו גם ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" **עיוני משפט** מד 5 (2021).

<sup>54</sup> ניסים מזרחי "הסוציולוגיה בישראל לאן? מסוציולוגיה של חשד לסוציולוגיה של משמעות" **מגמות** נא(2) 69 (2017).  
<sup>55</sup> Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Court Partisanship and Political Polarization: A Comparative Perspective* 16 (unpublished manuscript) (on file with authors).

חוקרים במשפט חוקתי השוואתי חוזרים ומזהירים מפני הטעות המתודולוגית של העברת "רעיונות חוקתיים" או "שתלים חוקתיים" ממדינה למדינה מבלי לבחון את ההקשר התרבותי השונה של המדינות.<sup>56</sup> יש להיזהר מהסקת מסקנות ממה שהתרחש בהונגריה או בפולין לגבי מה שצפוי לקרות בישראל, וזאת משני טעמים. ראשית, אפשר לחלוק על המידה שבה התקיימה שחיקה דמוקרטית בפולין, שכן למרות המחלוקת על ערכים וההשתלטות על בית המשפט החוקתי שם, הבחירות התקיימו באופן תקין, ולאחרונה חל שינוי שלטוני וממשלת הימין שהייתה מזוהה עם "ההשתלטות החוקתית" הפסידה בבחירות 2023 ותחתיה הוקמה ממשלה ליברלית פרו-אירופית.<sup>57</sup> שנית, בהונגריה ובפולין לא התקיימה דמוקרטיה עד לקריסת הגוש הקומוניסטי בסוף שנות השמונים. לעומת זאת, מדינת ישראל הייתה דמוקרטיה מיום הקמתה, ואפילו המוסדות הקדם-מדינתיים היו דמוקרטיים והושפעו רבות מהדמוקרטיה הבריטית.<sup>58</sup>

### ג. עילת הסבירות כמקרה מבחן

מנקודת ראות של חוקרים בתחום המשפט החוקתי ההשוואתי, ההחלטה לקדם דווקא את התיקון בעניין עילת הסבירות עשויה במבט ראשון להיתפס כמפתיעה, לנוכח שוליות השימוש בעילה זו בבתי משפט בעולם. כדי להסביר מדוע עילת הסבירות עמדה במוקד המשבר החוקתי, ראשית, אמקם אותה בהקשר סוציולוגי ואטען שהיא שימשה ככלי פיקוח עבור קבוצה סוציולוגית אחת לשם שמירה על ערכיה ועל האינטרסים שלה, באופן שלא בהכרח תואם את ההבנה ואת הצרכים של הקבוצות הסוציולוגיות האחרות במדינה. שנית, אטען שעילת הסבירות היא אחד ההיבטים המובהקים ביותר של תרבות ההצדקה, ולכן יש לראות בניסיון לצמצם את עילת הסבירות כניסיון לתקוף ביטוי טבוע בתרבות זו.

#### 1.1 הסוציולוגיה של עילת הסבירות

עילת הסבירות שכבה כאבן שאין לה הופכין במשפט המינהלי בישראל עד לשנות השמונים. עילה זו מבוססת על הלכת *Wednesbury* הבריטית המפורסמת, שהיא למעשה מה שנהוג היה לכנות "חוסר סבירות קיצונית" או "מופרכות", שנעשה בה שימוש נדיר מאוד במשפט המקובל.<sup>59</sup> בפרשת **דפי זהב** הרחיב השופט ברק את המשמעות של ההלכה הזו באופן שהופך אותה בהדרגה למה שהשופט סולברג כינה "סבירות איזונית", כלומר, מבחן שבו השופט בוחן את טיב האיזון בין השיקולים והתכליות שעורכים מקבלי ההחלטות.<sup>60</sup> היקפי השימוש בעילת הסבירות בישראל הם חריגים בהשוואה לכל מדינה אחרת בעולם.<sup>61</sup> במאמר מכוון משנת 1994 הסביר רונן שמיר את המשמעות הסוציולוגית של התרחבות שיח הסבירות בעידן ברק, והעלה שתי טענות מרכזיות: ראשית, ביסוד עילת הסבירות נמצאת פוליטיקת הסבירות, שאותה הוא מגדיר כ"מניפולציה דיסקורסיבית שעניינה פיתוח שיח הדובר בשם של אמיתות

<sup>56</sup> Pierre Legrand, *European Legal Systems Are Not Converging*, 45 INT'L & COMP. L.Q. 52, 55–60 (1996); Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 YALE L. J. 1225, 1300 (1999); Mark Tushnet, *Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 67, 81 (Sujit Choudhry ed., 2006).

