

ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות

על מניעת כוח מוחלט מרשויות

השלטון הפרדת רשויות משמעה חלוקת הכוח בין הרשויות לשם שמירה על חירות היחיד, לעיתים מתוך חפיפה ופיקוח הדדי,

גם בנושאים של חקיקה וביצוע. האם משמעה "חומה סינית" בין הרשויות כך שכל החלטה של בית המשפט שמתערבת בחקיקה או בהחלטת ממשלה היא פגיעה

בהפרדה זו?

עמיר פוקס | מרדכי קרמניצור

מחקר
מדיניות
133





המכון הישראלי
לדמוקרטיה

ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות

על מניעת כוח מוחלט
מרשויות השלטון

עמיר פוקס | מרדכי קרמניצר

מחקר מדיניות 133

נובמבר 2019

Distribution of Power, Not Separation of Branches:
Preventing the Concentration of Political Power in Israel

Amir Fuchs | Mordechai Kremnitzer

עריכת הטקסט: לידר ארצי, תמר שקד
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו תמר ברדיין
ביצוע גרפי: נדב שטכמן פולישוק
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב: 978-965-519-274-2

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרד או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2019
נדפס בישראל, תש"ף/2019

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602
טל': 02-5300888
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: www.idi.org.il/books
דוא"ל: orders@idi.org.il
טל': 02-5300800 ; פקס: 02-5300867

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי אי־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המובאים במחקר מדיניות זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

7	תקציר
11	מבוא
13	פרק 1. ההיסטוריה והתאוריה של מושג הפרדת הרשויות
13	ההוגים שקדמו למונטסקייה
14	"על רוח החוקים": מונטסקייה
21	פרשנות "הפדרליסט": קשיחה או גמישה?
	פרק 2. המתקפה על בית המשפט והשימוש ברטוריקה
25	של הפרדת רשויות
26	הצעות חוק שמשמשות במונח "הפרדת רשויות"
31	הצעות חוק שמבקשות לפגוע בסמכויות בית המשפט העליון ובעצמאותו
38	סיכום
40	פרק 3. מודלים של הפרדת רשויות או ביזור סמכויות: סקירה השוואתית
40	בריטניה
45	ארצות הברית
51	צרפת
58	גרמניה
63	בחינה רוחבית
66	סיכום
67	פרק 4. המודל הישראלי
67	שיטת הבחירות
68	שלוש הרשויות בישראל
75	היחסים בין הממשלה לכנסת
79	היחסים בין הממשלה ובין בית המשפט

83	יחסי הכנסת ובית המשפט
85	פגיעה בליבת הסמכות של הרשות
91	סיכום
93	פרק 5. פסיקת בית המשפט העליון הנוגעת לעקרון הפרדת הרשויות
98	פסיקת בית המשפט בעשור האחרון
101	ניתוח פסקי דין חדשים שעסקו לעומק בעקרון הפרדת הרשויות
109	סיכום
110	פרק 6. מקרה מבחן – התייחסות לתזכיר חוק־יסוד: החקיקה
111	שריון חוקי היסוד והליך תיקונם
113	מעמד חוקי היסוד וביקורת שיפוטית
114	פסקת ההתגברות
116	תפקידו של בית המשפט כמגן המיעוטים והחלשים בחברה
119	שלילת הביקורת החוקתית על חוקי היסוד
121	סיכום
123	פרק 7. סיכום והמלצות
124	סוגיית המינוח
126	יחמות החקיקה המבקשות לפגוע בבית המשפט העליון בשם "הפרדת הרשויות"
129	חיזוק דוקטרינת ביזור הסמכויות בישראל: חיזוק סמכויות הפיקוח של הכנסת וחיזוק עצמאות הרשות השופטת
131	נספח. פרקים מתוך "חוקה בהסכמה" שיכולים לשמש בסיס לחוק־יסוד: חקיקה ראוי

ת ק צ י ר

בשנים האחרונות אנו עדים לשימוש נרחב ברטוריקה של "הפרדת רשויות" שמטרתה להצדיק ביקורת על "אקטיביזם שיפוטי" או לנמק יוזמות למיניהן שמשמעותן פגיעה בעצמאות בית המשפט ובסמכויותיו.

ביקורת זו מסתמכת על פרשנות של דוקטרינת הפרדת הרשויות שלפיה מדובר ב"חומה סינית" – דהיינו הפרדה מוחלטת בין הרשויות. לפי גישה זו, בכל פעם שבית המשפט מתערב כביכול בחקיקה או בהחלטות מינהליות של הממשלה, הוא פוגע בעקרון הפרדת הרשויות, ומכאן הביקורת עליו. במחקר המובא כאן אנו מציגים בהרחבה שורה של הצעות חקיקה שנסמכות על הפרשנות של ההפרדה ה"קשיחה" לדוקטרינה, ובהן "פסקת ההתגברות" ותיקונים לחוקי־יסוד: השפיטה (מניעת ביקורת על החלטות מינהליות) ולשיטת בחירת השופטים.

באמצעות מקורות היסטוריים והשוואתיים אנו מציגים במחקר זה גישה שונה באופן מובהק של הדוקטרינה – שאינה ממוקדת ב"הפרדה" אלא מדברת על ביזור או חלוקת סמכויות ועל איזונים ובלמים. מצאנו שגם מנסחיה הראשונים של הדוקטרינה, ובראשם מונטסקייה, לא התכוונו מעולם להפרדה מוחלטת כזאת, אלא להפך. כל מהותה של הדוקטרינה היא חלוקת הכוח לשם שמירה על חירות היחיד, לעיתים מתוך חפיפה ופיקוח הדדי – גם בנושאים של חקיקה וביצוע. כך גם פורשה הדוקטרינה בצרפת, ובכך דגלו גם כותבי ה"פדרליסט" בארצות הברית. מנסחי החוקה האמריקאית, שבאופן יחסי גורסת הפרדה גדולה יותר בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת, הבינו גם הם היטב שאין מדובר בהפרדה מוחלטת, אלא בפיקוח וביזונים ובלמים, שמטרתם מניעת כוח מוחלט מרשות אחת.

המחקר סוקר את הדוקטרינה כפי שהיא משתקפת בישראל ומוצא כי במובהק מונהגת בה גישה "גמישה", שאינה מפרידה באופן חד בין הרשויות. הדוגמאות

הברורות ביותר לכך הן העובדה שרוב חברי הממשלה הם למעשה חברי כנסת, ולממשלה יש רוב קבוע בכנסת, ושבממשלה פועלת "ועדת שרים לחקיקה" החולשת על רוב החקיקה בכנסת. נוסף על כך, גם בהיבטים רבים אחרים יש חפיפת סמכויות ופיקוח הדדי בין הרשויות. בדיקה של היחסים בין הרשויות העלתה כי הכנסת חלשה מאוד באופן מבני, מבחינת סמכויות הפיקוח שלה על הממשלה. כך גם נסקרו יחסי הרשות השופטת עם הרשויות האחרות ונמצא כי סמכויות הפיקוח שלה, שהיו מקובלות עוד מיום הקמת המדינה, התחזקו בשנות השמונים והתשעים, בין השאר בעקבות החקיקה בכנסת בשנת 1992 של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי יסוד: חופש העיסוק.

במחקר המשווה ניתחנו במפורט ארבע שיטות דמוקרטיות בארבע מדינות: ארצות הברית, גרמניה, צרפת ובריטניה. בכל המדינות נמצאו גישות שונות באשר למידת הגמישות בחלוקת הסמכויות וברכיב ההפרדה, אך בשום מדינה לא נהוגה שיטה הקרובה אפילו לזו המוצעת על פי גישת ה"חומה הסינית". בכולן נהוגים רכיבים שונים של פיקוח על כוחו של הרוב הפוליטי. מעבר לכך, בדיקה של המצב במדינות אלו, ובדיקה רוחבית של מדינות נוספות, מדגישה את השוני בין רוב מדינות העולם לבין המצב בישראל: במדינות אחרות נקבעו איזונים ובלמים אחרים בין הרשויות – כגון עצם קיומה של חוקה קשיחה, וטו נשיאותי על חקיקה, פרלמנט המחולק לשני בתים, שיטת בחירות אזורית, כפיפות לבתי דין בינלאומיים – ואילו בישראל המוסד האפקטיבי היחיד המקיים ביקורת חוקתית ומינהלית על הרשות המחוקקת והמבצעת הוא בית המשפט העליון. על רקע זה, מתחדד עוד יותר הניסיון לפגוע ב"כבשת הרש" הזאת בישראל. יתרה מזו, בישראל ניתן בקלות רבה לתקן את חוקי היסוד, שהם המקבילה לחוקה, ומכאן שממילא ההגנה על זכויות המיעוט בישראל והריסון של כוח הרוב – חלשים מאוד. מתן כוח נוסף בדמות "פסקת התגברות" או שלילת כוחו של בג"ץ עלול להביא את ישראל למצב של שלטון רוב בלתי מוגבל לחלוטין.

במחקר ניתחנו גם את פסיקת בית המשפט העליון העוסקת בדוקטרינה. בדומה למחקרים קודמים, מצאנו כי ישנם מקרים לא מעטים שבהם בית המשפט העליון עושה שימוש ברטוריקת ה"הפרדה", בעיקר כאמצעי רטורי לדחיית עתירות. לדעתנו, הרטוריקה של "הפרדה" יכולה להתאים במקרים מסוימים, בעיקר כאשר העתירה מזמינה את בית המשפט להיכנס לליבת הסמכות של רשות אחרת – כגון הבקשה להורות לכנסת לחוקק חוק ספציפי.

עם זאת, נציין כי בפסקי הדין בשנים האחרונות שהתייחסו באופן עמוק לדוקטרינה, השימוש בה הוא דווקא לשם **קבלת** העתירה, אגב שימוש בגישה הגמישה שלה. בעיקר מדובר בפסקי הדין העוסקים בחוק מס דירה שלישית (בג"ץ **קוטינסקי**), בפסק הדין בנוגע למתווה הגז (בג"ץ **התנועה למען איכות השלטון**) ובפסק הדין העוסק בשאלת התקציב הדרושנתי (בג"ץ **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**). בפסקי דין אלה הייתה דעת הרוב בבית המשפט **שדוקטרינת הפרדת הרשויות והאיזונים והבלמים** דווקא מחייבים את התערבות בית המשפט – בעיקר לשם הגנה על הרשות המחוקקת מפני התערבות קיצונית ודורסנית של הרשות המבצעת בחקיקה.

מסקנות והמלצות

(1) אנו סבורים שלמילים יש כוח וחשיבות. על כן אנו ממליצים להוסיף למינוח "הפרדת רשויות" את המונחים "ביזור סמכויות" או "איזונים ובלמים", אשר משקפים באופן נכון יותר את הדוקטרינה ואת יישומה בפועל. אנו סבורים ששימוש בלעדי במונח המקורי מטעה ומניח את הפרשנות ה"קשיחה", הגורסת כי הפרדת הרשויות פירושה "חומה סינית" בין הרשויות.

(2) אנו מביעים התנגדות נחרצת לשורת ההצעות לפגיעה בעצמאותו של בית המשפט העליון: בין שבשיטת המינויים של שופטיו, בין שבאמצעות "פסקת ההתגברות" ובין שבפגיעה בסמכות הביקורת המינהלית של בית המשפט. מלבד הטיעונים האחרים נגד גל חקיקה זה, יש להתנגד לרטוריקה הגורסת שהצעות אלו יקדמו את "הפרדת הרשויות". המענה העיקרי לטענות אלו הוא שביזור הסמכויות והצורך באיזונים ובלמים אינם מکتיבים הפרדה מוחלטת בין הרשויות, אלא דווקא את קיומם של קשרים וגשרים בין הרשויות, פיקוח הדדי ובקרה שלהן זו על זו. הניסיון לפגוע בסמכויות הפיקוח או בעצמאותו של בית המשפט יפגע פגיעה קשה בעקרון ביזור הסמכויות, ובעיקר במטרה שלשמה הוא נוצר: לשמור על חירות האזרחים ולמנוע מהשלטון את האפשרות להשיג כוח מוחלט ועריץ. בישראל, כאמור, אמצעי הפיקוח והאיזונים מצומצמים מאוד בהשוואה למדינות אחרות, ומכאן שהפגיעה בבית המשפט חמורה במיוחד – דווקא מנקודת המבט של ביזור הסמכויות.

(3) חיזוק דוקטרינת ביזור הסמכויות בישראל. דרך ראויה להבטיח את סמכויותיו ואת עצמאותו של בית המשפט ולהסדיר באופן ברור את היחסים בין הרשות

השופטת לרשויות האחרות היא לעגן את כל אלה בחוקה פורמלית, המשוריינת ברוב מוצק ושנדרשת פרוצדורה מיוחדת ומורכבת כדי לערוך בה שינויים. ואולם כל עוד אין אפשרות פוליטית לכך, הדרך החלופית היא חוקי יסוד: חקיקה ראוי – כזה שמשריין את חוקי היסוד בישראל ברוב גדול ובהליך מיוחד לתיקונם, ואינו כולל הוראת התגברות עליהם. בנספח למחקר זה מובאת הצעה שלמה של חוק יסוד: חקיקה שיוכל להשיג מטרות אלה.

(4) חיזוק הפיקוח של הכנסת על הממשלה. כאמור, נקודת החולשה בביזור הסמכויות בישראל היא היעדר כלים אפקטיביים לפיקוח של הכנסת על הממשלה. אנו מצטרפים להמלצות של מחקרים קודמים של המכון הישראלי לדמוקרטיה המציגים אפשרויות לחיזוק התפקיד הפיקוחי של הכנסת: הגבלות על השימוש בכלי החקיקה הפרטית; הגדלה של מספר חברי הכנסת; שינוי מערך הוועדות כך שיהיה מקביל למשרדי הממשלה; ושיפור השימוש במרכז המחקר והמידע של הכנסת.

(5) חיזוק העצמאות של הרשות השופטת. כאמור, בשיטה הישראלית תפקיד בית המשפט הוא ייחודי וחשוב למערך האיזונים והבלמים וליכולת הפיקוח על הכנסת והממשלה. אנו ממליצים אפוא על האמצעים האלה לחיזוק הרשות השופטת כרשות עצמאית:

- הכרה חוקתית – בחוק יסוד – בכך שמערכת המשפט היא הרשות השופטת.
- מתן עצמאות לרשות השופטת לקבוע את סדרי הדין בבג"ץ, וכן מעורבות שלה בסדרי הדין בבתי המשפט האחרים.
- הגברת העצמאות התקציבית של מערכת המשפט.
- הפרדתם של עובדי המינהל השיפוטי מיתר עובדי נציבות שירות המדינה; הרשות השופטת תקבל לידיה את סמכויות הניהול של כוח האדם השיפוטי.
- שר המשפטים ייוועץ ברשות השופטת בכל הקשור להקמת בתי משפט ותחילת סמכויותיהם.

עקרון הפרדת הרשויות הוא מהעקרונות הדמוקרטיים שיש בעניינם קונצנזוס רחב מאוד, ובמידה מסוימת הוא מקובל עוד מימי העולם העתיק והשתמר והתפתח עד לימינו אנו.

עם זאת, את המונח "הפרדת רשויות" אפשר לפרש בכמה אופנים. לפי פרשנותו המילולית הקיצונית, בעיקר לפי המינוח העברי שהשתרש, דוקטרינת הפרדת הרשויות מחייבת "חומה סינית" בין הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת. דהיינו, על המחוקקים לחוקק, על הממשלה לבצע ועל השופטים לשפוט ("להכריע בסכסוכים"), הא ותו לא. ואולם, כפי שנראה במחקר זה, דוקטרינת הפרדת הרשויות (שנכון יותר היה לתרגמה לעברית "ביזור סמכויות" או "חלוקת סמכויות"), עוד במשמעותה המקורית כפי שנזכרה בכתביו של מונטסקייה ומפרשיו, מעולם לא גרסה הפרדה כזאת. עיקר העיקרים בדוקטרינה היה ועודנו האמצעי ולא המטרה: הגנה על חירות היחיד ומניעה של צבירת כוח מוחלט בידי רשויות השלטון. את זאת היא מבקשת להשיג באמצעות יצירת איזונים ובלמים בין הרשויות, כאשר כל רשות מתמחה בתחום אחד (חקיקה, ביצוע, שפיטה) שהיא מותאמת לו, אך כל אחת גם מפקחת, מאזנת ומעורבת בסמכויותיה של האחרות. דהיינו, ההפרדה בין הרשויות אינה קשיחה אלא גמישה, והעיקר הוא הפיקוח ההדדי ביניהן.

הרקע למחקר זה הוא השימוש הרב שנעשה בשנים האחרונות בדוקטרינת הפרדת הרשויות כדי לנמק פגיעה בסמכויותיו ובעצמאותו של בית המשפט העליון. מגמה זו באה לידי ביטוי גם בהצעות חקיקה, ובכללן הצעות לתיקון חוקי היסוד, וגם בהתבטאויות חריפות של נבחרי ציבור, שהנחת היסוד שלהן היא הפרשנות הקשיחה מאוד של "חומה סינית" בין הרשויות. הצעות אלו נועדו למעשה למנוע כל ביקורת אפקטיבית של בית המשפט על פעולות הממשלה והכנסת, ובכך להשיג את ההפך הגמור מהכוונה המקורית של עקרון ביזור הסמכויות – שמירה מפני כוח מוחלט. מחקר זה יתמקד בעיקר ביחסי הרשות השופטת והרשויות האחרות, שכן כאמור, המונח משמש לאחרונה בעיקר לנימוק הניסיונות לקעקע את סמכויותיו של בית המשפט.

בפרק 1 נסקור את ההיסטוריה והתאוריה של דוקטרינת הפרדת הרשויות, שעדיף לכנותה "חלוקת סמכויות" או "ביזור סמכויות". נציג את הפרשנות הגמישה שלה, אשר הוכח כי היא תואמת את כוונתו המקורית של מונטסקייה

ונתמכת על ידי הרוב המוחלט של פרשניו, ובהם כותבי "הפדרליסט", שנחשבים למי שהדגישו את היבט ההפרדה שבדוקטרינה. נבחן גם כותבים עדכניים בפילוסופיה של המשפט שחקרו את הדוקטרינה. בפרק 2 נציג את מה שהיה ה"טריגר" למחקר הזה: גל של חקיקה המלווה באמירות של פוליטיקאים שלפיהן עקרון הפרדת הרשויות מחייב את קיצוץ כנפיו של בית המשפט העליון, מתוך התפיסה הקשיחה של הדוקטרינה כפי שהוצגה לעיל. בפרק 3 נתאר מודלים של ביזור סמכויות המשמשים הלכה למעשה במדינות אחדות ונתמקד בעיקר ביחסי הגומלין והפיקוח בין הרשויות בכל מודל. בפרק 4 נדון במצב המשפטי בישראל, כפי שהוא משתקף הן מחוקי היסוד והן מדינים נוספים ומהפרקטיקה הנוהגת בישראל בפועל. בפרק 5 נבחן את הדוקטרינה כפי שהיא מופיעה בפסיקת בית המשפט העליון, וכן נציג מחקרים בנושא ונערוך ניתוח כמותי של אזכורי הדוקטרינה בבית המשפט בעשור האחרון. בפרק 6 נדון בהרחבה בתזכיר חוק יסוד: החקיקה כבמקרה מבחן וכספינת הדגל של יוזמות החקיקה נגד סמכויות בית המשפט בשנים האחרונות. בפרק 7 נסכם את הדברים ונביא המלצות.

ההיסטוריה והתאוריה של מושג הפרדת הרשויות

נהוג לייחס את המונח "הפרדת הרשויות" למונטסקייה ולחיבורו "על רוח החוקים", אף על פי שמונח זה אינו מוזכר שם כלל. עם זאת, למונטסקייה קדמו הוגים מדיניים שתיארו את הרציונלים להפרדה כזאת או הפרדה כלשהי בפועל. כבר בהגותו של אריסטו אפשר לזהות מרכיבים של הפרדה פונקציונלית, ובהגותם של תומס אקווינס, לוק ושפינוזה את רעיון כפיפותו של השליט לחוק ואת קיומה של אמנה חברתית היונקת את כוחה מהחברה כריבון.¹ נציין שהן מונטסקייה והן אחדים מקודמיו חיו במשטרים מלוכניים אבסולוטיים שבהם המלך הוא כול יכול, וכל מגבלה על כוחו הייתה למעשה חידוש.

ההוגים שקדמו למונטסקייה

דוגמה לכתיבה מן המאה ה־17 שהתומכים בהפרדת הרשויות יצאו נגדה היא "לויתן" של תומס הובס. הובס מתאר את "המצב המדיני", שנועד להבטיח את ביטחוננו של היחיד, ובו נמסר הכוח כולו לידי אדם אחד שנתונות לו גם הסמכויות לקבוע כללים ולאכוף אותם, לגייס צבא וגם להיות השופט במקרה של סכסוכים.² אחד הראשונים שהגדירו חלוקה "משולשת" של רשויות – מחוקקת, שופטת ומבצעת – היה ההוגה האנגלי ג'ורג' לוסון (Lawson).³ גם המלומד ג'ון לוק כתב על שלוש רשויות: מחוקקת, מבצעת ופדרטיבית. לוק כלל את הרשות השופטת בתוך הרשות המבצעת, ואילו הרשות הפדרטיבית, לפי כתביו, הייתה אמונה

1 לסקירה נרחבת ראו איתי הס הפרדת רשויות במדינת ישראל: לקראת המאה ה־21 31–41 (חיבור לשם תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2010) (להלן: הס, הפרדת רשויות).

2 תומס הובס לויתן (אהרון אמיר מתרגם, 2009).

3 GEORGE LAWSON, AN EXAMINATION OF THE POLITICAL PART OF MR. HOBBS HIS LEVIATHAN (1657)

על יחסי החוץ. חשיבות גדולה ייחס לוק בדבריו לביזור הסמכויות בידי אנשים שונים:

אם אותם האנשים עצמם שבידם הכוח לחוקק חוקים, יינתן בידם גם הכוח להוציאם לפועל; שהרי באורח זה יהיו פטורים מן המשמעת לחוקים שהם מחוקקים, ויתאימו את החוק, הן מבחינת ניסוחו הן מבחינת ביצועו, לתועלתם הפרטית, ומתוך כך יהא להם ענין נפרד משל שאר בני העדה, בניגוד לתכלית החברה והממשל.⁴

מכאן שתפיסתו של לוק את הפרדת הרשויות התבססה על רעיון שלטון החוק ועל כך שהשלטון מוחזק בנאמנות כלפי האזרחים. לוק מציג שיטה שהיא פרלמנטרית בעיקרה, ובה למחוקק ניתנת הבכורה,⁵ במובן זה שהוא הקובע את החוק, והרשות המבצעת אינה רשאית להתערב בהליך החקיקה. עם זאת, לוק ראה צורך באיזון בין הרשויות, ולכן לפי גישתו המלך – "הרשות העליונה" – מקבל סמכות וטו על חקיקה.⁶

"על רוח החוקים": מונטסקייה

אף שמונטסקייה לא השתמש מפורשות במונח "הפרדת רשויות", הוא נחשב לאבי הדוקטרינה, בעיקר בשל חיבורו "על רוח החוקים" שנכתב ב־1748. אומנם, כאמור לעיל, כבר לפניו נכתב על הצורך בחלוקה פונקציונלית של סמכויות בממשל, אולם חידושו של מונטסקייה היה בהמשגה ברורה של הדוקטרינה ובהסבר מפורט וברור של הרציונלים לה.

המשטר שמונטסקייה מציג מבוסס על חלוקה לשלוש רשויות: מחוקקת, מבצעת ושופטת (זו המוציאה לפועל את העניינים האזרחיים). עם זאת, מרכז הכובד של

4 ג'ון לוק על הממשל המדיני 109 (יוסף אור מחרגם, 1959).

5 שם, בעמ' 112.

6 שם, בעמ' 114.

משנתו הוא הניסוח הבהיר של הרציונל להפרדה ותיאור הסכנה הטמונה בהיעדר הפרדה: מונטסקייה מסביר כי הרציונל להפרדה הוא ההגנה על החירות ונטרול סכנת העריצות. חלק משמעותי מחיבורו של מונטסקייה מוקדש להבחנות בין סוגים שונים של ממשלים. המשטר העריץ (הדספוטי) מתואר כמשטר השליילי והמסוכן ביותר; לדבריו, "עקרו של הממשל הדספוטי הוא הפחד"⁷. הוא מתאר את השליט הדספוטי כאדם מפוחד, מסוגר, המתקשה לקיים גם את עקרונותיו שלו באופן הגיוני: "כאשר הפראים בלואיזיאנה חושקים בפרי, הם כורתים את גזע העץ ואוספים את הפרי. הרי לכם טיבו של משטר העריצות".

לפי מונטסקייה, אם אדם אחד יחזיק בשתיים מן הסמכויות יש סכנה שתתהווה עריצות. סכנה חריפה במיוחד של יצירת מוקד כוח מוחלט מתעוררת כאשר אותו אדם מחזיק בכל שלוש הסמכויות:

אבוד יאבד הכל אם אותו אדם אחד יחיד, או גוף אחד ויחיד – הנסיכים, האצולה או העם כולו, יפעיל לבדו את שלוש הסמכויות האלה: הסמכות לחוקק חוקים, הסמכות להוציא לפועל החלטות שהתקבלו בענייני הציבור והסמכות לשפוט מעשי פשע ולהכריע בסכסוכים בין פרטים.⁸

על הקשר הישיר לחירות אפשר ללמוד גם מאזכורה של חלוקת הסמכויות בין שלוש רשויות בפרק העוסק בחוקת אנגליה; בפרק הקודם לו, כשמונטסקייה מדבר על "יעדי המדינות", הוא מתאר את אנגליה כך: "יש בעולם גם אומה אחת שהיעד הישיר של מבנה המשטר שלה הוא החירות המדינית. נבחן כעת את העקרונות שעליהם היא מייסדת אותו"⁹. הוא מסביר גם כי הרפובליקה אינה בהכרח עדיפה מן המונרכיה מבחינת החירות. ברפובליקות של איטליה, מכיוון ששלוש הסמכויות מרוכזות ביד אחת – החירות בהן פחותה לעומת מונרכיות שבהן יש הפרדה בין הסמכויות.

7 שארל לואי דה סקונדה ברון דה מונטסקייה על רוח החוקים 95 (עידו בסוק מתרגם, קלוד קליין עורך, 1998) (להלן: מונטסקייה, על רוח החוקים).

8 שם, בעמ' 148.

9 שם, בעמ' 147.

מונטסקייה מבהיר בחיבורו כי די בכך שאדם אחד או גוף אחד יחזיק בשתי סמכויות במלואן (חקיקה ושפיטה, חקיקה וביצוע או שפיטה וביצוע)¹⁰ כדי לפגוע פגיעה קשה בחירות וליצור שרירותיות בממשל.

תיאור הרשויות אצל מונטסקייה

מונטסקייה מסביר את יתרונותיה של הדמוקרטיה הייצוגית על פני זו הישירה, כפי שהתקיימה בקרב הרפובליקות העתיקות: "לעם היתה זכות לקבל החלטות מעשיות, דהיינו החלטות הכרוכות בביצוע – דבר שהעם לחלוטין בלתי מוכשר לו. אין העם צריך להיות מעורב בממשל אלא לצורך בחירת נציגיו ועניין זה הוא בהחלט בתחום יכולתו".¹¹

הרשות המחוקקת שמונטסקייה מתאר מורכבת משני בתים: בית תחתון, שנבחר על ידי העם, ובית שמייצג את האצילים ונועד לפקח על הבית התחתון.¹² הרשות המחוקקת רק תחוקק ותפקח על הוצאת החקיקה לפועל.¹³

הרשות המבצעת מוחזקת בידי המלך (המונרך). לפי מונטסקייה, הרשות המבצעת מנוהלת טוב יותר כאשר היא בידי אדם אחד ולא בידי אחדים. כמו שמתאר גם לוק, כדי למנוע מתן כוח מוחלט בידי המחוקק, בידי המונרך תינתן זכות "מניעה" לחקיקה (זכות וטו). לפי מונטסקייה על הרשות המבצעת גם לשלוט במועדי כינוס הרשות המחוקקת.¹⁴ כך מסכם מונטסקייה את שיווי המשקל בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת, שהן הרשויות החזקות, לגישתו:

זהו אפוא המבנה הבסיסי – הקונסטיטוציה – של המשטר שבו
אנו מדברים. בהיות הגוף המחוקק במשטר זה מורכב משני
חלקים [בתים] יגביל האחד את השני באמצעות זכות המניעה

10 שם, שם.

11 שם, בעמ' 151.

12 שם, שם.

13 שם, בעמ' 153.

14 שם, בעמ' 152.

ההדדית. השניים יהיו מרוסנים על ידי הרשות המבצעת, שבעצמה היא מרוסנת על ידי הרשות המחוקקת.

הרשות השופטת, בראייתו של מונטסקייה, היא הרשות החלשה יותר, אך שהוא עומד בבירור על הצורך בעצמאותה ובאי־תלותה ברשויות האחרות. היא מורכבת משופטים שממונים אד הוק מתוך העם, לשפיטה בעניין מסוים.

שתי פרשנויות לתורתו של מונטסקייה

הפרשנות הקשיחה

פרשנות אחת לתורתו של מונטסקייה גורסת כי כוונתו היא שיש ליצור "שלוש ממלכות נפרדות"¹⁵, שבהן פועלת כל אחת מהרשויות באופן עצמאי ובלתי תלוי לחלוטין באחרות. מכאן נובע שהרשות המחוקקת עוסקת רק בחקיקה, והיא אינה עושה דבר מעבר לכך, וכך גם הרשות המבצעת והרשות השופטת. כל התערבות של רשות אחת בפעולת האחרות היא הפרה של עקרון הפרדת הרשויות.

לפי פרשנות זו, הרשות המבצעת אמורה שלא להיות מעורבת בחקיקה כלל, ואף לא אמורה להיות לה השפעה על מועד קיום הבחירות לפרלמנט או על פיזורו. גם לרשות השופטת לא אמור להיות חלק כלשהו ביצירת החקיקה או בביקורת על החקיקה. עצמאותה של הרשות השופטת אמורה כמובן להישמר בקנאות. נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק, בספרו "שופט בחברה דמוקרטית", מונה פרשנות זו "המודל העיוני הטהור" של הפרדת הרשויות.¹⁶

נציין שכמעט בשום מדינה לא יושמה גישת ההפרדה המוחלטת. שיטות משטר נשיאותיות, ובראשן השיטה המבוססת על חוקת ארצות הברית, נוטות לפרשנות קשיחה יחסית של תאוריית הפרדת הרשויות – עם הפרדה משמעותית, גם אם לא מלאה (סגן הנשיא מכהן כיו"ר הסנאט, ויש לו כוח מכריע במקרה של שוויון קולות), בין זהות חברי הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. עם זאת, גם כותבי

15 הס, הפרדת רשויות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 51.

16 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 104 (2004) (להלן: ברק, שופט בחברה דמוקרטית).

"הפדרליסט", שהפירוש שלהם לתורתו של מונטסקייה נטה יחסית להפרדה קשיחה (אף שגם הם עמדו היטב על כך שמונטסקייה לא התכוון לפרשנות קשיחה לחלוטין; וראו בהרחבה להלן), נדרשו ל"איזונים ובלמים" (שיתוארו בהמשך). גם בית המשפט העליון הפדרלי האמריקאי פירש את סמכותו ככזאת המאפשרת לו ביקורת חוקתית על חוקים.

יתרה מזו, לא רק שהפרשנות הקשיחה של עקרון ההפרדה לא יושמה בשום חוקה, רוב פרשניו של מונטסקייה הגיעו למסקנה שפרשנות כזאת לא הייתה כוונתו. יש לזכור שבתקופתו של מונטסקייה לא הייתה בצרפת הפרדה כלל, והמלך החזיק בכל הסמכויות – חקיקה, שפיטה וביצוע. כתיבתו של מונטסקייה יצאה אפוא נגד מציאות זו, ולא בעד הפרדה קשיחה. בהקדמה לתרגום העברי של "על רוח החוקים" מציין קלוד קליין כי ויכוח זה הוכרע סופית בכתביו של שארל אייזנמן, המשפטן הצרפתי, שהוכיח כי הפרדה קשיחה לא הייתה מעולם כוונתו של מונטסקייה.¹⁷ אייזנמן ציין שמונטסקייה אינו מדבר בספרו, לא בפרק על חוקת אנגליה ולא במקום אחר, על "הפרדה", אלא אך ורק על כך שאסור להפקיד את סמכויותיה של רשות אחת בידי רשות אחרת. מכאן לא נובע שאסור לקיים שיתוף פעולה או ביקורת הדדית בין הרשויות. ההפך הוא הנכון, מונטסקייה עצמו הצביע על כך שהסמכות לחוקק ניתנת בחלקה גם לממשלה, באמצעות זכות וטו על חקיקה, הנתונה למונרך:

הרשות המבצעת צריכה לקחת חלק בחקיקה, כפי שאמרנו לעיל, באמצעות סמכות המניעה: בלעדי סמכות זו, יישללו ממנה עד מהרה זכויותיה המיוחדות. [...] מאחר שצריך בכל זאת שהוא ייקח חלק בחקיקה לשם הגנה על עצמו, ראוי שהוא ייקח בה חלק באמצעות סמכות המניעה.¹⁸

זאת ועוד, מונטסקייה הכיר בכך שהפרלמנט צריך לפקח על ביצוע החוקים, ובאופן זה תהיה לו סמכות ביצוע מסוימת ("במדינה חופשית, לרשות המחוקקת יש זכות, וחייבת להיות לה היכולת לבחון את האופן שבו מבוצעים החוקים

17 קלוד קליין, "הקדמה", בתוך: מונטסקייה, על רוח החוקים, לעיל ה"ש 7, בעמ' 29.

18 מונטסקייה, שם, בעמ' 154.

שהיא קבעה¹⁹). ובאופן כללי, מניסוחו של מונטסקייה ברור כי אין מדובר בהפרדה שבה כל רשות עושה ככל העולה על רוחה: "כדי למנוע את אפשרות השימוש לרעה בשררה, צריך לערוך את הדברים כך, שכוח יבלום כוח"²⁰.

כמו כן, ברור כי הגישה הקשיחה של הפרדה מוחלטת, ללא ביקורת וריסון הדדיים בין הרשויות, לא תוכל להשיג את הרציונל העיקרי שפרק זה בספרו של מונטסקייה עוסק בו – ההגנה על החירות. אם כל רשות יכולה להיות "עריצה" בממלכתה, החירות יכול שתיפגע, ואף סביר שתיפגע.

הפרשנות הגמישה: חלוקת סמכויות או ביזור סמכויות
 כאמור, הוגים מאוחרים יותר פירשו את כוונתו של מונטסקייה על פי התכלית של התאוריה שפיתח – ההגנה על החירות ומניעת כוח מוחלט ועריצות. בהתאם לכך הם פירשו את החלוקה כלא קשיחה, דהיינו לא חלוקת סמכויות שבה לכל אדם או גוף יש פונקציה אחת נפרדת, אלא חלוקה כזאת שלא יהיה אדם או גוף שיש לו שליטה מלאה על יותר מסמכות שלמה אחת, למשל על הרשויות המבצעת והמחוקקת, או על המבצעת והשופטת, או על המחוקקת והשופטת. מכאן שייתכן שתהיה חפיפה בין הרשויות, ושחלק מסמכות החקיקה (למשל חקיקת משנה) תהיה נתונה בידי הרשות המבצעת, ושלרשות השופטת תהיה השפעה בכל הקשור לפירוש החקיקה ולביקורת עליה, וגם ביצירת תקדימים מחייבים – כל עוד גרעין הסמכות נמצא באופן בלעדי בידי רשות אחת בלבד. משטרים המממשים באופן קלסי יותר את הפרשנות הזאת הם משטרים פרלמנטריים, שכן הקשר בהם בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת ברור מאוד (במקרים רבים אותם אנשים ממלאים תפקידים בשני גופים אלו), אך גם משטרים נשיאותיים מקיימים כולם גמישות מסוימת ויש בהם "איזונים ובלמים", כפי שיוצג בהמשך בעניין חוקת ארצות הברית וחוקות אחרות.

כפי שמציין אהרן ברק בספרו, הפרשנות הקשיחה לא רק שאינה מקובלת בשום משטר, היא גם אינה רצויה. לדבריו, "איזון זה לא יכול להתקיים אם כל רשות תעמוד לעצמה, ללא אינטראקציה בין הרשויות וללא איזון ובקרה הדדית. מצב

19 שם, בעמ' 31.

20 שם, בעמ' 146.

דברים זה יביא, בסופו של דבר, לצבירת עוצמה וכוח בידי אחת הרשויות באופן שהדמוקרטיה תיפגע".²¹ גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה מציינים כי "עניינה של הפרדת הרשויות בפיזור הסמכויות השלטוניות בין כמה גורמים, הבולמים זה את זה מפני שימוש לרעה בכוחם. [...] הפרדת הרשויות נועדה להבטיח כי השלטון יפעל לקידום טובת האזרחים ולהבטיח את החירות".²²

הוגים מאוחרים בארצות הברית, כדוגמת ברוס אקרמן (Ackerman), עומדים על כך שהפרדת הרשויות נשענת בבסיסה על עירוב של שלושה אידיאלים: שלטון דמוקרטי נבחר, התמקצעות (של הרשות המבצעת והמחוקקת) וקידום זכויות האדם והגנה עליהן.²³ כך סבור גם אריק ברנדט (Barendt) מאנגליה, שבעיניו עיקר משמעותה של הדוקטרינה היא הגנה על החירות וחלוקת הסמכויות, ולא דווקא הפרדה קשיחה.²⁴ ג'רמי וולדרון (Waldron) מצביע על שלושה עקרונות נפרדים החוסים כולם תחת מה שנהוג לכנות "הפרדת הרשויות": הפרדת רשויות (או כוחות) (separation of powers), חלוקת סמכויות (division of powers) ואיזונים ובלמים (checks and balances); מאחורי כל עיקרון עומדים רציונלים שונים.²⁵ מעבר לרציונל העיקרי של הגבלת הכוח השלטוני, העומד מאחורי חלוקת הסמכויות ומאחורי האיזונים והבלמים, ברעיון ההפרדה יש לטענתו גם רציונל ייחודי של הבחנה ושל מודעות שלטונית – הבחנה קונספטואלית ברורה בין חקיקה, ביצוע ושפיטה. הבחנה כזאת חשובה גם במקרה התאורטי

21 ברק, שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 16, בעמ' 104.

22 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 127 (2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה, המשפט החוקתי). רובינשטיין ומדינה גם עומדים על המאפיין היסודי של עקרון הפרדת הרשויות, שהוא הפיקוח ההדדי בין הרשויות, ובמסגרתו גם הביקורת השיפוטית (שם, בעמ' 128). הם אף מצטטים את דברי אהרן ברק שהכרזה שיפוטית על בטלות חוק אינה מהווה פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, אלא הגשתו (שם, בעמ' 129).

Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers* 113, Harv. L. Rev. 633, 23
640 (2000)

Eric Barendt, *Separation of Powers and Constitutional Government* 605 24
(1995)

Jeremy Waldron, *Separation of Powers in Thought and Practice*, 54 25
(2) B.C. L. Rev. 433 (2013)

של הימצאות הסמכויות הללו בידי אותו אדם או אותו גוף.²⁶ וולדרון, כמו לוק, מצביע למעשה על הקשר בין עקרון הפרדת הרשויות לשלטון החוק, שכן רק הפרדה ברורה בין מעשה החקיקה, מעשה הביצוע (על פי החוק, שגם הממשלה כפופה לו) והכרעה בסכסוך (על סמך אותו חוק) יכולה לשמור על שלטון החוק.²⁷

מכאן שגם לפי הוגים מאוחרים יותר, אף שהעיקרון מעודד התמחות של כל רשות בתחום אחד – הצורך להגביל עריצות שלטונית ולמנוע אותה מחייב פיקוח וחפיפה מסוימים בין הרשויות. ההפרדה הפונקציונלית הקיימת היא בעיקר מטעמי יעילות ומומחיות, והיא משקפת גם הבחנה קונספטואלית, שחשובה גם מטעמי קיום שלטון החוק.

מהו אותו גרעין של סמכות של כל רשות, שקיים גם לפי הגישה הגמישה?

עקרון ביזור הסמכויות, או הפרדת הרשויות, נפגע – כלומר נפגעת בו ליבת הסמכות גם בפרשנותו הגמישה – כאשר רשות אחת מפעילה את ליבת הסמכות של רשות אחרת. אין הכוונה לביקורת של רשות אחת על האחרת, או להפעלה של שולי הסמכות של רשות אחת על ידי האחרת, אלא למצב שבו רשות אחת מפעילה את הסמכות העיקרית של הרשות האחרת, למשל כאשר הממשלה יוצרת "הסדרים ראשוניים" – נורמות אשר המחוקק אמור להסדיר בחקיקה ראשית; או כאשר בית המשפט מורה למחוקק לחוקק חוק במתכונת מסוימת דווקא, שאינה מתחייבת לפי החוקה. בהמשך, בסוף הפרק הדין במודל הישראלי (פרק 4), נתייחס בפירוט למצבים שלטעמנו נפגעת בהם ליבת הסמכות, ולכן נפגעת הפרדת הרשויות, גם במובנה הגמיש.

פרשנות "הפדרליסט": קשיחה או גמישה?

החוקה האמריקאית, והשיטה הנשיאותית במדינות אחרות שאימצו את הדגם הזה, נחשבת לחוקה שמאמצת את הפרשנות הקשיחה יחסית של הפרדת

26 שם, בעמ' 448.

27 שם, בעמ' 457.

