

תחיית המתים של תורת הפרדת הרשויות ואוזורפציה שיפוטית

חידה ופתרונה

יואש מייזלר *

- א. התיישנותה של הפרדת הרשויות במדינה המודרנית
- ב. מעבר לתורת הפרדת הרשויות
- ג. תחיית המתים של תורת הפרדת הרשויות בישראל
- ד. "החוקתנות החדשה" באירופה ו"הפרדיגמה הדוקטורית החדשה" שביסודה
- ה. וישמן ויבעט

מאמר זה בנוי כחידה ופתרונה. החידה היא מדוע וכיצד קמה תורת הפרדת הרשויות לתחייה בעשורים האחרונים לאחר שנקברה כבר מזמן תחת המבנה הקונסטיטוציוני הריאלי של המדינה המודרנית. פתרון החידה טמון באופן פרדוקסלי באוזורפציה¹ השיפוטית הרווחת של השלטון הרפובליקני, שאף שהיא סותרת את תורת הפרדת הרשויות מיסודה ומעיקרה, היא זקוקה לה בכל זאת לצורך הלגיטימציה של תביעת סמכות העל החוקתית המכוננת אותה.²

א. התיישנותה של הפרדת הרשויות במדינה המודרנית

הנחת המוצא שעליה מבוססת החידה היא אפוא עובדת התיישנותה של הפרדת הרשויות במדינה המודרנית. העובדה הזאת היא כפולת פנים. הפן האחד שלה הוא

* דוקטור יואש מייזלר הוא מורה בכיר במרכז ללימודים קדם-אקדמיים של האוניברסיטה העברית בירושלים ומלמד בו את הקורסים "מבוא להגות מדינית" ו"משטר מדינת ישראל".

1 נטילת שלטון או סמכויות שלא כדין.
2 המאמר המוגש כאן נשען בכבוד על הרקע ההיסטורי-רעיוני של תורת הפרדת הרשויות ובעייתיות ייחוסה לקונסטיטוציה הרפובליקנית. את התלות הזאת ניסיתי לצמצם כאן במידת האפשר, בעיקר באמצעות הערות, אך מטבע הדברים תקצר היריעה של המאמר מלספק את הדרישה במלואה.

אבדן הקרקע של הפרדת הרשויות במציאות השלטונית של זמננו, והפן האחר שלה הוא הכרת המחשבה הקונסטיטוציונית הביקורתית בהתפתחות הזו. תחילה יש לומר שבמבט ראשון עלולה טענת ההתיישנות האמורה להיראות תמוהה. הן עקרון ההפרדה עצמו והן החלוקה לשלוש "רשויות" – מחוקקת, מבצעת ושופטת – מוסיפים להתקיים לכאורה עד היום כשני יסודות מהותיים של הקונסטיטוציה הרפובליקנית המודרנית, ובאופן פורמלי הם מובנים עדיין כעקרונות ארגוניים מכוננים ברוב החוקות הדמוקרטיות.³ כמו כן, הם משוקעים ברטוריקה הפוליטית והפובליציסטית הרווחת, והדבר מעיד לכאורה שלתורה, על שני היבטיה אלה, עדיין יש אחיזה תודעתית.⁴ ואפילו בספרות המחקר עדיין יש לה פה ושם תמיכה רעיונית, גם אם התמיכה הזאת כרוכה ב"הערכה מחדש" או אף בגילוי למפרע של תכליותיו ה"אמיתיות" של העיקרון.⁵ אולם במבט משוחרר מדוגמטיות מתברר טיבם הממשי של כל הגילויים האלה כקרבות מאסף של הרעיון, שקרס כבר קודם לכן במערכה הקונסטיטוציונית הראשית של המדינה המודרנית.⁶ נאמני התורה המיושנת מתגוננים מפני ההכרה הזאת בעזרת "תורת הפרדת

3 מלבד החוקות הכתובות עצמן, יש לעיקרון גם ביטויים מוסדיים מעשיים יותר. דוגמה מאירת עיניים ליישום זה של ההנחה מספקת "המועצה החוקתית" הצרפתית (le Conseil constitutionnel), המעוגנת בחוקת הרפובליקה החמישית. בתפקידה ובמעמדה המקוריים היא נוצרה כבורר המופקד על הגדרת הגבולות בין "חוקיקה" ל"תקנות" מנהליות במקרים של מחלוקת בין הממשלה לפרלמנט, ולפיכך בין "הרשות המבצעת" ל"רשות המחוקקת". ראו: Pierre Pactet: *et Ferdinand Mélin-Soucramanien Droit Constitutionnel* (25e éd., Paris, 2006) 500; Tim Koopmans *Courts and Political Institutions: A Comparative View* (Cambridge, 2003) 69 ff.

4 על הרטוריקה של הפרדת הרשויות בישראל, ראו להלן סעיפים ג.1–ג.2.
5 לתמיכה הנשענת לכאורה על ממצאים אמפיריים, ראו למשל: Donald S. Lutz *Principles of Constitutional Design* (Cambridge, 2006) 10 ff. המחבר מסתמך על הפיכתם של משטרים פרלמנטריים למשטרים נשיאותיים ועל התרחבות סמכותם של בתי משפט מרכזיים לביקורת חוקתית כדי לטעון שהמגמה המאפיינת את ההתפתחות הגלובלית שלאחר מלחמת העולם השנייה היא דווקא עלייה בדרגת הפרדת הרשויות. אולם את התמורה הראשונה אפשר להסביר, שלא כטענת המחבר, כאמצעי להגברת היציבות ויכולת המשילות לנוכח המגמות הצנטריפוגליות של הפרלמנט, ובעיקר במשטר רב מפלגתי, כפי שמוכיחות הדוגמאות של הרפובליקה החמישית בצרפת וחוק הבחירה הישירה בישראל. בפירושו זה, השינוי מבטא דווקא ניסיון לעקוף את כשלי התפקוד הכרוכים בהפרדה. על משמעותה של התופעה השנייה שהוא מגייס עוד נעמוד להלן. לאפולוגטיקה רעיונית, ראו למשל: Jessica Korn *The Power of Separation: American Constitutionalism and the Myth of the Legislative Veto* (Princeton, 1996) 15 ff; Stephen Holmes "Precommitment and the Paradox of Democracy" *Constitutionalism and Democracy* (Jon Elster & Rune Slagstad eds., Cambridge, 1993) 195–240, 228 ff. שני המחברים חולקים על הביקורת הרווחת על עקרון הפרדת הרשויות ומציגים את יסודות ההגבלה והבקרה ההדדית רק כצדו השלילי והחשוב פחות של הרעיון השלם, שצדו החיובי והחשוב יותר הוא "חלוקת העבודה" המגבירה את הרציונליות והיעילות של תפקוד הממשל.
6 על נסיגת מעמדה של הפרדת הרשויות במחשבה הקונסטיטוציונית בכריטיניה ובצרפת במחצית השנייה של המאה התשע עשרה ולאחר מכן ראו באופן כללי: Maurice J. C. Vile *Constitutionalism and the Separation of Powers* (2nd ed., Indianapolis, 1998, 1st ed., Oxford, 1967) chaps. 8–9. על אף השוני הרב בין שתי הארצות, המכנה המשותף

הרשויות הגמישה", שלפיה "כל ענף של הממשל ימצא את עצמו מעורב במידה זו או אחרת בכל שלוש הפעילויות"⁷. בויתור הבנלי הזה על "נוקשות" הגבולות בין ה"רשויות", המאפיינת לכאורה את תורת ההפרדה המקורית, הם מתכוונים לתרץ את הפער הבולט ניתן להסתרה בין עקרונות התורה לבין המציאות השלטונית במדינה בת זמננו. אולם כוח השכנוע של התירוף נמחק כליל כשאותה אפולוגטיקה נאלצת להודות גם בכך ש"ככל שפעילויות הממשל מורכבות יותר, כך הן נוטות גם להיות קשורות יותר בקשרים הדדיים"⁸. תחת הטענה הכללית והאל-זמנית הזאת מסתתר לאמתו של דבר תהליך היסטורי מקיף שהוא המאפיין המובהק ביותר של הממשל המודרני. בתהליך הזה הפכה משכבר ה"כמות" ל"איכות", וה"רשויות" הנבדלות כביכול, שקודם לכן רק מצאו את עצמן "מעורבנות" במידה זו אחרת בכל שלוש הפעילויות ו"קשורות יותר בקשרים הדדיים", הלכו והתמזגו במערכת משולבת אחת שערערה את ההפרדה מיסודה. ההכרה בהתפוררות הפרדת הרשויות במדינה המודרנית הגיעה להבשלה כבר בראשית המאה העשרים, אם לא קודם לכן, ומאז רק הלכה והתגבשה להבנה כוללת שהרעיון עצמו נעשה אנכרוניסטי ודיספונקציונלי כאחד. עם צמיחת ההבנה ההדרגתית הזאת היא ספחה יותר ויותר היבטים הולכים ומתרחבים של אי-התאמה בין הרעיון לבין תנאי המציאות וצורכי הממשל של המדינה המודרנית. אף כי היבטים אלה אינם מופרדים על ידי גבולות חדים והם אף נוטים להתערבב, ניתן להבחין ביניהם על פי הבדלי דגש. על פי הבחנה מן הסוג הזה אדגים כאן על קצה המזלג את הטענות על אי-ההתאמה האמורה בשלושה מישורים – מישור העובדות גרדא, המישור הקונסטיטוציוני-תיאורטי, והמישור התמונתי המכליל.

א.1. מישור העובדות גרדא

במישור הזה בולטים שלושה היבטים טיפוסיים. ההיבט הראשון הוא תקיפת תורת ההפרדה כסכמה תיאורית שאינה הולמת את המציאות השלטונית. ההיבט השני הוא העקיפה הקונסטיטוציונית המעשית של עקרון ההפרדה החוקתי. ההיבט השלישי הוא הביקורת המפורשת על העיקרון בשם צורכי הממשל.

להתפתחות המחשבה הקונסטיטוציונית בשתייהן הוא ההכרה בתפקידה הגדל של המדינה בארגון החברה ובניהולה, ובהתאם לכך ב"ניסיון... להרכיב את רעיונות הממשל הפרלמנטרי על המושגים של שלטון החוק והפרדת הרשויות" (שם, בע' 263–264). בעוד שבשתי ארצות אלה התנהל המערכת הקונספטואלי מן ה"כנה" ל"רוכב" בהדרגה ובלב המחשבה הקונסטיטוציונית הדומיננטית, בארצות הברית התפתחה המגמה כתגובה אופוזיציונית מאוחרת יחסית של הביקורת הפרוגרסיבית נגד האורתודוקסיה החוקתנית המזוהה יותר ויותר עם כוחות ההון (ראו שם, פרק 10).

7 Richard Bellamy "The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Government" 44 *Political Studies* (1996) 436, 439

8 שם, שם.

א.1.א. על אי-ההתאמה של הפרדת שלוש הרשויות כסכמה תיאורית של המציאות השלטונית עמד כבר בנטלי (Bentley) ב-1908:

"It is common in America to say that there are three 'powers' of government, the legislative, executive, and judicial... [However,] the word 'powers'... is too mystical. The word 'agencies' much better expresses the facts... In opposition to the threefold division of powers it is proper to emphasize the unity of government, but only in the sense that all government is one common process. It is hardly necessary... to argue that all these agencies of government are involved in one common process, any more than to argue against the idea that there is any unity in government other than that of process."⁹

בנטלי המשיך בהפרכת ההתאמה התיאורית של תורת ההפרדה גם בפירושה המצמצם ל-agencies. לא כל המשטרים מקיימים את החלוקה הזאת, ואפילו בארצות הברית, שבה היא יצוקה לכאורה בחוקה עצמה, שלוש הסוכנויות הנזכרות אינן ממצות את מכלול גופי הסמכות הדרושים לייזומה של פעולה שלטונית כלשהי ולהוצאתה אל הפועל.¹⁰ ועובדה מביכה נוספת היא הביקורת השיפוטית על החקיקה והממשל:

"[T]he very measures which have been taken, according to common theory, to separate the judicial 'power' from the executive and legislative 'powers' have actually ended by bringing about a new confusion of the 'powers', however much the agencies remain distinct. The unique work of American courts in overriding legislatures and executives... places them as intermediate agencies between legislatures and executives on the one side and constitutional conventions on the other."¹¹

אך חרף הפיצול המוסדי ועירוב הסמכויות, הכוח המניע של התהליך השלטוני בארצות הברית אינו טמון בתנועתה האוטונומית של אף אחת מסוכנויות הממשל האלה, אלא בלחצים החברתיים המופעלים על שלושתן ובצורך שלהן להתאים

9 ראו: Arthur F. Bentley *The Process of Government: A Study of Social Pressures* (New Edition with introduction by H. T. Davis, Evanston, 1949, published originally 1908) 321.

10 שם, פרק 13.

11 שם, בע' 388. כך אומר גם קלזן (Kelsen): "The judicial review of legislation is an obvious encroachment upon the principle of separation of powers". Hans Kelsen *General Theory of Law and the State* (A. Wedberg trans., New York, 1961, originally published 1945) 269, 280 f. והטענה נשמעה כבר בתקופת הייסוד של ארצות הברית.

את עצמן ללחצים האלה ולהתאזן אתם.¹² חשיפה זו של הפער בין תורת ההפרדה לבין המציאות המשטרית בארצות הברית התרחבה במסגרת ה"ריאליזם" של לואלין (Llewellyn),¹³ והגיעה לחידוד ממוקד בספרו של נוישטאדט (Neustadt) על חולשתו המבנית של מוסד הנשיאות האמריקני:¹⁴

"The Constitutional Convention of 1787 is supposed to have created a government of 'separated powers'. It did nothing of the sort. Rather, it created a government of separated institutions sharing powers. [Just as the President is] part of the legislative process... Congress, the dispenser of authority and funds, is no less part of the administrative process. Federalism adds another set of separated institutions... [T]he press... is a 'fourth branch of government' [and so on]."¹⁵

ההתפצלות המוסדית משכפלת את עצמה לאורכה ולרוחבה של מערכת הממשל, כך שהפעולה הפדרלית גולשת מעבר לקווי החלוקה של התרשימים הארגוניים, ובניגוד להם "כמעט כל מדיניות מערכת סוכנויות רבות" ו"כמעט כל תכנית מצריכה שיתוף פעולה בין הסוכנויות" שהסמכתן נפרדת ושלנשיא, ראש "הרשות המבצעת", אין שליטה ישירה אלא על חלקן.¹⁶ כוחו של הנשיא אינו טמון אפוא בסמכות הציווי שיש לו ב"רשות המבצעת", אלא ביכולת השכנוע התלויה והמשתנה שלו, שעליו לגייס ולהפעיל כדי להניע את הגורמים המעורבים לפעול בהתאם למדיניותו. ושכנוע מצדו כרוך במיקוח.¹⁷

ביקורת דומה (אך משוחררת יותר ממחויבות לדוגמטיקה חוקתית כובלת) על הפער האמפירי בין תורת הפרדת הרשויות לבין התפתחותו המנהלית של הממשל המודרני נשמעת גם בכריטיניה. כך כותבים גריפית' (Griffith) וסטריט (Street):

"The danger to-day is not that the doctrine of the separation of powers... continues to be accepted, but that it is used as a principle by which the Constitution can be explained as a series of exceptions... [Indeed]

12 Bentley, לעיל הערה 9, בפרקים 14–16.

13 ראו בעיקר: Karl N. Llewellyn "The Constitution as an Institution" 34 *Colum. L. Rev.* : 1–40 (1934).

14 Richard E. Neustadt *Presidential Power and the Modern Presidents: The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan* (New York, 1990, published originally in 1960 under the title: *Presidential Power and the Modern Presidents: The Politics of Leadership*)

15 שם, בע' 29.

16 שם, בע' 34.

17 שם, בע' 32–33.

[t]he doctrine is so remote from the facts that it is better disregarded altogether.”¹⁸

א.1.ב. אי-ההתאמה בין הפרדת הרשויות לבין המציאות הממשלית בארצות הברית באה לידי ביטוי מוסדי מסיבי בתחום האפור של הסוכנויות הפדרליות וב-“legislative veto” הכרוך בו. הווטו של המחוקק נוצר כחלק מהסדר כולל של האצלה קונגרסאית של סמכויות חקיקה לסוכנויות פדרליות עוד ב-1932, ביוזמתו של הנשיא הובר, הורחב ב-1939, ומאז רק הלך והתפשט.¹⁹ את הרציונל של ההסדר ואת הבעייתיות הכרוכה בו הסביר לימים סנטור תומך במילים אלה:

“As the complexity of government has increased, Congress has found it necessary to delegate extensive authority to the executive branch in order to implement legislative policy.... Agency rules and regulations have taken on the character of legislation, rather than merely ‘filling in the details’... As a means of controlling and limiting the exercise of legislative-like power by executive or administrative agencies, Congress has adopted the Congressional veto procedure. This procedure enables Congress, by action short of enactment of new legislation, to preclude implementation of proposed executive or administrative actions which have been advanced pursuant to statutory authority... [These] broad delegations of authority... underscore the increased extent to which responsibility for governing

John A. Griffith & Harry Street *Principles of Administrative Law* (2nd ed., London, 1957) 18-16-17.

19 את ראשיתו ממש של ההסדר המוסדי הזה אפשר לראות בהקמת ה-Interstate Commerce Commission ב-1887. ראו: G. Edward White *The Constitution and the New Deal* (Cambridge Mass., 2000) 97 ff.; William M. Wiecek *The Lost World of Classical Legal Thought: Law and Ideology in America, 1886-1937* (Oxford, 1998) 143, 146 ff. רגולציה של משק הרכבות והייתה הגוף המנהלי הקבוע הראשון של הממשל הפדרלי. החקיקה עוררה מלכתחילה טענות על חריגתה מהלכת ההפרדה החוקתית ומדוקטרינת אי-ההאצלה, ובית המשפט הפדרלי העליון התייחס אליה בשלילה, ואף רוקן למעשה מתוכן את סמכות הרגולציה שאצלה ל-ICC, היות שפעולתה “מיזגה את הפונקציות של כל שלושת הענפים של משולש הממשל המסורתי”. מגמת ההתרחבות של החקיקה המאצילה לאחר אימוץ הווטו היא כדלקמן: מ-1932 ועד 1939 נחקקו במסגרת זו חמישה חוקים המכילים התניות וטו; בין 1940 ל-1949 – תשעה עשר; בין 1950 ל-1959 – שלושים וארבעה; בין 1960 ל-1969 – ארבעים ותשעה; בין 1970 ל-1975 – שמונים ותשעה חוקים שהכילו יותר ממאה ושישים התניות וטו. ראו: James Abourezk “Congressional Veto: A Contemporary Response to Executive Encroachment on Legislative Prerogatives” 52 *Indiana L. Rev.* (1976-1977) 323-343, 324; Stephen Breyer “The Legislative Veto after Chadha” 72 *Georgetown L. J.* (1984) 785-800, 786

is shared between Congress and the Executive... [and] raise[s] fundamental issue of separation of powers: Is the Congressional veto an unconstitutional attempt by Congress to interfere with the execution of the laws, or is it a permissible action which protects the legislative power of Congress from encroachment by another branch of the government?"²⁰

ההסדר הזה נועד לפתור אפוא בעיה פונקציונלית של משטר ההפרדה האנכרוניסטי שהוטבע בחוקה האמריקנית, אך מחירו הקונסטיטוציוני היה ויתור על דוקטרינת אי-ההאצלה הגלומה, לפי ההלכה החוקתית בארצות הברית, בתורת ההפרדה.²¹

20 Abourezk, שם, בע' 323–324.

21 לסקירה תמציתית כללית של התפתחות ההלכה החוקתית של בית המשפט הפדרלי העליון בעניין האצלת סמכות חקיקה, ראו: ONECLE "Delegation of Legislative Power" <http://law.onecle.com/constitution/article-1/03-delegation-of-legislative-power>. Peter H. Aranson, Ernest Gellhom & Glenn O. Robinson "A ;(26.1.10) Html (נבדק ב-26.1.10); Theory of Legislative Delegation" 68 *Cornell L. Rev.* (1982–1983) 1–67, 7 ff. העקרונית שתמצתה את ההלכה המסורתית ניתנה ב-1892 מפיו של השופט הרלן (Harlan) בעניין *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892). בהנמקה לדחיית העתירה שהתבססה על אי-הסמכות החוקתית של הקונגרס להאציל לנשיא סמכות בעלת אופי חקיקתי הוא אמר: "That congress cannot delegate legislative power to the president is a principle universally recognized as vital to the integrity and maintenance of the system of government ordained by the constitution." (<http://laws.findlaw.com/us/143/649.html>). אולם ההלכה המצמצמת הזאת השתנתה מ-1928 ואילך, ומאז, "למעט תקופה קצרה בשנות השלושים כשבית המשפט פסל חקיקת ניו דיל על יסוד מגוון סיבות, הוא הכשיר בעקיבות הענקות סמכות שהותקפו כהאצלות בלתי תקפות של סמכויות חקיקה" (ONECLE, "Delegation" corresponding to n. 57), ו"מאז 1935... [הוא] לא ביטל [אף] האצלה לסוכנות מנהלית, אלא [להפך]... אישר ללא סטייה את יכולתו של הקונגרס להאציל סמכות על פי אמות מידה רחבות" (שם, מול הערה 66). על התפתחותה ההיסטורית של הדוקטרינה התמוהה הזו ראו: Patrick W. Duff & Horace E. Whiteside "Delegata potestas non potest delegari: A Maxim of American Constitutional Law" 14 *Cornell L. Q.* (1928–1929) 168–196. על פי המאמר השתלבו בהתפתחות שתי "אמיתות" בלתי תלויות במקורן, האחת בתחום המשפט המקובל והאחרת בתחום החוקתי האמריקני, והשילוב הוטל בשיפוט על שאלת הסמכות של בתי המחוקקים להאציל סמכויות חקיקה משניות לגופים אחרים. כפי שחזרו וקבעו בתי המשפט והפרשנים האמריקנים מראשית המאה התשע עשרה ואילך, "delegata potestas non potest delega[re] is a settled maxim of the common law" *Thorne v. Crammer*, N.Y. Sup. Ct. 1851, cited in *ibid.*, at p. 185 של הלכה זו הוא בטעות סופר ותו לא. פסגת הסמכות של העיקרון הזה במשפט האמריקני היא בקומנטר של השופט ג'וסף סטורי (Story), שותפו הקרוב ביותר של מרשל בבית המשפט העליון (ראו שם, בע' 168–169). הקומנטר של סטורי מוליך אל מסורת המשפט המקובל, ומקורו של העיקרון במסורת זו הוא טקסט של אדוורד קוק, ששאב אותו ככל הנראה ממהדורת הדפוס של *de legibus* של ברקטון (Bracton) (שם, בע' 172). אלא שהשאיבה הזאת נסמכה על טעות של המדפיס בן המאה השש עשרה בהעתקת כתב היד של ברקטון, והטעות שינתה לחלוטין את כוונת הכתוב. בניגוד למקסימה הרשומה על שמו, כל מה שמשמע מניסוחו המקורי של ברקטון הוא שהאצלת סמכות אינה גורעת מסמכותו העליונה של המאציל הראשון (המלך,

מבחינה זו הוא היה מלכתחילה, ואף הוסיף להיות במשך עשרות שנים, מעורפל ודו-משמעי. מצד אחד, הוא אמנם מרחיב את תחום הפעולה של "הרשות המבצעת" ואת סמכויותיה, אך מצד שני הוא אינו משלים את ההרחבה בהכפפת הסוכנויות הפדרליות לסמכותן ולאחריותן של הנשיא, כמתבקש על פי הפרדת הרשויות החוקתית עצמה. מבחינה חוקתית פורמלית הסוכנויות האלה פועלות תחת מרותו של הקונגרס, ובכפוף לעיקרון הזה נקבעה בהסדר זכות וטו של בתי הקונגרס או ועדותיו על פעולתן של הסוכנויות. באופן הזה מעניק ההסדר ל"רשות המחוקקת" סמכות למעורבות ישירה בתחום נרחב של סוכנויות ופעולות המהוות בפועל חלק מן "הרשות המבצעת". וכך נוצר מצב כלאיים, שמצדו האחד הנשיא, שהיה יכול אולי לפרוש על הסוכנויות האלה את אחרייתו וסמכותו, אך הוא מנוע חוקתית מלעשות זאת, ומצדו האחר הקונגרס, הרשאי לנהל אותן כשלוחותיו, אך אינו יכול להתאים לתפקיד הזה. התוצאה היא יצירתה של "רשות רביעית נטולת ראש" המורכבת מ"סוכנויות פטורות מאחריות וסמכויות בלתי מתואמות". חרף הדו-משמעות המוסדית הזאת, ההסדר מילא תפקיד חיוני בהתגברות "הקונסטיטוציה החיה" על כשליה של החוקה הכתובה, וככזה פעל בהצלחה עד שנות השבעים. אולם אז, על רקע הפיצול המפלגתי בין הבית הלבן ובין גבעת הקפיטול, הוא הפך לסלע מחלוקת בין הנשיא לבין הקונגרס, והמחלוקת הגיעה להכרעה שיפוטית ב-1983, בעניין *INS v. Chadha*.²² בית המשפט, מפיו של הנשיא וורן ברגר (Warren E. Burger), פסק שהווטו של המחוקק הוא בלתי חוקתי מטעמים שבעקרון הפרדת הרשויות. משמעותה של ההחלטה הייתה פסילתו למפרע של ההסדר כולו²³ (ואי-אפשר להחטיא את האנלוגיה בין הפסילה הזו לבין הפסילה של

במקרה הנידון). ה"אמיתה" השנייה הייתה שעקרון אי-ההאצלה קשור באופן אורגני לתורת הפרדת הרשויות, ובלשונו של השופט למר (Lamar) בעניין *Field* הנזכר, "ששום חלק מסמכות החקיקה הזו [שהחוקה הפקידה ברשותו של הקונגרס] אינו ניתן להאצלה... למחלקה כלשהי אחרת של הממשל היא אקסיומה של המשפט החוקתי... עיקרון מהותי לשלמותה ולקיומה של שיטת הממשל שהחוקה מצווה" (מצוטט שם, בע' 174). לדיון נרחב ורב משתתפים במעמדה ובמשמעותה האקטואליים של אי-ההאצלה, ראו: "A Symposium on Administrative Law: 'The Uneasy Constitutional Status of the Administrative Agencies'" 36 *American U. L. Rev.* (1986–1987).