<sup>57</sup> עופר אדרת "הפרלמנט בפולין בחר בדונלד טוסק הפרו-אירופי להרכיב את הממשלה החדשה" **הארץ** (11.12.2023) <https://www.haaretz.co.il/news/world/europe/2023-12-11/ty-article/.premium/0000018c-5a15-d6bd-a1ad-7bd720b60000>

<sup>58</sup> לפי מדד הדמוקרטיה של האקונומיסט, ישראל ממוקמת גבוה יותר במידת הדמוקרטיה שלה, אף בהשוואה לארצות הברית (ישראל ממוקמת במקום 29 בעולם עם ציון 7.93 וארצות הברית במקום ה-30 עם ציון 7.85). ראו EIU Report: Democracy Index 2022 <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2022>

<sup>59</sup> *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*, 1 KB 223 (1948).

<sup>60</sup> בג"ץ 389/90 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421 (1980); לסקירה ראו סולברג, לעיל ה"ש 37.

<sup>61</sup> סולברג, שם, בעמ' 47. עילת היעדר סבירות קיימת במשפט האנגלו-אמריקאי, ונעשה בה שימוש נדיר בעולם. כפי שיווהר בהמשך, במשפט המקובל נוהג מבחן *Wednesbury*, שמדבר על אי-סבירות כמופרכות, ובארצות הברית נוהג המבחן האוסר על התנהלות שרירותית וגחמנית, שמזכיר את מבחן הסבירות כמופרכות. ראו לדוגמה *Arbitrary and capricious City of Livingston v. Park Conserv. Dist.*, 234 MT 2013, 10, 371 Mont. 303, 307 P.3d 317 (Mont.2013).

וערכים אוניברסליים ותובע לנשאו את הפריבילגיות שמתבקשות מכך: סמכות, אמון יוקרה וכוח.<sup>62</sup> שמיר קושר לשוניית בין מושג הסבירות באנגלית (reasonableness) לבין מושג התבונה Reason (באות תחילית גדולה) של הנאורות במאה השבע-עשרה. רעיונות הנאורות בנויים על הנגדה בינארית בין "המואר" לבין "החשוך", בין ציבור מודרני, משכיל בן תרבות, לבין הדתי, הלא רציונלי, המיסטי, הלא אירופי.<sup>63</sup> שנית, לטענתו, נעשה שימוש אינסטרומנטלי בעילת הסבירות כמכשיר שליטה וניהול.

כדי להבין את הפונקציה הסוציולוגית ש"הסבירות" ממלאת, שמיר ממקם אותה בצורך הפוליטי של מעמד סוציולוגי חדש שצמח ברחבי העולם במחצית השנייה של המאה העשרים שאותו הוא מכנה: "הבורגנות המנדרינית". לטענתו, דרך הסבירות מעוגנות נורמות חברתיות שמזוהות עם מעמד חברתי חדש, שכוחו לא נובע משליטתו הפוליטית על עמדות מפתח או מבעלות על קניין פרטי, אלא מבעלות על הון סימבולי, שמבוסס על השכלה, ידע מקצועי שנרכש במוסדות להשכלה גבוהה. המעמד הפרופסיונלי החדש הזה תובע לעצמו עוד ועוד סמכויות מתוקף הידע המקצועי שלו, ומשתלט על תחומי פעילות נרחבים יותר. חברי המעמד דוגלים לרוב בכלכלה חופשית ובארגון השוק כמערך מורכב משדות מומחיות יישומיים – מנהל עסקים, יועצים ארגוניים, וכו'. המעמד הזה מקפיד על האוטונומיה המקצועית ומקיים זיקה סימבולית לערכי הדמוקרטיה הליברליות במערב.<sup>64</sup>