הרשויות.²⁸ עם זאת, גם כותבי "הפדרליסט", בהסבר שהם מביאים לשיקוליהם בעיצוב חוקת ארצות הברית, מבהירים היטב כי הם אינם מפרשים כך את מונטסקייה. ההפך הוא הנכון. במאמר מס' 47, שכותרתו "בדיקה וקביעה של משמעות הכלל המחייב הפרדה בין מחלקות השלטון", עונים הכותבים להשגות המושמעות כלפי החוקה האמריקאית, שלפיהן היא "מפירה כביכול את כלל המדינה הדורש ששלוש המחלקות – המחוקקת, המבצעת והשופטת – חייבות להיות נפרדות ונבדלות".²⁹ הכותבים מסבירים שאף על פי שברור שאסור לרכז את כל הסמכויות באותן ידיים, ומצב כזה פירושו עריצות, הם כופרים לחלוטין בהאשמה זו על אי-הפרדה ומבקשים להבהיר מהו המובן שבו "השמירה על החירות מחייבת שאכן תהיינה שלוש המחלקות הגדולות של השלטון נפרדות ומובדלות". הם פונים אל ה"אורקל שאליו פונים ואותו מצטטים תמיד בנושא הזה [...] – מונטסקייה המהולל".³⁰ לדבריהם, מונטסקייה ראה את הדגם המושלם להגשמת החירות המדינית במודל של אנגליה. לכן, "כדי שנדע מעבר לכל ספק שלא טעינו בהבנת כוונתו במקרה זה", הם חוזרים ובודקים את חוקיה של אנגליה, וכבר במבט "קל שבקלים" הם מוצאים כי "שלוש המחלקות – המחוקקת, המבצעת והשופטת – בשום פנים אינן נפרדות כליל זו מזו. ראש הרשות המבצעת הוא חלק בלתי נפרד מן הרשות המחוקקת". הכותבים עומדים על דוגמאות רבות מהמודל האנגלי, המציג גישה גמישה לחלוטין של עירוב ופיקוח הדדי של הרשויות זו על זו. על כן, לדברי כותבי הפדרליסט, כאשר מונטסקייה דיבר על כך שאם ירוכזו הסמכויות ביד אחת תאבד החירות –

[הוא] לא התכוון לומר בכך כי אסור שתהיה למחלקות האלה כל **שותפות חלקית** זו במעשי זו, וכל **שליטה** זו על מעשיה של זו. כפי שמשתמע מלשונו, ועוד יותר מכך כפי שמוכיחה הדוגמה בעיניו, אין הוא יכול להתכוון אך לכך שמקום שכל הסמכות של מחלקה אחת מופעלת על ידי אותן ידיים אשר מחזיקות בכל הסמכות של מחלקה אחרת, מתערעים עקרונות היסוד של חוקה החופשית.³¹

28 הס הפרדת רשויות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 18.

29 אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט 243 (אהרון אמיר מתרגם, 2001).

30 שם, בעמ' 244.

31 שם, בעמ' 245 (ההדגשות במקור).

מכאן שגם כותבי הפדרליסט, שלהם יוחסה כאמור פרשנות קשיחה יחסית של עקרון הפרדת הרשויות, לא שגו כלל ועיקר בדחיית הגישה הקשיחה במובנה המוחלט, הגורס כי דרושה "חומה סינית" בין הרשויות. הם הבינו היטב את הרציונל שמאחורי גישתו של מונטסקייה וגם את הפרשנות הגמישה של תורתו.

הכותבים מציינים גם כי אף שתורת הפרדת הרשויות נוסחה לעיתים כאקסיומה נטולת סייגים, בפועל בשום מקרה לא נותרות מחלקות השלטון נבדלות לחלוטין, והם מדגימים זאת באמצעות חוקות של כמה מדינות בארצות הברית, כגון ניו המפשייר, מסצ'וסטס וניו יורק.³²

במאמר הבא (מס' 48) מסבירים הכותבים כי לא רק שאין חובה להפריד לחלוטין את שלוש הרשויות, אלא ההפך הוא הנכון: "בשלב הבא אקבל על עצמי להוכיח שכל עוד לא יקשרו ולא ימזגו את המחלקות האלה עד כדי כך שכל אחת מהן תקבל שליטה חוקתית על האחרות, לעולם לא ייתכן לשמור כיאות בחיי המעשה על שיעור ההפרדה שאותו כלל רואה בו הכרח לממשלה חופשית".³³

הכותבים מגיעים אפוא לתובנה שהפרשנות של הגישה הקשיחה לא רק שלא שיקפה נכונה את כוונתו של מונטסקייה, היא אף הפוכה לחלוטין מבחינת הרציונל שעומד מאחורי תורתו, ולמעשה תביא לתוצאות הפוכות מאלה שהתכוון אליהן. על כן, לגישת כותבי הפדרליסט, יש למצוא את מידת העירוב הנכונה שתאפשר לכל רשות לקיים את תפקידה וגם לאזן ולפקח על האחרות ולמנוע מהן לפלוש זו לתחומה של זו – ובעיקר להגן על המחלקות החלשות יותר מפני החזקים יותר. כותבי "הפדרליסט" ראו ברשות המחוקקת את הרשות החזקה ביותר, ולכן ראו את תפקיד החוקה בעיקר בהגנה על הרשויות האחרות מפניה: "בכל מקום המחלקה המחוקקת מרחיבה את תחום פעילותה ושואבת את השלטון כולו לתוך גלגל הסופה הנמהר שלה".³⁴ בעיניהם, במונרכיה, שבה מלך מעביר ליורשו את סמכות הביצוע, מקור הסכנה הוא – בצדק – הרשות המבצעת, ויש להגביל בעיקר את צעדיו הוא. עם זאת, ברפובליקה ייצוגית

32 שם, בעמ' 246–248.

33 שם, בעמ' 250.

34 שם, שם.

(כמו ארצות הברית), שבה הרשות המבצעת מוגבלת מבחינת היקף שררתה ומשך כהונתה – הסכנה העיקרית היא מהגוף המחוקק, שהוא אספה גדולה השואבת את סמכותה מהעם – "שם צריך העם להתייצב בכל קנאותו ולמצות את כל אמצעי הזהירות שברשותו כנגד שאפתנותה הנמרצת של מחלקה זו".³⁵ הכותבים מביאים דוגמאות מחוקותיהן של מדינות אחרות למקרים שבהם בסופו של דבר המחוקק משתלט על כל הסמכויות – במובן שהרשות המבצעת והרשות השופטת תלויות בו, למשל בכל הנוגע לתקציב ולמשכורות – ובכך יש סכנה אמיתית של עריצות.

אם כן, מהם העקרונות שיעמדו בכל זאת מאחורי הפרדת הרשויות, על פי מחברי הפדרליסט?

"צריך כמובן שיהיה לכל מחלקה רצון משלה; ולכן צריך שחבריה של כל מחלקה יהיו מעורבים מעט ככל האפשר במינוי חבריהן של המחלקות האחרות". כך, יש גם צורך באי־תלות, ככל האפשר, בכל הנוגע לתגמולים הכרוכים בכהונותיהם.³⁶ אבל הערובה הגדולה ביותר היא שכל ראשי הרשויות יקבלו אמצעים חוקתיים ותמריצים אישיים שנחוצים כדי להדוף הסגות גבול מצד הרשויות האחרות, שכן היעד העיקרי של הפרדת הרשויות הוא ריסון השלטון.

כאמור, הרשות החזקה ביותר בעיני מחברי "הפדרליסט" היא זו המחוקקת, ולכן יש צורך לרסן אותה גם בתוך עצמה ולחלקה לענפים. הדבר מחייב גם את חיזוקה של הרשות המבצעת, למשל באמצעות זכות וטו של הנשיא על החקיקה.

לסיכום, אומנם גישת כותבי "הפדרליסט" מקנה חשיבות רבה לעקרון הפרדת הרשויות, אך אין לטעות ולייחס להם גישה קשיחה שתורת האיזונים והבלמים מנוגדת לה. להפך, גם לגישתם הפרדת הרשויות היא למעשה פיקוח ועירוב – במינון הנכון – בין הרשויות. את השיטה האמריקאית הנהוגה בפועל נציג בפרק 3 בסקירה המשווה.

35 שם, בעמ' 251.

36 שם, בעמ' 261.

המתקפה על בית המשפט והשימוש ברטוריקה של הפרדת רשויות

בפרק זה נסקור בהרחבה הצעות חוק אשר נעשה בהן שימוש במונח "הפרדת רשויות" (אם בהצעת החוק עצמה ואם בדברי ההסבר שלה), ואשר הוגשו בכנסת ה-18 ועד הכנסת ה-20, ונבחן את משמעותן. כן נציג הצעות חוק אחרות העוסקות באותם נושאים, שאומנם אינן משתמשות ברטוריקה של הפרדת רשויות אך יש בהן משום פגיעה קשה ביכולת של בית המשפט למלא את תפקידו במסגרת האיזונים והבלמים הנהוגים בישראל, ולפיכך הן עלולות לחבל ברציונל העומד מאחורי הדוקטרינה: שמירת החירות ומניעת השגתו של כוח מוחלט בידי אחת הרשויות.

נציג גם דוגמאות להתבטאויות של נבחרי ציבור, אנשי אקדמיה ופעילים בארגוני החברה האזרחית בהקשר של עקרון הפרדת הרשויות, המעידות לכאורה על התפיסה העומדת מאחוריהן הגורסת כי יש להקים חומה בין הרשויות – שמתוכה נגזרת המסקנה שכל התערבות של בית המשפט במעשי הרשויות האחרות סותרת את העיקרון חזיתית ומפירה אותו.

אומנם מחקר זה אינו מספק מענה מלא ושלם לכל אחת מהצעות החוק האמורות, וגם אינו פורש את כל הנימוקים שמאחוריהן, אך הוא מפנה למקומות שבהם העניין נידון בהרחבה. במידה רבה, חיבור זה כולו הוא המענה לאותן הצעות ולהסתמכותן על דוקטרינת הפרדת הרשויות. אבל המוקד העיקרי של פרק זה הוא הדגמת השימוש הרווח במונח "הפרדת הרשויות" במובנו הקשיח והבלתי מקובל.

הצעות חוק שמשתמשות במונח "הפרדת רשויות"

הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון - ביקורת שיפוטית על חקיקה)

הצעה זו,³⁷ שהוגשה לכנסת ה-20, מבקשת בפשטות למנוע מבית המשפט לבקר את חקיקת הכנסת ביקורת חוקתית ולהסתפק ב"הפניית תשומת לבו של המחוקק לסתירה בין החוקים":

ביקורת שיפוטית על חקיקה

15א. (א) הגיע בית המשפט למסקנה כי חוק עומד בסתירה

לחוק יסוד, יפנה בית המשפט את תשומת ליבו של המחוקק

לסתירה בין החוקים.

(ב) בית המשפט העליון אינו רשאי להכריז על בטלותו של חוק.

בדברי ההסבר להצעה מוזכרת דוקטרינת הפרדת הרשויות ומובאת כנימוק לחקיקה:

המהפכה החוקתית³⁸ שיבשה את האיזון העדין שבין הרשות

המחוקקת והרשות השופטת. היא פגעה בעקרון הפרדת

הרשויות והחליפה אותו ב"תורת החיכוך". הצעת החוק מבקשת

להשיב את המצב לקדמותו, להחזיר את המפתחות לעם [...].

37 הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון - ביקורת שיפוטית על חקיקה) (פ/4129/20). הצעה זו עלתה לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה לצד "פסקת ההתגברות" (שמידון להלן). ההצעה לא קודמה.

38 מונח שטבע הנשיא אהרן ברק לציון המהלך שבו חוקקה הכנסת בשנת 1992 את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, ושלאחריו התרחבו סמכויות בית המשפט העליון להעביר ביקורת חוקתית על חקיקת הכנסת.

הצעה זו מבקשת למעשה לאיין את העליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד, ובכך להפוך את כוחה של הרשות המחוקקת לבלתי מוגבל. שכן גם אם בית המשפט יפנה את תשומת הלב לסתירה לחוק יסוד, יהיה המחוקק רשאי להתעלם מכך ולהשאיר את הסתירה על כנה. רעיון זה לא רק שאינו מקדם את הפרדת הרשויות (במובן של חלוקת סמכויות, איזונים ובלמים) אלא להפך – יש בו פגיעה קשה בביקוח על הרשות המחוקקת, וכמובן גם על הממשלה השולטת על מעשי הכנסת מכוח הרוב הקואליציוני. מכאן שהצעה זו עושה שימוש בכוח הרטורי של המונח "הפרדת רשויות" בפרשנותו הנוקשה כ"חומה סינית" כדי לפגוע במהות הדוקטרינה – מניעת כוח מוחלט מאחת הרשויות ושמירה על החירות. הצעה זו כונתה לעיתים "המודל הבריטי", אך כפי שנציג להלן בסקירה המשווה, בין הנהוג בישראל ובין המודל הבריטי יש הבדלים רבים, ובהם מנגנונים שאינם קיימים בישראל לפיקוח על המחוקק לבל יפגע בזכויות אדם.³⁹

הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון - הפרדת רשויות)

הצעת חוק זו,⁴⁰ שהוגשה לכנסת ה-20 בחתימתם של 16 חברי כנסת ממפלגות הבית היהודי, ישראל ביתנו, הליכוד ויהדות התורה, היא היחידה שנעשה בה שימוש במונח "הפרדת רשויות" בכותרת החוק עצמה. וכך נאמר בה:

(1) על אף האמור בסעיף זה, כנגד הגופים המנויים להלן, לא ייתן בית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק צו, אלא אם כן נוכח כי פעלו בניגוד לחיקוק, או שקיבלו את החלטתם ממניעים פסולים:

- (1) נשיא המדינה;
- (2) הכנסת או ועדה מוועדותיה;
- (3) הממשלה, ראש הממשלה או שר משרי הממשלה.

39 מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס חוות דעת בעניין חוק יסוד: השפיטה מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה (19.10.2017).

40 הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון הפרדת רשויות), פ/20/2863. ההצעה הונחה על שולחן הכנסת אך לא קודמה.

הנה כי כן, מדובר במחיקת חלק מעילות ההתערבות של בג"ץ במסגרת המשפט המינהלי, בעיקר אלו הקשורות בעילת הסבירות, אך גם בעילות אחרות הקשורות למשל בעקרונות הצדק הטבעי.⁴¹ מדובר גם במחיקת שנים של נורמות, תקדימים והלכות שנקבעו בבית המשפט העליון (שאינו "חיקוק"), ולא רק בהקשר של ביקורת שיפוטית על חוקים אלא גם בהקשר של ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת. בדברי ההסבר להצעה נאמר:

כאשר מדובר בנבחר ציבור המכהנים ברשויות השלטון האחרות, ואשר מטבע הדברים, שיקול הדעת המסור להם הוא רחב וניתן להם בשל היותם נבחר ציבור המביאים לידי ביצוע את רצון העם, הרי שביקורת שיפוטית על אופן הפעלת שיקול הדעת שלהם, פוגעת בעקרון הדמוקרטי הבסיסי של מימוש רצון הבוחר. החלפת שיקול הדעת של נבחר ציבור בשיקול הדעת של שופטי בית המשפט העליון, פוגעת בהפרדת הרשויות, ומעניקה, הלכה למעשה, לגוף שאינו נבחר את הסמכות לנהל את ענייניה של המדינה.

ניתן לראות את התפיסה שההצעה משקפת – כל ביקורת על שיקול הדעת "הרחב" של נבחר ציבור, המייצגים את העם, לא רק שבפוגעת בִּעִיקרון של מימוש רצון הבוחר, אלא שיש בה כדי לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות. בהצעה מונח כמוֹבן מאליו כאילו בכל פעם שבית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית על פעולת הממשלה, על סמך עילות הביקורת המינהלית, הוא "מחליף את שיקול דעתו בשיקול הדעת של הרשות". כפי שנסביר בפרק 4, זוהי הנחה שאין על מה שתסתמך, והיא אינה מתקיימת במציאות. השימוש במונח "הפרדת הרשויות" שנעשה בהצעה כצידוק האולטימטיבי להצרת סמכויותיו של בית המשפט והגנה על "הכרעת הרוב", מבטא אך ורק את היבט ההפרדה ומתעלם לחלוטין מחלוקת הכוח ומהיבט האיזונים והבלמים הטמונים בהפרדת הרשויות. שימוש כזה מציב

41 כך למשל, הכלל האוסר על פגיעה בפרט ללא מתן זכות טיעון (שימוע), הכלל בדבר הימצאות במצב של ניגוד עניינים, וכן החובה לשקול את מכלול השיקולים הרלוונטיים והאיסור לשקול שיקולים זרים (שאינם בהכרח "פסולים"). ראו דפנה ברק־ארז **משפט מינהלי** (2010), בעמ' 461.

את השלטון, במובנים רבים, כבלתי מוגבל כמעט⁴² ומתעלם מכך שבישראל בית המשפט הוא המגבלה היחידה על כוחה של הכנסת, הנשלטת בידי הממשלה, וההגנה היחידה על זכויות הפרט מפני עריצות הרוב בכנסת.⁴³

הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון - הגבלת זכות העמידה)

בהצעה זו שהוגשה לכנסת ה-20 מבקשים המציעים להגביל את סמכותו של בית המשפט העליון כבג"ץ רק לעתירות שיוגשו בידי מי שיש להם "עניין אישי" בבקשה.⁴⁴ למעשה, מדובר בניסיון להחזיר את הדוקטרינה של "זכות העמידה" לימים שלפני הרחבתה והגמשתה:

(5) לא ייזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו שהמבקש בה לא הראה עניין אישי בנושא הבקשה; בסעיף זה, "עניין אישי" – פגיעה ישירה או חשש ממשי לפגיעה ישירה באינטרס פרטי של אדם –

(1) לעניין ארגון – אם האינטרס שנפגע או שעלול להיפגע הוא אינטרס משותף של חלק מחברי הארגון;
 (2) לעניין רשות ציבורית – כהגדרתה בחוק חופש המידע, התשנ"ח – 1998, אינטרס ציבורי שהרשות ממונה עליו מכוח חיקוק;

ואולם, לא יהיה עניין בגדר עניין אישי אם הפגיעה הנוטעת משותפת לכלל הציבור או לקבוצה בלתי מסוימת בו.

ההצעה מאזכרת מפורשות פסקי דין בענייני הריסת יישובים ביהודה ושומרון ואת פסק הדין בעניין מתווה הגז ומציינת אותם כדוגמאות ל"נסיון לעקוף החלטות שהתקבלו על ידי הרשות המבצעת והמחוקקת כאשר לעותרים אין כל עניין אישי בעתירה". ההתייחסות להפרדת הרשויות מופיעה בדברי ההסבר:

42 עוד על עניין עלית הסבירות והביקורת החוקתית ראו להלן, בעמ' 63.

43 ראו דיון נרחב על כך בסעיף "בחינה רוחבית", בפרק 3 בעמ' 63.

44 הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון - הגבלת זכות העמידה), פ/4123/20. ההצעה לא קודמה.

מצב דברים זה מאפשר לגורמים בעלי עניין פוליטי לאלץ את הרשות המבצעת לפעול בניגוד לסדרי העדיפות שלה ולמטרות לשמן נבחרה, ולהכתיב למעשה את סדרי עבודת הרשות באמצעות עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, תוך עקיפת רצון הבוחר. התערבות זו אין לה דבר עם מטרתו של בית המשפט להעניק סעד למי שנפגע, ויש בה משום פגיעה חמורה בעקרון הפרדת הרשויות.

התפיסה המובעת בדברי ההסבר חוזרת על התזה הגורסת כי הפרדת רשויות משמעותה אי-התערבות של בית המשפט בפעולת הרשות המבצעת או המחוקקת במקרים שבהם אין נפגע "אישי" (ובמקרים רבים, כמו במקרה של העתירה בנושא מתווה הגז, לא יהיה בנמצא עותר כזה כלל). גם כאן המונח "הפרדת רשויות" מפורש לפי פרדיגמת ה"חומה הסינית", וגם כאן ההצעה מתייחסת אך ורק לרכיב ההפרדה ומתעלמת מכך שקידוש רכיב זה יביא לאיזון הרכיבים הנוספים – חלוקת הכוח והאיזונים והבלמים. הרטוריקה של הפרדת רשויות לא רק שאינה משמשת במקרה זה להצדקה של ביקורת שיפוטית לשם הגבלת השלטון, אלא ההפך – היא משמשת למניעת ביקורת על חוקיות מעשה הממשלה ועל חוקתיות החקיקה, ולמעשה למתן סמכות בלתי מוגבלת לממשלה בתחומים נרחבים שבהם אי-אפשר למצוא כלל "נפגע ישיר" שיגיש את העתירה.

מכאן שהצעה זו, כמו אחרות, לא רק שאינה מקדמת את הפרדת הרשויות (במובן של חלוקת סמכויות) אלא היא אף פוגעת בה פגיעה קשה, מונעת מבית המשפט לקיים את תפקידו ומבקשת למנוע ממנו לשמור על שלטון החוק. גם במקרה של הפרת חוק או חקיקה שאינה חוקתית, החלטות השלטון יהיו חסינות לחלוטין מביקורת בג"ץ, אם הפגיעה הנובעת משותפת לכלל הציבור או לקבוצה בלתי מסוימת בו. החלטות לא מעטות עוסקות בנושאים שאינם נוגעים לעותר מוגדר אך עלולים ללקות באי-חוקיות. יתרה מזו, נפגעים לא תמיד יעתרו לבג"ץ, משיקולים שונים (למשל מפחד שיבולע להם), ובמקרה כזה נדרש עותר ציבורי שיעשה זאת. ואולם לפי ההצעה, אם למשל החלטה של יועץ משפטי לממשלה לסגור תיק שחיתות תהיה נגועה במשוא פנים – לא ניתן יהיה לעתור נגדה, שכן

אין "נפגע ספציפי" שיוכל לעתור.⁴⁵ נוסף על כך, חלק גדול מהמשפט הציבורי בישראל, גם המינהלי וגם החוקתי, עוצב בזכות עתירות של עותרים ציבוריים ובהם עמותות ציבוריות.⁴⁶

נציין גם כי הטענה בדברי ההסבר של ההצעה ש"בשנים האחרונות אנו עדים לשחיקה הולכת וגוברת של 'זכות העמידה' אינה מדויקת. למעשה, כבר בשנות ה־80 הוביל בית המשפט מגמה של פתיחת שעריו לפני עותרים ציבוריים⁴⁷ במקרים שעוסקים בסוגיה בעלת חשיבות חוקתית מן המעלה הראשונה, המתפרשת מעבר למחלוקת הפרטנית וקשורה בגרעינה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי ולזכויות האדם. מקרים אחרים שהוכרו ככאלה שאינם דורשים פגיעה באינטרס אישי של העותר הם מקרים שאין בהם נפגע ישיר.⁴⁸ זו אינה שחיקה של השנים האחרונות, כנטען בהצעת החוק, אלא זוהי ההלכה וזהו הדין במשפט הישראלי כבר כשלושים שנה.

הצעות חוק שמבקשות לפגוע בסמכויות בית המשפט העליון ובעצמאותו

לא ניתן להתעלם מכך שהגשת הצעות החוק הנזכרות לעיל אינה קורית בחלל הריק. על השולחן מצטברות הצעות חוק רבות שאף שהן עצמן אינן מזכירות במפורש את הדוקטרינה של הפרדת הרשויות, במקרים רבים היא מוזכרת

45 ראו למשל בג"ץ 935/89 גנור נ' היועמ"ש, פ"ד מד(2) 485 (1990), שבו התקבלה העתירה נגד החלטת היועץ המשפטי שלא להעמיד לדין את הבנקים והבנקאים בפרשת ויסות המניות.

46 כך למשל בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994).

47 יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד - מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 11-15 (רוח גביזון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, 2000) (להלן: דותן, אקטיביזם שיפוטי).

48 למשל בג"ץ 428/86 יצחק ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ(3) 505, שעסק בחנינה שנתן נשיא המדינה לאנשי השב"כ עוד בטרם הורשעו.

בהתבטאויות התמיכה בהן. לרוב ההצעות הללו יש כוונה דומה: הצרת סמכויותיו ועצמאותו של בית המשפט, הגברת הפוליטיזציה של הליך מינוי השופטים וחיזוק כוחן של הרשות המחוקקת והמבצעת, עד כדי הפיכתן לכוח ללא מצרים.

הצעות שמבקשות לפגוע בסמכויותיו של בית המשפט העליון

הצעות שתואמות את המגמה של פגיעה בביקורת החוקתית, גם הן מהכנסת ה־20, הן הצעות שמבקשות להוסיף "פסקת התגברות" לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴⁹ כזה הוא גם תזכיר חוק־יסוד: החקיקה,⁵⁰ שפרסם משרד המשפטים בתמיכת השרה איילת שקד, המבקש להעניק לכנסת סמכות להתגבר ברוב רגיל על פסיקה הקובעת כי חוק סותר חוק יסוד, ובכך למנוע למעשה מבית המשפט להיות בעל המילה האחרונה בעניינים חוקתיים. תזכיר זה מנותח בהרחבה בפרק 6, שם הוא משמש מקרה מבחן לחוק המבקש הלכה למעשה לפגוע בפגיעה קשה באיזונים ובבלמים ועלול להותיר את ישראל במצב מסוכן מאוד שבו יש בידי הרשות המבצעת והרשות המחוקקת כוח מוחלט. חוק כזה לא רק שאינו מקדם את הפרדת הרשויות, הוא פוגע בה פגיעה אנושה.

בכנסות האחרונות הוגשו גם הצעות שמבקשות לשלול את סמכותו של בית המשפט לבקר את החלטות ועדת הבחירות המרכזית בעת פסילת רשימות או פסילת מועמדים לקראת הבחירות לכנסת.⁵¹ בכך יינתן לכנסת כוח מוחלט לקבוע מי ראוי ומי אינו ראוי להיות מועמד לכנסת, מתוך שיקולים פוליטיים טהורים וללא כל מחויבות לסטנדרט משפטי או לכללי הצדק הטבעי, בבחינת "החתול השומר על השמנת".⁵²

49 הצעת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), פ/20/2115. ההצעה עברה בוועדת השרים לענייני חקיקה, אך טרם קודמה בכנסת.

50 תזכיר חוק יסוד: החקיקה, אחר קשרי ממשל, 19.12.2017.

51 כך למשל נאמר בהצעת חוק־יסוד: הכנסת (תיקון – שלילת סמכותו של בית המשפט העליון מלהתערב בהחלטת ועדת הבחירות המרכזית לעניין אישור או פסילת מועמד או רשימה מלהשתתף בבחירות), פ/20/4495: "תהיה ההחלטה סופית, חלוטה ובלתי ניתנת לערעור". ההצעה עלתה בוועדת השרים לענייני חקיקה אך לא קודמה.

52 במצב שבו חברי הכנסת לבדם יהיו ממונים על אישור רשימות הכנסת וחברי הכנסת טמונה סכנה חמורה כל כך, עד כדי שייתכן כי הכנסת תיותר ריקה לחלוטין מחברי כנסת ערבים.

כל ההצעות הללו מבקשות לחזק את כוחן של הכנסת ושל הממשלה, אם באופן נקודתי ואם באופן גורף. הן מבקשות לחזק כוח זה גם אם הוא מופעל באופן בלתי חוקי או בלתי חוקתי, וגם אם הוא עלול לפגוע פגיעה קשה בזכויות אדם (למשל בזכות לבחור ולהיבחר), בלי שהכנסת והממשלה יהיו נתונות לביקורת כלשהי של גוף אחר. בכך ההצעות פוגעות במובן הבסיסי של רציונל חלוקת הסמכויות, באיזונים ובבלמים ובהגנה על חירות האדם אך ורק בשם הפרדת הרשויות, שהופכת שוב לחזות הכול.

הצעות שנועדו לשנות את דרך מינוי השופטים ולחזק את כוח המערכת הפוליטית בהליך המינוי

בשנים האחרונות פורסמו יוזמות שנועדו לשנות את אופן מינוי השופטים בישראל כך שיתחזק כוחה של המערכת הפוליטית בתהליך בדרכים כאלה ואחרות. בין השאר הוצע בכנסת ה־19 להגדיל את מספר חברי הוועדה למינוי שופטים כך שהשפעתם של הפוליטיקאים בה תהיה רבה יותר.⁵³ בדברי ההסבר להצעה זו נאמר, "הצעה זו מחזקת את עקרון הפרדת הרשויות ואת הכלל שרשות אינה בוחרת את עצמה". הצעה מהכנסת ה־18 ביקשה להעמיד את השופטים המועמדים לשימוע בוועדת החוקה ולמעשה להעביר אליה את סמכות המינוי.⁵⁴ בכנסת ה־20 הוצע לשנות את הרוב הדרוש למינוי שופטים בבית המשפט העליון כדי לאיין את כוחם של השופטים בוועדה;⁵⁵ לשנות את שיטת הסניוריטי כך שהוועדה לבחירת שופטים תוכל לבחור כל מועמד לנשיא בית המשפט העליון; להעביר את בחירת הנשיאים להצבעה חשאית בכנסת;⁵⁶

53 הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון - הרכב הוועדה לבחירת שופטים), פ/19/1417.

54 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון - שקיפות בהליכי מינוי שופטים לבית המשפט העליון ובמינוי הנשיא והמשנה לנשיא בית המשפט העליון), התשע"א-2011, פ/18/3423.

55 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון - רוב רגיל למינוי שופט בית המשפט העליון), התשע"ז-2016, פ/20/3440.

56 הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון - בחירת נשיא בית המשפט העליון בידי הכנסת), פ/20/4529.

לקצר את כהונת השופטים;⁵⁷ ועוד. הצעה שהוגשה בשנת 2018 מבקשת גם לפגוע בהגנה החוקתית על שכר השופטים בחוק יסוד: השפיטה.⁵⁸

התוצאה המשותפת לכל ההצעות היא שמינוי השופטים יהיה מקצועי פחות ופוליטי יותר, ולפי חלק מההצעות – אף פוליטי לחלוטין. מובן שהצעות אלו יפגעו בעצמאות השופטים וביכולתם למלא את תפקידם במסגרת האיזונים והבלמים וביזור הסמכויות. ההצעות סותרות לא רק את רצינות הפיקוח והגבלת כוח השלטון אלא גם את ההפרדה עצמה, במובנה הקשיח – שכן מה מהותה של ההפרדה כאשר בית המשפט נשלט על ידי השלטון? בהמשך נראה מגוון שיטות המשמשות במדינות שונות לשמירה על עצמאות מערכת השפיטה במסגרת התפיסה של הפרדת הרשויות. ואולם בישראל שמירה על עצמאות מערכת השפיטה קריטית במיוחד, שכן בניגוד למדינות אחרות אין בה חוקה, ולמעט בית המשפט אין בה כמעט שום מערכת חלופית לפיקוח ושמירה על השלטון מפני השגת כוח מוחלט.⁵⁹

נראה שההצעות האמורות מבקשות לקדם מהלך דו־ראשי של צבת מתהדקת לצמצום האיזונים והבלמים, שהם חלק מעקרון הפרדת הרשויות – גם לקצץ בסמכויות בית המשפט המפקח על הרשויות האחרות וגם להשפיע על הרכב הרשות השופטת באופן שיסרס את הכוח המבקר שבה וכיפיף אותה הלכה למעשה לרשויות האחרות.

התבטאויות של נבחרי ציבור ואנשי אקדמיה המתאפיינות בפרשנות קשיחה של המונח "הפרדת רשויות"

נביא כעת דוגמאות לשיח הציבורי שנבחרי ציבור מנהלים בשנים האחרונות בהקשר של הפרדת הרשויות. ברוב המקרים נאמרו הדברים המצוטטים בתגובה לפסק דין של בית המשפט העליון שהתערב בצורה זו או אחרת בהחלטה

57 חוק יסוד: השפיטה (תיקון – הגבלת כהונתם של שופטי בית המשפט העליון), פ/4203/20.

58 הצעת חוק יסוד: שכר נושאי משרה ברשויות השלטון (תיקוני חקיקה), פ/5369/20.

59 ראו להלן בסעיף "בחינה רוחבית" בפרק 3, בעמ' 63.

של הרשות המבצעת, או במקרים נדירים יותר – בחקיקה של הכנסת. אין בכוונתנו לסקור כאן את כל הטיעונים שאפשר להעלות נגד ביקורת שיפוטית או "אקטיביזם שיפוטי" ואת המענה להם. טיעונים כאלה נבחנו ונותחו במחקרים ובמאמרים רבים.⁶⁰ מחקר זה מתמקד בשאלה אם הפרדת הרשויות יכולה וראויה לשמש טיעון נגד קיומן של סמכויות הביקורת של בית המשפט, נגד עצמאותו, נגד מקצועיותו ונגד היכולת שלו לבקר באופן אפקטיבי את רשויות השלטון האחרות.

טענה בולטת שחוזרת בדברי חברי הכנסת והשרים היא שבמצב השורר היום, שבו בית המשפט מפרש חוקים ובמקרים מסוימים יש לו גם סמכות לפסול אותם, לא מתקיימת למעשה הפרדת רשויות. כלומר, המונח "הפרדת רשויות" מקבל כאן את פירושו הקשיח: מניעה של סמכויות הפיקוח של בית המשפט או צמצום חריף שלהן. כך התבטא למשל חבר הכנסת ניסן סלומינסקי:⁶¹

לצערי אין הפרדת רשויות אמיתית. בכנס "חדלות פירעון" בו נכחתי בסופ"ש האחרון, אמרתי את הדברים הבאים: "זה לא סוד שהמחוקק האמיתי הוא לא אנחנו, חברי הכנסת, אלא שופטי בית המשפט העליון; שופטי המחוזי והשלום עדיין מרוסנים [...] יש תחומים שהם [שופטי העליון] לוקחים לעצמם אחריות, ומבחינתי זה אסון. הם לא נבחרו הציבור.

לעיתים, אפילו אם בית המשפט לא התערב בחקיקה אלא אך ורק הוציא צו ביניים המטיל על המדינה להגיב לעתירה, יש הרואים בכך הוכחה שבית המשפט "רומס את הפרדת הרשויות", כדברי חברת הכנסת שולי מועלם בתגובה להחלטת בג"ץ להוציא צו ביניים המונע את יישום "חוק ההסדרה" (החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017).⁶² סגנית שר החוץ ציפי חוטובלי

60 ראו למשל רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי", בתוך: אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, לעיל ה"ש 47, בעמ' 76 (להלן: גביון, "מעורבות ציבורית של בג"ץ"); וכן את תשובתו של מרדכי קרמניצר, "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה", שם, בעמ' 168 (להלן: קרמניצר, "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו").

61 הציטוט הוא מתוך פוסט בפייסבוק שהתפרסם ביום 7.1.2018.

62 חזקי ברוך "הפרדת הרשויות נרמסת בידי בג"צ" ערוץ 7 (17.8.2017).

מצאה כי גם ההחלטה (של נשיאת בית המשפט העליון) שלא לשלוח נציג מבית המשפט לטקס המצוין 50 שנה להתיישבות ביהודה ושומרון פוגעת בהפרדת הרשויות: "זוהי החלטה אומללה, שמבזה את יחסי הכוחות בין הרשות השופטת למבצעת", נמסר מלשכתה של חוטובלי. לטענתה, "דרושה רפורמה משמעותית שתסדיר מחדש את עקרון הפרדת הרשויות בישראל".⁶³ חבר הכנסת מוטי יוגב מסיעת הבית היהודי, שטען כי "צריך להרים כף D9 [דחפור] על בית המשפט העליון",⁶⁴ אמר אחר כך: "הייתי מהראשונים שעוררו על הדבר ואולי במטפורה שלא ראוייה. התכוונתי לומר כי בית המשפט העליון הוא מוסד חשוב, אבל במשך עשרות שנים במהפכה החוקתית הוא חדר למגרש של הכנסת – במבול של ביטול חוקים וביטול רצון העם".⁶⁵ מדבריו אלו עולה שוב הרעיון שכאשר בית המשפט מבטל חוקים ומבטל את "רצון העם", יש בכך משום פגיעה בהפרדת הרשויות. כשנשאל יוגב מה הנושא המרכזי שסיעתו תקדם במושב החורף, ענה כי מדובר בהפרדת הרשויות.

חשובה עמדתה של שרת המשפטים איילת שקד שפירטה במאמר מקיף את תפיסת עולמה המשפטית (שבאה בסופו של דבר לידי ביטוי בתזכיר חוק ייסוד: החקיקה). במאמר היא טוענת כי הפרדת רשויות משמעה נטילת כוחו של בית המשפט לפקח על הממשלה (למשל בעניין מתווה הגז) או לפסול חקיקה (למשל בעניין ה"מסתננים"):

הבעיה הזו, המצויה בכל חברה שיש בה הפרדת רשויות, התחדדה מאוד בשנה האחרונה כאשר החליט בית המשפט העליון לפסול חלק ממתווה הגז שקבעה ממשלת ישראל. ביקרתי קשות את ההחלטה הזו ואני מבקשת להוסיף ולהסביר כאן את הבעיה הנגרמת מהחלטות כגון זו, וכגון פסילתו החוזרת בגלגול שלישי של תיקון חוק הכניסה לישראל בעניין המסתננים – החלטות המבליטות את הצורך בקבלת "חוק

63 תמר אלמוג "שקד תקפה את מריס נאור: פרמת את הממלכתיות" כאן (2017.9.27).

64 שלמה צזנה ועדנה אדטו "ח"כ יוגב: 'להרים כף D9 על העליון' " ישראל היום (2015.7.29).

65 חזקי ברוך "בג"ץ נהג במידה של שערורייתיות" ערוץ 7 (2017.10.26).

יסוד: החקיקה" שיתמך באופן ברור (ולראשונה גם מוסכם) את מערכת המסילות השלטונית. המצב האבסורדי שבו הממשלה והכנסת מופתעות פעם אחר פעם מתמרור עצור משפטי הכובל את פעולתן ייפסק, כך אני מקווה, עם כניסתו של חוק זה לתוקף.⁶⁶

דוגמה נוספת, מן האקדמיה, עולה מדבריו של פרופ' מנחם מאוטנר, שטען כי עקרון הפרדת הרשויות נפגע מכך שבית המשפט מעביר ביקורת חוקתית ומכך ש"המציא חוקה", לשיטתו של מאוטנר. כך למשל כתב במאמר ביקורת על ספרו של פרופ' דניאל פרידמן "המקל והחרב" (פרידמן, שהיה שר המשפטים בעבר, הוא מהתורמים לתפיסתה של הפרדת הרשויות במובנה הקשיח):

עלייתו של האקטיביזם השיפוטי הגורף [...] גרמה לפגיעה בדמוקרטיה על-ידי שיבוש חמור של הפרדת הרשויות. שיבוש זה בא לידי ביטוי לא רק בפלישתו של בית-המשפט לתחום החקיקה – עד כדי "המצאת חוקה" בעבור המדינה, יש מאין ובהבל פה, כביטוי של פרידמן – אלא גם בדרך של התערבות בתוצאות הבחירות, כפי שקבע אותן העם בהצבעתו.⁶⁷

טענה מסוג אחר מתמקדת באופן מינוי השופטים בישראל וגורסת כי השקפותיהם של השופטים מאופיינות ב"מונוליתיות". לפי טענה זו, הפרדת הרשויות נפגעת מכך שהמינויים לבית המשפט אינם מינויים פוליטיים במהותם. את הטענה הזאת העלה פעמים רבות שר התיירות יריב לוין. כך למשל התייחס לוין ליזמות חקיקה כמו אלו שהוזכרו לעיל:

66 איילת שקד "מסילות אל המסילות" השילוח 1 37 (2016).

67 מנחם מאוטנר "מה קרה כאן למן שנות השבעים? ביקורת ספרים: דניאל פרידמן הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה" עיוני משפט לח 125, 127-128 (2015). בקצרה, נאמר כאן כי לא בית המשפט הוא ש"המציא" את חוקי היסוד אלא הכנסת, וכי הכוונה שלחוקים יהיה מעמד נורמטיבי עליון ברורה לחלוטין, גם מלשונם (למשל מעצם קיומה של פסקת "שמירת הדינים" באשר לחוקים שהתקבלו טרם כניסתו של חוק היסוד לחוק) וגם מהאופן שבו קיבלה עליה הכנסת את הביקורת החוקתית בדיעבד.

הניסיונות הללו באו להשיב את הדמוקרטיה על כנה, לשמור על עקרון הפרדת הרשויות, להבטיח ששופטים לא יבחרו את עצמם בשיטת חבר מביא חבר, שיהיה לנו בית משפט פלורליסטי שמחויב לערכי היסוד של מדינת ישראל.⁶⁸

טענה זו סותרת לא רק את הפן הפיקוחי ומגביל הכוח של הפרדת הרשויות אלא אפילו את מובנה הבסיסי, דהיינו שכל רשות שומרת על עצמאותה: אם בית המשפט ימונה על ידי המערכת הפוליטית, לא תהיה שום הפרדה ועצמאות לרשות השופטת.

ארגונים מסוימים מקרב החברה האזרחית מבטאים לעיתים גישה קשיחה באופן קיצוני לדוקטרינת הפרדת הרשויות. הדוגמה הבולטת ביותר עולה מנייר עמדה של תנועת "אם תרצו" שפורסם בשנת 2014, שתמציתו היא הטענה שהעובדה שבג"ץ רשאי בכלל להפעיל ביקורת חוקתית וכי שערי פתוחים (בשל הכרסום בדרישה ל"זכות עמידה") היא "התקפה על ריבונות הכנסת ועקרון הפרדת הרשויות".⁶⁹ במידה רבה רעיונות אלו שימשו בסיס לחלק מהצעות החקיקה שפורטו לעיל.

סיכום

בשנים האחרונות מקודמת תפיסה קיצונית, מילולית ובלתי מקובלת של עקרון הפרדת הרשויות, בעיקר בהצעות חקיקה. לפי תפיסה זו, הניכרת גם בהתבטאויותיהם של אנשי ציבור ואנשי אקדמיה, דוקטרינת הפרדת הרשויות גוזרת הפרדה קשיחה בין הרשות השופטת לרשויות השלטון האחרות, ופירושה למעשה הפרדת כוחות בין הרשויות כך שהן אינן באות במגע ואין האחת רשאית לפקח על זולתה. אומנם לא כל התומכים בגישה זו שוללים מכול וכול ביקורת הדדית בין הרשויות, בפרט מצד בית המשפט; אולם לשיטתם, אם נגזר על

68 שמעון כהן "השר לריו לערוץ 7: לא ישתיקו את מבקרי בית המשפט" ערוץ 7 (24.10.2017).