²² 462 U.S. 919 (1983) (להלן: עניין *Chadha*).

²³ אף שניתן לפרש את ההחלטה בצורה מצומצמת יותר, עובדה היא ששני מאמרי ביקורת חשובים שנכתבו מיד לאחריה קראו אותה במשמעות המרחיבה הזאת. ברייר (Breyer), שופט פדרלי בשעת כתיבת המאמר, ומ-1994 שופט בית המשפט הפדרלי העליון, אמר במשפט הפותח את מאמרו הנזכר (Breyer, לעיל הערה 19) שבית המשפט קבע בפסיקה זו שהווטו של המחוקק הוא בלתי חוקתי. בדומה לכך כתב טרייב (Tribe) שההסבר המשכנע ביותר של ההחלטה בעניין *Chadha*, טמון במניע ל"thoroughgoing repudiation of the constitutional upheaval that led to the approval, beginning in the mid-1930's, of the modern administrative state." Laurence H. Tribe "The Legislative Veto Decision: A Law by Other Name?" 21 *Harv. J. on Legislation* (1984) 1–27, 17.

פשרת מיזורי בפסיקה של השופט טאני (Taney) בעניין *(Dred Scott v. Sanford)*,²⁴ אך הקונגרס והנשיאים התעלמו מן ההחלטה או עקפו אותה כדי לשמר את יסודותיו של ההסדר בשל חיוניותו לתפקוד המערכת.²⁵

א.1.ג. לקח הפער בין התיאוריה לבין המציאות וצרכיה הפך בסופו של דבר לביקורת גלויה יותר על עצם העיקרון של הפרדת הרשויות. ביקורת זו הופיעה לראשונה לקראת סוף המאה התשע עשרה. ברוח זאת אמר וודרו ווילסון (Wilson) כבר ב-1885:

“It is... manifestly a radical defect in our federal system that it parcels out power and confuses responsibility as it does. The main purpose of the Convention of 1787 seems to have been to accomplish this grievous mistake... [T]he checks and balances [it created] have proved mischievous to the extent to which they have succeeded in establishing themselves as realities.”²⁶

והאנגלים, קרוב למאה שנה לאחר שבאג'וט (Bagehot) התהדר ביתרון ראש הממשלה בפרלמנטריזם הבריטי על הנשיא במשטר האמריקני,²⁷ חגגו עוד ניצחון קונסטיטוציוני קטן על חשבון "הדודנים" האמריקנים:

24 60 U.S. 393 (1856).

25 תוך פחות מעשור מההחלטה בעניין *Chadha*, לעיל הערה 22, חוקק הקונגרס יותר ממאתיים התניות וטו חדשות, שברובן מוקנית הסמכות לוועדות ספציפיות. בחתמו על אחת מהצעות החוק המכילות וטו אמר הנשיא בוש (האב), שבהתאם לפסיקה הוא יתייחס לכל חקיקות הווטו כחסרות נפקות משפטית, אך בניגוד להצהרה זו, הסוכנויות שהוענקו להן סמכויות בתנאי הזה נאלצו לעמוד בו בפועל. ראו: 56 "The Legislative Veto: Invalidated, It Survives" Louis Fisher "Judicial Misjudgments about the Lawmaking Process: The Legislative Veto Case" 45 *Pub. Admin. Rev.* (1985) 705–711; וגם: White, לעיל הערה 19, בפרק 4; Korn, לעיל הערה 5, במיוחד בע' 4 ואילך ובע' 40 ואילך. Melvin I. Urofsky & Paul Finkelman *A March of Liberty: A Constitutional History of the United States* (2nd ed., New York & Oxford, vol. 2, 2002) 1003 ff.; Mark Tushnet *The New Constitutional Order* (Princeton, 2003) 65 ff.; Edward L. Rubin *Beyond Camelot: Rethinking Politics and Law for the Modern State* (Princeton, 2005) 47, 59 f.; Theodore J. Lowi "Two Roads to Serfdom: Liberalism, Conservatism, and Administrative Power" 36 *American U. L. Rev.* (1986–1987) 295–322, 308 Woodrow Wilson *Congressional Government: A Study in American Politics* (Boston, 1913, published originally 1885) 284–285.

27 William Bagehot *The English Constitution* (Oxford, 1928, published originally in 1867).

חרף ההשוואה המשטרית בין בריטניה לבין ארצות הברית, מה שמעניין אותנו אינו העובדה שהמשטר האמריקני מבוסס להלכה על חוקה כתובה, אלא העובדה שכוח המשילות האפקטיבי שהפרדת הרשויות האמריקנית מותירה בידי הנשיא קטן יותר מזה שמקיימים בידם ראש הממשלה והקאבינט בפרלמנטריזם האנגלי (ראו: שם, בע' 299 ואילך).

“The division of powers enunciated in this theory, and their allocation to separate branches of the government has, at no period of history, borne a close relation to the actual grouping of authority under the system of government prevailing in England; but the conception has nevertheless exerted a great influence in confusing the minds of men both at home and abroad. Nowhere has this been more clearly demonstrated than in the United States... Such a rigid separation of governmental functions [as dictated by the American Constitution] has, it is admitted, proved ‘impracticable’.”²⁸

אותה הסתייגות מן העיקרון חוזרת ונשמעת באמריקה גם כמאה שנה לאחר שהובעה על ידי ווילסון. כך, לדוגמה, כתבו ב-1986 עורכי אסופת מאמרים שהוקדשה לנושא, שספרם “בוחר את הביקורת הנפוצה שמבנה הממשל בארצות הברית לוקה באופן חמור... [דהיינו] שההפרדה החוקתית בין הרשויות המבצעת והמחוקקת מקשה על הממשל, שלא לומר מונעת ממנו, לעצב ולהגשים מדיניות... [בתחומי הפנים, החוץ והביטחון]”. אמנם, הם מציינים, שלא כמו העדפת “הממשל הקונגרסאלי” של ווילסון, “היום מקובל יותר לשמוע קריאות להפחתת ההפרדה כדי להרשות מנהיגות נשיאותית גדולה יותר”, לאפשר לנשיא החדש “להרכיב ממשלה”. אך כך או כך הדרישה מושתתת על “אותו הניתוח, שהפרדת הרשויות פועלת טוב מדי, לרעתו של ממשל אפקטיבי”, והיא מודרכת על ידי אותה התקווה ש“הפחתת ההפרדה בין שני הענפים, או ביטולה, יקטינו את היריבות המפלגת ביניהם ויגדילו את שיתוף הפעולה, התיאום והאחריות שלהם”.²⁹ ואותו הדבר נאמר שוב בדין וחשבון של “הוועדה [ל]בחירת] השיטה הקונסטיטוציונית” שחובר לרגל חגיגות המאתיים של החוקה.³⁰ המסמך אמנם משלם מס שפתיים ל“הפרדת הרשויות כעיקרון של מבנה קונסטיטוציוני ששירת אותנו היטב במניעת רודנות וניצול לרעה של משרות בכירות”, אך קובע ללא כחל ושרק ש“עשתה כך... [במחיר] העידוד של עימות, אי-החלטיות ומבוי סתום”, הפוגעים “ביכולתו של הממשל הפדרלי לעצב, לחוקק ולנהל מדיניות ציבורית קוהרנטית”.³¹ אם היה קודם לכן גורם מרכזי כלשהו שמתן את מגמותיה הדיספונקציונליות של הפרדת הרשויות האמריקנית, הייתה זו הלכידות של המפלגות,

William A. Robson *Justice and Administrative Law: A Study of the British Constitution* 28 (3rd ed., London, 1951) 16–17

Robert A. Goldwin & Art Kaufman (eds.) *Separation of Powers — Does It Still Work?* 29 (American Enterprise Institute, 1986) ix

Committee on the Constitutional System “A Bicentennial Analysis of the American Political Structure” *Parliamentary versus Presidential Government* (Arend Lijphart ed., Oxford, 1992) 78–89

31 שם, בע' 79, 81.

המהוות משקל נגדי להפרדת הרשויות. אך הגורם הזה נחלש בעשורים האחרונים והמפלגות אינן יכולות לבלום את נטייתה הצנטריפוגלית של ההפרדה.³² "רפורמטורים פוליטיים אמריקנים", נאמר לנו במקום אחר,³³ "הם לעתים קרובות ביקורתיים כלפי הפרדת הרשויות על שאינה נותנת לאף אחד סמכות ברורה למשול, או לחלופין על שהיא נותנת לרשויות שונות סמכויות מתחרות למשול".³⁴ הסדר הקונסטיטוציוני שהורישו מנסחי החוקה, נטען שם, לא תוכנן כדי ליצור ממשל יעיל, וחסרונותיו מן הבחינה הזאת החריפו במיוחד בעשורים האחרונים עקב הדרישות הגוברות מן הממשל. בניגוד לדרישות האלה, בתקופה הנוכחית מרתיעה הפרדת הרשויות את הפוליטיקאים בבית הלבן ובקונגרס מטיפול בבעיות קשות, המחמירות עקב זאת עוד יותר, עד שמחיר ההתמודדות הדחוייה אתן נעשה עצום ומשתק. הפרדת הרשויות אינה אפוא רק מסגרת מושגית בלתי מתאימה לתיאור המציאות הפוליטית, אלא עיקרון מיושן, שבהיותו כפוי על המציאות הזאת הר כגיגית הוא מהווה אבן נגף להבניה מעודכנת שלה בהתאם לדרישות של ממשל פונקציונלי.

2. א. ההיבט הקונסטיטוציוני התיאורטי

כמו בארצות הברית, גם בצרפת גמלה ההכרה בהתיישנות הפרדת הרשויות חרף מקומה המודגש בחוקה מאז המהפכה.³⁵ אולם בצרפת, בהבדל מארצות הברית, לוותה הכרת ההתיישנות גם בביקורת על אי-ההתאמה התורת-מדינית בין העיקרון הזה לבין העיקרון הדמוקרטי עצמו.³⁶ שכן ברור הדבר ואינו משתמע לשתי פנים:

32 ראו גם: James Q. Wilson "Political Parties and the Separation of Powers" *Separation of Powers — Does It Still Work?* (Robert A. Goldwin & Art Kaufman eds., American Enterprise Institute, 1986) 18–37.

33 R. Kent Weaver & Bert A. Rockman "Assessing the Effects of Institutions." *Do Institutions Matter? Government Capabilities in the United States and Abroad* (R.K. Weaver & B.A. Rockman eds., Washington D.C., 1993) 1–41, 1–2.

34 שם, שם.

35 דיגי (Duguit) היה אולי התיאורטיקן הרדיקלי ביותר מבחינה זו. הוא טען שבהשפעתו של רוסו סטו החוקות הצרפתיות של תקופת המהפכה מתפסות של מונטסקייה, המבוססת לדעתו על דיפרנציאציה פונקציונלית ומוסדית, והציבו תחתיה הפרדה קשיחה בין כוחות עצמאיים הנעשים, מתוקף ההפרדה, כוחות ריבוניים חלקיים. ראו: Leon Duguit *Traité de droit constitutionnel* (2nd ed., vol. 2, Paris, 1923) 514 ff. ההפרדה הזאת אינה עולה בקנה אחד עם הריבונות האחת והבלתי נחלקת של המדינה ומהווה "מיסטריה חדשה של השילוש" (שם, בע' 106 ואילך). בסכמה האנליטית שבנה לצורך ביאור אופן קיומה ופעילותה של המדינה, התנזר דיגי לחלוטין מן השימוש במושג "pouvoir". הוא העמיד את הסכמה על שני סדרי עובדות בלבד, האחד מהם מבוסס על הפונקציות השלטוניות והאחר על האורגנים השלטוניים, והראה שהחלוקה של המרכיבים בשני הסדרים אינה חופפת (ראו, למשל: תת-הפרק 20 של הכרך השני ותת-הפרק 45 של הכרך הרביעי, שבשניהם הוא מדגיש את אופייה החקיקתי של הסמכות להתקנת תקנות, המסורה לאורגנים ביצועיים).

36 ככל הידוע לי, הניגוד לדמוקרטיה, המיוחס לעקרון הפרדת הרשויות בחשיבה הקונסטיטוציונית

במסגרת הדיון של מונטסקייה, צורת המשטר שבה מקבל עקרון הפרדת הרשויות את משמעותו הקונסטיטוציונית, תהיה אשר תהיה, מנוגדת בתכלית לעקרון שלטון העם. על הניגוד הזה עמד כבר בחריפות תיאורטיקן המשפט הקונסטיטוציוני הצרפתי הגדול קארה דה מלברג (Carré de Malberg) בראשית המאה העשרים. לאחר שבדיון ארוך ומפורט על תפקודן של הרשויות השלטוניות במדינה הדמוקרטית המודרנית ועל יחסיהן שבפועל לא הותיר מההפרדה של מונטסקייה אבן על אבן,³⁷ הוא שב אל מונטסקייה עצמו ואומר בין היתר: (א) ייחוס הפרדת הרשויות כפי שהיא נוהגת במדינה הדמוקרטית לעיקרון של מונטסקייה מתעלם מכך ש"העיקרון הזה נוצר בהתכוון למונרכיות... [ומשום כך] אינו בנוי כלל להחלתו מחוץ להן". (ב) לעומת תורתו של מונטסקייה, ההפרדה הממשית הנוצרת במדינה הדמוקרטית היא "בין גוף הבוחרים לגוף הנבחרים", והיא מושתתת על "עובדה פוליטית" ש"מונטסקייה לא היה יכול לחזות אותה ולהביא אותה בחשבון", דהיינו "הצמיחה המשמעותית כל כך... של כוח הדעה העממית".³⁸ במקום ההפרדה המוסדית של רשויות השלטון, הוא מוריד את קו ההפרדה לקומת הקרקע של הדמוקרטיה הייצוגית, שבה, "אפשר לומר, ההפרדה מתמקמת היום בין גוף הבוחרים לגוף נבחריהם". וכך, במקום האיזונים והבלמים שהרשויות מפעילות האחת על חברתה, בדמוקרטיה הייצוגית "העם מחזיק בידיו את הכוח המאזן כנגד נציגיו שלו באמצעות הבחירות התקופתיות".³⁹ זוהי נקודה ראויה לציין, שהגישה הביקורתית באשר לאי-ההתאמה של הפרדת הרשויות למשטר

הצרפתי, כמעט אינו נזכר בחשיבה האמריקנית. השקפה חריגה אפשר למצוא אצל אונגר (Unger). הפרדת הרשויות החוקתית, טען, "יוצרת לוגיקה מוסדית מחניקה ומעוותת" ש"בהניחה חלק גדול מן המבנה המוסדי הקיים מעבר להישג ידה האפקטיווי של הפוליטיקה הדמוקרטית... [היא] אינה מצליחה ליישם כראוי אפילו את ההשקפה הצנועה ביותר של האידיאלים הדמוקרטיים המורכשים". ראו: Roberto M. Unger *Politics: The Central Texts; Theory Against Fate*; Robert M. Unger *Law in* (Z. Cui ed., London, 1997) 310, chap. 11; וגם באופן כללי: Robert M. Unger *Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory* (New York, 1976) 177 f. כמו כן: Daniel Lazare *The Frozen Republic: How the Constitution is Paralyzing Democracy* (New York, 1996), התוקף את הפרדת הרשויות האמריקנית במסגרת ביקורת מחץ על אופיה האנטי-דמוקרטי של החוקה בכלל, ומציג אותה כהסדר קונטיטוציוני המסכל את האפשרות לגיבוש מדיניות לאומית על פי הכרעת רוב. לעומתם אומר לוז (Lutz) שהייצוג הוא "צורה מרכזית של הפרדת רשויות שנהוג להתעלם ממנה לעתים קרובות", ה"מפרידה בין הפונקציה של שיפוט ערכן של תוצאות ההחלטות הקולקטיוויות לבין הפונקציה של החלטת ההחלטות האלה". Lutz, לעיל הערה 5, בע' 112–113. הקשר בין הפרדה זו ובין הרעיון המקורי של הפרדת הרשויות הוא דחוק ביותר, להגיד את המועט.

37 ראו: Raymond Carré de Malberg *Contribution à la Théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français* (vol. 2, Paris, 1920) chap. 4.

38 שם, בע' 141–142 ובהערה 23.

39 שם, וראו גם ניתוח התורה של אוריו (Hauriou) אצל: Robert K. Gooch "Modern French Views on the Doctrine of the Separation of Powers I" 38 *Political Science Q.* (1923) 578–601, 590 ff. על פי תורתו של אוריו, הוא מלמד, אכן יש במדינה היררכיה של שלושה כוחות. הכוח הראשון הוא הכוח של "הרצון האימפליסיטי (המרומז)", שהאורגן שלו הוא גוף

הדמוקרטי עודה רווחת במחשבה הקונסטיטוציונית בצרפת גם היום. בניגוד לקרדו הדוגמטי של ספרי הלימוד של המשפט הקונסטיטוציוני בישראל, המהללים, כפי שעוד נראה, את חשיבותו הדמוקרטית כביכול של העיקרון הזה, ספר לימוד צרפתי מקביל, שכבר הוזכר, אומר בפשטות שאף כי התורה הזאת מאזכרת תכופות, "היא איבדה רבות ממשמעותה והשלכותיה" ושוב אינה יכולה להסביר את דרכי פעולתו של השלטון בהווה ואינה מבטאת את הריאליה הפוליטית.⁴⁰ אולם כיאה לארץ בעלת מסורת רפובליקנית של ממש, הביקורת על הפרדת הרשויות בספר הזה, כמו בספרו של קארה דה מלברג, אינה מצטמצמת באי-ההתאמה התיאורית של הרעיון, אלא מבססת את טענת אי-ההתאמה על הניגוד הרעיוני שבין תורת הפרדת הרשויות לבין העיקרון הדמוקרטי ואופן הגשמתו: תורת הפרדת הרשויות פותחה בתקופה הטרומ-דמוקרטית שבה עדיין לא התקיימו המפלגות במתכונתן המודרנית. משהתעצב המשטר הדמוקרטי המודרני, נעשו המפלגות לגופים הנופחים בהוויה הפוליטית את רוח החיים שלה. בין שהמערכת השלטונית המוסדית היא פרלמנטרית ובין שהיא נשיאותית או מעורבת, היא אינה מספקת אלא את המסגרת הפורמלית של השלטון. בפועל, חלוקת הכוח בין המפלגות מטילה את משקלה הגובר על הפרדת הרשויות, וקו ההפרדה הממשי אינו בין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת (שלא לדבר כלל על הרשות השופטת), אלא בין הרוב לבין המיעוט.⁴¹

א.3. ההיבט התמונתי המכליל

ככל שהמפלגות מילאו תפקיד משמעותי במבנה הממשל הדמוקרטי, אין היום מחלוקת על היחלשותן בכל הארצות הדמוקרטיות במחצית השנייה של המאה העשרים. היחלשות זו משתקפת באיום המתמיד של התפצלות הצבעת הרוב בבחירות הנשיאותיות ובבחירות הפרלמנטריות במשטרים נשיאותיים, וה-"co-habitation" הפכה בעשורים האחרונים לעובדה שגרתית למדי הן בארצות הברית והן בצרפת, ואין ספק שהיא מערערת עוד ביתר שאת את התאמתה של הפרדת הרשויות לצורכי הממשל במדינה המודרנית. בהחלישה את הפוליטיקה הדמוקרטית מדגישה ירידת

הבוחרים והפונקציה שלו היא בחירת הגוף הייצוגי. הכוח השני, שהגוף הזה הוא האורגן שלו, הוא "הכוח של הרצון הנעשה מפורש על ידי דליברציה (ליבון)", והפונקציה שלו היא חקיקתית. הכוח השלישי הוא "הכוח של הרצון... שבכוחו לממש את הביצוע". האורגנים שלו הם ראש המדינה, שרים ונושאי משרות אחרים, והפונקציה שלו היא למשול ולנהל. יש לשים לב לכך שהכוח השיפוטי נעדר מהסכמה ומיוחס אליה באמצעות חלוקה נפרדת בין שני היבטים שונים של הריבונות. כמו הרוויזיה הדמוקרטית של החלוקה עצמה, גם ההדרה של הכוח השיפוטי מנוגדת לתורה של מונטסקייה.

40 Pactet et Mélin-Soucramanien, לעיל הערה 3, בע' 105 ואילך. על העמדה המאפיינת את ספרי הלימוד הקונסטיטוציוניים בישראל, ראו להלן סעיפים 3.3–3.8.

41 שם, בע' 107.

מעמדן של המפלגות את המאפיין העמוק יותר של המדינה בת זמננו – "המדינה המנהלית". מאפיין זה הוא הגורם המכריע שהביא להרחבת הפער בין רעיון הפרדת הרשויות לבין המציאות הפוליטית והשלטונית במאה האחרונה. יסודותיה של תמונת "המדינה המנהלית" החלו לבצבץ כבר במאה התשע עשרה והלכו והתבהרו בראשית המאה העשרים. בהבדל מן המאות הקודמות, תקופה זו התאפיינה בגידול מתמיד של החפיפה בין הקהילייה הפוליטית לבין המדינה, ובקשר גומלין עם המגמה הזו גם בין האינטגרציה המתקדמת של הקהילייה לבין תפקידיו החברתיים המתרחבים של הממשל.⁴² בהקשר הזה חל גידול עצום של המנהל הציבורי, של תחומי פעולתו ושל התמחותו, ועל הרקע הזה הציע כבר ג'יימס מיל להחליף את החלוקה המיושנת בין "הרשות המחוקקת" ו"הרשות המבצעת" בחלוקה תפקודית בין "governing" ו-"control of government" החוצה את הגבולות המוסדיים.⁴³ המגמה התחדדה לקראת סוף המאה התשע עשרה ובמהלך המאה העשרים והולידה את הפיצול בין הממשלה לבין "הרשות המבצעת". בעוד תלות הגומלין בין שתי הרשויות המסורתיות רק הלכה וגדלה, הלך ונוצר קו הפרדה חדש בין שתיהן לבין ממלכה אדמיניסטרטיבית ביורוקרטית ומקצועית, שהפונקציונרים היוזמים ומבצעים את פעולותיה אינם אחראים בפני הפרלמנט.⁴⁴ הפנמתו התיאורטית של קו החלוקה החדש פוררה לחלוטין את הפרדת הרשויות הישנה בתורתיהם של ווילסון וגודנאו (Goodnow) בארצות הברית. על פי תפיסתו של ווילסון, החלוקה הישנה בין "הרשות המחוקקת" ו"הרשות המבצעת" פינתה את מקומה לדיכוטומיה חדשה בין הפוליטיקה והמנהל. המנהל הוא "ביזנס" גרדא. הוא מהווה חלק מן החיים הפוליטיים רק באותו המובן שהמכונות המשמשות בתהליך הייצור הן חלק מן המוצר, וכ"מכונה" הפוליטיקה צריכה לשלוט בו ולפקח עליו על פי מטרותיה.⁴⁵ גודנאו ניסח מחדש את החלוקה כהבדל שבין ביטוי "הרצון" הלאומי, שהוא עסקה של הפוליטיקה, לבין מימושו, המוטל על המנהל.⁴⁶ ואם על ידי קו החלוקה הזה עדיין ניתן להציל משהו מהפרדת הרשויות במערכת הפוליטית השלטת במנהל, הרי בדיוק את הקו המפריד הזה ביטל דווייט וולדו (Dwight Waldo) בספרו מ-1948, שהפך את הביטוי "המדינה המנהלית" לתו ההיכר הדומיננטי של התהליך השלטוני הרווח במחצית השנייה של המאה העשרים:⁴⁷ לפי ביקורתו של

42 ראו, למשל: Francis H. Hinsley *Sovereignty* (2nd ed., Cambridge, 1986) 214. ההכרה בעובדה הזאת היא מכל מקום כה בנלית וכה נפוצה, שאין לה צורך בסימוכין.

43 Vile, לעיל הערה 6, בע' 239.

44 שם, בע' 255 ואילך. על ההכרה המקבילה בצרפת ראו: Pactet et Mélin-Soucramanien, לעיל הערה 3, בע' 18 ואילך, 110 ואילך.

45 ראו: Wilson, לעיל הערה 26, בפרק 5; 2 "The Study of Administration" Woodrow Wilson. *Political Science Q.* (1887) 197–222, 209 ff. וגם Vile, לעיל הערה 6, בע' 305 ואילך.

46 Vile, שם, בע' 306.

47 Dwight Waldo *The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration* (New York, 1948).

וולדו, החלוקה בין פוליטיקה ומנהל אינה הולמת לא את העובדות ולא את המטרות הרצויות של התהליך הממשלי. אף כי התהליך כולל שלבים שונים ודיפרנציאציה תפקודית בין הגורמים המעורבים בו, במהותו הוא תהליך רציף, ופעולתם של כל הגורמים, מנהליים כ"פוליטיים", ובכל שלבי התהליך, כרוכה בשיקול דעת עצמאי, כלומר בעשיית מדיניות.⁴⁸

הבנה זו שומטת את הקרקע מתחת לרגליה של הפרדת הרשויות. דוגמה מאלפת לכך מספקת המהדורה השנייה של ספרו של וייל (Vile), שיצאה לאור שלושים שנה לאחר פרסום המהדורה הראשונה. במהדורה המאוחרת לא שינה וייל דבר וחצי דבר בנוסח המהדורה המוקדמת, אך הוסיף עליה פרק "אפילוג" עדכני על "הפרדת הרשויות והמדינה המנהלית" המכיל שינוי משמעותי של קריאת הדוקטרינה בהקשר השלטוני הריאלי. פרקו הראשון של הספר יוצא מהקביעה הבוטחת ש"מכלל תורות הממשל שניסו לספק פתרון לדילמה [של הכרה בתפקיד הממשל בחברה מזה והרצון לשלוט בו ולהגביל את כוחו מזה], תורת הפרדת הרשויות הייתה בזמנים המודרניים המשמעותית ביותר, הן מבחינה אינטלקטואלית והן מבחינת השפעתה על המבנים המוסדיים [של הממשל]".⁴⁹ ב"אפילוג" הוא אינו מבטל את הרלוונטיות האקטואלית של הדילמה האמורה ושל המניעים הקונסטרוקטיביים שהולידו את תורת הפרדה.⁵⁰ אך כנגד השאיפה האידאולוגית הוא מציב את השאלה האמפירית "היכן עומדת המחשבה הפוליטית היום ביחס לתורת הפרדת הרשויות",⁵¹ שהיא לאמיתו של הדבר, כפי שמתבהר מתוכן הפרק בכללותו, השאלה: מהו מעמדה של התורה הזאת במציאות ובמחשבה הקונסטרוקטיבית של התקופה הנוכחית? והתופעה המרכזית במציאות הזאת היא "המדינה המנהלית", "היושבת בה כמו גוזל הקוקייה הגדול בקן ודוחקת החוצה את השחקנים ההיסטוריים של הדרמה של הממשל".⁵²

"The modern world is characterized by the development of what has been described as the 'administrative state'... [It] exhibits such a complexity of structures and such a proliferation of rules that the earlier conception of an 'executive' consisting of a body of civil servants putting into effect, under the direction of ministers, the commands of the legislature is no longer tenable.... [T]he administrative state has taken on an autonomy of its own — it is only marginally under the control of its political masters at any point in time.... [T]he so-called

48 ראו שם, בפרק 7 וכן: George Lowery "Dwight Waldo: Putting the Purpose in P.A." [Http://www.maxwell.syr.edu/perspective/Spr01_waldo_main.htm](http://www.maxwell.syr.edu/perspective/Spr01_waldo_main.htm)

49 Vile, לעיל הערה 6, בע' 2.

50 שם, בע' 387.