זירה מובהקת שבה נעשה שימוש ב"היגיון המנדריני" היא הזירה המשפטית. מהיגיון זה עולה שיש להעביר כוח הכרעה בשאלות חברתיות למשפטנים מומחים. ככל שרווחה בקרב אוכלוסיות מסוימות, ובכלל זה בקרב השופטים, התחושה שאי-אפשר לסמוך על שיקול הדעת של מקבלי ההחלטות "מהצד השני", ככל שיש סיבה לחשוד במניעים שביסוד מינויים לתפקידי מפתח מקצועיים ואפילו פוליטיים, כך נעשה שימוש הולך ומתגבר בעילת הסבירות ככלי להפקיע כוח הכרעה מהזירה הייצוגית והעברתו לזירה "מקצועית", שבה יש לשופטים מומחיות שנסמכת על הכוח הכופה של המדינה. הירשל קושר בין המאפיינים הפרופסיונליים של הבורגנות המנדרינית לבין מה שקימרלינג כינה אחוס"לים או מה שאחרים מכנים "האשכנזים החילוניים". לטענתו, אליטה פוליטית זו, שהיא בירידה דמוגרפית ואיבדה את שליטתה בזירה הפוליטית, פעלה ביחד עם האליטות הכלכליות הנאו-ליברליות ועם האליטה המשפטית בהעצמת כוחו של בית המשפט העליון.<sup>65</sup>

בפרשת **רסלר** הציע השופט ברק שמפעל הסבירות יופעל כסוג של נורמת-על כללית, שבמסגרתה השופטים מפקחים על כל אחת מהפעולות האנושיות.<sup>66</sup> כשכך מבינים את התפקיד שמילאה עילת הסבירות במשפט הישראלי בעשורים האחרונים, נקל להבין מדוע היישום של הרפורמה המשפטית החל דווקא בה.

## 2. האפיסטמולוגיה של עילת הסבירות: תרבות ההצדקה

המשמעויות הסוציולוגיות של עילת הסבירות ככלי שליטה תחת כסות הלגיטימציה של דוקטרינה משפטית, מתחברות להנחות אפיסטמיות לגבי היכולות של הפורום המשפטי להגיע להכרעות נכונות בעניינים של

<sup>62</sup> שמיר "הפוליטיקה של הסבירות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 7. ראו גם רונן שמיר "חברה, יהדות ופנדמנטליזם דמוקרטי: על מקורותיה החברתיים של הפרשנות השיפוטית" **עיוני משפט** יט(3) 699 (1994); מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" **תיאוריה וביקורת** 5, 25 (1994); ניסים מזרחי "מעבר לגן ולגיונגל: על גבולותיו החברתיים של שיח זכויות-האדם בישראל" **מעשי משפט** ד 51 (2011).

<sup>63</sup> שמיר "הפוליטיקה של הסבירות", שם, בעמ' 13.  
<sup>64</sup> שם, בעמ' 18-19. ("אימוצו והפעלתו של מבחן הסבירות המקצועית על-ידי בית-המשפט יכולים להתפרש כמייצגים ניסיון של חוגים חברתיים מסוימים, המאמינים במומחיות ובידע, לגייס את יכולת הפיקוח וההתערבות של בית-המשפט למאמץ להשלטת נורמות של מומחיות וידע על רשויות המנהל. עם זאת, אני סבור כי ניתן לאתר בדפוסי הפעולה של בית-המשפט העליון בשנות ה-80 וה-90 גם לא מעט יסודות החותרים תחת ערכיו של המעמד החברתי של 'הבורגנות המנדרינית'"). לתמיכה חלקית ראו מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה", לעיל ה"ש 62, דיון בסמוך להפניה לעיל ה"ש 17.

<sup>65</sup> Hirschl, לעיל ה"ש 2, בעמ' 51; ראו גם Mark A. Graber, *From the Countermajoritarian Difficulty to Juristocracy*, 65 MD. L. REV. 1 (2006); Gordon Silverstein, *Sequencing the and the Political Construction of Judicial Power*, 65 MD. L. REV. 1 (2006); *DNA of Comparative Constitutionalism: A Thought Experiment*, 65 MD. L. REV. 49 (2006).

<sup>66</sup> בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441, 480 (1988).

מדיניות. האמונה בהנחות אלה התערערה בעידן של קיטוב פוליטי פתולוגי. אמירה נבואית לכך אפשר למצוא באותו מאמר מכונן של שמיר:

העמימות שנלווית לשפת הסבירות, היקף הסוגיות הפוטנציאליות הניתנות לטיפול באמצעותה, והפשטה הגוברת של הידע המשפטי-מדעי המגויס לצורך המרת סוגיות חברתיות לשפת המומחיות האקסקלוסיבית, כל אלה עשויים למוסס בהדרגה את טענת העליונות התבונית של השופט ולחדד שרירותו של החיתוך החברתי, הכלכלי, האידיאולוגי והמשפטי. התוצאה הבלתי נמנעת של תהליך זה תהיה כרסום גובר בעמדתו הסמכותית של בית המשפט והבנה ציבורית מוגברת שבית המשפט אינו נהנה מעליונות תבונית כלשהי.<sup>67</sup>

התרחבות מפעל הביקורת השיפוטית, כשעילת הסבירות ממלאת בו תפקיד מרכזי, הובילה לתגובת נגד פוליטית רבת עוצמה מ"הצד המפסיד" כניסיון להחליש את הכוחות של בית המשפט העליון או להשתלט עליו.