69 יורם שפטל ואלדד קולנשר מדינה בשלטון הבג"ץ - כתב אישום: בג"ץ נגד הדמוקרטיה הישראלית (נייר עמדה של תנועת "אם תרצו") 20 (2014).

ביקורת כזאת להתקיים – עליה להיות מוגבלת, והיא תתקיים על אף עקרון הפרדת הרשויות ולא בזכות התווייתו. זה העניין המרכזי שביקשנו להדגים: בכל המקרים שהצגנו נעשה שימוש במונח הפרדת הרשויות במשמעותו הקשיחה כדי להצדיק פגיעה בתפקידה של הרשות השופטת לבקר את פעולות הממשלה או הכנסת. בשם "הפרדת הרשויות" משתלחים בביקורת החוקתית על החקיקה ובביקורת של בית המשפט על פעולות הממשלה. כפי שהצגנו בפרק 1, תפיסה זו אינה מתיישבת עם פירושו ההיסטורי והתאורטי של המונח, ובוודאי לא עם פירושו המאוחרים יותר. בפרקים הבאים נראה כי היא גם אינה מתיישבת עם האופן שבו פורשה הפרדת הרשויות ויושמה בימינו אנו בדמוקרטיה מודרנית, בעולם ובישראל.

מודלים של הפרדת רשויות או ביזור סמכויות: סקירה השוואתית

בפרק זה נעמוד על מודל ביזור הסמכויות, או הפרדת הרשויות, בכמה דמוקרטיות מרכזיות. בעיקר נבקש לעמוד על העירוב בין הרשויות והפיקוח שלהן זו על זו, ועל האופן שבו שיטות משפט שונות מיישמות את המודל הזה. אומנם המחקר עוסק ביחסים שבין הרשות השופטת לרשויות אחרות, אך בפרק זה נרחיב מעט את היריעה ונבחן גם את היחסים בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת ואת האיזונים ביניהן.

בריטניה

הרשות המבצעת והרשות המחוקקת

שיטת הממשל הנוהגת בבריטניה היא דמוקרטיה פרלמנטרית. בריטניה נחשבת גם למונרכיה חוקתית, אם כי תפקידו של בית המלוכה הוא ייצוגי בעיקרו. במרכזה של שיטת הממשל הפרלמנטרית בכלל ובבריטניה בפרט עומדת מערכת היחסים בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. שתי הרשויות האלה תלויות זו בזו, אך על אף התלות ההדדית מדובר בישויות משפטיות נפרדות שלכל אחת מהן סמכויות ייחודיות: הרשות המחוקקת אמונה על החקיקה, והממשלה אמונה על ביצוע החוק. הרשות המחוקקת של הממלכה המאוחדת מורכבת מבית הלורדים, שהוא הבית העליון של הפרלמנט הבריטי (שחבריו אינם נבחרים אלא ממונים), ומבית פשוטי העם – House of Commons, שהוא הבית התחתון של הפרלמנט הבריטי, ומשך כהונתו המרבי הוא חמש שנים.⁷⁰ במאה ה־19 החל בית הלורדים לאבד את השפעתו ואת סמכויותיו לטובת בית הנבחרים, וזה הפך לגוף המחוקק המרכזי של בריטניה. מאז התקבלו חוק הפרלמנט משנת 1911 וחוק הפרלמנט משנת 1949 כל הצעת חוק ממשלתית יכולה להיכנס לתוקף

70 חוק הפרלמנט 1911, סעיף 7.

ולהפוך לחוק בלי לקבל את אישור בית הלורדים.⁷¹ בה בעת, בית הלורדים יכול להשעות כל חוק – למעט חוק תקציב⁷² – לתקופה שאורכה עד 12 חודשים, הגם שאינו יכול כיום לבטל חקיקה.⁷³ סמכות זו שבית הלורדים מחזיק בה היא סמכות של וטו מוגבל להשעיה זמנית. לפיכך החלוקה לשני בתים משמשת כאן למיתון ולאיוון בתוך הרשות המחוקקת עצמה, כפי שתיאר מונטסקייה.

בהעדר חוקה כתובה ומסודרת, המוסכמות החוקתיות בממלכה המאוחדת, שרובן בלתי כתובות, נתגבשו במשך השנים באמצעות קונבנציות משפטיות. לאחר שמתקיימות בחירות כלליות לבית התחתון, המלכה מתייעצת עם סיעות הפרלמנט ובדרך כלל מפקידה את הסמכות לעמוד בראשות הממשלה בידי ראש המפלגה הגדולה ביותר, והוא ממנה את חברי הממשלה, אשר לרוב יהיו מקרב סיעתו.⁷⁴ תפקידם של השרים בשיטה הפרלמנטרית אינו מסתכם בניהול משרד ביצועי אלא הם חלק מגוף שמקבל החלטות, ולכן ראש הממשלה צריך לגבש רוב מקרב השרים בהצבעות ספציפיות. כמו בישראל, גם בבריטניה אין מניעה ששר יהיה חבר פרלמנט, וכך אכן קורה על פי רוב, בניגוד לשיטה הנשיאותית, שבה ההפרדה קשיחה יותר – בארצות הברית למשל אסור לחברי הרשות המבצעת (הנשיא ו"מזכיריו") להיות חברי פרלמנט.

אם כן, בשיטת הממשל הפרלמנטרית לא מתקיימת תפיסה של הפרדת רשויות נוקשה, ובמידה רבה אפשר לומר שהממשלה היא הגוף המוביל של הפרלמנט. כוחה העודף של הממשלה כלפי הפרלמנט בא לידי ביטוי, בין היתר, ברוב שיש לה בפרלמנט. ראש הממשלה וממשלתו, המפעילים את סמכויות הביצוע במדינה, אינם נתונים לבחירה ישירה של הציבור ושואבים את סמכותם מהפרלמנט. אי-אמון מצד הפרלמנט במהלך כהונת הממשלה יוביל לבחירות חדשות.⁷⁵

71 שם, סעיף 2.

72 שם.

73 חוק הפרלמנט, 1949, סעיף 1.

74 ראו פירוט באתר *Parliament.uk*, General Elections.

75 עם זאת מדובר במקרים נדירים. מאז מלחמת העולם השנייה הדבר אירע פעם אחת בלבד, בשנת 1979, אז הפסידה ממשלת הלייבור בהצבעה ברוב של 311 מול 310 לאופוזיציה בהנהגתה של מרגרט ת'אצ'ר. ראו Roy Hattersley, "The Party's Over," *The Guardian*, March 22, 2009.

באופן סמלי, הסמכות הביצועית עודנה מסורה כשהייתה בידי הכתר, אולם מאז המאה ה-18 סמכות זו מופעלת באמצעות הממשלה שהכתר מינה (הממשלה אך מכוונה "Her Majesty's Government"). בתחילה, הממשלה לא הייתה זקוקה לאמון הפרלמנט, אך עם עליית כוחו של הפרלמנט נדרש המלך לאמונו כתנאי לכהונתו. כאמור, בבסיסו של ממשל פרלמנטרי עומדת התפיסה שהממשלה שואבת את סמכותה מן המנדט שמעניקה לה הרשות המחוקקת, והרשות המחוקקת – בתמיכה של רוב חבריה – יכולה להפסיק את כהונת הממשלה. תמונת הראי של סמכות זו היא הסמכות של הממשלה, הנהנית מרוב חברי הפרלמנט, לפזר את הפרלמנט (רק ברוב של שני שלישים, או אם היא מפסידה בהצעת אי-אמון) ולהביא לבחירות חדשות.

בשיטת הממשל הבריטית ראש הממשלה נהנה ממעמד מיוחד. הוא הגורם שאחראי על התוויית מדיניות הממשלה ועל החלטותיה.⁷⁶ במקור כאמור נועד ראש הממשלה להיות הגורם הממונה מטעם הכתר על ניהול הגוף המבצע, אולם כיום מדובר בתפקיד בעל כוח והשפעה. לראש הממשלה נתונות סמכויות רחבות, בהן הסמכות למנות ולפטר שרים, להקצות את התיקים בממשלה, לפקח על הפעילות של שירות המדינה ושל סוכנויות ממשלתיות, ועוד.⁷⁷ ראש הממשלה הוא גם נציג הממשלה הבולט בפרלמנט. כל אלה מבססים אותו כגורם המכוון ומעצב את פעילות הממשלה, על משרדיה, ומתוך כך גם את סדר היום הציבורי והתקשורתי. שינויים חברתיים ותרבותיים הפכו גם הם את ראשי המפלגות, ובהם את ראש הממשלה, לגורמים מכריעים ומרכזיים שמשפיעים על החלטת ציבור הבוחרים במי לבחור. עם עליית כוחו של ראש הממשלה נחלש מעמדה של הממשלה, והחלטות רבות שבעבר היו מתקבלות בשיתוף כל חבריה מתקבלות היום בתיאום בין ראש הממשלה לשר הרלוונטי (יש המכנים תהליך זה "presidentialism").

הרשות השופטת

ראשית נציין כי בבריטניה נוהג המוסד *common law*, שמהותו היא יצירת משפט מכוח תקדימים בלבד, הנוצרים בצורה קזואליסטית, אפילו בתחום

76 ראו Ministerial role: Prime Minister, gov.uk

הפלילי.⁷⁸ המשפט המקובל תקף אם לא חל חוק חרות (statute) הסותר אותו. בעת המודרנית הנטייה היא לריבוי חקיקה שמחליפה את המשפט המקובל, אך בהקשר זה של ביזור סמכויות בולט לעין כי למחוקק הבריטי מעולם לא הייתה בלעדיות על "חקיקה", והמשפט המקובל הוא למעשה יציר הפסיקה.

עד סוף ספטמבר 2009 היו בידי בית הלורדים סמכויות שיפוטיות נוסף על סמכויות החקיקה, והוא שימש ערכאה עליונה של מערכת המשפט בבריטניה. סמכויות אלו בוטלו עם כניסתו לתוקף של חוק הרפורמה החוקתית מ־2005, שהקנה אותן לגוף חדש שנקרא "בית המשפט העליון של הממלכה המאוחדת".⁷⁹ בגוף זה מכהנים 12 שופטים.⁸⁰ בעקבות הרפורמה הזאת המערכת המשפטית פועלת באופן עצמאי ובלתי תלוי ברשות המבצעת וברשות המחוקקת.

עד תחילת פעולתו של בית המשפט העליון של הממלכה המאוחדת בשנת 2009 כערכאה השיפוטית העליונה וכבית משפט עליון לערעורים החזיק בית הלורדים בסמכויות אלו. הן מומשו על ידי ועדת הערעורים של בית הלורדים, שהורכבה מ־12 שופטים מקצועיים אשר מונו כחברים בבית הלורדים כדי לבצע את פעולותיו השיפוטיות. אחת הסיבות להקמת בית משפט העליון הייתה חקיקת ה־human rights act בשנת 1998, חוק המחיל רשמית את הדין האירופי בעניין זכויות אדם על החוק הבריטי. סעיף 6 לאמנת זכויות האדם האירופית קובע שלכל אדם הזכות לבירור שיפוטי על ידי טריבונל משפטי הוגן. בבריטניה התגברה ההבנה שהמערכת השיפוטית המרכזית שלה, ובפרט הערכאה העליונה, אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות האמנה. כל אלה, ולצד הרצון לצמצם את הסיכון שהציבור ייחס להחלטות בית המשפט מניעים פוליטיים, הובילו לחקיקת חוק הרפורמה החוקתית, שכאמור העביר את סמכויות הערכאה העליונה מידי בית הלורדים לבית המשפט העליון של הממלכה.

בחוק הרפורמה החוקתית מעוגן הליך המינוי של שופט בבית המשפט העליון. כדי למנות שופט חדש נדרש הלורד צ'נסלור (שר המשפטים הבריטי) לכנס את

BLACK'S LAW DICTIONARY: COMMON LAW 334 (10th ed., 2014) 78

Constitutional Reform Act 2005, para. 23 79

שם, סעיף 23(2). 80

הוועדה לבחירת שופטים,⁸¹ שמספר חבריה לא יפחת מחמישה.⁸² בוועדה חייבים לכהן נשיא בית המשפט העליון, המשנה לנשיא ונציג מכל ועדת מינויים לבתי המשפט באנגליה, בסקוטלנד ובצפון אירלנד, שלפחות אחד מהם אינו שופט. לאחר בחירת המועמד המתאים למילוי המשרה, על הלורד צ'נסלור לאשר את המינוי. הוא גם רשאי לדחות את ההמלצה (פעם אחת בלבד) ולבקש מהוועדה לשקול שוב את המלצתה.⁸³ אם הלורד צ'נסלור מאשר את המינוי, ראש הממשלה חייב להמליץ עליו למלכה,⁸⁴ והיא ממנה את השופט באופן פורמלי.⁸⁵ במילים אחרות, הליך מינוי השופטים בבריטניה מקנה משקל רב לגורמים מקצועיים ומשקל מועט לרשות המבצעת ולפוליטיקאים.

מבחינת תקציב ומינהל – תקציב הרשות נערך על ידי משרד האוצר ומשרד המשפטים בהתייעצות עם הנהלת בתי המשפט. את סדרי הדין קובעת ועדה המורכבת משופטים. הנהלת בתי המשפט היא מחלקה במשרד המשפטים הנושאת באחריות הן לפני ראש הרשות השופטת והן לפני משרד המשפטים.⁸⁶

ביקורת שיפוטית

משום שבבריטניה אין חוקה פורמלית, בית המשפט העליון הבריטי אינו עורך ביקורת שיפוטית-חוקתית. עם זאת, בית המשפט הבריטי עורך ביקורת על חקיקה לאור האמנה האירופית לזכויות אדם, והוא רשאי להמליץ על ביטול חוקים שאינם עולים בקנה אחד עם אמנה זו. ברוב גדול של המקרים, הפרלמנט יקבל המלצה כזאת. מעבר לכך, החקיקה בבריטניה כפופה לבית הדין האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג, ובריטניה מחויבת משפטית לכבד עתירות נגד חוקים

81 שם, סעיף 26.

82 שם, סעיף 27.

83 גיא לוריא שיטת מינוי השופטים בישראל: רקע השוואתי 17 (דוח מחקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018) (להלן: לוריא, שיטת מינוי השופטים).

84 Constitutional Reform Act 2005, Section 26(3)

85 שם, סעיף 23.

86 גיא לוריא ממונים על הצדק: רפורמות ברשות השופטת וברשויות התביעה 132 (מחקר מדיניות 90, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011) (להלן: לוריא, ממונים על הצדק).

שלה הסותרים את האמנה האירופית לזכויות אדם.⁸⁷ נציין כי בהיעדר כפיפות דומה של ישראל לאמנה האירופית לזכויות אדם ולשיפוט של בית הדין האירופי לזכויות אדם, ההצעות לאמץ בישראל את המודל הבריטי פירושן אימוץ חלקי ובלתי מספק של השיטה הבריטית.

ההליך הפרלמנטרי בבריטניה אינו נתון לביקורת שיפוטית בשל עקרון עצמאות הפרלמנט, שלפיו הפרלמנט כפוף בפעילותו אך ורק לנורמות פנימיות של עצמו.⁸⁸

לסיכום, המודל האנגלי הוא מודל גמיש קלסי של חלוקת סמכויות.⁸⁹ הממשלה מורכבת מחברי הרשות המחוקקת, ולמעשה, כמו בישראל, שולטת בה עקב הרוב המובנה שיש לה. בהיעדר חוקה פורמלית, בית המשפט העליון הבריטי נעדר סמכות פורמלית לבטל חוק, אך הוא מקיים ביקורת חוקתית הבוחנת את החוק לאור האמנה האירופית לזכויות אדם והמלצותיו מכובדות.

ארצות הברית

מבנה רשויות השלטון

ארצות הברית היא רפובליקה נשיאותית. בשיטת הממשל הנשיאותית הנשיא נבחר בשיטת האלקטורים (הנבחרים ישירות על ידי העם) והוא ראש הרשות המבצעת.⁹⁰ החוקה האמריקאית קובעת מפורשות חלוקת סמכויות בין הרשויות במדינה. היא מחייבת את ייסודו של קונגרס ובו שני בתים – סנאט ובית נבחרים –

87 נציין שגם הברקזיט לא ישנה עובדה זו, מפני שבית הדין האירופי לזכויות אדם אינו קשור לאיחוד האירופי אלא למועצת אירופה, והברקזיט אינו מוציא את בריטניה ממועצת אירופה.

88 דפנה בן-פורת וליאור בן-דוד ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה: סקירה משווה (2005).

89 המלומד האנגלי וייל טוען כי השיטה הפרלמנטרית מקיימת "הפרדה חלקית", בניגוד ל"הפרדה טהורה". ראו M. J. C. VILE, CONSTITUTIONALISM AND THE SEPARATION OF POWERS, ch. 1 (2nd ed. 1998)

90 סעיף I פסקה 1 לחוקת ארצות הברית.

ומעניקה לו את הסמכות הבלעדית לחקיקה פדרלית. בניגוד לנהוג בבריטניה, כאן האזרחים בוחרים את חברי שני הבתים, אם כי עקרון הייצוג ממומש בהם בדרכים שונות: בית הנבחרים משקף את גודל האוכלוסייה בכל מדינה, ואילו הסנאט מעניק ייצוג שווה לכל המדינות (שני סנאטורים מכל מדינה). לפי חוקת ארצות הברית כל חוק חייב לקבל את אישורם של הסנאט ושל בית הנבחרים. הסנאט אינו רשאי להציע חוקים המטילים מיסים – סמכות זו נתונה בלעדית בידי בית הנבחרים – אך חוקים כאלה דורשים בכל זאת את אישורו. לפי הנוהג, הסנאט גם אינו מוסמך ליזום חקיקה העוסקת בהקצאת כספים.

בראש הרשות המבצעת עומד כאמור אדם יחיד, הנשיא, האחראי על ניהול הממשל.⁹¹ על הנשיא אסור לכהן ברשות המחוקקת. הנשיא ממנה נושאי תיקים, תפקיד המקביל לזה של שר בשיטה הפרלמנטרית. נושאי התיקים מכונים "מזכירים", משום שהם משמשים ידו הארוכה של הנשיא ואינם נושאים באחריות משותפת ממשלתית, בניגוד לשרים בממשלה במשטר הפרלמנטרי.

הסמכות השיפוטית נתונה בידי בית המשפט, המורכב מכמה ערכאות שיפוט.⁹²

חלוקת הסמכויות בארצות הברית באה לידי ביטוי בהפרדה פורמלית קשיחה יותר מן ההפרדה בשיטה הפרלמנטרית. כל רשות ממלאת את התפקיד שהותר לה בחוקה, אך יש ביניהן איזונים ובלמים. עיקרון מרכזי במערכי הבלימה ההדדיים שקובעת חוקת ארצות הברית הוא עקרון הווטו, המאפשר לנשיא למנוע קבלתו של חוק שעבר את תהליך החקיקה בקונגרס:⁹³ אחרי שהצעת חוק התקבלה בנוסח זהה בשני בתי הקונגרס, היא נשלחת לאישור הנשיא. הוא יכול לחתום עליה ובכך להפוך אותה לחוק או להחזיר אותה בתוך עשרה ימים לקונגרס עם הערות וללא חתימה, ובכך להטיל עליה וטו. עם זאת, אין מדובר בכוח לא מוגבל – החלטת קונגרס שהתקבלה ברוב של שני שלישים יכולה לבטל את החלטת הנשיא.⁹⁴

91 סעיף II, פסקה 1 לחוקה.

92 סעיף III, פסקה 1 לחוקה.

93 סעיף I, פסקה 7(ג) לחוקה.

94 ש.ס.

בניגוד למקובל במשטרים פרלמנטריים, שבהם הרשות המבצעת צומחת מתוך הפרלמנט זקוקה לאמונו, בשיטה הנשיאותית הנשיא נבחר כאמור בשיטת האלקטורים. הוא אינו חבר בקונגרס ואינו זקוק לאמונו. גם חברי הקבינט הנשיאותי (המזכירים) ושאר נושאי התפקידים ברשות המבצעת אינם יכולים לכהן בעת ובעונה אחת כחברים בקונגרס. ברם, כדי לקדם חקיקה שתממש את מדיניותו חייב הנשיא שיתוף פעולה מצד חברי הקונגרס, ועל כן הפרדה זו אינה מוחלטת. כוחותיהן של שלוש הרשויות מאוזנים באמצעות תלות הדדית: הנשיא זקוק לאישור הסנאט במינוים של חברי קבינט ושופטים; הקונגרס מוסמך להדיח בעלי תפקידים ברשות המבצעת והשופטת, בכלל זה הנשיא עצמו, בהליך של הדחה (impeachment), אם הם מואשמים בביצוע של עבירות חמורות; הנשיא יכול כאמור להטיל וטו על חקיקה של הקונגרס, ויש צורך ברוב מיוחד כדי להתגבר עליו; בית המשפט העליון יכול לקבוע שחוק שקיבל הקונגרס מנוגד לחוקה ולפסול אותו; סגן הנשיא (שכמו הנשיא מקבל גם הוא מנדט מן הציבור) הוא יושב ראש הסנאט, ובמקרה של תיקו קולו הוא שמכריע את התוצאה.

מערכת היחסים המורכבת בין הרשויות נועדה לבסס מנגנוני איזון ובקרה, הבאים לידי ביטוי במקרים רבים נוספים. כך למשל, אף שניהול יחסי החוץ הוא בסמכותו של הנשיא, שכן הוא הרשות המבצעת, החוקה קובעת עניינים אחדים בתחום יחסי החוץ הנתונים לסמכותה של הרשות המחוקקת: הסמכות להכריז על מלחמה,⁹⁵ לאשרר אמנות⁹⁶ ולהגדיר ולהעניש מעשי שוד ופשע שבוצעו בלב ים ועבירות של משפט העמים.⁹⁷ הרשות המחוקקת היא גם המחזיקה באחריות על התקציב, ובעקבות זאת יש לה כוח גדול שמאזן את כוחו של הנשיא.

דוגמה נוספת שממחישה את המורכבות שבחלוקת הכוח בין הגורמים השונים היא החלוקה לממשל פדרלי ולממשל מדינתי. הן הממשל הפדרלי והן הממשלים המדינתיים שואבים את סמכותם מהחוקה (המעניקה תוקף לחוקות המדינות) ומהצהרת העצמאות האמריקאית, וכל הממשלים רשאים לפעול ישירות מול האזרחים. חלוקת הכוח בין הממשל הפדרלי למדינתי נקבעה בחוקה והיא

95 סעיף I פסקה 8(יא) לחוקה.

96 סעיף II פסקה 2(ב) לחוקה.

97 סעיף I פסקה 8(י) לחוקה.

קובעת את הסמכויות הנתונות לממשל הפדרלי. לפי התיקון העשירי לחוקה, סמכות שלא ניתנה לממשל המרכזי שמורה למדינות ולאזרחים עצמם. הגבלת כוחו של הנשיא קשורה קשר הדוק לרעיון הפדרליסטי ולצורך לאזן את כוח הממשל המרכזי, המייצג את הפדרציה, בכוח שלטוני המייצג גם את המדינות. מכאן שלעקרון הפרדת הרשויות בשיטה האמריקאית יש היבט נוסף – הגנה על ריבונות (חלקית) של יחידות פדרליות.

בית המשפט העליון וביקורת חוקתית

החוקה האמריקאית מעניקה למערכת בתי המשפט סמכות שיפוטית בלעדית⁹⁸ ושומרת על עצמאותה ועל הפרדה מלאה בינה ובין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. תורמת לכך העובדה שהשופטים הפדרליים ממונים לתפקיד לכל ימי חייהם.

מבחינת ניהול מערכת המשפט, מועצת השופטים (הפדרליים) מכינה הצעת תקציב, והרשות המבצעת מעבירה אותה לרשות המחוקקת ללא שינויים. כך למעשה, הרשות השופטת עצמאית כמעט לחלוטין בקביעת תקציבה. גם מבחינת קביעת סדרי הדין ומינהל הרשות השופטת, העצמאות במודל האמריקאי מוחלטת והרשויות האחרות אינן מתערבות בכך.⁹⁹

ההשפעה העיקרית של הרשות המבצעת על הרשות השופטת מתבטאת בסמכותו של הנשיא למנות שופטים פדרליים, בכפוף לשימוע ובהסכמתו של הסנאט.¹⁰⁰ זהו הליך בעל מאפיינים פוליטיים מובהקים ומוצהרים. בחירת המועמדים נעשית לאחר בחינה של השקפות העולם הידועות והמשוערות שלהם ועל סמך זיקתם המפלגתית.¹⁰¹ שיטת המינוי של שופטים מדינתיים משתנה ממדינה למדינה. חלק מהמדינות מאמצות את המודל הפדרלי, שלפיו

98 סעיף III פסקה 1 לחוקה.

99 לוריא, ממונים על הצדק, לעיל ה"ש 86, בעמ' 129.

100 סעיף II פסקה 2(ב) לחוקה.

101 יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת החוקה" משפט וממשל י 501 (תשס"ז) (להלן: דותן, "הביקורת השיפוטית").

מושל המדינה ממנה את השופטים באישור בית הנבחרים המדינתי; במדינות אחרות השופטים עומדים לבחירה כמו כל מועמד פוליטי או שהם ממונים על ידי המושל, אך המינוי דורש את הסכמתו של הציבור במשאל עם.¹⁰² השיטה הנפוצה ביותר כיום במדינות היא שיטת מיזורי, שבה ממונות את השופטים ועדות מעורבות, שבהן יש דומיננטיות של אנשי המקצוע.¹⁰³ יש גם מדינות שבהן ניתן ליזום משאל עם ולהעביר שופטים מכהונתם.¹⁰⁴ אם כן, הגם שלאחר מינויים נהנים השופטים מסמכות רחבה, אופן המינוי – בעיקר במודל הפדרלי – טומן בחובו שורה של אמצעים שנועדו לאפשר לרשויות השלטון להשפיע על הרכב הרשות השופטת.

הסעיף המעניק לבית המשפט את הסמכות להחליט בכל עניין משפטי ועובדתי מעניק לו גם את הסמכות לפרש את החוקה, ובתוך כך את הסמכות לפרש את הסעיפים העוסקים ביחסי הכוחות שבין הרשויות.¹⁰⁵ סעיף זה אינו כולל הוראה מפורשת שמעניקה לבית המשפט סמכות לביקורת שיפוטית על הרשויות, אולם בשנת 1803, בפסק דין *Marbury v. Madison*, הכיר בית המשפט בסמכותו זו בהיותה חלק מעקרונות היסוד של השיטה.¹⁰⁶ כלומר, למערכת המשפט הרגילה בארצות הברית, על ערכאותיה הפדרליות והמדינתיות, יש סמכות לפסול חוקים הנוגדים את החוקה.¹⁰⁷ עניין *Marbury* נהפך לתקדים בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על חקיקה פדרלית. בשנת 1810, בפסק דין *Fletcher*, שבו נפסל חוק מדינה בגלל סתירה לחוקה, התרחבה תחולת הביקורת השיפוטית גם אל החוק המדינתי.¹⁰⁸ מקרה זה יצר תקדים לביקורת שיפוטית על חוקים שנחקקו על ידי המדינות עצמן.

102 שם, שם.

103 לוריא, שיטת מינוי השופטים, לעיל ה"ש 83, בעמ' 17.

104 דותן, "הביקורת השיפוטית", לעיל ה"ש 101, בעמ' 502.

105 סעיף III, פסקה 2 לחוקה.

106 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)

107 דותן, "הביקורת השיפוטית", לעיל ה"ש 101, בעמ' 501.

108 *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810)

בית המשפט העליון בארצות הברית מוסמך גם להעביר ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, אם מוגשת עתירה בעניין, ואף לבטל חוק שהתקבל בניגוד לכללי החקיקה הקבועים בחוקה. גישה אחרת, רחבה יותר, שנידונה רבות בספרות האקדמית האמריקאית היא גישת "הליך החקיקה הנאות", שעל פיו מוסמך בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על הליך חקיקת החוק ברשות המחוקקת, אך גישה זו טרם יושמה במפורש בבית המשפט העליון, ולמעשה בית המשפט ממשיך להימנע מלהפעיל ביקורת על הליך החקיקה, אפילו אם מדובר בהפרת ההליך לפי החוקה.¹⁰⁹ עם זאת, יש המצביעים על מגמות בפסיקה, שניכרות מאז שנות ה־90 באמירות אגב ובדעות מיעוט, אשר ייתכן שיביאו בעתיד גם לפסילת חוק בשל הליך חקיקה הסותר את החוקה כנימוק יחיד.¹¹⁰

לסיכום, מודל הפרדת הרשויות בארצות הברית, בהתאם למודל הנשיאותי הוא "קשיח" יותר, בעיקר מבחינת ההפרדה בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת. אולם כפי שנאמר בפרק הראשון, גם כותבי "הפדרליסט", האבות המייסדים של האומה האמריקאית, לא טעו לחשוב שמודל הפרדת הרשויות הוא מודל של הפרדה מוחלטת. להפך – הם הבינו שכל כוחו טמון בקיומם של איזונים ובלמים ובפיקוח הדדי של הרשויות. לפיכך הם עיצבו לכל רשות מעורבות כלשהי ברעותה, ובעיקר הגבילו את הרשות המחוקקת, שנתפסה בעיניהם כחזקה מאוד, ולכן היא גם פוצלה לבית עליון ולבית תחתון. עצם החלוקה לשני בתים והצורך לגבש בנפרד רוב בכל אחד מהם כדי להעביר חקיקה הם גורם מרסן ומאזן. מעבר לכך, בית המשפט העליון, אף על פי שלא הוסמך לכך בחוקה, קבע כי בסמכותו להחליט על חוקתיותם של חוקים, וזהו רכיב חשוב במודל האיזונים והבלמים בארצות הברית כבר יותר ממאתיים שנה.

Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review* 109
of the Legislative Process, 91 BOST. UNIV. LAW REV. 1915 (2011)

Ittai Bar-Siman-Tov, *Legislative Supremacy in the United States: Rethinking the Enrolled Bill Doctrine*, 97 GEORGETOWN LAW J. 323

(2009). בארצות הברית יש גם נכונות לביקורת "סמי-הליכית": ביקורת על חוק החוק, שהליך קבלתו משמש שיקול רלוונטי בה. על כך ראו איתי בר-סימן-טוב "ביקורת שיפוטית וביקורת שיפוטית הליכית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדורלי בישראל" **ספר דורית בניש** 307 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

צרפת

מבנה רשויות השלטון

שיטת הממשל בצרפת היא נשיאותית-למחצה, ומבנה השלטון בה נקבע בחוקת המדינה משנת 1958. הרשות המבצעת כוללת את נשיא הרפובליקה, את ראש הממשלה ואת הממשלה.¹¹¹ הרשות המחוקקת מורכבת מבית נבחרים (האספה הלאומית), ש־577 חבריו נבחרים ישירות על ידי האזרחים, וכן סנאט, ש־348 הצירים בו מייצגים את מחוזות צרפת ונבחרים באופן לא־ישיר.¹¹² כמו כן מוגדרות בחוקה הרשות השופטת¹¹³ ומועצה חוקתית (Le Conseil constitutionnel), שהיא למעשה חלק מהרשות המבצעת אך ממלאת תפקיד חוקתי.¹¹⁴

הרשות המבצעת

ראש ממשלת צרפת הוא השר הבכיר בממשלה. על פי חוקת הרפובליקה, הוא ממונה על ידי הנשיא¹¹⁵ ומינויו אינו דורש את אישורה של האספה הלאומית. עם זאת, לאספה הלאומית יש כוח לכפות את התפטרות הממשלה באמצעות הצעת אי־אמון.¹¹⁶ נוסף על כך, הממשלה אחראית כלפי הפרלמנט ומחויבת לזכות באמונו.¹¹⁷ ראש הממשלה מופקד על ביצוע מדיניות הממשלה, אחראי על ההגנה הלאומית ומקדם יוזמות חקיקה. בסמכותו להתקין תקנות ולמנות למשרות אזרחיות וצבאיות.¹¹⁸ הוא ממליץ לנשיא על מינוי שרי הממשלה¹¹⁹

111 פרקים III-II לחוקת צרפת.

112 פרק IV לחוקה, סעיף 2.

113 פרק VIII לחוקה.

114 סעיף 56 לחוקה.

115 סעיף 8 לחוקה.

116 סעיף 50 לחוקה.

117 סעיף 20 לחוקה.

118 סעיף 21 לחוקה.

119 סעיף 8 לחוקה.

ורשאי לאצול סמכויות לשריו.¹²⁰ בצרפת נהוג "החוק הנורווגי", האוסר על שר להיות חבר בפרלמנט.¹²¹ זהו אלמנט הפרדה נוקשה למדי, אף שנראה כי ביזור הסמכויות בצרפת נוטה בבירור לגמישות. מכיוון שלאספה הלאומית יש סמכות להפיל את הממשלה,¹²² מינויו של ראש ממשלה צריך לזכות בתמיכה רחבה של החברים באספה הלאומית, ולעיתים הדבר מחייב את הנשיא למנות לתפקיד פוליטיקאי ממפלגה יריבה למפלגתו שלו.¹²³

הנשיא עצמו נבחר בבחירות ישירות על ידי האזרחים.¹²⁴ מתפקידו לשמור על כבוד חוקת המדינה, על פעולה תקינה של הרשויות הציבוריות, על עצמאותה ושלמותה הטריטוריאלית של הרפובליקה ועל כיבוד האמנות שהיא חתומה עליהן.¹²⁵ החוקה קובעת כי לידי הנשיא יימסרו סמכויות בלעדיות ובהן פיקוד עליון על הצבא, הענקת חנינה, מינוי ראש הממשלה, מינוי תפקידים בצבא ובפקידות הציבורית, קבלת כתבי אמנה של שגרירים, הוראה על קיום משאל עם, סמכויות שעת חירום נרחבות ומינוי חברים למועצה החוקתית.¹²⁶ נשיא הרפובליקה רשאי גם להכריז על פיזור האספה הלאומית לאחר שהתייעץ עם ראש הממשלה ועם נשיאי בתי הפרלמנט.¹²⁷ עם זאת, לא ניתן לפזר את האספה הלאומית בתוך שנה לאחר הבחירות.¹²⁸

120 סעיף 21 לחוקה.

121 סעיף 22 לחוקה.

122 סעיף 12 לחוקה.

123 בעבר, כאשר הבחירות לנשיאות ולפרלמנט לא נערכו באותה שנה, נוצר מצב שהצרפתים כינו "מגורים משותפים" (cohabitation) – כהונת של נשיא וראש ממשלה שמפלגותיהם יריבות. הדבר יצר בעיות משילות. החוק חוקן וקיצר את תקופת כהונת הנשיא ל-5 שנים, המקבילות לכהונת הפרלמנט, וכיום הבחירות לפרלמנט נערכות ממש לאחר הבחירות לנשיאות. כך נמנע בסבירות גבוהה מצב של "מגורים משותפים".

124 סעיף 6 לחוקה.

125 סעיף 5 לחוקה.

126 סעיפים 15, 17, 8, 13, 14, 11, 16 ו-56 לחוקה.

127 סעיף 12 לחוקה.

128 ש.ס.

הרשות המחוקקת

בניגוד למשטר פרלמנטרי קלאסי, החוקה הצרפתית קובעת כי הפרלמנט בצרפת יהיה מוסמך לחוקק חוקים לפי רשימת נושאים מוגבלת הקבועה בחוקה, ואילו בנושאים שאינם מסורים לפרלמנט נתונה סמכות החקיקה לרשות המבצעת, הנהנית מסמכות שירית בתחום החקיקה.¹²⁹ סמכות החקיקה אינה נתונה אפוא בידי הפרלמנט בלבד. סעיף 34 בחוקה מונה את רשימת הנושאים שבהם מוקנית לפרלמנט הסמכות לחוקק חוקים, ואלה כמה מהם: זכויות אדם בסיסיות; חופש התקשורת, גיוון בה ועצמאותה של התקשורת; הגבלות על זכויות אדם וקניין בשל צורכי ביטחון; אזרחות; מעמד אישי; פשעים ועונשם; פרוצדורה פלילית וחנינה; הקמת מוסדות ערכאות שיפוט חדשות ומעמד השופטים; הטלת מיסים; הנפקת מטבע; בחירת חברי בתי הפרלמנט ומוסדות נבחרים דומים; מעמד עובדי המדינה; הלאמת חברות; הגנה; חינוך; קניין ובעלות; דיני עבודה. עניינים אחרים מלבד אלה המנויים לעיל נחשבים לעניינים רגולטוריים, וחקיקתם היא כאמור בסמכותה השירית של הרשות המבצעת.¹³⁰ למעשה, בקביעתה זו הכניסה החוקה לתוקף (בשנת 1954) נוהג שהיה קיים מלכתחילה בצרפת, שלפיו הממשלה מתקנת תקנות בכל נושא "שירי", בעיקר בעיתות חירום.¹³¹ החוקה מעניקה לממשלה את הסמכות לתקן חקיקה באמצעות צווים, באישור המועצה החוקתית, אם סברה כי מדובר בעניין של רגולציה.¹³² לצד הסמכות השירית של הרשות המבצעת עומדת לה הזכות להתקין תקנות גם מכוח הסמכה מפורשת בחוק שעבר בפרלמנט (בדומה לסמכות התקנת תקנות בישראל).¹³³

129 סעיף 37 לחוקה.

130 רגולציה כזאת (הנחשבת לחקיקה ראשית לכל דבר) נוגעת למשל לאיסור השלכת פסולת, לענייני חקלאות ולדיני תחרות. ראו Jonas Bering Liisberg, "The EU Constitutional Treaty and its Distinction between Legislative and Non-Legislative Acts: Oranges into Apples?" Jean Monnet Working Paper 01/06 14 (2006)

Carl Friedrich, *The New French Constitution in Political and Historical Perspective*, 72 HARV. L. REV. 801, 822 (1959)

132 סעיף 37 לחוקה.

133 סעיף 38 לחוקה.

נתיב נוסף לקידום חקיקה הוא משאל עם. הנשיא רשאי, בהמלצת הממשלה, להגיש למשאל עם כל הצעת חוק ממשלתית העוסקת בארגון רשויות ציבוריות, ברפורמות הנוגעות למדיניות הכלכלית או החברתית ולשירותים הציבוריים של הממשלה או באשרור אמנות.¹³⁴ משאל עם בנושא כזה עשוי להתקיים גם ביוזמת חמישית מחברי הפרלמנט, הנתמכים על ידי עשירית המצביעים שנרשמו במרשם הבחירות.¹³⁵

הרשות השופטת וביקורת חוקתית

בצרפת, כמו במדינות קונטיננטליות אחרות, החליטו מכוני החוקה להפקיד את סמכות הביקורת השיפוטית בידי מועצה חוקתית, שחבריה אינם שופטים ולא בידי מערכת המשפט הרגילה. אחת הסיבות לכך היא שלאחר המהפכה הצרפתית קושרו השופטים עם הדיכוי הפאודלי שקדם לה. טעם נוסף לכך הוא ההליך הבירוקרטי־מקצועי שבו נבחרים השופטים בצרפת ובמדינות רבות אחרות באירופה: השופטים מתמנים לתפקידם בגיל צעיר, לרוב בסיום לימודיהם האקדמיים. מתוך הכרה בכך ששפיטה חוקתית מצריכה ראיית עולם פוליטית וערכית רחבה, ולאור העובדה ששיטת המינויים למערכת בית המשפט הרגילה אינה מאפשרת התפתחות של תפיסה כזאת,¹³⁶ הוקמה המועצה החוקתית. גם הסמכות לבקר פעולה מינהלית אינה נתונה לבית המשפט האזרחי אלא לבתי משפט מינהליים שהם חלק מהרשות המבצעת.

גוף המועצה החוקתית נוצר בשנת 1958, אז ייסדה צרפת מערכת של ביקורת חוקתית על חקיקה של הפרלמנט. המועצה מבקרת גם את הפעילות של מנגנוני בחירות והליכי בחירות.¹³⁷ בדרך כלל חברי המועצה אינם בעלי הכשרה משפטית אלא בעלי רקע פוליטי. חברים בה כל נשיאי צרפת שפרשו ועודם בחיים, אלא

134 סעיף 11 לחוקה.

135 ש.ס.

136 יואב דותן, "הביקורת השיפוטית", לעיל ה"ש 101, בעמ' 503.

137 סעיף 59 לחוקה.

אם כן לא הסכימו לכהן בה,¹³⁸ הנשיא המכהן ממנה שלושה חברים וכל אחד משני הראשים של בתי הפרלמנט ממנה גם הוא שלושה חברים, קרי תשעה חברים מלבד הנשיאים לשעבר.¹³⁹ מינויים פוליטיים אלו היו פעמים רבות מושא לביקורת ציבורית. גם התחלופה הרבה יחסית בקרב חברי המועצה הופכת אותה לפוליטית יותר ולחלשה יותר מגוף שהתחלופה בו איטית, כגון בית המשפט העליון האמריקאי.¹⁴⁰ ואכן, בהשוואה לבית המשפט העליון האמריקאי, המועצה החוקתית מאפשרת פחות ביקורת על יוזמות הממשלה.

עד שנת 2008 נהגה המועצה לבחון נורמות משפטיות רק לפני סיומם של הליכי חקיקה ובטרם נכנסה הנורמה החוקתית לתוקף. על פי האמור בחוקה, אלה סוגי הצעות החוק שעוברות לאישור המועצה: הצעות חוק שמסדירות את הפעלת סמכויותיהן של רשויות המדינה, דברי חקיקה המסדירים את המבנה של גופים במגזר הציבורי ואת חלוקת הסמכויות ביניהם,¹⁴¹ הצעות חוק פרטיות לקיום משאל עם והצעות הנוגעות לפרוצדורה הפרלמנטרית, קרי החלטות של הפרלמנט הנוגעות לדרך עבודתו.¹⁴² גם חוקים רגילים של הפרלמנט, שאינם מן הסוגים שנמנו כאן, עשויים להיות מופנים לאישור המועצה החוקתית לפני פרסומם, על ידי נשיא הרפובליקה, ראש הממשלה, נשיא האספה הלאומית, נשיא הסנאט, שישים חברי האספה הלאומית (כ־10% מתוך חברי האספה) או שישים סנאטורים (כ־17% מתוך חברי הסנאט).¹⁴³ כך למשל, האופוזיציה זכאית לדרוש, כאמור באמצעות שישים חברי פרלמנט, שחוק כלשהו ייבחן במועצה בטרם ייכנס לתוקף. למעשה, הוועדה משמשת כלי בידי האופוזיציה לקריאת תיגר על יוזמות החקיקה של הקואליציה. הליך זה אפשרי מאז שנת 1974, אז נכנס לתוקף התיקון שאִפשר לשישים חברי פרלמנט להפנות שאילתות

138 סעיף 56 לחוקה.