51 שם, שם.

52 שם, בע' 409.

executive, the political leaders nominally responsible to the legislature for the conduct of government, may in practice have little real control over the government machine."⁵³

מהו אפוא, לסיכום, מעמדה של תורת הפרדת הרשויות בדמוקרטיה בת זמננו, או באיזה מובן היא משתמרת בה? "למעשה", אומרים פקטה (Pactet) ומלאן-סוקרמנין (Mélin-Soucramanien) בהתייחסם לתורה הזו,

"כמעט תמיד נוכחים בקיומו של פער זמנים משמעותי בין שקיעתה של תיאוריה, ההולכת ומאבדת מכוחה ומערכה ההסברי מכיוון שכבר אינה תואמת באמת את המציאות, לבין אחיזתה בתודעתו של הציבור, הממשיך להאמין בה, ובקרב הפוליטיקאים, המתמידים להעלות את שמה. ולכן, בנאמנות למקורותיהם, המשטרים הפלורליסטיים ממשיכים להביע לה [להפרדת הרשויות] רחשי כבוד מודגשים."⁵⁴

מעשית אפוא היא משתמרת כסרח עודף של אשליות העבר המכביד על מציאויות ההווה. אידיאית היא משתמרת כמיתוס המצדיק את מציאויות ההווה במונחי אשליות העבר. אם נחבר את שני היבטי ההשתמרות האלה נקבל את התשובה האמיתית: הפרדת הרשויות משתמרת כמיתוס שתפקידו לכסות על העובדה שהפכה משכבר לסרח עודף. לאיזה צורך ולמטרותיו של מי יש לשמור על המיתוס הזה, נראה בהמשך. אך באשר לצרכיה האמיתיים של הרפובליקה המודרנית היה אפשר להחלט לצטט את תשובתו של לפלס (Laplace) לנפוליון: "אין לי צורך בהיפותזה הזאת".

ב. מעבר לתורת הפרדת הרשויות

1. בהתפתחותו התיאורטית של כל ענף מחשבה מגיעים לפרקים רגעים שבהם שוב אין טעם לנסות ולשמר תיאוריות מתיישנות באמצעות הגמשה בלתי מוגבלת של מושגיהן וגיבוב של "התאמות" מתחדשות אד-הוק לשם הצלתן מהתנגשות בעובדות, וברגעים כאלה צריך לחפש תיאוריות הולמות יותר במקום אלה שהתיישנו. הבנה זו היא נקודת המוצא של התפנית הפרדיגמטית המוצעת בספרו גדול היומרה של אדוורד רובין *Beyond Camelot* (Edward L. Rubin)⁵⁵. רובין אינו מתמקד דווקא בהפרדת הרשויות, אלא דן בה כמרכיב אחד במכלול מושגים של תורת המדינה שלדעתו אבד עליהם הכלח. המושגים המיושנים האלה, הוא אומר, עודם שולטים במחשבתנו בהווה

53 שם, בע' 399.

54 Pactet et Mélin-Soucramanien, לעיל הערה 3, בע' 108.

55 Rubin, לעיל הערה 25.

ומכשילים את הבנת המציאות המדינית שאנו חיים בה.⁵⁶ היות שאיננו מסוגלים להיפטר מהם לגמרי, רובין שואל מהוסרל (Husserl) את "השימה בסוגריים" כדי להשעות את תביעתן האונטולוגית של המטפורות המכוננות אותם לצורך המרתן במטפורות המתאימות יותר לתקופתנו.⁵⁷ ברוח זו הוא שם בסוגריים את הפרדת הרשויות, שמטפורת "העץ והענפים" הטמונה במעמקיה אינה מתאימה למציאות של המדינה המנהלית. אי-ההתאמה הזאת ניכרת קודם כול בגידול חסר הפרופורציות של המנהל יחסית לשלוש הרשויות – או שלושת "הענפים" – שהחוקה מכירה, אך היא באה לידי ביטוי גם בכך שגורמים מנהליים מבצעים גם פונקציות חקיקתיות, שיפוטיות וקובעות מדיניות.⁵⁸ במקום הדימוי הזה הוא מציע את הדימוי המודרני של "רשת", שטווח היישום שלו בהווה הוא נרחב:

"A network, in its simplest level, is a set of interconnections between particular localities [or 'units']... A unit is a discontinuity in the network, a region where matter, energy, or information is generated or altered for transmission through an interconnection... To describe a network, one must identify both its architecture and its content... A description of the architecture... specifies the units and the connections among them; a description of the content... indicates the operations that each unit carries out, and the type of matter, energy, or information that are transmitted through the linkages."⁵⁹

ב.2. לא יכול להיות כמדומני ספק שלצורך התיאור וההבניה של הממשל במדינה המנהלית המודרנית דימוי "הרשת" של רובין עדיף לאין שיעור מדימוי "העץ והענפים", ומרעיון הפרדת הרשויות המושתת עליו. אולם הדימוי הזה לוקה בחיסרון יסודי אחד, שרובין עצמו מייחס להפרדה המשולשת:

"Control, which is crucial in the modern state, involves a complex, dynamic interaction among different parts of government that the three-branch image does little to illuminate."⁶⁰

רובין אמנם מניח ששלוש הרשויות המסורתיות צריכות לבקר את המנגנון המנהלי ולפקח עליו, אך בתפיסתו את השליטה הזאת הוא חוזר לתפיסתו של ווילסון. משהוקם

56 שם, בע' 7.

57 שם, בע' 8-9, 12 ואילך.

58 שם, בע' 45 ואילך.

59 שם, בע' 49.

60 שם, בע' 47. [ההדגשה שלי – י' מ']

המנגנון הוא נוטה לפעול באופן אוטונומי, ולפיכך השליטה בו מתגשמת רק בפעילות החיצונית של הקמתו והטייתו התקופתית ממסלולו האוטונומי למסלול אחר הנדרש לאור מטרות פוליטיות, משפטיות ומוסריות משתנות.⁶¹ בהחצנה הזאת מנתק רובין את השליטה מן המנגנון שהיא אמורה לשלוט בו. כך מתגלה "הרשת" של רובין כערופת ראש, ורובין אכן מדגיש את היעדר הראש במטפורה הזו:

"[A difference of principle between the old and the new metaphors] is... [their] characterization of hierarchy. John of Salisbury's human body image, in which the head controls the other organs, portrays government... as a unified hierarchy, with all political authority flowing from one source. The network image carries no such implication. Rather, it portrays modern government as a complex apparatus, where commands can come from multiple sources, and where units are potentially autonomous or semi-autonomous."⁶²

בהתאם לאיפיון הזה, רובין מטשטש את מעמדה הקריטי של שאלת המנהיגות דווקא על ידי אזכורה. דימוי הרשת אדיש לבחירה בין האפשרות האחת ש"הממשל כולו יחדל לתפקד אם מנהיגותו תופל" לבין האפשרות ש"יחידותיו הנפרדות ימשיכו בפעולותיהן היומיומיות". אבל ככל ש"הרשת" תגמיש אותה, ההבחנה בין הפעולה השגרתית של מערכת הממשל ומרכיביה לבין היגויה ובינויה להגשמת תכליות אלטרנטיביות, הנקראות אל תוכה מבחוץ, מוסיפה להיות קריטית, ובמובן מסוים אף יומיומית, גם, ואפילו ביתר שאת, ב"מדינה המנהלית". לצורך הבחירה וההכוונה התכליתית, מערכת הממשל זקוקה ל"ראש" המוסמך לכך על ידי הקהילייה הפוליטית.

3.ב. על שולחנו של הנשיא טרומן היה מונח שלט עם הכיתוב: "The Buck Stops Here!". מקורו של הביטוי לוט בערפל, אך משמעותו בהקשר זה היא שכאן נמצאים סמכות ההחלטה המכרעת ונטל האחריות העליון של פעולות הממשל. השאלה היא: היכן הוא ה"כאן" הזה? ובתשובה על השאלה הזאת צריך להשתחרר מהנחה נוספת שעם הפרדת הרשויות אבד גם עליה הכלח, והיא עליונות "הרשות המחוקקת" על "הרשות המבצעת". בתורת האמנה של ג'ון לוק, ובכל המחשבה הרפובליקנית והדמוקרטית שהלכה בעקבותיה, הרשות העליונה בקהילייה היא אותה רשות המייצגת את "העם" ומופקדת מטעמו על רמת ההחלטה הציבורית הגבוהה ביותר – החקיקה. השקפה זו הלמה את המציאות הפוליטית של המאה השמונה עשרה, אך לא פחות מכך שיקפה גם את העובדה שבאותה תקופה זוהתה "הרשות

61 שם, בע' 66 ואילך.

62 שם, בע' 50.

המבצעת" עם הכוח בהא הידיעה, הוא כוחו הבלתי נבחר של המלך, שההוגים הרפובליקנים שאפו להכפיף אותו למרותו של הפרלמנט ודרכו למרות "העם".⁶³ בכוח האינרציה הרעיונית נשארה "הרשות המבצעת" שבויה בכבלי "הרשות המחוקקת" גם כשכבר נהפכה לרשות נבחרת (במישרין או בעקיפין), והדבר מוצא את ביטוייו בכך שגם במשטרים נשיאותיים, כגון בארצות הברית וברפובליקה החמישית בצרפת, סמכות ה"ביצוע" של הנשיא, או של הנשיא וממשלתו, נחשבת כפופה לסמכות החקיקה של המוסד המחוקק, שלבד מן החוקה היא הסמכות הגבוהה ביותר במדינה. אך הכפיפות הפורמלית הזאת מבטאת בעיקרה את היררכיית הסמכות התיאורטית של המשפט הקונסטיטוציוני ולא את הריאליה הקונסטיטוציונית, שהתפתחה בכיוון ההפוך. את ההתפתחות הזאת הובילה דווקא בריטניה, שבה נעשה הפרלמנט לראשונה "ריבון". "הממשלה הפרלמנטרית" להלכה כיסתה על מציאות ברורה יותר ויותר של שלטון הממשלה בפרלמנט. השגת הרוב בבחירות לפרלמנט היא אכן הכרחית, אך משעה שהמפלגה קיבלה את הרוב הזה עובר עיקר כובד המשקל לראש הממשלה ולקבינט, והרוב בפרלמנט אינו אלא עזר כנגדם.⁶⁴ המגמה של חיזוק הממשלה על חשבון הפרלמנט ניכרה גם בצרפת ובארצות הברית, לאחר שבשתי המדינות קדמה למגמה הזאת דעיכה במעמדה של "הרשות המבצעת". מסוף מלחמת האזרחים ועד ראשית המאה העשרים חלה בארצות הברית נסיגה ניכרת בכוחה של הנשיאות, וכד בכד השתלטו הבוסיזם המפלגתי ושיטת ה-"spoils" על הקונגרס ועל המדיניות הלאומית.⁶⁵ המגמה התהפכה כשהנשיא חזר להיות הקטר של המדיניות הלאומית בתקופת נשיאותם של הנשיאים תיאודור רוזוולט (1901–1909) ווילסון (1913–1921). ההיפוך הזה הגיע לעיצובה של המגמה החדשה עם פרנקלין רוזוולט (1933–1945), ולמעט הפרעות תפקוד הנובעות מהדבקות בהפרדת הרשויות, מגמה זו נמשכת עד היום.⁶⁶ ואכן היום דווקא במשטרים נשיאותיים "טהורים", השומרים להלכה על אי-תלותו של הנשיא בפרלמנט, "הרשות המבצעת" נוטה להיות חלשה יותר מאשר במשטרים פרלמנטריים, לפחות

63 Alf Ross "Delegation of Power: Meaning and Validity of the Maxim *delegata potestas non potest delegari*" 7 *American J. Comp. L.* (1958) 1–22, 1ff.

64 ראו: Vile, לעיל הערה 6, בפרק 8.

65 Arthur M. Schlesinger Jr. *The Imperial Presidency* (Boston, 1973) chap. 4; ראו בעיקר: Matthew Josephson *The Politicos 1865–1898* (New York, 1963). על שלטונה של האספה הלאומית ברפובליקה השלישית בצרפת וירידת מעמדה של הנשיאות (ו"הרשות המבצעת" בכלל) בתקופה זו, ראו: Marcel Prélôt *Institutions politiques et droit constitutionnel* (Paris, 1957, Livre II) 198 ff.

66 ראו במיוחד: Schlesinger, שם, בפרקים 8–10; Marcus Cunliffe *American Presidents and the Presidency* (London, 1969) chaps. 8–10; Terry Eastland *Energy in the Executive: the Presidency* (New York, 1992) 2 ff., 299 ff.; אורן גרוס "חוקה וחירום: שימוש בסמכויות לשעת חירום בהיסטוריה האמריקנית" הדמוקרטיה האמריקאית: הממשי, המדומה והכוזב (ארנון גוטפלד עורך, 2002) 196–229, ובמיוחד דברי הסיכום שם, בע' 227–229.

הדר־מפלגתיים, משום שהיא מונעת מן העומד בראש "הרשות המבצעת" את השליטה המעשית בפרלמנט.⁶⁷

ב.4. אכן, נחזור לדבריו של רובין, "השליטה... היא [יסוד] מכריע במדינה המודרנית, [ובתור שכזאת היא] כרוכה באינטראקציה דינמית ומורכבת בין חלקים שונים של הממשל...". דווקא משום כך צריך להדגיש את תפקידה הבכיר של עמדת השליטה המרכזית בהיגויה ובהפעלתה של ה"רשת" לביצוע המשימות שלה, שאם לא כן "הזנב יקשקש בכלב". הדרישה הפונקציונלית הזאת גוברת על ההגדרה והסדרים הפורמליים של שיטת הממשל, ובין שמדובר בשיטה פרלמנטרית, נשיאותית או מעורבת, המערכת השלטונית של המדינה המנהלית המודרנית אינה יכולה להיות מושתתת על רשויות נפרדות, כי אם חייבת להתבסס על ר(א)שות מדינתית אחת שיש בה חלוקת עבודה וקואורדינציה בין מרכיבים מרובים. במסגרת זו התפוגגה כבר מזמן המציאות השלטונית שעליה הייתה יכולה להתבסס בעבר הקונספציה של הפרדת הרשויות. במרכז המערכת עומד גוף ההיגוי המרכזי של הקהילייה הפוליטית, בין שהגוף הזה הוא נשיאות הנבחרת במישרין ובין שהוא ממשלה הנבחרת בעקיפין באמצעות הפרלמנט הנבחר והתלויה באמונו. ובין שהמוסד הפרלמנטרי מוגדר באופן פורמלי כרשות נפרדת מגוף ההיגוי המרכזי או כרשות העליונה שהגוף הזה הוא לכאורה גוף שילוחי שלה, בפועל הראשון הוא העזר שכנגד השני. במציאות הפוליטית המודרנית כהווייתה, הנשיאות או הממשלה אינה אפוא "רשות מבצעת", משום שהיא הגוף היוזם והמוביל של התהליך השלטוני, והפרלמנט אינו "ר(א)שות מחוקקת", משום שפעולתו, ובכלל זה גם מרבית החקיקה, סבה על פעולות הממשלה.⁶⁸ עליונות מעשית זאת של הממשלה על הפרלמנט היא דרישה פונקציונלית המובנית בקהילייה הפוליטית המודרנית, וכל חלוקת תפקידים קונסטיטוציונית פורמלית משרתת את מטרתה רק אם ובה במידה שהיא מסתגלת לדרישה הזו. דרישת העליונות של הממשלה הולכת וגוברת גם בשגרת הפוליטיקה המודרנית, אך היא נעשית בולטת ותובענית יותר ככל שמצבה של הקהילייה משברי יותר ומצריך יותר היגוי וריכוז סמכויות. וככל שההיגוי הריכוזי הזה כרוך בשינויים יסודיים יותר של הסדר הקיים, כך גדל גם הקונפליקט שבינו לבין

67 ראו: Weaver & Rockman, לעיל הערה 33, בע' 11 ואילך, והשוו: Arend Lijphart "Introduction" *Parliamentary versus Presidential Government* (Arend Lijphart ed., Oxford, 1992) 15 ff.

68 הצגה נכוחה של המציאות שביסוד הפיקציה התיאורטית של "עליונות הרשות המחוקקת" מוצעת על ידי Griffith & Street, לעיל הערה 18, בע' 81-82: "It is not perhaps inaccurate to regard the [legislative] proceedings in Parliament as the last opportunity for the opponents of a Bill to extract from the Government some concessions and for the supporters of the Government in Parliament to suggest some improvements... The Bill in its essentials will go through because the Government and a majority in the House of Commons wish it to go through"

התורה המיושנת של הפרדת הרשויות, ודרכה גם בינו לבין חוקת הקודש של הקהילייה ו"רצון העם" הפיקטיבי שהיא מתיימרת להתבסס עליו.

ב.5. בקונפליקט האמור בין צרכיה הממשליים של הקהילייה לבין חוקת הקודש שלה מסתתר, כפי שאנסה להראות בהמשך, עיקר טעמו של השימור הדווקני של מיתוס הפרדת הרשויות. המיתוס הזה משרת את מטרותיו של כוח שלטוני אחד, ואחד בלבד, והוא הכוח השיפוטי. והגורם הזה מוצא במיתוס של הפרדת הרשויות את הלגיטימציה הפרדוקסלית לכאורה לחתירה שיטתית תחת העיקרון שהוא מדבר בשמו לשם השתלטות על-רשותית על מערכת השלטון בכללותה.⁶⁹ הטענה נכונה היום במרחב הקונסטיטוציוני המערבי כולו, אך אם יש בעולם מדינה אחת שבה מוצאת המגמה הזו את ביטויה החצוף ביותר, הריהי ככל הנראה ישראל.

ג. תחיית המתים של תורת הפרדת הרשויות בישראל

ג.1. כפי שנאמר כבר לעיל (בפסקה א.1.), הן עקרון ההפרדה והן החלוקה לשלוש "רשויות" עודם משוקעים ברטוריקה הפוליטית והפובליציסטית אף שעל שניהם אבד הכלח כבר מזמן. התודעה הכוזבת הזאת משתקפת גם בדיון הציבורי בארץ, ואף במשנה תוקף, והסיבה העיקרית לכך היא הרקע הפרדוקסלי שעליו הדיון מתנהל. מה שמאפיין את הרקע הזה הוא מצב קונסטיטוציוני דרמטי שבו, מצד אחד, המערכת השיפוטית לא הוכרה מעולם הכרה פורמלית כ"רשות", אך זה כשני עשורים היא תובעת לעצמה, מצד אחר, את המעמד של הרשות העליונה בפועל. במצב הזה מתחוללת בהכרח התנגשות בין המשפט הקונסטיטוציוני הפורמלי שהתיישן דה-פקטו לבין האוזורפציה השיפוטית שלו, שלא הגיעה לכלל הכרה דה-יורה, והדיון ב"הפרדת הרשויות" מתנקז לפולמוס שמצדו האחד ניצבים בית המשפט וחסידיו, החותרים לבצר את סמכות בית המשפט שהושגה בפועל, ואף לעגן אותה בחקיקה חוקתית, ומצדו האחר ניצבים המוסדות הפוליטיים ותומכיהם, המתקוממים נגד ה"חריגות" של בית המשפט מן התחום המיועד לו. אבל בתנאים הנידונים זהו פולמוס חסר שחר. שני הצדדים מתיימרים לבסס את תביעות הסמכות הסותרות שלהם על מתכונת הפרדת רשויות מובחנת המקצה כביכול תחומי סמכות מוגדרים לכנסת ולממשלה מזה ולבית המשפט מזה. כל אחד משני הצדדים גם מעמיד פנים שמתכונת ההפרדה

⁶⁹ מקור האברציה הזאת הוא כמובן בחוקתנות האינטגרלית בארצות הברית, והטענה עוברת ממש כחוט השני בחלק השני והעיקרי ("פרכות המיתוס המכונן של החוקתנות הקאנונית") בספרי, יואש מיזלר ויהי בימי שלוט השופטים: לביקורת התיאולוגיה החוקתית של הבונאפארטיזם השיפוטי (2007).

שהוא מדבר בשמה יצוקה כנורמה בתשתית הקונסטיטוציה הישראלית, שהוא נאמן לה, והצד האחר מערער אותה. כך מצטייר המאבק באופן מטעה כמחלוקת פרשנית על אותה מתכונת של הפרדת הרשויות המשולשת ועל חלוקת הסמכויות הנובעת ממנה. אולם לאמיתו של דבר זוהי מחלוקת שבמסגרת "המשפט המצוי" אין לצדדים הנצים בה סלע מחלוקת לריב עליו. בעצם התביעה לדבר בשם מתכונת הפרדת רשויות קיימת, מסתיר כל אחד מן הצדדים את שאיפתו לעצב את המצב המעורפל והנזיל שבמצוי לכלל מתכונת מוגדרת אחרת, שהיא הרצויה או הנכונה לשיטתו. ועל כן, בעוד לוויכוח על המצוי אין למעשה עובדה קונסטיטוציונית מוצקה כדי להתפלג על פירושה והשלכותיה, יומרת בני הפלוגתה לדבר בשם העובדה הלא-קיימת הזאת מסתירה תחתיה מאבק ממשי על יצירת עובדות.

2. במצב הדו-משמעי הזה מזריק כל אחד מן הצדדים לתוך המתכונת הלא-קיימת תוכן אחר המתאים לתביעותיו. בית המשפט מגייס את המושג "הפרדת הרשויות" כדי לעצב את המתכונת באופן שתחום סמכותו הביקורתית ילך ויתרחב ודרגת סמכותו תגבה בהתמדה על חשבון הממשלה והכנסת, והא בהא תליא. הכנסת, מאידך גיסא, מגייסת את המושג הזה עצמו כדי להגן על הסטטוס קוו אנטה, שהאוזורפציה השיפוטית כרסמה אותו משמעותית משנות השמונים של המאה הקודמת, ובמיוחד לאחר "המהפכה החוקתית". ועל כן, יותר משלטענות הנשמעות משני הצדדים על ה"סטייה" (של בית המשפט או של הממשלה והכנסת) מן הנורמה הראויה של "הפרדת הרשויות" יש בסיס קונסטיטוציוני להסתמך עליו, הן משמשות כהסוואה לתביעה נסתרת לקבוע את מבוקשן כ"תקן" המקובל. כך, למשל, בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר,⁷⁰ שעסק בשאלת "הקיום בכבוד", העלתה הפרקליטות את תקן "הפרדת הרשויות" הנכון לשיטתה כנימוק נגד התערבותו של בית המשפט:

"מידת ריסונו [הראויה והמקובלת עד כה] של בית המשפט בהתערבותו באופן הקצאת המשאבים נובעת [ת] מעקרון הפרדת הרשויות... [ו] מחובתו של בית המשפט לכבד את רשויות השלטון האחרות... הליך חלוקת המשאבים בחברה מצוי בלב לבו של ההליך הדמוקרטי... ההכרעה בין חלופות [תקציביות]... מסורה בראש ובראשונה לרשות השלטונית."⁷¹

ברוח זו התקבלה אז גם החלטתה ההצהרתית של הכנסת שהיא "רואה בדאגה

70 תק-על 2005 (4) 2605. ראו גם מייזלר, שם, בע' 108–111.

71 יובל יועז "הפרקליטות: העליון מפר את עקרון הפרדת הרשויות" הארץ (11.10.04). יש לשים לב לכך שבעודה נאחות ב"עקרון הפרדת הרשויות", מתעלמת הטענה מן ההפרדה בין "הרשות המחוקקת" ו"הרשות המבצעת", שבגרסתה המקורית של התיאוריה היא ממלאת תפקיד נכבד יותר מן ההפרדה בין שתי הרשויות האלו לבין "הרשות השופטת".

גלישת בית המשפט העליון לנושאים שבמובהק הינם בתחום הסמכות והאחריות של הרשות המבצעת והמחוקקת...⁷² מנגד טענה השופטת דורנר בדברי הפרידה שלה מבית המשפט:

"חרף האיסור בתקנון הכנסת לדון בעניין התלוי ועומד בבית המשפט, התקבלה [בכנסת] החלטה כנגד התערבות בית המשפט בענייני תיקצוב, הגם שזו היא השאלה העומדת להכרעה [בבג"ץ]. החלטה זו של הכנסת היא ניסיון להפעיל לחץ על בית המשפט – בעודו דן בעניין – להוציא שאלה משפטית מסויימת מתחום ביקורתו...⁷³ [ההדגשה שלי – י' מ']"

הגינוי הזה מניח כמובנת מאליה את הטענה ששאלת התקצוב של המינימום הכלכלי של "קיום בכבוד" היא "שאלה משפטית". אולם ככל שטענה זו מסתמכת על עקרון "הפרדת הרשויות" או שהיא טאוטולוגית או שהיא מכילה סתירה. במקרה הראשון משמעותה היא שכל עניין שבית המשפט מוצא לנכון להתערב בו הוא "משפטי", ולו רק מתוקף החלטתו זו בלבד,⁷⁴ עמדה החותרת מיניה וביה תחת יסודותיו של העיקרון שהיא מתבססת עליו. במקרה האחר מייחסת הטענה לגרסה מסוימת מאוד של "הפרדת הרשויות" מעמד של הנחת יסוד שאינה שנויה במחלוקת, בעוד שבדיוק על הגרסה הזאת נודעקו הנימוק של הפרקליטות שנדחה בבג"ץ והחלטת הכנסת המותקפת.