כדי להבין את המשמעות של המאבק סביב צמצום עילת הסבירות צריך למקם אותה כביטוי טבוע של תרבות ההצדקה. תרבות ההצדקה מטילה חובה על המדינה להצדיק כל פעולה שמגבילה את חירותו של האדם. חלק מהותי מתרבות זו הוא הרחבה אינפלציונית של מושגי זכויות האדם כך שהן כוללות כמעט כל פעולה אנושית. ביטוי לכך אפשר היה למצוא בעתירת 38 ארגוני זכויות אדם כנגד התיקון בעניין הסבירות. לטענת הארגונים הללו, צמצום עילת הסבירות יפגע בהיקף ההגנה על זכויות האדם, מכיוון שעילה זו מספקת הגנה רחבה יותר מעילת המידתיות.<sup>68</sup> מעבר לעובדה שזו טענה מוקשית לוגית ומעגלית (אם המידתיות חלה על פגיעה בכל זכות, אז מדוע צריך להוסיף הגנה נוספת בדמות עילת הסבירות), היא מבטאת תפיסה מרחיבה מאוד לגבי מושגי זכויות האדם, באופן שמדלל את המשמעות של הזכות כמגבלה דאונטולוגית על תחשיב תועלתני פוליטי,<sup>69</sup> ומייצרת סוג חדש של זכות אדם – הזכות היסודית לכך שהמדינה תנהג בסבירות. במובן הסוציולוגי אפשר לתפוס את זכות האדם לסבירות כמנגנון "פיקוחי" (שמופעל בעיקר בתחום המיניויים), שבאמצעותה בית המשפט העליון, שהוא פרוקסי של קבוצה סוציולוגית מובחנת בישראל, שולט על כניסה של יחידים שמשתייכים לקבוצות שאינן מזוהות עם "הציבור הנאור" וערכיו, ציבור ששמיר מכנה: "המיסטי, הדתי, הלא רציונלי, והלא אירופאיי".<sup>70</sup>

במובן זה, המרכזיות של עילת הסבירות במשפט הציבורי הישראלי מבטאת תפיסה אופטימית בנוגע ליכולת האפיסטמית של שופטים. מעניין להנגיד את האמירה של השופט ג'קסון, שהוזכרה קודם, בנוגע לסופיות הדיון המשפטי,<sup>71</sup> אמירה שמבטאת צניעות אפיסטמית בנוגע ליכולת של שופטים לקבל החלטות נכונות – אל מול אמירתו המפורסמת של השופט ברק בפרשת **קלפי המיקוח**. באותה פרשה הזדהה ברק עם תפיסתו של נשיא בית המשפט העליון הראשון, השופט זמורה, שלפיה "אמת ויציב – אמת עדיף".<sup>72</sup> המחויבות ל"אמת" היא מרכזית בעיני ברק עד כדי כך שהוא עצמו היה מוכן לשנות את דעתו באופן מהותי מדיון לדיון, כפי שעשה בפרשת **קלפי המיקוח**. ובלשונו של ברק:

<sup>67</sup> שמיר "הפוליטיקה של הסבירות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 22.  
<sup>68</sup> עתירה לבג"ץ 6038/23 **האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' הכנסת** (8.8.2023), סעיף 6 ("העותרים יצביעו על כך שהחלטה שלוקה בחוסר סבירות קיצונית מהווה בפני עצמה פגיעה בזכות לכבוד האדם").  
<sup>69</sup> לטענה שהחוקה האמריקאית מהווה אילוץ דאונטולוגי על תחשיב תועלתני, ראו Robert C. Post, *Constitutional Law*, *Scholarship in the United States*, 7 INT'L J. CONST. L 416, 421-422 (2009).  
<sup>70</sup> שמיר "הפוליטיקה של הסבירות", לעיל ה"ש 3.  
<sup>71</sup> בעניין Brown, לעיל ה"ש 23. ("we are final because we are infallible, we are infallible because we are final").  
<sup>72</sup> ע"א 376/46 **רוזנבאום נ' רוזנבאום**, פ"ד ב 235, 253 (1949).