139 ש.ס.

140 ACKERMAN, לעיל ה"ש 23, בעמ' 650. בכך אקרמן מזהה היבט נוסף שבו ה"הפרדה" בצרפת קשיחה פחות מזו שבארצות הברית.

141 סעיף 41 לחוקה.

142 סעיף 11 לחוקה.

143 סעיף 61 לחוקה.

חוקתיות למועצה החוקתית, וזה אכן הביא לעלייה ניכרת במספר ההפניות החוקתיות למועצה.

בשנת 2008 הורחב תפקידה המסורתי של המועצה וניתנה לה הסמכות לדון בטענות לאי-חוקתיות של חוק תקף שמועלות בעת דיון בתיק מסוים שנידון לפני ערכאה שיפוטית רגילה.¹⁴⁴ הערכאה השיפוטית שלפניה הועלתה השאלה החוקתית מעבירה שאלה זו לערכאה העליונה שבפירמידת הערכאות הרלוונטית (מועצת המדינה או בית המשפט העליון),¹⁴⁵ וזו מחליטה אם להעביר את השאלה לבירור המועצה החוקתית.¹⁴⁶ כאמור, הרשות המבצעת מוסמכת לתקן חוק תקף של הפרלמנט באמצעות צו אם המועצה החוקתית אישרה זאת. הדבר נועד לשמור על גדר סמכותה של הרשות המחוקקת ולהתיר לרשות המבצעת לתקן חוקים של הפרלמנט אם חרגו מרשימת הנושאים שנקבעו בחוקה בסעיף 34.¹⁴⁷ המועצה החוקתית, מצידה, מוסמכת להעביר ביקורת שיפוטית על צווים אלו שהתקינה הרשות המבצעת.

גם בצרפת אין הסמכה מפורשת לקיום הביקורת החוקתית. נקודת ציון חשובה בביקורת החוקתית של המועצה החוקתית היא פסיקה משנת 1971 שקבעה כי בסמכות המועצה החוקתית להכריז על חוק כבטל בנימוק שאינו חוקתי אם הוא פוגע בזכויות אזרח. מקרה מפורסם נוסף שבו הייתה מעורבת המועצה הוא החוק לצמצום ההגירה לצרפת, שהופנה אליה לביקורת בשנת 1993. בהחלטתה לפסול חלק ניכר מן החוק הכירה המועצה בקשת רחבה של חירויות פרט ושל עקרונות יסוד חוקתיים שהיא מגינה עליהם, ובכללם חירות אישית, חופש

144 ש.ס.

145 מועצת המדינה (Conseil d'État) - גוף שהוא היועץ המשפטי לרשות המבצעת וגם בית המשפט העליון המינהלי. בית המשפט העליון (Cour de cassation) - בית המשפט העליון לעניינים פליליים ואזרחיים.

146 סעיף 61 לחוקה.

147 סעיף 37 לחוקה.

תנועה, הזכות לקבל מקלט וההגנה על קשר נישואין. פסק הדין הוא אבן דרך בביקורת השיפוטית בצרפת.¹⁴⁸

כמו כן, משום שצרפת, כמו בריטניה, כפופה לאמנה האירופית לזכויות אדם – מתקיימת בה ביקורת עקיפה על חוקיה, על פי האמנה. מתוך כך גם בתי המשפט הנמוכים מקיימים ביקורת שיפוטית עקיפה, שכן הם מחילים על עצמם את דיני המשפט האירופי לזכויות אדם.¹⁴⁹

מבחינת תקציב ומינהל, משרד האוצר מעצב את הצעת התקציב למערכת המשפט, ומחלקה בראשות שופט היא שמקצה את התקציב לבתי המשפט למיניהם. הממשלה קובעת את סדרי הדין ומשרד המשפטים עוסק במינהל הרשות, בשותפות עם שופטים. המועצה החוקתית עצמאית מבחינה תקציבית.¹⁵⁰

יש להזכיר כאן גם את מועצת המדינה (Conseil d'État), גוף המייעץ משפטית לרשות המבצעת אך גם משמש בית המשפט העליון לעניינים מינהליים. זהו גוף מעין-שיפוטי שיש בו גם נציגים של הרשות המבצעת וגם שופטים מינהליים.

לסיכום, השיטה הצרפתית היא שיטה נשיאותית מעורבת, ואין ספק שגם בה באים לידי ביטוי מאפיינים של הפרדת רשויות גמישה מאוד ושל ביזור סמכויות. בולט מאוד היעדר המונופול של הרשות המחוקקת על החקיקה: סמכות החקיקה השירית נתונה לרשות המבצעת. מעבר לכך, גם בצרפת יש איזונים ובלמים ברורים בין הרשויות ויש ביקורת חוקתית, אם כי מקורה במועצה החוקתית, גוף נפרד שאינו גוף שיפוטי קלסי, וכן במועצת המדינה – גוף היברידי העומד בראש מערכת בתי המשפט המינהלית אך משתייך לרשות המבצעת.

Susan Soltész, *Implications of the Conseil Constitutionnel's 148 Immigration and Asylum Decision of August 1993*, 18 Bos. Col. Int. AND Comp 265 (1995)

149 לוריא, שיטה מינוי השופטים, לעיל ה"ש 83, בעמ' 22-23.

150 לוריא, ממונים על הצדק, לעיל ה"ש 86, בעמ' 133.

גרמניה

מבנה רשויות השלטון

גרמניה היא רפובליקה פדרלית המורכבת מ־16 מדינות, שלכל אחת מהן ממשלה ומוסדות משלה. החוקה הגרמנית, המכונה באופן פורמלי "חוק היסוד", קובעת כי ניהול הרפובליקה יחולק בין שלוש רשויות:¹⁵¹ הרשות המבצעת – הקנצלר וממשלתו; הרשות המחוקקת, הכוללת שני בתים – בית הנבחרים הפדרלי (הבונדסטאג) ונציגי 16 המדינות (הבונדֶקְראַט); ורשות שופטת, הכוללת את בית המשפט החוקתי הפדרלי. חלוקת הסמכויות בין הממשל הפדרלי ובין הממשלות המדינתיות משפיעה על אופייה של הפרדת הרשויות בגרמניה. רוב המדינות כפופות לממשלה באמצעות מיניסטר־פריזנט (שר־נשיא, תפקיד המקביל למושל בארצות הברית) ופועל בהן גוף מחוקק מדינתי הנקרא לַנְדְטַאג.

בראש הרפובליקה עומד הנשיא, הנבחר על ידי ועידה פדרלית המורכבת מנציגי הבונדסטאג וכן מנציגים של 16 המדינות. תפקידו של הנשיא ייצוגי בעיקרו.¹⁵² עם זאת, כאשר הקנצלר אינו מצליח להשיג בבית המחוקקים את הרוב הדרוש להשגת אמון, הוא יכול לפנות אל הנשיא ובסמכותו של הנשיא לפזר את הבונדסטאג ולהביא לבחירות כלליות.¹⁵³ הקנצלר נבחר בהמלצת הנשיא על ידי הבונדסטאג ואחראי כלפיו,¹⁵⁴ אך הוא נהנה מעצמאות פוליטית המתבטאת בסמכותו לקבוע את "קווי המדיניות הכלליים".¹⁵⁵ כדי להדיחו יש צורך בהצעת

151 סעיף 20(2) לחוק היסוד הגרמני.

152 סעיף 54 לחוק היסוד.

153 סעיף 68 לחוק היסוד.

154 סעיף 63 לחוק היסוד.

155 סעיף 65 לחוק היסוד.

אי־אמון קונסטרוקטיבית¹⁵⁶ שתתקבל על ידי רוב החברים בבונדסטאג.¹⁵⁷ השרים בממשלה ממונים על פי החלטתו של הקנצלר ומודחים על ידו,¹⁵⁸ ועליהם לפעול על פי קווי המדיניות שקבע.¹⁵⁹

כמו בשיטות פרלמנטריות אחרות (החריגים העיקריים הם המדינות שבהן חל "החוק הנורווגי", כגון נורווגיה, הולנד וצרפת), החוקה הגרמנית אינה דורשת הפרדה בין חברי הרשות המבצעת לחברי הרשות המחוקקת, ואכן חברי הממשלה מחזיקים גם בתפקידם כחברי פרלמנט. חברי הבונדסטאג נבחרים בבחירות ישירות,¹⁶⁰ ואילו חברי הבית העליון, הבונדסראט, ממונים על ידי הממשלה של מדינתם בבחירות עקיפות, כדי להבטיח שבפרלמנט המקומי יהיה ייצוג לקהילות ולרשויות מקומיות שונות.¹⁶¹ הבחירות בלנדטאגים נערכים במועדים שונים, והדבר מביא לכך שההרכב הפוליטי של הבונדסראט משתנה לפחות פעם בשנה. המודל הזה יוצר עוד כלי של איזונים ובלמים. הוא מאפשר לאזרחים להביע את מורת רוחם מהממשלה באמצעות הצבעה נגדה בבחירות ללנדטאגים. לבחירות האלה יש חשיבות לא מעטה כי הן מבטאות את הלך הרוח של הציבור ויכולות, בתנאים מסוימים, להקשות על הממשלה הנבחרת לחוקק חוקים.

הרשות המחוקקת והליכי החקיקה

כדי לחוקק חוק יש להעבירו ברוב קולות בבונדסטאג.¹⁶² ואולם כדי שתהליך החקיקה יצליח יש צורך בשיתוף פעולה בין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת וכן בין הגופים המרכיבים את הרשות המחוקקת. כך למשל, הממשלה הפדרלית

156 הצעת אי־אמון קונסטרוקטיבית משמעה שבעת הצעת אי־אמון נדרשת האופוזיציה להציג ממשלה חלופית.

157 סעיף 67 לחוק היסוד.

158 סעיף 64 לחוק היסוד.

159 סעיף 65 לחוק היסוד.

160 סעיף 38 לחוק היסוד.

161 סעיף 51 לחוק היסוד.

162 סעיף 76(1) לחוק היסוד.

נדרשת קודם לכול להציג את יוזמות החקיקה שלה לפני הבונדסראט ולקבל את אישורו, ורק לאחר מכן ההצעה יכולה לעבור להצבעה בבונדסטאג.¹⁶³ באופן דומה, כאשר עולה יוזמת חקיקה בבונדסראט, בטרם תובא להצבעה בבונדסטאג על הממשלה להביע את דעתה על ההצעה.¹⁶⁴

הבונדסראט נדרש לאשר כל דבר חקיקה הנוגע למדיניות אזורית, במקומות שבהם החוקה העניקה את סמכות החקיקה למדינות או במקרים שבהם המדינות אחראיות לפקח על חוקים פדרליים.¹⁶⁵ במשך השנים הוסיף לעצמו הבונדסראט את האחריות על כל טווח החוקים המשפיעים על ענייניהן של המדינות.

גם אם אימץ הבונדסטאג את הצעת החוק, היא אינה הופכת לחוק: בידי הבונדסראט כלים אחדים שיכולים למנוע את כניסתו לתוקף. הוא רשאי לדרוש כינוס ועדה משותפת לנציגי הבונדסראט והבונדסטאג כדי לדון בשינויים אפשריים בהצעת החוק.¹⁶⁶ אם תציע הוועדה המשותפת תיקון כלשהו לחוק המאומץ, יצביע על כך הבונדסטאג פעם נוספת.

גם לאחר שמוצו הליכי הוועדה המשותפת, החוקה מעניקה לבונדסראט אפשרות נוספת למנוע את כניסתה לתוקף של הצעת חוק שאימץ הבונדסטאג – זכות וטו על דבר חקיקה.¹⁶⁷ זכות הווטו המוקנית בחוקה לבונדסראט אינה זכות לווטו מוחלט, וניתן לעקוף אותו באמצעות העברה מחודשת של החוק בבונדסטאג ברוב קולות. אם להתנגדותו של הבונדסראט להצעה יש רוב של שני שלישים מהקולות, גם להעברתה בבונדסטאג נדרש רוב של שני שלישים.¹⁶⁸ הכוח הפוליטי של הווטו ניכר במיוחד כאשר למפלגות האופוזיציה יש רוב בבונדסראט.

163 סעיף 76(2) לחוק היסוד.

164 סעיף 76(3) לחוק היסוד.

165 סעיף 115c לחוק היסוד.

166 סעיף 77(2) לחוק היסוד.

167 סעיף 77(3) לחוק היסוד.

168 סעיף 77(4) לחוק היסוד.

לסיכום, הצעת חוק שאומצה על ידי הבונדסטאג תהפוך לחוק אם הבונדסראט יסכים לה, או לא ידרוש לכנס ועדה משותפת שתציע תיקון מוסכם, או אם הבונדסראט לא יעשה שימוש בזכות הווטו שברשותו, או אם וטו זה יבוטל על ידי הבונדסטאג בהליך הקבוע בחוקה.¹⁶⁹

מכאן, שמבחינת מידת שליטתה של הרשות המבצעת ברשות המחוקקת, המודל בגרמניה עומד בין המודל הבריטי (והישראלי), שבו לממשלה שליטה רבה ברשות המחוקקת, ובין המודל האמריקאי, שבו מתקיימת הפרדה רבה יותר. הפרלמנט בגרמניה עצמאי יחסית בענייני חקיקה, גם בקשר להצעות חקיקה של הממשלה.¹⁷⁰ בהקשר זה, המשפטן ברוס אקרמן מבקר גם את ההפרדה הקשיחה יחסית שבארצות הברית וגם את זו הגמישה ביותר שבבריטניה, וממליץ על גישת הביניים של גרמניה, שהוא מכנה "פרלמנטריזם מרוסן".¹⁷¹

הרשות השופטת

החוקה קובעת כי מערכת המשפט בגרמניה תורכב משלוש ערכאות: בית המשפט החוקתי הפדרלי, בתי המשפט הפדרליים ובתי המשפט של המדינות.¹⁷² סעיף 93 לחוקה מקנה לבית המשפט החוקתי הפדרלי סמכויות רחבות להכריע בשאלות הנוגעות לאופן יישומו ופרשנותו של חוק היסוד.

את תקציב בתי המשפט מעצבת הממשלה. סדרי הדין נקבעים על ידי בית המחוקקים, ומשרד המשפטים הפדרלי הוא שמנהל את בתי המשפט הפדרליים. עם זאת, בית המשפט החוקתי עצמאי באשר לניהול תקציבו.¹⁷³

169 סעיף 78 לחוק היסוד.

DAVID P. CONRADT & ERIC LANGENBACHER, THE GERMAN POLITY 226 (10th ed., 170 2013)

171 ACKERMAN, לעיל ה"ש 23, בעמ' 640.

172 סעיף 92 לחוק היסוד.

173 לוריא, ממונים על הצדק, לעיל ה"ש 86, בעמ' 48.

כאמור, הסמכות להעביר ביקורת חוקתית שמורה רק לבית המשפט המיועד לכך – בית המשפט החוקתי, ובשל כך הוא נתפס כמגן החוקה. יש לו סמכות מפורשת להעביר ביקורת חוקתית נגד חוקים, פדרליים ומדינתיים, שפוגעים ללא הצדקה מספקת בזכויות האדם. הליכי המינוי לבית המשפט החוקתי שונים מהליכי המינוי לבתי המשפט הרגילים. השופטים בו אינם ממונים אלא נבחרים, מחציתם על ידי הבונדסטאג ומחציתם על ידי הבונדסראט, וכהונתם נמשכת 12 שנים.¹⁷⁴ בכל אחד מהבתים נדרש רוב של שני שלישים, ולכן נדרשת הסכמה בין הקואליציה לאופוזיציה, ואין מדובר במינוי בלעדי של השלטון המכהן. מרגע בחירתם השופטים עצמאיים וכפופים לחוק בלבד. החלטות בית המשפט החוקתי מחייבות את כל גופי הממשלה.¹⁷⁵ הוא מוסמך לפתור סכסוכים חוקתיים בין גופי השלטון ובסמכותו לקבוע את הגבולות ביניהם ואת חלוקת תחומי הפעילות.

כמו בית המשפט בישראל, גם בית המשפט החוקתי יכול להימנע מלבטל חוק שאינו תואם את החוקה, ובמקום זאת לתת למחוקק "תקופת חסד" שבמהלכה יוכל לתקן את החוק. לעיתים מוסיף בית המשפט החוקתי בהחלטתו הנחיות למחוקק כיצד להבטיח בעתיד הלימה עם החוקה.¹⁷⁶

בית המשפט החוקתי מוסמך לשמוע עתירות ישירות של יחידים נגד רשויות המינהל (לאחר מיצוי הליכים). במיעוט המקרים בית המשפט דן בעתירות מופשטות שיכולים להגיש אזרחים, גופים מדינתיים וגופים לא־מדינתיים (גופים אלו יכולים להעמיד במבחן את תקפותו של חוק מסוים בבית המשפט החוקתי גם אם אינו נתון זה מכבר במחלוקת), ועתירות קונקרטריות שהעלה אחד הצדדים

174 סעיף 94 לחוק היסוד.

175 סעיף 93(1) לחוק היסוד.

MARY ANN GLENDON, PAOLO G. CAROZZA, & COLIN B. PICKER, COMPARATIVE LEGAL TRADITIONS: TEXT, MATERIALS AND CASES ON WESTERN LAW 88–116 (3rd ed., 2007)

לדיון בבית משפט רגיל.¹⁷⁷ בית המשפט יכול להפעיל ביקורת גם על הליך החקיקה ולבדוק אם כל שלב נעשה על פי ההליך הקבוע בחוקה.¹⁷⁸

החוקה קובעת כללים המבטיחים את עצמאות השופטים, בעיקר בקשר לשכרם ולקושי להדיחם מתפקידם.¹⁷⁹

לסיכום, גם המודל הגרמני הוא מודל פרלמנטרי דו־ביתי, אך יש בו הגדרות ברורות בחוקה בקשר לחלוקת הסמכויות, ובכללן הסמכויות לביקורת חוקתית על ידי בית המשפט העליון החוקתי. מעבר לכך, חלק חשוב בחלוקת הסמכויות וביצירת איזונים ובלמים קשור למערכת היחסים שבין הממשל הפדרלי והמדינות.

בחינה רוחבית

נערוך כעת בחינה רוחבית של מנגנונים מבניים המרסנים את שלטון הרוב במדינות שונות. הנתונים מסתמכים ברובם על מחקר שערך פרופ' עמיחי כהן מהמכון הישראלי לדמוקרטיה בשנת 2018.¹⁸⁰

כהן סקר 66 מדינות שארגון Freedom House הגדיר "מדינות חופשיות" ובדק בהן את פעולתם של מנגנונים המייצרים הגבלה על כוחו של הרוב: פיצול הרשות המחוקקת (בדרך כלל לשני בתים), מנגנון שהמליץ עליו מונטסקייה; שיטה נשיאותית, שיש בה חלוקת כוחות ואיזונים שאינם קיימים בשיטה הפרלמנטרית; פדרציה, שמכניסה רכיב של כוח למדינה ממדינות הפדרציה, המגביל גם הוא את כוחו של הרוב הפוליטי המדינתי של הפדרציה; בחירות אזוריות, שיש בהן רכיב של הגבלת כוחו של הרוב, כמו בגרמניה למשל; חברות בארגון על-לאומי שיש לו

177 סעיף 92 לחוק היסוד.

178 דפנה בן פורת וליאור בן דוד ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה: האם פתרון ראוי להתנהלות לא ראויה? (מרכז המידע והמחקר של הכנסת, 2005).

179 סעיף 97 לחוק היסוד.

180 עמיחי כהן פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט (2018) (להלן: כהן, פסקת ההתגברות).

כוח כופה (כדוגמת האיחוד האירופי); מחויבות לאמנות אזוריות לזכויות אדם, ומתוך כך – כפיפות לבית דין בינלאומי כדוגמת בית הדין האירופי לזכויות אדם; ובית משפט שיכול לפסול חוקים.¹⁸¹

ממצאיו של כהן עולה שבכל המדינות שנבדקו כוחו של הפרלמנט מרוסן באמצעות מנגנונים רבים יותר מהמנגנונים הקבועים בישראל, שבה יש מנגנון אחד בלבד: הביקורת החוקתית של בית המשפט. ב־29 מדינות יש פיצול של הרשות המחוקקת; ב־28 מדינות יש נשיא בעל סמכויות; ב־11 מדינות יש משטר פדרטיבי; 28 מדינות חברות באיחוד האירופי; 42 מדינות חתומות על אמנות זכויות אדם וכפופות לבית דין בעל השפעה; ביקורת שיפוטית קיימת ב־59 מדינות;¹⁸² ברוב מוחלט של המדינות מתקיימים בד בבד כמה מנגנונים המגבילים את הרוב, לעיתים שלושה, ארבעה ואף חמישה כאלה.¹⁸³

אם כן, מחקרו של כהן מדגיש את הקריטיות של בית המשפט בישראל, שכן הוא המגבלה היחידה למעשה על כוחו של הרוב, בניגוד למצב כמעט בכל המדינות הדמוקרטיות. הטענה שישראל יוצאת דופן לרעה משום שלא מתקיים בה עקרון הפרדת הרשויות (בפרשנותו הקשיחה) הפוכה למציאות: ישראל מתבלטת בחולשתו הקיצונית של עקרון הפרדת הרשויות בה, לפי התפיסה המקובלת והרווחת שלו – איזונים ובלמים על כוחו של השלטון. על רקע זה מתבלטת חשיבותה המופלגת של הביקורת השיפוטית בישראל וחיוניות קיומה, בהיותה המגן היחיד על החירות מפני שרירות הרוב.

זרמים לתיקון החוקה

נקודה נוספת שביקשנו להשוות היא הליך תיקון החוקה. בישראל אין שום הגבלה פרוצדורלית על תיקון חוקי היסוד, והוא נעשה על ידי הרשות המחוקקת. לאור העובדה שתיקונים חוקתיים הם שקובעים את עצם חלוקת הסמכויות ויכולים

181 שם, בעמ' 14-23.

182 מתוך בשלוש מדינות – קנדה, ובמידה מסוימת ישראל ופינלנד – יש פסקת החגברות.

183 כהן, פסקת ההגברות, לעיל ה"ש 180, בעמ' 34.

להשפיע עליה באופן דרמטי, בדקנו אילו מנגנונים משמשים לתיקון החוקה בדמוקרטיות חוקתיות אחרות.¹⁸⁴

במדינות רבות נהוגות פרוצדורות שונות לתיקון החוקה, ואולם אין מדינה שמתקיים בה מודל דומה לישראל, שבו תיקון חוקתי – כלומר חקיקתו של חוק יסוד חדש או תיקונו של חוק יסוד קיים – יכול לעבור בהליך חקיקה רגיל, ברוב רגיל, בבית מחוקקים אחד ויחיד.

במדינות שבהן יש שני בתי מחוקקים – ארצות הברית, אוסטרליה, איטליה, בלגיה, צרפת (בכפוף לחריגים), גרמניה, אירלנד, יפן, הולנד, שווייץ ועוד¹⁸⁵ – נדרש תיקון חוקה לעבור בכל אחד מהבתים. יתרה מזו, במקומות רבים נדרש לכך רוב מיוחס, למשל רוב של שני שלישים בגרמניה ובארצות הברית (בארצות הברית נדרש לאחר מכן גם אישור של שלושה רבעים מהמדינות), בליטא, באוסטריה, ביפן בפורטוגל.¹⁸⁶ בחלק מהמדינות נדרש גם משאל עם – כך באוסטרליה, בשווייץ, ביפן, ובעוד מדינות, לפחות בכל הקשור לשינוי חלק מפסקאות החוקה.¹⁸⁷

נציין כי במדינות מסוימות, כמו המדינות הנורדיות (דנמרק, נורווגיה, פינלנד, שוודיה, איסלנד),¹⁸⁸ שבהן יש בית מחוקקים אחד, כל תיקון חוקתי חייב להיעשות או בזמן בחירות או לאחר מערכת בחירות, דהיינו למעשה נערך בהן מעין משאל עם באמצעות הבחירות. במדינות אלו לא ניתן לתקן את החוקה במהלך הקדנציה, בוודאי לא בהליך מזור.

184 ניתן לטעון כמובן כי בישראל אין כלל חוקה וחוקי היסוד אינם כחוקה. מבלי להכנס לפולמוס ארוך זה, שאליו נתייחס בפרק 4, מובן כי לחוקי היסוד יש מעמד נורמטיבי עליון על חוקים רגילים, ולפחות מבחינה פרקטית הם פועלים כתחליף לחוקה.

Bjørn Eric Rasch & Roger D. Congleton, *Amendment Procedures and Constitutional Stability, in DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL DESIGN AND PUBLIC POLICY: ANALYSIS AND EVIDENCE* (Roger D. Congleton & Birgitta Swedenborg eds., 2006), 551-552

186 שם, שם.

187 שם, שם.

188 שם, שם.

לסיכום נקודה זו, המודל הישראלי מעניק כוח חריג ביותר לכנסת, כרשות מחוקקת וכרשות מכוננת, באשר להליך תיקון החוקה (באמצעות תיקון או הוספה של חוקי יסוד). משום שחוקה היא שקובעת את הפרדת הרשויות, את חלוקת הסמכויות בין הרשויות ובין עצמן ואת יחסי האזרח מול השלטון – הכוח הקיצוני שיש לכנסת לתקן את החוקה בקלות ובמהירות, ללא שום איזונים ובלמים, מעמיד בסכנה תמידית את שאר הרשויות ואת חירות האזרחים.

סיכום

ראינו כי בכל המדינות שנבדקו – כאלה שבהן הנטייה היא להפרדת רשויות קשיחה יותר (כגון ארצות הברית) וכאלה שבהן ברור כי הגישה גמישה יותר (כגון בריטניה וצרפת) – יש מנגנונים ברורים של איזונים ובלמים. בשום מקום לא פורשה דוקטרינת הפרדת הרשויות לפי גישת "החומה הסינית", דהיינו – המחוקק יחוקק, הממשלה תבצע ובית המשפט ישפוט. בכל מדינה התפתחו מנגנונים שנועדו להגן על החירות מפני התפתחות של עריצות באמצעות הגבלת רשויות השלטון ומניעה של צבירת כוח מוחלט בידי מי מהן. כן ראינו כי בשיטות פרלמנטריות העירוב בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת מובהק, ולכן נדרשים מנגנונים מיוחדים לרסן את כוחה של הרשות המבצעת השולטת דה־פקטו בפרלמנט. מנגנון חשוב כזה, שאינו קיים בישראל, הוא החלוקה לשני בתי פרלמנט. כמו כן, במדינות שבהן יש חוקה, ההליך לתיקון החוקה מבטיח שלא יהיה בידי גוף אחד הכוח לתקן לטובתו את החוקה במהירות ובקלות. כאשר משווים לכך את הנעשה בישראל, אפשר לראות כי מבחינת הפרדת הרשויות המצב בעייתי: לרשות המחוקקת יכולת פיקוח חלשה מאוד על הרשות המבצעת, וזו למעשה שולטת בה. אין בישראל ריסון פנימי בדמות שני בתי מחוקקים, ולרשות המבצעת יש גם כוח (שהיא משתמשת בו תדיר) ליצור תיקונים חוקתיים ובכך לשנות את חוקי היסוד ועימם את כללי המשחק. רובד פיקוחי נוסף הוא הרובד המחוזי או האזורי. ישראל היא מדינה ריכוזית מאוד מהבחינה הזאת. אין בה שכבות ביניים שלטוניות (מדינות או מחוזות המיוצגים בפרלמנט), שבמדינות אחרות מוסיפות אף הן רכיב המאזן ומרסן את השלטון המרכזי. מצב זה מקרב את הרשות המבצעת, השולטת בפרלמנט, להשגת כוח מוחלט, והכוח היחיד שמאזן אותה הוא בית המשפט העליון.

המודל הישראלי

בפרק זה נסקור את ההסדרים בישראל התוחמים את הפרדת הסמכויות או ביזור הסמכויות בין גופי השלטון. נתעכב בעיקר על שאלת הפרשנות של הפרדת הרשויות. תחילה נסקור את החקיקה ולאחר מכן הסדרים אחרים שעוגנו בפסיקה, בספרות ובקונבנציות חוקתיות. אחר כך נבחן בפירוט את ההתייחסות בפסיקת בית המשפט העליון למונח "הפרדת רשויות" לאורך השנים, ובעיקר בעשור האחרון.

שיטת המשטר בישראל היא פרלמנטרית ביסודה, במובן זה שיש בה בחירות לפרלמנט בלבד והממשלה תלויה באמון הפרלמנט. זו הייתה תמיד השיטה הנהוגה בישראל, למעט שנים אחדות שבהן הונהגה שיטה מעורבת, שבה הייתה גם בחירה ישירה לראשות הממשלה. מעצם העובדה שכמעט כל חברי הממשלה הם חברי כנסת, שהממשלה היא בעלת סמכות חקיקה (חקיקת משנה) ושלכנסת ולבתי הדין המינהליים יש סמכויות מעין־שיפוטיות, נובע שהמודל המשטרי בישראל מבוסס על פרשנות גמישה של הפרדת רשויות. לפיכך אין רגליים לטענה כאילו בישראל יושמה, היום או אי פעם בעבר, פרשנות קשיחה של הפרדה בין הרשויות. ההפך הוא הנכון. מובן שמתקיימת בה חלוקה או ביזור של סמכויות, אך יש בין הרשויות חפיפה, איזונים ובלמים, ויש ביניהן פיקוח הדדי. בסקירה שלהלן נעמוד בעיקר על הדומה והשונה בין ישראל לשיטות פרלמנטריות אחרות, למשל העובדה שהפרלמנט מורכב מבית אחד בלבד, שאין כלל איזונים הנובעים משיטה אזורית, ושהכנסת היא גם סמכות מכוננת. גורמים אלו מגבירים את הבעיה האינהרנטית בשיטה הפרלמנטרית: הכוח הרב מאוד שיש לממשלה בישראל, השולטת למעשה גם בכנסת. מכאן הצורך החיוני בגוף מאזן ובלתי תלוי בדמותו של בית המשפט העליון.

שיטת הבחירות

לפי השיטה הפרלמנטרית הנהוגה בישראל, הכנסת נבחרת על ידי הציבור, והממשלה תלויה באמון הכנסת. שיטת הבחירות בישראל היא של בחירות יחסיות ארציות, כלומר לצורך חישוב התוצאות נחשב שטח המדינה לאזור

בחירה אחד בלבד. זהו מצב חריג מאוד בדמוקרטיות מערביות.¹⁸⁹ שיטה זו, בצד גורמים אחרים, יוצרת פיצול פרלמנטרי רחב וריבוי יחסי של מפלגות המיוצגות בפרלמנט בישראל. היא מחלישה את הרשות המחוקקת, שמפוצלת עד מאוד ומתקשה לייצר מוקדי כוח מול כוחה של הרשות המבצעת.¹⁹⁰ כאמור, לתקופה מסוימת הונהגה בישראל בחירה ישירה לראשות הממשלה. אף ששיטה זו נזנחה היא הותירה אחריה כמה הסדרים, כמו למשל הדרישה ל"אי-אמון קונסטרוקטיבי" (שאף חזק לאחר מכן בתיקון נוסף לחוק-יסוד: הממשלה, שלפיו נדרשת הבעת אמון בממשלה חדשה בעת הצבעת אי-אמון) – עניין שהחליש עוד יותר את הרשות המחוקקת מול הרשות המבצעת. מעבר לכך, לראש הממשלה ניתנה סמכות לפזר את הכנסת (בהיוועצות עם הנשיא, ובתנאי שאין חבר כנסת אחר שמצליח להרכיב ממשלה) – שלא הייתה לו לפני תקופת הבחירה הישירה. סעיפים אלו חיזקו עוד יותר את מעמדה של הממשלה, החזק ממילא, מול הכנסת. שלא במקרה, למעט פעם אחת יוצאת דופן,¹⁹¹ ממשלות בישראל אינן נופלות בהצבעות אי-אמון, והדרך היחידה להביא לנפילתן היא למעשה באמצעות פיזור הכנסת באמצעות חקיקה. אין להתפלא שבמצב דברים זה, הכנסת נרתעת מאוד מלהפיל את הממשלה ולהביא לבחירות.

שלוש הרשויות בישראל

האנומליה העיקרית בישראל היא היעדרה של חוקה פורמלית שלמה. היעדר זה מתבלט כאשר בודקים את חלוקת הסמכויות בין הרשויות בישראל. בחוקי

189 הס, הפרדת רשויות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 188. איסלנד חריגה בעניין זה, וגם בהולנד נהוגות בחירות יחסיות לא מחוזיות, אך בהולנד יש שני בתי פרלמנט.

190 שם, בעמ' 18. ניתן גם לטעון שבמובן מסוים הפיצול הזה מחליש את הממשלה, משום שאין מפלגה שיש לה כוח מוחלט בפרלמנט.

191 המקרה היחיד שבו נפלה ממשלה בישראל בעקבות הצבעת אי-אמון היה ב-15.3.1990. 60 חברי כנסת תמכו בהצעה ו-55 התנגדו, וכך הופלה ממשלת הליכוד בראשות יצחק שמיר, שהייתה ממשלת אחדות. המהלך, שנועד להביא לכינון ממשלה חדשה בראשות שמעון פרס, כונה לימים "התרגיל המסריח". הוא נכשל, ולבסוף הוקמה מחדש ממשלת ליכוד.

היסוד אין כל אזכור לא ל"רשות מחוקקת" או לסמכות החקיקה של הכנסת.¹⁹² בניגוד למצב השכיח, שבו יש חוקה המסדירה את הסמכויות במפורש. חוקי היסוד גם אינם מאזכרים במפורש "רשות שופטת". יוצאת מן הכלל היא הרשות המבצעת, שמוגדרת כך בפירוש בחוק-יסוד: הממשלה. האנומליה מתחדדת עוד יותר, בהתחשב בכך שחוקי היסוד אינם משוריינים כלל (למשל חוק-יסוד: השפיטה ורוב הסעיפים בחוק-יסוד: הכנסת), ובמקום שיש בו שריון, כמו בחוק-יסוד: הממשלה, מדובר ברוב קואליציוני של 61 חברי כנסת. כלומר, בניגוד לכל הדמוקרטיות בעולם כמעט, עצם ההגדרה של גבולות הגזרה בין הרשויות ושל חלוקת הסמכויות ביניהן נתונה לשינוי בקלות וללא הליך מיוחד. בעיקר שברירי מעמדה של הרשות השופטת, שבניגוד לרשות המבצעת והמחוקקת אינה מחזיקה בסמכויות חקיקה (כמו הרשות המחוקקת) ואינה משפיעה על החקיקה או שולטת בה (כמו הרשות המבצעת), ולכן העובדה שמעמדה אינו משוריינ מעמידה אותה בסכנה תמידית של פלישה לסמכויותיה ושל פגיעה בהן על ידי כל רוב פוליטי מקרי.¹⁹³

הכנסת

בחוק-יסוד: הכנסת לא מוזכרת כלל סמכות החקיקה של הכנסת. סעיף 1 לחוק מגדיר את הכנסת "בית הנבחרים של המדינה". סמכות החקיקה מוזכרת למעשה רק בחוק המעבר, תש"ט-1949, המגדיר את הכנסת כבית המחוקקים ומפרט באורח מינימלי מי חייבים לחתום על החוק ואת החובה לפרסמו ברשומות. כל שאר ההסדרים הנוגעים לחקיקה אינם מופיעים בחקיקת יסוד ואפילו לא בחקיקה רגילה, אלא בתקנון הכנסת. במרוצת השנים עלו הצעות אחדות לחוק-יסוד: חקיקה, אך הן עלו בתוהו. בהצעה שהועלתה בשנת 2018, שהיא הרת אסון בעינינו, נדון בפרק 6.

192 התייחסות עקיפה אחת מופיעה בכל זאת בסעיף 46 לחוק-יסוד: הכנסת - העובדה שהרוב הנדרש לפגיעה באופי הבחירות נדרש לשלוש קריאות.

193 יצחק זמיר "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א 96 (תשנ"ב) (להלן: זמיר, "הסמכות המינהלית").

באופן ייחודי למדי – הכנסת, שהיא בית מחוקקים יחיד (ללא בית עליון), היא גם הסמכות המכוננת. מגילת העצמאות הטילה על האספה המכוננת שתיבחר בבחירות משימה יחידה – לכוון חוקה. הכנסת הראשונה שנבחרה הייתה גם לרשות המחוקקת, אך מעולם לא איבדה את סמכותה המכוננת.¹⁹⁴ גם החלטת הררי שהתקבלה בכנסת הראשונה נתנה ביטוי לכך שחוקי היסוד שהכנסת מכוננת הם למעשה פרקים מתוך החוקה לעתיד, ומכאן שבינתיים הם תחליף לה. דהיינו, לפי המצב הקיים, כפי שהוכרע לבסוף בפסק דין **בנק המזרחי**,¹⁹⁵ לכנסת יש סמכות לכוון חוקי יסוד. על כך נוספת העובדה שאין כיום שום הליך מיוחד לחקיקת חוק יסוד ולא נדרש רוב מיוחד לחקיקתו של חוק כזה, למעט במקרה של תיקון חוק יסוד ששוריין בעבר (כגון חוק יסוד: הממשלה או חוק יסוד: חופש העיסוק).

לאחרונה, בעניין **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**,¹⁹⁶ עלתה בפסיקת בית המשפט העליון השאלה אם סמכות הכנסת לכוון חוקים היא בלתי מוגבלת, או שמה בישראל, כמו בחלק ניכר ממדינות העולם, יש מקום לפיתוח של דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" (ראו הדיון להלן בפרק 5). גם בלי לקבוע עמדה בשאלה זו, אין ספק שלמעט מקרים קיצוניים, שעליהם ניתן כאמור לטעון שיש פיקוח שיפוטי על הסמכות המכוננת, לכנסת יש כוח רב מאוד לכוון חוקי יסוד לפי שיקול דעתה. צירוף כזה של סמכות מכוננת שיכולה לחוקק חוקי יסוד ללא כל מגבלה מהותית או תהליכית (אפילו לא דרישה לרוב מיוחד), שעשויה מבית מחוקקים יחיד ושאינו בה ייצוג אזורי כלשהו – הוא חסר תקדים בדמוקרטיה המערביות, כפי שהוצג בניתוח המשווה לעיל. מצב דברים שבו לבית המחוקקים (בית אחד בלבד) יש גם סמכות מכוננת בלתי מוגבלת, וזו אינה מותנית ברוב מיוחד או בהליך מיוחד של אישור – הוא נדיר ומסוכן מבחינת הכוח הרב שניתן לרשות המחוקקת.

194 קלוד קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" **משפטים** 51, 53-54 (תש"ל).

195 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי** פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: **עניין בנק המזרחי**).

196 בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 6.9.2017) (להלן: **עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**).

יש המכנים את הכנסת "הריבון". זוהי שגיאה, משום שבדמוקרטיה רק העם הוא הריבון. אחרים רואים ברשות המחוקקת "רשות עליונה" בדמוקרטיה פרלמנטרית. זוהי עמדה מורכבת יותר, שכן הכנסת מייצגת את העם, וסמכותה אכן ייחודית משום שהיא נשענת ישירות על בחירת העם ("ראשונה בין השוות"). אך אין פירושו של דבר שהכנסת עליונה על פני הרשויות האחרות שהמשטר החוקתי מקנה להן סמכויות לקדם את האינטרס הציבורי ולהגן על זכויות הפרט. עם זאת, בישראל, משום עליונותם של חוקי היסוד, לנוכח סמכותה המכוננת של הכנסת אכן אפשר לומר שמבחינה זו היא "עליונה"¹⁹⁷.

הממשלה

בניגוד לרשות המחוקקת ולרשות השופטת, הממשלה מוגדרת במפורש כ"רשות המבצעת של המדינה" בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה. החוק גם קובע במפורש כי הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת ואחראית לפניה אחריות משותפת.¹⁹⁸

סמכויות הרשות המבצעת נרחבות ביותר, ומפורטות בעיקרן בחוקים ספציפיים המסמיכים לפעולה שרים וגופים ביצועיים, רובם חוקי מסגרת כלליים המשאירים פתח נורמטיבי רחב להתקנת תקנות. תקנות שיש בהן ענישה פלילית מחייבות אישור בוועדה הרלוונטית בכנסת.¹⁹⁹ עם זאת, ייחוד הסמכות של הממשלה כגוף קולקטיבי, מעבר לסמכויות שהוגדרו ספציפית בחוק-יסוד: הממשלה – להכריז מלחמה ולהתקין תקנות – הוא בסמכות השיורית שלה, במקרה שזו אינה מוטלת בדין על רשות אחרת.

חשובה ביותר היא סמכות התקנת התקנות, וכך גם סמכות התקנת תקנות "שעת חירום", שהיא ביטוי מובהק לגישה ה"גמישה" של חלוקת הסמכויות בישראל – בידי הרשות המבצעת נתונה סמכות חקיקה. אומנם מדובר בחקיקת משנה, אבל זוהי חקיקה לכל דבר.

197 ברק, שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 16, בעמ' 98.

198 סעיפים 3 ו-4 לחוק-יסוד: הממשלה. גם נוסח שבועת השרים מבטא את מחויבות הממשלה לקיים את החלטות הכנסת.

199 סעיף 21א לחוק-יסוד: הכנסת.