טענת ההפרה של עקרון הפרדת הרשויות חוזרת ונשמעת (משני הצדדים) גם בזירה הפובליציסטית, ודוגמה מובהקת לכך סיפקה המחלוקת על מדיניותו של השר פרידמן. כנגד הפגיעה המיוחסת לפרידמן במעמדו של בית המשפט, כפי שהוא נתפס בהשקפת הפרדת הרשויות החוקתנית בת דורנו (שהוא-הוא העומד בלב המחלוקת), נכתבו עשרות (אם לא מאות) מאמרי עיתונות, ולא נצטט אותם כאן.⁷⁵ אך כמו

72 גרעון אלון "המליאה: בג"ץ עלול להביא למשבר חוקתי" הארץ (14.01.04).

73 עורך הדין, ביטאון לשכת עורכי הדין בישראל (מרץ, 2004).

74 הרחבה אנלוגית של ההתערבות השיפוטית, שהייתה לה חשיבות רבה בהתפתחות הביקורת השיפוטית על המנהל בכריטיניה, אפשר לראות בהגדרת עילת ההתערבות כ-"jurisdictional", שנכנסה לשימוש מהמאה השבע עשרה ואילך, ראו: Stanley A. de Smith *Judicial Review* (London, 1959) 65. *of Administrative Action*. בהתייחסו לחידוש הזה כתב ג'פה (Jaffe) שהמושג נועד אך ורק לצורך הלגיטימציה המשפטית של הכפפת החלטותיהם של גופים מנהליים בעלי סמכויות מעין-שיפוטיות לסמכותם השיפוטית הגבוהה יותר של בתי המשפט של המשפט המקובל, וככזה "המושג הוא פונקציונלי כמעט לגמרי... [ומטרתו] לתת תוקף לביקורת כשביקורת נראית הכרחית" Louis L. Jaffe "Judicial Review: Constitutional and Jurisdictional Fact" *70 Harv. L. Rev.* (1957) 953-985, 963.

75 לדוגמאות טיפוסיות, ראו: ירון אזרחי "לא עניין של פופולריות" הארץ (23.8.07); אהוד אשרי "נדרשת מלחמה" הארץ (19.8.07); אריאל בנדור "זה לא אישי" הארץ (20.8.07); דפנה ברק-ארו "לא כבוד השופטים, כבוד האזרחים" הארץ (10.9.08); עלי זלצברגר "מה שפרידמן לא מבין" הארץ (21.8.07); סוזי נבות "פרידמן החליט נכון" מעריב (12.3.08); זאב סגל "מחלוקת בלב הדמוקרטיה" הארץ (14.4.08); זאב סגל "מהפכה אנטי חוקתית" הארץ (8.9.08); מרדכי קרמיניצר "ידו היתה במעל" הארץ (14.3.08); פראנסס רדאי "למשול עם שופטים" מעריב (36.3.08); זאב

תומכי מדיניות ההתפשטות של בג"ץ, גם מתנגדיה גייסו את עקרון הפרדת הרשויות. עוד לפני שעלה שמו של פרידמן, בשעת "מחלוקת האג'דות" סביב אי-מינויה של גביון לבית המשפט העליון, כבר כתב ארי שביט שבשליטת מועמדותה בשל עמדותיה האנטי-אקטיביסטיות, "מקורביו של בית המשפט העליון רומסים ברגל גאוה את העיקרון הדמוקרטי היסודי של הפרדת הרשויות"⁷⁶. אותה טענה חזרה גם בהגנה על פרידמן, ובעיקר בביקורת על השופטים שתקפו אותו: "התערבותם של שופטים בהווה ובדימוס בוויכוח ובמחלוקת לגבי תפקיד השופט בדמוקרטיה הישראלית", כתב שוקי שגב, "ממחישה בדיוק את הבעיה בהיקף סמכויות בג"ץ היום. האם אין הם [השופטים המדוברים]... מפריים בעצמם את עקרון הפרדת הרשויות שהם מקדשים ושבשמו הם טוענים?"⁷⁷ "פרידמן לא היה במערכת המשפט כאשר החל האימפריאליזם המשפטי. פרידמן לא היה שם כאשר בג"ץ מחק את הפרדת הרשויות", כתב בן-דרור ימיני במאמר אחד, והוסיף במאמר אחר שהצטרפותם של שופטי העליון בדימוס לקמפיין להדחת פרידמן היא "רמיסה בוטה של הפרדת רשויות"⁷⁸. לנוכח הוויכוח הזה קשה שלא להיזכר בריב על מותו של הילד שלא נולד ב"מי מפחד מווירג'יניה וולף".

ג.3. מן הפובליציסטיקה נפנה לרובד הבסיסי יותר לכאורה של הדידקטיקה הקונסטיטוציונית בארץ. ברובד זה, כפי שנראה, ניטע בשני העשורים האחרונים הרושם שתורת הפרדת הרשויות מושרשת בישראל מימים ימימה. אולם עיון היסטורי קצר יכול ללמד שלא בדבקות מתמשכת בדוגמה מדובר כאן, כי אם ממש בתחיית המתים שלה. עד שנות השמונים לימדו ספרי מפתח בתחום שתורה זו אינה מתארת באופן הולם לא את משטרה של המדינה בת זמננו בכלל, ולא את המשטר הישראלי בפרט. לתימוכין, נפנה תחילה לספרו של קלינגהופר משפט מינהלי מ-1957.⁷⁹ הפרק הראשון מניח תשתית אנליטית המבוססת על שלוש הבחנות הקשורות אהדדי: הגדרת

שטרנהל "גל שלישי של מהפיכה" הארץ (31.8.07). שיאה של המתקפה הגיע בראיונות שנתן הנשיא בדימוס אהרן ברק למוספי סוף השבוע של שלושת העיתונים הגדולים ב-11 באפריל 2008.

76 ארי שביט "זו לא גביון, זו הבושה" הארץ (08.12.05). "מקורביו" המדוברים של בית המשפט הם, כמובן, בראש ובראשונה שופטי בית המשפט היושבים בוועדה לבחירת שופטים, והנשיא דאז בראשם. בכל אופן, בפולמוס על מדיניותו של פרידמן נעה המטוטלת בהשקפתו של הכותב לכיוון הקוטב הנגדי: "... פרידמן ... עושה שימוש מסוכן בפטישים רבי העוצמה של פוליטיקה גסה ותקשורת המונים, כדי לנתץ את עמוד התיכון של הנאורות הישראלית... אם כהונתו של פרידמן תימשך יישקף איום של ממש לעצמאותה של מערכת המשפט. שופטים ימצאו את עצמם כפופים למרותה של ממשלה נטולת רסן... מורשת פרידמן תסלול את הדרך לעיצובה מחדש של הדמוקרטיה הישראלית כדמוקרטיה חלולה", ארי שביט "פופוליסט" הארץ (24.2.08).

77 יהושע (שוקי) שגב "אין שופטים בירושלים" הארץ (21.11.07).

78 בן-דרור ימיני "חורבן שלטון החוק" NRG (8.6.07) ובן-דרור ימיני "פוטש שיפוטי" NRG (11.4.08).

79 יצחק האנס קלינגהופר משפט מינהלי (1957).

ה"רשות" על פי "המבחן הפונקציונלי" ו"המבחן הארגוני"; החלוקה ההיררכית של מערכת הנורמות המשפטיות ל"נורמות כלליות" ול"נורמות אינדיווידואליות"; ו"חלוקת [המשנה של] הנורמות האינדיווידואליות לשפיטה ולמינהל".⁸⁰ שלוש ההבחנות פועלות לפריעת הדוקטרינה של הפרדת הרשויות בפועל, מאחר שכל "רשות" במונח הארגוני ממלאת פונקציות שלטוניות שאינן שייכות לה לכאורה, וכל פונקציה שלטונית יוצאת אל הפועל ביותר מבאורגן שלטוני אחד.⁸¹ המסקנה הזאת מובעת באופן נחרץ ובהדגשה בפרק השני. "הדוקטרינה של הפרדת הרשויות דורשת", כתב קלינגהופר,

"כי הרשות המחוקקת תעשה רק חוקים, כלומר תיצור נורמות כלליות, וכי יצירת הנורמות הכלליות תהא מסמכותה הבלעדית של הרשות המחוקקת... כי השפיטה... תעשה רק ע"י הרשות השופטת, ושלא תהא לה... שום סמכות אחרת... [ו] כי יתר האורגנים הממלכתיים... המהווים את הרשות המינהלית יהיו מוסמכים אך ורק לעשיית אקטים אינדיווידואליים שאינם אקטים שפיטתיים."⁸²

"אבל המצב הקיים שונה לחלוטין", כתב קלינגהופר כשניגש להראות את "אי קיום הפרדת הרשויות בצרפת, ארה"ב ואנגליה", לפני שפנה ל"אי קיום הפרדת הרשויות במדינת ישראל".⁸³ על עיקרי הדברים האלה חזר גם בהרצאותיו בראשית שנות השבעים, כשאמר ש"בישראל, כבשאר מדינות העולם, לא מתקיימת תורת הפרדת הרשויות בצורה מלאה ומושלמת [ו] החלוקה הארגונית לרשויות המחוקקת, השופטת והמנהלית [כך!] אינה הולמת את ההבחנה הפונקציונלית בין חקיקה, שפיטה ומנהל",⁸⁴ וכשהוא דן באריכות ב"סטיות מתורת הפרדת הרשויות כפי שהן מתגלות בכל אחת מן הרשויות [בישראל]".⁸⁵ באופן דומה כתב בן-פורת בספר הדרכה מטעם נציבות המדינה, ש"אם נחפש מדינה המקיימת הלכה למעשה הפרדת רשויות מוחלטת... נגלה כי אינה בנמצא".⁸⁶ בניגוד לתורתו של מונטסקייה ואף לחוקות שתורתו כלולה בעקרונותיהן, הוא מוסיף, כל אחת משלוש ה"רשויות" ממלאת גם תפקידים השייכים לפי טבעם

80 ראו לפי סדר ההבחנות: שם, בע' 2-3, 5 ואילך, 8-9.

81 ראו שם, בע' 9 ואילך.

82 שם, בע' 23, והשוו: Vile, לעיל הערה 6, בע' 14.

83 קלינגהופר, שם. במיוחד בנוגע לאנגליה הוא מצטט את חיבוריהם של Griffith & Street, לעיל הערה 18, ושל Robson, לעיל הערה 28, שעל פיהם מדובר ב"הפרדת הרשויות האגדתית" שהיא "דוקטרינה כה רחוקה מהעובדות שניטיב שלא להקדיש לה כל תשומת לב שהיא" (לפי הסדר: שם, בע' 26, 25).

84 יצחק האנס קלינגהופר משפט מנהלי (ערך לפי הרצאות בתשל"א ברוך אברהמי, 1976) 23. בהרצאותיו על המשפט הקונסטיטוציוני קלינגהופר אינו מייחד להפרדת הרשויות כשלעצמה דיון כלשהו ומבליע אותה בהצגת המוסדות השלטוניים. ראו יצחק האנס קלינגהופר משפט קונסטיטוציוני (ערך לפי הרצאות יגאל סרי, 1972).

85 קלינגהופר משפט מנהלי, שם, בע' 23.

86 "עמיהוד בן-פורת" יסודות המשפט הציבורי בישראל" סדרי שלטון ומשפט (חיים י' צדוק ואברהם בן-נפתלי עורכים, מהדורה רביעית, 1971) 39, 53-54.

לשתי ה"רשויות" האחרות. שני המחברים מציינים, בלשונו של בן-פורת, ש"בולט הדבר [הזה] ביותר ברשות המבצעת של המדינה המודרנית":

"בכל מדינה בימינו קיימות בידי רשויות המינהל למיניהן סמכויות חקיקה...וסמכויות שיפוט...בצדן של הסמכויות המינהליות המוענקות להן... דברי החקיקה היוצאים מרשויות המינהל השונות [עולים] בכמותם על היוצאים באותה עת מלפני הרשות המחוקקת."⁸⁷

המציאות הרובצת תחת היסחפות הגבולות התיאורטיים בין ה"רשויות", ובמיוחד צמיחת התלכיד הסופח של המנהל, היא אמנם התפתחותה של "המדינה המנהלית". בהתייחסות מרומזת למציאות הבסיסית הזו, מיטשטשת במובלע אצל שני המחברים גם ההבחנה בין "הרשות המבצעת", שלפי התיאוריה היא אמורה להיות הממשלה, לבין גופי הביצוע הכפופים לה להלכה. ואף כי אין המחברים מודים בכך בגלוי, בד בבד עם הטשטוש הזה מתבלעת גם הפרדת הרשויות המשולשת, היות שלאור האמור כאן כל גוף מנהלי מוסמך נעשה "רשות" מעצם הסמכותו.⁸⁸ המסקנה הנסותרת הזאת נחלצת מיניה וביה מן ההמשך:

"...אם טעה מונטסקייה בהצביעו על אנגליה כמדינה בה קיים שלטון של הפרדת רשויות, לא טעה בקבעו כי, מבחינה עקרונית, אחת הדרכים להרחקת שרירות ועריצות ממסגרתו של משטר מסוים היא חלוקת סמכויות השלטון בין רשויות שונות, באופן שתוקף פעולתה של רשות אחת מותנה בפעולה נוספת מצדה של רשות אחרת, ובאופן שקיימת ביקורת הדדית בין הרשויות השונות."⁸⁹ [ההדגשה שלי – "מ"]

אך תלות הגומלין בין גופי מנהל הדרושה להוצאתן אל הפועל של פעולות כלשהן, וממילא הביקורת ההדדית שהם מקיימים, הן היבטים כה בנליים של דרך פעילותה של המדינה המודרנית, שהטענה בדבר "חלוקת סמכויות השלטון בין רשויות שונות" נשארת נכונה אף אם אין מערבים בה את "הרשות המחוקקת" ו"הרשות השופטת".

87 שם, בע' 54, וראו גם קלינגהופר משפט מנהלי, לעיל הערה 84, בע' 30–29.
88 בהתייחסו למינוח העברי בהשוואה למונחים "power" ו-"pouvoir" (שעל ההבדל ביניהם עוד אעיר על קצה המזלג להלן בהערה 100) אומר השופט חיים כהן בגנדרנות פטריוטית חיננית, ש"מפאת עושר לשוננו [בהשוואה לאנגלית ולצרפתית!] נוכל להרשות לעצמנו יתר דיוק [משנמצא בהן]: המדינה מקימה מכוחה את רשויותיה... [ההדגשה שלי – "מ"] חיים ה' כהן המשפט (מהדורה שנייה, 1996) 288. והנה, חרף "עושר לשוננו" בהשוואה לשפות הדלות האלה, בעברית נהוג להכתיר בתואר זה גם גופי סמכות בעלי אוטונומיה מסוימת אך כפופים, כגון "רשות המסים", "רשות החברות" וכיוצ"ב, שבאנגלית או בצרפתית הם לכל היותר "authorities" (או autorités).

89 בן-פורת, לעיל הערה 86, בע' 53–54. מן הדין לציין, והדבר אכן צוין על ידי פרשנים לא מעטים, שמונטסקייה אינו משתמש במונח "הפרדה" בנוגע ל"רשויות" ב"קונסטיטוציה של אנגליה", וכורך את החלוקה ביניהן דווקא בשילוב וקואורדינציה.

עם ההכרה בעובדה זו מתעצרת עוד הנחה של הדוגמה המיושנת, והיא הקשר ההכרחי כביכול בין התכלית של מניעת השרירותיות והעריצות לבין האמצעי של הפרדת הרשויות המשולשת.

אצל שני המחברים האלה מצטייר לכאורה אי־קיומה של הפרדת הרשויות כתופעה פתולוגית של הממשל המודרני, והדיאגנוזה כמו מלווה באנחה חרישית על ה"סטיות" מן הסכמה המיוחסת למונטסקייה. אולם יש לשים לב לכך שהסטייה היא מציאות מסיבית יותר מן הנורמה, ולפיכך הנורמה אינה יכולה לשמש באמת כמסגרת תיאורית הולמת להוויית המדינה המודרנית. מסקנה זו, שקלינגהופר ובן־פורת מנעו מהסקתה, מתכנסת להנחת יסוד מובלעת בספרו של אקצין תורת המשטרים.⁹⁰ הוא אינו מייחד ל"הפרדת הרשויות" פרק נפרד או דיון משמעותי כלשהו, ולא זו בלבד אלא שאף אינו משלם לה מס שפתיים. הן המושג "רשות" והן החלוקה ל"רשויות" אינם מהווים אצלו יסודות אנליטיים של המבנה השלטוני, שהוא מעדיף להציג בשתי פירמידות מקבילות, האחת – פירמידת הנורמות והאחרת – הפירמידה המוסדית.⁹¹ ובמסגרת זו הוא אינו מייחס למערכת השיפוט מעמד של רשות, או אף של מערכת מוסדית אחודה, ויתרה מזאת אף טוען במפורש, ש"מוסדות השפיטה ופסקי דיניהם... עומדים מחוץ לפיראמידות עצמן... [אם כי הם] קשורים אליהן קשרים הדוקים ומגוונים".⁹² טענת אי־ההתאמה, המובלעת בספרו של אקצין, מובעת בהדגשה באשר לישראל בשלוש המהדורות הראשונות של המשפט הקונסטיטוציוני של רובינשטיין. בכל המהדורות האלה נמצא בעמוד הפותח של הפרק "הפרדת הרשויות" את מקבץ הטענות האלה:

"קל להוכיח כי בישראל אין מתגשם למעשה רעיון הפרדת הרשויות במשמעותו הקלאסית... שליטתו הרבה של מרכז הכוח הפוליטי... יוצרת מוקד כוח שקשה ליישבו עם תורת הפרדת הרשויות, אפילו במתכונתה המרוככת... אם יש [בכל

90 בנימין אקצין תורת המשטרים (מהדורה שנייה, כרך ראשון, 1967).

91 שם, בע' 134. בשרטוט הפירמידה המוסדית אקצין משתמש אמנם בביטוי "רשות מבצעת", אך עד כמה אין בביטוי הזה מחויבות תיאורית מלמדת העובדה שבאותו שרטוט הוא משתמש ב"מוסד מכונן" וב"מוסד מחוקק", ובהסבר למטה הוא מייחד את הפרדת הרשויות המשולשת לארצות הברית. המגמה של הכפפת המשגת הרשויות להמשגה המוסדית ניכרת גם בהצעת החוקה שניסח ב־1965. ראו בנימין אקצין "הצעת חוקה למדינת ישראל" סוגיות במשפט ובמדינאות (תשכ"ו) 158–218. כך "משמשת הכנסת כמוסד המייצג והמגלם... את רצון העם הריבוני", אם כי בתוקף זה היא "מכהנת כרשות מכוננת... [נ]כרשות מחוקקת..." (סעיף 37, שם, בע' 193), וכותרת פרק י', העוסק בבתי המשפט, היא "מוסדות השפיטה" (שם, בע' 212), שאינם מוגדרים כ"רשות", ולא זו בלבד אלא אף אינם מוגדרים במפורש כמערכת אחודה.

92 שם, בע' 322, וראו על כך גם מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (2008) 166–167. בהערה רלוונטית לטענתי כאן אומר מאוטנר שעל תפיסה זו, שעל פיה "בתי המשפט אינם אמורים לתרום תרומה כלשהי ליצירת המשפט", "התחנכו דורות של משפטנים בשנות החמישים עד [שנות] השבעים".

זאת] שטח שבו השאירו דבריו של מונטסקייה... אותות, הרי זה בהבטחת אי תלותם של השופטים.⁹³

4. תמונה מפחתת זו של הפרדת הרשויות השתנתה בדיקטיקה הקונסטיטוציונית הישראלית רק מסוף שנות השמונים ואילך. התמונה החדשה שהלכה והצטיירה מאז מציגה את הפרדת הרשויות המשולשת הן כעקרון יסודי דמוקרטי בכלל והן, בתור שכזה, כמכונן קונסטיטוציוני המובנה גם במשטר בישראל והמבטיח את אופיו הדמוקרטי. בד בבד היא מעלה על נס את שני אבות-האבות של "הדמוקרטיה החוקתית" שהתורה מיוחסת להם, מונטסקייה ולוק, וחרף חשיבותו המשנית של הייחוס הזה אדרש אליו תחילה בשל משמעותו הסימפטומטית. אם אצל אקצין הוא מופיע רק כהערת אגב המאזכרת לכאורה אמת מן המפורסמות,⁹⁴ אצל זאב סגל כבר הופכת הערה זו, הרחוקה מדיוק, להיסטוריה רעיונית בקליפת אגוז. בפרספקטיבה של ההצדקה הדמוקרטית ל"משטר הפרדת הרשויות [ה'גמישה'] הקיים בישראל",⁹⁵ הוא כתב:

"הפילוסוף... הצרפתי בן המאה ה-18, שרל דה מונטסקייה, הוא שנכנס להיסטוריה כאבי תורת 'הפרדת הרשויות'... [אך] למעשה היה זה ג'והן לוק,

93 אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (1969) 134–135, ובשינויי ניסוח זעירים בלבד גם במהדורה השנייה אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה שנייה, 1974) 220–221, ובמהדורה השלישית אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה שלישית, 1980) 225–226. אותה הטענה עדיין מופיעה גם במהדורה הרביעית אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית, כרך א, 1991) 343, אך בקריאה הקשרית (וראו להלן הערות 123–124) כבר ניכר במהדורה זו שינוי משמעותי בגישה. לגופו של עניין, אי-תלותה של עצמאות השפיטה בתורת הפרדת הרשויות המשולשת ניתנת על נקלה להוכחה על יסוד ההיסטוריה הקונסטיטוציונית האנגלית, שבה נהנו שופטי המשפט המקובל לא רק מעצמאות, אלא גם מחופש פרשני נרחב, מאות שנים לפני מונטסקייה, אף על פי שהיו (למפרע) חלק מן "הרשות המבצעת", ובעצם עיקרה. לעומת זאת, דווקא לאור התורה "הקלאסית" של מונטסקייה, כפי שהובנה בצרפת, אמר רובספייר ב-1790: "המילה... 'יוריספרודנציה' צריכה להימחק מלשוננו. במדינה שיש בה חוקה, חקיקה, היוריספרודנציה של בתי המשפט אינה אלא החוק: אזי, היוריספרודנציה זהה תמיד" (מצוטט אצל Carré de Malberg, לעיל הערה 37, כרך 1 בע' 731), והבנה זו של התורה דווקא צמצמה את עצמאות "הרשות השופטת" ביחס ל"רשות המחוקקת", לפחות מבחינת מרחב הפרשנות של החוק.

94 "אותה תפיסה שפיתחה לוק ומונטסקייה שעה שכתבו... על הפרדת הרשויות... [ה]מופיעות כזרועות פחות-ארוכות יותר שוות-דרגה אחת לרעותה..." (אקצין, לעיל הערה 90, כרך ראשון בע' 134). אקצין אכן מסייג בהערה שכוונתו כאן היא לרשויות המחוקקת והמבצעת בלבד. אולם כפי שעוד ארמוז להלן בהערה 99, ההבדל בין חלוקה דואלית וחלוקה משולשת הוא רק אחד ההבדלים, אך לא העיקרי, בין תפיסת הרשויות של לוק ומונטסקייה.

95 ראו להלן הציטטה בטקסט נלווה להערה 103.

הפילוסוף האנגלי בן המאה ה-17, שהסביר במסכת שלו על הממשל, שרעיון 'המהפכה המפוארה' של שנת 1688 הוא רעיון של הפרדת רשויות... מונטסקייה פיתח, למעשה, את התיאוריה של לוק... [בספרו על רוח החוקים... בשנת 1748] הציג מונטסקייה את המודל שלו על הפרדת הרשויות. הוא פותח בקביעה שלפיה קיימות בכל מדינה שלוש פונקציות מרכזיות: הפונקציה של המחוקק, הפונקציה של המבצע, והפונקציה של השפטה. הוא בא בחיבורו לתאר את משטרה של אנגליה באותם ימים, ודרך המצב שם ביקש לתאר את הדגם הראוי.⁹⁶

שאלה שאינה נענית כאן היא כמובן: "הדגם הראוי" של מה? אם עלינו להשלים את המשפט לאור מה שסגל כתב בהמשך הפרק, שנגיע אליו מיד, הרי התשובה היא: "של המשטר הדמוקרטי". אך יצירת זיקה כזו בין הפרדת הרשויות לבין הדמוקרטיה במחשבתו של מונטסקייה היא כוזבת כל כך בעליל, עד שהשלמת המשפט הייתה חושפת מיניה וביה את הרכבה השעטנזי של טענת הכותב. ואכן, הפער ההיסטורי הזה מודגש ביושר בספרו של זמיר הסמכות המינהלית, שבהבדל מכל יתר המחברים הנסקרים כאן מוצא לנכון לציין את העובדה ש"התורה של הפרדת הרשויות לא צמחה מן הדמוקרטיה המודרנית, אלא הקדימה אותה".⁹⁷ אך חרף ההערה שסכמת ההפרדה המשולשת של מונטסקייה נהגתה "במטרה להגן על החירות... מפני משטר מלוכני", גם הוא קושר קשר אורגני בין הפרדת הרשויות לבין הדמוקרטיה. אותו הייחוס מובא באותו ההקשר ה"דמוקרטי" גם בספרם של אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל:

"ההפרדה של הסמכויות השלטוניות בין שלוש רשויות עיקריות – מחוקקת, מבצעת ושופטת – היא מאפיין מובהק של משטר דמוקרטי. במובנה הקלאסי, שביטוי המפורסם בתיאור של מונטסקייה את המשטר המדיני בבריטניה במאה השמונה-עשרה, עניינה של הפרדת הרשויות בפיזור הסמכויות השלטוניות בין כמה גורמים, הבולמים זה את זה מפני שימוש לרעה בכוחם."⁹⁸

96 זאב סגל דמוקרטיה ישראלית: עיקרים חוקתיים במשטר מדינת ישראל (1988) 50.

97 יצחק זמיר הסמכות המינהלית (כרך א, 1996) 65.