דברים אלה יפים הם לכל שופט ושופט, הנאבק עם עצמו, והבודק את פסיקתו שלו. בשעותינו הקשות, כאשר אנו בוחנים את עצמנו, כוכב הצפון אשר צריך להדריך אותנו הינו חשיפת האמת המובילה להגשמת הצדק בגדרי המשפט. אל לנו להתבצר בדעותינו הקודמות. עלינו להיות נכונים להודות בטעותנו.<sup>73</sup>

אף שבמבט ראשון אמירה כזו נראית כמבטאת צניעות אפיסטמית, כלומר הכרה ביכולת של שופטים לטעות, הרי שבמובנים מסוימים – ובהנגדה לאמירתו של ג'קסון – אפשר לראות באמירה זו של ברק ביטוי לגישה שמבטאת סוג של יוהרה אפיסטמית, ואמונה עמוקה ביכולת של השופט לקבל החלטות נכונות בהתאם לנסיבות. הסבירות והמידתיות הן כלים קריטיים כדי לאפשר לשופט "לתקן טעויות" או "לשנות את דעתו", שכן כסטנדרטים הם מאפשרים את הגמישות הנדרשת לכך, בניגוד לכללים נוקשים, שכובלים את שיקול הדעת ומבטאים צניעות אפיסטמית בנוגע לאפשרות של השופטים להכריע נכון.<sup>74</sup>

הסבירות היא אם כן ביטוי יסודי של תרבות ההצדקה, וכפי שכינה זאת מאוטנר, היא לא פחות מ"נורמת-על" במשפט הציבורי הישראלי.<sup>75</sup> עילת "הסבירות האיזונית" בגרסתה הישראלית חלה על כל פעולה שלטונית ומעניקה לבית המשפט את המילה האחרונה בהכרעה בנוגע לטיבה של כל החלטה שלטונית. כדי שעילות "הפיקוח" האלה תוכלנה להיות אפקטיביות הן צריכות להיות מלוות בדילול מהותי של עילות סף, כמו הדרישה לזכות עמידה או לשפיטות. כך ניתן יהיה לפעול כדי למנוע את קיומם של "חורים שחורים" – תחומים שאינם נתונים לביקורת שיפוטית, שזו התכלית המרכזית של תרבות ההצדקה.<sup>76</sup> מכאן שיש לראות בניסיון לצמצם את עילת הסבירות כניסיון לערער את הנחות היסוד של תרבות ההצדקה, ומנגד את עמדת המתנגדים לצמצום כזה – כמי ששומרים על תרבות זו ופועלים במלוא העוצמה כדי למנוע היווצרותם של "חורים שחורים".

#### 4. Coda – סמכות ואחריות

מכיוון שפסיקת בג"ץ בעניין התיקון החוקתי לעילת הסבירות מהווה עליית מדרגה בהעברת הכוחות מהמוסדות הייצוגיים למוסדות לא ייצוגיים, מתעוררת שאלת יסוד בנוגע לקשר שבין סמכות לבין אחריות בעידן של תרבות ההצדקה. אחריותו של שופט (judicial accountability) היא מערכת של מנגנונים שתכליתה לגרום לשופטים ולבתי משפט באופן אישי או מוסדי להיות אחראים להתנהגותם וכן לפסיקתם ככל שהיא מנוגדת לסטנדרטים חוקתיים או משפטיים.<sup>77</sup> ואולם, ככל שנשיאה באחריות על פסיקתם ודרכי הנמקתם של שופטים עומדת על הפרק, עיקרון זה נמצא במתח מול עקרון העצמאות השיפוטית, ולכן הנשיאה באחריות של שופטים במקרים כאלה נתונה כלפי ערכאות הערעור בתוך מערכת המשפט, ולא כלפי הדרג הפוליטי. מנגנוני אחריות נוספים, כמו נציבות הקבילות כנגד שופטים, עוסקים בהיבטים אתיים או משמעתיים של התנהלות השופטים, ולא בתוכן פסיקתם ובדרכי הנמקתם.<sup>78</sup> לפיכך,

<sup>73</sup> דני"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, פס' 22 (2000).  
<sup>74</sup> Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *The Double Effect of Rules and Standards: On Graham, Minimalism and Judicial Control*, 26 CAN. J. L. & JURIS. 283 (2012).