בישראל אין חובה שהשרים יהיו חברי כנסת, למעט ראש הממשלה, אך על פי שלרוב זהו המצב בפועל. בכנסת ה-20 הוכנס תיקון שכונה "החוק הנורווגי הקטן", המאפשר לשרים ולסגני שרים (אחד מכל סיעה) להתפטר מהכנסת, התפטרות שניתן לחזור ממנה במקרה של שינוי בהרכב הממשלה. בעקבות החוק אכן התפטרו כמה שרים וסגני שרים מהכנסת, ואולם עדיין רוב גדול מחברי הממשלה, השרים וסגני השרים מכהנים גם כחברי כנסת. אחת ההשלכות של מצב זה היא שמספר חברי הכנסת בקואליציה שאינם מאיישים תפקיד בממשלה הוא קטן, ולפיכך נותרים חברי כנסת מעטים שיכולים לכהן בוועדות הכנסת (ששרים או סגני שרים לא יכולים להיות חברים בהן), שבהן נעשית עבודת החקיקה המעמיקה והמשמעותית.

הרשות השופטת

אין חוק המגדיר מהי הרשות השופטת בישראל. בהיעדר חוקה, חוק-יסוד: השפיטה מגדיר את עצמאות השופט: בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות השפיטה זולת מרותו של הדין. זוהי עצמאות במובנה המהותי.²⁰⁰ עצמאות במובן האישי מוגנת באמצעות אי-תלותו של השופט מבחינת משכורתו, משרתו ומעמדו.²⁰¹ בחוק-יסוד: השפיטה יש גם סעיפים המבטיחים הגנה על השופט במובן זה.²⁰² ואכן, הרשות השופטת בישראל נהנית ממידה רבה של עצמאות, שכן השופט אינו עומד לבחירת העם, אינו חייב דין וחשבון לעם ואינו פועל להגשמת "מצע" פוליטי כלשהו.²⁰³

אך הסוגיה המורכבת יותר היא עצמאות מערכת המשפט במובנה המוסדי, ועצם קיומה הנפרד כרשות שופטת. במילים אחרות: עד כמה יש בסמכותה

200 לוריא, ממונים על הצדק, לעיל ה"ש 86, בעמ' 22.

201 שם, שם.

202 כך למשל, חקירה פלילית נגד שופט תיפתח רק באישור היועמ"ש, ופגיעה בתנאי עבודתו של שופט תיעשה רק בהסכמת נשיא בית המשפט העליון.

203 רובינשטיין ומדינה, המשפט החוקתי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 130.

להחליט בעצמה, ללא התערבות חיצונית, בעניינים הנוגעים למבנה המערכת ולענייני מינהל, תקציב וכוח אדם.²⁰⁴

עצמאותה של מערכת המשפט בישראל חלקית ביותר. למעשה, מקצת סמכויות ניהולה נתונות בידי שר המשפטים – למשל, התקנת תקנות בנוגע לסדרי דין, הקמת בתי משפט חדשים ומינוי נשיאי בתי המשפט; מקצתן בידי נשיא בית המשפט העליון ונשיאי בתי המשפט האחרים – למשל, ניהול בתי המשפט הספיציפיים; ומקצתן בידי נשיא בית המשפט העליון ושר המשפטים במשותף – למשל מינוי מינהל בתי המשפט. פורמלית, בתי המשפט הם יחידת סמך במשרד המשפטים, ולפיכך התלות שלהם במשרד המשפטים ברורה.²⁰⁵ למרות הצורך בעצמאות בתי המשפט והנימוקים הברורים בעד הפחתת תלותם – בעיקר ברשות המבצעת וספיציפית במשרד המשפטים – יש גם נימוקים, הנובעים מאחריותיות הממשלה ונבחרי הציבור ליעילות המערכת, התומכים בתלות מסוימת של המערכת בממשלה וברשויות האחרות.²⁰⁶ השורה התחתונה היא שהרשות השופטת בישראל היא חלשה ביותר מבחינת עצמאותה, ולפי החוק הקיים היא תלויה מהותית, מבחינה מוסדית, ברשויות האחרות ובעיקר ברשות המבצעת.

סמכויות בתי המשפט

את סמכויות השיפוט של בתי המשפט ושל בתי הדין קובע חוק-יסוד: השפיטה. החוק מעניק סמכויות כאלה גם ל"רשויות אחרות",²⁰⁷ שברור כי הן גופים מינהליים הפועלים על פי דין ומפעילים סמכויות שיפוט אף שאינם כפופים למערכת המשפט הרגילה. זוהי דוגמה נוספת לגישה הגמישה של חלוקת הסמכויות בישראל: סמכויות שיפוט אינן נתונות אך ורק בידיה של הרשות השופטת, והן מסורות למאות גופים מינהליים ספיציפיים.²⁰⁸ על סמכויות בתי המשפט לקיים

204 לוריא, ממונים על הצדק, לעיל ה"ש 86, בעמ' 26. וראו גם רובינשטיין ומדינה, המשפט החוקתי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 141.

205 לוריא, ממונים על הצדק, לעיל ה"ש 86, בעמ' 29.

206 שם, בעמ' 199.

207 סעיף 1(א) לחוק-יסוד: השפיטה.

208 ראו ברור ברכה משפט מינהלי 102 (1997). לפי ברכה, יש בישראל יותר ממאתיים טריבונלים כאלה. ראו גם יצחק זמיר "בתי דין מנהליים: הקמה, הרכב ומינהל" ספר תמיר 89 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים, 1999).

ביקורת שיפוטית על החלטות המינהל וביקורת חוקתית על חקיקת חוקים נפרט בתת-פרק העוסק בפיקוח ההדדי בין הרשויות.

מינוי השופטים

בישראל ממונים שופטים על ידי ועדה מעורבת שארבעה מתוך תשעת חבריה הם פוליטיקאים: שר המשפטים, שר נוסף מהממשלה ושני חברי כנסת הנבחרים בבחירות חשאיות בכנסת (לפי הנוהג – שלא קיים בכנסות ה-18 וה-20 – אחד מהם מהאופוזיציה ואחד מהקואליציה). עוד חברים בוועדה שני נציגים שנבחרים על ידי לשכת עורכי הדין, נשיא בית המשפט העליון ושני שופטים מבית המשפט העליון. מינוי שופט דורש רוב רגיל בוועדה, ומינוי שופט לבית המשפט העליון דורש רוב מיוחד של שבעה מתוך חברי הוועדה.

על אף הביקורת הרבה שנמתחת על הליך מינוי השופטים בישראל, ההליך מייצג איזון בין תפיסה מקצועית של המינוי, המשתקפת בדומיננטיות של אנשי המקצוע בוועדה, ובין תפיסה שמבקשת להכניס גם ייצוגיות וגיוון, המשתקפת במשקלם הרב של הפוליטיקאים בוועדה. כשהדברים אמורים במינוי שופט לבית המשפט העליון, יש לפוליטיקאים זכות וטו (וכך גם לשופטים). לכן מינוי שופטים לבית המשפט העליון מחייב משא ומתן והסכמות בין נציגי בית המשפט לפוליטיקאים. ליו"ר הוועדה, שר המשפטים, יש כוח פרוצדורלי נוסף, שכן ביכולתו לכנס או שלא לכנס את הוועדה.

מובן שמינוי בהרכב הוועדה שיאפשר מינוי פוליטי טהור יפגע קשות בעצמאות השופטים ומערכת המשפט ויהפוך את המינויים ואת המערכת לפוליטיים. כמתואר בסקירת המשפט המשווה, וגם בסקירות רחבות יותר,²⁰⁹ ברוב המכריע של השיטות סמכות המינוי למוסד העליון של השפיטה אינה נתונה בידי מוסד פוליטי אחד השולט באותה העת ויכול למנות לפי שיקול דעתו המוחלט רק שופטים כלבבו, כפי שיש המבקשים לעשות אצלנו (הראינו בפרק הקודם שגם בארצות הברית זה איננו המצב: מינוי על ידי הנשיא דורש את אישור הסנאט, שנבחר בבחירות נפרדות ובשיטה אזורית; גם בגרמניה סמכות המינוי נתונה בידי הרשות המחוקקת, אך יש צורך לקבל את אישורם של שני בתים ברוב חוצה

209 ראו גם לוריא, שיטת מינוי השופטים, לעיל ה"ש 83.

קואליציה)²¹⁰. יתר על כן, במינוי שכזה אין היגיון אפילו לשיטתם של הטוענים כי שיטת המשפט אמורה לייצג את השלטון הנבחר: הרי שופטים מתמנים לתקופה ארוכה מאוד, שאינה בהכרח חופפת לתקופת השלטון, ואין היגיון שכוח פוליטי שליט ברגע מסוים יוכל להשפיע השפעה כזאת רק משום שבמקרה נופל בחלקו למנות מספר גדול של שופטים.

מהתלות המסוימת של המערכת המשפטית ברשות המבצעת, ומכך שעצם המינוי לרשות השופטת נעשה במעורבות משמעותית של נציגי הרשות המבצעת והשופטת, עולה כי יש כאן רכיב מובהק של איזונים ובלמים בין הרשויות. אולם ככלל, השופטים משתייכים לרשות נפרדת. ההכרה בכך (או לכל הפחות, ההכרה הסמלית) משתקפת בעובדה שרשמית, עצם מינוים של השופטים נעשה על ידי נשיא המדינה, והוא זה שהשופטים מצהירים לפניו אמונים. בהשבעת השופטים הראשונה בעקבות חקיקת חוק השופטים, תשי"ג-1953, רעיון זה הובע בנאומיהם של נשיא בית המשפט דאז משה זמורה ושל שר המשפטים פנחס רוזן, שטען כי "הכנסת בקבעה כי הצהרת האמונים תוצהר בפני נשיא המדינה הדגישה הדגשת יתר, כי רשות השופטים רשות נפרדת היא [...] כשם שהנשיא בעצמו, חברי הכנסת וחברי הממשלה מצהירים בפני העם כולו, באמצעות נציגת העם, היא הכנסת, כן השופטים באמצעות הנשיא"²¹¹.

היחסים בין הממשלה לכנסת

השיטה הישראלית היא שיטה פרלמנטרית, ומכך נובעים רוב היחסים בין הממשלה לכנסת. הממשלה תלויה באמון הכנסת ומחויבת לקיים את החלטותיה, וכך נקבע

210 צריך להביא בחשבון גם את התרבות הפוליטית, שכן גם במקום שיש סמכות למינוי פוליטי, השאלה היא אם נעשה מאמץ להפעיל אותה בדרך מקצועית ועניינית ולבחור את המתאימים ביותר או שהמינוי משועבד לשיקולים פוליטיים-מפלגתיים. במדינות מתוקנות התרבות הפוליטית היא מהסוג הראשון. בקנדה, למשל, סמכות המינוי נתונה בידי ראש הממשלה, אך לפי התהליך הבלתי פורמלי הנהוג שם, השופטים ממונים לאחר המלצה של ועדה עצמאית מקצועית. ראו לוריא, שיטת מינוי השופטים, שם.

211 ארכיון המדינה גל-3291/12, אצל גיא לוריא ויאיר שגיא טקסט הצהרת האמונים של השופטים בישראל: היסטוריה, תאולוגיה, וסוציולוגיה ארגונית (טרם פורסם).

גם בהצהרת האמונים של השרים. חקיקת הכנסת מסמיכה את הממשלה לתקן תקנות, וכאמור לעיל תקנות בעלות תוקף פילי טעונות אישור של הוועדה הרלוונטית בכנסת.

ואולם בפועל ברור כי שליטתה של הממשלה ברוב הקואליציוני בכנסת (רוב אוטומטי כל עוד הממשלה יציבה) הופכת את היוצרות, ובמובנים רבים לא הממשלה היא "סוכנות הביצוע" של הכנסת, אלא הכנסת היא "סוכנות החקיקה" של הממשלה. אמר זאת השופט נועם סולברג בבג"ץ קוטינסקי:

דברים אלו נכונים ביתר שאת בשיטת המשטר הפרלמנטרית הנהוגה בישראל, שבה מחזיקה הרשות המבצעת ברוב מקרב חברי הרשות המחוקקת; כפועל יוצא מכך בדרך כלל "שולטת" הממשלה בכנסת הלכה למעשה.²¹²

וכך כתב גם יגאל מרזל במאמרו "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת":²¹³

אכן לא פעם במשטר פרלמנטרי הממשלה מורכבת מחברי הפרלמנט עצמם (ברובה או כולה). על רקע זה תפיסה של הפרדת רשויות מלאה אינה אלא "פורמליזם לגליסטי", ובמידה רבה ניתן להגדיר את הממשלה ביתר דיוק: "החלק המוביל" של הפרלמנט. כוחה העודף של הממשלה כלפי הפרלמנט עצמו ובמסגרתו בא לידי ביטוי בין היתר ברוב שיש לה בפרלמנט,

212 בג"ץ 10042/16 קוטינסקי נ' הכנסת (6.8.2017), בס' 39 לפסק דינו של השופט סולברג (להלן: עניין קוטינסקי). וראו גם דבריו של השופט רובינשטיין בעניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 196, פסקה יד:

מכאן, כי באופן אינהרנטי לשיטת הממשל הישראלית, הממשלה נתמכת בידי מרבית חברי הכנסת הבאים מקרב סיעות הקואליציה, ומכאן שהאפשרות הפוליטית שבידי הכנסת לחוקק חוקים בניגוד לעמדת הממשלה מעיקרא פחותה, ובמיוחד נוכח הנהגה שהשתרש של "משמעת קואליציונית", במסגרתו מונעת הממשלה מחברי הקואליציה לתמוך בהצעות חוק מסוימות של חברי האופוזיציה – או להיפך, היא מחייבת אותם לתמוך בהצעות חוק ממשלתיות, כתנאי להמשך השתייכותם לקואליציה ולחברותם בממשלה.

213 יגאל מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות אמון בדין הישראלי 185 (רות פלאטורשנר ויהושע [שוקי] שגב עורכים, 2016).

הוא מעוגן לא פעם בהסדרים חוקתיים ותקנוניים המקנים לה שליטה בפרלמנט. ניתן אף לראות תהליך של החלשת הפרלמנט ואפילו העברת כוח החקיקה מן הפרלמנט לממשלה.

בעשורים האחרונים התבסס מעמדה של ועדת השרים לענייני חקיקה, והיא שלמעשה מכריעה ברוב המקרים אילו חוקים יעברו בסופו של דבר בכנסת ואילו לא יעברו. למרות התחזקות מעמדה של החקיקה הפרטית בישראל, עדיין חלק ניכר מן החקיקה הוא חקיקה ממשלתית,²¹⁴ וגם החקיקה הפרטית שמאושרת לא תעבור ללא אישור בוועדת השרים לענייני חקיקה.²¹⁵ בכל הקשור לתקציב ולחוק ההסדרים שליטת הכנסת בחקיקה רופפת אף יותר מאשר במצב רגיל, והממשלה היא שמכתיבה את הטון. במציאות זו מתרחשים מקרי קיצון כמו זה שנידון בבג"ץ קוויטניסקי, שבו בחן בית המשפט אם שליטת הממשלה בתהליך החקיקה "חצתה את הגבול" ופגעה למעשה בעקרון הפרדת הרשויות (בכך נדון בפירוט בפרק העוסק בפסיקות בית המשפט העליון). זהו ביטוי מובהק נוסף לגישה הגמישה ביישומה של הפרדת רשויות בישראל. אין כאן הפרדה מלאה אלא חלוקת סמכויות, מקצתן מבוצעות בשיתוף פעולה בין הרשויות ובפיקוחן ההדדי זו על זו. עמד על כך פרופ' יצחק זמיר:

[...] כך אפילו הכנסת, שיש בה רוב קואליציוני, התומך בדרך כלל בממשלה ובמידה מסויימת אף כפוף לה. במצב זה יכולה הממשלה להשיג מן הכנסת סמכויות נוספות, גורפות וקיצוניות, אף מעבר לנדרש, בקלות יחסית. הכנסת עשויה

214 בכנסות האחרונות מוגשות אלפי הצעות חקיקה פרטיות. בכנסת ה-20 הוגשו יותר מ-5,000 הצעות כאלה (ראו "הכנסת ה-20: חברי הכנסת שברו את שיא החקיקה הפרטית מאז קום המדינה" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (4.6.2018)). על פי דוח שפרסם משרד המשפטים ביולי 2018, 77% מהצעות החוק הממשלתיות שהונחו על שולחן הכנסת ה-20 הושלמו במהלך כהונתה, לעומת 3% בלבד מההצעות הפרטיות שהגיעו לידי השלמה (ראו אבי ליכט דו"ח חקיקה 2017: ייעוץ וחקיקה (מאי 2018) (להלן: ליכט, דו"ח חקיקה)). בסך הכול הושלמו עד כתיבת הדוח בחודש מאי 2018 יותר מ-300 הצעות חוק ממשלתיות וכ-156 הצעות פרטיות. החקיקה הפרטית עוקפת למעשה את מנגנון האיזונים והבלמים ואת המערך המקצועי של משרדי הממשלה, המעורב בניסוח הצעות החוק הממשלתיות.

215 בכנסת ה-20 הגיעו רק 35% מהצעות החקיקה הפרטיות לדיון בוועדת השרים לחקיקה, ומתוך אלה שעלו בה לדיון – רק ב-16% החליטה הוועדה לתמוך (ליכט, דו"ח חקיקה, שם, בעמ' 24-25).

להיענות לממשלה בקלות יחסית גם משום שהיא מורכבת מבית אחד בלבד ואין לה, כפי שמקובל במדינות רבות, בית שני שתהיה לו השפעה ממתנת על החקיקה ובשעת הצורך גם כח מרסן.²¹⁶

לסיכום, במילותיו של מנחם בגין כאשר ביקש להצדיק את עקרון עליונות המשפט:

עליונות המשפט תתבטא בכך, שלחבר שופטים בלתי תלויים תוענק [...] הסמכות לחרוץ משפט, במקרה של קובלנה, האם החוקים, המתקבלים עליידי בית הנבחרים (המתקבלים, כפי שראינו, בהשפעה ניכרת או מכרעת של הממשלה) מתאימים לחוק היסוד או סותרים את זכויות האזרח שנקבעו בו. [...] למדנו כי רוב פרלמנטרי נבחר יכול להיות מכשיר בידי קבוצת שליטים ומסווה לעריצותם. על כן חייב העם, אם הוא בוחר בחרות, לקבוע את זכויותיו גם מול בית הנבחרים, לבל יוכל הרוב שבו, המשרת את השלטון יותר מאשר הוא מפקח עליו, לשלול את הזכויות הללו.²¹⁷

לכנסת יש כלים אחדים לפיקוח על הממשלה. למעשה, תפקיד חשוב של הכנסת, שבישראל הוא מוזנח יחסית, הוא להיות גם רשות מפקחת: להשיג מטעם נבחר העם שהממשלה מקיימת את האינטרס הציבורי, לתת פומבי לפעולותיה, לכפות עליה להסביר את מעשיה ולגנות אותה במקרי הצורך.²¹⁸ המוסדות העיקריים המשמשים את הכנסת לפיקוח על הממשלה הם הוועדות הפרלמנטריות, מוסד ביקורת המדינה, תקציב המדינה, תשאל ושאלות והצעות לסדר היום. לפי מחקרה של חן פרידברג, הזירה העיקרית שבה בא לידי ביטוי פיקוח הכנסת על הממשלה היא הוועדות,²¹⁹ ואילו הכלי המקצועי ביותר הוא מבקר המדינה.²²⁰

216 זמיר, "הסמכות המינהלית", לעיל ה"ש 193, בעמ' 96.

217 מנחם בגין, נאום בכנסת, 1956.

218 חן פרידברג וראובן חזן פיקוח הכנסת על הממשלה: תמונת מצב והצעה לרפורמה 21 (מחקר מדינות 77, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009) (להלן: פרידברג וחזן, פיקוח הכנסת על הממשלה).

219 שם, בעמ' 30.

220 שם, בעמ' 33.

לטענתה של פרידברג, חולשת הפיקוח במשטר הפרלמנטרי, יחסית למשטר נשיאותי שהפיקוח בו חזק יותר, אינה אינהרנטית, ויש מדינות שהפיקוח בהן על הרשות המבצעת יעיל למדי, בהתאם לגורמים שונים – מבניים, פוליטיים ומשטריים – המייחדים אותן. אולם פרידברג מראה שרמת הפיקוח של הכנסת הישראלית על הממשלה נמוכה מאוד, בין השאר משום כוחה של המשמעת הסיעתית בכל הנוגע לפעולת הוועדות,²²¹ ומשום שכאמור לעיל מעטים חברי הכנסת מהקואליציה שיכולים להתמנות לוועדות (כלומר שאינם חברים בממשלה) ולכן הם חברים בו בזמן בוועדות רבות. באשר לכלי השאילתות, נמצא שהוא כמעט שאינו משיג את מטרותיו.²²² מסקנות המחקר הן שמבחינה מבנית אין בידי הכנסת מספיק כלים כדי שתוכל לפקח באמצעותם על הממשלה, והיא אינה מפעילה ביעילות את הכלים שברשותה.²²³

לסיכום, הכנסת אמורה להיות רשות שמפקחת על הרשות המבצעת, אך בפועל – גם מבחינת הכלים שיש לה וגם מבחינת הפעלתם של כלים אלו הלכה למעשה – הפיקוח שלה רופף למדי. בד בבד, לממשלה יש כלים להשפיע על רוב הפעילות בכנסת משום הרוב הקואליציוני המובנה שלה במליאת הכנסת ובכל הוועדות המחוקקות. יש בכך כדי לפגוע בביזור הסמכויות ובמימוש הרציונל של איזונים ובלמים, שהוא הגבלת כוחה של הממשלה.

היחסים בין הממשלה ובין בית המשפט

על סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה והרשות המבצעת (ביקורת מינהלית) מלמדים סעיפים 15(ג) ו-1(ד) בחוק ייסוד: השפיטה. סעיפים אלו מעניקים לבית המשפט סמכות רחבה ביותר לתת צווים לרשויות המדינה ולכל גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין:

221 שם, בעמ' 74.

222 שם, בעמ' 94.

223 שם, בעמ' 100 ו-113.

- (ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור דיון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.
- (ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק -
- (1) לתת צווים על שחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין;
 - (2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין - להימנע מלפעול;
 - (3) לתת צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות על פי דין - למעט בתי משפט שחוק זה דן בהם ולמעט בתי דין דתיים - לדון בענין פלוני או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני, ולבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה שלא כדין;
 - (4) לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בענין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני שלא לפי סמכותם; ובלבד שלא ייזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהיתה לו; ואם לא היתה לו הזדמנות סבירה לעורר שאלת הסמכות עד שניתנה החלטה על ידי בית הדין הדתי, רשאי בית המשפט לבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות.

אם כן, תפקידו הקלסי של בית המשפט העליון כבית המשפט הגבוה לצדק הוא לבדוק אם הרשות פעלה כדין או חרגה מסמכותה. בעשורים הראשונים לאחר הקמתו פיתח בג"ץ, במהלך שיכול להיחשב לאקטיביסטי ביותר בתולדותיו, מעין "מגילת זכויות שאינה כתובה עלי ספר"²²⁴. באמצעות פסיקתו, כפי שנעשה בפסיקה במדינות אחרות, ובמסגרת קליטת המשפט המקובל עם קום

המדינה, גיבש בג"ץ את עילות ההתערבויות המינהליות – חריגה מסמכות, שיקולים זרים, ניגוד עניינים, הפרת כללי הצדק הטבעי, חוסר סבירות ועילות נוספות. במקרים רבים, ההתערבויות האלה הן דרך למנוע פעולה שלטונית שגבוהה ההסתברות שהיא נגועה בשחיתות,²²⁵ ויש בהן גם כדי לשמש בלם נגד עריצות שלטונית. נציין שקיומה של ביקורת שיפוטית כזאת על הרשות המבצעת אינו נובע מהדמוקרטיה אלא מעקרון שלטון החוק, שקדם אף לעקרונות הדמוקרטיים.

יש שיטענו כי זוהי פגיעה בהפרדת הרשויות. על כך עונה בספרו נשיא בית המשפט העליון ברק כי לא רק שהתערבות זו אינה פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות, ההפך הוא הנכון – היא שמגשימה אותו, משום שבית המשפט בהתערבותו מוודא כי הממשלה אכן מקיימת את הדין ולא חורגת מסמכותה:

אין זו פגיעה בסמכותה של הממשלה או של אחד משריה, ואין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, אם הרשות השופטת קובעת כי הממשלה או השר חרגו מסמכותם או הפעילו אותה שלא כדיון, ועל כן פעולתם זו בטלה. נהפוך הוא: אותם גופים שחרגו מסמכותם או פעלו שלא כדיון, הם אלה אשר פגעו בעקרון הפרדת הרשויות. בית המשפט שביטל פעולות אלה שמר על עיקרון זה והחזיר לקדמותו את האיזון שהופר.²²⁶

כלומר, את הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת אפשר בעצם לתאר גם כשמירה על סמכות המחוקק, שאת הוראותיו חייבת הממשלה לקיים. מבחינה זו יש בביקורת כדי לאזן את חולשת הפיקוח של הכנסת על פעולות הממשלה, כפי שהראינו לעיל.²²⁷

225 דפנה ברק-ארז "המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית" משפטים 667, 678 (תשס"ז).

226 ברק, שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 16, בעמ' 110.

227 ראו איל בנבנישתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא (4) 797 (תשס"א). לפי בנבנישתי, בית המשפט בישראל משמש משענה עבור הכנסת ומאזן את חולשתה נגד כוחה העודף של הממשלה.

היקף סמכותו של בית המשפט להתערב בהחלטות הרשות המבצעת הורחב בשנות ה-80 וה-90, עם הרחבת זכות העמידה, הנמכת רף ה"שפיטות" ופיתוח העילה של חוסר הסבירות. על כך נמתחה ביקורת רבה.²²⁸ בחיבורנו זה אין ככוונתנו לעסוק בשאלה אם האקטיביזם השיפוטי הנקשר בשמו של השופט ברק היה מתבקש ומוצדק או שמא היו החלטות שהרחיקו לכת והתערבו במידה מוגזמת בהחלטות הרשויות. הטיעון העיקרי הוא שעצם קיומה של ביקורת שיפוטית על שאלת החריגה מהסמכות והפעלתה כדין אינו "חריג" לעקרון הפרדת הרשויות, ובוודאי אינו סותר אותו, שכן הפרשנות של מודל הפרדת הרשויות הרווחת בעולם, וגם בישראל, אינה מתווה "חומה סינית" בין הרשויות ואינה מסתייגת מכל חיכוך, מגע ופיקוח ביניהן. מכאן מובן שגם אם היו החלטות ספציפיות מוטעות, ואין מערכת שאינה טועה, הטענה שביקורת שיפוטית נרחבת היא שגויה אינה עולה בקנה אחד עם ההיגיון הבסיסי של עקרון חלוקת הסמכויות: פיקוח ובקרה על השלטון והגנה על החירות. הצבתם מחדש של מחסומי השפיטות וזכות העמידה לא רק שלא תחזק את ההגנה על הפרדת הרשויות, אלא ההפך, היא תסכל את קיומה של הגנה כזאת, שכן היא תמנע ביקורת אפקטיבית המוודאת כי הממשלה מקיימת את החוק – ביקורת חיונית לקיומם של אזיונים ובלמים, הרציונל העיקרי של ביזור הסמכויות.

באשר לעילת הסבירות, אפשר לטעון כי במקרה ספציפי כזה או אחר חצה בית המשפט את הגבול. אך אין בעילת הסבירות כשלעצמה משום קבלת ההחלטה **במקום** הרשות המקבלת את ההחלטות (בכך אנו דנים בהרחבה בפרק הסיכום וההמלצות).

באשר למעורבותה של הממשלה בפעולת הרשות השופטת והשפעתה עליה: ראשית, כמתואר לעיל, לממשלה כוח רב בתחום החקיקה, בעיקר באמצעות שליטתה בכנסת. לפיכך היא יכולה להגיב על פסקי דין של בית המשפט כאשר הוא מורה כי פעולתה מנוגדת לדין ולתקן את החקיקה וכך נעשה במקרים אחדים.²²⁹

228 ראו למשל רות גביזון, "מעורבות ציבורית של בג"ץ", לעיל ה"ש 60, וכן את תשובתו של קרמניצר, "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו", שם.

229 דוגמאות בולטות הן חקיקת "חוק טל" בעקבות עניין **רסלר** (910/86) **רסלר נ' שר הבטחון**, פ"ד מב(2) (441) (1988); התיקון לחוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 30) שמופאשר לשר הפנים לשלול חושבות קבע, שנחקק לאחרונה (ביום 7.3.2018), בעקבות

שנית, הממשלה משפיעה על הרכב הרשות השופטת. שני נציגי הממשלה יושבים בוועדה לבחירת שופטים: יו"ר הוועדה עצמו הוא שר המשפטים, שבידיו כוח משמעותי מעצם תפקידו ומשום שיתוף הפעולה והאינטרסים בינו ובין אנשי לשכת עורכי הדין. בשנים האחרונות, גם שני נציגי הכנסת היושבים בוועדה הם בעלי בריתה של הממשלה. מכאן שבמינוי השופטים יש לממשלה כוח רב, ואם היא זוכה לתמיכה שיטתית של נציגי הלשכה (אפילו אחד מהם) – כוח גדול מזה של השופטים היושבים בוועדה.

יתרה מזו, לשר המשפטים יש סמכויות ניהול נרחבות במערכת בתי המשפט. למעשה, כאמור, הרשות השופטת מעולם לא הוגדרה כרשות עצמאית, לא באופן פורמלי בחוקי היסוד וגם לא מבחינה מהותית, אם בוחנים את דרכי ניהולה. מכל אלה עולה כי לרשות המבצעת יש השפעה מהותית על הרשות השופטת.

יחסי הכנסת ובית המשפט

החיכוך בין הכנסת ובתי המשפט הוא שמעורר בשנים האחרונות יותר מכול את הביקורת הציבורית על בית המשפט ואת העיסוק ב"מאבק הרשויות" בישראל. פורמלית, סמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת חוקתית נגזרת מסמכותו הכללית של בג"ץ לפי סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, שצוטט ממנו לעיל. סמכות זו הופעלה בבג"ץ ברגמן²³⁰ עוד בטרם נקבעה בפסק דין **בנק המזרחי**²³¹ בבג"ץ **בנק המזרחי**, בדיון בעקבות שני חוקי יסוד שחוקקו בשנת 1992 (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק), הוכרע כי לבית המשפט יש סמכות לערוך ביקורת חוקתית, בהסתמך על פסקת ההגבלה והוראת שמירת הדינים

פסיקה בג"ץ 7803/06 אבר-ערפה נ' שר הפנים (13.9.2017), שביטלה את שלילת התושבות של אנשי חמאס; וכן תיקון פקודת העיריות (שכונה "חוק ההסמכה") משנת 1990, שהסמך רשויות מקומיות לקבוע את שעות הפתיחה של עסקים גם מטעמי מסורת דתית, בעקבות פסק דין של השופטת אילה פרוקצ'יה בבית משפט השלום בירושלים (ת"פ (י-ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' אמציה קפלן ואחי, פ"מ תשמ"ח (2), 26).

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

231 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 195.

שבחוקים אלו. גם כאן, במגבלות היריעה, אין ביכולתנו לעסוק בשאלת כוונתו ההיסטורית של המחוקק ובדיונים שנערכו סביב חקיקת חוקי יסוד אלו. בסופו של דבר התוצאה ברורה, הן מההלכה בבית המשפט העליון, שהשתרשה מאז, והן מפעולות הכנסת, ובעיקר מהימנעותה מתגובה השוללת את הלכת **בנק המזרחי** במשך שנות דור וכיבוד החלטותיו של בית המשפט שניתנו מכוח אותה הלכה. לכן הדין הוא שיש ביקורת שיפוטית על חקיקה של הכנסת.

גורמים שונים מרבים לבקר את הביקורת השיפוטית על החקיקה בטענה שמדובר בהפרה של עקרון הפרדת הרשויות. אפשר להבין את הטענה ככל שהפרשנות של דוקטרינת הפרדת הרשויות היא פרשנות קשיחה הגורסת הפרדה מוחלטת. אלא שאם הפרשנות גמישה – כזאת שלפיה יש בין הרשויות איזונים ובלמים ומגע שמטרתו לאפשר לכל אחת מהן למנוע מרעותה להשיג כוח מוחלט – ביקורת חוקתית לא רק שאינה סותרת את עקרון הפרדת הרשויות, אלא שהיא מבטיחה את קיומו.

כפי שהראינו, לכנסת בישראל יש כוח בלתי מוגבל לחוקק גם חקיקה רגילה וגם לכונן חוקי יסוד, ללא כל הליך מיוחד וללא בית עליון, בניגוד לכל מדינה דמוקרטית אחרת. כמו כן, משום שבשיטה הפרלמנטרית אין הפרדה אינהרנטית אמיתית בין הכנסת לבין הממשלה, ורוב הזמן פעילות הממשלה היא שמכתיבה את החקיקה בכנסת, בית המשפט העליון הוא הגורם היחיד שיכול למנוע כוח מוחלט מהכנסת (הנשלטת בידי הממשלה). מכאן שלפי הפרשנות הגמישה של חלוקת הסמכויות, באמצעות הביקורת החוקתית בית המשפט מוודא כי הכנסת אינה חורגת מסמכותה, אינה מחוקקת חוקים המנוגדים לחוקי היסוד, ואולי אף המנוגדים לעקרונות־על שאסור לפגוע בהם גם בחקיקת יסוד. את זאת הוא עושה מכוח סמכותו הכללית שניתנה לו בחוק־יסוד: השפיטה, מכוח חוקי היסוד ומכוח עקרונות־העל של השיטה המשפטית. נזכיר שוב שבישראל גם חסרים מנגנונים מאזנים שקיימים במדינות אחרות: בית עליון (בארצות הברית, בבריטניה ובגרמניה), ביזור סמכויות למדינות הפדרציה (בארצות הברית ובגרמניה), כפיפות לאמנה בינלאומית (בבריטניה, בגרמניה ובצרפת), איזון בין נשיא ובין הפרלמנט. ברוב מקריה של המדינות מתקיימת בדרך כלל, נוסף על כל אלה, גם ביקורת שיפוטית. ואולם בישראל מנגנון הפיקוח היעיל היחיד הוא בית המשפט העליון.

פן אחר של מעורבות בית המשפט בחקיקה הוא באקט הפרשנות.²³² כל טקסט נתון לפרשנות, ופרשנות החוק היא תפקיד חשוב של בית המשפט, ואולי אף תפקידו העיקרי. כאשר שופט מפרש את החוק ומחיל אותו על מקרים קונקרטיים,²³³ הוא לוקח חלק ביצירת המשפט; יש שיאמרו כי זוהי "חקיקה שיפוטית". התפקיד הזה של בית המשפט ליצוק תוכן פרשני במילות החוק הוא מטבעה של הפונקציה הפרשנית ולא ניתן בלעדיה.

באשר לכוחה של הרשות המחוקקת מול בית המשפט: בידי הכנסת הכוח לתקן חקיקה בעקבות פסיקת בית המשפט.²³⁴ בין הכנסת לבין בית המשפט מתקיים דיאלוג, בלשונו של השופט ברק, ואם המחוקק מחליט שהחוק פורש שלא כראוי הוא יכול לתקנו.²³⁵ בהיותה של הכנסת גם הרשות המכוננת היא יכולה לתקן גם את כללי המשחק הבסיסיים ביותר, דהיינו את חוקי היסוד (בכפוף לשאלת התיקון החוקתי שאיננו חוקתי).²³⁶ מעבר לכך, לכנסת יש שני נציגים בוועדה לבחירת שופטים, וכך גם היא, כמו הממשלה, משפיעה על הרכבו של בית המשפט. יש לזכור כי לפחות אחד מהנציגים הוא נציג הקואליציה, ולעיתים שני נציגי הכנסת בוועדה מייצגים את הקואליציה או תומכים בה.

פגיעה בליבת הסמכות של הרשות

באילו מקרים פוגעת רשות אחת בליבת הסמכות של רשות אחרת, גם לפי הגישה הגמישה של ביזור סמכויות?

232 רובינשטיין ומדינה, המשפט החוקתי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 153.

233 שם, בעמ' 152.

234 שם, בעמ' 156.

235 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט (1) 758, 789. ראו גם שמעון אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י 233 (1984).

236 רובינשטיין ומדינה, המשפט החוקתי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 157.

מקרה אשר סווג בפסיקה כהסגת גבול כזאת בישראל הוא הפרה של כלל ההסדרים הראשוניים. במצב זה, הרשות המבצעת קובעת למעשה נורמה שחייבת להיות נורמה תחיקתית של הכנסת ומפעילה במקומה סמכות שהיא סמכות ליבה של הרשות המחוקקת.²³⁷ אמנון רובינשטיין וברק מדינה שמים דגש על כך שמדובר גם בהתפרקות מאחריות של הרשות המחוקקת: "העניקה גורפת של סמכות לגורם כלשהו בלא להתוות את ההסדרים הראשוניים, כמוה כהעברת סמכויות החקיקה המסורות לכנסת לידי גורם אחר. מכח עקרון הפרדת הרשויות אין הכנסת רשאית להתפרק כך מסמכויות החקיקה שלה".²³⁸ גם הביקורת של בית המשפט על הליך חקיקה (ראו הרחבה על בג"ץ קוויטניסקי להלן) נובעת מעקרון הפרדת הרשויות, ומכך שיש לשמור על סמכות החקיקה של הכנסת מפני התערבות של הרשות המבצעת.²³⁹

פגיעה נוספת עלולה להתקיים אם הרשות המבצעת מפרה את הכלל שלפיו היא אינה אמורה להפעיל סמכויות שפיטה במובן של הכרעה בסכסוך בין פרטים.²⁴⁰ ואכן, סכסוכים בין פרטים לרשות המבצעת עצמה נדונים לפני טריבונלים מינהליים.

כך גם, לשיטתנו, בתיקון האחרון לחוק יסוד הכנסת (חוק ההדחה), הכנסת היתה קרובה לחציית הגבול, או ממש חצתה אותו, בכל הנוגע לליבת הסמכויות של בית המשפט – משום שהעניקה לעצמה סמכות שפיטה וענישה (השעיה ברוב של תשעים מחבריה) של חבר כנסת שפעל בניגוד לעקרונות שבסעיף לא(א) לחוק יסוד: הכנסת, בתחום המשיק כמעט לחלוטין למשפט הפלילי.²⁴¹

237 עניין רסלר, לעיל ה"ש 229.

238 רובינשטיין ומדינה, המשפט החוקתי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 163.

239 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, עמ' 41 (להלן: עניין ארגון מגדלי העופות); וכן פסק הדין של השופט סולברג בעניין קוויטניסקי, לעיל ה"ש 212.

240 רובינשטיין ומדינה, המשפט החוקתי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 172.

241 מדרכי קרמניצר ועמיר פוקס חוק יסוד: הכנסת (תיקון – השעיית חבר כנסת בשל מעשה בניגוד לסעיף 7א), חוות דעת מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה (15.2.2016).

מתי בית המשפט פוגע בליבת הסמכות של הרשות המבצעת או המחוקקת?

השאלה הקשה יותר היא האם גם לפי הגישה הגמישה בית המשפט יכול, במסגרת הביקורת החוקתית על החלטות המינהל או על חקיקה של הכנסת, להפריע את עקרון ביזור הסמכויות ולפגוע בליבת הסמכות של הרשות המבצעת או של הרשות המחוקקת? מקרה כזה מתקיים רק כאשר בית המשפט מקבל החלטות במקום הגורם שזו סמכותו. אילו מקרים עונים על התיאור הזה?

הוראה של בית המשפט למחוקק לחוקק חוק

מקרה שנראה כי יש בו משום פגיעה בליבת סמכותו של גוף אחר יתקיים אם בית המשפט יורה לכנסת לחוקק חוק שהוא יקבע את תוכנו, על פרטיו.²⁴² מצב כזה חוצה את גדר הביקורת ומעניק לבית המשפט סמכות חקיקה דה־פקטו. לכן ביזור סמכויות הוא בהחלט שיקול מכריע בדחיית עתירות שמבקשות מבית המשפט להורות לפרלמנט לחוקק חוקים. אין מדובר על מצב שבית המשפט מורה בו על מחיקת סעיף מסוים בחוק כדי למנוע פגיעה בזכות, למשל הזכות לשוויון, או על נושא שיש בעניינו הנחיה חוקתית חד־משמעית שבית המשפט מורה על הגשתה.

"עתירה מוקדמת"

מקרים שבהם הרשות השופטת או המבצעת עדיין לא קיבלה כלל ההחלטה יכולים גם הם להיות בגדר פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. כזה הוא למשל הניסיון לעתור ולמנוע חקיקה לפני שנחקקה, או למנוע קבלת החלטה עוד לפני שהתקבלה. פעולה כזאת שונה מביקורת ולכן היא יכולה להיותפס כפלישה לליבת הסמכות.

242 מקרה שבו בית המשפט "מכתיב" חוק צריך להיות נדיר ביותר – רק כאשר המחוקק מתנכר למה שמתחייב מתפקידו לאור חוקי היסוד ועקרונות־על חוקתיים. בשנת 1975 אירע בגרמניה מקרה שבו חייב בית המשפט החוקתי את הממשלה לחוקק חוקים נגד הפלות, על סמך הזכות לחיים הקבועה בחוקה. ראו 1, BVerfGE 39.

האם ביקורת מינהלית פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות?

באשר למקרה שבו בית המשפט מפעיל ביקורת מינהלית, טענה רווחת (שהוצגה בפרק השני) היא שעילת הסבירות בביקורת על שיקול הדעת המינהלי מאפשרת לבג"ץ להעמיד את שיקול דעתו מעל שיקול דעת הרשות.²⁴³ משמע, הטענה היא שבמקרה כזה בית המשפט נכנס לליבת הסמכות של רשות אחרת – טענה שאינה באה דווקא מתחום הפרשנות הקשיחה של הפרדת הרשויות, אלא יכולה לבוא גם מתחום הגישה הגמישה.