98 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (מהדורה שישית, כרך א, 2005) 127. הצדעה זו למונטסקייה משתמרת לכאורה בספרו של רובינשטיין מן המהדורה הראשונה, אולם בבחינה השוואתית של מהדורותיו השונות של הספר, מתגלה גם בעניין זה אותה התפתחות שאנו מוצאים בהן בעניין הפרדת הרשויות ככלל. בארבע המהדורות הראשונות כפוף האזכור של מונטסקייה לטענה שרעיון ההפרדה במשמעותו הקלאסית אינו מתגשם למעשה (רובינשטיין, לעיל הערה 93, מהדורה ראשונה בע' 134, מהדורה שנייה בע' 220, מהדורה שלישית בע' 225, מהדורה רביעית כרך א בע' 343). במהדורה החמישית, אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, 1996), שכבר נכתבה בשיתוף ברק מדינה, נשמט לראשונה הפתיח "...בישראל אין מתגשם למעשה רעיון הפרדת הרשויות במשמעותו הקלאסית", וייחוס האבהות על הרעיון למונטסקייה פותח את הצגת "עקרון

העובדה שהצגת העניינים בספרים הנידונים חוטאת להיסטוריה ואף לרעיון עצמו ביותר מנקודה משמעותית אחת אינה מעניינת אותנו כאן כשלעצמה.⁹⁹ השאלה המעניינת היא

הפרדת הרשויות במובנו המודרני" (שם, כרך א, בע' 330). במקום הקו השבור של המהדורות הקודמות בין הרעיון של הפרדת הרשויות לבין המשטר בישראל, מצטייר כאן קו רציף, אם כי מתפתח ומשנה כיוון, המוליך מן הניסוח הקלאסי של מונטסקייה אל המובן המודרני וממנו אל יישומו בישראל. בהתאמה לעיבוד החדש הזה נמחקת גם הטענה של המהדורות הראשונות בדבר "שליטתו הרבה של מרכז הכוח הפוליטי...[ה]יצרת מוקד כוח שקשה ליישבו עם תורת הפרדת הרשויות". במהדורה השישית, המצוטטת כאן, מגיע השינוי האמור לסגנונו המסקני במסגור אזכורו של מונטסקייה בתוך הצגת רעיון ההפרדה.

⁹⁹ השגיאות ההיסטוריות הרמוזות העיקריות הן: (א) תורת הפרדת הרשויות בווריאציות שונות התפתחה ורווחה בקרב המחברים הקהיליתנים בתקופת המהפכה האנגלית (ראו בעיקר: Vile, לעיל הערה 6, בפרק 2, ו-William B. Gwyn *The Meaning of the Separation of Powers: An Analysis of the Doctrine from the Origin to the Adoption of the United States Constitution* (New Orleans, 1965) chaps. 3–4). באותה תקופה הבחינו רוב רובם של הוגי תורת ההפרדה בין שתי רשויות בלבד – "מחוקקת" ו"מבצעת". הראשונים שדיברו על חלוקה משולשת המפרידה את השופטים מן "הרשות המבצעת" היו צ'ארלס דליסון (Dallison) וג'ורג' לוסון (Lawson), הראשון ב-1648 והשני ב-1657 (וראו: Vile, שם, בע' 36, 50–51, 60–61). לוק אינו יכול להיות אפוא אבי הרעיון, אלא לכל היותר רסטורטור שלו. אך, (ב), שאלת מעמדה של הפרדת הרשויות בתורתו של לוק שנויה במחלוקת, ובעיקרון הכף נוטה יותר לתשובה השלילית. כנגד דעתם החיובית של גוויין (Gwyn) (שם, פרק 5) ושל וייל (Vile) (שם, בע' 64 ואילך), המושפעת מהנושא המרכזי של ספריהם, עומדת הטענה של לסלט (Laslett), הבנויה על ניתוח תיאורטי של "המסכת השנייה", ולפיה "הקישור של לוק לדוקטרינה ההיסטורית של הפרדת הרשויות לא היה יכול כלל לנבוע מן התיאוריות... [המרכזיות של המסכת השנייה]", ראו: Peter Laslett "Introduction" in John Locke *Two Treatises of Government: A Critical Edition with an Introduction and Apparatus Criticus* (Peter Laslett ed., rev. ed., New York, 1989) 15–168, 130, וראו גם הסתייגותו של ארנסט ברקר (Barker) מיחס תורת ההפרדה ללוק, בתוך: Otto Gierke *Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800* (Ernst Barker trans., Cambridge, 1950) 357–358 note 127. שני פרשני לוק חשובים אחרים היכולים לשפוך אור על הסוגיה הם דאן (Dunn) *The Political Thought of John Locke: An Historical Account of the "Two Treatises of Government"* (Cambridge, 1969) 51 ו-יאן האריס (Harris) *The Mind of John Locke: A Study of Political Theory in its Intellectual Setting* (rev. ed., Cambridge, 1998) 241 ff. דרשני היא שאינם מתמקדים כלל ב"הפרדת הרשויות" (המונח גם אינו מיוצג באינדקס של שני הספרים), אלא מתייחסים אל החלוקה הלוקיאנית בין המחוקקת והמבצעת ואל העליונות של הראשונה לפי התפיסה הלוקיאנית של הסמכות השלטונית בכלל. וראו גם מייזלר, לעיל הערה 69, בע' 222 ואילך. (ג) "שתי המסכתות" נכתבו ואף הופצו כבר כ"סאמזידאט" בעילום שם לפני "המהפכה המהוללת", ועל כן אי-אפשר להציג את המסכת השנייה כ"רציונליזציה של מהפכה הזקוקה להגנה" אלא כ"דרישה למהפכה שיש לחולל" (ראו: Laslett, שם, בפרק 3 הציטטה בע' 60). (ד) בבחינתה בהקשר, "המהפכה המהוללת" לא חיזקה את הפרדת הרשויות, אלא דווקא החלישה אותה. גוויין (שם, בע' 89) אומר בתמצית ש"לאחר תחייתה של דוקטרינת הפרדת הרשויות סביב סוף המאה השבע עשרה, שוב פחת השימוש בה עד שהכרזתה המפורסמת מחדש על ידי מונטסקייה החזירה לה לשעה את הפופולריות הגדולה יותר [שנהנתה ממנה לפני כן]". בתקופה זו, מסבירים שני החוקרים, חזרה ונבלעה תורת הפרדת הרשויות כתורה השמרנית יותר של "הקונסטיטוציה המאוזנת" ואף של "הממשל המעורב", שממנה נתפרדה במחשבה

מדוע הפנייה ללוק ולמונטסקייה חשובה בהקשר הזה עד כדי כך שמותר להתעלם למענה מן העיוותים ההיסטוריים והתוכניים שהיא כרוכה בהם.¹⁰⁰ והתשובה היא שבהישען על האפולוגטיקה המסורתית של "הדמוקרטיה החוקתית" בגרסתה

הרפובליקנית הרדיקלית במאה השבע עשרה (ראו: Gwyn, שם, בע' 92 ואילך ו-Vile, שם, בע' 74 ואילך). מונטסקייה הפך את המגמה שנסתמה באנגליה במאה השמונה עשרה. "הוא נתן לחשיבות הפרדת הרשויות הדגשה שונה מאוד מזו שנתן לה מחבר אנגלי ראשי כלשהו מאז לוק. [בניגוד אליו,] עבור רוב ההוגים האנגלים הייתה הפרדת הרשויות בעיקרה היבט כפוף בתורתם הקונסטיטוציונית... חשוב פחות מן האזון הכולל של 'כוחות' הממשל" (Vile, שם, בע' 111). רק בהשפעתו של מונטסקייה שבה הפרדת הרשויות והתבייה לשעה בארץ הולדתה, ובעיקר הודות לבלקסטון (Blackstone), שאף שימש חוליה מקשרת בין מונטסקייה לבין השופט מרשל (שם, בע' 113 ואילך). אך גם אצל בלקסטון מדובר יותר בהצגת נאמנות לעיקרון, והניסיון לחזור ולהחיל אותו על שיטת הממשל האנגלית נראה כהפרעת עיכול אינטלקטואלית (ראו: William Blackstone *The Sovereignty of the Law: Selections from Blackstone's Commentaries on the Laws of England* (G. Jones ed., London, 1973) chap. 5 וכן המבוא מאת העורך, שם, בע' xi ואילך). כך או כך, שלא כבארצות הברית ובצרפת גם יחד, באנגליה נס ליחה של הפרדת הרשויות עם עלייתו של הפרלמנטריזם המודרני (Vile, שם, בע' 123 ואילך).

100 העיוות הרעיוני העיקרי הוא קביעת הזהות בין המושג "power" במשנתו של לוק (ובמסורת האנגלית בכלל) לבין המושג "pouvoir" במשנתו של מונטסקייה. ניתוח שיטתי של ההבדל בין השניים יחרוג במידה ניכרת מקיבולת הערה זו, אך אציג אותו בתמצית: המפתח לתפיסת ההבדל הזה נעוץ במושג הריבונות. במסכת השנייה של לוק אין הביטוי "ריבונות" מופיע ולו פעם אחת. היעדר זה אינו מקרי ומה שמסתתר מאחוריו הוא התפיסה האנגלית של הקהילייה המדינית. הקהילייה אינה קיימת אלא לאחר שכוננה באקט שהקים את "ראשה". ומסיבה זו, על פי תורת האמנה הלוקיאנית: "[I]n a Constituted Commonwealth... there can be but one Supream Power, which is the Legislative..." (Locke, שם, בע' 412-413). זאת משום שביעדר ישות קהילייתית מתמידה וטרנסצנדנטית לכל ה-"powers" הרי: "Members of a Commonwealth are united, and combined together into one coherent living Body. This is the Soul that gives Form, Life and Unity to the Commonwealth" (שם, בע' 455). ביסוד הסכמה של מונטסקייה, לעומת זאת, מפעמת מסורת חשיבה צרפתית עמוקה שורשים. לעומת ה-"one supream power" ההכרחי בסכמה של לוק בתור "הנשמה המקנה לקהילייה צורה, חיים ואחדות", הסכמה הקונסטיטוציונית של מונטסקייה, הטבועה בדימויי המסורת הזו, גם אינה זקוקה לגורם כזה וגם אינה מאפשרת את קיומו. היא מניחה חרישית את ריבונות המדינה כהווייה מתמדת שקיומה הבלתי תלוי קודם לכל קונסטיטוציה וממשיך דרכה ולאחריה. כל ה-"pouvoirs" המוגדרים בקונסטיטוציה כלשהי נאצלים מן הריבונות המתמדת הזאת. אך גם היא אינה הישות הקמאית ממש, כי אם מניפסטציה של ישות מעמקים טמורה המתגלה דרכה כמו גם דרך תופעות אחרות. הישות הקמאית נתפסת כאישיות קיבוצית מיסטית של ממש — "une, indivisible, imprescriptible et inaliénable" — שהחוקה הצרפתית משנת 1791 זיהתה אותה בדיעבד עם "la Nation". זו לא הייתה מכל מקום אלא הגלגול המודרני של הדימוי עתיק היומין של האישיות הקיבוצית הטרנסצנדנטית "la France", שהותאם למציאות החילונית והרפובליקנית שלאחר המהפכה. אישיות מיסטית זו קודמת אפוא אף למדינה עצמה, וממילא לכל הכוחות החולקים את השלטון בפועל. את הדימוי הרב-רובדי הזה גרר מונטסקייה אל תשתית התיאור של "הקונסטיטוציה של אנגליה", ועל כן, חרף הריכוך והעימום של הריבונות באמצעות חלוקת פועלה בין ה-"pouvoirs" שבאמצעותם היא מתממשת, שמכוון בעיקר נגד האבסולוטיזם הבורבוני, בביטוי הזה אין הוא מתכוון ל"ר(א)שויות שלטוניות", במשמעות

האמריקנית, ומאותם הטעמים עצמם, גם הדידקטיקה הקונסטיטוציונית הנוכחית בישראל שואפת לשדך את הפרדת הרשויות לרפובליקה הפרלמנטרית אף ששני הרעיונות האלה מייצגים שני שלבים שונים בהתפתחות תורת המדינה המודרנית ואינם עולים בקנה אחד.¹⁰¹ את הבעייתיות של השידוך הזה מבקשת האפולוגטיקה של "הדמוקרטיה החוקתית" להסתיר, והדידקטיקה הקונסטיטוציונית הישראלית הולכת שבי אחריה בכלי דעת. מגילת היוחסין הלוקיאנית מקנה לה את הבסיס ההיסטורי-רעיוני של שלטון הרוב הדמוקרטי, אך הבסיס הזה מקהה את שרידי מסורת ההפרדה הדו-משמעיים בתורתו של לוק עצמו. האבהות המונטסקייאנית מורשה לה את תורת ההפרדה המשולשת, אך יסודה של מורשת זו מנוכר לדמוקרטיה, ומשהדמוקרטיה הפכה לעובדה, זכתה ההפרדה המשולשת להדגשה מיוחדת דווקא בשל – וכנגד – העובדה הזו.¹⁰² הטלת שני המקורות האלה זה על זה מחדירה לכל אחד מהם את האלמנט הדרוש החסר בו והנמצא במשנהו, עד שהשניים מתמזגים בדיעבד למכלול השעטנזי המשותף הדרוש לקונספציה של "הדמוקרטיה החוקתית".

5.ג. זוהי בדיוק כוונת הדידקטיקה הקונסטיטוציונית הישראלית דהאידינא. היא מבקשת ליצוק את הפרדת הרשויות המשולשת אל תוך ליבת הדמוקרטיה ולעצב לאורה למפרע את תכונותיו של המשטר הפרלמנטרי בישראל על פי שאיפותיה. התכלית הנסתר של המהלך המתעתע הזה מובנית בו עצמו. סגל אומר:

המקובלת של המונח "powers" באנגליה, אלא אך ורק לכוחות שלטוניים. ממילא הכוחות האלה אינם ראשוניים, אלא אך ורק שניוניים, ומעבר להם מוסיפות להתקיים המדינה הריבונית והישות הטמירה המולידה אותה, שמשתייך יונקים הכוחות את קיומם.

101 על הניגוד בין תורתו של מונטסקייה לבין הדמוקרטיה, ראו דבריו של קארה דה מלברג לעיל טקסט נלווה להערה 37 וכן מייזלר, לעיל הערה 69, בע' 261 ואילך. על מקומה הבעייתי של "הפרדת הרשויות" בתורת האמנה הלוקיאנית ראו לעיל הערות 99–100, וכן מייזלר, שם, בע' 222 ואילך.

102 על תפקידה של "הפרדת הרשויות" במהלך ה"תרמידור" של בלימת הדמוקרטיה המהפכנית באספה החוקתית של פילדלפיה, ראו מייזלר, לעיל הערה 69, בע' 261–262, ו-328 ואילך. נקודה שיש להדגיש כאן היא שבזמן המהפכה האמריקנית הייתה "הפרדת הרשויות" בבחינת "שיבולת" שהבדילה בין שמרנים, כגון אדמס, לבין רדיקלים, כתומס פיין (ראו: John Ch. Miller *Alexander Hamilton and the Growth of the New Nation* (New York, 1959) 49 (f.). בפרספקטיבה רחבה יותר מסביר יהושע אריאלי "המהפכה האמריקנית והמהפכה הצרפתית בראייה הדדית" המהפכה הצרפתית ורישומה: קובץ מאמרים (ירחמיאל כהן עורך, 1991) 37–69, במיוחד 45 ו-49 ואילך, שעל העיקרון הזה, לצד מרכיבים אחרים של שיטת האיזונים והבלמים ומנגנוני הגבלה חוקיים ומשפטיים לסמכות "הרשות המחוקקת" הייצוגית, נחלקו שתי המגמות הפוליטיות-אידאולוגיות הראשיות שנולדו בעולמה של הנאורות – "תפיסת עולם רציונליסטית רדיקלית" וכנגדה "תפיסת עולם רפובליקנית שמרנית", ודובריה של התפיסה הראשונה, כטירגו (Turgot) וקונדורסה (Condorcet), ראו בקומפלקס הזה פגיעה בעקרונות ריבונית העם. אין צורך לומר שבפילדלפיה, ועוד יותר מכך במשפט החוקתי שצמח בארצות הברית לאחריה, גברה המגמה השנייה על הראשונה.

"משטר הפרדת הרשויות הקיים בישראל מבטא משטר של הפרדת רשויות גמישה, המאפיינת את המשטר הפרלמנטרי... התוויית התחומים הנפרדת, בצד איזון ובקרה הדדיים, יחד עם קיומה של ביקורת שיפוטית, הם שנועדו להבטיח את קיומה של דמוקרטיה מהותית אמיתית."¹⁰³

אף אם זו לעת עתה נקודה חסרת פשר ברור, אי-אפשר להתעלם מן הכפילות התמוהה המקופלת בטענה: בעודה מדברת, מצד אחד, על "בקרה הדדית" בין שלוש הרשויות, ובכללן כמשתמע גם "הרשות השופטת", היא מוסיפה על הבקרה הזאת, מצד אחר, גם את "קיומה של ביקורת שיפוטית". בתוספת זו היא מעניקה במובלע ל"רשות השופטת" פרוגטיבה ביקורתית ביחס לשתי הרשויות אחרות, שכמותה אינה מעניקה להן ביחס אליה. הענקת הפרווגטיבה הביקורתית הזאת מקבלת משמעות עקרונית כשאנו מוצאים אותה שוב באותה יציקה "דמוקרטית" של הפרדת הרשויות הן אצל זמיר והן אצל רובינשטיין ומדינה. אצל זמיר שתי התמות מופיעות תוך הפרדה מסוימת. על הזיקה בין הפרדת הרשויות והדמוקרטיה הוא אומר:

"תורת הדמוקרטיה מובילה הישר אל התורה של הפרדת הרשויות... הדמוקרטיה, שתכליתה לשרת את האדם, אמורה להבטיח, בראש ובראשונה, את חירות האדם. הסכנה העיקרית לחירות נובעת מן השלטון. תריס בפני סכנה זאת הוא פיצול כוחו של השלטון, כדי להחלישו, בדרך של חלוקת הכוח בין רשויות אחדות.... מדינת ישראל עיצבה לעצמה מערכת מיוחדת של בלמים ואיזונים. באופן עקרוני, היא קיבלה את התורה של הפרדת הרשויות, במובן של חלוקת הסמכויות בין רשויות שונות: הכנסת עוסקת בעיקר בחקיקה; הממשלה וגופים אחרים של המינהל הציבורי עוסקים בעיקר בביצוע החוקים; ובתי המשפט עוסקים בעיקר בשפיטה."¹⁰⁴

103 סגל, לעיל הערה 96, בע' 62.

104 זמיר, לעיל הערה 97, בע' 65, 67-68. לא אכנס כאן לדיון במגמת הדה-פוליטיזציה של ה"דמוקרטיה", המפעמת בדבריו של זמיר כפי שהיא מפעמת בחוקתנות בת זמננו בכלל. אבל אי-אפשר להתעלם מגימוד מעמדה הנורמטיבי של הממשלה הקשור קשר אמיץ לעמדה זו. היא מוכללת בתחום המנהלי יחד עם "גופים אחרים של המינהל הציבורי" ובלא כל התייחסות להיררכיה השלטונית המוציאה אותה מהתחום הזה, ופעולתה העיקרית מאופיינת כ"ביצוע חוקים". כל עוד חל האפיון הזה על המנהל בכללו, אפשר אולי לעצום עין לנוכח המרחק העצום בין הריאליה השלטונית לבין אופן התיאור שלה הכפוי על ידי האנכרוניזם של תורת הפרדה. אבל זמיר עצמו (שם, בע' 327) מבחין בצדק בין הממשלה במובן הקבינטי המצומצם של חוק יסוד: הממשלה לבין הממשלה במובן הרחב של הקומפלקס השלם "הכולל את כל משרדי הממשלה ובהם רשויות מינהליות רבות והרבה עובדי מדינה". אפיון תפקודו ופעולתו של הגוף היוזם והמוליך את המדיניות הלאומית (ובכללה גם את החקיקה הדרושה) כ"ביצוע חוקים" הוא פשוט מגוחך, אלא אם כן נגיד שכל החוקים מצטמצמים לחוק האחד של "salus populi".

אלא שבנקודה זו מתבדל מתווה התיאור של זמיר מזה של סגל, פונה להבלטת השחיקה של הפרדת הרשויות במבנה השלטוני בישראל ומונה את סיבותיה (כוחה הרב של הממשלה, מרחב הפעולה שלה ושליטתה המעשית בכנסת, כמו גם היעדר חוקה מגבילה, מוסד מחוקק חד-ביתי, בחירות מפלגתיות יחסיות ארציות והיעדר "תרבות פוליטית של אחריות אישית").¹⁰⁵ במצב הזה, הוא כתב, "החסר במערכת הבלמים והאיזונים נתמלא במידה מסויימת על ידי מוסדות אחדים, שהתפתחו כאילו מעצמם כדי להדק את הביקורת על המינהל הציבורי".¹⁰⁶ נוסף על התקשורת (כלום אין התקשורת בארצות אחרות ממלאת את אותו התפקיד?) נודע בארץ מקום מיוחד למוסדות היועץ המשפטי לממשלה ומבקר המדינה, ש"קיבלו על עצמם תפקידים של ביקורת על המינהל הציבורי באופן ובמידה שאינם מקובלים במוסדות מקבילים במדינות אחרות".¹⁰⁷ ובנקודה זו הגיע זמיר לקישור בין הביקורת השיפוטית, הפרדת הרשויות והדמוקרטיה ה"מהותית":

"מעל כל [מנגנוני הביקורת] אלה ניצב בית המשפט העליון, המפעיל ביקורת שיפוטית על המינהל הציבורי... [ו]בעקבות חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, גם על הרשות המחוקקת... הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי היא פועל יוצא מעקרונות היסוד של מדינה דמוקרטית. היא נובעת, קודם כל, מן התורה של הפרדת הרשויות במובן המודרני של בלמים ואיזונים..."¹⁰⁸

גם במתווה השונה הזה אנו מגיעים אפוא לבסוף לאותה פרוגטיבה ביקורתית חד-סטרית של "הרשות השופטת" כלפי שתי ה"רשויות" האחרות. ואת אותה התזה נמצא גם אצל רובינשטיין ומדינה כנקודת ההגעה של תהליך שהפך את פניו. תיאור "הפרדת הרשויות" השולט בשלוש המהדורות הראשונות של המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל קיבל תפנית ניכרת כבר במהדורה הרביעית שלו.¹⁰⁹ לאחר שפרש את מקרי התערבותו היותר ויותר אקטיביסטית של בג"ץ בענייניה הפנימיים של הכנסת בשנות השמונים,¹¹⁰ הציג שם רובינשטיין את המחלוקת שניטשה אז בעניינה הן בבית המשפט והן במערכת הפוליטית וכתב:

105 שם, בע' 69.

106 שם, בע' 70.

107 שם, שם.

108 שם, בע' 71–70.

109 ראו להלן הערות 123 ו-124.

110 ההתערבות המדוברת נבעה מן השינוי הרדיקלי בתפיסה של בית המשפט את תפקידו וסמכויותיו משנות השמונים ואילך. השינוי הזה אמנם קשור קשר הדוק לנושא המאמר הזה, אך אינו חלק ממנו. למותר לציין שבספרות המחקר המשפטית נכתבו עליו דברים לא מעטים, ולצאת ידי חובה אזכיר כאן שניים: מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" אקטיביזם שיפוטי (אריאל פורת עורך, 1993) 33–126 (וראו גם מאוטנר משפט ותרבות בישראל,

"את הפולמוס הזה אפשר לראות גם באספקלריה של הפרדת הרשויות: האם הפרדת הרשויות, המוכרת באורח כללי בפסיקה כעיקרון מנחה, מחייבת הינזרות משפטית מהתערבות בהליכי הכנסת? או שמא בשל רעיון 'הבלמים והאיזונים', הגלום בהפרדת הרשויות, מחייבת היא דווקא התערבות מסוג זה?"¹¹¹

השאלה חלה אפוא על תקפותה של אותה פררוגטיבה ביקורתית של בית המשפט כלפי הכנסת שהסתננה כבר לדבריו של סגל המצוטטים לעיל. תהיה התשובה אשר תהיה, עצם קיומה של השאלה (ושל הפרקטיקה השיפוטית המהווה את הרקע שלה) סותר את התיאור של יחסי שני המוסדות הנמצא במהדורות הקודמות של המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל. ואף על פי שהשאלה עדיין חלה כאן רק על ההליכים של פעולת הכנסת ולא על חקיקה, תשובתה של המהדורה הזו עודה מהוססת.¹¹² עמדה זו השתנתה במהדורה החמישית של הספר, שנכתבה כבר בשותפות עם ברק מדינה לאחר "המהפכה החוקתית". במהדורה הזאת התרחבה השאלה גם לביקורת שיפוטית על חקיקה, ואף על פי כן התשובה עליה היא כבר חד-משמעית לגמרי וספוגה ברוחו של השופט ברק:

"באיזון שבין הרשויות השונות נודע תפקיד מרכזי לרשות השופטת, המפקחת על פעילותן של הרשויות המחוקקת והמבצעת, בקיום שלטון החוק, על מובניו השונים... קיומה של הביקורת השיפוטית על הרשויות האחרות הנה מאבני היסוד של המשטר."¹¹³

בהבדל מן האקטיביזם שקדם ל"מהפכה החוקתית", האקטיביזם החוקתני שצמח עמה כבר נשען על לגיטימציה פסאודו-דמוקרטית "מהותית", שלפיה

"... בהינתן ההכרה בסמכות מכווננת, הביקורת השיפוטית בהקשר זה מגשימה את שלטון החוק... צומחת מעקרון הפרדת הרשויות... [ו]מגשימה את ערכי הדמוקרטיה."¹¹⁴

לעיל הערה 92, פרקים 5 ו-6; יהושע שגב "בג"ץ בשירות הצדק: על המסורת ואובדנה" המשפט יב (תשס"ז) 439–483, במיוחד 464 ואילך.

111 רובינשטיין, לעיל הערה 93, מהדורה רביעית כרך א בע' 163. שאלה קצת חמקמקה היא מאימתי "מוכרת הפרדת הרשויות בפסיקה כעיקרון מנחה". עוד ב-1980 חזר רובינשטיין וציטט כתנא דמסייע להלכת "ריבונות הכנסת" את פסוקו של השופט ברנזון: "נעלה מכל ספק שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית..." (רובינשטיין, שם, מהדורה שלישית בע' 81). עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם תורת הפרדת הרשויות.

112 ראו שם, בע' 358–359.

113 רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 98, מהדורה חמישית כרך א בע' 347.

114 שם, בע' 412, וראו באופן כללי יותר שם, בע' 410–418. לביקורת המהלך האידיאולוגי הזה במהדורה השישית, ראו מיזלר, לעיל הערה 69, בע' 174–178.