<sup>75</sup> מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה", לעיל ה"ש 62, בעמ' 25. מאוטנר טוען שבפרשת רסלר ברק תפס את מבחן הסבירות כ"נורמת-על משפטית", שבאמצעותה יפעיל בית המשפט פיקוח משפטי על כל תחומי הפעילות האנושית.

<sup>76</sup> AHARON BARAK, A JUDGE IN A DEMOCRACY 194, 298 (2006) (טוען כנגד "חורים שחורים" – אזורים ללא ביקורת שיפוטית).

Emilio Meyer & Thomas Bustamante, *Judicial Accountability*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 45-46 (Rainer Grote et al. eds., 2021).

<sup>78</sup> שמעון שטרית "האחריות על מינהל בתי המשפט" משפטים יג 516 (1984); טובה שטרסברג-כהן ומורן סבוראי "מנגנוני ביקורת על הרשות השופטת: המקרה של נציבות תלונות הציבור על שופטים – סקירה השוואתית" המשפט יג 427 (2008).

ולנוכח מרכזיות עקרון העצמאות השיפוטית, מנגנוני האחריותיות במדינה דמוקרטית ביחס לשופטים מתמקדים בדרכי מינוים וכן בקביעת מגבלות כהונה ובתחימת סמכויותיהם בחוקה.<sup>79</sup>

עיקרון מנחה שעולה מתוך סקירת המשפט ההשוואתי בסוגיית מנגנוני הנשיאה באחריותיות הוא שככל שנתונה בידי מערכת המשפט סמכות רבה יותר להכריע בסוגיות פוליטיות, כך גוברת ההצדקה לכך שבחירת שופטים תתבצע באמצעות נציגי העם. בארצות הברית מודל הבחירה בשופטים הוא פוליטי באופן מובהק.<sup>80</sup> כך, שופט לעליון ממונה שם על ידי נשיא ארצות הברית, באישור הסנאט. במדינות הקונטיננטל ישנה הפרדה בין בחירת שופטים בתחומים מקצועיים לבין בחירת שופטים לבית המשפט החוקתי, הפרדה שהיא בעלת מאפיינים פוליטיים מובהקים. בגרמניה, למשל, בחירת שופטים לבית המשפט החוקתי נעשית ברוב של שני שלישים בבונדסטאג הגרמני, וכך ישנה קציבה של תקופת הכהונה.<sup>81</sup> מכיוון שלבתי המשפט החוקתיים באירופה מסורה הסמכות המפורשת לאכוף את החוקה ואת ערכיה, יש צורך שהשופטים יישאו אחריות בפני העם בשלב בחירתם; נוסף על כך, קציבת תקופת הכהונה מאפשרת להרכב בית המשפט העליון לשקף את התפיסות הערכיות המשתנות באותה מדינה.<sup>82</sup>

ישראל היא חלק ממשפחת מדינות המשפט המקובל, שבהן באופן מסורתי בחירת שופטים היא בעלת אופי מקצועי יותר. כך, אף שהלורד צ'נסלור – קרי, שר המשפטים – הוא הממנה פורמלית את השופטים, בפועל הוא מקבל את המלצות הוועדות המקצועיות המייעצות לו. בישראל יש רוב לדרג המקצועי בוועדה לבחירת שופטים, והחל משנת 2008 נדרשת הסכמה דה-פקטו בין נציגי הקואליציה לבין השופטים בוועדה לצורך בחירת שופטים לבית המשפט העליון.<sup>83</sup> ואכן, בחירת השופטים נושאת אופי מקצועי יותר במדינות המשפט המקובל, כי העיסוק של שופטים בשאלות פוליטיות באותן מדינות מוגבל בשני מובנים: ראשית, בתי המשפט באותן מדינות אינם עוסקים בשאלות של מדיניות או סבירותן המהותית של החלטות של דרכי המינהל השונות. שנית, בשיטת המשפט הבריטית (שיטת הווסטמינסטר) לא נהוגה ביקורת שיפוטית מהותית על תוכנו של חוק של הפרלמנט.<sup>84</sup>