כמו כל גוף גם בית המשפט יכול לטעות ולעבור את הגבול או לחרוג מסמכותו במקרה מסוים. אך מבחינה דוקטרינרית, עילת הסבירות (וכך גם עילת המידתיות במשפט המינהלי) אינה מקנה לבית המשפט סמכות לקבל החלטות במקום הרשות המבוקרת לפי שיקול דעתו, אלא לבחון אם היה איזון פנימי בין השיקולים ששקלה הרשות.²⁴⁴ לעיתים מדובר בהחלטה שקיבלה הרשות מתוך שיקולים זרים, אלא שהם אינם גלויים, ורק האופי המעוות של ההחלטה מצביע על קיומו של שיקול זר שיש מניעה עובדתית להוכחתו.²⁴⁵ בית המשפט חוזר ומזהיר עצמו שלא להיכנס בנעליה של הרשות המבוקרת. לכן הוא גם דוחה חדשות לבקרים עתירות רבות ושונות נגד מדיניות הממשלה וגופים המקבלים החלטות – משום שאין הוא הגורם המחליט, ואילו החלטתה של הרשות המוסמכת נופלת ב"מתחם הסבירות".²⁴⁶ עילת הסבירות היא עילת ביקורת; היא אינה ייחודית לישראל,²⁴⁷ והיא נוגעת לפרשנות החוק. היא אינה

243 משה לנדוי "על שפיטוח וסבירות בדין המינהלי" עיוני משפט יד (1) 5 (תשמ"ט), וכן דעת היחיד של השופט גרוניס בעניין חיים רמון, בבג"ץ 5853/07 אמונה נ' ראש הממשלה, סעיפים 11-10 לפסק דינו של השופט גרוניס (2007). נציין שגם שופטים אלו לא פסלו לחלוטין את קיומה של הדוקטרינה, אלא חלקו על הפעלתה במקרים ספציפיים.

244 דפנה ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 725.

245 שם, בעמ' 726. לפי קרמניצר, עילת הסבירות היא לעיתים "אמצעי עקיף לאיתור העדר תום לב או לפחות חשש מבוסס להעדר תום לב. הכול מסכימים כי על הרשות לפעול בתום לב, כחובה מינימלית ומובנת מאליה" (קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו", לעיל ה"ש 60).

246 ראו דותן אקטיביזם שיפוטי, לעיל ה"ש 47.

247 ראו ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 723, המפנה למקורות הדוקטרינה במשפט האנגלי ולמקומות נוספים כגון ארצות הברית ודרום אפריקה.

מזמינה את בית המשפט לקבל החלטות בעצמו אלא מבקשת למנוע מהרשות לחרוג מסמכותה – הפעלת הסמכות באופן סביר היא הפרשנות המתבקשת של סמכות חוקית,²⁴⁸ ואילו מתן משקל מעוות לשיקולים שהחוק מחייב לשקול מסכל את מטרת החוק.²⁴⁹

החובה לנהוג בסבירות ובתום לב נגזרת מחובת הנאמנות של הרשות כלפי הציבור.²⁵⁰ לפיכך השימוש בעילת הסבירות הוא בעיקרו אכיפה של ביזור הסמכויות ולא הפרה שלו, שכן באמצעותו בית המשפט מוודא שהרשות המבצעת אינה חורגת מהסמכות שניתנה לה בחוק. רלוונטי לענייננו גם עקרון הריסון (deference),²⁵¹ הדורש מהרשות השופטת לרסן את עצמה לבל תחרוג מתפקידה כמפעילת סמכות של ביקורת ולבל תשים עצמה במקום הרשות המחליטה.

ניתן אם כן לבקר את החלטות בית המשפט במקרים ספציפיים,²⁵² גם על סמך פירושה הגמיש של דוקטרינת ביזור הסמכויות, אך יש לזכור שני עניינים חשובים: ראשית, אם בית המשפט חורג מסמכותו ופוגע בליבת הסמכות של הרשות המבצעת, אפשר לתקן את הפגיעה באמצעות תיקון החוק והגדרת הסמכות המינהלית מחדש. מכאן שלרשות המבצעת, מכוח שליטתה ברשות המחוקקת, יש כוח להגן על עצמה מפני בית המשפט גם באותם מקרים ספורים שבהם התערב בשיקול דעתה שלא כדין. לעומת זאת, בית המשפט אינו יכול

248 בלשונו של השופט שמגר: "כללית יש להקדים ולקבוע כי סמכויות סטוטוריות – ובעיקר אלה אשר להן נגיעה או זיקה לזכויות הפרט – מן הראוי שיופעלו באופן סביר. רשות הנמנעת מקיום חובה זו פועלת מחוץ לגדר סמכותה" (בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פד (2) 94, עמ' 101, (1976)).

249 קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של חפקידו", לעיל ה"ש 60, בעמ' 188.

250 שם, בעמ' 176.

251 ראו דותן, אקטיביזם שיפוטי, לעיל ה"ש 47, בעמ' 17. דותן מייחס בפירוש את עקרון הריסון להפרדת הרשויות, וכך גם לעובדה שבית המשפט אינו מומחה בעניינים הביצועיים ואין לו את הידע הנחוץ כדי לקבל את ההחלטות במקום גורמי המינהל. הוא שותף לביקורת הגורסת כי עילת הסבירות עלולה לפגוע בעקרון הריסון (שם, בעמ' 23–25).

252 קרמניצר, "בג"ץ והתפיסה הרחבה של חפקידו", לעיל ה"ש 60, בעמ' 190.

להגן על עצמו מפני שינוי כללי המשחק ונטילת סמכויותיו לבקר את הממשלה או את הכנסת.

שנית, בגלל עמימותה של עילת הסבירות היא נושאת עימה סיכון מסוים של חריגה מסמכותו של בית המשפט. שאר עילות הביקורת המינהלית עמומות פחות, ולכן על בית משפט הפוסל החלטה שלטונית בעלת חוסר סבירות רובץ נטל שכנוע כבד. ההסתמכות על עיקרון משפטי או כלל משפטי מסייעת בהרמת הנטל.

לסיכומו של עניין זה, הפרדת הרשויות, גם במובנה הגמיש, מחייבת את בית המשפט שלא לחרוג מסמכותו שלו – שהיא לבקר את פעילות הרשויות האחרות – ושלא לקבל את ההחלטות במקום הרשות המבוקרת. ואולם אסור לראות בכך חזות הכול ולטעון כי כל ביקורת משמעה קבלת ההחלטה במקום הרשות; טענה כזאת תסכל את הביקורת השיפוטית מעיקרא. כפי שראינו, ונראה גם בהמשך, המקרה הישראלי מיוחד בכך שבית המשפט הוא המחסום היחיד העומד בדרכן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת ומונע מהן להשיג כוח מוחלט. לכן הסיכון בהגבלת כוחו של בית המשפט גדול לאין ערוך מהסיכון שבמקרים ספציפיים הוא יפר את עקרון ביזור הסמכויות. עילת הסבירות חשובה מאוד לקיום נורמות של הגינות שלטונית בישראל ולהגנה על זכויות אדם.²⁵³ מחיקה או צמצום שלה בשם "הפרדת הרשויות" תשיג את ההפך המוחלט מהרציונל העומד מאחורי דוקטרינה זו.

כך גם באשר למבחני המידתיות במשפט החוקתי. ניתן לראות כי בית המשפט מפעיל על עצמו בדרך כלל את עקרון הריסון ואינו מחווה דעתו על "תבונת" דבר החקיקה שלפניו,²⁵⁴ וכן שהוא מכבד, ככלל, את הצהרת המחוקק על תכלית החקיקה במקרים של ספק לגביה; ונוטה לכבד את הערכות הרשות בעניין יעילות האמצעי הננקט על ידה והיעדר חלופה פוגענית פחות, אלא אם הן נסתרות.²⁵⁵ עקרון הריסון הוא עיקרון ראוי, אך הגיונו טמון בקיומה של סמכות ולא בביטולה.

253 ברק-ארז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 769.

254 בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.4.2015), סי' 20 לפסק הדין של השופט מלצר.

255 ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 254 (2016).

הביקורת החוקתית חיונית לשם פיקוח על הרשות המחוקקת, והיא נובעת ישירות מהגישה הגמישה של חלוקת הסמכויות. יש הבדל של שמיים וארץ בין ריסון עצמי בהפעלת סמכות נתונה במקום שהיא נחוצה וחיונית ובין ביטול כליל של הסמכות.

סיכום

הראינו כי מודל ביזור הסמכויות בישראל אינו קרוב כלל למודל ההפרדה הקשיחה אלא משקף חלוקת סמכויות במובן הגמיש: לרשות המבצעת יש גם סמכויות חקיקה והיא מפעילה טריבונלים שיפוטיים מינהליים; לרשות המחוקקת יש סמכויות שפיטה פנימיות. בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת אין הפרדה מוחלטת. ההפך הוא הנכון: כנהוג בשיטה הפרלמנטרית, הממשלה מורכבת ברובה מחברי כנסת וראש הממשלה חייב להיות חבר כנסת. הממשלה למעשה שולטת ברוב הליכי החקיקה בכנסת, ויש לה רוב אוטומטי בה. הפיקוח של הכנסת על הרשות המבצעת חלש, גם בשל גורמים מבניים. הרשות השופטת נהנית מעצמאות מבחינה מהותית אך לא מבחינה מערכתית, ובהיותה יחידת סמך במשרד המשפטים – גם היא מושפעת על ידי הרשות המבצעת.

הטענה שעצם קיומם של איזונים ובלמים, המתבטאים בין השאר בביקורת מצד בית המשפט על חוקיות החלטות הממשלה או חוקתיות חקיקת הכנסת, סותר את עקרון הפרדת הרשויות מופרכת מיסודה. שיטת המשפט הישראלית מעולם לא הייתה שיטה של הפרדה קשיחה ושל "חומות" בין הרשויות, ואין כל שיטה אחרת כזאת בעולם. גם אבי תורת הפרדת הרשויות, מונטסקייה, לא תמך בדגם כזה.

בשיטה הנהוגה בישראל יש היבטים שאין להם אח ורע בעולם: קיומו של בית מחוקקים יחיד, הרשות המחוקקת היא גם הרשות המכוננת הבלעדית, ותיקונים חוקתיים אינם דורשים כל רוב מיוחד (למעט חריגים שנדרש בהם רוב של 61 חברי כנסת,²⁵⁶ שלא יקשה על כל קואליציה להשיגו). מצב זה מעניק כוח

256 חריג אחד הוא הארכת כהונת הכנסת, אם נתקיימו נסיבות מיוחדות וההחלטה התקבלה ברוב של 80 חברי כנסת (לפי סעיף 9א(א) לחוק־יסוד: הכנסת).

בלתי מוגבל כמעט לכנסת, וכפועל יוצא – לממשלה. לכן ברור כי דרך המלך להשגת הרציונל של הפרדת הרשויות, שהוא הגנה על החירות והגנה מפני עריצות, היא ביצור מעמדו של בית המשפט העליון בחוק יסוד משוריין. בית המשפט הוא הגוף היחיד כמעט שיש לו הכוח לאזן את כוחה הרב מאוד של הרשות המבצעת, השולטת גם בכנסת. לפיכך לא רק שאין לפגוע בעצמאותו ובכוחו של בית המשפט להפעיל ביקורת על הרשויות האחרות, יש לחזק ולבצר את סמכויותיו אלו לבל ייפגעו ולבל ישתנה המאזן החוקתי בין הרשויות, שגם היום הוא שברירי ביותר ומעוגן אך ורק בחוק יסוד בלתי משוריין.

פסיקת בית המשפט העליון הנוגעת לעקרון הפרדת הרשויות

בפרק זה נבקש לבחון את עקרון הפרדת הרשויות כפי שהוא עולה מפסיקת בית המשפט העליון.

בעבודת הדוקטור שלו ערך איתי הס ניתוח כמותי של פסקי הדין שאזכר בהם המונח "הפרדת רשויות". ממצאיו היו כי במרוצת השנים הייתה עלייה עקבית ליניארית באזכור הדוקטרינה – מאזכורים ספורים בעשורים הראשונים לאחר קום המדינה ועד 69 אזכורים בעשור השישי, האחרון שנבדק.²⁵⁷ הס מסביר זאת בעלייה במספר העתירות לבג"ץ, בעיקר בשל הפחתת משקלם של מבחני הסף.²⁵⁸ הס מציין כי לשופטים מישאל חשין ואהרן ברק הייתה תרומה מכריעה לעיסוק בדוקטרינה, והם לבדם היו אחראים אישית ללמעלה ממחצית מאזכוריה (ומעל שליש מהאזכורים של ברק).²⁵⁹ הניתוח המעניין ביותר במחקרו של הס הוא ההתפלגות בין אזכורי הדוקטרינה כנימוק להתערבות ובין אזכוריה כנימוק להימנעות מהתערבות. לפי ממצאיו, מעל 70% מאזכורי הדוקטרינה היו בהקשר של רטוריקה של הימנעות מהתערבות. גם בפסקי הדין שבהם הייתה התערבות בפועל, בחלק גדול מהמקרים אזכרה הדוקטרינה כנימוק להימנעות מהתערבות. רק במיעוט מן האזכורים הדוקטרינה מוזכרת לשם הצדקת ההפעלה של הביקורת השיפוטית.

גם מבדיקה איכותנית של פסקי הדין עולה כי בחלק גדול מהם התאוריה מובאת במובן הנוקשה יחסית שלה, אם כי הס מציין שבדרך כלל מדובר במקרים שבהם הדוקטרינה מוזכרת בחטף כנימוק לזהירות ולריסון ולא במקרים שבהם היא מנותחת בפירוט.²⁶⁰ הס הסיק כי לאורך השנים הדוקטרינה שימשה רטורית

257 הס, הפרדת רשויות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 261.

258 שם, בעמ' 262.

259 שם, בעמ' 266.

260 שם, בעמ' 269.

את בית המשפט כהצדקה לאי־התערבות, וכי בית המשפט הדגיש את יסוד ההפרדה שלה.

כפי שמראה הס, מפסקי דין עקרוניים שנידונה בהם הפרדת הרשויות עולה תמונה מורכבת. כבר בפסק הדין הראשון שדן בדוקטרינה לעומק, ליון נ' גוברניק משנת 1948, נטען כי –

תורת הפרדת הרשויות בתוך המדינה איננה היום עוד כל כך קבועה וקפואה כמו לפי תורת Montesquieu בשעתו, ובפרט התגברה הדעה בתורת המשפט הכללית שעל השופט, במקרים שאין בפניו לא חוק ולא מנהג, למלא את התפקיד של המחוקק במקום להכניס את גוף־העובדות למיטת־סדום של חוק קיים אשר לאמיתו של דבר איננו מכיל הוראה בדבר גוף־העובדות הנדון לפניו.²⁶¹

ברי כי בית המשפט מייצג פה סטייה מהגישה הנוקשה של הפרדת הרשויות, שהוא מייחס (בטעות) למונטסקייה. בהמשך אותו פסק דין בית המשפט מסרב לבטל חקיקה מפורשת כל עוד אין לו הוראות מ"סדר עליון", אך סבור כי הוא רשאי לפסול פעולות של שרים שנעשות מתוך חריגה מסמכות.

בפסיקתו החשובה של הנשיא שמגר בעניין פלאטו שרון הדגיש שמגר את חשיבות האיזון והפיקוח ההדדי, האי־תלות בין הרשויות והריסון העצמי של הרשות השופטת באשר למידת התערבותה בפעולת המחוקק:

ההפרדה בין הרשויות אין משמעותה דווקא יצירתו של חיץ, המונע החלטית כל קשר ומגע בין הרשויות, אלא ביטויה בעיקר בקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, המאפשר אי־תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר. מכאן כי מתחייבת זיקה מעשית מסויימת, אם כי היא מוגבלת ביותר, ככל שהיא נוגעת להפעלת סמכויות בתחומים עליהם מופקדת מערכת המשפט. אולם, המגמה האמורה של איזון בין הרשויות מולידה,

261 בג"ץ 5/48 ליון נ' גוברניק, (1948) פ"ד א 58, 70.

בין היתר, את הקו המנחה, לפיו נוהגת הרשות השופטת בריסון עצמי, כל שהדבר נוגע למידת ההתערבות בפעולתו של המחוקק ולהיקפה.²⁶²

בפסק דין **רסלר** מובהרת יותר גישתו של שמגר. לשיטתו, תכליתם של הגשרים והקשרים בין הרשויות היא למנוע ריכוז יתר של הכוח בידי רשות אחת באופן בלעדי, והרציונל האמיתי לקיומה של הפרדת הרשויות הוא הבטחת החירות ותקינות הממשל:

הפרדת הרשויות נוצרה כדי ליצור איזון בין הרשויות, שכן רק בדרך זו, דהיינו על ידי מניעת ריכוז היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, מובטחת הדמוקרטיה ונשמרת חירותם של הפרט ושל הכלל. לשון אחר, הביזור השיטתי והקונספטואלי של הסמכויות בין הרשויות, תוך השלטת עקרונות חוקתיים בדבר פיקוח ובקרה הדדיים, וקביעתם למטרה זו של קשרים וגשרים בין הרשויות השונות, הם שיצרו את הבסיס בעל המרכיבים המשולבים החובקים את כל זרועות השלטון. כך נוצרת מקבילית הכוחות, המקימה ומייצבת את האיזון, שהוא תנאי לקיום החירות ולקיום תקינות הממשל על כל זרועותיו.²⁶³

בפסק דין **בנק המזרחי** שמגר נדרש לגרסה המדגישה יותר את הרטוריקה של אי-התערבות הנגזרת מהפרדת הרשויות וטוען כי יש לאזן אותה עם חובתו של בית המשפט לפקח על החוקתיות ("איזון בין עקרון הפרדת הרשויות מחד גיסא, לבין חובתו של בית המשפט לפקח על החוקתיות מאידך גיסא").²⁶⁴

הנשיא ברק מציג את גישתו בפסק דין **כך**, שהיא גישה גמישה במלוא מובן המילה:

משטר דמוקרטי נאור הוא משטר של הפרדת רשויות. הפרדה זו אין משמעותה, שכל רשות היא לעצמה, בלא כל

262 בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת פ"ד לה (4) 118, 141.

263 עניין **רסלר**, לעיל ה"ש 229, בעמ' 462.

264 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 195, בעמ' 321.

התחשבות ברשות האחרת. תפיסה כזו תפגע עמוקות ביסודות הדמוקרטיה עצמה, שכן משמעותה דיקטטורה של כל רשות במסגרתה שלה. נהפוך הוא: הפרדת רשויות משמעותה איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות. לא חומות בין הרשויות אלא גשרים מאזנים ומפקחים.²⁶⁵

בפסק דין **רסלר** מבהיר ברק כי הפרדת הרשויות אינה גוזרת כל פגיעה בסמכותו של בית המשפט להתערב בפעולת הרשויות האחרות אלא ההפך:

לדעתי, עקרון הפרדת הרשויות אין משמעותו, כי בעיה בעלת אופי ציבורי מוכרעת ברשות המחוקקת והמבצעת ולא ברשות השופטת. עקרון הפרדת הרשויות משמעותו, כי הרשות המחוקקת רשאית – בהעדר מגבלות חוקתיות – לקבוע את המסגרת המשפטית שבה תוסדר בעיה בעלת אופי ציבורי, וכי הרשות המבצעת פותרת בעיה ציבורית בתוך המסגרת המשפטית שנקבעה לה. אך משנקבעה מסגרת זו, על בית המשפט לקבוע – וזהו תפקידו במערך הרשויות במדינה – אם המסגרת המשפטית שנקבעה נשמרת הלכה למעשה. אין כל דבר בעקרון הפרדת הרשויות, שיהא בו כדי להתיר לאחת הרשויות לפעול בניגוד לחוק. אין גם כל דבר בעקרון הפרדת הרשויות, המחייב הימנעות של הרשות השופטת מהעיסוק בפעולות בעלות אופי ציבורי, עד כמה שעיסוק זה מתרכז בחוקיותה של הפעולה.²⁶⁶

גם בהקשר של הביקורת החוקתית ברק מסביר כי עקרון הפרדת הרשויות הוא שמקנה לבית המשפט את הסמכות להתערב, ובדיקה אם הרשות המחוקקת חרגה מסמכותה היא דווקא הגשמה של עקרון הפרדת הרשויות.²⁶⁷

265 בג"ץ 73/85 כר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 158.

266 עניין **רסלר**, לעיל ה"ש 229, עמ' 463.

267 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 195, עמ' 422.

גישה שונה מגישתו של ברק, גם אם לא מנוגדת לה לחלוטין, הציג בפסיקותיו השופט מישאל חשין. חשין הדגיש יותר את ההפרדה בין הרשויות והשמירה של כל אחת על לוז סמכויותיה:

עיקר אחד הוא העיקר של הפרדת הרשויות: המחוקק יחוקק, המבצע (הממשלה) יבצע והשופט ישפוט. צירוף התיבות "הפרדת הרשויות" אינו מעיד על תוכנו במלואו. הלוז בעיקר זה אינו ב"הפרדת הרשויות" – הפרדה בין הרשויות, באשר הפרדה היא – אלא בביזור כוחות וסמכויות בין רשויות שונות ונפרדות, שבעיקרי הדברים הרשות המחוקקת תחוקק, ואך ורק תחוקק: לא תבצע ולא תשפוט; הרשות המבצעת תבצע – לא תחוקק ולא תשפוט; והרשות השופטת תשפוט – לא תחוקק ולא תבצע. [...] אכן כן: ביזור הכוחות אינו הרמטי, אך כולנו ידענו כי זה העיקר, זו השאיפה, והוא עמוד־האש ועמוד־הענן שידריכנו לילה ויום. ריכוז כוחות ביד אחת – ריכוז המאפיין משטר אוטוקרטי – נרחק ממנו ככל שנוכל, ונוסיף ונעשה ככל יכולתנו כדי שכל אחת מן הרשויות תחרוש בשדה בלבד, בלא שתעבור את הגבול ותיכנס אל שדה שרשות זולתה חורשת בה.²⁶⁸

גם גישתו של חשין, שלעיתים היתה אקטיביסטית ביותר (בפסק הדין הראשון בנוגע לחוק טל העוסק באי־גיוס בחורי השיבות היה חשין היחיד שסבר כי החוק "בטל מעיקרו" ו"עומד בסתירה לכל עקרונות היסוד הארוגים בחיינו"²⁶⁹) וגובלת במשפט טבע – פסיקה לפי עקרונות הצדק ולא לפי ה"חוק הפוזיטיבי" (למשל, יצירתם מכוח הפסיקה של מזונות לילדה מוסלמית בפסק דין פלונית),²⁷⁰ לא הייתה שיש הפרדה מוחלטת והרמטית בין הרשויות במובן הנוקשה ביותר. עם זאת, הדוקטרינה שימשה בפסיקותיו נימוק מפורש, שאינו עומד לבדו, לריסון ולאי־התערבות.

268 בג"ץ 6971/97 פריצקי נ' ממשלת ישראל פ"ד נג(1), 763, 790.

269 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בעמ' 111.

270 ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני פ"ד מט (2) 578 (1995).

פסיקת בית המשפט בעשור האחרון

במסגרת מחקר זה ערכנו בדיקה משלימה למחקרו של הס (שנעצרה ב־2010) וסקרנו את פסיקת בית המשפט העליון שאזכר בה המונח "הפרדת רשויות" בשנים 2010-2017.

מבחינה כמותית, כמו בעשור הראשון של שנות האלפיים כך גם בשמונה השנים שנבדקו המונח אוזכר כ־55 פעמים. בהתחשב בכך שמדובר בשמונה שנים בלבד ולא בעשור מלא, סביר להניח שבסופו של דבר מספר האזכורים הכולל יהיה דומה לזה שבעשור הקודם (69 אזכורים, כאמור לעיל) או אף יעלה עליו.

גם מבחינת התפלגות אזכורי הפרדת הרשויות – כשיקול לא־התערבות של בתי המשפט מזה או כשיקול להצדקת ההתערבות מזה, או לכל הפחות אזכורה בהקשר שמציג גישה גמישה – המצב אינו שונה מהותית מזה שמצא הס. ב־33 מהמקרים שבהם אוזכרה הדוקטרינה היא מופיעה כהצדקה לא־התערבות או כשיקול לריסון ההתערבות (60%), ורק ב־12 מקרים (21% מהאזכורים) היא אוזכרה כצידוק להתערבות, או בהקשר שמציג בפירוש גישה גמישה, הגורסת שהדוקטרינה מאפשרת התערבות ופיקוח הדדי בין הרשויות. בשאר המקרים לא היה אפשר לשייך את האזכור במובהק לאחת מן הקטגוריות.

כמו שהראה הס בניתוחו גם בפסיקות שבדקנו, ניתוח איכותי ומעמיק של הפסיקה משנה את התמונה. ברוב המוחלט של המקרים שבהם הדוקטרינה מאוזכרת כצידוק לריסון, הדבר אינו משקף בהכרח גישה קשיחה אמיתית. לעיתים קרובות מדובר בכלי רטורי שנעשה בו שימוש קל כדי להצדיק את דחיית העתירה, או שמדובר במקרה שבו בית המשפט מסרב להפעיל את ליבת הסמכות של רשות אחרת.

כך למשל, רבים מהאזכורים מופיעים בעתירות שבהן הסעד שהתבקש מבית המשפט הוא לחייב את הכנסת לחוקק חוק. במקרים אלו מצוין בית המשפט כי הוא מכבד את סמכותה של הכנסת לחוקק וכי אין הוא מוסמך לגרום לה לחוקק חוקים. גם לפי הגישה הגמישה של הפרדת הרשויות לכל רשות יש ליבת סמכות שרשות אחרת אינה רשאית לחדור אליה; בעינינו, אם בית המשפט

יצווה על הכנסת לחוקק חוק שיש לו תוכן מוגדר ומפורט, ולמעט במקרים נדירים מאוד כמפורט לעיל (ראו בהערת שוליים 242), הוא יפגע בליבת סמכות זו. עם זאת, בחלק מהמקרים שבהם הדוקטרינה מאזכרת בהקשר של ריסון, היא מתפרשת ככזו הגורסת כי על בית המשפט לאזן בין תפקידו להגן על זכויות אדם ועל ערכים חוקתיים ובין עקרון הפרדת הרשויות. זו אכן גישה אשר מזכירה יותר את הפרשנות הקשיחה של הדוקטרינה. כך למשל, בבג"ץ אמנון רובינשטיין נ' הכנסת, שעסק בלימודי ליבה, ציינה השופטת ארבל (אף שהיתה במיעוט לצורך ההכרעה, ולפי עמדתה בית המשפט צריך היה לקבל את העתירה) את הצורך לכבד את רצון העם ואת החקיקה בכנסת והזכירה בהקשר זה גם את דבריה של השופטת בייניש (מע"פ 06/6659 פלוני נ' מדינת ישראל), שסברה כי –

בית המשפט לא ימשוך ידו מן הביקורת החוקתית על חקיקה, אך הוא ינהג בה בזהירות ויפעיל את ביקורתו החוקתית כדי להגן על זכויות האדם על-פי גדריה של פיסקת ההגבלה, תוך הימנעות מעיצוב מחדש של המדיניות שראה המחוקק לאמץ. בכך יישמר האיזון העדין בין שלטון הרוב ועקרון הפרדת הרשויות, לבין ההגנה על ערכי היסוד של השיטה ועל זכויות האדם.²⁷¹

על גישה זו אפשר לחלוק. הטענה כאילו יש לאזן בין עקרון הפרדת הרשויות ובין ביקורת חוקתית והגנה על זכויות אדם מתבססת על ההנחה שמדובר בווקטורים מנוגדים או מתחרים, ולא כך הוא. מכיוון שבישראל (כמו ברוב העולם, וכמו כוונתו המקורית של מונטסקייה) שלטת הגישה הגמישה של הפרדת הרשויות, אין צורך לראות בביקורת החוקתית עניין המתחרה בדוקטרינת ההפרדה. מובן שבית המשפט צריך לנהוג בזהירות רבה כאשר הוא בוחן חקיקה של הכנסת, אך לטעמנו החלק הראשון בדבריה של השופטת הוא הנכון: את הזהירות יש לנקוט משום הכבוד לרצון העם, שהוא הריבון, ולא דווקא מתוך הכבוד להפרדת הרשויות.²⁷² אם במקרה ספציפי סבור בית המשפט שהעותר מבקש

271 בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו, 2014), פסקה 22 לפסק הדין.

272 ניתן גם להבין את הטענה שמשום שביית המשפט אינו אמור לעצב את המדיניות מחדש אלא רק לבקרה במסגרת פסקת ההגבלה, עליו לנהוג בריסון ובזהירות. ובכל זאת יש להיזהר ולא לגזור מכך את המסקנה שנחוצ "איזון" בין שמירה על זכויות האדם ובין שמירה על הפרדת הרשויות.

ממנו למעשה לקבל החלטה או לעצב מדיניות במקום המחוקק – הרטוריקה של הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות היא במקומה, שכן אין זה תפקידו של בית המשפט לעצב מדיניות. אלא שנדמה כי לעיתים נעשה ברטוריקה זו שימוש כללי מדי, כביכול הייתה מעין "שיקול נוגד" שמתקיים בכל עתירה חוקתית מול ההגנה על זכויות אדם, כך שלעיתים השיקול האחד גובר ולעיתים האחר. זהו תיאור לא נכון, שמציג את דוקטרינת הפרדת הרשויות רק במובנה הקשיח והשגוי.

מקרים אחרים שבית המשפט משתמש בהם בדוקטרינה של הפרדת הרשויות כנימוק לדחיית העתירה הם מקרים שעושים שימוש בדוקטרינה שקנתה לה אחיזה בזמן האחרון במשפטנו – דוקטרינת ה"בשלות". כך תיאר אותה השופט גרוניס בעניין סבח, שעסק בחוק ועדות הקבלה:

עילת הבשלות משמשת לבחינת ה"מוכנות" של עניין להכרעה שיפוטית. עניין מסוים הוא "בשל", כאשר יש מחלוקת ממשית בין בעלי הדין, שהיא ברורה וקונקרטיית ולא היפותטית. אם עתירה כלשהי מתבססת על קרות אירועים עתידיים – שאולי לא יתרחשו על פי המצופה, או לא יתרחשו כלל – היא, ככלל, ובכפוף לחריגים, אינה מתאימה לדיון.²⁷³

בחלק מהעתירות שבית המשפט עושה בהן שימוש בעילת הבשלות הוא מצדיק זאת באמצעות הפניה לעקרון הפרדת הרשויות. במקרה זה, אם אכן מדובר בביקורת על החלטה שטרם התקבלה או על חקיקה שלא נחקקה, אפשר לפרש את העתירה כאילו היא קוראת לבית המשפט להיכנס לליבת הסמכות של הרשות האחרת – שכן אם טרם התקבלה ההחלטה, לא ניתן כלל לבקרה. אך יש לזכור שעילת הבשלות התרחבה בשנים האחרונות גם למעשי חקיקה שכבר חוקקו (כמו בעניין סבח עצמו או בעניין "חוק הנכבה",²⁷⁴ הוא התיקון לחוק יסודות התקציב) אך טרם יושמו. במקרים כאלה נראה כי השימוש ברטוריקת הפרדת הרשויות אינו מוצדק, שכן מדובר בביקורת על חוקתיותו של חוק, שהיא

273 בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (17.9.2014), סעיף 12 לפסק דינו של השופט גרוניס.

274 בג"ץ 3429/11 התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (5.1.2012).

לחלוטין בסמכותו של בית המשפט. כך למשל כתב המשנה לנשיאה ריבלין בבג"ץ איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל:²⁷⁵

ביסוד תורת הבשלות – כמו ביסוד דוקטרינות השפיטות האחרות – עומדים עקרונות מספר: עקרון הפרדת הרשויות מוגשם מקום בו נמנעים בתי המשפט מלדון בעניינים בהם אין זה חיוני כי תבוא התערבות שיפוטית שכן המחלוקת אינה מוחשית.

שוב, אם מדובר בעתירה שאינה "בשלה" משום שהחלטה טרם התקבלה, הרטוריקה של הפרדת הרשויות יכולה להיות רלוונטית. אך הקביעה הזאת אינה נכונה באופן גורף. יש להיזהר מהסתמכות על הפרדת הרשויות בכל מקרה שדוחים בו עתירה, שכן בכך יש כדי להעביר את המסר שהפרדת הרשויות מנביעה, מבסיסה, שעל בית המשפט להימנע ככל האפשר מביקורת על הרשויות האחרות. משמעות הדוקטרינה היא פיקוח, ביקורת, שיתוף פעולה – גשרים ולא חומות. אין היא קוראת להתערבות לשם התערבות, כשם שאין היא קוראת להימנעות מהתערבות בשם ההימנעות. היא מזמינה פיקוח והתערבות מקום שאלה דרושים כדי לשמור על החירות. מובן שאת אלה יש לעשות מתוך ריסון וכיבוד ליבת הסמכות של הרשויות האחרות.

ניתוח פסקי דין חדשים שעסקו לעומק בעקרון הפרדת הרשויות

בעשור האחרון (2010-2017) עסקו כמה פסקי דין בעקרון הפרדת הרשויות, ובהם גם באו ישירות לידי ביטוי גישות הפרשנות השונות של הדוקטרינה.

275 בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (5.2.2012), סעיף 17 לפסק דינו של השופט ריבלין.

בג"ץ קוטינסקי: שאלת הליך החקיקה

בעניין קוטינסקי נידונה שאלת תוקפו של החוק למיסוי דירה שלישית שעבר במסגרת חוק ההסדרים. העתירה לא עסקה כלל בתוכנו של החוק, אלא אך ורק בהליך החקיקה. בהחלטה תקדימית ביטל בג"ץ ברוב דעות את החוק, אף על פי שלא סתר כל חוק יסוד, בנימוק שהתקיים בו "פגם היורד לשורש ההליך". במקרה זה נבע הפגם מכך שלא קיים עקרון ההשתתפות, המחייב כי לחברי הכנסת תהיה הזדמנות להשתתף בדיון ושתהיה להם אפשרות מעשית לגבש דעה בנוגע להצעת החוק.²⁷⁶ ההצעה נידונה בדיון זריז באישון ליל, ולחברי הכנסת לא הייתה אפשרות מעשית לראות את נוסח ההצעה לפני ההצבעה, לדון בו ולגבש דעה. לפי דעת הרוב בפסק הדין, וגם לפי גישת היועצת המשפטית של ועדת הכספים והיועץ המשפטי לכנסת, הדבר הצדיק את פסילת החוק משום שהיעדרו של דיון מינימלי פגע בעקרון ההשתתפות.²⁷⁷

בפסק הדין התייחסו שופטי בית המשפט בהרחבה לדוקטרינת הפרדת הרשויות. השופט נעם סולברג טען כי משום שבית המשפט מגן על הליך החקיקה בכנסת מפני התערבות הממשלה – שנוציגיה, באמצעות משרד האוצר, הם שהאיצו את הדיון ומנעו דיון מינימלי – פסיקתו מגשימה את עקרון הפרדת הרשויות וכלל אינה פוגעת בו:

מעמדה של הכנסת מחייב אפוא איפוק וריסון בהפעלת ביקורת שיפוטית על פעילותה, וזהירות מפני פגיעה בעצמאותם של חברי הכנסת, בהיותם נציגיהם הנבחרים של אזרחי המדינה. ברם, אין בעקרון הפרדת הרשויות כדי להעניק ריבונות מוחלטת לרשות המחוקקת – ודאי לא כאשר היא פוגעת במחוקקים עצמם – והיא אינה חסינה מפני ביקורת שיפוטית. הרשות המחוקקת אינה כלי-יכולה. באיזונים ובבלמים עסקינן. לעיתים דווקא התערבות ביקורתית של רשות אחת בפעולתה של רשות אחרת, היא אשר שומרת על מעמדן ההולם של רשויות השלטון

276 עניין קוטינסקי, לעיל ה"ש 212, סעיף 46 לפסק דינו של השופט סולברג.

277 שם, סעיף 81 לפסק דינו של השופט סולברג.

כולן, ומונעת ניצול לרעה של הכוח המסור להן. הפרדת הרשויות בהתגלמותה מחייבת ריסון מזה וביקורתיות מזה.²⁷⁸

אף על פי שהשופט סולברג פותח באזכור של ריסון, הוא מציג גישה גמישה וגם מכריע בעד התערבות בית המשפט בחקיקה, ודווקא במקרה שבו אין חוק יסוד שקובע את עקרונות הליך החקיקה. הוא טוען:

הלכה למעשה, אין הרשויות נפרדות לגמרי זו מזו; אדרבה – הן אחוזות ושלובות זו בזו, כך שאין האחת חופשית לחלוטין מתלות באחרת.²⁷⁹

השופט מזוז הביע ביקורת על כך שפסילת החוק נעשית ללא נורמה עליונה של חוק יסוד. לכך ענה סולברג כי הנורמה היא על סמך עקרון יסוד – עקרון הפרדת הרשויות:

בשל העדרה של סמכות חוקתית על-חוקית מפורשת לבקר את הפן ההליכי של חקיקה ראשית, מתקשה חברי בסמכות הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה, להבדיל מביקורת שיפוטית על תוכנה. לכך אשיב בשניים: ראשית, הביקורת השיפוטית דכאן אינה קלוטה מן האוויר, כפי שעלול להשתמע מחוות דעתו של חברי בהרצותו על "פירמידת הנורמות" של הנס קלזן. 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 סוכלה.²⁸⁰

278 שם, סעיף 35 לפסק דינו של השופט סולברג.

279 שם, סעיף 36 לפסק דינו של השופט סולברג.

280 שם, סעיף 108 לפסק דינו של השופט סולברג.

השופט סולברג סיכם והדגיש שוב כי אין בפסק דינו פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, אלא ההפך – הוא מגשים את העיקרון:

ההיפך הוא הנכון. פסק הדין אינו פוגע בעקרון הפרדת הרשויות, אלא מחזקו. החלטתנו להורות על בטלותו היחסית של הסדר המס, לא ניתנה למרות מעמדו הרם של בית המחוקקים, אלא דווקא בגלל מעמדו זה. כאמור, הקושי שהתעורר ביחס לחוק שלפנינו אינו נעוץ בשאלה האם קיימו חברי הכנסת הליך חקיקה אופטימלי, אלא האם אופן התנהלותה של הממשלה מנע מהם ליטול חלק של ממש בהליך החקיקה, חרף רצונם לעשות כן (פסקה 79 לעיל). בניגוד לאופן בו צייר זאת חברי, אין בחוות דעתי משום פגיעה בריבונותה של הרשות המחוקקת; אדרבה, יש בה הגנה על כוחה והבטחת עצמאותה לחוקק.

השופט מזוז, שהיה בדעת מיעוט בכל הנוגע לפסק הדין, הציג גישה שונה גם בנוגע לרטוריקה בעניין הפרדת הרשויות:

כזכור, החוקה שלנו הפקידה במפורש בידי הכנסת את הסמכות לקבוע את סדרי עבודתה (סעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת), ואל לו לבית המשפט להסיג את גבולה של הכנסת בענין זה, ככל שאין מדובר בהפרה מהותית של נורמה חוקתית. שיקול זה של הפרדת רשויות וכיבוד הדדי בין הרשויות הודגש במיוחד בכל הנוגע להליכי החקיקה, שהם ליבת תפקידה של הכנסת כבית המחוקקים של מדינת ישראל.²⁸¹

לגישתו של מזוז, ההלכה בפסק הדין יורדת לא לעצם קיומו של דיון ולעקרון ההשתתפות אלא לאיכותו של הדיון, ועל כן היא נוגדת את עקרון הפרדת הרשויות והכיבוד ההדדי בין הרשויות.²⁸²

281 שם, סעיף 44 לפסק דינו של השופט סולברג.

282 שם, סעיף 49 לפסק דינו של השופט מזוז.

לפחות בהקשר של הסתייגות מפסילת חוק ללא בסיס חוקתי מפורש, גישתו של מזוז קרובה לגישה הקשיחה: גם אם אינה פוסלת כליל ביקורת חוקתית, היא גורסת כי עקרון הפרדת הרשויות מחייב זהירות, ריסון וכיבוד. לעומת זאת, לגישתו של סולברג בהקשר הזה, עקרון הפרדת הרשויות משמש דווקא עילה להתערבות של בג"ץ, ובמקרה זה אפילו לפסילתו של חוק שכלל אינו נוגד חוק יסוד.²⁸³

בג"ץ התנועה למען איכות השלטון בישראל (בעניין מתווה הגז)

בבג"ץ שעסק במתווה הגז דן בית המשפט בשאלת ההסדרים הראשוניים. עיקר הדיון נסב סביב השאלה אם הממשלה רשאית לקבוע "תניית יציבות רגולטורית" המבקשת למנוע מהכנסת, הלכה למעשה, לשנות את המצב החוקי באשר לרגולציה של משאבי הגז. בהמשך לבג"ץ קודם שעסק בייצוא הגז (בג"ץ 13/4491 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל) נטען כי כלל ההסדרים הראשוניים מבוסס בעיקרו על עקרון הפרדת הרשויות. כך הציג השופט אליקים רובינשטיין את הכלל:

הראשון, עקרון הפרדת הרשויות העומד ביסוד משטרנו הדמוקרטי: המחוקק יהא אמון על החקיקה, הממשלה על ביצוע החוק, ובית המשפט יעביר תחת שבט ביקורתו את פעולות המינהל. ואולם, צירוף התיבות "הפרדת הרשויות" אינו מעיד על תוכנו במלואו. הלז בְּעִיקָר זה אינו ב"הפרדת הרשויות" – הפרדה בין הרשויות, באשר הפרדה היא – אלא בביזור כוחות וסמכויות בין רשויות שונות ונפרדות; שבעיקרי הדברים הרשות המחוקקת תחוקק, ואך ורק תחוקק: לא תבצע ולא תשפוט; הרשות המבצעת תבצע – לא תחוקק ולא תשפוט; והרשות השופטת תשפוט – לא תחוקק ולא תבצע. [...] בפועל עקרון הפרדת הרשויות אינו מיושם באופן הרמטי, ולוא מטעמים מעשיים [...]. כך היה מקדם במדינות שונות, וכבר שעה שנכתב "רוח החוקים" של מונטסקייה ב־1748 לא היתה הפרדה מלאה,

283 אפשר גם לטעון שההבדל בין הגישות נובע מהשאלה בידי איזה גוף מצויה ליבת התפקיד של הפיקוח על יישום תקנון הכנסת: הכנסת או בית המשפט.