כל המהלך הרוויזיוניסטי הזה התנקז לבסוף בהמשפט החוקתי של מדינת ישראל (המהדורה השישית של הספר) לעמדה אורתודוקסית חדשה ומכלילה:

"ההפרדה של הסמכויות השלטוניות בין שלוש רשויות עיקריות – מחוקקת, מבצעת ושופטת – היא מאפיין מובהק של משטר דמוקרטי... עיקרון זה הוא אבן היסוד של חוקת ארצות-הברית ושל המשטרים הדמוקרטיים המודרניים... הסמכות להכריע בסכסוכים באשר לאופן הפעלת סמכויותיהן של הרשויות האחרות מסורה לרשות השופטת."¹¹⁵

ואכן, בגרסה זו הנימוק להענקת הפרוגטיבה הביקורתית לבית המשפט הוא כבר מפורש יותר: "האבחנה היסודית היא בין הפעלת סמכויות בדרך 'פוליטית'... לבין הפעלת סמכויות בדרך 'שאינה פוליטית' (impartial), המאפיינת את הרשות השופטת..."¹¹⁶ והמרצע יוצא כל כולו מן השק בספרו של ברק שופט בחברה דמוקרטית, הרוותם את הדידקטיקה בשירות הפובליציסטיקה. בפרק על "דמוקרטיה והפרדת רשויות" הוא מכתיר את הפרדת הרשויות כ"עמוד השדרה" של הדמוקרטיה.¹¹⁷ ההמשך הוא דו-משמעי כביכול, אך חד-משמעי לגמרי לאמיתו של דבר:

"שלוש הרשויות השלטוניות [בישראל!] הן שוות מעמד. שלושן יונקות [את] כוחן מחוקי היסוד, אשר מצדם יונקים [את] כוחם מהעם... הכנסת... היא הראשונה בין השוות. המייחד אותה הוא שהיא נבחרת במישורן על ידי העם; בידה גם הסמכות לקבוע את המשפט במדינה. בכפוף למגבלות חוקתיות רק הכנסת יכולה לשנות את הגבולות בין הרשויות השונות... [אולם] בידה [של הרשות השופטת] הסמכות לקבוע אם השימוש שעושות הרשויות האחרות בסמכויותיהן הוא כדין... [אמנם], הכנסת יכולה לשנות את כללי המשחק, אך היא חייבת לעשות כן במסגרת חוקי היסוד.... [ו]פרשנותם המחייבת של חוקי היסוד אינה נתונה לכנסת אלא לבתי המשפט."¹¹⁸ [ההדגשה שלי – י' מ']

על המשמעות המעשית של סמכות הפירוש האולטימטיבית שברק תובע כאן לבית המשפט אמר כבר בישוף אנגלי בראשית המאה השמונה עשרה:

"Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken

115 רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 98, מהדורה שישית כרך א בע' 127.
 116 שם, בע' 127-128. המחברים מוסיפים שהדרך "שאינה פוליטית" "מאפיינת במידה רבה גם את הרשות המבצעת", אך ככל שהדרך ה"פוליטית" מובנת בצורה רצינית כלשהי, הטענה לא נכונה בעליל גם באשר ל"רשות השופטת", וקל וחומר ל"רשות המבצעת", שמכל מקום אין מוענקת לה פרוגטיבה ביקורתית מקבילה.
 117 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004) 104.
 118 שם, בע' 104-105.

laws, it is he who is truly the lawgiver... and not the person who first wrote or spoke them."¹¹⁹

וכך, בניגוד לעקרון הפרדת הרשויות, שעל פיו, כדברי ברק, "בית המשפט מוסמך לפרש את החוקה, אך הוא אינו מוסמך לכונן חוקה"¹²⁰, בפועל הוא אכן מכונן אותה. מכוח סמכותו האולטימטיבית "לפרש" את החוקה, הוא יוצר חוקה כובלת מן האין, ומיניה וביה הוא מעניק לעצמו את הסמכות הנגזרת "לשנות את הגבולות בין הרשויות השונות", ובעיקר את גבולותיו שלו, ובתוקף הסמכות הבדויה הזאת הוא מכפיף את הכנסת "למגבלות חוקתיות" שמקורן היחיד הוא "פרשנותו" החוקתית שלו עצמו, אף על פי שלמראית עין "רק" הכנסת יכולה לשנות את כללי המשחק.¹²¹

ג.6. שלוש הדוגמאות הנידונות לעיל – דמוקרטיה ישראלית של סגל, המשפט החוקתי של מדינת ישראל של רובינשטיין ומדינה, ו-שופט בחברה דמוקרטית של ברק¹²² – כורכות אפוא יחד שתי טענות, שברמה הגלויה של הטקסט האחת

119 מצוטט אצל James B. Thayer "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law" 7 *Harv. L. Rev.* (1893) 129, 152. לעומת ההתחמקות הישראלית מן המסקנה הזאת של התורה החוקתנית, היא חוזרת בווריאציות שונות הן מפי שופטים עליונים והן מפי חוקתנים אחרים גם בארצות הברית וגם בארצות אחרות. כבר ב-1908 אמר צ'רלס אוונס יוו, לימים נשיא בית המשפט העליון של ארצות הברית: "We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is..." Edward S. Corwin: *Constitutional Revolution, Ltd.* (Claremont, Cal., rev. ed., 1946) 64 דברים דומים, אך בשלילה של הסמכות הסובייקטיביסטית הזאת, אמר גם נשיא לשעבר של בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה: "מי ששולט ב[מובן של] סדר הערכים [המיוחס לחוקה] שולט בחוקה". מצוטט אצל: Donald P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham & London, 2nd ed., 1997) 313 בניסוח ציני נהוג להציג אותה במילות הדיאלוג בין אליס להמפטי דמפטי ב"אליס בארץ המראות": "When I use a word", said Humpty Dumpty..., "it means just what I choose it to mean..." "The question is", said Alice, "whether you can make words mean so many different things". "The question is", said Humpty Dumpty, "who is to be master — that's all" Ran Hirschl *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge Mass., 2004) 50 וכך: מוריאל מטלון "אג'נדה לשופט עליון מתחיל" דה מארקר (26.06.07) בע' 5.

120 ברק, לעיל הערה 117, בע' 105.

121 לביקורת הדוקטרינה, ראו: מייזלר, לעיל הערה 69, בע' 149–158.

122 אני מדלג כאן על ספרו של זמיר הסמכות המינהלית, לעיל הערה 97, משום שהצגת הפרדת הרשויות שלו היא דר-משמעית יותר מזו של המחברים האחרים ומשקפת בו בזמן את שני הפנים הסותרים של האידאולוגיה החוקתנית החדשה מזה ושל ההכרה המוקדמת יותר באי-ההתאמה של התורה הן למציאות המודרנית בכלל והן למשטר הישראלי בפרט מזה. זמיר פותח את ספרו בפרק על "המדינה המינהלית" ואף קובע ש"המעורבות העמוקה של המינהל בפעילות היומיומית של כל אדם נושאת אופי של מהפיכה", שבעקבותיה "המדינה, בשלהי המאה העשרים, שונה בתכלית מן המדינה במאה הקודמת" (שם, בע' 31 ואילך), וכשהוא מדבר

מהן היא הטענה הראשית והאחרת משלימה אותה כטענה משנית. הטענה הראשית היא שעקרון הפרדת הרשויות הוא מכונן חיוני של "הדמוקרטיה המהותית". הטענה המשנית היא שבמסגרת זו יש ל"רשות השופטת" פרוגרטיבה ייחודית להתערב בהחלטות של שתי הרשויות האחרות. באשר לטענה הראשית, שלוש הדוגמאות אינן לכאורה אלא וריאציות מקבילות שלה. אולם באשר לטענה המשנית, שלוש הדוגמאות מתגלות כביטויים המייצגים תחנות שונות על ציר התפתחותי. כדי לעמוד על קיומו של הציר הזה, צריך להציב את שלושת הביטויים כנגד הרקע של דבריהם הנזכרים של קלינגהופר, בן-פורת, אקצין ורובינשטיין במהדורות המוקדמות של המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל. חיבורים אלה נכתבו בתקופת "ריבונות הכנסת", ולפיכך עודם מברלים בהפחתה את מעמדה של "הרשות השופטת" ביחס לשתי האחרות. רובינשטיין המוקדם כתב:

"אחד הכללים עליו מצווים בתי המשפט הוא שלא להתערב בתחום אשר מטבעו מסור הוא בידי המינהל. כך התפתח הכלל שאין בית המשפט מתערב בשאלה של מדיניות ממשלתית, אלא יצטמצם בבדיקת חוקיות ביצועה של מדיניות זו. כלל זה... מבטא את רתיעת בית המשפט מפלישה לתחומה של הרשות המבצעת."¹²³

על הפרדת הרשויות בישראל, הוא מסייג שהיא נשחקה במידה רבה, "בעיקר לגבי הרשות המבצעת" היות ש"הממשלה מרכזת בידיה כוח עצום" (שם, בע' 68).
 123 רובינשטיין, לעיל הערה 93, מהדורה ראשונה בע' 140 (וכן שם, במהדורה השנייה, בע' 230, ושם, במהדורה השלישית, בע' 235). הטענה אמנם חוזרת גם במהדורה הרביעית (שם, מהדורה רביעית כרך א בע' 355–356), אך לצדה כבר מסתמנת הסחיפה האקטיביסטית של הכלל הקודם (ראו שם, בע' 357–359). בעיקר תוך הסתמכות על דברי השופט ברק בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441. על גזרת ההתערבות הבג"צית בהחלטות מנהליות אליבא דקלינגהופר, ועל הקריטריונים לביקורת כזו, ראו ניתוחו המפורט בקלינגהופר, לעיל הערה 79, פרקים 11 ו-12. בגזרה זו אין להעלות כלל על הדעת התערבות בתכניה של מדיניות כללית בתחום הנתון כדין בסמכותה של הרשות המנהלית. לגישתו של אקצין, ראו: אקצין, לעיל הערה 90, כרך ראשון פרק 24. גם בנקודה זו אפשר להסתייג, וביותר מבהיבט אחד, בהצעת החוקה שלו מ-1965. חקיקת הכנסת אמנם כפופה לחוקה (אקצין, לעיל הערה 91, בע' 193), אך החוקה עצמה היא פרי פעולתה של הכנסת כ"רשות מכוננת", ואישורה דורש רוב של 72 (או אף 80) מחבריה (סעיף 110, שם, בע' 217). החוקה עשויה להצריך ביקורת חוקתית על חוקים, ולשם כך יש לפנות לבית המשפט העליון (סעיף 57, שם, בע' 200). אולם ראשית, רק גופים שלטוניים רשאים להפנות אליו את הבקשה לבדיקת החוקתיות של חוק; שנית, זוהי בקשה "לתת חוות-דעת", בהבדל מפסיקת (אי-)חוקתיות; שלישית, זוהי חוות דעת מקדמית שתינתן לפני פרסומו של החוק; רביעית, במקרה שחוות הדעת מוצאת סתירה בין החוק לחוקה, "הצעת-החוק תוחזר לדיון מחודש בכנסת". בדומה לכך כשבהליך משפטי נמצא שחוק שהפסיקה תלויה בו סותר את החוקה, נשיא בית המשפט העליון יעביר את הממצא ליו"ר הכנסת לשם עריכת "דיון בכנסת או באחת מוועדותיה על הצורך בחקיקה לאור הממצא" (סעיף 103, שם, בע' 214–215). נמצא אפוא שגם במישור החוקתי הכנסת היא התחנה האחרונה של ההליך הביקורתי האחד.

ומה שנכון לעניין "הרשות המבצעת" נכון קל וחומר לעניין "הרשות המחוקקת".¹²⁴ כנגד זאת אצל סגל, שכתב בתקופת הביניים שבין "עליית הערכים" בהלכה הפרשנית של בג"ץ לבין "המהפכה החוקתית", יחסי הכנסת ובית המשפט כבר מצטיירים באופן דרמטי. מן הצד האחד, עדיין, "בית המשפט לא יתנשא על עושהו המחוקק... [ו]יכבד את עקרון ריבונות הכנסת וייתן תוקף לחוקיה, יהא תוכנם אשר יהיה",¹²⁵ אך מן הצד האחר, כבר, אף על פי ש"בית המשפט כפוף, אמנם, לחקיקתה של הכנסת... זאת הותירה בידי המערכת השיפוטית סמכויות רחבות ביותר לפקח על פעולתן של שתי הרשויות האחרות".¹²⁶ מגמה זו מגיעה לנקודת ההיפוך של מעלות הסמכות בהמשפט החוקתי של מדינת ישראל של רובינשטיין ומדינה, שאכן כבר הופך על פיה את ההצגה הקודמת של היחסים בין בית המשפט לבין "עושהו המחוקק". בפרישת הדיון בהפרדת הרשויות הם מקדימים את תת-הפרק על "מעמדה של הרשות השופטת" לתת-הפרק על "חלוקת הסמכויות בין הכנסת לבין בית המשפט", כמתכוונים לומר שהרשות השופטת היא ראשונה בין שוות, והמשמעות הנסותרת הזאת מתגלה בתת-הפרק עצמו, הנפתח במשפט: "הרשות השופטת אמונה על אכיפת המגבלות המוטלות על רשויות השלטון".¹²⁷ כלום יש סמכות חקיקה גבוהה מסמכות הווטו הזו? אך המחברים ממשיכים ומסבירים שמעמד העל הזה נובע בהכרח מן הצורך להתעלות מעל השיקולים הצרים של המערכת הפוליטית כדי (בין היתר) "ליישם את החוקה ולהשלים

124 רובינשטיין, לעיל הערה 93, מהדורה ראשונה בע' 57 ואילך, שם, מהדורה שנייה בע' 73 ואילך, שם, מהדורה שלישית, בע' 81 ואילך. השינוי במהדורה הרביעית ניכר תחילה בחלוקת הפרק על "ריבונות הכנסת" לפרקי משנה. בהבדל מן המהדורות הקודמות, כותרתו של פרק המשנה הראשון היא "עקרון ריבונות המחוקק וסייגיו" (שם, מהדורה רביעית כרך א בע' 135), משמע לא עוד הכנסת כ"בית נבחרים" בכללותו "ריבונית", אלא רק הכנסת כ"רשות מחוקקת", ואף ל"ריבונות" הזאת יש סייגים. שני פרקי המשנה הנוספים מבחינים בין "התערבות בתי המשפט בהליכי הכנסת" על פי "הגישה המסורתית" (שם, בע' 142 ואילך), שאינה אלא הגישה המוצגת כבלעדית בשלוש המהדורות הקודמות, ועל פי "הגישה האקטיביסטית" (שם, בע' 145 ואילך), הזוכה לדיון נרחב ומפורט הרבה יותר. בגישה זו, מראשית שנות השמונים ואילך, מדגיש רובינשטיין, "נפרצה... [בהלכה בעניין שריד] פירצה רחבה, ודרכה עתיד היה בית המשפט לשנות סדרי עולם ולהנהיג... רמה כזו של מעורבות בענייני הפרלמנט שאין לה דומה בשום שיטה משפטית אחרת" (שם, בע' 145). עיקרו של החידוש המתעצם הזה הוא בכך, ש"נקודת המוצא העקרונית היא, כי בידי בית המשפט הגבוה לצדק סמכות לביקורת שיפוטית על הליכים פנים-פרלמנטריים" (שם, בע' 147 וה"ש 54). במהדורה החמישית (רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 98, מהדורה חמישית), כבר משתנה כותרת הפרק מ"ריבונות הכנסת" ל"ריבונות הכנסת ומגבלותיה" (שם, מהדורה חמישית כרך א בע' 409), והכנסת כ"רשות מחוקקת" כפופה לחוקה שהיא אוכפת על עצמה כ"רשות מכוונת" (ושסמכות הפירוש שלה נתונה כמובן לבית המשפט). במהדורה השישית (רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 98, מהדורה שישית) כבר נמוגה "ריבונות הכנסת" כליל.

125 סגל, לעיל הערה 96, בע' 67.

126 שם, בע' 57.

127 רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 98, מהדורה שישית כרך א בע' 129.

בה חסרים".¹²⁸ ובדבריו של ברק המצוטטים לעיל¹²⁹ כבר מתגלה הגורם השלטוני המוביל את ההתפתחות הזאת ומתעל אותה להעצמת כוחו השלטוני. לאור זאת אנו יכולים לקבוע עתה שלעומת רמת הטקסט של הדוגמאות המצוטטות, ברמת הסבטקסט שלהן דווקא הטענה בדבר הפררוגטיבה של "הרשות השופטת" היא הטענה הראשית, ואילו הטענה בדבר חשיבותה הדמוקרטית של הפרדת הרשויות היא הטענה המשנית, ולאמיתו של דבר אינה אלא כלי שרת של הטענה הראשונה.

ג.7. התפתחותה של הדיקטיקה הקונסטיטוציונית בישראל, שתוארה לעיל, מלמדת על המגמתיות הסמויה המפעמת תחת המגמה הרעיונית הגלויה שהיא מבטאת. החיאתה של תורת הפרדת הרשויות משמשת אותה כמסווה לשדרוג מתקדם של מעמדו השלטוני של בית המשפט על חשבון המערכת הפוליטית. כמה משפטים של השופט חיים כהן ז"ל יחשפו את המגמתיות הנטענת בלא להותיר כל ספק:

"[1] אי-תלות השופטים מקורה בתורת הפרדת-הרשויות שנוסחה לראשונה בידי מונטסקייה במאה הי"ח... תורתו היתה שחירות הפרט אינה אלא אשליה בעלמא או מצג-שווא, כל עוד מרוכז כוח השלטון בידי רשות אחת. על-כן יש להפריד בין רשויות החקיקה, הממשל והשפיטה ולחלק את הכוח בין שלושתן, *וכפרט 'לא תהא קיימת חירות אם כוח השפיטה לא יופרד הפרדה גמורה מכוח הממשל והחקיקה'*.^[130]

[2] אם 'הפרדה' פירושה שרשות אחת לא תסיג את גבולה של רשות אחרת... כי אז אין ההפרדה עוד אלא אשליה בעלמא. ניטשטשו התחומים... כשם שלתורת הפרדת הרשויות לא נשאר עניין לתפקידיהן [של הרשויות], כך לא נשאר בה – לכאורה – עניין לבעליהן... *השריד שנותר לפליטה מתורת-ההפרדה הוא אי-תלות השופטים... מעין שמורת-טבע הם שצריך לשמור עליה מכל משמר למען שלטון המשפט*.^[131]

[3] על שלושה דברים עומד שלטון המשפט: על כפיפות המדינה למשפט, על אי-תלות השופטים וכוח כפייתם ועל קדושת חיי הפרט וחירותו.^[132]

[4] ... 'שלטון המשפט' מחייב לא רק את כפיפות הממשלה, כי אם כפיפות המדינה – כולל המחוקק – למשפט.^[133]

[5] ... שלטון המשפט עומד על אי-תלותם של השופטים ועל כוח הכפייה שבידיהם.

128 שם, שם.

129 ראו לעיל טקסט נלווה להערה 118.

130 כהן, לעיל הערה 88, בע' 147.

131 שם, בע' 147-148.

132 שם, בע' 144.

133 שם, בע' 151.

בא־תלות בלבד לא סגי, והפסיקה האמיצה ביותר לא תועיל אם אין בצידה כוח כפייה.^[134]

[6] ... כפיפות המדינה למשפט אינה דווקא בשטח החוקים החקוקים, כי אם גם בתחום המשפט הבלתי־כתוב... כפיפותה המעשית של המדינה לשיפוט בתי המשפט היא המעידה על כפיפותה למשפט...¹³⁵

[ההדגשות שלי – י' מ']

שלא כשותפיו לרעיון אומר אפוא כהן בגילוי לב שככל שתורת הפרדת הרשויות מתיימרת להיות סכמת תיאור קונסטיטוציונית של המדינה המודרנית, אבד עליה הכלח. אך אף על פי כן, הוא מדגיש, "ה'תורה' עצמה לא נס ליחה – והוא אם מאמצים את העיקרון וזונחים את הפרטים"¹³⁶ ועל כן משמעותה אינה צריכה להיבחן על פי כושרה לתאר את המציאות ("הפרטים"), כי אם על פי תרומתה לעיצובה של המציאות בכיוון הרצוי ("העיקרון"). והעיקרון הוא, בחשבון אחרון, "כפיפותה המעשית של המדינה לשיפוט בתי המשפט". לאור המטרה הזו יש לשמר את תורת הפרדת הרשויות מכל משמר חרף התיישנותה, משום שהאחרונה נחוצה לראשונה כמיתוס, כ"שקר קדוש", המקנה לה לגיטימיות ואף סנקטיפיקציה (קדושה). המיתוס הזה דרוש לנו, אומר כהן, כי רק לאורו ניתן לתבוע למערכת המשפט מעמד של רשות עצמאית נבדלת; רק על בסיס הנחה זו יכול בית המשפט להגן על תביעתו לא־תלות (כאילו מישהו מאיים עליה); רק בתנאי הזה, שהחלטותיו, שלא כהחלטותיהם של כל גורמי השלטון האחרים, יהיו חסינות מפיקוח, הוא יכול להרחיב את "שלטון המשפט" ולהחיל אותו על המדינה (אבסורד כשלעצמו);¹³⁷ ורק משהבטיח את חסינותו והשתמש

134 שם, בע' 149.

135 שם, בע' 146.

136 שם, בע' 286.

137 כך נובע גם מדברי כהן עצמו: "הרשויות פועלות מ'כוח' המדינה, שלה־עצמה אין כל צורך ב'סמכויות'... כוח המדינה הוא הכוח המקורי, כוח־הכוחות, ומכוחה נאצלות הסמכויות כולן... אין מדינה שהיא דימוקרטית, או טוטליטרית [וכן הלאה צורות משטר], מטבע ברייתה. הדימוקרטיה [או כל משטר אחר] אינה תכונתה של המדינה, אלא צורת שלטונה ושאיפת רשויותיה... כוחה המקורי של המדינה הוא להסמיך לשלטון – וההסמכה הזאת היא פתוחה: גם שלטון דימוקרטי וגם שלטון לא־דימוקרטי יכולים לצמוח ממנה: הכל לפי טיבן ומהותן של רשויות־המדינה" (כהן, שם, בע' 288, 290). דומה שכהן פוסח כאן על הסעיפים בין שתי המשגות מנוגדות, שהאחת מהן מחלצת את המדינה מן המסגרת המשפטית ומציבה אותה כעובדה היוצרת של הסדר הזה, והשנייה מכילה אותה בתוכו. מן הצד האחד קארה דה מלברג אומר שאין בכוחו של המשפט, "באמצעיו שלו עצמו" להגדיר למדינה גבולות סמכות קבועים, שכן המדינה היא עובדה טהורה, בלא משמעות משפטית, שהיא הבסיס והתנאי לסדר המשפטי עצמו (ראו: Carré de Malberg, לעיל הערה 37, כרך 1 בע' 242, כרך 2 בע' 489 ואילך). מן הצד האחר קלון מעדיף להציג את המדינה "מנקודת מבט משפטית טהורה", שלאורה היא "אך ורק תופעה ליגלית, אישיות משפטית, כלומר תאגיד" (Kelsen, לעיל הערה 11, בע' 181). המדינה היא ההאנשה של קהילה לאומית או, מה שאינו אלא אותו הדבר עצמו, הסדר המשפטי הלאומי המהווה את הקהילה הזאת. "תיאור המדינה כ'כוח מאחורי המשפט'", הוא ממשך

בה כדי להחיל את המשפט על המדינה כולה, הוא יכול, כרשות הממונה על המשפט, להכפיף לשיפוטו את שתי הרשויות הפוליטיות, אף שהיפוך היוצרות הזה סותר מיסודם ומעיקרם את תורת הפרדת הרשויות ואת עקרונות הרפובליקה הדמוקרטית.

8.ג מטרתה האידאולוגית של הדיקטטיקה הקונסטיטוציונית בישראל, נסכם, היא האפוזיטיוניזם (האלהה) של "המשפט". את מושג "המשפט" המושגב הזה אין להבין כמערכת חוקים ודינים מוגדרים וברורים, המנחה ומגבילה את השפיטה, אלא כהוויה ערטילאית, פתוחה ועמומה, שתכניה וציווייה אינם מתגלים אלא ב"פרשנות". דווקא בשל תכונתו השמימית הזו של "המשפט", המטרה התוכנית המוצהרת מקפלת בחובה מטרה מוסדית מובלעת הנוגעת במעמדו של ה"פרשן", הלא הוא בית המשפט. בפרספקטיבה של המטרה המוצהרת, ה"פרשן" אינו אלא מדיום של ה"פרשנות". חרף נחיצותו ה"פרשנית", אין כביכול משמעות לקיומו בפני עצמו והוא נותר בחזקת כלי הטפל לעיקר של גילוי תכניו של "המשפט". אלא שבפועל האמצעי לוכד את המטרה המצדיקה אותו ומשעבד אותה. ה"פרשנות" של "המשפט" נתונה ברשותו העליונה של בית המשפט, שבהיותו ה"פרשן" של תורה שאינה קיימת אלא באמצעות "פרשנותה", הוא עושה בה כבתוך שלו. כך כרוכה האפוזיטיוניזם של "המשפט" בהכרח בהשגבת מעמדו של בית המשפט, והמטרה המוסדית הכסויה הזאת גוברת בחשבון אחרון אף על המטרה התוכנית הגלויה המכסה עליה. ועל כן, בין שהדיקטטיקה הקונסטיטוציונית החדשה מודעת או שאינה מודעת לכך, תכליתה המעשית העליונה של האג'נדה שלה היא השררתו של בית המשפט על המדינה ועל מערכת השלטון בכללותה. כדי להסתיר את תכונתה האוזורפטורית של האג'נדה הזאת, יש צורך במניפולציה מושגית משולשת. ראשית, בניגוד למציאות הממשל המודרני, יש להנציח – ואף להקים לתחייה – את המיתוס הבלתי מזוקן של הפרדת הרשויות; שנית, בניגוד לאמת ההיסטורית, יש להציג את תורת ההפרדה כעיקרון מכונן של הדמוקרטיה; שלישית, בניגוד לתוכן התורה הזאת עצמה, יש לעגן בה את התביעה השיפוטית למעמד העל.