פסיקת בית המשפט העליון בעניין הסבירות מלמדת על מידת מעורבותם של השופטים בשאלות של ערכים ומדיניות, בעוצמה שלא קיימת במדינה אחרת בשיטת המשפט המקובל, וזאת ללא הסמכה מפורשת לכך מצד נבחר הציבור. הפסיקה מערערת אם כן עוד יותר את המשווה הדמוקרטית שקושרת סמכות פוליטית עם מנגנוני נשיאה באחריות שמקובלים בעולם (בחירת שופטים באמצעות נבחר העם, וקציבת תקופות כהונתם), שכן יש פער משמעותי בין הכוחות הפוליטיים לבין מידת הנשיאה באחריותיות בשיטה שבה בחירת שופטים נעשית על בסיס שיקול של מקצוענות בלבד. לפני כשני עשורים כינה פרופ' יואב דותן את מצב הדברים הקיים בישראל בעקבות המהפכה החוקתית והרחבת הביקורת השיפוטית: "תת-אחריותיות דמוקרטית בפעולתם של גורמי הביקורת השיפוטית".<sup>85</sup>

תת-אחריותיות כזו נגרמת כאשר קובעי המדיניות מודרכים פחות על ידי השאלה מה המדיניות הטובה ביותר לפי שיקול דעתם העצמאי ויותר על ידי השאלה "מה יעבור את מבחן בג"ץ", וזאת בעידן שבו המדינה נדרשת להצדיק כל פעילות שלה במונחי סבירות איזונית בפני בית המשפט. תת-אחריותיות כזו יכולה גם להתקיים כאשר בית המשפט דוחה עתירות ואיננו מתערב, זאת לנוכח ההשלכות הרחבות של

<sup>79</sup> יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריותיות – מבט השוואתי" **משפט וממשל** י' 489 (2007).  
<sup>80</sup> שם, בעמ' 506.

<sup>81</sup> לסקירה ראו *A Lack of Democracy*, 31 RITSUMEIKAN L. REV. 153 (2014).  
<sup>82</sup> Noram Eisen & Sasha Matsuki, *Terms Limits: A Way to Tackle the Supreme Court's Crisis of Legitimacy*,  
BROOKINGS (Sept. 26, 2022), <https://www.brookings.edu/articles/term-limits-a-way-to-tackle-the-supreme-courts-crisis-of-legitimacy/>.

<sup>83</sup> חוק בתי המשפט (תיקון מס' 55), התשס"ח-2008.  
<sup>84</sup> דותן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 506.

<sup>85</sup> שם, בעמ' 495 (קיימת סכנה אינהרנטית של תת-אחריותיות דמוקרטית בפעולתם של גורמי הביקורת השיפוטית).

תרבות ההצדקה, שמשפיעה על מקבלי החלטות אקס-אנטה, במיוחד כשאלה מוקפים בפרקליטים וביועצים משפטיים המדברים בשפה המשפטית שמכתיב בית המשפט.<sup>86</sup> ביטוי לתפיסה כזו אפשר למצוא בדברי הנשיאה חיות בפקס הדין בעניין הסבירות. חיות נדרשת להתמודד עם העובדה שבג"ץ בסך הכול התערב (באופן מלא או חלקי) ב-44 מקרים בעשור האחרון בעילה של חוסר סבירות, ורק 16 מקרים נגעו לממשלה או לשרים (שאת תחולת עילת הסבירות עליהם החוק צמצם). הנשיאה חיות מסבירה שהמשמעות של עילת הסבירות היא רחבה הרבה יותר ממספר המקרים המועט יחסית שבהם בית המשפט התערב. ובלשונה:

לא ניתן לאמוד את חשיבותה והשפעתה של עילת הסבירות רק על פי בחינה של המקרים שהגיעו לפתחו של בית המשפט. [...] חרף העובדה שהחובה לפעול בסבירות עודנה מוטלת על הדרג הנבחר, שלילת האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על סבירות החלטות הממשלה ושריה נושאת השלכות ישירות וחמורות על שלבי עיצוב וגיבוש ההחלטות.<sup>87</sup>

אם וככל שהחברה הישראלית סבורה שיש הצדקה להעניק כוחות פוליטיים לבית המשפט העליון, הדבר צריך לבוא בכפיפה אחת עם מנגנוני בחירת שופטים שמקובלים באותן מדינות שבהן קיים בית משפט חוקתי, קרי בחירת שופטים על ידי הדרג הפוליטי בהסכמה שבין הקואליציה לבין האופוזיציה.<sup>88</sup> מצב דברים שבו כוחות פוליטיים משמעותיים עוברים מהמוסדות הייצוגיים למוסד שנשלט על ידי הדרג המקצועי, ללא קביעת מנגנוני נשיאה באחריות כמו בחירת שופטים על ידי נציגי העם וקציבת תקופת כהונתם, הוא מצב בלתי יציב ובלתי רצוי במדינה דמוקרטית.