וכל מלים אך למותר. ואולם, ליבת עקרונות ההפרדה, שמשמעם איזון בין "מלכות לכהונה" אם ניטול מינוח שאול ממקורותינו (ראו למשל משנה אבות ו', ה'), שרירה וקיימת, שאם לא כן יינתן לממשלה, שהיא בפועל החזקה מבין הרשויות במובני היום יום, לעשות כרצונה, והדמוקרטיה מה היא עליה.²⁸⁴

אם כן, כמו בבג"ץ קוויטניסקי גם ההתערבות בהחלטת הממשלה באשר למתווה הגז הייתה דווקא מבוססת על עקרון הפרדת הרשויות. הנימוק להתערבות היה שתניית היציבות הרגולטורית נוגדת את כלל ההסדרים הראשוניים – המבוסס על הפרדת הרשויות – שכן היא פוגעת בליבת הסמכות של הכנסת כמחוקק. נציין כי דווקא כאן השופט סולברג היה במיעוט ופסק כי אין בתניה זו פגיעה בכלל ההסדרים הראשוניים. לדעתו, דווקא הציפייה שהמחוקק הוא שיקבע את תניית היציבות ויגביל את עצמו או את הממשלה מלשנות את חוקי הרגולציה פוגעת יותר בהפרדת הרשויות.²⁸⁵

הנה כי כן ראינו כי גם בפסקי דין העוסקים בפסילת חקיקה או בהתערבות בהחלטת ממשלה, שנעשה בהם דיון מהותי בדוקטרינה, נקטו רוב שופטי בית המשפט העליון גישה גמישה יחסית שכופרת בהפרדה מוחלטת בין הרשויות. אומנם במקרים אלו מדובר ביחסים שבין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת, אך בשני המקרים – גם בזה של פגם היורד לשורש הליך החקיקה וגם בזה של פגם בהחלטת ממשלה בשל סתירה לכלל ההסדרים הראשוניים – הפרדת הרשויות לא שימשה מחסום מפני התערבות אלא הייתה היא גופא העילה להתערבות.

בג"ץ המרכז האקדמי למשפט ועסקים: שאלת התיקון החוקתי שאיננו חוקתי

בפסק דין זה נידון חוק ייסוד: תקציב המדינה 2017-2018 (הוראת שעה), שבו תוקן, באופן חד-פעמי, חוק ייסוד: משק המדינה כך שתקציב המדינה ייקבע

284 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה ישראל (13.8.2015), סעיף קכז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

285 שם, סעיף 65 לפסק דינו של השופט סולברג.

כתקציב דו־שנתי על אף הוראות חוק־יסוד: משק המדינה, המחייבות כי תקציב המדינה יהיה לשנה אחת.

פסק דין זה דן למעשה בשאלה שטרם נידונה לעומק בדין הישראלי, והיא שאלת התיקון החוקתי שאיננו חוקתי – כלומר מהן ההגבלות החלות, אם בכלל, על תיקונים חוקתיים, שאלה שמעסיקה דמוקרטיות חוקתיות ברחבי העולם.²⁸⁶ בפסק דין זה הציג השופט רוֹבִינְשְׁטֵיין את מצבה של הכנסת בישראל ואת קשייה, הנובעים באופן אינהרנטי משיטת הממשל, לקיים פיקוח אפקטיבי על הממשלה:

באופן אינהרנטי לשיטת הממשל הישראלית, הממשלה נתמכת בידי מרבית חברי הכנסת הבאים מקרב סיעות הקואליציה, ומכאן שהאפשרות הפוליטית שבידי הכנסת לחוקק חוקים בניגוד לעמדת הממשלה מעיקרא פחותה ובמיוחד נוכח הנוהג שהשתרש של "משמעת קואליציונית", במסגרתו מונעת הממשלה מחברי הקואליציה לתמוך בהצעות חוק מסוימות של חברי האופוזיציה – או להיפך, היא מחייבת אותם לתמוך בהצעות חוק ממשלתיות, כתנאי להמשך השתייכותם לקואליציה ולחברותם בממשלה.²⁸⁷

נוסף על כך, השופט רוֹבִינְשְׁטֵיין טען כי חוק ההסדרים פוגע פגיעה קשה ביכולת הכנסת לפקח על תפקוד הממשלה; למעשה, חוק ההסדרים משמש הסדר לרפורמות חשובות שנעשות בהליך מזוּרז כמעט בלי ביקורת של הכנסת.²⁸⁸ רוֹבִינְשְׁטֵיין קבע כי הפיקוח התקציבי הוא מתפקידיה המרכזיים של הכנסת, דבר היורד "לשורשה של הדמוקרטיה".²⁸⁹ עם זאת, יש לזכור כי בתיקון שנגדו הוגשה העתירה במקרה זה מדובר בהוראה של חוק יסוד. השופט רוֹבִינְשְׁטֵיין עמד על

286 ראו ספרו המקיף של יניב רוזנאי – YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL – CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017)

287 עניין המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 220, סעיף יד לפסק דינו של השופט רוֹבִינְשְׁטֵיין.

288 שם, סעיף טו לפסק דינו של השופט רוֹבִינְשְׁטֵיין.

289 שם, סעיף יח לפסק דינו של השופט רוֹבִינְשְׁטֵיין.

הפיחות במעמד של חוקי היסוד, המתוקנים חדשות לבקרים, לעיתים בהוראת שעה.²⁹⁰ באשר לשאלת ה"תיקון החוקתי שאיננו חוקתי" סבר רובינשטיין שהוא למעשה "שימוש לרעה בסמכות המכוננת".²⁹¹ בעניין הנידון לפניו, כאשר פעם אחר פעם "רומסת" הכנסת את חוקי-יסוד: משק המדינה ומתעלמת מפסיקת בית המשפט באשר לתקציב הדו-שנתי – אכן מדובר בשימוש לרעה שכזה. עם זאת, בית המשפט עדיין לא "הלך את כל הדרך" ולא ביטל את התיקון לחוק היסוד (מה שהיה יכול להיות תקדים ראשון לכך בישראל), אלא רק נתן "התרעת בטלות", שלפיה לא ניתן עוד לתקן את חוק היסוד בהוראת שעה נוספת, ואם ייעשה כך – התקציב הדו-שנתי (העתידי) צפוי להתבטל.

באשר להפרדת הרשויות, רובינשטיין מחרה מחזיק אחר גישתו של סולברג בעניין קוויניסקי. הוא מוסיף:

ואכן, הכנסת אינה חותמת גומי של הממשלה, אינה צריכה להיות כזאת ואסור שתהיה כזאת. ונזדמן לי לומר כלהלן – "ואולם, ליבת עקרונות ההפרדה, שמשמעם איזון בין 'מלכות לכהונה' אם ניטול מינוח שאול ממקורותינו (ראו למשל משנה אבות ו', ה'), שרירה וקיימת, שאם לא כן יינתן לממשלה, שהיא בפועל החזקה מבין הרשויות במובני היום יום, לעשות כרצונה, והדמוקרטיה מה יהא עליה". [...] אין פירוש הדבר שלקואליציה בכנסת אין מחויבות כלפי הממשלה. אדרבה, וכך יהא, שהרי אין עסקינן בעולם של הפקר, של "נתת תורת כל אחד ואחד בידו" (משנה שביעית, ב' א'). ואולם, גם אין הקואליציה מופעלת כבובה על חוט, ותפקידה הפרלמנטרי עמה.

עמדה זו של השופט רובינשטיין התקבלה פה אחד על ידי כל שבעת שופטי ההרכב.

290 שם, סעיף כה לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

291 שם, סעיף כו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

מכאן שגם במקרה זה, כמו בעניין קוטינסקי ובפסק הדין בעניין מתווה הגז, התערבות בית המשפט אפילו בחקיקת יסוד (ולא רק בהחלטת ממשלה או בחוק רגיל כמו במקרים הקודמים) לא נתפסה בעיניו של רובינשטיין כהתערבות המנוגדת בהכרח לעקרון הפרדת הרשויות אלא דווקא כעילה להתערבות, לשם שמירה על הכנסת מפני כוחה הרב מדי של הממשלה.

סיכום

אף כי השימוש הרטורי במונח "הפרדת רשויות" בפסיקת בית המשפט העליון הוא בדרך כלל לשם הצדקה לריסון שיפוטי ומניעת התערבות בהחלטות הכנסת והממשלה, מצאנו כי ברוב המקרים אין מדובר בפרשנות ההפרדה הקשיחה אלא בטענה בעלמא, בלי להיכנס לעומק הדברים, המשמשת כאחד הנימוקים לדחיית העתירה. לעיתים טענה זו מוצדקת לחלוטין בעינינו, בעתירות המבקשות בעליל מבית המשפט להחליף את שיקול דעתה של הממשלה בשיקול דעתו שלו.

עם זאת, התפיסות המובעות בבית המשפט, בעיקר בעשורים האחרונים, כאשר הוא נדרש לסוגיית הפרדת הרשויות באופן עמוק, עולות בקנה אחד עם הגישה הגמישה, המפרשת את הפרדת הרשויות כחלוקת סמכויות בין גופי השלטון אגב קיום מגע, ביקורת ופיקוח ביניהם. בפסקי הדין האחרונים שנסקרו לא שימשה הפרדת הרשויות מחסום מפני התערבות בית המשפט, אלא להפך – היא הייתה עילת ההתערבות, בעיקר כדי להגן על ליבת סמכויותיה של הכנסת מפני פגיעתה של הממשלה. כך היה בשאלת הליך החקיקה ושליטת היתר של הממשלה בחוק ההסדרים, כך בעניין התקציב הדו־שנתי, הפוגע קשות בסמכות הפיקוח של הכנסת, וכך גם בעניין כלל ההסדרים הראשוניים, שנועד להגביל את הממשלה. אף שבפסקי דין אחדים של בית המשפט העליון יכולה הרטוריקה להתפרש כאילו דוקטרינת הפרדת הרשויות נתפסת באופן קשיח ויש "לאזן" אותה עם שמירה על זכויות אדם ועקרונות חוקתיים, אפשר לראות שבפסקי הדין האחרונים האלה אימץ בית המשפט את הגישה הגמישה לדוקטרינה, והתערבותו נתפסת לא כסתירה שלה אלא דווקא כתנאי הכרחי לקיומה.

מקרה מבחן - התייחסות לתזכיר חוק־יסוד: החקיקה

בינואר 2018 פרסם משרד המשפטים את תזכיר חוק־יסוד: החקיקה. בפרק זה נתייחס לתזכיר בפירוט, משום שהוא מעין "ספינת הדגל" של ההתקפה על בית המשפט העליון (שתוארה בפירוט בפרק 2) ועל עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות במובנו הגמיש. מדובר בניסיון לפגוע פגיעה אנושה בסמכויותיו של בית המשפט העליון ולממש הלכה למעשה את הסכנות שתיארנו לעיל, הנובעות מסמכותה הרבה ממילא של הכנסת, וכפועל יוצא – מסמכותה הרבה של הממשלה בישראל. לשם הקיצור לא ניכנס לכל פרטי ההצעה אלא רק לאחדים ממרכיביה, שהם הקריטיים ביותר בעינינו.

הסדרת הליך החקיקה בחוק יסוד, ובכלל זה שריון מעמדו של חוקי היסוד והליך תיקונם והביקורת השיפוטית מכוחם, היא רעיון טוב ומועיל עקרונית. יש בה כדי להרים תרומה להסדרת היחסים בין הרשויות ולחלוקת הסמכויות ביניהן (אף כי מוטב היה להסדירה במסגרת של חוקה שלמה). אלה הרכיבים העיקריים של התזכיר:

- שריון חוקי היסוד כולם ברוב של 61 חברי כנסת בלבד, בלי שיידרש כל הליך מיוחד לתיקונם או לחקיקת חוק יסוד חדש.
- צמצום סמכות בית המשפט לפסול חוק באמצעות דרישה לרוב מיוחד של שני שלישים משופטי ההרכב לשם פסילת חוק.
- הכללת "פסקת התגברות" המעניקה לכנסת כוח להתגבר ברוב של 61 חברי כנסת על חוקי היסוד ועל פסיקת בית המשפט העליון, ובייחוד על הזכויות המנויות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- שלילת כל ביקורת על חקיקת חוקי יסוד.
- שלילת ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה של חוקים.

שריון חוקי היסוד והליך תיקונם

התזכיר מציע לקבוע בחוק יסוד את עליונותם של חוקי היסוד והביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת, זוהי הצעה ראויה. יש בה כדי להסדיר ולעגן את ביזור הסמכויות בישראל כך שיהיה ברור כי לבית המשפט יש סמכות לקבוע אם הרשות המחוקקת חרגה מסמכותה וחוקקה חוק הסותר חוק יסוד. ואולם האופן שבו מציע התזכיר לעגן את חוקי היסוד ואת הליך חקיקתם לוקה מאוד בחסר גם בהשוואה לתזכירי חוקי-יסוד: חקיקה שפורסמו בעבר. תזכיר החוק מסתפק בשריון חוקי היסוד כולם ברוב של 61 חברי כנסת בלבד. אף שיש בכך היבט חיובי, שכן כיום חלק מחוקי היסוד אינם משוריינים כלל, הסדר כזה הוא לקוי. להשקפתנו, כל חוקי היסוד חייבים להיות משוריינים ברוב מיוחס וגדול, שלא יאפשר לערוך בהם תיקונים מזדמנים חוזרים ונשנים, בשל נסיבות פוליטיות כאלה או אחרות. הפרקטיקה הנהוגה היום, שבה חקיקת חוקי יסוד חדשים ותיקון חוקי יסוד קיימים דורשים רוב רגיל, או במקרה של חוק משוריין – רוב של 61 חברי כנסת, שהוא ממילא הרוב המינימלי לקיומה של קואליציה – פוגעת במעמד החוקתי של חוקי היסוד ומעמידה את כל המבנה החוקתי בישראל על כרעי תרנגולת. חוקי היסוד הם אבני היסוד של ביזור הסמכויות, ואסור שיהיה אפשר לשנות אותם עצמם בהינף יד. שריון גורף לכל חוקי היסוד חייב להיות ברוב גדול (שלא יפחת למשל מ-70 חברי כנסת).²⁹² כמתואר בפרק 3, ברוב המדינות תיקונים חוקתיים נעשים בפרוצדורה מיוחדת, ממושכת יותר, לעיתים בכמה בתי פרלמנט, לעיתים בשילוב משאל עם, וברוב מיוחס. בישראל, שיש בה בית מחוקקים אחד ואין בה גוף נוסף שנדרש לאשר תיקון חוקתי – מן ההכרח שתיוון חוקי היסוד ידרוש לכל הפחות רוב גדול בפרלמנט.

לפי המוצע בתזכיר, ההליך לתיקון חוק יסוד או לחקיקת חוק יסוד חדש יהיה שונה אך במעט מהליך חקיקה של חוק רגיל. לא יהיה הבדל במספר הקריאות

292 לפני שריון כל חוקי היסוד הקיימים ראוי לערוך הליך בדיקה שלהם, ולוודא שהתוכן שבהם אכן מתאים להיות תוכן חוקתי משוריין.

הדרוש ולא יידרש שיעבור ביניהן פרק זמן כלשהו. הצעת חוק יסוד תוכל להיות יזומה גם בידי 20 חברי כנסת.

לתפיסתנו, ראוי לשריין הליך מיוחד לתיקון חוק יסוד קיים או לחקיקת חוק יסוד חדש (כמו שהוצע בנוסחי חוק יסוד: החקיקה בעבר). הליך זה ראוי שיתחיל בהצעה ממשלתית, או בהצעה של ועדת חוקה או של מספר גדול של חברי כנסת (לפחות כשליש מהם). מעבר לכך, ראוי להוסיף קריאה רביעית שתיוחד לתיקון חוק היסוד בלבד, והיא תיערך כחצי שנה לפחות לאחר הקריאה השלישית, על מנת לאפשר דיון ציבורי ארוך ומשמעותי טרם תיקון החוקה. מובן כי כל הקריאות צריכות לעבור באותו הרוב שבו משוריין חוק היסוד.²⁹³

הדרישה שמעמיד התזכיר לרוב קואליציוני של 61 חברי כנסת ולהליך רגיל של שלוש קריאות שאין ביניהן מרווח זמן פירושה שהמצב הקיים יישאר על כנו ושיהיה אפשר לחוקק ולתקן את חוקי היסוד, שהם החוקה המטריאלית של ישראל, בקלות יתרה. בדמוקרטיה חוקתית זהו מצב בלתי נסבל שהופך את החוקה לכלי בידי הממשלה, שניתן לשנותו ולשחק בו לפי צרכים קוניקטורליים רגועים. זהו ההפך המוחלט ממטרתה של חוקה – להעמיד תשתית ערכית, מבנים שלטוניים וכללי משחק יציבים שלא ניתן לשנותם לאלתר וללא רוב גדול ודיון ציבורי ממושך. באספקלריה של עקרון ביזור הסמכויות, מובן שמצב זה (שהוא גם המצב כיום) ינציח את עמידתה של ישראל בסכנה מתמדת לפגיעה קשה ביכולת הפיקוח והאיזון בין הרשויות. כאשר לרשות אחת (הכנסת) הנשלטת על פי רוב בידי רשות אחרת (הממשלה) יש כוח מוחלט לתקן את חוקי היסוד ברוב רגיל, ללא דיון ציבורי משמעותי, יש סכנה אינהרנטית שייעשה בכוח זה שימוש לרעה לשם הסגת הגבולות של הרשויות האחרות. שלא במקרה, בית המשפט העליון – שבמסטר פרלמנטרי הוא המגביל והמאזן את כוחן של הרשות המחוקקת ושל הרשות המבצעת – נמצא תחת מתקפה, והנצחת מצב זה תגביר את האיום התמידי על כוחו ועל עצמאותו.

293 ראו חוקה בהסכמה (בנספח למסמך זה), סעיף 181.

מעמד חוקי היסוד וביקורת שיפוטית

התזכיר מציע לקבוע בפירוש כי חוק יסוד ניתן לתקן אך ורק באמצעות חוק יסוד, וכי חוק רגיל לא יוכל לסתור חוק יסוד. כמו כן, ייקבע בפירוש כי מסמכותו של בית המשפט העליון, והוא בלבד, להחליט כי חוק רגיל סותר הוראה בחוק יסוד, ולכן אינו תקף מפאת אי-חוקתיותו. בסוגיית החוקתיות של חוק יהיה מוסמך לדון הרכב של תשעה שופטים, ופסילתו של חוק תהיה מותנית ברוב של שני שלישים מתוך המותב.

באספקלריה של עקרון ביזור הסמכויות יש בהחלט טעם בכך שבניגוד למצב המשפטי היום, רק בית המשפט העליון יהיה מוסמך לקבוע קביעה כזאת, בהרכב מורחב של לפחות שני שלישים מן השופטים המכהנים. ביקורת חוקתית ראוי שתהיה מעשה חריג, שנעשה בידי הגוף הבכיר ביותר ברשות השופטת ובהרכב משמעותי של שופטיו. יש לקבוע הסדרים להעברת ההכרעה החוקתית לבית המשפט העליון כאשר מתעורר ספק באשר לחוקתיות של חוק במסגרת דיון בפורום אחר. מן הבחינות האלה, התזכיר הוא אכן התפתחות חיובית לעומת הדין הקיים.

עם זאת, הדרישה לרוב של שני שלישים בהרכב הפסיקה לפסילת חקיקה של הכנסת עלולה לחבל ביכולתו של בית המשפט לקיים את תפקידו הקריטי במשוואת ביזור הסמכויות. פסילת חוק של הכנסת על ידי בית המשפט היא אומנם מעשה יוצא דופן, אך מכאן ועד הפיכת שליש מהשופטים במותב של בית המשפט העליון ל"גוש חוסם" שבידו זכות וטו – הדרך ארוכה. דרישה לרוב של שני שלישים מן השופטים היושבים בהרכב כדי לבטל חוק איננה מקובלת ברוב המכריע של המדינות בעולם. היא תציב מחסום גבוה מדי בפני עתירות חוקתיות ובכך תפגע בהגנה על זכויות אדם ובשמירה על הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות בישראל.²⁹⁴ אם מוסיפים למהלכים אלו את הוראת ההתנגברות

²⁹⁴ הקו המחבר בין הצעה זו ובין המאמץ המוצהר של שרת המשפטים למנוח בעיקר שופטים "שמרניים" לבית המשפט העליון הוא המגמה לכונן בית משפט שיאמר הן לכל מהלכי החקיקה, או במילים אחרות – ליצור מקסם שווא של ביקורת שיפוטית, כאשר

המוצעת (שתידון להלן) והגבלות נוספות על הביקורת השיפוטית, מתברר טיבה האמיתי של ההצעה – כינונו של חוק יסוד נגד הביקורת השיפוטית. זוהי הצעת חוק שמבקשת להסיר כל פיקוח על כוחו של השלטון, בניסיון להופכו לשלטון בלתי מוגבל.

פסקת ההתגברות

ההצעה מבקשת לאפשר לחוקק "חוק חורג", שיהא תקף על אף האמור בחוק יסוד (כל חוק יסוד), ברוב של 61 חברי כנסת (בהצעות קודמות דובר על 65 או 70 חברי כנסת). דהיינו, ניתן יהיה לחוקק מראש חוק שיהיה תקף למרות שהוא סותר חוק יסוד, או לחוקק חוק שיהיה תקף גם אם הכריז בית המשפט כי הוא חסר תוקף משום שהוא סותר חוק יסוד. החוק יהיה תקף לחמש שנים (וניתן יהיה לחוקק מחדש שוב ושוב).

כמעט כל זכויות האדם החוקתיות המוכרות בישראל מעוגנות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם במפורש (הזכות לחירות, לכבוד, לקניין, לחופש התנועה ועוד) ואם באמצעות הפסיקה (שהכירה למשל בזכויות לשוויון, לחופש ביטוי ולהליך הוגן כבהיבטים של כבוד האדם). מכאן שחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא "מגילת הזכויות" הבלתי שלמה של מדינת ישראל. מתן סמכות לכנסת להתגבר עליו כמוהו כהסמכתה להתגבר על מגילת הזכויות של ישראל. במסגרת האיזונים והבלמים בין הרשויות בישראל, סמכותו של בית המשפט לפסול חוקים הנוגדים את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו היא ההגנה החזקה והיחידה כמעט על חירותו של הפרט בישראל. כאמור, חוק יסוד זה אינו מקיף מפורשות את כל הזכויות שהיו ראויות להימנות בו, כגון הזכות לשוויון והזכות לחופש ביטוי. מבחינה זו, בכל הקשור להגנה על זכויות אדם יש בישראל חסר קריטי בהשוואה לרוב המדינות הדמוקרטיות. אם נדרש לעשות מעשה בתחום זה, זהו המעשה ההפוך – חיזוק ההגנה על זכויות האדם בישראל. בניסיון אלו החלשת ההגנה הזאת באמצעות הכפפתה לרצונו של רוב פוליטי היא מעשה

למעשה היא מאוינת. תשתית חוקתית שאין עליה ביקורת שיפוטית של ממש מאבדת את חוקפה ואת ערכה.

שלא ייעשה. אין הוא נעשה למען טובת האזרחים והציבור בכללו אלא לשם הקניית כוח שרירותי ועריץ לרוב.

עצם האיום ב"שוט" של פסקת ההתגברות עלול לפגוע פגיעה קשה ביכולתם של שומרי הסף בישראל לבלום חקיקה פוגענית. כיום היועץ המשפטי לממשלה או היועץ המשפטי לכנסת יכולים להתריע כי חוק מסוים אינו חוקתי או סובל מקשיים חוקתיים. מרגע שההצעה תיכנס לתוקף יוכלו יוזמיו של חוק לטעון כי אם ייפסל החוק בבג"ץ, יחוקקו אותו שוב באמצעות פסקת התגברות. אפשר גם שהסכמים קואליציוניים בדבר חקיקה עתידית יכללו הסכמות בדבר שימוש בהוראת התגברות, במקרה של צורך. זועקת ממש הפגיעה במעמדו של בית המשפט הדין בחוקתיות של הוראת חוק בניסבות כאלה, כאשר ברור מראש שבמקרה של ביטול ההוראה עקב אי-חוקתיותה, החלטתו היא החלטת סרק. אם זה יהיה המצב, ההגנה על זכויות האדם בישראל – המעוררת ושבירה ממילא – עלולה לספוג מכה קשה ואף קטלנית.

אי-אפשר לטעון ברצינות שהענקת זכות המילה האחרונה לכנסת אינה פוגעת בסמכות בית המשפט לבטל חקיקה, וכי מדובר ב"דיאלוג" בין הרשויות. כאשר זכות המילה האחרונה היא בידי הכנסת, הרשות המחוקקת, וליתר דיוק – הרוב הקואליציוני שנמצא בידי הממשלה, הופכת לכול יכולה, והשלטון הוא בלתי מוגבל הלכה למעשה.

המשמעות המשפטית של הכללת הוראת התגברות יכולה גם להיות, במובן מסוים, שניתנת למחוקק מילה אחרונה לא כמחוקק אלא כפרשן של החוקה,²⁹⁵ שכן הוראת ההתגברות מאפשרת להתגבר על פרשנות חוקתית של בית המשפט. זוהי הפרה גסה של עקרון ביזור הסמכויות. הסמכות לפרש חקיקה בישראל מסורה לבית המשפט ועימה הסמכות לפרש את חקיקת היסוד. להפרה כזאת אין כל הצדקה עניינית, שכן מתוך שני הגופים – בית המשפט והכנסת – ברור שבית המשפט מתאים יותר למלאכה של פרשנות חוקתית. הענקת סמכות

295 ניתן לראות גם את הכוח שניתן למחוקק לא ככוח פרשני אלא ככוח לסטוח מהוראת חוק היסוד – מה שהופך זאת לחמור אף יותר, שכן לא מדובר רק בשאלה מי יקבע את היקף ההגנה על זכויות האדם אלא בשאלה אם יש מקום כלל להעניק הגנה לזכויות אדם.

כזאת למחוקק איננה אלא מעשה כוחני של כיפוף ידיים, שמאפשר לרוב לחרוץ לשון כלפי החוקה, כלפי זכויות אדם וכלפי בית המשפט ונותן בידי המחוקק כוח מוחלט לחוקק בלי כל הגבלה.

תאורטית, הכנסת יכולה לבטל את חוקי היסוד (בכפוף לשאלה אם מדובר ב"תיקון חוקתי שאיננו חוקתי"). ואולם עובדה היא שלא עשתה זאת, ולא בכדי. ביטול כזה נושא עימו מחיר מוסרי, כלפי פנים וכלפי העולם כולו, ופירושו הודאה בהתנכרות לזכויות אדם. לעומת זאת, השימוש בפסקת התגברות מאפשר למחוקק "ללכת בלי ולהרגיש עם": לדבר גבוהה-גבוהה על זכויות חוקתיות, אך להתגבר עליהן כאשר מגיעה שעת המבחן ונפסק כי חוק אינו חוקתי. יש הבדל עקרוני בין תיקון חוקתי ובין התגברות. הראשון כרוך בשינוי נורמטיבי של התשתית החוקתית, והוא צריך לעמוד בנטל השכנוע ששינוי כזה אכן נדרש מבחינה עקרונית, שהוא מוצדק מבחינה ערכית ושתועלתו עולה על נזקו. לכן תיקון חוקתי הטעון הליך מיוחד הוא דרך המלך למקרים חריגים, וזו הדרך הננקטת במדינות שיש בהן דמוקרטיה חוקתית. הוא נמצא בתחום הלגיטימי של שקלא וטריא חוקתית, ואינו נגוע בכוחנות האד-הוקית של התגברות. תפקידה העיקרי של חוקה הוא להגן על מיעוטים. פסקת ההתגברות תאפשר להתמקד בהגנה על זכויות הרוב ולהחריג את זכויות המיעוט באמצעות פסקאות התגברות ספציפיות. לא קשה לדמיין כיצד יעשה בכך שימוש כדי לפגוע בזכויותיהם של מבקשי מקלט, של המיעוט הערבי ועוד.

מנקודת המבט של עקרון ביזור הסמכויות, פסקת ההתגברות תשנה מן היסוד את חלוקת הסמכויות בין הרשויות בישראל ותיטול מהגוף המהותי ביותר להגבלת כוחו של השלטון את אחד מתפקידיו החשובים ביותר – קיום ביקורת חוקתית על חקיקת הכנסת.

תפקידו של בית המשפט כמגן המיעוטים והחלשים בחברה

מהותן של זכויות היסוד היא הגנה על החלש ועל קבוצות מיעוט. לאורך השנים פעל בג"ץ אינספור פעמים כמגן המיעוטים והחלשים מפני התעמרות הרוב.

כך למשל, בפרשת **צמח** בג"ץ פסק כי החוק להחזקת חיילים במעצר ל-96 שעות טרם הבאתם לפני שופט אינו חוקתי. הזכות לחירות ולהליך הוגן העומדת לנחקרים, ובייחוד לחיילים, שאינם מורשים להתארגן פוליטית או קבוצתית, היא עניין קלסי שבו בית המשפט העליון מתערב ומגן על הצד החלש.

כך גם בפרשת **צלאח חסן**, שם לראשונה הזכות לקיום מינימלי בכבוד הביאה לביטול חוק של הכנסת. במקרה זה הגן בית המשפט על זכותן של משפחות קשות יום לקבל הבטחת הכנסה אף שהחוק שלל מהן זכות זו משום שעשו שימוש ברכב פרטי. בית המשפט קבע כי עצם השימוש ברכב פרטי, למשל כשהוא בלתי נמנע ונדרש כדי להסיע ילדה עם מוגבלות לבית ספר מיוחד, אינו צריך לשלול את הזכות לגמלה.

וכך גם במקרים רבים נוספים: בפסק הדין המפורסם בעניין **אליס מילר** יצא בית המשפט להגנת נשים ופסל מפאת פגיעה בשוויון את החלטת צה"ל שלא לאפשר לנשים להשתתף בקורס טיס. בפסק דין **דנילוביץ'** הגן בית המשפט על זכותם של בני קהילת הלהט"ב לשוויון. בהחלטה לפסול חקיקה להפרטת בתי הסוהר התגייס בית המשפט למען כבודם האנושי של האסירים, קבוצת אוכלוסייה נוספת שאין לה כמעט כוח פוליטי. בשתי החלטות לביטול חקיקה הנוגעת לגיוס בחורי ישיבות התגייס בית המשפט למען השוויון בין צעירים שמתגייסים על פי חוק וצעירים שמקבלים פטור משירות צבאי רק בגלל שיוכם לקבוצה דתית. ברור כי בהינתן פסקת התגברות, בכל מצב שכזה יכולה הייתה קואליציה ספציפית, מטעמים פוליטיים, לחוקק חוק ולמעשה להפוך את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו להמלצה חסרת שיניים.

השוואה להצעות קודמות ולמצב החוקי בעולם

הרעיון לאפשר התגברות על פסיקות בית המשפט איננו חדש. הצעה זו נכללה בהצעות חוקי־יסוד: החקיקה שהעלו בעבר שרי המשפטים יעקב נאמן ודניאל פרידמן. בתזכיר הצעת חוקי־יסוד: החקיקה בתקופת השר פרידמן הוצע רוב מיוחס של 70 חברי כנסת, ובתזכיר מאוחר יותר, בתקופת השר נאמן, רוב של 65 חברי כנסת.

אין כמעט חוקה בעולם, למעט זו של קנדה ובמידה מוגבלת זו של פינלנד,²⁹⁶ שקיים בה מודל דומה של התגברות. בקנדה, לקראת הכללת הצ'רטר של זכויות אדם בחוקה, הוכנסה פסקת התגברות שהייתה חלק מפשרה בין הממשל הפדרלי והפרובינציות. עד היום מודל זה עומד לביקורת קשה, והניסיון להפעילו ממחיש את השרירותיות המוחלטת שהוא נותן למחוקק: בקוויבק, זמן מועט לאחר החלת הצ'רטר, נחקק חוק שמבטל את כל חוקיה הקיימים של קוויבק ומחוקק אותם מחדש במתכונת הכוללת בהם פסקת התגברות. זוהי הדגמה לכוח הבלתי מוגבל שפסקה זו נותנת בידי הרוב – הכוח להתגבר על זכויות חוקתיות של הפרט והמיעוט, ולמעשה כמעט לאיין. בקנדה, בניגוד לישראל, יש חוקה משוריינת, מגילת זכויות אדם שלמה ופסקת הגבלה מוגבלת בהיקפה. גם התרבות הפוליטית בקנדה שונה מן התרבות הפוליטית בישראל. בשל ההבדלים האלה, ההשוואה בין ישראל לקנדה חסרת בסיס.

לעומת המקרה של קנדה, נציין כאן את עשרות המדינות השותפות לאמנה האירופית לזכויות האדם. זכויות האדם במדינות אלו מוגנות בחומות כפולות – הגנה חוקתית מלאה וגם הגנה בינלאומית מכוח האמנה האירופית לזכויות אדם ובית הדין האירופי לזכויות אדם. בית הדין הזה מוסמך לקבוע שחוק של מדינה חברה, שעמד בביקורת חוקתית פנימית, סותר את האמנה, ובמקרה כזה המדינה מחויבת לבטל או לתקן את החוק שלא עמד בביקורת בית הדין האירופי. נזכיר שוב כי בבריטניה, שבה אין פסקת התגברות אך מלכתחילה גם אין בה סמכות לבית המשפט לבטל חוק אלא רק להצהיר על אי-התאמתו לחוק זכויות האדם, מצב כזה מגובה באמצעות כפיפותה לבית הדין האירופי לזכויות אדם.

מלבד קנדה (והמקרה המוגבל של פינלנד), המדינה היחידה שיש בה פסקת התגברות היא ישראל. זמן קצר לאחר חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק אישרה הכנסת להכליל בו פסקת התגברות לשם חקיקתו מחדש של החוק לאיסור

296 ראו הלל סומר "תרופת פלא או גלולת רעל? עיון חוזר במנגנון ההתגברות" חוקים יב 55, 77 (2018). בפינלנד היה מנגנון התגברות שאפשר לפרלמנט לחוקק חוק רגיל המתגבר על החוקה, בהליך הדומה לתיקון חוקה. אך מנגנון זה דרש רוב של חמש שישיות בפרלמנט או באישור לאחר בחירות של שני שלישים. ברפורמה שנערכה בשנת 2000 הוגבלה היכולת לחרוג מהוראותיה המרכזיות של החוקה ונקבע שיש להשתמש בה רק במקרים דחופים ויוצאי דופן.

ייבוא בשר חזיר, שנפסל בבג"ץ. אולם אין להשוות בין הפגיעה בשיח החוקתי ובזכויות האדם שבחוק-יסוד: חופש העיסוק ובין פוטנציאל הפגיעה הגלום בהצעה הנוכחית. בחוק-יסוד: חופש העיסוק מדובר בזכות ספציפית ומוגדרת שאינה נמנית עם הזכויות הראשונות במעלה מבחינת חשיבותן. לעומת זאת, הוראת ההתגברות המוצעת בחוק-יסוד: החקיקה אמורה לחול על כל חוקי היסוד, ובכללם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוא מגילת זכויות האדם (למעט חופש העיסוק) של מדינת ישראל. כלולות בו, במפורש או באמצעות פרשנות, הזכויות החשובות ביותר במעלה, שהן נשמת אפה של הדמוקרטיה: הזכות לשוויון, לחופש ביטוי, לחירות, לכבוד האדם. פוטנציאל הפגיעה בזכויות האדם הטמון בהצעה המדוברת הוא עצום, ואינו דומה כלל להוראת ההתגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

בניגוד למצב בקנדה או ברוב הדמוקרטיות, בישראל שורר מצב מיוחד: מיעוט גדול של כ-20% מהאוכלוסייה מזוהה בקרב חלק מהציבור עם אויבי המדינה. בעקבות זאת ישראל מועדת לחקיקה המתעמרת במיעוט – ונטייה זו באה לידי ביטוי בפועל בחקיקה פופוליסטית אשר פושה בכנסת בשנים האחרונות. מתן אפשרות תאורטית במדינת ישראל לרוב להתגבר על חוק יסוד, להכליל פסקת התגברות ולחוקק למשל חוק המונע מערבים לקיים אספות, בלי שלבית המשפט תהיה סמכות להגן על חופש האספה – זהו מצב בלתי נסבל, שיערער מאוד את זהותה של ישראל כדמוקרטיה.

שילת הביקורת החוקתית על חוקי היסוד

על פי ההצעה בתזכיר, מבית המשפט תישלל בפירוש הסמכות לביקורת חוקתית על חוקי יסוד. אכן, ביקורת שיפוטית על החוקה עצמה אינה מובנת מאליה. ואולם גם שילתה המפורשת, כדבר שלא יכול להתקיים בשום תנאי, היא מעשה נדיר בדמוקרטיה חוקתית. כל סמכות בדמוקרטיה אינה סמכות מוחלטת, גם לא הסמכות לכונן חוקה ולתקנה. האמנה החברתית העומדת ביסוד המדינה הדמוקרטית המודרנית מבוססת על עקרונות על אחדים ששום רוב ושום תצורה נורמטיבית אינם רשאים לרמוס.

ד"ר יניב רוזנאי, בספרו *Unconstitutional Constitutional Amendments* שראה אור בשנת 2017, עסק בדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי. לפי ממצאיו, ברוב המדינות החוקה שותקת באשר להתערבות בתי המשפט בתיקון חוקתי שאינו חוקתי. במדינות אלו מופעלת לרוב, בפועל, ביקורת שיפוטית באשר לשאלה אם תיקון חוקתי סותר עקרונות חוקתיים אשר החוקה קובעת בפירוש שאינם ניתנים לשינוי, או שהם כאלה במשתמע (למשל בגרמניה, בברזיל, בצ'כיה ובהודו). במדינות אחדות החוקה קובעת במפורש את כוחו של בית המשפט לבקר תיקונים בחוקה (למשל באוקראינה, במולדובה וברומניה). יש גם מדינות שבהן החוקה אינה שותקת בעניין ביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי, ובתי המשפט בהן נמנעו מהפעלת ביקורת שיפוטית כזאת (כך בארצות הברית, בנורווגיה ובצרפת).

מקרה חריג הוא הונגריה, שבה תיקון משנת 2013 לחוקה קובע במפורש כי בית המשפט החוקתי אינו יכול לבקר (מהותית, לא פרוצדורלית) תיקונים לחוקה. התיקון אושר בבית המשפט בהונגריה. יש לזכור כי הונגריה בגלגולה הנוכחי אינה דוגמה ומופת למשטר דמוקרטי ליברלי, בלשון המעטה.

בכל הנוגע לביזור הסמכויות, את השאלה החוקתית הכבדה הזאת ראוי להשאיר פתוחה, כמו ברוב הגדול של חוקות העולם – בוודאי כאשר התנאים האחרים הנדרשים על פי התזכיר לתיקון החוקתי דלים כל כך וחסרי תקדים בהשוואה לכל מדינה אחרת (ראו לעיל בפרק 3, בסעיף "בחינה רוחבית"). שאם לא כן, עלול להיווצר מצב אבסורדי שבו ניתן לתקן את חוקתה המטריאלית של המדינה ברוב קואליציוני רגיל, באמצעות הוספת חוק יסוד, ואגב כך לפגוע קשות בערכי היסוד של השיטה – למשל לבטל את אופייה הדמוקרטי של המדינה, בלי שתהיה כל אפשרות של ביקורת שיפוטית על כך. זהו בדיוק המצב של השגת כוח בלתי מוגבל שדוקטרינת ביזור הסמכויות נועדה למנוע. מצב זה הוא מסוכן ביותר, ובמציאות הפוליטית בישראל הוא אינו תאורטי כלל. לכן במצבים קיצוניים כאלה ראוי להשאיר פתח של הצלה ולא לסתום עליו את הגולל. משמעה המעשי של חסימה מוחלטת של ביקורת שיפוטית במקרה כזה הוא הפקדת – או שמא הפקרת – אופייה הדמוקרטי של המדינה בידי הרוב הקואליציוני, כלומר השענתה על משענת קנה רצוף.

שלילת הביקורת על הליך החקיקה

התזכיר מבקש לשלול כליל אפשרות לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, ככל שזו אינה נובעת מחוקי היסוד. דרישה זו היא תולדה ישירה של פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין החוק למיסוי דירה שלישית (בג"ץ קוויטניסקי). נציין כי אילו כלל חוקי־יסוד: החקיקה יסודות מהותיים בדבר הליך החקיקה של חוקים, לא היה צורך בביקורת שאיננה מכוח חוקי היסוד. אלא שהתזכיר אינו כולל יסודות כאלה, מלבד הליך הצעת החוק וההצבעות. התוצאה בלתי נסבלת: לכאורה, ניתן יהיה להעביר בכנסת חוקים בהצבעות פורמליות בלבד, בלי לתת לחברי הכנסת אפשרות מינימלית להשתתף בדיון או אפילו להבין על מה הם מצביעים (העקרונות שנקבעו בשורה של פסדי דין, מאז בג"ץ ארגון מגדלי העופות²⁹⁷ ועד בג"ץ קוויטניסקי). מצב זה פסול מיסודו. הוא מרוקן מתוכן את המשמעות של המונח "פרלמנט", דהיינו דיבור או שיח, הופך את הליך החקיקה לפורמלי בלבד ושולל מחברי הכנסת (ומבית המשפט) את היכולת למנוע מהממשלה לשלוט בהליך החקיקה (ובפועל, במקרים רבים הממשלה שולטת בהליך החקיקה, בוודאי במקרים של חוק התקציב וחוק ההסדרים). מצב כזה מנוגד לליבת העיקרון של ביזור הסמכויות. הוא אינו פוגע רק בכוחו של בית המשפט, אלא גם, ובעיקר, בכוחה של הכנסת עצמה, כפי שהוסבר באריכות לעיל, בדיון בעניין פסק דין קוויטניסקי.