(שם, בע' 191), "אינו נכון, מכיוון שהוא רומז על קיומן של שתי ישויות נפרדות בעוד שיש רק אחת".

ד. "החוקתנות החדשה" באירופה ו"הפרדיגמה הדו-קוטבית החדשה" שביסודה

1. המניפולציה שהדיקטטיקה המשפטית בישראל דואגת להסתיר נחשפת לאחרונה ב"קונסטיטוציונליזם החדש", וליתר דיוק בחוקתנות החדשה שפשתה בעשורים האחרונים יותר ויותר בקהילייה האירופית. הרקע הכללי למגמה זו הוא השתלטותה של דת המשפט העולמית, הגנוסטית ברוחה, על החשיבה הקונסטיטוציונית במערב וקליטת המודל הבסיסי של החוקתנות האינטגרלית האמריקנית בזירה הגלובלית.¹³⁸ אולם תהליך הקליטה העמיק שורשים והתרחב במיוחד באירופה בעטיו של מצב בין-השמשות מתמשך, שמצדו האחד הוא משמר את ריבונותן של המדינות, אך מצדו האחר הוא מפתח את העליונות של מוסדות הקהילייה האירופית שאינה מגיעה לכלל מדינה ושעיקר כוחם הוא כלפי פנים.¹³⁹ המצב הזה האיץ את התפוררותה של הקהילייה

138 חרף ההשקפה שאינה ששאבה החוקתנות החדשה שאחזה באירופה לאחר מלחמת העולם השנייה מן החוקתנות האמריקנית, היא נבדלה ממנה מלכתחילה בכילול החוקתי המפורש של האיזון הציבורי של הזכויות הפרטיות. ראו למשל: Kommers, לעיל הערה 119, בע' 239–240, 346–347. לדין פרו-אירופי נוקב בהבדל הזה ראו: Marry A. Glendon Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse (New York, 1991). אולם דווקא על הבסיס הזה התפתחה החוקתנות האירופית בכיוון הפוך מזה שבו התפתחה החוקתנות האמריקנית בתקופה המקבילה, ודרכיהן של השתיים הלכו והתרחקו זו מזו. בארצות הברית חלה בעשורים האחרונים נסיגה משמעותית מן "האקטיביזם השיפוטי" הסובסטיביבי, ואילו באירופה בתי המשפט החוקתיים של המדינות ושל הקהילייה מובילים תהליך אקטיביסטי עמוק ומקיף של "קונסטיטוציונליזציה" ושל "משפוט המגה-פוליטיקה" (ראו: Ran Hirschl "The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts" 11 Annual Review of Political Science (2008) 93–119, in particular p. 98; Ran Hirschl "The Judicialization of Politics" The Oxford Handbook of Law and Politics (Oxford, 2008) 119–141, in particular p. 123). ובעוד בית המשפט האמריקני ממשיך להתעלם פחות או יותר מן הפסיקה החוקתית בארצות אחרות, הפסיקה האירופית, שהרבתה לצטט בעבר מן הפסיקה האמריקנית, מתייחסת אליה בהווה פחות ופחות. במצב הדברים הזה משקיפים מן הצד האמריקני רואים את התפתחות החוקתנות החדשה שמחוץ לארצות הברית כ-"enormous coup d'état on the part of judiciaries", ואילו משקיפים אירופים נוטים לראות במשפט החוקתי בארצות הברית "something of a legal backwater" (Adam Liptak "Supreme Court's Global Influence is Waning" The New York Times (17.9.08), וראו גם: Alec Stone Sweet "Why Europe Rejected American Judicial Review" 101 Mich. L. Rev. (2002–2003) 2744, 2780).

139 ההתפתחות הזו מוקרנת על ידי גורם תת-קרקעי משמעותי שבדרך כלל נמנעים מלקשור אותו להתפתחות החוקתנות החדשה, והוא הסניליות המדינית של היבשת. זו מתבטאת בעיקר בתשישותה המוראלית של החברה האירופית ובנטייתה האייסקפיסטית בזירה הגיאופוליטית. להצהיר הצהרות היא מסוגלת, אך לנהל מדיניות אקטיבית בכוחות עצמה – לא. תמצית האימפוטנציה הזו התגלתה ב-1992, כשהקהילה האירופית עמדה על סף האיחוד, והאתגר של מלחמת האזרחים בבוסניה הקרה לה הזדמנות חד-פעמית לבנות ולהוכיח את אחדותה, עצמאותה ועוצמתה לפחות בכל הנוגע לחצר האחורית שלה. אירופה נכשלה במבחן הזה

הפוליטית בכל אחת מן המדינות והלך והקים תחת הקהילות המדינתיות קהילייה יבשתית וירטואלית הצפה על פני "חברה אזרחית" ההולכת ותופסת את מקומן של החברות המדיניות העצמאיות של העבר. על הקרקע הנוחה של דעיכת המדינה מלגו והכפפתה מלבר לאיחוד שאינו מגיע לשלמות, אחזה החוקתנות החדשה בחשיבה הקונסטיטוציונית באירופה כאש בשדה קוצים. הפתולוגיה הקונסטיטוציונית הזאת בנויה למעשה על הרכבה כפולה – תוך-מדינתית וקהילתית – של מבנה חוקתני אינטגרלי על המבנה הפרלמנטרי המסורתי. במהלך הרכבה אחד אימצו רוב רובן של מדינות היבשת את הדפוס החוקתני, כשכל אחת מהן מכפילה את שלטונה העצמי לחוקת זכויות וערכים עליונה ולסמכותו של בית משפט חוקתי תוך-מדינתי לבקר בשם החוקה הזאת את החקיקה והמדיניות. במהלך הרכבה נוסף הוכפפו גם המשטרים החוקתניים התוך-מדינתיים לאמנת האיחוד המעין חוקתית ולאמנה האירופית לזכויות אדם כפי שאלו מתפרשות בהלכותיהם של בית המשפט האירופי לצדק ובית הדין האירופי לזכויות אדם ונאכפות בפסיקותיהם. להדגמה קצרה של הדופלקס החוקתני הזה נציין בשני מקרי הקצה שלו – גרמניה ובריטניה.

ד.1.א. ברפובליקה הפדרלית הגרמנית מצאה כנראה "החוקתנות החדשה" התוך-מדינתית הן את גילוייה החלוצי והן את מימושה הרדיקלי ביותר. הדבר אינו מקרי ואינו סתמי, ובעיקרו הוא נובע משתי סיבות שלובות, האחת קונסטיטוציונית פנימית והאחרת מדינית. מן הבחינה הקונסטיטוציונית, המשטר הגרמני בנוי באופן המובהק ביותר בדפוס "החוקתנות הדוגמטית"¹⁴⁰. בסיו, ה-Grundgesetz, הוא טקסט חוקתי מפורט, היררכי וכל-מקיף, שקיומו קודם לאמיתו של דבר לקיומה של הקהילייה המדינית לא רק על פי ההלכה החוקתית, כי אם אף בפועל הפוליטי ממש.¹⁴¹ הן מצד הוראותיו כשלעצמן והן מצד המכלול שבו, הוא נדרש כ"חוק-על" טרנסצנדנטי, שכל האורגנים השלטוניים, שהוא עצמו מקים אותם, וכל מעשיהם חייבים להתיישר על פיו. הטקסט הקנוני הזה מסמך במפורש את בית המשפט החוקתי הפדרלי (Bundesverfassungsgericht) כפרשנו האולטימטיבי,¹⁴² וסמכות הביקורת של בית המשפט הזה מכילה הן ביקורת חוקתית מקדמית והן ביקורת שיפוטית בדיעבד.¹⁴³ מן

כישלון מחפיר, ובסופו של דבר חזרה ונרתמה למרכבה האמריקנית (ראו: דניס רוס על מדינאות (אמנון כץ תרגם, 2009) פרק 3).

140 ראו: מייזלר, לעיל הערה 69, בע' 227 ואילך.

141 לנסיבות חיבורו וחקיקתו, ראו בעיקר: Donald P. Kommers *Judicial Politics in West Germany: A Study of the Federal Constitutional Court* (Beverly Hills, 1976) 70 ff.; Georg Vanberg *The Politics of Constitutional Review in Germany* (Cambridge, 2005) 62–63.

142 "Basic Law for the Federal Republic of Germany (Grundgesetz, GG)" <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm>, chap. 9, Article 93

143 Kommers, לעיל הערה 141, בפרק 2; Kommers, לעיל הערה 119, בע' 4, 13 ואילך.

הבחינה הראשונה, שהיא המעניינת אותנו כאן, מאפשר למעשה ה-Grundgesetz לכל גוף פוליטי, מפלגתי ומוסדי כאחד, להפנות למבחנו החוקתי של בית המשפט הזה כל הצעת חקיקה וכל מדיניות, הן במישור הפדרלי והן במישור של ה-Länder. באופן זה הוא מכפיף עקרונית את כל התחום הפוליטי לתחום המשפט החוקתי, וממילא את סמכות השלטון הפוליטי לסמכותו של בית המשפט.¹⁴⁴ חוקתנות הערכים הממושפטים הזאת התחזקה אף יותר היות שגובכה באופן פלגמטי על גבי התפיסה הגרמנית המסורתית של ה-Rechtsstaat, שהייתה מוברגת אל תוך "תרבות פוליטית תת-מפותחת".¹⁴⁵ בתפיסה זו היה אכן מקום לשיפוט חוקתי, אך בית המשפט היה כפוף בה לחלוטין לחוק הפורמלי, שהוא עצמו נותר בסמכותו הבלתי מוגבלת של המחוקק. אולם כבר ב-1925 ניסה בית המשפט העליון (Reichsgericht) להגניב את האזורפציה של ההחלטה בעניין *Marbury v. Madison*¹⁴⁶ אל תוך החוקה של רפובליקת ויימאר כשהחליט ש"מאחר שחוקת הרייך אינה מכילה הוראות כלשהן השוללות מבתי המשפט את סמכות השיפוט על חוקתיות חוקי הרייך ומעבירות אותה לישות אחרת כלשהי, יש להכיר בזכותה ובחובתה של הרשות השופטת לבקר את חוקתיותם של חוקי הרייך".¹⁴⁷ תביעה זו נכשלה בזמנה והייתה צריכה לחכות לשעת כושר לאחר מלחמת העולם השנייה ולחיבור ה-Grundgesetz. שלא כפוזיטיביזם הליגליסטי בתקופה הקודמת, המסמך החוקתי הזה עוצב מלכתחילה בדפוס של "חוק-על" זכותי וערכי, וכך, בו בזמן שהכפיף לו את כל הגורמים הפוליטיים, הוא שחרר את הסמכות השיפוטית של בית המשפט החוקתי מן הכפיפות האמורה ואף הפך אותה על פיה, ואף על פי כן לא הגביל כמתבקש את תחומה של הסמכות הזו ואת חירותה

¹⁴⁴ עליונות זו היא חלק מתורת הרשויות של ה-Grundgesetz: "At the federal level, the Basic Law disperses authority within and among several institutions or 'branches' of government... While dividing executive authority between the federal president and the federal government... it vests legislative authority in the Bundestag... [and] the Bundesrat... These four institutions... together with the Federal Constitutional Court constitute the highest constitutional organs of the federal republic. [Yet t]he Constitutional Court is *primus inter pares* among these federal organs because it has the authority to define their institutional rights and duties when resolving conflicts between them". [ההדגשה שלי – מ']Kommers, לעיל הערה 119, בע' 115.

¹⁴⁵ ראו באופן כללי: Robert M. Unger *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory* (New York, 1976) 164 ff. and 178; בהקשר הספציפי המעסיק אותנו כאן: Kommers, לעיל הערה 141, בפרק 2; Donald P. Kommers "Building Democracy: Judicial Review and the German Rechtsstaat" *The Postwar Transformation of Germany: Democracy, Prosperity, and Nationhood* (John S. Brady et al eds., Ann Arbor, 1999) 94–121, quoted from p. 99.

¹⁴⁶ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) (להלן: עניין *Marbury*).

¹⁴⁷ מצוטט אצל: Wolfgang Hoffmann-Riem "Two Hundred Years of *Marbury v. Madison*: The Struggle for Judicial Review of Constitutional Questions in the United States and Europe" 5 *German Law Journal* (2004) 685, 688.

הפרשנית.¹⁴⁸ ואכן בית המשפט החוקתי ניצל את אי-ההגבלה הזאת ממש עם הקמתו, ובאוקטובר 1951, בפסיקת "דרום מערב" (שקומרס משווה אותה להחלטה בעניין *Marbury*), הקים באחת את הקונסטרוקציה המאחדת את עליונות החוקה, משמעותה התכליתית וההוליסטית וסמכות-העל הפרשנית שלו.¹⁴⁹ אין צורך לומר שהקונספציה החוקתנית הזאת, המכפיפה את השלטון הפוליטי לבית המשפט החוקתי גם בשאלות פוליטיות ואידאולוגיות מובהקות, סותרת באופן עקרוני את המחויבות הנגדית של ה-Grundgesetz לדמוקרטיה, וכל שכן לדמוקרטיה המוגדרת במפורש כ"דמוקרטיית מפלגות" וכ"דמוקרטיית קנצלר".¹⁵⁰ בנקודה זו משתלבת הסיבה הקונסטיטוציונית בסיבה המדינית: ההתפתחות הקונסטיטוציונית האבסורדית הזאת לא הייתה יכולה להתחולל אילולי נוצרה מלכתחילה בחלל פוליטי מרוקן מן המדינה: כל תהליך הכינון הזה התרחש על רקע סירוסה המדיני וריסוקה הפדרלי של גרמניה שלאחר מלחמת העולם ותקופת המלחמה הקרה, ותחת עינם הצופיה וידם המכוונת של כוחות הכיבוש המערביים, ובעיקר האמריקניים.¹⁵¹ חרף יומרתה הדמוקרטית לכאורה, החוקה לא נוצרה על ידי — ולא נועדה ליצור — קהילייה מדינית ריבונית חזקה, והראיה שבנוסח המקורי שלה היא לא הסמיכה גורם שלטוני כלשהו להקים כוח צבאי מזוין או להכריז מלחמה.¹⁵² כמעט להפך, היא חוברה והוכנסה לשימוש בקהילייה פוליטית משותפת למחצה ובסביבה חברתית הפוחדת מצל העבר המדיני שלה ושאינן בה אמון במערכת הפוליטית.¹⁵³ הניגוד המובלע הזה בין החוקתנות של ה-Grundgesetz והשיפוט של בית המשפט החוקתי מן הצד האחד, לבין המדינה, מן הצד האחר, התגלע כשגרמניה המערבית החלה לחזור ולהיות מדינה. אל נוכח המדיניות של אדנאואר להחזיר לגרמניה את הריבונות תוך שילובה המדיני והצבאי בקהילה האירופית, התייצב בית המשפט החוקתי הפדרלי ב-1952 כנגד הממשלה והרוב שלה בבונדסטג, וקבע שבסמכותו לבחון את שאלת החוקתיות של הצטרפות גרמניה לאמנת ההגנה

148 על נסיבות הקמתו של בית המשפט והתבססות מעמדו הקונסטיטוציוני, ראו: Kommers, לעיל הערה 141, בפרק 3; Vanberg, לעיל הערה 141, בפרק 3; "Establishing Judicial Independence in West Germany: The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers" 23 *Comparative Politics* (2000) 333–353.

149 BverfGE 1,14 — Südweststaat (http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001014.html) וראו: Kommers, לעיל הערה 141, בע' 209; Kommers, לעיל הערה 119, בע' 45 ואילך; Vanberg, לעיל הערה 141, בע' 63 ואילך.

150 Kommers, לעיל הערה 119, בע' 116.

151 ראו: Edmund Spevack "American Pressures on the German Constitutional Tradition: Basic Rights in the West German Constitution of 1949" 10 *International Journal of Politics, Culture and Society* (1997) 411–436.

152 ראו: Kommers, לעיל הערה 119, בע' 160 ואילך.

153 ראו: Kommers, לעיל הערה 141, בע' 60.

האירופית, שהיא בעת ובעונה אחת גם "פוליטית טהורה" וגם "מגה-פוליטית".¹⁵⁴ כבר בהתנגשות קודמת בין הממשלה ובית המשפט, על העצמאות התקציבית של בית המשפט, כתב שר המשפטים ד"ר לקנצלר אדנאואר ש"שופטי בית המשפט [החוקתי הפדרלי] נפלו קרבן להיבריס בל-יתואר",¹⁵⁵ ובעקבות התבוסה של הממשלה במאבק על סמכותו של בית המשפט בשאלת ההצטרפות לאמנת ההגנה אמר אדנאואר להנהגת מפלגתו ש"בית המשפט החוקתי הפדרלי... הוא אכן הדיקטטור של גרמניה".¹⁵⁶ הכתרת מוסד שלטוני גרמני כלשהו בתואר "דיקטטור" זמן כה קצר לאחר נפילת המשטר הנאצי היא עצמה אומרת דרשני, ולא יכול להיות ספק שאדנאואר היה מודע לכך. אך משמעותה של התרעומת הזאת מתגלה במלואה לאור העובדה שאדנאואר היה יושב הראש של "המועצה הפרלמנטרית" שכוננה את ה-Grundgesetz וד"ר – אחד מחבריה הבולטים:¹⁵⁷ לא לילד הזה פיללנו. למותר לציין שאזורפציה זו לא הייתה אפשרית בלא החסידות החוקתנית השוטה של דעת הקהל וקוצר הראות של הגורמים המוסדיים והמפלגתיים של הקהילייה הפוליטית עצמה, שפרנסו את מדיניות ה"הפרד ומשול" שהפעיל עליהם בית המשפט.¹⁵⁸ הלקח הוא פשוט: ככל שלקהילייה הפוליטית יש יותר כוח כמדינה, כך יש בה פחות מקום לשליטה חוקתנית של בית המשפט על המערכת הפוליטית, וכן להפך.

ד.ב.1. את עוצמתה של "החוקתנות החדשה" מצדה העל-מדינתי מייצגת דווקא בריטניה. בריטניה היא לכאורה מקרה חריג בין מדינות האיחוד האירופי, היות שאין בה חוקה כתובה ובית משפט חוקתי, ועד לחקיקת ה-Human Rights Act, בשנת 1998, לא הוכרה בה להלכה העליונות של משפט הקהילה האירופית על המשפט הפנימי, שהיה מושתת על עליונות הפרלמנט. אולם כפי שמסביר ניקול (Nicol) בצורה משכנעת, האקט הזה, שבו הכפיפה בריטניה את ריבונותה לאמנה האירופית לזכויות אדם, וחשוב מכך, לפרשנותה על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם, אינו מייצג ראשית כלשהי, אלא תוצאה ואחרית של תהליך משפוט הדרגתי שהחל עם

154 ראו: Vanberg, לעיל הערה 148, בע' 341 ואילך; Kommers, שם, בע' 282 ואילך. אדנאואר הקדים את הבחירות לבונדסטג כדי לקבל רוב שיספיק לשינוי החוקה בעניין זה, וכך אכן היה.

155 ראו: Kommers, שם, בע' 83–84; Vanberg, שם, בע' 336 ואילך, הציטוט בע' 347.

156 שם, שם.

157 Kommers, לעיל הערה 141, בע' 73. אכזבתו של אדנאואר מן הגולם שהקים על עצמו חזרה כהד על אכזבתו של מדיסון מגולם הביקורת השיפוטית שתרם להקמתה במשתמע, בניגוד לכוונתו, בחוקת פילדלפיה: "[I]t... makes the Judiciary Department paramount in fact to the Legislature, which was never intended and can never be proper" (cited in G. S. Wood *The Creation of the American Republic 1776–1787* (Chapel Hill, 1969) 304).

158 על הקשר המובן מאליו בין פיצול הסמכות בין גופי השלטון הפוליטיים לבין גידול עוצמתו השלטונית של בית המשפט ראו: Alec Stone Sweet *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (Oxford, 2000) chap. 1.

כניסתה של בריטניה לאיחוד.¹⁵⁹ אף כי להלכה לא ויתרה הפוליטיקה הבריטית על דוקטרינת "ריבונות הפרלמנט", בפועל היא נפלה בבלי דעת קרבן למשפט לא פחות רדיקלי מזה שפעל במדינות האיחוד החוקתיות.¹⁶⁰ המנוף העיקרי של המשפט הזה היה שימוש הגומלין האקטיביסטי של בית המשפט האירופי לצדק (ECJ) מזה ושל בתי המשפט הבריטיים מזה בדוקטרינת "האפקט הישיר" שפיתח הראשון. כנגד הבנתן של המדינות החברות את טבעה של אמנת האיחוד, ובהיעדר החלטה של מוסדות האיחוד הפוליטיים, הציב את עצמו ה-ECJ כפרשן העליון של האמנה ובתוקף סמכותו זו קבע שלהוראותיה, כפי שהוא מפרש אותן, "יש אפקטים ישירים [על המשפט של חברות האיחוד] והן יוצרות זכויות אינדיווידואליות שבתי המשפט הלאומיים חייבים להגן עליהן".¹⁶¹ בהלכה פסוקה זו, שאף הורחבה בפרשות נוספות, נכרכו אפוא יחד שלוש תמורות קונסטיטוציוניות שלובות: (א) עליונותו של האיחוד כ"סדר משפטי חדש... שלמענו הגבילו המדינות את זכויותיהן הריבוניות", (ב) הצבתו של ה-ECJ כסמכות הקונסטיטוציונית העליונה של הסדר הזה ו-(ג) הכפפת החקיקה המדינתית לנומרות הקהילתיות כפי שה-ECJ "מפרש" אותן. באמצעות ההלכה הזו המריץ ה-ECJ את בתי המשפט המדינתיים, והבריטיים בכללם, להפוך לשלוחותיו בתוך שיטות המשפט המדינתיות, להשתחרר ממגבלותיהם בסדר המשפטי של המדינה, ולהשתיל בו הן את סמכותו הגוברת של ה-ECJ והן את הלכותיו. בבריטניה במיוחד, על רקע הדוקטרינה המסורתית של "ריבונות הפרלמנט", הסתייעו בתי המשפט בהלכת "האפקט הישיר" כדי לקדם את אג'נדת המשפט שפיתחו באופן בלתי תלוי בכניסת בריטניה לאיחוד. כדי לעקוף את הפרלמנט הם פנו תכופות ל-ECJ בשאלות "פרשנות" מקדמיות, שהתשובות עליהן נטרלו את החוק. במשפט המתקדם הזה פרמה אפוא ממלכת ה-ECJ, החוקתנית-משפטנית באופייה, את מרקם הקונסטיטוציה הבריטית הקודמת, שהפקידה את הכוח יוצר המשפט העליון בידי הקהילייה הפוליטית. וכך אכן פותח ומסכם ניקול את ספרו על התהליך הזה:

"The British Parliament could once make or unmake any law. Now, however, the United Kingdom courts only enforce the will of Parliament if it complies with the 'higher-order' law of the European Community... The narrative [of the period in between] has a pervasive

159 Danny Nicol *EC Membership and the Judicialization of British Politics* (Oxford, 2001) chap. 8
 160 Jonathan E. Levitsky "The Europeanization of the British Legal System" 42 *American Journal of Comparative Law* (1994) 347-380
 161 אני אומר "בבלי דעת", שכן כפי שניקול מוכיח לאורכו ולרוחבו של ספרו, שלא כבאישור ה-ECJ, חברי הפרלמנט והציבוריות הבריטית בכללה לא השכילו להבין את המשמעות הקונסטיטוציונית של הצטרפות בריטניה לאיחוד.
 161 Court of Justice of the European Communities (CJEC) *Judgment of 5 February 1963* Case 26/62 *Van Gend and Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*

theme: the judicialization of politics in Britain... Indeed, we have witnessed nothing short of the transformation of the British constitution from a constitution firmly based on politics to one increasingly based on law... A combination of European Community membership, the robust growth of domestic judicial review, and the Human Rights Act has resulted in a major shift in power in favour of the courts... The British judiciary's embrace of Community law has led to the demotion of Parliament into a legislature of limited competence."¹⁶²

ד.2. החוקתנות החדשה, על משפוט הפוליטיקה הכרוך בה, היא מגמה פתולוגית הנלווית באירופה לאבדן כוחן של המדינה ושל הקהילייה הפוליטית, שהמדינה היא ארגונה המובהק. מגמה זו, ההולכת ומתכללת, הפכה במרוצת השנים למעין לינגואה פרנקה קונסטטוציונית חדשה של היבשת, למרכיב תודעתי וארגוני מרכזי בתשתית הדו־משמעית של קהילת מדינות, שבו בזמן שהיא מפוררת את המדינות החברות המרכיבות אותה, אין היא מצליחה להתרומם לדרגת מדינת־על אחודה. במסגרת המתעתעת הזו היא הלכה וכרסמה את המשטרים הקונסטטוציוניים של המדינות החברות בתנועת מלקחיים מבחוץ ומבפנים. בהיעדר שלטון מדיני של ממש ברמה הקהילתית, מיהר ה־ECJ להציב את עצמו כאורגן הקהילתי הסמכותי ביותר, ובסמכות זו פירש את האמנה האירופית כמעין חוקת־על שהוא האפוטרופוס שלה. חוקת־העל הממושפטת הזאת אכפה את עצמה על הארגון הקונסטטוציוני הקודם של המדינות החברות ופעפעה אל תוכו, ובדרך זו מיזגה אותו בתוכה בהדרגה. המיזוג הסמוי הזה נתמך על ידי התהליך החוקתני הפנימי שהקדים אותו והכפיף את הפוליטיקה לסמכותם של בתי המשפט החוקתיים של המדינות. ואף כי בין שתי הרמות של החוקתיות, המדינתית והקהילתית, וממילא גם בין בתי המשפט החוקתיים של הקהילה לבין בית המשפט החוקתי של המדינה, יכול להיווצר חיכוך, בפועל גובר השילוב של שתי המערכות על המדינה. עם המיזוג המתקדם הזה הופכות מערכות המשפט של מדינות הקהילה למשטרי כלאיים, שבתי המשפט החוקתיים של המדינה הם מושליהם ה"מגיסטריים", אך מושליהם הריבוניים הם בתי המשפט החוקתיים של הקהילה. על האפקט המצטבר של משפוט הפוליטיקה הכפול הזה כותב אחד מחוקריה וחסידיה הבולטים של החוקתנות החדשה בתרועת ניצחון:

"Parliamentary supremacy... has lost its vitality... [and] we can declare it dead. In contrast to central tenets of the British parliamentary model (and of traditional Continental state theory), the 'new

162 Nicol, לעיל הערה 159, בע' 1.

constitutionalism' has it that legislation must conform to the dictates of the constitution — as interpreted by constitutional courts — or be invalid. The work of [European] governments and parliaments is today structured by an ever-expanding web of constitutional constraints. In a word, European policy-making has been judicialized.”¹⁶³

ד.3. אך אליה וקוץ בה. אכיפה שיפוטית של חוקת ערכים וזכויות על הפוליטיקה, מודים החוקתנים האירופים החדשים, "חותרת תחת סכמות הפרדת הרשויות המסורתיות" ומכניסה אותן ל"משבר עמוק".¹⁶⁴ בעבר דחו מדינות אירופה את הביקורת השיפוטית האמריקנית בכללה, וגם כשאימצו ביקורת חוקתית שיפוטית, הן נטלו את עוקצה הפוליטי על פי המודל הפורמליסטי של קלזן.¹⁶⁵ גישה זו נסחפה בלהט החוקתנות האירופית שלאחר מלחמת העולם השנייה. בין שהחוקות המדינתיות כללו במוצהר ובמפורש זכויות וערכים והטילו על בתי משפט חוקתיים את ביקורת החקיקה והמדיניות לאורן (איטליה, גרמניה, ספרד), ובין שהזכויות והערכים הוכנסו לחוקה ולשיפוט החוקתי בדלת האחורית (צרפת);¹⁶⁶ ובין שבסיסה של האכיפה החוקתנית

163 Sweet, לעיל הערה 158, בע' 1. מעניין להשוות את התהליך הזה לחזון הקהילייה האירופית שקדם לו. דוגמה טובה לחזון היא: Ronald W. G. Mackay *Peace Aims and the New Order; A Revised and Popular Edition of "Federal Europe" outlining the case for European Federation together with a Draft Constitution of a United States of Europe* (London, 1941) "חוקת ארצות הברית של אירופה" שהוא מציע (שם, בע' 235 ואילך) אינה כוללת מגילת זכויות או הצהרת ערכים כלשהן. אף על פי שהיא מעניקה לבית המשפט הפדרלי העליון מעמד חשוב ביותר ומכלול תפקידים רחב בארגון היבשתי (שם, בע' 251 ואילך), המעמד והמכלול התפקידי האלה נובעים מכך שבפדרציה על בסיס חוקתי יש צורך בפירוש סמכותי של החוקה בנוגע לזכויות ולתחומי הסמכות של הממשל המדינתי והממשל הפדרלי זה ביחס לזה (שם, בע' 167 ואילך). על השאלה "האם עלינו להסכים לכך שמה שהפרלמנט עושה או יכול לעשות יוכרע על ידי קבוצה קטנה של אנשים קשישים, שלא לפרלמנט ולא לעם יש עליהם שליטה כלשהי?", תשובתו היא שלילית, ואין ספק שהפרלמנט הוא בעיניו גורם חוקתי גבוה יותר מבתי המשפט.