אסיים בדברים שכתבתי לפני למעלה מעשור כאות אזהרה מפני הרחבת הביקורת השיפוטית

והשפעתה של שאלת האחריות בישראל:

תוצאתה של תרבות ההצדקה עלולה להיות פגיעה בעקרון הנשיאה באחריות, שכן המצב התודעתי של מקבל החלטות בתרבות זו מתמקד יותר בשאלה איזו מדיניות תצלח את מבחן בג"ץ במקום בשאלה איזו מדיניות היא הטובה ביותר. המציאות גם מלמדת שבמקום לדרבן את מקבלי החלטות לשאת באחריות לתוצאות מדיניותם, אלה מגלגלים את האחריות לבית המשפט, אשר פסל או אישר מדיניות כזו. כך, מי שאינו מעוניין ב"חורים שחורים" עלול למצוא את עצמו בסופו של דבר דווקא בריק של אחריות.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> ראו יואב דותן "קדם בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת התדיינויות בבג"ץ" **משפט וממשל** 159 (2004). דותן ממחיש נקודה זו מתוך התייחסותו לפרקטיקה לא פורמלית שהייתה נוהגת בעבר במחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה, מוסד "הקדם-בג"ץ". במסגרת מוסד לא פורמלי זה עותרים היו פונים למחלקת הבג"צים כדי שתטפל בפנייתם תוך קיום הליך בדיקה "מעין שיפוטי". דותן מראה כיצד שחקנים חוזרים בבית המשפט העליון מעדיפים להשתמש בכלי של קדם-הבג"ץ, כי כך הם יכולים להשיג הישגים שלא בהכרח ישיגו בבג"ץ. לטענתו, פרקטיקה זו נוחה ורצויה מבחינת בית המשפט, גם משום שהיא מרחיבה את יכולתו להפעיל את השפעתו על הזירה הציבורית והפוליטית ולהנחיל את ערכיו, תוך חיסכון באמצעים והתגברות על מכשולים פרוצדורליים ומוסדיים, הפוגעים ביכולתו של בית המשפט לפעול בזירה הציבורית. קיומו של מוסד קדם-הבג"ץ הוא דוגמה טובה לחשיבות ולהשפעה שיש לפרקטיקות פנים-מינהליות בלתי-פורמליות על התפתחות המשפט בכלל, ועל המשפט הציבורי בישראל בפרט.

<sup>87</sup> בג"ץ 5658/23 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פסי' 173 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו) 1.1.2024.

<sup>88</sup> משה כהן-אליה "הצעה לשיקום האמון בבית המשפט העליון: מתווה שני השלישים" **ICON-S-IL Blog** (2.5.2023) <https://katzi.net/cdca88s>.

<sup>89</sup> כהן-אליה "המידתיות ותרבות ההצדקה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 335.

## סיכום

המאמר התקדם על שני צירים – ציר סוציולוגי וציר אפיסטמי-דוקטרינרי. הציר הסוציולוגי חשף את מאבקי הכוח על שליטה במדינה ובבית המשפט בין קבוצות חברתיות בחברה, ופיתח הסבר (בעקבות מאוטנר ואחרים), שלפיו העברת הכוחות מהמערכת הפוליטית אל המערכת המשפטית החל מתחילת שנות השמונים נועדה להגן על האינטרסים של הקבוצה האחוס"לית, שרואה את עצמה כמייסדת המדינה. הציר האפיסטמי התמקד בהיבטים הדוקטרינריים של פסיקת בית המשפט העליון כמבטאים את תרבות ההצדקה, קרי החובה של המדינה להצדיק כל פעולה שהיא עושה בפני בית המשפט העליון. תרבות ההצדקה היא הכסות הדוקטרינרית להצדקת שימור השליטה של הקבוצה האחוס"לית במדינת ישראל. פסיקת בית המשפט העליון בעניין הסבירות היא נקודת שיא בהרחבת תרבות ההצדקה במדינת ישראל, וככזו היא נועדה לשמר את כוח ההכרעה בידי הקבוצה האחוס"לית ההגמונית בפני ניסיון של קבוצות חברתיות אחרות שביקשו לאתגר את ההגמוניה הישנה. מהלך כזה מייצר "גירעון" חמור בתחום האחריותיות הדמוקרטית של בית המשפט העליון ששופטיו נבחרים על בסיס מקצועי ולא על בסיס פוליטי.