סיכום

מנקודת הראות של דוקטרינת ביזור הסמכויות, תזכיר חוקי־יסוד: החקיקה עשוי היה להיות שעת חסד של המשפט הישראלי אילו היה מסתפק בהסדרה של יציבות חוקי היסוד ומעמדם החוקתי, של הליך החקיקה, של מעמד בית המשפט ושל הביקורת השיפוטית. אולם התזכיר משקף ראייה צרה ומוטעית של מהות הדמוקרטיה – כריבונות הרוב ולא כריבונות העם. הוא מבוסס על עיונות כלפי הביקורת השיפוטית ומבקש לסכל אותה. הוא מגלם חוסר כבוד לתשתית החוקתית של המדינה, לזכויות האדם, להגנה על המיעוט ולעקרון ביזור

הסמכויות. במקום לחזק את הדמוקרטיה בישראל ולקדם את השיטה המשפטית הנהוגה בה לעבר שיטה דמוקרטית־חוקתית, הוא מערער את יסודותיה החיוניים. בין כוחה הרב מאוד של הכנסת, בהיותה רשות מחוקקת ומכוננת, לממשלה השולטת בכנסת ולבית המשפט המאזן אותן מתקיים כיום (בקושי) איזון עדין, והוא יתערער עד מאוד. ישראל עלולה לגלוש לעבר עריצות – בדיוק המצב שדוקטרינת ביזור הסמכויות נועדה למנוע ולסכל. שימוש ברטוריקה של הפרדת רשויות במובנה הקשיח כדי לתמוך בהצעת החקיקה האמורה הוא שימוש מטעה ומשולל כל יסוד. התזכיר אינו מבקש לקדם את הפרדת רשויות, אלא להפך – הוא מבקש לחסלה.

סיכום והמלצות

מטרתו של מחקר מדיניות זה היא לחקור את דוקטרינת הפרדת הרשויות – את מקורה ההיסטורי והתאורטי ואת יישומה בישראל ובמדינות אחרות בעולם. הוא נכתב על רקע האקלים הנוכחי בדמוקרטיה הישראלית, שבו סוגיית הפרדת הרשויות משמשת בעוצמה גוברת והולכת להצדקה של ניסיונות חוזרים ונשנים לפגוע בסמכויותיו של בית המשפט העליון. המחקר שהוצג כאן מעלה כי ההנחות בבסיסו של טיעון זה שגויות: הפרדת הרשויות לא פורשה כהפרדה מוחלטת בין הרשויות – לא עיונית ולא מעשית, לא במדינות אחרות ולא בישראל – אלא כשילוב של ביזור סמכויות ושל זיקות בין הרשויות. ביזור הסמכויות נועד למנוע מצב שבו רשות אחת מפעילה באופן מלא שני ענפים שלטוניים (או יותר), מצב שעלול להביא לעריצות ולפגיעה בחירות. הזיקות בין הרשויות מטרתן שהרשויות יהיו מעורבות זו בזו, ישתפו פעולה, יפקחו זו על זו ויאזנו זו את זו. הזיקות הללו גם נועדו ליצור שיטה של איזונים ובלמים, שתכליתה למנוע הצטברות כוח רב מדי בידי רשות אחת, שמא תשתמש בו להתנהגות עריצה הפוגעת בחירות. גישה כזאת של הפרדת הרשויות אינה מתעלמת מכך שלכל רשות יש ליבת סמכות, ורשות אחרת אינה רשאית להפעיל סמכות זו במקומה, כמו במקרה של כלל ההסדרים הראשוניים או במקרה שנכפה על המחוקק לחוקק חוק שיש לו תוכן ספציפי. אלא שאסור לשפוך את התינוק עם המים ולגזור מהגנה זו על ליבת הסמכות את מחיקת הביקורת והאיזונים, שהן המהות והמטרה של הדוקטרינה. כך גם בכתביו של מונטסקייה עצמו, בכתבי פרשניו ואף בכתבי "הפדרליסט", הנחשבים למפרשיו הקשחים ביותר: כולם הבינו את הדוקטרינה באופן שונה בתכלית השינוי מהאופן שבו מבינים אותה המבקשים להישען עליה כיום בישראל לצורך חבלה בסמכויותיו של בית המשפט העליון.

עוד מצאנו כי גם בישראל – אם בחלוקת הסמכויות בפועל, העולה מחוקי היסוד ומהחקיקה, ואם בפסיקת בית המשפט העליון (וביתר שאת בפסקי הדין היוורדים לעומק הסוגיה) – אין כמעט בסיס לפרשנות זו של "חומה סינית" בין הרשויות, אלא ההפך הוא הנכון. ישראל היא דוגמה למדינה שיש בה ביזור סמכויות אך לא הפרדה מוחלטת בין הרשויות: הרשות המבצעת רשאית לחוקק חקיקת משנה, הרשות המחוקקת והרשות המבצעת מפעילות טריבונלים שיפוטיים והרשות השופטת מוסמכת לפרש את הדין וליצור תקדימים מחייבים, ובעשורים

האחרונים אף להפעיל ביקורת חוקתית על חקיקה. הרשות המחוקקת והרשות המבצעת מעורבות מאוד בהליך מינוי השופטים ויש להן השפעה רבה על קביעת הנורמות, דהיינו חקיקת החוקים וחוקי היסוד. לא מוכרת לנו שיטה משפטית שבה עקרון הפרדת הרשויות גורס הפרדה מוחלטת בין הרשויות, כזאת שבה כל רשות אינה נוגעת ברעותה. המחקר המשווה הראה כי אף שיש מודלים שונים לפיקוח, להפרדה ולאזונים ובלמים – בכל שיטה קיימים איזונים ובלמים כאלה או אחרים, ובדרך כלל מכמה סוגים, שאינם קיימים בישראל.

על בסיס ממצאים אלו מצאנו לנכון להמליץ המלצות אחדות: ראשית בתחום המינוח ושנית באשר להצעות החקיקה שהצגנו. לבסוף אנו מבקשים להצטרף להמלצות של מחקרים אחרים שנערכו לאחרונה במכון הישראלי לדמוקרטיה, שקוראים לחזק את פיקוח הרשות המחוקקת על הממשלה ואת עצמאות הרשות השופטת וקובעים כי אלה הן נקודות חלשות ביישום דוקטרינת חלוקת הסמכויות והפרדת הרשויות בישראל.

סוגיית המינוח

בחרנו לפתוח דווקא בסוגיה סמנטית. ייתכן שהיא חשובה פחות מהאחרות, אך למילים יש חשיבות משום שהן בונות מציאות ומשמעות. לטעמנו, המונח השגור "הפרדת רשויות" יכול אולי להיות תרגום מילולי סביר למונח הלוועזי "separation of powers", אך בפועל הוא מוביל לתפיסה מוטעית של הדוקטרינה, משום שהוא מדגיש את ההפרדה ומשתמש במונח "רשויות", שאינו תואם כלל את המונח הלוועזי; למעשה, מדובר בסמכויות. המונח העברי מעודד את מי שקורא, לומד או שומע עליו להניח כי הפרשנות הכמעט יחידה שלו היא הפרשנות הקשיחה, שלפיה הרשויות המחוקקת, המבצעת והשופטת אמורות להיות מופרדות. אלא שהפרשנות המקובלת, המיושמת בפועל, וגם זו שאבי התורה (שלא במקרה, לא קרא לה מעולם "הפרדת רשויות") התכוון אליה מלכתחילה, היא הפרשנות הגמישה.

לכן, כאשר עוסקים בדוקטרינה יהיה מועיל לטעמנו להשתמש במונח נוסף כגון "ביזור סמכויות" או "חלוקת סמכויות"²⁹⁸, כפי שעשה השופט מישאל חשין בפסקיו. אפשר גם לצרף אליו את המונח "איזונים ובלמים", שהשתרש בארצות הברית ולמעשה משקף באופן המיטבי את הרציונל מאחורי הדוקטרינה וגם את יישומה בפועל. אין אנו מציעים לזנוח את המונח "הפרדת רשויות", שכן הוא מושרש מדי בכתיבה, בחינוך הדמוקרטי, במדעי המדינה ובמשפטים. לטעמנו, השימוש המיטבי יהא "ביזור סמכויות (הפרדת רשויות)". כך יישמר המונח הישן, לשם חיפושים דיגיטליים והבנת הקורא, וגם יבוא לידי ביטוי המונח הקולע יותר לפרשנות הנכונה והמתאימה לישראל ובכלל.

מסקנה נוספת הקשורה למינוח ולרטוריקה נוגעת לפסיקת בית המשפט העליון. לדעתנו, ראוי שבית המשפט, בשעה שהוא דוחה עתירות על הסף, ישקול במידה רבה יותר של זהירות את השימוש בדוקטרינת הפרדת הרשויות. אף כי לעיתים השימוש במונח קולע, במקרים אחרים, כאשר בית המשפט נמנע מהתערבות פשוט משום שלא מתגבשת עילת ההתערבות, השימוש ב"הפרדת הרשויות" כנימוק לדחיית עתירה אינו קולע ויוצר מצג כאילו פרשנותו של השופט המאזכר את הדוקטרינה היא הפרשנות הקשיחה. כך גם באשר לרטוריקה הגורסת כי יש "לאזן" בין הפרדת רשויות מחד גיסא ובין שמירה על חוקתיות או על זכויות אדם מאידך גיסא. גם רטוריקה כזאת חוטאת לפרשנות הנכונה של הדוקטרינה, שנועדה לשמור על החירות ולפיכך דווקא מצדיקה ביקורת חוקתית על חוקים ואיננה מציבה מחסום בפניה. ביקורת חוקתית מופעלת כדי לבקר את החקיקה ולוודא כי המחוקק אינו חורג מסמכותו המוגדרת בחוקי היסוד, ולכן היא חלק מהפרדת הרשויות. לפיכך לא ראוי להשתמש בהפרדת הרשויות, במובנה המדויק, כבשיקול "מאזן" מול שמירה על זכויות אדם או עקרונות חוקתיים. היא יכולה לכל היותר לשמש מקור לריסון בית המשפט ולשמירה על גדרי סמכותו, כדי שלא יחליף את שיקול דעתו של הגורם המחליט בשיקול דעתו שלו.

יוזמות החקיקה המבקשות לפגוע בבית המשפט העליון בשם "הפרדת הרשויות"

דומה שקוראי מסמך זה לא יופתעו אם נאמר שאנו מתנגדים ליוזמות חקיקה המבקשות לפגוע בבית המשפט העליון בשם "הפרדת הרשויות". התנגדותנו מבוססת על טעמים רבים אשר פורטו בחוות דעת שפורסמו בעניין בשנים האחרונות, למשל בעניין תזכיר חוק־יסוד: החקיקה,²⁹⁹ הצעת חוק־יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על חקיקה),³⁰⁰ הצעת חוק־יסוד: השפיטה (תיקון – הגבלת בזכות העמידה)³⁰¹ והצעת חוק־יסוד: הכנסת (מניעת ביקורת של בית המשפט העליון על פסילת מתמודדים ורשימות).³⁰² הוא הדין בעניין הניסיונות להגביר את כוחה של המערכת הפוליטית בהליך מינוי שופטי בית המשפט באמצעות שימוע; בעניין הגדלת מספר הפוליטיקאים בוועדת המינוי; בעניין שינוי מנהג הסניוריטי; ועוד. אנו סבורים שיש להגן מכל משמר על שיטת מינויים, שמשמרת את האופי המקצועי של שופטי בית המשפט העליון, את עצמאותם ואת איתנותם במערכת הפוליטית.³⁰³

במחקר זה ביקשנו להראות כי אף שהתומכים בחקיקה מגייסים לעזרתם את דוקטרינת הפרדת הרשויות, ההפך הוא הנכון. מלבד הטיעונים הנוספים נגד גל

299 מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס חוות דעת בעניין חוק־יסוד: החקיקה מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה (15.1.2018).

300 מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס חוות דעת בעניין חוק־יסוד: השפיטה מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה (19.10.2017).

301 מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס חוות דעת בקשר לחוק־יסוד: השפיטה (תיקון – הגבלת זכות העמידה) מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה (11.5.2017).

302 מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס הצעת חוק־יסוד: הכנסת (תיקון – שלילת סמכותו של בית המשפט העליון מלהחערב בהחלטת ועדת הבחירות המרכזית לעניין אישור או פסילת מועמד או רשימה מלהשתתף בבחירות) מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה (22.11.2015).

303 עוד על שיטת המינוי בישראל, בהיבט השוואתי והתייחסות לניסיונות השונים לרפורמה, ראו לוריא שיטת מינוי השופטים, לעיל ה"ש 83.

חקיקה זה, יש להתנגד לרטוריקה שלפיה ההצעות האלה יקדמו את "הפרדת הרשויות". התשובה העיקרית לכך היא שביזור הסמכויות והצורך באיזונים ובבלמים אינם מکتביים הפרדה מוחלטת בין הרשויות אלא דווקא את קיומם של קשרים וגשרים בין הרשויות, פיקוח הדדי ובקרה שלהן זו על זו. הניסיון לפגוע בסמכויות הפיקוח או בעצמאותו של בית המשפט יפגע פגיעה קשה בעקרון ביזור הסמכויות ובעיקר במטרה שלשמה הוא נוצר: למנוע מהשלטון את האפשרות להשיג כוח מוחלט ועריצות כדי לשמור על חירות האזרחים.

אין שיטה שבה פורשה הדוקטרינה כאילו יש להקים "חומה סינית" בין הרשויות ולמנוע כל מגע ביניהן. גם בישראל אין שום בסיס לטעון שכך פורשה הדוקטרינה או שכך היא צריכה להתפרש. תעיד על כך העובדה הפשוטה שאותם חברי כנסת ושרים המציעים את הצעותיהם "בשם הפרדת הרשויות" אינם מוטרדים מכך שהם עצמם חברים גם בכנסת וגם בממשלה, או לחלופין חברים בקואליציה הנשלטת דה־פקטו על ידי החלטות הממשלה. גם הם מבינים היטב כי בשיטה הישראלית אומץ המובן הגמיש של הפרדת הרשויות. אין גורסים אצלנו הפרדה מוחלטת בין הגורמים המפעילים פונקציות שלטוניות; להפך, נדרש פיקוח הדדי ביניהם. כפי שטענו מלומדים רבים בעולם ובישראל (וגם פוליטיקאים),³⁰⁴ בשיטה הפרלמנטרית הפיקוח של הכנסת על הממשלה רעוע ביותר באופן אינהרנטי, והכנסת משרתת את הממשלה הרבה יותר משהיא מפקחת עליה. מעבר לכך, בישראל באופן ייחודי המצב מסוכן גם לעומת משטרים פרלמנטריים אחרים, משום שיש בה בית מחוקקים יחיד ומשום שיש לו סמכות לתקן את החוקה דה־פקטו של המדינה, כלומר את חוקי היסוד, ללא כל מגבלת רוב מיוחד או פרוצדורה מיוחדת. מצב ייחודי זה מעמיד את השיטה הנהוגה בישראל, ואת הדמוקרטיה עצמה, בסכנה אמיתית של היווצרות כוח מוחלט בידי הרשות המחוקקת, וכפועל יוצא גם בידי הרשות המבצעת, השולטת בה.

מכאן שבישראל, במיוחד, מן ההכרח לשמור מכל משמר על עקרון ביזור הסמכויות ("הפרדת הרשויות") במשמעותו הגמישה ועל עצמאותו ועל כוחו של בית המשפט העליון. אין להגביל את סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת על החלטות הממשלה והכנסת ואין לפגוע בעצמאותו באמצעות שיבוש הליך

המינויים והפיכתו לפוליטי. בית המשפט בישראל הוא הגורם היחיד שיכול לאזן ולהגביל את הכנסת והממשלה, זאת בניגוד לכל שיטת ממשל דמוקרטית אחרת, שיש בה כמה וכמה גורמי בקרה המאזנים את השלטון, לבל יהפוך לשלטון כול יכול. נדגיש גם כי במיוחד במדינה שבה יש מיעוט – האזרחים הערבים שהם 20% מהאוכלוסייה – המואשם תדיר בתמיכה באויבי המדינה הנמצאים עימה בקונפליקט מזוין, יש חשש תמידי מפני התעמרות הרוב במיעוט. במצב כזה יש צורך מיוחד להגן על המיעוט מפני הרוב, ולכן חשוב עוד יותר להגן ביתר שאת על עצמאותו ועל כוחו של בית המשפט.

אנו מבקשים להדגיש את התנגדותנו לניסיון לחוקק פסקת התגברות. כפי שתיארנו בהרחבה בפרק הקודם, יהיה בכך כדי למוטט את המפעל החוקתי שנוסד בעמל רב בישראל. פסקה זו, שהיא כמעט חסרת תקדים בעולם החוקתי הדמוקרטי, תיתן לרשות המחוקקת, ודרכה לרשות המבצעת, כרטיס פתוח לפגוע בזכויות האדם ובחירויותיו, ללא כל גורם בולם ומאזן. היא תערער את דוקטרינת ביזור הסמכויות בישראל מן היסוד, עד כדי כך שפסיקותיו של בית המשפט יהפכו להמלצה בלבד, כאלה שניתן להתעלם מהן לפי רצון מזדמן של שרירות השליט, עריצות הרוב או קונויקטורה פוליטית. התוצאה הצפויה ביותר של החדרת פסקה כזאת, אם לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ואם לחוק־יסוד: החקיקה, תהיה חקיקה פרועה בכנסת, בדיעה שאין עוד מי שיכול לבטל חקיקה כזאת, שכן גם אם תבוטל ניתן לחוקקה מיד מחדש. סביר גם שהסכמים קואליציוניים יכללו תניות מפורשות הקובעות כי התערבות בג"ץ מחייבת לחקוק חוקים שיש בהם פסקת התגברות בכל תחום שבית המשפט "העז" להתערב בו בשנים האחרונות: בסוגיית התקציב, בנוגע להכבדת ידה של הממשלה על תהליך החקיקה בכנסת, בנושא אי־גיוס החרדים הפוגע בשוויון, בנושא הטיפול באוכלוסיות "לא־פופולריות" כמבקשי המקלט מאפריקה. אם בית המשפט העליון לא יהא מגן לחלשים ולחסרי ההגנה, לא יהא להם כל מגן אחר.

דרך ראויה להבטיח את סמכויותיו ואת עצמאותו של בית המשפט ולהסדיר באופן נהיר וברור את היחסים בין הרשות השופטת לרשויות האחרות היא לעגן את כל אלה בחוקה פורמלית, המשוריינת ברוב מוצק ושנדרשת פרוצדורה מיוחדת ומורכבת כדי לערוך בה שינויים. כל עוד אין אפשרות פוליטית לכך, הדרך החלופית היא חוק־יסוד: חקיקה ראוי. בנספח אנו מביאים פרקים מתוך

הצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה, שמתארים דרך ראויה לעצב חוקי־יסוד: חקיקה כזה.

חיזוק דוקטרינת ביזור הסמכויות בישראל: חיזוק סמכויות הפיקוח של הכנסת וחיזוק עצמאות הרשות השופטת

בפרק 4, העוסק במודל הישראלי של ביזור סמכויות, הראינו בפירוט את הנקודות החלשות במודל האיזונים והבלמים בישראל: חולשתה האינהרנטית של סמכות הפיקוח של הכנסת על הממשלה (מצב נפוץ בדמוקרטיה הפרלמנטרית), והיעדר עצמאות מספקת למערכת המשפט (במובן המוסדי, ולא דווקא עצמאות השופטים עצמם).

המלצות על תיקון שיטת הממשל בכללותה כך שתהלוט טוב יותר את דוקטרינת ביזור הסמכויות הן מחוץ לגדרי עבודה זו שלקחנו על עצמנו.³⁰⁵ עם זאת, נחזור כאן על המלצות אחדות שהועלו במחקרים קודמים שנעשו במכון הישראלי לדמוקרטיה, אשר עשויות להועיל באותן נקודות חולשה במסגרת השיטה הקיימת.

באשר לחיזוק הכנסת כרשות מפקחת

אחת ההשלכות של חולשת הפיקוח של הכנסת היא עודף החקיקה הפרטית (מה שמכונה "הצהרות חוק"), המשמשת תחליף להיעדר הכלים של חברי הכנסת להשפיע על סדר היום הציבורי ולבקר את הממשלה. אי לכך אנו סבורים שראוי לחזק את כלי הפיקוח של הכנסת על הממשלה, ברוח ההצעות המפורטות במחקרה של חן פרידברג:³⁰⁶ הגבלות על השימוש בכלי החקיקה הפרטית;

305 ראו למשל המלצותיו של הס לשינוי שיטת הבחירות - הפרדת רשויות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 336.

306 פרידברג וחזן, פיקוח הכנסת על הממשלה, לעיל ה"ש 218.

הגדלה של מספר חברי הכנסת; שינוי מערך הוועדות כך שיהיה מקביל למשרדי הממשלה; ושיפור השימוש במרכז המחקר והמידע של הכנסת.

באשר לעצמאות הרשות השופטת

הרשות השופטת מעולם לא הוגדרה כרשות נפרדת. היא יחידת סמך במשרד המשפטים וניהולה מסור במידה רבה בידי שר המשפטים. זהו מצב בלתי ראוי הפוגע בעצמאות המערכת ולכן מסכן את יכולתה לפעול כבלם, ככוח המאזן היחיד כמעט נגד כוחן של הרשות המבצעת ושל הרשות המחוקקת העושה את דברה.

• לכן אנו שבים וממליצים על מסקנות מחקרו של גיא לוריא באשר לחיזוק עצמאותה של הרשות השופטת (אך ללא ניתוק מוחלט מהרשות המבצעת, שכן חייבת להיות גם אחריותיות מצד משרד המשפטים באשר לתפקוד מערכת המשפט), ובעיקר על ההמלצות האלה:³⁰⁷ הכרה חוקתית בחוק יסוד בהיותה של מערכת המשפט הרשות השופטת.

• מתן עצמאות לרשות השופטת לקבוע את סדרי הדין בבג"ץ, וכן מעורבות שלה בסדרי הדין בבתי המשפט האחרים.

• הגברת העצמאות התקציבית של מערכת המשפט.

• הפרדתם של עובדי המינהל השיפוטי מיתר עובדי נציבות שירות המדינה; הרשות השופטת תקבל לידיה את סמכויות ניהול כוח האדם השיפוטי.

• שר המשפטים ייוועץ ברשות השופטת בדבר הקמת בתי משפט ותחילת סמכויותיהם.

פרקים מתוך "חוקה בהסכמה" שיכולים לשמש בסיס לחוקי-יסוד: חקיקה ראוי

פרק החקיקה

122. חוקים

חוקים נחקקים על ידי הכנסת מכוח סמכותה כרשות המחוקקת.

123. עליונות החוקה

הוראת חוק תתיישב עם הוראות החוקה.

124. קביעת פרטי ביצוע בחוק

חוק יכול לקבוע פרטים הדרושים לביצוע הוראה בחוקה.

125. הצעת חוק

- (א) הצעת חוק תוגש לכנסת על ידי הממשלה או על ידי ועדה של הכנסת.
 (ב) הצעת חוק של הממשלה או של ועדה של הכנסת תפורסם ברשומות ותונח על שולחן הכנסת.
 (ג) הצעת חוק טרומית של חבר הכנסת תובא לדיון מקדמי במליאת הכנסת; החליטה הכנסת לאשר את הצעת החוק הטרומית, תועבר ההצעה לוועדה של הכנסת; אישרה הוועדה את הצעת החוק הטרומית, תפורסם ההצעה ברשומות הצעת חוק בנוסח שקבעה הוועדה ותונח על שולחן הכנסת.
 (ד) הכנסת לא תתחיל לדון בהצעת חוק לפני עבור שבעה ימים מפרסומה ברשומות, זולת אם אישר יושב ראש הכנסת, מטעמים מיוחדים שעליהם הודיע לכנסת, מועד מוקדם יותר.
 (ה) הוראות בדבר סדרי הגשת הצעות חוק והצעות חוק טרומיות וסדרי הדיון בהן, ככל שלא נקבעו בפרק זה, ייקבעו בחוק או בתקנון הכנסת.

* חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה, בהנהגת השופט מאיר שמגר, עמ' 119-134.

126. שלבי החקיקה

- (א) חוק יתקבל בשלוש קריאות במליאת הכנסת.
 (ב) חוק יתקבל במליאת הכנסת ברוב קולות של חברי הכנסת שהצביעו, והנמנעים לא יבואו במניין הקולות.

127. נוסח חדש ונוסח משולב

- העקרונות לקביעת נוסח חדש בעברית של דברי חקיקה שהיו קיימים ערב הקמת המדינה ואשר עודם בני תוקף ולקביעת נוסח משולב של חוקים והדרכים לעריכתם, ייקבעו בחוק; בחוקה זו, 'דבר חקיקה' – חוק או תקנה.

128. תקנות

- תקנות הן חקיקת משנה על פי חוק, והן בנוות פועל תחיקתי.

129. עליונות החוקה והחוק

- תקנה תתיישב עם הוראות החוקה או עם הוראה בחוק. בחוקה זו, 'תקנה' – לרבות הוראה שבתקנה.

130. התקנת תקנות

- (א) חוק יכול שיסמיך את הממשלה ואת השרים, רשות מקומית או רשות שלטונית אחרת או רשות על פי דין, להתקין תקנות לביצוע החוק או להגשמת התכליות הקבועות בו.
 (ב) מי שהוסמך להתקין תקנות רשאי לקבוע בהן כי דינו של המפר הוראה מהוראותיהן הוא קנס שלא יעלה על הסכום שנקבע לכך בחוק, ורשאי הוא, אם הוסמך לכך במפורש בחוק, לקבוע בהן עונש מאסר שלא יעלה על שישה חדשים.

131. פיקוח הכנסת על תקנות

- (א) הכנסת תפקח על התקנת תקנות.
 (ב) תקנה הקובעת עבירות ועונשים טעונה אישור ועדה מוועדות הכנסת.

132. פרסום ברשומות

- (א) חוקים ותקנות יפורסמו ברשומות.
 (ב) נוסחם של חוקים ותקנות כפי שפורסם ברשומות הוא הנוסח המחייב.
 (ג) הוראות בדבר סדרי הפרסום ותיקון טעויות בניסוח שפורסם ייקבעו בחוק.

133. תחילה

- (א) תחילתם של חוקים ותקנות היא בתחילת יום פרסומם ברשומות, זולת אם יש בהם הוראה אחרת לעניין זה, והכול בכפיפות לאמור בסעיף 26.^{*}
- (ב) על אף האמור בסעיף־קטן (א) לא תהיה תחילתה של תקנה לפני פרסומה, אלא אם כן הסמיך החוק להתקינה כאמור או לצורך תיקון טעות דפוס.
- (ג) אפשר להתקין תקנות מכוחו של חוק עוד לפני תחילתו, אם הדבר דרוש להפעלתו.

134. הארכת תוקפם של חוקים ושל תקנות

כל חוק או תקנה שתוקפם היה פוקע תוך שני החודשים האחרונים לתקופת כהונתה של הכנסת היוצאת או תוך ארבעה חודשים לאחר שהכנסת החליטה להתפזר או תוך שלושת החודשים הראשונים לתקופת כהונתה של הכנסת הנכנסת, יעמדו בתוקפם עד תום שלושת החודשים האמורים.

[...]

163. שפיטות חוקתית

- (א) בית המשפט העליון, והוא לבדו, בהרכב שלא יפחת משני שלישים מחבר שופטיו שהם בעלי מינוי של קבע, רשאי לפסוק כי חוק אינו תקף בשל אי־חוקתיות.
- (ב) התעורר בפני בעל סמכות שפיטה ספק בדבר תוקפו של חוק בשל אי־חוקתיותו, ומצא כי לא ניתן להכריע בעניין שבפניו בלי להכריע בשאלת התוקף כאמור, ואין בידי להסיר את הספק ולקיים את תוקפו של החוק, יביא את השאלה בפני בית המשפט העליון; שאלת תוקפו של חוק יכול שתועלה לדיון בפני בית המשפט העליון, לפי ההסדרים שנקבעו בסעיף זה, על ידי צד להתדיינות בדרך של ערעור ישיר על החלטה, כאמור ברישאה.
- (ג) שאלה שהופנתה לפי סעיף־קטן (ב) תובא בפני בית המשפט העליון בהרכב של שלושה שופטים. פְּסַק בית המשפט העליון כי יש יסוד למסקנה כאמור בסעיף־קטן (ב), תובא השאלה בפני הרכב שלא יפחת משני שלישים מקביר שופטיו שהם בעלי מינוי של קבע.

* סעיף 26 ב"חוקה בהסכמה" עוסק בזכויות במשפט וקובע בין השאר כי אין ענישה למפרע.

- (ד) התעורר ספק, כאמור בסעיף־קטן (ב), בדיון בבית המשפט העליון המתקיים בפני דן יחיד, יביא השופט את השאלה בפני הרכב של שלושה שופטים, לפי האמור בסעיף־קטן (ג). התעורר ספק, כאמור בסעיף־קטן (ב) בדיון בבית המשפט העליון המתקיים בפני הרכב של שלושה שופטים או יותר, יפעל ההרכב הדן בעניין כסמכותם של שלושת השופטים כאמור בסעיף־קטן (ג).
- (ה) פסק בית המשפט העליון כי אין מקום לדון בשאלה שהופנתה על ידי בעל סמכות השפיטה או על ידי צד להתדיינות, או שהכריע בשאלה ופסק שהחוק תקף, ימשיך בעל סמכות השפיטה לדון בעניין שבפניו בהתאם להחלטת בית המשפט העליון.
- (ו) פסק בית המשפט העליון כאמור בסעיף־קטן (א), רשאי הוא לתת כל הוראה או סעד הנראים לו דרושים בנסיבות העניין, לרבות פסיקה בדבר מועד התחילה של הוראת הבטלות.
- [...]

הסדרים בדבר מעמדה של החוקה

פרק תיקון החוקה

179. **תיקונים לחוקה**
תיקונים לחוקה נחקקים על ידי הכנסת מכוח סמכותה לכונן חוקה.
180. **יזמה לתיקון החוקה**
הצעה לתיקון החוקה תוגש לכנסת על ידי הממשלה, על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת או על ידי לפחות שליש מחברי הכנסת שהגישו את הצעתם בצוותא; ההצעה תפורסם ברשומות ותונח על שולחן הכנסת.
181. **שלבי תיקון החוקה**
(א) תיקון לחוקה יתקבל בארבע קריאות במליאת הכנסת.
(ב) תיקון לחוקה יתקבל בקריאה הראשונה, בקריאה השנייה ובקריאה השלישית במליאת הכנסת, ברוב של שני שלישים מחברי הכנסת.

(ג) בעת הדיון בין הקריאות רשאית ועדת החוקה של הכנסת להחליט על תיקונים בהצעה ככל שייראה לה, ובלבד שאלה לא יחרגו מגדר הנושא של ההצעה, או שיהיו דרושים כדי להתאים סעיפים אחרים של החוקה לתיקון המוצע.

(ד) תיקון לחוקה יתקבל בקריאה הרביעית במליאת הכנסת, בנוסח שאושר בקריאה השלישית, ברוב של שני שלישים מחברי הכנסת; הקריאה הרביעית תהיה בישיבת הכנסת שנועדה לעניין זה בלבד, ואשר תיערך לא לפני חלוף שישה חודשים לפחות מתום הקריאה השלישית.

182. סדרי הגשה ודיון

הוראות בדבר סדרי הגשה של הצעות לתיקון החוקה ובדבר סדרי הדיון בהן במליאת הכנסת ובוועדת החוקה, ככל שלא נקבעו בפרק זה, ייקבעו בחוק.

183. פרסום

- (א) תיקון לחוקה יפורסם ברשומות.
- (ב) נוסחו של תיקון לחוקה כפי שפורסם ברשומות הוא הנוסח המחייב.
- (ג) הוראות בדבר סדרי הפרסום ותיקוני טעויות ייקבעו בחוק.

184. תחילה

תחילתו של תיקון לחוקה היא ביום פרסומו ברשומות, אלא אם כן נקבע בתיקון מועד מאוחר יותר.



Policy Paper 133

DISTRIBUTION OF POWER, NOT SEPARATION OF BRANCHES

Preventing the Concentration of Political Power in Israel

Amir Fuchs | Mordechai Kremnitzer

November 2019

Text Editor [Hebrew]: Lidar Artzi, Tamar Shaked
Series and Cover Design: Studio Tamar Bar Dayan
Typesetting: Nadav Shtechman Polischuk
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN: 978-965-519-274-2

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2019 by the Israel Democracy Institute (RA)
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute
4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602
Tel: (972)-2-5300-888
Website: en.idi.org.il

To order books:
Online Book Store: en.idi.org.il/publications
E-mail: orders@idi.org.il
Tel: (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

The views expressed in this policy paper do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

ABSTRACT

In recent years we have witnessed the rhetoric of “separation of powers” used widely to justify criticism of “judicial activism” and in support of various initiatives that would detract from the independence and powers of the courts.

This criticism is based on an interpretation of the doctrine of separation of powers that depicts it as creating a “Chinese wall,” i.e., total separation. Accordingly, whenever a court intervenes in legislation or in an administrative decision by the executive branch, it supposedly violates the principle of the separation of powers. In the study presented here, we discuss at length a series of bills that are based on the “strict” interpretation of the separation doctrine, including an “override clause” and amendments to the Basic Law: Judiciary (Preventing Review of Administrative Decisions) and of the method of appointing judges.

Using historical and comparative sources, we present here an entirely different understanding of the doctrine—one that does not focus on “separation” but instead speaks of decentralization or distribution of powers and of checks and balances. We found that even the original

articulators of the doctrine, led by Montesquieu, never intended the separation to be absolute; on the contrary, the entire essence of the doctrine is the separation of powers for the sake of preserving individuals' freedom, sometimes through overlapping jurisdiction and mutual oversight—even in legislative and executive matters. This is how the doctrine has been interpreted in France, and it is what was advocated by the authors of *The Federalist Papers* in the United States. The framers of the US Constitution, which created greater separation between the executive and legislative branches, also realized full well that there should not be total separation, but rather oversight and checks and balances in order to prevent any branch from having absolute power.

The study surveys the doctrine as expressed in Israel and finds that a “flexible” approach, without a sharp separation between the branches of government, is applied in practice. The clearest examples of this are the fact that most Government ministers are members of the Knesset, the Government always has the support of a majority in the Knesset, and a “ministerial committee on legislation” oversees most Knesset legislation. In many other aspects as well there is an overlap of powers and mutual oversight among the branches. A look at the relationships between the branches of government shows the Knesset to be structurally very weak in terms of its oversight powers over the Government. Our survey of the judiciary's relationships with the other branches found that its oversight powers, which have existed since the very beginning of the State of Israel, became stronger in the 1980s and 1990s, in part due to the enactment by the Knesset in 1992 of the Basic Law: Human Dignity and Liberty and the Basic Law: Freedom of Occupation.

Our comparative study included a detailed analysis of four democratic systems in four countries: the United States, Germany, France, and the United Kingdom. Although each of these countries takes a different approach in terms of the degree of flexibility in the distribution of powers and in the element of separation, no country has a system

even approximating a “Chinese wall.” All of them have various forms of checks on the power of the political majority. Moreover, an examination of the situation in these countries, along with a comparison with other countries, emphasizes a significant difference between Israel and most other countries: Other countries have other checks and balances between the branches—such as a rigid constitution, presidential veto power over legislation, a bicameral parliament, a regional system of elections, or subordination to international courts—whereas in Israel the High Court of Justice is effectively the only institution with constitutional and administrative oversight of the legislative and executive branches. Consequently, the attack on the one such institution in Israel stands out in sharper focus. Moreover, Israel’s basic laws (the equivalent of a constitution) are very easy to amend, so the protection of minority rights and curbing of the power of the majority are very weak. Further increasing this power by means of an override clause or by stripping the High Court of Justice of some of its power is liable to result in completely unbridled majority rule in Israel.

In this study we also analyzed High Court decisions dealing with the doctrine. As in previous studies, we found numerous cases in which the High Court has used the rhetoric of “separation,” generally to deny petitions. In our opinion, the rhetoric of “separation” can be appropriate in certain cases, particularly when the court is asked to intrude on the authority of a different branch of government—as in the case of a request to instruct the Knesset to enact a law with specified content.

However, court decisions in recent years that have relied on the doctrine have used it to *uphold* petitions by means of the flexible approach. Specifically, this occurred in cases concerning the Third Home Tax Law (*HCJ Quatinsky*), the gas outline plan (*HCJ Movement for Quality Government*), and the two-year budget (*HCJ Academic Center of Law and Business*). In these decisions the majority opinion was that the doctrine of separation of powers and checks and balances required the court’s intervention—

particularly to protect the legislative branch from extreme, heavy-handed intervention by the executive in legislation.

Conclusions and Recommendations

(1) We believe that words are powerful and important. In Hebrew in particular, the phrase *hafradat rashuyot* is problematic. Although it is the standard translation of “separation of powers,” it really means “separation of branches of government.” We therefore recommend making it clear, whenever the phrase is used, that what is meant is decentralization of powers (*bizur samhuyot* in Hebrew) and checks and balances. We believe that the original term is misleading and implies the “strict” interpretation according to which separation of powers means a “Chinese wall” between the branches of government.

(2) We are vehemently opposed to the series of proposals to infringe on the independence of the High Court of Justice—whether by changing the method of appointing judges, by adding an override clause, or by detracting from the administrative review power of the Court. Aside from the other arguments against this wave of legislation, we object to the rhetoric that claims that these proposals will promote “separation of powers.” Our main response to these claims is that decentralization of powers and the need for checks and balances do not dictate total separation of the branches of government, but rather ties and bridges between them, mutual oversight, and mutual restraint. The attempt to detract from the Court’s judicial review powers or its independence would do severe harm to the principle of decentralization of powers, and especially to the purpose for which it was developed: to maintain citizens’ freedom and prevent the government from attaining absolute power and tyranny. In Israel, as stated, there are exceptionally few means of oversight

and checks and balances compared to other countries; hence the harm to the court is especially severe in terms of the decentralization of powers.

(3) Reinforcement of the doctrine of decentralization of powers in Israel.

A good way to safeguard the powers and independence of the judiciary and to clearly formalize the relationship between the judicial branch and the other branches would be to enshrine them all in a formal constitution requiring a solid majority and a special, complex procedure to amend it. However, so long as this is politically unfeasible, the alternative is a suitable Basic Law: Legislation—one that states that basic laws can only be amended with the support of a large majority and by means of a special procedure, and which does not include any override clause. The appendix to this study includes a complete proposal for a Basic Law: Legislation that can achieve these goals.

(4) Strengthening Knesset oversight of the Government. As stated, the weak point in the decentralization of powers in Israel is the lack of effective tools for Knesset oversight of the Government. We concur with the recommendations of previous studies by the Israel Democracy Institute that include measures for reinforcing the Knesset's oversight function: imposing limits on private member's bills, increasing the number of Knesset members, and improving the use of the Knesset's Research and Information Center.

(5) Bolstering the independence of the judiciary. As stated, in the Israeli system the role of the judiciary is of unique importance to the system of checks and balances and to the ability to oversee the Knesset and the Government. We therefore recommend the following means of strengthening the judiciary as an independent branch of government:

- Passing a basic law that includes constitutional acknowledgment that the judiciary is the judicial branch.

- Giving the judicial branch the independence to determine legal procedures in the High Court of Justice, and involvement in legal procedures in other courts
- Increasing the budgetary independence of the judiciary
- Making a distinction between judicial administrative employees and other civil servants, with the judicial branch being given administrative authority over judicial personnel.
- Having the Minister of Justice consult with the judicial branch on all matters related to the establishment of courts and the bounds of their authority.

הפרדת רשויות משמעה חלוקת הכוח בין הרשויות לשם שמירה על חירות היחיד, לעיתים מתוך חפיפה ופיקוח הדדי, גם בנושאים של חקיקה וביצוע. האם משמעה "חומה סינית" בין הרשויות כך שכל החלטה של בית המשפט שמתערבת בחקיקה

או בהחלטת ממשלה היא פגיעה בהפרדה זו?

זה שנים אחדות שאנו עדים לשימוש נרחב ברטוריקה של "הפרדת רשויות". מטרתה של רטוריקה זו להצדיק ביקורת על "אקטיביזם שיפוטי" ולספק נימוקים ליוזמות שפירושן פגיעה בעצמאות בית המשפט ובסמכויותיו (כגון "פסקת ההתגברות" או הניסיון לשנות את השיטה של מינוי השופטים). בבסיסה של רטוריקה זו עומדת פרשנות של דוקטרינת הפרדת הרשויות הגורסת הפרדה מוחלטת ביניהן. בניגוד לה, ובעזרת מקורות היסטוריים והשוואתיים, מחקר מדיניות זה מציג פרשנות שונה של הדוקטרינה, שאינה ממוקדת ב"הפרדה" אלא מדברת על "ביזור" - כלומר, חלוקת סמכויות - באמצעות איזונים ובלמים.

בישראל מיושמת גישה "גמישה" של הפרדת רשויות, שאינה מפרידה הרמטית ביניהן. המחקר המשווה המוצג כאן מראה את ההבדלים בין המצב במדינות אחרות לבין המצב בישראל. מן השוואה מתברר כי בישראל המוסד האפקטיבי היחיד המקיים ביקורת חוקתית ומינהלית על הרשות המחקקת ועל הרשות המבצעת הוא בית המשפט העליון.

עיקר ההמלצות כאן עניינן הגנה על בית המשפט העליון מפני היוזמות המבקשות לפגוע בסמכויותיו. תכליתן של ההמלצות הנוספות היא לחזק ולעגן את מעמדו של בית המשפט ואת סמכויות הפיקוח של הכנסת על עבודת הממשלה.

ד"ר עמיר פוקס הוא חוקר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה. תחומי המומחיות שלו הם ערכים דמוקרטיים וחקיקה אנטי-דמוקרטית, משפט פלילי, הגות ליברלית, תהליכי חקיקה.

פרופ' מרדכי קרמניצר הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופסור (אמריטוס) בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. תחומי המומחיות שלו הם זכויות אדם, משפט ציבורי, פלילי וצבאי.



0 4500001243 1
דאנאקוד 450-1243