164 Sweet, שם, בע' 137 וראו גם Sweet, לעיל הערה 138, בע' 2771–2772.
165 ראו: שם, בע' 2766 ואילך וגם Sweet, לעיל הערה 158, בע' 34 ואילך; "The Application of Kelsen's Theory of the Legal System to European Community Law — The Supremacy Puzzle Resolved" 21 *L. & Phil.* (2002) 1, 8 ff.

166 על התפתחות השיפוט החוקתי בצרפת ראו: Pactet et Mélin-Soucramanien, לעיל הערה 3, בפרק 23; Koopmans, לעיל הערה 3, בע' 69 ואילך; Sweet, לעיל הערה 138, בע' 2760 ואילך. כניעת צרפת למשוגה חוקתנית זו היא אולי העדות החזקה ביותר לדעיכת המדינה האירופית. שלא כאיטליה וגרמניה, שבהן נכנעה המדינה לחוקתנות עקב "ניסיון הפשיזם לפני המלחמה והנוכחות האמריקנית המאסיבית [אחריה]" (שם, בע' 2769), צרפת חזרה למסורת הפרדת הרשויות שלה שמימי המהפכה לאחר פלירט מתקדם שניהלה הדוקטרינה החוקתית האקדמית עם החוקתנות האמריקנית בראשית המאה העשרים. אך בשנות העשרים נתגלה לצרפתים אופייה הריאקציוני של הביקורת השיפוטית בארצות הברית, ובעקבות גילוי אמריקה הזה חזרו בהם גם

הזו הוא חוקת המדינה או אמנת האיחוד המתפרשת פירוש חוקתי והאמנה האירופית לזכויות אדם ופסיקות בתי המשפט האירופיים הניזונות מהן; הנורמות הסובסטיביביות האלה נאכפו על המודל הקלזניאני והוטמעו בתוכו, וכך כמו החוקתנות האמריקנית, ואף יותר, גם החוקתנות האירופית נעשתה זכותית וערכית במובהק.¹⁶⁷ הכלאה זו בין המודל הקלזניאני והחוקתנות האמריקנית סחפה את הפרדה בין "הפוליטיקה" ו"המשפט" ועמה גם את התורה המסורתית של הפרדת הרשויות. הסיבה לכך היא ש-

"...rights review of legislation, as Kelsen predicted, makes the judge a 'positive' legislator. Clearly, the more judges are asked to protect rights in an effective manner... [or] consider... [it] to be their constitutional duty... the less likely constitutional review will conform to, or be contained by, separation of powers doctrines that work to separate things judicial from things political."¹⁶⁸

וכך, חרף הרקע הקלזניאני של החוקתנות האירופית בת זמננו,

"The brute empirical reality is that parliaments have lost their implied monopoly on law-making, constitutional courts today share [indeed overwhelm — Y.M.] their authority to interpret the constitution, and [even] ordinary judges... participate in constitutional politics... [Thus] it has become increasingly obvious that traditional separation of powers doctrines... are increasingly less relevant to the realities of European governance."¹⁶⁹

בהתכחות זו לסכמה המסורתית של הפרדת הרשויות נעוצה הדילמה של "החוקתנות החדשה". היות שרק בסכמה הזו נמצא בסיס הלגיטימיות של עצמאות "הרשות השופטת", והיות שהעצמאות הזו היא תנאי הכרחי להתעצמות בתי המשפט החוקתיים על חשבון מוסדות השלטון הפוליטיים, הרי הודאה מפורשת בקיום הסתירה בין "החוקתנות החדשה" לבין "הפרדת הרשויות" תהרוס למעשה את הסכמות הקלאסיות של הפרדת הרשויות — 'עיקר התשתית של הארכיטקטורה החוקתית כולה'... —

חכמי המשפט שתמכו בשיטה האמריקנית קודם לכן משאיפתם לקלוט את הביקורת החוקתית השיפוטית בצרפת (ראו: שם, בע' 2751 ואילך, ובעיקר 2759–2760). רק משנות השבעים ואילך החלה המועצה החוקתית לקבל אופי של בית משפט חוקתי הפוסל חקיקה מטעמים של "חוק-על", ומגמה זו התחזקה בשנות השמונים עקב חילופי השלטון (ראו: Koopmans, שם, בע' 73–74).

167 ראו: Sweet, לעיל הערה 158, בפרק 4, ו-Koopmans, שם, בפרקים 4, 8.

168 Sweet, לעיל הערה 138, בע' 2778.

169 Sweet, לעיל הערה 158, בע' 129.

ותחשוף את השופטים להאשמה ב'אזורפציה של פונקציות פוליטיות'".¹⁷⁰ ומאחר שבכך בדיוק מדובר, יש לכסות על הסתירה ולהדגיש דווקא במשנה תוקף את תלות הגומלין ההרמטית המתקיימת כביכול בין תורת הפרדת הרשויות כ"עיקר התשתית של הארכיטקטורה החוקתית כולה" לבין "החוקנות החדשה" המגשימה אותה.

ד. ואף על פי כן סתירה זו אכן מתפוצצת לבסוף, כשחסידי "החוקתנות החדשה" מערטלים בפומבי את מערומי ה"דוקטרינות" של "[ה]פרדיגמה [ה]קונסטיטוציונית [ה]חדשה" החבויה תחתיה:¹⁷¹

"There are good arguments for the thesis that the idea of separation of powers is in practice being replaced by a 'bipolar' distinction, that between the judiciary on the one side, the legislative and executive on the other... The professionalization of politics creates the danger of a growing distance between the opinions held by the population and those of the political class... That phenomenon explains the development of the concept of 'civil society'... In democratic countries, the citizens are bent on finding their own methods of opposition if the political channels are closed to them or unfit for achieving their aims... and, if nothing else works, they will turn to the courts.... From a sociological point of view, therefore, the main actors in the political field belong to one of three categories: the political class and the government bureaucracy under its control; the judiciary and the closed-knit world of lawyers surrounding it; and the manifold forms in which civil society manifests its divergent claims."¹⁷²

זהו בקיצור הסברה וצידוקה ההיסטורי של "הפרדיגמה החדשה":¹⁷³ הסדר הקונסטיטוציוני הדומיננטי באירופה של המאה התשע עשרה וראשית המאה העשרים היה מושתת על שני מושגים, "ריבונות הפרלמנט" ו"שלטון החוק", ואלה אוזנו אהדדי על ידי הסכמה של הפרדת הרשויות. כל אחד מן המושגים התייחס לספּרה שונה של פעילות המדינה – הפוליטית והמשפטית. חרף המתח הרעיוני בין המושגים והחיכוך הפוטנציאלי בין הספּרות, ההסדר פעל בהצלחה כל זמן שהיה ברור איזו משתי הספּרות היא הדומיננטית במקרה של התנגשות וידו של איזה משני הכוחות

170 שם, בע' 137.

171 Koopmans, לעיל הערה 3, בע' 251.

172 שם, בע' 247–248.

173 ראו: שם, בע' 239 ואילך.

צריכה להיות בו על העליונה. אך ההסדר הזה התערער במחצית השנייה של המאה העשרים. מן הצד האחד, הסכמה הישנה של הפרדת הרשויות איבדה את הרלוונטיות שלה במציאות של הממשל בן הזמן. ההבחנה בין תחומי הפעולה הנאותים של "הרשות המחוקקת" ושל "הרשות המבצעת" הולכת ונעלמת, ובניגוד להנחה היסודית של תורת הפרדה, רוב הכללים המחייבים את האזרחים שוב אינם נקבעים בפרלמנט, אלא על ידי גופים מנהליים. כך מיטשטשים הגבולות הקודמים בין שתי הרשויות הפוליטיות, "המחוקקת" ו"המבצעת", ובין שתיהן לבין המנהל, עד שאפשר לראות בשלושה יחד מרכיבים משולבים של מנגנון שלטוני אחד. מן הצד האחר, הרשות האחת והיחידה שאינה נלכדת בתהליך הזה היא הרשות השופטת, המוסיפה לשמור על העצמאות המובטחת לה במסגרת הפרדת הרשויות כנציגת "שלטון החוק", וככזו היא "אינה מעורבת במיזוג הכוחות הזה".¹⁷⁴ תהליך זה, תהליך התבססותה של "המדינה המנהלית", כרוך בשתי תמורות ראשיות, האחת לפנימה של האחרת. התמורה הרחבה יותר היא התפוררות הקהילייה הפוליטית. בשל אופיו המקצועי והמורכב של הממשל, הקשר בין האוכלוסייה הנמשלת לבין המושלים האמורים לייצג אותה נעשה רופף ואבסטרקטי. אוכלוסייה זו אמנם מוסיפה לבחור באופן פורמלי את השלטון, אבל ב"מדינה המנהלית" נוצר פער הולך וגדל בין השלטון הנבחר לבין השלטון בפועל, וממילא גדל גם הניכור בין השלטון לבין החברה הנשלטת והבוחרת. בהשפעת התהליך הזה הולכת הקונספציה הקודמת של החברה המדינית, שהמשיגה אותה כקהילייה פוליטית דמוקרטית המושלת בעצמה, ומאבדת את אחיזתה במציאות, והקונספציה החוזרת ותופסת את מקומה היא הקונספציה של "החברה האזרחית", שאינה אלא התשתית האפוליטית שלה. את החלל הנפער עקב התפוררות הקהילייה הפוליטית ממלאת התמורה השנייה. במקום ההכרעה הדמוקרטית, שאפיינה את הקהילייה הפוליטית, בקהילייה המסורסת, שהורדה לדרגת "חברה אזרחית" גרדא, עולה מעמדה של ההכרעה החוקתית האפריורית, הכרעת "חוק העל", האמורה לגונן על החברה מפני פעולותיו השרירותיות של הממשל. לריבונות "חוק העל" יש כמובן השלכה מוסדית ברורה. היא מרחיבה את סמכות בתי המשפט החוקתיים לקבוע ולעצב את תכניו ולאכוף אותם על השלטון הפוליטי הנבחר. וכך, כתולדה הכרחית של תהליך אובייקטיבי כביכול, "הפרדיגמה הדוקטוריטבית החדשה" הופכת את יחסי הכוחות בין הרשויות הפוליטיות לבין הרשות השופטת, כפי שהומשגו בסכמה הישנה של הפרדת הרשויות, ומכפיפה את הראשונות לאחרונה. לעומת תלותן של רשויות השלטון המיושנות האלה ב"רעש" שיוצרים גורמים פוליטיים המפריעים לניהול תקין של החברה,

"[i]n the bipolar model, the chief characteristic distinguishing the courts from the political institutions is judicial independence:

174 שם, בע' 247.

independence from government and from political leadership, independence from political parties and the latest political fashion, independence from popular feelings.”¹⁷⁵

בקיזור: אי-תלות ברפובליקה הדמוקרטית, במוסדות השלטון העצמי שלה ובהשקפותיהם של אזרחיה.

ד. דיברנו על “החוקתנות החדשה” כפי שהיא מתוארת בספרות המחקר העוסקת בה, אך מן הדין לתת במקצת את הדעת גם על טיבה של הספרות המתארת, משום שבכלי משים היא עצמה הופכת לחלק מתולדות המחלה שהיא מנתחת ומתארת. ייחודה של הספרות הזו נעוץ בהחלפת הגישה התורת-משפטית המאפיינת את האפולוגטיקה החוקתנית המסורתית בגישת אי-המעורבות של מדעי החברה.¹⁷⁶ האפולוגטיקה המסורתית מתימרת להצדיק את האוזורפציה השיפוטית של הרפובליקה על יסוד טעמים קונסטיטוציוניים עקרוניים של “הדמוקרטיה המהותית” והמצאות כיוצא ב, ובזאת היא מתייצבת, ואפילו בעל כורחה, כאידאולוגיה בשדה הדיון הציבורי, ואילו המגמה הרווחת בחקר העכשווי של ה”קונסטיטוציונליזציה” ו”משפט הפוליטיקה” היא בעיקרה “ניטרלית ערכית”. החוקר מתנזר כמיטב יכולתו משיפוט ערכי כלשהו של התופעות שהוא עוסק בהן, וטיפלו בהן הוא תיאורי ואנליטי גרדא. הוא יכול לאבחן את מאפייניה של “החוקתנות החדשה”, להסביר את הגורמים והנסיבות שהביאו לצמיחתה ולהתפשטותה, להציע ולבדוק אמפירית היפותזות על המכניזמים המכלכלים אותה, לבחון אסטרטגית את התנהגותם ופעולתם של “השחקנים” המעורבים בה וכך הלאה.¹⁷⁷ אך מה שאינו יכול לעשות באמצעות כל ארגז הכלים המרשים הזה

175 שם, בע' 250.

176 ראו במיוחד: Martin Shapiro & Alec Stone Sweet *On Law, Politics, and Judicialization* (Oxford, 2002) 1–18; Ran Hirschl “The Rise of Comparative Constitutional Law: Thoughts on Substance and Method” 2 *The Indian Journal of Constitutional Law* 11–37 (2008).

177 המחקר האסטרטגי החל בהמשגה מחדש של התנגשויות אמריקניות קלאסיות של בית המשפט והשלטון הפוליטי הנבחר ברוח זו, ודוגמאות מובהקות בהקשר הזה הן: Gregory A. Caldeira “Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR’s Court-Packing Plan” 81 *The American Political Science Rev.* (1987) 1139; Robert L. Clinton “Game Theory, Legal History, and the Origins of Judicial Review: A Revisionist Analysis of Marbury v. Madison” 38 *American Journal of Political Science* (1994) 285; Jack Knight & Lee Epstein “On the Struggle for Judicial Supremacy” 30 *L. & Society Rev.* (1996) 87 Jeffrey A. Segal “Judicial Behavior: ראו: המחקר האמור, ראו: Jeffrey A. Segal “Judicial Behavior” *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford, 2008) 19; Georg Vanberg “Establishing and Maintaining Judicial Independence” *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford, 2008) 99

הוא להשיב על שאלה בסיסית ועם זאת קריטית: האם צריך לעשות משהו בעניין, ואם כן – מה? יתר על כן, טיפול זה נוסך ב"חוקתנות החדשה" במובלע איכות "אובייקטיבית" מטעה ומשווה לה מראית עין של מציאות בלתי נמנעת, שבין שהיא רצויה ובין שאינה רצויה, ממילא אי-אפשר לעשות דבר כלשהו בעניינה. בלא קשר לעמדותיהם ו(אי)-כוונותיהם האידאולוגיות של החוקרים, הגישה הזו משרתת היטב את הפתולוגיה הקונסטיטוציונית שהם מתארים ומנתחים כצופים בלבד לכאורה. בהישען על תמונתה המחקרית, "החוקתנות החדשה" הופכת למשחק דרמטי חמקמק בין פנימיותה האידאולוגית הפעילה לבין חיצוניותה התופעתית הסבילה. תרומתו של המחקר למשחק הזה היא בשני מישורים – מתודולוגי ומהותי. במישור המתודולוגי, המחקר מפריד לכאורה בין "העובדות האובייקטיביות" של "החוקתנות החדשה" לבין "השיפוט הערכי הסובייקטיבי" שלה. אלא שדווקא בפיצול הזה המחקר מאשר במובלע את החיוב הערכי העצמי הגלום ב"חוקתנות החדשה" כאידאולוגיה, שהרי בניגוד לשיפוטי ערך על העובדות, העמדה הזו היא היבט אינטרני של התופעה המנותחת עצמה. במישור המהותי, המחקר הופך את פועלה של האידאולוגיה החוקתנית לתופעה סטיכית כביכול, שיותר משהיא נוצרת בפעולות אנושיות מוכוונות-מטרה, היא לוכדת את הפעולה האנושית ומעצבת אותה בדפוסים הדטרמיניסטיים שהיא מכתיבה. בעוד האידאולוגיה מגשימה את עצמה באג'נדה אוזורפטורית הולכת ומתרחבת, כלומר בפעולה יזומה ומנוהלת של "שחקן" פוליטי מודע ואקטיבי המנצל את תמימותו הקדושה של הציבור, המחקר מסווה את האג'נדה הזאת ואת תוצאותיה כהליך בלתי נמנע המובנה במערכת סבילה. בתור שכזאת, "החוקתנות החדשה" חדלה להיות תכנית אופציונלית במרחב הפעולה הציבורי, שאפשר להתווכח עליה ואף לפעול נגדה, והיא נהפכת לאילוץ הכפוי על המרחב הזה כ"כוח הדברים" כביכול והמגביל מראש את אפשרויות הפעולה הקיימות בו. וכך, במישור המתודולוגי הופך המחקר את השאלה הערכית ל"בלתי רלוונטית", ומחסן על ידי כך את האידאולוגיה של "החוקתנות החדשה" מפני ביקורת ערכית, ואילו במישור המהותי הוא מקנה במובלע למפעלה האוזורפטורי מעמד של מעין תופעת טבע נתונה היצוקה בסדר העולם, שאפשר לדבר עליה, אך לא לשנותה. לאור ה"עובדות" האלה, כל מדיניות מודרכת "ערכים" החותרת לבלימת "החוקתנות החדשה" אינה אלא ריאקציה דון-קישוטית המבקשת להשיב לאחור מהלך היסטורי הכרחי. ועל כן, בו בזמן שהמחקר הזה אולי מאיר, או לפחות מחדד, את הבנתה של "החוקתנות החדשה", יותר משהוא מסייע לרפובליקה לטפל בפתולוגיה הקונסטיטוציונית הזאת, הוא עצמו סימפטום שלה המגביר את חולשת הדעת כלפיה.

ה. וישמן ויבעט

כאמור, חידה ופותרונה. הסוד הכמוס של שימור מיתוס הפרדת הרשויות חרף בלותו הוא תרומתו הפיגומית לבניית מעמד-העל השלטוני של בית המשפט החוקתי. מה שמסתתר תחת הצהרת האמונים המיתממת של המשפטן החוקתי למיתוס הוא עיכולו של עקרון הפרדה בתורה החוקתנית וניצולו להרחבת האזורפציה השיפוטית עצמה. בתהליך הדרגתי זה, שאת תכליתו יש להחביא מעיניה של הקהילייה, הפרדיגמה הדו-קוטבית החדשה "תתפוס אט-אט את המקום שממנו נהנתה הפרדת הרשויות... זמן כה ארוך"¹⁷⁸. בעוד הלקח הקונסטרוקטיבי שעל הרפובליקה להפיק מהתיישנות הפרדת הרשויות הוא הצורך בהרחבת המשילות וחיזוק גוף ההיגוי המרכזי של הממשל הפוליטי, "החוקתנות החדשה" מערסלת אותה לתרדמה א-פוליטית שעמה תאבד את שלטונה העצמי. בשימורו – או אף בהחייאתו – של מיתוס הפרדת הרשויות, המעובד מחדש למטרותיה, "החוקתנות החדשה" מנצלת באופן ציני תורה "דמוקרטית" שאבד עליה הכלח כדי לחזור ולסרס את הקהילייה הפוליטית הריבונית ולא להותיר ממנה אלא את התשתית הא-פוליטית של "החברה האזרחית". בניגוד לדמותה של הקהילייה הפוליטית על פי ההשקפה הרפובליקנית והדמוקרטית, החברה הזאת אינה מקימה מתוכה את השלטון שלה ופועלת באמצעותו, אלא רק מעניקה בדיעבד לגיטימציה פאסיבית לשלטון הנאכף עליה מבחוץ. כך חוזר השלטון הדמוקרטי והופך ל"רגנום", שעם היותו חיוני לחברה, הוא מהווה גם כוח מנוכר ומסוכן לה. כדי להתגונן מן האיום הזה זקוקה "החברה האזרחית" לחסותה של חוקת זכויות וערכים עליונה המגבילה את השלטון ולסמכות העל של בית המשפט לאכוף אותה עליו. בו בזמן שתורה זו משפילה את קומתן של הרשויות הפוליטיות הייצוגיות, את "הרשות השופטת" היא דווקא מרוממת למעמד ה"סקרדוטיום", שהוא כביכול נציגו של "חוק העל" הטרנסצנדנטי עלי אדמות. במעמדה הזה משתחררת "הרשות השופטת" ממגבלות התפקיד הצנוע שהוקצה לה כרשות הזוטרה בתורת הפרדה המשולשת, מפקיעה את "שלטון החוק והחוקה" מידיה של הקהילייה הפוליטית וממסגרת אותו מחדש לפי שאיפותיה המוסדיות והאידיאיות ומעבר להישג ידה של הקהילייה. הסירוס הזה של הרעיון הרפובליקני אינו רק בבחינת משמעות מובלעת של החוקתנות בת דורנו; בסופו של דבר הוא אף מוכרז על ידיה בגלוי:

"Modern constitutionalism in the western democracies has generally involved the idea of a civil society organized and governed on the basis of a written body of 'constitutional' law. A 'democratic' constitution embodies a conception of the fundamental rights and duties of citizens

Koopmans 178, לעיל הערה 3, בע' 251.

and establishes a judicial process by which rights claims may be litigated. The function of a judiciary is to interpret the constitution and to authorize the enforcement of its decisions. Pragmatically, it seeks to strike a 'delicate balance' between the rights and freedoms of 'the governed' and the exigencies of effective government."¹⁷⁹

בפרספקטיבה היסטורית, קל לזהות בקדמה החוקתנית המדומה הזאת נסיגה של פארסה מתפיסת הרפובליקה הקונסטיטוציונית המודרנית לקונספציה הפוליטית של ימי הביניים. התשתית החברתית של המבנה הפוליטי היא קהילה אנושית א-פוליטית. על גבי החברה הזאת קם וגדל השלטון של גוף חיצוני לה. בו בזמן שהחברה זקוקה לשלטון האכופ הזה לצורך ביטחון ושלוש, ועל כן אינה יכולה לוותר על קיומו, הוא עצמו מהווה איום מתמיד על זכויות הפרטים והקהילות בה. ההגנה על הזכויות האלה מפני השרירות השלטונית מותנית בכפיפותו של השלטון עצמו ל"חוק העל" הטרנסצנדנטי, "האלוהי והטבעי". הסמכות לדבר בשם "חוק העל" הטמיר הזה היא קניינה הבלבדי של ההיירוקרטיה. בהגדת ציווייו של "חוק-העל" גודרים הכוהנים והתיאולוגים המקודשים על ידיה את תחום ה־gubernaculum הלגיטימי של השליט הארצי ומגינים על ידי כך על בני הקהילה הנשלטת מפני פלישתו השרירותית לזכויותיהם. את הטרנספורמציה הרגרסיבית הזאת של הרפובליקה המודרנית מציגים דבריה של "החוקתנות החדשה" לא רק כהתפתחות רצויה, אלא כתמצית העקיבה והמסקנית של הדמוקרטיה עצמה – "הדמוקרטיה המהותית". התכשורת רהבתנית מזאת לרעיון הרפובליקני המודרני קשה להעלות על הדעת. היא נעשית כביכול בשמו של הרעיון הזה, אך לאמיתו של דבר אינה מותירה ממנו אלא קליפה ריקה. אם הרפובליקה חפצת חיים, היא חייבת לחזור ולהכניע את ההיירוקרטיה השיפוטית.

Alan S. Rosenbaum "Introduction" *Constitutionalism: The Philosophical Dimension* 179
 מבקר אחד, הממלא במקרה הזה (Alan S. Rosenbaum ed., New York, 1988) 1-6, 4
 את תפקידו של הילד ב"בגדי המלך החדשים", מצטט את הקטע בהסתיונות ומעיר ביבושת:
 "קשה לראות בדיוק מה באופן ספציפי דמוקרטי בפרקטיקה כזו של קונסטיטוציונליזם..."
 Christopher F. Zurn *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*
 ((Cambridge, 2007) 14

